

**Stellungnahme**  
**zur**  
**Frage einer ergänzenden Sonderregelung für die Abmahnung**  
**datenschutzrechtlicher Verstöße**

Die Wettbewerbszentrale dankt dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu folgender Frage:

***Wie können ergänzende Sonderregelungen für die Abmahnung datenschutzrechtlicher Verstöße - insbesondere zum Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen - in den Entwurf aufgenommen werden?***

Zu der Frage nimmt die Wettbewerbszentrale wie folgt Stellung:

**I. Grundsätzlich: Kein Bedürfnis einer Sonderregelung im Ref-E**

Die Wettbewerbszentrale begrüßt, dass der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung eines fairen Wettbewerbs (Ref-E) keine ergänzenden Sonderregelungen für den Bereich des Datenschutzrechts enthält und bewusst die Klärung rechtlicher Fragen den Gerichten vorbehält<sup>1</sup>.

Aus Sicht der Wettbewerbszentrale besteht für gesetzliche Neuregelungen aktuell kein Bedürfnis. Die von einigen befürchtete und in den Medien gehypte „Abmahnwelle“ ist bekanntlich – und für den Praktiker eigentlich nicht überraschend - ausgeblieben<sup>2</sup>. Der Wettbewerbszentrale sind bislang nur vereinzelte Abmahnungen bekannt geworden, wobei die Anspruchsbefugnis der Mitbewerber schon höchst fraglich war. Daran hat sich auch nach der ersten gerichtlichen Entscheidung, die Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung (DS-

---

<sup>1</sup> vgl. S. 25 der Begründung zum Ref-E: „Soweit die in den Artikeln 13 und 14 der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Gebote als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG bewertet werden (...)“;

<sup>2</sup> <https://www.tagesschau.de/inland/dsgvo-datenschutz-grundverordnung-101.html>

GVO) als Norm i.S.d. § 3a UWG einordnete und damit Mitbewerbern eine Anspruchsbefugnis ermöglichte, soweit ersichtlich nichts geändert.<sup>3</sup>

Auch vor Anwendung der neuen DS-GVO sind Massenabmahnungen im Bereich des Datenschutzes ausgeblieben, obwohl auch schon unter Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes (alte Fassung) und Telemediengesetzes beispielsweise Informationspflichten – wenn auch weniger weitgehend – bestanden. Die zivilgerichtliche Rechtsprechung hat bislang für jeden Einzelfall genau untersucht, ob es sich bei einer verletzten Norm um eine das Marktverhalten regelnde Vorschrift handelt (OLG Hamburg, Urteil v. 27. 6. 2013, Az. 3 U 26/12 zu § 13 TMG bejaht; KG Berlin, Beschluss v. 29.04.2011, Az. 5 W 88/11 zu § 13 TMG verneint; LG Hamburg, Urteil v. 02.03.2017, Az. 327 O 148/16 zu §§ 4, 4a und 28 Abs. 7 BDSG a.F. mit Verweis auf Erwägungsgründe der DS-RL bejaht).

## **II. BR-Ausschuss-Empfehlung (BR-Drs. 430/1/18) nicht zielführend**

Die Wettbewerbszentrale hat die Ergänzungsempfehlung aus dem federführenden Ausschuss für Innere Angelegenheiten und der Wirtschaftsausschuss zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU - 2. DSAnpUG-EU) vom 05.10.2018 (BR-Drs. 430/1/18) zur Kenntnis genommen: Gemäß § 44a BDSG-E sollen Vorschriften der Verordnung (EU) 679/2016 und Vorschriften der Teile 1 und 2 dieses Gesetzes keine Vorschriften im Sinne von § 3a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb darstellen. Nach der Ergänzungsbegründung soll damit der *„Unsicherheit insbesondere bei kleinen und mittelständischen Unternehmen über wettbewerbsrechtliche Abmahnverfahren“* begegnet werden.

Allerdings stellt die Empfehlung aus Sicht der Wettbewerbszentrale kein geeignetes Mittel zum Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen vor Abmahnmissbrauch im Bereich des Datenschutzes dar, denn als alternativer Weg stünde statt § 3a UWG die Norm des § 5a Abs. 4 UWG (Norm zur Umsetzung der UGP-RL) zur Verfügung. Wir sind zudem der Auffassung,

---

<sup>3</sup> Datenschutzvorschriften DS-GVO als Marktverhaltensregelung bejaht: LG Würzburg, Beschluss v. 13.09.2018, Az. 11 O 1741/18; verneint: LG Bochum, Beschluss v. 07.08.2018, Az. I-12 O 85/18;

dass die Klärung der Frage, ob Verstöße gegen Normen aus dem Datenschutzrecht über das UWG zu beanstanden sind, den Gerichten vorbehalten bleiben sollte.

