

munikation, eines „Anlegerforums“ nach dem Vorbild des aktienrechtlichen Aktionärsforums (§ 127a AktG) empfehlen. Vorteile moderner Kommunikationstechnologien können auf diese Weise genutzt werden. Solange der Gesetzgeber untätig

bleibt, könnte ein solches Anlegerforum auf der Internetseite der Publikumsgesellschaft bzw. der Treuhand-Kommanditisten implementiert werden, wie dies ursprünglich auch für die AG vorgesehen war.

Thomas Hoeren<sup>\*)</sup>

## Datenschutz und Auskunftsansprüche des Treugebers bei der Publikums-KG

*In jüngster Zeit häufen sich Fälle, in denen ein Anleger, der über einen Treuhandkommanditisten an einer Publikums-KG beteiligt ist, vom Treuhandkommanditisten Auskunft über bestimmte Daten anderer Anleger, insbesondere Name, Adresse und Beteiligungshöhe, begehrt. Eine solche Auskunft kann die Durchsetzung von Minderheitsrechten etwa bei einer Hauptversammlung erleichtern; der Anleger kann nämlich aufgrund der Informationen Kontakt zu anderen Treugebern aufnehmen und Koalitionen organisieren. Fraglich ist indes, ob die Gewährung eines solchen Auskunftsanspruchs datenschutzrechtlich zulässig ist (zur Rechtslage nach Gesellschaftsrecht s. Holler, ZIP 2010, 2429 – vorstehend).*

### I. Datenschutzrechtliche Vorüberlegungen

Selbst wenn man einen Auskunftsanspruch grundsätzlich bejaht, ist zu prüfen, ob die Übermittlung der Daten nach dem BDSG zulässig ist. Denn die Auskunftsansprüche des allgemeinen Zivilrechts stehen unter dem Vorbehalt der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit. Insbesondere der weite Anspruch auf Auskunft nach § 666 BGB wird durch das BDSG eingegrenzt; der Auftragnehmer muss also erst dann und insoweit Auskunft erteilen, als die Auskunft sich nach Maßgabe des BDSG und anderer datenschutzrechtlicher Sonderbestimmungen als zulässig erweist. Dies entspricht auch der Haltung des BGH, der den Auskunftsanspruch nach § 666 BGB richtigerweise als durch das Datenschutzrecht begrenzt ansieht.<sup>1)</sup> Auch die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung prüft im Rahmen von § 666 BGB die Reichweite von § 28 BDSG.<sup>2)</sup>

### II. Personenbezogene Daten

Zunächst stellt sich die Frage, welche Daten im Zuge der Übermittlung transferiert werden sollen. Das BDSG kommt nur zur Anwendung, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG). Personenbezogene Daten sind nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Das LG Frankfurt/M.<sup>3)</sup> geht davon aus, dass bei einem Auskunftsanspruch gegen die Publikums-KG nur Name und Anschrift der Treugeber übermittelt werden. Gerade deshalb sieht das Gericht keine besondere datenschutzrechtliche Schutzbedürftigkeit der Treugeber gegeben. Denn hier „erhalten also nur Mitgesellschafter Kenntnis vom Namen der anderen Mitgesellschafter“. Es handle sich nur um „Basisdaten“; weitere Hinweise etwa zur Kapitalanlagehöhe etc. würden nicht begehrt.

Diese Auffassung ist schlichtweg unzutreffend. Denn erstens handelt es sich, wie oben unter II dargelegt, nicht um „Mit-

gesellschafter“. Das LG Frankfurt/M. erkennt aber auch darüber hinaus, dass die Weitergabe von Name und Anschrift der Treugeber weitere Eigenschaften derselben impliziert. So wird mit der Preisgabe der genannten Daten auch über die Eigenschaft der entsprechenden Person als Treugeber informiert. Der Auskunftersuchende erfährt also auch, dass die Person einen Gesellschafts- und Treuhandvertrag für die Gesellschaft unterzeichnet hat. Damit ist aber eine Reihe von weiteren Informationen denknotwendig verbunden. So folgt aus der Mitteilung der Treugeberstellung auch die Kenntnis darüber, dass jemand über einen längeren Zeitraum Einnahmen aus der Anlage erzielt hat. Ferner enthält die Liste auch Wahrscheinlichkeitsurteile über die Finanzkraft des Treugebers. Denn die Mitgliedschaft in einer Anlagegesellschaft ist nur für diejenigen möglich, die überhaupt entsprechende, nicht unerhebliche Geldbeträge zur Verfügung haben. Richten sich solche Immobilienanlagen an ein finanzkräftiges Publikum, besteht deshalb eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein Treugeber auch zu einer finanzkräftigen Schicht gehört. Dieses Publikum nutzt den Immobilienfonds typischerweise als Steuersparmodell;<sup>4)</sup> insoweit sind normalerweise Personen mit potenziell hohen Steuerschulden Treugeber eines solchen Fonds. Auch solche Wahrscheinlichkeitsurteile unterliegen den datenschutzrechtlichen Schutzvorschriften des BDSG, wie von der ganz herrschenden Meinung seit Jahrzehnten vertreten wird.<sup>5)</sup>

