

Datenschutzrechtliche Probleme öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute (Teil II)

Dirk Ehlers

D. Die Zulässigkeit einer Speicherung und Übermittlung personenbezogener Daten

Im folgenden soll die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute im Hinblick auf die Speicherung und Übermittlung personenbezogener Daten etwas näher untersucht werden. Eine solche Datenverarbeitung ist gestattet, wenn das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat (§ 2 Abs. 2 S. 2 DSGVO i.V.m. § 3 S. 1 BDSG). Fehlt es an einer speziellen gesetzlichen Erlaubnis und einer Einwilligung, richtet sich die Zulässigkeit der Speicherung und Übermittlung für eigene Zwecke gem. § 2 Abs. 2 S. 2 DSGVO nach den §§ 23, 24 BDSG.

I. Die Speicherung personenbezogener Daten

1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen

Eine Speicherung ist gem. § 23 BDSG unter drei Voraussetzungen zulässig.

a) Die Speicherung im Rahmen der Zweckbestimmung einer Rechtsbeziehung

Zum einen dürfen personenbezogene Daten im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit den Betroffenen gespeichert werden (§ 23 S. 1 1. Alt. BDSG). Zwischen dem Speichern und dem Zweck, der mit dem konkreten Vertrag bzw. Vertrauensverhältnis verfolgt wird, muß ein enger sachlicher Zusammenhang bestehen. Ein solcher Zusammenhang ist gegeben, wenn die Daten für die Verwirklichung der maßgeblichen Zwecke die mit der konkreten vertraglichen oder vertragsähnlichen Bindung verfolgt werden, erforderlich sind. (102) Dies ist der Fall, wenn die Daten zum Abschluß, zur Durchführung bzw. Erfüllung oder zur Abwicklung eines Rechtsverhältnisses benötigt werden. (103) So ist es zum Beispiel zulässig, zum Abschluß eines Bankgeschäftes, das nicht auf reiner Guthabenbasis durchgeführt werden soll, Angaben über die Kreditwürdigkeit des Kunden zu speichern. Nicht mehr zur Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses gehören Angaben, die keinen Bezug mehr zu den geschäftlichen Kontakten haben. Die Zweckbestim-

mung darf auch nicht beliebig durch Individualabrede oder Vorformulierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erweitert werden. Eine Individualabrede ist datenschutzrechtlich jedenfalls dann unbeachtlich, wenn sie eine Verarbeitung personenbezogener Daten ermöglicht, in die der Betroffene nicht wirksam einwilligen könnte. Für Zweckerweiterungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten noch wesentlich strengere Maßstäbe. (104) Unzulässig ist es ferner, Angaben zu speichern, die dem Sozialgeheimnis (105) unterliegen (wie etwa Hinweise auf die Arbeitslosigkeit des Kontoinhabers (106)) oder die überschießende diskriminierende Wirkung (107) haben.

Kommt es nicht zum Vertragsabschluß (etwa weil dem Betroffenen die Kreditzinsen zu hoch sind), endet mit dem Abbruch der Vertragsverhandlungen auch das vertragsähnliche Vertrauensverhältnis. (108) Die Daten sind zu sperren und auf Verlangen des Betroffenen zu löschen. (109) Will das Kreditinstitut auch in Zukunft auf die Daten zurückgreifen (um beispielsweise bei einer Herabsetzung der Zinsen ein neues Angebot unterbreiten zu können), muß es den Betroffenen davon informieren und sich seines Einverständnisses versichern. Entsprechend ist bei der Beendigung der Vertragsbeziehungen zu verfahren. (110)

(102) Vgl. auch Ungnade/Kruck (Fn. 1), S. 12; Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 23 Rdnr. 29.

(103) Bei Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses kann unter Umständen ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis (z. B. zur Rückabwicklung) gegeben sein. In der Regel dürfte es aber auf § 23 S. 1 2. Alt. BDSG (Wahrung berechtigter Interessen) ankommen.

(104) Vgl. auch BGHZ 95, 362 (364 f.).

(105) §§ 67 ff. SGB X.

(106) Vgl. zu einem solchen Fall 5. Tb. des Landesbeauftr. für den Datenschutz NW, 1984, S. 145 f. Unzulässig ist es ferner, wenn die Sparkasse von Kunden eine formularmäßige Erklärung unterschreiben läßt, worin dieser seinen Versicherungsträger ermächtigt, der Sparkasse seinen jeweiligen Arbeitgeber mitzuteilen (vgl. 8. Tb. der Landesbeauftr. für den Datenschutz in Bad-Württ., 1987, S. 89). Der Versicherungsträger darf die Angaben nur unter den Voraussetzungen der §§ 67-77 SGB X übermitteln. § 67 SGB X verlangt jedoch eine Einwilligung für den Einzelfall und darüber hinaus einen besonderen (schriftlichen) Hinweis auf die Einwilligungserklärung.

(107) Z.B. Speicherung sämtlicher Vorstrafen (statt nur der einschlägigen) durch die Sparkasse. Vgl. auch Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 23 Rdnr. 30.

(108) A.A. Schwappach, in: Gallwas u.a. (Fn. 8), § 23 Rdnr. 16.

(109) § 27 Abs. 2, 3 BDSG. Es dürfte kaum mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar sein, die Verpflichtung zur Löschung von einem Verlangen des Betroffenen abhängig zu machen.

(110) In der Praxis wird diesbezüglich vielfach anders verfahren.

b) *Das Speichern zur Wahrung berechtigter Interessen*

Zum zweiten ist eine Speicherung personenbezogener Daten zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der speichernden Stelle erforderlich ist und kein Grund zur Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden (§ 23 S. 1 2. Alt. BDSG). Der erste und zweite Fall des § 23 BDSG stehen alternativ nebeneinander mit der Folge, daß sich auch bei Bestehen eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses die Zulässigkeit der Datenspeicherung aus der zweiten Alternative ergeben kann. (111) Die berechtigten Interessen der speichernden Stelle brauchen nicht notwendigerweise rechtlicher Art zu sein. Vielmehr reichen auch ideelle oder wirtschaftliche Interessen aus. (112) Die Speicherung muß aber zur Interessenswahrung **erforderlich** sein, d. h. die speichernde Stelle darf nicht die Möglichkeit haben, ihr legitimes Ziel auf anderem, datenschutzrechtlich weniger belastendem, Wege zu erreichen. (113) Außerdem ist die speichernde Stelle gehalten, sich nicht über die schutzwürdigen Belange des Betroffenen hinwegzusetzen. (114) Schutzwürdig sind die Belange nicht bereits dann, wenn sie durch die Grundrechte geschützt sind. Ein solcher Schutz ist bei der Verarbeitung personenbezogener Daten fast immer gegeben. (115) Die Belange des Betroffenen müssen vielmehr gegenüber dem berechtigten Interesse der speichernden Stelle den Vorrang verdienen. (116) Notwendig ist also die Abwägung anhand der im einzelnen Fall für und gegen die Speicherung sprechenden Umstände. Allerdings wird von der speichernden Stelle nicht verlangt, die individuellen Folgen der Speicherung detailliert zu ermitteln. Sie kann sich darauf beschränken, festzustellen, ob **Gründe** für die Annahme einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange des Betroffenen bestehen. Ist dies der Fall, müssen die Interessen sorgfältig (und nicht nur summarisch) abgewogen werden. (117) Der Tatbestand der zweiten Alternative ist etwa bei der Speicherung von Daten des Wechselbezogenen im Rahmen der Zweckbestimmung eines Diskontgeschäftes gegeben. Ferner ist es ohne Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich, Daten von Nichtkunden zu speichern, die im Zusammenhang mit Scheckbetrügereien und ähnlichen Delikten bekannt geworden sind. (118)

c) *Das Speichern von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen*

Zum dritten ist schließlich eine Datenspeicherung in nicht automatisierten Verfahren zulässig, soweit die Daten unmittelbar aus allgemein zugänglichen Quellen (wie z. B. Fernsprech- und Branchenverzeichnissen, öffentlichen Registern oder Zeitungen) entnommen sind (§ 23 S. 2 BDSG). Da die Kreditinstitute sich in der Regel der automatisierten Datenverarbeitung bedienen, dürfte die Speicherung im herkömmlichen Verfahren keine große Bedeutung haben. (119) Benutzt das Kreditinstitut das automatisierte Verfahren, ist eine Speicherung nur nach Maßgabe des § 23 S. 1 BDSG

statthaft. Können die Daten den allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden, ist dies unter Umständen ein Indiz dafür, daß schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden.

