

---

## Deutscher Industrie- und Handelskammertag

---

### **Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts**

#### **A. Vorbemerkungen**

##### **1. Allgemeines**

Die vorgeschlagene Änderung des UKLaG ist nach Auffassung des DIHK aus mehreren Gründen systemwidrig und überflüssig:

- a) Datenschutz ist nicht Verbraucherschutz, sondern ein Individualgrundrecht, das sich kollektiver Wahrnehmung entzieht. Daher ist auch die Begründung des Gesetzentwurfs in sich widersprüchlich, wenn sie die Notwendigkeit der Gesetzesänderung darin sieht, dass Verstöße der Unternehmen aufgegriffen werden sollen, die nicht nur Individualinteressen betreffen.
- b) Der Gesetzentwurf setzt ausschließlich auf Sanktionen gegenüber den Unternehmen, ohne auch die Verantwortlichkeit des Einzelnen für seine Daten zu thematisieren.
- c) Die Diskussion über die EU-Datenschutz-GrundVO, die auch vom BMJV als eine notwendige Aktualisierung des Datenschutzrechts angesehen wird, zeigt, dass die datenschutzrechtlichen Regelungen dringend auf eine neue, der fortschreitenden Digitalisierung der Kommunikation angepasste Basis gestellt werden müssen. Daraus folgt aber, dass das BDSG nicht mehr den Anforderungen an den Datenschutz in der Praxis genügt. Hieraus resultieren viele für die Unternehmen ungeklärte Fragen, die durch die Änderung des UKLaG einseitig zu ihren Lasten geklärt werden sollen. Daher wäre es zielführender, zuerst die materiell-rechtlichen Voraussetzungen an die aktuellen Gegebenheiten anzupassen, bevor neue Klagebefugnisse geschaffen werden und so weitergehende Rechtsunsicherheit erzeugt wird.
- d) Unternehmen nehmen häufig die Beratungsleistung der Datenschutzaufsichtsbehörden in Anspruch. Diese positive Zusammenarbeit hat bisher auch dazu geführt, dass wenige Klagen im Bereich des Datenschutzes erhoben wurden. Behörden arbeiten mit verschiedenen Maßnahmen eher unterstützend als bestrafend nicht nur auf die Beseitigung, sondern schon auf die Verhinderung von Datenschutzverstößen hin. In vielen Fällen verhängen sie nicht sofort Buß-

gelder und sonstige Strafen, sondern wirken im ersten Schritt durch Hinweise auf die Korrektur des Fehlers hin sowie mittels Orientierungshilfen, Informationsblättern und Veranstaltungen präventiv Verstößen entgegen und erhöhen die Awareness bei den Unternehmen.

Die Beratung erfolgt grundsätzlich gegenüber jedermann. Verbände dagegen können nur ihre eigenen Mitglieder beraten und unterstützen, in allen anderen Fällen sind sie auf das Mittel der Abmahnung reduziert. Darüber hinaus können sich private Verbände meist nicht allein von Mitgliedsbeiträgen finanzieren, d. h. sie sprechen im Zweifel sofort eine kostenpflichtige Abmahnung aus, um hierdurch Einnahmen zu generieren. Eine Abmahnung ist jedoch nur auf Unterlassung und ggf. Beseitigung gerichtet. Die Verbände sind also eher restriktiv tätig.