All diese Daten (Name und Anschrift, Wahrscheinlichkeitsurteil über Finanzkraft, Zinseinnahmen der Treugeber usw.) zählen aber zu den besonders sensiblen, vom BDSG geschützten Daten. Zwar umfasst die Liste des § 3 Abs. 9 BDSG Finanzdaten nicht als besondere Art personenbezogener Daten. Allerdings gehen die Datenschutzaufsichtsbehörden in ständiger Praxis davon aus, dass auch unterhalb der Schwelle des § 3 Abs. 9 BDSG eine besondere Sensibilität von Finanzdaten regelmäßig gegeben ist. Deren Sonderstellung ergibt sich aus dem Bankgeheimnis. Das Bankgeheimnis ist zwar nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, wird aber in Vorschriften wie

<sup>\*)</sup> Dr. iur., Universitätsprofessor, Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) in Münster

1) BGH v. 8. 2. 2007 – III ZR 148/06, NJW 2007, 1528; ebenso ausdrücklich Fritzsche, LMK 2007, 221566.

2) OLG München v. 9. 3. 2007 – 32 Wx 177/06, ZfR 2007, 330 (LS); OLG Frankfurt/M. v. 16. 2. 1984 – 20 W 866/83, OLGZ 1984, 258, 259; ähnlich auch LG Berlin v. 29. 10. 1955 – 17 T 1/56, GEMA-Nachrichten 33 (1957), 32, 33; LG Saarbrücken v. 27. 4. 2009 – 12 O 292/08, VersR 2010, 377.

3) LG Frankfurt/M. v. 8. 5. 2009 – 2-21 O 78/08, BeckRS 2009, 21902.

4) So schon OLG Frankfurt/M. v. 24. 2. 2010 – 9 U 86/08. Dazu Wagner, in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., 2007, § 15 Rz. 111.

5) S. z. B. Dammann, in: Simitis, BDSG, 6. Aufl., 2006, § 3 Rz. 51 ff.

etwa § 30a AO vorausgesetzt. Es gilt heutzutage als Bestandteil von Nebenpflichten aus dem Kreditvertrag; als solches wird es dann vor allem bei der Interpretation der Übermittlungsvorschriften des BDSG herangezogen. Die Kreditinstitute gelten als verpflichtet, Voraussetzungen und Grenzen einer Übermittlung ihrer Kundendaten am Bankgeheimnis zu messen. Das Bankgeheimnis bezieht sich auf alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen, die einem Kreditinstitut auf Grund, aus Anlass bzw. im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden bekannt geworden sind.<sup>6)</sup> Es bezieht sich auch gerade auf die Treugeberstellung in Beteiligungs-Fonds.<sup>7)</sup>

### III. Verbot

Kommt das BDSG zum Tragen, ist sofort zu bedenken, dass das Gesetz vom Leitbild her jedwede Verarbeitung personenbezogener Daten verbietet (§ 4 BDSG.) Das BDSG hat sich bewusst für eine Regelungstechnik entschieden, die im Zweifel eine Verarbeitung personenbezogener Daten untersagt. In der datenschutzrechtlichen Literatur spricht man insofern von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>8)</sup> Greifen also die ausnahmsweisen Erlaubnistatbestände nicht ein, bleibt im Zweifel nur das Verbot der Übermittlung.<sup>9)</sup>