2. Problemfälle

Problematisch ist vor allem die Speicherung personenbezogener Daten zum Zwecke der Werbung. Die Kreditinstitute haben (nicht zuletzt zum Nutzen aller Kunden) ein legitimes Interesse an einer Ausweitung ihrer Geschäftsaktivitäten. Dies macht Werbemaßnahmen unerlässlich, rechtfertigt aber nicht, sich über die Anforderungen des § 23 BDSG hinwegzusetzen. Welche personenbezogenen Daten zu Werbezwecken gespeichert werden dürfen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So liegt der Aufbau einer Datei mit dem Ziel, die Bausparer des Kreditinstituts über neue Bausparmöglichkeiten oder alternative Formen der Kapitalbildung zu informieren noch im Rahmen der Zweckbestimmung der jeweiligen Bausparverträge. Anders zu beurteilen sind dagegen Speicherungen, die der Information über bausparfremde Anlagemöglichkeiten dienen. Wünscht der Kunde eine umfassende Beratung des Kreditinstituts, muß dies im Vertrag klar und unmißverständlich zum Ausdruck gekommen sein. Wendet sich das Kreditinstitut durch Werbungsschreiben an alle Kunden oder einen generell bestimmten Kreis von Kunden, kann dies allerdings noch der Wahrung berechtigter Interessen dienen. Schutzwürdige Belange des Umworbenen dürften jedenfalls solange nicht berührt sein, als dieser der Zusendung unverlangter Werbeschreiben nicht widersprochen hat. (120) Generell unzulässig ist eine zu Werbezwecken erfolgende Speicherung nicht anonymisierter Daten, die aus einer systematischen Auswertung des gesamten Zahlungsverkehrs eines Kun-

(111) A.A. Bull (Fn. 51), 299 m.w.N. Wie hier: Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 23 Rdnr. 51.

(112) Vgl. Ordemann/Schormerus (Fn. 11), § 11 Anm. 1.2.

(113) Vgl. Schwappach, in: Gallwas u.a. (Fn. 8), § 23 Rdnr. 22.

(114) Der BGH spricht (hinsichtlich des ähnlich strukturierten § 24 Abs. 1 BDSG) von einem Abwägungsgebot zwischen berechtigten Interessen auf der einen Seite und schutzwürdigen Belangen auf der anderen Seite (vgl. z. B. NJW 1984, 436, 437). Dies ist ungenau, weil sowohl berechnete Interessen verfolgt als auch die schutzwürdigen Belange gewahrt werden müssen. Die Abwägung hat also innerhalb der einzelnen Tatbestandsmerkmale zu erfolgen.

(115) Vgl. C.II.

(116) Anders ausgedrückt bedeutet dies, daß eine Rechtsbeeinträchtigung nicht ausreicht, vielmehr eine qualifizierte Form der Beeinträchtigung vorliegen muß.

(117) A.A. Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 23 Rdnr. 64.

(118) Vgl. Ungnade/Kruck (Fn. 1), S. 12 f.

(119) Vgl. Ungnade (Fn. 1), S. 51. § 26 Abs. 1 Nr. 3 Ref.-Entw. (Fn. 30) sieht eine Speicherung der Daten aus allgemein zugänglichen Quellen auch im automatisierten Verfahren vor.

(120) Vgl. dazu auch BGH, NJW 1973, 1119 (1120); OLG Karlsruhe, AfP 1983, 399 f.; OLG München, NJW 1984, 2422 f.

den gewonnen worden sind. (121) Erfährt das Kreditinstitut aus den Überweisungen des Kunden davon, daß dieser bei einer anderen Bank ein Bankkonto hat, wird das Kreditinstitut zwar ein Interesse an einer Abwerbung haben. Die Abwerbung liegt aber weder im Rahmen der Zweckbestimmung des Girovertrages noch ist sie zwingend zur Wahrung berechtigter Interessen der speichernden Stelle erforderlich. Außerdem beeinträchtigt sie schutzwürdige Belange des Betroffenen. Dasselbe muß erst recht gelten, wenn der Zahlungsverkehr zum Aufbau einer Nichtkundenkartei genutzt werden soll. (122) Ferner ist es dem Kreditinstitut nicht erlaubt, Daten auf Vorrat zu speichern, d.h. für Zwecke und Interessen, die im Zeitpunkt der Speicherung noch gar nicht bestimmt sind. (123)

Ebenso wie die anderen Kreditinstitute unternehmen die Sparkassen besondere Anstrengungen, um Jugendliche als Kunden zu gewinnen. Werden die in der Presse veröffentlichten Geburtsanzeigen von einer Sparkasse im automatisierten Verfahren gespeichert, um den Neugeborenen ein Sparkonto mit einem von der Sparkasse zur Verfügung gestellten geringen Guthabenbestand anbieten zu können, dient dieses Vorhaben berechtigten Interessen, nämlich dem gesetzlichen Auftrag der Sparkassen, den Sparsinn und die Vermögensbildung zu fördern. (124) Auch kann die Sparkasse schon wegen der beabsichtigten Vermögensvermehrung davon ausgehen, daß schutzwürdige Belange nicht betroffen sind. Problematischer stellt sich die Rechtslage dar, wenn die gespeicherten Daten aus Gutscheinen oder Preisausschreiben gewonnen werden. (125) Beispielsweise verteilen die Sparkassen im Rahmen der Verkehrserziehung in den Kindergärten vielfach Gutscheine an die kommenden Schulanfänger, die zum Bezug von Schülermützen, Leuchtanhängern usw. berechtigten. Die (teils von den gesetzlichen Vertretern, teils von den Minderjährigen, teils von den Aufsichtspersonen) ausgefüllten Gutscheine werden dann zu Akquisitionszwecken benutzt. Mit demselben Ziel werten die Sparkassen die Anschriften von Schulgängern aus, die sich an Preisausschreiben der Sparkasse beteiligt haben. Ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis oder gar ein Vertragsverhältnis zwischen den Minderjährigen und der Sparkasse kommt in solchen Fällen nicht zustande. Wird in den Gutscheinen oder Preisausschreiben ausdrücklich und eindeutig auf den Werbezweck hingewiesen, dürften sich die Sparkassen bei normalen Werbeaktionen auf § 23 S. 1 2. Alt. BDSG berufen können. Ist dagegen ein solcher Hinweis unterblieben, wird man davon ausgehen müssen, daß durch die Speicherung schutzwürdige Belange des Minderjährigen beeinträchtigt werden. Eine Beeinträchtigung ist ferner anzunehmen, wenn die Gutscheine oder Preisausschreiben nicht von den gesetzlichen Vertretern, sondern von den Minderjährigen ausgefüllt werden und die Minderjährigen nicht über die notwendige Einsichtsfähigkeit (126) verfügen. Es bedarf in solchen Fällen dann der Einwilligung des Betroffenen. Im Schrifttum ist umstritten, ob die Einwilligung rechtsgeschäftlichen Charakter hat und Geschäftsfähigkeit voraussetzt. (127) Da sich die Einwilli-

gung auf tatsächliche Handlungen (hier Speicherung) bezieht, dürfte beides zu verneinen sein. (128) Maßgeblich ist demnach (wiederum) die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen. Zumindest von denjenigen Minderjährigen, welche noch den Kindergarten oder die Grundschule besuchen, kann nicht erwartet werden, daß sie die Konsequenzen einer Verarbeitung ihrer Daten zu übersehen vermögen. Auch geht die Entscheidung des Erziehungsberechtigten grundsätzlich vor. (129) Vielfach dürfte es deshalb auf das Handeln des gesetzlichen Vertreters ankommen.

II. Die Übermittlung personenbezogener Daten

Von einer Datenübermittlung spricht das Bundesdatenschutzgesetz, wenn personenbezogene Daten, die gespeichert oder durch Datenverarbeitung unmittelbar gewonnen worden sind, an Dritte bekanntgegeben werden (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 BDSG). Die Bekanntgabe kann durch Weitergabe oder durch das Bereithalten zur Einsichtnahme erfolgen.