- e) Im Internet gibt es bisher kaum Datenschutzerklärungen, die nicht abmahnfähig sind, weil die vielen Informationspflichten inzwischen nicht mehr zu überblicken sind. In vielen Fällen liegt aber trotz fehlerhafter Datenschutzerklärung tatsächlich kein Datenmissbrauch vor. Eine sofortige Abmahnung ist in solchen Fällen überzogen und führt zu einer unnötigen Zusatzbelastung für Unternehmen. Flächendeckende Kontrollen durch die Behörden dagegen führen nicht nur zu einer Beseitigung von eventuellen datenschutzrechtlichen Defiziten bei dem geprüften Unternehmen, sondern lenken auch die Aufmerksamkeit der anderen Unternehmen auf den Datenschutz und die Beseitigung der in der jeweiligen Prüfung festgestellten Mängel.
- f) Der Aufwand für die Wirtschaft durch das geplante Gesetz ist nicht abschätzbar, wie auch im Referentenentwurf selbst ausgeführt ist. Dennoch sollen die Regelungen trotz der einseitigen Belastungen der Wirtschaft eingeführt werden. Das Datenschutzrecht ist in vielen Fällen gekennzeichnet durch Verhältnismäßigkeitsabwägungen, über deren konkrete Ausgestaltung unterschiedliche Auffassungen bestehen können, ohne dass von einem Datenschutzverstoß die Rede sein kann.
- g) Verfahren bei den Landesdatenschutzbeauftragten sind für die Verbraucher kostenfrei. Insofern greift auch nicht der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass Verbraucher sich wegen der Kosten und Mühen scheuen, ihre Ansprüche durchzusetzen.

Die Vorwürfe, die Datenschutzbehörden würden ihre Aufsichtspflicht erst dann erfüllen, wenn konkrete Beschwerden vorliegen, sind ebenfalls unzutreffend. Gerade im Hinblick auf anlasslose Prüfungen hat die Kontrollichte durch die Aufsichtsbehörden in letzter Zeit eher zugenommen, wie aus den jährlichen Tätigkeitsberichten der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder hervorgeht. Entsprechende Beispiele finden sich auf den Internetseiten der Landesdatenschutzbehörden.

Abgesehen davon haben auch die Verbraucherzentralen nur begrenzte Kapazitäten. Sie klagen ihrerseits über die große Masse an Verbraucherbeschwerden und Anfragen, die sie gar nicht alle bewältigen könnten.

- h) Verbraucherschutzorganisationen oder auch Wirtschaftsverbände sind qua Verbandszweck verpflichtet, die Interessen ihrer Mitglieder (sei es Verbraucher, sei es Unternehmen) zu vertreten. Sie sind also naturgemäß nicht neutral und stehen immer in einem Interessenkonflikt. Eine unabhängige und neutrale Überwachung des Datenschutzes durch diese Verbände ist also nicht nur nicht gewährleistet, sondern per se unmöglich. Hinzu kommt: Datenschutzbehörden gehören zur öffentlichen Hand und sind als solche Grundrechtsverpflichtete. Demgegenüber sind private Verbände und Vereine selbst grundrechtsberechtigt. Greift eine Behörde unzulässig in die Grundrechte des Unternehmens ein, kann sich dieses auch auf dem Verfassungsrechtsweg zur Wehr setzen, zudem kann es bei Fehlverhalten einer Einzelperson (des Beamten) Dienstaufsichtsbeschwerde einreichen usw. Diese Rechtsmittel stehen demgegenüber einem Verein nicht zur Verfügung.
- i) Das Nebeneinander von Datenschutzaufsicht und Verbandsklagerecht führt zu einer Rechtszersplitterung durch unterschiedliche Rechtswege. Damit erhöht sich die Rechtsunsicherheit für die Unternehmen, weil auch die Ergebnisse gerichtlicher Auseinandersetzungen unterschiedlich sein werden. Zwar ist eine Klärung von Rechtsfragen im Datenschutz durch Gerichte durchaus wünschenswert, diese sollte aber einheitlich in einem Rechtsweg erfolgen. Der Gesetzentwurf schafft die Gefahr widerstreitender Entscheidungen. Ferner übersieht der Gesetzgeber, dass auch Gerichte nur begrenzte Kapazitäten haben. Die Zivilgerichte klagen schon lange über eine übergroße Flut von Verfahren und Personalmangel. Das Problem der Kapazitätsengpässe würde im Ergebnis also nur verlagert. Zudem wäre eine sachgerechte Bearbeitung komplexer Fragen des Datenschutzrechts durch die Zivilgerichte unter diesen Umständen nicht gewährleistet.

