

SEBASTIAN SCHULZ

# Datenschutz als überindividuelles Interesse?

## Anmerkungen zur geplanten Reform des Unterlassungsklagengesetzes

Verbraucherschutz  
UGP-Richtlinie  
BMJV  
Unterlassung  
Kollektive Rechtsbehelfe

■ Der kürzlich durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) vorgelegte „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts“ hat als wesentlichen Regelungsgegenstand eine Ergänzung des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) zum Ziel. Nach dem Willen der Entwurfsverfasser sollen datenschutzrechtliche Normen zukünftig von Gesetzes wegen als verbraucherschützende Norm eingeordnet werden. Qualifizierten Einrichtungen i.S.d. RL 2009/22/EG (Unterlassungsklagen-RL) wird in der Folge in Fällen unzulässiger Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen ein eigener Unterlassungsanspruch sowie ein Anspruch auf Beseitigung zustehen. Was noch vor kurzem politisch rundweg abgelehnt wurde, soll nunmehr zeitnah in Gesetzesform gegossen werden. Mag auch die politische Blockade – jedenfalls vor den Kulissen – gebrochen sein, die rechtlichen Bedenken an der Vereinbarkeit des Entwurfs mit geltendem Recht bleiben bestehen.

### I. Vorbemerkung: Individueller vs. kollektiver Rechtsschutz

Die individuelle Geltendmachung individueller Rechte ist Leitbild und damit Normalfall im deutschen Zivilprozessrecht. Auch soweit vor allem aus Gründen der Prozessökonomie mehrere Klagegegenstände verfahrensrechtlich zusammengefasst werden,<sup>1</sup> handelt es sich weiterhin um jeweils selbstständige Prozessrechtsverhältnisse der Beteiligten. Sind über Individualinteressen des Betroffenen hinaus auch kollektive oder öffentliche Interessen betroffen, kann bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Rechtswahrnehmung und -durchsetzung daneben einer in nämlichem Kollektivinteresse handelnden Institution übertragen sein. Allein die bloße Bündelung von Einzelinteressen qualifiziert einen Streitgegenstand dabei jedoch noch nicht zu einem überindividuellen Interesse.<sup>2</sup> Für die Wahrnehmung durch Kollektivorgane erforderlich ist vielmehr, dass Interessen betroffen sind, die nicht als subjektive Rechte einzelnen Rechtsträgern zugewiesen sind, sondern gleichsam ein qualitativ eigenständiges – kollektives – Gewicht entfalten.<sup>3</sup> Werden Kollektiv- oder Allgemeininteressen verletzt, stehen neben (Wettbewerbs-)Verbänden und ausgewählten Kammern sog. qualifizierten Einrichtungen i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG Ansprüche auf Unterlassung und Widerruf zu. Nach ganz überwiegender Ansicht macht bei Vorliegen aller gesetzlichen Voraus-

setzungen die qualifizierte Einrichtung in diesen Fällen originär eigene Ansprüche geltend.<sup>4</sup> Als qualifizierte Einrichtung i.S.d. UKlaG gelten gem. § 4 Abs. 1 UKlaG all jene Organisationen, die auf Antrag und bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen in eine durch das *Bundesamt für Justiz (BfJ)* geführte Liste aufgenommen wurden.<sup>5</sup> Gem. Absatz 2 der Vorschrift gilt eine unwiderlegbare Vermutung, dass Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, diese Voraussetzungen erfüllen.

Die für die Praxis wohl relevantesten Fälle, in denen eine gesetzliche Regelung den Schutz überindividueller Interessen adressiert, sind Normen, die dem Schutz von Verbrauchern dienen. Ob und wenn ja, inwieweit einer Norm ein zumindest auch verbraucherschützender Charakter zukommt, ist grundsätzlich Frage des Einzelfalls. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 2 Abs. 2 UKlaG eine nicht abschließende Auflistung von Vorschriften vorgenommen, die „insbesondere“ als Verbraucherschutzgesetze i.S.d. UKlaG einzustufen sind. In dieser Auflistung wird u.a. auf Vorschriften des BGB, die für Fernabsatzverträge, Verbraucherdarlehensverträge und Reiseverträge gelten, auf das Rechtendienstleistungsgesetz (RDG) sowie auf ausgewählte Normen des Arzneimittelgesetzes (AMG) und des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) verwiesen. Datenschutzrechtliche Normen enthält die Auflistung (bislang) nicht.