Die Stellung eines Dritten hat grundsätzlich jede Person oder Stelle außerhalb der speichernden Stelle (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 BDSG). Nicht als Dritte anzusehen sind somit die rechtlich unselbständigen Untergliederungen der speichernden Stelle wie zum Beispiel die Abteilungen, Filialen oder Zweigstellen. Dementsprechend handelt es sich etwa bei der Weitergabe von Angaben der Westdeutschen Landbank Girozentrale an die Landesbausparkasse um keinen Fall der Datenübermittlung, weil die Landesbausparkasse als Geschäftsabteilung der Westdeutschen Landesbank (d.h. als rechtlich unselbständige Einrichtung) geführt wird. (130) Nach früherem Recht (§ 8 S. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 S. 1 DSG NW a.F.) durften personenbezogene Daten innerhalb öffentlich-rechtlich organisierter Kreditinstitute weitergegeben werden, wenn dies zur rechtmäßigen Aufgabenerfüllung der übermittelnden Stelle oder des

(121) Die „sozioökonomischen Merkmale der eigenen Kundschaft“ (Mattes, Planung als Instrument der Unternehmenspolitik, in: Obst/Hintner, Fn. 12, S. 554, 557) dürfen also nicht zu Werbungszwecken so gespeichert werden, daß eine Individualisierung möglich ist.

(122) A.A. Ungnade (Fn. 1), S. 50.

(123) Zum Verbot der Vorratsspeicherung vgl. BVerfGE 65, 1 (47).

(124) Vgl. § 3 S. 2 SpkG NW.

(125) Vgl. dazu auch 4. Tb. des Landesbeauftragten für den Datenschutz NW, 1983, S. 135 f.

(126) Vgl. dazu die folgenden Ausf.

(127) So nimmt Simitis (in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Fn. 8, § 3 Rdnr. 31 m.w.N.) eine rechtsgeschäftliche Erklärung an. Für die Erklärung sollen gleichwohl die Grundsätze der Einsichtsfähigkeit gelten (Rdnrn. 38, 41). Nach Gallwas, in: Gallwas u.a. (Fn. 8), § 3 Rdnr. 16, soll es auf die Rechtsnatur der Einwilligung nicht ankommen.

(128) Wie hier Auernhammer (Fn. 6), § 3 Rdnr. 7; Ordemann/Schomerus (Fn. 11), § 3 Anm. 4.3.

(129) Vgl. auch Gallwas, in: Gallwas u.a. (Fn. 8), § 3 Rdnr. 16.

(130) Vgl. Fn. 9.

Empfängers erforderlich war. Wie bereits aufgeführt wurde, kennt das geltende Recht keine Bestimmungen, die den internen Datenfluß regeln. (131) Doch kann sich eine nicht notwendige interne Datenübermittlung unter Umständen als Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung darstellen.

Nicht zum Kreis der Dritten gehören ferner die Betroffenen sowie diejenigen Personen oder Stellen, die im Geltungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes im Auftrag tätig werden. Obwohl dies gesetzlich nicht vorgesehen ist, kann für die Auftraggeber nichts anderes als für die Auftragnehmer gelten. Verarbeitet das öffentlich-rechtliche Kreditinstitut geschäftsmäßig Daten für fremde Zwecke und hat es vom Auftraggeber die Erlaubnis erhalten, die Daten auch für eigene Zwecke zu nutzen, handelt es sich bei der Bekanntgabe der Daten zu eigenen Zwecken nicht um einen Fall der Auftragsdatenverarbeitung, sondern der Übermittlung. (132) Die Zulässigkeit der Übermittlung muß sowohl der Auftraggeber (vor Erteilung der Erlaubnis) als auch das Kreditinstitut prüfen. (133)

Im folgenden wird das Augenmerk nur auf die Datenübermittlungen **durch** die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute gerichtet. Erfolgen die Übermittlungen **an** die Kreditinstitute, könnten Besonderheiten gelten, wenn die Daten von Behörden oder sonstigen Stellen bekanntgegeben werden. Das Bundesdatenschutzgesetz differenziert insoweit zwischen Datenübermittlungen innerhalb des öffentlichen Bereichs (§ 10 BDSG) und Datenübermittlungen an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs (§ 11 BDSG). Für beide Bereiche gelten unterschiedliche Maßstäbe. In der Regel dürfte eine Datenübermittlung innerhalb des öffentlichen Bereichs unter erleichterten Voraussetzungen zulässig sein. Rechnet man die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute zum öffentlichen Bereich im Sinne der einschlägigen Bestimmungen (134), liefe dies demnach auf eine Privilegierung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute im Verhältnis zu den privatrechtlichen Kreditinstituten hinaus. Es könnte dann unter Umständen zulässig sein, Adressen seitens der Behörden an die öffentlich-rechtlichen, nicht aber an die privatrechtlichen Kreditinstitute zu übermitteln. Indessen behandelt das Bundesdatenschutzgesetz die Behörden bzw. öffentlichen Stellen einerseits und die öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen andererseits prinzipiell unterschiedlich. Anhaltspunkte, warum dies hier anders sein sollte, sind nicht vorhanden. Sollen die Daten im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen Verwendung finden, müssen diese Unternehmen nach der Systematik des Gesetzes dem nicht-öffentlichen Bereich zugeordnet werden. Dies bedeutet, daß sich die Zulässigkeit der Datenübermittlung an die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Kreditinstitute gleichermaßen nach § 11 BDSG beurteilt. (135), sofern nicht speziellere Regelungen einschlägig sind (136). Da die Voraussetzungen dieser Vorschrift selten gegeben sein werden, dürfte die öffentliche Hand (d.h. die Gesamtheit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die der staatlichen Sphäre zuzurechnen sind)

als Informationsquelle für die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute weitgehend ausfallen. Wollen sich die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute Namen, Anschriften und ähnliche Daten aus dem öffentlichen Bereich beschaffen, müssen sie sich der allgemeinen Mittel (z.B. Auswertung von Vorlesungsverzeichnissen, Einschaltung von Kontaktpersonen usw.) bedienen. (137)

1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die Übermittlung personenbezogener Daten durch das Kreditinstitut ist im wesentlichen unter denselben Voraussetzungen wie die Speicherung zulässig. (138) Eine Übermittlung darf im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen erfolgen bzw. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen ohne Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange des Betroffenen erforderlich ist. Es muß sich allerdings nicht notwendigerweise um die berechtigten

(131) Vgl. oben B.I.

(132) Vgl. die Ausf. zu A.III. Siehe ferner 7. Tb. des Landesbeauftr. für den Datenschutz NW, 1986, S. 144.

(133) Vgl. auch Mallmann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 37 Rdnrn. 10 f.

(134) So meinen Ordemann/Schomerus (Fn. 11, § 10 Anm. 1.1), daß alle in § 7 BDSG aufgeführten Stellen Empfänger der Daten i.S.v. § 10 Abs. 1 BDSG sein können.

(135) Im Ergebnis ebenso Dammann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 10 Rdnr. 4.

(136) Eine speziellere Regelung stellt z.B. § 6 Abs. 3 HwO dar. Die Vorschrift gestattet eine Einsichtnahme in die Handwerksrolle, wenn ein berechtigtes Interesse nachgewiesen wird. Bei dem Bereithalten zur Einsichtnahme handelt es sich um eine Übermittlung i.S.d. BDSG (vgl. auch Dammann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Fn. 8, § 2 Rdnr. 94). Jedoch stellt § 6 Abs. 3 HwO eine *lex specialis* i.S.d. §§ 3, S. 1 Nr. 1, 45 S. 1 BDSG dar (vgl. auch Heck, in: Kübler/Aberle/Schubert, Die Deutsche Handwerksordnung, 21. Lief. 1986, § 6 Rdnr. 32). Der Umstand, daß § 6 Abs. 3 HwO ein berechtigtes Interesse ausreichen läßt, ohne die Mitberücksichtigung der schutzwürdigen Belange des Betroffenen vorzuschreiben, besagt noch nicht, daß die schutzwürdigen Belange vernachlässigt werden dürfen. Was unter einem berechtigten Interesse i.S.d. § 6 Abs. 3 HwO zu verstehen ist, muß unter Berücksichtigung der tragenden Grundsätze des Datenschutzes ausgelegt werden (ebenso Heck, a.a.O., Rdnr. 33). Stehen überwiegende schutzwürdige Belange des Betroffenen entgegen, ist ein berechtigtes Interesse zu verneinen. Bei der Bekanntgabe von Adressenmaterial der Handwerkskammern an die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute zu Werbezwecken werden schutzwürdige Interessen in aller Regel allerdings nicht beeinträchtigt. Im Gegensatz etwa zu Datenübermittlungen aus kommunalen Personenstandsregistern dürfte die Einsichtnahme in die Handwerksrolle zumeist sogar im Interesse des Betroffenen liegen, weil er sich davon eine Förderung seiner gewerblichen Tätigkeit versprechen kann (vgl. zu einem ähnlich gelagerten Fall auch 8. Tb. der Landesbeauftr. für den Datenschutz in Bad.-Württ., 1987, S. 101 f.).