### IV. Zulässigkeit nach § 28 Abs. 1 BDSG

Da eine unmittelbare Einwilligung der Treugeber zur Weiterleitung der Daten regelmäßig nicht vorliegt, ist die Herausgabe der Daten allenfalls noch aufgrund gesetzlicher Erlaubnis durch das BDSG denkbar. In Betracht kommen hier als Ermächtigungsgrundlagen Vorschriften des § 28 BDSG, die aber als Ausnahme vom Verbot der Verarbeitung eng auszulegen sind. Denkbar wäre eine Anwendung von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG. Hiernach ist „das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke (...) zulässig, wenn es für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist“. Der geänderte Tatbestand des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG ist seit dem 1. September 2009 in Kraft und gilt ohne Übergangsvorschrift. Durch die Änderung des BDSG soll deutlich gemacht werden, dass nur die für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses erforderlichen Daten erhoben und verarbeitet werden dürfen und keine weiteren „überschießenden Daten“.<sup>10)</sup> Somit sind Daten, die dem Vertragszweck lediglich dienlich, hierfür aber nicht zwingend erforderlich sind, nicht mehr vom Erlaubnisvorbehalt des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG gedeckt. Der Tatbestand des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG n. F. ist somit enger als der des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG a. F. Bei der Weiterleitung der Treugeberdaten durch den Treuhänder handelt es sich nicht um ein Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke des Treuhänders, und die Weiterleitung ist auch gerade nicht für die Durchführung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich.

Des Weiteren besteht ein Wesensmerkmal vieler Treuhandverträge gerade darin, Publizität zu vermeiden und die Anonymität der Gesellschafter zu sichern.<sup>11)</sup> Dies gilt insbesondere für geschlossene Immobilienfonds. Deren Kennzeichen ist es, dass eine Vielzahl von Treugebern, die sich nicht kennen, insbesondere aus steuerlichen Gründen in ein genau spezifiziertes Immobilienobjekt investiert. Zwischen den Treugebern besteht keine gesellschaftsvertragliche Bindung; dies wäre den – lediglich an Kapitalerträgen interessierten – Anlegern auch gleichgültig bzw. gerade nicht gewollt. Denn ihnen geht es darum, aus der Zuweisung von Anfangsverlusten Steuererstattungen und aus den späteren Überschüssen der Fondgesellschaft eine attraktive Nachsteuerrendite zu bekommen.<sup>12)</sup> Dem Treugeber „steht nicht vor Augen, mit minimalsten Anteilen dinglich oder wirtschaftlich an den einzelnen Anlageobjekten beteiligt zu sein; wichtig für ihn sind – dem Aktionär vergleichbar – die Betriebsergebnisse der Geschäftstätigkeit des Fonds insgesamt.“<sup>13)</sup>

Der Auskunftsanspruch ist somit nicht gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG zulässig.

### V. Zulässigkeit nach § 28 Abs. 2 BDSG

Ferner wäre die Übermittlung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 a) BDSG zulässig, wenn sie erforderlich ist, um berechtigte Interessen eines Dritten zu wahren, und kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat. Neu in der jetzigen Fassung des BDSG ist der Gedanke der Erforderlichkeit der Datenübermittlung. Nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 a) BDSG führt jedwedes Schutzinteresse eines Betroffenen dazu, dass die Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten keine Legitimationsgrundlage zur Weiterleitung von Daten ist.<sup>14)</sup> Solche Interessen liegen hier aber vor, wie unter V 1 noch zu zeigen sein wird.

§ 28 Abs. 2 Nr. 2 a) BDSG ist allerdings keine Auffangklausel, die es der verantwortlichen Stelle erlaubt, alle sonst bestehenden Verarbeitungsgrenzen zu überwinden.<sup>15)</sup> Die h. M. fordert daher, die Ermächtigungsgrundlage als Ausnahme gegenüber dem Prinzip der am Vertragszweck ausgerichteten Verarbeitung anzusehen und die Regelung daher sehr restriktiv zu verstehen.<sup>16)</sup> Die verantwortliche Stelle muss sich dabei am Einzelfall orientieren und insbesondere auch die Konsequenzen der konkret anstehenden Übermittlungen für die Betroffenen bedenken.<sup>17)</sup> Bei der Erforderlichkeit der Übermittlung ist zu

6) BGH ZIP 2006, 317 (m. Bespr. *Ehricke/Rotstegge*, S. 925) = NJW 2006, 830, 833, dazu EWiR 2006, 289 (*Rösler*). Dazu auch weitere Nachweise bei *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl., 2010, Bankgeschäfte Rz. A/9.