Ferner droht im Zivilverfahren immer das Damoklesschwert der Einstweiligen Verfügung, die im Zweifel vorläufig vollstreckbar ist, ohne dass der Abgemahnte vorher angehört wird. Von einer echten „Anhörung“ des Betroffenen im Rahmen einer Abmahnung kann in den meisten Fällen kaum gesprochen werden. Die Einstweilige Verfügung wird jedenfalls bei wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen praktisch standardmäßig als Druckmittel eingesetzt. Es bringt aber gerade Kleinunternehmer oft dazu, selbst bei unberechtigten oder zweifelhaften Abmahnungen schnell die Unterlassungserklärung zu unterschreiben und die Kosten zu bezahlen.

In einem Zivilgerichtsverfahren muss das abgemahnte Unternehmen u. U. Betriebsgeheimnisse offenlegen, um konkrete Fragen hinsichtlich der Nutzung von Daten (insb. Kundendaten) zu klären. Dies ist äußerst problematisch, da Zivilverfahren grundsätzlich öffentlich sind, wohingegen bei Maßnahmen der Verwaltung zunächst eine interne Prüfung und Anhörung stattfindet, mit dem Ziel, die Angelegenheit außergerichtlich zu erledigen.

Demgegenüber ist das Verwaltungsverfahren völlig anders strukturiert: Bevor ein (vorläufig) vollstreckbarer Verwaltungsakt seine Wirkung entfaltet, ist eine vorherige Anhörung des Betroffenen verpflichtend. Ein verwaltungsinternes Prüfungsverfahren erzeugt für den Betroffenen zunächst keine Kosten. Kommt der Fall vor Gericht, geht er in der Regel ins Hauptsacheverfahren. Denn Eilmaßnahmen kann die Behörde bei Eilbedürftigkeit selbst treffen. Bei zivilrechtlichen Abmahnungen gibt es zudem den fliegenden Gerichtsstand, der im Verwaltungsverfahren nicht besteht.

## **2. Europarechtliche Sicht**

- a) Die pauschale Zuordnung des Datenschutzes als Verbraucherschutzrecht ist nicht europarechtskonform:
  - aa) In der Verordnung 2006/2004/EG über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz werden in Art. 3a die Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen definiert als „die im Anhang aufgeführten Richtlinien in der in die innerstaatliche Rechtsordnung der Mitgliedstaaten umgesetzten Form und die dort aufgeführten Verordnungen“. In der Aufzählung dieses Anhangs werden nur die Datenschutz-Richtlinie für Elektronische Kommunikation (2002/58/EG) und die Richtlinie für elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EG) genannt, gerade aber nicht die Datenschutz-Richtlinie (1995/46/EG).
  - bb) Noch deutlicher geht dies aus der Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen hervor. Diese bezweckt gemäß Art. 1 Abs. 1 „die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Unterlassungsklagen im Sinne des Art. 2 der Richtlinie zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, die unter die in Anhang I der Richtlinie aufgeführten Europäischen Richtlinien fallen, um so das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten“. Unter den in Anhang I genannten Richtlinien findet sich keine einzige datenschutzbezogene Richtlinie, auch nicht die oben erwähnte Richtlinie für elektronischen Geschäftsverkehr.
- b) Der Gesetzentwurf ist nicht vereinbar mit den Überlegungen zu einer EU-Datenschutz-GrundVO:

Der Ansatz der EU-Datenschutz-GrundVO zu einem one-stop-shop, bei dem die Unternehmen EU-weit eine Auskunft zu datenschutzrechtlichen Fragen erhalten, würde durch die geplante Änderung des UKLaG konterkariert.

In der EU-Datenschutz-GrundVO wird die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden als ein wichtiges Regelungsziel in Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH gesehen. Private Verbände unterliegen hingegen anderen Interessen und Abhängigkeiten.