(137) Vgl. Ehrlich/Kirchherr/Pusch (Fn. 1), S. 52. Die herausgestellten Grundsätze gelten z.B. auch für die Übermittlung der Anschriften möglicher Kunden aus dem sog. Baubuch der Kommunen an die Kreditinstitute (s. dazu 15. Tb. des Hessischen Datenschutzauftr., 1986, S. 55).

(138) Gleiche Verarbeitungsvoraussetzungen für Speicherung und Übermittlung sieht § 26 Ref.-Entw. (Fn. 30) vor.

Interessen der übermittelnden Stelle handeln, sondern es reichen die berechtigten Interessen eines Dritten oder der Allgemeinheit aus. Beispielsweise hat in den Fällen einer stillen Zession (Forderungsabtretung) der neue Gläubiger als Dritter ein berechtigtes Interesse an der Bekanntgabe der Schuldnerdaten. (139) Anders als bei der Speicherung ist die Übermittlung nicht schon dann zulässig, wenn kein Grund zur Annahme besteht, daß schutzwürdige Belange beeinträchtigt werden. Vielmehr dürfen schutzwürdige Belange nicht beeinträchtigt werden. Zwar bedeutet dies entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht (140) nicht die Einführung einer ex-post-Betrachtungsweise. Wohl aber müssen an die Prüfung der schutzwürdigen Belange des Betroffenen verschärfte Anforderungen gestellt werden. Es ist notwendig, allen Gesichtspunkten nachzugehen und die Auswirkung einer Übermittlung auf den Betroffenen genauestens zu prüfen. (141) Hat die übermittelnde Stelle diese verschärfte Prüfung durchgeführt und konnte sie vom Fehlen schutzwürdiger Belange ausgehen, bleibt die Übermittlung auch dann rechtmäßig, wenn sich im nachhinein herausstellt, daß schutzwürdige Belange beeinträchtigt worden sind. Die Daten dürfen jedoch ab sofort nicht mehr übermittelt werden (142) und sind bei der speichernden Stelle, an die übermittelt worden ist, zu sperren bzw. zu löschen.

Gesonderte Regelungen gelten für Daten, die einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis (§ 45 S. 2 Nr. 1, S. 3 BDSG) unterliegen und die von der zur Verschwiegenheit verpflichteten Person in Ausübung ihrer Berufs- oder Amtspflicht übermittelt worden sind. Sie dürfen vom Empfänger nicht mehr weitergegeben oder zur Einsichtnahme bereitgehalten werden. So sind die Kreditinstitute nicht berechtigt, Daten zu übermitteln, von deren Existenz sie im Rahmen eines Auskunftsverlangens der Finanzbehörden (§ 30 AO) oder einer Benachrichtigung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen bzw. der Deutschen Bundesbank (§ 9 KWG) Kenntnis erlangt haben. Nicht zu den Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen i.S.d. Datenschutzrechts ist das Bankgeheimnis zu zählen, weil es weder in Vorschriften niedergelegt ist (§ 45 S. 2 Nr. 1 BDSG) noch dem Schutzbereich des § 203 Abs. 1 StGB (§ 45 S. 3 BDSG) unterfällt. (143) Im übrigen übermitteln die Angestellten der Kreditinstitute Daten, die dem Bankgeheimnis unterliegen, nicht „in Ausübung ihrer Berufs- oder Amtspflicht“.

Zu erwähnen bleibt schließlich, daß § 24 Abs. 2 BDSG die Übermittlung von listenmäßig oder sonst zusammengefaßten Daten über Angehörige einer Personengruppe zuläßt, wenn nur die im Gesetz erwähnten Merkmale aufgeführt werden und kein Grund zu der Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden. Im Schrifttum wird zum Teil angenommen, das Gesetznähe in Kauf, wenn bei der Übermittlung der sog. „freien“ Daten ein weiteres Merkmal — wie z.B. die Verbindung der in der Liste aufgeführten Personen zu der speichernden Stelle — inzident mitgeteilt werde. (144) Diese Ansicht widerspricht dem eindeutigen

Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung und darüber hinaus auch dem Sinngehalt des § 32 Abs. 3 BDSG. Die Angehörigen der Personengruppe dürfen weder explizit noch implizit mit weiteren Merkmalen umschrieben werden. Insbesondere ist es auf der Grundlage des § 24 Abs. 2 BDSG nicht zulässig, Listen von Kunden oder Interessenten zu übermitteln. (145)

2. Problemfälle

a) Zusammenarbeit mit Handelsvertretern und Kooperationsunternehmen

Problematisch ist die Zulässigkeit von Datenübermittlungen an Handelsvertreter und Kooperationsunternehmen. (146) So bedient sich die Landesbausparkasse der Westdeutschen Landesbank Girozentrale zur Akquisition, Beratung und Betreuung der Bausparer selbständiger Handelsvertreter, die als Bezirksleiter oder Bezirksvertreter eine örtliche LBS-Beratungsstelle unterhalten. Die Vertreter sind durch ein Bildschirmankunftssystem mit der Zentrale verbunden und können über dieses System Kundendaten abrufen. (147) Daneben kooperiert die Landesbausparkasse auch mit den Sparkassen. Dazu wurde ein Fernschreibankunftssystem eingerichtet, daß es den etwa 3200 Sparkassenstellen in Nordrhein-Westfalen ermöglicht, Vertragsdaten von LBS-Bausparern von der Zentrale abzurufen. Der Landesbeauftragte für den Datenschutz Nordrhein-Westfalen hat dieses Verfahren beanstandet. Die Westdeutsche Landesbank ist aber nicht bereit, sich die Auffassung des Landesbeauftragten zu eigen zu machen. (148)

Da sowohl die Handelsvertreter als auch die Sparkassen als Dritte anzusehen sind, handelt es sich bei

(139) Vgl. Zöllner, Die gesetzgeberische Trennung des Datenschutzes für öffentliche und private Datenverarbeitung, RfD 1985, 3 (12 f.).

(140) Ungnade/Kruck (Fn. 1), S. 12; Ordemann/Schomerus (Fn. 11), § 24 Anm. 2. Die übermittelnde Stelle soll nach dieser Ansicht das Risiko der Unzulässigkeit der Übermittlung tragen, wenn nachträglich bekanntwerdende Umstände zu einer anderen Interessenbewertung führen. Zu den strafrechtlichen Konsequenzen vgl. § 41 BDSG.

(141) Vgl. auch BGHZ 95, 362 (364, 367).

(142) Vgl. auch Ungnade/Kruck (Fn. 1), S. 14.

(143) Zu den rechtlichen Grundlagen des Bankgeheimnisses vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rdnrn. 36 ff.; Sichterhmann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge, Bankgeheimnis und Bankankunft, 3. Aufl. 1984, S. 40 ff.

(144) Vgl. Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 8), § 24 Rdnr. 71; Schwappach, in: Gallwas u.a. (Fn. 8), § 24 Rdnr. 24 m.w.N.

(145) Die Bedeutung der Vorschrift für die Kreditinstitute ist somit sehr gering. Vgl. auch Ungnade/Kruck (Fn. 1), 16; Ehrlich/Kirchherr/Pusch (Fn. 1), S. 50 f. Eine großzügigere Regelung enthält § 26 Abs. 2 Ref.-Entw. (Fn. 30).

(146) Zur Problematik der Geheimhaltungspflicht von „Hilfspersonen“ der Kreditinstitute (z. B. Bausparvertreter) vgl. Sichterhmann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge (Fn. 143), S. 148 f.

(147) Die Zulässigkeit der Einrichtung eines solchen Systems regelt § 9 Abs. 1 Ref.-Entw. (Fn. 30).