7) OLG Koblenz v. 16. 11. 2006 – 6 U 150/06, DStRE 2007, 986.

8) *Gola*, in: *Gola/Schomerus*, BDSG, 8. Aufl., 2005, § 4 Rz. 3; *Wank*, in: *Erfurter Komm. z. ArbR*, 10. Aufl., 2010, § 4 BDSG Rz. 1.

9) Dazu ausführlicher *Hoeren*, in: *Roßnagel*, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, Kap. 4.6 Rz. 33.

10) BT-Drucks. 16/13657, S. 18.

11) *Sester/Voigt*, NZG 2010, 375, 378.

12) *Levedag*, in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 2, 3. Aufl., 2009, § 71 Rz. 118.

13) OLG Düsseldorf v. 29. 6. 2006 – 4 U 183/05, NJOZ 2006, 3037.

14) So auch schon nach altem Recht *Hoeren* (Fußn. 9), Kap. 4.6 Rz. 53.

15) *Simitis* (Fußn. 5), § 28 Rz. 202.

16) *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2008, § 28 BDSG Rz. 8.

17) *Simitis* (Fußn. 5), § 28 Rz. 211; s. auch *Hilbrans*, in: *Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath*, Arbeitsrecht, 2008, § 28 BDSG Rz. 18.

bedenken, dass es u. U. auch ausreicht, die Betroffenen selbst als verantwortliche Stelle hinsichtlich der Einwilligung zu befragen und dementsprechend nur Daten zu übermitteln, für die ein ausdrückliches Einverständnis vorliegt.<sup>18)</sup> Im Übrigen ist die Übermittlung auf jeden Fall verboten, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass damit gegen schutzwürdige Interessen des Betroffenen verstoßen wird.<sup>19)</sup> Es kommt insofern – anders als etwa im Fall von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG – nicht auf eine Interessenabwägung an. Liegen schutzwürdige Interessen des Betroffenen vor, hat die verantwortliche Stelle auf eine Übermittlung zu verzichten.<sup>20)</sup>

### 1. Schutzwürdige Interessen der Treugeber

In einer Publikums-KG bestehen erhebliche Gründe für die Annahme, dass die Betroffenen ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung haben. Wer sich einem Immobilienfonds anschließt, tut dies auch im Rahmen einer Publikums-KG zur Sicherung seiner Anonymität. Er möchte nicht, dass seine Finanzdaten und seine Mitgliedschaft als Treugeber Fremden bekannt gegeben werden. Insofern ist auch die Bindung der zu übermittelnden Daten an das Bankgeheimnis zu berücksichtigen. Durch den Übermittlungsvorgang würde jemand, der nur einen kleinen Treuhandanteil erwirbt, auf einen Schlag Listen mit Namen und Anschriften aller anderen Treugeber bekommen. Er würde damit gleichzeitig erfahren, dass die genannten Personen finanziell liquide Finanziers mit gewissen Geldreserven sind. Es handelt sich dabei um sehr sensible Daten, die an einen einzelnen Treugeber herausgegeben werden. Zu bedenken ist, dass dieser Treugeber nicht – wie bei einer typischen BGB-Gesellschaft – durch eine Reihe von persönlich konzipierten Treuepflichten an die anderen Gesellschafter gebunden ist. Bei einer Publikums-KG fehlt bewusst jedwede persönliche Verbindung zwischen den Treugebern. Es handelt sich um eine „anonyme Kapitalsammelstelle“.<sup>21)</sup> Diese gesellschaftsrechtliche Entscheidung gilt es zu respektieren, gerade auch im Interesse und zum Schutz einzelner Treugeber.

