

**Datenschutz und Auftragsverarbeitung: Eine rechtsdogmatische
Einordnung der Auftragsverarbeitung auf der Grundlage der
rechtshistorischen Entwicklung ihrer gesetzlichen Regelung**

Inaugural-Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster**

**vorgelegt von Thomas Ralf Krajewski
aus Münster**

2022

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Hoeren

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Kai von Lewinski

Dekan/in: Prof. Dr. Matthias Casper

Tag der mündlichen Prüfung: 23. November 2021

Vorwort

„Ich habe nichts zu verstecken“ – so oder ähnlich reagierte eine beträchtliche Anzahl von Personen in meinem Umfeld in Bezug auf die Relevanz des Schutzes ihrer personenbezogenen Daten in Gesprächen über die Sammlung und Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten insbesondere im Internet und Cloud Netzwerken im Jahre 2012. In meiner Berufstätigkeit als Syndikusrechtsanwalt in einem der weltweit größten Elektronikunternehmen beobachtete ich alltäglich die wirtschaftliche Relevanz personenbezogener Daten und deren umfassende Sammlung aus weitverzweigten Netzwerken mit weltweitem Datentransfer an Unternehmen, die weisungsgebunden personenbezogene Daten verarbeiteten. Ich fühlte mich wie der Wanderer über dem Nebelmeer in dem berühmten Gemälde von Caspar David Friedrich. Ich erkannte eine Vielzahl von Auftraggebern und Auftragnehmern, die die Daten verarbeiteten wie der Wanderer eine Vielzahl von Bergspitzen in der Ferne aus dem Nebel heraussehen sieht. Unter dem Nebel schienen die Auswirkungen der Verzweigungen der Datenströme zu liegen und mit der Zunahme von Auftragsdatenverarbeitungsverträgen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums und internationalen Datenübermittlungen auf der Grundlage der Europäischen Standardvertragsregelungen, denen ich begegnete, entstand der Wunsch, die Auftragsdatenverarbeitung wissenschaftlich zu untersuchen. „Ich habe nichts zu verstecken“ war selbstverständlich eine zweifelhafte Wahrnehmung, die der Relevanz der weitverzweigten Datenverarbeitung insbesondere unter Berücksichtigung der Einbeziehung Dritter nicht gerecht wurde.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Thomas Hoeren für seine Unterstützung des von mir gewählten Themas. Ich bedanke mich herzlich bei meinen Eltern Maria und Dieter Krajewski sowie meinem Bruder Dr. iur. Markus Soebbeke-Krajewski für die lebenslange Unterstützung und den damit gesetzten Grundstein, der mich seit nunmehr vielen Jahren beruflich und privat trägt.

Meiner Ehefrau, die stets den Fortschritt dieser Arbeit mitgetragen und an eine Beendigung dieser Arbeit geglaubt hat und mich immer wieder liebevoll ermutigte auch in Zeiten, in denen sie selbst als in Vollzeit tätige Klinikärztin im Schichtdienst Ausgleich suchte, gebührt mein herzlicher Dank und meine aufrichtige Anerkennung. Auch meinen Kindern, Brianna und Rosalie, die an vielen Tagen darauf verzichten mussten, mich in ihr Spiel zu integrieren: Danke! Die Erstellung dieser Arbeit war eines meiner großen Ziele.

Thomas R. Krajewski im Februar 2022

Inhaltsverzeichnis

Datenschutz und Auftragsverarbeitung: Eine rechtsdogmatische Einordnung der Auftragsverarbeitung auf der Grundlage der rechtshistorischen Entwicklung ihrer gesetzlichen Regelung	1
Vorwort.....	3
Inhaltsverzeichnis	4
Abkürzungsverzeichnis	10
Literaturverzeichnis	11
Teil 1: Ziel und Gang der Untersuchung	27
Teil 2: Die integrierten Datenverarbeitungssysteme als tatsächliche Grundlage der Auftragsdatenverarbeitung	32
A. Die Integrierte Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung	32
I. <i>Neue Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und die Entstehung der Informationskrise.....</i>	32
II. <i>Sozialpolitik und Sozialstaatsprinzip.....</i>	36
III. <i>Frühe Datenverarbeitung als Bestandteil allgemeiner Verwaltungstätigkeit</i>	40
IV. <i>Verwaltungsorganisation und Datenverarbeitung.....</i>	41
1. <i>Verwaltungswissenschaft nach Luhmann</i>	44
2. <i>Verstreuung von Wissen durch Arbeitsteilung.....</i>	45
3. <i>„Kluft zwischen normativen und empirischen Methoden“</i>	46
4. <i>„Unübersehbare Komplexität der praktischen Verwaltung, ihrer Systembildung und ihrer Handlungssituationen“</i>	49
5. <i>Funktional-vergleichende vs. strukturell-vergleichende Methodik.....</i>	51
6. <i>Automationsgerechte Umsetzung der Theorieansätze der Verwaltungswissenschaften.....</i>	52
7. <i>Kritik und Bewertung der Luhmann’schen Systemtheorie</i>	55
V. <i>Steinmüllers Theorie der Rechtsinformatik.....</i>	58

1.	Automationsgerechte Normsetzung	60
2.	Automatisierte Normanwendung.....	61
3.	Automatisierte Normsetzung	62
4.	Kritik und Bewertung der Theorie der Rechtsinformatik	63
VI.	<i>Anwendungsorientierte Strukturtheorie nach Fiedler</i>	64
1.	Gegenstandsbestimmung	64
2.	Einteilung in Funktionsklassen.....	65
VII.	<i>Auswirkungen der Formalisierung auf die Verwaltungsorganisation und die Gesamtgesellschaft</i>	67
VIII.	<i>Auswirkungen der Integration auf die Verwaltungsorganisation</i>	68
1.	Datenverarbeitung außer Haus	69
2.	Begriff der integrierten Datenverarbeitung	71
3.	Dezentrale Datenverarbeitung	72
4.	Zentrale Datenverarbeitung	73
5.	Schaffung einer Ablauforganisation in der öffentlichen Verwaltung	77
6.	Informatische Grundfunktionen	77
7.	Integrierte Datenverarbeitung im engeren Sinne	80
8.	Integrierte Datenverarbeitung in der Landes- und Kommunalverwaltung	81
9.	Integrierte Datenverarbeitung in der Bundesverwaltung	97
B.	Die integrierte Datenverarbeitung in der Privatwirtschaft	107
I.	<i>Die Informationskrise in der Privatwirtschaft</i>	107
II.	<i>Automatisierte Datenverarbeitung in der Privatwirtschaft</i>	108
III.	<i>Zwischenbetriebliche Kooperation zur effizienten Ausnutzung von Software und Hardware</i>	109

1.	Gemeinsame Programmierung.....	110
2.	Gemeinsame Hardwarenutzung.....	110
3.	Datenverarbeitungsdienstleistungen	111
4.	Standardisierung von Software, Datenträgern und Dokumentenformate.....	112
5.	Integration der Datenverarbeitung	113
IV.	<i>Konsequenzen für die Organisation der beteiligten Unternehmen der Privatwirtschaft</i>	<i>117</i>
C.	Zwischenergebnis	118
Teil 3: Die Risiken für die freiheitlich-demokratische Grundordnung im öffentlich-rechtlichen Bereich, für Unternehmensstrukturen im privatrechtlichen Bereich und für das allgemeine Persönlichkeitsrecht Betroffener . 121		
A.	Die Risiken im öffentlich-rechtlichen Bereich für die freiheitlich-demokratische Grundordnung.....	121
I.	<i>Die Kommunale Selbstverwaltung.....</i>	<i>121</i>
1.	Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie durch die Vorgaben der integrierten Datenverarbeitung.....	123
2.	Verletzung der kommunalen Selbstverwaltung durch Überfrachtung der Kommunen mit staatlichen Aufgaben	125
II.	<i>Das Bundesstaatsprinzip</i>	<i>141</i>
III.	<i>Das Rechtsstaatsprinzip</i>	<i>146</i>
1.	Das Gewaltenteilungskonzept Montesquieus als Grundlage der Gewaltenteilung im Grundgesetz.....	146
2.	Rechtsgebundenheit und Zuständigkeitsaufteilung	152
3.	Dezentralisation und Rechtsaufsicht	155
IV.	<i>Das Demokratieprinzip</i>	<i>158</i>
V.	<i>Zwischenergebnis</i>	<i>159</i>
B.	Die Risiken im zivilrechtlichen Bereich	159
I.	<i>Die Risiken für juristische Personen des Zivilrechts und Personengesellschaften.....</i>	<i>160</i>

1.	Die Risiken im Bereich der Grundrechte.....	160
2.	Die Risiken in der zwischenbetrieblichen Integration	167
<i>II.</i>	<i>Die Risiken für natürliche Personen und die Gesellschaft.....</i>	<i>168</i>
1.	Wissensüberschuss organisierter Stellen	168
2.	Verdatung	168
3.	Datenliquidität.....	169
4.	Datenmissbrauch.....	169
5.	Die Verteidigung der Privatsphäre und die Entstehung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	171
<i>III.</i>	<i>Zwischenergebnis</i>	<i>189</i>

Teil 4: Rechtsdogmatische Einordnung der Auftragsdatenverarbeitung auf der Grundlage der allgemeinen Schutzmechanismen des Datenschutzrechts und deren konkrete Umsetzung in der Auftragsdatenverarbeitung... 190

A.	Der Gegenstand des Datenschutzes: Datenschutz im engeren und weiteren Sinne	190
B.	Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 1977	196
<i>I.</i>	<i>Auftragsdatenverarbeitung im öffentlichen Bereich gem. BDSG 1977</i>	<i>196</i>
1.	Auftragsdatenverarbeitung und Bewahrung der freiheitlich-demokratischen Grundprinzipien	198
2.	Auftragsdatenverarbeitung und informationelle Selbstbestimmung	202
3.	Auftragsdatenverarbeitung und Haftung öffentlicher Stellen.....	213
<i>II.</i>	<i>Auftragsdatenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich gem. BDSG 1977</i>	<i>220</i>
1.	Datenverarbeitung für eigene Zwecke	220
2.	Datenverarbeitung für fremde Zwecke	239
<i>III.</i>	<i>Zwischenergebnis</i>	<i>243</i>
C.	Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 1990	243
<i>I.</i>	<i>Regelungssystematik und inhaltliche Ausgestaltung</i>	<i>243</i>

1.	Vereinheitlichung der Regelung bei innerer Beibehaltung der Trennung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich.....	244
2.	Aufnahme des Terminus „Nutzen“	245
3.	Konkretisierung der Auftraggeberpflichten.....	246
4.	Konkretisierung der Auftragnehmerpflichten	247
5.	Die Ausgestaltung der Datenschutzkontrolle: Differenzierung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich.....	248
II.	<i>Betroffenenschutz durch Schadensersatz</i>	252
III.	<i>Zwischenergebnis</i>	254
D.	Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 2001	255
I.	<i>Auftragsdatenverarbeitung nach Umsetzung der EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG im BDSG 2001</i>	256
1.	Erstreckung der Auftraggeber- und Auftragnehmerpflichten, Datenschutzkontrolle sowie Gegenrechte der Betroffenen	257
2.	Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und informationellen Selbstbestimmung	257
3.	Erhöhte Organisations- und Verkehrssicherungspflichten durch technische und organisatorische Maßnahmen und Prüfpflichten.....	258
4.	Neuordnung von Bußgeld- und Strafvorschriften	259
5.	Erweiterung der Datenschutzkontrolle	260
II.	<i>Neufassung der Schadensersatzregelungen nach der EU-Datenschutzrichtlinie in Art. 23 RL 95/46/EG</i>	260
1.	Grundlegende Schadensersatzregelung gem. § 7 BDSG 2001.....	261
2.	Spezialgesetzliche Haftung öffentlicher Stellen und Haftung für immaterielle Schäden	265
III.	<i>Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und Fokussierung des BDSG 2001 auf präventiven Datenschutz</i>	267
IV.	<i>Zwischenergebnis</i>	269

E. Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 2009	269
Teil 5 Zusammenfassung.....	272

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungen nach

Kirchner, Hildebert / Böttcher, Eike Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 8. Aufl.,
Berlin 2015

Literaturverzeichnis

- Aretin, Johann
Christoph von, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, Band 2 von 2,
Altenburg 1828
- Rotteck, Carl von (zitiert: Aretin/Rotteck, Seite)
- Auernhammer, Herbert Bundesdatenschutzgesetz: Kommentar, 1. Auflage, Köln
1977

(zitiert: Auernhammer, BDSG 1977, § Rdnr.)

Bundesdatenschutzgesetz: Kommentar, 3. Auflage, Köln
1993

(zitiert: Auernhammer, BDSG, 3. Aufl, § Rdnr.)
- Bader, Johann Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 47. Edition, Stand:
01.04.2020, München 2020
- Ronellenfitsch, Michael (zitiert: BeckOK Bader/Ronellenfitsch - Bearbeiter, § Rdnr.)
- Bartels, Hildegard Die Statistische Datenbank des Bundes als Teil des
automatisierten Informationssystems der öffentlichen
Verwaltung, in: Das Informationsbankensystem, Band II
von III: Vorschläge für die Planung und den Aufbau eines
allgemeinen arbeitsteiligen Informationsbankensystems
für die Bundesrepublik Deutschland: Materialband
(Gutachten, Empfehlungen, Stellungnahmen), Bonn 1971,
77 - 94.

(zitiert: Bartels, in: Das Informationsbankensystem, Bd. II,
77, Seite)
- Brakelmann, Günter Die soziale Frage des 19. Jahrhunderts, Witten/Ruhr 1962
- Blanke, Sibylle (zitiert: Brakelmann/Blanke, Seite)
- Brandeis, Samuel The Right to Privacy, in: Harvard Law Review 1890, 193 –
220)
- Warren, Louis

(zitiert: Brandeis/Warren, Harvard Law Review, 193, Seite)

Brater, Karl

„Gemeinde“, in Deutsches Staats-Wörterbuch, hg. von Johann Caspar Bluntschli, Band 4, Stuttgart 1859.

(zitiert: Brater, in: Deutsches Staats-Wörterbuch, Seite)

Bresse, Konrad

Das Verbundsystem der hessischen Datenverarbeitung für die Landes- und Kommunalverwaltung, ÖVD 1971, 4-9.

(zitiert: Bresse, ÖVD 1971, 4, Seite)

Buckingham, Walter

Automation und Gesellschaft, Frankfurt am Main, 1961, Originalausgabe: Automation, Its impact on Business and People, übersetzt aus dem Amerikanischen von Norbert Junius.

(zitiert: Buckingham, Seite)

Bundesministerium des Innern

Dokumentation einer Anhörung zum Referentenentwurf eines Bundes-Datenschutzgesetzes vom 07. bis 09.11.1972, Bonn 1973

(zitiert: Bearbeiter, in: Dokumentation einer Anhörung zum Referentenentwurf eines Bundes-Datenschutzgesetzes vom 07. bis 09. November 1972, hg. v. Bundesministerium des Innern, Seite)

Dammann, Ulrich

Strukturwandel der Information und Datenschutz, in: Datenverarbeitung im Recht 1974, 268 – 301.

(zitiert: Dammann, DVR 1974, 268, Seite)

Zum Datenschutz im Einwohnerwesen, in: Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung 1972, 69ff.

(zitiert: Dammann, ÖVD 1972, 69, Seite)

Datenschutzkommission des Deutschen Juristentages

Grundsätze für eine gesetzliche Regelung des Datenschutzes, München 1974.

(zitiert: DJT-Datenschutz, Seite)

Dehmel, Hans-Hermann Übertragener Wirkungskreis, Auftragsangelegenheiten und Pflichtaufgaben nach Weisung, Berlin 1970.

(zitiert: Dehmel, Seite)

Der Hessische Erster Tätigkeitsbericht des Hessischen
Datenschutzbeauftragte Datenschutzbeauftragten, in: Hessischer Landtag,
Drucksache 7/1495, Wiesbaden 1972, 1-40.

(zitiert: Der Hessische Datenschutzbeauftragte, LDrs
7/1495, Seite)

Der Bundesrat Unterrichtung durch den Bundesrat, Gesetz zum Schutz vor
Mißbrauch personenbezogener Daten bei der
Datenverarbeitung (Bundes-Datenschutzgesetz – BDSG),
BT-Drs. 7/5497, 1 – 5.

(zitiert: Der Bundesrat, BT-Drs. 7/5497, Seite)

Empfehlung der Ausschüsse zum Entwurf eines Gesetzes
zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer
Gesetze, BR-Drs. 461/00, 1 – 29.

(zitiert: Der Bundesrat, Empfehlung der Ausschüsse zum
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BR-Drs.
461/00, zu Ziff., Seite)

Der Innenausschuss Bericht und Antrag des Innenausschusses zu dem von der
Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes
zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei
der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG),
BT-Drs. 7/5277, 1 – 40.

(zitiert: Der Innenausschuss, Bericht und Antrag des
Innenausschusses zu dem von der Bundesregierung
eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor
Mißbrauch personenbezogener Daten bei der
Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG), BT-
Drs. 7/5277, Seite)

Die Bundesregierung

Bericht der Bundesregierung über die Anwendung der elektronischen Datenverarbeitung in der Bundesverwaltung, BT-Drs. V/3355, Bonn 1968, 1-12.

(zitiert: Die Bundesregierung, 1. EDV-Bericht, BT-Drs. V/3355, Seite)

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundes-Datenschutzgesetz – BDSG), BT-Drs. 7/1027, 1 – 41.

(zitiert: Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundes-Datenschutz – BDSG), BT-Drs. 7/1027, Seite).

Zweiter Bericht der Bundesregierung über die Anwendung der elektronischen Datenverarbeitung in der Bundesverwaltung, BT-Drs. VI/648, Bonn 1970, 1 – 51.

(zitiert: Die Bundesregierung, 2. EDV-Bericht, BT-Drs. VI/648, Seite)

Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, BT-Drs. 11/4306, 1 – 96.

(zitiert: Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, BT-Drs. 11/4306, Seite)

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 14/4329, 1 - 64.

(zitiert: Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 14/4329, Seite)

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 16/12011, 1 – 56.

(zitiert: Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung

datenschutzrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 16/12011, Seite)

Eberle, Carl-Eugen

Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung organisationsrechtlicher Fragestellungen, Berlin 1976.

(zitiert: Eberle, Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung, Seite)

Verfassungsrechtliche Probleme der gesetzlich geregelten ADV – Koordination, in: Informationsrecht und Informationspolitik, hg. von Wilhelm Steinmüller, Band 1 in der Reihe Rechtstheorie und Informationsrecht 1, hg. von Wilhelm Steinmüller und Adalbert Podlech, München 1976, 145 – 163.

(zitiert: Eberle, in: Informationsrecht und Informationspolitik, 145, Seite)

Enquête-Kommission für Fragen der Verfassungsreform gemäß Beschluß des Deutschen Bundestages

Zwischenbericht, der Enquête-Kommission für Fragen der Verfassungsreform gemäß Beschluß des Deutschen Bundestages – Drucksache VI/1211-, in: BT-Drs VI/3829.

(zitiert: Enquête-Kommission, BT-Drs VI/3829, Seite)

Esser

Benutzung einer Datenverarbeitungsanlage einer Molkerei im Lohnauftrag, Der Gemeinderat 1968, 147.

(zitiert: Esser, 147)

Fiedler, Herbert

Automatisierung im Recht und juristische Informatik 1. Teil.: Grundbegriffe der elektronischen Informationsverarbeitung und ihrer juristischen Anwendung, JuS 1970, 432-436.

(zitiert: Fiedler, JuS 1970, 432, Seite)

Automatisierung im Recht und juristische Informatik 2. Teil: Datenverarbeitung und Automatisierung in der öffentlichen Verwaltung. JuS 1970, 552 – 556.

(zitiert: Fiedler, JuS 1970, 552, Seite)

Automatisierung im Recht und juristische Informatik 5. Teil: Perspektiven der Automatisierung im Recht und der juristischen Informatik. JuS 1971, 228 - 233.

(zitiert: Fiedler, JuS 1971, 228, Seite)

Perspektiven juristischer Dokumentation, Forschung und Textbearbeitung mit Elektronenrechnern, NJW 1968, 273 – 278.

(zitiert: Fiedler, NJW 1968, 273, Seite)

Probleme der elektronischen Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung. Deutsche Rentenversicherung 1964, 40-47.

(zitiert: Fiedler, DRV 1964, 40, Seite)

Rechenautomaten in Recht und Verwaltung. JZ 1966, 689 - 696.

(zitiert: Fiedler, JZ 1966, 689, Seite)

Forsthoff, Ernst

Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Auflage, München 1973.

(zitiert: Forsthoff, Seite)

Gneist, Rudolf

Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England, Berlin 1871

(zitiert: Gneist, Seite)

Gola, Peter

Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage, München 2005

Schomerus, Rudolf

(zitiert: Gola/Schomerus/Klug, § Rdnr.)

Klug, Christoph

Gräwe, Svenja Lena

Die Entstehung der Rechtsinformatik: wissenschaftsgeschichtliche und -theoretische Analyse einer Querschnittsdisziplin, Hamburg 2011.

(zitiert: Gräwe, Seite)

Hearle, E.F.R & Mason, R. J. A Data Processing System for State and Local Governments, Englewood Cliffs, New Jersey, USA 1963.

(zitiert: Hearle/Mason, Seite)

Heinrich, Lutz Datenverarbeitung außer Haus mit Hilfe der Computertechnik – Zeiterscheinung oder Notwendigkeit, Der Betrieb 1965, 1865 – 1868.

(zitiert: Heinrich, Der Betrieb 1965, 1865, Seite)

Hertel, Joachim Das bundeseinheitliche Personenkennzeichen, ÖVD 1971, 9 – 26.

(zitiert: Hertel, ÖVD 1971, 9, Seite)

Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 9. Auflage, Karlsruhe 1976.

(zitiert: Hesse, Seite)

Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern Das Informationsbankensystem, Vorschläge für die Planung und den Aufbau eines allgemeinen arbeitsteiligen Informationsbankensystems für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1: Bericht der Interministeriellen Arbeitsgruppe beim Bundesministerium des Innern an die Bundesregierung, Bonn 1971

(zitiert: Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, Seite)

Jellinek, Georg Staat und Gemeinde, in: Ausgewählte Schriften und Reden; Band 2, S. 344ff., Berlin 1911.

(zitiert: Jellinek, in: Ausgewählte Schriften und Reden, 344, Seite)

System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. B. 1892

(zitiert: Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Seite)

Kägi, Werner

Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung (1961), in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, hg. von Heinz Rausch, Darmstadt, 1969, 286 - 312.

(zitiert: Kägi, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 286, Seite)

Kamlah, Ruprecht

Datenüberwachung und Bundesverfassungsgericht, Die öffentliche Verwaltung 1970, S. 361ff.

(zitiert: Kamlah, DÖV 1970, 361, Seite)

Kaufmann, Hans

Nachrichten-Verarbeitung und Automatisierung, Beiheft zur Zeitschrift „Elektronische Rechenanlagen“, München 1961.

(zitiert: Kaufmann, Seite)

Kimminich, Otto

Privatheit und politisch-administrative Struktur, Die Verwaltung 1971, S. 206 - 230.

(zitiert: Kimminich, Die Verwaltung 1971, 206, Seite)

Kluxen, Kurt

Die Herkunft der Lehre von der Gewaltentrennung (1957), in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, hg. von Heinz Rausch, Darmstadt 1969, 131 – 152.

(zitiert: Kluxen, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 131, Seite)

Köttgen, Arnold

Kommunale Selbstverwaltung zwischen Krise und Reform, u.a. Berlin 1968.

(zitiert: Köttgen, Seite)

Krewinkel, Albert

Benutzung der Datenverarbeitungsanlage einer Brauerei durch mehrere Gemeinden, Gemeinderat 1968, 146.

(zitiert: Krewinkel, Gemeinderat 1968, 146)

- Küster, Otto Das Gewaltenproblem im modernen Staat (1949), in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, hg. von Heinz Rausch, Darmstadt 1969, 1-20)
- (zitiert: Küster, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1, Seite)
- Lenk, Klaus Datenschutz in der öffentlichen Verwaltung, in: Datenschutz – Juristische Grundsatzfragen beim Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen in Wirtschaft und Verwaltung, hg. von Wolfgang Kilian, Klaus Lenk, Wilhelm Steinmüller, Frankfurt am Main 1973, 15 - 50.
- (zitiert: Lenk, in: Datenschutz, 15, Seite)
- Lübking, Uwe Die Kommunalaufsicht – Aufgaben Rechtsgrundlagen Organisation, Berlin 1998
- Vogelsang, Klaus (zitiert: Lübking/Vogelsang/Ulbrich, Seite)
- Ulbrich, Ina-Maria
- Luhmann, Niklas Grundrechte als Institution, 5. Auflage, Berlin 2009.
- (zitiert: Luhmann, Grundrechte als Institution, Seite)
- Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 2. Auflage, Berlin 1997.
- (zitiert: Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, Seite)
- Theorie der Verwaltungswissenschaften, Berlin 1966
- (zitiert: Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, Seite)
- Lutterbeck, Bernd Informationelle Probleme parlamentarischer Beteiligung in Planungsprozessen, in: Informationsrecht und Informationspolitik, hg. von Wilhelm Steinmüller, Band 1 in der Reihe Rechtstheorie und Informationsrecht 1, hg. von Wilhelm Steinmüller und Adalbert Podlech, München 1976, 164 – 178.

(zitiert: Lutterbeck, in: Informationsrecht und Informationspolitik, 164, Seite)

Mäding/Hesmert/Jähmig Automation in der Verwaltung: Erhebung 1969 zum Funktionskatalog der Kommunalen Gemeinschaftsstelle, Rundschreiben Nr. 1/1970, hg. von Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung, Köln 1970.

(zitiert: Mäding, Hesmert, Jähmig, Rundschreiben 1/1970, Seite)

Zusammenarbeit zwischen Kommunalverwaltung und staatlicher Verwaltung bei integrierter Datenverarbeitung, Rundschreiben Nr. 3/1969, hg. von Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung, Köln 1969.

(zitiert: Mäding, Hesmert, Jähmig, Rundschreiben 3/1969, Seite)

Mallmann, Christoph Datenschutz in Verwaltungs-Informationssystemen, in Rechtstheorie und Informationsrecht, Band 2, hg. von Adalbert Podlech und Wilhelm Steinmüller, München 1975.

(zitiert: Mallmann, Seite)

Mangoldt, Hermann von Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 3. Auflage, München 1985.

Klein, Friedrich

(zitiert: von Mangoldt/Klein/Starck, 3. Aufl., Art. Rdnr.)

Mangoldt, Hermann von Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 6. Auflage, München 2010.

Klein, Friedrich

(zitiert: von Mangoldt/Klein/Starck, 6. Aufl., Art. Rdnr.)

Starck, Christian

Maunz, Theodor

Grundgesetz: Kommentar, München, Stand 1971.

Dürig, Günter

(zitiert: Maunz/Dürig/Herzog - Bearbeiter, Art. Rdnr.)

Herzog, Roman

Meincke, Eberhard Integrierte Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Kommunalverwaltung, Köln 1970.

(zitiert: Meincke, Seite)

Merten, Detlef Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Heidelberg 2011.

Papier, Hans-Jürgen

(zitiert: Merten/Papier-Bearbeiter, Seite)

Merten, Detlef Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, JuS 1976, 345 – 351.

(zitiert: Merten, JuS 1976, 345, Seite)

Mertens, Peter Die zwischenbetriebliche Kooperation und Integration bei der automatisierten Datenverarbeitung, Meisenheim am Glan 1966.

(zitiert: Mertens, Seite)

Meyer, Georg Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Auflage, Leipzig 1919.

(zitiert: Meyer, Seite)

Miller, Arthur R. Der Einbruch in die Privatsphäre, aus dem Englischen von Wilhelm Heuvels und Jörn Müller-Grote, u. a. Berlin 1973.

(zitiert: Miller, Seite)

Nipperdey, Hans Carl Die Grundrechte – Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 1, Berlin 1972

Bettermann, Karl August

(zitiert: Nipperdey/Bettermann/Neumann, Seite)

Neumann, Franz L.

- Ostermann, Jürgen Automation in der Verwaltung - Realität und Zukunftserwartung, Die Verwaltung 1970, 129 – 158.

(zitiert: Ostermann, Die Verwaltung 1970, 129, Seite)
- Pagenkopf, Hans Kommunalrecht, 2. Auflage, u.a. Köln 1975.

(Pagenkopf, Seite)
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, u.a. Berlin 1949.

(zitiert: Peters, Lehrbuch der Verwaltung, Seite)
- Die Gewaltenteilung in moderner Sicht (1954), in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, hg. von Heinz Rausch, Darmstadt 1969, 78 – 112.

(zitiert: Peters, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 78, Seite)
- Die freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Bayerische Verwaltungsblätter 1965, 37

(zitiert: Peters, BayVBl 1965, 37, Seite)
- Podlech, Adalbert Wertungen und Werte im Recht, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 95. Band, Tübingen 1970, 185 – 223.

(zitiert: Podlech, AöR 1970, 185, Seite)
- Verfassungsrechtliche Probleme öffentlicher Datenbanken, Die öffentliche Verwaltung 1970, S. 473ff.

(zitiert: Podlech, DÖV 1970, 473, Seite)
- Püttner, Günter Empfiehlt es sich, durch Einfügung einer Ziffer 6 in Art. 75 des Grundgesetzes dem Bunde die Befugnis zum Erlaß von Rahmenvorschriften im Gemeindewesen zu verleihen? in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages – Gutachten Teil F, hg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 1972

(zitiert: Püttner, Seite)

- Roemheld Das Rechenzentrum im Niedersächsischen Landesverwaltungsamt, DVBl. 1964, 561 – 571.

(zitiert: Roemheld, DVBl. 1964, 561, Seite)
- Scheuner, Ulrich Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung, Archiv für Kommunalwissenschaften 1973, 1 – 44.

(zitiert: Scheuner, AfK 1973, 1, Seite)
- Schmidt, Jürgen Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, 2. Auflage, Berlin 1977.

(zitiert: Schmidt, Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, Seite)
- Schmidt, Walter Die Freiheit vor dem Gesetz, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 91. Band, Tübingen 1966, 42-85.

(zitiert: Schmidt, AÖR 1966, 42, Seite)
- Schmitt, Carl Verfassungslehre, München 1928.

(zitiert: Schmitt, Seite)
- Seidel, Ulrich Datenbanken und Persönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy, Köln 1972.

(zitiert: Seidel, Seite)
- Seitz, Gerhard Datenverarbeitung außer Haus, Der Betrieb 1967, 521 – 524.

(zitiert: Seitz, Der Betrieb 1967, 521, Seite)
- Simitis, Spiros Datenschutz – Notwendigkeit und Voraussetzungen einer gesetzlichen Regelung, Datenverarbeitung im Recht 1973, 138 – 190.

(zitiert: Simitis, DVR 1973, 138, Seite)

Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 322, Frankfurt am Main 1966.

(zitiert: Simitis, in: Recht und Staat in der Geschichte und Gegenwart, Seite)

Bundesdatenschutzgesetz, 6. Auflage, Baden-Baden 2006.

(zitiert: Simitis-Bearbeiter, BDSG, 6 Aufl., § Rdnr.)

Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage, Baden-Baden 2014.

(zitiert: Simitis-Bearbeiter, BDSG, 8 Aufl., § Rdnr.)

Simitis, Spiros Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden 1978.

Dammann, Ulrich

Mallmann, Otto

Reh, Hans-Joachim

(zitiert: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh-Bearbeiter, BDSG § Rdnr.)

Stein, Lorenz von

Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschlands, Stuttgart 1876.

(zitiert: Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschlands, Seite)

Handbuch der Verwaltungslehre mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England, Deutschland und Österreich, Stuttgart 1876.

(zitiert: Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, Seite)

Die Verwaltungslehre, 1. Teil 2. Abt: Die vollziehende Gewalt, 2. Teil: Die Selbstverwaltung und ihr Rechtssystem, 2. Aufl., Stuttgart 1869.

(zitiert: Stein, Die Verwaltungslehre: 1. Teil 2. Abt: Die vollziehende Gewalt, 2. Teil: Die Selbstverwaltung und ihr Rechtssystem, Seite)

Proletariat und Gesellschaft, Text nach der zweiten Auflage von „Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen

- Frankreichs“ (1848), hg. von Manfred Hahn, München 1971.
- (zitiert: Stein, Proletariat und Gesellschaft, Seite)
- Steinmüller, Wilhelm EDV und Recht - Einführung in die Rechtsinformatik, Berlin 1970.
- (zitiert: Steinmüller, EDV und Recht, Seite)
- ADV und Recht – Einführung in die Rechtsinformatik und das Rech der Informationsverarbeitung, 2. Auflage, Berlin 1976.
- (zitiert: Steinmüller, ADV und Recht, Seite)
- Steinmüller, Wilhelm Grundfragen des Datenschutzes – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern im Juli 1971, in: Anlage 1 zu Bundestagsdrucksache VI/3826 vom 07.09.1972.
- Lutterbeck, Bernd
- Mallmann, Christoph (zitiert: Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, Seite)
- Harbort, Ulrich
- Kolb, G.
- Schneider, Jochen
- Stern, Klaus Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, München 1977.
- (zitiert: Stern, Band 1, Seite)
- Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980.
- (zitiert: Stern, Band 2, Seite)
- Thieme, Werner Verwaltungslehre, 2. Aufl., u.a. Köln 1969.
- (zitiert. Thieme, Rdnr.)

- Ullrich, Carsten Soziologie des Wohlfahrtsstaates, Frankfurt am Main 2005.

(zitiert: Ullrich, Seite)
- Weber, Werner Staats- und Selbstverwaltung der Gegenwart, 2. Auflage,
Göttingen 1967.

(zitiert: Weber, Seite)
- Weide, Egon Organisation der automatischen Datenverarbeitung,
Baden-Baden 1965.

(zitiert: Weide, Seite)
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I, 8. Auflage, München 1971.

(zitiert: Wolff, Seite)

Teil 1: Ziel und Gang der Untersuchung

Beginnend mit der Zunahme der Sozialgesetzgebung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und den daraus resultierenden sozialstaatlichen Leistungen in den 1960er und 1970er Jahren wurde die öffentliche Verwaltung der Kommunal-, Landes- und Bundesebene mit einer unüberschaubaren Menge von personenbezogenen Daten konfrontiert. Die Datenmenge schien mit den damals herkömmlichen Datenverarbeitungsmethoden wie Kartei- und Lochkarten nicht mehr beherrschbar zu sein. Mit der Sozialgesetzgebung kam es zu einem allgemeinen Anstieg öffentlicher Verwaltungsaufgaben, welche wiederum zu einer Zunahme öffentlicher Stellen mit jeweils eigenem Verwaltungsapparat führten.

Durch die Aufteilung in Ressorts, Verwaltungsebenen, Gewalten der Legislative, Exekutive und Judikative mit jeweils eigenständigen Aufgabengebieten waren Anfang der 1970er Jahre dieselben Daten über eine Person in einer Vielzahl von Datensammlungen – der Hessische Datenschutzbeauftragte berichtete über mehr als 100 - enthalten¹. Unterschiedliche Verwaltungsstellen führten parallel Verwaltungstätigkeiten durch, für die sie jeweils dieselben Daten erhoben und verarbeiteten. Oftmals waren die Daten widersprüchlich und bei der Verwendung stellte sich heraus, dass sie nicht mehr aktuell waren und daher erst erneut beschafft werden mussten.² Es handelte sich insbesondere um sogenannte Grunddaten wie Namen, Adressen, Geburtsdaten und Familienstand.³ In Abhängigkeit von dem jeweiligen Ressort, waren aber auch andere Daten mehrfach in separaten Datensammlungen vorhanden.

Zur Vermeidung unwirtschaftlicher Prozesse und zur Sicherstellung richtiger Verwaltungsentscheidungen und Durchsetzungsmaßnahmen erschienen Verwaltungsreform notwendig.⁴ Eine Ablauforganisation wie in der Betriebswirtschaftslehre gab es nicht, da die öffentliche Verwaltung durch das Gesetzmäßigkeitsprinzip reguliert und die Verwaltungstätigkeit

¹ Der Hessische Datenschutzbeauftragte, LDrs. 7/1495, 1, 7.

² Der Hessische Datenschutzbeauftragte, LDrs. 7/1495, 1, 7.

³ Der Hessische Datenschutzbeauftragte, LDrs. 7/1495, 1, 7.

⁴ Forsthoff, 462.

allein nach Maßstäben des Gesetzes und der Organisationshoheit bestimmt war. Anstelle der Ablauforganisation gab es die Verwaltungsbürokratie. Das Grundgesetz und diverse Organisationsgesetze des Bundes und der Länder sahen zwar eine Aufgabenverteilung vor. Der konkrete Ablauf der Verwaltungstätigkeit war aber Gegenstand der jeweiligen Organisationsgewalt.⁵

Während die Einführung von EDV-Systemen sich schnell entwickelte und alltägliche Verwaltungstätigkeiten zunehmend mit ihrer Hilfe durchgeführt wurden, blieben nachhaltige Ansätze für eine Verwaltungsreform, die gerade dem Bedarf an einer effizienten Verarbeitung auf der Grundlage inhaltlich richtiger und aktueller Daten zur Sicherstellung rechtmäßiger beziehungsweise zweckgemäßer Entscheidungen und Verwaltungsmaßnahmen gerecht wurde, unklar.

Die EDV entwickelte sich schnell zu sogenannten Integrierten Datenverarbeitungssystemen („IDV“). Diese schienen unumgänglich, um die Komplexität der modernen Verwaltungstätigkeit bewältigen zu können. In integrierten Datenverarbeitungssystemen sollten personenbezogene Daten unterschiedlichster Art für den Zugriff möglichst vieler Behörden und anderer öffentlicher Stellen vorgehalten und verarbeitet werden. Der erste Bericht des Bundes über den aktuellen Stand der EDV in der Bundesrepublik vom 07.10.1968 hob ausdrücklich hervor, dass

„Rationalisierungsmöglichkeiten insbesondere in der Einrichtung und Unterhaltung gemeinsamer Dateien von Behörden des Bundes, der Länder und der Gemeinden im Wege regionaler Integration“⁶

lägen. Insbesondere sollten alle EDV-Anlagen, die in der Verwaltung eingesetzt werden, miteinander kompatibel sein, um eine möglichst einfache Austauschbarkeit der Daten zwischen Bund, Ländern und Gemeinden zu ermöglichen.

„Es ist dabei anzustreben, dass im weitesten Umfang an die Stelle der jetzt üblichen spartengebundenen Fachdateien Zentraldateien treten, die insgesamt oder in Teilen jeweils nur von einer Stelle geführt, aber von mehreren oder vielen Verwaltungsstellen genutzt werden

⁵ Stern, Band 1, 647f.

⁶ Die Bundesregierung, 1. EDV-Bericht, BT-Drs. 5/3355, 4.

können. Der damit verbundene Rationalisierungseffekt kann jedoch nur dann erreicht werden, wenn die Integrationsbestrebungen nicht an den Ressortgrenzen haltmachen, [...].“⁷

Die zunächst vorgesehene Koordinierung von EDV-gesteuerten Verwaltungstätigkeiten auf Bundesebene sollte möglichst übergreifend auf die Länder- und Gemeindeebene, einschließlich Gemeinverbände, ausgedehnt werden⁸. Charakteristisch für die EDV-Systeme und Verarbeitungsprozesse sollte deren Integration sein. Insbesondere sollten die Daten an zentraler Stelle gespeichert und verarbeitet werden. Die einzelnen Verwaltungsstellen sollten lediglich auf die zentral gespeicherten Daten von außen zugreifen. Mit der Zielsetzung, eine Zentraldatei einzurichten, sollte die Vielzahl einzelner Datensammlungen, welche widersprüchliche und unvollständige bzw. veraltete personenbezogene Daten enthielten, reduziert werden. Folge einer Zentraldatei wäre die örtliche Verlagerung der unterschiedlichen Speicher- und –jedenfalls teilweise – der Verarbeitungsorte von den jeweiligen öffentlichen Stellen an eine andere speziell für die Speicherung und Verarbeitung eingerichtete Stelle gewesen. Diese Stelle sollte die konkrete Datenverarbeitung für die jeweils angeschlossenen Verwaltungseinheiten durchführen. Dabei sollten die Verarbeitungsprozesse bei allen öffentlichen Verwaltungen gleich sein.

Die Planung und Einführung der Systeme führte zur Schaffung einer Ablauforganisation, die die bestehenden Organisationsstrukturen der öffentlichen Verwaltung aufzulösen drohte. Wie in dieser Arbeit zu zeigen sein wird, waren auch die wesentlichen Erscheinungsformen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, insbesondere die kommunale Selbstverwaltung, die Gewaltenteilung, die Volkssouveränität, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung sowie die Menschenwürde und das allgemeine Persönlichkeitsrecht wenigstens gefährdet.

Gleichzeitig erschien eine Reform der öffentlichen Verwaltung unumgänglich, um die Konsequenzen der Informationsflut, welche zu einer Informationskrise⁹ wurde, zu überwinden. Bei der Verarbeitung der Daten sollten die Schwächen der Arbeitsteilung überwunden und eine möglichst einheitlich arbeitende Verwaltung geschaffen werden.

⁷ Die Bundesregierung, 1. EDV-Bericht, BT-Drs. 5/3355, 6.

⁸ Die Bundesregierung, 1. EDV-Bericht, BT-Drs. 5/3355, 6.

⁹ Fiedler, NJW 1968, 273.

Der Konflikt zwischen der Schaffung einer funktionsfähigen Verwaltung und dem Schutz der grundlegenden verfassungsgemäßen Organisationsstruktur sowie dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung musste im gegenseitigen Ausgleich gelöst werden.

Die Ausweitung der automatisierten Datenverarbeitung und insbesondere der integrierten Datenverarbeitung auf die Privatwirtschaft erfolgte erst zu einem späteren Zeitpunkt. Sie führte zu einer Kommerzialisierung personenbezogener Daten und die Fragestellung, wie sich diese auf die Rechte der Betroffenen, aber auch auf die Berufsausübung der nicht-öffentlichen Stellen auswirkte. Diese hatten wie die öffentlich-rechtlichen Stellen ein Interesse daran, moderne Datenverarbeitungsmöglichkeiten auszuschöpfen, um die wachsenden Kundendaten zu kommerziell zu nutzen. Dabei sollte verhindert werden, dass die Kunden quasi zum Spielball der Wirtschaft wurden, indem sie die Kontrolle über die Verarbeitung und Verwendung ihrer Daten verlieren.

Hierzu wurden unterschiedliche Instrumente geschaffen. Eines der Instrumente ist die Auftragsdatenverarbeitung, die in der Europäischen Datenschutzgrundverordnung VO (EU) 2016/679 vom 27.04.2016 mit Gültigkeit seit dem 25.05.2018 in Artikel 28 als Auftragsverarbeitung bezeichnet wird. Da die vorliegende Bearbeitung auf der Grundlage der Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes vom 27.01.1977 sowie den Fassungen der jeweiligen Neuverkündungen vom 20.12.1990, vom 06.04.2001 und 14.08.2009 erfolgt, und diese Fassungen den Terminus „Auftragsdatenverarbeitung“ vorsehen, wird auch im Weiteren die Bezeichnung „Auftragsdatenverarbeitung“ verwendet.

Die Ziele der vorliegenden Untersuchung sind

1. die Feststellung, dass die integrierten Datenverarbeitungssysteme die Grundlage für eine strukturierte Ablauforganisation der öffentlichen Verwaltung im Sinne einer Verwaltungsreform sind,
2. die Feststellung, dass die gesetzliche Regelung der Auftragsdatenverarbeitung die freiheitliche demokratische Grundordnung sichert und das Ziel verfolgt, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung trotz der Umstrukturierung der Verwaltungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung zu sichern,
3. die Feststellung, dass die Auftragsdatenverarbeitung im privatwirtschaftlichen Bereich der grundrechts- und rechtskonformen Nutzung der integrierten Datenverarbeitung durch den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dienen soll, und

4. die rechtsdogmatische Einordnung der gesetzlichen Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung als öffentliche-rechtliche Organisationsnorm einerseits und als privatrechtliche Berufsausübungsregelung, Organisations- und Verkehrssicherungsregelung andererseits.

Methodisch wird die Untersuchung rechtshistorisch vorgehen. Die untersuchten Quellen stammen aus dem Zeitraum der Jahre 1758 bis 2015, wobei die Mehrheit nach 1950 entstanden ist. Dabei wird zunächst der Schwerpunkt auf die Entwicklung der öffentlichen Verwaltung gelegt, um dann entsprechend der Historie die Ausweitung auf die Privatwirtschaft darzustellen.

In Teil 2 wird ein Überblick über die Entwicklung der öffentlichen Verwaltung und die integrierten Datenverarbeitungssysteme, insbesondere deren soziologischer Tatsachengrundlagen, Technik und Struktur gegeben, um festzustellen, dass die integrierten Datenverarbeitungssysteme in der öffentlichen Verwaltung die Grundlage für die Auftragsdatenverarbeitung sind. Anschließend werden die Konsequenzen für die Aufbau- und Ablauforganisation öffentlicher Stellen dargestellt. Dazu werden insbesondere die maßgeblichen Theorien zu den Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsautomation in den Kontext der Feststellung gebracht, dass für die Verwaltungsrationalisierung die Auftragsdatenverarbeitung notwendig ist, um einerseits eine Integration von Verwaltungsaufgaben im Rahmen einer Ablauforganisation zu schaffen, andererseits aber die grundgesetzlichen Strukturvorgaben der freiheitlichen Demokratischen Grundordnung durch eine Organisationsnorm der Auftragsdatenverarbeitung zu schützen.

Zudem wird in Teil 2 die Informationskrise in der Privatwirtschaft dargestellt und Ansätze zu ihrer Behebung durch die Nutzung der integrierten Datenverarbeitungssysteme sowie die Auswirkungen auf die Organisation privatwirtschaftlicher Unternehmen.

In Teil 3 werden die Risiken für die freiheitlich-demokratische Grundordnung im Bereich der integrierten Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung und für die Struktur von Unternehmen in der Privatwirtschaft sowie für die Grundrechte und absoluten Rechte Betroffener erörtert. Darüber hinaus werden Überlegungen wiedergegeben, wie die Risiken zu reduzieren sind.

In Teil 4 werden die Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung des ersten Bundesdatenschutzgesetzes („BDSG“) vom 27.01.1977 und des BDSG in der Fassung der jeweiligen Neuverkündungen vom 20.12.1990, in den Fassungen vom 06.04.2001 und 14.08.2009 untersucht. Auf dieser Grundlage erfolgt eine rechtsdogmatische Einordnung der Auftragsdatenverarbeitung.

Teil 2: Die integrierten Datenverarbeitungssysteme als tatsächliche Grundlage der Auftragsdatenverarbeitung

A. Die Integrierte Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung

I. Neue Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und die Entstehung der Informationskrise

Die Entwicklung der EDV-Technik wurde zunächst weitestgehend ohne Beachtung etwaiger rechtlicher Fragestellungen vorangetrieben. Die Annahme, dass das Recht mit seiner grundlegenden Werteordnung die Technik und insbesondere die mit der Technik verarbeitete Information beherrschen müsse bzw. zu beherrschen vermöge, erschien fernliegend.¹⁰ Viel dringender mussten die Anforderungen der Bürger und Einwohner an die Leistungsfähigkeit der modernen öffentlichen Verwaltung erfüllt werden. Hierfür war die Verarbeitung personenbezogener Daten in einem weitaus größeren Umfang notwendig als zuvor.

Die Notwendigkeit entwickelte sich mit dem Aufkommen der sozialen Frage im 19. Jahrhundert. Mit dem Ziel, diese zu lösen, entwickelte sich die Sozialpolitik zur Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Lebenssituation der von Armut und Arbeitslosigkeit Betroffenen. Es entstanden zahlreiche neue Verwaltungsaufgaben. Mittelbar verursachte die soziale Frage als Ausgangspunkt der modernen Sozialpolitik und des Sozialstaatsprinzips die faktische Notwendigkeit moderner Datenverarbeitungsmethoden und als solche die integrierte Datenverarbeitung. Damit setzte die soziale Frage des 19. Jahrhundert die Ursache für die moderne Auftragsdatenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung.

Aus der Aufklärung war die Erkenntnis hervorgegangen, dass gesellschaftliche Verhältnisse veränderlich sind, im Gegensatz zu obrigkeitlich, eventuell sogar gottgegeben oder naturgesetzlich vorgegeben.

Durch den radikalen wirtschaftlichen und sozialen Wandel von der Bedarfsdeckungswirtschaft zur Erwerbswirtschaft im 19. Jahrhundert war eine Vielzahl problematischer gesellschaftlicher Verhältnisse entstanden. Die Gesellschaft war gekennzeichnet durch industrielle Kinderarbeit,

¹⁰ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 37.

Verarmung breiter Bevölkerungsschichten, eine rasch voranschreitende Urbanisierung sowie hohe räumliche Mobilität.

Die hergebrachten Stände brachen auf und in ihnen vorhandene Systeme sozialer Sicherheit fielen weg. Ein Stand zeichnete sich durch eine feste rechtliche, kulturelle und hierarchische Eingliederung einer gesellschaftlichen Gruppe in die Gesamtgesellschaft aus. Jede Person gehörte einem der Stände Adel, Klerus, Städtisches Patriziat, Einfaches Bürgertum, Freie Bauern oder Abhängige Bauern an. Die Standesangehörigen empfanden die klare Ordnung als eine Orientierungshilfe und Ausdruck göttlicher Macht.¹¹

Innerhalb der Stände gab es bereits frühzeitig Systeme der sozialen Sicherung. Die abhängige Bauernschaft lebte gegen Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts noch in feudaler Abhängigkeit von den Grundherren und Gutsbesitzern. Die Bauern waren zwar einerseits ihrem Herrn als Leibeigene zum Gehorsam verpflichtet, andererseits waren sie durch dessen Fürsorgepflicht wirtschaftlich und sozial gesichert.¹²

Ähnlich war die Situation der Handwerker. Der typische Handwerksbetrieb war ein Familienbetrieb, in welchen Lehrlinge und Gesellen integriert waren. Der Meister lebte mit seinen Lehrlingen und Gesellen zusammen und beherrschte hierarchisch und patriarchalisch, vergleichbar mit einem Vater, das Leben seiner Untergebenen. Über diesem soziologischen Teilsystem stand die Zunft- bzw. die Innungsordnung als System der sozialen Sicherung.¹³

Im frühen 19. Jahrhundert begann durch legislativen Eingriff die Auflösung der Ständeordnung.¹⁴ Die preußisch-deutsche Niederlage gegen Napoleon hatte gezeigt, dass die hergebrachte Struktur zu politischem und gesellschaftlichem Stillstand führte. Das Ständesystem gepaart mit dem absolutistisch merkantilistisch ausgeprägten Staat hatte jegliche Ambition und politische Mitgestaltung ausgebremst.¹⁵

¹¹ Brakelmann/Blanke, 9.

¹² Brakelmann/Blanke, 30.

¹³ Brakelmann/Blanke, 11.

¹⁴ Brakelmann/Blanke, 28.

¹⁵ Brakelmann/Blanke, 28.

Die Reformen des Freiherrn vom Stein (1757 – 1831) sollten die rückständischen Strukturen aufbrechen und die Gesellschaft zu selbständiger und politischer Mitverantwortung veranlassen. Sie setzten bei der großen Masse der abhängigen Bauern ein. In dem 1807 erschienen ersten Edikt („Oktoberedikt“), wurde bestimmt, dass es nach dem Martinitage von 1810 nur noch freie Leute gebe.

Das Edikt bewirkte neben dem Wegfall der Leibeigenschaft der Bauern, die Freiheit des Grundeigentums, d.h. jeder Angehörige irgendeines Standes durfte Eigentum von dem Angehörigen eines anderen Standes erwerben und damit nach Belieben verfahren. Außerdem begründete das Edikt das Recht der Freizügigkeit. Mit den weiteren Edikten von 1811 und 1816 wurden Hand- und Spanndienste abgelöst, in dem die Bauern zur Entschädigung des Gutsherrn ein Drittel ihres Landes abzutreten hatten.¹⁶ Die Freiheit hatte jedoch nicht nur den Vorteil, dass die Bauernschaft eigenverantwortlich ihre Lebenssituation gestalten konnte. Mit dem Fortfall der Leibeigenschaft endete auch die Fürsorgepflicht der Gutsherren. Bei Invalidität und im Alter hatten die ehemaligen Leibeigenen keinen Anspruch mehr auf eine Unterkunft.

Als Konkurrenten waren die befreiten Bauern den Großgrundbesitzern chancenlos unterlegen. Sie mussten ihre Höfe aufgeben und wurden Landarbeiter, teils Saisonarbeiter, oder sie wanderten ab in die Städte, wo sie zumeist als Fabrikarbeiter tätig wurden. Gleichzeitig verursachte die zunehmend auf Erwerb ausgerichtete Betriebsführung der verbleibenden Großgrundbesitzer einen Anstieg von Verschuldung und die Aufgabe von Höfen. Insgesamt nahmen die Mobilität und mit ihr die Armut der Familien zu. Löhne waren zu gering, um eine adäquate Vorsorge sicherzustellen. Die Unterstützung von Nachbarn und Verwandten brach weg.

Zunächst wurden die freigesetzten Landarbeiter in den Fabriken aufgenommen. Doch auch dort bot sich keine angemessene soziale Sicherung. Den meisten Arbeitern war eine Vorsorge aufgrund zu geringer Löhne nicht möglich. Bei Unglücksfällen bestand aufgrund der großen Mobilität kein unterstützendes Verwandtschaftsnetz und nach dem Wegfall des Feudalsystems erhielten sie auch keine Unterstützung von Fabrikherren. Hergebrachte Subsistenzmittel wie zum Beispiel die Kleintierhaltung waren ebenso nicht mehr vorhanden.¹⁷

¹⁶ Brakelmann/Blanke, 28f.

¹⁷ Ullrich, 70.

Die Arbeiterschaft gründete daher kollektive Selbsthilfeorganisationen nach dem Vorbild der Zünfte und Gesellenorganisationen.¹⁸ Bei den kollektiven Selbsthilfeorganisationen handelte es sich im Wesentlichen um Krankenkassen und Sparvereine, die neben den Risiken von Krankheit, Arbeitslosigkeit und Unfällen zu einer Selbstdisziplinierung und zum Erlernen von Vorsorgeverhalten führten. Darüber hinaus waren sie auch in der Gesellschaft gut akzeptiert. Sie erfüllten sowohl liberale als auch gemeinschaftlich-konservative Vorstellungen.

Trotzdem scheiterten die kollektiven Selbsthilfeorganisationen. Als Laieneinrichtungen waren sie Misswirtschaft, Missbrauch und Betrug ausgesetzt, so dass die Mitglieder einander nicht vertrauten. Außerdem war nicht eindeutig geregelt, welche Risiken eigentlich abgedeckt und unter welchen Voraussetzungen Leistungen gewährt würden.¹⁹ Problematisch war zudem die hohe Homogenität der Mitglieder. Diese unterlagen weitestgehend denselben Risiken, so dass die Organisationen vielfach wegen des gleichen Risikos beansprucht wurden, ohne entsprechende Möglichkeit der Vorsorge. Darüber hinaus ließen die Selbsthilfeorganisationen größtenteils ausschließlich wohlhabende Arbeiter zu. Die tatsächlich hilfebedürftigen Arbeiter, welche den Großteil der Gesellschaft ausmachten, hatten keine Möglichkeit der Absicherung. Auch Kranke und Invalide durften den Organisationen nicht beitreten.²⁰

Gleichzeitig waren die Selbsthilfeeinrichtungen politisch unerwünscht. Die in den Kassen und Vereinen zusammengeschlossenen Arbeiter begannen zunehmend ihre politischen Interessen innerhalb der Einrichtungen zu organisieren und opponierten gegen den absolutistisch merkantilistisch geprägten Staat.²¹

Die Selbsthilfeeinrichtungen wurden durch die neu entstandene Sozialpolitik ersetzt und die soziale Sicherung ausgeweitet. Der Gesetzgeber führte die Gesetzliche Krankenversicherung (1883), die gesetzliche Unfallversicherung (1884) und die gesetzliche Rentenversicherung (1889) ein, welche sowohl die Invaliditäts- und die Altersversicherung vorsah.²² Der Kreis der

¹⁸ Ullrich, 70.

¹⁹ Ullrich, 71.

²⁰ Ullrich, 71.

²¹ Ullrich, 71ff.

²² Ullrich, 72.

anspruchsberechtigten Personen wurde stark ausgeweitet und die Risikohäufung wurde abgeschwächt. Gleichzeitig wurde ein Versicherungszwang etabliert und der Staat übernahm die Trägerschaft und Kontrolle der Versicherungen.

Für den Staat bedeuteten die Einführung sowie die Trägerschaft und Kontrolle der Versicherungen eine Vielzahl unbekannter Verwaltungsaufgaben. Plötzlich musste sich die öffentliche Verwaltung mit versicherungsmathematischen Berechnungsmethoden auseinandersetzen, um eine möglichst präzise Risikokalkulation der unterschiedlichen Versicherungen zu erreichen. Es musste epidemiologisches Wissen über Häufigkeit, Verlauf und Verteilung von Krankheiten, die allgemeine Lebenserwartung, sowie jeweils bezogen auf einzelne Bevölkerungsgruppen, Ursachen und Häufigkeit von Unfällen und Arbeitslosigkeit, sowie Möglichkeiten von Risikobekämpfung unter Einbeziehung von medizinischem Wissen und Vorsorgemöglichkeiten gesammelt und ausgewertet und in Lösungen umgesetzt werden.

II. Sozialpolitik und Sozialstaatsprinzip

Zwar liegen dem Sozialstaatsprinzip diverse Strömungen zu Grunde. Die Industrialisierung und die soziale Frage waren jedoch von besonderer Bedeutung.

Lorenz von Stein wies in seinem 1842 erschienen Buch „Der Sozialismus und Kommunismus im heutigen Frankreich“ auf die drohende Zersplitterung der Gesellschaft durch die Umstrukturierung und Verarmung weiter Gesellschaftsteile hin und warnte vor einem gesellschaftsweiten Klassenkampf.²³ Als Lösung sieht von Stein den Eingriff des Staates durch Sozialreformen.²⁴ Hierdurch sei insbesondere eine „Förderung der Freiheit“ zu erreichen und die proletarische Revolution zu vermeiden. Insbesondere in der später erschienen Veröffentlichung „Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschlands“ hebt von Stein den „sozialen Staat“ hervor, der den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Fortschritt aller fördern müsse, weil nur so eine nachhaltige Entwicklung der Gesamtgesellschaft möglich sei.²⁵ Gleichsam erkennt von Stein,

²³ Stein, Proletariat und Gesellschaft, 68, 88ff.

²⁴ Stein, Proletariat und Gesellschaft, 89f.

²⁵ Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschlands, 215.

die Verwirklichung des Individuums als freie Persönlichkeit klassenübergreifende Notwendigkeit an.²⁶

Anfänglich sah von Stein die Ausrichtung des Staates auf den sozialen Aspekt als Bestandteil der alltäglichen Verwaltungstätigkeit an. Diese Sichtweise nahmen auch andere Autoren ein, wie zum Beispiel Herrmann Roesler in seinem 1872 erschienen Buch „Soziales Verwaltungsrecht“ und R. Sohm in „Die sozialen Aufgaben des modernen Staates“.²⁷ D. Schindler entwickelte diese Sichtweise weiter und nahm bereits in seinem Buch über „Verfassungsrecht und soziale Struktur“ aus dem Jahre 1931 eine „Verknüpfung des Sozialen mit der Verfassung“ an.²⁸

Insgesamt erschien es einfach, das sozialstaatliche Prinzip im Parlamentarischen Rat im Rahmen der Ausarbeitung des Grundgesetzes anzuerkennen. Die meisten Abgeordneten teilten einen der vielfachen Ansätze und interpretierten das Sozialstaatsprinzip unter Ausnutzung seiner inhaltlichen Offenheit in einer Weise, die jeweils ihren eigenen Vorstellungen gerecht wurde. Dabei blieb außer Betracht, dass das Konzept in der Praxis der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung kaum eine Chance hatte, konstruktiv umgesetzt zu werden. Dies hätte ein gemeinsames Verständnis des Sozialstaatsprinzips erfordert, welches über einen Formelkompromiss hätte hinausgehen müssen.²⁹

Nach Verkündung des Grundgesetzes am 23.05.1949 entsprach das Verständnis des in Artikel 20 Abs. 1 verfassten Sozialstaatsprinzip zunächst der im Parlamentarischen Rat überwiegenden unspezifischen Sichtweise.³⁰

Einigkeit bestand insofern, dass das Sozialstaatsprinzip ausdrücken sollte, dass es sich bei der Bundesrepublik Deutschland um einen Staat handeln sollte, der die Gestaltbarkeit

²⁶ Stein, Proletariat und Gesellschaft, 98; Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschlands, 215.

²⁷ Stern, Band 1, 687.

²⁸ Stern, Band 1, 687.

²⁹ Stern, Band 1, 687.

³⁰ Stern, Band 1, 688.

gesellschaftsweiter Verhältnisse insbesondere im Bereich der sozialen Sicherung durch die Sozialpolitik und legislative Eingriffe anerkannte.³¹

Schließlich setzte sich die von Ipsen begründete und von Bachof weiterentwickelte Meinung durch. Das Sozialstaatsprinzip sei eine „rechtsgrundsätzliche Zielbestimmung“, eine Ermächtigung mit Auftrag an den Gesetzgeber und die Verwaltung zu sozialordnungsgestaltender, d.h. „sozialgestaltender, leistender und gewährender Tätigkeit des Staates“ sei.³²

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte diese Auffassung in seiner Entscheidung zur Hinterbliebenenrente vom 19.12.1951 und somit in einer seiner ersten Entscheidungen. Es führte aus, dass das Sozialstaatsprinzip es zur verfassungsrechtlichen Aufgabe des Staates mache, einen „erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen“ und erträgliche Lebensbedingungen für Notleidende herzustellen.³³ Das Sozialstaatsprinzip zeichnete sich daher insbesondere durch seinen Ermächtigungscharakter aus³⁴ und wurde in der Folgezeit insbesondere für folgende Bereiche angewendet:

- Gesetzliche Krankenversicherung
- Gesetzliche Unfallversicherung
- Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten
- Knappschaftliche Versicherung
- Arbeitslosenversicherung
- Besondere versicherungsrechtliche Maßnahmen für Landwirte und freie Berufe
- Wohngeld

³¹ Stern, Band 1, 688.

³² Stern, Band 1, 687.

³³ BVerfGE 1,97, Beschl. v. 19.12.1951, 1 BvR 220/51 – Hinterbliebenenrente I, zitiert nach: Deutschsprachiges Fallrecht, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001097.html>, Rdnr. 37, zuletzt abgerufen am 05.01.2021.

³⁴ Stern, Band 1, 689.

- Kindergeld
- Bundessozialhilfe
- Jugendwohlfahrtshilfe
- Arbeits- und Mutterschutz
- Arbeitszeitordnung
- Leistungs- und Daseinsvorsorgeverwaltung: Versorgung mit Gas, Strom und Wasser, Schlachthöfe, Abfallentsorgung, Straßenreinigung, Gesundheitsfürsorge, Jugend- und Altenbetreuung, Sparkassenwesen, Verkehrswesen, Kultur, Unterhaltung, Fremdenverkehr sowie Bestattungseinrichtungen
- Leistungen zur Kriegsfolgenüberwindung nach dem zweiten Weltkrieg: Lastenausgleich, Bundesvertriebenenhilfe, Heimkehrerhilfe, Häftlingshilfe, Reparationsleistungen
- Bekämpfung der Schwarzarbeit
- Beschäftigungspflicht Schwerbehinderter
- Sicherung beruflicher Ausbildung, Fortbildung und Umschulung
- Staatliche Arbeitsvermittlung und Berufsberatung,
- Auskunfts- und Meldepflichten,
- Abführungspflichten der Arbeitgeber für Lohnsteuer- und Sozialversicherungsbeiträge,
- Mittelstandsförderung durch Steuervergünstigungen, Altersversorgung für Selbständige im Wege der Rentenversicherung und Investitionsförderung,
- Bildungspolitik durch Studienbeihilfe, Graduiertenförderung, Umschulung, Einrichtung neuer Bildungsstätten,
- Im Strafrecht durch Resozialisierungsmaßnahmen und Ausgestaltung des Systems der freiheitsentziehenden Maßnahmen und Bundeszentralregistergesetz,

- öffentliches Planungswesen: Haushaltsplanung, Finanzplanung, Raumplanung, Rahmenplanung, Bildungsplanung, Landesplanung und Entwicklungsplanung

Bei Betrachtung dieser Entwicklung und der langen Liste von Anwendungsbereichen des Sozialstaatsprinzips wird deutlich, dass es die ausschlaggebende rechtstheoretische Ursache für die Entstehung der Informationsmenge und damit für die Informationskrise der öffentlichen Verwaltung war. Jeder dieser Aufgabenbereiche brachte eine entsprechende Verwaltungstätigkeit mit sich und setzte voraus, dass die zuständigen Behörden umfassend über die persönlichen Belange der jeweils Betroffenen informiert wurden. Andernfalls wäre eine quantitativ und qualitativ adäquate Entscheidungsfindung und Planung der Verwaltung nicht mehr möglich gewesen.

III. Frühe Datenverarbeitung als Bestandteil allgemeiner Verwaltungstätigkeit

In Preußen entstand zwischen 1880 und der Jahrhundertwende insbesondere aufgrund der Einführung des Sozialversicherungswesens, sowie des wachsenden Steueraufkommens und die damit einhergehenden Überwachungs- und Planungsaufgaben des Staates gegenüber den Bürgern der bürokratische Verwaltungsapparat.³⁵ Typische Hilfsmittel der Datenerfassung- und verwaltung waren Stempel, Vordrucke und das Vervielfältigen von Schriftstücken mit der Kopierpresse. Sie erleichterten die zunehmende Gleichartigkeit und Wiederholbarkeit der Verwaltungsvorgänge. Briefsortierfächer und Archivschränke sowie Karteikarten und Briefordner dienten zum alphabetischen Ordnen und Ablegen. Sämtliche Schriftstücke und damit die Verwaltung von Daten erfolgten wie in der Renaissance durch chronologisches Aufstapeln der handgeschriebenen Dokumente. Alternativ wurden Vorgänge chronologisch in Geschäftsbücher eingetragen. Im Jahre 1889 präsentierte Hermann Hollerith die erste Lochkartenmaschine auf der Pariser Weltausstellung.³⁶ Die von ihm erfundene Zähl- und Sortiermaschine erfasste und wertete Daten elektrisch aus und übernahm damit Tätigkeiten, die zuvor von Menschen manuell durchgeführt werden mussten. Die Maschine wurde erstmals bei der Volkszählung in den U.S.A. im Jahre 1890 eingesetzt und erlaubte eine Verkürzung der Bearbeitungszeit von vormals neun auf

³⁵ Kulturgeschichte des Büros - Preußische Amtsstube um 1880, <http://www.hnf.de/museum/kulturgeschichte-des-bueros/preussische-amtsstube-um-1880.html>, zuletzt aufgerufen am 09.02.2020.

³⁶ Galerie der Pioniere - Herman Hollerith (1860-1929), <http://www.hnf.de/museum/galerie-der-pioniere/herman-hollerith-1860-1929.html>, zuletzt aufgerufen am 09.02.2020.

drei Jahre.³⁷ In Deutschland wurden die Lochkartenmaschinen erstmals zwischen 1920 und 1930 bei der deutschen Post und der Reichsbahn eingesetzt, wo sie insbesondere für die Rentenberechnung und Auszahlung sowie statistische Zwecke verwendet wurden.³⁸ In der Finanzverwaltung wurde zunächst im Jahre 1952 versucht, die Lochkartentechnik für die Steuererhebung einzusetzen. In der Rentenversicherung wurde die Lochkartenmaschine erst in den 1950er Jahren und nur vereinzelt eingesetzt. Die sich abzeichnende Einführung der elektronischen Datenverarbeitung führte dazu, dass die Umsetzung der Lochkartenmaschinen nicht nachhaltig vorangetrieben wurde.³⁹

IV. Verwaltungsorganisation und Datenverarbeitung

Die neuen Verwaltungsaufgaben gingen einher mit der Schaffung neuer Verwaltungsstrukturen. Während im klassischen Absolutismus sämtliche Verwaltungsaufgaben stark zentralisiert und konzentriert waren, begann in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts der Verwaltungsaufbau aufzubrechen.

Mit der durch Freiherr von Stein initiierten Kommunalreform von 1808 in der „*Ordnung für sämtliche Städte der Preußischen Monarchie mit dazu gehöriger Instruktion, Behuf der Geschäftsführung der Stadtverordneten bei ihren ordnungsgemäßigen Versammlungen*“ vom 19.11.1808 wurde in Preußen die kommunale Selbstverwaltung institutionell eingeführt.

Mit dem auf Freiherr von Stein zurückgehenden königlichen Publikandum vom 16.12.1808⁴⁰ wurde durch König Friedrich Wilhelm in Preußen eine Verwaltungsgliederung in fünf Teile eingeführt: Inneres, Finanzen, Auswärtiges, Krieg und Justiz. Die fünf Teile waren einem Ministerium als einer einheitlichen Spitze unterstellt, wobei sie jeweils eigenständig von Ministern geleitet wurden.⁴¹ Das von Stein verfasste Publikandum sah die Abschaffung des vorherigen

³⁷ Galerie der Pioniere - Herman Hollerith (1860-1929), <http://www.hnf.de/museum/galerie-der-pioniere/herman-hollerith-1860-1929.html>, zuletzt aufgerufen am 09.02.2020.

³⁸ Fiedler, JZ 1966, 689, 690 m.w.Nw.

³⁹ Fiedler, JZ 1966, 689, 691 m. w. Nw.

⁴⁰ Publikandum, betreffend die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden der Preußischen Monarchie, in Beziehung auf die innere Landes- und Finanzverwaltung.

⁴¹ Forsthoff, 460.

Generaldirektoriums und der monarchischen Regierung mit Kabinettssekretären vor. Anstelle dessen entstand ein Ressortsystem mit Fachministern, die die Staatsführung im Staatsrat unter dem Monarchen kollegial ausführen sollten.

Es entstand eine Vielzahl neuer Verwaltungsbehörden, um den fachlichen Anforderungen durch Spezialisierung zu genügen. Die neuen Verwaltungsaufgaben führten aufgrund ihrer Komplexität zunächst zu einer Dekonzentration. Dem Ministerium für Inneres wurden immer mehr Behörden unterstellt, die jeweils mit Spezialwissen die neuen Aufgaben bewältigen sollten. Das Ministerium des Innern war jedoch bald überlastet und es kam zu immer mehr Ausgliederungen einzelner Ämter in weitere Ministerien. Zur Darstellung der sich entwickelnden komplexen Verwaltungsstruktur werden hier die Ausführungen von Forsthoff zitiert:

„Die Entwicklung des 19. und 20. Jahrhunderts zeigt eine ständige Ausgliederung der Verwaltungsbehörden auf Kosten der allgemeinen Verwaltung als allgemeine Tendenz. So entstanden in Preußen im Laufe der Zeit folgende weitere Ministerien: das Ministerium für geistliche, Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten [...], das Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten [...]– dieses Ministerium wurde 1878 [...] aufgeteilt in das Ministerium für Handel und Gewerbe und das Ministerium für öffentliche Arbeiten (das letztgenannte Ministerium wurde durch Gesetz vom 15. August 1921 (GS S. 487) aufgelöst) – das Ministerium für Landwirtschaft, Domänen und Forsten [...], das Ministerium für Volkswohlfahrt [...]. Entsprechend war die Ausfaltung der Reichsämters unter der Verfassung von 1871, die insofern diese Verfassung überdauerte, als sie den Grundstock der späteren Reichsministerien unter der Weimarer Verfassung hervorbrachte. Teils durch Herauslösung aus dem Reichskanzleramt, teils originär entstanden im Reich folgende wesentliche Reichsämters: das Reichspostamt, das Reichsjustizamt, das Reichsschatzamt, das Reichskolonialamt, das Reichsamt für Verwaltung der Reichseisenbahnen, die Reichsschuldenverwaltung, das Bundesamt für das Heimatwesen, die Reichsrayonkommission, das Oberseeamt, das Reichspatentamt, das Reichsversicherungsamt, das Aufsichtsamt für das Privatversicherungswesen, der Reichsfinanzhof in München. Alle diese Ämters ressortierten beim Reichskanzleramt. [...] Nach dem ersten Weltkrieg setzte sich die Ausgliederung der Regierung in verstärktem Maße fort. Aus den früheren Reichsämters gingen hervor: das Reichskanzleramt, das Auswärtige Amt, das Reichsministerium des Innern, das Reichsfinanzministerium, das Reichsjustizministerium, das Reichspostministerium [...]. Hinzu kamen: Das Reichswehrministerium [...], das Reichswirtschaftsministerium [...], dessen Geschäftsbereich schon Jahre 1917 aus dem des Reichsamts des Innern herausgelöst und dem Reichswirtschaftsamt übertragen worden war, das Reichsarbeitsministerium, das ebenfalls aus

*dem Reichswirtschaftsamt hervorging, das Reichsministerium für Ernährung und Landwirtschaft [...] und das Reichsverkehrsministerium [...]. [...] Die Zahl der ständigen Ministerien belief sich somit bei Einrechnung des Reichskanzleramtes unter der Weimarer Verfassung auf elf. Nach 1933 nahm sie dann stark zu [...].*⁴²

Die dargestellte Entwicklung zeigt, dass mit Zunahme der Ämter in Preußen und deren Übergang in neu gegründete Ministerien und die Einführung der kommunalen Selbstverwaltung die Dekonzentration der Verwaltungstätigkeit ein länger anhaltender Prozess in der öffentlichen Verwaltung war.

Jedes Ministerium und jede Behörde sollten die ihr zugewiesenen Arbeitsschritte eigenständig durchführen. Parallel wurden auch neue Verwaltungsführungen geschaffen.⁴³ Dabei wurden die tatsächliche Notwendigkeit und die Problematik von Zuständigkeitsstreitigkeiten und Reibungsverlusten nicht erwogen.

In der alltäglichen Arbeit standen schnelle Problemlösungen im Vordergrund. Theoretisch-planerisches Durchdenken erschien nicht opportun⁴⁴. Man orientierte sich am Vorbild der Fließbandarbeit und versuchte, diese als Modell auf die reguläre Verwaltungsarbeit zu übertragen.⁴⁵ Es zeigte sich eine Steigerung der Aufteilung von Kompetenzen und eine Zerlegung von Arbeitsprozessen.⁴⁶ Dies führte zu einem rapiden Anstieg von Datenansammlungen und Archiven, die jeweils dieselben Daten enthielten und ständig aktualisiert werden mussten, um sachgerechte Entscheidungen treffen zu können. Dadurch wurde Verwaltungstätigkeit zunehmend unstrukturiert, undurchsichtig und ineffizient. Forsthoff weist darauf hin, dass alternativ der Rückgriff auf eine allgemeine Verwaltung möglich gewesen wäre, was in vorherigen

⁴² Forsthoff, 460.

⁴³ Ostermann, Die Verwaltung 1970, 129, 138.

⁴⁴ Forsthoff, 460f.

⁴⁵ Kulturgeschichte des Büros - Büro in den 50er Jahren <http://www.hnf.de/museum/kulturgeschichte-des-bueros/buero-in-den-50er-jahren.html>, zuletzt aufgerufen am 05.01.2021.

⁴⁶ Ostermann, Die Verwaltung 1970, 129, 138.

Jahrhunderten grundsätzlich realisiert worden sei. Anstelle dessen habe sich jedoch ein „Ressortegoismus“ eingestellt.⁴⁷

Problematisch war, dass weder theoretisch noch praktisch eine Lösung für die Systematisierung des Verwaltungsapparates und des in diesem vorhandenen Wissen bestand. Im Rahmen der aufkommenden Vorschläge einer Verwaltungsreform schien insbesondere die Vereinfachung von Behördenstrukturen ein Schlüssel zu sein.⁴⁸

1. Verwaltungswissenschaft nach Luhmann

Luhmann erkannte die hohe Bedeutsamkeit der automatisierten Datenverarbeitung bereits, als die meisten Autoren noch meinten, die Einführung der automatisierten Datenverarbeitung sei eine rein technische Angelegenheit, die im Rahmen einer Verwaltungsreform nur von untergeordneter Bedeutung sei⁴⁹.

Er entwickelte Ansätze für eine Reform der Verwaltung auf der Grundlage der Informationskrise und der automatisierten Datenverarbeitung, indem er diese zur Organisation von Wissen und Verwaltungshandeln nutzte. Seine Herangehensweise war die Entwicklung einer Verwaltungswissenschaft, die sich nicht per se auf die automatische Datenverarbeitung bezog, jedoch Schlussfolgerungen für die Nutzung der automatischen Datenverarbeitung zur Herstellung einer Ordnung von Wissen und Prozessen in der öffentlichen Verwaltung bewirkte.

Luhmann erkannte, dass „eine langfristige, institutionell gut gesicherte Forschungsarbeit an Fragen der verwaltungswissenschaftlichen Theorie erforderlich“ sei, bevor brauchbare Lösungen aus der Verwaltungswissenschaft abgeleitet werden konnten.⁵⁰ Er führte dies im Wesentlichen auf drei Hemmnisse zurück, die im Folgenden dargelegt werden.

⁴⁷ Forsthoff, 462.

⁴⁸ Forsthoff, 462.

⁴⁹ Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 9.

⁵⁰ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 5.

2. Verstreuung von Wissen durch Arbeitsteilung

Die ausgeprägte Arbeitsteilung in der Verwaltungspraxis und die Aufspaltung von Fragestellungen der Verwaltung in unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen hatten zu einer unüberschaubaren Verstreuung von Wissen geführt. Dieses Wissen müsse gebündelt werden, um dessen effiziente Verwertung zu gewährleisten.⁵¹ Aufgrund der Verstreuung habe eine Spezialisierung auf einzelne Verwaltungsbereiche nähergelegen, um jeweils Wissen zu erfassen und Verwaltungsprozesse und Wissensorganisation zu schaffen, als eine allgemeine Herangehensweise zu entwickeln, welche in einer Verwaltungswissenschaft aufgehen könnte. Zudem sei keine Systematik erkennbar, dass Wissen zu integrieren und effizient nutzbar zu machen. Dies, so Luhmann, sei insbesondere erkennbar vor dem Hintergrund der Veröffentlichungen in den Vereinigten Staaten von Amerika.⁵² Dort bestünde eine Vielzahl von Veröffentlichungen, Gruppenforschung und Planspielen sowie Entscheidungstheorien, soziologische Analysen von unterschiedlichen Quellen aus empirischen Wissenschaften und mathematischen, therapeutischen und statistischen Ansätzen, die aber ebenfalls zusammenhanglos seien. Sie seien nur in der jeweiligen Spezialisierung verständlich nutzbar. Gleichzeitig sei aber festzustellen, dass insbesondere in Deutschland eine realistische Spezialisierung nicht möglich sei. Es fehle an den notwendigen wissenschaftlichen Forschungsmöglichkeiten, da weder Lehrstühle noch Promotions- bzw. Habilitationsvorhaben in dem Bereich bestünden. Auch in der öffentlichen Verwaltung selbst bestünden keine Stellen und Ausbildungsmöglichkeiten, um eine Entwicklung und sodann die Umsetzung einer Spezialisierung voranzutreiben. So verfolge die Verwaltung eine Strategie, in der die dem Staat dienenden Beamten universell ausgebildet seien. Spezialistentum sei daher gerade nicht Gegenstand der Ausbildung bzw. in Studiengängen für Bedienstete in der öffentlichen Verwaltung. Die Umsetzung auf einen Ansatz, der die Spezialisierung verfolge, erfordere eine Zentralisierung von Entscheidungsgewalten wie sie in der Bundesrepublik nicht bestehe.⁵³

⁵¹ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 9.

⁵² Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 9.

⁵³ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 10f.

3. „Kluft zwischen normativen und empirischen Methoden“

Weiterhin bestehe eine „durchgehende Kluft zwischen normativen (wertgebundenen bzw. rationalisierenden) und empirischen (deskriptiven bzw. erklärenden) Methoden“.⁵⁴ Luhmann sieht hierin ein „*Schisma der rationalen und der empirischen Handlungswissenschaften*“, welches den eigentlichen Grund für das Fehlen einer einheitlichen und konsistenten verwaltungswissenschaftlichen Forschungsgrundlage bilde.⁵⁵ Wirtschaftswissenschaften, Rechtswissenschaften, Politikwissenschaften, Psychologie oder auch Soziologie enthielten jeweils Ausprägungen, die sich mit der Verwaltung befassen. Es gebe daher eine gewisse Schnittmenge, die jeweils auf Tatbestände der Verwaltung anzuwenden sei.⁵⁶

Luhmann beschreibt zwei unterschiedliche Ansichten zur „*integrativen Koordination der verschiedenen verwaltungsrelevanten Wissensbereiche*“. Manche Autoren wollten zur Existenz einer einheitlichen Verwaltungswissenschaft führen, wobei Luhmann ausführt, dass diese Autoren ihren Ansätzen keine schlüssige Substanz hinzufügen. Denklogisch ist eine Verwaltungswissenschaft eine Zusammenwirkung einzelner Wissenschaften, die in einander verflochten werden. Einer eigenständigen Verwaltungswissenschaft fehle die eigenständige theoretische Substanz.⁵⁷ Die herrschende Meinung gehe daher davon aus, dass die jeweils relevanten Disziplinen nur „angelehnte Verwaltungswissenschaften“ seien.⁵⁸

Wissenschaftstheoretisch sind alle Wissenschaften auf die „Mutterwissenschaft“ Philosophie zurückzuführen. Die jeweiligen Spezialwissenschaften haben sich aus der Mutterwissenschaft ausgegliedert. Im Falle der Verwaltungswissenschaft sei nun dem entgegengesetzt zu verfahren. Eine einheitliche Verwaltungswissenschaft sei durch einen Integrationsprozess der jeweiligen Anteile der Spezialwissenschaften zu begründen.⁵⁹ Die bereits vorhandenen Forschungsergebnisse und Theorieversuche seien jedoch schon zu komplex, um sie übersichtlich in eine Wissenschaft

⁵⁴ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 5.

⁵⁵ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 24.

⁵⁶ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 16.

⁵⁷ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 15.

⁵⁸ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 15.

⁵⁹ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 16f.

zu überführen. Eine solche Wissenschaft würde voraussetzen, dass ihr Potential an Komplexität entsprechend erhöht würde. Dies wiederum erfordere eine Möglichkeit, die Komplexität zu verarbeiten. Dies ist insbesondere im Falle der jeweiligen Anteile von normativen und empirischen Wissenschaften aufgrund der sachlichen und methodischen Unterschiede schwierig.