(148) Vgl. 8. Tb. des Landesbeauftr. für den Datenschutz NW, 1987, S. 129 ff.

der geschilderten Bekanntgabe der Daten um einen Fall der Datenübermittlung. Die Zulässigkeit der Übermittlung hängt mit davon ab, ob die Landesbausparkasse die Daten dem zuständigen LBS-Handelsvertreter oder einem sonstigen Vertreter bzw. den Sparkassen bekanntgibt. Zuständiger Vertreter ist im Regelfall derjenige, in dessen von der Landesbausparkasse abgegrenzten Bezirk der Bausparer seinen Wohnsitz hat. Ist in dem Bausparvertrag deutlich auf die Beratung nach Vertragsabschluß sowie das Bildschirmtextsystem hingewiesen worden, dürfte die Übermittlung der Daten an den **zuständigen** LBS-Handelsvertreter noch im Rahmen der Zweckbestimmung des Bausparvertrages liegen. Allerdings muß dem Bausparer die Möglichkeit offenstehen, einen Bausparvertrag ohne fortlaufende Beratung abzuschließen. Eine Übermittlung der Daten ist dann unzulässig, es sei denn, der Betroffene hat im Einzelfall seine Einwilligung erteilt. Einer Einwilligung bedarf es stets, wenn die Daten an die nicht zuständigen LBS-Vertreter oder an die Sparkassen übermittelt werden sollen. Eine derartige Übermittlung wird weder von der Zweckbestimmung des Vertrages gedeckt noch ist sie in Ansehung der schutzwürdigen Belange des Bausparers zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich. Die Einwilligung kann aber auch gegenüber dem Vertreter oder der Sparkasse erklärt werden. Es muß nur sichergestellt sein, daß ohne Einwilligung keine Zugriffsmöglichkeit auf die Daten besteht. (149) Teilt der auf seine Identität überprüfte Bausparer dem LBS-Vertreter oder der Sparkasse diejenigen Informationen mit, die erst das Abrufen der Daten ermöglichen, kann unter Umständen sogar auf die Schriftform der Einwilligung verzichtet werden. Es dürfen jedoch nur solche Daten abrufbar sein, die für die Beratung unerlässlich sind. (150)

b) Die Bankauskunft

In der Vergangenheit ist die Zulässigkeit der Erteilung von Bankauskünften besonders umstritten gewesen. Unter einer Bankauskunft versteht man die Mitteilung eines Kreditinstituts über die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Kunden, seine Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit. (151) Über das Bankauskunftsverfahren ist im Jahre 1984 eine Einigung zwischen den Spitzenverbänden der Kreditwirtschaft und den Datenschutzaufsichtsbehörden erzielt worden. (152) Das Ergebnis der Übereinkunft wurde in die seit dem 1.1.1986 geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute übernommen. Da die Bankauskunft das durch den Bankvertrag und darüber hinaus durch die Grundrechte geschützte Bankgeheimnis durchbricht (153), sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zunächst für die Zulässigkeit dieser Durchbrechung von Bedeutung. Daneben sollen sie sich ihrer Zielsetzung nach aber auch und gerade auf die Zulässigkeit der Datenübermittlung auswirken. (154)

Am Maßstab des Bundesdatenschutzgesetzes kann die Bankauskunft nur gemessen werden, wenn bei der Auskunft personenbezogene Daten aus einer Datei übermittelt werden. Da die Kreditinstitute Auskünfte

über Privat- und Geschäftskunden erteilen und es sich bei den Geschäftskunden um „juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute“ handeln kann (155), stellen nicht alle Angaben über Geschäftskunden **personenbezogene** Daten (i.S.d. § 2 Abs. 1 BDSG) dar. Aus **Dateien** werden Bankauskünfte beispielsweise dann nicht erteilt, wenn die Erkenntnisse allein aus Akten oder Aktensammlungen stammen, die durch automatisierte Verfahren weder ungeordnet noch ausgewertet werden können. (156) Würden die Daten in einer Datei und daneben nachträglich auch in einer Akte gespeichert, handelt es sich um die Übermittlung aus einer Datei, mag zum Bekanntgeben auch nur die Akte benutzt worden sein. Die Akte ist insoweit nämlich Bestandteil der Datei. (157) Der Tatbestand der **Übermittlung** setzt die Bekanntgabe gespeicherter oder durch Datenverarbeitung unmittelbar gewonnener Daten voraus. Ob die Bankauskunft gespeicherte oder durch Datenverarbeitung gewonnene Daten bekanntgibt, kann deshalb zweifelhaft sein, weil das Kreditinstitut nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur allgemein gehaltene Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden mitteilen darf. Betragsmäßige Angaben über Kontostände, Sparguthaben, Depot- oder sonstige dem Kreditinstitut anvertraute Vermögenswerte sowie Kreditinanspruchnahmen sind unzulässig. (158) Es handelt sich bei der Bankauskunft streng genommen also nicht um die Bekanntgabe gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener Daten, sondern um Schlußfolgerungen (wertungsmäßige

(149) Entscheidend ist also die Wahrung der Datensicherheit.

(150) Tendenziell ähnlich 8. Tb. des Landesbeauftr. für den Datenschutz NW, 1987, S. 132 (der aber stets eine schriftliche Einwilligung verlangt).

(151) Vgl. Nr. 7 a) Abs. 1 der AGB der Sparkassen. Ferner Feuerborn, Datenschutz im Kreditgewerbe, in: Großfeld/Salje (Hrsg.), Elektronische Medien im Recht, 1986, S. 193 (197).

(152) Gemeinsames Kommuniqué über das Bankauskunftsverfahren der Verbände der Kreditwirtschaft, der für den Datenschutz im privaten Bereich zuständigen Behörden (Düsseldorfer Kreis) und der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder (abgedr. in ZIP 1984, 1412).

(153) Soweit das Bankgeheimnis dazu dient, die Rechtsposition des Kunden zu schützen (vgl. Lerche, Bankgeheimnis Verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen, ZHR 149, 1985, 165 ff.), wird es im Verhältnis Kunde öffentlich-rechtliches Kreditinstitut unmittelbar durch die Grundrechte (z. B. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) garantiert.

(154) Vgl. statt vieler Kirchherr/Stützle, Aktuelle Probleme zum Bankgeheimnis und Bankauskunft, ZIP 1984, 515 (520); Zöllner (Fn. 85), 179 ff.

(155) Nr. 7 a) Abs. 2 S. 1 AGB der Sparkassen. Gem. § 6 Abs. 2 HGB kann eine juristische Person zugleich (Form-)Kaufmann sein. Zu den Personengesellschaften vgl. Fn. 82.

(156) Werden bei der im Kundeninteresse erfolgenden Auskunftsanfrage eines Kreditinstituts personenbezogene Daten des anfragenden Kunden mitgeteilt, erfolgt die Angabe in der Regel nicht einmal aus einer Akte, geschweige denn aus einer Datei.

(157) Im Ergebnis ebenso Ungrnade/Gorynia (Fn. 1), 9; Auernhammer (Fn. 6), § 1 Rdnr. 8; Zöllner (Fn. 85), 183 f. A.A. offenbar Kirchherr/Stützle (Fn. 154), 519.

(158) Nr. 7 a) Abs. 1 S. 2 AGB der Sparkassen.

ger Art), die aus gespeicherten Daten gezogen werden. Doch besteht noch eine so enge Verknüpfung zwischen der Schlußfolgerung und der Speicherung, daß dieser Fall zumindest im Wege der analogen Anwendung des § 2 Abs. 2 Nr. 2 BDSG dem Bekanntgeben gleichzustellen ist. (159) Wollte man ein anderes Ergebnis vertreten, müßten sämtliche Bankauskünfte öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, denen der Kunde nicht zugestimmt hat, als verfassungswidrig angesehen werden. Der Grundrechtsschutz erstreckt sich nämlich auch auf Werturteile der hier genannten Art. (160)