Zu bedenken ist auch die oben schon erwähnte Tatsache, dass die geforderten Daten unter das Bankgeheimnis fallen. Nach ganz herrschender Auffassung im Datenschutzrecht ist das Bankgeheimnis im Rahmen der nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 1 BDSG notwendigen Güterabwägungen zu prüfen.<sup>22)</sup> Verpflichtet das Bankgeheimnis zu „speziellem“ Schweigen, so kann dieses Gebot nicht durch eine außerhalb der vertraglichen Beziehung angesiedelte allgemeine Interessenabwägung aufgehoben werden.<sup>23)</sup> Genauso wenig geben § 28 Abs. 1 und 2 BDSG Kreditinstituten die Möglichkeit, die sich ohnehin aus ihren vertraglichen Nebenpflichten ergebenden Übermittlungsschranken, die zudem durch den ausdrücklichen Vorrang des Bankgeheimnisses in § 1 Abs. 4 BDSG bekräftigt werden, zu umgehen.<sup>24)</sup> Wenn der Treuhandkommanditist daher als Kreditinstitut aufgrund des Bankgeheimnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, muss dies als überragendes Schutzinteresse des Betroffenen im Rahmen einer Güterabwägung nach § 28 BDSG berücksichtigt werden.

In der Literatur wird gerade für die Treuhand auf einen dem Treuhandverhältnis immanenten Vertraulichkeitsschutz abge-

stellt. Dieser müsse viel stärker gewichtet werden als bei einem normalen, abgeleiteten mitgliedschaftlichen Informationsrecht, wie etwa in Vereinen.<sup>25)</sup> Dementsprechend sei auch eine Sonderstellung des Treuhänders zu berücksichtigen: „Anders als ein geschäftsführender Gesellschafter steht er gerade nicht zu den Treugebern in einem Verhältnis gesellschaftsrechtlicher Verbundenheit, die eine Weitergabe von persönlichen Daten in diesen Situationen rechtfertigen mag.“ Insofern ist nach Literaturmeinung eine Weitergabe von Daten gerade auch im Hinblick auf die Möglichkeit eines Datenmissbrauchs hochgradig problematisch und kann daher auch zu Regressansprüchen gegen den Treuhänder führen. *Becker* verweist im Übrigen zu Recht darauf, dass selbst bei nicht sensiblen Nichtmitgliedschaften wie im ADAC ein anerkanntes Recht der einzelnen Mitglieder auf Passivität und Anonymität zu beachten ist.<sup>26)</sup>

Die besondere Schutzbedürftigkeit von Treuhandbeteiligungen wird auch von der Rechtsprechung durchweg anerkannt. Das OLG Frankfurt/M.<sup>27)</sup> hat im Rahmen eines Verfahrens nach § 91a ZPO auf die besondere Sensibilität der Auskunft hingewiesen. Bejaht wird das Auskunftsrecht eines Treugebers bezüglich Angaben, die nicht den ihm zugänglichen Dokumenten entnommen werden können. Die Datenweitergabe sei aber datenschutzrechtlich beschränkt: „Man wird auch bei Kapitalanlagen davon ausgehen müssen, dass ein Teil der Anleger Wert darauf legt, dass ihre Beteiligung nicht bekannt wird. Dies gilt insbesondere bei Treuhand-Fonds. Deswegen kann man nur einen eingeschränkten Auskunftsanspruch auf Mitteilung von Namen und Adressen der anderen Treugeber, die sich auf Befragen des Treuhänders damit einverstanden erklärt haben, dass ihre Daten weitergegeben werden, bejahen.“

Ähnlich argumentiert das OLG Hamburg,<sup>28)</sup> wonach eine Herausgabe von Gesellschafterdaten wegen deren Sensibilität gerade nicht direkt an den Treugeber zu erfolgen hat. Wenn überhaupt ein Anspruch auf Herausgabe von Mitgliederlisten eines Vereins besteht, soll sich nach Auffassung des Hamburger Senats die Herausgabe auf eine Weitergabe an einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Treuhänder, etwa ein Wirtschaftsprüfer, beschränken.<sup>29)</sup> Das Gericht stellt darauf ab, dass der Treuhänder die in der Liste enthaltenen Daten nicht an den Treugeber selbst weitergeben darf und insofern auch die vom einzelnen Mitglied aufgegebenen Untersagungen und Beschränkungen, die ggf. vom eingesetzten Treuhänder nachzuhalten sind, zu beachten hat.

18) *Simitis* (Fußn. 5), § 28 Rz. 213.

19) *Simitis* (Fußn. 5), § 28 Rz. 210; ähnlich *Ambis*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: 2010, § 28 BDSG Rz. 15.

20) So die ganz h. M., z. B. *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde, BDSG, 2008, § 28 Rz. 53.

21) *Ulrich/Teiche*, DStR 2005, 92, 83.

22) Dazu auch *Sichterhann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 3. Aufl., 1984, S. 180 ff.