### II. Gerichtlicher Rechtsschutz im Datenschutzrecht de lege lata

#### 1. Individuelle Rechtsbehelfe

Anders als das BDSG enthält die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG<sup>6</sup> – DS-RL) eine eigens mit dem Begriff „Rechtsbehelfe“ überschriebene Norm. Gem. Artikel 22 der RL haben die Mitgliedstaaten vorzusehen, dass der Betroffene bei Verletzung seiner datenschutzrechtlichen Rechte „bei Gericht einen Rechtsbehelf

<sup>1</sup> Vgl. §§ 59, 60, 147 ZPO

<sup>2</sup> Hiervon zu unterscheiden sind Fälle der sog. Massenbetroffenheit, bei denen einen Vielzahl von Personen auf gleiche oder ähnliche Weise in ihren Individualinteressen beeinträchtigt ist, vgl. auch RL 2009/22/EG, Erwägungsgrund 3.

<sup>3</sup> Vgl. *Schmidt*, NJW 2002, 25, 27, der von einem „Paradigmenwechsel“ spricht.

<sup>4</sup> H.M. vgl. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 31. Aufl. 2013, Vorb. UKlaG, Rdnr. 1.

<sup>5</sup> Die Liste ist abrufbar unter: [www.bundesjustizamt.de](http://www.bundesjustizamt.de).

<sup>6</sup> RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EU 1995, L 281/31.

einlegen kann“. Unbeschadet der Möglichkeit, sich an die Aufsichtsbehörde wenden zu können, steht es damit dem Betroffenen frei, gegen die Verletzung seiner Rechte (auch) im Klagewege vorzugehen. In Ermangelung einer spezialgesetzlichen Zuweisung richten sich hierzulande sachliche, örtliche und instanzuelle Zuständigkeit des Gerichts nach den allgemeinen Regeln des GVG sowie der ZPO. Verstößt eine Daten verarbeitende Stelle vorsätzlich und in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht gegen den Bußgeldkatalog des § 43 Abs. 1 BDSG, kann der Betroffene durch Stellen eines Strafantrages darüber hinaus die strafrechtliche Verfolgung dieses Vergehens in Gang setzen, vgl. § 44 BDSG.

## 2. Kollektive Rechtsbehelfe

Auch qualifizierte Einrichtungen i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG, hier am Beispiel der Verbraucherschutzorganisationen, haben bereits nach geltendem Recht in beschränktem Umfang die Möglichkeit, datenschutzwidrige Praktiken gerichtlich anzugreifen. Zu den prominentesten Verfahren der jüngeren Vergangenheit gehören die des *Verbraucherzentrale Bundesverbands (vzbv)* gegen *Apple*<sup>7</sup>, *Google*<sup>8</sup> und *Facebook*.<sup>9</sup> Die Aktivlegitimation des Klägers wurde dabei gem. § 1 UKlaG jeweils auf die Verwendung unwirksamer datenschutzrechtlicher Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) durch die Beklagten gestützt. Der BGH hatte hierzu zuletzt im Jahr 2008 bestätigt, dass Datenschutzerklärungen, die als Hinweistext Teil der AGB sind, mit denselben Mitteln angreifbar sind, wie alle übrigen AGB-Bestandteile auch.<sup>10</sup> Von überindividuellem Interesse und damit kollektivrechtlich angreifbar ist mithin nicht bereits die fehlerhafte Datenschutzerklärung sondern erst deren Einbeziehung in Form von AGB. Fehlt es an einer solchen Einbeziehung, erscheint die Datenschutzerklärung also als getrennter Hinweistext, ist § 1 UKlaG nicht anwendbar, die Aktivlegitimation der qualifizierten Einrichtung zu verneinen. Orientiert an Sinn und Zweck der Norm soll der Rechtsverkehr (allein) von sachlich unangemessenen Klauseln in AGB freigehalten werden.<sup>11</sup>