(1) Bankauskünfte über Geschäftskunden

Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann ein öffentlich-rechtliches Kreditinstitut Bankauskünfte über Geschäftskunden (juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute (161)) erteilen, sofern ihr keine anderslautende Weisung des Kunden vorliegt. Die Erteilung der Bankauskunft liegt im Rahmen der Zweckbestimmung des Bankvertrages, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil geworden sind. Nach § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung des Geschäftskunden könnte gegeben sein, wenn das Bankauskunftsverfahren nur den Interessen der Kreditinstitute dient. Jedoch ist auch der Geschäftskunde zumeist auf die Erteilung von Bankauskünften angewiesen, weil die Aufnahme neuer Geschäftsverbindungen in der Regel von einer vorhergehenden Bonitätsprüfung abhängt. Selbst wenn die Auskunft über den Geschäftskunden nicht uneingeschränkt positiv ausfällt, kann dies für den Geschäftskunden immer noch vorteilhafter sein, als wenn überhaupt keine Auskunft gegeben wird. (162) Hinzu kommt, daß das Bankauskunftsverfahren nicht schlechthin zu einer Durchbrechung des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes berechtigt. Bankauskünfte dürfen nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nämlich nur die eigenen Kunden sowie andere Kreditinstitute für deren eigene Zwecke und die ihrer Kunden erhalten. Zu dem ist die Erteilung von Bankauskünften nur zulässig, wenn der Anfragende ein berechtigtes Interesse an der gewünschten Auskunft glaubhaft darlegt. (163) Fehlt es an einer solchen Darlegung, liegt die Erteilung der Bankauskunft außerhalb der Zweckbestimmung des Vertrages. Bedenken gegen die Gültigkeit der AGB-Auskunfts Klausel könnten noch insofern bestehen, als alle juristischen Personen gleichbehandelt werden, also z.B. auch der Idealverein, sich als Geschäftskunden behandeln lassen muß. Doch dürfen Auskünfte wie erwähnt nur erteilt werden, sofern keine anderslautenden Weisungen des Geschäftskunden vorliegen. Der Geschäftskunde hat es also in der Hand, einseitig die Datenübermittlung zu blockieren, ohne den Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit dem Kreditinstitut befürchten zu müssen. Auch den nicht wirtschaftlich tätig werdenden juristischen Perso-

nen dürfte es zumutbar sein, sich des Mittels der Weisung zu bedienen, wenn sie mit dem Bankauskunftsverfahren nicht einverstanden sind. Nach alledem ist die Erteilung positiver und negativer Bankauskünfte über Geschäftskunden im Rahmen der Zweckbestimmung des Bankvertrages gem. § 24 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BDSG zulässig, sofern keine anderslautende Weisung des Geschäftskunden vorliegt. (164)

(2) Bankauskünfte über Privatkunden

Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfen Bankauskünfte über Privatkunden — Kunden, die weder juristische Personen noch im Handelsregister eingetragene Kaufleute sind — nur erteilt werden, wenn diese allgemein oder im Einzelfall zugestimmt haben. (165) Eine Bankauskunft ohne Zustimmung des Kunden ist demnach generell unzulässig. (166) Hat der Kunde im einzelnen Fall der Übermittlung ausdrücklich zugestimmt, dürfte es sich in aller Regel um eine Einwilligung i.S.d. § 3 BDSG handeln. Allerdings muß die ausdrückliche Zustimmung schriftlich erfolgen, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Falls die Zustimmung zusammen mit anderen Erklärungen erteilt wurde — wie etwa bei der Unterzeichnung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen —, ist sie nur wirksam, wenn der Betroffene hierauf schriftlich besonders hingewiesen worden ist. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob auch eine Blankovollmacht als zulässige Einwilligung i.S.d. § 3 BDSG qualifiziert werden kann. Einerseits kommt es dem Bundesdatenschutzgesetz auf eine überschaubare Datenverarbeitung an. Auch darf der Gesetzgeber dem Einzelnen von Verfassungs wegen nicht das Recht zubilligen, beliebig auf Grundrechtspositionen zu verzichten. Das spricht gegen die Aner-

(159) Im Ergebnis (ohne Begründung) ebenso Kirchherr/Stütze (Fn. 154), 519. A.A. Zöllner (Fn. 85), 187. In der Kommentarliteratur wird (zu Recht) darauf hingewiesen, daß Werturteile Angaben über persönliche Verhältnisse des Betroffenen sein können (vgl. z.B. Dammann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Fn. 8, § 2 Rdnr. 12; Ordemann/Schomerus, Fn. 11, § 2 Anm. 1.2). Dagegen wird der Frage zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt, wie die Werturteile gewonnen werden. Vgl. die insofern berechtigte Kritik von Zöllner, a.a.O.

(160) Soweit keine spezielleren Grundrechtsbestimmungen eingreifen, ist das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen.

(161) Nach Kirchherr/Stütze (Fn. 154), 521, zählen auch Minderkaufleute zu den Geschäftskunden.

(162) Vgl. auch Ungnade/Gorynia (Fn. 1), 10.

(163) Vgl. Nr. 7 a) Abs. 1 AGB der Sparkassen.

(164) Ungnade/Gorynia (Fn. 1), 10; Kirchherr/Stütze (Fn. 154), 520. A.A. Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge (Fn. 143), S. 435 ff.; Feuerborn (Fn. 151), S. 198 f. die den Maßstab des § 24 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BDSG (Wahrung berechtigter Interessen) anwenden wollen.

(165) Nr. 7 a) Abs. 2 S. 2 AGB der Sparkassen.

(166) Vgl. Thilo, Bankgeheimnis, Bankauskunft und Datenschutzgesetz, NJW 1984, 582 (583). A.A. (noch) Ungnade/Gorynia (Fn. 1), 11. Zur Frage, ob die neuen Auskunfts Klauseln auch für Anfragen zu Scheck und Wechsel Geltung haben, vgl. Kirchherr/Stütze (Fn. 154), 521.

kennung von Pauschaleinwilligungen. (167) Andererseits darf nicht verkannt werden, daß der Betroffene daran interessiert sein kann, nicht in jedem Einzelfall Einwilligungen erteilen zu müssen. Ferner bleibt nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen gewahrt, weil der Vertragsabschluß mit dem Kreditinstitut nicht von der Zustimmung abhängt und der Kunde seine Zustimmung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, daß die Auskunft nur bei glaubhafter Darlegung eines berechtigten Interesses an der gewünschten Auskunft erteilt werden darf. (168) Ob die Interessen des Anfragenden berechtigt sind, läßt sich nur beurteilen, wenn man sie mit den schutzwürdigen Belangen des Kunden vergleicht. Insofern muß also stets eine Einzelabwägung stattfinden. Erteilt das Kreditinstitut Bankauskünfte, ohne daß ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht worden ist, liegt in diesem Vorgehen nicht nur eine Vertragsverletzung gegenüber den Kunden, sondern auch ein Handeln, das nicht mehr von der (auf die Prüfung berechtigter Interessen bezogenen) Zustimmung des Kunden gedeckt wird. Dies zeigt, daß der Privatkunde, der dem Bankauskunftsverfahren allgemein zugestimmt hat, nicht schutzlos bleibt. Man wird daher davon ausgehen können, daß auch die allgemeine Zustimmung grundsätzlich noch als Einwilligung im Sinne des Datenschutzgesetzes angesehen werden kann. (169) Verweigert der Kunde seine Einwilligung, muß die Ablehnung einer Bankauskunft so formuliert werden, daß sich die Ablehnung nicht als negative Auskunft über die Bonität des Kunden deuten läßt. (170)

c) Die Schufa-Auskunft

Grundsätzlich neu geregelt worden ist kürzlich auch die Übermittlung von Daten im Rahmen des sog. Schufa-Verfahrens. Die Schufa-Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung — ist eine Gemeinschaftseinrichtung der kreditgebenden deutschen Wirtschaft, die von ihren Vertragspartnern Informationen bekommt und an sie wieder zurück gibt, um die Vertragspartner vor Verlusten im Konsumentenkreditgeschäft zu schützen. Nachdem der Bundesgerichtshof im Jahre 1985 die von der Kreditwirtschaft in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Schufa-Klausel für unzulässig erklärt hat (171), wurden von der Kreditwirtschaft in Zusammenarbeit mit den Vertretern der Datenschutzaufsichtsbehörden drei neue Schufa-Klauseln entwickelt, die für Kontoeröffnung, Kreditaufnahme und Bürgschaftserklärung seit dem 1.7.1986 Verwendung finden. (172) Die neuen Klauseln, die sich inhaltlich entsprechen, lassen eine Übermittlung sog. **Positivmerkmale** künftig nur noch mit einer den Anforderungen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BDSG entsprechenden Einwilligung des Kunden zu. (173) Unter Positivmerkmalen versteht man die Daten über die Beantragung, die Aufnahme und vereinbarungsgemäße Abwicklung der Geschäftsbeziehung. Hierzu gehören z.B. Name, Geburtsdatum und Anschrift des