Der Entwurf des Art. 76 EU-Datenschutz-GrundVO sieht gerade nicht vor, dass privatrechtlich organisierte Verbände im Datenschutz ein eigenes Verbandsklagerecht haben sollen, sondern sie dürfen nur tätig werden, wenn sie beauftragt sind. Insofern stimmt die vorgesehene Regelung im UKLaG nicht mit der geplanten EU-Datenschutz-GrundVO überein. Wollen die privatrechtlich organisierten Institutionen beschwerdeunabhängig tätig werden, können sie dies nach Art. 73 EU-Datenschutz-GrundVO nur gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörde tun.

### **3. nationales Recht**

- a) Die Rechtsprechung hat bereits in vielen Fällen Klagemöglichkeiten der Verbraucherverbände gegen datenschutzrechtliche Vorgaben im Rahmen von AGBs der Unternehmen zugelassen. Jedoch hat u. a. der BGH zutreffend den Datenschutz nicht als verbraucherschützenden Bereich angesehen, weil Datenschutz keine Marktverhaltensregeln beinhaltet. Leider fehlt es in der Gesetzesbegründung an einer Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung (z. B. BGH, Az. VIII ZR 348/06 zu § 4 BDSG; OLG Düsseldorf, Az. I – 7 U 149/03 zu § 28 Abs. 4 BDSG; OLG Frankfurt a.M., Az. 6 U 168/04 zu §§ 3a, 4 BDSG).
- b) Die umfassende Erstreckung des Klagerechts auf datenschutzrechtliche Verstöße lässt außer Acht, dass das UKLaG nur das Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmen betrifft, also den B2C-Bereich, nicht aber darüber hinaus gehende datenschutzrechtliche Anforderungen.
- c) Die datenschutzrechtlichen Individualrechte des Einzelnen werden bereits durch die Datenschutzaufsichtsbehörden in Bund und Ländern ausreichend geschützt. Die Aufsichtsbehörden sind für die Unternehmen Ansprechpartner bei datenschutzrechtlichen Fragen. Auf ihre Meinung muss sich dann ein ratsuchendes Unternehmen auch verlassen können. Würde eine entsprechende Rechtsauskunft der Aufsichtsbehörde vor einem Zivilgericht aufgrund eines Unterlassungsanspruchs keinen Bestand haben, stellen sich auch haftungsrechtliche Fragen des betroffenen Unternehmens gegenüber der Behörde.

- d) Die Verbraucher haben umfangreiche Auskunfts- und Löschungsrechte. Sollte tatsächlich das Unternehmen berechtigten Anfragen nicht nachkommen, können Verbraucher durch die Datenschutzaufsichtsbehörden Hilfestellung bekommen. Damit gibt es ausreichend rechtliche Grundlagen zur Durchsetzung von Ansprüchen auf Beachtung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Vollzugsdefizite rechtfertigen nicht weitere Regulierungsmaßnahmen, allenfalls Verbesserungen in der Ausstattung der Aufsichtsbehörden.
- e) Die Charakterisierung des Datenschutzrechts als spezifisches Verbraucherschutzrecht hat im Übrigen nicht nur Auswirkungen auf Ansprüche nach dem UKlaG, sondern auch auf solche nach dem UWG mit unabsehbaren Folgen für die Unternehmen durch rechtsmissbräuchliche Abmahnungen von Konkurrenten.
- f) Im Ergebnis wird der Verbraucher durch den Gesetzentwurf nicht viel besser geschützt, da sich die Abmahnungen von Verbänden oder Konkurrenten wegen leichter Ermittelbarkeit vorwiegend auf Formfehler beschränken werden. Eine effizientere Verfolgung von Unternehmen, die Datenschutzverstöße quasi professionell und in großem Stil begehen, wird mangels ausreichender Ermittlungsmöglichkeiten der Verbände nicht gewährleistet.