Diese auf den ersten Blick als juristische Förmerei daherkommende Unterscheidung ist bei näherer Betrachtung nur folgerichtig. AGB sind gem. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die der Verwender der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Eine Datenschutzerklärung kann hingegen, isoliert betrachtet, nicht als AGB qualifiziert werden. De jure dient die Erklärung nach § 13 TMG der Erfüllung von gesetzlichen Informationspflichten.<sup>12</sup> Dem Nutzer soll verdeutlicht werden, welche Datenarten in welchem Umfang, zu welchem Zweck erhoben und verarbeitet werden und ob es zu einer Übermittlung an Dritte kommt. Die Abgabe einer rechtsgeschäftlichen, bindenden Erklärung durch den Nutzer ist gerade nicht erforderlich und liefe ohnehin ins Leere, da es insoweit auch auf Seiten des Erklärenden am erforderlichen Rechtsbindungswillen fehlte.<sup>13</sup> In Abgrenzung zu AGB existiert damit bereits kein Rechtsgeschäft, auf das sich die Datenschutzerklärung als Vertragsbedingung beziehen könnte.<sup>14</sup> Wenn schon für einseitige Rechtsgeschäfte die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB grundsätzlich verneint wird,<sup>15</sup> muss dies erst recht für Realakte wie Datenschutzerklärungen gelten.

Ob darüber hinaus im Bereich des Datenschutzes qualifizierte Einrichtungen eine Klagebefugnis auch auf § 2 Abs. 1 UKlaG stützen können sollen, namentlich auf die Verletzung eines Verbraucherschutzgesetzes, ist umstritten und vor allem von der Frage abhängig, in welchem Oberlandesgerichtsbezirk der Sachverhalt entschieden wird.<sup>16</sup> Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit aufzulösen ist erklärtes Motiv des vorliegenden Referentenentwurfs.

## III. Die geplante Reform

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) plant, durch eine Erweiterung des Kataloges in § 2 Abs. 2 UKlaG datenschutzrechtliche Vorgaben künftig von Gesetzes wegen als verbraucherschützende Normen zu qualifizieren.<sup>17</sup> Konkret wird folgende Ergänzung vorgeschlagen: „(2) Verbraucherschutzgesetz im Sinne der Vorschrift sind insbesondere ... 11. die Vorschriften, die für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten eines Verbrauchers durch einen Unternehmer gelten.“ Qualifizierten Einrichtungen soll danach künftig der oben beschriebene „Umweg“ über das AGB-Recht erspart werden, um Unternehmen in Fällen datenschutzrechtlicher Verfehlungen gerichtlich angreifen zu können. Neu ist zudem, dass anspruchsberechtigte Stellen neben den dann bestehenden Ansprüchen auf Unterlassung und Widerruf auch einen Beseitigungsanspruch geltend machen können sollen. Bundesminister Maas will über diese Reform eine Lücke schließen, „die die Verbraucherorganisationen schon seit längerem beklagt haben.“<sup>18</sup>

Argumentation und Zielsetzung des Referentenentwurfs sind nicht nur neu. Vielmehr vollzieht der Entwurf eine vollständige Kehrtwende weg von der bislang durch die *Bundesregierung* vertretenen Auffassung. So wurde i.R.d. letzten Reform des BDSG im Jahr 2009 die Schaffung einer Aktivlegitimation für Verbraucherschutzorganisationen abgelehnt und unzweideutig darauf verwiesen, dass „das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein höchstpersönliches Recht des jeweils Betroffenen [ist]. Beeinträchtigungen dieses höchstpersönlichen Rechts sollten deshalb weiterhin grundsätzlich nur auf Antrag verfolgt werden können.“<sup>19</sup> Die *CDU/CSU-Bundestagsfraktion* hatte diese Position in der zurückliegenden 17. Legislaturperiode bestätigt und sich ebenfalls gegen die Schaffung von Verbandsklagerechten in Fällen datenschutzrechtlicher Verstöße ausgesprochen.<sup>20</sup> Diese über Jahre gefestigte Rechtsauffassung soll nunmehr keinen Bestand mehr haben.