Diese Lösung sieht Luhmann in der Verwendung von „Elektronenrechnern“. In den Sozialwissenschaften seien diese neben der Mathematik zur Ermöglichung einer solchen Komplexität im Einsatz.⁶⁰

Die Elektronenrechner selbst böten jedoch nicht ausreichend Kapazität, um die Komplexität des Integrationsprozesses zu beherrschen und demnach die Verwaltungswissenschaft als solche zu begründen. Es sei daher die Komplexität zunächst zu reduzieren, indem man die Verwaltung als ein System begreift, dessen Gegenstand gerade die Reduktion von Komplexität sei.

Ausgangspunkt für die Reduzierung der Komplexität sei insbesondere die von Lorenz von Stein entwickelte Verwaltungslehre.⁶¹ Nach Lorenz von Stein war die öffentliche Verwaltung die empirisch nachzuweisende Ursache für die Entstehung und den Bestand des Staates. „Die Verwaltung ist das wirkliche Staatsleben“.⁶² Gleichzeitig unterwerfe sich der Staat durch die Verwaltung normativ sich selbst, d. h. nach Natur, Maß und Form seiner Seinsidee, die den Ideen der französischen Revolution entspreche. So werde eine Verbindung der normativen mit den empirischen Wissenschaften geschaffen, also die Integration der oben aufgeführten unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen, um den Ansprüchen der modernen Gesellschaft gerecht zu werden.⁶³ Dies komme insbesondere in der Definition der Verwaltungslehre von Steins zum Ausdruck: *„Die Wissenschaft nun der Grundsätze und Forderungen, nach welchen demnach der Staat die Verwaltung nach diesem höchsten Begriff leitet, nennen wir die Verwaltungslehre.“*⁶⁴

Luhmann sieht zwar auch die Werte der französischen Revolution als Maßgabe der modernen Gesellschaft an. Diesen müsse die Verwaltung gerecht werden. Er lobt von Steins Ansatz als

⁶⁰ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 17.

⁶¹ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 18.

⁶² Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 47.

⁶³ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 19.

⁶⁴ Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 47.

Verschmelzung von Normativität und Faktizität in dem Gedanken der Wesensverwirklichung des Staates in den Werten der französischen Revolution.⁶⁵ Dennoch widerspricht er dem normativen Ansatz von Steins und kommt aufgrund einer funktionalen Analyse der Verwaltungstätigkeit zu dem Ergebnis, dass nicht die Selbstunterwerfung des Staates den normativen Aspekt erfüllt. Luhmann folgt daher der Fragestellung nach der Funktion der Verwaltung. Diese sieht er in der Findung bindender Entscheidungen und greift für diese Schlussfolgerung auf Entscheidungs- und Organisationstheorien aus den Wirtschaftswissenschaften, der Psychologie, der Statistik sowie der Kommunikationstheorie und der Politikwissenschaften zurück. Im Vordergrund sieht er die behavioristisch-rationale Entscheidungs- und Organisationstheorie, welche am Carnegie Institute of Technology in Pittsburgh maßgeblich mitentwickelt wurde. Die Verbindung empirischer und rational-normierender Verwaltungstätigkeit erfolge durch die Erforschung von Entscheidungsprozessen. Dazu müsse faktisches Entscheidungsverhalten beobachtet und dessen Regelmäßigkeiten deduziert werden. Entscheidungsverhalten ist dabei Gegenstand rationalen Denkens wie auch empirischer Erfahrungen, mithin Lernens. Es ist daher nicht abhängig von festen Vorgaben mit gleichbleibendem Muster. Die Ergebnisse sollen danach durch Datenverarbeitungsgeräte und mathematisches Kalkül für Organisationszwecke verwertet werden.⁶⁶ Sie werden daher statistisch aufbereitet und erfasst.

Luhmann folgt daher dem Ansatz des sogenannten „Funktionalismus“, der gerade darauf ausgerichtet ist, dass das Ziel von Verwaltungshandeln die Anfertigung verbindlicher Entscheidung ist. Damit zersetzte sich die nach von Stein gefundene Verbindung der empirischen und normativen Wissenschaften im Bereich der Verwaltung. Die Charakterisierung der Verwaltung als Verwirklichung des Staates kann nach dem Funktionalismus nicht bewahrt werden. Vielmehr würde erst durch die Ausgestaltung solcher Regelungen, welche die Entscheidungen der Verwaltung bestimmen, die normativen Wissenschaften zur Geltung kommen und eine Verbindung mit den empirischen Wissenschaften hergestellt. Damit drückt Luhmann eine Grundlage für die Abkehr von der Verwaltungsbürokratie zu einem modernen Verwaltungswesen von Aufbau- und Ablauforganisation aus. Abweichend von dem Ansatz von Steins folgt der Funktionalismus nicht der Suche nach dem Wesen des Staates, sondern vielmehr nach dessen

⁶⁵ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 19.

⁶⁶ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 48f.; Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 13.

Funktion und systematischer Organisation, um eine Verwaltungstheorie zu entwickeln und so zu einer Integration empirischer und normativer Disziplinen zu gelangen.

4. „Unübersehbare Komplexität der praktischen Verwaltung, ihrer Systembildung und ihrer Handlungssituationen“

Das dritte Hemmnis ist laut Luhmann eine „*unübersehbare Komplexität der praktischen Verwaltung, ihrer Systembildung und ihrer Handlungssituationen*“.⁶⁷ Diese Komplexität resultiere aus der Vielfalt der Verwaltungsaufgaben und der Diversifizierung von Stellen und Behörden auf allen Ebenen des Staates und der Selbstverwaltung, insbesondere der kommunalen Selbstverwaltung.

Problematisch ist daher nicht nur die Integration der Wissenschaftsarten. Die Verwaltungstätigkeit war nach den vielfältigen Ausgliederungen und Aufgabenzuwächsen in Folge des Sozialstaatsprinzips hochkomplex und intransparent geworden. Hinzu kam eine massive Vermehrung der zu beachtenden Rechtsgrundlagen.

Wenn in einem derartigen Umfeld berechenbare und transparente Verwaltungshandlungen erfolgen sollen, dann muss hierfür ein theoretischer Unterbau vorhanden sein. Grundlage hierfür ist nach Luhmann der systemtheoretische Ansatz der anstelle des strukturtheoretischen Ansatzes dem Funktionalismus folgt.⁶⁸ In dem Entscheidungssystem der Verwaltung, welches sich aus den formellen Zuständigkeiten, den anwendbaren Verfahrensvorschriften und den materiellen Rechtsgrundlagen ergibt, entstehen systemgebundene Entscheidungsrollen, die integriert werden müssen, um zu einer schlüssigen Verwaltungstheorie zu gelangen.⁶⁹

„Der gegenwärtige Forschungsstand erlaubt es kaum, von einer solchen Theorie zu sprechen, geschweige denn auf sie wie auf etwas Vorliegendes zurückzugreifen. Andererseits zeigt die Forschung der verschiedenen Disziplinen, die mit der Verwaltung befaßt sind, starke konvergierende Tendenzen. Die Soziologie der Bürokratie kann sich Verwaltungen als Systeme von Entscheidungsrollen vorstellen und das faktische Verhalten in diesen Sozialsystemen auf seine

⁶⁷ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 5.

⁶⁸ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 63; Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 13.

⁶⁹ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 22f.

Funktion und seine „dysfunktionalen Folgen“ hin analysieren. Die politische Wissenschaft und die allgemeine soziologische Theorie der sozialen Differenzierung sehen dasselbe Phänomen gleichsam von außen; ihnen erscheint bürokratische Verwaltung als Teil des politischen Systems [...], das für die Anfertigung bindender Entscheidungen freigestellt und erhalten wird. Und schließlich scheinen auch diejenigen Handlungswissenschaften, die das menschliche Handeln nicht in seiner Faktizität, sondern auf seine Richtigkeit im normativen oder rationalen Sinn hin untersuchen, unter dem Einfluß wirtschaftswissenschaftlicher, mathematisch-statistischer oder allgemein handlungsstrategischer Modellkonstruktionen sich in Richtung eine Entscheidungslogik fortzuentwickeln, die ihre Bezugsprobleme wiederum in der eben erwähnten sozialwissenschaftlichen Systemtheorie zu suchen hätte.“⁷⁰

Luhmann konkretisiert den Systembegriff unter Hinweis auf den Funktionalismus nach dem Vorbild der Soziologie.

„Als System müssen, soll der Bezug zur Wirklichkeit der empirischen Handlungsabläufe erhalten bleiben, Systeme faktischen Handelns bezeichnet werden [...].“⁷¹

Strukturtheoretischen Ansätzen, welche auf die Ratio der Entscheidungsträger abstellen, erteilt er damit eine Absage. Ein System ist danach gekennzeichnet durch faktische Handlungen, die einen inneren Sinnzusammenhang aufweisen, mit Bezug aufeinander durchgeführt werden, und als abstrakte Elemente *„gegenüber einer äußerst komplexen, unbeherrschbaren, vielfältig und rasch veränderlichen Umwelt relativ einfach und konstant gehalten“* werden.⁷²

Der modernen Entscheidungstheorie entsprechend geht Luhmann davon aus, dass es sich bei den von der Verwaltung funktional anzufertigen Entscheidungen um empirische Prozesse handle, nämlich um die Mitteilung des Ergebnisses einer Informationsverarbeitung unter Zugrundelegung normativer Prämissen.⁷³

⁷⁰ Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 13f.

⁷¹ Luhmann, *Theorie der Verwaltungswissenschaften*, 64.

⁷² Luhmann, *Theorie der Verwaltungswissenschaften*, 65.

⁷³ Luhmann, *Theorie der Verwaltungswissenschaften*, 69.

Der Entscheidungsprozess selbst ist geprägt durch die Reduktion von Komplexität, trotz Veränderlichkeit der Umwelt. Um diesen Zweck zu erfüllen, integriert Luhmann die moderne Entscheidungstheorie in die Systemtheorie. Grundlegend sei, dass die Systemstruktur menschliche Erwartungen und Entscheidungsmuster in generalisierter Form imitieren könne. Die dafür erforderlichen Entscheidungsprämissen werden einerseits durch die menschlichen Erwartungen und Entscheidungsmuster und andererseits gerade durch Erwägungen aus den speziellen Wissens- und Wissenschaftsbereichen bestimmt. Die Entscheidungsprämissen erfüllen die Aspekte einer „*normativen Institutionalisierung*“⁷⁴ und schaffen die Verbindung mit den empirischen Wissenschaften.

Die Veränderlichkeit der Umwelt dürfe keinen Einfluss auf das System haben, denn anderenfalls habe das System keine allgemeingültige Wirkung und Verwaltungsstaaten wären außerstande, über eine allgemeine „*selbstgesetzte positive Rechtsstruktur*“ zu verfügen.⁷⁵

5. Funktional-vergleichende vs. strukturell-vergleichende Methodik

Luhmann bietet allenfalls einen theoretischen Ansatz zur Ordnung des Wissens und Anfertigung von Entscheidungen. Auf der Grundlage seiner Theorie müssten Entscheidungsprämissen in dem jeweiligen System mit Wirkung für die Umwelt entwickelt und umgesetzt werden. Beachtlich ist dabei, dass die Entscheidungsprämissen in der Beziehung zueinander normativen Charakter haben und die unterschiedlichen Wissens- und Wissenschaftsdisziplinen integrieren und abwägen müssen. Hierzu jedoch fehlte Luhmann die notwendige Methodik. Die hergebrachte Methode des strukturellen Vergleichs war ungeeignet, da sie voraussetzt, dass bereits ein geschlossenes System vorläge, welches eine einheitliche Klassifizierung von Wesensmerkmalen der Entscheidungsprämissen unterschiedlicher Wissens- und Wissenschaftsbereiche zulasse. Nur so könne durch die strukturell-vergleichende Methode erfasst werden, welche Prämissen als wesentlich zu bewerten seien.⁷⁶ Die Informationskrise war jedoch Ausdruck des Fehlens eines solchen Systems und die strukturell-vergleichende Methode war daher ungeeignet, die von Luhmann entwickelte Systemtheorie der Verwaltungswissenschaften umzusetzen.

⁷⁴ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 66, 84.

⁷⁵ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 66.

⁷⁶ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 103.

Luhmann verfolgte daher die funktional-vergleichende Methodik, die er dem Forschungsbereich „Public Administration“ bei Fred Riggs⁷⁷ entnahm.⁷⁸ Gegenstand des funktionalen Vergleichs war die Suche nach der Verschiedenartigkeit der Funktionen unterschiedlicher Prämissen der diversen Wissens- und Wissenschaftsbereiche. Der funktionale Vergleich betrachtet daher die individuelle Prämisse nicht in seinem Wesen, sondern in seiner Beziehbarkeit auf ein abstraktes funktional zu bewertendes Ziel.⁷⁹

Luhmann argumentiert, die funktionale Analyse sei geeignet, da sie sich auf unterschiedlichen Ebenen der Abstraktion auswirke und damit insbesondere auch „für das praktische Anlaufen einer verwaltungswissenschaftlichen Forschung“.⁸⁰

6. Automationsgerechte Umsetzung der Theorieansätze der Verwaltungswissenschaften

Auf der Grundlage dieser Ansätze zur Systematisierung des Wissens versucht Luhmann sodann, menschliche Entscheidungsvorgänge in die EDV zu überführen.

Besondere Beachtung findet die Unterscheidung zwischen der konditionalen und zweckgerichteten Programmierung. Die von Luhmann als aus rechtlicher Sicht für maßgeblich befundene konditionale Programmierung folgt einem klassischen „wenn/dann“-Schema. Sind bestimmte Entscheidungsprämissen erfüllt, ergibt sich daraus eine Rechtsfolge. Konditionale Programme gewährleisten eine ausgeprägte gerichtliche Überprüfbarkeit und sind nach Luhmanns Ansicht daher die einzige rechtmäßige Umsetzung von Entscheidungsprämissen in die Automatisierung.⁸¹ Die festen „wenn/dann“-Regelungen schaffen Entscheidungen, die nach universellen Kriterien und nicht nach subjektiven Umständen des Entscheidenden getroffen werden und entsprechen „der klassischen Darstellung des juristischen Schlusses als einer

⁷⁷ Fred W. Riggs (*3. Juli 1917 in China – gest. 9. Februar 2008 in den USA) war Politikwissenschaftler und ein Wegbereiter der administrativen Modell- und Theoriebildung. Bekannt wurde er für seine Arbeiten im Bereich der vergleichenden öffentlichen Verwaltung.

⁷⁸ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 103, dort Fn. 179.

⁷⁹ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 103f.

⁸⁰ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 104.

⁸¹ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 88.; Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 42f.

Subsumtion“.⁸² Dadurch würde sowohl die Systemautonomie der rechtlichen Entscheidung außerhalb wie auch innerhalb der EDV gewährleistet und das Rechtsstaatsprinzip verwirklicht. Es folgen daraus gleichartige Entscheidungen beim Vorliegen gleicher Sachverhalte wie auch gleichzeitig die Verschiedenartigkeit von Rechtsfolgen bei andersartigen Sachverhalten. Insofern verwirklicht die konditionale Programmierung das Diskriminierungsverbot und das Rechtsstaatsprinzip.

Bei Zweckprogrammen wird die Wirkung einer Entscheidung in den Vordergrund gestellt und als Grundlage für die Auswahl von Rechtfertigungsgründen herangezogen. Insofern gilt, dass der Zweck die Mittel zur Begründung einer Entscheidung zu rechtfertigen vermag.

Der maßgebliche Unterschied der beiden Programme liegt in dem Moment der für Entscheidungsgänge relevanten Reduktion von Komplexität: Konditionalprogramme reduzieren Entscheidungsprämissen, während Zweckprogramme die eventuellen verschiedenen Wirkungen auf das erstrebte Ziel reduzieren. Zweckprogramme ermöglichen daher Opportunität. Sie führen zu einer gewissen Unberechenbarkeit und sind im Hinblick auf ihre Schlüssigkeit und Nachprüfbarkeit aufgrund rechtlicher Regelungen nicht per se konsequent. Insofern ist Luhmann Recht zu geben, dass Konditionalprogramme dem Rechtsstaatsprinzip entsprechen, während dies bei Zweckprogrammen jedenfalls bedenklich ist. Sie sind „*streng genommen nicht juridifizierbar*“.⁸³

Gleichzeitig räumt Luhmann selbst ein, dass trotz seiner Feststellung, wonach ausschließlich das Konditionalprogramm rechtsstaatlichen Ansprüchen genüge, ein solches System nicht ausreicht, um der modernen Gesellschaftsstruktur und der damit einhergehenden Verwaltungstätigkeit gerecht zu werden. Verwaltung muss menschliche Entscheidungsprozesse abbilden. Konditionalprogramme seien jedoch maschinenartig. Daher gelte es, in der modernen Verwaltung Konditional- und Zweckprogramme zu kombinieren. Die Frage wie Konditional- und Zweckprogramme im konkreten zu kombinieren seien, lässt Luhmann jedoch offen.⁸⁴

⁸² Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 43.

⁸³ Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 40.

⁸⁴ Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 36ff.

Aus den Feststellungen Luhmanns folgt zunächst, dass menschliche Entscheidungsvorgänge in die EDV überführt werden müssen, indem die entsprechenden Entscheidungsprämissen entwickelt und auf der Grundlage von Konditionalprogrammen in Algorithmen umgesetzt werden müssen. Bei den Entscheidungsprämissen handelt es sich um die Tatbestandsmerkmale der jeweils geltenden Rechtsnormen zuzüglich der Merkmale aus anderen Disziplinen. Problematisch bleibt die Schaffung eines geschlossenen Systems. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Zweckprogrammierung. Luhmann erkennt, dass insbesondere unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensnormen eine Programmierung jenseits der Konditionalprogrammierung benötigen.

Unbestimmte Rechtsbegriffe können zwar nach Luhmanns Ansicht durch die juristische Auslegungsmethodik in Konditionalprogramme integriert werden. Die Ausübung von Ermessen auf Rechtsfolgenseite sei hiervon jedoch ausgeschlossen. Die Kombination von Konditionalprogrammen und Zweckprogrammen lässt sich auf der Grundlage von Luhmanns Theorie der Verwaltungswissenschaften jedenfalls ansatzweise soweit bilden, dass festgestellt werden kann: Bestimmte Tatbestandsmerkmale und unbestimmte Rechtsbegriffe werden auf Tatbestandsseite unter Zugrundelegung weitere Entscheidungsprämissen in Konditionalprogramme umgesetzt. Die Ausübung von Ermessen und anderer Zweckerwägungen ist in Zweckprogrammierungen umzusetzen.

Luhmann legt jedoch dar, dass die Umsetzung rechtlicher Tatbestandsmerkmale in Konditionalprogramme und in Zweckprogramme aufgrund der juristischen Arbeitsweise nicht möglich sei. Eine der Hauptaufgaben des Juristen liegt in der Interpretation der abstrakt generellen Rechtsvorschriften und der Absorption von Unklarheiten durch die Schaffung von in sich überzeugenden Argumentationen, die zwar nicht schlichtweg logisch, aber in sich rational sind. Diese Arbeitsweise kann von einem Computer nicht durchgeführt werden, da der Computer auf logisch aufgebaute Algorithmen angewiesen ist.

Insgesamt kommt Luhmann zu der Schlussfolgerung, dass der juristische Entscheidungsprozess eigenständig sei. Es müsse daher festgestellt werden, wie *„sich Jurist und Computer die Aufgabe der Entscheidungsfertigung teilen, und welche Folgerungen organisatorischer oder rechtlicher Art daraus gezogen werden können“*.⁸⁵

⁸⁵ Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 60.

Luhmanns Ansatz diesbezüglich ist, dass Richtigkeitsfragen nicht durch die EDV beantwortet werden, sondern dem Juristen vorbehalten bleiben. Richtigkeitsfragen sind solche, bei denen nicht eine schlichte Sortierung von Tatsachen stattfindet, sondern die typischerweise durch die juristische Methodik, insbesondere die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen und die Ausübung von Ermessen erfolgen muss. Davon zu unterscheiden sind die Sortierungsfragen. Dabei sollen Sachverhalte eindeutigen Entscheidungsprämissen zugeordnet werden. Die konkrete Entscheidung ist daher lediglich eine Zuordnungsfrage. Zu beachten ist, dass unter bestimmten Umständen auch unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensentscheidungen zu reinen Sortierfragen werden können. Dies ist der Fall, wenn das jeweilige Konditionalprogramm angereichert wird mit Informationen, die eine entsprechende Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe und Ermessenselemente erlauben. Dies, so Luhmann, sei insbesondere bei Massenentscheidungen der Fall, in denen sich eine Entscheidungspraxis eingestellt habe, so dass erneute Bewertungen nicht mehr notwendig seien.

7. Kritik und Bewertung der Luhmann'schen Systemtheorie

Kritik verdient Luhmanns Theorie in dreifacher Hinsicht.

a. Problemlösungen setzen voraus, dass ein Bezugsproblem vorliegt, um bei dem Vergleich von Funktionen unterschiedlicher Entscheidungsprämissen und deren normativer Bewertung die zur Problemlösung notwendigen Schritte erkennen und festlegen zu können. Ein solches Bezugsproblem kann jedes Interesse theoretischer, praktischer und wertgebundener Art sein⁸⁶. Dadurch wird die Auseinandersetzung der empirischen und normativen Wissenschaften wohl lediglich auf eine andere systematische Ebene der Verwaltungstätigkeit verschoben. Die Luhmann'sche Theorie bietet daher wohl lediglich die Möglichkeit, auf der Grundlage einer identischen Problemstellung, nämlich die Erfüllung einer Funktion, Gründe auszutauschen, die einen „*fruchtbaren Gedankenaustausch*“⁸⁷ initiieren. Die Theorie bietet daher lediglich eine Grundlage für weitere Überlegungen und insbesondere für die Entwicklung praktischer Lösungen.

⁸⁶ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 105.

⁸⁷ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 105.

Denn, so Luhmann, „*der Übergang von der Theorie zur Praxis ändert den Werthorizont, nicht aber den Wahrheitsgehalt vergleichender Feststellungen*“.⁸⁸

b. Falsch erscheint darüber hinaus die Unterstellung Luhmanns, dass Verwaltungstätigkeit reduziert sei auf die Herstellung bindender Entscheidungen. Neben dem Treffen von Entscheidungen ist einfaches Verwaltungshandeln eine ebenso bedeutsame Verwaltungstätigkeit. Nach Luhmann bliebe dieser Bereich unbeachtet. Die Systematisierung der Verwaltung wäre daher lückenhaft. Darüber hinaus ist beachtlich, dass für den Bereich der Verwaltung, welcher nicht durch die Herstellung von Entscheidungen geprägt ist, die Informationskrise bereits dadurch abgemildert werden konnte, dass die stetig wachsende Anzahl von Datensätzen systematisch und auffindbar erfasst und zum Abruf vorgehalten würde. Simitis konkretisiert dies für den Bereich gerichtlicher Entscheidungen sowie der wachsenden Anzahl von Gesetzen.⁸⁹ Diese Konkretisierung kann aber nur beispielhaft für den gesamten Umfang der Informationskrise stehen. Tatsächlich galt es in erster Linie das vorhandene Wissen aller Wissensbereiche praktisch verwendbar zu machen.

c. Unbegründet erscheint Luhmanns Ansicht, die Entscheidungsprämissen müssten juridifizierbar sein, um dem Rechtsstaatsprinzip zu genügen und dies sei nicht bei Entscheidungsprämissen der Fall, die zweckgerichtet flexibel ausgestaltet werden.

Zwar ist Luhmann insofern Recht zu geben, als eine gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen, die ausschließlich oder unter anderem aufgrund derartiger Prämissen getroffen wurden, nur eingeschränkt möglich ist. Dies jedoch ist nicht nur eine Fragestellung der Automatisierung. Vielmehr handelt es sich um eine Fragestellung des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung und der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen. Die gerichtliche Überprüfung darf aber nicht vermengt werden mit der Fragestellung, wie die Verwaltung auf der Grundlage des Rechts und unter Heranziehung von Entscheidungsprämissen aus anderen Disziplinen Entscheidungen trifft. Diesbezüglich war auch im Zeitpunkt der Veröffentlichung von Luhmanns Werken im Jahre 1966 anerkannt, dass die Verwaltung im Vergleich zur Rechtsprechung eine herabgesetzte Bindung an den Rechtssatz hatte,

⁸⁸ Luhmann, *Theorie der Verwaltungswissenschaften*, 105.

⁸⁹ Simitis, in: *Recht und Staat in der Geschichte und Gegenwart*, 12f.

gerade um lebensnahe und praxisgerechte Entscheidungen treffen zu können, die den Bedürfnissen lokaler Spezifika gerecht werden.

Daher kommt es entgegen Luhmanns Ansicht gerade für die Umsetzung menschlicher Entscheidungsgänge als Verwaltungstätigkeit nicht auf die gerichtliche Überprüfbarkeit an, sondern lediglich darauf, dass die Entscheidungsgänge umgesetzt werden in einer Art, die der im Vergleich zur Rechtsprechung herabgesetzten Bindung der öffentlichen Verwaltung an den Rechtssatz gerecht wird.

Korreakterweise hätte Luhmann daher darauf abstellen müssen, ob Konditional- und Zweckprogramme derartig in der EDV hätten kombiniert werden können, dass die grundsätzliche juristische Methodik der Subsumtion in Konditionalprogrammen verbunden werden konnte mit Zweckprogrammen unter Sicherstellung der Auslegungsmethodik und insbesondere des fehlerfreien Ermessensgebrauchs, ungeachtet der Fragestellung einer strikten Bindung der Verwaltung an den Rechtssatz und einer daran gemessenen Juridifizierbarkeit.

Im Ergebnis bestätigt Luhmann seine ursprüngliche These, dass empirische Disziplinen nicht per se vereinbar sind mit den Methoden der normativen Wissenschaften. Wäre eine solche Verbindung möglich, insbesondere auch durch die Methodik der funktional-vergleichenden Analyse, so müsste er wohl die normativen Erwägungen der EDV nicht vorenthalten, sondern könnte diese tatsächlich integrieren. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass Luhmanns Ansatz der funktional-vergleichenden Analyse gescheitert ist. Insofern blieb die Luhmann'sche Systemtheorie lediglich ein Ansatzpunkt für die Entwicklung von Lösungen der Informationskrise. Zur Reichweite dieser Ansätze wird zu einem späteren Zeitpunkt insbesondere unter Einbeziehung der Ansätze von Fiedler und Steinmüller zurückzukehren sein.

Bereits jetzt soll jedoch davon ausgegangen werden, dass Luhmanns Ansätze zur Lösung der Informationskrise maßgeblich in den Lösungen Fiedlers und Steinmüllers fortwirken, wobei die Autoren in der Zusammenschau die integrierte Datenverarbeitung und damit die Auftragsdatenverarbeitung zur Bewältigung der Informationskrise maßgeblich geprägt haben. Dies gilt jedenfalls hinsichtlich der systematischen Erfassung und Auffindbarkeit einer großen Anzahl von Datensätzen. Bereits dadurch konnte die Informationskrise fundamental gemildert werden. Die EDV konnte einfache Sammel- und Sortieraufgaben erfüllen. Derartige Aufgaben waren gerade nicht geprägt durch eine normative Methodik. Problematisch war in diesem Bereich lediglich, dass die Auffindbarkeit von Informationen voraussetzte, dass die in der Suche verwendeten Termini auch in der EDV selbst erkannt wurden. Daher musste in dem jeweiligen

System eine umfassende Sammlung von Termini mit einer Thesaurus Funktion aufgenommen werden. Dadurch werden „Zweifel, Mehrdeutigkeiten und Wiederholungen“ ausgeschlossen.⁹⁰ In Anbetracht des Umfangs der aus den unterschiedlichsten Bereichen zu erfassenden Informationen war dies aber besonders problematisch. Die unterschiedlichen Wissensbereiche nutzten weitestgehend unterschiedliche Fachtermini. Zudem wurden nicht nur Informationen erfasst, die jeweils einen speziellen Wissensbereich zugeschrieben werden konnten. Vielmehr konnten die Informationen einem beliebigen Lebensbereich angehören und unter subjektiver Sprachverwendung des Eingebenden völlig verschiedene Ausdrucksweisen aufweisen. Daher war es für das Auffinden von Informationen essentiell wichtig, dass die EDV nicht nur ein begrenztes Volumen von Fachtermini auffinden konnte, sondern eine breit angelegte Sprachdatenbank enthielt, die Synonyme und Bedeutungsgehalte erkennen konnte. Gleichzeitig lässt sich in Anbetracht ständiger Sprachentwicklung nicht davon ausgehen, dass überhaupt eine Standardisierung von Sprache eintreten würde. Die Systeme mussten also ständig hinzulernen, um effizient zu funktionieren. Das ständige Hinzulernen erfordert, dass eine möglichst große Anzahl von Datensätzen akkumuliert wird, was wiederum zu der Forderung führte, die Systeme seien so aufzusetzen, dass die Datensätze aus den unterschiedlichsten Lebensbereichen integriert würden.

V. Steinmüllers Theorie der Rechtsinformatik

Steinmüllers Theorie der Rechtsinformatik baut auf Luhmanns Ansatz auf,⁹¹ indem Steinmüller sich gegen Luhmanns These wendet, wonach empirische und normative Disziplinen nicht per se kombinierbar seien.

Steinmüller geht davon aus, dass die Rechtswissenschaften dem Computer verständlich gemacht werden sollen und dies im Wege der Formalisierung möglich sei.

Im Zentrum der Rechtswissenschaftsmethodik stehen die Interpretation und das „Verstehen“.⁹² Steinmüllers Ansatz dient geradezu der Nutzbarmachung der EDV für das Recht, also der Nutzbarmachung der in der EDV vergegenständlichten empirischen Wissenschaften für eine normative Wissenschaft. Sein Ansatz ist spezieller hinsichtlich der Verwendung der EDV für

⁹⁰ Simitis, in: Recht und Staat in der Geschichte und Gegenwart, 15.

⁹¹ Steinmüller, EDV und Recht, 61.

⁹² Steinmüller, EDV und Recht, 2.

Zwecke rechtlicher Fragestellungen und insbesondere unter Einbeziehung von Interpretation und Zweckmäßigkeitserwägungen bedeutsam. Luhmann legt zwar ebenfalls die Nutzung der EDV für das Recht dar. Das Recht war für Luhmann allerdings hinsichtlich der Verwendung der EDV nur insofern von Bedeutung als es - wenn auch ein sehr prominenter - Bestandteil der angestrebten Verwaltungswissenschaften war. Abstrakt betrachtet suchten Steinmüller und Luhmann nach einer Methodik, um konkrete unterschiedliche Ziele zu erreichen, die sich teilweise überschneiden. Luhmann suchte eine Behebung der Informationskrise. Steinmüller suchte nach der Beziehung von EDV und Recht und konstatierte, dass die Beziehung sich in zwei Fragen formulieren lasse⁹³:

- „1. Welche Bedeutung hat die EDV für das jeweils betroffene Rechtsgebiet?*
- 2. Welche Bedeutung hat das jeweilige Rechtsgebiet für die EDV?“*

Dabei geht er davon aus, dass die Beziehung zwischen EDV und Recht einerseits die Rechtsdokumentation und andererseits die unterschiedlichen Rechtsgebiete Rechts- und Staatstheorie, das materielle öffentliche, Straf- und Zivilrecht und auch das Prozessrecht einbezog.⁹⁴

Steinmüller zeigt einen Weg auf, den in der EDV vergegenständlichten empirischen Wissenschaften zu vermitteln, wie sie normativwissenschaftliche Prozesse imitieren können. Dabei geht Steinmüller, wie auch zuvor Luhmann, davon aus, dass dies nicht mit einer geisteswissenschaftlichen Methodik erreichbar sei. Vielmehr werde die juristische Methodik verdrängt und an ihre Stelle treten die Formalwissenschaften Logik, Mathematik, Kybernetik und Informatik.⁹⁵ Die sich aus dieser Verdrängung ergebende Notwendigkeit ist die Formalisierung der Sprache, der sich das Recht bedient, um Sachverhalte, rechtliche Regelungen und Würdigungen auszudrücken durch die mathematische, kybernetische und informatische Methodik⁹⁶. Juristische Fragestellungen und insbesondere solche der Interpretation und Ausübung von Zweckmäßigkeitserwägungen würden demnach ebenfalls durch die EDV durchgeführt, da die Sprache gerade auch die Interpretation und Zweckmäßigkeitserwägungen ausdrückt.

⁹³ Steinmüller, EDV und Recht, 5.

⁹⁴ Steinmüller, EDV und Recht, 5.

⁹⁵ Steinmüller, EDV und Recht, 2.

⁹⁶ Steinmüller, EDV und Recht, 8.

Die Formalisierung erfordert die Erfassung der Sprache in allen Bestandteilen der Semiotik (Syntaktik, Semantik, Pragmatik und Sigmatik), um ein Abbild von menschlichen Schlussfolgerungsprozessen in Zeichen zu schaffen, welche der Computer versteht und mittels Software imitieren kann.

Eine detaillierte Darstellung der Formalwissenschaften soll an dieser Stelle nicht erfolgen. Sie würde über den Themenbereich der Arbeit hinausgehen. Für die Zwecke dieser Studie ist eine Betrachtung des in den 1960iger und 1970iger Jahren vorherrschenden Verständnis der Bedeutung der Formalisierung sowie ihrer Voraussetzungen und Umsetzungsmöglichkeiten ausreichend.

Ähnlich wie die Differenzierung Luhmanns zwischen Konditional- und Zweckprogrammen führt die Formalisierungsnotwendigkeit für die Nutzung der IT zu der Fragestellung, wie weit die Rechtsinformatik die Beziehung zwischen EDV und Recht herzustellen vermag. Hierfür sind die automationsgerechte Normsetzung, die automatisierte Normanwendung und die automatisierte Normsetzung entscheidend.⁹⁷

1. Automationsgerechte Normsetzung

Die Formalisierung von Normen erfordert insbesondere logische Formulierungen. Spiros Simitis formulierte: „[...] die möglichen Anwendungsfälle müssen durch eine endliche Anzahl endlicher mathematisch logischer Formeln ausgedrückt werden können“.⁹⁸

Die Übertragung einer Norm in endliche mathematische logische Formeln setzt voraus, dass auch die Norm exakt unter Beachtung der Formalwissenschaften, insbesondere der logischen Syntax formuliert wird, um Zweideutigkeiten, die erst im Wege der Auslegung behoben werden können, zu vermeiden.⁹⁹ Darüber hinaus, so Steinmüller, sei eine „*einheitliche Gesetzessystematik*“ mit einer „*einheitlichen Rechtssprache*“ erforderlich, damit die Formalisierung mit einer hinreichenden Abstraktion vorgenommen werden könne.¹⁰⁰

⁹⁷ Steinmüller, EDV und Recht, 55.

⁹⁸ Simitis, in: Recht und Staat in der Geschichte und Gegenwart, 10.

⁹⁹ Steinmüller, EDV und Recht, 57.

¹⁰⁰ Steinmüller, EDV und Recht, 58.

Vage Rechtsbegriffe und allgemeinsprachliche Ausdrücke müssen soweit konkretisiert werden, dass auch sie Eindeutigkeit erlangen, indem sie entweder in eine Aufzählung konkreter Begriffe zerlegt werden oder automationsgerechte Zusatzprämissen formuliert werden. Dabei bleibe wohl „ein nicht exaktifizierbarer Rest“, der entweder so gering sei, dass auch bei einer zufälligen Entscheidung kein Gleichheitssatzverstoß vorliege oder man müsse die Entscheidung außerhalb der Automatisierung treffen und das Entscheidungsergebnis anschließend zur Weiterverarbeitung in die EDV eingeben.

2. Automatisierte Normanwendung

Ähnlich verhält es sich hinsichtlich der automatisierten Normanwendung. Diese teilt sich auf in die computerunterstützte Normanwendung und die vollautomatisierte Normanwendung. Die automatisierte Normanwendung folgt dem klassischen Subsumptionsverfahren. Die vollautomatisierte Normanwendung sei nur in einfachen Fällen durchführbar, so stellt Steinmüller fest.¹⁰¹ Grund dafür ist im Wesentlichen, dass bei der automationsgerechten Normsetzung stets ein nicht präzisierbarer Rest vager Rechtsbegriffe und allgemeinsprachlicher Ausdrücke bestünde. Dann könne die EDV nur für die computerunterstützte Normanwendung genutzt werden.

Steinmüller und Simitis führen beispielhaft die Steuer- und Rentenberechnung für die vollautomatisierte Normanwendung an.¹⁰² In diesem Bereich geht es im Wesentlichen um Berechnungen, die ohne die Formalisierung vager Rechtsbegriffe und Ausdrücke auskommen. Ein Beispiel für die computerunterstützte Normanwendung ist die richterliche Entscheidungsfindung. Der Richter ist gerade berufen, Sachverhalte auf Glaubhaftigkeit und Glaubwürdigkeit zu prüfen, unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren und rechtliche Würdigungen anzufertigen, um so zu korrekten Entscheidungen zu gelangen. Die Entscheidungsfindung ist nicht syntaktisch logifizierbar. Die EDV dient lediglich als Unterstützung, indem sie Material, insbesondere Gesetze, Präjudizien und Lehrmeinungen auffindbar vorhält, damit der Richter seine methodischen Kenntnisse nutzen kann, um Entscheidungen zu fällen. Die EDV dient demnach lediglich als Informationssystem, welches den Entscheidungsfortschritt systematisiert. Die

¹⁰¹ Steinmüller, EDV und Recht, 59.

¹⁰² Simitis, in: Recht und Staat in der Geschichte und Gegenwart, 12; Steinmüller, EDV und Recht, 59.

Bewertung verbleibt bei dem zuständigen Richter, da das menschliche Wertungsverständnis nicht per se durch endliche mathematische Formeln ausdrückbar und überführbar in Algorithmen ist.

Steinmüller stellt heraus, dass das menschliche Entscheidungsverhalten durch den Computer nur dann simulierbar wäre, wenn ein „Probieralgorithmus“ gefunden würde, der durch ständige Wiederholung Ergebnisse bzw. Entscheidungen schaffe und dieses Ergebnis dann nach Maßstäben der Logik prüfe. Erst dann, wenn die Logik hergestellt sei, könne der Computer von einem Entscheidungsverhalten ausgehen, welches dem menschlichen Verhalten entspreche. Insbesondere könne auf der Grundlage der dann im Einzelfall hergestellten Logik eine abstrakte Formalisierung in einem Algorithmus hergestellt werden. Auf diese Weise lerne der Computer aus Fehlern und die Normanwendung würde mit zunehmender Datensammlung stetig optimiert. Auch der Mensch lerne gerade durch das Prinzip von Versuch und Fehler.¹⁰³

3. Automatisierte Normsetzung

Gegenstand der automatisierten Normsetzung ist die Erstellung von Gesetzen und anderen Normen im Wege eines automatisierten Prozesses. Die EDV schafft auf der Grundlage von in Algorithmen umgesetzten Prämissen Regelungen. Zu unterscheiden ist dabei wie auch in der automatisierten Normanwendung zwischen der vollautomatisierten Normsetzung und der computerunterstützten Normsetzung.

Im Rahmen der vollautomatisierten Normsetzung ergibt sich nach Steinmüller ebenfalls der oben behandelte Optimierungsvorgang.¹⁰⁴

Ausgangspunkt dafür ist die hergebrachte Methode der Normsetzung ohne Computer. Podlech beschreibt diese im Zusammenhang mit der Ursache für die Schaffung einer neuen Norm. Ursache für eine Gesetzgebungsinitiative sei insbesondere eine Wertung, wonach eine Gesellschaft eine bestimmte Rechtsfolge einer anderen vorziehe. Wenn für die als vorzugswürdig bewertete Rechtsfolge keine einschlägige Rechtsgrundlage existiert, müsse unter rechtspolitischen und dogmatischen Erwägungen eine neue Rechtsgrundlage geschaffen werden. Die Formulierung der neuen Rechtsgrundlage erfordert insbesondere die Schaffung neuer Entscheidungsprämissen nach den Maßgaben der automationsgerechten Normsetzung. Darüber hinaus liegt aber eine zusätzliche

¹⁰³ Steinmüller, EDV und Recht, 61.

¹⁰⁴ Steinmüller, EDV und Recht, 62.

Herausforderung in der Feststellung des rechtspolitischen Ziels und der Fragestellung, wie dieses Ziel optimaler Weise erreicht werden kann.¹⁰⁵

Damit hängt auch die automatisierte Normsetzung von der Übertragung empirischer und normativer Prämissen in einen Algorithmus ab und insbesondere von der Erfassung aller Informationen, die für die Erkenntnis der Prämissen bedeutsam sind.¹⁰⁶ Dies erfordert ebenfalls einen Probieralgorithmus.

Der Computer könnte dann sämtliche Prozesse der automationsgerechten Normsetzung, der automatisierten Normanwendung sowie der Feststellung, dass etwa verfügbare Normen selbst nach der Imitation der juristischen Auslegungsmethodik keine sachgerechte Lösung ermöglicht und daher automatisiert eine neue Norm geschaffen wird, die dann zum Gegenstand eines Gesetzgebungsverfahrens gemacht werden kann.¹⁰⁷

4. Kritik und Bewertung der Theorie der Rechtsinformatik

Steinmüllers Theorie hat sich als bahnbrechender Ansatz zur Integration von EDV und Recht herausgestellt. Zurecht hat Gräwe hervorgehoben, dass die Theorie der Rechtsinformatik eine neue Wissenschaftsdisziplin ist, welche unterschiedliche Disziplinen integriert¹⁰⁸. Es handelt sich um eine Querschnittsmaterie, deren Bedeutung insbesondere als Grundlage für die Erkenntnis der Integration empirischer und normativer Wissenschaften im Recht nicht unterschätzt werden darf. Steinmüller gelang insbesondere der Nachweis, dass durch die Formalisierung und die Übertragung menschlicher Lernprozesse auf Computer durch die Entwicklung der von ihm sogenannten Probieralgorithmen eine Vollautomatisierung von Dokumentationen aber insbesondere auch der Rechtssetzung und Anwendung möglich ist. Damit durchbricht die Rechtsinformatik die bis dahin gängige Ansicht, dass Wertungen jedenfalls insofern nicht auf die EDV übertragbar seien als sie Gegenstand eines Zweckprogramms sind. Steinmüllers Theorie ist

¹⁰⁵ Podlech, AöR 1970, 185, 192ff.

¹⁰⁶ Steinmüller, EDV und Recht, 63.

¹⁰⁷ Steinmüller, EDV und Recht, 68.

¹⁰⁸ Gräwe, 2.

daher zur Grundlage einer jeden Integration von Recht und EDV, aber auch anderer empirischen und normativer Wissenschaften in der EDV geworden.

Gleichzeitig führt die umfassende Automatisierung zu der These, dass die Behebung der Informationskrise durch die Automatisierung zu Problemfragen des Verfassungs- und Organisationsrechts führt. Hierauf wird in einem separaten Abschnitt zurück zu kommen sein.

VI. Anwendungsorientierte Strukturtheorie nach Fiedler

1. Gegenstandsbestimmung

Fiedler geht davon aus, dass die Tragweite der Automatisierung in allen Verwaltungsbereichen zu der Notwendigkeit ihrer rechtlichen Regelung führt. Voraussetzung für die Normierung sei das organisatorische und strukturelle Verständnis der automatischen Datenverarbeitung.¹⁰⁹ Dieses Verständnis ließe sich nur mittels einer eigenständigen Theorie ausbilden.¹¹⁰

Ausgehend von dem Begriff der „juristischen Informatik“ beschäftigt sich Fiedler abweichend von Luhmann nicht mit der breit angelegten Fragestellung einer Verwaltungsreform in Richtung einer funktionsgesteuerten Ausrichtung der automatisierten Datenverarbeitung. Fiedler versucht, die neu entstandene Disziplin der juristischen Informatik (=“Rechtsinformatik“) pragmatisch und wissenschaftlich zu fundieren, indem er über die Kombination „EDV und Recht“ hinausgeht und erklärt, dass jeder geistige Verarbeitungsprozess zum Gegenstand der automatisierten Datenverarbeitung gemacht werden kann, sofern sich der Prozess als Algorithmus darstellen lässt. Wie auch Steinmüller stellt Fiedler so eine Verbindung her zwischen der EDV und klassischen Theoriebereichen, insbesondere dem Recht. Fiedler begründet diese Verbindung auf der Grundlage des „spezifischen, d.h. strukturellen, Aspekt[s]“ der EDV.¹¹¹ Das Spezifikum „Struktur“ gewähre die Möglichkeit der Abstraktion der praktischen Datenverarbeitung und deren Übertragung auf rechtliche Zusammenhänge. Der Algorithmus könne bei struktureller Übertragbarkeit auf eine Vielzahl unterschiedlicher Verwaltungsaufgaben angewendet werden. Die Grundlage liegt in der Tatsache, dass bisherige manuelle bzw. mechanische Tätigkeiten der

¹⁰⁹ Fiedler, JuS 1970, 552, ebda.

¹¹⁰ Fiedler, JuS 1970, 432, 436.

¹¹¹ Fiedler, JuS 1971, 228, ebda.

öffentlichen Verwaltung fortgeführt werden sollten durch automatisierte Datenverarbeitungsprozesse.¹¹²

Fiedler modifiziert den von Steinmüller initiierten Versuch einer Gegenstandsbestimmung der juristischen Informatik. Steinmüller hatte die Rechtsinformatik als „*Wissenschaftsdisziplin, die sich mit den Voraussetzungen, Möglichkeiten und Problemen der AIV [Automatisierten Informationsverarbeitung] auf dem Gebiet des Rechts*“ bezeichnet.¹¹³ Diese Gegenstandsbestimmung hält Fiedler für zu weitgehend. Er argumentiert, dass dann „*alle Voraussetzungen der DV im Recht angesprochen scheinen, z. B. auch rein technische oder rein wirtschaftliche Voraussetzungen wie die Klimatisierung von Räumen oder die vorteilhafteste Gestaltung von Mietverträgen über DV-Anlagen*“.¹¹⁴

Fiedler reduziert die juristische Informatik auf Voraussetzungen für die Verwendung der automatisierten Datenverarbeitung im Recht. Er erfasst die Voraussetzungen durch die Analyse der Struktur der Verwaltungsaufgaben und der systemtheoretischen Methodik der EDV. Diese erkennt er wie Steinmüller als Anwendung abstrakter Algorithmen zur Durchführung einer Vielzahl unterschiedlicher Verwaltungsaufgaben, welche in sich vollständig eigenständig sein können. Der Algorithmus übernimmt also die Erledigung einer Vielzahl eigenständiger Verwaltungsaufgaben, die herkömmlich einzeln von einem oder mehreren Verwaltungsmitarbeitern zu erledigen waren. Fiedler erkannte, dass der Algorithmus nicht eine Durchführung einzelner Aufgaben im Stapelbetrieb erledigte wie ein Verwaltungsmitarbeiter. Vielmehr bearbeitet der Algorithmus eine Vielzahl ähnlicher Aufgaben, die einer bestimmten Klasse angehören, parallel („Batchbetrieb“).¹¹⁵

2. Einteilung in Funktionsklassen

Die Informationskrise sowie die Zielsetzung, die neue Technik kosteneffizient einzusetzen, führten zu der Überlegung, dass eine Einteilung unterschiedlicher einzelner Verwaltungsaufgaben in Funktionsklassen erfolgen müsse. Dadurch sollten unterschiedliche Einzelanwendungen

¹¹² Fiedler, JuS 1971, 228, 229.

¹¹³ Steinmüller, EDV und Recht, 30.

¹¹⁴ Fiedler, JuS 1971, 228, 229.

¹¹⁵ Fiedler, JuS 1970, 552, 553.

möglichst durch einen gemeinsamen Algorithmus bzw. einer relativ geringeren Anzahl von Algorithmen zugeordnet werden.¹¹⁶ Der Algorithmus bildet den strukturellen Rahmen der einzelnen Verwaltungshandlungen.

Methodisch erfolgt die Einteilung der einzelnen Verwaltungsaufgaben durch ihre Untersuchung nach strukturellen Kriterien der Formalwissenschaften, ihrer Umsetzung in einen Algorithmus und die Einordnung in eine Funktionsklasse. Aus dieser Methodik leitet Fiedler eine „sekundäre“ Theorie ab, die die juristische Informatik bzw. Rechtsinformatik um eine Theorie der Anwendungen ergänzt.¹¹⁷ Daher erfasst Fiedler die juristische Informatik als Strukturtheorie.

Funktionsklassen lassen sich, so führt Fiedler aus, entweder nach Gesichtspunkten der EDV oder nach Gegebenheiten der Verwaltung bilden.

Die Einteilung nach Gesichtspunkten der EDV, etwa nach datenintensiven und rechenintensiven Anwendungen¹¹⁸, wird hier vernachlässigt. Sie hat sich in der weiteren Entwicklung der integrierten Datenverarbeitung nicht ausgewirkt und ist daher für die Auftragsdatenverarbeitung nicht virulent.

Bei einer Einteilung nach Gegebenheiten der Verwaltung sind allein sachliche Zusammenhänge unter Beachtung der institutionellen Aufbauorganisation und der tatsächlichen Ausführung der Verwaltungstätigkeiten im Rahmen des geltenden Rechts und nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten entscheidend. Es handelt sich um die hergebrachte Verwaltungsmethodik, die insbesondere während der manuellen, mechanischen und auch in den Anfängen der automatisierten Datenverarbeitung angewendet wurde. Nach ihr ging auch die Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt) in ihrem Funktionenkatalog aus dem Jahre 1969 vor. Die KGSt listete in ihrem Funktionenkatalog Verwaltungsfunktionen, die sie für automatisierbar hielt.¹¹⁹ Die Funktionsgruppen richteten sich nach der Zuordnung der Funktionen in die institutionelle Aufbauverwaltung. Danach waren

¹¹⁶ Fiedler, JuS 1970, 552, 553f.

¹¹⁷ Fiedler, JuS 1970, 432, 433.

¹¹⁸ Fiedler, JuS 1970, 552, 554.

¹¹⁹ Mäding/Hesmert/Jähmig, Rundschreiben 1/1970, Anlage 4, S. 21.

sämtliche Aufgaben, die z. B. mit der Tätigkeit der Einwohnermeldeämter¹²⁰ zusammenhängen in einer Funktionsgruppe eingeordnet und wären in dem EDV-System realisiert durch die Programmierung von Algorithmen, die von dem zuständigen Einwohnermeldeamt für deren jeweiligen Aufgaben verwendet werden. Dadurch kann der jeweils für eine Funktionsklasse programmierte Algorithmus für eine Vielzahl einzelner Verwaltungsaufgaben parallel genutzt werden.

Neben dem Fokus auf die Struktur der Anwendungen zu ihrer Übertragung in die EDV erkennt Fiedler die EDV als „*Organisationsprinzip und Kommunikationsmedium wichtiger Lebensvorgänge menschlicher Gemeinschaft*“.¹²¹ Grund dafür sei insbesondere, dass die umfangreichen Speicherkapazitäten der Datenverarbeitungsanlagen kosteneffizient ausgenutzt werden müssten. Das Prinzip der Einmalerfassung müsse eingeführt werden.¹²² Die bei manueller Bearbeitung vorliegende Trennung der Aufgabenerledigung müsse aufgehoben werden. Einmal erfasste Daten müssten für diverse Verwaltungsfunktionen zur Verfügung stehen und von unterschiedlichen Verwaltungsstellen genutzt werden können. So käme es zu einer Durchbrechung der von Luhmann als eines der Hemmnisse erkannten Verstreuung von Wissen durch Arbeitsteilung. Die Integration der Datenverarbeitung würde „komplexe Gesamtprozesse“ schaffen.¹²³

VII. Auswirkungen der Formalisierung auf die Verwaltungsorganisation und die Gesamtgesellschaft

Luhmann erkannte die theoretischen Hintergründe der Informationskrise und die notwendigen Ansätze zu ihrer Behebung.

Steinmüller entwickelte die maßgebliche Theorie zur Integration von normativen und empirischen Wissenschaften und insbesondere die Umsetzbarkeit der Integration von Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessensentscheidungen durch die Formalwissenschaften.

¹²⁰ Mäding/Hesmert/Jähmig, Rundschreiben 1/1970, 1.

¹²¹ Fiedler, JuS 1970, 552, ebda.

¹²² Fiedler, JuS 1970, 552, ebda.

¹²³ Fiedler, JuS 1970, 552, 554.

Fiedlers Verdienst liegt insbesondere in der Methodik zur systematischen Integration unterschiedlicher Einzeltätigkeiten in Klassen sowie darüber hinaus in der Integration von Verwaltungsfunktionen.

Bei Gesamtbetrachtung führt die Entwicklung der Rechtsinformatik in der Ausprägung der anwendungsorientierten Strukturtheorie zu einer grundlegenden Neugestaltung der öffentlichen Verwaltung, quasi einer Verwaltungsreform als Reaktion auf die Informationskrise. Die Neugestaltung formte eine Ablauforganisation der öffentlichen Verwaltung nach dem Vorbild der Funktionsweise der elektronischen Datenverarbeitung.

Zudem zeigten sich die Auswirkungen aber nicht auf die öffentliche Verwaltung begrenzt. Fiedler selbst erkennt, wie auch eine beträchtliche Anzahl anderer Autoren, die Ansätze der integrierten EDV als Organisations- und Kommunikationsgrundlage der Gesamtgesellschaft.¹²⁴

VIII. Auswirkungen der Integration auf die Verwaltungsorganisation

Die dargestellte Wahrnehmung der Formalisierungsmöglichkeiten führte zu der herrschenden Ansicht, dass zur allgemeinen Steigerung der Effizienz der Verwaltungstätigkeit, Richtigkeit von Verwaltungsentscheidungen und im Besonderen zur Lösung der Informationskrise eine weitestgehende Ausnutzung des Formalisierungspotentials erfolgen müsse. Die Möglichkeit der Integration von normativen und empirischen Wissenschaften sollte ausgenutzt werden zum Zweck

1. einer weitestgehenden Automation einzelner Verwaltungstätigkeiten in behördeneigenen EDV Systemen und alternativ in EDV Systemen externer privater Stellen („Datenverarbeitung außer Haus“)¹²⁵ und weiterführend zu
2. einer von der Integration empirischer und normativer Wissenschaften durch Formalisierung separaten Integration von Verwaltungstätigkeiten im Sinne einer integrierten Datenverarbeitung und
3. wenigstens zur faktischen Schaffung einer Ablauforganisation und
4. zur faktischen Anpassung einer Aufbauorganisation unter Beibehaltung der rechtlichen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten unter der Regelung der Auftragsdatenverarbeitung.

¹²⁴ Fiedler, JZ 1966, 689, 696; Fiedler, JuS 1970, 552, 554.

¹²⁵ Meincke, 13; Seitz, Der Betrieb 1967, 521, ebda.; Heinrich, Der Betrieb 1965, 1865, ebda.

1. Datenverarbeitung außer Haus

Bei der Datenverarbeitung außer Haus lagerten öffentliche Stellen die Durchführung der Datenverarbeitung an Unternehmen der Privatwirtschaft gegen Bezahlung aus.¹²⁶ Hintergrund war, dass nicht jede öffentliche Stelle eine eigene oder angemietete EDV-Anlage besaß. Der hohe Beschaffungs- und Unterhaltungsaufwand veranlasste insbesondere kleine Kommunen, alternative Nutzungsmöglichkeiten zu suchen, um nicht auf die Rationalisierungsmöglichkeiten verzichten zu müssen. Gleichzeitig waren in der privaten Wirtschaft Anlagen vorhanden, die nicht ausgelastet waren und daher für eine Nutzung öffentlicher Stellen kosteneffizient zur Verfügung standen. Daher wurden insbesondere spezifische Typen von Einzeltätigkeiten kleiner Verwaltungseinheiten formalisiert und ausgelagert.

Die Gemeinde Willich schloss im Jahre 1963 mit der Hannen-Brauerei GmbH einen Vertrag über die die Verarbeitung von Daten der Gemeindeverwaltung, insbesondere Daten der Gemeindegaswerke und der Finanzverwaltung.¹²⁷ Im Laufe des Jahres schlossen sich weitere Gemeinden, der Landkreis Kempen-Krefeld, drei Städte und ein Amt dem Vertrag mit der Hannen-Brauerei GmbH an. Die beteiligten öffentlichen Stellen schlossen sich zu diesem Zweck zu „einer Gemeinschaft für Datenverarbeitung und Datenerfassung“ zusammen. Ziel der Gemeinschaft war, dass alle relevanten Daten der Kommunalverwaltung in der damals von der Gemeinde Willich betriebenen Lochkartenstelle erfasst und bei der Hannen-Brauerei GmbH zentral verarbeitet würden. Krewinkel hebt hervor, dass für die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit entscheidend gewesen sei, dass die Tätigkeiten der Erfassung und auch der Verarbeitung von einem Sachbearbeiter der Verwaltung angeleitet würden, also unter der Kontrolle der Verwaltung stehen. Insofern bestand bereits damals ein Element, welches auch in der Auftragsdatenverarbeitung vorgesehen ist, nämlich die Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers.

¹²⁶ Meincke, 13.

¹²⁷ Krewinkel, Gemeinderat 1968, 146.

In ähnlicher Weise nahm das Amt Harperscheid die Möglichkeit wahr, die Einwohnermeldekartei, die Kartei der Lohnsteuerkarten und die Steuerkartei von sechs Körperschaften in der EDV einer Molkereigenossenschaft verarbeiten zu lassen.¹²⁸

Durch die Nutzung fremder IT-Ressourcen konnten die Planung, der Aufbau und auch die Unterhaltung sowie die damit einhergehenden Aufwendung von Kosten und Anstellung oder Ausbildung des erforderlichen Personals vermieden werden. Nachteilhaft erschien, dass die Ressourcen eventuell nicht ausreichen würden und es außerdem zu einem Kontrollverlust über vertrauliche Daten und deren Verarbeitung kam. Krewinkel meint jedoch, dass dieses Risiko praktisch nicht vorläge, da die Daten mit einer so hohen Geschwindigkeit verarbeitet würden, dass sie nicht zur Kenntnis genommen werden könnten. Gleichzeitig sei die ständige Anwesenheit eines Beamten während der Verarbeitung notwendig und außerhalb der Zeiten der Verarbeitung seien schriftliche Unterlagen unter Verschluss zu halten.¹²⁹

Esser stellt heraus, dass neben der massiven Einsparung von Personalkosten in Höhe von 30% gegenüber der Nutzung der EDV der Molkereigenossenschaft beträchtliche Wirtschaftlichkeitsfaktoren darin bestünden, dass *„die von der Anlage erstellten Unterlagen absolut richtig sind, wenn Programmierung und Kartenerstellung fehlerfrei sind. Es entfielen kostenvertuernde Kontrollarbeiten.“*¹³⁰

Darüber hinaus erschien auch Esser ein Kontrollverlust problematisch zu sein. Sowohl die Entfernung der Datenverarbeitungsanlage von der Amtsadresse von 20 km wie auch die Einhaltung von Geheimhaltungserfordernissen erforderten die Einrichtung eines besonderen Prozesses, um die Kontrolle über die Daten und deren Verarbeitung zu bewahren. Daher entschied man sich für die Hinzuziehung eines Kurierdienstes für die Übermittlung von sofort benötigten Materialien. Außerdem wurde in dem Vertrag mit der Molkereigenossenschaft vereinbart, dass *„nur bestimmte Dienstkräfte mit der Ausführung dieser amtlichen Arbeiten beschäftigt werden, und diese Dienstkräfte besonders zur Verschwiegenheit im Sinne der gesetzlichen Vorschriften verpflichtet wurden. Rechtliche Bedenken wurden nach eingehender Prüfung als ausgeräumt*

¹²⁸ Esser, Gemeinderat 1968, 147.

¹²⁹ Krewinkel, Gemeinderat 1968, 146.

¹³⁰ Esser, Gemeinderat 1968, 147.

angesehen.“¹³¹ Hierin sind anfängliche Maßnahmen zu erkennen, die den späteren Regelungen zu Geheimhaltung und technische-organisatorische Datenschutzmaßnahmen erahnen lassen.

Es zeigt sich, dass durch die Auslagerung der Datenverarbeitung in ein elektronisches System, welches unter der tatsächlichen Kontrolle eines Dritten steht, die Notwendigkeit entstand, neuartige Maßnahmen der Sicherung sowohl der Daten als solche, aber auch der Erfassung auf Datenträgern, deren Übermittlung, Erfassung in der elektronischen Datenverarbeitungsanlage und Verarbeitung einzurichten. Gerade hierbei handelt es sich um Gegenstände der Ablauforganisation der öffentlichen Verwaltung.

2. Begriff der integrierten Datenverarbeitung

Die Verwaltungsautomation sollte sich in Stufen entwickeln. Die Datenverarbeitung außer Haus war nur ein vorübergehendes Stadium der Gesamtentwicklung der Verwaltungsautomation.¹³² Die Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen insbesondere zur Nutzung zentraler Datenverarbeitungsanlagen erwies sich aus betriebswirtschaftlichen Gründen als vorteilhafter. Am Ende der Entwicklung stand die integrierte Datenverarbeitung in zentralen Datenverarbeitungsanlagen.¹³³

Obwohl die integrierte Datenverarbeitung als „*die höchste Stufe der Automation und Mittel gegen die [...] Nachteile der vorhandenen Datenverarbeitungsorganisation*“¹³⁴ wahrgenommen wurde, blieb der Begriff der integrierten Datenverarbeitung in der Grundlagendiskussion der 1960er und 1970er Jahre weitgehend unspezifisch. Integration wurde zu einem Schlagwort für eine Vielzahl diverser Erscheinungsformen der elektronischen Datenverarbeitung. Erst die Synthese dieser Erscheinungsformen zeigt die maßgeblichen Charakteristika, welche die Notwendigkeit der Regelung der Auftragsdatenverarbeitung zunächst im öffentlichen Bereich verursachte.

Während die Verarbeitung im Lohnauftrag lediglich die Möglichkeit, Programme zu nutzen, die bei den Auftragnehmern im Einsatz waren, bestand in der Zusammenarbeit mit anderen

¹³¹ Esser, Gemeinderat 1968, 147.

¹³² Meincke, 14.

¹³³ Steinmüller, EDV und Recht, 91; Mäding/Hesmert/Jähmig, Rundschreiben 1/1969, 6.

¹³⁴ Meincke, 23, 46; Steinmüller, EDV und Recht, 71.

öffentlichen Stellen Potential für eine verwaltungsspezifische Verarbeitung bzw. die Nutzung von Programmen, die spezifisch den Zwecken der Verwaltung genügen.¹³⁵

Bei der zentralen Datenverarbeitung hingegen betreibt nicht jede Behörde eine eigene Datenverarbeitungsanlage, sondern ein übergeordneter Träger der Verwaltung richtet an einem zentralen Standort eine Datenverarbeitungsanlage ein, die einer Mehrzahl anderer Stellen zur Nutzung zur Verfügung steht.¹³⁶ Der maßgebliche Vorteil der zentralen Datenverarbeitung im Vergleich zur Datenverarbeitung außer Haus bestand in der verwaltungsspezifischen Gestaltbarkeit der Hardware und Software sowie der kostengünstigen Errichtung und Unterhaltung der Datenverarbeitungsanlage in einem Rechenzentrum. Die zentrale Datenverarbeitung wurde daher als grundlegende Voraussetzung für die weitere Entwicklung der höchsten Stufe der elektronischen Datenverarbeitung angesehen.

3. Dezentrale Datenverarbeitung

Bereits im Jahre 1956 wurde ein Konzept zur „zwischenbetrieblichen Integration“ im Bereich der Sozialversicherung auf der Grundlage des U.S.-amerikanischen Vorbildes des Social Security Act¹³⁷ entwickelt. Die beteiligten Stellen waren vornehmlich Großunternehmen und Behörden. Sie verarbeiteten Bruttolohndaten in eigenen Datenverarbeitungsanlagen und übermittelten diese auf Magnetbändern oder Lochkarten an die Sozialversicherungsträger.¹³⁸ Zwar erfolgte hier der Datenaustausch selbst noch nicht automatisiert, so dass nach heutigen Maßstäben wohl nur eine herabgesetzte Integration der Verarbeitung vorliegt. Mertens und Meincke gingen jedoch davon aus, dass die integrierte Datenverarbeitung keine elektronische Datenverarbeitung erfordert.¹³⁹ Diesem wird man wohl beipflichten müssen, da es gerade unterschiedliche Arten der Integration gibt zumal die Integration einer voranschreitenden Entwicklung unterlag.

¹³⁵ Roemheld, DVBl. 1964, 561, 562.

¹³⁶ Meincke, 14ff.

¹³⁷ „The Social Security Act of 1935“ wurde am 19.4.1935 vom House of Representatives verabschiedet und mit Unterschrift von Präsident Franklin D. Roosevelt am 14.08.1935 wirksam. Er wurde erstmals veröffentlicht in den Statutes at Large Pub.L. 74–271, 49 Stat. 620.

¹³⁸ Mertens, 375.

¹³⁹ Mertens, 165; Meincke, 26.

In den Finanzämtern in der Bundesrepublik kam es zwar zu einem großen Datenanfall, insbesondere bei der Verwaltung der Umsatzsteuer. Gleichzeitig jedoch waren die meisten Betriebe nicht in der Lage, „Datenträger als Nebenprodukt“ für die Übermittlung von Umsatzsteuerdaten an das jeweils zuständige Finanzamt zu gewinnen, da insbesondere Umsatzsteuervoranmeldungen ohne die Nutzung von Datenverarbeitungsanlagen abgegeben wurden und es wohl eine längere Zeit bis zur Einführung solche Anlagen dauern würde. Lediglich in Großbetrieben sei damit zu rechnen, dass ein Austausch der Daten per Datenträger kurzfristiger erfolgen könne, da dort bereits zur Erledigung anderer Aufgaben Computer zur Verfügung stünden.¹⁴⁰

4. Zentrale Datenverarbeitung

Zur „Anfertigung von Statistiken“ führten bereits Anfang der 1960er Jahre diverse Stellen des öffentlichen und privaten Bereichs Daten auf Lochkarten zusammen, indem sie diese den Statistikämtern übergaben. Beachtliche Ansätze lagen jedoch nur in der Kooperation von Behörden vor, da in den meisten Betrieben der Privatwirtschaft lediglich wenige Daten als „Nebenprodukt von Datenverarbeitungsprozessen“ anfielen. Sofern überhaupt Datenverarbeitungsanlagen in privaten Betrieben vorlagen, waren diese nicht auf die Herstellung entsprechender Daten ausgerichtet. Sofern Unternehmen überhaupt Daten zur Verfügung stellten, handelte es sich zudem weitestgehend um Schätzdaten.¹⁴¹

Während die oben beschriebenen Fälle der dezentralen Datenverarbeitung und des Austausches von Datenträgern als „zwischenbetriebliche Integration“ zu einem unmittelbaren Austausch von Daten zwischen öffentlichen Stellen führten, entwickelten sich Erwägungen zur Einrichtung zentraler Datenzentren mit dem Ziel, das Gesamtvolumen der Daten nachhaltig zu reduzieren und eine mehrfache Speicherung in eigenen Datenbanken der Behörden zu vermeiden. Ein Austausch unter den Behörden würde überflüssig, da die Daten nur einmal zur Nutzung durch eine Vielzahl öffentlicher Stellen gespeichert werden mussten.¹⁴² Dabei handele es sich insbesondere um *„Informationen über Personen, die u.a. von der Finanzverwaltung, den*

¹⁴⁰ Mertens, 373.

¹⁴¹ Mertens, 372.

¹⁴² Mertens, 376.

*Sozialversicherungsträgern, den Polizeibehörden, den Gesundheitsbehörden, den statistischen Ämtern registriert werden“.*¹⁴³

Die Erwägungen zentraler Datenzentren sahen zunächst vor, dass die Datenzentren staatlich, also durch den Bund und / oder die Länder betrieben werden sollten und Daten gespeichert und verarbeitet würden, die in einem bestimmten regionalen Bereich von mehreren Institutionen benötigt wurden.¹⁴⁴ Unsicher erschien dabei, ob die Verarbeitung der Daten „*wie bisher Aufgabe der einzelnen staatlichen Funktionsträger*“ bliebe¹⁴⁵. Sofern sich die Aufgabenzuweisung nicht ändern sollte, so Mertens, sei es ausreichend, dass „*die zentrale Anlage nur über einen großen Speicher und über verhältnismäßig bescheidene Operationsfähigkeiten verfüge*“. Eingaben und Abrufe würden dezentral von Konsolen erfolgen. Die zentralen Datenzentren würden lediglich den Datenverkehr steuern und bestimmte Datenerschließungsaufgaben übernehmen.¹⁴⁶

Das Konzept zentraler Datenzentren mit dezentralen Zugriffspunkten folgte einer Studie der Rand Corporation, die für das Jahr 1970 die Einrichtung von Rechenzentren für jeden U.S.-amerikanischen Bundesstaat vorsah.¹⁴⁷ Hearle und Mason, die Autoren der Studie, betonen, dass der Betreiber des Rechenzentrums, des „Unified Information System“ nur die Anweisungen der beteiligten Stellen ausführen sollten. Eine eigenständige Datenverarbeitung sollte danach, wie in der Auftragsdatenverarbeitung, keinesfalls stattfinden: „*We emphasize that the Center would simply and exclusively carry out the instructions of the participating agencies.*“¹⁴⁸

Das System diene insbesondere den *“four major objectives: 1. To reduce duplicate collection of the same items of information. 2. To increase the number of government functions and units whose information needs are supplied by data items collected in connection with each event. 3. To reduce errors in data recording. 4. To reduce the need for manual transcription of data by facilitating*

¹⁴³ Mertens, 376.

¹⁴⁴ Mertens, 376.

¹⁴⁵ Mertens, 376.

¹⁴⁶ Mertens, 376.

¹⁴⁷ Hearle/Mason, 49.

¹⁴⁸ Hearle/Mason, 55.

their original collection in a form suitable for all future uses, or in a manner which enables them to be processed for use automatically rather than manually.“¹⁴⁹

Die Zielsetzung 1. würde erreicht, weil beteiligte Stellen nach der Einführung der zentralen Speicherung in einem Rechenzentrum nicht weitere Datenerhebungsmaßnahmen selbst durchführen müssten. Alle beteiligten Stellen würden die Daten in dem System stets aktualisieren. Tatsächlich sollten die beteiligten Stellen daher weitestgehend von weiteren Erhebungsmaßnahmen absehen und schlicht auf die in dem System vorhandenen Daten zugreifen. Das System gewährleiste zudem eine ständige Verfügbarkeit und Transparenz vorhandener Daten, so dass mit einem einfachen Abruf Klarheit über verfügbare Daten sowie der Zugriff auf diese bestünde.¹⁵⁰

Die Zielsetzung 2. würde erreicht durch eine weitergehende Ersterhebung. Um eine stattfindende Datenerhebung durch eine Stelle effektiv und effizient auszunutzen, sei es ratsam, dass diese Stelle auch Daten erhebe, die zwar nicht für sie selbst, wohl aber für eine andere Stelle relevant sein könnten. Die Datenerhebung sei dann als Maßnahme der allgemeinen Datenerhebung für die Nutzung durch die gesamte Länder- und Kommunalverwaltung anzusehen.¹⁵¹ Gleichzeitig würde auch die Zielsetzung 3. gefördert, nämlich die Reduzierung der Fehleranfälligkeit. Mit der Verringerung von Erhebungsmaßnahmen wäre lediglich eine gelegentliche Aktualitätsprüfung notwendig, um Änderungen der Daten festzustellen.¹⁵² Die Anzahl der notwendigen manuellen Übertragungen von Daten (Zielsetzung 4.), etwa die Anfertigung handschriftlicher Abschriften, würde insbesondere durch eine Kombination von zentraler und dezentraler Verarbeitungsmethoden reduziert. Während die Speicherung von Daten in dem zentralen Rechenzentrum erfolgen sollte, sollten Dateneingaben und Abrufe dezentral auf Terminals durchgeführt werden, die bei der jeweiligen Stelle aufgestellt werden und die über eine Telekommunikationsleitung mit dem Rechenzentrum verbunden sind.¹⁵³

¹⁴⁹ Hearle/Mason, 64.

¹⁵⁰ Hearle/Mason, 64.

¹⁵¹ Hearle/Mason, 66.

¹⁵² Hearle/Mason, 66.

¹⁵³ Hearle/Mason, 77ff.

Die Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung empfahl ihren Mitgliedern die weitgehende Umsetzung einer Variante des Konzepts von Hearle und Mason. Sie hielt den Aufbau zentraler Rechenzentren für essentiell zur Bewältigung der Informationskrise, meinte jedoch, dass die Grundlage der integrierten Datenverarbeitung nicht in Rechenzentren auf staatlicher, sondern auf kommunaler Ebene läge.¹⁵⁴ Die Rechenzentren sollten als „gemeinsame kommunale Datenverarbeitungszentralen“ von jeweils mehreren Gemeinden und Kreisen betrieben werden. Die Einrichtung staatlicher Rechenzentren, in denen die Kommunen ihre Daten verarbeiten lassen, sah die KGSt hingegen als Schwächung der kommunalen Selbstverwaltung und lehnte sie daher ab.¹⁵⁵

Die KGSt erkannte im Wesentlichen betriebswirtschaftliche Gründe für die Einrichtung gemeinsamer zentraler Rechenzentren. Die gemeinsame Nutzung von Rechenzentren erhöht die Rentabilität der durch die Investition und den Betrieb entstehenden Kosten, da die Kosten auf alle beteiligten Stellen verteilt werden und gleichzeitig eine stärkere Auslastung der Datenverarbeitungsanlage entsteht. Bei voller Auslastung einer hochkapazitativen Anlage sind die Investitionen und der Betrieb wirtschaftlicher als mehrere kleine Anlagen, da die Kosten der Einrichtung und des Betriebs nicht stetig mit der Zunahme der Größe einer Anlage steigen. Ein Großteil der Investitions- und Betriebskosten bleibt mit zunehmender Größe gleich, während sie bei Anschaffung einer getrennten kleineren Anlage erneut anfielen.

Darüber hinaus war in wirtschaftlicher Hinsicht zu beachten, dass in den 1960er und 1970er Jahren die elektronische Datenverarbeitung noch neuartig war und nur eine geringe Anzahl von Fachleuten zur Verfügung stand. Es mussten erst entsprechende Schulungen durchgeführt werden, um die notwendige Anzahl zu schaffen. Daher bot die Gründung der gemeinsamen Rechenzentren die Möglichkeit, die Fachkenntnisse des bereits vorhandenen Fachpersonals für alle beteiligten Stellen ökonomisch nutzen zu lassen.¹⁵⁶

In organisatorischer Hinsicht stellte die KGSt klar, dass die Kapazitätsplanung der Datenverarbeitungszentralen sich nach der Einwohneranzahl in dem jeweiligen Gebiet und der Anzahl der einbezogenen Verwaltungen richten müsse. Die Datenverarbeitungszentralen sollten

¹⁵⁴ Mäding/Hesmert/Jähmig, Rundschreiben 1/1969, 14f.

¹⁵⁵ Mäding/Hesmert/Jähmig, Rundschreiben 1/1969, 9.

¹⁵⁶ Mäding/Hesmert/Jähmig, Rundschreiben 1/1969, 7.

so viele Gemeinden und Kreise umfassen, dass die Datenverarbeitungsanlage wirtschaftlich effizient angeschafft werden und ausgelastet werden könne bei gleichzeitiger Vermeidung von Schwierigkeiten, die gerade durch eine Aufnahme von zu vielen Gemeinden und Kreisen entstehen könnten. Die Datenzentrale und insbesondere auch die Datenverarbeitungsanlage müsse daher „so groß wie notwendig, aber so klein wie möglich“ sein.¹⁵⁷

5. Schaffung einer Ablauforganisation in der öffentlichen Verwaltung

Eine möglichst effiziente und effektive Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung setzte zusätzlich eine funktionierende Ablauforganisation voraus. Diese wurde an die Funktionsweise der elektronischen zentralen Datenverarbeitung angelehnt. Unter dem Begriff Integration wurde daher nicht nur die Überführung von Daten aus dezentralen Erhebungsstellen in zentrale Rechenzentren verstanden unter Ausnutzung des dort tätigen geschulten Personals. Vielmehr lag der Schwerpunkt der Integration gerade in dem Verwaltungsprozess. Durch die Schaffung der Ablauforganisation auf der Grundlage der Funktionsweise der elektronischen Datenverarbeitung sollte insbesondere die durch die Informationskrise notwendig gewordene Verwaltungsreform vorbereitet werden.¹⁵⁸ Die Ablauforganisation musste sich einerseits nach der Reihenfolge der informatischen Grundfunktionen und andererseits nach weiteren Erscheinungsformen der Integration richten. Bei den Grundfunktionen handelt es sich um die Datenerfassung, Datenspeicherung, Datenverarbeitung und Datenausgabe.¹⁵⁹ Die Erscheinungsformen der integrierten Datenverarbeitung im engeren Sinne sind die indirekte und direkte, die interne und externe sowie die vertikale und horizontale Integration.¹⁶⁰

6. Informatische Grundfunktionen

a. Integrierte Datenerfassung

Auf der Grundlage der Bestimmung der Automatisierbarkeit von Verwaltungstätigkeiten, deren Umsetzung in einen entsprechenden Algorithmus sowie die Zuordnung der Verwaltungsaufgabe

¹⁵⁷ Mäding/Hesmert/Jähmig, Rundschreiben 1/1969, 7.

¹⁵⁸ Mäding/Hesmert/Jähmig, Rundschreiben 1/1969, 9.

¹⁵⁹ Steinmüller, EDV und Recht, 75; Meincke, 61ff.

¹⁶⁰ Meincke, 38ff.

in eine Funktionsklasse, sollten die für die Erledigung der Aufgabe notwendigen Primärdaten ermittelt und dezentral über Konsolen, die unmittelbar mit dem zentralen Speicher verbunden sind, erfasst werden. Zwischenschritte, insbesondere manuelle Tätigkeiten zur Übertragung der Daten, entfallen. Es handelt sich daher um eine direkte Integration im Gegensatz zur indirekten Integration, welche getrennte Arbeitsschritte beibehält.¹⁶¹ Die Erfassung auf Datenträgern und deren manuelle Übermittlung an das zentrale Rechenzentrum entspräche also einer indirekten Integration.

Sekundärdaten sollten nicht erfasst werden, da diese das Ergebnis der jeweiligen Verarbeitung sind und stets erneut aus der Verarbeitung generiert werden können bzw. im Rahmen der Verarbeitung angefertigt und abgespeichert werden können. In Umsetzung des Einmalerfassungsprinzips sollten die Primärdaten lediglich einmal dezentral ermittelt, erfasst und in das zentrale Rechenzentrum zur Abspeicherung übermittelt werden, mit dem Ziel, dass alle beteiligten Stellen, also horizontal und vertikal integrierte Stellen, auf diese Daten zugreifen können.¹⁶²

b. Integrierte Datenspeicherung

Wegen der grundlegenden Bedeutung einmaliger Schritte im Rahmen der integrierten Datenverarbeitung, sollten alle erfassten Daten lediglich einmal, also zentral und nicht etwa auf unterschiedlichen Datenverarbeitungsanlagen gespeichert werden.¹⁶³ Insbesondere sollte die neuartige Speicherung die Nachteile der herkömmlichen Karteiorganisation der Arbeitsteilung beheben. Die Vielzahl paralleler Karteien mit den gleichen Daten sollte abgelöst werden durch einen Datenspeicher, der durch den regelmäßigen Aktualisierungsdienst aktuell gehalten wird, damit die verbundenen Verwaltungsstellen auf die Daten je nach Bedarf Zugriff nehmen und sie direkt verarbeiten können.

Dabei sind die Grund- und Folgedaten zu unterscheiden. Als Grunddaten werden solche Daten bezeichnet, die von mehrere horizontal und / oder vertikal integrierten Verwaltungsstellen für jeweils eigene Zwecke benötigt werden. Diese Daten sollten daher in einer Grunddatei gespeichert

¹⁶¹ Meincke, 38ff.

¹⁶² Meincke, 62.

¹⁶³ Eberle, Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung, 96.

werden. Folgedaten sind hingegen spezielle Informationen, die lediglich für einzelne Aufgaben und daher auch nur für einzelne Verwaltungsstellen relevant sind. Folgedaten werden außerhalb der Grunddatei in Folgedateien gespeichert. Gleichzeitig erfolgt eine Integration im Sinne einer Verknüpfung der Grunddatei mit den Folgedateien durch die Hinzufügung von eindeutigen Ordnungsbegriffen, welche die Zugehörigkeit der Folgedateien zu bestimmten Grunddaten kennzeichnet. Bei der Verknüpfung handelt es sich um die technische Umsetzung der horizontalen bzw. vertikalen Integration innerhalb der Funktionsklassen.¹⁶⁴

c. Integrierte Datenverarbeitung

Kennzeichnend für die integrierte Datenverarbeitung ist die Parallelverarbeitung, also der gleichzeitige Durchlauf mehrerer Algorithmen zur Erledigung unterschiedlicher Aufgaben für dieselbe Stelle oder auch für unterschiedliche beteiligte Stellen unter Ausnutzung der Grund- und Folgedaten. Technisch sind hierfür eine entsprechend hohe Leistungsfähigkeit der Hardware sowie die aufeinander abgestimmte Software entscheidend.¹⁶⁵ Einzelne Verarbeitungsprozesse gehen unter automatisierter Ausnutzung von Zwischenergebnissen direkt ohne manuelle Eingriffe in einander über und produzieren das Endergebnis.

d. Integrierte Datenausgabe

Gegenstand des Einmaligkeitsprinzips ist die Ausgabe von Arbeitsergebnissen nur im Zeitpunkt und am Ort des Bedarfs. Auf diese Weise werden doppelte Arbeitsschritte und unberechtigte Zugriffe vermieden. Hinsichtlich der Vermeidung doppelter Arbeitsschritte bestünde alternativ die Möglichkeit der Ausgabe von Zwischenergebnissen. Dies jedoch würde gerade nicht zu einer Reduzierung der anfallenden Datenmenge und damit auch nicht zu einer Rationalisierung der Datenverarbeitung führen. Die Zwischenergebnisse müssten anschließend für den weiteren Verarbeitungszweck wieder eingegeben werden. Daher sind die Algorithmen derartig zu gestalten, dass sie das Endergebnis der konkreten Abfragen ausgeben.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Meincke, 64ff.; Steinmüller, EDV und Recht, 75f.

¹⁶⁵ Meincke, 77ff.

¹⁶⁶ Meincke, 79f.

Als Nebenprodukt der automatischen Bearbeitung sollten statistische Auswertungen anfallen, die im Wesentlichen ohne Ansehung des eigentlichen Verarbeitungszwecks und eigenständig durch den Computer angefertigt werden konnten.¹⁶⁷ Dies ist insbesondere bedeutsam für die Verfolgung unterschiedlicher Verarbeitungszwecke und eine darauf abzielende Bevorratung von Datenbeständen sowie die Fragestellung, inwiefern eine Anonymisierung personenbezogener Daten in Statistiken erfolgen muss.