Im Einzelnen:

## **1. Zur wettbewerblichen Bedeutung von Datenschutzverstößen**

Insbesondere in Zeiten von „Big Data“ und dem Wachsen von Geschäftsmodellen, deren Kerntätigkeit in der Durchführung von Datenverarbeitungsvorgängen besteht, kann eine Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts nicht pauschal ausgeschlossen werden. Datenschutzrecht, seine Anwendung oder seine Nichtbeachtung, hat auch Auswirkungen auf den Wettbewerb.

Diese Bedeutung für die deutsche Wirtschaft bestätigt auch das Ergebnis einer repräsentativen Umfrage des Digitalverbands Bitkom unter mehr als 500 Unternehmen aus Deutschland: So stimmen 62 % der befragten Unternehmen der Aussage zu, dass die DS-GVO zu einheitlicheren Wettbewerbsbedingungen in der EU führt, 46 % sehen in der DS-GVO einen Wettbewerbsvorteil für europäische Unternehmen und für 30 % bringen die neuen Regelungen Vorteile für ihr Unternehmen.<sup>4</sup>

Unbestreitbar liegt der Umkehrschluss: Verstöße gegen Datenschutzregelungen können ganz erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Gerade massive Verstöße gegen Datenschutz (wie z. B. unberechtigte Weitergabe von personenbezogenen Daten zu Werbezwecken) beeinträchtigen neben den betroffenen Personen automatisch auch Mitbewerber, die sich redlich verhalten. Zurecht nennt Prof. Dr. Wolff daher den Datenschutz als einen Wettbewerbsfaktor.<sup>5</sup>

Die Diskussionen darüber, ob Datenschutzverstöße auch weiterhin unter Geltung der neuen DS-GVO mit den Mitteln des bewährten deutschen zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzungssystems des UWG entgegengetreten werden sollte, ist durch den

---

<sup>4</sup> Presseinformation Bitkom vom 27.09.2018, abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Kaum-Fortschritt-bei-der-Umsetzung-der-Datenschutz-Grundverordnung.html>

Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 26.06.2018<sup>6</sup> forciert und auf die politische Ebene gehoben worden. Dem Freistaat Bayern geht es wohl kaum darum, die Durchsetzung der wichtigen Datenschutzbestimmungen der DS-GVO zu verhindern. Der wahre Grund für den Antrag aus Bayern liegt vielmehr darin, „einer etwaigen missbräuchlichen und rechtswidrigen Abmahnpraxis im Bereich des Datenschutzrechts vorzubeugen“.<sup>7</sup> Hintergrund des Antrags ist „die tatsächliche Gefahr, dass die herrschende Rechtsunsicherheit ausgenutzt wird, um gegenüber Unternehmen zu eigenen Geschäftszwecken in großem Umfang missbräuchliche und (unions-)rechtswidrige Abmahnungen auszusprechen.“<sup>8</sup> Es muss also darum gehen, missbräuchliche Abmahnungen zu verhindern, nicht aber generell datenschutzrechtlich determinierte Wettbewerbsverzerrungen, die im Einzelfall durchaus auch schwerwiegend sein können, aus dem Anwendungsbereich des UWG herauszuhalten.

Auch ist nicht jede Abmahnung wegen eines schweren und nachhaltigen Verstoßes gegen den Datenschutz, der gegebenenfalls im Geschäftsmodell angelegt ist, per se als „missbräuchlich“ zu bewerten. Die Diskussion, auf die sich der bayerische Antrag eingelassen hat, bewegt sich aufgrund der Hochstilisierung der „Abmahnprobleme“ auf einer mittlerweile doch sehr schiefen Ebene. Den bayerischen Ansatz zu Ende gedacht, müsste Bayern den Antrag stellen, nicht nur die Vorschriften des Datenschutzrechts, sondern eben auch des UWG aus dem Anwendungsbereich des UWG (und natürlich auch jegliche Verordnungen wie HCVO, TextilkennzeichnungsVO, PreisangVO, etc.) herauszunehmen, weil bei diesen Normen die allergrößte Gefahr besteht, mit Abmahnungen, sprich: missbräuchlichen Abmahnungen überzogen zu werden.