## **B. Zu den einzelnen Vorschriften**

### **Art. 1, Art. 2**

Fraglich erscheint, ob Verbraucher genau wissen, was mit „Textform“ gemeint ist. In der Praxis wird aus diesen Gründen oft erläutert, dass man die Erklärung wahlweise per Telefax, E-Mail, SMS oder Brief abgeben könne. Letztlich meint „schriftlich“ heute alles, was nicht rein mündlich erfolgt – der alte Begriff müsste im Grunde moderner lauten: „textlich“. Einige Kunden werden sogar meinen, dass sie nunmehr gezwungen seien, eine Erklärung auf elektronischem Wege abzugeben und die „schriftliche“ Form mit Brief und Unterschrift nicht mehr zulässig sei. Sinnvoller wäre hier z. B. die Formulierung „schriftlich oder elektronisch“. Durch die geplante Gesetzesänderung ist also kein großer Gewinn für den Verbraucherschutz zu erwarten. Im Gegenteil ist zu befürchten, dass diese Veränderung – wie z. B. die zahlreichen Veränderungen der gesetzlichen Musterwiderrufsbelehrung zeigen – eine Abmahnwelle hervorruft, die die betroffenen Unternehmen schädigt.

In der heutigen Vertragspraxis besteht bei Verbraucherverträgen in der Regel kein Bedarf für eine Vereinbarung der Schriftform, weil auch im Rahmen der Textform Willenserklärungen hinreichend dokumentiert und damit letztlich beweisbar sind. Allerdings sind Verbraucher auch heute schon durch die Regelung in § 127 Abs. 2 und 3 BGB geschützt, wie dies auch in der Gesetzesbegrün-



dung erläutert wird. Eine Benachteiligung der Verbraucher ist deshalb nur insoweit möglich, als dass Verbraucher durch das vermeintliche Schriftformerfordernis davon abgehalten werden, ihre Rechte geltend zu machen. Hierzu, ob und in welchem Umfang dies tatsächlich der Fall ist, liegen keine rechtstatsächlichen Erkenntnisse vor. Bevor die weitreichenden und mit hohen Bürokratiekosten verbundenen Änderungen dieses Vorschlags umgesetzt werden, sollten dazu belastbare Untersuchungen angestellt werden.

Die Änderungen würden nämlich einen erheblichen Umstellungsaufwand für die Wirtschaft nach sich ziehen. Einen Anhaltspunkt hierfür gibt die Zahl der mehr als 3 Mio. Unternehmen in Deutschland, von denen im Zweifel fast jedes Unternehmen mindestens eine AGB hat. Etliche Unternehmen haben auch mehrere Verkaufs- und Einkaufsbedingungen. Nach diesseitiger Einschätzung dürfte sich in bald jeder dieser Vertragswerke eine Schriftformklausel finden. Auch quasi jeder Mustervertrag eines beliebigen Rechtsformularbuchs enthält solche Klauseln. Bei konservativer Schätzung dürfte sich die Zahl der betroffenen Verbraucherverträge deshalb leicht im hohen sechsstelligen Bereich bewegen.

Mit den Schriftformklauseln wollen Unternehmen ihren Kunden keine Hürden (z. B. bei der Kündigung) in den Weg legen. Vielmehr ist den meisten Unternehmen die mit dem Gesetz vom 13. Juli 2001 eingeführte Textform als Alternative zur Schriftform bis heute schlichtweg nicht bekannt. Wenn sich aber ein Rechtsinstitut nach mehr als 10 Jahren nicht durchgesetzt hat, kann von Unternehmen nicht erwartet werden, dass die angestrebte Rechtsänderung mehr oder weniger von heute auf morgen Eingang in die Vertragspraxis findet. In Unkenntnis der neuen Rechtslage wird es vielmehr Jahre dauern, bis sich die gängige Praxis, Schriftform bezüglich verschiedener Rechtshandlungen zu vereinbaren, ändern wird.