7. Integrierte Datenverarbeitung im engeren Sinne

a. Indirekte und direkte Integration

Als indirekte Integration bezeichnet man insbesondere die Verknüpfung mehrerer Arbeitsgänge durch Datenträgeraustausch. Im Gegensatz dazu besteht die direkte Integration im Falle einer Verschmelzung diverser Arbeitsgänge, die keinen weiteren Datenträgeraustausch oder anderweitige manuelle Eingriffe erfordert. Die Begrifflichkeit hat jedoch keine weitere eigenständige Bedeutung, da integrierte Datenverarbeitungssysteme gerade eine weitestgehende Integration und damit eine Verknüpfung von Arbeitsschritten ohne manuelle Eingriffe erreichen sollten. Das Endstadium der integrierten Datenverarbeitung ist daher gekennzeichnet durch die direkte Integration.¹⁶⁸ Auch eine indirekte Integration wird jedoch je nach Gestaltung des Gesamtsystems nicht dazu führen können, dass das Vorliegen eines integrierten Datenverarbeitungssystems verneint wird. Es findet eine Abstimmung von Arbeitsergebnissen und deren gegenseitige Verwendbarkeit statt. Die direkte Integration ist daher lediglich eine relativ engere organisatorische Zusammenarbeit unterschiedlicher Stellen und bedeutet somit eine relativ unmittelbare Integration.

b. Interne und externe Integration

Bei der internen Integration werden die Arbeitsabläufe innerhalb einer Behörde angepasst. Bei der externen Integration findet eine darüberhinausgehende Anpassung der Arbeitsabläufe mehrere Behörden entweder auf derselben Ebene der Verwaltung oder auch mit Behörden anderer

¹⁶⁷ Fiedler, DRV 1964, 40, 44.

¹⁶⁸ Meincke, 38.

Verwaltungsebenen statt.¹⁶⁹ Dann wird die Ablauforganisation im Wege der Koordination oder Kooperation über die Grenzen der Organisationshoheit erstreckt.

c. Horizontale und vertikale Integration

Die interne und externe Integration wie auch die indirekte und direkte Integration kann unter Betrachtung der jeweils betroffenen Aufgabengruppen, sog. Funktionsklassen, ausgestaltet sein. Ist die Integration begrenzt auf eine Funktionsklasse, so spricht man von vertikaler Integration. Dann wären die Daten-, Algorithmen und Technologienutzung zur Durchführung der Aufgaben innerhalb der Funktionsklasse aller Stellen auf derselben und auf unterschiedlichen Hierarchiestufen integriert. Unter horizontaler Integration versteht man demgegenüber die Erstreckung der Integration über mehrere Funktionsklassen.¹⁷⁰

d. Zwischenergebnis

Zusammengefasst zeichnet sich die integrierte Datenverarbeitung dadurch aus, dass bei einem möglichst hohen Automationsgrad Daten nur einmal ermittelt, erfasst sowie zentral gespeichert und verarbeitet werden und für möglichst viele Verarbeitungsprozesse von möglichst vielen Stellen für unterschiedliche Zwecke verwendet werden. Dabei soll eine Unterscheidung zwischen Grund- und Folgedaten erfolgen.

Aus wirtschaftlichen Gründen wird dafür in Abkehr von der hergebrachten Verwaltungsbürokratie die Schaffung einer gleichen Ablauforganisation der Verwaltungsprozesse aller beteiligten Stellen angestrebt und die Datenverarbeitung muss weitestgehend koordiniert werden.

8. Integrierte Datenverarbeitung in der Landes- und Kommunalverwaltung

Die Koordination wurde jeweils in den ADV-Organisationsgesetzen der Länder geregelt. Dabei wurden drei Modelle der Koordination verfolgt.

¹⁶⁹ Meincke, 39.; Steinmüller, EDV und Recht, 73.

¹⁷⁰ Meincke, 40; Steinmüller, ADV und Recht, 115.

a. Hierarchische Modelle

Das Hierarchische Modell zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass die ADV-Organisationsgesetze eine hierarchische Aufbauorganisation und eine angepasste Ablauforganisation vorsahen. Das Hierarchische Modell wurde insbesondere in Hessen und Schleswig-Holstein genutzt.¹⁷¹

aa. Datenzentrale des Landes Schleswig-Holstein

Die Regelungen des Gesetzes über die Datenzentrale in Schleswig-Holstein¹⁷² zeigten, dass sowohl der Verwaltungsaufbau wie auch der Verwaltungsablauf der Datenzentrale und damit mittelbar auch der Kommunen weitgehend der Organisationshoheit des Ministerpräsidenten unterstellt werden sollte.

Aus § 2 des Gesetzes über die Datenzentrale in Schleswig-Holstein vom 02.08.1968 ergab sich, dass „*die Datenzentrale die Erledigung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*“ in Schleswig-Holstein „*ermöglichen soll[te]*“. Die Datenzentrale sollte daher sowohl der öffentlichen Verwaltung auf Landes- wie auch auf Kommunalebene dienen.

Die Koordination setzte voraus, dass möglichst viele Verwaltungseinheiten sich der Datenzentrale anschließen. Zwar bestand für die Kommunen kein rechtlicher Anschlusszwang. Steinmüller hebt hervor, dass ein Anschlusszwang lediglich für die Landesverwaltung in der gemeinsamen Geschäftsanweisung für die elektronische Datenverarbeitung vorgesehen war.¹⁷³

Es erschien jedoch zweifelhaft, dass sich nicht ein tatsächlicher Anschlusszwang ergab. Aufgrund der Informationskrise war es den Kommunen zunehmend schwierig, recht- und zweckmäßige Entscheidungen zu treffen, da das Informationsaufkommen unüberschaubar und widersprüchlich war. Zudem wurde das gesamte Verwaltungshandeln mehr und mehr unwirtschaftlich. Da gerade die integrierte Datenverarbeitung Prozesse gewährleistete, die die rechtmäßige, zweckmäßige und wirtschaftliche Aufgabenerledigung in niemals zuvor bestehendem Ausmaß förderte, waren die

¹⁷¹ Steinmüller, ADV und Recht, 116.

¹⁷² GVBl SH 1968, Nr. 10, S. 92, aufgehoben gem. § 2 des Gesetzes zu dem Staatsvertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und der Freien und Hansestadt Hamburg über die Errichtung von "Dataport" als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts vom 15. November 2003.

¹⁷³ Steinmüller, ADV und Recht, 117.

Kommunen zu einem Anschluss veranlasst, es sei denn sie wollten eigene Systeme der integrierten Datenverarbeitung begründen bzw. lediglich einen geringeren Integrationsgrad verwirklichen. Die Begründung eines eigenen Systems oder auch ein geringerer Grad der Integration wäre jedoch mit hohem Geld- und Entwicklungsaufwand verbunden gewesen.

Beachtlich ist dabei insbesondere, dass die Systeme der integrierten Datenverarbeitung auf Landesebene im Wege des kommunalen Finanzausgleichs bezuschusst wurden.¹⁷⁴ Die von den Kommunen an die Länder abgeführten Steuergelder, welche im Wege der Umverteilung des kommunalen Finanzausgleichs die Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse in den Kommunen fördern sollten, wären im Falle des Unterlassens eines Anschlusses vergebens von den Steuerzahlern geleistet worden. Die von den Gemeinden zu Zwecken des kommunalen Finanzausgleichs abgeführten Gelder hätten der Finanzierung eines integrierten Datenverarbeitungssystems gedient, dessen Verwaltungskraft der jeweiligen Gemeinde nicht zugutegekommen wäre, wenn die Gemeinde sich gegen einen Anschluss entschieden hätte. Gleichzeitig hätte die Gemeinde eventuell ein eigenes System einrichten müssen und erneute Gelder bereitstellen müssen, um vor dem Hintergrund der Informationskrise eine angemessene Verwaltungskraft der betroffenen Kommune zu gewährleisten.

Dieses Vorgehen hätte dem Wirtschaftlichkeitsprinzip widersprochen. Gerade die vertikale und horizontale Integration aller automatisierbaren Aufgaben erfüllte die Anforderungen der wirtschaftlichen Gestaltung der integrierten Datenverarbeitung. Zwar war beachtlich, dass das der Betriebswirtschaft entstammende Wirtschaftlichkeitsgebot traditionell nicht als Gegenstand der öffentlichen Verwaltung angesehen wurde, da die öffentliche Verwaltung nicht die Gewinnerzielung verfolgte.¹⁷⁵

Diese Auffassung verlor jedoch zunehmend an Bedeutung. Da die Verwaltung insbesondere durch die Ausprägung des Sozialstaatsprinzips im Bereich der Leistungsverwaltung zunehmend große Geldsummen von der Bevölkerung in Form von Steuern und Abgaben vereinnahmte, stieg die

¹⁷⁴ Steinmüller, ADV und Recht, 117.

¹⁷⁵ Thieme, Rdnr. 996.

Wahrnehmung an, dass die öffentliche Verwaltung fremde Gelder betreute und diese zweckgerecht und angemessen verwenden müsse.¹⁷⁶

Vor diesem Hintergrund wurde im Jahre 1969 per Änderung des Art. 114 Abs. 2 GG insbesondere das Wirtschaftlichkeitsgebot in die Finanzverfassung des Grundgesetzes ausdrücklich aufgenommen¹⁷⁷. Der Bundesrechnungshof ist danach verpflichtet, als oberstes Bundesorgan insbesondere die Wirtschaftlichkeit der Verwendung von Geldmitteln durch die Behörden des Bundes zu prüfen. Darüber hinaus wurde das Wirtschaftlichkeitsgebot in § 7 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) sowie in die Landeshaushaltsordnungen und den Gemeindeordnungen der Länder aufgenommen mit der Konsequenz, dass die Schaffung und Beibehaltung der Wirtschaftlichkeit von Verwaltungshandeln zur ständigen Aufgabe aller Behörden wurde. Dabei gab es jedoch keine eindeutige Definition. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Bedeutung im Wege der Auslegung zu ermitteln ist. § 90 Nr. 3 und 4 BHO konkretisieren das Wirtschaftlichkeitsgebot für Rechnungsprüfungen auf die Feststellung, dass Verwaltungsaufgaben mit geringem Personal- und Sachaufwand oder auf sonstige Weise durchgeführt werden, wobei die Begriffe „sparsam und wirtschaftlich“ in § 90 Nr. 3 BHO selbst ausdrücklich aufgenommen wurden. Eine Definition wurde nicht geschaffen. Eine Übernahme der ursprünglich betriebswirtschaftlichen Bedeutung von Wirtschaftlichkeit verbot sich, da der betriebswirtschaftliche Ansatz die Erzielung größtmöglichen Ertrages mit dem kleinsten Aufwand verfolgte¹⁷⁸ und die öffentliche Verwaltung gerade nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Im Bereich der öffentlichen Verwaltung wird das Wirtschaftlichkeitsgebot als ein Verfahrensgrundsatz angesehen, dessen Inhalt die Gewährleistung einer möglichst günstigen Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln ist. Entweder ist ein bestimmter Zweck mit möglichst geringem Mitteleinsatz zu erreichen oder bestimmte Mittel sind derartig einzusetzen, dass ein bestmögliches Ergebnis erzielt wird.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Thieme, Rdnr. 996.

¹⁷⁷ 20. Gesetz zur Änderung des GG vom 12.05.1969, BGBl. I 1969, S. 357.

¹⁷⁸ Thieme, Rdnr. 1015; Stern, Band 2, 435.

¹⁷⁹ Schmidt, Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, 16.

Die Anwendung dieses modifizierten Wirtschaftlichkeitsgebots in der öffentlichen Verwaltung entstammt damit wie auch die Entstehung der Informationskrise und die daraufhin erfolgende Integration der Datenverarbeitungsprozesse dem Sozialstaatsprinzip.

Wenn schon kein ausdrücklicher Anschlusszwang für die Kommunen vorlag, so ist fraglich, ob durch die Erwägungen der Wirtschaftlichkeit ein faktischer Anschlusszwang entstand. Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit obliegt der jeweiligen Kommune im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung. Eine zu treffende Entscheidung muss zuerst dem Maßstab der Rechtmäßigkeit entsprechen und darf lediglich im Rahmen dieser einer Wirtschaftlichkeitsprüfung unterzogen werden. Danach ist eine Entscheidung der betroffenen Kommune gegen einen Anschluss durchaus denkbar. Dies gilt insbesondere, wenn die Integration eine Gefahr für die horizontale und vertikale Gewaltenteilung darstellte und nicht ausgeschlossen werden konnte, dass durch die Integration der Datenverarbeitung in zentralen Datenverarbeitungsanlagen auf Landesebene eine Verkürzung der kommunalen Selbstverwaltung erfolgen würde, da die Verarbeitungsprozesse ursprünglich der kommunalen Organisationshoheit unterlagen, während im Rahmen der Bearbeitung durch die Datenzentrale allenfalls eine indirekte Mitwirkung an den Verarbeitungsprozessen möglich schien.

Ein faktischer Anschlusszwang aus Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten kann sich daher nur ergeben, wenn der Anschluss rechtmäßig erfolgen konnte.

Im Falle der Hierarchischen Modelle der integrierten Datenverarbeitung gilt dies insbesondere, da die in dem System umgesetzten Verarbeitungsverfahren zentral unter maßgeblichen Einfluss der Länderexekutive vorgegeben und nicht von den beteiligten Kommunen individuell in Umsetzung der jeweiligen Organisationshoheit entwickelt und angewendet wurden. Dies zeigt insbesondere die Analyse der Verwaltungsstruktur der Datenzentrale Schleswig-Holstein.

§ 4 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über die Datenzentrale in Schleswig-Holstein vom 02.08.1968 sah vor, dass der Ministerpräsident die Mitglieder des Verwaltungsrates der Datenzentrale beruft. Der Verwaltungsrat bestand aus 16 Mitgliedern, die hälftig vom Kabinett und von den kommunalen Landesverbänden vorgeschlagen wurden. Gemäß § 5 Abs. 1 berief der Verwaltungsrat den Vorstand, dessen Mitglieder vom Ministerpräsidenten bestätigt wurden. Der Vorstand war ausführendes Organ der von dem Verwaltungsrat gefassten Beschlüsse. Zudem führte der Ministerpräsident die Aufsicht über die Tätigkeit der Datenzentrale (§ 8). Im Rahmen der Aufsicht hatte er das Recht, gegen alle Beschlüsse des Verwaltungsrates Einspruch einzulegen und die erneute endgültige Beschlussfassung herbeizuführen (§ 8 Abs. 3). Gemäß § 8 Abs. 3 S. 4 i. V. m. § 52 des Landesverwaltungsgesetzes Schleswig-Holstein in der Fassung vom 18.04.1967 bezog

sich die Aufsicht auf die Einhaltung der Gesetze, der Satzung und auch die Erfüllung der der Gemeinde übertragenen Aufgaben sowie die Rechtmäßigkeit der Selbstverwaltungsaufgaben.

Zwar nahm der Ministerpräsident nicht direkt an der Beschlussfassung und der Ausführung durch den Vorstand teil. Durch die Zuständigkeit des dem Ministerpräsidenten unterstehenden Kabinetts, den Verwaltungsrat hälftig vorzuschlagen, die gewählten Mitglieder zu berufen sowie die von den kommunalen Landesverbänden vorgeschlagenen Mitglieder zu berufen und durch die im Rahmen der Aufsicht bestehende weitgehende Einflussnahme konnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Organisationshoheit der kommunalen Selbstverwaltung uneingeschränkt bliebe. Vielmehr zeigt sich, dass die Exekutive auf Landesebene weitgehende Möglichkeiten bekam, in die Organisation der Verwaltungstätigkeiten einzugreifen.

bb. Datenzentrale des Landes Hessen

Ähnlich ist es im Land Hessen. Dort wird seit dem 01.01.1970 ein integriertes Datenverarbeitungssystem verwendet. Dessen ursprüngliche konzeptionelle Grundlage ist das Gesetz über die Errichtung der Hessischen Zentrale für Datenverarbeitung (HZD) und der Kommunalen Gebietsrechenzentren (KGRZ) vom 16.12.1969 (HZDG). Die HZD und die KGRZen wurden als Körperschaften des öffentlichen Rechts errichtet (§ 1 Abs. 1; § 18 Abs. 1). Das HZDG wurde mit Wirkung ab dem 01.01.1989 durch das Datenverarbeitungsverbundgesetz ersetzt.¹⁸⁰

Gemäß § 4 Abs. 1 S.1 HZDG war die Ermöglichung der Erledigung von Verwaltungsarbeiten und anderen Aufgaben der Mitglieder, der Gemeinden, der Landkreise und der sonstigen Gemeindeverbände unter Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen der Zweck der HZD.

Ein rechtlicher Anschlusszwang bestand nicht. Vielmehr regelte § 19 Abs. 1 HZDG, dass die Kommunen Mitglieder der KGRZ werden „können“. Zudem sah § 2 HZDG ausdrücklich vor, dass das Recht der kommunalen Selbstverwaltung nicht verletzt werden darf. Dennoch ergab sich auch hier die Fragestellung eines faktischen Anschlusszwangs. Die Kommunen sollten nur für die Kosten aufkommen, welche durch die konkreten Verarbeitungsmaßnahmen entstanden, welche sie in Anspruch nahmen. Für die Kosten der Errichtung und des Betriebs der HZD als Institution im Verwaltungsaufbau kam ursprünglich das Land auf. Erst 1989 wurde die HZD gem. § 26

¹⁸⁰ Hes. GVBl. I 1988, S. 287

Landeshaushaltsordnung ein Landesbetrieb und die Nutzung durch die Gemeinden entgeltpflichtig. Wirtschaftlich betrachtet mussten die Kommunen daher abwägen, ob sie das Angebot des Landes nutzen und dadurch die Effizienz und die Wahrscheinlichkeit sachgerechten Verwaltungshandeln erhöhen wollten und gleichzeitig eine Einschränkung der kommunalen Selbstverwaltung hinnehmen durften bzw. wollten oder ob sie weiterhin die Herausforderungen der Informationskrise ungelöst lassen sollten, dabei aber die kommunale Selbstverwaltung in gleichem Ausmaß bewahren konnten.

Das hessische System wurde gemeinsam von der Hessischen Landesregierung mit den Kommunalen Spitzenverbänden in der Annahme geplant, dass Datenverarbeitung eine Gemeinschaftsaufgabe des Landes und der Kommunen sei.¹⁸¹ Mitglieder der HZD waren das Land Hessen und die Kommunalen Gebietsrechenzentren (§ 3 HGZG). Die Kommunen wurden Mitglieder der Kommunalen Gebietsrechenzentren. Deren Organe waren der Verwaltungsrat und der Direktor. Als Mitglieder wurden die Kommunen nicht direkt in dem Verwaltungsrat repräsentiert, sondern durch Delegierte des hessischen Städtetags, des Hessischen Städtebundes, des Hessischen Landkreistags und des Hessischen Gemeindetags (§ 20 Abs. 2 HZDG). Der Direktor wurde vom Verwaltungsrat für die Dauer von sechs Jahren bestellt (§ 20 Abs. 3 HZDG). Zudem war auch eine Beteiligung der Kommunen in der HZD selbst nicht vorgesehen. Die Organe der HZD waren der Verwaltungsrat (§ 10 HZDG), der Vorstand (§ 11 HZDG) und der Koordinierungsausschuss (§ 12 HZDG). Die Landesregierung berief dessen Vorsitzenden und vier Mitglieder des Verwaltungsrats. Vier weitere Mitglieder wurden vom Landtag, sowie jeweils ein Mitglied durch den Hessischen Städtetag, den Hessischen Städtebund, den Hessischen Landkreistag und den Hessischen Gemeindetag berufen. Außerdem waren die Direktoren der kommunalen Gebietsrechenzentren Mitglieder des Verwaltungsrats. Der Vorstand bestand aus dem von der Landesregierung berufenen Vorsitzenden sowie zwei weiteren Mitgliedern, von dem eines ebenfalls von der Landesregierung berufen wurde. Der Koordinierungsausschuss setzte sich aus dem Vorstand sowie den Direktoren der KGRZ zusammen. Zudem wurden die Befugnisse des Koordinierungsausschusses begrenzt, da der Vorstand Einwendungen gegen die Beschlüsse des Koordinierungsausschusses erheben durfte. In diesem Fall musste der Verwaltungsrat abschließend bestimmen. Die Gesamtbetrachtung zeigt, dass die innere Organisation der HZD wesentlich von der Landesregierung und damit der Exekutive bestimmt wurde. Die ursprüngliche

¹⁸¹ Bresse, ÖVD 1971, 4, ebda.

Organisationshoheit der Kommunen drohte im Falle eines Beitritts weitgehend reduziert zu werden.

Zudem unterlagen die KGRZ der Aufsicht des Hessischen Innenministeriums (§ 21 HZDG) und die HZD der Aufsicht des Hessischen Ministerpräsidenten (§ 14 HZDG). Die Kommunalaufsicht stand zwar grundsätzlich dem jeweiligen Land zu, so dass die Aufsicht im Rahmen des HZDG wohl als konsequente Fortführung allgemeiner aufsichtsrechtlicher Vorschriften zu bewerten war. In Hessen war und ist die Kommunalaufsicht in Art. 137 Abs. 3 S. 2 der Hessischen Landesverfassung vorgesehen. Zu beachten ist aber, dass im Zusammenhang mit den Organisationsvorschriften des HZDG und dem Wirtschaftlichkeitsgebot eine zusätzliche Einschränkung der kommunalen Selbstverwaltung drohte. Zwar beschränkt sich die Aufsicht auf die Kontrolle der Gesetzesmäßigkeit des Verwaltungshandelns. Ein Anschluss unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots erfolgt daher nur, soweit wie er rechtmäßig ist. Gleichzeitig war die Wirtschaftlichkeit auch damals bereits ein rechtlicher Maßstab. Sofern im Rahmen der Kommunalverwaltung eine Entscheidung auf der Grundlage der Wirtschaftlichkeit getroffen werden musste, blieb es zunächst bei der Einschätzungsprärogative der Kommune. Die Wirtschaftlichkeit wird im Rahmen der Aufsicht auf der Grundlage einer Plausibilitätsprüfung eingeschränkt überprüft. Stellt die Aufsichtsbehörde fest, dass eine Entscheidung der Kommune nicht den Anforderungen des Wirtschaftlichkeitsprinzips entspricht, so hat sie die Befugnis, die Entscheidung zu beanstanden und zu verlangen, dass die Entscheidung aufgehoben wird. Es ergibt sich daraus, dass im Falle der Entscheidung gegen einen Anschluss an die HZD nicht ausgeschlossen ist, dass die Kommune angewiesen wird, die Anbindung herzustellen.

Es zeigt sich, dass das hierarchische Modell wenigstens einen faktischen Zwang auf die Kommunen ausübte, sich dem jeweiligen integrierten Datenverarbeitungssystem anzuschließen und den dortigen Verarbeitungsprozessen unter wesentlicher Bestimmung durch die Exekutive des jeweiligen Landes anzupassen.

b. Verordnungsmodell

Im Verordnungsmodell sah das jeweilige Datenverarbeitungsgesetz der Länder vor, dass die Kommunen eigene Rechenzentren einrichten konnten. Ein Fachbeirat, welcher auf Landesebene etabliert wurde, übernahm die Beratung zur Einführung gleicher Prozesse im Sinne einer Ablauforganisation, um die Grundlage für eine wenigstens direkte interne und indirekte externe Integration zu schaffen. Die geschaffenen Prozesse sollten auf der Grundlage von Verordnungen der Landesregierung umgesetzt werden. Zudem bestand auf Landesebene ein Rechenzentrum, an

welches ein Anschluss möglich, aber nicht verpflichtend war. Dieses Rechenzentrum wurde nicht durch den Kommunalen Finanzausgleich, sondern direkt durch den Landeshaushalt finanziert. Wenigstens insofern bestand weder ein rechtlicher noch ein faktischer Anschlusszwang. Beachtlich blieb aber, dass die hohen Kosten zur Einrichtung eigener kommunaler Rechenzentren und gerade die Herausforderungen der Informationskrise wirtschaftliche Effizienzerwägungen ausschlaggebend werden ließen, dass die Kommunen sich zu dem Anschluss gezwungen sahen und insbesondere auch die Möglichkeit einer Beanstandung durch die zuständige Aufsichtsbehörde drohte. Gleichzeitig handelt es sich um ein Modell, welches einen geringeren Grad vertikaler und horizontaler Integration verfolgte, aber einheitliche Verarbeitungsprozesse durchsetzen sollte.

aa. Datenzentrale des Landes Baden-Württemberg

In Baden-Württemberg wurde die Datenzentrale im Gesetz über die Datenzentrale Baden-Württemberg (B-W. EDVG) vom 17.11.1970 geregelt.¹⁸²

Gemäß § 2 Abs. 1 B-W. EDVG ist es die Aufgabe der Datenzentrale die elektronische Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung zu koordinieren und zu fördern. Sie soll insbesondere die zweckmäßige und wirtschaftliche Anwendung der elektronischen Datenverarbeitung in der Verwaltung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände „im Benehmen“ vorbereiten und hierfür einen Rahmenplan ausarbeiten, Programme für die Datenverarbeitung zur einheitlichen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben entwickeln. Zwar soll sie die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Fachrechenzentren und regionalen Rechenzentren beachten, gleichzeitig aber die Verarbeitungsprozesse miteinander integrieren und daher nach zweckmäßig und wirtschaftliche angleichen. Dabei soll sie insbesondere auf die automationsgerechte Gestaltung von Rechtsvorschriften hinwirken.

Die Datenzentrale verfügt über zwei Organe: der Verwaltungsrat und der Vorstand.

Der Vorstand vertritt die Datenzentrale nach außen und führt die Geschäfte (§ 6 B.-W. EDVG).

Der Verwaltungsrat besteht aus acht Mitgliedern, von denen jeweils die Hälfte der staatlichen und der kommunalen Verwaltung angehört. Die Mitglieder werden vom Innenministerium für die

¹⁸²Veröffentlicht in B-W. GBl. 1970, S. 472.

Dauer von vier Jahren berufen. Für die Mitglieder aus der staatlichen Verwaltung ist hier das Einvernehmen der anderen Ministerien erforderlich. Die kommunalen Mitglieder werden auf Vorschlag der Kommunen durch das Innenministerium berufen. Es zeigt sich eine Nähe zu der Landesregierung, die auf der Grundlage der Beratung des gem. §7 B.-W. EDVG zu schaffenden Fachbeirats Verordnungen erlässt. Der Verwaltungsrat hat insbesondere die Funktion, die interne Verwaltungsstruktur der Datenzentrale zu schaffen und die bei der Aufgabendurchführung anfallenden Verwaltungstätigkeiten durchzuführen (§ 5 B.-W. EDVG).

Der Fachbeirat gem. § 7 B.-W. EDVG besteht aus acht Vertretern der Landesregierung, aus vier Mitgliedern, welche nicht der öffentlichen Verwaltung angehören, sowie acht Vertretern der Gemeinden und Gemeindeverbände, einem Vertreter des Statistischen Landesamtes und einem Vertreter der Gemeindeprüfungsanstalt (§ 4 B.-W. EDVG). Der Fachbeirat soll ausschließlich beratend dem Vorstand der Datenzentrale Baden-Württemberg zur Verfügung stehen und ist somit gerade nicht für die Unterstützung der Willensbildung der Kommunen zuständig.

Durch die Beteiligung der kommunalen Vertreter werden die kommunalen Interessen berücksichtigt. Gleichzeitig zeigt sich insgesamt eine Nähe zur Landesregierung, so dass trotz der Beteiligung der kommunalen Vertreter von einer weitgehenden Angleichung von Landes- und Kommunalverwaltung auszugehen war.

bb. Bayern: Landesamt für Datenverarbeitung und Anstalt für Kommunale Datenverarbeitung

Die Bayerische Landesregierung durfte auf der Grundlage des Gesetzes über die Organisation der elektronischen Datenverarbeitung im Freistaat Bayern vom 12.10.1970¹⁸³ (Bay. EDVG) einheitliche Verarbeitungsverfahren und einen weitgehenden Datenaustausch zwischen den staatlichen, kommunalen und nichtstaatlichen Bereichen umzusetzen (Art. 2 Bay. EDVG). Für den staatlichen Bereich wurden Gebietsrechenzentren an dafür geeigneten Orten eingerichtet (Art. 3 Abs. 1 Bay. EDVG). Das Landesamt für Datenverarbeitung ist gem. Art. 3 Abs. 2 Bay. EDVG unmittelbar der Staatskanzlei unterstellt. Die Staatsministerien haben je nach Betroffenheit ihrer Aufgabengebiete die Fachaufsicht.

¹⁸³ Veröffentlicht in Bay GVBl. 1970, S. 457, aufgehoben mit Ablauf des 31. 12. 2001 durch Art. 10 Satz 2 IuK-Gesetz v. 24. 12. 2001 (GVBl S. 975).

Als zentrale Leitstelle hat das Landesamt für Datenverarbeitung den Datenaustausch zwischen dem staatlichen, dem kommunalen und dem sonstigen nichtstaatlichen Bereich zu vermitteln (Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 Bay. EDVG). Dabei wurde gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 6 Bay. EDVG ebenso wie in den anderen Bundesländern eine möglichst zweckmäßige und wirtschaftliche Anwendung der Datenverarbeitung angestrebt.

Als eine wohl anfängliche Form der Auftragsdatenverarbeitung dürfte in diesem Zusammenhang Art. 4 Abs. 2 Bay. EDVG anzusehen sein: *„Leistungen des Landesamtes für Datenverarbeitung und der Gebietsrechenstellen können auf Grund von Vereinbarungen auch von den in Art. 2 genannten nichtstaatlichen Aufgabenträgern in Anspruch genommen werden.“*

Bei den nichtstaatlichen Aufgabenträgern in Art. 2 Bay. EDVG handelt es sich um gerade um Gemeinden und Gemeindeverbänden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie die öffentlich-rechtlichen Anstalten und Stiftungen, welche nicht unmittelbar staatlich, wohl aber öffentlich-rechtliche gegründet bzw. organisiert sind. Daher wird hier die Terminologie „nichtstaatliche Aufgabenträger“ in Art. 4 Abs. 2 sowie in Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 Bay EDVG nicht etwa den privatrechtlichen Bereich meinen, sondern öffentlich-rechtlich organisierte Selbstverwaltungskörperschaften.

Die jeweiligen öffentlich-rechtlichen Geschäftsbereiche sollten zudem eigenständige Datenverarbeitungsanlage und Datenbanken errichten, die mit den Anlagen des Landesamtes einen Datenverbund bilden sollten (Art. 6,7 Bay. EDVG). Der Freistaat Bayern leistete für den Aufbau kommunaler Datenverarbeitungsanlagen, die Programmentwicklung und die Aus- und Fortbildung des Personals Finanzhilfen.

Dabei lag jedoch eine weitgehende institutionelle Trennung staatlicher und kommunaler Datenverarbeitung vor. Das Landesamt für Datenverarbeitung führte als eigenständige Behörde die Verarbeitung für die Staatsverwaltung durch. Infolge von Art. 14 Bay. EDVG übernahm die Anstalt für Kommunale Datenverarbeitung als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts den Aufbau und die Durchführung der kommunalen Datenverarbeitung. Sie stand in der Trägerschaft der kommunalen Spitzenverbände und unterlag lediglich der Rechtsaufsicht des Staatsministeriums des Innern. Sie verfügte somit über ein Selbstverwaltungsrecht.

Die Koordinierung der Datenverarbeitung geschah durch eine rein beratende Tätigkeit dreier Gremien, nämlich einem Koordinierungsausschuss Datenverarbeitung für den Bereich der Staatsverwaltung gem. Ar. 8 Bay EDVG, den staatlich-kommunalen Ausschuss für den Bereich

der staatlich-kommunalen Zusammenarbeit und den Beirat bei Landesamt für Datenverarbeitung gem. Art. 5 Bay EDVG. Der Beirat verfolgte die Gesamtentwicklung der Automation. Dem Koordinierungsausschuss gehörten ausschließlich Mitarbeiter der Staatsregierung an, nämlich einem Vertreter der Staatskanzlei und von sämtlichen Staatsministerien. Der Beirat bestand aus 15 Mitgliedern, fünf waren von der Staatsregierung zu bestellen, fünf vom Landtag, ein Mitglied vom Bayrischen Senat, drei von den kommunalen Spitzenverbänden und ein Mitglied vom Staatsministerium für Arbeit und soziale Fürsorge auf Vorschlag der Sozialversicherungsträger.

Gleichzeitig sieht Art. 12 Abs. 1 Bay EDVG ein Verordnungsrecht der Staatsregierung vor. Sie kann, wenn auch im Benehmen mit den kommunalen Spitzenverbänden, bestimmen, dass bestimmte organisatorische Verfahren anzuwenden sind, sowie bestimmte Daten in einheitlicher Form zeitgerecht erfasst, bereitgestellt und geliefert werden.

Während die institutionelle Trennung der staatlichen Datenverarbeitung von der kommunalen Datenverarbeitung und auch die differenzierte Besetzung der Beratungsgremien dafür sprachen, dass die Sachnähe der Datenverarbeitung kommunaler Prozesse innerhalb der Kommune verblieb, entstand über die Bestimmung des Datenverbundes aus Art. 7 Bay EDVG, die wirtschaftliche Unterstützung zum Aufbau der Datenverarbeitungsanlagen durch das Land, eine Möglichkeit Druck auszuüben, um die Kommunen sowie die sonstigen Selbstverwaltungskörperschaften in die Datenverarbeitung des Landesamtes zu integrieren. Dies gilt zudem durch die ständige Beratung und Einflussnahmen in den Beratungsgremien. Bezieht man zudem die in Art. 12 Abs. 1 Bay EDVG vorgesehene Verordnungsermächtigung in die Betrachtung ein, so wird erkennbar, dass die Staatsregierung durchaus die Möglichkeit einer ausgeprägten Einflussnahme auf die Datenverarbeitung in den Kommunen erhält und wie auch im Falle des Landes Baden-Württemberg ein Eingriff in die Organisationshoheit der Kommunen erfolgen kann.

cc. Nordrhein-Westfalen: Landesamt für Datenverarbeitung und Statistik

In Nordrhein-Westfalen wurde die Datenverarbeitung durch das ADV-Organisationsgesetz¹⁸⁴ geregelt. Wie auch in Bayern war eine institutionelle Trennung der staatlichen von der kommunalen Datenverarbeitung vorgesehen. Gemäß § 1 Abs. 1 ADVG NW bedienen sich Land, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie Hochschulen der automatisierten Datenverarbeitung

¹⁸⁴ Veröffentlicht in GV NW 1974 S. 66, aufgehoben mit Ablauf des 15. 7. 2016 durch § 26 Abs. 1 Satz 2 E-Government-Gesetz Nordrhein-Westfalen v. 8. 7. 2016 (GV. NRW. S. 551).

nach Maßgabe des Gesetzes. § 1 Abs. 2 ADVG NW verleiht der Landesregierung nach Anhörung des Beirats und mit Zustimmung des zuständigen Landtagsausschusses das Recht, Rechtsverordnungen zu erlassen, und dadurch das ADVG NW auf andere Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts zu erstrecken, die der Aufsicht des Landes unterstehen. Bei der Anwendung des Gesetzes ist stets auf die Bewahrung des Informationsgleichgewichts zu achten (§ 2 ADVG NW). Diese Bestimmung zeigt, dass der Gesetzgeber selbst die Problematik einer Zuständigkeitsverschiebung und einer Aufweichung der horizontalen Gewaltenteilung, die später zu erörtern sein wird, erkannt hatte.

Auf der Ebene des Staates war das Landesamt für Datenverarbeitung und Statistik als Gemeinsame Landesdatenverarbeitungszentrale für alle Ressorts der Landesverwaltung zuständig (§ 5 ADVG NW). Planung und Konzeption des Gesamtsystems sowie die Errichtung der Rechenzentren oblagen dem Innenminister. Er war jeweils durch den Beirat nach § 12 ADVG NW anzuhören. Parallel bestand die Möglichkeit, dass die Ressorts eigene fachspezifische Rechenzentren errichten. Hierfür war jeweils die Zustimmung des Innenministers notwendig (§ 7 ADVG NW). Die Kommunen benutzten gemeinsame Rechenzentren, die nach der Planung des Innenministeriums eingerichtet werden (§ 9 Abs. 1 ADVG NW). Hier wird die institutionelle Trennung erkennbar. Die kommunalen Datenverarbeitungszentralen sind grundsätzlich von den Rechenzentren der Landesdatenverarbeitungszentrale getrennt. Ein Kommunaler Koordinierungsausschuss ist gemäß § 10 ADVG NW für die Koordinierung der automatisierten Datenverarbeitung in der Kommunalverwaltung zuständig. Er besteht aus acht stimmberechtigten Mitgliedern. Sechs hiervon werden von den kommunalen Spitzenverbänden, jeweils ein Mitglied von den Landschaftsverbänden und nur ein Mitglied von dem Innenminister benannt. Zwar zeigt die institutionelle Trennung und auch die Tatsache, dass lediglich ein Mitglied des kommunalen Koordinierungsausschusses als Vertreter des Landes benannt wird, zunächst eine recht strenge Trennung zwischen der Landesdatenzentrale und der Datenverarbeitung der Kommunen.

Gemäß § 9 Abs. 2 ADVG NW steht dem Innenminister jedoch die Befugnis zu, nach Anhörung des Beirats durch Rechtsverordnung die Anzahl und die Einzugsbereiche der kommunalen Datenverarbeitungsanlagen festzulegen. Dabei muss er sich leiten lassen von einem wirtschaftlichen Einsatz leistungsfähiger Datenverarbeitungsanlagen, die sich für eine Integration und den Aufbau des Informationssystems für das gesamte Land. Die Einzugsbereiche der Kommunalen Datenverarbeitungszentralen sollen an dem zentralörtlichen Gliederungsprinzip, den darauf begründeten Leitlinien und den Ergebnissen der kommunalen Neugliederung folgen. Die Regelung zeigt, dass der Innenminister durch Rechtsverordnung und Umsetzung der

integrierten Datenverarbeitung in die kommunale Struktur und deren konkreter Datenverarbeitung eingreifen kann und dies auch soll, um die integrierte Datenverarbeitung umzusetzen. Zudem ist auch der kommunale Koordinierungsausschuss verpflichtet, die Zusammenarbeit der Gemeinden und Gemeindeverbände auf dem Gebiet der automatisierten Datenverarbeitung zur fördern, und eine planvolle, wirtschaftliche Anwendung und Integration der automatisierten Datenverarbeitung in der Kommunalverwaltung und auf den Verbund mit anderen Trägern der öffentlichen Verwaltung hinzuwirken (§ 11 Abs. 1, 2 Nr. 2 ADVG NW). Der Beirat ist gemäß § 12 Abs. 1 ADVG NW für eine Förderung der Zusammenarbeit zwischen Landtag, Landesverwaltung und Kommunalverwaltung zuständig. Er ist insbesondere anzuhören, bei der Erarbeitung der Grundkonzeption zwischen den betroffenen Verwaltungsträgern (§ 12 Abs. 4 Nr. 1 ADVG NW), bei der Wahl von Datenverarbeitungsanlagen für die Landes- und Kommunalverwaltung (§ 12 Abs. 4 Nr. 2 ADVG NW), bei der Festlegung der Anzahl und der Einzugsbereiche der kommunalen Datenverarbeitungszentralen (§ 12 Abs. 4 Nr. 7 ADVG NW), bei dem Erlass von Rechtsverordnungen über die Einheitlichkeit von Verfahren, Programmen und Datenformaten (§ 12 Abs. 4 Nr. 10 ADVG NW).

Die Zuständigkeiten zeigen zwar einerseits, dass der Beirat eine Aufgabenzuweisung auf institutioneller Ebene haben und somit eine Fortsetzung der institutionellen Trennung sind. Andererseits wirken die Aufgaben indirekt auf die konkrete Tätigkeit innerhalb der kommunalen Datenzentralen und somit auf die dort erfolgenden Datenverarbeitungen und mithin die dortigen Prozesse. Auch die Besetzung des Beirats zeigt, dass insgesamt eine übermächtige Datenzentrale des Landes im Vergleich zu den Kommunen vorliegt. Gemäß § 12 ADVG NW sind im Beirat fünf vom Landtag gewählte Mitglieder, je ein Vertreter des Ministerpräsidenten, des Innenministers, des Finanzministers und des Ministers für Wissenschaft und Forschung sowie ein Vertreter des Landesamts für Datenverarbeitung und Statistik und insgesamt im Vergleich zu den von der Landesebene stammenden Vertretern gering erscheinenden fünf Mitglieder des kommunalen Koordinierungsausschusses. 10 von insgesamt 15 Mitgliedern stammen von der Landesebene.

Die institutionelle Trennung wird also relativiert durch die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben und Zusammensetzung des Beirats, die Aufgaben des kommunalen Koordinierungsausschusses sowie der Rechtsverordnungsermächtigung zu Gunsten des Innenministers.

Im Bereich der Landesverwaltung oblag dem Innenminister die Abstimmung aller Ressorts hinsichtlich der Übernahme und Ausgestaltung der Verarbeitungsprozesse. In der Kommunalverwaltung richteten die kommunalen Spitzenverbände, die Landschaftsverbände und

der Innenminister einen Kommunalen Koordinierungsausschuss ein, der ausschließlich Empfehlungen abgab, aber ebenfalls der Integration mit der Landesdatenzentrale diene. Darüber hinaus wurde beim Innenminister ein Beirat eingerichtet, dem Mitglieder der Landesverwaltung, der Kommunalverwaltung und des Landtags angehörten. Der Beirat war bei der Gestaltung des Systems insbesondere zu Zwecken der Koordinierung zu hören. Die Kommunen waren lediglich im Rahmen des Koordinierungsausschusses an der Planung und Umsetzung des Systems beteiligt, haben aber kein Mitbestimmungsrecht.

Schließlich stand der Landesregierung eine Verordnungsermächtigung zu, durch welche einheitliche Verarbeitungsprozesse durchgesetzt werden konnten. Darüber hinaus ergab sich aus § 9 ein ausdrücklicher Anschlusszwang an eine kommunale Datenverarbeitungszentrale, so dass im Falle Nordrhein-Westfalens ein weitergehender Eingriff in die kommunale Organisationshoheit ergab als in den anderen Beispielen Bayern und Baden-Württemberg.

c. Kooperationsmodell

Das Kooperationsmodell wurde im Wesentlichen in Niedersachsen umgesetzt. Das Gesetz über die Organisation der automatischen Datenverarbeitung in Niedersachsen (ADV G Nds) sieht eine institutionelle Trennung der ADV der Landesverwaltung und der Kommunalverwaltung vor.¹⁸⁵ Die ADV der Landesverwaltung soll in ressortspezifische zentrale Rechenzentren erfolgen, deren Prozesse aufgrund verbindlicher Empfehlungen durch den Landesausschuss ADV harmonisiert werden. Parallel sollen Bezirksrechenzentren durch das Innenministerium für die dezentrale Datenverarbeitung eingerichtet werden.

Die Kommunalverwaltung soll eigens für diese errichtete Gemeinsame Kommunale Datenverarbeitungszentralen nutzen, die von den Gemeinden errichtet und getragen werden (§ 11 ADV G Nds).

Gemäß § 15 Abs. 1 Ziff. 5 ADV G Nds. ergibt sich ein faktischer Anschlusszwang. Zwar ist für den Bereich der Kommunalverwaltung ein Anschlusszwang negativ formuliert.¹⁸⁶ Die Einzugsbereiche der kommunalen Datenverarbeitungsanlagen entsprechen den

¹⁸⁵ Steinmüller, ADV und Recht, 127; Eberle, Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung, 76.

¹⁸⁶ Eberle, Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung, 76.

Regierungsbezirken, wobei kreisangehörige Gemeinden und Gemeindeverbände der Datenverarbeitungszentrale des jeweiligen Landkreises beitreten sollen. Da jedoch nur Datenverarbeitungsanlagen, eine finanzielle Förderung erhalten, die den landeseinheitlichen Landesinformationssystemen entsprechen, ergibt sich hieraus ein faktischer Anschluss- und Benutzungszwang.

Im Bereich der Koordination ist vorgesehen, dass die Landesverwaltung an die Empfehlungen des Landesausschusses ADV gebunden ist. Während der Aufbau des Informationssystems durch die Landesregierung im Wege einer Verordnungsermächtigung bestimmt werden soll (§ 4 ADVG Nds), ist die praktische Datenverarbeitung Aufgabe des Landesausschusses. Der Landesausschuss ist besetzt mit Vertretern der unterschiedlichen Ressorts, des Landesrechnungshofs, der Hochschulen und wissenschaftlichen Einrichtungen (§ 12 ADVG Nds). Im Falle von Meinungsverschiedenheiten bei der Koordination wird eine Entscheidung durch die Regierung herbeigeführt.¹⁸⁷

In der Kommunalverwaltung gibt der Kommunale Ausschuss ADV Empfehlungen ab. Die Mitglieder des Ausschusses sind der Vorsitzende des Landesausschusses ADV, je ein Vertreter der kommunalen Spitzenverbände und jeweils ein Vertreter der kommunalen Datenverarbeitungszentralen. Eine tatsächliche Beschlusskompetenz für kommunale Angelegenheiten liegt nicht vor. Darüber hinaus wird die Organisationshoheit der einzelnen Kommune auch in diesem Fall geschwächt, da eine unmittelbare Gestaltung der Verarbeitungsprozesse durch die betroffene Kommune nicht vorgesehen ist.

Im Weiteren sieht das ADVG Nds vor, dass die Landesregierung Verordnungen erlassen darf, um einheitliche Verfahren sicherzustellen. Diese setzen aber voraus, dass zuvor die Zustimmung des Kommunalen Ausschusses ADV eingeholt wird, sofern Angelegenheiten der Kommunen betroffen sind. In diesem Rahmen ist im Unterschied zu den anderen Modellen eine Kooperation zwischen Landes- und Kommunalverwaltung notwendig.

Beachtlich bleibt, dass eine unmittelbare Bestimmung des Verfahrens im Rahmen der Organisationshoheit der Kommunen nicht erfolgt. Gleichzeitig ist sie aber darauf angewiesen, eine funktionierende Verwaltungstätigkeit zu gewährleisten. Die Anschaffung eines eigenen Systems

¹⁸⁷ Eberle, Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung, 86.

kam in den meisten Fällen wegen der Kosten nicht in Betracht. Daher bestand auch in diesem Fall tatsächlich ein Anschlusszwang an die kommunalen Gebietsrechenzentren.

9. Integrierte Datenverarbeitung in der Bundesverwaltung

Zur Schaffung der integrierten Datenverarbeitung in der Bundesverwaltung wurde eine interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern eingerichtet.¹⁸⁸ Sie sollte beratend auf alle Ressorts der Bundesverwaltung einwirken, um die Einrichtung und Angleichung der ADV weitestgehend zu gewährleisten. Gleichzeitig sollte sichergestellt werden, dass die Selbständigkeit der Ressorts nicht beeinträchtigt würde.¹⁸⁹

a. Die Organisationsstruktur des Informationsbankensystems

Während die auf Landes- und Kommunalebene geschaffenen Systeme in erster Linie der Erledigung von Massenaufgaben dienen, sollte die integrierte Datenverarbeitung auf Bundesebene hauptsächlich die Durchführung von Planungsaufgaben unterstützen. Grundlage sollte eine möglichst weitgehende Schaffung von Fachinformationsdatenbanken aus unterschiedlichen Fachbereichen sein. Die Fachinformationsbanken sollten unter einer Dachorganisation zu einem Informationsbankensystem zusammengefasst werden.

In den Fachinformationsdatenbanken sollten wie in klassischen Bibliotheken Informationen vorgehalten werden, die im Falle des Bedarfs durch alle Stellen der Bundesverwaltung, des Parlaments und der Regierung für Planungsentscheidungen verwendet werden konnten.¹⁹⁰

Darüber hinaus sollten die Behörden der Länder sowie Institutionen der Wissenschaft und Wirtschaft sich an dem Aufbau des Informationssystems beteiligen und sowohl Mittel wie auch inhaltliche Informationen und Informationsbedürfnisse mitteilen.¹⁹¹ So sollte sichergestellt werden, dass das auf Bundesebene geschaffene System nicht nur die Bundesverwaltung

¹⁸⁸ Die Bundesregierung, 2. EDV-Bericht, BT-Drs. 6/648, 14; Die Bundesregierung, 1. EDV-Bericht, BT-Drs. 5/3355, 5.

¹⁸⁹ Die Bundesregierung, 1. EDV-Bericht, BT-Drs. 5/3355, 5.

¹⁹⁰ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 3.

¹⁹¹ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 6.

unterstützen würde, sondern „jedermann“, also sowohl öffentlichen und privaten Stellen wie auch natürliche Personen.¹⁹²

Die interministerielle Arbeitsgruppe ging davon aus, dass der umfangreiche Bestand von Daten in Informationsbanken für alle Wissens- und Lebensbereiche gebündelt und nach Auswahl relevanter Informationen allen Informationssuchenden zur Verfügung gestellt werden müsse. Auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 GG sollte das System die allgemeine Informationsfreiheit verwirklichen. Dabei sollten vertrauliche Informationen nur unter Beachtung notwendiger Schutzmaßnahmen besonders legitimierten Benutzern zur Verfügung gestellt werden, was an die technischen und organisatorischen Maßnahmen des BDSG erinnert.¹⁹³

Inhalt des Systems sollten sowohl offene, also für jedermann zugängliche Informationen wie auch Daten sein, „die zur rechtlich geschützten Privat- oder Geheimsphäre von Personen oder Institutionen gehören“¹⁹⁴. Die Informationen sollten durch besondere Sicherheitsmaßnahmen gegen unberechtigte Offenbarung, Entstellung und Unterdrückung geschützt werden.¹⁹⁵ Da eine hohe Anzahl unterschiedlicher Quellen Informationen in die Fachdatenbanken einbringen würde, bestand ein hohes Risiko von Intransparenz hinsichtlich der Vollständigkeit und Korrektheit der Daten. Es sollten daher für alle Phasen der Datenverarbeitung verbindliche Richtlinien geschaffen werden, um den Schutz der Daten zu gewährleisten. Die Richtlinien sollten eine „ständige, demokratische, fachlich qualifizierte Kontrolle“¹⁹⁶ sicherstellen.

Die in dem System vorhandenen Informationen sollten allen Benutzern unter Beachtung der Privatsphäre und Geheimhaltung auf Abfrage wie auch von sich aus und auf Veranlassung anderer Stellen mitgeteilt werden. Das System musste sich zudem dem ständigen Bedarfswandel anpassen und nicht auf eine bestimmte Benutzerstruktur reduziert sein.

¹⁹² Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 15f., 28.

¹⁹³ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 28.

¹⁹⁴ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 30.

¹⁹⁵ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 20.

¹⁹⁶ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 20.

Zudem sollte die Selbständigkeit der beteiligten öffentlichen wie auch privaten Stellen bewahrt bleiben, um deren vielfältigen Rollen in der Gesellschaft nicht zu beeinträchtigen.¹⁹⁷ Gleichzeitig sollte Mehrfacharbeit durch eine Koordinierung der Arbeitsweisen im Sinne einer Arbeitsteilung vermieden werden. Jede Tätigkeit sollte nur einmal erledigt werden.¹⁹⁸ Die Arbeitsteilung sollte in allen Phasen des Datenflusses erfolgen, nämlich bei der Datenentstehung, Datensammlung, Datenaufbereitung und Datenerschließung, Datenerfassung, Datenspeicherung sowie bei der Datenweitergabe.

b. Das Informationsbankensystem als dezentrales System

Ähnlich wie bei den Systemen der integrierten Datenverarbeitung auf Länderebene wurde bezüglich der Organisation des Datenbankensystems erörtert, ob eine zentrale, dezentrale oder vermittelnde Organisationsstruktur vorzuziehen sei.

Die Interministerielle Arbeitsgruppe erläuterte, dass es nicht eine einzige Ideallösung gebe, die die Vielzahl der Gesichtspunkte zusammenfasst. Eine extrem zentrale Struktur weise die Vorteile einer „klaren Aufgabenzuteilung mit einer einheitlichen Organisation und optimaler Ausnutzung aller Kapazitäten“¹⁹⁹ auf. Eine zentrale Stelle sollte alle Funktionen, nämlich Organisation, Aufbau und Betrieb des Systems, Festlegung der zu speichernden Informationen, Benutzungs- und Gebührenordnung, rechtliche Vertretung, Personalverwaltung und Haushaltsführung sowie die Datenaufnahme, -speicherung und -ausgabe durchführen.

Gleichzeitig befürchtete die Interministerielle Arbeitsgruppe eine Vernachlässigung der spezifischen Bedürfnisse der verschiedenen Fach- und Funktionsbereiche sowie die Gefahr des Machtmissbrauchs. In technischer Hinsicht bestünde die Gefahr, dass die zentrale Stelle aufgrund der Fülle der Informationen überfordert würde und eine besondere Anfälligkeit bei technischen Störungen und Katastrophen entstünde.²⁰⁰ Es würde ein Informationsungleichgewicht entstehen.

¹⁹⁷ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 22ff..

¹⁹⁸ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 23, 33.

¹⁹⁹ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 35.

²⁰⁰ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 36.

Im Gegensatz dazu betrachtete die Arbeitsgruppe das extrem dezentrale Modell. Es handele sich um die Abwesenheit eines Systems und zeichnete sich durch die völlige Unabhängigkeit aller beteiligten Institutionen. Jedermann sei „frei, Informationen beliebig zu sammeln, auszuwählen, aufzubereiten zu erfassen, zu speichern und wieder auszugeben“²⁰¹. Inhalt und Form der Informationen, die Benutzungsordnung sowie die Organisation der Verwaltung und des Betriebs könnten frei bestimmt werden. Das dezentrale Modell zeichne sich jedoch durch die Nachteile aus, dass keine Koordination, kein automatisierter Datenaustausch, sowie eine Unübersichtlichkeit der Stellen und Informationsbestände bestünden. Außerdem sei das Modell unwirtschaftlich.²⁰²

Betrachtet man das dezentrale Modell unter den Merkmalen eines integrierten Datenverarbeitungssystems, so handelt es sich gerade nicht um ein integriertes System, sondern wohl nur um die parallele Nutzung der automatisierten Datenverarbeitung mit eventuellem indirektem Datenaustausch.

Im Ergebnis empfahl die Interministerielle Arbeitsgruppe das sogenannte „gemäßigt dezentrale Organisationsmodell“ als Kompromiss. Es besteht aus einer Vielzahl selbständiger Einzelorganisationen, die gewisse Leitungsaufgaben an eine zentrale Einrichtung delegieren, um eine geordnete Arbeitsteilung und Zusammenarbeit effizient zu gewährleisten. Es sollte die Nachteile der Extrempositionen vermeiden, insbesondere die Vielfalt, Leistungsfähigkeit und Selbständigkeit der Beteiligten soweit wie möglich sicherstellen.²⁰³

c. Die Organisation der Fachinformationsbanken

Das Informationsbankensystem ist eine Bündelung einzelner Fach- und Funktionsbereiche. Alle Stellen in der Bundesrepublik Deutschland sollten sich an dem Aufbau des Systems beteiligen. Dabei wurde davon ausgegangen, dass die Beteiligung in dem jeweiligen Fach- oder Funktionsbereich freiwillig und nur insofern erfolgen solle wie Stellen Informationen nicht ausschließlich für sich selbst, sondern auch zur Weitergabe verarbeiten.²⁰⁴ Grundlage der Beteiligung ist danach, dass in dem jeweiligen Fach- und Funktionsbereich eine Bereichsbank

²⁰¹ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 36.

²⁰² Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 36.

²⁰³ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 39.

²⁰⁴ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 45.

geschaffen würde, welche die Daten enthält, die nicht nur der Verarbeitung für die Zwecke der einzelnen Stelle diene. Mehrere Bereichsbanken wiederum sollten eine Fachinformationsbank bilden, welche nach einer fachlichen oder regionalen Ordnung mehrstufig gegliedert werden sollte. Die konkrete Ausgestaltung sollte flexibel erfolgen. Insbesondere sollte stets die Freiwilligkeit des „ob“ und des Umfangs der Informationseinbringung sichergestellt sein.²⁰⁵

Die Interministerielle Arbeitsgruppe ging somit davon aus, dass die Fachinformationsbanken lediglich solche Daten enthalten würden, die für die Allgemeinheit von Bedeutung sein könnten. Es sollte gerade nicht zu einer Integration von konkreten und insbesondere personenspezifischen Daten für jedermann kommen. Grundsätzlich sollten nur Grunddaten verarbeitet werden.²⁰⁶

d. Wahrnehmung von Leitungsfunktionen durch die Fachinformationsbank

Die beteiligten Stellen sollten der Fachinformationsbank bestimmte Leitungsfunktionen einräumen. Es handelte sich um die Festsetzung, ständige Prüfung und eventuelle Revision von Aufgaben der FIB sowie die Abstimmung mit der Dachorganisation des gesamten Informationsbankensystems in Übereinstimmung mit dem Bedarf und dem Willen der Beteiligten, die Aufsicht und Koordinierung über die gesamte Fachinformationsbank, die Vertretung der Fachinformationsbank in der Dachorganisation des Informationsbankensystems, die Zusammenarbeit mit anderen Fachinformationsbanken und die ständige Anpassung der technischen Organisation, Arbeitsmethoden und Betriebsregeln an die technische Entwicklung.²⁰⁷

e. Die Dachorganisation des Informationsbankensystems

Dem Informationsbankensystem sollte eine Dachorganisation „Deutsche Kommission für das Informationsbankensystem“ (DKI) übergeordnet sein, um Leitungsaufgaben zu übernehmen, welche alle Fachinformationsbanken betreffen.²⁰⁸

²⁰⁵ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 45.

²⁰⁶ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 45ff.

²⁰⁷ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 50.

²⁰⁸ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 53.

Die DKI sollte die Koordinierung, Steuerung und Weiterentwicklung des IBS durchführen. Neben der Abgrenzung der einzelnen Teilbereiche der FIB und der Verwirklichung der Arbeitsteilung, sollte die DKI insbesondere einheitliche Verfahrensweisen bei der Datenaufnahme, -speicherung und -ausgabe einführen. Zudem sollte die DKI den Schutz der Privatsphäre und den Schutz der Daten im Rahmen der staatlichen Gesetze durch rechtliche und technisch-organisatorische Maßnahmen besorgen.²⁰⁹

Als Voraussetzung für die zentrale Übernahme der Leitungsfunktionen wurde das Einverständnis aller Beteiligten angesehen, um die demokratische Legimitation des bundesdeutschen Staatswesens zu reflektieren.²¹⁰

f. Das Informationsbankensystem als Grundlage für die integrierte Datenverarbeitung in der Bundesverwaltung

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass das Informationsbankensystem als allgemeines Informationssystem geplant wurde und es nicht ausschließlich für die Bewältigung der Informationskrise der Bundesverwaltung geplant wurde. Vielmehr sollte es ein abgestuftes System zur Integration öffentlicher und privater Stellen sein. Es wurde somit wie ein mit dem heutigen Internet vergleichbares Netzwerk angesehen. Die Gestaltung dieses Netzwerks unterlag der Interministeriellen Arbeitsgruppe, welche beim Bundesminister des Innern angebanden war. Die Arbeitsgruppe unterstand dem Kabinettsausschuss für die Reform der Struktur von Bundesregierung und Bundesverwaltung.²¹¹ Diesem Kabinettsausschuss musste die Arbeitsgruppe Bericht über ihre Arbeitsergebnisse erstatten. Außerdem wurde sie unterstützt durch die obersten Bundesbehörden. Bereits diese Anbindung zeigt das hauptsächliche Interesse, die integrierte Datenverarbeitung im Bund umzusetzen.

Ursprünglich bestand die Aufgabe der beim Bundesministerium des Innern angesiedelten Koordinierungs- und Beratungsstelle in der Koordinierung des EDV-Einsatzes im Bereich des Bundes wie auch in den Ländern und Kommunen.²¹² Sie sollte insbesondere auf die Übernahme

²⁰⁹ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 54.

²¹⁰ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 54.

²¹¹ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 1.

²¹² Die Bundesregierung, 1. EDV-Bericht, BT-Drs. 5/3355, 6.

von Massenvorgängen wie auch auf die Nutzung für darüber hinaus gehende Anwendungsmöglichkeiten hinwirken.²¹³

Insbesondere für Zwecke von Planungsentscheidungen sollten daher die auf Länder- und Kommunalebene gewonnenen Daten dienen einschließlich Daten aus der Wirtschaft genutzt werden.²¹⁴ Die Tätigkeit der Interministeriellen Arbeitsgruppe führte also zu einer Erweiterung der ursprünglich vorgesehenen Koordinierungs- und Beratungsstelle durch die Einbeziehung der Privatwirtschaft und auch Forschungseinrichtungen.²¹⁵ Die Behörden in Bund und Ländern sowie die Institutionen der Wirtschaft und Wissenschaften wurden aufgefordert, sich an der Gestaltung und dem Aufbau des Informationsnetzes zu beteiligen. Dafür sollten sie nicht nur die Daten zur Verfügung stellen. Sie sollten sich auch an der notwendigen Finanzierung beteiligen. Zwar sollten der Aufbau der Dachorganisation und der Fachinformationsbanken im Wesentlichen durch die öffentlichen Haushalte finanziert werden. Für die Nutzung sollten jedoch Benutzergebühren anfallen.²¹⁶

Gleichzeitig zeigt die Zusammensetzung der Arbeitsgruppe, dass trotz der Beteiligung der Wirtschaft und der Wissenschaften der Schwerpunkt auf den Interessen der öffentlichen Stellen des Bundes lag. Entsendende Stellen waren das Bundeskanzleramt, die Bundesministerien des Innern, der Justiz, der Finanzen, für Wirtschaft, für Arbeit und Sozialordnung, für Verkehr, für das Post- und Fernmeldewesen, der Verteidigung, für Bildung und Wissenschaft sowie das Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, der Direktor beim Deutschen Bundestag und das Statistische Bundesamt.²¹⁷

²¹³ Die Bundesregierung, 1. EDV-Bericht, BT-Drs. 5/3355, 5; Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 5.

²¹⁴ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 10.

²¹⁵ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 5.

²¹⁶ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 6, 109ff.

²¹⁷ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 6.

g. Anwendungsgebiete der integrierten Datenverarbeitung und des Informationsbankensystems

In den 1950er und 1960er Jahren waren insbesondere Massendarstellungen Gegenstand der EDV. Es handelte sich um Arbeiten wie zum Beispiel die Berechnung und Zahlung von Bezügen der Beamten der Bundesfinanzverwaltung und der obersten Bundesbehörden, die Berechnung und Zahlung von Renten der Deutschen Bundespost für unterschiedliche Rententräger sowie die Durchführung des Postscheckverfahrens.²¹⁸

Zum Zweck einer effizienteren Ausnutzung von Informationen zur Steuerung gesellschaftlicher Belange in der Bundesrepublik durch die Bundesregierung und Umsetzung politischer und rechtlicher Vorgaben durch die Verwaltung nahm die Bedeutung von Statistiken ständig zu.²¹⁹ Die Statistik als solche diente wie auch die integrierte Datenverarbeitung der Reduktion von Einzelheiten zur Gewinnung von Effizienz. Sie schafft unter Reduktion von Detailinformationen einen abstrakten Überblick gesellschaftlicher Situationen und Tendenzen. Insbesondere vor dem Hintergrund der Informationskrise war die Statistik daher von besonderer Bedeutung.

Hildegard Bartels, Vizepräsidentin des Statistischen Bundesamtes, hob im Jahre 1971 in ihrem Beitrag zum Aufbau des Informationsbankensystems hervor, dass für statistische Zwecke Einzeldaten aus den unterschiedlichsten Lebensbereichen durch den Aufbau des Informationsbankensystems nutzbar würden. Aufgabe der in dem Informationsbankensystem aufzunehmenden Statistischen Datenbank sei es, möglichst viele, sachlich relevante statistische Ergebnisse aus verschiedenen Quellen in stärkerem Maße als zuvor in vergleichbarer, kombinierbarer und für andere als die ursprünglichen Zwecke benutzbar bereitzuhalten. Das Material solle auf Abruf in beliebiger Kombination zur Verfügung stehen und „mathematisch-statistische Berechnungen für Zwecke der Analyse, Prognose, Planung usw.“ genutzt werden.²²⁰ Der Ansatz kommt somit der heutigen Vorratsdatenspeicherung gleich.

Bartels erläutert ferner, dass grundsätzlich statistische Ergebnisse, also aggregierte Daten, in der Statistischen Datenbank enthalten sein würden. Zudem sollten „in bestimmten Fällen – z. B. auf

²¹⁸ Die Bundesregierung, 2. EDV-Bericht, BT-Drs. 6/648, 8.

²¹⁹ Bartels, in: Das Informationsbankensystem, Bd. II, 77, 78.

²²⁰ Bartels, in: Das Informationsbankensystem, Bd. II, 77, 85.

dem Gebiet der Hochschulstatistik – auch Einzelangaben aufgenommen werden, so daß je nach Bedarf Sonderaufbereitungen durchgeführt werden können“²²¹. Es bestehe kein Zweifel, dass bei einer Aufnahme von Einzelangaben eine breitere Möglichkeit der Ausschöpfung des Materials entstände, da das Urmaterial freier verwendbar wäre. Voraussetzung dafür sei eine „*Nummerung der Personen, Unternehmen, Waren, usw.*“, wobei die Nummerung der Personen bereits weit fortgeschritten sei. Die Nummerung von „*Unternehmen, Waren usw. stehe noch ganz am Anfang*“.²²² Durch die Nummerung sollten Mehrfacherfassungen der Daten einzelner Bürger verhindert und die Zusammenführung von Einzelangaben aus unterschiedlichen Quellen und Zeiträumen erfasst werden. Die Zuweisung der Nummern sollte in allen Fachinformationsbanken erfolgen, um „*Angaben aus verschiedenen Erhebungen usw. zusammenzufassen*“. Bartels führt beispielhaft auf: „*Angaben über einzelne Personen und ihre soziale Lage aus der Volkszählung, dem Mikrozensus, der Wohnungsstichprobe, der Einkommens- und Verkaufsstichprobe, der Steuerstatistik, der Sozialversicherungsstatistik usw. [...]*“²²³.

Beachtlich ist, dass die von Bartels beschriebene Nummerung nicht nur für die Zwecke der Statistik als erstrebenswert galt. Die Einführung eines bundeseinheitlichen Personenkennzeichens wurde auf diversen Ebenen der öffentlichen Verwaltung bereits im Jahr 1964 erwogen. Es bestand eine Vielzahl von Nummerierungen, welche durch eine einheitliche Personenkennzahl abgelöst werden sollten, um die Verwertung von Einzeldaten in der EDV zu rationalisieren.

h. Bundeseinheitliches Personenkennzeichen und Meldegesetz

Im Jahre 1968 bemühten sich insbesondere die Großstädte um die Einführung des bundeseinheitlichen Personenkennzeichens als verbindliches Ordnungsmerkmal in der integrierten Datenverarbeitung.²²⁴ Anfang der 1970er Jahre galt die Einführung des einheitlichen Personenkennzeichens als unbedingte Voraussetzung für die Bewältigung des Informationsaufkommens in der integrierten Datenverarbeitung und zur Vermeidung von

²²¹ Bartels, in: Das Informationsbankensystem, Bd. II, 77, 91.

²²² Bartels, in: Das Informationsbankensystem, Bd. II, 77, 85.

²²³ Bartels, in: Das Informationsbankensystem, Bd. II, 77, 81.

²²⁴ Hertel, ÖVD 1971, 9, ebda.

Mehrfacherfassungen.²²⁵ Es wurde als Instrument des Meldewesens angesehen. Als solches war es vorgesehen jeweils im dritten Abschnitt der Entwürfe des Bundesmeldegesetzes vom 4.10.1971²²⁶ und vom 04.10.1973²²⁷. In den Begründungen beider Entwürfe wird problematisiert, dass die Meldebehörden des Bundes sowie der Länder und Gemeinden einen umfangreichen Datenaustausch untereinander und mit anderen Behörden zur Bewältigung alltäglicher Verwaltungstätigkeiten pflegen. Voraussetzung dafür sei die Schaffung eines einheitlichen und computergerechten Meldesystems mit einem Personenkennzeichen und einheitlichen Regelungen für das Gewinnen, Verwalten und die Abgabe personenbezogener Daten.²²⁸ Das Bundesmeldegesetz sollte den Meldegesetzen der Länder vorgehen. Sein Zweck bestand im Unterschied zu dem früheren geltenden Melderecht nicht mehr nur in sicherheitspolizeilichen Zielsetzungen, sondern für eine Vielzahl von Verwaltungstätigkeiten. Zu diesem Zweck sollte die Austauschbarkeit von personenbezogenen Daten der Kommunen, der Länder und des Bundes rationalisieren. Die Begründung des zweiten Entwurfs des Bundesmeldegesetzes nennt beispielhaft die Statistikbehörden, Standesämter, Kreiswehrrersatzämter, Arbeitsämter, kirchlichen Stellen, Ausländerbehörden, Polizei, Gesundheitsämter und Passbehörden.²²⁹

Dabei sollte das Personenkennzeichen als Ordnungsmittel zur Verknüpfung verschiedener Dateninhalte und Verwaltungsvorgänge dienen, die sich ansonsten nicht einander zuordnen ließen. So könnten allgemeine Meldedaten, also die Grunddaten, mit Daten für Spezialzwecke verflochten werden und stets zur Verfügung stehen.²³⁰

Bereits hier soll darauf hingewiesen werden, dass von der Einführung des Personenkennzeichens aufgrund von datenschutzrechtlichen Erwägungen abgesehen wurde.²³¹

²²⁵ Hertel, ÖVD 1971, 9, 10.

²²⁶ *Die Bundesregierung*, Erster Entwurf eines Bundesmeldegesetz, BT-Drs. 6/2654 v. 04.10.1971.

²²⁷ *Die Bundesregierung*, Zweiter Entwurf eines Bundesmeldegesetzes, BT-Drs. 7/1059 v. 04.10.1973.

²²⁸ *Die Bundesregierung*, Erster Entwurf eines Bundesmeldegesetz, BT-Drs. VI/2654 v. 04.10.1971, S. 7; *Die Bundesregierung*, Zweiter Entwurf eines Bundesmeldegesetzes, BT-Drs. 7/1059 v. 04.10.1973, S. 9.

²²⁹ *Die Bundesregierung*, Zweiter Entwurf eines Bundesmeldegesetzes, BT-Drs. 7/1059 v. 04.10.1973, S. 9.

²³⁰ *Die Bundesregierung*, Erster Entwurf eines Bundesmeldegesetz, BT-Drs. 6/2654 v. 04.10.1971, S. 8.; *Die Bundesregierung*, Zweiter Entwurf eines Bundesmeldegesetzes, BT-Drs. 7/1059 v. 04.10.1973, S. 11.

²³¹ *Die Bundesregierung*, Zweiter Entwurf eines Bundesmeldegesetzes, BT-Drs. 7/1059 v. 04.10.1973, S. 11.

B. Die integrierte Datenverarbeitung in der Privatwirtschaft

I. Die Informationskrise in der Privatwirtschaft

Die Informationskrise wirkte sich wie in der öffentlichen Verwaltung ebenso in der Privatwirtschaft aus.

In ihrer Rolle als Arbeitgeber mussten Unternehmen auf die Lawine von Informationen aus dem Bereich der Sozialgesetzgebung reagieren, da die Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer bei der Sozialversicherung anmelden, Sozialabgaben und Steuern direkt abführen und dies gegenüber ihren Arbeitnehmern im Rahmen der Lohn- und Gehaltsabrechnung nachweisen mussten.

Das Informationsaufkommen steigerte sich auch in anderen Unternehmensangelegenheiten. Die nach der Industrialisierung gesteigerte Produktion, wachsender Wohlstand, und moderne Erkenntnisse der Wissenschaften wie auch die Ideen der Aufklärung verursachten eine gesteigerte Nachfrage nach Industrieprodukten. Unternehmen begannen, sowohl auf nationalen wie auch internationalen Märkten, stark zu wachsen. Voraussetzung dafür war jedoch der Aufbau von Spezialwissen in Unternehmen aus unterschiedlichen Wissenschaftsbereichen.²³²

Idealerweise wurden Unternehmen von einem Einzelunternehmer betrieben, der sein Unternehmen überschauen und daher auf der Grundlage von Erfahrungswissen leiten konnte. Mit zunehmender Spezialisierung und Komplexität der Produkte und Fertigungsprozesse war dies nicht mehr möglich.²³³ Unternehmen mussten Spezialisten anstellen, die das jeweilige Spezialgebiet weitestgehend eigenständig abdecken. So kam es zur Gründung von neuen Unternehmensbereichen, die nicht mehr von dem Unternehmer allein geleitet werden konnten. Im Zweifel konnte dieser seine Entscheidungen nur noch treffen nach Beratung durch seine Bereichsleiter.²³⁴ Die Arbeitsteilung verursachte einen Kontrollverlust, der durch ein adäquates Berichtswesen ausgeglichen werden sollte.

In Anbetracht der Informationsmenge war die Einrichtung eines funktionierenden Berichtswesens aber problematisch. Herkömmliche Formen des betrieblichen Berichtswesens konnten nicht Schritt

²³² Kaufmann, 25ff.

²³³ Buckingham, 67.

²³⁴ Kaufmann, 25.

halten mit der stetigen Zunahme von Informationen und die wachsende Internationalisierung der Märkte. Es kam wie auch in der öffentlichen Verwaltung zu Reibungsverlusten, widersprüchlichen Informationen und Informationslücken. Teilweise waren die Informationen zwar im Unternehmen vorhanden. Aufgrund der Diversifizierung und getrennten Archivierung konnten sie aber nicht wiedergefunden werden.

Es stellte sich zunehmend die Frage, wie kaufmännisch-betriebswirtschaftliche Prozesse automatisiert werden konnten, um sämtliche wichtige Daten des Unternehmens wie auch des Marktes transparent und effizient zu erfassen, zum Zwecke der Wiedergewinnung transparent und effizient zu speichern und zu verarbeiten. Während Fertigungsprozesse bereits seit der Industrialisierung automatisiert waren, wurden kaufmännisch-betriebswirtschaftliche Organisationsabläufe bis in die 1960er Jahre lediglich vereinzelt mittels Lochkartenmaschinen und Buchungsautomaten bearbeitet.²³⁵

II. Automatisierte Datenverarbeitung in der Privatwirtschaft

Wie in der öffentlichen Verwaltung sollte die Automatisierung der kaufmännischen-betriebswirtschaftlichen Prozesse die Konsequenzen der Informationskrise und der Arbeitsteilung überwinden.²³⁶ Die Nutzung der EDV sollte die Effizienz unternehmerischen Handelns sowie die Beherrschbarkeit und Planbarkeit von Unternehmensentwicklungen gewährleisten.

In sogenannten Management Informationssystemen sollten alle für die Führung des Unternehmens wichtigen Daten und Prozesse der jeweiligen Unternehmensbereiche integriert werden.²³⁷

Hierzu zählen einerseits die vorhandenen Produktionsmittel, nämlich das vorhandene Material, die Arbeitskraft, das Kapital, der Maschinenpark und der verfügbare Lagerraum sowie Daten, welche die Gewinnberechnung aus jedem Produkt ermöglichen.²³⁸

²³⁵ Kaufmann, 25.; Heinrich, Der Betrieb 1965, 1865, 1868.

²³⁶ Buckingham, 60.

²³⁷ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 11.

²³⁸ Kaufmann, 26.

Die EDV-Systeme sollten neben der Dokumentation ein Mittel zur Simulation von Unternehmensentscheidungen unter Nutzung möglichst umfassender Daten aus dem Unternehmen und dem Markt sein.²³⁹ Im Rahmen der Simulationen wurde es möglich, die unterschiedlichsten Szenarien theoretisch prüfen zu lassen und anhand der Kombination von normativer und empirischer Prämissen mit konkreten Daten des Unternehmens, kurz-, mittel- und langfristige Planungsentscheidungen zu treffen. Solche Planungsentscheidungen betreffen Verkauf bzw. Absatzplanung, Lagerhaltung, Produktion, Kapitalbedarf, Buchhaltung und Ressourcenplanung.²⁴⁰ Da ein Großteil unternehmerischer Entscheidungen und Planungen insbesondere von der allgemeinen Marktsituation, insbesondere von der Wahrscheinlichkeit eines Nachfragevolumens, der Kaufkraft potentieller Kunden und der Kostenentwicklung abhängen, war eine Einbeziehung allgemeiner Marktdaten wünschenswert. Daher wurde es wichtig, auch Daten der Kunden wie das Haushaltseinkommen zu erfassen.

Voraussetzung dafür war die Entwicklung und Umsetzung organisatorischer Prozesse auf der Grundlage des Informationsflusses in einem Unternehmen. Dafür mussten Datenverarbeitungsanlagen mit geeigneter Hardware, Software und Prozessen entwickelt werden.

III. Zwischenbetriebliche Kooperation zur effizienten Ausnutzung von Software und Hardware

Da sowohl die Entwicklung von Software wie auch die Anschaffung von Hardware sehr hohe Kosten verursachte und nur eine begrenzte Anzahl erfahrener Programmierer existierte, wurde davon ausgegangen, dass zwischenbetriebliche Kooperationen nützlich seien, um eine wirtschaftliche Nutzung von EDV-Anlagen zu realisieren.

Derartige Kooperationen wiesen unterschiedliche Ansätze auf, die in den folgenden Abschnitten jeweils beschrieben werden sollen.

²³⁹ Kaufmann, 33.

²⁴⁰ Buckingham, 64.

1. Gemeinsame Programmierung

Im Falle der gemeinsamen Programmierung kooperierten unterschiedliche Unternehmen, um einen Programmierer mit der Erstellung von Software zu beauftragen. Jedes beteiligte Unternehmen sollte ein Exemplar der Software bekommen.²⁴¹ Die Fragestellung, ob die Software in einer eigenen EDV-Anlage genutzt oder eventuell im Rechenzentrumsbetrieb eines Drittanbieters blieb dabei offen. Vorteilhaft war, dass die Kosten einer Programmierung geteilt werden konnten und nicht mehrfache Programmierungen für Software notwendig waren, die einen ähnlichen oder sogar denselben Bedarf abdeckt.

Problematisch war, dass die Beteiligten auf Eigenheiten ihrer Unternehmen weitestgehend verzichten mussten, da die Programmierung den Bedürfnissen aller Beteiligten gerecht werden musste. Das Modell war demnach auf eine Neuorganisation und Angleichung von Unternehmensprozessen ausgelegt. Während eine solche oftmals an der Offenheit der Beteiligten scheiterte, gingen immer mehr kleinere Unternehmen dazu über, die Vorteile der Standardisierung höher zu bewerten als die befürchtete Angleichung von Organisationsstrukturen.

Größeren Unternehmen hingegen fiel es schwer, derartige Anpassungen vorzunehmen, da die Implementierung neuer Prozesse in großen Strukturen eine komplexe Aufgabe ist und mit höherer Wahrscheinlichkeit daher eigene Systeme angeschafft würden.

2. Gemeinsame Hardwarenutzung

Mit der Entwicklung dezentraler Datenerfassungshardware, versendbarer Datenträger²⁴² und der Datenfernübertragung²⁴³ wurde zudem die gemeinsame Hardwarenutzung ein Schlüssel zu einer rationellen Nutzung von EDV-Anlagen im Wege der Kooperation. Das Konzept, bei dem sich mehrere Nutzer über dezentrale Terminals gleichzeitig einer im Rechenzentrumsbetrieb laufenden Datenverarbeitungsanlage bedienen, wurde mit dem Begriff „Time-Sharing“ oder „Simultanverarbeitung“ bezeichnet.²⁴⁴ Diverse Nutzer hatten die Möglichkeit, die gemeinsam

²⁴¹ Mertens, 82.

²⁴² Mertens, 31.

²⁴³ Mertens, 33.

²⁴⁴ Mertens, 49.

genutzte Datenverarbeitungsanlage durch Eingabe von Daten in ein dezentrales Terminal oder Abruf von Daten aus einem solchen parallel zu nutzen. Hinzu kam das Prinzip der „Multi-Programmierung“. Die in den 1960er Jahren entwickelten Anlagen ließen den parallelen Ablauf unterschiedlicher Programme zu, so dass im Gegensatz zu früheren Modellen eine Anlage nicht funktionspezifisch war, sondern für unterschiedliche Programme genutzt werden konnten.²⁴⁵

Bei der Konstellation handelte es sich um eine Sonderform, die zur Gründung von sogenannten Partnerschaften führte. Die Datenverarbeitungsanlage war zumeist in den Räumen eines Partners eingerichtet, der die Raumkosten trug und sich eine prioritäre Nutzung einräumen ließ. Die Betriebskosten wurden entsprechend der Nutzungsverteilung geteilt. Die in der Anlage laufenden Programme sollten die Partner in Abhängigkeit ihres individuellen Bedarfs bestimmen. Jeder Partner sollte für die konkrete Verarbeitung das eigene Personal einsetzen.

Die Partner gründeten zu Zwecken der gemeinsamen Verwaltung der Datenverarbeitungsanlage eine Betreibergesellschaft, um die allgemeinverbindlichen Richtlinien der Datenverarbeitung und Nutzung der Anlage festzulegen.²⁴⁶ Die Tätigkeit der Betreibergesellschaft ist vergleichbar mit der Tätigkeit der Datenzentralen im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Während die einzelnen Verarbeitungsprozesse im Wesentlichen der Bestimmung durch den jeweiligen Partner unterliegen sollten, ergaben sich zentrale Organisationsnotwendigkeiten, die zu einer Anpassung der Verwaltungsprozesse der Gesellschafter führten.²⁴⁷

3. Datenverarbeitungsdienstleistungen

Da die meisten Unternehmen keine eigene Datenverarbeitungsanlage anschaffen wollten, wurde außerdem das Konzept der Datenverarbeitungsdienstleistungen entwickelt. Dienstleistungen dieser Art wurden entweder gegen ein geringes Entgelt oder gratis erbracht. Es handelte sich typischerweise um Verwaltungsprozesse, die als Nebenleistungen von Unternehmen geleistet wurden, die ihren Kunden Leistungen anderer Art zur Verfügung stellten, bei denen regelmäßig ein hohes Datenaufkommen zu verwalten war. Daher wurde davon ausgegangen, dass beispielsweise Versicherungsbetriebe, Verkehrsbetriebe und Lieferanten unterschiedlicher

²⁴⁵ Mertens, 50.

²⁴⁶ Mertens, 148f.

²⁴⁷ Mertens, 152ff., 141.