Es ist daher weder sinnvoll noch zielführend, Vorschriften, deren Nichtbefolgung auch massive wettbewerbliche Auswirkungen am Markt haben können, vom Anwendungsbereich des UWG auszunehmen. Vielmehr muss das Ziel sein, missbräuchliche Abmahnungen zu verhindern. Und zwar unabhängig davon, ob dem Missbrauch (der missbräuchlichen Abmahnung) Verstöße gegen das UWG, die PreisangabenVO, die HealthClaimsVO oder andere Marktverhaltensregelungen wie etwa den Datenschutzregelungen zu Grunde liegen. Genau dieses Anliegen soll mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs allgemein,

---

<sup>5</sup> Wolff, ZD 2018, 248, 251;

<sup>6</sup> BR-Drs. 304/18.

<sup>7</sup> BR-Drs. 304/18, S. 2.

umfassend und unabhängig von den Datenschutzregelungen erreicht werden. Wir haben dargestellt, wie dies mit dem geplanten Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs gelingen kann. Ein Bedürfnis, Datenschutzverstöße aus dem Anwendungsbereich des UWG wegen der Abmahnmissbrauchsgefahr herauszuhalten, ist damit obsolet.

Die apodiktische Behauptung in der BR-Ausschuss-Empfehlung, wonach das „Rechtsfolgenregime“ der DS-GVO abschließend sei, insoweit ein „Anwendungsvorrang der Datenschutz-Grundverordnung“ bestehe, der Ansprüche nach dem UWG „von vornherein ausschließe“<sup>9</sup>, ist hochgradig kontrovers.<sup>10</sup> Es handelt sich ausschließlich um eine These, die sich auf Ausführungen von Herrn Prof. Köhler bezieht. Dieser stellt allerdings selbst in seinem jüngst in der WRP veröffentlichten Aufsatz voran, dass das Thema kontrovers diskutiert wird und letztlich der EuGH über die Auslegung der DS-GVO entscheiden muss<sup>11</sup>. Gerade auch über die Frage, ob die Regelungen der DS-GVO in puncto Sanktionen und Rechtsdurchsetzungsinstrument abschließend sind. Die besseren Gründe sprechen dafür, auch Rechtsbehelfe anderen Personen neben den „betroffenen Personen“ zuzulassen.

Wir gehen davon aus, dass der EuGH im Interesse der effektiven Durchsetzung der Datenschutzvorschriften in einem der wichtigen Lebensbereiche des Verbrauchers, nämlich seiner wirtschaftlichen Betätigung, also im Verkehr zwischen Verbrauchern und Unternehmen, einer Rechtsdurchsetzung im Rahmen des Lauterkeitsrechts durch Verbände angesichts der schon in der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Öffnung hin zu einer verbandlichen Rechtsdurchsetzung (nicht Durchsetzung durch Mitbewerber) einer Klagebefugnis für Verbände, wie sie heute im UKlaG vorgesehen ist, nicht entgetreten wird. Dies gilt erst Recht, wenn die geplante E-Privacy-VO in Kraft tritt, die weitreichende Durchsetzungsmöglichkeiten aller Beteiligter vorsieht.

Deutschland sollte vor diesem Hintergrund die Tür für eine wettbewerbsrechtliche Rechtsdurchsetzung von Datenschutzverstößen nicht vorab verschließen, sondern dem EuGH die Entscheidung überlassen und gleichzeitig ungewollte Abmahnungen unseriöser und

---

<sup>8</sup> BR-Drs. 304/18, S. 1.

<sup>9</sup> BR-Drs. 430/1/18, S. 6 m. Verweis auf Köhler/Bornkamm/Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 36. Aufl., § 3a Rn. 1.40a und 1.74b.

<sup>10</sup> Dazu etwa – differenzierend in Bezug auf Mitbewerber und Verbände – Barth, WRP 2018, 790 ff.

<sup>11</sup> Köhler, WRP 2018, 1269, 1270 mit Verweis auf Erwägungsgrund 143 der DS-GVO.

missbräuchlich agierender Anspruchsteller eindämmen. Dazu aber ist das zu entwickelnde Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs mit den von der Wettbewerbszentrale vorgeschlagenen gezielten Einschränkungen für Mitbewerber und harten Kriterien für eine Vorab-Prüfung von Verbänden erforderlich und – ohne pauschale Ausgrenzung des Datenschutzrechts – ausreichend. Ziel muss es auch weiter sein, einen effektiven Datenschutz zu gewährleisten.