23) *Gola/Schomerus* (Fußn. 8), § 28 Rz. 11.

24) So ausdrücklich *Simitis* (Fußn. 5), § 28 Rz. 54.

25) *Sester/Voigt*, NZG 2010, 375, 378.

26) *Becker*, GWR 2009, 395.

27) OLG Frankfurt/M. v. 5. 12. 2007 – 23 U 248/06.

28) OLG Hamburg v. 27. 8. 2009 – 6 U 38/08, NZG 2010, 317.

29) OLG Hamburg NZG 2010, 317.

Abzugrenzen ist die vorliegende Problemstellung insofern auch von einem Hinweisbeschluss des BGH,<sup>30)</sup> wonach Namen und Anschrift der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft als „Angelegenheit“ der Gesellschaft i. S. v. § 716 Abs. 1 BGB anzusehen sind. Insofern könne der Gesellschafter zum Zwecke der Unterrichtung einen Ausdruck über die geforderten Informationen verlangen. Allerdings stellt der BGH zentral für datenschutzrechtliche Fragen in diesem Zusammenhang auf die Besonderheiten einer BGB-Gesellschaft ab. Ein Geheimhaltungsinteresse sei den Mitgesellschaftern in einer solchen Konstellation abzusprechen. Ein BGB-Gesellschafter habe keinen schutzwürdigen Anspruch darauf, dies anonym zu tun. Missbräuchliche Nutzung der Namen würde in diesem Zusammenhang nur zu Unterlassung und Schadensersatzansprüchen aus Verletzung der gesellschaftlichen Treupflicht führen. Der BGH hat hier allerdings nur einen Hinweisbeschluss gefällt. Dieser bezieht sich im Übrigen auch nur auf die BGB-Gesellschaft. In dem Hinweisbeschluss findet sich keine ausführliche Prüfung. Der BGH übersieht auch, dass es nicht nur um Name und Anschrift geht, sondern um zusätzliche Informationen, etwa die Tatsache, dass jemand Gesellschafter ist. Im Falle einer Immobilientreuhand ist noch zusätzlich zu berücksichtigen, dass die bloße Information einer Mitgesellschafterstellung des Treugebers weitere Zusatzinformationen in sich birgt, die im Fall einer Übermittlung mit weitergegeben werden. Insofern passt auch die Ausführung des BGH auf den Datenschutz nicht, in der der Senat einen schutzwürdigen Anspruch für denjenigen ausschließt, „der mit anderen einen Vertrag schließt“. Fehlt es bei einem Treuhandvertrag an einer unmittelbaren Rechtsbeziehung der Treugeber untereinander, ist damit ein schutzwürdiger Anspruch der einzelnen Treugeber auf Geheimhaltung ihrer persönlichen Daten sofort ersichtlich. Diese haben ein berechtigtes Interesse daran, ihre persönlichen Daten geheim zu halten und nicht auf Zuruf einzelner Treugeber offenbaren zu müssen. Wie gezeigt, bewirkt dies, dass § 28 Abs. 2 Nr. 2 a) BDSG als Stütze für den Anspruch zur Datenweiterleitung nicht in Betracht kommt. Der BGH hat die Fragestellung nun auch in einer neuen – nach Einreichung des hiesigen Textes – Entscheidung bekräftigt.<sup>31)</sup> Der II. Senat bejaht einen Auskunftsanspruch des Vereinsmitglieds nur nach Maßgabe einer Einzelfallabwägung der gegenüberstehenden datenschutzrechtlichen Interessen. Für entscheidend erachten die Richter im vorgelegten Fall, dass die Herausgabe der Daten nur an einen Treuhänder erfolgen sollte und die Kläger selbst keinen Einblick in die Liste erhalten sollten. Zusätzlich war dem BGH auch noch eine Sicherung wichtig, wodurch die Mitglieder vorab auf ein Widerspruchsrecht gegen die Weiterleitung solcher Auskunftsbegehren hinzuweisen sind.<sup>32)</sup>

## 2. Erforderlichkeit der Datenübermittlung

Selbst wenn die Schutzbedürftigkeit des Treugebers entgegen den oben gezeigten Argumenten nicht bejaht werden sollte, ist hilfsweise auch die Erforderlichkeit der Datenübermittlung in Frage zu stellen. Bei der Erforderlichkeit ist zu bedenken, dass in der heutigen Zeit über Massenmedien problemlos eine Öffentlichkeit für die Beschlussfassung in der Treuhandgesell-

schaft hergestellt werden kann. Das Internet sowie Tageszeitungen geben die Möglichkeit, Treuhandgeber über entsprechende geplante Aktivitäten zu informieren.<sup>33)</sup> Auch lässt sich über solche Massenmedien eine Mehrheit organisieren. Dass die Gesellschaft selbst dabei helfen soll, ein in der Satzung eventuell normiertes Quorum zu organisieren, ist demnach nicht begründbar.