Wirtschaftszweige derartige Dienstleistungen als Kundenpflege anbieten würden.²⁴⁸ Lieferanten würden z. B. die Lagerüberwachung und -auffüllung für ihre Kunden übernehmen, indem sie im Wege der integrierten Datenverarbeitung die Bestellungen, Lagerstände und Nachbestellungen überwachen. Entsprechend wollten auch Banken ihren Kunden ein Forderungsmanagement anbieten, in dem automatisiert eine Eingangs- und Ausgangsrechnungsprüfung durchgeführt und Zahlungen veranlasst werden. Ein weiteres Beispiel ist die automatisierte Durchführung von Gehaltsabrechnungen und Gehaltszahlungen.²⁴⁹

Die Anbieter derartiger Systeme wurden verglichen mit Buchstellen im Handwerk oder auch in der Landwirtschaft, welche für Handwerksbetriebe bzw. Landwirte Verwaltungsarbeiten auf der Grundlage von Dienstleistungsverträgen durchführten. Insofern war die Hinzuziehung Dritter für die Durchführung von Verwaltungsarbeiten nichts Neues.²⁵⁰ Lediglich die Motive und die Arbeitsweise der externen Stellen unterschieden sich durch die automatisierte Arbeitsweise von den bis dahin manuellen oder mechanisiert aufgebauten Tätigkeiten.²⁵¹

Kleine Unternehmen hofften tendenziell darauf, dass die Entwicklung großer Rechenzentren zur Schaffung von „Musterorganisationen“ führen würde, denen sie sich schlicht anpassen konnten, um die EDV-Systeme zu nutzen.²⁵² Dazu gehörte auch, dass Standardprogramme von den Herstellern eine kostengünstige Alternative zu den Gemeinschafts- bzw. Individualprogrammierungen und im Rechenzentrumsbetrieb zur Simultanverarbeitung²⁵³ verfügbar gemacht würden.

4. Standardisierung von Software, Datenträgern und Dokumentenformate

In dieser Konstellation bestand insbesondere die Möglichkeit, sowohl Individualprogramme wie Standardprogramme zu nutzen. Aus Wirtschaftlichkeitsgründen wurde davon ausgegangen, dass

²⁴⁸ Mertens, 138.

²⁴⁹ Mertens, 139.

²⁵⁰ Heinrich, Der Betrieb 1965, 1865, ebda.

²⁵¹ Heinrich, Der Betrieb 1965, 1865, ebda.

²⁵² Mertens, 83.

²⁵³ Mertens, 29f.

Standardprogramme im Falle ihrer Eignung für den Einsatz in einer Vielzahl von Unternehmen Individualprogrammen vorzuziehen seien. Zur Erstellung von Standardprogrammen wurde ein Ansatz von Normung von Programmiersprachen, Datenträgern, Formaten maschinenlesbarer und nicht maschinenlesbarer Dokumente verfolgt. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Internationalisierung der Märkte wurde zudem die internationale Verbreitung derselben Normierung angestrebt.²⁵⁴

5. Integration der Datenverarbeitung

Unter Beachtung der in Teil 1 Ziffer 1 beschriebenen Grundlagen und Vorteile der Integration von Verarbeitungsprozessen in Systemen der Integrierten Datenverarbeitung wurde auch hinsichtlich privater Stellen davon ausgegangen, dass eine weitest gehende Integration der Datenverarbeitung zwischen privatwirtschaftlichen Betrieben notwendig sei, um eine wirtschaftliche Ausnutzung der automatisierten Datenverarbeitung und die Informationskrise zu beherrschen.²⁵⁵

Immer, wenn Unternehmen Daten verarbeiten, die auch in anderen Unternehmen verwertet werden, sollte es einen Austausch der Daten zwischen diesen Unternehmen geben. Dies ist der Fall, wenn ein Unternehmen die Daten an ein anderes Unternehmen übergibt, damit das empfangende Unternehmen einen Verarbeitungsprozess für das abgebenden Unternehmen durch- oder weiterführen soll. Es wurde also davon ausgegangen, dass das empfangende Unternehmen eine Tätigkeit nicht für eigene Zwecke, sondern gerade für die Zwecke des abgebenden Unternehmens durchführt, die Daten aber auch dem durchführenden Unternehmen nützlich sein könnten. Daher sollten alle in einem Betrieb maschinell zu verarbeitenden Daten möglichst früh in maschinell lesbarer Form gewonnen werden. Dann sollten in maschinenlesbarer Form an den „Partnerbetrieb“ direkt integriert übermittelt werden, so dass menschliche Eingriffe weitestgehend ausgeschlossen würden, was insbesondere durch die gemeinsame Nutzung von Hardware in Rechenzentren erfolgt. Die Datenerfassung und –speicherung sollten nur einmal erfolgen, um für eine möglichst hohe Anzahl unterschiedlicher Nutzungen zur Verfügung zu stehen.²⁵⁶ Beachtenswert ist, dass die zwischenbetriebliche Integration nicht auf jeweils zwei in einer Geschäftsbeziehung stehenden Unternehmen beschränkt ist. Zur Verdeutlichung hebt Mertens den

²⁵⁴ Mertens, 75.

²⁵⁵ Mertens, 167f.

²⁵⁶ Mertens, 168.

in der Bundesrepublik ehemaligen Scheckverkehr hervor. Der Scheck laufe vom Aussteller über den Empfänger an dessen Bank. Zwischengeschaltet seien eventuell mehrere weitere Banken sowie Prüfstellen. Die Daten des Empfängers und des Ausstellers, der Betrag und auch die jeweiligen Bankdaten würden so zwischen mehreren Stellen ausgetauscht lediglich zur Erfüllung eines Zahlungsanspruchs.²⁵⁷

Im Falle der indirekten Integration sollten die bedienten Betriebe die Aufbereitung der Datenträger übernehmen, während die leistenden Betriebe für den An- und Abtransport der Datenträger Kuriere einsetzen, die als „Agenten der bedienten Betriebe fungierten“²⁵⁸:

Die Betriebe der Privatwirtschaft sollten zudem an das Informationsbankensystem des Bundes angeschlossen werden.²⁵⁹ Aus dem privaten Bereich sollten insbesondere Personendaten des Gesundheitswesens, von freiwilligen Vereinen, Berufsorganisationen, Kirchen, Kundendateien, Auskunfteien und Adressverlagen, Kreditinstituten, Versicherungen, Krankenkassen sowie Arbeitgeber in das Informationsbankensystem aufgenommen werden.²⁶⁰

Auf diese Weise sollten die Informationen, die in einzelnen privaten Stellen erhoben wurden, grundsätzlich einer breiten Allgemeinheit, öffentlichen Stellen und anderen privaten Stellen zur Verfügung gestellt werden.²⁶¹ Lediglich ausnahmsweise sollten Beschränkungen des Zugangs und der Auswahl von Datenarten für bestimmte Fachinformationen gelten.²⁶² In diesem Fall kommt es zwar zu einer Angleichung von Organisationsprozessen. Die eigentlichen Verarbeitungsprozesse der Partner bleiben aber voneinander getrennt.

Zunächst galt die integrierte Datenverarbeitung nicht als für die Zwecke der Privatwirtschaft umsetzbar, da befürchtet wurde, dass insbesondere die betriebsübergreifende Integration den Wettbewerb einzelner Marktteilnehmer einschränken würde. Die Integration würde zu einem

²⁵⁷ Mertens, 174.

²⁵⁸ Mertens, 141.

²⁵⁹ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 26f.

²⁶⁰ Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 27.

²⁶¹ Mertens, 28.

²⁶² Interministerielle Arbeitsgruppe „Datenbanksystem“ beim Bundesministerium des Innern, 29f.

Kontrollverlust über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse führen. Daher galt eine integrierte Datenverarbeitung lediglich betriebsintern als Management-Information-System denkbar. Zwischenbetrieblich würde es ansonsten zu einer Angleichung von Organisationsprozessen kommen, da die Integration dem Wettbewerb Rückschlüsse auf die der Geheimhaltung unterliegenden Wettbewerbsvorteile erlaubten und diese durch eine Angleichung verloren gehen würden. Zudem bestand das Risiko von Kartellabsprachen bzw. angepassten Verhaltensweisen. Insbesondere die Vertreter der Wirtschaft, welche vom 07. bis 9. November 1972 an der Anhörung zum Referentenentwurf des Bundesdatenschutzgesetzes teilnahmen, hoben das Recht der freien wirtschaftlichen Betätigung der Wirtschaft hervor. Die Vertreterin des Freien Ausschusses der Deutschen Genossenschaftsverbände wies darauf hin, dass Ausgangspunkt das „*garantierte Recht des datenverarbeitenden Unternehmens zur freien wirtschaftlichen Betätigung sein [müsse], solange dadurch nicht das schutzwürdige Recht anderer verletzt wird, und der garantierte Freiheitsraum des Betroffenen, der vor Eingriffen geschützt werden muß*“.²⁶³

Der Vertreter des Ausschusses für wirtschaftliche Verwaltung Herr Dr. Pietzsch führte aus, dass ein Wettbewerbsnachteil darin liege, wenn ein Bereich transparent gemacht würde, der wohl entscheidend sei für die Lage der einzelnen Unternehmen am Markt. Er führt aus: „*Wenn wir [...] überhaupt noch eine Wettbewerbsfähigkeit erhalten wollen, müssen wir sehr viel an der Informationsverarbeitungsorganisation tun, wir müssen dabei insbesondere auch den sog. überbetrieblichen Bereich rationalisieren. Das aus vorwiegend wahrscheinlich wissenschaftlicher Neugier [...] gestellt Ansinnen, diese Organisation [...] transparent zu machen, würde eine sehr weitgehende Einschränkung der freien Marktwirtschaft und der Tätigkeit der Unternehmungen am Markt bedeuten*“.²⁶⁴

Seine Ausführungen zeigen deutlich, dass die Konsequenzen der Integration die Gefahr eines Eingriffs in die Wettbewerbstätigkeit der beteiligten Unternehmen und somit in die Entwicklung des Marktes bedeuten. Dies gilt umso mehr, da Steinmüller, der der maßgebliche Teilnehmer der Anhörung war, ausführte, dass wohl eine weitgehende Standardisierung von Programmen zum Zwecke von Kontrollen der Datenverarbeitung notwendig sei. Die Standardisierung sei zudem eine Konsequenz aus der Einmalprogrammierung, die sich mit Zunehmen der integrierten Datenverarbeitung durchsetzen werde. Zudem verweist Steinmüller auf die in der amerikanischen

²⁶³ Bundesministerium des Innern, Dokumentation, 129.

²⁶⁴ Bundesministerium des Innern, Dokumentation, 304.

Diskussion erhobene Forderung nach Standardisierung der Programmbeschreibungen und Programmsprachen neben der Standardisierung der Programme selbst.²⁶⁵ Die Vertreterin des Zentralen Kreditausschusses befürchtet die Möglichkeit von Rückschlüssen auf die jeweilige Unternehmenspolitik und somit ebenfalls Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit.²⁶⁶

Steinmüller weist zudem darauf hin, dass entgegen der Ansicht der Vertreter der Wirtschaft eine Einbeziehung des privaten Bereichs in die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes notwendig sei, weil es tatsächlich bereits in den frühen 1970er Jahren einen eindeutigen Trend zu Verbänden zwischen privaten und öffentlichen Systemen gegeben habe. Er nennt beispielhaft die Entwicklung im Renten-, Steuer- und Liegenschaftswesen. Dieser Trend werde zunehmen und die Unterscheidung zwischen innerbetrieblichen und geschäftsmäßigen Informationssystemen verwischen²⁶⁷. Zudem bestünden nicht die Mittel für eine so weit gehende Integration wie sie im öffentlich-rechtlichen Bereich angestrebt werde. Grundlage für die zwischenbetriebliche Integration sowie die Integration zwischen privaten und öffentlichen Stellen sei insbesondere das aus dem Bundesmeldegesetz entstehende Personenkennzeichen.²⁶⁸ Angermann hebt heraus, dass das Personenkennzeichen gerade für die integrierte Datenverarbeitung von erheblicher Bedeutung sei, da es die angestrebte Vollintegration erst ermögliche.²⁶⁹

Integrierte Systeme würden auf lange Sicht nicht nur innerhalb einer Wirtschaftseinheit laufen. Der überbetriebliche sowie der Datenaustausch zwischen Behörden und Betrieben würde stark zunehmen. „So können z.B. Firmen Bänder mit Banken austauschen, die Betriebe können Bänder mit der Verwaltung austauschen oder die Verwaltung kann Bänder mit Betrieben austauschen.“²⁷⁰ Dies sei aber nicht denkbar ohne die Benutzung eines einheitlichen Personenkennzeichens. Der Vertreter des Bundesministeriums des Innern Hölder schloss sich dem an und betonte insbesondere

²⁶⁵ Bundesministerium des Innern, Dokumentation, 308.

²⁶⁶ Bundesministerium des Innern, Dokumentation, 321.

²⁶⁷ Bundesministerium des Innern, Dokumentation, 158f.

²⁶⁸ Bundesministerium des Innern, Dokumentation, 159.

²⁶⁹ Bundesministerium des Innern, Dokumentation, 195.

²⁷⁰ Bundesministerium des Innern, Dokumentation, 196.

den Datenaustausch zwischen Bausparkassen und Finanzämtern zum Zwecke der Gewährung von Bausparprämien und den Austausch zwischen Arbeitgebern und der Sozialversicherung.²⁷¹

IV. Konsequenzen für die Organisation der beteiligten Unternehmen der Privatwirtschaft

Die integrierte Datenverarbeitung in der Privatwirtschaft führt wie in der öffentlichen Verwaltung zu einer Angleichung der Ablauforganisation. Je nach Einsatz ausgewählter Hard- und insbesondere Software sind bestimmte Daten durch die Beteiligten zur Verfügung zu stellen, damit die Programme funktionieren können.²⁷² Grundsätzlich sind die Stammdaten und die Bewegungsdaten dem Programm hinzuzufügen. Das jeweilige Programm ordnet daraufhin die Archivdaten selbständig. Insbesondere bei bisheriger manueller Verarbeitung richtete sich die Betriebsorganisation dann nach den Anforderungen der Datenverarbeitungsanlage, so dass sich das jeweilige Unternehmen gewöhnlich nicht frei entscheiden konnte, wie das Datenmanagement gestaltet wird. Vielmehr gaben externe Quellen, nämlich die Betreiber der Anlage, bzw. mittelbar die Programmierer der Software, die Datenorganisation vor. Dadurch wurde bestimmt, wie Daten erhoben, erfasst, gespeichert, verarbeitet und auch ausgegeben werden. Dazu waren Richtlinien zu erstellen, die insbesondere die Systematisierung der Stammdaten, sowie deren Inhalt und Form bestimmen.²⁷³ Es mussten Ordnungsbegriffe für die jeweiligen Datengruppen, Datenarten und Einzeldaten geschaffen werden, die eine Ordnung von Kunden, Arbeitsplänen, Betriebsmittel, Berichte, Mengenangaben, uvm. vorsahen. Zudem musste eine Unterscheidung zwischen Grund- und Folgedaten erfolgen, damit das System unterscheiden konnte zwischen Daten, die manuell erhoben wurden und solche, die elektronisch weiterverarbeitet werden konnten.²⁷⁴

Neben der Ordnung der Stammdaten machte die Einführung der integrierten Datenverarbeitung eine Systematisierung von Bewegungsdaten notwendig.²⁷⁵ Um die Überführung von Prozessen in die automatisierte Datenverarbeitung zu ermöglichen, war eine systematische Erfassung der

²⁷¹ Bundesministerium des Innern, Dokumentation, 196.

²⁷² Weide, 106.

²⁷³ Weide, 107.

²⁷⁴ Weide, 109.

²⁷⁵ Weide, 109.; Kaufmann, 27ff.

Unternehmensprozesse sowie deren Formalisierung notwendig. Dies erforderte eine umfassende Bestandsaufnahme der gesamten Unternehmenstätigkeit.²⁷⁶ Um die wirtschaftliche Ausnutzung der EDV zu gewährleisten, war es sodann notwendig, die Datenflüsse insofern anzupassen, wie möglichst auf Standardprogramme zurückgegriffen werden konnte. Insbesondere waren es daher wiederum Wirtschaftlichkeitsgründe, die eine Angleichung der Ablauforganisation erforderten, sofern ein Unternehmen nicht auf Individualsoftware zurückgreifen wollte bzw. konnte.

In Anbetracht der zusätzlichen Möglichkeiten der integrierten Verarbeitung kommen neue Verarbeitungsprozesse hinzu. Diese Prozesse müssen vollständig neu geschaffen und in der EDV umgesetzt werden. Daraus ist erkennbar, dass die Informationskrise neue Verwaltungsprozesse verursacht hat, die im Wege der integrierten Datenverarbeitung zentralisiert und automatisiert erledigt werden konnten. Hierzu musste jedoch gerade eine Zusammenführung bestehende Stamm- und Bewegungsdaten erfolgen, die als Grunddaten oder Sekundärdaten in das Management Informationssystem aufgenommen werden konnten, um durch eine Reduzierung der Informationen der Geschäftsführung bei Planungsentscheidungen zu assistieren bzw. um Entscheidungen und deren Konsequenzen zu simulieren.²⁷⁷

Am Schluss der Verwaltungsprozesse stehen insbesondere Schlussfolgerungen über die Personalplanung, die Beschaffung von Material, die Absatzplanung, die Planung von Marketingmaßnahmen, die Finanzplanung und die Logistikplanung. Alle Bereiche können dabei insbesondere unter Einbeziehung von allgemeinen Marktdaten aus dem Informationsbankensystem Daten aller Art einbeziehen.

C. Zwischenergebnis

Stellen privater oder öffentlicher Art hatten bereits vor der automatisierten und integrierten Datenverarbeitung Karteien mit *„Informationen über Personen erfaßt, gespeichert und verwertet [...] Diese erlaubten es jedoch nicht, ein umfassendes, aus vielen Einzeldaten zusammengesetztes Bild einer Person zu erhalten. Die physischen, technischen und organisatorischen Gegebenheiten ließen dies nicht zu.“*²⁷⁸ Steinmüller führt aus, dass sich die Lage mit der Einführung der EDV

²⁷⁶ Kaufmann, 27ff.

²⁷⁷ Weide, 113.

²⁷⁸ Steinmüller, u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 48.

grundlegend gewandelt habe. Sie habe die technischen und organisatorischen Voraussetzungen für einen umfassenden Datenaustausch geschaffen, so dass die Bürger mit einem unüberschaubaren Datenaustausch rechnen müssten, ohne diesen beeinflussen zu können.²⁷⁹ *„Man muß für die Zukunft von Informationssystemen von Bund, Ländern und Gemeinden ausgehen, die untereinander und mit Informationssystemen der Wirtschaft verbunden sind und in denen Daten mit Hilfe der bald eingeführten Personenkennzeichen technisch von jeder Stelle abgerufen werden können. Auch ein Verbund privater und öffentlicher Informationssysteme erscheint nicht ausgeschlossen; mindestens ist ein Zugriff des Staates auf private Datenbanken nicht von der Hand zu weisen. Auch der umgekehrte Fall ist denkbar. Die Verwaltung strebt durch die Benutzung der Informationssysteme Integration, Automation und Rationalisierung an.“*²⁸⁰

Die Systeme der integrierten Datenverarbeitung hatten weitreichende Auswirkungen auf die Organisation der öffentlichen Verwaltung der Judikative, Exekutive und Legislative wie auch auf die Privatwirtschaft. Sie bewirkten eine massive Neuorganisation und wurden als Grundlage für die Schaffung der Einheit der öffentlichen Verwaltung wie auch zur Überwindung der Informationskrise in der Privatwirtschaft genutzt.

Im Bereich der öffentlichen Verwaltung bedrohte die integrierte Datenverarbeitung die bestehenden Organisationsstrukturen auf allen Verwaltungsebenen. Daher bestand das Risiko einer Schwächung der freiheitlich demokratischen Grundordnung. Zudem bestand das Risiko einer Verletzung der Privatsphäre natürlicher Personen, sowie des ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetriebes von juristischen Personen des Privatrechts.

Im Bereich der Privatwirtschaft verursachte die integrierte Datenverarbeitung eine massive Umorganisation von Unternehmensstrukturen und eine Angleichung an Verwaltungsstrukturen von Wettbewerbern. Daraus ergaben sich diverse Risiken für die Inhaber bzw. Gesellschafter von Unternehmen, die durch die Übertragung von Verwaltungsprozessen und Unternehmensdaten einen großen Teil der Kontrolle auf externe Datenverarbeiter übertragen. Es kommt zu wettbewerbsrechtlichen, urheberrechtlichen, vertrags- und haftungsrechtlichen Risiken und darüber hinaus Risiken für das allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffener natürlicher Personen

²⁷⁹ Steinmüller, u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 49.

²⁸⁰ Steinmüller, u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 49.

wie auch juristischer Personen in dem Umfang wie sie Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sein können.

Diese Risiken sollen anschließend in relevantem Umfang erörtert werden.

Teil 3: Die Risiken für die freiheitlich-demokratische Grundordnung im öffentlich-rechtlichen Bereich, für Unternehmensstrukturen im privatrechtlichen Bereich und für das allgemeine Persönlichkeitsrecht Betroffener

A. Die Risiken im öffentlich-rechtlichen Bereich für die freiheitlich-demokratische Grundordnung

Die Einführung der integrierten Datenverarbeitung verursachte vielfache Risiken für die freiheitlich demokratische Grundordnung.

I. Die Kommunale Selbstverwaltung

Insbesondere drohte eine Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG. Nach der von Carl Schmitt begründeten Lehre über das Selbstverwaltungsprinzip als institutionelle Garantie handelt es sich bei diesem um eine verfassungsrechtliche Schutzverbürgung zur Sicherung der Gemeinden und Gemeindeverbände in ihrem Kerngehalt.²⁸¹ In der Zeit der Weimarer Reichsverfassung begründete die institutionelle Garantie eine nur durch verfassungsändernde Mehrheit revidierbare Beständigkeit der Kommunen und schützte sie vor existentieller Beseitigung und substantieller Aushöhlung.²⁸² Während die kommunale Selbstverwaltung während der nationalsozialistischen Terrorherrschaft praktisch abgeschafft worden war und die Kommunen als verlängerte rechte Hand der diktatorischen Führung unterstellt wurden²⁸³, entwickelte der bundesdeutsche Verfassungsgeber die Lehre von Carl Schmitt fort und richtete in Artikel 28 Abs. 2 GG eine institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ein, deren Kernbereich vor Aushöhlung durch unverhältnismäßige Ingerenzen geschützt ist. Die Selbstverwaltung, insbesondere die kommunale Selbstverwaltung, sollte ein Mittel sein, „den lokalen [...] Gemeinschaften im Interesse demokratischer Willensbildung bewußt eigene

²⁸¹ Schmitt, S. 170f.

²⁸² Pagenkopf, 56f.

²⁸³ Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 291.

Entscheidungen – auch neben und abweichend vom Willen des Gesamtvolkes – zu ermöglichen ²⁸⁴.

Die Annahme die kommunale Selbstverwaltung sei Gegenstand eines Grundrechts im Gegensatz zu einer institutionellen Garantie soll hier nicht thematisiert werden. Sie ist nicht relevant für diese Arbeit, da die Einführung der integrierten Datenverarbeitung in beiden Fällen die Gefahr einer Aushöhlung durch unverhältnismäßige Ingerenzen erreichen könnte. Die herrschende Meinung in Rechtslehre und Rechtsprechung hat die gemeindliche Selbstverwaltung als institutionelle Garantie anerkannt und lediglich eine Mindermeinung verfolgte die Ansicht, es handele sich um ein Grundrecht.

Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet das Recht der Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln (Universalitätsprinzip).

Das Universalitätsprinzip bedeutet, dass die Gemeinde berechtigt ist, *„alles in den Bereich ihrer Wirksamkeit zu ziehen, was dem Wohl ihrer Einwohner dient oder die materiellen Interessen und die geistige Entwicklung des einzelnen fördert* ²⁸⁵.

Dabei handelt es sich um die unmittelbare Daseinsgestaltung der Gemeindeglieder, soweit diese nicht von dem Einzelnen oder dem Familienverband erledigt werden kann, wie beispielsweise die Schaffung und Unterhaltung der Verkehrsinfrastruktur, Krankenhäuser, Erholungs-, Sport und Badeanlagen, aber auch der Schutz der persönlichen Sicherheit und des Eigentums durch die Polizei, Strom und Wasserversorgung sowie Schulen und kulturelle Einrichtungen. Zudem stellt das Universalitätsprinzip die Einheit der ortsbezogenen Verwaltung her und sichert deren Bezug zur Gemeinde. ²⁸⁶

Danach ist fraglich, inwieweit die integrierte Datenverarbeitung tatsächlich die Gefahr einer Verletzung der kommunalen Selbstverwaltung setzt.

²⁸⁴ Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 292.

²⁸⁵ Pagenkopf, 161.

²⁸⁶ Pagenkopf, 162.

1. Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie durch die Vorgaben der integrierten Datenverarbeitung

Je nach anwendbarem Koordinationsmodell führen die ADV-Gesetze der Länder sowie die Konzepte zur integrierten Datenverarbeitung auf Bundesebene zu einem Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung.

a. Anschlusszwang

Sofern die ADV-Gesetze einen Anschlusszwang entweder an die Landesdatenzentrale der Länder oder auch an kommunale Gemeinschaftsrechenzentren vorsehen, liegt jedenfalls ein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung vor. Betroffen ist die Organisationshoheit der jeweiligen Kommune, da die eigenständige Entscheidungskompetenz über die innere Gestaltung von Verwaltungsprozessen zum Gegenstand der Koordinierung nach den anwendbaren Prinzipien der jeweiligen Datenzentrale auf der Grundlage des anwendbaren Landesgesetzes über die automatisierte Datenverarbeitung gemacht wird. Die Legislative des Landes greift damit unmittelbar in die gemeindliche Selbstbestimmung ein.

Neben dem Fall des gesetzlichen Anschlusszwangs erscheint fraglich, ob tatsächlich ein faktischer Anschlusszwang zu einem Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung führen kann. Ein faktischer Zwang wird in der Tatsache erachtet, dass der Anschluss zu erheblichen finanziellen Einsparungen führt und diese Einsparungen zielgerichtet von der Datenzentrale bzw. dem Land ermöglicht werden, um die Kommunen zu einem Anschluss zu veranlassen.²⁸⁷ Der faktische Anschlusszwang resultiert im Wesentlichen aus finanziellen Erwägungen der jeweiligen Gemeinden unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsprinzips. Die Gemeinden erhalten einen geldwerten Vorteil, indem sie ihre eventuell fehlerhaften Verwaltungsprozesse auslagern können in ein System, welches sie allein keinesfalls selbst erstellen bzw. unterhalten könnten, wobei aber die modernen Verwaltungstätigkeiten ohne einen Anschluss an die jeweilige Datenzentrale nur schwierig fehlerfrei zu bewältigen wären bzw. anderweitige Aufwendungen erforderlich würden. Zu beachten ist, dass es sich bei derartigen Abwägungen gerade um die Ausübung der Organisationshoheit und Finanzhoheit handelt, da die gemeindliche Abwägung zu der Schlussfolgerung gelangen mag, dass der Anschluss an die Datenzentrale zwar Auswirkungen auf die Verwaltungsabläufe hat und dadurch die Organisationshoheit betroffen ist, dies aber

²⁸⁷ Eberle, in Informationsrecht und Informationspolitik, 145, 157.

verhältnismäßig ist vor dem Hintergrund einer wirtschaftlichen Funktionssicherung kommunalen Verwaltungshandelns. Dabei wird die Entscheidung gerade durch die betroffene Kommune gefällt als Gegenstand eines Zweckprogramms im Sinne Luhmanns. Entgegen der Ansicht Eberles erscheint daher die Schlussfolgerung, ein faktischer Anschlusszwang resultiere aus finanziellen Anreizen, nicht schlüssig. Vielmehr wird lediglich die Grundlage für eine Entscheidung innerhalb der Organisationshoheit der Kommune gesetzt. Die Gemeinde entscheidet sodann im Rahmen ihres Entscheidungsspielraums, ob sie aus wirtschaftlichen und sozialstaatlichen Erwägungen den Anschluss an die Datenverarbeitungszentrale wählt. Andererseits ist zu beachten, dass es sich bei dem Begriff der Wirtschaftlichkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff im Sinne der von Bachof 1955 entwickelten Lehre handelt. Daher steht der Gemeinde zwar ein weiter Entscheidungsspielraum zu.²⁸⁸ Die Entscheidung für oder wider den Anschluss insbesondere unter Zugrundelegung finanzieller Anreize und der damit einhergehenden hoch wahrscheinlichen Befolgung von Vorgaben des Wirtschaftlichkeitsprinzips wird damit zum Gegenstand der Staatsaufsicht im Sinne einer Rechtsaufsicht. Die Aufsichtsbehörde prüft, ob die betroffene Gemeinde ihre Entscheidungsbefugnis in nicht mehr vertretbarer Weise ausgeübt hat und ist gegebenenfalls berechtigt, die Entscheidung im Wege der Aufhebung und Anweisung für die Gemeinde zu korrigieren.²⁸⁹ Die Gemeinde könnte hiergegen zwar den Rechtsweg einschlagen. Gleichzeitig zeigt die Berechtigung der Staatsaufsicht zur Korrektur eines gemeindlichen Beschlusses gegen den Anschluss auf der Grundlage des Wirtschaftlichkeitsprinzips jedoch, dass die finanziellen Anreize tatsächlich zum Zwangsanschluss führen können.

b. Angleichung der Ablauforganisation

Ein weiterer Eingriff ergibt sich aus den beschriebenen Koordinationsmodellen durch die unterschiedlichen Methoden der Angleichung der Ablauforganisation.

aa. Hierarchisches Koordinationsmodell

Das Ziel des hierarchischen Koordinationsmodells in Schleswig-Holstein und Hessen ist die Zentralisierung aller Aufgabendurchführung bei den jeweiligen Datenzentralen. Die Beschreibungen des jeweiligen hierarchischen Aufbaus zeigen, dass die Integration insbesondere

²⁸⁸ Bundesverwaltungsgericht BVerwGE 59 249 (252); Lübking/Vogelsang/Ulbrich, 124.

²⁸⁹ OVG NW, Beschl. v. 26.10.1990 – 15A1099/87, DÖV 1991, 611.

auf der Grundlage der Bestimmungen eines Verwaltungsrates in Schleswig-Holstein und eines Koordinierungsausschusses in Hessen erfolgen soll.

bb. Verordnungsmodell

In den Bundesländern, in welchen das Verordnungsmodell als Koordinationsmodell gewählt wurde und eine institutionelle Trennung zwischen staatlicher und kommunaler automatisierter Datenverarbeitung geschaffen wurde, sollte wenigstens eine weitgehende direkte interne und indirekte externe Integration auf der Grundlage von Rechtsverordnungen geschaffen werden. Die Kommunen waren zwar im Rahmen des Fachbeirats an den Beratungen der Datenzentrale beteiligt. Zweifelhaft ist jedoch die Wirksamkeit dieser Beteiligung, da sie lediglich acht der insgesamt 22 Mitglieder des Fachbeirates stellten und zudem die Empfehlungen des Fachbeirates für die Landesregierung nicht verbindlich waren. Sie wurden daher weitestgehend durch die Landesexekutive verpflichtet, ihre Ablauforganisation anzupassen und insbesondere durch bestimmte organisatorische Verfahren eine einheitliche Datenverarbeitung und damit eine einheitliche Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben zu gewährleisten.

cc. Kooperationsmodell

Im Kooperationsmodell ist wie auch im Verordnungsmodell die Angleichung der Ablauforganisation durch Rechtsverordnungen der Landesexekutive vorgesehen. Die Kommunen sind hieran zwar indirekt beteiligt, da der Kommunalausschuss ADV vor dem Erlass der jeweiligen Rechtsverordnung seine Zustimmung zu erklären hat. Zu beachten ist aber, dass der Kommunalausschuss ADV nicht aus Repräsentanten der betroffenen Gemeinde besteht. Vielmehr wird die jeweilige Zustimmung durch ein anderes Organ erklärt als die eigentlich zuständige Gemeindevertretung. Daher ergibt sich aus der verbindlichen Bestimmung der Rechtsverordnung ohne gemeindliche Willensbildung ein Eingriff in die Organisationshoheit jeder betroffenen Gemeinde.

2. Verletzung der kommunalen Selbstverwaltung durch Überfrachtung der Kommunen mit staatlichen Aufgaben

Eine Verletzung der kommunalen Selbstverwaltung liegt in der Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung, so dass sie lediglich noch ein Scheindasein führt. Eine solche Aushöhlung ist denkbar im Falle einer Überfrachtung mit staatlichen Aufgaben, so dass die Kapazitäten der Gemeinde nicht mehr ausreichen, um ihre Selbstverwaltungsaufgaben zu erfüllen. Gleichermäßen

ist eine Aushöhlung auch möglich im Falle einer so ausgeprägten Reduzierung der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung, dass die Gemeinde nur noch zu einer ausführenden Stelle von ihr im Rahmen der Gesetze zugewiesenen Aufgaben wird und ihre Eigenverantwortlichkeit rechtlich oder faktisch nicht mehr besteht.

a. Das Spannungsverhältnis staatlicher und kommunaler Aufgaben als Grundlage für eine Verletzung der kommunalen Selbstverwaltung

Die Diskussion über die Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung ist historisch bedingt durch das Spannungsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde. Dem Anspruch nach Eigenständigkeit der Gemeinden steht das Interesse des Staates nach effizienter und einheitlicher Führung im Wege der Eigen- und der mittelbaren Staatsverwaltung gegenüber.²⁹⁰

Der Inhalt der gemeindlichen Selbstverwaltung, ihre Abgrenzung zu staatlichen Aufgaben und somit die Rechtsstellung der Gemeinde sind bei historischer Betrachtung umstritten. Die gemeindliche Selbstverwaltung ist der Versuch eines Ausgleichs zwischen der staatlichen Aufgabenerledigung und der gemeindlichen Eigenständigkeit.²⁹¹

Seit jeher wird die Aufgabenteilung in einen gemeindlichen und einen staatlichen Bereich diskutiert. Wann diese Einteilung zum ersten Mal erfolgte, ist unklar, da diverse Autoren sie zu unterschiedlichen Zeitpunkten verorten.²⁹² Die moderne Konzeption der Aufgabenteilung entspringt im Wesentlichen dem Aufgabendualismus der Wirkungskreislehre bzw. der Differenzierung von Selbstverwaltungsaufgaben und Auftragsangelegenheiten in der Folge der Reformen von Reichsfreiherr Karl vom und zum Stein (1757 – 1831), dem physiokratischen Ansatz der französischen Constituante von 1789 mit dem Zweck der Dezentralisation der absoluten Zentralregierung im Absolutismus, sowie dem Staatsbegriff der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts geprägt von Lorenz von Stein und den Lehren vom englischen „self-government“ in der Ausprägung nach Gneist.

²⁹⁰ Dehmel, 15.

²⁹¹ Dehmel, 15.

²⁹² Dehmel, 25.

Die historische Betrachtung zeigt, dass die Versuche einer Aufgabenzuweisung einhergehen mit einer jeweils relativen demokratischen und dezentralen bzw. monarchisch-totalitären und zentralen Aufgabenerledigung. Im Mittelalter waren die Städte zu weitgehender Unabhängigkeit von der monarchischen Herrschaft gekommen.²⁹³ Seit Ende des 12. Jahrhunderts hatte sich die Stadtbevölkerung von der Herrschaft der Burgherren befreit.²⁹⁴ Die kaiserliche bzw. landesherrliche Herrschaft reduzierte sich mit der Entwicklung wirtschaftlicher Stärke, so dass die Städte politisch einflussreicher und rechtlich eigenständig wurden.

Mit dem Niedergang der Zünfte am Ende des Mittelalters und der Entstehung der sozialen und wirtschaftlichen Verwerfungen, die zu der sozialen Frage des 19. Jahrhunderts führten, begründete der absolutistische Staat seinen uneingeschränkten Machtanspruch und übernahm die Kontrolle über die Städte.²⁹⁵ Das Erstarken der handwerklichen Konjunktur hatte Arbeitslosigkeit und sinkende Steuerträge zur Folge. Die Aufgaben, welche im Mittelalter durch die Städte selbst erfüllt wurden, sollten durch den Staat verfolgt werden. Insbesondere die Aufgabe der Verteidigung gegen die das Königreich Preußen umgebenden Großmächte erforderte den Aufbau des Heers. Daher führte insbesondere Friedrich Wilhelm I. (1713 bis 1740) den absolutistischen Staat stark zentralisiert.²⁹⁶ An die Stelle der vom Bürgertum gewählten Vertreter traten fest besoldete Berufsbeamte, welche direkt vom König ernannt wurden. Das Vermögen der Städte wurde in das Vermögen des Staates überführt. Steuererhebungsrechte und Gerichtsbarkeit wurden den Städten genommen und dem Staat unterstellt. Wirtschafts-, Finanz- und Polizeiverwaltung wurden unter die Aufsicht des Zentralstaates gestellt. Die Städte wurden somit weitestgehend in die Zentralverwaltung des Staates integriert und waren nicht weiter autonom.²⁹⁷

Hiergegen verfolgten vom Steins Reformen die *„Belebung des Gemeingeistes und des Bürgersinns, die Benutzung der schlafenden und falsch geleiteten Kräfte und zerstreut liegenden Kenntnisse, der Einklang zwischen dem Geist der Nation, ihren Ansichten und Bedürfnissen und denen der Staatsbehörden, die Wiederbelebung der Gefühle für Vaterland, Selbständigkeit und*

²⁹³ Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 51.

²⁹⁴ Dehmel, 20.

²⁹⁵ Dehmel, 21f.

²⁹⁶ Dehmel, 21.

²⁹⁷ Dehmel, 23.

*Nationalehre.*²⁹⁸ Die Bürgerschaft sollte durch Ehrenämter auf der Grundlage von Aufklärung und Liberalismus die Gestaltung des Gemeindelebens weitgehend übernehmen. Damals hatte die Bevölkerung kaum irgendwelche Befugnisse und musste sich der Aufgabenerfüllung durch den Monarchen fügen. Entsprechend der sozialen Revolutionen des 18. Jahrhunderts waren es gerade die Lehren vom Steins, welche die Erkenntnisse der Aufklärung und des Liberalismus in die öffentliche Verwaltungsorganisation überführten. Es entstand ein „Dualismus von Staats- und Selbstverwaltung“, welcher das heutige Verständnis von Selbstverwaltung weiterhin prägt.²⁹⁹ Die preußische Reformgesetzgebung, der Städteordnung aus dem Jahre 1808, sah sowohl eigene wie auch übertragene Aufgaben vor, die von den Gemeinden als öffentlich-rechtliche Körperschaften ausgeführt wurden.³⁰⁰ Der Bürgerschaft sollte die Verwaltung ihres Privateigentums und sämtlicher Kommunalangelegenheiten überlassen werden. Diese Rechte sollten von den Städten in eigenem Namen und in eigener Verantwortung ausgeübt werden. Die Stadt schied damit als Körperschaft des öffentlichen Rechts aus der bis dahin zentralistischen Staatsverwaltung aus.³⁰¹ Die der Staatsaufsicht zustehenden Befugnisse gemäß § 2 der Städteordnung von 1808 fielen so gering aus, dass von einer staatlichen Bevormundung nicht ausgegangen werden konnte. Sie reduzierten sich auf ein Einsichtsrecht *„gedruckter Rechnungsextrakte oder öffentlich darzulegender Rechnungen der Städte über die Verwaltung ihres Gemeindevermögens“*, die Entscheidung von *„Beschwerden einzelner Bürger oder ganzer Abtheilungen über das Gemeinwesen“*, die Bestätigung *„neue(r) Statuten [...]“* und die Genehmigung *„zu den Wahlen der Magistratsmitglieder“*.

Im Unterschied zu vom Stein war die Selbstverwaltung in der französischen Constituante auf die Schaffung eines eigenen Durchführungskreises staatlicher Aufgaben durch die Gemeinden als Teil der Staatsgewalt sowie eigene Aufgaben als Rechtssubjekt des Privatrechts reduziert.³⁰² Das *„Décret relatif à la constitution des municipalités“* vom 14. Dezember 1789 unterscheidet in Artikel 49 zwischen den von der Gemeinde auszuführenden Aufgaben in *„les unes propres au*

²⁹⁸ Heinrich Friedrich Karl vom und zum Stein - https://de.wikipedia.org/wiki/Heinrich_Friedrich_Karl_vom_und_zum_Stein, zuletzt abrufen am 11.04.2020.

²⁹⁹ Weber, 61.

³⁰⁰ Dehmel, 32.

³⁰¹ Dehmel, 33.

³⁰² Dehmel, 30.

pouvoir municipal“ und *„les autres propres a l’administration générale de l’Etat et délégués par elle aux municipalités“*.³⁰³ Die Gemeinden waren damit gerade keine eigenständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Die in Frankreich damals vorherrschende physiokratische Ansicht verfolgte die Einheitlichkeit des Staates mit dem Zweck, die Kapazitäten der Gemeinden für staatliche Aufgaben zu aktivieren.³⁰⁴ Die Gemeinden sollten gerade nicht für ihre eigenen Interessen als Gegengewicht zum Zentralstaat mit einem eigenen Aufgabenbereich ausgestattet werden. Die geschaffene *„pouvoir municipale“* war nicht eine weitere Gewalt und diente auch nicht der Verwirklichung des Föderalismus. Vielmehr handelte es sich um eine Instanz der zentralstaatlichen Aufgabenbewältigung ohne eigene Hoheitsgewalt. Eigene Aufgaben, welche die Gemeinde als Subjekt des Privatrechts wahrnahm, bestanden lediglich in der Verwaltung der Wirtschaft und der Ortspolizei. In diesen Bereichen unterlag sie der Rechtsaufsicht der jeweils zuständigen Versammlungen von Departements, Distrikten und Gemeinden.³⁰⁵ Es zeigt sich, dass nach diesem Ansatz zwar eine Aufteilung in getrennte Aufgabenkreise besteht. Gleichzeitig aber ist die Selbstverwaltung nach diesem Modell nicht so ausgeprägt wie im deutschen Schrifttum diskutiert wurde und wie in der Umsetzung der späteren deutschen Verfassung in Art. 127 der Weimarer Reichsverfassung und Art. 28 Abs. 2 GG vorgesehen.

In der naturrechtlichen Dogmatik Frankreichs wie auch Deutschlands wurde vergeblich eine schlüssige Aufteilung der Aufgaben in einen staatlichen und einen kommunalen Bereich versucht.³⁰⁶ In den Anfängen der Wirkungskreislehre wurde dieser Versuch durch eine gesetzliche Normierung des natürlichen Wirkungskreises und des übertragenen Wirkungskreises fortgesetzt. Die Begriffe des natürlichen und des übertragenen Wirkungskreises wurden erstmals in Artikel IV des Österreichischen Gemeindegesetzes vom 17.03.1849³⁰⁷ formalgesetzlich aufgenommen. Art. IV des Österreichischen Gemeindegesetzes lautet:

„I. Die Grundfeste des freien Staates ist die freie Gemeinde.

II. Der Wirkungskreis der freien Gemeinde ist:

³⁰³ Art. 49 de la Loi relative à l’organisation des communes du royaume de France

³⁰⁴ Dehmel, 30.

³⁰⁵ Dehmel, 31.

³⁰⁶ Dehmel, 40.

³⁰⁷ Reichsgesetzblatt für das Kaisertum Österreich, 1849, Nr. 170.

1. der natürliche,

2. ein übertragener.

III. Der natürliche umfaßt alles, was die Interessen der Gemeinde zunächst berührt und innerhalb ihrer Grenzen vollständig durchführbar ist. Der übertragene umfaßt die Besorgung bestimmter öffentlicher Geschäfte, welche der Gemeinde vom Staat im Delegationswege zugewiesen werden.

IV. Die Verwaltung der in den natürlichen Wirkungskreis der Gemeinde gehörenden Angelegenheiten steht der Gemeinde selbst zu, welche sich durch die Majorität ihrer Vertretung ausspricht.

V. In Bezug auf den übertragenen Wirkungskreis ist der Gemeindevorsteher das vollziehende Organ.“

Während der Begriff des übertragenen Wirkungskreises von der deutschen Rechtslehre übernommen wurde, wurde der Begriff des „natürlichen Wirkungskreises“ durch den Begriff des „eigenen Wirkungskreises“ ersetzt.³⁰⁸ Der natürliche Wirkungskreis ließ sich mangels Klarheit des Begriffs der Ursprünglichkeit nicht wissenschaftlich begründen und praktisch umsetzen. Welche Aufgaben sich konkret aus dem als natürlichen Verbund der Einwohner eines umschlossenen Raumes empfundenen Selbstverständnisses ergeben und abgrenzen lassen von Aufgaben, die außerhalb dieses Verbundes entstehen, blieb offen.

Beachtlich bleibt jedoch die Bedeutung der Trennung der Wirkungskreise. Im Gegensatz zum absolutistischen Modell bildete der natürliche bzw. eigene Wirkungskreis der Gemeinde die Grundlage für den freien Staat. Die Gemeinde nahm eine selbständige Gliedstellung innerhalb des Gesamtstaates ein. Neben Art. IV des Österreichischen Gemeindegesetzes spiegelt sich dies in der belgischen Verfassung vom 25. Februar 1831 wie auch in der damaligen deutschen Rechtslehre wider. Art. 31 der belgischen Verfassung vom 07. Februar 1831 lautet: „*Les intérêts exclusivement communaux ou provinciaux sont réglés par les conseils communaux ou provinciaux, d'après des principes établis par la Constitution.*“

³⁰⁸ Meyer, 406.

Rottek führt aus, dass gerade die Gliedstellung der Gemeinden ein Gegengewicht zur Despotie und eine Gewähr für Freiheit sei.³⁰⁹ Brater schließt sich dieser Ansicht an und betont die Bedeutung der Gemeinde für die Sicherstellung individueller und kollektiver Freiheit.³¹⁰

Jellinek stellt zudem den Zusammenhang zwischen der französischen Constituante, dem Ansatz der *pouvoir municipale* bzw. des *pouvoir provincial et communal* aus der belgischen Verfassung (Artikel 31 und 108) und der preußischen Verfassung dar, welche zur Grundlage für die Anerkennung eines eigenen bevormundungsfreien Wirkungskreises der Gemeinde und eines staatlichen Wirkungskreises geworden sind.³¹¹

Aufbauend auf dem Gedanken der französischen Constituante, dass Gemeinden grundsätzlich nur im staatlichen Aufgabenkreis öffentlich-rechtliche Körperschaften seien, entstand ein neues Staatsverständnis. Es ging davon aus, dass eine Entstehung gemeindlicher Aufgaben aus sich heraus, wie die naturrechtliche Theorie sie annimmt, nicht schlüssig ist. Die Gemeinde wird erst mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit durch legislativen Schöpfungsakt zum Rechtssubjekt und entsteht als solches nicht aus sich heraus.³¹²

Dies entspricht der von Lorenz von Stein begründeten Systematik der „freien Verwaltung“³¹³. Ihr liegt zugrunde, dass sämtliche Aufgaben der öffentlichen Verwaltung dem Staat als Körperschaft zuzurechnen sein müssen, da ansonsten ein verwaltungsfreier Raum entstünde.

In der Literatur findet sich daher ab 1860 zunehmend der Begriff des „eigenen Wirkungskreises“ der Gemeinde anstelle des „natürlichen Wirkungskreises“ in Abgrenzung zum staatlichen „übertragenen Wirkungskreis“. Damit verbunden war jedoch eine erneute Suche nach dem Inhalt des eigenen Wirkungskreises in Abgrenzung zum übertragenen Wirkungskreis. Dies lief darauf hinaus, dass alle vom Staat auf die Gemeinde durch materielles Gesetz zugewiesenen Aufgaben

³⁰⁹ Aretin/Rotteck, 23f.

³¹⁰ Brater, in: Deutsches Staats-Wörterbuch, 112.

³¹¹ Jellinek, in: Ausgewählte Schriften und Reden, 344ff.

³¹² Dehmel, 43.

³¹³ Dehmel, 44.

dem übertragenen Wirkungskreis zuzurechnen seien.³¹⁴ Der Gemeinde seien Tätigkeiten zuzurechnen, die einen Beschluss der Gemeinde ausführen. Diese Differenzierung war jedoch ebenfalls ungenau. Sie erlaubte keine Einteilung von Aufgaben, die sowohl in das Entschließungs- wie auch in das Auswahlermessen der Gemeinde fallen und solchen, die von der Gemeinde als Pflichtaufgaben aufgrund gesetzlicher Zuweisung durchzuführen waren, dabei aber Gegenstand des gemeindlichen Auswahlermessens waren. Andere Ansätze verfolgten die Einteilung aufgrund des Aufgabenzwecks, eines eventuellen Lokalbezugs oder, wie zuvor, anhand wirtschaftlicher Tätigkeit der Gemeinde und hoheitlicher Tätigkeit des Staates. Sie führten jedoch ebenso wenig zu einer schlüssigen Abgrenzung staatlicher und kommunaler Aufgaben.³¹⁵

An die Stelle der unklaren Abgrenzung im Wege der Wirkungskreislehre trat mit den Werken Gneists der Begriff der politischen Selbstverwaltung.³¹⁶ Dieser Begriff geht ausschließlich von der kommunalen Selbstverwaltung durch kommunale Ehrenbeamte aus und wurde daher bald durch die juristische Selbstverwaltung ersetzt. Die ab Mitte des 19. Jahrhunderts in Folge der sozialen Frage stark anwachsenden öffentlichen Aufgaben erforderten zunehmend spezialisiertes Personal, um die Aufgabenflut zu bewältigen. Daher reichten Ehrenbeamte nicht aus, um das sich weiterentwickelnde Gemeindewesen zu tragen.³¹⁷ Zudem wurde die Selbstverwaltung über den kommunalen Bereich hinaus auf die juristische Selbstverwaltung erstreckt. Die juristische Selbstverwaltung knüpft an die Ausführung öffentlicher (staatlicher) Aufgaben durch gegenüber dem Staat selbständige, körperschaftlich organisierte öffentlich-rechtliche Stellen bzw. Verbände an.³¹⁸ Hierzu gehört insbesondere die Selbstverwaltung der in den 1880er Jahren geschaffenen Sozialversicherung.

Das Staatsverständnis, wonach alle öffentlichen Aufgaben, also auch solche der Kommunen, organisatorisch dem Staat zuzurechnen seien, erhielt zusätzliche Bedeutung mit der Einführung des Verhältniswahlrechts in Artikel 17 der Weimarer Reichsverfassung. Die politischen Parteien

³¹⁴ Stein, Die Verwaltungslehre, 1. Teil 2. Abt: Die vollziehende Gewalt, 2. Teil: Die Selbstverwaltung und ihr Rechtssystem, 320f.

³¹⁵ Dehmel, 47ff.

³¹⁶ Gneist, 882ff.

³¹⁷ Forsthoff, 473.

³¹⁸ Forsthoff, 474.

übernahmen die Aufgaben der bis dahin teilweise noch bestehenden Ehrenbeamten. Gleichzeitig entstand für die Kommunen die Gefahr einer Entmachtung durch die Übertragung von Zuständigkeiten auf die Reichsregierung.³¹⁹

Hiergegen wurde in Artikel 127 der Weimarer Reichsverfassung eine institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aufgenommen. Sie sollte gerade die dezentralisierte Aufgaben- und damit Machtverteilung sicherstellen. Mit dem Aufkommen der nationalsozialistischen Diktatur blieb die kommunale Selbstverwaltung zwar de jure erhalten. Sie wurde ausdrücklich in §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 2 der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 aufgenommen. De facto wurde sie jedoch abgeschafft. Die Gemeindeleitung unterstand einem von der NSDAP berufenen Bürgermeister (§ 6 Abs. 2 DGO). Zudem wirkte ein von der NSDAP eingesetzter Beauftragter bei bestimmten Angelegenheiten der Gemeinde mit (§ 33 Abs. 1 DGO). So bedurfte der Erlass der Hauptsatzung, sowie die Verleihung und Aberkennung von Ehrenbürgerrechten sowie Ehrenbürgerbezeichnungen der Zustimmung des Beauftragten (§ 33 Abs. 1 DGO). Hierdurch wurde die Grundlage für die faktische Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung zugunsten der mittelbaren Staatsverwaltung durch das diktatorische Regime gesetzt.³²⁰ Die Folge war ein alltägliches Eindringen der NSDAP in die Angelegenheiten der Gemeinden.

Diese Entwicklung verstärkte die Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung insbesondere für einen demokratischen und dezentralen Staatsaufbau. Sie vergegenwärtigte die grundlegende Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung als Element der wehrhaften Demokratie.

Mit Einführung des Artikel 28 Absatz 2 Grundgesetz übernahm der Verfassungsgeber die in Artikel 127 der Weimarer Reichsverfassung erstmalig aufgenommene institutionelle Garantie. Nach modernem Verständnis wird die Gemeinde im Rahmen ihrer Allzuständigkeit („Universalitätsprinzip“) durch sogenannte freiwillige und pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben tätig.³²¹ Während die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben der Entschließungsfreiheit der jeweiligen Kommunalkörperschaft unterliegen, werden die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben gesetzlich zur Erledigung auferlegt. Bei den pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben ist lediglich das *Wie* Gegenstand der kommunalen Eigenständigkeit.

³¹⁹ Forsthoff, 527.

³²⁰ Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 291.

³²¹ Pagenkopf, 56.

Beide Arten von Selbstverwaltungsaufgaben unterliegen der Rechtsaufsicht der Länder. Darüber hinaus besteht jedoch keinerlei Weisungsgebundenheit. Vielmehr besteht die Selbstverwaltungsgarantie insbesondere in der Bewahrung der Eigenverantwortlichkeit im Rahmen der Gesetze.

Der staatliche Aufgabenbereich fällt nicht in den Schutzbereich der kommunalen Selbstverwaltung. Der Staat hat die Aufgaben in diesem Bereich an sich gezogen, um eine einheitliche Erledigung zu gewährleisten. Dabei greift er auf die Kommunen zu, damit diese die Aufgaben im Auftrag des Staates ausführt („Auftragsangelegenheiten“). Der Staat hat ein umfassendes Weisungsrecht einschließlich Zweckmäßigkeitserwägungen, gegen das es kein Rechtsmittel gibt.³²² Insofern sind die Kommunen in den staatlichen Instanzenzug einbezogen. Gegenstand des staatlichen Aufgabenbereichs ist die Erfüllung von Interessen, die über die Gemeinde hinausgehen, also dem Volk in seiner Gesamtheit dienen und damit eine einheitliche Aufgabenerfüllung erfordern. Es handelt sich insbesondere um die Aufgaben der Wehrhaftmachung, der völkerrechtlichen Vertretung, der Sicherung des Außenhandels, der Unterhaltung von Handelsbeziehungen zu anderen Staaten, Zollpolitik, Industrie- und Gewerbeförderung. Zudem ist der Staat der Rechtsträger von Universitäten, Hochschulen, sowie aller Einrichtungen und Anstalten, die kulturell über den Wirkungsbereich der Gemeinde hinausgehen. Im Bereich der Schulen stellt der Staat die Richtlinien auf, um eine möglichst gleichmäßige Schulbildung auf Länderebene zu gewährleisten.³²³ Sofern diese Aufgaben durch die Gemeinden durchgeführt wurden, unterliegen sie streng weisungsgebunden dem Staat. Die von der Gemeinde in diesem Bereich durchgeführten Aufgaben sollten dem sogenannten übertragenen Wirkungskreis angehören.

b. Integration der Gemeinden in den staatlichen Aufgabenbereich

Die Gemeinden wurden jedoch zunehmend in die Erledigung staatlicher Aufgaben im Wege der Auftragsangelegenheiten einbezogen. Insbesondere seit der Aufnahme der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Artikel 127 der Weimarer Verfassung entstand hieraus die Problematik der Aushöhlung der gemeindlichen Selbstverwaltung. In den 1920er Jahren wurden die Gemeinden verpflichtet, zunehmend Wohlfahrtslasten zu übernehmen, obwohl

³²² Pagenkopf, 172.

³²³ Pagenkopf, 165f.

keine Angleichung des Finanzausgleichs erfolgte und die Gemeinden nicht über genügend Mittel verfügten, um ihre Selbstverwaltungsangelegenheiten zu erledigen.³²⁴ Dieses Vorgehen führte zu einer zunehmenden Überfrachtung der Gemeinden mit staatlichen Aufgaben, so dass diese ihren Selbstverwaltungsaufgaben kaum noch nachkommen konnten.

Im Jahre 1929 standen lediglich 3 % der steuerlichen Einnahmen der Gemeinden für eine gemeindeindividuelle Nutzung zur Verfügung.³²⁵ Gleichzeitig legte der Reichsgesetzgeber die Auftragsangelegenheiten detailliert fest. Anfang der 1930er Jahre bestimmte das Reich den kommunalen Aufgabenbereich maßgeblich durch seine Gesetzgebung. Da es keine Kommunalaufsicht gab, durch welche das Reich die Tätigkeit der Gemeinden gestalten konnte, waren gesetzgeberische Eingriffe dessen einzige Möglichkeit der Einflussnahme. Zudem hatten ministerielle Ausführungsverordnungen die Selbstverwaltungskörperschaften in die materielle mittelbare Staatsverwaltung gepresst. Sie waren vielfach bloße Ausführungsorgane der Reichs- oder Landesregierung geworden.³²⁶ Für die Bürger und Einwohner bedeutete dies, dass die Gemeindebeamten zu Vertretern der Staatsregierung wurden, deren Tätigkeit weitestgehend nicht in der Umsetzung von Selbstverwaltungsaufgaben lag.³²⁷

Den Gemeinden drohte erneut ein Verlust ihrer Bedeutung, so dass sie lediglich Bestandteil der mittelbaren Staatsverwaltung im materiellen Sinne sein würden. Diesem Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung liegt der in § 69 II 10 des Allgemeinen Preußischen Landrechts verwendete Begriff des mittelbaren Staatsbeamten zu Grunde. Er beinhaltete die Ausführung staatlicher Aufgaben durch dem Staat gegenüber weisungsgebundenem Gemeindebeamten. Damit war der Gemeindebeamte in die Hierarchie des Staates einbezogen.

Eine davon abweichende Bedeutung hat der moderne Begriff der mittelbaren Staatsbeamten im organisatorischen Sinne. Dieser wurde gesetzlich bestimmt in § 2 Deutsches Beamtengesetz vom 26.01.1937. Er sah vor, dass an sich bei einer selbständigen Körperschaft beschäftigte Beamte Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durchführten und alle öffentliche Verwaltung letztlich

³²⁴ Köttgen, 1.

³²⁵ Köttgen, 1.

³²⁶ Köttgen, 2.; Weber, 31.

³²⁷ Weber, 68.

unter dem einheitlichen Staatsverständnis als staatliche Aufgaben angesehen wurden, obwohl die betroffenen Aufgaben und die sie ausführenden Beamten verwaltungsorganisatorisch der jeweiligen Körperschaft zuzurechnen sind.³²⁸ Die Körperschaften sind somit eigenständige Rechtsträger und führen öffentliche Aufgaben aus, die nicht notwendigerweise in die Zuständigkeit der Staatsverwaltung (also Bund oder Länder) fallen. Damit handelt es sich entweder um Selbstverwaltungs- oder Staatsaufgaben. Mit der Zunahme der Auftragsangelegenheiten drohte jedoch gerade die Rückkehr zur mittelbaren Staatsverwaltung im materiellen Sinne.³²⁹

Gleichzeitig zeigte sich ein verändertes Verständnis der kommunalen Selbstverwaltung. Mit der Einführung demokratischer Verhältnisse erschien der Gegensatz von Staat und Gemeinde zur Sicherstellung eines bürgerlichen Freiraums gegen die Staatsverwaltung an Wichtigkeit zu verlieren, da auf allen Ebenen des Staates einschließlich der Gemeinden ein besonderer Schutz bürgerlicher Freiheit gewährleistet war. Der Verfassungs- wie auch der Gesetzgeber halten auch in der Bundesrepublik an dem abgrenzbaren Bereich der institutionell garantierten kommunalen Selbstverwaltung fest. Im Vordergrund verwaltungsorganisatorischer Diskussionen stand jedoch die Schaffung pragmatischer Lösungen für verwaltungsorganisatorische Fragestellungen, um diese eher effizienzgetrieben als rechtsbestimmt zu finden.

c. Verflechtung kommunaler und staatlicher Aufgaben bei gleichzeitigem Festhalten an normativen Strukturvorgaben

Während die integrierte Datenverarbeitung die entstehende Verflechtung der Aufbau- und Ablauforganisation zunehmend praktisch manifestierte, trat die Qualität der Selbstverwaltungsaufgaben zunehmend in den Hintergrund. Die neue Rolle der Kommune wurde in ihrer Erscheinung als Bestandteil des gesamten Verwaltungsaufbaus gesehen. Die Kommune sollte insbesondere die örtliche Durchführung allgemeiner Staatsaufgaben, die Vorsorge für die Grundbedürfnisse der Bürger sicherstellen und den Lebensraum der Einwohner konkret gestalten. Dabei trat die Gegensätzlichkeit zwischen Auftragsangelegenheiten und

³²⁸ Peters, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 250.

³²⁹ Weber, 69.

Selbstverwaltungsangelegenheiten zugunsten einer pragmatischen lösungsorientierten Zusammenarbeit zurück.

Gleichzeitig wurde an der normativen Wertigkeit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie festgehalten. Die hiermit einhergehenden Schwierigkeiten, deren komplexe Entwicklung in einen neuen Kontext staatlicher Strukturen einzuordnen, bedurften eines neuen Verständnisses der kommunalen Selbstverwaltung und normativer Grundsätze zu dessen Umsetzung. Es kam zu einer Entkopplung der normativen Wertigkeit von der technokratischen Umsetzung neuer Organisationsstrukturen. In normativer Hinsicht erlangte die kommunale Selbstverwaltung als Konstituierung dezentraler Entscheidungs- und Initiativzentren eine andere Bedeutung als sie in früheren Zeiten als Gegengewicht zur staatlichen Zentralherrschaft hatte.

Die Gemeinde wurde zu einem selbständigen Verwaltungskörper, der einerseits in die Gesamtverwaltung des Staates eingegliedert war, andererseits durch ihre Autonomie und eigene demokratische Legitimation durch die Kommunalwahlen eine vom hierarchischen Staatsaufbau befreite Stellung besaß. Somit wurde sichergestellt, dass die Gemeinde eine eigenständige politische Agenda hatte, welche durch die lokale Willensbildung geprägt wurde. Der politische Wille musste sodann durch die Gemeindeorgane umgesetzt werden.

Hier erlangte die Gemeinde eine Doppelfunktion. Neben der lokalen Willensbildung und Umsetzung dieses Willens war sie einbezogen in die Erledigung der Staatsaufgaben, welche die Selbstverwaltungsaufgaben weitgehend überlagerten.

Gleichzeitig handelte es sich bei der Erledigung der Staatsaufgaben um die Sicherstellung moderner Verwaltungstätigkeit, welche in deren Rahmen gerade als sachgerechte und ortsnahe Umsetzung der Bürgererwartungen im Rahmen der Leistungsverwaltung angesehen wurde. Der Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung durch die Überfrachtung mit staatlichen Aufgaben sowie die Integration in überörtliche Verwaltungszusammenhänge war daher einerseits eine Gefährdung der kommunalen Selbstverwaltung, gleichzeitig entsprach sie aber den pragmatischen Erwartungen, welche die Bevölkerung an die Staatsorganisation hatte.³³⁰ Die Gesellschaft erwartete insbesondere die Erfüllung notwendiger Leistungen, welche aus der Sozialstaatlichkeit entstehen und in ihrer Komplexität nicht von den einzelnen Gemeinden erbracht werden können. Daher wurde einerseits die überörtliche Aufgabenerfüllung notwendig, andererseits aber die

³³⁰ Scheuner, AfK 1973, 1, 11.

Koordination der örtlichen Aufgabendurchführung. Es entstand als Reaktion eines organisatorischen Bedarfs die faktische Verbindung örtlicher mit überörtlichen und somit staatlichen Aufgaben.³³¹

Das Ineinandergreifen der örtlichen und überörtlichen Aufgabenkreise war in verwaltungsorganisatorischer Hinsicht neben der angestrebten automatisierten und integrierten Datenverarbeitung insbesondere erkennbar in der Schaffung kreisangehöriger Gemeinden mit dem Zweck, den jeweiligen Landkreis als Organisationseinheit neben die größeren kreisfreien Gemeinden zu stellen. Die Einrichtungen des Kreises übernahmen bereits vor Errichtung der integrierten automatisierten Datenverarbeitung solche Aufgaben, welche unter ökonomischen Aspekten nicht von den einzelnen Gemeinden erbracht werden konnten.³³²

Das Bundesverfassungsgericht umschrieb die Übertragung derartiger Aufgaben auf die Kreise als „*fortschreitende Integration der Kreise in die Selbstverwaltungsorganisation*“.³³³ Zudem entspreche eine derartige Integration der Zweckmäßigkeit und Funktion modernen Verwaltungshandelns. Gemeindebürger seien gleichzeitig Kreiseingesessene. Daher bestünde eine Parallelität der Selbstverwaltungskörperschaften, deren Zuständigkeit sich nicht nach der Wesensart der Aufgaben, sondern nach organisatorischer oder wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit und Leistungskraft richte. Die Grenzen seien daher fließend.³³⁴

Insgesamt wurden zunehmende Verflechtungen auf horizontaler wie auch vertikaler Grundlage geschaffen. Klassische Selbstverwaltungsaufgaben wurden durch Landes- und Bundesgesetze umgestaltet, so dass die Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltung zunahmen und diese auszuhöhlen schienen. Beispielsweise sollen als Gegenstände bundesgesetzlicher Regelung genannt werden das Bundessozialhilfegesetz und das Jugendwohlfahrtsgesetz, das Bundesbaugesetz mit den Nebenbestimmungen und das Städtebauförderungsgesetz, das Lastenausgleichsgesetz, das Bundesseuchengesetz, die Sicherstellungsgesetze, sowie die

³³¹ Scheuner, AfK 1973, 1, 11.

³³² Scheuner, AfK 1973, 1, 12.

³³³ BVerfG, Beschluss v. 21.05.1968, 2 BvL 2/61 - Breitenborn-Gelnhausen, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv023353.html>, Rdnr. 49, zuletzt abgerufen am 09.01.2021.

³³⁴ BVerfG, Beschluss v. 21.05.1968, 2 BvL 2/61 - Breitenborn-Gelnhausen, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv023353.html>, Rdnr. 55, zuletzt abgerufen am 09.01.2021.

Flüchtlingengesetze. Landesgesetzliche Regelungen waren beispielsweise die Fachgesetze zum Schulwesen, Erwachsenenbildung und der Polizei.³³⁵ In all diesen Bereichen wurden die Behördeneinrichtung, das Verfahren und die Aufgabenbestimmung entweder durch den Bund oder die Länder geregelt und den Gemeinden Vorgaben gemacht.

Die betroffenen Gemeinden erhoben hiergegen teilweise Normenkontrollanträge, da sie der Ansicht waren, die Neuregelungen verletzten ihr Selbstverwaltungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht wies die Anträge jedoch weitestgehend zurück und begründete dies mit der Ansicht, dass kein Eingriff in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung vorliege.³³⁶

Abstrakt betrachtet ergibt sich hieraus, dass eine Integration der Durchführung von Verwaltungsaufgaben auf unterschiedliche Verwaltungsstellen nicht per se eine Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie ist. Während der ursprüngliche starke Gegensatz von staatlichem und gemeindlichen Handeln und eine zwangsweise Übertragung gemeindlicher Aufgaben per Gesetz oder Verordnung auf andere Stellen einen Eingriff in den kommunalen Aufgabenbereich bedeutete, reduzierte sich mit der Schaffung demokratischer Verhältnisse im gesamten Staatsaufbau einerseits die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung und andererseits änderte sich das Verständnis der kommunalen Selbstverwaltung zu einer pragmatischen Sichtweise, welche gerade den geänderten Verwaltungsanforderungen gerecht werden sollte. Das geänderte Staatsverständnis und die damit einhergehende Relativierung des Bereichs der kommunalen Selbstverwaltung entsprachen somit dem Ansatz Luhmanns eines funktionalen anstelle eines strukturellen Vergleichs von Verwaltungsaufgaben. Anstelle eines Vorgehens im Wege eines Konditionalprogramms zur Feststellung, welche Aufgaben Gegenstand der gemeindlichen Kommunalverwaltung waren, wurden Zweckmäßigkeitserwägungen in den Vordergrund gestellt, um die Aufgabenerledigung effizient sicher zu stellen. Gleichzeitig entspricht die geänderte Sichtweise der kommunalen Selbstverwaltung damit auch der anwendungsorientierten Strukturtheorie Fiedlers, da auch dort Zweckmäßigkeitserwägungen die Einteilung der Verwaltungsaufgaben in Funktionsklassen bestimmen. Diese Sichtweise zeigt darüber hinaus eine

³³⁵ Püttner, S. 36.

³³⁶ BVerfG, Urt. v. 20.03.1952, 1 BvR 267/51 - Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001167.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021; BVerfG, Urt. v. 18.07.1967, 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62 – Jugendhilfe, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021; BVerfG, Beschluss v. 21.05.1968, 2 BvL 2/61 - Breitenborn-Gelnhausen, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv023353.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021.

Fortsetzung der bewegten Entwicklung der Gegensätzlichkeit von gemeindlichem und staatlichem Wirkungskreis bedingt durch den Hintergrund gesellschaftlicher Entwicklung.

Die Gemeinde bildet damit keinen in sich geschlossenen Lebenskreis mehr.

Die sich mehrenden Verflechtungen drohten das Recht auf kommunale Selbstverwaltung zu verletzen. Eine solche Verletzung ist jedoch nicht bereits mit jeder Einschränkung der kommunalen Betätigung gegeben. Der Schutzbereich der kommunalen Selbstverwaltung ist zu bestimmen auf der Grundlage der geschichtlichen Entwicklung und seinen verschiedenen historischen Erscheinungsformen.³³⁷ Für die Frage, ob die Änderungen der Aufbau- und Ablauforganisation durch die integrierte Datenverarbeitung eine Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie verursachen, müsste demnach für jede einzelne Aufgabe bestimmt werden, ob ihre organisatorische Neuausrichtung unter der geschichtlichen Entwicklung der Selbstverwaltung und der vergangenen Erscheinungsformen eine gemeindliche Aufgabe war und ob durch die Integration ein Eingriff erfolgt, der mit dem Wesen der Selbstverwaltung nicht vereinbar, weil er nicht verhältnismäßig ist, so dass die Selbstverwaltung nur noch ein Scheindasein führen kann.³³⁸ Während dies durch das Bundesverfassungsgericht in einer Vielzahl von Einzelfällen verneint wurde,³³⁹ blieb jedoch die Gefahr bei Gesamtbetrachtung der organisatorischen Neuausrichtung durch die integrierte Datenverarbeitung bestehen und damit auch die schleichende Aushöhlung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung.

Die Integration drohte, eine weitgehende Schwächung der Kommunalhoheiten zu verursachen. Die neu entstehenden Abläufe bedeuteten einen Eingriff in die Organisationshoheit der Gemeinden, die insbesondere bei einem Anschlusszwang der Datenzentralen, ob faktisch oder rechtlich, nicht mehr eigenständig organisieren konnten. Zudem wurde durch einen Anschluss an

³³⁷ BVerfG, Urt. v. 20.03.1952, 1 BvR 267/51 - Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001167.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021, Rdnr. 17; BVerfG, Beschl. v. 12.07.1960, 2 BvR 373/60, 442/60 – Wählerversammlung, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011266.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021, Rdnr. 27.

³³⁸ BVerfG, Urt. v. 18.07.1967, 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62 – Jugendhilfe, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021, Rdnr. 91.

³³⁹ BVerfG, Urt. v. 20.03.1952, 1 BvR 267/51 - Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001167.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021; BVerfG, Urt. v. 18.07.1967, 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62 – Jugendhilfe, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021; BVerfG, Beschluss v. 21.05.1968, 2 BvL 2/61 - Breitenborn-Gelnhausen, zit. nach DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv023353.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021, jeweils mit weiteren Nachweisen.

die Datenzentralen eine Anpassung von Verwaltungsabläufen vorausgesetzt, so dass auch insofern eine Reduzierung der Organisationshoheit erfolgte. Dies gilt ebenso für die Personalhoheit. Aufgrund des Anschlusszwangs erfolgte ein Eingriff in die Freiheit der Gemeinde bzw. des Gemeindeverbands, selbständig das Personal für die Datenverarbeitung auszuwählen, einzustellen, zu befördern und auch zu entlassen. Zudem bewirkte die Mitgliedschaft in einer Datenzentrale die Schwächung der Finanzhoheit, da mit der Mitgliedschaft Beitragsverpflichtungen entstanden. Die Gemeinden und Gemeindeverbände übertrugen daher einen Großteil ihrer Finanzplanung der Datenzentrale. Insgesamt kumulieren die Eingriffe in die einzelnen Hoheiten in einem Eingriff in die Rechtssetzungshoheit. Mit der Mitgliedschaft in einer Datenzentrale geben die Gemeinden und Gemeindeverbände einen Großteil ihrer Rechtssetzungshoheit ab. Die Satzungen der Datenzentralen werden von den Gremien der Datenzentralen erlassen, bei denen die Gemeinden nur vertreten sind.

II. Das Bundesstaatsprinzip

Während die Integration der Kommunen in staatliche Aufgaben den praktischen Bedürfnissen des sozialen Lebens gerecht wurde und somit der Inhalt des unbestimmten Rechtsbegriffs der kommunalen Selbstverwaltung Anpassungen unterlag, ergaben sich parallel Gefahren für die normativen Strukturprinzipien der Bundesrepublik. Nach Artikel 20 Absatz 1 GG ist die Bundesrepublik ein vertikal gegliederter Verbundstaat, dessen Einteilung in Bund, Länder, Kreise und Gemeinden Ausdruck der vertikalen Gewaltenteilung ist. Die Staatsqualität zeigt sich in der Eigenverantwortlichkeit sowie in den eigenen Kompetenzen und Hoheitsbefugnissen.

Der dem Bundesstaatsprinzip zu Grunde liegende Föderalismus führt als Organisationsprinzip und Ausdruck des Gewaltenteilungsprinzips zu einer prinzipiellen Trennung der dem Bund angehörenden Länder als eigenständige Staaten mit jeweils eigenständigen Gewalten, Hierarchien und Prozessen. So sichert das Bundesstaatsprinzip durch eine Vielzahl von Organen mit den abgegrenzten Zuständigkeiten in Bund und Ländern die Machtverteilung, Gewaltenverschränkung und Kontrolle. Es schafft die Existenz doppelter Entscheidungszentren (duplex regimen)³⁴⁰ im Sinne einer Teilhabe von Bund und Ländern an Staatsfunktionen und gewährleistet eine vertikale Machtaufgliederung und Gebietsaufteilung sowie eine horizontale Verschränkung durch den Bundesrat als auf Ebene des Bundestages und der Bundesregierung verortetes Mitwirkungsorgan

³⁴⁰ Stern, Band 1, 492.

bei der politischen Willensbildung. Der Bund darf in dieses System nur eingreifen, „soweit es das Grundgesetz ausdrücklich bestimmt oder zulässt“³⁴¹.

Grundsätzliche Zuständigkeit kommt der jeweils unteren Einheit zu und die übergeordnete Einheit ist lediglich subsidiär zuständig (Subsidiaritätsprinzip). Das System soll die jeweilige Zuständigkeit der handelnden Einheit in lebensnaher Kenntnis der beteiligten Interessen und Ausgangslagen sicherstellen, also gerade eine Ferne und inadäquate Aufgabenerfüllung vermeiden.

So entsteht ein ständiges Mit- und Gegeneinander unterschiedlicher politischer Kräfte, aber auch Wettbewerb, Kontrolle, Entwicklung von Alternativen sowie das Wechseln von Mehrheiten und Minderheiten im vertikalen Staatsaufbau.

Beachtlich ist, dass das Bundesstaatsprinzip nicht als Konzept strenger Trennung der Sphären der Länder und des Bundes umgesetzt ist. Vielmehr ergibt sich ein System gegenseitiger Verschränkungen und Kontrollen durch die Zuweisung von Gesetzgebungskompetenzen und Verwaltungskompetenzen.

Grundsätzlich liegt die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte bei den Ländern (Art. 30 GG). Gleichzeitig wird die Macht der Länder durch den Vorrang des Bundesrechts gemäß Art. 31 GG sowie die im Grundgesetz vorgesehenen *leges speciales* begrenzt. Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben können ausschließlich durch das Grundgesetz oder auf der Grundlage eines formellen Gesetzes auf den Bund übertragen werden bzw. durch das Grundgesetz übertragen sein.

Außerdem garantiert Artikel 79 Absatz 3 GG den Ländern ein „*Hausgut*“ an eigenen Aufgaben, wozu jedenfalls die Bestimmungen über die Gesetzgebung, die Verwaltungsorganisation und auch die Judikative der Länder gehören einschließlich der organisatorischen Grundentscheidungen sowie die Garantie der verfassungskräftigen Zuweisung eines angemessenen Anteils am Gesamtsteueraufkommen im Bundesstaat. Während die konkrete Ausgestaltung dieses *Hausguts*

³⁴¹ BVerfG, Beschluss v. 10.05.1960, 2 BvL 76/58 - Ermächtigungsadressaten, zit. nach DRF: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011077.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021, Rdnr. 18.

gestaltungsoffen ist, darf das Hausgut „*was auch immer im einzelnen dazu gehören mag*“ nicht ausgehöhlt werden.³⁴²

Im Bereich der Gesetzgebung steht die Kompetenz gemäß Art. 70 GG grundsätzlich den Ländern zu. Der Bund ist lediglich dann gesetzgebungsbefugt, wenn das Grundgesetz dies vorsieht. Als Ausnahme ist daher die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes vorgesehen (Art. 71, 73 GG). Der Bund kann jedoch die Länder ermächtigen, Gesetze selbständig nach den jeweiligen Gesetzgebungsverfahren des Landesrechts zu verabschieden. Die Rahmengesetzgebung gemäß Art. 75 GG als Sonderfall der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz sieht die Möglichkeit des Bundes vor, Rahmenbedingungen für eine Materie zu schaffen, welche durch die Länder ausgestaltet werden müssen.

Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung erlischt die Gesetzgebungsbefugnis der Länder, wenn und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch macht. Die Bundeszuständigkeit setzt voraus, dass ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht (Art. 72 Abs. 2 GG). Ausreichend ist es, dass eine Regelung durch Bundesgesetz dazu bestimmt ist, eine Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse herbeizuführen. Speziell im Haushaltsrecht (Art. 109 GG) regelt das Grundgesetz, dass der Bund und die Länder ihre Haushaltswirtschaft selbständig und unabhängig voneinander regeln. Einschränkend bestimmt Art. 109 Abs. 3 GG, dass auf der Grundlage eines Bundesgesetzes, welches der Zustimmung des Bundesrates bedarf, gemeinsam geltende Grundsätze für eine konjunkturgerechte Haushaltswirtschaft und für eine mehrjährige Finanzplanung aufgestellt werden können.

Zudem sieht das Grundgesetz an zahlreichen Stellen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes vor, welche hier nicht detailliert behandelt werden sollen. Beispielhaft seien genannt Art. 4 Abs. 3 S. 2 GG; 21 Abs. 3; 38 Abs. 3; 95 Abs. 3 S. 2; 134 Abs. 3 GG.

Entsprechend funktioniert die Zuständigkeitsverteilung in der Exekutive. Grundsätzlich nehmen die Länder sämtliche Angelegenheiten eigenständig wahr („Grundsatz der Länderexekutive“). Sie führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten aus, es sei denn das Grundgesetz sieht etwas anderes vor (Art. 83 GG). Hierzu verfügen die Länder über die Organisationsgewalt; sie regeln die

³⁴² BVerfG, Urt. v. 26.07.1972, 2 BvF 1/71 - Besoldungsvereinheitlichung, zit. n. DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034009.html>, zuletzt abgerufen am 09.01.2021, Rdnr. 67.

Einrichtung der Behörden, der Zuständigkeiten und das Verwaltungsverfahren (Art. 84 GG), wobei der Bund in begrenztem Ausmaß durch seine Gesetzgebung Einfluss nehmen kann.

Gleichzeitig ist beachtlich, dass die Länderkompetenzen nicht nur durch die ausnahmsweise Gesetzgebungskompetenz des Bundes begrenzt werden. Vielmehr ist der Bund ermächtigt, Verwaltungsvorschriften zu erlassen, wobei diese Kompetenz wiederum begrenzt ist durch das Zustimmungserfordernis des Bundesrates (Art. 84 Abs. 2 GG i.d.F. v. 24.05.1949). Eine weitere Begrenzung der Macht der Länder ergibt sich aus der Rechtsaufsicht, welche durch den Bund wahrgenommen wird, wobei auch diese Kontrolle begrenzt ist durch das Recht der Länder, ein Mängelrügeverfahren beim Bundesverfassungsgericht (Art. 84 Abs. 4 S. 2 GG i.d.F. v. 24.05.1949) zu initiieren.

Damit sieht das Grundgesetz getrennte Verwaltungsbereiche zwischen Bund und Ländern vor, wobei die Gemeinden einerseits Teil der Verwaltungsorganisation der Länder sein sollen. Andererseits sollen sie einen Aufgabenbereich haben, welcher auch gegenüber dem Land im Rahmen der Gesetze eigenständig war.

Gerade diese Aufgabenstruktur erschien jedoch bedroht durch die Integration der Kommunen in die staatlichen Aufgaben sowie die Verflechtungen im Sinne einer *res mixta* zwischen Bund und Ländern.

Die in der kommunalen Selbstverwaltung gefundenen Wanderungsprozesse von Verwaltungsaufgaben waren entsprechend auf der Ebene Land/Bund zu beobachten und folgten ebenso der Prämisse einer funktionierenden Verwaltungs- und Sozialordnung, die technisch-industriellen, wirtschaftlichen und insbesondere informationsverarbeitungsorientierten Anforderungen gerecht werden müsse.³⁴³ Die Gegensätzlichkeit von Bund und Ländern wurde faktisch ersetzt durch ein Miteinander, welches staatliche Aufgaben überwiegend als Gesamtaufgaben erscheinen ließ.³⁴⁴ Für spezielle Bereiche bestanden für Verwaltungsverbände und Mischverwaltungen verfassungsrechtliche Grundlagen. Artikel 108 Abs. 4 GG erlaubt ein Zusammenwirken des Bundes und der Länder für die Finanzverwaltung. Artikel 73 Nr. 10 und Artikel 87 Abs. 1 S. 2 GG sehen Gesetzgebungskompetenzen vor, die die Schaffung gemeinsamer

³⁴³ Stern, Band 1, 498.

³⁴⁴ Stern, Band 1, 498.