Die Folgen in der Zeit zwischen der Gesetzesänderung und der Änderung der AGBs sind weitreichend: Unternehmen müssen nicht nur mit kostenpflichtigen Abmahnungen rechnen; im schlimmsten Fall ist sogar mit einer regelrechten Abmahnwelle zu rechnen. Die betreffenden Klauseln sind vor allem aber unwirksam. Kündigungen oder andere rechtserhebliche Erklärungen müssen dann nicht etwa in Textform erfolgen, sondern sind formfrei möglich. Dies wird Streitigkeiten in nicht überschaubarer Größenordnung mit Blick auf die mangelnde Beweisbarkeit bestimmter Rechtstaten nach sich ziehen. Das ist aber auch nicht im Sinne der Verbraucher, die ebenfalls ein Interesse an der rechtssicheren Gestaltung bzw. Umsetzung ihrer Verträge haben.

Vor diesem Hintergrund ist die in Art. 2 Nr. 2 des Gesetzentwurfs vorgesehene „Übergangsregelung“, nach der § 309 Nr. 13 BGB nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden ist, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes entstanden sind, bei weitem nicht ausreichend. Die Unternehmen benötigen

einen großzügigen Zeitraum, um sich auf das Textformerfordernis einzustellen. Dies setzt voraus, dass die neue Rechtslage zunächst auch Eingang in Konditionenempfehlungen und Vertragshandbücher finden konnte. Eine Übergangsfrist von mindestens 18 Monaten erscheint hierfür angezeigt.

Die in Art. 2 Nr. 2 des Gesetzentwurfs genannte Übergangsfrist sollte daher wie folgt gefasst werden:

„309 Nummer 13 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem ...[einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] geltenden Fassung ist nur auf ein Schuldverhältnis anzuwenden, das nach dem ... [einsetzen: Datum des Tages vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes] entstanden ist, nicht jedoch vor dem [einsetzen: Datum des auf den 18. Monat nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes folgenden Tages]“

Einem Unternehmer, der ausschließlich im stationären Handel tätig ist und AGBs verwendet, sollte es grundsätzlich nicht verwehrt sein, sich in der direkten Korrespondenz auf die Kommunikationsformen Brief, Telefax und Telefon zu beschränken. Die Kommunikationsform sollte sich nach wie vor an die Geschäftsumstände anpassen. Beispiel: Ein kleiner stationärer Händler hat keine E-Mail-Adresse und ist auch nicht im Internet tätig, verwendet aber AGBs. Wenn er dann zwar für Erklärungen die Textform zulässt, aber keine E-Mail-Adresse angeben kann, sollte dies keinen Rechtsverstoß darstellen.

### **Art. 3**

#### **§ 2 Abs. 1 S. 1**

Der Anspruch auf Beseitigung ist uneingeschränkt vorgesehen. Für den Bereich des unlauteren Wettbewerbs spielt aber der Beseitigungsanspruch keine Rolle, weil durch die Unterlassung bereits die Beseitigung für die Zukunft erzielt wird. Für datenschutzrechtliche Fallgestaltungen wird übersehen, dass es für Unternehmen gesetzlich vorgeschriebene Aufbewahrungsfristen gibt, die auch zu Unrecht erhobene oder verarbeitete Daten betreffen können.

Zudem ist nicht erkennbar, wie der neue Beseitigungsanspruch überprüft werden soll. Dem Landesdatenschutzbeauftragten gegenüber ist das Unternehmen auskunftspflichtig und dieser kann auch Kontrollen durchführen, ob die Daten tatsächlich gelöscht wurden, was einem Verband nicht möglich ist. Dies würde auch zu weitreichend in die Rechte der Unternehmen eingreifen und zu Verletzungen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen führen.



## **§ 2 Abs. 1 S. 2**

Bei der Vorschrift zur Verantwortlichkeit des Inhabers ist nicht erkennbar, welchen Regelungsgehalt diese – allgemein gültige – Vorschrift haben soll. Zudem ist offen, wer z. B. bei einer GmbH – haftungsrechtlich – der Inhaber sein soll.