## **2. Zu § 5a Abs. 4 UWG:**

Zudem wäre ein vollständiger Ausschluss von Ansprüchen aus dem UWG mit der Empfehlung ohnehin nicht erreicht: Es bliebe in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing die Möglichkeit einer Abmahnung aufgrund eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 4 i. V. m. Abs. 2 UWG, die der Umsetzung der UGP-Richtlinie dienen. Danach kann ein Vorenthalten von wesentlichen Informationen, die dem Verbraucher auf Grund unionsrechtlicher Verordnungen, unter Berücksichtigung aller Umstände, eine Unlauterkeit begründen und bei einem Verstoß durch Unterlassen auch weiterhin Mitbewerber-Abmahnungen nach UWG zur Folge haben. Auch Vorschriften der DS-GVO können unionsrechtliche Informationen i. S. v. § 5a Abs. 4 UWG darstellen. Die Entscheidung, ob die Vorschrift des § 5a Abs. 2 UWG im Hinblick auf die DS-GVO überhaupt angewendet werden kann, ist gleichwohl Frage für die Gerichte.

Insgesamt sollte eine Verhinderung von Abmahnmissbrauch (der wie ausgeführt auch bislang nicht ersichtlich ist!) nicht mit dem pauschalen Herausnehmen von Normbereichen aus dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrecht begegnet werden. Hier ist es zielführender, die Abmahnbefugnis von Mitbewerbern bei bestimmten datenschutzrechtlichen Verstößen einzuschränken (vgl. unser Vorschlag im Folgenden).

## **III. Lösungsmöglichkeit: Vorschlag der Wettbewerbszentrale**

Soweit ersichtlich sind bislang hauptsächlich Verstöße gegen die Informationspflichten (fehlende oder fehlerhafte Datenschutzerklärung) Gegenstand von datenschutzrechtlichen Abmahnungen gewesen. Hintergrund der Beanstandungen dürften die katalogartig aufgezählten, und daher von Mitbewerbern auf der Webseite ohne große Mühen hinsichtlich

ihrer Erfüllung zu überprüfende, Informationspflichten durch die DS-GVO sein. Die Informationspflichten bei Erhebung personenbezogener Daten wurden im Vergleich zur Rechtslage vor 25.05.2018 deutlich erweitert.

Diese erweiterten Informationspflichten machen laut vorstehend genannter Bitkom-Umfrage 87 % der Unternehmen zu schaffen.<sup>12</sup> Die Wettbewerbszentrale kann dies in der Praxis insbesondere bei klein- und mittelständischen Gewerbebetrieben bestätigen. So erfordert beispielsweise Art. 13 Abs. 1 lit. c) DS-GVO die Mitteilung der konkreten Rechtsgrundlage für jeden einzelnen Verarbeitungsprozess personenbezogener Daten, was nicht juristisch versierten Personen regelmäßig vor Probleme stellt.

Wie im Bereich des allgemeinen UWG besteht die größte Sorge und Unsicherheit dahingehend, dass „Hinz und Kunz“ Datenschutzverstöße im Internet suchen und daraus massenhafte Abmahnungen zu ihrem Geschäftsmodell machen können. Daher sollte auch dieser Gefahr wie im allgemeinen UWG begegnet werden, nämlich durch einen klar auf den Sachverhalt (Online-Bereich) und auf den potenziell missbräuchlich handelnden Abmahner begrenzten Ansatz.

Daher schlagen wir vor, an unsere Lösungsansätze aus der Stellungnahme zum Ref-E anzuknüpfen:

**Im Online-Bereich sollten Mitbewerber auch im Zusammenhang mit datenschutzrechtlichen Informationspflichten nicht abmahnbefugt sein!**

In der Stellungnahme vom 26.09.2018 zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung eines fairen Wettbewerbs hat die Wettbewerbszentrale gesetzgeberische Lösungsansätze vorgeschlagen, um das Problem des Abmahnmissbrauchs ganz gezielt auf die Störfälle wie auch auf die „Störer“ zu begrenzen (Stellungnahme ebd., S. 3 ff.). Zum einen durch höhere Anforderungen an die Verbandsklagebefugnis (ebd., S. 4) und zum anderen durch die Begrenzung der

---

<sup>12</sup> Presseinformation Bitkom vom 27.09.2018, abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Kaum-Fortschritt-bei-der-Umsetzung-der-Datenschutz-Grundverordnung.html>



Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern bei bestimmten Informations- und Kennzeichnungspflichten im Online-Bereich (ebd., S. 5).