Behörden und Verfahren im Bereich der Verbrechensbekämpfung und Verfassungsschutz durch Bundesgesetz sowie gemäß Artikel 91a im Bereich Ausbau und Neubau von Hochschulen, regionale Wirtschaftsstruktur und Agrarstruktur und Küstenschutz und gemäß Artikel 91b GG im Bereich Bildungsplanung und Forschung, ermöglichen. Tatsächlich nahm die Mischverwaltung jenseits der grundgesetzlich vorgesehenen Bereiche mit der integrierten Datenverarbeitung zu und es drohte eine zunehmende Durchbrechung des Verbotes der Mischverwaltung aus Artikel 30 GG.³⁴⁵

Rein tatsächlich kam es so zu einer Destabilisierung der herkömmlichen Bundesstaatlichkeit und zu einem zunehmend zentralisierten System. Stern bemerkte, dass „*die Gefahren einer Aushöhlung der politischen Substanz der Länder, die bereits in der Weimarer Reichsverfassung eine Rolle spielten, [...] unübersehbar*“³⁴⁶ seien.

Zuvor hatte bereits Köttgen problematisiert, dass der Bund für Zwecke der Bundesverwaltung eventuell unmittelbar auf die Kommunen zugreifen dürfe. Die Artikel 84 und 85 GG sahen in ihrer ursprünglichen Fassung vom 23. Mai 1949 nicht ausdrücklich vor, dass Gemeinden und Gemeindeverbänden durch Bundesgesetz keine Aufgaben übertragen werden dürfen. Diese Regelungen in Artikel 84 Absatz 1 Satz 7 und 85 Absatz 1 Satz 2 GG wurden erst mit Gesetz vom 01. September 2006 aufgenommen.³⁴⁷ Bis dahin hing die Beantwortung der Fragestellung von einer Auslegung des Artikels 84 Absatz 1 GG in Verbindung mit Artikel 73 ff. GG ab.³⁴⁸ Aufgrund der Trennung der Bundes- von der Landesverwaltung und der Zuweisung der Gemeinden als Bestandteil der Landesverwaltung liegen Regelungen und Verwaltungsaufgaben der Gemeinden außerhalb der Bundeszuständigkeit.³⁴⁹ Sofern die Landesverwaltung jedoch Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates vollzieht, besteht die Möglichkeit, dass die Gemeinden an der Vollziehung beteiligt werden, da sie durch die Landesverwaltung im Rahmen der

³⁴⁵ Stern, Band 1, 498.

³⁴⁶ Stern, Band 1, 499.

³⁴⁷ BGB. [2006] Teil I, S. 2034.

³⁴⁸ Köttgen, 105f.

³⁴⁹ BVerfG, Beschluss v. 07.10.1980, 2 BvR 584, 598, 599, 604/76 – Flugplatz Memmingen, zit. nach Deutschsprachiges Fallrecht: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv056298.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 38

Auftragsverwaltung einbezogen werden. Dies gilt für die Einrichtung der Behörden und für die Durchführung des Verwaltungsverfahrens. Es bestand damit die „*Gefahr einer Atomisierung der demnach für jedes Spezialgebiet bundesrechtlich abwandlungsfähigen Verwaltungsorganisation der Länder*“³⁵⁰. Gleichzeitig folgte hieraus die Gefahr einer Verletzung der Landeskommunalverfassungen und somit der Verletzung der kommunalen Selbstverwaltung in ihrem normativen Wesensgehalt.

Lediglich die Verweigerung der Zustimmung zu den jeweiligen Bundesgesetzen im Bundesrat vermochte hiergegen zu schützen. Gleichzeitig war jedoch insbesondere im Bereich der integrierten Datenverarbeitung problematisch, dass diese Weigerung gerade der Integration und somit der Bewältigung der modernen Verwaltungsaufgaben widersprochen hätte. Es war daher damit zu rechnen, dass der Bundesrat die Zustimmung nicht verweigerte und der Einfluss des Bundes auf die Gemeinden zunahm und so eine Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung als normatives Prinzip entstünde. Zudem war damit zu rechnen, dass der Bundesgesetzgeber zur Vereinheitlichung der integrierten Datenverarbeitungsprozesse konkrete Bestimmungen des jeweils anwendbaren Verwaltungsverfahrens schaffen und somit den Selbstverwaltungskörperschaften konkrete Vorgaben machen würde. Daher würden die Vorgaben über die Bestimmung der Funktionsträger hinausgehen und auch die Ablauforganisation betreffen. Zudem sind die Länder im Rahmen der von ihnen geschaffenen Auftragsverwaltung über die Einflussnahmemöglichkeiten des Bundes hinausgegangen. Sie sehen im Wege der ADV-Gesetze die Angleichung der Aufbau- und Ablauforganisation vor.

III. Das Rechtsstaatsprinzip

Als Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips besteht eine Gefahr für die Gewaltenteilung und der Rechtsgebundenheit staatlichen Handelns auf der Grundlage einer funktionsgerechten Organisation öffentlicher Stellen.

1. Das Gewaltenteilungskonzept Montesquieus als Grundlage der Gewaltenteilung im Grundgesetz

Insbesondere der heutzutage als geistige Vater des Gewaltenteilungsprinzips angesehene Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu entwickelte in seinem Werk „De l'esprit

³⁵⁰ Köttgen, 109.

des Lois (1758)“ die Grundlage für die heutigen Formen der Gewaltenteilung aufbauend auf den zuvor entwickelten Konzepten von Harrington, Hobbes, Locke und den Auseinandersetzungen zwischen der Opposition mit dem Walpole Regime im England des 18. Jahrhunderts.³⁵¹

Montesquieu erkannte das Prinzip der Gewaltenteilung als ein System der Funktionstrennung von Legislative, Exekutive und Judikative bei gleichzeitigem Aufbau von Verschränkungen auf der Ebene des horizontalen Staatsaufbaus, um die ursprünglich einem Monarchen übertragene Macht nicht in eine Despotie ausarten zu lassen. Während im Rahmen einer weitreichenden Dogmatisierung das Konzept Montesquieus reduziert wurde auf eine Dreiteilung der Gewalten³⁵², beschreibt Montesquieu im 11. Buch, 6. Kapitel seines Werks „*De l'Esprit des Lois*“ ein Konzept der Funktionentrennung bei gleichzeitiger Schaffung von Verschränkungen und gegenseitigen Kontrollen („status mixtus“), in welchen gerade der Bedeutungsschwerpunkt des Gewaltenteilungsprinzips liegt.³⁵³

Was Montesquieu als grundlegendes Ordnungsprinzip im Sinne eines status mixtus zur Begründung einer konstitutionellen Monarchie und zur Überwindung des Absolutismus beschrieb, wurde im Rahmen der Dogmatisierung zu einem rationalen Organisationskonzept unter Vernachlässigung der freiheitssichernden Wirkung des Systems der Verschränkung und Kontrolle. Durch die Reduzierung erreichte das Konzept eine besondere politische Schlagkraft, welche zu seiner umfassenden Ausbreitung³⁵⁴ und auch Grundlage für dessen Aufnahme in der Declaration des droits de l'homme et du citoyen“ vom 26. August 1789 in Art. 16 wurde. Dort lautet es: „*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*“ („Eine Gesellschaft, in der die Gewährleistung der Rechte nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung.“)

Zwar findet sich die Reduzierung auf die formelle Dreiteilung ebenfalls im Grundgesetz. Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 GG als sedes materiae sieht lediglich die Dreiteilung vor, d.h. dass die Staatsgewalt unmittelbar dem Volke zusteht und das Volk sie an die Gewalten der

³⁵¹ Instruktiv: Kluxen, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969, 131.

³⁵² Kägi, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 286, 294.

³⁵³ Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 7.

³⁵⁴ Kägi, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 286, 297.

Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung delegiert. Ein darüber hinaus gehendes Konzept von Verschränkungen und Kontrolle ist dem Wortlaut nicht entnehmbar. Dennoch entsprach es bereits in den 1950er Jahren und auch bei Einführung des Bundesdatenschutzgesetzes der allgemeinen Ansicht, dass das Gewaltenteilungsprinzip die Verschränkung und Kontrolle beinhaltet.

Grundgedanken des Gewaltenteilungsprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG sind die Machthemmung und Machtbalancierung durch eine rationelle Funktionentrennung bei gleichzeitiger Gewaltenverschränkung. Gerade die Verschränkungen und Kontrollen wirken gegen die Entstehung eines ausgeprägten Machtvolumens in einer oder mehreren der drei Gewalten. Als Bestandteil des Kernbereichs der Gewaltenteilung ist daher die Bewahrung wirksamer Verschränkungen und Kontrollen anzusehen.

Das Mittel der Umsetzung des Gewaltenteilungsprinzips ist die Funktionentrennung in materieller, organisatorischer und personeller Hinsicht bei gleichzeitigem Aufbau eines Systems von Durchbrechungen zur Schaffung der Verschränkung.

In **materieller Hinsicht** ist die staatliche Gewalt horizontal getrennt in die vollziehende Gewalt, die Rechtsprechung und die Gesetzgebung. Organisatorisch soll jede Teilgewalt ihre Funktion eigenständig wahrnehmen. Personell dürfen auf der Grundlage eines formalen Gesetzes und Art. 137 Abs. 1 GG Organwähler der einen Gewalt nicht gleichzeitig einer anderen Gewalt angehören („Inkompatibilität“).³⁵⁵

In **personeller Hinsicht** seien beispielhaft aufgeführt das Recht des Bundestages als Legislativorgan den Bundeskanzler als Exekutivorgan per Misstrauensvotum durch eine andere Person zu ersetzen (Art. 67 GG), die Bestimmung der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts durch eine andere Gewalt, nämlich durch die Legislative und Exekutive gemäß Art. 94 Abs. 1 S.2 GG.

Als Gegenstände **funktioneller Durchbrechung** bestehen gegenseitige Einwirkungs- und Kontrollrechte wie zum Beispiel der Rechtsprechung gegenüber der Exekutive aus Art. 19 Abs. 4 GG, gegenüber der Legislative im Rahmen der Normenkontrolle aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 4a, Art. 100 Abs. 1 GG. Der Meinungsstreit, ob auch Akte der Legislative unter Art. 19 Abs. 4 GG, sofern

³⁵⁵ Stern, Band 1, 626f.; Hesse, 194; Küster, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1, 2.

sie nicht auf administrative und damit exekutive Akte reduziert sind, soll hier nicht erörtert werden. Der Streit hat keine Relevanz für die Thematik dieser Arbeit. Zudem wird der herrschenden Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gefolgt. Danach sprechen gerade die systematische und historische Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG für dessen ausschließliche Anwendung auf die Exekutive.³⁵⁶

Die weitere Ausgestaltung im Grundgesetz erfolgt in den Abschnitten VI. hinsichtlich der Exekutive, VII. hinsichtlich der Legislative und IX. hinsichtlich der Judikative. Die oben angeführten Beispiele von Durchbrechungen entsprechen in materieller, organisatorischer und personeller Hinsicht einem System von gegenseitiger Mäßigung und Kontrolle. In materieller Hinsicht soll dieses System sicherstellen, dass die materiellen Staatsfunktionen der Rechtsetzung, Vollziehung und Rechtsprechung grundsätzlich bei den jeweils dafür eingerichteten Organen verbleiben. In organisatorischer Hinsicht soll sichergestellt sein, dass die jeweiligen Organe die entsprechende Funktion grundsätzlich unabhängig, transparent und eigenverantwortlich ausüben können. Personell sollen die jeweiligen Organwalter nicht mehreren Funktionen parallel dienen (Inkompatibilität). Lediglich Ausnahmen erlauben, dass andere Organe Funktionen teilweise oder vollständig in eigener Verantwortung oder im Auftrag übernehmen. Hierzu unten mehr.

In der Folge hat das Bundesverfassungsgericht das Gewaltenteilungsprinzip als das tragende Organisationsprinzip des Grundgesetzes eingeordnet, welches bestimmte Aufgaben einer jeweiligen Gewalt zuordnet.³⁵⁷ Hesse hebt das Gewaltenteilungsprinzip als Prinzip der Konstituierung, Rationalisierung, Stabilisierung und Begrenzung staatlicher Gewalt und damit als organisatorisches Grundprinzip der Verfassung für den gesamten Organisationsaufbau staatlicher Erscheinungsformen in Organen, Behörden, Ämtern und sonstigen öffentlichen Stellen auf allen Ebenen des Staatsaufbaus hervor.³⁵⁸ Als solches ist es jedoch vor dem Hintergrund der geänderten Verfassungswirklichkeit zu betrachten. In der modernen Verfassungswirklichkeit liegt ein Schwerpunkt des staatlichen Handelns in den neuen Verwaltungsaufgaben und somit in der

³⁵⁶ BVerfG, Urteil v. 25.06.1968, - 2 BvR 251/63 - AKU-Beschluß, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv024033.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 55; BVerfG, Urteil v. 18.12.1968, - 1 BvR 638, 673/64 und 200, 238, 249/65 - Hamburgisches Deichordnungsgesetz, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv024367.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 130.

³⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 18.12.1953, - 1 BvL 106/53 - Gleichberechtigung von Mann und Frau, zit. nach DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv003225.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 57.

³⁵⁸ Hesse, 202.

Exekutive. Mit der Umsetzung der horizontalen und vertikalen Verflechtungen entsteht die von dem Gewaltenteilungsprinzip zu bekämpfende Machtkonzentration gerade in der exekutiven Gewalt. Daher ist fraglich, wie die Prinzipien des ursprünglich horizontal ausgerichteten Gewaltenteilungsprinzips als Beschränkung eines monarchischen Herrschaftssystems, welches im Wege des Föderalismus im Bundesstaatsprinzip vertikalisiert wurde, nun im Rahmen der einzelnen Teilgewalten bestehen und durch die integrierte Datenverarbeitung betroffen sind.

Die Vielzahl von Verwaltungsbehörden mit den ihnen zugewiesenen Zuständigkeiten wirkte faktisch als Aufteilung von Einflussmöglichkeiten und somit als Machtbegrenzungsmittel wie das Gewaltenteilungsprinzip.³⁵⁹ Hierin wird gerade eine Art von Gewaltentrennung gesehen, welche nicht nur aufgrund der differenzierten Zuständigkeiten der jeweiligen Behörden, sondern auch in der jeweils vorhandenen speziellen Fachkenntnis besteht. Während in integrierten Systemen ein Hang zur sachfremden Verwertung der Daten bestehen mag und die Daten zudem mit einer relativen Unkenntnis durch mangelnde Fachkenntnis über deren jeweilige Bedeutsamkeit verarbeitet werden können, dürfte gerade die jeweilige Spezialbehörde eine sach- und zudem zweckgemäße Verwertung sicherstellen. Daher wäre wohl die Missbrauchswahrscheinlichkeit in getrennten Systemen geringer.

Die gewaltige Machtzusammenballung, welche sich mit den neuen Verwaltungsaufgaben und der Anhäufung von Daten in individuellen Datenbanken der jeweiligen Behörden ansammelte, kulminierte in der integrierten Datenverarbeitung insbesondere bei den Datenverarbeitungszentralen, die unmittelbare Kontrolle über die Daten erlangten, aber auch bei den Stellen, die auf den Datenbestand zugreifen konnten.

Die Aufgabenteilung im öffentlichen Bereich und die Vielheit von Organen mit mehr oder weniger klar abgegrenzten Zuständigkeiten in Bund und Ländern ist demnach nicht nur eine Erscheinung zur Beherrschung komplexer Aufgaben, deren Bewältigung ein hohes Maß an Expertise und Ressourcen erfordert, sondern zudem die nachhaltige Verwirklichung des Gewaltenteilungsprinzips als „*administrative Gewaltenteilung*“.³⁶⁰

³⁵⁹ Peters, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 78, 102.

³⁶⁰ Lenk, in: Datenschutz, 15, 22f.

In diesem Sinne führt Forsthoff aus: „*Es gibt auch eine Trennung der Gewalten innerhalb der Verwaltung. Sie besagt ganz einfach dies: jedes Ressort hält im Rahmen seiner Verantwortung auf Recht und Ordnung. Wird dieser Grundsatz verlassen, machen jede Anstalt und jeder Dienstzweig ihr eigenes Verhalten gegenüber dem einzelnen davon abhängig, wie sich der einzelne anderen Ressorts und Anstalten gegenüber verhält, so tritt ein Zustand der Knechtschaft ein, gegen den die Aufhebung der als verfassungsrechtliches Prinzip verstandenen Gewaltenteilung ein Kinderspiel ist. [...] Da die Verwaltung über die Daseinsvorsorge die vitalen Lebensbedingungen des einzelnen kontrolliert, wäre die Zulassung eines Junktim zwischen an sich nicht zusammengehörigen Verwaltungsfunktionen und Verhaltensweisen notwendig die Legalisierung eines Knebelungssystems ohne geschichtliches Beispiel: wer das oder jenes nicht tut oder unterläßt, erhält keine Arbeit, kein Wasser und Gas, keine Elektrizität, hat kein Recht auf Inanspruchnahme des Wohnungsamts, erhält keine Lebensmittelkarten usw.. Eine Rechtsordnung, die die derartiges anerkennen würde, hebt sich von selbst als solche auf.*“³⁶¹

Luhmann geht sogar soweit an der Gewaltenteilung an sich zu zweifeln. Die traditionelle Auffassung der Staatsverwaltung als eine von drei Gewalten werde fragwürdig unter Zugrundelegung der funktional ausgerichteten Methodik der Entscheidungs- und Systemtheorie.³⁶² Seine Zweifel behebt er durch eine Rekonstruktion der Gewaltenteilung als „*Prinzip der internen Differenzierung des Staatsverwaltungssystems*“.³⁶³ Dadurch würde man der Methodik moderner staatlich-bürokratischer Tätigkeit als funktional ausgerichtete Entscheidungstätigkeit in der Exekutive, Judikative und Legislative gerecht, ohne die Bedeutung der Gewaltenteilung nach klassischer Auffassung zu vernachlässigen.³⁶⁴

Die hiervon ausgehende Schutzwirkung gegen das Entstehung einer Despotie wird durch die Einrichtung der integrierten Datenverarbeitung relativiert. Die integrierte Datenverarbeitung wird als organisatorisches Mittel zur Überwindung der Ineffizienz arbeitsteiliger Verwaltungsprozesse angesehen. Sie soll Koordinationsgespräche, Koordinationsausschüsse, Mitteilungspflichten und

³⁶¹ Forsthoff, 505.

³⁶² Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 73f.

³⁶³ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 74.

³⁶⁴ Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 74.

Amtshilfe überflüssig machen³⁶⁵ und die selbständigen Verwaltungseinheiten in ihrer jeweiligen Aufbau- und Ablauforganisation aufbrechen. Die „*automatische Datenverarbeitung*“ soll „*im Wege funktioneller Zentralisierung und integrierter Datenverarbeitung die [...] Nachteile der Arbeitsteilung auf [...] heben*“³⁶⁶ und die Einheit des Staates herstellen.³⁶⁷ Es entstünde daher eine besondere Transparenz der Bürger für jede zugriffsberechtigte Teilbürokratie, obwohl eine solche Transparenz für die Erfüllung der jeweils in die Zuständigkeit der Verwaltungsstelle fallenden Aufgabe sachfremd wäre. Lenk ist daher zuzustimmen, wenn er schließt: „*Die Schutzfunktion der administrativen Gewaltenteilung schwindet, wenn eine gemeinsame Datenbank oder ein integriertes Informationssystem den Teilbürokratien ein gemeinsames „Gedächtnis“ zur Verfügung [...] steht.*“³⁶⁸

2. Rechtsgebundenheit und Zuständigkeitsaufteilung

Rechtsstaatlichkeit im Sinne des Grundgesetzes setzt den Primat des Rechts voraus (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Realisierung der Rechtsbindung erfordert nicht nur eine materielle Umsetzung rechtlicher Vorschriften, sondern ebenso die Transparenz und Berechenbarkeit formeller Verfahren. Dies erfordert eine funktionsgerechte und überschaubare Organisation staatlicher Stellen zur Sicherstellung einer angemessenen Sachkenntnis und Überprüfbarkeit, sei es durch den Betroffenen, die Judikative, die jeweils höhere Instanz oder auch durch die Aufsichtsbehörde.³⁶⁹ Das Rechtsstaatsprinzip setzt ebenso die Grundlage für den Aufbau des Staates und dessen transparente Gliederung nach Verantwortlichkeiten zum nachhaltigen Schutze subjektiver Rechte.³⁷⁰ Betroffene sollten die Möglichkeit bekommen, die tatsächlich verantwortliche Stelle in Anspruch zu nehmen, um ihre Rechte erfolgreich realisieren zu können. Dafür sei „*ein Stück „Geformtheit, Verstehbarkeit, Übersichtlichkeit und Klarheit“ der staatlichen*

³⁶⁵ Lenk, in: Datenschutz, 14, 22.

³⁶⁶ Ostermann, Die Verwaltung 1970, 129, 139.

³⁶⁷ Lenk, in: Datenschutz, 14, 22.

³⁶⁸ Lenk, in: Datenschutz, 14, 26.

³⁶⁹ Stern, Band 1, 647.

³⁷⁰ Stern, Band 1, 625.

Wirkungseinheit ³⁷¹ notwendig, „*durch die Rechtsrichtigkeit, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit verbürgt werden sollen*“ ³⁷².

Daher ist insbesondere eine klare Zuständigkeitsabgrenzung essentiell für die Rechtsgebundenheit öffentlich-rechtlichen Handelns.³⁷³ Die Verwaltungsorganisation ist als ein rechtsstaatliches Gebot anzusehen.³⁷⁴ Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG schreibt vor, dass die unterschiedenen Funktionen von besonderen Organen wahrgenommen werden müssen.³⁷⁵

Hesse stellt beispielhaft dar, dass ein Parlament nicht adäquat aufgebaut sei, um administrative Detailaufgaben sachgemäß zu erledigen; weisungsgebundene Behörden wiederum seien nicht in der Lage, um unvoreingenommen eine Rechtsstreitigkeit zu entscheiden und Gerichte könnten nicht die Aufgabe eines politischen Willensbildungsprozesses ausüben.³⁷⁶ Vielmehr sind dem Parlament und dem Bundesrat als demokratisch gewählten Organen die Gesetzgebung, dem Bundeskanzler und den jeweils nachgeordneten Behörden die Ausübung der Exekutivaufgaben und den Gerichten die Rechtsprechung zugewiesen. Die Wahrnehmung von Aufgaben im Rahmen der jeweiligen Funktionen setzt jeweils eine bestimmte Anforderung voraus. Der in der Legislative tätige Abgeordnete soll Repräsentant des gesamten Volkes bzw. seines Wahlreises sein, der in der Exekutive tätige Beamte bzw. Angestellte sowie der in der Judikative zuständige Richter sollen die notwendige fachliche Qualifikation vorweisen können. Der Richter ist unabhängig, während der Beamte seiner Treuepflicht nachkommen muss.

Die einzelnen materiellen Funktionen müssen jeweils spezifisch und zweckdienlich ihren Funktionsträgern zugeordnet sein. Der Aufbau, die personelle Besetzung und Zusammensetzung der Funktionsträger müssen den Anforderungen der jeweiligen Funktion entsprechen.

³⁷¹ Stern, Band 1, 625.

³⁷² Stern, (o. Fn. 27), aaO.

³⁷³ Peters, in: Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung: 78, 102.

³⁷⁴ Stern, Band 1, 647.

³⁷⁵ Hesse, 198.

³⁷⁶ Hesse, 198; siehe hierzu auch Stern, Band 1, 536ff.

Eine Funktionenzuweisung sowie die daran gebundene Organstruktur führen somit zu einem prinzipiellen Verbot der Wahrnehmung oder Funktionenzuweisung, die nicht den grundgesetzlichen Regelungen entsprechen.³⁷⁷ Eine Veränderung der Zuweisungsstruktur ist daher nur dann verfassungsgemäß, wenn sie auf der Grundlage der grundgesetzlichen Regelungen und auf der Grundlage anwendbarer einfachgesetzlicher Organisationsnormen erfolgt und nicht losgelöst von diesen entsprechend technologischer Pragmatik.

Das Grundgesetz sieht eine lediglich grundlegende Funktionenzuweisung hinsichtlich der drei Gewalten als staatliche Tätigkeitsbereiche³⁷⁸ im Rahmen des Bundesstaatsprinzips sowie im begrenzten Maße im Bereich der Selbstverwaltung der Kommunen und der Länder vor. Grundsätzlich unterliegt die Zuständigkeitsverteilung der Organisationsgewalt des Bundes, der Länder und der Gemeinden, welche ihren Ursprung in der Befugnis des Monarchen zur Zeit des Absolutismus hatte, den Organismus des Staatsdienstes auszugestalten.³⁷⁹ Gleichzeitig ist die Organisationsgewalt beschränkt durch die Regelungen der Bundes- bzw. Landesorganisationsgesetze sowie die kommunalverfassungsrechtlichen Organisationsgesetze.

Gesetzlich vorgesehene Zuständigkeiten können nur im Wege der Gesetzgebung geändert werden. Ohne eine solche Änderung besteht die Gefahr, dass es aufgrund der integrierten Datenverarbeitung zu faktischen Verschiebungen derartiger Zuständigkeiten und somit zu Verstößen gegen die einschlägigen Organisationsregelungen kommt. Über das Risiko einfacher Gesetzesverstöße hinaus drohte also ein Aufbruch der verfassungsrechtlich bestimmten Zuständigkeitsverteilung, da die tatsächlichen Auswirkungen der integrierten Datenverarbeitung durch deren Vielgestaltigkeit und dem Ziel einer möglichst weitreichenden Integration nicht konkret absehbar waren. Das Bestreben einer möglichst weitgehenden Integration und die damit insbesondere vorgesehene Zentralisierung drohten jedoch gerade die verfassungsrechtlichen Grundstrukturen des Verwaltungsaufbaus und damit gerade die Zuständigkeiten zu verändern. Es drohte eine substantielle Änderung hergebrachter Befugnisse inklusive einer Einschränkung der Zuständigkeiten der Kommunen und der Länder. Durch die wachsende Einbindung kommunaler Stellen in die Erledigung von Staatsaufgaben drohte die Übertragung von Hoheitsbefugnissen der

³⁷⁷ Hesse, 199.

³⁷⁸ Stern, Band 1, 537.

³⁷⁹ Forsthoff, 433.

Länder und des Bundes auf nicht unmittelbar staatsbehördliche Träger, sondern auf Gemeinden und andere Selbstverwaltungsträger und die jeweiligen Datenzentralen bzw. Landesämter.

Das Gemeinderecht sah in § 2 DGO ausdrücklich vor, dass derartige Änderungen die Gesetzesform erfordern.

Für die integrierte Datenverarbeitung war dabei essentiell, dass die Datenzentralen bzw. Landesämter nicht als unmittelbare staatsbehördliche Träger angesehen werden konnten. In Abhängigkeit des jeweiligen Koordinationsmodells war zwar die Kontrolle der Länder oder des Bundes entweder im Wege der organisatorischen Vorgaben der jeweiligen Landes-/Bundesexekutive oder der Rechtsaufsicht vorgesehen. Gleichzeitig bestand stets eine Mitwirkung von Vertretern der Kommunen entweder hinsichtlich der Einbeziehung von Kommunen in die Datenzentralen der Länder oder aber für die indirekte Integration kommunaler Rechenzentren im Falle von deren institutioneller Trennung von Landesrechenzentren. Der Staat greift damit einerseits in die Selbstverwaltungsaufgaben ein, andererseits begibt er sich eines Teils seiner Aufgaben.³⁸⁰

3. Dezentralisation und Rechtsaufsicht

Aus der integrierten Datenverarbeitung entsteht ein Risiko für den dezentralen Staats- und Verwaltungsaufbau.

Die Lehre von der Dezentralisation entstand ursprünglich als Reaktion auf die unmittelbare Übernahme aller Verwaltungsfunktionen in der napoleonischen Ära Frankreichs durch die Zentralregierung Napoleon Bonapartes. Als abstraktes Organisationsprinzip verlagert die Dezentralisation Aufgaben auf Verwaltungseinheiten, welche selbst unmittelbar durch die Tätigkeiten wie auch deren Ergebnisse betroffen sind. Im Gegensatz zu einem verwaltet werden eines nicht souveränen Gemeinwesens besteht die Dezentralisation als Organisationsform möglichst weitgehender Souveränität im Sinne eines „Sich-Selbst-Verwaltens“.³⁸¹ Daraus folgt die Existenz verschiedener Verwaltungsträger mit jeweils eigener Spitze. Es handelt sich um den Bund, die Länder, die Gemeinden, die Gemeindeverbände sowie eine große Anzahl von Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts. Teilweise führt die jeweilige

³⁸⁰ Forsthoff, 436.

³⁸¹ Pagenkopf, 44.

Körperschaft Aufgaben für eine andere Körperschaft durch, so dass es sich um fremde Aufgaben handelt (sog. Dekonzentration)³⁸². In diesem Fall unterliegt die Körperschaft der Rechtsaufsicht, der Fachaufsicht sowie der Dienstaufsicht der höherrangigen Behörde.

Im Unterschied zur Dekonzentration bedeutet die hier beachtliche Dezentralisation, die Durchführung eigener Aufgaben ohne Weisungsgebundenheit gegenüber anderen Stellen, welche grundsätzlich nur einer Rechtsaufsicht durch andere Verwaltungsstellen unterliegen. Dies trifft insbesondere auf die Gemeinden und Gemeindeverbände zu. Organisatorisch sind sie den Ländern zugewiesen und unterliegen deren Rechtsaufsicht. Beachtlich ist, dass die Rechtsaufsicht lediglich eine Kontrolle darstellt, durch die festgestellt wird, ob die Gemeinde bzw. der Gemeindeverband das geltende Recht beachtet. Eine Einschränkung der Eigenständigkeit der Gemeinde ist damit nicht verbunden, da die Einhaltung rechtlicher Vorgaben gerade nicht Gegenstand einer Eigenständigkeit sein kann. Dem entspricht auch der in Art. 28 Abs. 1 GG enthaltene Gesetzesvorbehalt. Die Gemeinde unterliegt wie alle Körperschaften der Rechtsgebundenheit. Als organisatorische Einheit eines Landes und Teil der Exekutive enthalten Gemeinden und Gemeindeverbände Fehlerquellen. Diese sollen durch die Rechtsaufsicht eingeschränkt werden. Insbesondere soll die Rechtsaufsicht Machtmissbrauch verhindern und damit gerade die Gewaltenteilung unterstützen. Die Rechtsaufsicht ist daher ein die Unabhängigkeit der Selbstverwaltungskörperschaft ermöglichendes Element und eine Art vertikale Gewaltenschränkung der Exekutive zur Sicherung der Umsetzung des Rechtsstaatsprinzips.³⁸³

Die Rechtsaufsicht ist als Kommunalaufsicht durch die grundgesetzliche Formulierung „im Rahmen der Gesetze“ „mitgedacht“.³⁸⁴ Es ergibt sich daraus die Möglichkeit der Einschränkung der Selbstverwaltung bei gleichzeitiger Garantie des Wesensgehalts.

Beachtlich ist, dass neben der Rechtsaufsicht eine Fachaufsicht im übertragenen Rechtskreis, also bei Fremdverwaltungsangelegenheiten sowie eine Sonderaufsicht bestehen. Während die Fach- und die Dienstaufsicht unvereinbar sind mit der Eigenverantwortlichkeit von Selbstverwaltungsaufgaben, sind die Fachaufsicht im übertragenen Rechtskreis und die Sonderaufsicht sehr wohl mit ihr vereinbar. Der Grund dafür ist, dass die Erfüllung von

³⁸² Pagenkopf, 96.

³⁸³ Pagenkopf, 291f.

³⁸⁴ BVerfGE 2, 329, 351; Pagenkopf, 373.

Fremdaufgaben lediglich die tatsächliche Durchführung, aber nicht die Verantwortung für die ordnungsgemäße Erledigung übertragen soll. Daher muss den gesetzlich verantwortlichen Stellen eine erhöhte Einflussnahme auf die Durchführung gestattet werden.

Die Mittel der Rechtsaufsicht sind das Informationsrecht, das Beanstandungsrecht, das Anordnungsrecht, die Ersatzvornahme, die Bestellung eines Beauftragten, die Auflösung der Gemeindevertretung und in Entlehnung aus dem englischen Verfassungsrecht die Finanzsperre, soweit das Landesrecht dies erlaubt. Von besonderer Bedeutung ist, dass sämtliche Aufsichtsmittel auf dem Auskunftsrecht aufbauen, welches die Aufsichtsbehörde im Wege eines Verwaltungsaktes gegen die betroffene Kommune geltend macht. Hiergegen kann sich die Kommune wehren durch eine Anfechtungsklage sowie im Falle einstweiligen Rechtsschutz durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung, falls diese im Ausnahmefall gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 1-3 VwGO entfällt oder deren Wiederherstellung gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO, falls die Behörde die sofortige Vollziehung angeordnet hat.

Das Informationsrecht besteht jedoch nicht unbegrenzt, sondern lediglich im landesrechtlich bestimmten Umfang. Grundsätzlich ist die Aufsichtsbehörde ermächtigt, sich jederzeit über die Angelegenheiten der Gemeinden zu unterrichten. Die geltenden Gemeindeordnungen und Gemeindeverbandsgesetze bestimmen den Umfang von Prüfungen und Besichtigungen sowie das Recht auf Vorlage von Niederschriften über die Beschlüsse der Gemeindevertretungen und Ausschüssen sowie sonstiger Kollegialorgane und auch die Einsichtnahme in sonstige Gemeindeakten. Ein Recht, an Sitzungen teilzunehmen, besteht nicht per se, sondern nur sofern das geltende Recht es vorsieht, wie in Hessen § 127 GO.

Die Integrierte Datenverarbeitung setzt nun das Risiko, dass derartige Regelungen umgangen werden. Die angestrebte weitest gehende Integration macht die Befolgung von prozessualen und materiellen Vorschriften zum Informationsrecht obsolet, da alle Informationen per se integriert wären und ein Rechtsschutz der betroffenen Selbstverwaltungskörperschaft leerliefe.

Dies gilt umso mehr, weil die Erledigung der verfassungsmäßigen Aufgaben regelmäßig den Ländern als eigene Aufgaben zugewiesen sind und die Länder daher Verantwortung für die ordnungsgemäße Erledigung tragen. Der Selbstverwaltungskörperschaft sollen daher in Selbstverwaltungsangelegenheiten Sachentscheidungen, Zweckmäßigkeitentscheidungen, Personalentscheidungen inklusive Disziplinarischer Maßnahmen, uneingeschränkt verbleiben. Die Integration der automatisierten Datenverarbeitung ist aber gerade darauf angelegt, alle Prämissen einer Entscheidungsfindung umzusetzen und sie durch zentrale

Datenverarbeitungsanlagen bearbeiten zu lassen. Im Zusammenhang mit der integrierten Datenverarbeitung ergibt sich daher das Risiko, dass der Bund sich an Aufgaben der Länder bzw. der Länder und die Länder sich an Aufgaben der Gemeinden beteiligen, obwohl diese lediglich bedeutsam sind für die jeweilige Gemeinde bzw. das jeweilige Land und eine Beteiligung daher sachwidrig ist. Daher entsteht aus der integrierten Datenverarbeitung eine Gefahr für den dezentralisierten Staatsaufbau.

Zudem würde die Integration die Dezentralisation reduzieren, da die Rechtsaufsicht nach den geltenden Vorschriften obsolet zu werden droht. Die Integration führt zu einer ständigen Überwachbarkeit der betroffenen Selbstverwaltungskörperschaften ohne die Befolgung der Vorschriften zur Rechtsaufsicht. Diese Vorschriften, welche die vertikale Gewaltenteilung sichern sollen, drohen leerzulaufen. Noch nicht einmal eine Gesetzesänderung wäre notwendig, um durch die technische Integration eine faktische Wirkungslosigkeit der beschriebenen Schutzmechanismen herbei zu führen. Nun wäre es zwar grundsätzlich möglich, dass die Rechtsaufsicht materiell und formell geändert wird. Dies setzt aber gerade eine spezifische Gesetzesänderung landesrechtlicher Verfassungs- und Gesetzesnormen voraus, welche im Rahmen der sich abzeichnenden Organisationsanpassungen durch die Integration nicht einmal diskutiert wurden. Die Integration drohte, aus der dezentralisierten Verwaltung eine Verwaltungsorganisation zu entwickeln, die es dem jeweiligen Land und auch dem Bund ermöglichte, vielfach Einfluss auf die Selbstverwaltungsangelegenheiten der betroffenen Selbstverwaltungskörperschaft zu nehmen, ohne sich dabei an die geltenden Aufsichtsregelungen zu halten.

IV. Das Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip ist im Grundgesetz nicht vollständig und konkret geregelt. Es ist lediglich in einem gewissen Rahmen aber als grundlegendes Strukturprinzip des deutschen Rechtsstaats vorgegeben und lässt einen Rahmen für Konkretisierungen in einzelnen Vorschriften.³⁸⁵

Gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 ist Träger der Staatsgewalt das Volk, welches die Herrschaft indirekt auf der Grundlage von Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung,

³⁸⁵ Stern, Band 1, 451.

der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausübt. Die Herrschaftsausübung muss also durch die Beherrschten legitimiert sein.

Die Integration der Datenverarbeitung vermag jedoch gerade eine Entkopplung der Machtausübung von dem Volkswillen zu bewirken durch die Schaffung von Machtzentren des Staates. Das Volk droht die Transparenz und damit die Kontrollierbarkeit der Herrschaftsausübung durch die unterschiedlichen Institutionen des Staates zu verlieren. Zudem droht eine Vereinheitlichung staatlicher Institutionen und willkürlichen Umsetzung der auf das Demokratieprinzip zurück zu führenden Verfahrensvorschriften im Verwaltungs- und insbesondere Strafverfahren. Die Integration droht daher eine Entartung demokratischer Strukturen durch eine Schwächung und je nach tatsächlicher Ausprägung der Integration Aufhebung der auf das Volk zurück zu führender Staatsgewalt. Zwar mögen die Kanäle der Volksbeteiligung in Form von Wahlen und Abstimmungen beibehalten werden. Durch die Konzentration von Wissen erscheint aber eine Willensbildung durch das Volk bereits eingeschränkt. Somit wäre zweifelhaft, ob das Volk tatsächlich in der Lage bliebe, die Staatsgewalt zu legitimieren.

V. Zwischenergebnis

Die Ausführungen zeigen vielfache Gefahren für die freiheitlich-demokratische Grundordnung, welche durch die integrierte Datenverarbeitung im öffentlich-rechtlichen Bereich entstehen. Um diese abzuwehren bedurfte es effizienter und rechtlich veritabler Instrumentarien, welche eine Veränderung des Staats- und Verwaltungsaufbaus verhinderte. Hierzu gehören die Vorschriften der Auftragsdatenverarbeitung wie nach Darstellung der Risiken im zivilrechtlichen Bereich dargelegt wird.

B. Die Risiken im zivilrechtlichen Bereich

Die Risiken im zivilrechtlichen Bereich liegen in einem Eindringen in den Autonomiebereich eigenständiger zivilrechtlicher Rechtssubjekte.

Die im Zivilrecht betroffenen Rechtssubjekte lassen sich einteilen in natürliche Personen, Personengesellschaften und juristische Personen des Privatrechts, also Kapitalgesellschaften, Stiftungen und sonstige Vereine. Zudem sind natürliche Personen, die in Ausübung ihrer freiberuflichen oder gewerblichen Tätigkeit Daten verarbeiten, beachtlich.

I. Die Risiken für juristische Personen des Zivilrechts und Personengesellschaften

1. Die Risiken im Bereich der Grundrechte

Mit Ausnahme der natürlichen Personen in ihren rein privaten Rechtsbeziehungen, führte die integrierte Datenverarbeitung für die sonstigen Rechtssubjekte des Privatrechts zu einer Betroffenheit der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG, der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

a. Art. 9 GG Vereinigungsfreiheit

Art. 9 GG enthält zwei Grundrechtstatbestände. Während Absatz 1 als Deutsches Recht die Vereinigungsfreiheit von natürlichen (individuelle Vereinigungsfreiheit) und juristischen wie auch nichtrechtsfähigen Vereinigungen (kollektive Vereinigungsfreiheit) schützt, sieht Absatz 3 den Schutz von Koalitionen (Koalitionsfreiheit), im Wesentlichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen und andere vor, deren Zweck in der Wahrung und Förderung von Arbeitsbedingungen liegt.

Art. 9 Abs. 1 GG auch die negative Vereinigungsfreiheit, also das Recht sich den in Art. 9 Abs. 1 GG vorgesehenen Vereinigungen nicht anzuschließen. Genauso folgt aus Art. 9 Abs. 3 GG das Recht, sich keiner Koalition, also Vereinigung zur Förderung von Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberinteressen anzuschließen.

aa. Art. 9 Abs. 1 GG Allgemeine Vereinigungsfreiheit

Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet ein „*konstituierendes Prinzip der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes: das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung*“.³⁸⁶

Das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung ist essentiell für die freie Gestaltung der Gesellschaft und des Staates. Sei es in politischen Parteien, die speziell durch Art. 21 GG geschützt sind, in kulturellen Vereinigungen wie auch in Sportvereinen.

³⁸⁶ BVerfG, Urt. v. 01.03.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 - Mitbestimmung, zit. n. DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050290.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 176.

Im Rahmen der individuellen Vereinigungsfreiheit von Art. 9 Abs. 1 GG steht es jedem Deutschen zu, Vereine und Gesellschaften zu gründen und sich der organisatorischen Willensbildung der Vereinigung zu unterwerfen. Grundrechtsträger sind neben Deutschen gem. Art. 19 Abs. 3 GG juristische Personen und Personenvereinigungen des Privatrechts. Zu den geschützten Tätigkeiten im Rahmen der kollektiven Vereinigungsfreiheit gehören die Sicherung der Existenz- und Funktionsfähigkeit, die organisatorische Selbstbestimmung, die interne Willensbildung und die Geschäftsführung.

Mit zunehmender Integration entstand das Risiko, dass die Organisation der Vereinigung, vergleichbar mit der Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung, nicht mehr der freien Gestaltung der Vereinigung unterliegen würde, sondern gerade an den Notwendigkeiten der Integration ausgerichtet würde. Sofern auch kein unmittelbarer Zusammenschluss mit Datenzentralen oder dem Informationsbankensystem erfolgt wäre, erschien die Wahrscheinlichkeit einer Angleichung der internen Prozesse und Organisation hoch, um gerade die für sie relevanten Informationen aus den jeweiligen integrierten Datenverarbeitungssystemen zu nutzen. Hieraus wäre aber auch eine Zurverfügungstellung der Vereinsdaten und eventuell auch von Mitgliederdaten gefolgt. Denkbar ist zudem, dass die Integration zu einer Reduktion der demokratischen Binnenstruktur geführt hätte. Die Teilnahme an den integrierten Datenverarbeitungssystemen hätte eventuelle Mitgliederentscheidungen obsolet gemacht, da mit der Nutzung des integrierten Datenverarbeitungssystems Verpflichtungen entstehen konnten, die normalerweise der Mitgliederentscheidung unterliegen. Die Mitglieder wären mittelbar in ihrer individuellen Vereinigungsfreiheit beeinträchtigt. Eventuell hätten sie sich entschieden, keine Vereinigungen zu gründen oder solchen nicht beizutreten.

Gleichzeitig darf nicht vergessen werden, dass das Menschenbild des Grundgesetzes von dem gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Menschen ausgeht. Daher müssen Regelungen die Vereinigungsfreiheit lenken, *„welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Recht der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen. Demgemäß ist mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Vereinigungsfreiheit seit jeher die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung dieser Freiheit*

*verbunden, ohne die sie praktische Wirksamkeit nicht gewinnen könnte“.*³⁸⁷ Die unter pragmatischen Gesichtspunkten gestaltete Integration schien aber genau diese Anforderungen zu unterlaufen. Der Gesetzgeber muss Regelungen schaffen, die geeignet sind, die freie Vereinigung und deren Selbstbestimmung mit den Anforderungen des öffentlichen Lebens auszugleichen. Maßstab ist in diesem Fall die Verhältnismäßigkeit. Der Gesetzgeber muss Regelungen schaffen, die geeignet, erforderlich und angemessen sind, die mit der konkreten Ausgestaltung verfolgten rechtmäßigen Zwecke auszugleichen, ohne die Funktionsfähigkeit der Vereinigung zu beeinträchtigen.

Derartige Ausgestaltungen stellen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine Eingriffe dar, wobei dies problematisch ist, da die Grenzen zur Beeinträchtigung fließend sind.³⁸⁸ Sollte die Funktionsfähigkeit an sich geschwächt sein, so liegt ein Eingriff vor. Mit Ausnahme des Verbots gem. Art. 9 Abs. 2 GG könnte dieser wiederum nur auf der Grundlage kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt werden, wobei dafür eine einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage und allgemein die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes notwendig wäre. Problematisch ist hier, dass aufgrund der potentiellen Breite und Tiefgründigkeit der Integration nicht absehbar war, inwiefern es zu Ausgestaltungen der Vereinigungsfreiheit oder Eingriffe kommen würde. Daher musste mit der Notwendigkeit einer Vielzahl individueller Ermächtigungsgrundlagen gerechnet werden, die jeweils dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz standhalten mussten. Als Alternativer zu dieser Vielzahl von Ermächtigungsgrundlagen erschien die Schaffung von Rahmenregeln, die die Integration regeln.

Gesetzlich verordnete Zwangszusammenschlüsse können sich hingegen nicht auf den Schutz der Vereinigungsfreiheit berufen. Der Begriff der Vereinigung im Sinne des Art. 9 GG voraus, dass die Mitglieder sich zu einem gemeinsamen Zweck zusammengeschlossen haben und der Zusammenschluss freiwillig erfolgt. Für Zwangszusammenschlüsse öffentlich-rechtlicher Vereinigungen kommt hinzu, dass sie gemäß Art. 19 Abs. 3 GG nicht als Grundrechtsträger in Frage kommen. Daher können sich die Datenzentralen der Länder wie auch das Bundesinformationsbankensystem nicht auf die Vereinigungsfreiheit berufen und auch die Rechtssubjekte, die einer Datenzentrale bzw. dem Bundesinformationsbankensystem nicht

³⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 01.03.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 - Mitbestimmung, zit. n. DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfv/bv050290.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 178.

³⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 01.03.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 - Mitbestimmung, zit. n. DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfv/bv050290.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 181.

beitreten wollen, können sich nicht auf die negative Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG berufen.

Gegen die Pflichtmitgliedschaft in derartigen Vereinigungen schützen Art. 2 Abs. 1 GG sowie die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG.

bb. Art. 9 Abs. 3 GG Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit gewährleistet historisch die Freiheit der Gewerkschaften und entstand als Reaktion auf die Unterdrückung im 19. Jahrhundert. Sie kommt aber neben der Arbeitnehmerseite auch den Arbeitnehmern zugute. Für beide Seiten soll sie einen Raum schaffen, der frei ist von staatlicher Rechtsetzung. Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite sollen die Bedingungen des Arbeitens und Wirtschaftens frei von staatlicher Bevormundung aushandeln und gestalten können.³⁸⁹

Die Koalitionsfreiheit enthält einerseits ein Freiheitsrecht und andererseits eine Institutsgarantie vergleichbar mit der kommunalen Selbstverwaltung und ist *lex specialis* zur allgemeinen Vereinigungsfreiheit. Jegliche Regelung der Koalition, also der freien Bildung wie auch der freien Betätigung der Koalition ist ein Eingriff. Wäre beispielsweise das Informationsbankenprojekt als öffentlich-rechtliche Körperschaft organisiert worden und hätte im Wege des Personenkennzeichens eine direkte oder indirekte Integration der Verarbeitungsprozesse stattgefunden, dann wäre die Freiheit von betroffenen Gewerkschaften beeinträchtigt. Dasselbe gilt hinsichtlich der Integration von Arbeitgeberverbänden. Gründet der Staat öffentlich-rechtliche Zwangskörperschaften wie zum Beispiel die Datenzentralen und dem Informationsbankensystem des Bundes mit einem entsprechenden Anschlusszwang, dann handelt es sich ebenso um eine Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit. Ein Eingriff läge zudem vor, sofern der Staat im Falle eine Vereinheitlichung der Organisationsprozesse und Ressourcennutzung in diesem System vorgesehen hätte mit der Auswirkung, dass derartige Vereinheitlichungen Auswirkungen auf die interne Organisation der Vereinigung hätte.

Eingriffe lägen auch dann vor, wenn der Staat nicht unmittelbar wie eventuell im Fall des Informationsbankenprojekts, sondern im Falle der Einrichtung eines Systems der integrierten

³⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 01.03.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 - Mitbestimmung, zit. n. DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050290.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 205.

Datenverarbeitung durch ein privates Unternehmen und dessen Nutzung durch Dritte die innere Ausgestaltung des Systems im Wege der indirekten Integration bestimmt. Das gilt gerade da der Staat für die integrierte Datenverarbeitung bestimmte Verarbeitungsmethoden vorsieht, die im Interesse einer Standardisierung die Aufbau- oder Ablauforganisation betrifft.

Beachtlich ist, dass die Koalitionsfreiheit wie auch die Vereinigungsfreiheit durch Rechtsinstitute und Normenkomplexe ausgestaltet werden muss, damit sie ausgestaltet werden muss.³⁹⁰

Das BVerfG führt aus: *„Die Bedeutung und Vielzahl der von der Tätigkeit der Koalitionen berührten Belange namentlich im Bereich der Wirtschaftsordnung und Sozialordnung machen vielmehr vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, die der Koalitionsfreiheit auch Schranken ziehen können; dies um so mehr, als der Gegenstand der Gewährleistung auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen lassen müssen.“*³⁹¹

Dies entspricht der Entwicklung der integrierten Datenverarbeitung. Die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung stiegen an und mussten umgestaltet werden, um den wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen gerecht zu werden. Daraufhin müssen die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausgestaltet werden. Teil der Ausgestaltung ist die Nutzung der integrierten Datenverarbeitung. In der Konsequenz muss die integrierte Datenverarbeitung ausgestaltet werden. Ohne die Ausgestaltung werden u. a. die grundrechtlichen Anforderungen und hier die Anforderungen der Koalitionsfreiheit nicht erfüllt. Durch die Ausgestaltung darf es keinesfalls zu einer Beeinträchtigung des Kernbereichs der Koalitionsfreiheit kommen. Daher setzt die Ausgestaltung stets die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs voraus und muss unter Umständen im Falle der Betroffenheit anderer Verfassungsgüter im Wege der praktischen Konkordanz ausgeglichen werden. Vor diesem Hintergrund ist stets eine gesetzliche Konkretisierung der Ausgestaltung notwendig.

³⁹⁰ BVerfG, Urt. v. 01.03.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 - Mitbestimmung, zit. n. DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050290.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 207f.

³⁹¹ BVerfG, Urt. v. 01.03.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78 - Mitbestimmung, zit. n. DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050290.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021, Rdnr. 207f.

Daraus folgt, dass die Umsetzung der integrierten Datenverarbeitung Gegenstand von ausgestaltenden Normen sein muss, die der Verhältnismäßigkeit entsprechen, um sicherzustellen, dass keine Verletzung der Koalitionsfreiheit entsteht.

b. Art. 12 GG Berufsfreiheit

Neben der Vereinigungsfreiheit ist die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG betroffen. Die Berufswahlfreiheit und die Berufsausübungsfreiheit sind Grundlagen der Gewerbefreiheit. Sie haben wettbewerbsfördernde Wirkung und sichern die Freiheit des Wettbewerbs, so dass die Einführung der integrierten Datenverarbeitung eine wettbewerbsregelnde Tendenz haben dürfte.

Die nach Art. 12 GG geschützten Freiheiten schützen natürliche und juristische Personen. Bei Letzteren ist Voraussetzung, dass sie mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden.

Die integrierte Datenverarbeitung bedeutet einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit. Durch die weitreichenden Wirkungen unterliegt das „Wie“ der Berufsausübung juristischer Personen weitreichenden organisatorischen Anpassungen. Sofern der Staat hierbei einen faktischen oder gesetzlichen Zwang verursacht, die Berufsausübung in einer gewissen Weise zu organisieren, konnte nicht weiter frei über die Ausübung der beruflichen Tätigkeit entschieden und die Entscheidung frei umgesetzt werden. Daher hätten entsprechende Maßnahmen der integrierten Datenverarbeitung unmittelbar die Berufsausübung betroffen.

Gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit eine gesetzliche Grundlage. In Anbetracht der ausgeprägten Technokratie erschien zweifelhaft, ob die Integration in öffentlich-rechtliche Systeme der integrierten Datenverarbeitung auf einer solchen Grundlage erfolgen würde. Dies gilt insbesondere für den jeweiligen Zweck der Verarbeitung, da die Gesetzesgrundlage dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen muss. Der Umfang und die Grenzen des Eingriffs müssen deutlich erkennbar sein. Je intensiver der Eingriff, desto höher sind die Anforderungen an die die Rechtsgrundlage.

Unter Beachtung der durch das Apotheken-Urteil³⁹² des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 entwickelten Drei-Stufen-Theorie sind Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit

³⁹² BVerfG, Urt. v. 11.06.1958, Az. - 1 BvR 596/56 - Apotheken-Urteil, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>, zuletzt abgerufen am 14.01.2021.

gerechtfertigt, wenn sie zum Schutz eines Gemeinschaftsgutes geeignet, erforderlich und angemessen sind. Eingriffe in die Berufswahlfreiheit durch Umstände, die in der Person liegen, erfordern den Schutzzweck eines wichtigen Gemeinschaftsgutes. Eingriffe in die objektive Berufswahl sind nur gerechtfertigt, wenn sie einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut dienen.

Beachtlich ist, dass der durch die Integration in die Berufsausübungsfreiheit erfolgende Eingriff unterschiedlichen Zielen dient, die sich je nach konkretem Integrationszweck ergeben. Bei Gesamtbetrachtung sollte die Integration die Behebung der Informationskrise fördern und die Funktionen der modernen Verwaltung sichern. Die Ausführungen in Teil 2 zeigen deutlich, dass die integrierte Datenverarbeitung überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern dient. Eine Rechtfertigung unter der ersten Stufe der Drei-Stufen-Theorie erscheint daher jedenfalls möglich.

Problematisch ist jedoch, dass die integrierte Datenverarbeitung bei gesellschaftsweiter Verfolgung einer gewissen Technokratie undifferenziert in alle Gesellschaftsbereiche soweit wie möglich erfolgen sollte, ohne Durchführung einer konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Konkrete Gesetzesgrundlagen bestanden insofern nicht. Zudem war bereits zweifelhaft, ob aufgrund der geplanten Weite der Integration in alle Gesellschaftsbereiche überhaupt die Möglichkeit bestand, die Anforderungen des Bestimmtheitsprinzips einzuhalten. Gerade dies war wohl nicht der Fall, so dass man aus praktischer Sicht zunehmend mit Generalklauseln auskommen musste, die aber im Zweifel gerade nicht ausreichten.

Gerade das weitreichende Potential der integrierten Datenverarbeitung bedeutete daher eine Umsetzung ohne Beachtung des Gesetzesvorbehalt und der Verhältnismäßigkeit. Daher war gerade eine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit wahrscheinlich.

c. Art. 2 Abs. 1 GG allgemeine Handlungsfreiheit

Zwar können sich juristische Personen über Art. 19 Abs. 3 GG durchaus auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG als Abwehrrecht berufen. Die allgemeine Handlungsfreiheit weist aber große Nähe zu der Berufsfreiheit auf und wird regelmäßig von dieser verdrängt. Relevant bleibt Art. 2 Abs. 1 GG im Falle einer Betroffenheit von Ausländern, die sich nicht auf das Deutschenrecht aus Art. 12 berufen können. Daher wird von einer weiteren Darstellung hier abgesehen.

2. Die Risiken in der zwischenbetrieblichen Integration

Im Bereich der zwischenbetrieblichen Integration ist das Kartellverbot gemäß § 1 GWB als relevant hervorzuheben. Die mit der integrierten Datenverarbeitung verbundenen Vorgaben von Systembetreibern führen zu gegenseitigen Organisationsanpassungen der teilnehmenden Unternehmen.

Sofern diese Vorgaben seitens des Systembetreibers genutzt werden, um über die Teilnahme an dem jeweiligen System zu entscheiden, besteht die Möglichkeit eines Missbrauchs. Der Systembetreiber kann die Teilnehmer veranlassen, wettbewerbsrelevante Daten im Wege der Integration zu übermitteln, um die Vorteile des Systems zu nutzen. Sofern der Systembetreiber marktstark oder gar marktbeherrschend ist, läge wohl eine spürbare Beeinträchtigung des jeweils relevanten Marktes der Teilnehmer vor. Will ein Unternehmen die geforderten Daten nicht übermitteln, so kann es zu einer Verweigerung der Teilnahme durch den Systembetreiber kommen mit der Konsequenz, dass der Teilnahme auch für die Vorteile der integrierten Datenverarbeitung nicht nutzen kann. Er wäre bei der Bewältigung der Informationsanforderungen auf konservative Bearbeitungsmethoden angewiesen und hätte demnach Nachteile im Wettbewerb. Die Beeinträchtigung kann sich sowohl auf dem Nachfrage- wie auch auf dem Absatzmarkt der Teilnehmer auswirken, von der Teilnahme die Effizienz der Geschäftstätigkeit aber auch der Marktzugang beeinflusst wird.

Gibt ein Unternehmen entsprechenden Vorgaben nach und überträgt wettbewerbsrelevante Informationen an das System, so besteht einerseits das Risiko, dass das Unternehmen die aus den Daten generierten Wettbewerbsvorteile verliert, da der Systemanbieter wie auch eventuelle andere Teilnehmer die Daten für ihren Wettbewerb nutzen können.

Zudem besteht das Risiko einer Kartellabsprache bzw. einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen den Teilnehmern. Sofern der Systembetreiber weder marktstark noch marktbeherrschend ist, so besteht auch hinsichtlich seiner Tätigkeit das Risiko einer Kartellvereinbarung bzw. abgestimmten Verhaltensweise.

Mit der Verfolgung der weitestmöglichen Integration zur Behebung der Informationskrise musste davon ausgegangen werden, dass gerade auch personenbezogene Daten von den beteiligten Unternehmen an das Datenverarbeitungssystem übertragen würden. Dabei dürfte es sich einerseits um Kundendaten wie auch Lieferantendaten handeln mit der Folge, dass sowohl Bezugsquellen wie auch Absatzmärkte offengelegt würden.

Andererseits dürfen Vorteile der Effizienzsteigerung durch die Nutzung der integrierten Datenverarbeitung nicht vergessen werden. Sie führt geradezu gesellschaftsweiten Vorteilen durch den Beitrag zur Lösung der Informationskrise.

Es entstand damit die Frage, wie die integrierte Datenverarbeitung genutzt werden konnte bei gleichzeitiger Vermeidung der negativen Konsequenzen in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht. Im Bereich des Datenschutzes musste diese Überlegung durch das BDSG beantwortet werden.

II. Die Risiken für natürliche Personen und die Gesellschaft

Auch für die Autonomie natürlicher Personen verursachte die integrierte Datenverarbeitung ein erhebliches Risiko.

1. Wissensüberschuss organisierter Stellen

Die integrierte Datenverarbeitung führt zu einem beachtlichen Wissensüberschuss organisierter Stellen im öffentlichen wie auch privaten Bereich. Dadurch kommt es zu einem ausgeprägten Machtzuwachs derartiger Stellen über das Individuum. Während organisierte Stellen sich die Systeme der integrierten Datenverarbeitung zu Nutzen machen zu können, um ihre Prozesse zu integrieren und die verarbeiteten Daten flexibel nutzbar zu machen, sieht sich das Individuum als Gegenstand der Verarbeitung.

Die Ursachen dieses Ungleichgewichts liegen in den spezifischen Phänomenen, welche insbesondere in der Literatur der 1970er Jahre und auch danach unter den Termini Verdatung, Datenliquidität und Datenmissbrauch diskutiert wurden.

2. Verdatung

Die Verdatung bezeichnet die nicht mehr nach konkretem Bedarf erfolgende Datengewinnung zur Verarbeitung für einen konkreten Zweck. Vielmehr erfolgte die Datensammlung planmäßig zum Aufbau eines Datenspeichers. Die Daten sollten im Sinne einer Vorratsspeicherung für eine Vielzahl von potentiellen Zwecken systematisch erhoben werden.³⁹³

³⁹³ Dammann, DVR 1974, 268, 272.

3. Datenliquidität

Die Datenliquidität bedeutet (i) die ständige Verfügbarkeit der entweder für konkrete Zwecke gespeicherten Daten, (ii) die Möglichkeit, diese Daten für diverse andere Zwecke zu verwenden sowie (iii) die Verfügbarkeit von Daten, deren Gewinnung nicht für einen konkreten Zweck erfolgt, sondern zu diversen potentiellen Zwecken im Rahmen einer Vorratsspeicherung. Die Datenliquidität wurde dabei insbesondere durch die indirekte und direkte Integration gefördert. Eine einzelfallbezogene Datenneugewinnung und auch der Austausch konkreter Daten wurden durch das neue Organisationsprinzip überflüssig.³⁹⁴

4. Datenmissbrauch

Die Verdattung und die Datenliquidität führen zu einem hohen Datenmissbrauchspotential. In der integrierten Datenverarbeitung ließen sich durch assimilierte Prozesse, das zunehmende Datenvolumen, der erhöhten Bedeutung von Daten als Entscheidungsgrundlage, der Schnelligkeit, der Datenkonzentration sowie der Intransparenz der jeweiligen Verarbeitung und der daraus entstehenden Spurenlosigkeit von Eingriffen und Manipulierbarkeit von Prozessen Verarbeitungsvorgänge nicht mehr nachvollziehen. Sie bargen daher das Risiko, dass Daten zum Nachteil des Individuums verarbeitet werden unter Ausnutzung des faktischen Könnens aber unter Verletzung des rechtlichen Dürfens.³⁹⁵

Die datenverarbeitenden Stellen werden so weitestgehend unabhängig von dem Betroffenen, da sie ihre Verarbeitungszwecke ohne dessen Beteiligung verfolgen können. Hinzu kommt die ständige Aktualisierung der Daten, die ebenfalls weitestgehend ohne Zutun des Betroffenen erfolgt, da aufgrund des Prinzips der Einmalgewinnung eine erneute Beteiligung nicht notwendig ist. Insbesondere kann der Betroffene die Verwendung der Daten nicht weiter kontextbezogen prüfen und damit die Validität der jeweiligen Schlussfolgerung nicht beeinflussen. Die Übertragung von Entscheidungen auf IT-Systeme führt zudem zu der Gefahr, dass gerade menschliche Entscheidungsmechanismen wie Intuition und Erfahrung durch den rein formalen Berechnungsprozess der IT ersetzt werden. Eine konkrete Überprüfung durch den Menschen wird dadurch zunehmend unmöglich, da die Prozesse an sich nur Experten verständlich sein dürften.

³⁹⁴ Dammann, DVR 1974, 268, 272.

³⁹⁵ Dammann, DVR 1974, 268, 274; Miller, 209f.

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Experten, welche die IT-Prozesse verstehen auch die notwendige Expertise hinsichtlich der betroffenen Sachentscheidungen haben. Die integrierte Datenverarbeitung führt daher zu einer ausgeprägten Entfremdung. Das Individuum wird zunehmend in seiner Selbstdarstellung eingeschränkt und findet sich in seiner Freiheit beschränkt, unterschiedliche gesellschaftliche Rollen frei zu gestalten und auszuleben. Im Mittelpunkt stünde anstelle dieser Freiheit der Zwang vorgefassten Datenprofilen zu entsprechen. Der Betroffene musste zunehmend damit rechnen, dass sowohl öffentliche wie auch private Stellen, mit denen er alltäglich in Beziehung tritt bereits über Informationen verfügen, die seinen Handlungsspielraum im Umgang mit der jeweiligen Stelle vorwegnahmen. Eine unbefangene Außendarstellung drohte damit zunehmend aufgrund psychischen Drucks unmöglich zu werden, da die jeweilige Stelle aufgrund der für den Betroffenen intransparenten Datenlage eine vorgeformte Entscheidungsgrundlage hatte und in der Lage war, dem Betroffenen Unaufrichtigkeit vorwerfen zu können. Das Individuum war daher in seiner Rolle festgeschrieben und sah sich als Gegenstand von Selbstkontrolle, um vermeintliche Widersprüche in seinen Persönlichkeitsäußerungen zu vermeiden. Es musste zu einem an gesellschaftliche Konventionen angepassten Verhalten kommen durch eine Selbstdarstellung, die in sämtlichen potentiellen gesellschaftlichen Rollen eine gewisse Schlüssigkeit aufwies.³⁹⁶ Insgesamt entsteht eine Rückbindung an die jeweils vergangene eigene Lebensentwicklung und damit eine Gefahr für die freie Entwicklung der eigenen zukünftigen Lebensgestaltung. Die integrierte Datenverarbeitung drohte somit, die systematische Übernahme der Interpretationshoheit über Individuen auf integrierte Systeme der automatisierten Datenverarbeitung zu bewirken.

Erweitert man die Betrachtung der Auswirkungen auf das Individuum auf die gesamte Gesellschaft so führt dies zu einer Gesamtheit von Individuen, die sich nicht mehr frei entwickeln, sondern Gegenstand einer Gesamtassimilierung werden. Es entsteht ein System gesamtgesellschaftlicher Rückbindung an bisherige Verhaltensweisen und damit die Reduzierung von gesellschaftlichen Gruppenbildungen.

Dammann führt unter Heranziehung des Beispiels von Vorbestraften an, dass eine gesellschaftliche Immobilität zu befürchten sei. Vorbestrafte seien Gegenstand besonderer gesellschaftlicher Kontrolle. Um ihnen eine Reintegration in die Gesellschaft zu ermöglichen, würde ein *„künstliches Informationsvakuum geschaffen in Form von Auskunftssperren und*

³⁹⁶ Dammann, DVR 1974, 268, 275ff.

Tilgungsregeln für das Strafregister“. Durch das künstliche Informationsvakuum würde ein Vorrang der sozialen und beruflichen Mobilität vor dem gesamtgesellschaftlichen Informationsinteresse hergestellt. Diese Notwendigkeit lasse sich übertragen auf die gesamtgesellschaftlichen Erfordernisse, welche in Ansehung der integrierten Datenverarbeitung entstehen.³⁹⁷ Sofern ein solches Informationsvakuum nicht besteht, steht der Pluralismus der modernen Gesellschaft auf dem Spiel. Es dürfte mit der Erfassung politischer Einstellungen, individueller Verhaltensweisen, Vorlieben, finanzieller Daten, Gesundheitsdaten, usw. gerechnet werden, die die Mobilität der Gesamtgesellschaft derartig einschränken, dass der demokratische Willensbildungsprozess sowie grundlegende Freiheitsrechte massiv eingeschränkt würden. Es droht damit die Gleichschaltung weiter Teile der Gesellschaft.³⁹⁸ Insgesamt käme es zu einer ausgeprägten Asymmetrie des Wissens, der daraus entstehenden Handlungsrationalität und ein entsprechend hohes Durchsetzungspotential ohne Sicherstellung einer adäquaten umfassenden Abwägung. Konsequenz ist eine Machtkonzentration bei den Stellen, die die Kontrolle über die integrierte Datenverarbeitung haben und eine Schwächung demokratischer Strukturen.

5. Die Verteidigung der Privatsphäre und die Entstehung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Aus diesen Risiken für das Individuum wie für die Gesamtgesellschaft hinsichtlich der Autonomie ergab sich das notwendige Ziel der Verteidigung der Privatsphäre. In der Begründung zum Entwurf des Bundesdatenschutzgesetzes vom 21.09.1973 lautet es: *„Das Informationsbedürfnis kennt indes keine Grenzen; es macht daher auch vor der Privatsphäre des Menschen nicht halt. [...] Der ihm vom Grundgesetz gewährte Freiheitsraum, die unantastbare Sphäre privater Lebensgestaltung drohen enger und enger zu werden.“*³⁹⁹

Der Schutz der Privatsphäre des Bürgers war an sich nicht neu. Im öffentlichen Bereich waren Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG Garant für den Schutz des Individuums. Auf deren Grundlage wird dem Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig gewährleistet, die sich in

³⁹⁷ Dammann, DVR 1974, 268, 278.

³⁹⁸ Dammann, DVR 1974, 268, 278f.

³⁹⁹ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundes-Datenschutzgesetz – BDSG), BT-Drs. 7/1027, S. 14.

einem unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit zeigt, welcher der Einwirkung jeglicher öffentlichen Gewalt vorenthalten ist.⁴⁰⁰

Die Anerkennung der Privatsphäre als rechtliches und verfassungsrechtliches Schutzgut war jedoch nicht unproblematisch. Das Bundesverfassungsgericht hielt erstmals in der Mikrozensus-Entscheidung im Jahre 1969 in obiter dicta die Gewährung eines „*unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung*, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist“ fest.

„In der Wertordnung des Grundgesetzes ist die Menschenwürde der oberste Wert (BVerfGE 6, 32 [41]). Wie alle Bestimmungen des Grundgesetzes beherrscht dieses Bekenntnis zu der Würde des Menschen auch den Art. 2 Abs. 1 GG. Der Staat darf durch keine Maßnahme, auch nicht durch ein Gesetz, die Würde des Menschen verletzen oder sonst über die in Art. 2 Abs. 1 GG gezogene Schranke hinaus die Freiheit der Person in ihrem Wesensgehalt antasten. Damit gewährt das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist (BVerfGE 6, 32 [41], 389 [433]).“⁴⁰¹

Hintergrund dieses Beschlusses war der Mikrozensus der Jahre 1956 bis 1962, wodurch eine Statistik der Bevölkerung und des Erwerbslebens auf repräsentativer Grundlage vierteljährlich als Bundesstatistik erstellt werden sollte. Damals würdigte das BVerfG die Fragen des Mikrozensus nach Urlaubs- und Erholungsreisen der Betroffenen anhand Art. 1 I und Art. 2 I GG. Es hob die immense Bedeutung der Menschenwürde als obersten Wert der gesamten Werteordnung des Grundgesetzes hervor und verwies auf deren Bedeutung im Rahmen von Art. 2 I GG und in der allgemeinen Rechtsordnung.

Dies erschien in der Entwicklung des Datenschutzrechts problematisch, da weder der konkrete Inhalt noch die Verortung der Privatsphäre im Schutzbereich eines konkreten Grundrechts geklärt waren. Zudem waren der Schutzbereich von Art. 2 I GG und sein Verhältnis zu Art. 1 I GG ungeklärt.

Der Begriff der Privatsphäre als abstrakter und der Rechtsordnung zunächst unbekannter Terminus unterliegt einer Relativität hinsichtlich seiner Bedeutung und Reichweite. Die Bestimmung des

⁴⁰⁰ BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, Az. 1 BvL 19/63 - Mikrozensus, BVerfGE 27, 1, 6; BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, Az. 1 BvR 253/56 - Elfes, BVerfGE 6, 32, 41.

⁴⁰¹ BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, Az. 1 BvL 19/63 - Mikrozensus, BVerfGE 27, 1, 6.

Begriffs der Privatsphäre erschien erforderlich, um einen möglichst wirksamen Schutz des Individuums zu erreichen, die adäquaten Schutzmechanismen zu entwickeln und zudem festzustellen, in welchen Bereichen ein Schutz eventuell nicht bzw. nur relativ gering ausgestaltet werden müsste.⁴⁰²

Die Reichweite des Begriffs zeigt sich bereits bei der Überlegung, dass natürliche Personen jeweils individuelle Vorstellungen darüber haben, welche ihrer Lebensumstände sie der Kenntnis anderer Personen entziehen, welche sie nur einem begrenzten Personenkreis bekannt machen mögen und wiederum welche sie keiner Begrenzung unterstellen. Diese Vorstellung unterliegt zudem einer zeitlichen und räumlichen Entwicklung, da sie vor dem Hintergrund konkreter Lebenssituationen variiert. Die Relativität führte zu der grundrechtlichen wie auch zivilrechtlichen Problematik der Verortung der Privatsphäre. Eine konkrete Definition der Privatsphäre und die grundsätzliche Methodik einer deduktiven Ableitung von Einzelfragen des Schutzes der Privatsphäre blieben somit offen.

Steinmüller führt aus, es handele sich um „*ein Feld, innerhalb dessen der Bürger Entscheidungen in eigener Verantwortung fällen kann und das gegen Einbrüche von staatlicher wie von privater Seite zu schützen ist*“⁴⁰³. Er problematisiert ebenso die Bedeutung des Begriffs „Privatsphäre“ als Versuch deren Schutzbereich zu bestimmen, um daran die Bedeutsamkeit für den Datenschutz anzubinden. Eine Reihe von Ansätzen sowohl aus der Rechtswissenschaft wie auch der Soziologie versuchte eine Konkretisierung des abstrakten Begriffs der Privatsphäre und eine darauf begründete Verortung im rechtlichen System vorzunehmen.

Im zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht umschrieb der BGH den geschützten Bereich als „*jenen inneren Persönlichkeitsbereich, der grundsätzlich nur der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des einzelnen untersteht und dessen Verletzung dadurch gekennzeichnet ist, daß sie in erster Linie sogenannte immaterielle Schäden, die sich in einer Persönlichkeitsminderung ausdrücken, erzeugt*“⁴⁰⁴.

⁴⁰² *Kimminich*, Die Verwaltung 1971, 206, 209.

⁴⁰³ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 48.

⁴⁰⁴ BGH, Urt. v. 14.02.1958, Az. I ZR 151/56 - Herrenreiter, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bz026349.html>, zuletzt abgerufen am 15.01.2021, Rdnr. 17.

Im U.S.-Recht hielten Warren und Brandeis fest, dass das „Right of Privacy“ abstrakt betrachtet, insbesondere bedeute, dass dem Einzelnen ein Recht, allein gelassen zu werden zustehe („*a right to be let alone*“).⁴⁰⁵ Insbesondere stünde dem Einzelnen das Recht zu, selbst zu bestimmen, welche Informationen er mit wem zu welchem Zweck teilt oder dies gerade nicht tut: „*The common law secures to each individual the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others. Under our system of government, he can never be compelled to express them [...]; and even if he has chosen to give them expression, he generally retains the power to fix the limits of the publicity which shall be given them.*“⁴⁰⁶

Zum Zwecke der Konkretisierung des Begriffs der Privatsphäre stellte Luhmann sozialwissenschaftliche Untersuchungen unter Einbeziehung des deutschen Verfassungsrechts an. Sein Ansatz basiert auf der Annahme, dass unter Geltung der freiheitlich demokratischen Grundordnung Pluralität und Differenzierung menschlicher Persönlichkeiten stattfindet. Vor dem Hintergrund des demokratischen Gesellschaftssystems könne nicht von einem assimilierten Massenmenschen ausgegangen werden. Vielmehr sei von der grundsätzlichen Selbstdarstellung innerhalb der Gesellschaft auszugehen. Selbstdarstellung in diesem Sinne bedeutet, dass der Mensch in seiner Kommunikation und in deren individuellen und spontanen Ausdrucksformen mit anderen eine Verwirklichung seiner Menschlichkeit findet. Hieraus abgeleitet empfindet der Mensch eine Selbstbestätigung, die es ihm ermöglicht sich in Rollen hineinzufinden, die nicht notwendigerweise angepasst sind. Bestünde diese Möglichkeit nicht, komme eine wertige Kommunikation nicht zustande und der Betroffene fühle sich entfremdet.⁴⁰⁷ Die Gegenstände der Kommunikation mögen dabei insbesondere die Preisgabe von Tatsachen sein, die aus der Sicht der an der Kommunikation Beteiligten dem privaten Bereich angehören und nach deren Wahrnehmung gesteigerter persönlicher Wertigkeit unterliegen, so dass sie eventuell auch intimer, privater oder eben sozialer Natur sind. Die Selbstdarstellung enthält daher im Regelfall Individualinformationen.⁴⁰⁸ Zudem ist Gegenstand der Selbstdarstellung nicht die ausschließliche momentane Kommunikation. Vielmehr hinterlässt die Selbstdarstellung einen Gesamteindruck, welcher Grundlage für die nachhaltige Einschätzung des sich Äußernden durch die jeweiligen

⁴⁰⁵ Brandeis/Warren, Harvard Law Review, 193, 195.

⁴⁰⁶ Brandeis/Warren, Harvard Law Review, 193, 198.

⁴⁰⁷ Luhmann, Grundrechte als Institution, 69.

⁴⁰⁸ Mallmann, 54f.

Kommunikationspartner aber auch für das Gesamtbild in der Öffentlichkeit ist. Dieses Gesamtbild wiederum führt zu einer Anpassung der Selbstdarstellung und somit eventuell zu einer Beschränkung des Persönlichkeitsausdrucks.⁴⁰⁹

Wenn man wie Luhmann annimmt, dass der Einzelne sich als Mensch selbst findet, wenn und sofern er die Selbstdarstellung unter wesentlicher Selbstbestimmung der Preisgabe von Informationen, welche er in relativem Ausmaß als individualbezogen und persönlichkeitsprägend wahrnimmt, selbst bestimmt, muss man davon ausgehen, dass unter Beachtung der Menschenwürde gerade ein Recht des einzelnen bestehen muss, selbst über die Abgabe von Individualinformationen, deren Natur, Empfänger und Zwecke bestimmen zu können. Mallmann benennt dieses Recht bereits im Jahre 1976 als das informationelle Selbstbestimmungsrecht.⁴¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht machte sich diesen Begriff erst im Jahre 1983 im Volkszählungsurteil zu Eigen.⁴¹¹ Tatsächlich führt der Ansatz jedoch nicht zu einer Konkretisierung des schützenswerten Bereichs der Privatsphäre. Er erlaubt lediglich eine abstrakte Bewertung der Bedeutsamkeit und eine ungefähre Einordnung konkreter Sachverhalte, die Informationen beinhalten, welche der Privatsphäre in der subjektiven Wahrnehmung der Betroffenen zuzuordnen sind und eine darauf aufbauende annähernde Objektivierung dieser subjektiven Wahrnehmung.

Der Bundestagsabgeordnete Beermann schlug vor, man solle individuelle Gesetzesregelungen für alle in Betracht kommende Sachverhalte schaffen. Hierzu sollten abschließende Aufzählungen derartiger Sachverhalte gesetzlich aufgenommen werden. Alternativ sei mit Generalklauseln zu arbeiten. Sein von ihm präferierter Vorschlag stieß jedoch auf Widerstand, da eine praxisadäquate Gesetzesanwendung durch eine abschließende Aufzählung nicht gewährleistet werden konnte. Es musste damit gerechnet werden, dass eine unvorhersehbar lange Auflistung geschaffen werden musste, die ständiger Revision unterliegen würde. Die Alternative der Generalklauseln erschien

⁴⁰⁹ Mallmann, 55 m.w.N.

⁴¹⁰ Mallmann, 56ff.

⁴¹¹ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 - Volkszählung, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>, zuletzt abgerufen am 15.01.2021, Rdnr. 154.

ebenso problematisch, da eine Unvorhersehbarkeit der Rechtsanwendung durch Gerichte und somit eine ausgesprochene Rechtsunsicherheit entstehen würde.⁴¹²

Steinmüller schlägt vor, eine Konkretisierung durch die Herausbildung einer Kasuistik anhand eines allgemeinen Vorverständnisses vorzunehmen.⁴¹³ Er relativiert diesen Vorschlag aber selbst, indem er ausführt, dass insbesondere schwerwiegende Eingriffe wie im Bereich des Sexuallebens oder auch im damals noch geltenden Eherecht jedenfalls im Verhältnis zwischen Staat und Bürger aus Gründen der Strafverfolgung, der Gesundheitsvorsorge wie auch im Scheidungsfalle erfolgen durften. Daher sei die Einführung einer Kasuistik allenfalls im Rechtsverhältnis zwischen Bürgern relevant.⁴¹⁴ Gleichzeitig ist aber die Heranbildung eines derartigen allgemeinen Vorverständnisses ebenfalls als Gegenstand der Relativität der Privatsphäre problematisch.⁴¹⁵ Sie ließe sich eventuell einschränken durch eine repräsentative Umfrage, welche jedoch ebenfalls als Eingriff in die Privatsphäre bewertet werden könnte. Darüber hinaus ist zweifelhaft, dass sich die Relativität aufgrund der zu befürchtenden Lückenhaftigkeit einer derartigen Umfrage und auch sich zeitlich entwickelnder Wertvorstellungen erhalten bliebe. Daher war dieser Ansatz nicht praxisrelevant.

In all diesen Versuchen, den Begriff der Privatsphäre zu konkretisieren, wird jedoch erkennbar, dass eine genaue Bestimmung des Inhalts und der Grenzen der Privatsphäre nicht gelungen ist.⁴¹⁶ Lediglich die Bedeutsamkeit der Privatsphäre im gesellschaftlichen Zusammenhang und als Gegenstand der subjektiven Wahrnehmung des Betroffenen wird deutlich. Daher sind die Erkenntnisse nicht geeignet, um die beschriebene Relativität der Privatsphäre zu überwinden. Sie dienen jedoch der Klärung, dass die Privatsphäre in einem System der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ein fundamentaler Bestandteil ist, der gegen Verletzung durch den Staat und auch gegen Private zu schützen ist. Die Privatsphäre musste daher einem Grundrecht zugeordnet werden.⁴¹⁷

⁴¹² Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 52.

⁴¹³ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 51.

⁴¹⁴ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 51.

⁴¹⁵ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 51.

⁴¹⁶ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 51.

⁴¹⁷ Mallmann, 58.

a. Grundrechtszuordnung der Privatsphäre

Während Art. 4 Abs. 1 GG ein Selbstbestimmungsrecht für die Angabe von Individualinformationen im Bereich des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses, Art. 5 Abs. 1 GG ein Selbstbestimmungsrecht für die Abgabe von Meinungen, sowie Art. 8 und 9 GG ein Selbstbestimmungsrecht von Kommunikationspartnern vorsehen, sind anderweitige Individualinformationen nicht durch Spezialgrundrechte geschützt.⁴¹⁸

aa. Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlage der Privatsphäre

Erst die Erkenntnis, dass Art. 2 I GG als Grundrecht die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet, ermöglichte dessen Anerkennung als Grundlage für den Schutz der Privatsphäre, sowie die Schaffung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Rahmenrecht und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als unbenanntes Freiheitsrecht und als Grundlage des Datenschutzrechts.

Zunächst stand fest, dass Art. 2 I GG eine Doppelfunktion zukommt. Er enthält den Imperativ einer objektiven Werteordnung und ist somit Auslegungsmittel für die einzelnen Freiheitsrechte. Außerdem enthält er ein subjektives-öffentliches Recht auf Freiheit eines jeden Menschen. Diese Doppelfunktionalität wird insbesondere dem Ziel gerecht, eine möglichst sichere Freiheitsverbürgung des einzelnen zu schaffen und die freiheitlich demokratische Grundordnung des Grundgesetzes nachhaltig zu gewährleisten. Problematisch erschien jedoch die Frage, wie weit der Schutz ging, der sich durch die Doppelfunktionalität ergab. Der Schutzbereich des Art. 2 I GG wurde im Wesentlichen diskutiert unter der Kernbereichslehre und der heute geltenden Lehre von der allgemeinen Handlungsfreiheit.⁴¹⁹

Die Vertreter der Kernbereichslehre, vertraten die Ansicht, dass Art. 2 I GG lediglich die geistig-sittliche Persönlichkeitsentfaltung garantiere.⁴²⁰ Inhalt der Kernbereichslehre war die Vorstellung, dass

⁴¹⁸ Mallmann, 62.