Auch geriete das Treuhandunternehmen in unauflösliche Probleme, sollte es nunmehr gesellschaftsrechtlich zur Auskunftserteilung verpflichtet sein. Das BDSG sieht bei Datenschutzverstößen, vor allem auch bei der unzulässigen Datenübermittlung, hohe Bußgelder bis hin zur Gewinnabschöpfung vor (§ 43 BDSG). Insofern sieht sich die Fondsgesellschaft dem hohen Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt, sollte es datenschutzrechtlich unzulässigerweise Auskunft erteilen. Zu bedenken ist im Übrigen auch der Maseneffekt der begehrten Auskunft. Da die Daten eine hohe Sensibilität haben, wäre es datenschutzrechtlich hoch problematisch, wenn sich jemand durch den bloßen Erwerb einer kleinen Beteiligung den jederzeitigen Zugriff auf solche umfassenden und hochsensiblen Datenpakete sichern könnte. Dies beträfe die gesamte Branche der geschlossenen Fonds, die jederzeit sämtliche Daten von Anlegern/Treugebern an Anleger mit jeder noch so kleinen Kapitalbeteiligung herauszugeben hätten.

Dementsprechend hat z. B. das OLG Naumburg<sup>34)</sup> in einem Grundsatzurteil Rundschreiben an die Anleger eines vermögenslosen geschlossenen Immobilienfonds untersagt. Die von den Kapitalanlegern im Rahmen des Anteilerwerbs an den Veräußerer bzw. das Vertriebsunternehmen preisgegebenen personenbezogenen Daten dürften von diesen Unternehmen lediglich für eigene Zwecke gespeichert und genutzt werden. Eine Datenübermittlung an Dritte sei daher nach § 28 Abs. 1, 2 BDSG grundsätzlich unzulässig. Es bestehe ein vorrangiges schutzwürdiges Interesse der Kapitalanleger an einem Ausschluss der Übermittlung der im Rahmen des Vertragschlusses notwendig offenzulegenden personenbezogenen Daten (Name, Vorname, Anschrift, Art und Umfang der erworbenen Fondsanteile).

## VI. Zusammenfassung

Die Analyse insbesondere des datenschutzrechtlichen Rahmens zeigt, dass bei der Gewährung eines Auskunftsanspruchs die Verbotswirkung wesentlicher Schutzvorschriften des Datenschutzrechts verkannt wird. Die Auskunft ist nicht nur auf die Übermittlung von Name und Anschrift gerichtet, sondern von ihr sind auch hochsensible Daten – wie die Tatsache der Beteiligung der Treugeber an dem Fonds – mit umfasst. Diese Informationen unterliegen bereits dem Bankgeheimnis; darüber hinaus untersagt aber auch § 4 Abs. 1 BDSG ihre Weitergabe. Eine ausnahmsweise anzuwendende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist dem BDSG nicht zu entnehmen. Zu beachten ist dabei, dass § 28 BDSG durch die letzte Reform

30) BGH ZIP 2010, 27.

31) BGH v. 21. 6. 2010 – II ZR 219/09, ZIP 2010, 2397.

32) BGH ZIP 2010, 2397, Rz. 14.

33) Dazu auch *Noack*, NZG 2003, 241.

34) OLG Naumburg v. 10. 10. 2003 – 1 U 17/03, NJW 2003, 3566.

zum 1. September 2009 grundlegend verändert worden ist; insbesondere sind die Bedingungen für eine Weitergabe von Daten für Zwecke Dritter stark verschärft worden (§ 28 Abs. 2 BDSG n. F.). Gerade vor dem Hintergrund dieser neuen und

ohne Übergangsfrist anzuwendenden Gesetzeslage stehen der Weitergabe der Treugeberdaten schutzwürdige Interessen der Betroffenen im Hinblick auf die Anonymität und Sensibilität ihrer Fondsbeteiligung entgegen.

# Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion, insbesondere von ZIP- und EWiR-Fundstellen, sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

## Rechtsprechung zum Bank- und Kreditsicherungsrecht

### StGB § 202a

#### Zur Strafbarkeit des Auslesens der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeicherten Daten (sog. Skimming) zwecks Dublettenherstellung

BGH, Beschl. v. 6. 7. 2010 – 4 StR 555/09 (LG Münster)

Leitsatz der Redaktion:

**Das bloße Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion gespeicherten Daten mittels eines am Einzugsleesegerät eines Geldautomaten angebrachten weiteren Lesegeräts (sog. Skimming), um mit diesen Daten Kartendubletten herzustellen, erfüllt nicht den Tatbestand des Ausspähens von Daten.**

#### Gründe:

[1] Das LG hat den Angeklagten wegen gewerbs- und bandenmäßiger Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in Tateinheit mit gewerbs- und bandenmäßigem Computerbetrug und mit Ausspähen von Daten in drei Fällen, wegen versuchter gewerbsmäßiger Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in fünf Fällen, davon in einem Fall auch bandenmäßig handelnd, und wegen gewerbsmäßiger Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in Tateinheit mit gewerbsmäßigem Computerbetrug zu der Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die auf eine Verfahrensbeanstandung und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel führt zu der aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs; im Übrigen ist es unbegründet i. S. d. § 349 Abs. 2 StPO.

[2] 1. Nach den Feststellungen zu den Fällen II 1 bis 3 der Urteilsgründe schlossen sich der Angeklagte und die gesondert Verfolgten V., N., C. und P. Anfang Februar 2007 als Bande zusammen, um ge-

werbsmäßig zur Täuschung im Rechtsverkehr in einer Vielzahl von Fällen falsche Zahlungskarten mit Garantiefunktion herzustellen und mit diesen Karten im Ausland an Geldautomaten Geld abzuheben. Um sich die zum Nachmachen echter Zahlungskarten mit Garantiefunktion benötigten Daten zu verschaffen, die auf den Magnetstreifen solcher Karten gespeichert sind, setzten der Angeklagte und seine Mitäter ein mit einem Speichermedium versehenes Kartenlesegerät ein, das unauffällig vor den in die Geldautomaten eines bestimmten Typs eingebauten Einzugsleesegeräten angebracht werden konnte. Die bei der Benutzung des Geldautomaten vom Inhaber der Zahlungskarte eingegebene persönliche Geheimzahl (PIN) erlangten sie mittels eines über der Tastatur des Geldautomaten angebrachten, ebenfalls mit einem Speichermedium versehenen Tastaturaufsatzes. Auf diese Weise verschafften sich der Angeklagte und seine Mitäter am 17. Februar 2007 durch Anbringen solcher Geräte an einem Geldautomaten in einer Bank in Münster 21 Datensätze von Zahlungskarten und die jeweils zugehörige PIN, am 24. Februar 2007 durch Anbringen der Geräte an einem Geldautomaten in einer Bank in Dinslaken 21 Datensätze und am 7. Juli 2007 in Osnabrück weitere 35 Datensätze von Zahlungskarten. Nach dem Entfernen der Aufsatzgeräte von dem Geldautomaten las der Angeklagte allein oder mit Hilfe eines Mitäters jeweils die Speichermedien der Geräte aus. Die Datensätze der echten Zahlungskarten wurden anschließend in Amsterdam auf die Magnetstreifen von Payback-Karten übertragen, welche Bandenmitglieder zuvor beschafft hatten. In der Folgezeit hoben Mitglieder der Bande unter Verwendung der nachgemachten Karten und der zu diesen Datensätzen jeweils gehörenden PIN an Geldautomaten im Ausland Bargeld ab.

[3] 2. Die Verurteilung wegen tateinheitlich begangenen Ausspähens von Daten hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Das bloße Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion gespeicherten Daten, um mit diesen Daten Kartendubletten herzustellen, erfüllt nicht den Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB.

[4] a) Die Strafvorschrift des § 202a Abs. 1 StGB sowohl in ihrer zur Tatzeit geltenden, als auch in der durch das 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 7. August 2007 (BGBl I, 1786) neu gestalteten Fassung setzt voraus, dass die Angriffshandlung des Täters sich