## **§ 2 Nr. 11**

Hier verweisen wir zunächst auf unsere Ausführungen zu A. Bei datenschutzrechtlichen Bestimmungen handelt es sich um inhaltlich sehr komplexe Regelungen. Die Beantwortung zahlreicher datenschutzrechtlicher Fragestellungen gestaltet sich selbst aus aufsichtsbehördlicher Sicht schwierig. Einheitliche Tendenzen in der Rechtsprechung sind kaum erkennbar. Diese Rechtsunsicherheit geht hier einseitig zulasten der Unternehmen.

## **§ 2b**

Der Gesetzgeber versucht erneut, dem zunehmenden Missbrauch der Ansprüche durch Abmahnvereine vorzubeugen. Dies wird ihm auch mit dieser neuen Vorschrift nicht gelingen, da sie nach wie vor unbestimmte Rechtsbegriffe enthält und letztlich die Auslegung der Gerichte abzuwarten ist. Wenn den Abmahnvereinen mit den datenschutzrechtlichen Bestimmungen ein neues Betätigungsfeld eingeräumt wird, ist wiederum mit einer Welle von Abmahnungen zu rechnen.

Zwar wird im Gesetzentwurf ein beispielhaftes Kriterium für Rechtsmissbrauch erwähnt, jedoch ist der Nachweis einer missbräuchlichen Motivation in der Praxis nur sehr schwer oder gar nicht möglich. Insbesondere wenn nicht ein krasser Fall massenhafter Serienabmahnung vorliegt, gehen Gerichte zumeist nicht von einem Missbrauch aus. Denn bei Verbänden oder Wettbewerbsvereinen werden in aller Regel selbst bei massenweiser Abmahnung desselben Verstoßes „seriöse“ Beweggründe vermutet, so dass es in solchen Fällen praktisch unmöglich ist, ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen zu beweisen. Die bisherige Erfahrung im Wettbewerbsrecht zeigt, dass selbst bei begründeten Zweifeln und einer Reihe von Indizien das abgemahnte Unternehmen gezwungen ist, sich auf ein Gerichtsverfahren einzulassen und das Prozesskostenrisiko zu tragen. So zitieren z. B. die Verbände Gerichtsentscheidungen, in denen ihre Klagebefugnis angeblich festgestellt wurde – tatsächlich handelt es sich aber um Versäumnis- oder Anerkenntnisurteile, die die Klagebefugnis gar nicht geprüft hatten. Der Verband hat aber meist die besseren finanziellen Mittel, um mehrere Instanzen durchzufechten, während einem Kleinunternehmen schnell die (finanzielle) Luft ausgeht.

Ebenso ist es für den einzelnen Unternehmer ausgesprochen schwierig, alle Umstände, die auf die Rechtswidrigkeit in Hinblick auf eine Massenabmahnung schließen lassen, zu beweisen. Er kennt weder die Gesamtzahl der Abmahnungen, die der Abmahner bereits ausgesprochen hat, noch hat er Kenntnisse darüber, wer hinter einem Abmahnverein oder einem entsprechenden Verband

steckt. Die Erfahrung zeigt, dass sich viele Unternehmen von einer Abmahnung durchaus einschüchtern lassen und lieber die geforderte Unterlassungserklärung abgeben und zahlen, als Beweismittel zusammentragen, um dem Abmahner wirkungsvoll entgegenzutreten. Angesichts der Tatsache, dass eine abgegebene Unterlassungserklärung – unabhängig davon, ob sie berechtigt oder unberechtigt gefordert wurde – nicht mehr aus der Welt zu schaffen ist, sollte der Gesetzgeber hier eher Überlegungen anstellen, wie er hier Abhilfe schaffen kann, statt ein weiteres Tor für Abmahnungen zu öffnen. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber in anderen Bereichen, wie z. B. im Urheberrecht gerade versucht, diese weit offen stehenden Tore für Abmahner mühsam zu schließen.