⁴¹⁹ von Mangoldt/Klein/Starck, 3. Aufl., Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 6.

⁴²⁰ von Mangoldt/Klein/Starck, 3. Aufl., Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 6.

*„Art. 2 I GG sich auf den Schutz eines Mindestmaßes dieser Handlungsfreiheit beschränke, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann“.*⁴²¹

Hans Peters, wohl der führende Vertreter der Kernbereichslehre, argumentierte für deren Richtigkeit maßgeblich unter Heranziehung seines geschichtlichen Verständnisses. Art. 2 I GG sei vor dem Hintergrund der Erfahrungen des Nationalsozialismus und des Kommunismus entstanden. Dem Grundgesetz liege im Gegensatz zu den kollektivistischen Wahrnehmungen menschlicher Persönlichkeit der vor Gott verantwortliche Mensch zugrunde, welcher durch das Recht und durch soziale Verpflichtungen der Gesellschaft verpflichtet sei. Art. 2 I GG beinhalte *„das Recht jedes Menschen, seine „Persönlichkeit“, die ihm eigene Wesensart, sein Menschentum zu entfalten, [...] Was der Schöpfer in den einzelnen als „Person“ hineingelegt hat, das soll er aus sich zur „Persönlichkeit“ entfalten können.“*⁴²²

Diese rein wertorientierte Sichtweise des Schutzbereichs ließ sich nicht aufrechterhalten. Der Schutzbereich des Art. 2 I GG wäre danach äußerst eng und hätte keine praktische Bedeutung.⁴²³ Der Wortlaut von Art. 2 I GG erlaubte eine weitere Auslegung. Hierbei beruft sich die herrschende Meinung seit jeher auf den ursprünglichen Wortlaut des Entwurfs von Art. 2 I GG. Dieser lautete:

*„Jeder hat die Freiheit zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt“.*⁴²⁴

Der Grund für die Änderung des Wortlauts war allein die Erwägung, dass der Entwurf nicht elegant genug war, um dem hohen Schutzgut die gewünschte Würde zu verleihen. Der Verfassungsgeber entschied sich daher für den Ausdruck der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“.⁴²⁵ Eine inhaltliche Änderung sollte jedoch nicht erfolgen.

Zudem trat die systematische Erwägung hinzu, dass die Schranke der Sittengesetze unverständlich gewesen wäre, wenn tatsächlich nur ein Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung geschützt

⁴²¹ BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, Az. 1 BvR 253/56 - Elfes, BVerfGE 6, 32, 36.

⁴²² Peters, BayVBL 1965, 37, 39.

⁴²³ Merten, JuS 1976, 345.

⁴²⁴ BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, Az. 1 BvR 253/56 - Elfes, BVerfGE 6, 32, 39.

⁴²⁵ BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, Az. 1 BvR 253/56 - Elfes, BVerfGE 6, 32, 36.

würde, da ein Eingriff in diesen Kernbereich durch die einschränkende Wirkung von Sittengesetzen nicht vorstellbar ist.⁴²⁶

Entscheidend für die Auslegung des Schutzbereichs war die Zwecksetzung des Artikels. Während die Weimarer Reichsverfassung von 1917 noch eine wertefreie Organisationsgrundlage für den Staat bereitstellen sollte⁴²⁷, gilt nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus die Ägide einer objektiven Werteordnung gepaart mit der Festlegung subjektiv-öffentlicher Rechte als Grundrechte, die im Grundgesetz als oberstes Staatsziel die Verwirklichung der persönlichen Freiheit festlegen. So formulierte Nipperdey erstmals im Jahre 1960 und erneut 1972:

„Das Grundrecht des Art. 2 I ist kein klassisches Grundrecht; es ist früheren Verfassungen unbekannt. Es ist unbestritten ein Novum unseres Verfassungsrechts. Das Grundrecht will den naturgegebenen Lebenswillen des einzelnen, seine persönliche Tatkraft schützen und von allen nicht erforderlichen Schranken befreien. Maßgebend ist die Erkenntnis, daß nur dieses Recht auf freie Entfaltung aller eine Gemeinschaft freier Menschen schaffen kann und dass Initiative und Intuition in den Bereichen der Kultur, der Wissenschaft, der Wirtschaft und des Sozialen die fortschrittliche Gestaltung aller Lebensverhältnisse und das Glück der Menschen auf dieser Erde mit verbürgen.“⁴²⁸

Aufgrund von sozio-ökonomischen Entwicklungen, welche ständig neue Schutzbedürfnisse hervorrufen, wäre der Grundrechtskatalog bei enger Auslegung entsprechend der Kernbereichstheorie schnell an seine Grenzen gestoßen, da es unmöglich wäre, den Grundrechtsschutz zu erweitern. In diesem Sinne erkannte die herrschende Meinung und insbesondere das Bundesverfassungsgericht Art. 2 I GG als ein umfassendes Rahmenrecht mit Auffangfunktion an, um Schutzlücken der speziellen Freiheitsrechte zu verhindern.

Durch die Weite des Schutzbereichs konnte sichergestellt werden, dass jeder Mensch grundsätzlich keinerlei Einschränkungen in seinem Tun und Unterlassen unterliegt.

⁴²⁶ BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, Az. 1 BvR 253/56 - Elfes, BVerfGE 6, 32, 36.

⁴²⁷ BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, Az. 1 BvR 253/56 - Elfes, BVerfGE 6, 32, 40.

⁴²⁸ Nipperdey/Bettermann/Neumann, 742.

bb. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als unbenanntes Freiheitsrecht

Die Anerkennung von Art. 2 I GG als Grundrecht und dessen weiten Schutzbereichs waren die Grundlage der Anpassungsfähigkeit des Grundrechtskataloges, die Entwicklung der Lehre über die unbenannten Freiheitsrechte und Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als ein solches unbenanntes Freiheitsrecht.

In sachlicher Hinsicht schützt Art. 2 I GG danach Lebensbereiche, die nicht unter den Schutzbereich spezieller Freiheitsrechte zu subsumieren sind, welche sich aber durch sozio-ökonomische Entwicklungen im Laufe der Zeit als schutzbedürftig herausstellen und für die die Rechtsprechung neue Grundrechte schaffen kann.⁴²⁹ Das Hauptbeispiel eines unbenannten Freiheitsrechts ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht, welches das BVerfG im Jahre 1980 erstmals ausdrücklich benannte.⁴³⁰ Zuvor hatte das BVerfG die Garantie der Privat- und Intimsphäre unter Art. 2 I GG als unbenanntes Freiheitsrecht geschützt.⁴³¹

*„Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung anerkannt, daß das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gewährt, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist (BVerfGE 6, 32[41]; 27, 1 [6]). Das verfassungskräftige Gebot der Achtung der Intimsphäre des Einzelnen hat seine Grundlage in dem durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgtem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“.*⁴³²

Dogmatisch gehört der Schutz der Intimsphäre dem Kernbereich der freien Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG an. Denn nur wer sich adäquat geschützt weiß, wird seine Persönlichkeit aktiv frei entfalten. Wer unsicher ist, inwiefern die aktive Umsetzung intimer oder privater Willensentschlüsse gesellschaftlich sanktioniert wird, wird nicht nur in seinen nach außen gerichteten Verhaltensweisen, sondern auch in seiner rein internen Willensbildung eingeschränkt,

⁴²⁹ BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980 – Eppler, BVerfGE 54, 148, 153; von Mangoldt/Klein/Starck, 3. Aufl., § 2 Abs. 1 Rdnr. 12; Schmidt, AöR 1966,42, 42ff..

⁴³⁰ BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980 – Eppler, BVerfGE 54, 148, 153; von Mangoldt/Klein/Starck, 6. Aufl., Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 17.

⁴³¹ BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, Az. 1 BvL 19/63 - Mikrozensus, BVerfGE 27, 1, 6; BVerfG, Beschl. v. 15.01.1970, Az. 1 BvR 13/68 - Scheidungsakten, BVerfGE 27, 344, 350.

⁴³² BVerfG, Beschl. v. 15.01.1970, Az. 1 BvR 13/68 - Scheidungsakten, BVerfGE 27, 344, 350f.

da er sich möglicherweise durch die gesellschaftliche Wahrnehmung seiner Willensbildung eingeschüchtert fühlt.

Hierauf musste das BVerfG reagieren und schuf im Anschluss an die Garantie der Privat- und Intimsphäre aus Art. 1 I i. V. m. Art. 2 I GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit einem zunächst abstrakten Schutzbereich, der vor dem Hintergrund konkreter gesellschaftlicher Bedürfnisse jeweils konkretisiert werden konnte. Erst im Jahre 1980 benannte das BVerfG das allgemeine Persönlichkeitsrecht als das der Garantie der Privat- und Intimsphäre übergeordnete Grundrecht im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung.⁴³³ Es handelt sich um ein unbenanntes Freiheitsrecht, welches als Rahmenrecht Grundlage für eine Vielzahl konkretisierter Einzelgarantien dient.

„Seine Aufgabe ist es, im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der „Würde des Menschen“ (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen.“⁴³⁴

Bevor das Bundesverfassungsgericht das allgemeine Persönlichkeitsrecht als unbenanntes Freiheitsgrundrecht anerkannte und es als Prüfungsmaßstab heranzog, hatte der Bundesgerichtshof es bereits im Jahre 1954 als zivilrechtliches Rechtsinstitut anerkannt.⁴³⁵ Das Bundesverfassungsgericht hatte es als zivilrechtliches Institut im Zusammenhang mit § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht erkannt. Insbesondere sei das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein fester Bestandteil der Privatrechtsordnung geworden befand das Bundesverfassungsgericht in der Soraya-Entscheidung vom 14.02.1973.⁴³⁶ Dennoch folgte daraus keine eindeutige Festlegung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG. In der Suchtkrankenberatungsstellenentscheidung erkannte das Bundesverfassungsgericht erneut das

⁴³³ BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980 – Eppler, BVerfGE 54, 148, 153.

⁴³⁴ BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980 – Eppler, BVerfGE 54, 148, 153.

⁴³⁵ BGH, Urt. v. 25.05.1954, Az.: I ZR 211/53 – Schacht-Brief, BGHZ 13, 334.

⁴³⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, Az. 1 BvR 112/65 - Soraya, zit. n. DFR: <http://www.servat.unibe.ch/dfv/bv034269.html>, Rdnr. 27.

*„Grundrecht auf Achtung ihrer [der Beschwerdeführer] Intim- und Privatsphäre [...] (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG“.*⁴³⁷

Erst im Volkszählungsurteil führte das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich aus, dass *„das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, [...] gerade auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann“*⁴³⁸. Erst hier konkretisierte das Bundesverfassungsgericht das betroffene Grundrecht zum Rahmenrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁴³⁹

Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Rahmenrecht im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung konstituiert wurde, ergeben sich dessen Konkretisierungen durch eine zunehmende Judikatur, wobei ein bestimmter Sachverhalt als Verletzung schutzwürdiger Einzelinteressen gewertet wird. Daraus werden dann die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen und die Einschlägigkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abgeleitet.

Überträgt man dies auf die Gefahren der integrierten Datenverarbeitung so ergibt sich die Schutzbedürftigkeit Betroffener gerade aus der möglichst umfassenden Datenverarbeitung unter möglichst breiter Umsetzung der Datenerhebung und deren Integration. Vor der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als ungeschriebenes Freiheitsrecht, war die Privatsphäre als solche Gegenstand des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Deren Inhalt unterlag weitgehenden Diskussionen. Er ließ sich nicht hinreichend konkretisieren, um konkrete rechtliche Vorgaben hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten zu entwerfen. Deutlich war jedoch bereits, dass die Gefährdung der Privatsphäre sowohl von der Datenverarbeitung öffentlicher wie auch privater Stellen ausging.

⁴³⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977, Az. 2 BvR 988/75 – Suchtkrankenberatungsstelle, BVerfGE 44, 353, 372.

⁴³⁸ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 - Volkszählung, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>, zuletzt abgerufen am 15.01.2021, Rdnr. 152.

⁴³⁹ Merten/Papier - Enders, 166.

b. Mittelbare Drittwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Privatrecht

Fraglich war wie die Betroffenheit eines Grundrechts in den Kontext von Eingriffshandlungen durch private Stellen fallen konnte. Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Eine verfassungsrechtliche Regelung zur Bindungswirkung von Grundrechten gegenüber Dritten, also gegenüber nicht staatlichen Stellen, besteht jedoch nicht. Daher ergab sich lediglich die Möglichkeit, aufgrund einer normativen Wertung die Grundrechte zur Grundlage eines Lösungsansatzes zu dieser Fragestellung zu machen. Da Art. 1 Abs. 2 GG gerade nicht auch private Stellen als Grundrechtsverpflichtete vorsieht, erfolgt eine Erstreckung der Grundrechte auf Private zunächst mittelbar durch die Tätigkeit der Gesetzgebung und der Rechtsprechung. Die Gesetzgebung muss bei dem Erlass von Rechtssätzen auf die ausreichende Berücksichtigung grundrechtlicher Anforderungen achten. Dabei steht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der konkreten Regelung zu. Insbesondere kann der Gesetzgeber einen weiteren Freiheitsraum im privaten Bereich schaffen als die jeweils in ihrem sachlichen und/oder persönlichen Schutzbereich betroffenen Grundrechte gewähren, wenn sie direkt anwendbar sind. Ein durch den Gesetzgeber geschaffenes Recht im privaten Bereich darf also nicht durch die nur im öffentlichen Bereich anwendbaren Grundrechte reduziert werden. Andererseits jedoch müssen der Gesetzgeber und die Rechtsprechung bei ihrer Tätigkeit darauf achten, dass die Mindestanforderungen der Grundrechte nicht unterlaufen werden durch die Schaffung privatrechtlicher Normen, welche eben nicht unmittelbar den Grundrechten unterliegen.

Eine besondere Bedeutung erhält daher die grundrechtskonforme Auslegung privatrechtlicher Normen. Wenn der Gesetzgeber unbestimmte Begriffe oder Generalklauseln verwendet, ist insbesondere deren Anwendung Gegenstand grundrechtlicher Anforderungen, welche im Wege der Interpretation vor dem Hintergrund des konkreten Sachverhalts Eingang in das Rechtsverhältnis der privaten Rechtssubjekte erhalten. Während einerseits die Mindeststandards grundrechtlicher Normen auf diesem Wege verwirklicht werden sollen, ist andererseits festzustellen, dass aufgrund der im Privatrecht anzuwendenden Privatautonomie auch die Möglichkeit bestehen muss, von diesem Standard abzuweichen. Daher müssen gesetzliche Regelungen grundsätzlich auch die Möglichkeit bieten, eine einvernehmliche Reduzierung des grundrechtlichen Niveaus vorzunehmen. Anders ist dies jedoch wiederum, wenn in dem privaten Rechtsverhältnis eine Partei in einer sozialen oder wirtschaftlichen Machtposition steht, so dass die Privatautonomie faktisch eingeschränkt ist. Gerade in derartigen Fällen kommt es daher auf

die grundrechtskonforme Anwendung privatrechtlicher Vorschriften an. Verbindet man diesen Gedankengang mit den beschriebenen Szenarien der integrierten Datenverarbeitung wird deutlich, dass deren voraussichtliche weitestgehende Umsetzung gerade eine massive Machtkonzentration sozialer wie auch wirtschaftlicher Art bei privaten Stellen verursachen würde. Zudem hielten die bestehenden privatrechtlichen Regelungen keine Schutzmechanismen vor, welche eine Regelungswirkung auf die integrierte Datenverarbeitung ausüben. Diese wurden zwar zunehmend geschaffen, standen jedoch gerade unter dem Eindruck, dass die Informationskrise gelöst werden müsse und daher gerade die integrierte Datenverarbeitung weitestgehend umgesetzt werden müsste. Derartige Regelungen waren insbesondere die landesrechtlichen Datenverarbeitungsgesetze. Diese Gesetze regelten jedoch nicht die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse. Der Landesgesetzgeber verfügt nicht über die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Privatrechts. Hieran zeigt sich die Bedeutsamkeit einer bundesrechtlichen Regelung zum Schutz von Privatrechtssubjekten.

Gegen eine Erstreckung der Grundrechte auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse sprach insbesondere die von Jellinek entwickelte Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte.⁴⁴⁰ Gerade diese Funktion stellt darauf ab, dass das Individuum vor dem Machtsystem Staat geschützt werden muss. Die Grundrechte erfüllen darüber hinaus eine Kompetenzzuweisungsfunktion und sind insofern Organisationsvorschriften. Als negative Kompetenzvorschriften drücken sie neben ihrer Abwehrfunktion aus, dass staatliche Stellen den Schutz vor Verletzungen des jeweils vorgesehenen Schutzbereichs sicherstellen müssen. Auch die Anerkennung der Möglichkeit im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG neue Grundrechte als unbenannte Freiheitsrechte zu schaffen, erlaubt nicht die Schlussfolgerung, dass eventuelle Grundrechte auf private Stellen als Grundrechtverpflichtete erstreckt werden können. Das Institut der unbenannten Freiheitsrechte bestimmt lediglich, dass auf der Grundlage derartiger Rechte weitere Verpflichtungen des Staates gegenüber dem Individuum geschaffen werden können.⁴⁴¹

Beachtlich ist andererseits, dass die außer der Abwehrfunktion ebenfalls von Jellinek entwickelten Status teilweise Auswirkungen auf die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten haben. Insgesamt bezogen sich die Status auf den Gegensatz des Staates zum privatrechtlichen

⁴⁴⁰ Hesse, 148.

⁴⁴¹ Hesse, 148.

Rechtssubjekt zur Gewährleistung eines staatsfreien Raumes („status negativus“)⁴⁴² durch Abwehrrechte, auf die Gewährleistung von Teilhabe („status activus“) sowie die Gewährleistung von Leistungsrechten („status positivus“).

Der status activus bezieht sich auf das Recht zur Teilhabe an bzw. die Pflicht zur Übernahme von staatlichen Aufgaben durch die Bekleidung öffentlicher Ämter, etwa als Beamter, Richter, Soldat oder Teil eines Staatsorgans. Zudem ist das aktive wie das passive Wahlrecht Teil des status activus. Eine Drittwirkung kann sich hieraus genau so wenig ergeben wie aus dem status negativus.

Gegenstand des status positivus, so Jellinek, sei zunächst, dass alles staatliche Handeln im Gemeininteresse erfolgt. Dieses Handeln im Gemeininteresse komme zwar letztlich den Individuen zu Gute. Er realisiere sich in der Erhaltung und Förderung von Individuen. Das Einzelinteresse sei aber lediglich faktisch geschützt, nicht aber das Resultat einer rechtlichen Verpflichtung. Der Einzelne habe daher keinen unmittelbaren Anspruch auf die Teilhabe, es sei denn im Einzelfall wäre eine solche Verpflichtung gesetzlich vorgesehen.⁴⁴³ Im status positivus zeigt sich demnach die Annahme einer objektiven Werteordnung. Für die Schaffung und Umsetzung der Werteordnung bleibt allein der Staat verpflichtet. Beachtlich ist, dass Jellinek zwischen zwei Konkretisierungen des status positivus differenziert. Die Alternative zu dem oben beschriebenen Modell, wonach in einem Staat der status positivus durch die Rechte einzelner durch die Gesetzgebung konkretisiert werde⁴⁴⁴, sähe keine Teilhabe an Staatsleistungen vor. *„Der Staat würde für ihn [den Bürger] handeln, aber nicht um seinetwillen handeln, aller Schutz und alle Förderung seiner Interessen wäre ausschließlich Reflexwirkung.“*⁴⁴⁵ Der moderne Staat habe *„in großartiger Weise seine Verwaltung dem mit dem Gemeininteresse verknüpften Einzelinteresse zugewendet, diesem rechtliche Forderungen auf positive Leistungen zuerkennend“*. Danach werden die staatlichen Obligationen in Leistungsansprüche gegen Gerichte und gegen die Verwaltung auf Grundlage allgemein gültiger Gesetze eingeteilt. Jellinek hebt besonders den Schutzanspruch hervor, welcher dem Einzelnen auch in privatrechtlichen Ansprüchen zusteht und der durch die Möglichkeit gewährleistet wird, privatrechtliche wie auch

⁴⁴² Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 91.

⁴⁴³ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 109ff.

⁴⁴⁴ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 110.

⁴⁴⁵ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 110.

öffentlich-rechtliche Ansprüche auf dem Rechtsweg geltend zu machen.⁴⁴⁶ Jellinek führt aus „*Aus jenem [dem rechtlichen Dürfen] entspringt der privatrechtliche Anspruch auf Erfüllen, Leisten, Dulden, Unterlassen an den Anderen. Dieses aber fällt in der Civilrechtspflege zusammen mit dem Anspruch an den Staat auf Rechtsschutzgewährung*“.⁴⁴⁷

Der Rechtsschutzanspruch sei in der naturrechtlichen Literatur Englands als Grundrecht anerkannt. Als typisches Beispiel verweist Jellinek auf Blackstone, der in seinem berühmten Werk über das englische Recht hervorgehoben habe, dass Individuen vorstaatlich, also natürlicherweise mit absoluter Freiheit ausgestattet seien und mit Eintritt in die bürgerliche Gesellschaft diese Freiheit zu einem Teil aufgeben. Diese Aufgabe müsse durch entsprechende Gegenleistungen ausgeglichen werden. Der Ausgleich werde durch „*Ur- und Hauptrechte der Sicherheit, der Freiheit und des Eigentums*“ geschaffen. Zudem habe die englische Verfassung noch Hilfsrechte geschaffen, zu dem auch das „Grundrecht“ auf Rechtsschutz gehöre.⁴⁴⁸

Beachtlich ist zunächst, dass Jellineks Ausführungen nicht zwingend auf grundrechtliche Normen bezogen sind. Jellineks Werk versucht eine Erklärung des Systems der subjektiv-öffentlichen Rechte unter Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht.⁴⁴⁹ Die Grundrechte sind allenfalls ein Ausschnitt subjektiv-öffentlicher Rechte und bilden deren Grundlage. Gleichzeitig steht Jellineks Werk unter dem Eindruck des Naturrechts, der französischen Auffassung des subjektiven Rechts nach der französischen Revolution und der „*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*“ von 1789 und im Zusammenhang mit dem Rechtsschutzanspruch aus einem nach der englischen Verfassung anerkannten Grundrechts. In Anbetracht seiner Veröffentlichung im Jahre 1892 steht es selbstverständlich keinesfalls unter dem Eindruck des grundgesetzlichen Grundrechtekatalogs und bietet daher keine konkrete Antwort auf die Drittwirkung der Grundrechte der bundesdeutschen Verfassung. Gleichzeitig lässt sich jedoch ableiten, dass Jellinek im Falle eines Konstrukts, welches eine Differenzierung von öffentlichem und privaten Recht vorhält und Rechte vergleichbar mit denjenigen gewährt, die dem status positivus entsprechen, insbesondere den erwähnten Grundrechten, dann muss es zu einer Drittwirkung kommen. Hinzu

⁴⁴⁶ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 117f.

⁴⁴⁷ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 118f.

⁴⁴⁸ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.

⁴⁴⁹ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 7f.

kommt, dass Jellinek ausdrückt, der Rechtsschutzanspruch folge unmittelbar aus der Anerkennung der Persönlichkeit.⁴⁵⁰ Bezieht man dies auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Grundgesetz und der ebenso im Grundgesetz vorgesehenen Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) und die Bindung der Rechtsprechung an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) so zeigt sich deutlich, dass sich aus dem von Jellinek entwickelten status positivus eine Drittwirkung von Grundrechten ergibt.

Aus dem status positivus und der darin ausgedrückten Anerkennung der Persönlichkeit lässt sich neben dem Rechtsschutzanspruch auch im privatrechtlichen Bereich die Existenz einer übergeordneten Werteordnung entnehmen, welche nicht nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat gilt. Im Zusammenhang mit dem status negativus, also dem Abwehrrecht, zeigt sich eine Ähnlichkeit des Verhältnisses zwischen Individuum und Staat sowie dem Verhältnis von privaten Rechtssubjekten. Aus dem Verhältnis von Staat und Individuum und aus dem Verständnis, dass die Persönlichkeit des Individuums sich aus dessen Verhältnis zum Staat herausbildet, lässt sich die relative Abhängigkeit des Individuums von einem systematischen und organisierten Machtzentrum entnehmen. Das Verhältnis Staat zu Bürger ist daher abstrakt vergleichbar mit dem Verhältnis Staat zu Kommune. Was die Selbstverwaltung für öffentlich-rechtliche Körperschaften ist, sind die Grundrechte für natürliche Personen bzw. über Art. 19 Abs. 3 GG für inländische juristische Personen, „soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“.

Der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts nahm eine derartige Funktion der Grundrechte erstmalig im Urteil vom 03.12.1954 an. Im Leitsatz des Urteils befand das BAG hinsichtlich der Meinungsfreiheit:

„Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung und das Verbot, jemanden wegen seiner politischen Anschauungen zu benachteiligen, sind Ordnungssätze für das soziale Leben, die unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben.“⁴⁵¹

Das Bundesverfassungsgericht erkannte die Drittwirkung in dem Lüth-Urteil des 1. Senats vom 15.01.1958 an. Es lautet dort im Leitsatz:

⁴⁵⁰ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 118.

⁴⁵¹ BAG, Urt. v. 03.12.1954, Az. 1 AZR 150/54, zit. n.: https://www.jurion.de/urteile/bag/1954-12-03/1-azr-150_54/?q=BAGE+1%2C+185&sort=1, zuletzt abgerufen am 16.01.2021, dort amtlicher Leitsatz 7.

„1. Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.

2. Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreift vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters und ist für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln.“⁴⁵²

Andererseits gibt das Bundesverfassungsgericht im Lüth-Urteil den damals gängigen Streitstand wider, wonach die Frage, *„ob Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht einwirken und wie diese Wirkung im einzelnen gedacht werden müsse“⁴⁵³*. Von der Darstellung des Streites soll hier abgesehen werden, da er für die Belange dieser Arbeit nicht wichtig ist. Das Bundesverfassungsgericht führt nämlich weiter aus, dass *„richtig ist [aber], daß das Grundgesetz [...] in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zu Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden“⁴⁵⁴*. Das Bundesverfassungsgericht erklärte also die heute gängige Auffassung, dass privatrechtliche Normen einer verfassungs-, insbesondere grundrechtskonformen Auslegung unterliegen und sich diese insbesondere auf zwingendes Recht auswirken, weil diese Normen Teil des *ordre public* sind und Prinzipien des Gemeinwohls verwirklichen und daher dem Parteiwillen entzogen sind. Hierzu gehören insbesondere die Generalklauseln, die im Einzelfall im Wege der Interpretation durch die Wertvorstellungen zu konkretisieren sind, welche das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt für

⁴⁵² BVerfG, Urt. v. 15.01.1958; Az. 1 BvR 400/51 - Lüth, zit. n. DRF: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>, zuletzt abgerufen am 16.01.2021, Leitsätze 1., 2..

⁴⁵³ BVerfG, Urt. v. 15.01.1958; Az. 1 BvR 400/51 - Lüth, zit. n. DRF: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>, zuletzt abgerufen am 16.01.2021, Rdnr. 24.

⁴⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 15.01.1958; Az. 1 BvR 400/51 - Lüth, zit. n. DRF: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>, zuletzt abgerufen am 16.01.2021, Rdnr. 27.

richtig hält. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird zwar aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet. Im Privatrecht wird es als sonstiges Recht aus § 823 Abs. 1 BGB oder auch § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 185 StGB, und auch jeweils in besonderen Ausformungen aus dem Urheberrechtsgesetz, §§ 22ff. KURhG, abgeleitet.

Problematisch erschienen die Konkretisierungen zum Schutze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor den Risiken der Datenverarbeitung. Hierfür waren keine adäquaten Schutzvorschriften vorhanden. Für das allgemeine Persönlichkeitsrecht und den Schutz der Privatsphäre ergibt sich daraus vor der Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, dass Betroffene auch vor den Gefahren der integrierten Datenverarbeitung geschützt werden müssen, welche von privaten Stellen ausgehen.

Es zeigt sich, dass neben der integrierten Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen auch die integrierte Datenverarbeitung privater Stellen Risiken für die Privatsphäre als Schutzgegenstand von Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG setzte. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht entfaltet seine Wirksamkeit im privaten Bereich in Verbindung mit privatrechtlichen Anspruchsgrundlagen aus Generalklauseln wie § 823 I BGB, 826 BGB sowie speziellen Normen wie § 22 KUG geschützt.

III. Zwischenergebnis

Die Ausführungen in Teil 3 zeigen die Vielfältigkeit der Risiken, welche durch die integrierte Datenverarbeitung entstehen. Sie verdeutlichen zudem deren Komplexität und Relativität, so dass gerade Regelungen geschaffen werden mussten, die dieser Vielfältigkeit gerecht wurden. Im öffentlich-rechtlichen Bereich sind die freiheitlich-demokratische Grundordnung, insbesondere die kommunale Selbstverwaltung, das Bundestaatsprinzip, das Rechtsstaatsprinzip und die Selbstverwaltung zu schützen. Im zivilrechtlichen Bereich müssen sie vor Verletzungen der Grundrechte schützen, sofern die Datenverarbeitung durch öffentlich-rechtliche Stellen erfolgt und vor Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sowie jeweils spezielle Grundrechte, sofern die Datenverarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen erfolgt.

Wie und welche Schutzmechanismen im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung geschaffen wurden, wird Gegenstand des folgenden Teils sein.

Teil 4: Rechtsdogmatische Einordnung der Auftragsdatenverarbeitung auf der Grundlage der allgemeinen Schutzmechanismen des Datenschutzrechts und deren konkrete Umsetzung in der Auftragsdatenverarbeitung

Die bisherigen Feststellungen zeigen, dass die integrierte Datenverarbeitung zu einem Konflikt führt zwischen dem Ziel, eine funktionierende Verarbeitung des hohen Informationsvolumens und somit die funktionierende Organisation öffentlicher wie auch privater Stellen zu gewährleisten bei gleichzeitigem Schutz rechts- und verfassungskonformer Ziele.

A. Der Gegenstand des Datenschutzes: Datenschutz im engeren und weiteren Sinne

Die aufgezeigten Risiken führen zu der Fragestellung des Gegenstandes des Datenschutzes. Zu erwarten ist, dass der Datenschutz sofern die Datenverarbeitung im öffentlich-rechtlichen Bereich erfolgt einerseits die betroffenen Grundrechte, insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, und andererseits die freiheitlich demokratische Grundordnung in ihren in Teil 3 erörterten Erscheinungsformen schützt bei gleichzeitigem Ausgleich mit dem Interesse öffentlich-rechtlicher Stellen, die Informationskrise zu beheben oder wenigstens zu mindern. Erfolgt die Datenverarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB betroffen.

Steinmüller unterscheidet zwischen dem Datenschutz im engeren und weiteren Sinne.⁴⁵⁵ Der Datenschutz im engeren Sinne verfolgt den Schutz des Einzelnen und rechtlich geschützter oder zu schützender gesellschaftlicher Gruppierungen der Betroffenen vor Missbrauch bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zur Sicherung der individuellen Rechtsposition.⁴⁵⁶ Der Datenschutz im engeren Sinne soll rechts- und verfassungspolitische Ziele verwirklichen, indem er Informationsprozesse verhindert, die unerwünschte Folgen für die Betroffenen haben können bei gleichzeitiger Ermöglichung des Ausbaus gesellschaftlicher Informationsprozesse. Er verfolgt

⁴⁵⁵ Steinmüller, ADV und Recht, 145.

⁴⁵⁶ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 44.

einen Ausgleich zwischen dem verfassungs- und rechtspolitischen Ziel des Individualschutzes und den staatlichen und gesellschaftlichen Zielen einer notwendigen Informationsverarbeitung.

Der Datenschutz im weiteren Sinne dient der Herstellung des Informationsgleichgewichts und der Verhinderung einer der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechenden Machtanhäufung.⁴⁵⁷ Simitis stellt in diesem Zusammenhang konkret das Informationsgleichgewicht zwischen Verwaltung und Parlament in Frage und meint, der Datenschutzbegriff sei weit zu fassen. Das Datenschutzrecht müsse insbesondere eine Überwachung des Machtpotentials der öffentlichen Verwaltung gewährleisten. Es bedürfe einer ständigen Überwachung, die außerhalb der jeweiligen Verwaltung verankert sein müsse.⁴⁵⁸ Er vertritt daher einen weiten Ansatz für das Datenschutzrecht. Dabei legt er die Grundlage für die Einrichtung von Datenschutzbehörden und der Beibehaltung der Gewaltenteilung in ihrer geübten Form einschließlich der Bewahrung des Informationsgleichgewichts zwischen Exekutive und Legislative. Das Gleichgewicht war gefährdet, weil die grundgesetzlich vorgesehenen Zuständigkeiten durchmischt wurden und besonders in Planungsprozessen die vorliegende Transparenz aufgehoben wurde. Die Planungstätigkeit der Exekutive *„führe zu einer unerwünschten Präjudizierung parlamentarischer Tätigkeit, die nur durch eine wie immer geartete Beteiligung der Parlamente an der Planung verhindert werden könnte“*.⁴⁵⁹

Daher wurde versucht, Planungstätigkeiten des Staates im System der Gewaltenteilung zu verorten. Da dieser systematische Zusammenhang sich jedoch nicht aus der Verfassung ergibt, sollte die Beteiligung an der Planung im Zusammenhang mit dem Demokratiegebot und im Wege der Verfassungsinterpretation instituiert werden.⁴⁶⁰ In diesem Zusammenhang wurde im Datenschutzrecht das Kontrollrecht des Parlaments gegenüber der Exekutive erwogen. Im Rahmen der Enquêtekommission Verfassungsreform wurde vorgeschlagen, das Grundgesetz zu ändern. Es sollten die folgenden Artikel zusätzlich aufgenommen werden⁴⁶¹:

⁴⁵⁷ Mallmann, 28.

⁴⁵⁸ Simitis, in: Dokumentation einer Anhörung zum Referentenentwurf eines Bundes-Datenschutzgesetzes vom 07. bis 09. November 1972, hg. v. Bundesministerium des Innern, S. 24.

⁴⁵⁹ Lutterbeck, in: Informationsrecht und Informationspolitik, 164, 165.

⁴⁶⁰ Lutterbeck, in: Informationsrecht und Informationspolitik, 164, 166.

⁴⁶¹ Enquête-Kommission, BT-Drs VI/3829, 46.

„Art. Y (1) Die Bundesregierung erstellt die integrierte Aufgabenplanung für den Bund. Sie hat dabei Bundestag und Bundesrat auf dem Laufenden zu halten und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Art. Z (1) Der Bundestag bestellt einen Ausschuß für Planung. Auf Antrag eines Viertels der Mitglieder des Ausschuss für Planung hat die Bundesregierung Auskünfte über Planungsunterlagen und über die Auswirkungen näher bezeichneter Alternativen zu erteilen.“

In der Folge der Diskussion wurden in vier Ländergesetzen Regelungen aufgenommen, um das Informationsgleichgewicht zu fördern:

1. Gesetz über die Organisation der elektronischen Datenverarbeitung im Freistaat Bayern (BayEDVG) vom 12.10.1970,
2. Hessisches Datenschutzgesetz vom 07.10.1970,
3. Gesetz gegen mißbräuchliche Datennutzung für Rheinland-Pfalz vom 24.1.1974,
4. Gesetz über die Organisation der automatischen Datenverarbeitung in Nordrhein-Westfalen vom 12.02.1974 (ADVG NW).

§ 10 Abs. 2 des Hessischen Datenschutzgesetzes lautet:

„Der Datenschutzbeauftragte beobachtet die Auswirkungen der maschinellen Datenverarbeitung auf die Arbeitsweise und die Entscheidungsbefugnisse der in § 1 genannten Stellen dahingehend, ob sie zu einer Verschiebung in der Gewaltenteilung zwischen den Verfassungsorganen des Landes, zwischen den Organen der kommunalen Selbstverwaltung und zwischen der staatlichen und der kommunalen Selbstverwaltung führen. Er kann Maßnahmen anregen, die ihm geeignet erscheinen, derartige Auswirkungen zu verhindern.“

§ 2 ADVG NW stellt fest:

„Durch den Einsatz der automatisierten Datenverarbeitung darf das Informationsgleichgewicht, insbesondere zwischen den Organen der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt, nicht beeinträchtigt werden.“

In Art. 1 Abs.1 BayEDVG, § 6 Abs. 1 HessDSchG, § 3 Abs. 1 ADVG NW und § 5 LDatG Rheinland-Pfalz wurden Auskunftsrechte aufgrund der gespeicherten Daten und in Art. 1 Abs. 2 BayEDVG und § 3 Abs. 2 wurden Zugriffsrechte zu Informationssystemen der Exekutive vorgesehen, um das Informationsgleichgewicht zu bewahren. Die Diskussion über das Informationsgleichgewicht und die Risiken für die freiheitlich-demokratische Grundordnung vor

dem Hintergrund der integrierten Datenverarbeitung und den landes- und bundesgesetzlichen Regelungen zum Datenschutz zeigen, dass der Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung ein wesentlicher Teil des Datenschutzes ist.

Dagegen stellt Seidel fest, dass die Diskussion über den Datenschutz geprägt ist von dem Verständnis des Persönlichkeitsschutzes. Er erkennt jedoch ebenfalls, dass die Risiken der integrierten Datenverarbeitung neben der Privatsphäre die grundgesetzlichen Strukturprinzipien bedrohen. Zudem erwägt er eine Erstreckung des Datenschutzes auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und schlägt vor, den Datenschutz weniger an dem betroffenen Rechtsgut auszurichten, sondern mehr an dem betroffenen Informationsprozess.⁴⁶²

Steinmüller führt aus, dass der Datenschutz im engen Sinne und der Datenschutz im weiten Sinne zu komplex seien, um beide in einem Gesetz zu regeln. Eine einheitliche Behandlung beider Bereiche würde nur Verwirrung stiften. Daher sollten beide Bereiche unabhängig voneinander geregelt werden.⁴⁶³ Gegenstand des Bundesdatenschutzgesetzes sollte ausschließlich der Datenschutz im engeren Sinne sein, also der Schutz der Privatsphäre.

Für die Umsetzung dieses Konzepts spricht insbesondere auch die Schutzgegenstandsbestimmung in § 1 Abs. 1 BDSG 1977. Die Regelung sieht ausdrücklich vor, dass Gegenstand des Datenschutzes die Entgegenwirkung der Beeinträchtigungen schutzwürdiger Belange der Betroffenen sei. Fraglich ist daher, was unter dem Begriff der schutzwürdigen Belange zu verstehen ist. Laut Gesetzesbegründung soll der Begriff den Bereich umschreiben, der mit der Privatsphäre und dem Persönlichkeitsrecht gemeint ist.⁴⁶⁴ Es handelt sich damit um den relativen Begriff der Privatsphäre und das relative Recht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seinen unterschiedlichen Erscheinungsformen. Dies betrifft zum einen dessen Schutzzumfang als Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat und zum anderen die deliktischen Ansprüche des Individuums gegen andere Privatrechtssubjekte.

⁴⁶² Seidel, 130.

⁴⁶³ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 167.

⁴⁶⁴ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundes-Datenschutzgesetz – BDSG), BT-Drs. 7/1027, 22.

Fraglich ist aber, ob der Begriff der „*schutzwürdigen Belange des Betroffenen*“ auch die Prinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung beinhalten können. Der Gesetzgeber hat diesen Ansatz insbesondere vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen nicht im Sinne gehabt. Der Wortlaut und auch die Zwecksetzung des Gesetzgebers deuten auf den Schutzzweck des Individualdatenschutzes hin. Zudem sieht das BDSG ab der Fassung vom 20.12.1990⁴⁶⁵ in § 1 Abs. 1 ausdrücklich den Zweck vor, das Persönlichkeitsrecht des einzelnen zu schützen. Danach hätte das Bundesdatenschutzgesetz lediglich einen im Vergleich zum Gesamtkonzept des Datenschutzes reduzierten Schutzzweck und sämtliche Regelungen wären an diesem reduzierten Schutzzweck zu orientieren. Dann hätte die Regelung der Auftragsdatenverarbeitung allenfalls eine faktische Bedeutung für den Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.

Neben der Gefährdung des Individuums waren die Risiken für die freiheitlich-demokratische Grundordnung jedoch mindestens in gleichem Ausmaß relevant. Die Gefährdung von schutzbedürftigen Verfassungsgütern entsteht wie auch die Gefährdung der individuellen Betroffenenrechte durch die Durchmischung der Informationen auf allen Ebenen des Staates zwischen den drei horizontalen Gewalten, den Kommunen sowie allen öffentlichen und privaten Stellen, die an integrierten Datenverarbeitungssystemen beteiligt sind.

Zudem sollte das Bundesdatenschutzgesetz als grundlegendes Gesetz die wesentlichen Regelungen des Datenschutzes beinhalten. Dies gilt trotz der von Steinmueller zu Recht erwogenen Komplexität. Somit war zu erwarten, dass es nicht nur Schutzmechanismen für einen wenn auch maßgebenden Bereich beinhaltet, sondern Regelungen für die unterschiedlichen Risikobereiche. Daher ist zweifelhaft, dass das Bundesdatenschutzgesetz ausschliesslich die Privatsphäre schützt und der Schutz der Strukturprinzipien des Grundgesetzes tatsächlich ausschließlich anderen Gesetzen vorbehalten bleibt. Es dürfte wenigstens zu einem faktischen Schutz kommen.

Der Schutz der Privatsphäre scheint zudem nicht trennbar zu sein von dem Schutz der Strukturprinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.

Abstrahiert man den Schutzgegenstand des Datenschutzes auf den Datenschutz im engen wie im weiten Sinne, so soll Datenschutz unerwünschte Folgen bei der Verarbeitung personenbezogener

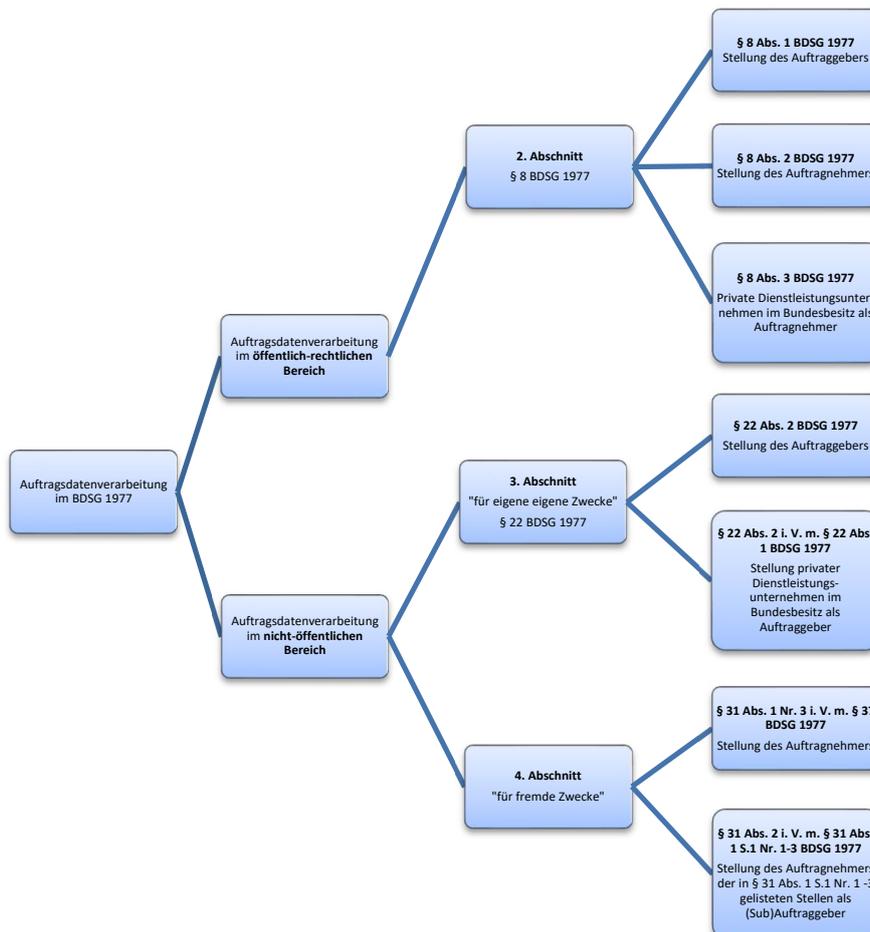
⁴⁶⁵ Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes vom 20.12.1990, BGBl. 1990 Teil 1 S. 2955

Daten vorbeugen. Er soll jedenfalls rechts- und verfassungspolitisch unerwünschte Benachteiligungen von natürlichen Personen durch die Verarbeitung sie betreffender Informationen verhindern. Das bedeutet, dass er Informationsprozesse verhindern soll, durch die unerwünschte Folgen für den Betroffenen herbeigeführt werden können und er soll den Ausbau von Informationsstrukturen steuern und gleichzeitig die Informationskrise verringern. Selbst bei einer erklärten Reduzierung des Schutzgegenstandes auf den Individualdatenschutz ergibt sich ein indirekter Schutz der Strukturprinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Aus der Verwirklichung des Individualrechtsschutzes folgt wenigstens mittelbar die Förderung des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.

Daher ist zu erörtern wie die Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung sich auf die Gefahren der integrierten Datenverarbeitung auswirken und welchen Schutz sie wie bewirken.

B. Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 1977

In dem ersten Bundesdatenschutzgesetz vom 27.01.1977⁴⁶⁶ waren die Vorschriften der Auftragsdatenverarbeitung in mehreren Paragraphen verteilt.



I. Auftragsdatenverarbeitung im öffentlichen Bereich gem. BDSG 1977

§ 8 BDSG 1977 enthält die zentrale Norm für die Auftragsdatenverarbeitung im Bereich der öffentlichen Stellen. Die Regelung ist also einschlägig, wenn sowohl der Auftraggeber (§ 8 Abs. 1 BDSG 1977) und auch der Auftragnehmer eine öffentliche Stelle (§ 8 Abs. 2 BDSG) sind.

⁴⁶⁶ Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) v. 27.01.1977, BGBl. I S. 201.

§ 8 Abs. 1 BDSG 1977 verweist auf § 7 Abs. 1 und 2 BDSG 1977. Er bestimmt, dass die Datenverarbeitung der dort genannten Stellen des Bundes, der Länder und der Kommunen auch dann unter den 2. Abschnitt des BDSG 1977 fallen, wenn „*personenbezogene Daten in deren Auftrag durch andere Personen oder Stellen verarbeitet werden*“.

In § 8 Abs. 3 BDSG 1977 befinden sich Regelungen für öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen, die als Auftragnehmer tätig werden. § 8 Abs. 3 BDSG 1977 regelt, dass juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen, die in der Inhaberschaft der öffentlichen Hand stehen durch ihre privatrechtlichen Organisationsformen nicht aus den Verpflichtungen für öffentliche Auftraggeber entlassen werden.

Der Auftragnehmer ist „*unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen (§ 6 Abs. 1) sorgfältig auszuwählen*“. § 6 Abs. 1 enthielt bereits im ersten BDSG die grundlegende Regelung für die Erfordernisse der technischen und organisatorischen Datensicherheit, welche in einer Anlage konkretisiert werden. Es handelt sich um die Zugangskontrolle, die Abgangskontrolle, die Speicherkontrolle, die Benutzerkontrolle, die Zugriffskontrolle, die Übermittlungskontrolle, die Eingabekontrolle, die Auftragskontrolle, die Transportkontrolle sowie die Organisationskontrolle.

Die Vorschrift hat zur Folge, dass durch die Beauftragung eines Auftragnehmers und die Zugänglichmachung der Daten für den Auftraggeber dieselben Vorschriften gelten wie für denjenigen, der die Daten selbst als speichernde Stelle automatisiert verarbeitet. Daher gelten die Vorschriften des zweiten Abschnitts des BDSG 1977 unverändert, wobei zusätzlich die ordnungsgemäße Auswahl des Auftragnehmers anhand der genannten Datensicherheitserfordernisse erfolgen muss. Der Auftraggeber ist daher an die Regelungen über die Zulässigkeit der Verarbeitung in jeder Phase der Datenverarbeitung gebunden. Der Begriff der Datenverarbeitung ist dabei in § 1 Abs. 1 BDSG 1977 definiert. Es handelt es sich um die Speicherung, Übermittlung, Veränderung und Löschung personenbezogener Daten. Gemäß § 3 ist die Datenverarbeitung nur dann zulässig, wenn das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt oder die Einwilligung des Betroffenen vorliegt.

Beachtlich ist, dass die Auftragsdatenverarbeitung nicht als eine Art der Datenverarbeitung in § 1 (1) BDSG aufgeführt ist. Auch in den Definitionen in § 2 Abs.2 BDSG 1977 von Speichern, Verändern und Löschen ist sie nicht aufgeführt. Vielmehr stellt § 2 (3) Nr. 2 BDSG 1977 klar, dass der Auftragnehmer einer Auftragsdatenverarbeitung nicht Dritter im Sinne des BDSG 1977 ist. Die Bekanntgabe der Daten an einen Auftragsdatenverarbeiter ist damit gemäß § 2 (2) Nr.

BDSG 1977 gerade keine Übermittlung im Sinne des Gesetzes, da eine solche gerade die Bekanntgabe von Daten an Dritte voraussetzt. Die Bekanntgabe an einen Auftragsdatenverarbeiter ist also privilegiert, da ausschließlich die Datenverarbeitung, welche unter § 1 Abs. 1 BDSG 1977 fällt, den in § 3 BDSG 1977 vorgesehenen Zulässigkeitsanforderungen unterliegen. Die Auftragsdatenverarbeitung unterliegt damit ausschließlich den in den jeweils anwendbaren Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung vorgesehenen formellen Anforderungen. Diese Privilegierung fördert die Umsetzung der integrierten Datenverarbeitung bei gleichzeitiger Vermeidung von Risiken für die „schutzwürdigen Belange des Betroffenen“.

1. Auftragsdatenverarbeitung und Bewahrung der freiheitlich-demokratischen Grundprinzipien

Die Regelungssystematik der Auftragsdatenverarbeitung im öffentlichen Bereich schützt die Grundprinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung.

§§ 9, 10, 11 BDSG 1977 machen die Datenverarbeitung im Sinne des § 1 Abs. 1 BDSG 1977 abhängig von den in der Zuständigkeit der jeweiligen öffentlichen Stelle liegenden Aufgaben. Sofern deren Aufgaben es erfordern, ist die Datenverarbeitung grundsätzlich zulässig. Daraus ergibt sich, dass die Aufgaben die Legitimationsgrundlage für die Durchführung der Datenverarbeitung bilden. Die Zuständigkeit ist daher eine Zulässigkeitschranke für die Datenverarbeitung. Es handelt sich um die Zuständigkeiten, die organisationsrechtlich und somit unter Geltung der horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung bestimmt sind. Im Gegensatz zur Auftragsdatenverarbeitung unterliegt die Datenverarbeitung an sich sowohl formellen wie materiellen Tatbestandsvoraussetzungen.

Durch die Abgrenzung der Auftragsdatenverarbeitung von der Datenverarbeitung im Sinne von § 1 Abs. 1 BDSG 1977 werden der Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung realisiert bei gleichzeitiger Ermöglichung der integrierten Datenverarbeitung. Die Regelungssystematik verhindert eine Veränderung der Zuständigkeitszuweisung und der rechtlichen Kontrolle über die Datenverarbeitung. Würde die Auftragsdatenverarbeitung eine Eigenständigkeit des Auftragnehmers bewirken bzw. nicht ausschließen, so könnte der jeweilige Rechtsträger durch die Aufgabenerfüllung in die Aufbauorganisation und Ablauforganisation eingreifen und somit das organisationsrechtliche Regelungssystem eigenmächtig verändern. Die Regelungssystematik setzt die anderweitig geregelten Zuständigkeiten fort.

Diese Wirkung des Regelungssystems ist auch in § 7 BDSG 1977 erkennbar. § 7 BDSG 1977 sieht vor, dass „sonstige öffentliche Stellen“ unter den zweiten Abschnitt fallen. Aufgrund der Breite der Terminologie können hierunter Stellen aller drei Staatsgewalten subsumiert werden. Es handelt sich um eigenständige Teile einer Behörde sowie Stellen der Legislative und der Rechtsprechung. Die Differenzierung folgt daher der allgemeinen Unterscheidung öffentlicher Stellen und verwirklicht die horizontale und die vertikale Gewaltenteilung wie auch die vorhandene Zuständigkeitsaufteilung nach den anwendbaren organisationsrechtlichen Vorgaben.

Grundsätzlich finden die Vorschriften des zweiten Abschnittes des BDSG 1977 nur auf Behörden und sonstige Stellen des Bundes sowie bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen Anwendung. § 7 Abs. 1 BDSG 1977 bestimmt ausdrücklich „Behörden und sonstige öffentliche Stellen des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie [für] Vereinigungen solcher Körperschaften, Anstalten und Stiftungen“ als Adressaten. Gemäß § 7 Abs. 2 BDSG 1977 gelten die Vorschriften der Landesdatenschutzgesetze vorrangig für öffentliche Stellen der Länder. Grund dafür ist, dass ein Nebeneinander von Bundes- und Landesdatenschutzrecht vermieden werden musste.⁴⁶⁷ Dadurch werden die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen und deren ausnahmsweise Durchbrechung des Prinzips Bundesrecht bricht Landesrecht (Art. 31 GG) wie im Kapitel über das Bundesstaatsprinzip beschrieben, umgesetzt.⁴⁶⁸

Wenn öffentliche Stellen des Landes Bundesrecht umsetzen, also im Bereich der Auftragsverwaltung tätig werden, gelten gemäß § 7 (2) Nr. 1 BDSG 1977 die Vorschriften des zweiten Abschnitts mit Ausnahme der §§ 15 bis 21 BDSG 1977. Die Regelung bewirkt also den Schutz des Bundesstaatsprinzips.

In diesem Zusammenhang ist § 7 Abs. 1 Satz 2 BDSG 1977 beachtlich. Er enthält eine weitere Ausnahme von der Anwendbarkeit der Vorschriften des zweiten Abschnitts auf speichernde Stellen. Öffentliche Stellen des Bundes, die als Unternehmen am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen, werden von den Vorschriften des 2. Abschnittes, abgesehen von §§ 15 bis 21 BDSG 1977, ausgenommen. Die §§ 15 bis 21 BDSG 1977 bewirken, dass derartige Unternehmen den

⁴⁶⁷ Der Bundesrat, BT-Drs. 7/5497, 2; Auernhammer, BDSG 1977, § 7 Rdnr. 17ff.

⁴⁶⁸ Der Bundesrat, BT-Drs. 7/5497, 2.

Durchführungsvorschriften für öffentliche Stellen unterliegen. Die Vorschriften sollen einerseits Wettbewerbsverzerrungen vermeiden. Zudem wird verhindert, dass sich öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen den besonderen Anforderungen bei der Durchführung des Datenschutzes entziehen, welche auf öffentliche Stellen anwendbar sind. Dies bezieht sich zum einen auf die Grundrechtsbindung öffentlicher Stellen bei der Durchführung der Datenverarbeitung. Auch hier zeigt sich, dass die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Stellen den Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch das BDSG bewirkt. Ansonsten wäre die Differenzierung nicht notwendig, weil die Privatsphäre vor der Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen genauso geschützt werden muss wie vor der Verarbeitung durch private Stellen.

Für öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen als Auftragsdatenverarbeiter enthält § 8 Abs. 3 BDSG 1977 eine § 7 Abs. 1 S. 2 BDSG 1977 entsprechende Regelung. Für derartige Auftragnehmer gelten die Vorschriften des 2. Abschnitts, nämlich die §§ 15 bis 21 BDSG 1977. Sie unterstehen also der Dienstaufsicht nach den einschlägigen allgemeinen Verwaltungsvorschriften. Im Bereich des Bundes unterstehen sie damit der jeweils obersten Bundesbehörde (§ 15 BDSG 1977) und werden vom Bundesbeauftragten für den Datenschutz (§§ 17, 18, 19 BDSG 1977) kontrolliert. § 8 Abs. 3 BDSG 1977 ist im Zusammenhang mit § 31 Abs. 1 Satz 3 BDSG 1977 zu sehen. Er enthält eine Ausnahmeregelung von § 31 Abs. 1 S. 2 BDSG 1977 für privatrechtliche Auftragnehmer, die von der öffentlichen Hand kontrolliert werden. Danach gelten die für die Datenverarbeitung im privaten Bereich bestehenden Vorschriften über den Datenschutzbeauftragten in § 38 BDSG 1977, die Meldepflichten in § 39 BDSG 1977 und die Aufsichtsbehörde in § 40 BDSG 1977 nicht für derartige Auftragnehmer. Es besteht keine Notwendigkeit für einen internen Datenschutzbeauftragten, Meldepflichten und die Zuständigkeit einer Aufsichtsbehörde im Sinne des § 40 BDSG 1977, weil sie gerade den Durchführungsvorschriften der §§ 15 – 21 BDSG 1977 unterliegen, um eine Flucht in das Privatrecht und somit eine Befreiung von der Bindung an die freiheitliche demokratische Grundordnung zu verhindern. Gleichzeitig führt dies zu einer Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch die öffentliche Hand.

Die Dienstaufsicht durch die jeweils obersten Bundesbehörden und deren Kontrolle durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz gelten gem. § 31 Abs. 1 BDSG 1977 jedoch nicht für öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen, sofern diese Stellen personenbezogene Daten nicht im Auftrag von Behörden oder sonstigen öffentlichen Stellen als Dienstleistungsunternehmen verarbeiten. Sofern diese Stellen also personenbezogene Daten im

Auftrag von privaten Stellen verarbeiten, verbleibt es bei der Anwendung der §§ 38 bis 40 BDSG 1977 sowie bei der Anwendbarkeit der Vorschriften §§ 32 bis 37 BDSG 1977. Die Regelungssystematik schützt also die Aufteilung zwischen der privaten und der öffentlichen Datenverarbeitung.

Gleichzeitig sollten die Grenzen behördlicher Zuständigkeiten geschützt werden. Es wurde davon ausgegangen, dass die Ausdehnung einer Bürokratie durch die Einrichtung von Aufsichtsbehörden mit entsprechend weitreichenden Kontrollinstanzen die Zuständigkeitsgrenzen nach den anwendbaren Organisationsvorschriften übertreten würden.⁴⁶⁹

Während die Bundesregierung laut Gesetzesbegründung davon ausging, dass *„eine einheitliche Fremdkontrolle für den Anwendungsbereich dieses umfassenden Bundesgesetzes nur dann effektiv sein würde, wenn sie aus einer weitverzweigten Behördenorganisation bestünde“*, zweifelte der Gesetzgeber laut Gesetzesbegründung an dem praktischen Umsetzungsbedürfnis.⁴⁷⁰ Die Stellen der öffentlichen Hand seien einerseits ausreichend durch den Rechtmäßigkeitsgrundsatz gebunden. Dies gelte insbesondere durch den hierarchischen Aufbau und die Kontrolle durch Verwaltungsgerichte, die durch einen zusätzlichen Organisationsaufbau von Aufsichtsbehörden nicht gestört werden sollten.⁴⁷¹

Gleichzeitig sollte die Integration insbesondere unter dem Aspekt der Effizienzsteigerung soweit wie technisch möglich umgesetzt werden, um die Informationskrise zu beheben. Daher bestanden nicht nur Risiken, die den Datenschutz im engeren Sinne erforderlich machten, sondern auch solche die dem Datenschutz im weiteren Sinne zuzurechnen waren. Selbst wenn man den Individualdatenschutz als alleinigen Schutzgegenstand des Bundesdatenschutzgesetzes ansehen wollte, so zeigt sich, dass über die Schranken des Art. 2 I GG mittelbar ein Schutz für die freiheitlich demokratische Grundordnung bewirkt wird.

⁴⁶⁹ Simitis, DVR 1973, 138, 172.

⁴⁷⁰ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundes-Datenschutzgesetz – BDSG), BT-Drs. 7/1027, 18.

⁴⁷¹ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundes-Datenschutzgesetz – BDSG), BT-Drs. 7/1027, 18.

2. Auftragsdatenverarbeitung und informationelle Selbstbestimmung

Die Unterordnung des Austauschs personenbezogener Daten unter rechtliche Voraussetzungen stellte einen Gegensatz zur Effizienzsteigerung und damit zur Lösung der Informationskrise dar. Die Zweckmäßigkeit erforderte gerade eine möglichst freie und weitgehende Bekanntgabe personenbezogener Daten im Wege der Integration.⁴⁷² Die Bewältigung der Informationskrise erforderte damit eine gewisse Standardisierung von Datenbekanntgaben, welche bestenfalls keine Eingriffsqualität in Grundrechte der Betroffenen und auch kein Risiko für die freiheitlich-demokratische Grundordnung verursachte bzw. sofern ein Eingriff vorliegt nicht die Voraussetzungen einer Verletzung eines grundrechtlichen Schutzbereichs erfüllt.

Die Auftragsdatenverarbeitung sollte sicherstellen, dass der Betroffene trotz Integration die Kontrolle über seine Daten behält, indem sich die Verantwortung der speichernden Stelle nicht relativiert. Die Auftragsdatenverarbeitung führt einerseits zu dem Ausschluss eines weiteren Eingriffs in den Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung, der durch eine Übermittlung der personenbezogenen Daten im Wege der zentralen Datenverarbeitung oder der Datenverarbeitung außer Haus an einen Dritten erfolgen würde. Zudem folgte der Ansatz der Kontrolle der Datenverarbeitung durch die speichernde Stelle selbst sowie die Möglichkeit des Betroffenen Transparenz über die Datenverarbeitung zu bewahren und sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu wahren. Dies soll im Folgenden verdeutlicht werden.

a. Abgrenzung zwischen speichernder Stelle und Auftragsdatenverarbeiter

Die Abgrenzung der speichernden Stelle als Auftraggeber von dem Auftragsdatenverarbeiter als Auftragnehmer sowie von Dritten ist eine Grundlage für die Bewahrung der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen und wie bereits erörtert den Schutz der grundgesetzlichen Strukturprinzipien⁴⁷³.

§ 2 Abs. 3 S. 1 BDSG 1977 definiert als speichernde Stelle jede Person oder Stelle, die Daten für sich selbst speichert oder durch andere speichern lässt. Auernhammer konkretisiert die Definition. Unter dem Begriff der Stelle sei ein Organ zu verstehen, das durch eine organisatorische Regelung

⁴⁷² Mallmann, 81f.

⁴⁷³ Siehe oben Teil 4 B.I.1..

begründet oder durch eine Einzelermächtigung befugt ist, über eine organisatorische und institutionelle Eigen- und Selbständigkeit verfügt und Zuständigkeiten wahrnimmt für die juristische Person, der sie angehört.⁴⁷⁴ Daraus folgt, dass durch die Regelung des § 8 BDSG zwar die organisatorische und institutionelle Selbst- und Eigenständigkeit sowohl des Auftraggebers wie auch des Auftragnehmers als Rechtssubjekt bewahrt werden. Da der Auftragsdatenverarbeiter aber gerade keine Eigenständigkeit in der Datenverarbeitung hat, der Auftragnehmer zudem nicht notwendigerweise für eine juristische Person tätig wird, der er angehört, und keine unmittelbar nach Außen wirkende Tätigkeit vornimmt, sondern lediglich eine Tätigkeit für den Auftraggeber, kann er in seiner Rolle als Auftragsdatenverarbeiter nicht als speichernde Stelle im Sinne des BDSG 1977 angesehen werden.

Der als Regelbeispiel für eine „Stelle“ im Sinne des § 7 BDSG 1977 genutzte Begriff der Behörde entstammt § 1 Abs. 4 VwVfG. Er ist nicht deckungsgleich mit dem organisationsrechtlichen Behördenbegriff, sondern meint jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.⁴⁷⁵ Eine Behörde ist nicht gleichbedeutend mit dem jeweiligen Rechtsträger, sondern kann auch lediglich dessen Organ sein. Die Behörde ist jedenfalls auf der Grundlage organisationsrechtlicher Regelungen befugt und verfügt über die institutionelle und organisatorische Eigenständigkeit. Dies zeigt sich bereits daran, dass die Behörde als Beispiel für eine Stelle aufgenommen wurde.

Die organisatorische Unterscheidung zwischen der speichernden Stelle als Auftraggeber, dem Auftragnehmer und einem Dritten wird zudem durch die Abgrenzung der Auftragsdatenverarbeitung von dem Begriff der Datenverarbeitung unterstützt. Die Auftragsdatenverarbeitung bzw. die Bekanntgabe an einen Auftragnehmer, der weisungsgebunden Daten verarbeitet, ist nicht als eigenständige Datenverarbeitung im Sinne des § 1 Abs. 1 BDSG 1977 anzusehen.⁴⁷⁶ Die Bekanntgabe von Daten an einen Auftragnehmer erfüllt nicht Definition der Datenverarbeitung. Daher sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen aus § 3 BDSG 1977 nicht auf die Auftragsdatenverarbeitung anwendbar. Das folgt bereits aus der Tatsache, dass § 1 Abs. 1 BDSG 1977 formuliert *„Aufgabe des Datenschutzes ist es, durch den Schutz personenbezogener*

⁴⁷⁴ Auernhammer, BDSG 1977, § 7 Rdnr. 3.

⁴⁷⁵ Auernhammer, BDSG 1977, § 7 Rdnr. 4f.

⁴⁷⁶ Siehe hierzu auch oben Teil 4 B.I. .

Daten vor Mißbrauch bei ihrer Speicherung, Übermittlung, Veränderung und Löschung (Datenverarbeitung) schutzwürdiger Belange der Betroffenen entgegenzuwirken.“

Die Bekanntgabe an den Auftragsdatenverarbeiter ist gerade keine Übermittlung im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 BDSG 1977. Der Begriff der Übermittlung lässt sich von den anderen Arten der Datenverarbeitung, also von der Speicherung, Veränderung und Löschung auseinzeln und ist der Auftragsdatenverarbeitung am Nächsten, da sowohl in der Übermittlung wie auch in der Auftragsdatenverarbeitung eine Bekanntgabe von Daten stattfindet, wobei im Falle der Übermittlung die Bekanntgabe an eine eigenständige Stelle zur weisungsungebundenen Verarbeitung erfolgt.

Fraglich ist die Bedeutung dieser Unterscheidung für den Schutzzweck des BDSG. Gemäß § 1 Abs. 1 BDSG sollen schutzwürdige Belange, die durch die Datenverarbeitung bedroht werden durch die Vorschriften des BDSG geschützt werden. Durch die Nichtaufnahme der Auftragsdatenverarbeitung in die Definition der Datenverarbeitung wird diese nicht als eigenständige Art der Datenverarbeitung eingeordnet. Daraus ist ableitbar, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass im Falle der Auftragsdatenverarbeitung kein eigenständiges Eingriffsrisiko für die schutzwürdigen Belange des Betroffenen entsteht, sofern die Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung eingehalten werden.

Im Gegensatz zur Auftragsdatenverarbeitung ergibt sich bei der Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte zur weisungsunabhängigen Verwendung sowohl für die Grundrechte des Betroffenen wie auch für die freiheitlich-demokratische Grundordnung ein eigenständiges Eingriffsrisiko. Für die Grundrechte des Betroffenen gilt dies insbesondere für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beinhaltet das Recht, den Empfänger personenbezogener Daten selbst zu bestimmen und somit auch über eine Bekanntgabe der Daten zu entscheiden. Im Falle der Bekanntgabe an eine eigenständige Stelle zur weisungsfreien Verarbeitung verliert der Betroffene die Möglichkeit über die Verwendung seiner Daten zu bestimmen.

In Systemen der integrierten Datenverarbeitung war die Beibehaltung der Kontrolle weitestgehend unmöglich, da eine Vielzahl öffentlicher und privater Stellen auf die Informationen zugreifen sollte. Die Privilegierung der Auftragsdatenverarbeitung im Gegensatz zu der Datenverarbeitung im Sinne des § 1 Abs. 1 BDSG 1977 folgt der Maßgabe, dass der Betroffene über die

Weisungsabhängigkeit der speichernden Stelle indirekt die Möglichkeit behält, über die Verwendung seiner Daten zu bestimmen. Die Weisungsabhängigkeit des Auftragsdatenverarbeiters und Beibehaltung der Verantwortlichkeit bei der speichernden Stelle führt dazu, dass der Betroffene normativ nicht schlechter gestellt wird als im Falle einer ausschließlichen Verarbeitung durch die speichernde Stelle selbst.

Während die Datenverarbeitung im Sinne des § 1 Abs. 1 BDSG 1977 jedenfalls ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist, war dies im Falle der Auftragsdatenverarbeitung nicht der Fall.

b. Bekanntgabe als Verwaltungs- oder Realakt

Für die rechtsdogmatische Einordnung der Auftragsdatenverarbeitung im öffentlich-rechtlichen Bereich ist es relevant zu verstehen, welche Rechtsnatur die Übermittlung im Gegensatz zur Bekanntgabe personenbezogener Daten an einen Auftragsdatenverarbeiter hat und wie eine im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung erfolgende Bekanntgabe im Unterschied zu der Übermittlung zu qualifizieren ist. Fraglich ist, ob es sich bei der Übermittlung im Unterschied zur Bekanntgabe um einen Verwaltungsakt handelt, dessen Erlass die Einhaltung der anwendbaren materiellen Tatbestandsmerkmale einer Ermächtigungsgrundlage sowie des formellen Verfahrens voraussetzt oder um einen Realakt. Steinmüller ist der Ansicht, dass es sich jedenfalls um einen Rechtsakt, also entweder um einen Real- oder Verwaltungsakt gegenüber dem Betroffenen handelt.⁴⁷⁷ Aus der Tatsache, dass die Auftragsdatenverarbeitung keinen materiellen weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen unterliegt, lässt sich bereits ableiten, dass es sich bei der Bekanntgabe nicht um einen Verwaltungsakt gegenüber dem Betroffenen handelt. Die Übermittlung wird aber wohl die Merkmale eines Verwaltungsaktes erfüllen, da sie gerade von materiellen Zulässigkeitsanforderungen abhängt (§§ 10, 11, 12 BDSG 1977). Ein Verwaltungsakt bedarf eine hinreichend konkreten Ermächtigungsgrundlage, welche die materiellen Anforderungen vorsieht.

⁴⁷⁷ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 116; Mallmann, 80.

aa. Die Übermittlung als Verwaltungsakt

Tatsächlich war die Fragestellung, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, wenn eine Stelle personenbezogener Daten einer anderen zur Verfügung stellt problematisch. Dabei wird zunächst gerade die Terminologie „Übermittlung“ und „Bekanntgabe“ im Sinne des BDSG nicht genutzt.

Die in der ersten Hälfte der 1970er Jahre herrschende Ansicht argumentierte, dass keine Art von Zurverfügungstellung von personenbezogenen Daten eine Regelungswirkung enthalte und somit kein Verwaltungsakt und darüber hinaus auch kein Rechtsakt vorliege.⁴⁷⁸ Das Ersuchen um Zurverfügungstellung der durch eine öffentliche Stelle gespeicherten Daten sei eine rein verwaltungsinterne Willensbekundung. Die daraufhin erfolgende Bekanntgabe sei lediglich eine Vorbereitungshandlung für eine spätere Maßnahme.⁴⁷⁹

Mallmann hingegen führt aus, dass der Austausch personenbezogener Daten gegenüber dem Betroffenen ein Rechtsakt darstelle und fügt hinzu, dass die Fragestellung, ob es sich um einen Verwaltungsakt handele irrelevant sei. Maßgebend sei, dass der Austausch justiziabel sei, um dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechtes gerecht werden zu können.⁴⁸⁰ Kamlah war der Meinung, bei dem Austausch handele es sich um einen Verwaltungsakt, weil der Betroffene die Zurverfügungstellung seiner Daten dulden musste. Die Entscheidung über die Bekanntgabe enthalte die Feststellung, dass eventuelle Rechte des Betroffenen und insbesondere das Recht der informationellen Selbstbestimmung einer Zurverfügungstellung nicht entgegenstehen. Insofern würde zuvor eine Entscheidung getroffen, die dem Betroffenen gegenüber Regelungswirkung entfaltetete.

Das BVerfG behandelte die Frage insbesondere im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit der Datenbekanntgabe im sogenannten Scheidungsaktenurteil⁴⁸¹. Es entschied, dass gerade die Zurverfügungstellung personenbezogener Informationen auf der Grundlage eines Amtshilfeersuchens eine Verletzung des Schutzbereichs der Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bedeuten könne. Eine ausdrückliche Festlegung, ob es sich um einen Realakt oder um einen

⁴⁷⁸ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 116.

⁴⁷⁹ Wolff, 333.

⁴⁸⁰ Mallmann, 80.

⁴⁸¹ BVerfG – Beschl. v. 15.01.1970, Az. 1 BvR 13/68 - Scheidungsakten, BVerfGE 27, 344.

Verwaltungsakt handelt, nahm das BVerfG jedoch nicht vor. In dem konkreten Sachverhalt ging es um die Verfassungsbeschwerde eines Beamten gegen die Zurverfügungstellung seiner Scheidungsakten an seinen Dienstherrn zum Zweck der Durchführung eines Disziplinarverfahrens wegen des Vorwurfs des damals strafbaren Ehebruchs. Der Dienstherr hatte im Wege einer Verfügung die Herausgabe der Scheidungsakten des betroffenen Beamten bei dem für das Scheidungsverfahren zuständigen Gerichts angefordert. Der Dienstherr war dieser Verfügung nachgekommen und nutzte die in den Akten vorhandenen Daten für die Durchführung seiner eigenen Zwecke zur Durchführung eines Disziplinarverfahrens und unabhängig von weiteren Vorgaben seitens des zuständigen Gerichts.

Das Urteil enthält zwar keine ausdrückliche Benennung des Amtshilfeverlangens auf Einsichtnahme der entsprechenden Scheidungsakten als Realakt oder Verwaltungsakt. Der Grund dafür dürfte jedoch sein, dass der Begriff „Verwaltungsakt“ erst sehr spät in die Formulierung von Gesetzen und Rechtsprechung aufgenommen wurde. Er wurde vorwiegend wissenschaftlich geprägt und auf der Grundlage von Empirie erst nach 1945 in die ersten Verwaltungsgerichtsgesetze (§§ 22, 35 VGG, §§ 22,25 VO Nr. 165, nunmehr § 42, 113 VwGO und § 35 VwVfG) aufgenommen⁴⁸², so dass im Jahre 1970 als das Bundesverfassungsgericht das Urteil erließ, der Gebrauch in der Rechtsprechung nicht unbedingt zu erwarten war.

Das Gericht benennt das Herausgabeverlangen zwar als „Verfügung“. Hierin dürfte aber erst neuerdings eine Maßnahme mit Regelungsgehalt zu sehen sein. Begriffen wie Verfügung oder auch Anordnung, Bescheid, Entscheidung, usw. konnten keine strenge Regel entnommen werden.⁴⁸³ Erst mit Aufnahme des Begriffs des Verwaltungsaktes in die Verwaltungsgerichtsgesetze wie insbesondere §§ 42, 113 VwGO erlangte der Begriff der Verfügung die gesetzliche Festlegung auf Bundesebene, wonach eine solche Regelungscharakter hat. Der Begriff des Verwaltungsaktes war zwar bereits in § 25 Abs. 1 VGVO⁴⁸⁴, § 22, 35 VGG⁴⁸⁵ sowie verschiedenen Landesgesetzen wie § 106 LVwG Schl-H und § 4 VwVerfG Berlin vom

⁴⁸² Forsthoff, 195.

⁴⁸³ Forsthoff, 195.

⁴⁸⁴ Verordnung Nr. 165 der Militärregierung - Britisches Kontrollgebiet - über Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone

⁴⁸⁵ Forsthoff, 195.

02.10.1958 mit jeweils ähnlichem Wortlaut definiert worden.⁴⁸⁶ Die zentrale gesetzliche Definition des Verwaltungsaktes in einem Bundesgesetz erfolgte erst in § 35 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes vom 25.5.1976.

Hierin ist erkennbar, dass allein die nichterfolgte Benennung der Anforderung der Scheidungsakten als Verwaltungsakt, nicht zu der Annahme führen kann, dass die Zurverfügungstellung der Scheidungsakten nicht auf der Grundlage eines Verwaltungsaktes im Sinne von § 35 VwVfG erfolgt oder in der Bekanntgabe als faktische Handlung selbst ein Verwaltungsakt zu sehen ist. Gleichzeitig kann aus der Nutzung des Terminus „Verfügung“ nicht geschlossen werden, dass tatsächlich ein Verwaltungsakt gemeint ist.

Die klassische Definition des Verwaltungsaktes von Otto Mayer als *„ein der Verwaltung zugehöriger Ausspruch, der dem Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll“*⁴⁸⁷ zeigt, dass die im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes eingeführte Definition keine maßgebliche Veränderung bewirkt hat. Sie war Grundlage für die oben genannten gesetzlichen Definitionen. Zwar kamen gerade die auf Empirie beruhenden Merkmale der unmittelbaren Außenwirkung, die ausdrückliche Aufnahme der Begriffe der „Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahmen“ hinzu sowie die Klarstellung, dass es sich um Maßnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts handelt. Sachlich weicht die Definition jedoch nicht ab.

Das Bundesverfassungsgericht drückt jedoch aus, dass auf der Grundlage der Verfügung eine Entscheidung zwischen den Interessen des Dienstherrn an der Durchführung eines Disziplinarverfahrens und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Beschwerdeführers sowie dessen Ehefrau zu treffen ist. Das BVerfG geht daher jedenfalls davon aus, dass der Austausch selbst ein justitierbarer Rechtsakt ist. Es wägt ab, ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG das Interesse des Dienstherrn an der Durchführung des Disziplinarverfahrens überwiegt und macht die Bekanntgabe daher zum Gegenstand einer Entscheidung der zuständigen Behörde. Dabei ist beachtlich, dass der Empfänger der Daten seine eigenen Zwecke verfolgt und gerade aus der eigenständigen Verwendung der Daten eine Reduzierung der informationellen Selbstbestimmung

⁴⁸⁶ Forsthoff, 195f.

⁴⁸⁷ BeckOK Bader/Ronellenfitsch-Alemann/Scheffczyk, § 35 Rdnr. 17.

des Betroffenen erfolgt. Die Weitergabe entfaltet daher Regelungswirkung. Zudem ist beachtlich, dass Gegenstand der Verfassungsbeschwerde nicht etwa eine der Herausgabe folgende Maßnahme ist. Vielmehr richtet sich der Beschwerdeführer gegen die Zurverfügungstellung als solche. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass das BVerfG lediglich von einer Vorbereitungsmaßnahme ausging. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das BVerfG meinte, dass die Zurverfügungstellung der Daten in dem Fall, dass sie eigenen Zwecken des Empfängers dient, lediglich ein Realakt sei. Vielmehr prüfte es die Verfassungsmäßigkeit der Herausgabe auf der Grundlage des Amtshilfeverlangens anhand grundrechtlicher Vorgaben auf eine Verletzung des Schutzbereichs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sowie die Verletzung auf der Grundlage der in Art. 2. Abs. 1 GG genannten Schranken und kam zu dem Ergebnis, dass eine Verletzung vorliege, weil die Zurverfügungstellung unverhältnismäßig in die Privatsphäre des Betroffenen eingreife. Zudem führt es aus, dass der Beschwerdeführer sowie dessen Ehefrau vor der Bekanntgabe der Akten die Möglichkeit einer Stellungnahme hätten haben müssen, damit auch deren Interessen im erforderlichen Maße hätten berücksichtigt werden können. Hierin ist die Umsetzung des verwaltungsverfahrensrechtlichen Anhörungserfordernisses zu erkennen, welches mit Verabschiedung des ersten Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes vom 25.05.1976 in des § 28 als Folge des Rechtsstaatsprinzips und unmittelbar aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde kodifiziert wurde.

Die Gesamtbetrachtung zeigt, dass die Einordnung der Zurverfügungstellung als Realakt kurzfristig war. Die mit der Bekanntgabe verbundenen rechtlichen Fragestellungen sowie die mit diesen einhergehenden Verfahrensnotwendigkeiten wären unberücksichtigt geblieben. Daher handelt es sich jedenfalls um einen Verwaltungsakt, wenn die Verwendung der Daten durch die empfangende Stelle eigenständig erfolgt, also gerade nicht wie im Falle der Auftragsdatenverarbeitung streng weisungsgebunden, so dass eine Übermittlung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 BDSG 1977 vorliegt. Die Übermittlung als immanenter Bestandteil der Integration durfte nur im Rahmen der anwendbaren grundrechtlichen Schranken und aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage erfolgen.

In Betracht kommt hier die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung aus Art. 2 Abs. 1 GG. Wie in Teil 3 ausgeführt, verursacht die Integration gerade vielfältige Risiken für die verfassungsmäßige Ordnung.

Da nun geklärt ist, dass eine Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte ein Verwaltungsakt ist und einen Eingriff in den Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung bedeutet, ist

klargestellt, dass es sich bei Vorschriften, die die Integration im öffentlich-rechtlichen Bereich gegenüber privaten Betroffenen oder Selbstverwaltungskörperschaften bewirken, um Vorschriften der Eingriffsverwaltung handelt. Gleichzeitig ist zu beachten, dass jede Verarbeitung personenbezogener Daten ein Eingriff in die jeweiligen Grundrechte des Betroffenen bedeutet. Daher sind Vorschriften über die Datenverarbeitung im öffentlichen Bereich gegenüber Betroffenen des privaten Bereichs oder Selbstverwaltungskörperschaften per se Regelungen der Eingriffsverwaltung.

Die Ansicht, es handele sich bei der Zurverfügungstellung an Dritte um einen Realakt, verlor zunehmend an Unterstützung. Gerade die ausgeprägten Gefahren für die Privatsphäre bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung führten zu der Forderung einer Verrechtlichung des Informationsaustausches.⁴⁸⁸

Die Integration musste also auf der Grundlage eines formellen Gesetzes vorgesehen sein, welches den formellen und materiellen Anforderungen des Grundgesetzes gerecht wird, bevor der Eingriff erfolgt.⁴⁸⁹ „Jeder [...] Datenaustausch muss vorher überlegt und gegebenenfalls pränormiert werden.“ formulierte Kamlah.⁴⁹⁰

Aufgrund der geplanten Reichweite der Integration hätte dies dazu geführt, dass im öffentlich-rechtlichen Bereich für eine tatsächlich unermesslich weitgehende Gestaltung der Integration nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlagen hätten geschaffen werden müssen. „Vage Generalklauseln“ reichen nicht aus, um den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips zu genügen. Vielmehr müssen derartige Regelungen dem Bestimmtheitsgrundsatz und der Normenklarheit entsprechen.