*„Im Online-Bereich sollte Mitwettbewerbern die Abmahnbefugnis bei konkret festgelegten Informations- und Kennzeichnungspflichten entzogen werden: Ansprüche auf der Grundlage von § 3a oder § 5a UWG wegen Verstößen gegen konkret genannte und abschließend aufgezählte **gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten** (insbesondere solche rund um die VRR), sofern diese **im Online-Bereich** stattfinden, sollten ausschließlich von qualifizierten Einrichtungen (in Zukunft eingetragene Verbraucherschutzeinrichtungen und eingetragene qualifizierte Wirtschaftsverbände), die in den jeweiligen Listen eingetragen sind, geltend gemacht werden können. Als Vorbild dafür könnte das UKlaG mit den dort aufgezählten Vorschriften dienen. In diesem klar abgegrenzten Bereich wären dann Abmahnungen durch Mitbewerber ausgeschlossen. Da dies bereits für bestimmte Normen im UKlaG vorgesehen ist, wäre es folgerichtig, dies auch für das UWG vorzunehmen. Eine enumerative Aufzählung der betreffenden Informations- und Kennzeichnungsvorschriften könnte im Anhang zum UWG vorgenommen werden.*

*Für alle anderen Fälle blieben Mitbewerber dagegen anspruchsberechtigt. Das Problem „Abmahnmissbrauch bei Formalverstößen im Internet“ wäre damit nachhaltig gelöst.“*

(Stellungnahme der Wettbewerbszentrale zum Ref-E, S. 5)

An diesen Vorschlag angelehnt sollten nur eingetragene, und damit vorab streng geprüfte Verbände Verstöße gegen datenschutzrechtliche Informationspflichten verfolgen können.

An diesem Punkt unterstützt die Wettbewerbszentrale die Zielsetzung des Referentenentwurfs: Der Ref-E nimmt auf S. 25 Bezug auf datenschutzrechtliche Verstöße und nennt in der Entwurfsbegründung als Beispiel einer „unerheblichen Beeinträchtigung“ i. S. d. § 13 Abs. 4 UWG-Ref-E einen Verstoß gegen Informationspflichten aus der DS-GVO: *„Soweit die in den Artikeln 13 und 14 der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Gebote als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG bewertet werden, kann eine nur unerhebliche Beeinträchtigung im Einzelfall in Betracht kommen, wenn von den aufgelisteten Anforderungen nur geringfügig abgewichen worden ist.“*

Zwar haben wir zu § 13 Abs. 4 UWG-E ausführlich Stellung genommen und unsere Bedenken gegen diese angedachte Norm geäußert; die grundsätzliche Intention der Bundesregierung zur



Vermeidung unseriöser Geschäftsmodelle, die auf massenhafte Abmahnungen von Verstößen gegen formelle Informationspflichten fußen könnten, teilen wir jedoch.

## **IV. Fazit**

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass aktuell kein Bedürfnis einer gesetzlichen Sonderregelung für die Beanstandung datenschutzrechtlicher Verstöße besteht. Insbesondere erscheint es in Zeiten der digitalen Durchsetzung der wirtschaftlichen Betätigung der Verbraucher nicht richtig und angemessen, gerade für das Datenschutzrecht mit seinen in der Tat möglichen schwerwiegenden Einflüssen auf den Wettbewerb, eine Ausnahme zu schaffen und Datenschutzverstöße generell vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrecht (hier: UWG) im Gegensatz zu zahlreichen anderen Regelungsbereichen auszunehmen.

Übrigens könnte eine „geordnete“, über vorab geprüfte Verbände erzeugte Befassung der Gerichte und eine so erwirkte Rechtsprechung auf dem zivilrechtlichen Weg wesentlich schneller zu mehr Rechtssicherheit in vielen Fragen des offensichtlich in weiten Teilen noch ungeklärten Datenschutzrechts führen. Rechtsschutz über entsprechend streng begrenzte anspruchsberechtigte Stellen und die Arbeit von Aufsichtsbehörden sollten sich hierbei ergänzen.

Eine auf welcher realen Basis auch immer befürchtete Abmahn-Missbrauchs-Problematik sollte auch im Bereich datenschutzrechtlicher Pflichten zielgerichtet angegangen werden, wie wir unter Abschnitt II. vorgeschlagen haben. Dies dient insbesondere dem Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen.

Bad Homburg, den 05.11.2018

## **Kontakt**

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e.V.  
Dr. Reiner Münker, Christina Kiel  
Landgrafenstraße 24 B  
61348 Bad Homburg v.d.H.

Telefon: 06172-1215-30

Telefax: 06172-84422

E-Mail: [muenker@wettbewerbszentrale.de](mailto:muenker@wettbewerbszentrale.de), [kiel@wettbewerbszentrale.de](mailto:kiel@wettbewerbszentrale.de)

Internet: [www.wettbewerbszentrale.de](http://www.wettbewerbszentrale.de)