Daher sollten Abmahnungen wegen Bagatelverstößen ausdrücklich als nicht abmahnfähig in das Gesetz aufgenommen werden.

### **§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2**

Fraglich ist, ob nicht bei der Verfolgung datenschutzrechtlicher Verstöße die rechtsfähigen Verbände ebenso wie die qualifizierten Einrichtungen entsprechend gelistet sein sollten, um Missbrauch vorzubeugen.

### **§§ 3, 4**

Die Veröffentlichung der Liste der qualifizierten Einrichtungen macht es Abgemahnten einfacher festzustellen, ob der Abmahner dazu überhaupt berechtigt ist. Ebenfalls sachgerecht ist es, die Anforderungen an die qualifizierten Abmahneinrichtungen näher zu konkretisieren. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass Vereine lediglich zum Zweck der Abmahnungen gegründet werden, ohne dass sie irgendwelche sonstigen Aufgaben wahrnehmen.

### **§ 4 Abs. 1**

Durch die vorgesehene Gesetzesänderung werden zukünftig Datenschutzverstöße auch von Konkurrenten abgemahnt werden können. Dies war auch in den vom Gesetzgeber zitierten Urteilen des OLG Karlsruhe und OLG Köln der Fall, die somit nun „gesetzliche“ Bestätigung erfahren.

In beiden Urteilen ging es im Kern um die Abwerbung von Kunden bei nahezu identischen Sachverhalten: Ein Stromanbieter hatte seinem ehemaligen Kunden nach dessen Wechsel zu einem anderen Stromanbieter erneut ein Angebot unterbreitet, um ihn zurückzugewinnen. Dabei stellte er seine eigenen Tarife denjenigen des neuen Stromanbieters gegenüber, dessen Identität er im Zusammenhang mit der Vertragskündigung erfahren hatte. Daraufhin hat der neue Stromanbieter seinen Konkurrenten wegen Verletzung von §§ 4, 28 BDSG i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG abgemahnt.

Auf diese Weise werden aber die Wertungen des UWG umgangen. Denn nach § 4 Nr. 10 UWG wäre die Abwerbung von Kunden nur bei Hinzutreten besonderer unlauterer Umstände wettbewerbswidrig gewesen, beispielsweise bei Verleitung des Kunden zum Vertragsbruch. Die Tatsache, dass das abwerbende Unternehmen die gezielte Abwerbung nur aufgrund eines Datenschutzverstößes vornehmen konnte, betrifft allein die Sphäre des Kunden, nicht des Konkurrenten, weshalb dadurch keine „unlautere“ gezielte Behinderung vorlag. Auch hatte das abwerbende Unternehmen die Information nicht auf unlautere Weise erlangt (z. B. Verletzung von Betriebsgeheimnissen), sondern erst ihre Weiterverwendung verstieß gegen Datenschutzrecht.

Das UWG will dem Konkurrenten in solchen Fällen gerade keine Ansprüche gewähren. Der Kunde ist hinsichtlich seiner Daten über das Datenschutzrecht geschützt und verfügt über eigene Rechtsmittel. Er muss auch nicht per se davor geschützt werden, ein erneutes Angebot seines ehemaligen Anbieters zu erhalten; und soweit dieses im Wege der belästigenden Werbung erfolgt, wäre er aufgrund § 7 UWG geschützt. Im Übrigen ist es nicht die Aufgabe einzelner Unternehmen, die Rechte des Verbrauchers zu verteidigen. Auch in den obigen Beispielsfällen wollte der abmahnende Stromanbieter wohl kaum den Kunden vor Missbrauch seiner Daten schützen, sondern ihm ging es um seinen eigenen Wettbewerb. Letzteres wird in solchen Fällen der Kundenabwerbung aber vom UWG versagt.

**Ansprechpartnerin:** Annette Karstedt-Meierrieke, Tel.: 030/203082706  
E-Mail: [karstedt-meierrieke.annette@dihk.de](mailto:karstedt-meierrieke.annette@dihk.de)