Eindeutig war insbesondere nach der Mikrozensusentscheidung des BVerfG, dass der Wesensbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG unverletzlich ist⁴⁹¹ und somit eine Übermittlung und eine Integration, die in diesen Wesensbereich eingreifen stets eine Verletzung bedeuten. Sofern der Wesensbereich durch die

⁴⁸⁸ Steinmüller u.a., Grundfragen des Datenschutzes, 116.

⁴⁸⁹ Mallmann, 86.

⁴⁹⁰ Kamlah, DÖV 1970, 361, 364.

⁴⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, Az. 1 BvL 19/63 - Mikrozensus, BVerfGE 27, 1, 8.

Übermittlung der Daten nicht betroffen ist, jedoch ein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung vorliegt, bedarf es einer Prüfung der Schranken. Die Schranken des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind daher entscheidend für die Frage, wie weit eine Übermittlung erfolgen darf und damit für die Frage des Ausmaßes der Integration.

Daher forderte Podlech, dass die jeweilige Bestimmung die betroffenen Behörden nennen müsse.⁴⁹² Dammann ging darüber hinaus und forderte eine Festlegung der Daten, der Stellen sowie die Voraussetzungen der Bekanntgabe und der Zwecke der Verarbeitung erfolgen müsse.⁴⁹³

Angesichts der Vielfalt der zu regelnden Austauschszenarien dürfte es bei praktischer Betrachtung unmöglich sein, die notwendigen Regelungen zu schaffen, die im Falle eines Eingriffs als Ermächtigungsnormen die Übermittlung innerhalb der verfassungsmäßigen Schranken rechtfertigen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der notwendigen Verhältnismäßigkeitsprüfungen, die einzelfallbezogen durchgeführt werden müssen. Die Anforderungen können daher insbesondere vor dem Hintergrund der weitestgehend angestrebten Standardisierung nicht umgesetzt werden und es musste ein Konzept geschaffen werden, welches eine Integration unter Vermeidung eines Eingriffs in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erlaubte.

bb. Bekanntgabe an den Auftragsdatenverarbeiter als Realakt

Dabei ist beachtlich, dass nicht jede Zurverfügungstellung personenbezogener Daten ein Eingriff in das Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist. Innerhalb der grundrechtsimmanenten Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG dürfen die Zurverfügungstellungen vorgenommen werden. Dies ergibt sich jedenfalls für Eingriffe, die der Betroffene als „*gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger*“ hinzunehmen hat.⁴⁹⁴ Im Unterschied zur Übermittlung erscheint im Falle der Auftragsdatenverarbeitung fraglich, ob sie einen eigenständigen Eingriff durch die Verarbeitung der Daten durch einen Auftragsdatenverarbeiter, darstellt. Dann wäre im

⁴⁹² Podlech, DÖV 1970, 473, 475.

⁴⁹³ Dammann, ÖVD 1972, 69, 73.

⁴⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969, Az. 1 BvL 19/63 - Mikrozensusurteil, BVerfGE 27, 1, 7.

Falle der Auftragsdatenverarbeitung auch die Qualifizierung der Datenbekanntgabe als Verwaltungsakt zweifelhaft.

§ 8 BDSG 1977 setzt die Grundlage für die Beibehaltung der Verantwortlichkeit der speichernden Stelle im Sinne von § 1 (2) Nr. 1, § 7 BDSG 1977, also für die Behörden und sonstige öffentliche Stellen auf Bundesebene nach § 7 (1) BDSG 1977 sowie für die Stellen der Länder, soweit der Datenschutz nicht speziell in Landesgesetzen geregelt ist (§ 7 (2) BDSG 1977). § 8 (1) BDSG 1977 bestimmt, dass trotz einer Datenverarbeitung „*durch andere Personen oder Stellen*“ die Vorschriften des zweiten Abschnitts – Datenverarbeitung der Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen – anwendbar bleiben. Die Verarbeitung erfolgt lediglich in deren Auftrag. Dabei bedeutet der Terminus „Auftrag“ hier nicht etwa einen schuldrechtlichen Auftragsvertrag gemäß § 662 BGB⁴⁹⁵, sondern gerade, dass eine Änderung der Zuständigkeit und Verantwortung mit der Hinzuziehung einer „*anderen Person oder Stelle*“ nicht erfolgt. Der Auftraggeber muss den Auftrag derartig gestalten, dass er die Vorschriften des zweiten Abschnitts des BDSG 1977 weiterhin umsetzt und dem Auftragnehmer alle Verpflichtungen auferlegt, die nach dem BDSG vorgesehen sind. Zudem ist er verpflichtet, den Auftragnehmer sorgfältig auszuwählen, ihn auf seine Eignung zu prüfen und anzuweisen. Insbesondere muss er sicherstellen, dass die technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß § 6 BDSG 1977 eingehalten werden. Es sind Maßnahmen einzusetzen, welche die Einhaltung der Vorschriften des BDSG 1977 unterstützen.

§ 8 Abs. 2 BDSG 1977 zeigt zudem, dass der Auftragnehmer lediglich ausführende Stelle, nicht aber Dritter im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 BDSG 1977 ist. § 8 Abs. 2 BDSG 1977 ist eine Ergänzungsregelung zu dessen Abs. 1, die aus der Blickrichtung des Auftragnehmers klarstellt, dass dieser keine eigenständige Verarbeitung der personenbezogenen Daten vornehmen darf. Gemäß Satz 2 ist die Verarbeitung in jeder in § 1 Abs. 1 BDSG 1977 genannten Phase nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers zulässig. Die materiellen Vorschriften des 2. Abschnitts §§ 9 bis 14 BDSG 1977 gelten nicht für den Auftragnehmer, sondern lediglich die §§ 15 bis 21 BDSG 1977, weil der Auftragnehmer gerade keine eigenständige Verarbeitung vornimmt und an die Stelle der materiellen Vorschriften die Weisungen des Auftraggebers treten.

Die Ausführungen zeigen, dass die Vorschriften über die Auftragsdatenverarbeitung im öffentlichen Bereich eine Übermittlung im Sinne des BDSG verhindern und führen insofern nicht

⁴⁹⁵ Auernhammer, BDSG 1977, § 2 Rdnr. 19.

zu einer graduellen Verstärkung des durch die Datenverarbeitung an sich stattfindenden Eingriffs. Gleichzeitig führen sie aber zu der Einbeziehung eines weiteren Rechtssubjektes und damit zu einer faktischen Schlechterstellung des Betroffenen, welche normativ durch die Vorschriften der Auftragsdatenverarbeitung ausgeglichen werden soll. Eine Bekanntgabe personenbezogener Daten gemäß den Vorschriften über die Auftragsdatenverarbeitung ist daher gerade keine Zurverfügungstellung im Sinne der Übermittlung und führt nicht zu einer normativen Schlechterstellung des Betroffenen. Im Gegensatz zur Übermittlung und der dort möglichst weitgehenden Integration mit relativ offenem Zugriff auf die Daten durch möglichst viele Dritte zur eigenständigen und zweckoffenen Verarbeitung führt die Regelung der Auftragsdatenverarbeitung zu einer Abschottung gegen den Zugriff durch Dritte. Es handelt sich damit um eine Konstellation, in der die speichernde Stelle selbst Daten verarbeitet, in erster Linie speichert (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 BDSG 1977), d.h. erfasst, aufnimmt oder aufbewahrt, verändert oder löscht bzw. dies ganz oder teilweise durch den Auftragsdatenverarbeiter durchführen lässt ohne Aufgabe der eigenen Verantwortung. Es handelt sich um ein geschlossenes System, das ausschließlich für Dritte geöffnet wird, wenn die speichernde Stelle den Auftragsdatenverarbeiter anweist, eine Übermittlung durchzuführen. Die Gefahren für die Grundrechte Betroffener und für die freiheitlich-demokratische Grundordnung resultieren im Wesentlichen nicht in einem geschlossenen System. Das geschlossene System führt zu keiner Strukturveränderung. Mallmann vergleicht es mit „*einem Griff in den konventionellen Karteikasten*“ einer Behörde.⁴⁹⁶

Das System ist damit gleichgestellt mit einer rein internen Organisationsmaßnahme. Eine solche hat jedoch nicht die Qualität eines Verwaltungsaktes. Es liegt keine Außenwirkung, keine Entscheidung und keine Regelung vor. Damit ist die Bekanntgabe an einen Auftragsdatenverarbeiter gleichzeitig nicht auf einen konkreten und tatsächlichen Erfolg im Außenverhältnis an den Betroffenen gerichtet und es liegt auch kein Realakt vor. Vor diesem Hintergrund liegt in der Bekanntmachung lediglich eine organisatorische Maßnahme vor.

3. Auftragsdatenverarbeitung und Haftung öffentlicher Stellen

Das BDSG 1977 sah keine eigenständigen Haftungsregelungen vor. In der Politik und in der Wissenschaft wurde die Frage, ob das BDSG 1977 eigenständige Haftungsregelungen vorsehen solle, zwar diskutiert. Erwogen wurde insbesondere die Schaffung einer

⁴⁹⁶ Mallmann, 40.

verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung. Hierdurch sollten Schäden durch technisches Versagen abgedeckt sein und Beweisschwierigkeiten vermieden werden. Andererseits waren die Haftungsrisiken nicht absehbar und drohten auszuufern. Es zeigte sich, dass man kein schlüssiges Haftungskonzept für die im Zusammenhang mit der Datenverarbeitung entstehenden Schäden fand.⁴⁹⁷ Da das Hauptziel des BDSG in der Prävention lag und nicht in dem Ausgleich von Schäden, sollte zunächst abgewartet werden, wie die Umsetzung des BDSG in der Praxis erfolgen würde und ob die Schaffung spezieller Schadensersatzregelungen notwendig würde. Bis dahin sollten die allgemeinen Haftungsregelungen des BGB anwendbar sein.⁴⁹⁸

a. Schadensersatz im Bereich hoheitlichen Handelns

Im hoheitlichen Bereich sind insbesondere zwei Anspruchsgrundlage für die Haftung der speichernden Stelle denkbar.

aa. Schadensersatzansprüche gem. Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB

Die öffentlich-rechtliche speichernde Stelle könnte gemäß den Vorschriften über die Amtspflichtverletzungen ihrer Bediensteten aus Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB haften.

§ 839 BGB setzt als anspruchsbegründende Norm die Verletzung einer Amtspflicht durch einen Beamten voraus. Fraglich ist, ob ein Auftragsdatenverarbeiter die Merkmale des Beamten erfüllt. Neben Beamten im statusrechtlichen Sinne werden auch Personen als Beamte in diesem Sinne angesehen, denen von der zuständigen öffentlich-rechtlichen Stelle ein öffentliches Amt im funktionellen Sinne anvertraut ist.⁴⁹⁹

In Bezug auf einen Auftragsdatenverarbeiter erscheint zunächst fraglich, ob mit der Beauftragung der Datenverarbeitung ein Amt anvertraut wird. Der Begriff des Amts ist mehrdeutig und wird bereits im Grundgesetz mit unterschiedlichem Bedeutungsgehalt verwendet. Neben Art. 34 GG wird er in Art. 33 Abs. 2 und 3 GG verwendet zur Gewährleistung des freien Zugangs zu jedem öffentlichen Amt und damit zu jeder Funktion, die sich auf der Grundlage eines Beamtenverhältnisses oder anderen Dienstverhältnisses ausüben lassen kann. Betrachtet man auch

⁴⁹⁷ Auernhammer, BDSG 1977, Einf. Rdnr. 34; Simitis/Dammann/Mallmann/Reh-Simitis, § 4 Rdnr. 28f.

⁴⁹⁸ Simitis/Dammann/Mallmann/Reh-Simitis, § 4 Rdnr. 28f.

⁴⁹⁹ Maunz/Dürig/Herzog-Papier, Art. 34 Rdnr. 104.

seine Verwendung in Art. 136 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit so wird klar, dass er grundsätzlich für jede Betätigung im öffentlichen Dienst verwendet wird. Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sind somit auch Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, etwa im Soldaten-, Zivildienst oder auch Richterverhältnis stehen oder in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis, also Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst sind.⁵⁰⁰ Charakterisiert man die eine solche Beziehung auszeichnenden Merkmale als eine Rechtsbeziehung, die entweder vertraglich oder per Ernennungsakt begründet wird, sich durch eine Treuepflicht oder Weisungsgebundenheit auszeichnet, so wird man durchaus schlussfolgern können, dass der Auftragsdatenverarbeiter den Anforderungen an den derartig qualifizierten Beamtenbegriff gerecht wird.

Beachtlich ist zudem, dass auch Zivilpersonen, die freiberuflich oder als selbständige Unternehmer für die öffentliche Verwaltung tätig werden als Beamte in diesem Sinne angesehen werden, wenn sie außerhalb der organisierten Staatlichkeit und der öffentlichen Verwaltung stehen und ihnen im Zusammenhang mit ihrer privatrechtlichen Tätigkeit spezifische hoheitsrechtliche Funktionen anvertraut sind.⁵⁰¹

Dazu zählen unstreitig Beliehene. Das sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, denen durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Verwaltungsakt oder durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag bestimmte hoheitliche Kompetenzen zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragen worden sind. Auch Personen, die zwar nicht mit öffentlicher Gewalt beliehen worden sind, deren Verhalten den eigentlichen Amtsträgern aber deshalb zurechenbar ist, weil sie als bloßes Werkzeug der öffentlichen Verwaltung tätig werden, fallen unter den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff. Die Werkzeugeigenschaft wird regelmäßig angenommen, wenn die Person weisungsgebunden und ohne eigene Gestaltungsmöglichkeit die ihr übertragenen Aufgaben wahrnimmt. Problematisch sind dagegen Personen, die selbständig die ihr übertragenen Aufgaben durchführen wie selbständige Werk- oder Dienstunternehmer, denn diese Unternehmen sind im Allgemeinen bei der Ausführung nicht in einem dem Verwaltungshelfer entsprechenden Maße dem Einfluss und den Weisungen des öffentlichen Verwaltungsträgers unterworfen.⁵⁰² Zwar

⁵⁰⁰ Maunz/Dürig/Herzog-Papier, Art. 34 Rdnr. 107.

⁵⁰¹ Maunz/Dürig/Herzog-Papier, Art. 34 Rdnr. 109.

⁵⁰² Maunz/Dürig/Herzog-Papier, Art. 34 Rdnr. 109.

bleibt der Auftragsdatenverarbeiter als eigenständiges Rechtssubjekt bestehen, dies ganz besonders, wenn es sich um ein Datenverarbeitungs-Dienstleistungsunternehmen handelt. Der Auftragsdatenverarbeiter wird aber streng weisungsgebunden tätig und die Datenverarbeitung wird der speichernden Stelle als eigener Prozess zugerechnet. Daher weist der Auftragsdatenverarbeiter die maßgeblichen Merkmale eines Verwaltungshelfers auf. Zieht man zusätzlich in Betracht, dass der Auftragsdatenverarbeiter auf der Grundlage eines mit der speichernden Stelle abgeschlossenen Vertrages tätig wird, so rückt er sogar näher an die öffentliche Stelle heran, als Beliehene dies tun, da seine Aufgabendurchführung prozessual der speichernden Stelle zugerechnet wird und der Auftragsdatenverarbeiter im Gegensatz zum Beliehenen nicht eigenständig nach Außen auftritt. Es sind somit weder rechtsdogmatische noch rechtspolitische Gründe erkennbar, die gegen eine Einordnung des Auftragsdatenverarbeiters als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne sprechen.

Somit entsteht der Anspruch nach § 839 Abs. 1 BGB zunächst seitens des Betroffenen gegen den Auftragsdatenverarbeiter. Der Anspruch wird sodann nach Art. 34 GG auf die speichernde Stelle übergeleitet.

bb. Schadensersatzansprüche gemäß § 823 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 BDSG 1977

Alternativ bliebe die Möglichkeit aufgrund der Annahme des BDSG, der von dem Auftragsdatenverarbeiter durchgeführte Verarbeitungsprozess sei per se ein Prozess der speichernden Stelle, so dass diese für Datenverarbeitungsverstöße nach § 823 Abs. 1 BGB wegen ihrer eigenen Verletzungshandlung haftet, weil die Zurechnungsproblematik nach Art. 34 GG für die Handlungen des Auftragsdatenverarbeiters entfällt. Dies würde der Lösung im nicht-öffentlichen Bereich entsprechen.⁵⁰³ Diese Lösung wäre insofern un schlüssig als das BDSG 1977 kein entsprechendes Haftungsregime aufgenommen wurde und gerade die allgemeinen Haftungsvorschriften einschlägig bleiben sollten. Diese sehen jedoch für den öffentlichen Bereich gerade gemäß § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG vor, dass öffentliche Stellen für Amtspflichtverletzungen ihrer Beamten haften.

Zudem führt gerade die prozessuale Zurechnung nach § 8 BDSG 1977 zu der Lösung über § 839 BGB, da die prozessuale Zurechnung zu der Einordnung des Auftragsdatenverarbeiters als

⁵⁰³ Sie hierzu Teil 4 B.II.1.b.bb.(1).

Beamter im haftungsrechtlichen Sinne führt. Demnach sind Schadensersatzansprüche des Betroffenen gegen die speichernde Stelle nach § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. § 8 Abs. 2 BDSG 1977 im hoheitlichen Bereich abzulehnen.

Fraglich ist aber, wie der speichernden Stelle Verletzungshandlungen zugerechnet werden, wenn sich der Auftragsdatenverarbeiter wiederum Angestellter bedient, die die Verletzungshandlung begangen haben. Mit der oben gewonnenen Einordnung des Auftragsdatenverarbeiters als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne, bestünde die Möglichkeit, dass Angestellte des Auftragsdatenverarbeiters ebenso als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne eingeordnet würden, weil ihnen mittelbar die Durchführung eines Amtes im oben genannten Sinne übertragen wurde.

In aller Regel sind die Angestellten des Auftragsdatenverarbeiters auf der Grundlage eines privatrechtlichen Anstellungsverhältnisses tätig. Der Auftragsdatenverarbeiter bedient sich ihrer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegenüber der speichernden Stelle. Sie sind daher regelmäßig Erfüllungsgehilfe des Auftragsdatenverarbeiters gemäß § 278 BGB. Der Auftragsdatenverarbeiter muss im Rahmen seiner arbeitgeberrechtlichen Direktionsbefugnis sicherstellen, dass seine Angestellten die Weisungen der speichernden Stelle umsetzen. Sie wären nämlich grundsätzlich im Anstellungsverhältnis an den Auftragsdatenverarbeiter gebunden und unterstünden nicht direkt den Weisungen der öffentlichen Stelle. Das Verhalten des Angestellten würde dessen Arbeitgeber, also dem Auftragsdatenverarbeiter gem. § 278 BGB zugerechnet – nicht aber der öffentlich-rechtlichen Stelle. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Angestellte mit einem öffentlichen Amt betraut ist.

Die Konsequenz einer Ablehnung der Subsumption des Auftragsdatenverarbeiters unter den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff wäre, dass die speichernde Stelle für rechtswidrige Datenverarbeitungsmaßnahmen, die von dem Auftragsdatenverarbeiter durchgeführt werden, nicht nach öffentlichem Recht, sondern nur nach privatem Deliktsrecht haften würde. Entscheidend ist, dass sie die Tätigkeit des Auftragsdatenverarbeiters im öffentlichen Bereich gegenüber dem Betroffenen als ein Teil der hoheitlichen Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen speichernden Stelle zeigt.

Dieses Ergebnis entspricht der Wertung des BGH, welche das Fehlverhalten selbständiger Werk- oder Dienstunternehmer dem Staat über Art. 34 Satz 1 zurechnet, sofern jene zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten des Hoheitsträgers Dritten gegenüber mit Wissen und Willen des Staates tätig geworden sind. Jedenfalls für den Bereich der Eingriffsverwaltung hat der BGH einen privaten Unternehmer als Amtsträger angesehen, wenn er mit der vom Hoheitsträger

wahrzunehmenden Aufgabe in einer so engen Verbindung steht und bei der Ausführung seiner Tätigkeit einen eng begrenzten Entscheidungsspielraum hat.⁵⁰⁴

b. Schadensersatz im Bereich fiskalischen Handelns

Im fiskalischen Bereich haftet der Beamte selbst gemäß § 839 BGB. Die speichernde Stelle haftet im fiskalischen Bereich wie auch Stellen des nicht-öffentlichen Bereichs, so das hierzu die Ausführungen im Abschnitt über Schadensersatzregelungen im nicht-öffentlichen Bereich zuzukommen sein wird.

c. Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch

Der Vollständigkeit halber soll nicht unerwähnt bleiben, dass dem Betroffenen neben der Schadensersatzhaftung auch der gewohnheitsrechtlich und für Verwaltungsakte mithin in § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO vorgesehene Anspruch auf Folgenbeseitigung zusteht. Die öffentliche Stelle ist verpflichtet, die Folgen einer rechtswidrigen Datenverarbeitung durch den Auftragsdatenverarbeiter zu beheben in den status quo ante. Beachtlich ist insofern, dass die Gegenrechte des Betroffenen auf Berichtigung, Sperrung und Löschung aus § 4 und 14 BDSG 1977 Ausdruck des Anspruchs auf Folgenbeseitigung sind, wobei die Gegenrechte im Umfang hinter dem Folgenbeseitigungsanspruch zurückbleiben. Sie führen lediglich zu den notwendigen Anpassungen in der Datenverarbeitung, um diese entweder zu legalisieren oder zu unterlassen. Sie führen jedoch nicht zu einer Beseitigung aller negativen Folgen einer rechtswidrigen Datenverarbeitung. Hierauf zielt der öffentlich-rechtlich Folgenbeseitigungsanspruch.

d. Vorläufige rechtsdogmatische Einordnung der Auftragsdatenverarbeitung und Schutzgegenstand des BDSG 1977

Die Auftragsdatenverarbeitung im öffentlich-rechtlichen Bereich ist eine organisatorische Maßnahme, die die Vorteile der Integration unter Beachtung der formellen gesetzlichen Anforderungen der Datenverarbeitung ausnutzt.

In Rechtsdogmatischer Hinsicht handelt es sich somit um verwaltungsrechtliche Organisationsvorschriften, die sowohl einen Schutz der Grundrechte, insbesondere der

⁵⁰⁴ BGH NJW 1962, 485, 486.

informationellen Selbstbestimmung wie auch der freiheitlich-demokratischen Grundordnung fördern. Das BDSG bewirkt daher den Datenschutz im engeren und im weiteren Sinne.

Zudem hat sich gezeigt, dass die Durchführung der Auftragsdatenverarbeitung prozessual der speichernden Stelle zugerechnet wird und der Auftragsdatenverarbeiter als Verwaltungshelfer einzuordnen ist. Für haftungsrechtliche Ansprüche aufgrund von hoheitlichem Handeln der öffentlichen speichernden Stelle ist der Auftragsdatenverarbeiter Beamter im haftungsrechtlichen Sinne.

Fraglich erscheint nun, aus welchem Grund davon ausgegangen wurde, dass das BDSG 1977 speziell den Individualdatenschutz verfolgt. In Betracht kommen hier die allgemeinen Vorschriften über die Zulässigkeit der Datenverarbeitung gem. § 3 BDSG 1977, das allgemein geltende Datengeheimnis gem. § 5 BDSG 1997 sowie die allgemein in § 4 BDSG 1977 geregelten Rechte der Betroffenen auf Auskunft, Berichtigung, Sperrung und Löschung personenbezogener Daten. Diese Rechte sind zudem speziell in §§ 13, 14 BDSG 1977 für den öffentlichen Bereich geregelt. Sie bewirken unmittelbar den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechtes, da sie den Betroffenen subjektiv-öffentliche Rechte im Bereich der Datenverarbeitung öffentlicher Stellen verleihen. Diese Rechte sind im Zusammenhang mit § 12 BDSG 1977 zu sehen. Als Vorstufe zu den Rechten auf Auskunft, Berichtigung, Sperrung und Löschung sieht dieser eine Pflicht der öffentlichen Stellen zur Veröffentlichung über die gespeicherten Daten vor. Die öffentlichen Stellen müssen in dem für ihren Bereich bestehenden Veröffentlichungsblatt für amtliche Bekanntmachungen die Art der von ihnen oder in ihrem Auftrag gespeicherten personenbezogenen Daten, die Aufgaben, zu deren Erfüllung die Kenntnis dieser Daten erforderlich ist, den betroffenen Personenkreis, die Stellen, an die sie die personenbezogenen Daten regelmäßig übermitteln sowie die Art der zu übermittelnden Daten bekanntgeben. § 12 enthält somit eine Vorschrift des Transparenzgebotes, welches die Betroffenen gerade in die Lage versetzt, ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowohl gegen speichernde Stellen wie auch gegen Auftragsdatenverarbeiter geltend zu machen. Gleichzeitig wäre es kurzsichtig die Bedeutung dieser Vorschriften auf den Individualdatenschutz zu reduzieren. Tatsächlich tragen die Betroffenenrechte gerade dazu bei, dass die speichernden Stellen und auch Auftragsdatenverarbeiter überwacht werden und die Strukturprinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung nicht faktisch verändert werden.

Vor diesem Hintergrund wurde für das Bundesdatenschutzgesetz ein Ansatz gewählt, nach dem es sich insgesamt lediglich um einen Rahmen handelte, der grundlegende Regelungen vorhält und

bereichsspezifische Normen speziellen Gesetzen vorbehält. Die Datenschutzkommission des Deutschen Juristentages 1974 empfahl, das BDSG solle ein allgemeines Datenschutzgesetz sein mit „*Vorschriften zur Organisation der Datenverarbeitung und zu ihrer institutionalisierten Kontrolle und Bestimmungen über Abwehr – und Überwachungsrechte des betroffenen einzelnen ebenso wie zur Regelung der Datenverarbeitung in den einzelnen schutzrelevanten Phasen*“⁵⁰⁵.

„*Tragweite und Bedeutung der Kontrollinstrumente konkretisieren sich allerdings erst im Rahmen der bereichsspezifischen Regelungen, denen auch die Aufgabe zufällt, besondere Vorkehrungen für spezifische Formen der Gefährdung zu entwickeln. Erst das Zusammenspiel der beiden Regelungsansätze ergibt insofern ein Normengeflecht, das den Datenschutz wirklich sicherstellt.*“⁵⁰⁶

Somit dürfte es zu einer Aufteilung gekommen sein. Das BDSG verfolgt mit seiner Umsetzung den Zweck den Individualdatenschutz zu betreiben. Tatsächlich erfüllt es aber wenigstens mittelbar den Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung wie es auch den Vorschriften des Organisations- und Verfahrensrechts eigen ist. Gleichzeitig ist die unmittelbare Zwecksetzung des BDSG 1977 der Individualdatenschutz.

II. Auftragsdatenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich gem. BDSG 1977

Im Bereich der Datenverarbeitung durch nicht öffentlich-rechtliche Stellen wird die Verarbeitung personenbezogener Daten aufgeteilt in die Verarbeitung für eigene Zwecke und für fremde Zwecke. Die Vorschriften für die Verarbeitung für **eigene Zwecke** sind in den §§ 22 bis 30 BDSG im **dritten Abschnitt** des BDSG 1977 geregelt. Die Regelungen für die Verarbeitung für **fremde Zwecke** befinden sich in den §§ 31 bis 40 im **vierten Abschnitt** des BDSG 1977.

1. Datenverarbeitung für eigene Zwecke

Im **dritten Abschnitt** des BDSG 1977 befinden sich die Vorschriften für die Datenverarbeitung für **eigene Zwecke**. § 22 Abs. 2 BDSG 1977 bestimmt, dass die Vorschriften des dritten Abschnitts für nicht-öffentliche Stellen gelten, die die Verarbeitung personenbezogener Daten durch „andere Personen oder Stellen“ beauftragen. Nicht-öffentliche Stellen im Sinne der Vorschrift sind neben

⁵⁰⁵ DJT-Datenschutz, 22.

⁵⁰⁶ DJT-Datenschutz, 22.

natürlichen und juristischen Personen, Gesellschaften und Personenvereinigungen des privaten Rechts auch öffentlich-rechtliche Unternehmen, die am Wettbewerb teilnehmen. Lediglich für die Durchführung des Datenschutzes ergeben sich hinsichtlich dieser Unternehmen Besonderheiten, die weiter unten erörtert werden.

Wie § 8 BDSG 1977 im zweiten Abschnitt für den Bereich der Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen bewirkt § 22 Abs. 2 BDSG 1977 im Bereich nicht-öffentlicher Stellen, dass die Verantwortung für die Datenerarbeitung durch die Einbeziehung eines Auftragsdatenverarbeiters nicht geändert wird. Der Auftraggeber muss den Auftragnehmer sorgfältig aussuchen und instruieren. Macht sich also eine speichernde Stelle die Integration der Datenverarbeitung im Wege einer Auftragsdatenverarbeitung zu Nutze, kommt es nicht zu einer Übertragung der Verantwortung und auch nicht zu einer freien Verarbeitung durch den Auftragnehmer. Die durch den Auftragsdatenverarbeiter durchgeführte Datenverarbeitung wird als Prozess organisatorisch dem Auftraggeber zugerechnet.

a. Der Auftragsdatenverarbeiter als Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB

Wie im öffentlich-rechtlichen Bereich findet sich in der Regelung der Auftragsdatenverarbeitung der allgemein anerkannte Rechts- und Organisationsgrundsatz wieder, wonach sich eine Stelle nicht ihrer Verantwortung erleichtern kann, indem sie eine andere Stelle einsetzt. Entgegen des im Schrifttum geäußerten Verständnis⁵⁰⁷, handelt es sich bei der Auftragsdatenverarbeitung aber nicht um die datenschutzrechtliche Konstruktion einer Erfüllungsgehilfenschaft. Erfüllungsgehilfen werden nicht in jedem Fall weisungsgebunden tätig. Für sie reicht es aus, dass sie irgendwie im Rechte- und Pflichtenkreis des unmittelbar schuldrechtlich Verpflichteten als Hilfsperson tätig werden. Sie haben dabei eine gewisse Selbständigkeit und Weisungsfreiheit. Der Auftragsdatenverarbeiter verfügt nicht über eine derartige Freiheit. Dies zeigt bereits die Tatsache, dass der Auftragsdatenverarbeiter stets an die Weisungen der verantwortlichen Stelle gebunden ist. Zudem wird der Auftragsdatenverarbeiter nicht in jedem Fall zur Erfüllung einer Verbindlichkeit der speichernden Stelle tätig. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Auftragsdatenverarbeiter personenbezogene Daten für die speichernde Stelle verarbeitet und diese Datenverarbeitung gerade Bestandteil einer Verbindlichkeit der speichernden Stelle für einen

⁵⁰⁷ Auernhammer, BDSG 1977, § 8 Rdnr. 7.

Dritten oder den Betroffenen wäre, etwa wie im Falle einer Marketingagentur, die einen Auftragsdatenverarbeiter als Subunternehmer mit der Verarbeitung von Kundendaten für einen Dritten beauftragt, mit dem die speichernde Stelle einen entsprechenden Vertrag abgeschlossen hat. Wenn der Auftragsdatenverarbeiter bereits nicht die Merkmale eines Erfüllungsgehilfen erfüllen muss, so ergibt sich daraus, dass § 22 Abs. 2 S. 1 BDSG 1977 anders als § 278 BGB auch kein Verschulden zurechnet. Tatsächlich folgt aus der Norm, dass die Datenverarbeitung als eigene Datenverarbeitung des Auftraggebers anzusehen ist. Wie im öffentlich-rechtlichen Bereich wird die Datenverarbeitung prozessual der speichernden Stelle zugerechnet.

b. Haftung der speichernden Stelle für rechtswidrige Datenverarbeitung durch den Auftragsdatenverarbeiter

Verfolgt man den Gedanken der organisatorischen Einbeziehung des Auftragsdatenverarbeiters in die Tätigkeit der speichernden Stelle konsequent weiter, dann müsste die speichernde Stelle für Fehler bei der Datenverarbeitung durch den Auftragsdatenverarbeiter haften wie für eigene Angelegenheiten. Die durch den Auftragsdatenverarbeiter erfolgende Datenverarbeitung gilt als Datenverarbeitung der speichernden Stelle.

Im Bereich der Haftung ist die Störerhaftung, also die Fragestellung nach Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen, von der Schadensersatzhaftung zu unterscheiden. Zudem ist zu unterscheiden zwischen Pflichtverletzungen der speichernden Stelle und Pflichtverletzungen des Auftragsdatenverarbeiters und einer Zurechnung von dessen Pflichtverletzungen. Vor diesem Hintergrund erfolgt nun die Auseinandersetzung mit den anwendbaren Haftungsregelungen.

aa. Störerhaftung

Da das BDSG 1977 selbst keine Haftungsregelungen enthält, entsteht der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus den allgemeinen Haftungsregelungen. Er entsteht aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1004 BGB analog als quasinegatorischer Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch eine rechtswidrige Datenverarbeitung. Dieser Anspruch entsteht zudem aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. mit den materiellen Vorschriften des BDSG 1977 in seiner Ausprägung als Schutzgesetz und in Verbindung mit § 1004 BGB analog.

Grundsätzlich ist für die Begründung des quasinegatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch ein Verhalten anspruchsbegründend, welches lediglich in irgendeiner Weise

adäquat kausal die Rechtsgutsbeeinträchtigung verursacht oder dazu beiträgt. Daher kommt bereits die Beauftragung des Auftragsdatenverarbeiters als anspruchsbegründendes Verhalten in Betracht.

Fraglich ist aber, ob die Anforderungen an den quasinegatorischen Unterlassungsanspruch im Falle der Auftragsdatenverarbeitung durch § 22 Abs. 2 S. 3 i. V. m. 6 BDSG 1977 modifiziert werden. Zwar spricht dagegen, dass diese Normen weder Anspruchsnormen sind, so dass sie auch nicht die Tatbestandsmerkmale eines Haftungsanspruchs bestimmen können. Andererseits konkretisieren sie die Pflichten der speichernden Stelle, so dass sie konstitutiv sein können für eine für die Störerhaftung relevante Pflichtverletzung. Hiernach könnte Voraussetzung sein, dass die speichernde Stelle den Auftragsdatenverarbeiter nicht ordnungsgemäß ausgewählt hat „*unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen*“ im Sinne von § 6 BDSG 1977. Eventuell haftet die speichernde Stelle im Rahmen der Störerhaftung also nur, wenn sie eine fehlerhafte Auswahlentscheidung getroffen hat. Die schlichte Einbeziehung eines Auftragsdatenverarbeiters würde den Anspruch dann noch nicht begründen.

Der Schutz des Betroffenen würde hierdurch geschwächt. Dieser müsste beweisen, dass die Auswahlentscheidung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist. Er müsste einen entsprechend tiefen Einblick in die Verarbeitungsprozesse der speichernden Stelle und des Auftragsdatenverarbeiters und die Erwägungen der Auswahl erhalten. Dies ist im Bereich der integrierten Datenverarbeitung besonders problematisch, weil der Betroffene regelmäßig die komplexen Strukturen der integrierten Datenverarbeitung nicht überschauen kann.

Zudem würde dies gerade der organisatorischen Integration der durch den Auftragsdatenverarbeiter erfolgenden Datenverarbeitung in die Prozesse der speichernden Stelle und der dadurch dem Betroffenen gewährleisteten Kontrolle über seine Daten widersprechen. Entscheidend ist, dass der Auftragsdatenverarbeiter vom BDSG 1977 gerade nicht als Dritter behandelt wird. Vielmehr wird der Auftragsdatenverarbeiter so gestellt als sei er organisatorisch in die Struktur der speichernden Stelle eingegliedert, so dass auch für die Störerhaftung keine weitere Zurechnung erforderlich wäre, sofern die Störerhaftung eine konkrete Pflichtverletzung erfordern würde. Der Auftragsdatenverarbeiter ist zunächst als Person oder Stelle außerhalb der speichernden Stelle durchaus ein Dritter. Da das BDSG aber selbst klarstellt, dass er kein Dritter im Sinne des Gesetzes ist, ergibt sich im Zusammenhang mit den speziellen Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung seine für die Zwecke der Datenverarbeitung erfolgende Eingliederung in die Organisation der speichernden Stelle. Zudem soll die Stellung des Betroffenen durch die

Auftragsdatenverarbeitung gerade nicht geschwächt werden. Würde der Unterlassungsanspruch im Falle der Auftragsdatenverarbeitung aber ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal aufweisen, welches gerade nicht bestünde, wenn die speichernde Stelle selbst die Datenverarbeitung durchführt, dann wäre der Betroffene geschwächt, weil der Anspruch auf Unterlassung von einem weiteren Tatbestandsmerkmal abhinge.

Zudem hängt der quasinegatorische Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nicht von einem konkreten Verstoß oder einem Verschulden ab, sondern gerade von einem Verhalten, welches irgendwie zu der Rechtsverletzung beiträgt. Eine Änderung dieser Anforderung ist nicht erkennbar und war auch nicht gewünscht. Der Schutz der Betroffenenbelange sollte durch die Datenverarbeitung gerade nicht geschwächt werden. Daher ist die Frage, ob dem Auftragsdatenverarbeiter oder der speichernden Stelle eine konkrete Pflichtverletzung und ein Verschulden vorzuwerfen ist und wie die Beweislast hierfür ausgestaltet ist, unbeachtlich. Die Störerhaftung erfolgt aus dem unveränderten quasinegatorischen Unterlassungsanspruch wie im Allgemeinen auf der Grundlage irgendeines kausalen Mitwirkens.

Für dieses Ergebnis hinsichtlich der Störerhaftung spricht ebenfalls die Regelung der Gegenrechte des Betroffenen gemäß §§ 22 Abs. 2, 1, 27 BDSG 1977. Die Gegenrechte setzen nicht voraus, dass eine schuldhaftige Pflichtverletzung vorliegt. Vielmehr ergibt sich aus der systematischen Gestaltung von § 22 Abs. 2 BDSG 1977 und der Teleologie, dass die Gegenrechte dem Betroffenen stets gegenüber der speichernden Stelle zustehen. Die Störerhaftung und die Gegenrechte stehen dem Betroffenen nebeneinander zu. Die Gegenrechte sollten die Rechtsstellung lediglich stärken und nicht etwa bestehende Ansprüche aus der Störerhaftung ersetzen.⁵⁰⁸

bb. Schadensersatzhaftung

Fraglich ist, wonach sich Schadensersatzansprüche der Betroffenen gegen die nicht-öffentliche speichernde Stelle richten und welche Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen, um solche zu begründen.

Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zum BDSG 1977 war umstritten, ob das BDSG selbst überhaupt eine Schadensersatzregelung vorsehen sollte. Es fehlte ein überzeugendes Regelungsmodell. Daher wurde davon ausgegangen, dass die allgemeinen Haftungsregelungen

⁵⁰⁸ Simitis/Dammann/Mallmann/Reh – Simitis, § 4 Rdnr. 5 Simitis/*Germany (West)*, (o. Fn. 498), § 4 Rdnr. 5.

wenigstens vorübergehend anwendbar sein sollten. Die Einführung einer Haftungsregelung sollte offenbleiben, um die Wirkungsweise der datenschutzrechtlichen Vorschriften abzuwarten. Insbesondere wurde abgesehen, dass die Anwendung der allgemeinen deliktsrechtlichen Regelungen zu Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Verschuldenserfordernis führen würde.⁵⁰⁹ Daher wurde davon ausgegangen, dass eine sachgerechte Haftungsnorm „in der Nähe der Gefährdungshaftung angesiedelt werden“⁵¹⁰ müsse.

Die Haftung sollte zunächst den allgemeinen Haftungsregelungen folgen, also einerseits den deliktischen Anspruchsgrundlagen und andererseits auch den vertraglichen Anspruchsgrundlagen des BGB.

Aufgrund ihrer regelmäßig höheren Bedeutung im Zusammenhang mit der Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung werden die deliktischen Haftungsregelungen hier vorrangig erörtert.

(1) Deliktische Haftungsregelungen

Vor diesem Hintergrund war fraglich, welche Bedeutung die Auftragsdatenverarbeitungsregelungen im nicht-öffentlichen Bereich auf die Haftungstatbestände des Deliktsrechts haben.

Zu unterscheiden sind Verletzungshandlungen des Auftragsdatenverarbeiters von denen der speichernden Stelle.

Beachtliche Handlungen des Auftragsdatenverarbeiters sind (i) Handlungen, die von Vorgaben abweichen, die die speichernde Stelle gegenüber dem Auftragsdatenverarbeiter im Rahmen des Auftrags und in den Weisungen aufstellt, die aber nicht die Rechte der Betroffenen verletzen, (ii) Handlungen, die von Vorgaben abweichen, die die speichernde Stelle gegenüber dem Auftragsdatenverarbeiter im Rahmen des Auftrags und in den Weisungen aufstellt und die die Rechte der Betroffenen verletzen und (iii) Handlungen, die den Vorgaben entsprechen, die die

⁵⁰⁹ *Der Innenausschuss*, Bericht und Antrag des Innenausschusses zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) - Drucksache 7/5277, 5

⁵¹⁰ *Der Innenausschuss*, Bericht und Antrag des Innenausschusses zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) - Drucksache 7/5277, 5.

speichernde Stelle gegenüber dem Auftragsdatenverarbeiter im Rahmen des Auftrags und in den Weisungen aufstellt und die die Recht der Betroffenen verletzen.

Während als Verletzungshandlungen lediglich die unter (ii) und (iii) genannten in Betracht kommen, ist die Kategorie (i) jedenfalls hinsichtlich der Frage relevant, inwiefern die Handlungen des Auftragsverarbeiters rechtsdogmatisch per se der speichernden zuzurechnen sind.

Denkbar ist, dass Handlungen des Auftragsdatenverarbeiters, die von den Vorgaben abweichen, dem Auftraggeber nicht zugerechnet werden, während eine den Vorgaben des Auftraggebers entsprechende Datenverarbeitung sehr wohl zurechenbar sein könnte.

(a) Haftung nach § 831 Abs. 1 BGB

Fraglich ist zunächst, ob die speichernde Stelle gem. § 831 Abs. 1 BGB haftet für Schäden, die der Auftragsdatenverarbeiter bei der Datenverarbeitung verursacht. Der Auftragsdatenverarbeiter muss Verrichtungsgehilfe sein. Die gängige Definition des Verrichtungsgehilfen setzt voraus, dass jemand mit Wissen und Wollen weisungsgebunden im Interessensbereich des Geschäftsherrn tätig wird. Diese Voraussetzungen werden für den Auftragsdatenverarbeiter zweifellos vorliegen. Dennoch wird man nicht schlussfolgern können, dass die Auftragsdatenverarbeitung eine datenschutzrechtliche Normierung des Verrichtungsgehilfen ist wie in § 831 BGB.

Die Datenverarbeitungsprozesse, seien es Prozesse, die unmittelbar bei der speichernden Stelle oder bei einem Auftragsdatenverarbeiter betrieben werden, sollen derartig gestaltet werden, dass der Betroffene stets in der Lage bleibt, sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu realisieren. Der Auftragsdatenverarbeiter wird gerade nicht als Dritter behandelt. Insofern unterscheidet er sich vom Verrichtungsgehilfen. Dieser ist im Verhältnis zum Geschäftsherrn Dritter. Der Auftragsdatenverarbeiter ist so gestellt als sei die Datenverarbeitung organisatorisch in die Struktur der speichernden Stelle eingegliedert. Gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 BDSG 1977 ist *„Dritter jede Person oder Stelle außerhalb der speichernden Stelle, ausgenommen der Betroffene oder diejenigen Personen und Stellen, die [...] im Geltungsbereich dieses Gesetzes im Auftrag tätig werden“*. Der Auftragsdatenverarbeiter ist zunächst als Person oder Stelle außerhalb der speichernden Stelle durchaus eine rechtlich selbständige Person. Da das BDSG aber selbst klarstellt, dass er kein Dritter im Sinne des BDSG ist, ergibt sich im Zusammenhang mit den speziellen Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung seine für die Zwecke der Datenverarbeitung erfolgende Eingliederung in die Ablauforganisation der speichernden Stelle. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Begriff des Verrichtungsgehilfen auch Dritte einbezieht, die im BDSG

gerade nicht als Dritte qualifiziert werden. Sofern wie im BDSG hierzu aber keine speziellen Regelungen vorgesehen sind, würde dies der Normenklarheit und dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung widersprechen. Dies gilt insbesondere, da das BDSG ausdrücklich definiert, dass Auftragsdatenverarbeiter keine Dritten sind. Hätte dies für die Geltung der allgemeinen Haftungsregelungen anders sein soll, so hätte es nahelegen eine entsprechende Klarstellung im BDSG zu schaffen. Andererseits war das BDSG gerade nicht mit einem schlüssigen Haftungskonzept verabschiedet worden. Entscheidend ist aber, dass sich ein Wertungswiderspruch zu dem Zweck der Auftragsdatenverarbeitungsregelungen ergäbe. Wäre der Auftragsdatenverarbeiter ein Verrichtungsgehilfe im Sinne des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB dann bestünde zugunsten des Auftraggebers eine Exkulpationsmöglichkeit. Diese wäre Ausdruck von einer Einschränkung der Verantwortung der speichernden Stelle für die Datenverarbeitung. Gerade dies sollte jedoch nicht geschehen. Durch die Auftragsdatenverarbeitung soll keine Verantwortungsübertragung von der speichernden Stelle auf den Auftragsdatenverarbeiter stattfinden. Der Schutz des Betroffenen soll durch die Auftragsdatenverarbeitung nicht geschwächt werden. Demnach gilt eine Datenverarbeitungsmaßnahme, welche durch den Auftragnehmer durchgeführt wird als Handlung der speichernden Stelle. § 22 Abs. 2 S. 1 BDSG 1977 rechnet die Durchführung der faktischen Verarbeitung durch einen Auftragsdatenverarbeiter der speichernden Stelle zu. Grund dafür ist, dass das BDSG die Bewahrung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus einer prozesszentralisierten Sicht gewährleisten soll. Die von einem Auftragsdatenverarbeiter ausgeführte Verletzungshandlung gilt unmittelbar als Verletzungshandlung der speichernden Stelle. Hierin wird zudem erkennbar, dass die auf § 831 BGB anwendbare Wertung, wonach der Geschäftsherr nicht von der Verwendung moderner Geschäftsmethoden abgehalten werden soll, indem er sich exkulpieren und einer Haftung entgehen kann, nicht übertragen wurde auf die Auftragsdatenverarbeitung. Die Nutzung integrierter Datenverarbeitungssysteme und die Einbeziehung von Auftragnehmern sollte gerade nicht die Verantwortungsrelativierung des Auftraggebers verursachen. Der Schutz des Betroffenen sollte unverändert bleiben. Unterstützt wird dies durch die überwiegende Forderung einer unbegrenzten Gefährdungshaftung im Rahmen der politischen und wissenschaftlichen Diskussion.⁵¹¹

Daher scheidet eine Haftung der speichernden Stelle nach § 831 Abs. 1 BGB für Pflichtverletzungen, die durch den Auftragsdatenverarbeiter erfolgen, aus. Gleichzeitig zeigt diese Bewertung, dass eine Unterscheidung zwischen Handlungen des Datenverarbeiters, welche den

⁵¹¹ anstatt vieler: Auernhammer, BDSG 1977, Einf. Rdnr. 34.

Vorgaben des Auftraggebers ent- bzw. widersprechen für die Zurechnung nicht ausschlaggebend ist. Dies wäre nur der Fall, wenn der Auftragsdatenverarbeiter Dritter und als Verrichtungsgehilfe einzuordnen wäre. Der Betroffene soll aber durch die Beauftragung eines Auftragsdatenverarbeiters gerade nicht geschwächt werden. Für ihn ist daher ausschlaggebend, dass sein Anspruchsgegner stets der Auftraggeber bleibt.

Rechtsdogmatisch betrachtet bedeutet dies, dass die Datenverarbeitung organisatorisch der speichernden Stelle zugeordnet wird. Die Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Handlungen ist daher für die Zurechnung unbeachtlich. Durch die Beauftragung des Auftragsdatenverarbeiters begründet der Auftraggeber gerade das erhöhte Risiko einer rechtswidrigen Verarbeitung. Eröffnet er ein solches Risiko, dann ist er auch für die Konsequenzen verantwortlich als hätte er selbst die Verarbeitung rechtswidrig durchgeführt. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Auftragsdatenverarbeiter bei der Abweichung ohne Verschulden oder mit einem Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund gehandelt hat. Diese wären der speichernden Stelle als Teil der gesamten Datenverarbeitung zuzurechnen.

Gleichzeitig haftet die speichernde Stelle nicht auf der Grundlage von § 831 Abs. 1 BGB.

(b) Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 i. V. m. den Vorschriften des BDSG als Schutzgesetz

Die speichernde Stelle haftet für Pflichtverletzungen, die sie selbst begeht wie auch für die Verletzungshandlungen des Auftragsdatenverarbeiters gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung eines sonstigen Rechts und gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. den Vorschriften des BDSG.

Neben der Haftung wegen Verletzungshandlungen, die durch den Auftragsdatenverarbeiter begangen werden, haftet die speichernde Stelle für eigene Pflichtverletzungen. Hier kommt insbesondere das Organisationsverschulden in Betracht. Eine Verletzung seiner Pflichten liegt vor, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer fehlerhaft ausgewählt (§ 22 Abs. 2 S. 2 BDSG 1977) oder fehlerhaft angewiesen hat (§ 8 Abs. 2 BDSG 1977 für den Fall, dass der Auftragnehmer eine öffentliche Stelle ist und § 37 i. V. m. 31 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 BDSG 1977 für den Fall dass der Auftragnehmer eine nicht-öffentliche Stelle ist). Kommt der Auftraggeber dieser Verpflichtung nicht angemessen nach, so haftet er ebenfalls gem. § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 i. V. m. § 22 Abs. 2 BDSG. Die sich aus den Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung ergebenden Pflichten sind insofern Organisationspflichten, die wie Verkehrssicherungspflichten den Schutz

der Betroffenen bewirken sollen. In rechtsdogmatischer Hinsicht ist bedeutsam, dass es gerade nicht auf die Zurechenbarkeit der Handlung des Auftragsdatenverarbeiters ankommt, wenn der Auftragsdatenverarbeiter selbst eine Organisationspflicht verletzt, sondern auf Zurechenbarkeit der entstandenen Rechtsgutverletzung im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität und eines Schadens im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität, die den allgemeinen Anforderungen des Deliktsrechts unterliegen.

(c) Haftung nach § 831 Abs. 1 BGB für Angestellte des Auftragsdatenverarbeiters

Die so bestehende Systematik, wonach ein Rückgriff auf § 831 Abs. 1 BGB nicht erfolgt, wird aber eventuell durchbrochen, wenn der Auftragnehmer ein Dienstleistungsunternehmen ist. Dann nämlich wird im Zweifel ein Angestellter des Dienstleistungsunternehmens tätig, der jedenfalls nicht selbst Auftragnehmer ist. Fraglich ist dann die Zurechnungswirkung der Auftragsdatenverarbeitungsregelung. Schließlich wird nur die durch den Auftragnehmer erfolgende Verarbeitung prozessual dem Auftraggeber zugerechnet. Sollte daher die rechtswidrige Datenverarbeitungsmaßnahme durch einen Angestellten des Auftragnehmers erfolgen, so besteht im Rahmen eines Konditionalprogramms, also eines Wenn/Dann-Schemas⁵¹², doch die Möglichkeit einer Exkulpation. Zwar wäre der Datenverarbeitungsprozess der speichernden Stelle zuzurechnen. Der Angestellte des Auftragnehmers stünde aber im Verhältnis zu der speichernden Stelle wie ein Angestellter eben dieser Stelle, so dass dieser ein Verrichtungsgehilfe der speichernden Stelle gem. § 831 Abs. 1 BGB ist und die speichernde Stelle selbst sich exkulpieren kann, sofern kein Organisationsverschulden vorliegt.

Ergibt sich aber, dass kein Organisationsverschulden vorliegt, sondern die rechtsverletzende Einzelhandlung eines Angestellten, so würde die Zurechnung des Datenverarbeitungsprozesses innerhalb der Auftragsdatenverarbeitung wohl nicht ausreichen, um die Haftung zu begründen. Anders wäre dies wohl nur, wenn man die von Luhmann entworfene Methodik eines Zweckprogramms, also eine zweckgerichtete Auslegung der Auftragsdatenverarbeitungsregelungen vornähme.⁵¹³ Diese würde der Maßgabe folgen, dass durch die Einbeziehung des Auftragsdatenverarbeiters gerade keine Schlechterstellung des Betroffenen erfolgen darf und somit auch keine Übertragung der Verantwortung auf Rechtssubjekte außerhalb

⁵¹² Siehe Teil 2 A.IV.6.

⁵¹³ Siehe Teil 2 A.IV.6.

der speichernden Stelle. Daher könnte man zunächst schlussfolgern, dass selbst eine Handlung des Angestellten eines Datenverarbeitungs-Dienstleistungsunternehmens als Handeln der speichernden Stelle anzusehen ist. Dies wäre aber wohl eine Überinterpretation. Sie ließe sich mit der hergebrachten juristischen Interpretationsmethodik nicht decken und wäre auch im Rahmen eines Zweckprogramms nicht nachvollziehbar. Entscheidend ist nämlich, dass der Schutz der Betroffenen durch die Einbeziehung eines Auftragsdatenverarbeiters nicht geschwächt werden sollte im Vergleich zu dem Sachverhalt, in dem die speichernde Stelle selbst die Datenverarbeitung durchführt. Aber genau diese Relativierung erfolgt nicht, wenn der Angestellte des Auftragsdatenverarbeiters als Verrichtungsgehilfe eingeordnet wird. Bei abstrakter Betrachtung steht der Angestellte des Auftragsdatenverarbeiters dann genauso wie ein Angestellter der speichernden Stelle selbst. Allein mit der fiktiven Gleichstellung des Auftragsdatenverarbeiters mit der speichernden Stelle wird eine Verschlechterung des Betroffenen im Vergleich mit dem Sachverhalt verhindert, in dem die Datenverarbeitung durch die speichernde Stelle selbst durchgeführt wird. Schließlich folgte die Haftung der speichernden Stelle denselben Maßgaben, wenn sie die Datenverarbeitung tatsächlich selbst durchgeführt hätte und hierfür ihren eigenen Angestellten herangezogen hätte. Auch dann wäre jedenfalls eine Haftung wegen Organisationsverschulden möglich geblieben. Der Rückgriff auf eine Interpretation im Sinne eines Zweckprogramms ist danach weder notwendig noch sachgerecht. Um eine Haftung der speichernden Stelle zu schaffen, die eine Exkulpationsmöglichkeit in jedem Fall ausschließt wäre tatsächlich die erwogene aber im BDSG 1977 nicht umgesetzte verschuldensunabhängige Haftung notwendig gewesen.

In besonderen Fällen käme noch eine Haftung der speichernden Stelle gem. §§ 824, 826 BGB wegen Kreditgefährdung bzw. sittenwidrige Schädigung hinzu. Es handelt sich jeweils um Haftungstatbestände, die eine eigene Pflichtverletzung und ein eigenes Verschulden der speichernden Stelle voraussetzen. Eine Gefährdungshaftung der speichernden Stelle war nicht vorgesehen.

(2) Vertragliche Anspruchsgrundlagen

Sofern die speichernde Stelle die personenbezogenen Daten zur Durchführung eines Vertrages mit dem Betroffenen verarbeitet, haftet sie für rechtswidrige Datenverarbeitungsmaßnahmen über die vertraglichen Haftungsregelungen. Als Pflichtverletzung kommt hier insbesondere eine Nebenpflichtverletzung als Schutzpflichtverletzung im Zusammenhang mit einer positiven Forderungsverletzung in Betracht. Die Schutzpflichtverletzung liegt in einer rechtswidrigen oder weisungswidrigen, Datenverarbeitung durch den Auftragsdatenverarbeiter, dessen Tätigkeit per se organisatorisch der speichernden Stelle zuzurechnen ist.⁵¹⁴ Zudem kommt als Pflichtverletzung die fehlerhafte Auswahl, Anweisung und Überwachung des Auftragsdatenverarbeiters durch die speichernde Stelle in Betracht. Wenn also der Auftragsdatenverarbeiter sich weisungskonform verhalten hat und seine organisatorischen und technischen Datensicherheitsmaßnahmen ebenfalls den Vorgaben der speichernden Stelle entsprachen, dann liegt kein pflichtverletzendes Verhalten des Auftragsdatenverarbeiters vor. Gleichzeitig aber besteht die Möglichkeit, dass die speichernde Stelle rechtswidrige Vorgaben erteilt hat, so dass diese per se eine Pflichtverletzung gegenüber dem Betroffenen sind und daraus ein Haftungsanspruch entsteht. Dabei scheidet eine Zurechnung des Verschuldens des Auftragsdatenverarbeiters gemäß § 278 BGB aus, dass der Auftragsdatenverarbeiter kein Erfüllungsgehilfe ist.⁵¹⁵ Gleichzeitig ist ein Angestellter des Auftragsdatenverarbeiters dessen Erfüllungsgehilfe, so dass sein Verschulden über §278 BGB dem Auftragsdatenverarbeiter und der speichernden Stelle die rechtswidrige Datenverarbeitung über § 22 Abs. 1 BDSG 1977 zugerechnet wird.

(3) Zwischenergebnis

Die Ausführungen zeigen, dass die speichernde Stelle grundsätzlich für eine rechtswidrige Datenverarbeitung haftet, die durch den Auftragsdatenverarbeiter durchgeführt wird. Die von dem Auftragsdatenverarbeiter durchgeführte Datenverarbeitung ist organisatorisch der speichernden Stelle zuzurechnen, so dass selbst im Falle einer rechtswidrigen Datenverarbeitung die speichernde Stelle gegenüber dem Betroffenen verantwortlich bleibt. Die speichernde Stelle bleibt im Verhältnis zu dem Betroffenen verantwortlich, da der Betroffene nicht in seiner Rechtsposition geschwächt werden soll. Dies gilt konsequenterweise nach den Vorschriften des BDSG 1977 auch

⁵¹⁴ Siehe oben Teil 4 B.II.1.b.bb.(1)(a) und Ziff. B.II.1.b.bb.(1)(b)

⁵¹⁵ Siehe Teil 4 B.II.1.a.

dann, wenn der Auftragsdatenverarbeiter eigenmächtig von den Vorgaben der speichernden Stelle abweicht. Durch die Beauftragung des Auftragsdatenverarbeiters begründet der Auftraggeber ein Risiko, für welches er nach § 22 Abs. 1 BDSG 1977 als eigenes Risiko eintreten soll. Bereits hier wird darauf hingewiesen, dass der Betroffene ergänzende Schadensersatzansprüche gegen den Auftragsdatenverarbeiter erhält, wenn dieser eigenmächtig von den Weisungen der speichernden Stelle abweicht.⁵¹⁶

c. Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung durch die Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich

Fraglich ist, ob im Falle der Verarbeitung durch nicht-öffentliche speichernde Stellen überhaupt eine Gefährdung für die Strukturprinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung entstehen kann.

Denkbar ist, dass ein öffentlich-rechtlicher Auftragnehmer mit zunehmender Integration und zunehmender Anzahl von Auftraggebern eine Konzentration von Wissen und damit Macht erhält.

Insofern bewirkt § 22 Abs. 2 S. 1 BDSG, dass die Verantwortlichkeit der Datenverarbeitung nicht auf den öffentlich-rechtlichen Auftragnehmer übergeht und der öffentlich-rechtliche Auftragnehmer ebenfalls nur streng weisungsgebunden tätig werden darf. Damit trägt die Regelung im nicht-öffentlichen Bereich zur Sicherung des Demokratieprinzips und zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung bei. § 22 Abs. 2 S. 1 BDSG sichert die negative Koalitionsfreiheit, indem die nicht-öffentliche speichernde Stelle trotz der Integration sich nicht den Verwaltungsstrukturen der öffentlichen Verwaltung anpassen muss. So wird eine Gleichschaltung der Datenverarbeitung mit der Ablauforganisation des öffentlich-rechtlichen Auftragnehmers verhindert und die grundsätzliche Trennung zwischen dem öffentlichen und dem nicht-öffentlichen Bereich der Datenverarbeitung gesichert.

⁵¹⁶ Siehe Teil 4 B.II.2.c.

d. Die Regelung der Auftragsdatenverarbeitung als Berufsausübungsregelung

Im Bereich der Datenverarbeitung durch nicht öffentlich-rechtliche speichernde Stellen steht der Schutz der informationellen Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. § 823 Abs. 1 BGB im Vordergrund. Über § 823 Abs. 1 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. den Vorschriften des BDSG wird der Betroffene haftungsrechtlich geschützt. Im Gegensatz zur Datenverarbeitung im öffentlich-rechtlichen Bereich erscheint die Schutzwirkung des BDSG auf den Individualdatenschutz reduziert. Fraglich ist, welchen rechtsdogmatischen Charakter die Vorschriften über die Auftragsdatenverarbeitung für den die nicht öffentlich-rechtliche Stelle haben.

Im Verhältnis zu dem Betroffenen bleibt der Auftraggeber für die Erfüllung seiner gesetzlichen wie auch vertraglichen Pflichten verantwortlich. Es zeigt sich, dass die Norm bewirkt, dass die Möglichkeiten der Betroffenen, über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu bestimmen durch eine Organisationsmaßnahme der verarbeitenden Stelle, nicht reduziert werden dürfen. Die Risiken, welche sich durch die Integration ergeben, sollen nicht zu einer Schlechterstellung der Betroffenen führen. Er soll weiterhin die Möglichkeit haben, die in §§ 4, 27 BDSG 1977 vorgesehenen Gegenrechte so uneingeschränkt geltend zu machen als würde die Datenverarbeitung unmittelbar durch die speichernde Stelle durchgeführt und Haftungsansprüche gegen die speichernde Stelle geltend zu machen. Neben der Zurechnung der Verarbeitungstätigkeit enthält § 22 BDSG daher wie auch § 8 BDSG im öffentlichen Bereich eine Organisationsnorm. Die Auftragsdatenverarbeitung muss so organisiert werden, dass die Risiken der Integration durch entsprechende organisatorische Maßnahmen ausgeglichen werden.

Beachtlich ist jedoch, dass Organisationsnormen im privaten Bereich grundsätzlich fremd sind. Jede private Stelle ist grundsätzlich frei in ihrer Tätigkeit. Dies ergibt sich einerseits aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Im Bereich der Berufswahl/ausübung einzelner Personen ist dies für deutsche Bürger in dem Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie für Personengesellschaften und juristische Personen aus Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG vorgesehen. Art. 12 Abs. 1 GG setzt damit die Grundlage für die individuelle Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit deutscher Bürger wie die Gewerbefreiheit deutscher Unternehmer/innen und Personengesellschaften und juristischer Personen. Das Recht den Beruf frei zu wählen und auszuüben und somit Gewerbebetriebe zu errichten, zu unterhalten und frei zu organisieren entstand parallel zu den Freiheiten aus dem wirtschaftlichen und sozialen Wandel des

19. Jahrhunderts. Gleichzeitig entstanden aus diesem Wandel die in Teil 2 Ziff. B erörterten Risiken für die Gesellschaft aus der unkontrollierten Berufs- und Gewerbeausübung. Die Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich sollen daher die Berufsausübung im Bereich der Verarbeitung personenbezogener Daten regeln. Mit zunehmender Ausübung des Rechts auf Berufsfreiheit und damit einhergehendem Anwachsen gesellschaftlicher Risiken müssen auch die entsprechenden Regelungen mit berufsregelnder Tendenz geschaffen werden, um die Risiken zu beherrschen. Daher ist die Zunahme datenschutzrechtlicher Vorschriften ein Spiegelbild der anwachsenden Datenverarbeitung zur Bewältigung der Informationskrise.

Aus der Sicht der speichernden Stellen im nicht-öffentlichen Bereich sind datenschutzrechtliche Vorschriften und insbesondere die Vorschriften der Auftragsdatenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich daher Berufsausübungsregelungen im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG.

Beachtlich ist, dass aufgrund der Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts die Freiheit der Berufsausübung ausschließlich durch Regelungen soweit eingeschränkt werden darf wie vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen. Daher müssen Berufsausübungsregelungen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen. Die Regelungen müssen also entsprechend der Merkmale des Verhältnismäßigkeitsprinzips, geeignet sein, den verfolgten Zweck zu fördern, sie muss erforderlich sein, es darf also keine Alternativregelung möglich sein, die bei einer geringeren Eingriffsintensität den Schutzzweck der Regelung gleichgut erreichen zu vermag, und sie muss angemessen sein. Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss also die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben. Im Falle der Datenverarbeitung bedeutet dies, dass die Eingriffswirkung der Regelung der Auftragsdatenverarbeitung nicht das Maß überschreiten darf, welches dem Bedrohungspotential entspricht, das durch die integrierte Datenverarbeitung im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung verursacht wird. Vor diesem Hintergrund zeigt sich für die Auftragsdatenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich, dass eine Regelung notwendig ist, die dem Betroffenen die Kontrolle über seine personenbezogenen Daten und deren Verarbeitung bewahrt. Die Regelung soll sicherstellen, dass mit der Verarbeitung durch einen Auftragsdatenverarbeiter keine Erschwerung der Durchsetzbarkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erfolgt, wobei gleichzeitig die speichernde Stelle die Vorteile aus der integrierten Datenverarbeitung nutzen können soll.

e. Selbst- und Fremdkontrolle der Datenverarbeitung

Konsequenterweise unterstehen die in § 22 BDSG 1977 erfassten Stellen des nicht-öffentlichen Bereichs und damit auch die Auftraggeber einer Auftragsdatenverarbeitung hinsichtlich der Datenschutzkontrolle dem Grundsatz der Selbstkontrolle. Anders als im öffentlichen Bereich sind sie gemäß § 28 Abs. 1 BDSG 1977 verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten für die Verarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich zu bestellen.

Der Datenschutzbeauftragte ist als interne Instanz der speichernden Stelle zugeordnet, so dass erwartet wurde, dass er nicht die notwendige Distanz haben würde, um seine Kontrolltätigkeit kritisch und unabhängig auszuüben.⁵¹⁷ Die Selbstkontrolle wird daher ergänzt durch die Überwachung der betroffenen Stellen im Wege der Rechtsaufsicht gemäß §§ 30 BDSG 1977.

Durch das System der Selbstkontrolle und dessen Ergänzung durch eine Fremdkontrolle durch Aufsichtsbehörden wird einerseits verhindert, dass die Berufsausübungs- und die Gewerbebefreiheit unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Andererseits soll aber die Beherrschbarkeit der besonderen Gefahren der integrierten Datenverarbeitung gesteigert und der Betroffenen gesichert werden.⁵¹⁸

Auf die Fremdkontrolle konnte nicht verzichtet werden, da unter dem Eindruck einer möglichst ausgeprägten Datenverarbeitung insbesondere im Wege der Integration von der Notwendigkeit einer effektiven Überwachung ausgegangen wurde. Eine Aufsichtsbehörde wurde besonders im Falle einer Datenverarbeitung für fremde Zwecke, also insbesondere für Auftragsdatenverarbeiter (§§ 40, 37 i. V. m. § 31 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 BDSG 1977) für notwendig erachtet.⁵¹⁹

Das Konzept der Selbstkontrolle, welches im privaten Bereich sowohl für speichernden Stellen wie auch für Auftragsdatenverarbeiter mit einer ergänzenden behördlichen Überwachung galt, trug somit dazu bei, dass nicht stets eine staatliche Stelle im Sinne einer Aufsichtsbehörde eine Überwachungsfunktion wahrnehmen und in die Rechtspositionen privater Stellen eingreifen musste. Der Staat hat gegenüber dem Datenschutzbeauftragten keine Weisungsbefugnisse. Der

⁵¹⁷ Simitis/Dammann/Mallmann/Reh – Simitis, § 30 Rdnr. 3.

⁵¹⁸ Simitis/Dammann/Mallmann/Reh – Simitis, § 38 Rdnr. 14.

⁵¹⁹ Simitis/Dammann/Mallmann/Reh – Simitis, § 28 Rdnr. 3.

Datenschutzbeauftragte hat auch nicht die Stellung eines Beliehenen. Er ist zudem nicht in die Organisation einer öffentlichen Stelle eingebunden. Dadurch zeigt sich, dass der Gesetzgeber von staatlichen Stellen Zurückhaltung verlangt bei der Überwachung des Datenschutzes. Die jeweilige private Stelle wird zwar unter den gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Sofern die private Stelle diese Pflicht nicht erfüllt, besteht jedoch keine Möglichkeit, die Bestellung im Wege der Ersatzvornahme vorzunehmen oder auch einen bestellten Datenschutzbeauftragten abzurufen. Dies zeigt, dass eine strenge Trennung zwischen der Organisation des Datenschutzes im privaten Bereich besteht von der Durchführung im öffentlichen Bereich.

Gleichwohl besteht die Möglichkeit, dass Betroffene auf der Grundlage eines substantiierten Sachvortrages veranlassen können, dass die Behörde die Einhaltung des Datenschutzes prüft (§ 30 BDSG 1977). So wird das Prinzip der Selbstkontrolle ergänzt, um die besonderen Gefahren zu bekämpfen, welche aus der Datenverarbeitung entstehen. Bei der Hinzufügung der Fremdkontrolle wurde erwogen, dass für die Sicherstellung des gesetzesmäßigen Datenschutzes Spezialkenntnisse erforderlich seien, welche den privaten Stellen nicht zumutbar sind.⁵²⁰

Es müssen Aufbau und Ablauf der Verarbeitungsprozesse sowie die Bedeutung der Daten für den Betroffenen, die jeweiligen Stellen und auch für Auftragsdatenverarbeiter und Dritte verstanden werden, um die Gefahren richtig einschätzen zu können und darauf hin, die Regelungen des BDSG ordnungsgemäß umzusetzen. Zudem fehlte es häufig an den notwendigen finanziellen Mitteln, um die notwendigen Ressourcen aufzubauen. Insofern war davon auszugehen, dass das Prinzip der Selbstkontrolle nur dann eine ordnungsgemäße Umsetzung des Datenschutzes sicherstellen könne, wenn ergänzend Aufsichtsbehörden zur Verfügung stünden, ohne jedoch gleichzeitig einen ständigen und weitreichenden Eingriff in die Rechtssphäre der betroffenen speichernde Stellen zu nehmen.

Bei diesen Erwägungen ist besonders bedeutsam, dass der Gesetzgeber im Falle der Datenverarbeitung für **fremde Zwecke**, also auch im Falle der Auftragsdatenverarbeitung, die Fremdkontrolle zusätzlich ausgeweitet hat.

§ 30 BDSG 1977 sieht für den Fall der Datenverarbeitung für **eigene Zwecke** lediglich eine Anlasskontrolle vor. Ein Betroffener musste substantiiert darlegen, dass die Verarbeitung

⁵²⁰ Simitis/Dammann/Mallmann/Reh – Simitis, § 30 Rdnr. 2.

personenbezogener Daten nicht ordnungsgemäß erfolgte. Daraufhin hatte die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, Auskünfte auf spezielle Fragen von der speichernden Stelle zu verlangen und Vor-Ort-Prüfungen durchzuführen. Die Behörde hat also keine eigenständigen Eingriffsrechte. Sie darf nicht in die Verarbeitungsprozesse eingreifen, um eventuelle Fehler zu korrigieren. Die speichernde Stelle wiederum kann nach § 30 Abs. 2 BDSG 1977 von Aussage- bzw. Zeugnisverweigerungsrechten aus dem Zivilprozess- und Strafprozessrecht Gebrauch zu machen. Somit ist die Fremdkontrolle im Falle der Datenverarbeitung für eigene Zwecke schwach ausgestaltet.

Im Gegensatz dazu ist die Kontrolle im Falle der Datenverarbeitung für **fremde Zwecke, und damit für die Tätigkeit eines Auftragsdatenverarbeiters** im Sinne des vierten Abschnittes des BDSG 1977 erweitert. Gemäß §§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 37, 40 BDSG 1977 überwachen die Aufsichtsbehörden die Datenverarbeitung durch Auftragsdatenverarbeiter von Amts wegen und werden auch anlasslos tätig. Das gleiche gilt für die Auftraggeber einer Auftragsdatenverarbeitung innerhalb des Geltungsbereichs des vierten Abschnitts. Das bedeutet, dass sowohl speichernde Stellen im Sinne von § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 BDSG 1977 als Auftraggeber wie auch Auftragsdatenverarbeiter gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG 1977, die Daten für fremde Zwecke verarbeiten der Überwachung der Aufsichtsbehörden gem. § 40 BDSG 1977 unterliegen.

Die strengeren Vorschriften sollen dem erhöhten Gefährdungspotential gerecht werden, welches der Gesetzgeber insbesondere darin erblickt, dass im Falle der Datenverarbeitung für fremde Zwecke möglichst variable Nutzungsmöglichkeiten dem Interesse der speichernden Stelle bzw. des Auftragsdatenverarbeiters gerecht werden. Daher ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine Abweichung von den Weisungen des Auftraggebers bzw. eine Zweckentfremdung stattfindet erhöht.

Die vom Gesetzgeber im BDSG 1977 vorgesehene Abstufung zwischen der Selbstkontrolle durch den Datenschutzbeauftragten und der Aufsichtsbehörde entspricht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Regelungen sind geeignet, die von der Integration in Form der Auftragsdatenverarbeitung ausgehenden Risiken zu verringern. Sie fördern die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen. Gleichzeitig ist keine Alternativregelung erkennbar, die bei geringerer Eingriffsqualität die Rechte der Betroffenen mit gleichwertiger Wirksamkeit schützen. Die Regelungen werden bei abstrakter Betrachtung daher den Anforderungen der Erforderlichkeit gerecht. Dabei findet eine Abstufung statt je nach Risikozunahme von der Datenverarbeitung zu eigenen Zwecken zur Datenverarbeitung für fremde Zwecke, um den gesteigerten Risiken gerecht

zu werden. Die Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich sind darüber hinaus in Ansehung des Bedrohungspotential auch angemessen. Sie fördern einerseits den Schutz der Betroffenenbelange und ermöglichen zugleich die Nutzung der integrierten Datenverarbeitung.

Im Falle der Auftragsdatenverarbeitung im privaten Bereich bestand das Bedrohungspotential der Datenverarbeitung gerade in dem Kontrollverlust der Betroffenen über ihre Daten mit dem entsprechend hohen Missbrauchspotential privater Stellen. Private Stellen verfolgten mit der Datenverarbeitung vorwiegend die Steigerung ihrer Absatzinteressen gegenüber den Betroffenen. Während im Bereich der öffentlichen Stellen das Funktionieren des Staatswesens durch die Informationskrise bedroht war, hätten private Stellen ihre Absatzinteressen wie zuvor verfolgen können ohne Nutzung der integrierten Datenverarbeitung. Sofern es um die Verwaltung von Kundendaten ging, erscheint zweifelhaft, dass die privaten Stellen auf die integrierte Datenverarbeitung angewiesen waren. Insofern wäre das konkrete Interesse privater Stellen an der integrierten Datenverarbeitung relativ geringer zu bewerten als das Interesse der Betroffenen an dem Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Die privaten Stellen hätten auf die integrierte Datenverarbeitung verzichten müssen. Bereits insofern wird man die Regelung der Auftragsdatenverarbeitung als angemessen ansehen müssen. Gleichzeitig bleibt aber beachtlich, dass gerade die öffentliche Hand ein Interesse hatte, alle Stellen, also private und öffentliche, in die Systeme der integrierten Datenverarbeitung aufzunehmen. Die umfassende Nutzung der Systeme der integrierten Datenverarbeitung stand damit nicht nur im subjektiven Interesse der nicht-öffentlichen Stellen. Deren Nutzung verwirklichte damit ein gesellschaftsweites Interesse an einer fortschrittlichen Ausgestaltung gesamtgesellschaftlicher Strukturen. Insofern wird das Recht auf freie Berufsausübung durch die Nutzung der Systeme der integrierten Datenverarbeitung höher zu bewerten sein als im Falle des rein subjektiven Absatzinteresses. Im Ergebnis führt dies aber nicht zu einer anderen Bewertung der Angemessenheit. Das Bedrohungspotential wird gerade durch die gesamtgesellschaftliche Wirkung der integrierten Datenverarbeitung in der Abwägung mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem Schutz der grundgesetzlichen Strukturprinzipien als angemessen zu bewerten sein. In der Konsequenz bedeutet die Regelung der Auftragsdatenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich daher, dass die Nutzung integrierter Datenverarbeitungssysteme jedenfalls akzeptabel ist, wenn die Verarbeitung durch Auftragnehmer durchgeführt wird, welche weisungsabhängig und mit den angemessenen organisatorischen und technischen Maßnahmen gem. § 6 BDSG 1977 tätig werden, also eine Organisationsmaßnahme vorliegt, die einer eigenständigen Verarbeitung entgegenwirkt.

2. Datenverarbeitung für fremde Zwecke

Der vierte Abschnitt des BDSG 1977 regelt in seinen §§ 31 – 40 speziell die Datenverarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen für fremde Zwecke. Gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. BDSG gilt § 37 BDSG 1977 für natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts sowie für öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen, „soweit diese Stellen geschäftsmäßig geschützte Daten im Auftrag als Dienstleistungsunternehmen verarbeiten“. § 37 BDSG 1977 stellt klar, dass der Auftragnehmer streng an die Weisungen der speichernden Stelle gebunden ist.

§ 31 Abs. 2 BDSG 1977 ergänzt, dass die Verpflichtungen des Auftragsdatenverarbeiters für den Fall, dass dieser sich eines Subunternehmers bedient. Dann ist der Auftragsdatenverarbeiter seinerseits verpflichtet, den Subunternehmer „unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen [...] sorgfältig auszuwählen“.

a. Die Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 BDSG als Organisations- und Berufsausübungsregelungen für den Auftragsdatenverarbeiter

Für natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts, die als Auftragsdatenverarbeiter tätig werden gelten gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 BDSG die §§ 38 bis 40 BDSG. Die Vorschriften sehen vor, dass für diese Auftragsdatenverarbeiter die Selbstkontrolle durch einen Datenschutzbeauftragten anwendbar ist, die im Zusammenhang mit der Meldepflicht gemäß §§ 39, 40 BDSG 1977 ergänzt wird durch eine Fremdkontrolle durch die zuständigen Aufsichtsbehörden⁵²¹. Die Datenschutzkontrolle ergibt sich also im nicht-öffentlichen Bereich durch eine Organisationspflicht des Auftragsdatenverarbeiters, die der Verpflichtung der speichernden Stelle gleicht, wobei der Auftragsdatenverarbeiter streng weisungsgebunden im Auftrag der speichernden Stelle tätig wird. Die Vorschriften sind Berufsausübungsregelungen wie auch für die speichernde Stelle.

Die ergänzende Fremdkontrolle gemäß § 40 BDSG 1977 durch die „zuständige Aufsichtsbehörde“ lässt dabei wiederum Raum für die Aufgabenerfüllung der nach den anwendbaren

⁵²¹ Siehe hierzu Teil 4 B.II.1. und B.II.1.e.

Organisationsgesetzen vorgesehene Behörde. Sie erlaubt daher die Abgrenzung zwischen Bundes- und Landesbehörden sowie die für diese vorgesehene Zuständigkeit und bewirkt damit erneut die Bewahrung der vertikalen Gewaltenteilung und des Bundesstaatsprinzips.

Erfolgt die Auftragsdatenverarbeitung hingegen für öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen so gelten für die Datenschutzkontrolle unmittelbar die für öffentliche Stellen anwendbare Vorschriften gemäß §§ 15 bis 21 BDSG 1977, um eine Flucht ins Privatrecht zu verhindern.

Die aufgezeigte Systematik führt zu einer Erstreckung der auf die jeweilige speichernde Stelle anwendbaren Datenschutzkontrolle auf den Auftragsdatenverarbeiter ohne Ansehung von dessen Organisationsform. Dabei besteht gemäß § 31 Abs. 1 S. 3 BDSG 1977 eine Ausnahme: Führt ein privatrechtlicher Auftragnehmer die Datenverarbeitung für eine öffentliche Stelle aus, so untersteht dieser Auftragnehmer nur dann der Datenschutzkontrolle der öffentlich-rechtlichen Stellen gemäß §§ 15 bis 21 BDSG 1977, wenn es sich bei dem Auftragnehmer um ein öffentlich-rechtliches Wettbewerbsunternehmen handelt. Hierdurch wird verhindert, dass die öffentliche Hand in die Autonomiebereiche privatrechtlicher Rechtssubjekte eindringt durch eine Erstreckung verwaltungsrechtlicher Organisations- und Verfahrensregelungen. Das Vorgehen sichert daher das Rechtsstaatsprinzip und schützt die betroffenen Grundrechte der betroffenen Rechtssubjekte.⁵²²

Die Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 1977 haben damit eine Schutzwirkung für Individual- wie auch Gemeinschaftsinteressen. Sie schützen vor den ausufernden Konsequenzen der integrierten Datenverarbeitung und ermöglichen diese gleichwohl.

b. Die Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 31 Abs. 2 BDSG als Organisations- und Berufsausübungsregelungen für den Auftragsdatenverarbeiter als Auftraggeber eines Subunternehmers

Der Wortlaut des § 31 Abs. 2 BDSG 1977 entspricht dem von § 22 Abs. 1 BDSG 1977 und macht den Auftragsdatenverarbeiter, der sich eines Subunternehmers bedient, selbst zum Auftraggeber. Fraglich ist zunächst, ob der Auftragsdatenverarbeiter damit die Stellung einer speichernden Stelle erhält. Der Auftragsdatenverarbeiter nämlich wählt seinen Subunternehmer unter Beachtung der technischen und organisatorischen Maßnahmen aus. Dabei ist diese Auswahlentscheidung im

⁵²² Siehe Teil 4 B.I.1. und Teil 3 B.I.1. und B.II.5.