Kunden, Betrag, Laufzeit und Ratenbeginn eines Kredits, vorzeitige Rückzahlung und Laufzeitverlängerungen. Dagegen ist das Kreditinstitut zur Übermittlung von **Negativmerkmalen** allein nach Maßgabe des § 24 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BDSG berechtigt. Die Meldungen dürfen nur erfolgen, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen des Kreditinstituts, eines Vertragspartners der Schufa oder der Allgemeinheit erforderlich ist und dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden. Die Negativmerkmale beziehen sich auf ein nicht vertragsgemäßes Verhalten des Kunden (z. B. Kündigung des Kredits, Inanspruchnahme einer vertraglich vereinbarten Lohnabtretung, beantragter Mahnbescheid bei unbestrittener Forderung oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen). Gleichzeitig sind die Transparenz des Verfahrens und die Auskunftsmöglichkeiten des Betroffenen verbessert worden. Ferner wurde der Katalog der Tatbestände, die der Schufa übermittelt werden können, gestrafft und präzisiert sowie der Kreis möglicher Anschlußfirmen der Schufa beschränkt. Willigt der Betroffene nicht in die Übermittlung der sog. positiven Merkmale an die Schufa ein, lehnen es die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute ebenso wie die privaten Banken in der Regel ab, ein Girokonto zu eröffnen. (174) Sie verweisen den Betroffenen auf die Möglichkeit, ein Postgirokonto einzurichten, ohne der Schufa-Klausel zustimmen zu müssen. Diese Verhaltensweise der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute stößt aber auf Bedenken. Verweigert der Betroffene seine Einwilligung, sind die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute zur Vermeidung von Risiken berechtigt, die Einräumung eines sonst bei Girokonten üblichen Überziehungskredits sowie die Ausgabe von Scheckkarten und Scheckvordrucken abzulehnen. Ein Kontrahierungszwang der Sparkassen be-

(167) Vgl. auch Auernhammer (Fn. 6), § 3 Rdnr. 6 m.w.N.

(168) Nr. 7 a) Abs. 1 letzter Satz AGB der Sparkassen.

(169) Geht man entgegen der hier vertretenen Ansicht davon aus, daß eine allgemeine Einwilligung des Privatkunden unzulässig ist, dürften diese Einwilligungen auch nicht den Vertragszweck erweitern können. Die Zulässigkeit der Datenübermittlung würde sich dann nach § 24 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BDSG richten. Hier käme es zu einer ähnlichen Interessenabwägung wie sie die AGB vorsehen. Ob von dem Dritten im Rahmen des § 24 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BDSG mehr als eine glaubhafte Darlegung seiner berechtigten Interessen verlangt werden könnte, ist sehr zweifelhaft.

(170) Kirchherr/Stütze (Fn. 154), 521. Für die technische Seite der Abwicklung des Bankauskunftsverfahrens wurden neue Grundsätze entwickelt (abgedr. in ZIP 1987, 608), die am 1.5.1987 in Kraft getreten sind. Näher dazu Feuerborn, Neue Grundsätze für die Durchführung des Bankauskunftsverfahrens zwischen Kreditinstituten, Sparkasse 1987, 347 ff.

(171) BGHZ 95, 362 ff.

(172) Abgedr. bei A. Weber, Neuordnung des Schufa-Verfahrens für Kreditinstitute, WM 1986, 845 (847).

(173) Vgl. dazu und zum folgenden Geiger/Gröschel, Schufa-Verfahren auf neuer Grundlage, Sparkasse 1986, 294 ff.; Weber, a.a.O., 845 ff.

(174) Vgl. 4. Tb. des Landesbeauftragten für den Datenschutz NW, 1983, S. 133; 8. Tb. des Landesbeauftragten für den Datenschutz NW, 1987, S. 127.

steht — anders als im Passivgeschäft (175) — insoweit nicht. Die Verweigerung der Einwilligung rechtfertigt es aber nicht, sich gegen eine Kontoverbindung auf reiner Guthabenbasis zu sperren. Das Geschäftsverhalten der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute muß sich nämlich an Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen. Dies hat zur Konsequenz, daß die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, den Abschluß von Verträgen nicht aus unsachlichen Gesichtspunkten ablehnen dürfen. Bei einem reinen Guthabenkonto besteht kein Bedürfnis für eine Einschaltung der Schufa. Daß die Führung eines Guthabenkontos einen gesteigerten Verwaltungsaufwand mit sich bringt (wie die Kreditinstitute geltend machen), mag zutreffen. Doch dürfte sich der zusätzliche Aufwand in Grenzen halten, da auch Girokonten nicht beliebig belastet werden dürfen und es wohl kaum einen erheblichen Unterschied ausmacht, ob sich die Kontrollvorkehrungen des Kreditinstituts auf einen Negativsaldo oder einen Nullsaldo beziehen. Im übrigen ist die Erzielung von Gewinnen gerade nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebes öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute. Der gesetzliche Versorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute wirkt sich auch auf den Giroverkehr aus, weil ein Teilnehmer am Arbeitsmarkt oder sonstigen Geschäftsleben heute ein Girokonto haben muß. Selbst die öffentliche Hand ist vielfach nicht mehr bereit, Geldzahlungen in bar zu leisten. Nach alledem muß davon ausgegangen werden, daß es sachwidrig wäre, die Nichteinwilligung in die Schufa-Klausel zum Anlaß zu nehmen, auf den Abschluß eines Girovertrages auf Guthabenbasis zu verzichten. (176)

Gelangt das Schufa-Verfahren zur Anwendung, können sich Probleme vor allem bei der Übermittlung von Negativmerkmalen an die Schufa ergeben. Zu unterscheiden ist zwischen den sog. harten und weichen Negativmerkmalen. Während den harten Negativmerkmalen eine gerichtliche Entscheidung zugrundeliegt (wie etwa den — meisten -Zwangsvollstreckungsmaßnahmen), unterrichten die weichen Negativmerkmale lediglich über einseitige Maßnahmen der Bank. (177) Die Übermittlung harter Merkmale ist zur Wahrung berechtigter Interessen der Kreditwirtschaft, aber auch der Allgemeinheit und der Kreditnehmer selbst, grundsätzlich erforderlich, weil Verlusten aus Konsumentenkrediten anders nicht vorgebeugt werden kann. Schutzwürdige Belange des Betroffenen werden in der Regel nicht beeinträchtigt. Die Kreditinstitute können sich deshalb darauf beschränken, zu prüfen, ob eine atypische Situation vorliegt. Ist eine solche Situation nicht ersichtlich, muß die Übermittlung als zulässig angesehen werden. Dagegen setzt die Übermittlung weicher Negativmerkmale eine sorgfältige Einzelfallprüfung voraus. Nur wenn das Kreditinstitut davon ausgehen kann, daß das Verhalten des Kunden auf Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungsunwilligkeit beruht, dürfen die Daten regelmäßig übermittelt werden. Läßt sich das Verhalten auf andere Gründe zurückführen — wie etwa auf Meinungsunterschiede über das Bestehen einer Forderung — ist von einer Schufa-Meldung prinzipiell abzusehen. (178) Eine Übermittlung an die

Schufa hat ebenfalls zu unterbleiben, wenn das Kreditinstitut in Absprache mit dem Kunden einen Mahnbescheid beantragt, um auf diese Weise vorsorglich einen kostengünstigen Vollstreckungstitel zu erhalten.

d) Die Bekanntgabe von Namen und Anschriften

Große Bedeutung kommt der Frage zu, ob die Kreditinstitute über die bisher behandelten Fälle hinaus Namen und Anschriften ihrer Kunden nach außenhin weitergeben bzw. zur Einsichtnahme bereithalten dürfen. Die Frage läßt sich nur im Hinblick auf die jeweilige Sachverhaltsgestaltung beantworten.

Als prinzipiell unzulässig müssen kommerziell motivierte Adressengeschäfte angesehen werden. Erfährt das Kreditinstitut aus dem Zahlungsverkehr zum Beispiel, daß ihr Kunde sich einen Computer gekauft hat, mag durch die Übermittlung seiner Adresse an einen Computerverlag unter Umständen ein hoher Preis erzielt werden können. Doch greift keine der Varianten des § 24 BDSG ein. Die Übermittlung ist daher nur mit einer Einwilligung des Betroffenen erlaubt.