Anwendungsbereich von § 8 Abs. 1 und 22 Abs. 2 S. 2 BGDSG 1997 gerade Ausdruck einer übergeordneten Kontrolle über die Datenverarbeitung, welche der speichernden Stelle obliegt. Systematisch ist beachtlich, dass der Auftragsdatenverarbeiter auch in der Auswahlentscheidung die Umsetzung der Vorgaben der speichernden Stelle befolgen muss. Der Auftragsdatenverarbeiter ist demnach verpflichtet, die Umsetzung der Vorgaben der speichernden Stelle sicherzustellen. Daher ist der Auftragsdatenverarbeiter gerade nicht wie die speichernde Stelle als Herrin über die Datenverarbeitung verpflichtet, die Einhaltung der materiellen Vorschriften des BDSG 1977 durch den Subunternehmer sicherzustellen. Ihre Auswahlverpflichtung betrifft vielmehr die Sicherstellung, dass die Vorgaben der speichernden Stelle auch durch den Subunternehmer eingehalten werden. Hierzu gehört auch die Anwendung adäquater technischer und organisatorischer Maßnahmen im Sinne von § 6 BDSG 1977. Wäre dies anders, so würde § 32 Abs. 2 BDSG 1977 § 8 und § 22 BDSG 1977 umkehren und es läge tatsächlich eine Übermittlung personenbezogener Daten seitens der speichernden Stelle an den Auftragsdatenverarbeiter vor. Der allgemeine Organisationsgrundsatz, dass die Verantwortung über die Datenverarbeitung nicht relativiert wird, würde durch die Beauftragung eines Subunternehmers abbedungen. Daher liegt zwar die rechtsdogmatische Bedeutung von § 32 Abs. 2 BDSG 1977 wie auch in § 8 Abs. 1 und § 22 Abs. 2 S. 2 BDSG 1977 in einer Organisations- und Verkehrssicherungspflicht, die sowohl die speichernde Stelle wie auch den Auftragsdatenverarbeiter trifft, nämlich die Auswahlverpflichtung anhand adäquater technischer und organisatorischer Maßnahmen. In § 8 Abs. 1 und § 22 Abs. 2 S. 2 BGDSG 1997 ist sie aber Ausdruck der Verantwortung der speichernden Stelle für die selbständige Einhaltung der materiellen Datenverarbeitungsanforderungen. In § 32 Abs. 2 BDSG 1977 ist sie hingegen Ausdruck einer Gebundenheit des Auftragsdatenverarbeiters gegenüber der speichernden Stelle und der Verpflichtung diese Gebundenheit im Verhältnis zum Subunternehmer umzusetzen. Zugleich handelt es sich somit um eine Organisationsverpflichtung. Der Auftragsdatenverarbeiter wird verpflichtet, die Rechtsbeziehung zu seinem Subunternehmer so auszugestalten, dass dessen Tätigkeit über den Auftragsdatenverarbeiter prozessual weiterhin der speichernden Stelle zugerechnet werden kann. Die Regelung hat somit berufsregelnde Tendenz und ist eine Berufsausübungsregelung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG, welche im Rahmen der 3-Stufen-Theorie mit vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt wird, nämlich dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung der Betroffenen.

c. Haftung des Auftragsdatenverarbeiters

Fraglich ist, ob der Auftragsdatenverarbeiter für eine rechtswidrige Datenverarbeitung gegenüber dem Betroffenen haftet.

Wie bereits in den Abschnitten über die Haftung der speichernden Stelle im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich⁵²³ ist Ausgangspunkt der Überlegungen, dass das BDSG keine Haftungsregelungen enthält und die allgemeinen Anspruchsgrundlagen anwendbar sind. Da der Betroffene keine Sonderrechtsbeziehung mit dem Auftragsdatenverarbeiter hat, kommen die deliktischen Schadensersatzansprüche in Betracht. Möglicherweise haftet der Auftragsdatenverarbeiter gemäß § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. den jeweils anwendbaren Vorschriften des BDSG wegen der Verletzung eines sonstigen Rechts, hier des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Fraglich ist, ob die Datenverarbeitung, welche der Auftragsdatenverarbeiter durchführt als Verletzungshandlung in Betracht kommt und der Auftragsdatenverarbeiter als solcher Täter im Sinne des Deliktsrechts ist. Täter ist derjenige, dem die Verletzungshandlung vorzuwerfen ist. Aufgrund der organisatorischen Einbeziehung der Datenverarbeitung in die Verantwortung der speichernden Stelle ist dieser jedenfalls nicht verantwortlich für eine rechtswidrige Datenverarbeitung, sofern diese mit den Weisungen übereinstimmt. Anders ist es, wenn der Auftragsdatenverarbeiter von den Weisungen abweicht und wie eine eigenständige speichernde Stelle agiert. Dann ist er sowohl gegenüber dem Auftraggeber im Wege der positiven Forderungsverletzung haftbar, weil er seine Verpflichtung verletzt hat nur im Rahmen der Weisungen zu handeln. Das gilt auch, wenn der Auftragsdatenverarbeiter als Auftraggeber im Sinne des § 32 Abs. 2 BDSG Auftraggeber eines Subunternehmers wird und er dabei die Verpflichtung verletzt den Subunternehmer, sorgfältig auszuwählen und an die Vorgaben der speichernden Stelle zu binden.

Dennoch ergibt sich aus dem Verständnis der Datenverarbeitung als Prozess der speichernden Stelle deren Verantwortlichkeit. Hätte die speichernde Stelle die Datenverarbeitung nicht dem Auftragnehmer zur Durchführung übergeben, dann wäre sie auch selbst für eine rechtswidrige Datenverarbeitung verantwortlich. Da die Auftragsdatenverarbeitung die Datenverarbeitung

⁵²³ Siehe Teil 4 B.I.3.a. und B.II.1.b.

weiterhin so behandelt als würde sie von der speichernden Stelle selbst durchgeführt, darf sich insofern keine Reduzierung der Haftung ergeben.

Zudem ist der Auftragsdatenverarbeiter gegenüber dem Betroffenen aus den Gegenrechten gem. § 4 BDSG 1977 zur Auskunft, Berichtigung, Sperrung und Löschung der personenbezogenen Daten und im Rahmen der Störerhaftung auf der Grundlage des quasinegatorischen Unterlassungsanspruch zur Unterlassung der eigenständigen Datenverarbeitung verpflichtet.

III. Zwischenergebnis

Betrachtet man die nicht schlüssige Regelung einer Schadensersatzhaftung in Kombination mit den sonstigen organisatorischen Konsequenzen der Auftragsdatenverarbeitungsregelungen des BDSG 1977 ergibt sich, dass die Regelungen in organisatorischer Hinsicht vielfache Rechtsfolgen für die Aufrechterhaltung der Kontrolle des Betroffenen und für die Bewahrung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bewirken. Der Schwerpunkt der rechtsdogmatischen Wirkung liegt daher in der Prävention und weniger in einem Ausgleich von Schäden. Die Prävention liegt im Aufbau von Verkehrssicherungs- und Organisationspflichten und der Bewahrung von Transparenz der Datenverarbeitung sowie konkreter Gegenrechte, die den Konsequenzen nicht gewollter Auswüchse der integrierten Datenverarbeitung entgegenwirken.

C. Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 1990

Anstelle der ausgebreiteten Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 1977 enthält das BDSG 1990 in § 11 eine zentrale Regelung. § 11 BDSG 1990 entspricht den §§ 8, 22 und 31 BDSG 1977 und erweitert deren Regelungsgehalt.

I. Regelungssystematik und inhaltliche Ausgestaltung

Systematisch folgt § 11 BDSG 1977 dem Klammerprinzip. Der Gesetzgeber hat die allgemeinen rechtlichen Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung in eine Regelung überführt und diese in den ersten Abschnitt des BDSG unter den allgemeinen Bestimmungen vorangestellt. Die Vorschrift gilt demnach für die Datenverarbeitung öffentlicher Stellen des Bundes, deren Verarbeitung im zweiten Abschnitt des BDSG 1990 geregelt ist wie auch für die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen einschließlich öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen nach den Vorschriften des dritten Abschnitts des BDSG 1990.

1. Vereinheitlichung der Regelung bei innerer Beibehaltung der Trennung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich

§ 11 BDSG 1990 ist im Wesentlichen inhaltsgleich mit den Vorschriften über die Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 1977. Er vereinigt die dort für den öffentlichen und den nicht-öffentlichen Bereich vorgesehenen Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung in einer Norm und führt das Organisationsprinzip, wonach die Verantwortlich bei dem Auftraggeber verbleibt als allgemeines Merkmal der Auftragsdatenverarbeitung fort. Nach der Gesetzesbegründung dient die Zusammenführung der Übersichtlichkeit und dem besseren Verständnis des Gesetzes.⁵²⁴

Gemäß § 11 Abs. 1 BDSG 1990 ist der Auftraggeber für die Einhaltung der Vorschriften des BDSG 1990 sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz verantwortlich. Der Wortlaut des § 11 Abs. 1 BDSG 1990 ist eindeutiger formuliert als zuvor, da er ausdrücklich bestimmt, dass „*der Auftraggeber für die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz verantwortlich*“ ist.

Zudem stellt Satz 2 klar, dass die Betroffenenrechte im Sinne von § 6 BDSG 1990 und die Schadensersatzansprüche in §§ 7 und 8 BDSG 1990 unmittelbar gegen den Auftraggeber geltend zu machen sind. Dies ergab sich im BDSG 1977 nicht unmittelbar aus den § 8, 22 und 31.

Die Regelung über den Anwendungsbereich in § 7 BDSG 1977 für öffentlich-rechtliche Stellen wurde inhaltsgleich in § 12 BDSG 1990 überführt. Er bewirkt weiterhin die Aufrechterhaltung der Trennung zwischen den Verwaltungskompetenzen des Bundes und der Länder gemäß Art. 83, 84 und 85 GG sowie zwischen den jeweiligen Gesetzgebungskompetenzen gemäß Art. 70 bis 74 GG (§ 12 Abs. 2 BDSG 1990). § 12 Abs. 2 BDSG 1990 sieht vor, dass das BDSG 1990 anwendbar ist, sofern der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist und die öffentlichen Stellen der Länder Bundesrecht ausführen und nicht als öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen oder als Rechtspflegeorgane tätig werden und keine Verwaltungsangelegenheiten betroffen sind. Die im BDSG 1977 vorgesehene Trennung der Datenverarbeitung von Ländern und Bund wird

⁵²⁴ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, BT-Drs. 11/4306, 42.

konsequent fortgeführt, so dass auch das Rechtsstaatsprinzip, Bundesstaatsprinzip und die vertikale und horizontale Gewaltenteilung trotz Integration geschützt werden.

Sofern die öffentliche Stelle ein öffentlich-rechtliches Wettbewerbsunternehmen ist, sehen § 12 Abs. 1 und § 12 Abs. 2 BDSG 1990 die aus § 7 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 BDSG 1977 bekannte Ausnahme von der Anwendbarkeit der materiellen Datenschutzvorschriften für öffentliche Stellen vor. Die §§ 13 bis 17 BDSG 1990 sind auf solche Stellen nicht anwendbar. Für sie gelten somit die für nicht-öffentliche Stellen anwendbaren materiellen Vorschriften des dritten Abschnittes (§§ 27 bis 38 BDSG 1990), wobei aber gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 BDSG 1990 die Vorschriften über die Durchführung der Datenverarbeitung gemäß § 18 BDSG 1990 und die Kontrollvorschriften gemäß § 21, 24 bis 26 BDSG 1990 anwendbar bleiben und die Kontrollvorschriften aus § 38 BDSG 1990 abbedungen werden. Somit wird das Regelungskonzept des BDSG 1977 fortgesetzt.

§ 27 BDSG 1990 sieht die dem § 12 BDSG 1990 entsprechende Regelung für die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 BDSG 1990) und öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 BDSG 1990) vor. Dabei unterscheidet § 27 Abs. 1 Nr. 2 BDSG 1990 in a) Wettbewerbsunternehmen des Bundes und b) Wettbewerbsunternehmen der Länder und nimmt wie bereits erörtert öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen des Bundes von den Kontrollvorschriften des § 38 BDSG 1990 aus und sieht die Anwendung der Vorschriften §§ 18, 21 und 24 bis 26 BDSG 1990 vor. Die Vorschriften des BDSG 1990 sind auf Wettbewerbsunternehmen der Länder nur dann anwendbar, wenn sie Bundesrecht ausführen und der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist.

2. Aufnahme des Terminus „Nutzen“

Als weiterer Schutzbereich ist die Datennutzung parallel in das BDSG 1990 hinzugekommen.⁵²⁵ Der Gesetzgeber nahm den Begriff des „Nutzens“ in die Zulässigkeitsvorschriften (§ 4 BDSG 1990) parallel zu dem Begriff der Verarbeitung auf und fügte eine Definition in § 3 Abs. 6 BDSG 1990 ein.

Nutzen in diesem Sinne ist jede zweckgerichtete Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung handelt. Der Begriff war zwar schon vorher in § 5 Abs. 1 BDSG 1977 im Zusammenhang mit dem Datengeheimnis und in § 14 Abs. 2 S. 3 BDSG 1977 zum

⁵²⁵ Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 3 Rdnr. 43.

Ausdruck eines Verbots der Verwendung der Daten nach deren Sperrung als Folge der Betroffenenrechte vorhanden. Auch dort hatte er einen weiteren Bedeutungsgehalt als der Verarbeitungsbegriff. Der Begriff war im BDSG 1977 jedoch nicht in den Begriffsbestimmungen definiert und lediglich in den beiden genannten Regelungen vorhanden. Nunmehr hat er eine generelle Bedeutsamkeit als neben der Datenverarbeitung bestehende Schutzkategorie. Jede Verwendung der Daten ist ein Nutzen, soweit sie zweckgerichtet und nicht Verarbeitung ist. So soll die Veröffentlichung oder ein Abgleich von Daten aus unterschiedlichen Beständen eine Datennutzung sein.⁵²⁶ Gleiches gilt bei einer Übergabe innerhalb der speichernden Stelle oder der Übergabe an einen Auftragsdatenverarbeiter, was insbesondere einleuchtet nach der Feststellung, dass der Auftragsdatenverarbeiter kein Dritter ist und die von ihm durchgeführte Datenverarbeitung ein Prozess des Auftraggebers bleibt. Durch die Aufnahme als weitere Schutzkategorie wurde vermieden, dass der Terminus des Nutzens nicht nach den Merkmalen der Datenverarbeitung ausgelegt wird, was eine Einengung seines Bedeutungsgehalts bewirkt hätte. Durch die parallele Schutzkategorie wurde der Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes ausgeweitet und der Schutz der Betroffenen erweitert.

3. Konkretisierung der Auftraggeberpflichten

Die Pflichten des Auftraggebers werden über § 11 Abs. 2 BDSG 1990 im Zusammenhang mit § 9 BDSG 1990 weiter konkretisiert. Der Auftragnehmer ist unter „*besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen sorgfältig auszuwählen*“. Während diese Formulierung bereits in den Vorschriften zur Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 1977 vorhanden war, sind die technischen und organisatorischen Maßnahmen in der Anlage zu § 9 BDSG 1990 teilweise strenger ausgestaltet worden als unter § 6 BDSG 1977. Die gemäß Anlage zu § 6 Abs. 1 S. 1 BDSG 1977 vorgesehene Abgangskontrolle wurde in der Anlage zu § 9 BDSG 1990 durch eine Datenträgerkontrolle ersetzt. Innerhalb der Transportkontrolle wurde neben dem Schutz vor unbefugtem Lesen, Verändern und Löschung auch der Schutz vor unbefugtem Kopieren aufgenommen. Im Gegensatz zum BDSG 1977 muss die Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG 1990 mit den einzelnen technischen und organisatorischen Vorgaben schriftlich festgelegt werden. Im öffentlichen Bereich kann der Auftrag durch die jeweilige Fachaufsichtsbehörde erteilt werden. Die Absprache muss einerseits Art, Gegenstand und Umfang der durchzuführenden Datenverarbeitung und

⁵²⁶ Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 3 Rdnr. 43

Nutzung enthalten sowie die einzelnen technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Datensicherheit. Ebenfalls neu hinzugekommen ist das Erfordernis eventuelle Unterauftragsverhältnisse schriftlich festzulegen. Die Neuerungen bewirken einerseits eine höhere Transparenz der Datenverarbeitung und Datennutzung, so dass sie den Schutz der Betroffenenbelange dienen. Zudem verhindern die technischen und organisatorischen Maßnahmen als Datensicherheitsmaßnahmen eine unkontrollierte faktische Integration, die gerade die horizontalen und vertikalen Zuständigkeitsgrenzen aufweichen würde. Mittelbar dienen die technischen und organisatorischen damit dem Schutz des Rechtsstaatsprinzips, da durch die Bewahrung der Zuständigkeiten die Gewaltenteilung bewahrt wird. Darüber hinaus wird sichergestellt, dass die formal jeweils zuständige Stelle innerhalb ihrer Sachzuständigkeit und Expertise entscheidet und keine Erwägungen in ihre Entscheidungen integriert, die grundsätzlich einem Sachbereich zuzuordnen sind. Genauso schützen die technischen und organisatorischen Maßnahmen das Demokratieprinzip, da sie eine Anhäufung von oder einen unkontrollierten Zugriff auf Daten bei bzw. durch nicht nichtzuständige Stellen verhindern. Hierdurch wird vorgebeugt, dass das Volk in seiner Funktion als Kontrolleur der Staatsgewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG geschützt wird.

4. Konkretisierung der Auftragnehmerpflichten

Gemäß § 11 Abs. 3 BDSG 1990 darf der Auftragnehmer die Daten wie auch zuvor nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers verarbeiten nutzen.

§ 11 Abs. 4 BDSG 1990 fasst nach der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf die für den Auftragnehmer anzuwendenden Vorschriften des BDSG zusammen. Während diese im BDSG 1977 in § 8 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 und 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 sowie Sätze 2 und 3 verstreut waren, ist nun an zentraler Stelle geregelt, welche Vorschriften unmittelbar auf den Auftragnehmer anwendbar sind. Die materiellen Vorschriften des BDSG, also diejenigen, die über die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung- und Nutzung sowie Gegenrechte der Betroffenen entscheiden, bleiben ausschließlich auf die speichernde Stelle anwendbar. Für den Auftragsdatenverarbeiter gelten danach die Vorschriften über das Datengeheimnis (§ 5 BDSG 1990) und die Datensicherheitsmaßnahmen (§ 9 BDSG 1990). Bereits das BDSG 1977 bestimmte unmittelbar die Verpflichtung des Auftragsdatenverarbeiters in § 5, das Datengeheimnis zu wahren und in § 6 die Umsetzung adäquater Datensicherheitsmaßnahmen. § 11 Abs. 4 BDSG 1990 stellt diese Pflichten somit lediglich deklaratorisch klar.

Zudem gelten die Strafvorschriften gem. § 43 BDSG 1990 mit Ausnahme von § 43 Abs. 2 BDSG 1990, der ausschließlich für die speichernde Stelle gilt. Das gilt auch für die Bußgeldvorschriften des § 44 BDSG 1990. Sowohl in § 43 Abs. 2 wie auch in § 44 BDSG 1990 wurden Vorschriften ausgenommen, die gerade für die materielle Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung virulent sind und daher die speichernde Stelle betreffen, aber nicht den Auftragsdatenverarbeiter.

Wie zuvor im BDSG 1977 ist der Auftragsdatenverarbeiter gem. § 11 Abs. 3 BDSG 1990 streng an die Weisungen des Auftraggebers gebunden. Außerhalb dieser Weisungen darf er nicht tätig werden. Ausdrücklich ist hinzugekommen, dass der Auftragsdatenverarbeiter verpflichtet ist, den Auftraggeber unverzüglich auf die Rechtswidrigkeiten von Weisungen hinzuweisen. Befolgt er die Weisung aber nach Erteilung des Hinweises so liegt die Verantwortung weiterhin bei dem Auftraggeber. Im Falle einer offensichtlich rechtswidrigen Weisung, darf der Auftragsdatenverarbeiter die auf der Weisung beruhende Datenverarbeitung bzw. Nutzung ablehnen, um zu verhindern, dass er sich gegebenenfalls wegen Beihilfe strafbar macht oder Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sieht.

Die Vorschrift weist der verantwortlichen Stelle damit weiterhin die Datenverarbeitung-/Nutzung organisatorisch zu. Gleichzeitig sieht sie organisatorische Pflichten des Auftragsdatenverarbeiter vor, um Risiken zu beheben oder wenigstens zu reduzieren, die sich dadurch ergeben, dass die Verarbeitung bzw. Nutzung nicht unmittelbar bei der verantwortlichen Stelle stattfindet.

5. Die Ausgestaltung der Datenschutzkontrolle: Differenzierung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich

§ 11 Abs. 4 BDSG 1990 bestimmt weiterhin die für den Auftragsdatenverarbeiter geltenden Kontroll- und Aufsichtsvorschriften und unterscheidet dabei zwischen den in Nr. 1 a) geregelten öffentlichen Stellen, den in Nr. 1 b) geregelten nicht-öffentlichen Stellen, bei denen der öffentlichen Hand die Mehrheit der Anteile gehört oder die Mehrheit der Stimmen zusteht und der Auftraggeber eine öffentliche Stelle ist, sowie den in Nr. 2 vorgesehenen übrigen nicht-öffentlichen Stellen.

Systematisch setzt die Regelung das Klammerprinzip um, indem sie die entsprechenden Vorschriften des DDDSG 1977 in § 8 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 und 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 zusammenfasst.

a. Öffentliche und öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen

Für öffentliche Stellen und öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen gelten gemäß § 11 Abs. 4 Nr. 1 die Durchführungsregelungen des § 18 BDSG 1990 sowie die Kontrollvorschriften gemäß §§ 24 bis 26 BDSG 1990.

aa. Durchführung des Datenschutzes gemäß § 18 BDSG 1990

§ 18 BDSG 1990 entspricht dem bisherigen § 15 BDSG 1977. Er richtet sich wie zuvor ausschließlich an den öffentlichen Bereich des Bundes, so dass für Auftragsdatenverarbeiter auf Landesebene die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen gelten. § 18 Abs. 1 BDSG 1990 verpflichtet über § 11 Abs. 4 Nr. 1 BDSG 1990 die Auftragsdatenverarbeiter zu einer rechtskonformen Umsetzung der auf sie anwendbaren Vorschriften des Datenschutzrechts und damit der Vorschriften, welche in § 11 Abs. 4 BDSG 1990 gelisteten Regelungen sowie die Vorgabe weisungsgebunden tätig zu werden. § 18 Abs. 1 BDSG 1990 hat insofern keine eigenständige Bedeutung, da diese Verpflichtung sowieso aus § 11 BDSG 1990 folgt. Die tatsächliche Relevanz von § 18 Abs. 1 BDSG 1990 ergibt sich daher im Zusammenhang mit § 18 Abs. 2 BDSG 1990. Daraus ergeben sich konkrete Anforderungen an ein durch den Auftragsdatenverarbeiter zu führendes Verzeichnis für die eingesetzten Datenverarbeitungsanlagen. Die Auftragsdatenverarbeiter müssen die Bezeichnung und Art der Dateien, die Zweckbestimmung, die Art der gespeicherten Daten, den betroffenen Personenkreis, die Art der regelmäßig zu übermittelnden Daten und deren Empfänger, die Regelfristen für die Löschung der Daten, zugriffsberechtigte Personengruppen oder Personen, die allein zugriffsberechtigt sind, schriftlich festlegen. Zudem müssen Auftragsdatenverarbeiter die ordnungsgemäße Anwendung der verwendeten Datenverarbeitungsprogramme sicherstellen und überwachen. Beachtlich ist, dass ein derartiges Verfahrensverzeichnis nicht für Dateien zu führen ist, die nur vorübergehend gehalten werden und innerhalb von drei Monaten gelöscht werden.

Die Regelung enthält Organisationsregelungen für die öffentliche Verwaltung und öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen. Da sie ausschließlich auf Stellen des Bundes anwendbar ist, bleiben die landesrechtlichen Vorschriften gewahrt. So wird einerseits die horizontale wie auch die vertikale Gewaltenteilung gewahrt. Gleichzeitig bewirkt § 18 Abs. 3 BDSG 1990, dass das BDSG einen Ausgleich zwischen dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung sowie der Strukturprinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung verfolgt. Datenverarbeitung von geringer Dauer werden privilegiert, um die Bewältigung der Informationskrise zu fördern bei

einem relativ geringeren Schutz durch Abbedingung der Organisationsanforderungen nach § 18 Abs. 2 S. 2 BDSG 1990.

bb. Kontrolle durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz gemäß § 24 BDSG 1990

Wie bereits im BDSG 1977 in § 31 Abs. 1 S. 2 vorgesehen, unterliegen öffentlich-rechtliche Auftragnehmer gem. § 11 Abs. 4 Nr. 1 a) und b) BDSG 1990 der Kontrolle durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz bzw. den landesrechtlichen Kontrollvorschriften. § 24 Abs. 1 BDSG 1990 weist wie zuvor § 19 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BDSG 1977 dem Bundesbeauftragten die grundsätzliche Kontrollkompetenz zu.⁵²⁷ § 24 Abs. 1 S. 2 BDSG 1990 erweitert die Kontrollkompetenz des Bundesbeauftragten durch eine Anlasskontrolle hinsichtlich Datenverarbeitung und Nutzungen personenbezogener Daten in Akten. Zu diesem Zweck wurde in § 3 Abs. 3 BDSG 1990 eine sehr weite Definition für den Begriff der „Akte“ aufgenommen. Grund für die Anlasskontrolle war das Bestreben, die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen zu stärken. Die Möglichkeiten von verantwortlichen Stellen wie auch von Auftragnehmern, die Datenverarbeitung bzw. Nutzung außerhalb von Dateien zu betreiben und so einer Kontrolle durch den Bundesbeauftragten zu entgehen, sollten eingeschränkt werden. Gleichzeitig sollte der Bundesbeauftragte nicht zu einem umfassenden Kontrollorgan gemacht werden.⁵²⁸ Die Datenverarbeitung und Nutzung in Akten weisen ein im Vergleich zu Dateien reduziertes Gefährdungspotential auf, da die Integration der Datenverarbeitung nicht automatisiert erfolgt. Denkbar war zudem lediglich eine indirekte Integration, also eine solche, die manuelle Schritte wie dem Austausch eines Datenträgers zwischen verantwortlichen Stellen oder auch einer verantwortlichen Stelle und einem Auftragsdatenverarbeiter bedarf, um einen Verarbeitungsprozess durchzuführen. Ist eine Datenverarbeitung/-nutzung in bzw. aus Akten vorgesehen, so sind auch die Schritte einer stellenexternen Zugänglichmachung stets mit einer indirekten Integration verbunden. Vor diesem Hintergrund erschien eine anlassbezogene Überprüfung nicht nur ausreichend. Vielmehr entspricht sie auch dem Bestreben, nicht übermäßig in die Kompetenzen und die Arbeitsabläufe der jeweiligen Stellen bzw. Auftragnehmer durch eventuelle Kontrollmaßnahmen des Bundesbeauftragten einzugreifen. Die Vorschrift lässt zudem

⁵²⁷ Siehe hierzu Teil 4 B.I.1.

⁵²⁸ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, BT-Drs. 11/4306, 48.

Raum für die Anwendung der landesrechtlichen Kontrollvorschriften und bewahrt daher Bundes- sowie Landeszuständigkeiten und die vertikale Gewaltenteilung.

b. Nicht-öffentliche Stellen

Nicht-öffentliche Stellen, die als Auftragnehmer tätig werden und auch keine öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsunternehmen sind, fallen unter § 11 Abs. 4 Nr. 2 BDSG. Hier wurde § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG 1977 weitestgehend wörtlich übernommen, so dass es sich um einen der drei in § 31 Abs. 1 BDSG 1977 erfassten Normadressaten handelt, die geschäftsmäßig Daten für fremde Zwecke verarbeiten. Weil von der Verarbeitung dieser Auftragnehmer eine besondere Gefährdung auszugehen vermag, unterliegen sie zusätzlichen Regelungen. Als Datenverarbeitungs-Dienstleistungsunternehmen unterliegen sie ausdrücklich der Meldepflicht gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde gemäß § 32 Abs. 1 BDSG 1990 sowie der Verpflichtung zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten gemäß § 36 BDSG 1990, zur Unterwerfung unter dessen Kontrolle gem. § 37 BDSG 1990 sowie der Kontrolle der Aufsichtsbehörde gem. § 38 BDSG 1990. Wie auch zuvor gem. §§ 31 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BDSG 1977 gilt auch das Meldeerfordernis in § 32 BDSG 1990 und die Eintragungspflicht in das öffentlich geführte Datenverarbeitungsregister für den Auftragnehmer, um die Transparenz und die Kontrollierbarkeit der Datenverarbeitung für die Betroffenen und die Aufsichtsbehörde offenbar zu machen. Die Betroffenen konnten daher ihre Gegenrechte einfacher geltend machen und die Aufsichtsbehörde wurde in die Lage versetzt, die entsprechenden Auftragnehmer zu überwachen. Somit dienen die Regelungen gerade dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung, welcher somit konsequenter als zuvor umgesetzt wurde.

Wie auch im BDSG 1977 (§§ 40, 30 BDSG 1977) sieht § 38 BDSG 1990 ein Prüfungsrecht der Aufsichtsbehörde vor. Die Aufsichtsbehörde prüft die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht gemäß § 5 BDSG 1990, die Anwendung ordnungsgemäßer technischer und organisatorischer Maßnahmen gemäß § 9 BDSG 1990 und ahndet Verstöße hiergegen gemäß § 43 Abs. 1, Abs. 3 und 4 sowie § 44 Abs. 1 Nr. 2, 5, 6 und 7 sowie Abs. 2 BDSG 1990.

Als zusätzliche Maßnahme zur Sicherstellung adäquater Datensicherheitsmaßnahmen im Sinne von § 9 BDSG 1990 darf die Aufsichtsbehörde unmittelbar Anordnungen treffen, um sicherzustellen, dass die Auftragnehmer die auf sie anwendbaren Datenschutzvorschriften ordnungsgemäß umsetzen. Bei schwerwiegenden Verstößen steht der Aufsichtsbehörde darüber hinaus das Recht zu, einzelne Verarbeitungsverfahren zu untersagen oder die Abberufung des Datenschutzbeauftragten zu verlangen, wenn er die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen

Fachkunde und Zuverlässigkeit nicht besitzt. Sofern sich die Verstöße aus dem Auftrag seitens der speichernden Stelle ergeben, ergehen die Anordnungen der Aufsichtsbehörde dieser gegenüber. Das ist dann der Fall, wenn der Auftragnehmer die auf ihn anwendbaren datenschutzrechtlichen Bestimmungen einhält und sich insbesondere strikt an die Weisungen der speichernden Stelle hält, die Datenverarbeitung aber gegen die auf die speichernde Stelle anzuwendenden Vorschriften verstößt.

II. Betroffenenschutz durch Schadensersatz

Das BDSG 1990 enthält neben den Betroffenenrechten des § 6 auf Auskunft, Berichtigung, Löschung und Sperrung und im Unterschied zum BDSG 1977 selbst Schadensersatzregelungen. Über den Verweis von § 11 Abs. 1 S. 2 BDSG 1990 auf die §§ 6 bis 8 BDSG 1990 sind Schadensersatzansprüche gegenüber der speichernden Stelle geltend zu machen. Damit scheint klargestellt zu sein, dass selbst dann, wenn der Auftragsdatenverarbeiter eine unzulässige oder unrichtige automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten vornimmt, die speichernde Stelle haftet. Hier scheint zunächst eine Abkehr von dem bisherigen Ansatz erfolgt zu sein. Der Ansatz würde bestätigen, dass die Datenverarbeitung über den rein organisatorischen Ansatz aus Präventionssicht hinaus der speichernden Stelle zugerechnet wird und einer Garantiehafung gleichkommt.

§ 7 BDSG 1990 sieht die Schadensersatzansprüche des Betroffenen gegenüber öffentlichen Stellen vor. § 8 BDSG 1990 enthält eine Regelung für Schadensersatzansprüche gegenüber nicht-öffentlichen Stellen. Während im BDSG 1977 das Haftungsregime bewusst offengelassen wurde, die Regelungen des deliktischen Haftungsrechts herangezogen wurden und das Verschuldenserfordernis unklar war⁵²⁹, sehen die Vorschriften der §§ 7 und 8 BDSG 1990 selbst die anwendbaren Regelungen vor.

§ 7 Abs. 1 BDSG 1990 enthält eine umfassende Gefährdungshaftung öffentlich-rechtlicher Stellen. Gemäß dem Wortlaut ist erforderlich, dass die öffentliche Stelle dem Betroffenen durch eine nach den Vorschriften des BDSG oder einer anderen Vorschrift des Datenschutzes unzulässige oder unrichtige automatisierte Verarbeitung seiner Daten einen Schaden zufügt. Dies erscheint nach dem Wortlaut fraglich, wenn nicht die öffentliche Stelle, sondern ein Auftragsdatenverarbeiter die unzulässige bzw. unrichtige automatisierte Verarbeitung vornimmt. Über den Wortlaut hilft jedoch

⁵²⁹ Siehe Teil 4 B.II.1.b.bb.

gerade § 11 Abs. 1 BDSG 1990 und der bekannte Rückschluss aus § 3 Abs. 9 BDSG 1990 hinweg. Die Datenverarbeitung des Auftragsdatenverarbeiters ist gleichzusetzen mit derjenigen der speichernden Stelle. Zudem handelt es sich gerade um eine verschuldensunabhängige Haftung. Das Schuldnerfordernis ist in § 7 BDSG 1990 im Bereich der Schadensersatzhaftung der öffentlichen Stellen entfallen. Gleichzeitig sind die Ansprüche gemäß § 7 Abs. 3 BDSG der Höhe nach begrenzt, um eine unangemessene Schadensersatzverpflichtung zu vermeiden, die gerade in Fällen der Gefährdungshaftung entstehen kann. Ansonsten würde das Haftungsrisiko unkalkulierbar und die Nutzung moderner Datenverarbeitungsmedien unzumutbar. Dies würde dem Interesse widersprechen, die Informationskrise zu deeskalieren. Der vom BDSG angestrebte Ausgleich zwischen dem Interesse an einer funktionierenden Datenverarbeitung und der Bewahrung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, den Grundrechten der Betroffenen sowie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht würde eingeschränkt.

Parallel zu § 7 BDSG 1990 sind gem. § 7 Abs. 6, 7 BDSG 1990 die allgemeinen Haftungsvorschriften anwendbar. Hierdurch wird sichergestellt, dass die in § 7 (3) BDSG 1990 vorgesehenen Haftungshöchstbeträge nicht abschließend gelten und im Falle von höheren Schäden ein Ausgleich erfolgen kann. Problematisch ist dann jedoch wiederum die erforderliche Beweisführung wie bereits unter dem BDSG 1977.⁵³⁰ Für Verstöße, welche durch den Auftragsdatenverarbeiter begangen werden, ist fraglich inwiefern diese der speichernden Stellen zurechenbar sind. Hierfür gelten einerseits die Ausführungen wie bereits zum BDSG 1977. Im Bereich nicht-hoheitlicher Datenverarbeitung kann der Auftragsdatenverarbeiter Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB sein, so dass dessen Verschulden im Rahmen der vertraglichen Haftung der speichernden Stelle zuzurechnen ist. Außerhalb vertraglicher Rechtsbeziehungen ergibt sich einerseits die deliktsrechtliche Haftung aus § 831 Abs. 1 BGB, wenn der Auftragsdatenverarbeiter die Datenverarbeitung als Verrichtungsgehilfe unter Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften durchgeführt hat und die speichernde Stelle sich nicht exkulpieren kann. Während die Exkulpation gem. § 831 Abs. 1 BGB voraussetzt, dass der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und bei der eventuellen Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften sowie bei der Anleitung der Verrichtung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet oder der Schaden auch entstanden wäre, wenn der Geschäftsherr die notwendige Sorgfalt beachtet hätte, werden die Anforderungen an die Exkulpation durch § 11 BDSG 1990 konkretisiert. Der Auftraggeber muss die vorgesehenen Anforderungen einhalten, um

⁵³⁰ Siehe hierzu Teil 4 B.II.1.b.aa. und B.II.1.b.bb..

sich erfolgreich exkulpieren zu können. Erfolgt die Auftragsdatenverarbeitung im Rahmen hoheitlicher Tätigkeit so ergibt sich die Haftung im Wege der Amtshaftpflichtverletzung gem. Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB. Aufgrund des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs in Art. 34 GG ist der Auftragsdatenverarbeiter als Beamter in diesem Sinne anzusehen.

Im Unterschied zu § 7 BDSG 1990 für den öffentlichen Bereich sieht § 8 BDSG 1990 für den nicht-öffentlichen Bereich lediglich eine Beweislastumkehr vor. Es handelt sich also nicht um eine Anspruchsgrundlage. Die Haftung erfolgt weiterhin wie auch im BDSG 1977 nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Haftungsregelungen. Nach dem Wortlaut enthält die Regelung eine Beweislastumkehr für die haftungsausfüllende Kausalität. Der Betroffene wäre verpflichtet, alle objektiven und subjektiven Umstände zu beweisen, die seinen Anspruch begründen mit Ausnahme der Kausalität zwischen Rechtsgutverletzung und Schaden. Gerade der Umstand, dass der Betroffene grundsätzlich nicht in der Lage sein dürfte, die Vorgänge der automatisierten Datenverarbeitung nachzuvollziehen, spricht aber gegen eine Reduzierung der Beweislast auf die haftungsausfüllende Kausalität. Daher wird die Norm so auszulegen sein, dass die Beweislastumkehr für die Verletzungshandlung, das Verschulden und auch die haftungsausfüllende Kausalität gilt.⁵³¹ Beachtlich ist, dass für die Schadensersatzhaftung der nicht-öffentlichen Stellen im Unterschied zur Haftung aus § 7 BDSG 1990 für öffentliche Stellen das Verschuldensprinzip gilt und der speichernden Stelle die Möglichkeit geschaffen wird, den Beweis zu erbringen, dass sie die Verletzung datenschutzrechtlicher Vorschriften nicht zu vertreten hat. Nach dem Grundsatz des Organisationsverschuldens trägt die speichernde Stelle wie im Falle von Verkehrssicherungspflichten die Verantwortung für eine rechtskonforme Datenverarbeitung. Sie muss daher für eine ordnungsgemäße Organisation einschließlich konstanter Überwachung und Prüfung der Datenverarbeitung sorgen. Nur wenn die speichernde Stelle diese Pflicht verletzt, soll sie haften. Dabei kommt dem Betroffenen aber die Beweislastverteilung zugute.

III. Zwischenergebnis

§ 11 Abs. 1 S. 2 BDSG 1990 bestimmt ausdrücklich, dass die Betroffenenrechte auf Auskunft, Löschung, Berichtigung und Schadensersatz unmittelbar gegenüber dem Auftraggeber geltend zu machen sind. Zudem darf der Auftragnehmer die Datenverarbeitung ausschließlich innerhalb der Weisungen der speichernden Stelle durchführen (§ 11 Abs. 3 BDSG 1990).

⁵³¹ Auernhammer, BDSG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 3.

Wie zuvor im BDSG 1977 folgt daraus, dass durch die integrierte Datenverarbeitung wie sie im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung genutzt wird, keine Änderung der Zuständigkeiten und Verantwortlichkeit ergibt. Die im Rahmen des BDSG 1990 erfolgten Änderungen behalten somit ihre Relevanz als Organisations- und Verkehrssicherungsvorschriften.

Im Bereich der öffentlichen speichernden Stellen bleiben so die verfassungsrechtlich vorgesehenen Strukturprinzipien und deren einfachrechtlichen Umsetzung gewahrt. Auch die für die Bewahrung der Grundrechte notwendige Transparenz und Selbstbestimmung werden weiterhin geschützt und die anderweitig verfassungsrechtlich und einfach-organisationsrechtlich vorgesehenen Zuständigkeiten bewahrt. Durch die Anwendbarkeit von § 11 BDSG 1990 im nicht-öffentlichen Bereich führt die Regelung wie bereits zuvor im BDSG 1977 zu der Zurechenbarkeit der Datenverarbeitung zu der speichernden Stelle. Der Auftragsdatenverarbeiter ist weiterhin nicht Dritter (§ 3 Abs. 9 BDSG 1990).

Wie auch die Vorschriften im BDSG 1977 wird die Verarbeitung aus prozessorientierter Sicht der speichernden Stelle zugerechnet, so dass fingiert wird, dass die speichernde Stelle selbst die Verarbeitung durchführt. Die Vorschrift enthält daher weiterhin keine Regelung der Erfüllungsgehilfenschaft noch eines Verrichtungsgehilfen und sie sieht weiterhin keine Anspruchsgrundlage vor. Lediglich für die Zwecke der Schadensersatzhaftung ist die Einordnung als Erfüllungsgehilfe oder Verrichtungsgehilfe weiterhin bedeutsam. Mit Ausnahme von § 7 BDSG 1990 ist sie über die Anwendbarkeit der allgemeinen Haftungsregelungen für die Bestimmung der Verletzungshandlung und des Verschuldens relevant.

Die Ausführungen zeigen, dass die rechtsdogmatische Einordnung der Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 1990 keine maßgebliche Änderung erfahren hat. Wie zuvor im BDSG 1977 sind die Vorschriften der Auftragsdatenverarbeitung Berufsausübungsvorschriften im nicht-öffentlichen Bereich, die Verkehrssicherungspflichten vorsehen und Datenverarbeitungsprozesse der speichernden Stelle zuordnen. Im öffentlichen Bereich handelt es sich um Organisationvorschriften, die eine Organisationsform der Datenverarbeitung vorsehen und als solche verhindern, dass durch die integrierte Datenverarbeitung die freiheitlich-demokratische Grundordnung verhindert werden. Zudem schützen die Vorschriften das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

D. Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 2001

Gegenüber dem BDSG 1990 enthielt das BDSG 2001 im Wesentlichen drei Änderungen.

I. Auftragsdatenverarbeitung nach Umsetzung der EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG im BDSG 2001

In Art. 2 Abs. 2 EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG⁵³² wurde der Begriff der „Verarbeitung personenbezogener Daten“ um die Phase der Erhebung ergänzt. Die daraufhin im BDSG 2001 erfolgende Umsetzung war zwar inkonsequent, führte aber zu einer Ausweitung des Datenschutzes.

Während § 3 Abs. 4 BDSG 2001 den Begriff der Verarbeitung als „Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten“ definierte und damit die Erhebung nicht einschloss, definierte das BDSG 2001 den Begriff der „automatisierten Verarbeitung“ als Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen“. Damit nahm das BDSG 2001 zwei unterschiedliche Verarbeitungsbegriffe auf.

Innerhalb der Definition blieb dabei offen, warum der Verarbeitungsbegriff im Falle der automatisierten Verarbeitung weiter ausgestaltet wurde als bei der sonstigen Verarbeitung. Der Begriff der Erhebung wird weiterhin in § 3 Abs. 3 BDSG 2001 wie bereits im BDSG 1990 in § 3 Abs. 3 BDSG 1990 gesondert definiert. Während die Erhebung im BDSG 1977 noch als untergeordnete Vorbereitungshandlung angesehen wurde, steht seit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts fest, dass gerade die Erhebung aus Sicht des Betroffenen besondere Bedeutsamkeit aufweist, da die Erhebung den prägnantesten Eingriff in den Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung aufweist und somit wie auch die Datenverarbeitung dem Gesetzesvorbehalt des § 4 BDSG unterstellt werden musste. Aufgrund der definitorischen Trennung von dem Begriff der Datenverarbeitung musste die Erhebung in allen auf die Datenverarbeitung abstellenden Regelungen gesondert genannt werden.

Daher musste auch in § 11 BDSG 2001 der Begriff der Erhebung gesondert genannt werden. In den vorherigen Fassungen des BDSG wurde davon ausgegangen, dass die Erhebung von untergeordneter Bedeutung war. Sie wurde als Vorbereitungshandlung wahrgenommen für die

⁵³² *Europäisches Parlament*, Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr

Tätigkeiten, die als Datenverarbeitung definiert waren, also das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten.

1. Erstreckung der Auftraggeber- und Auftragnehmerpflichten, Datenschutzkontrolle sowie Gegenrechte der Betroffenen

Mit der Aufnahme der Erhebung wurden die Pflichten der verantwortlichen Stelle wie auch des Auftragsdatenverarbeiters sowie die Kontrollmechanismen der jeweils zuständigen Behörden und Datenschutzbeauftragten auf die Tätigkeit erstreckt, die zuvor nur als untergeordnete Vorbereitungshandlung angesehen wurde. Hieraus ergibt sich zunächst, dass die Organisationspflichten der verantwortlichen Stelle und des Auftragsdatenverarbeiters wie auch die Kontrollpflichten und die Gegenrechte der Betroffenen ausgeweitet wurden. Die präventive Schutzwirkung von § 11 BDSG 2001 der informationellen Selbstbestimmung war damit erhöht wie auch die Eingriffswirkung in die Berufsausübungsfreiheit der betroffenen nicht-öffentlichen Stellen und die Organisationshoheit der öffentlichen Stellen.

2. Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und informationellen Selbstbestimmung

Die Einbeziehung der Datenerhebung hatte zudem Auswirkungen auf den Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Da die Regelung der Auftragsdatenverarbeitung nun bereits auf eine Phase anwendbar war, die der Datenverarbeitung vorgelagert war, entfaltete sich die strukturschützende Wirkung nun auch bereits früher mit der Folge, dass für die Datenerhebung die nach den allgemeinen Organisationsvorschriften zuständigen öffentlichen Stellen verantwortlich blieben. Die nach Maßgabe der technischen Integration erfolgende Datenerhebung durch einen anderen als den Verantwortlichen selbst bedeutete somit eine Rückbindung der Datenerhebung an den Verantwortlichen. Gleichzeitig hatten die Betroffenen einen klaren Ansprechpartner. Aufgrund der erhöhten Transparenz entstand für sie die Möglichkeit ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung verlässlicher ausüben zu können.

3. Erhöhte Organisations- und Verkehrssicherungspflichten durch technische und organisatorische Maßnahmen und Prüfpflichten

Als weitere Neuerung wurde in § 11 Abs. 2 S. 4 BDSG 2001 die ausdrückliche Verpflichtung aufgenommen, dass der Auftraggeber sich von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu überzeugen hat. Die Verpflichtung der sorgfältigen Auswahl unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von dem Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen im Sinne des § 9 BDSG 2001 i. V. m. der Anlage hierzu sowie der schriftlichen Festlegung der gesamten Datenverarbeitung waren bereits im BDSG 1991 vorgesehen. Quasi der Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber dem Verrichtungsgehilfen in § 831 BGB gleichgestellt, sollte sichergestellt werden, dass bei Durchführung der entsprechenden Aufgaben durch einen anderen, sich der Geschäftsherr zuvor von der Leistungsfähigkeit überzeugen müsse, indem er bestimmte Verkehrssicherungspflichten in Form von Organisationspflichten einhält, um die Gefahren der Datenverarbeitung weitestmöglich zu reduzieren bei gleichzeitiger Nutzungsmöglichkeit moderner Datenverarbeitungsmethoden. Der Zusatz in § 11 Abs. 4 S. 4 BDSG 2001 sollte nun diese Verkehrssicherungspflicht in Form der Organisationspflicht verstärken. Der Auftraggeber wurde verpflichtet, die bei dem Auftragnehmer vorhandenen technischen und organisatorischen Maßnahmen vor Auftragserteilung zu prüfen und danach ständig zu überwachen. So wurde die durch die Vorschriften der Auftragsdatenverarbeitung hergestellte verarbeitungsprozessuale Einbeziehung des Auftragnehmers in die Prozesse des Auftraggebers weiter verstärkt. Der Auftragnehmer hat dadurch weiterhin an organisatorischer Eigenständigkeit verloren.

Dies zeigt sich auch an der Aufnahme des § 11 Abs. 5 BDSG 2001, der vorsieht, dass § 11 Abs. 1-4 BDSG 2001 entsprechend gilt, wenn andere Stellen automatisierte Verfahren oder Datenverarbeitungsanlagen prüfen oder warten und dabei ein Zugriff auf personenbezogene Daten nicht ausgeschlossen werden kann. Der Auftragnehmer soll also selbst dann, wenn er gerade nicht mit der Datenverarbeitung selbst beauftragt ist und eine solche wohl auch nicht durchführt, prozessorganisatorisch dem Auftraggeber zugeordnet werden. Während bereits frühere Landesdatenschutzgesetze wie § 4 Abs. 4 HDSG, § 5 Abs. 4 SDSG und § 11 Abs. 4 DSG NW die Wartung bzw. Fernwartung bereits ähnliche Formulierungen enthielten, war die Einordnung in der Diskussion des BDSG 1990 umstritten.⁵³³ Wartung der Verfahren und Datenverarbeitungsanlagen

⁵³³ Gola/Schomerus/Klug, § 11 Rdnr. 14.

fällt zunächst nicht unter den Begriff der Datenverarbeitung und ist auch keine Erhebung oder Nutzung. Dennoch bestand die Gefahr einer Entfremdung der personenbezogenen Daten sowie deren Erhebung, Verarbeitung und Nutzung durch das Wartungsunternehmen. Daher war auch insofern eine organisatorische Anbindung des Wartungsunternehmens an die verantwortliche Stelle notwendig.

4. Neuordnung von Bußgeld- und Strafvorschriften

Gemäß § 11 Abs. 4 BDSG 2001 gelten für den Auftragnehmer weiterhin jedenfalls die Vorschriften über das Datengeheimnis gemäß § 5 BDSG 2001, über die technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß § 9 BDSG sowie die ausdrücklich genannten Bußgeld- und Strafvorschriften § 43 Abs. 1 Nr. 2, 10 und 11, Abs. 2 Nr. 1 bis 3 sowie § 44 BDSG 2001.

Auf Anregung des Bundesrates wurden diese im BDSG 2001 restrukturiert. Die bisherigen Strafvorschriften in § 43 BDSG 1990 wurden zusammen mit den Bußgeldvorschriften des § 44 BDSG 1990 in einen neuen § 43 BDSG 2001 mit weitestgehend unveränderten Tatbeständen in eine Ordnungswidrigkeitenregelung überführt. § 43 BDSG 1990 wurde zu § 43 Abs. 2 BDSG 2001 und mit der Überführung in Ordnungswidrigkeitentatbestände privilegiert. Es wurde davon ausgegangen, dass „*im Hinblick auf die Vielzahl der Datenverarbeitungsvorgänge, die von der Strafvorschrift (§ 43 BDSG 1990) erfasst waren, es nicht sachgerecht, „jeden unbefugten Umgang mit personenbezogenen Daten unter Strafe zu stellen“.*⁵³⁴ Anstelle dessen solle der unbefugte Umgang als Ordnungswidrigkeit dem Opportunitätsprinzip unterstellt werden. Während § 43 BDSG 1990 vorsah, dass es sich bei den Tatbeständen um Vergehen handelte, die mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe zu bestrafen seien, sieht § 43 Abs. 2 BDSG 2001 lediglich ein Bußgeld für diese Tatbestände in Höhe von bis zu 250.000 EUR vor. Strafrechtlich sollten nur noch Verstöße sanktioniert werden, die eine besondere Verwerflichkeit aufweisen. Vor diesem Hintergrund wurden die Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 43 Abs. 2 BDSG 2001 durch Hinzufügung weiterer Merkmale in § 44 Abs. 1 BDSG 2001 zu Straftaten qualifiziert mit der Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe. Die Bußgeldvorschriften des § 44 BDSG 1990 wurden als Bußgeldvorschriften in § 43 Abs. 1 BDSG

⁵³⁴ Der Bundesrat, Empfehlung der Ausschüsse zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BR-Drs. 461/00, Ziff. 16, 22.

2001 überführt. Der Bußgeldrahmen wurde von 50.000 Deutsche Mark in 25.000 EURO umgerechnet und blieb damit rein wertmäßig weitestgehend unverändert.

Beachtlich ist, dass § 32 BDSG 1990, also die Pflicht von verantwortlichen Stellen, die Daten zum Zwecke der Übermittlung speichern wie auch die Pflicht von Auftragsdatenverarbeitern ihre Tätigkeit bei den zuständigen Aufsichtsbehörden zu melden, gestrichen wurde. Zwar wurde anstelle dessen eine allgemeine Meldepflicht für verantwortliche Stellen in § 4e BDSG 2001 eingefügt, sofern diese keinen Datenschutzbeauftragten haben. Die Meldepflicht für Auftragnehmer entfiel jedoch. Während insgesamt die Organisationspflichten unter § 11 BDSG 2001 durch Aufnahme der Erhebung und der Verpflichtung einer ständigen Überwachung des Auftragnehmers sowie durch ausdrückliche Erstreckung auf Wartungsunternehmen ausgeweitet wurden, erfuhren durch die Streichung von § 32 BDSG 1990 und auch die grundsätzliche Privilegierung der Straftatbestände die externe Überwachung und die Sanktionierung eine Erleichterung. Während also die Organisatorischen Maßnahmen verstärkt wurden, kam es zu einer Reduzierung des Kontroll- und Sanktionsregimes.

5. Erweiterung der Datenschutzkontrolle

Anstelle der Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten gem. § 11 Abs. 4 Nr. 2 BDSG 1990 für nicht-öffentliche Auftragnehmer verweist § 11 Abs. 4 Nr. 2 BDSG 2001 auf die neu aufgenommene Regelung in § 4f BDSG 2001. Danach ist die Verpflichtung zur Bestellung eines internen Datenschutzbeauftragten über den nicht-öffentlichen Bereich auf öffentlich-rechtliche verantwortliche Stellen erweitert worden. Über § 11 Abs. 4 Nr. 2 BDSG 2001 gilt sie auch für nicht-öffentliche Auftragnehmer. Öffentlich-rechtliche Auftragnehmer und öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen, die als Auftragnehmer tätig werden, unterfallen dem Erfordernis hingegen nicht. Bei Ihnen bleibt die Überwachung durch die verantwortliche Stelle bzw. durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit bestehen.

II. Neufassung der Schadensersatzregelungen nach der EU-Datenschutzrichtlinie in Art. 23 RL 95/46/EG

Die Schadensersatzregelungen der §§ 7, 8 BDSG 2001 wurden im Vergleich zu den Regelungen des BDSG 1990 vollständig neu gefasst, um den Anforderungen der EU-Datenschutzrichtlinie in Art. 23 RL 95/46/EG zu genügen. Art. 23 RL 95/46/EG griff die Forderung nach einer besonderen Schadensersatzregelung auf und sah diese als verschuldensunabhängige Haftung für rechtswidrige Datenverarbeitungen der verantwortlichen Stelle vor. Die EU-Datenschutzrichtlinie verzichtet auf

Höchstbeträge, schließ die Ersatzpflicht für bestimmte Schäden, etwa immaterielle Verletzungen nicht aus und unterscheidet nicht zwischen der Haftung öffentlicher und nicht-öffentlicher verantwortlicher Stellen. Die Richtlinie verpflichtet zum Ersatz aller rechtswidrig zugefügten Schäden und gewährt daher nicht nur dem Betroffenen einen Anspruch auf Schadensersatz. Es soll ein möglichst umfassender Schutz gegen Schäden erfolgen. Gleichzeitig ermöglicht Art. 23 Abs. 2 95/46/EG eine Entlastungsmöglichkeit, wobei der Verantwortliche die Beweislast dafür, „*dass der Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, ihm nicht zur Last gelegt werden kann*“.

Der Bundesdeutsche Gesetzgeber hat die Vorgaben der EU-Datenschutzrichtlinie lediglich teilweise umgesetzt.

Die Regelung von Schadensersatzansprüchen gegen öffentliche Stellen in § 7 BDSG 1990 wurde in § 8 BDSG 2001 überführt. Dabei ist beachtlich, dass § 8 Abs. 1 BDSG 2001 als Spezialregelung eine verschuldensunabhängige Haftung öffentlicher Stellen vorsieht, wenn die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung automatisiert erfolgt.

1. Grundlegende Schadensersatzregelung gem. § 7 BDSG 2001

§ 7 BDSG 2001 sieht einen Schadensersatzanspruch gegen alle verantwortlichen Stellen vor, ohne Unterscheidung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen verantwortlichen Stellen und ist für alle Arten von Datenverarbeitungen einschlägig, also sowohl manuelle, mechanische wie auch automatisierte. Die verantwortliche Stelle haftet für Schäden, die durch eine unzulässige oder unrichtige Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten entstanden ist. Die Unterscheidung zwischen unzulässigen und unrichtigen Verwendungen ist aus dogmatischer Sicht überflüssig, da unrichtige Datenverwendungen auch unzulässig sind (§ 20 Abs. 1 S. 1; 35 Abs. 1 BDSG 2001). Unzulässige und unrichtige Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen verpflichten die verantwortliche Stelle grundsätzlich zum Ausgleich des eingetretenen Schadens. Fraglich ist, ob durch den Wortlaut des § 7 S. 1 BDSG 2001 „*Fügt eine verantwortliche Stelle dem Betroffenen [...] einen Schaden zu [...]*“ das Erfordernis entsteht, dass die Stelle selbst gehandelt haben muss, damit der Anspruch entsteht. Dies jedoch wäre eine Falschinterpretation. Bereits der Wortlaut von § 11 Abs. 1 S. 2 BDSG 2001 stellt klar, dass die verantwortliche Stelle auch dann haftet, wenn die Schäden durch ihre Auftragnehmer verursacht werden. Zudem handelt es sich bei der verantwortlichen Stelle regelmäßig um juristische Personen, die per se nur durch ihre Mitarbeiter handelt. Würde man den Wortlaut derartig eng auslegen, so bliebe kaum ein praktischer Anwendungsbereich und der Schutz der Norm liefe weitestgehend leer. Erneut zeigt sich, dass die von dem Auftragsdatenverarbeiter durchgeführte Datenverwendung prozessual der

verantwortlichen Stelle zugerechnet wird und dessen Handlungen wie solche der verantwortlichen Stellen zu betrachten sind. Insofern sind der Auftragsdatenverarbeiter und die verantwortliche Stelle eine Einheit.

§ 7 S. 2 BDSG 2001 bietet den verantwortlichen Stellen jedoch wie auch die EG-Datenschutzrichtlinie eine Entlastungsmöglichkeit. Die Regelung ist durchaus vergleichbar mit der bereits in § 8 BDSG 1990 für Schadensersatzansprüche gegen nicht-öffentliche Stellen, welche eine Beweislastumkehr für die sich nach den allgemeinen Haftungsregelungen richtenden Schadensersatzansprüche. Sowohl im Falle des § 8 BDSG 1990 wie auch des § 7 S. 2 BDSG 2001 ist die verantwortliche Stelle verpflichtet, den Sachverhalt aufzuklären. Den Betroffenen trifft lediglich die Darlegungslast dafür, dass eine unrichtige oder unzulässige Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung unter der Verantwortung der verantwortlichen Stelle zu einem Schaden geführt hat. Wie auch zuvor ist dabei entscheidend, dass dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann, die Organisation und die konkrete Verwendung seiner personenbezogenen Daten nachzuvollziehen. Ihm steht zwar der Anspruch auf Auskunft nach §§ 19, 34 BDSG 2001 zu, der eine Vorbereitungshandlung sein kann für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Dennoch geht die zu erhaltende Auskunft in der Regel nicht so weit, dass dem Betroffenen darauf hin eine vollständige Beweisführung zumutbar wäre. Insbesondere ist zweifelhaft, dass der Nachweis der Kausalität erfolgen könnte. Gemessen an dem Schutzzweck der Norm und dem Ausgleich zwischen dem Schutz der Betroffenen einerseits bei gleichzeitiger Ermöglichung einer effizienten integrierten Datenverarbeitung muss der Betroffene nur beweisen, dass die verantwortliche Stelle die Daten verwendet hat und darlegen, dass diese Verwendung unrichtig oder unzulässig war und zu einem Schaden geführt hat.

Die Anforderungen für die Entlastung fallen in § 7 S. 2 BDSG 2001 geringer aus als in Art. 23 Abs. 2 RL 95/46/EG. § 7 S. 2 BDSG 2001 erfordert lediglich, dass die verantwortliche Stelle nachweist, alle nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beachtet zu haben. Der Entlastungsbeweis ist daher anders als in Art. 23 Abs. 2 RL 96/45/EG vorgesehen nicht hinsichtlich des konkreten Umstands, der den Schaden herbeigeführt hat und dessen Zurechenbarkeit, zu führen, sondern hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlich erforderlichen Maßnahmen. Haben die verantwortlichen Stellen die nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beachtet, dann sind sie von der Haftung befreit.

Fraglich ist, welche Auswirkungen die Entlastungsmöglichkeit nach § 7 S. 2 BDSG 2001 auf die organisatorische Einbeziehung des Auftragsdatenverarbeiters in die Geschäftssphäre des

Auftraggebers hat, insbesondere ob diese Entlastungsmöglichkeit wie eine Exkulpation wie in § 831 Abs. 1 BGB wirkt. Das würde bedeuten, dass der Gesetzgeber weiterhin wie im BDSG 1990 in haftungsrechtlicher Hinsicht eine Privilegierung schaffen wollte, um dem jeweiligen Geschäftsherrn nicht das Haftungsrisiko für Verletzungshandlungen Dritter aufzubürden.

Eine Entlastung gem. § 7 S. 2 BDSG 2001 ist nur dann möglich, wenn die verantwortliche Stelle alle gesetzlichen Anforderungen beachtet hat, also insbesondere die materiellen Vorschriften zur Datenerhebung, Datenverarbeitung und Datennutzung, Transparenz und Zweckbindung gemäß § 13 ff. BDSG 2001 für die öffentlichen Stellen und nicht-öffentlichen Stellen gemäß § 28f. BDSG 2001, die Überprüfung der Datenbestände auf Aktualität und Löschpflichten, die Funktionsfähigkeit und Effizienz von Verarbeitungskontrollen durch die Beauftragten, die technischen und organisatorischen Maßnahmen iSd § 9 BDSG 2011 sowie die Auswahlkriterien und ständige Kontrolle der Auftragsdatenverarbeiter gem. § 11 Abs. 1 S. 2 BDSG 2001.

Fraglich erscheint jedoch gerade vor dem Hintergrund, dass die verantwortliche Stelle und der Auftragsdatenverarbeiter mit Bezug auf die Datenverarbeitung eine Einheit sind, in der die Datenverarbeitung gerade der verantwortlichen Stelle zuzurechnen ist, eine Entlastung gemäß § 7 S. 2 BDSG 2001 in Frage kommt. Simitis führt aus, dass unerlaubte Eingriffe Außenstehender in den Verarbeitungsprozess, gezielte, von Dritten gesteuerte Durchbrechungen der Sicherheitsmaßnahmen sowie eigenmächtige Verwendungen der Daten durch Übermittlungsempfänger oder Auftragnehmer typische Beispiele dafür sein sollen, dass das Verhalten der verantwortlichen Stelle zwar den gesetzlichen Anforderungen entsprach, der Schaden aber trotzdem nicht verhindert werden konnte. In derartigen Fällen erfolge daher regelmäßig eine Entlastung, da der Kausalitätszusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Schaden fehle.⁵³⁵ Gleichzeitig führt Simitis aus, dass eine Entlastung nicht in Betracht komme, wenn die unrichtige oder unzulässige Verwendung auf Fehler oder Nachlässigkeiten des Personals der verantwortlichen Stelle zurückzuführen sei. Für seine Beschäftigten müsse die verantwortliche Stelle einstehen.⁵³⁶ Sodann erläutert Simitis, dass zu den Beschäftigten sowohl der interne wie auch der externe Beauftragte für den Datenschutz zu zählen sei.⁵³⁷ Zwar würden beide

⁵³⁵ Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 7 Rdnr. 25.

⁵³⁶ Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 7 Rdnr. 25.

⁵³⁷ Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 7 Rdnr. 26f.

weisungsfrei tätig, sie würden aber im Interesse der verantwortlichen Stelle tätig und seien in die Verarbeitungsprozesse der verantwortlichen Stelle integriert. So konkretisiere die verantwortliche Stelle die maßgeblichen Ziele und Modalitäten der Verarbeitung. Der interne Beauftragte sei Teil der Organisation der verantwortlichen Stelle.⁵³⁸ Der externe Beauftragte sei organisatorisch der verantwortlichen Stelle zugeordnet.⁵³⁹

Die Ausführungen offenbaren einen Wertungswiderspruch. Der Auftragsdatenverarbeiter ist gerade prozessual und im Umfang der im Interesse der verantwortlichen Stelle ausgeführten Datenverarbeitung dieser organisatorisch zugeordnet. Zudem ist gerade der Auftragnehmer weisungsabhängig, so dass die Tätigkeit des Auftragsdatenverarbeiters hinsichtlich der beauftragten Datenverarbeitung gerade noch stärker angebunden ist als die weisungsfreie Tätigkeit der Beauftragten. Unverständlich ist daher, dass eine Entlastung der verantwortlichen Stelle möglich sein soll, wenn eine unrichtige oder unzulässige Verwendung durch den Auftragnehmer erfolgt. Dies dürfte auch nicht anders zu bewerten sein, wenn sich der Auftragnehmer eigenmächtig verhält und sich über die Vorgaben der verantwortlichen Stelle hinwegsetzt. Simitis selbst schreibt, dass § 7 BDSG 2001 weder unmittelbar noch mittelbar § 831 BGB in das BDSG überträgt.⁵⁴⁰ Darin ist ihm zuzustimmen. Wäre dies der Fall, dann hätte § 7 BDSG 2001 kaum eine eigenständige Bedeutung im System des BDSG. Geht man aber davon aus, so ist die logische Schlussfolgerung, dass das Verhalten des Auftragsdatenverarbeiters als Verhalten der verantwortlichen Stelle zu werten ist, eben wie im Falle der Beauftragten. Zudem ist aus Sicht des Betroffenen gleichgültig, ob die Verletzungshandlung durch den Auftragsdatenverarbeiter oder durch die verantwortliche Stelle selbst begangen wurde. Insgesamt zeigen gerade die Formulierung und die Zwecksetzung von § 11 BDSG 2001, dass gerade die Verantwortung für die Datenverarbeitung nicht relativiert werden sollte. Die Neuformulierung von § 7 BDSG 2001 zeigt zudem, dass diese Verantwortung auch für die Schadensersatzhaftung ausgeweitet werden sollte.

⁵³⁸ Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 7 Rdnr. 26.

⁵³⁹ Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 7 Rdnr. 27.

⁵⁴⁰ Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 7 Rdnr. 25.

2. Spezialgesetzliche Haftung öffentlicher Stellen und Haftung für immaterielle Schäden

§ 8 BDSG 2001 sieht eine Spezialregelung für die Haftung öffentlicher Stellen vor. Es handelt sich um die zuvor in § 7 BDSG 1990 vorgesehene Regelung mit einer verschuldensunabhängigen Haftung für materielle und immaterielle Schäden aufgrund unzulässiger oder unrichtiger automatisierter Verarbeitung, die aber der Höhe nach auf 130.000 EUR begrenzt ist. Wie auch bezüglich § 7 BDSG 2001 wird ein Auftragsdatenverarbeiter über § 11 Abs. 1 S. 2 BDSG 2001 als prozessuale Einheit mit der speichernden eingeordnet. § 8 BDSG 2001 ist im Falle der Auftragsdatenverarbeitung nur dann nicht einschlägig, wenn der Auftragnehmer eigenmächtig von den Weisungen des Auftraggebers abweicht und diese für eigene Zwecke verwendet. In diesem Sachverhalt macht sich der Auftragsdatenverarbeiter gerade unabhängig von den Vorgaben des Auftraggebers und geriert sich als eigenständige verantwortliche Stelle.

Tatsächlich dürften die Regelungen in §§ 7, 8 BDSG 2001 nicht vereinbar sein mit der EG-Datenschutzrichtlinie, die gerade ein einheitliches Schutzniveau in Europa herstellen wollte. Es lässt sich zwar überlegen, ob die ungleiche Haftung öffentlicher und nicht-öffentlicher Stellen aufgrund der Grundrechtebindung öffentlicher Stellen unterliegen, gerechtfertigt sein könnte. Im Grundsatz aber dürften Schäden, insbesondere immaterielle Schäden, die durch nicht-öffentliche Stellen verursacht werden nicht anders wirken als solche, die durch öffentliche Stellen verursacht werden. Tatsächlich wäre eine Ausweitung der zuvor bestehenden Haftungsregelungen zu erwarten gewesen, nachdem Erwägungsgrund 10 der EG-Datenschutzrichtlinie diese als Erwartung an die nationalen Gesetzgeber formuliert.⁵⁴¹

Die durch die Trennung der Haftung nach § 7 BDSG 2001, welche für nicht-öffentliche wie auch für öffentliche Stellen gilt von der Haftung im Falle einer automatisierten Verwendung ausschließlich für öffentliche Stellen gemäß § 8 BDSG 2001 verursachte Unterscheidung erscheint zunächst „*weder nachvollziehbar noch begründbar*“.⁵⁴² Simitis führt aus, dass die Schadensersatzpflicht in beiden Normen auf einer unzulässigen oder unrichtigen Verarbeitung beruht. Daher sei auch die Haftung einheitlich zu regeln. Ein unterschiedliches Gefährdungspotential sei nicht erkennbar. Ein „*wirklich wirksamer Schutz der Betroffenen*“ hänge

⁵⁴¹ Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 7 Rdnr. 5.

⁵⁴² Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 8 Rdnr. 6.

von einer „für allen verantwortlichen Stellen gleichermaßen geltenden verschuldensunabhängigen Haftung“ ab.⁵⁴³

Simitis ist zuzustimmen, soweit der Schutz der Betroffenen tatsächlich in dem Umfang angestrebt würde wie Erwägungsgrund 10 der EG-Datenschutzrichtlinie und die mit der Ausweitung der Datenverarbeitung ergebenden Risiken für die Betroffenen nahelegt. Diese Erwägung findet sich auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum BDSG 1990 für die Einführung der verschuldensunabhängigen Haftung in § 7 BDSG 1990 für den öffentlichen Bereich. „Angesichts der von der automatisierten Datenverarbeitung ausgehenden Gefahren für das Persönlichkeitsrecht [...] erscheint es angebracht, eine den Besonderheiten der modernen Datenverarbeitung angepasste Haftung vorzusehen.“⁵⁴⁴ Deshalb wurde in § 7 BDSG 1990 eine Gefährdungshaftung insbesondere für automatisierte Verarbeitungen eingeführt. Sie galt als besonders fehleranfällig und eher unkontrollierbar.⁵⁴⁵

Tatsächlich wird in den Schadensersatzregelungen jedoch gerade das Interesse erkennbar, die integrierte Datenverarbeitung zu fördern, um der Datenflut Herr zu werden. Das Haftungsrisiko für nicht-öffentliche Stellen sei völlig unkalkulierbar.⁵⁴⁶

Nachvollziehbar wird die Differenzierung zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Stellen bei Berücksichtigung der Rechtsbindung öffentlicher Stellen aus Art. 20 Abs. 3 GG. Sofern man davon ausgehen kann, dass der Staat seine Rechtsbindung stringenter umsetzt als die nicht-öffentliche Stellen datenschutzrechtliche Vorschriften befolgen, so dass die Eintrittswahrscheinlichkeit unzulässiger bzw. unrichtiger Verarbeitungen im öffentlich-rechtlichen Bereich geringer ist, erscheint eine verschuldensunabhängige Haftung für den Staat leichter akzeptabel als für nicht öffentliche Stellen. Andererseits drohten durch die öffentliche Gewalt Grundrechtseingriffe, welche durch nicht-öffentliche Stellen höchstens mittelbar erfolgen können. Gleichzeitig erschien die Umsetzung der Datenverarbeitungsregelungen für nicht öffentliche

⁵⁴³ Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 8 Rdnr. 6.

⁵⁴⁴ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, BT-Drs. 11/4306, 41.

⁵⁴⁵ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, BT-Drs. 11/4306, 48.

⁵⁴⁶ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, BT-Drs. 11/4306, 48.

Stellen aufwendiger und mit hohen Kosten verbunden. Da der Staat aber selbst das Ziel einer möglichst weitgehenden Integration verfolgte, dürfte ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Schutz der Betroffenen und der Sicherstellung der weitgehenden Integration derartig erstrebt worden sein, das die integrierte Datenverarbeitung durch Regelungen umgesetzt wird, für nicht-öffentliche Stellen geringere Risiken im Falle einer unzulässigen oder unrichtigen Verarbeitung enthielten. Nicht-öffentliche Stellen sollten daher wohl gerade keiner verschuldensunabhängigen Haftung unterworfen werden. So erschien die Entlastungsmöglichkeit nach § 7 S. 2 BDSG 2001 wohl als adäquate Kompromisslösung, um den Schutz der Betroffenen zwar im Vergleich zu den allgemeinen Haftungsregelungen des Vertrags- und Deliktsrechts auszuweiten, nicht aber in einem Umfang wie vor dem Hintergrund der EU-Datenschutzrichtlinie zu erwarten war.

Dabei soll nicht unerwähnt bleiben, dass neben den Regelungen der §§ 7, 8 BDSG 2001 sowohl vorvertragliche und vertragliche wie auch deliktsrechtliche Anspruchsgrundlage bestehen bleiben.⁵⁴⁷ Das BDSG schließt die Anwendbarkeit anderer Haftungsgrundlagen nicht aus. Hätte dies der Fall sein sollen, wäre eine gesetzliche Klarstellung erfolgt. Dies war in § 7 Abs. 7 BDSG 1990 noch ausdrücklich formuliert, aber aufgrund des rein deklaratorischen Charakters dieser Regelung im BDSG 2001 nicht übernommen worden.⁵⁴⁸

III. Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und Fokussierung des BDSG 2001 auf präventiven Datenschutz

Die Ausgestaltung der Schadensersatzansprüche im BDSG 2001 sowie die gesteigerten Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung und den Abschluss der Auftragsdatenverarbeitungsverträge zeigen, dass das BDSG die Gefahren der Datenverarbeitung gerade nicht durch nachgelagerte Schadensersatzansprüche beherrschen soll. Schadensersatzansprüche bleiben zwar ein wichtiges Instrument, um Risiken, die sich im Einzelfall realisieren auszugleichen. Im Vordergrund stehen weiterhin Organisationspflichten und Verkehrssicherungspflichten, die Gefährdungen der Betroffenen wie auch der freiheitlich-demokratischen Grundordnung verhindern sollen. Der Gesetzgeber folgte der Doktrin, dass vorbeugender Schutz Schadensersatzansprüche weitestgehend obsolet werden lässt, wenn er nur

⁵⁴⁷ Simitis - Simitis, BDSG, 6. Aufl, § 7 Rdnr. 52.

⁵⁴⁸ Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 14/4329, 56, 64.

ordnungsgemäß umgesetzt wird. Dieser Ansatz wurde bereits vom Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil hervorgehoben.⁵⁴⁹ Das Bundesverfassungsgericht formulierte mit Verweis auf frühere Rechtsprechung:

„Angesichts der bereits dargelegten Gefährdungen durch die Nutzung der automatischen Datenverarbeitung hat der Gesetzgeber mehr als früher auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken (vgl. BVerfGE 53, 30 [65]; 63, 131 [143]).“

In Umsetzung dieses Erfordernisses entwarf das Bundesverfassungsgericht insbesondere die folgenden im Volkszählungsurteil gelisteten Anforderungen an die organisatorischen und verfahrensrechtlichen Vorkehrungen, die gerade unter dem damaligen „bisherigen Erkenntnisstand und Erfahrungsstand erscheinen vor allem folgende Maßnahmen bedeutsam“⁵⁵⁰ waren:

„Ein Zwang zur Angabe personenbezogener Daten setzt voraus, daß der Gesetzgeber den Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise bestimmt und daß die Angaben für diesen Zweck geeignet und erforderlich sind. Damit wäre die Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken nicht zu vereinbaren. Auch werden sich alle Stellen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben personenbezogene Daten sammeln, auf das zum Erreichen des angegebenen Zieles erforderliche Minimum beschränken müssen.

Die Verwendung der Daten ist auf den gesetzlich bestimmten Zweck begrenzt. Schon angesichts der Gefahren der automatischen Datenverarbeitung ist ein - amtshilfefester - Schutz gegen Zweckentfremdung durch Weitergabeverbote und Verwertungsverbote erforderlich. Als weitere verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen sind Aufklärungspflichten, Auskunftspflichten und Löschungspflichten wesentlich.

Wegen der für den Bürger bestehenden Undurchsichtigkeit der Speicherung und Verwendung von Daten unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung und auch im Interesse eines

⁵⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 - Volkszählung, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>, Rdnr. 157.

⁵⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 - Volkszählung, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>, Rdnr. 160.

vorgezogenen Rechtsschutzes durch rechtzeitige Vorkehrungen ist die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter von erheblicher Bedeutung für einen effektiven Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.“⁵⁵¹

IV. Zwischenergebnis

Setzt man diese Ausführungen in den Kontext der bisherigen Feststellungen über die Hintergründe der Auftragsdatenverarbeitung sowie die jeweilige gesetzliche Ausgestaltung zeigt sich, dass die Auftragsdatenverarbeitungsvorschriften einer durch das Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Regelungssystematik entsprechen. Diese ist gekennzeichnet durch die zunehmende Ermöglichung der integrierten Datenverarbeitung bei relativ zunehmender Regelungsdichte von Verkehrssicherungs- und Organisationsregelungen, die vor dem Hintergrund des jeweiligen Erkenntnisstandes und Erfahrungsstandes den Schutz der informationellen Selbstbestimmung verfolgen und darüber hinaus den Schutz freiheitlich-demokratischer Grundordnung bewirken.

E. Auftragsdatenverarbeitung im BDSG 2009

Im Jahre 2009 reagierte der Gesetzgeber auf Schwierigkeiten von verantwortlichen Stellen, die Vorgaben in § 11 Abs. 2 BDSG 2001 umzusetzen.⁵⁵² Die Vollzugsdefizite hatten eine Vielzahl von Datenskandalen sowohl im Beschäftigtendatenschutz wie auch im Rahmen von illegalen Datenhandel verursacht.⁵⁵³ Vielfach wurden Auftragsdatenverarbeitungsverträge mündlich erteilt und eine sorgfältige Auswahl der Auftragnehmer fand nicht statt. Die Anforderungen von § 11 Abs. 2 S. 1 BDSG 2003 blieben unbeachtet. Daher wurden die Organisationspflichten, welche „insbesondere im Einzelnen festzulegen sind“, ausdrücklich aufgezählt.⁵⁵⁴

Insbesondere die erfolgte Ausformulierung der schriftlichen Vertragserfordernisse bestätigt, dass § 11 BDSG 2009 die vom BVerfG im Volkszählungsurteil vorausgesetzten Anforderungen umsetzen soll und Organisationspflichten vorhält. Gleichzeitig blieben die Haftungsregelungen

⁵⁵¹ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 - Volkszählung, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>, Rdnr. 161ff.

⁵⁵² Die Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 16/12011, Seite 40f.

⁵⁵³ Simitis – Petri, BDSG, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 5.

⁵⁵⁴ Simitis – Petri, BDSG, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 5.

des BDSG unverändert. Hieran wird erneut deutlich, dass das BDSG der Doktrin folgt, dass ein präventiver Datenschutz ausgiebige Haftungsregelungen überflüssig macht. Das BDSG soll gerade die Nutzung moderner Datenverarbeitungsmethoden ermöglichen bei einem adäquaten, aber nicht absoluten Schutz der Betroffenen.

Die jeweils entstehenden Gefährdungen durch die Nutzung der automatisierten Datenverarbeitung erfordern, dass der Gesetzgeber mehr als früher auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen hat, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.⁵⁵⁵

Die Regelung listete die Vorgaben konkret wie folgt auf, so dass der Inhalt der zwischen der verantwortlichen Stelle und dem Auftragsdatenverarbeiter sowie dessen Überwachungspflichten den größten Teil der Regelung einnahmen:

Die Regelung sah ausdrücklich vor, dass der Auftrag schriftlich zu erteilen war und im Einzelnen festzulegen war:

- „1. der Gegenstand und die Dauer des Auftrags,*
- 2. der Umfang, die Art und der Zweck der vorgesehenen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten, die Art der Daten und der Kreis der Betroffenen,*
- 3. die nach § 9 zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen,*
- 4. die Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten,*
- 5. die nach Absatz 4 bestehenden Pflichten des Auftragnehmers, insbesondere die von ihm vorzunehmenden Kontrollen,*
- 6. die etwaige Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsverhältnissen,*
- 7. die Kontrollrechte des Auftraggebers und die entsprechenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers,*
- 8. mitzuteilende Verstöße des Auftragnehmers oder der bei ihm beschäftigten Personen gegen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten oder gegen die im Auftrag getroffenen Festlegungen,*
- 9. der Umfang der Weisungsbefugnisse, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält,*

⁵⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 - Volkszählung, zit. n. DFR: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>.

10. die Rückgabe überlassener Datenträger und die Löschung beim Auftragnehmer gespeicherter Daten nach Beendigung des Auftrags.“

Während sich erneut der Ansatz des Volkszählungsurteils des präventiven Datenschutzes zugunsten der informationellen Selbstbestimmung durch entsprechende Organisationspflichten zeigt, bleiben die Schlussfolgerungen zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung valide. Die Änderungen des BDSG haben keine Relativierung der Schutzwirkung bewirkt. Vielmehr wird die Ausweitung der notwendigen Organisationspflichten nicht nur den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gestärkt haben, sondern gerade aufgrund der zusätzlichen Transparenz und Organisationstiefe auch mittelbar den Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Sie verhindern eine unkontrollierte Integration der Datenverarbeitung.

Teil 5 Zusammenfassung

Der Rückblick auf die vorliegende Arbeit bestätigt die initialen Prämissen. Die in der Informationskrise geschaffene weit verzweigte öffentliche Verwaltung, die Komplexität der einzelnen Verwaltungstätigkeiten in normativen und empirischen Wissenschaften erforderten weitreichende Anpassungen der Verwaltungsorganisation. Die insbesondere von Luhmann, aber auch von anderen Autoren für notwendig erachtete Verwaltungstheorie konnte im Zusammenspiel mit der Steinmüller'schen Rechtsinformatik und der anwendungsorientierten Strukturtheorie Fiedlers zur Abkehr von der hergekommenen Verwaltungsbürokratie zu einer Ablauforganisation führen, die einerseits in der integrierten Datenverarbeitung umgesetzt wurde und gerade durch die technischen Gegebenheiten gestaltet wurde.

Die somit für Allgemeinzwecke verfolgte weitestgehende Integration der Datenverarbeitung drohte nicht nur die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen zu verletzen, sondern ebenfalls die freiheitlich demokratische Grundordnung des Grundgesetzes. Zwar definiert das Bundesdatenschutzgesetz seit seiner Entstehung ausdrücklich, die schutzwürdigen Belange der Betroffenen schützen zu wollen. Seit dem BDSG 1990 lautet es in § 1 Abs. 1 BDSG ausdrücklich, dass der Zweck des BDSG den Schutz des Betroffenen in seinem Persönlichkeitsrecht verfolge. Dem ist zu entnehmen, dass es im Wesentlichen die informationelle Selbstbestimmung, aber auch den Grundrechtsschutz per se verfolgt. Im Zusammenhang mit der Auftragsdatenverarbeitung zeigt die vorliegende Arbeit aber auch, dass das BDSG durch eine Vielzahl von Organisationsregelungen und Verkehrssicherungspflichten, welche im nicht-öffentlichen Bereich als Berufsausübungsregelungen sind, faktisch den Schutz der grundgesetzlichen Strukturprinzipien bewirkt.

Insgesamt zeigt sich, dass die Auftragsdatenverarbeitung sowie vom BDSG vorgesehen, das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen schützen soll. Gleichzeitig soll sie aber, wie auch das BDSG insgesamt, die Datenverarbeitung nicht reduzieren, sondern gerade im notwendigen Umfang ermöglichen bei gleichzeitiger Kontrolle der durch sie entstehenden Risiken.

Rechtsdogmatisch handelt es sich bei den Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung somit um öffentliches Organisationsrecht. Im nicht-öffentlichen Bereich handelt es sich bei den Vorschriften der Auftragsdatenverarbeitung um Verkehrssicherungspflichten und um Berufsausübungsregelungen.