Nach einer zwischen den Spitzenverbänden der Kreditwirtschaft und der von dem Westdeutschen Rundfunk Köln betriebenen Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (GEZ) getroffenen Vereinbarung, teilen die Kreditinstitute der GEZ Änderungen der Anschriften von Lastschriftzahlern mit. Die Datenschutzbehörden haben die Zulässigkeit dieses Verfahrens unterschiedlich beurteilt. Liegt keine Einwilligung des Kunden vor, richtet sich die Mitteilung der Adressenänderung nach § 24 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BDSG. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift dürften aber nicht erfüllt sein. Zwar besteht sowohl ein berechtigtes Interesse der GEZ als auch der Allgemeinheit daran, die Änderung der Anschrift von Rundfunkteilnehmern zu erfahren. Da die berechtigten Interessen aber nicht so bedeutsam sind, daß sie die Durchbrechung des Bankgeheimnisses erforderlich machen, stehen der Mitteilung schutzwürdiger Belange des Betroffenen entgegen. (179) Würde man anders entscheiden, könnten zahlreiche andere Organisationen — wie z. B. die Versicherungen — ebenfalls von den Kreditinstituten eine Mitteilung der Adressenänderungen verlangen. Man wird der GEZ zumuten können, sich die Auskünfte von den Meldebehörden zu beschaffen. Als Fall der Datenübermittlung muß auch die Übersendung von Namen und Adressen durch Sparkassen oder Bausparkassen an den Sparkassenverlag zum Zwecke des Direktversandes einer Bausparerszeitschrift angesehen

(175) § 7 Abs. 1 SpkVO NW. Vgl. auch Heinevetter (Fn. 34), § 3 Anm. 1.31.

(176) A.A. Simon, Zum Kontrahierungszwang von Kreditinstituten, ZIP 1987, 1234 ff. (mit dem Hinweis darauf, daß der Postgiroverkehr eine ausreichende Handlungsalternative bilde).

(177) Vgl. Weber (Fn. 172), 848 f.

(178) Vgl. Geiger/Gröschel (Fn. 173), 295; Weber, a.a.O., 849.

(179) Ebenso 7. Tb. des Landesbeauftragt. für den Datenschutz NW, 1986, S. 143 f.

hen werden. (180) Eine Datenverarbeitung im Auftrag scheidet aus, weil der Hauptzweck des Auftrags nicht die Speicherung von Adressen, sondern der Vertrieb der Zeitschrift ist. (181) Sofern der Bausparer einen vertraglichen Anspruch auf Auslieferung der Zeitschrift hat, dürfte die Bekanntgabe der Namen und Adressen noch im Rahmen der Zweckbestimmung des Bankvertrages liegen. Zumindest ist die Übermittlung der Daten aber nach § 24 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BDSG zulässig. Vielfach bedienen sich die Kreditinstitute der Hilfe von rechtlich selbständigen Markt- und Meinungsforschungsinstituten. (182) Beispielsweise haben Meinungsforschungsinstitute für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute schon Leseranlysen von Bausparerschriften durchgeführt. Auch wurden in der Vergangenheit Untersuchungen von Meinungsforschungsinstituten angestellt, warum Kunden ihre Verträge mit dem Kreditinstitut gekündigt haben. In den Fällen der genannten Art machen die Kreditinstitute den Meinungsforschungsinstituten zunächst die entsprechenden Adressen zugänglich. Da es sich aus den erwähnten Gründen wiederum nicht um einen Fall der Auftragsdatenverarbeitung, sondern der Datenübermittlung handelt und die Übermittlung nicht mehr im Rahmen der Zweckbestimmung des Vertrages liegt, müßte sie sich auf § 24 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BDSG stützen lassen. Mit der Leseranlyse wird das Ziel verfolgt, daß Bausparen attraktiver zu gestalten. Die Weitergabe der Daten liegt deshalb im berechtigten Interesse der Kreditinstitute und der Bausparer. Zweifelhaft ist aber, ob die schutzwürdigen Belange des Betroffenen gewahrt werden. Grundsätzlich braucht der Betroffene die Weitergabe seiner Daten an ein Meinungsforschungsinstitut nicht hinzunehmen. Andererseits soll die Weitergabe dem Bausparerkollektiv insgesamt und damit auch dem Betroffenen in seiner Eigenschaft als Bausparer zugute kommen. Wenn das öffentlich-rechtliche Kreditinstitut das Meinungsforschungsinstitut sorgfältig aussucht und dazu verpflichtet, sämtliche Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, den Bausparer schonend anzusprechen (insbesondere nicht zu „überfallen“) und seine Daten bei Auskunftsverweigerung umgehend zu löschen, dürften die schutzwürdigen Belange als gewahrt angesehen werden können. Dagegen widerspricht es stets den schutzwürdigen Belangen Daten des Betroffenen nach Vertragskündigungen mit dem Ziel weiterzugeben, Erkundigungen über den Grund der Kündigung einzuziehen.

e) *Die Bekanntgabe von Daten mit indirektem Personenbezug*

Mitunter übermitteln die Kreditinstitute Daten, die nur scheinbar einen Personenbezug vermissen lassen. So wurde in der Vergangenheit den Bausparern, die einen Bausparinteressenten benannten, eine von der Höhe der vereinbarten Bausparsumme abhängige Werbeförderung gezahlt, falls es zum Vertragsabschluß kam. Durch diese Verfahrensweise erhielt der Empfänger der Prämie Kenntnis von der Höhe der Bausparsumme, die ihm Rückschlüsse auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des erworbenen Bausparers ermöglichten.

Auch in diesen Fällen handelt es sich um eine Datenübermittlung i.S.d. § 24 BDSG. Nach einer Beanstandung des Landesbeauftragten für den Datenschutz hat die Landesbausparkasse das Verfahren beim Bausparerswettbewerb umgestellt. (183) Die Werber erhalten nicht mehr eine von der Höhe der vereinbarten Bausparsumme abhängige Werbeförderung, sondern einen Sachpreis, sofern die Bausparsumme des abgeschlossenen Bausparvertrages mindestens 15.000 DM beträgt. Ob sich damit die datenschutzrechtlichen Bedenken ganz ausräumen lassen, erscheint zweifelhaft. Unangreifbarer wäre es in jedem Falle, die Einwilligung des Betroffenen einzuholen.

E. Resümee und Ausblick

Als Fazit der Überlegungen ist festzuhalten, daß sich die datenschutzrechtlichen Probleme öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute weithin mit den vorhandenen gesetzlichen Regelungen bewältigen lassen, die Regelungen in einer Reihe von Fällen aus verfassungsrechtlichen Gründen aber der Ergänzung bzw. Erweiterung bedürfen. Im übrigen hängt die Art und Güte des Datenschutzes von der Anwendung der Vorschriften im Einzelfall ab. Da es um die Auslegung von Generalklauseln mit sehr unbestimmten Rechtsbegriffen geht, kommt es mitentscheidend darauf an, welche allgemeine Bedeutung man dem Datenschutz einräumt: anders ausgedrückt, welches Grundverständnis man in den Auslegungsprozeß einfließen läßt. Nach wie vor wird die Gewichtung des Datenschutzes außerordentlich unterschiedlich beurteilt. Während die wirtschaftlichen Unternehmen mit Blick auf das Ausland, die Kosten und Bürokratie bereits die vorhandenen Datenschutzregelungen nicht selten als weit überzogen ansehen, wollen andere die Vorgaben aus dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts auf alle Bereiche des öffentlichen und privaten Lebens erstrecken. Es hat aber den Anschein, als ob diese Positionen allmählich einer differenzierten Betrachtungsweise über die Aufgaben und Grenzen des Datenschutzes Platz machen. Besondere Aufmerksamkeit verdienen in diesem Zusammenhang die Verhandlungen zwischen der Kreditwirtschaft und den Datenschutzbehörden, die zu einer einverständlichen Neuordnung des Bankauskunfts- und Schufa-Verfahrens geführt haben. Diese nachahmenswerte Art des Vorgehens ist ein Beleg dafür, daß es bei einigem guten Willen auf beiden Seiten trotz bleibender Konflikte durchaus möglich ist, in den wesentlichen Fragen eine praktische Konkordanz zwischen den Erfordernissen des Datenschutzes und den berechtigten Interessen der Wirtschaft herzustellen.

(180) A.A. Ehrlich/Kirchherr/Pusch (Fn. 1), S. 51 (Datenverarbeitung im Auftrag).

(181) Zutreffend zu solchen sog. „Funktionsübertragungen“ Auernhammer (Fn. 6), § 31 Rdnr. 6 m.w.N.

(182) Nach § 26 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Ref.-Entw. (Fn. 30) ist die Übermittlung von Daten an Meinungsforschungsinstitute grundsätzlich zulässig, sofern es sich um listenmäßig zusammengefaßte Daten handelt und der Betroffene nicht widersprochen hat.

(183) Näher dazu 8. Tb. des Landesbeauftragten für den Datenschutz NW, 1987, S. 133.