## IV. Kritik

Die geplante Novelle kann nicht frei von Kritik sein. Nachfolgend sollen aus Kapazitätsgründen allein die wesentlichen Kritikpunkte zur Diskussion gestellt werden.

### 1. Datenschutz und Verbraucherschutz verfolgen unterschiedliche Schutzziele

#### a) Nationales Recht

Die Gesetzesinitiative führt zu einem Bruch im deutschen Rechtssystem. Verbraucherschutz und Datenschutz unterscheiden sich sowohl hinsichtlich ihres Schutzzutes als auch hinsichtlich des verfolgten Schutzziels. Während verbraucherschützenden Normen die Gesamtheit aller Maßnahmen umfassen, die na-

<sup>7</sup> LG Berlin ZD 2013, 451 m. Anm. Schröder (nicht rechtskräftig).

<sup>8</sup> LG Berlin MMR 2014, 563 (nicht rechtskräftig).

<sup>9</sup> KG ZD 2014, 412.

<sup>10</sup> BGH MMR 2008, 731 – Payback m. Anm. Grapentin.

<sup>11</sup> Köhler (o. FuBn. 4), § 1 UKlaG Rdnr 1.

<sup>12</sup> Zum Umfang vgl. §§ 13. Abs. 1, 6; 15 Abs. 3 TMG; § 4 Abs. 3 BDSG.

<sup>13</sup> Wintermeier, ZD 2013, 21, 23.

<sup>14</sup> KG NJW 2011, 466, unter Verweis hierauf auch BGH MMR 2011, 531, für den vergleichbaren Fall von Teilnahmebedingungen an einem Gewinnspiel.

<sup>15</sup> Hier am Bsp. von Auslobungen und Preisausschreiben (§§ 657, 661 BGB), vgl. BGH NJW 2011, 139; BGH NJW 2004, 230, 232.

<sup>16</sup> Vgl. dazu IV. 1. a.

<sup>17</sup> Vgl. Berichterstattung auf ZEIT ONLINE v. 11.6.2014, faz.net v. 11.6.2014.

<sup>18</sup> Vgl. Berichterstattung Spiegel Online v. 11.2.2014.; vgl. insb. Forderungspapier des vzbv „Datenschutz ist Verbraucherschutz – Forderungen zur Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes“ v. 18.11.2008.

<sup>19</sup> BT-Drs. 16/12011, S. 53.

<sup>20</sup> BT-Drs. 17/11325, S. 4.

türliche Personen in ihrer Eigenschaft<sup>21</sup> als Verbraucher von Gütern oder Dienstleistungen schützen sollen, beschreibt der Datenschutz einen Teilaspekt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Wettbewerbsrechtlicher Verbraucherschutz schützt die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher als Marktteilnehmer.<sup>22</sup> Ein solcher Schutz von Verbraucherinteressen ist ein öffentliches Anliegen, das keine private Individualisierung verträgt.<sup>23</sup> Geschützt wird der Verbraucher als Vertragspartner<sup>24</sup>, nicht als „Mensch“.<sup>25</sup>

Dementgegen adressiert die informationelle Selbstbestimmung gem. §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 BDSG als Schutzsubjekt alle natürlichen Personen, z.B. auch Kaufleute, Freiberufler, Patienten, Mitarbeiter, kurzum auch solche natürlichen Personen, die nicht als Verbraucher am Markt agieren.<sup>26</sup> Normen des Datenschutzrechts verfolgen danach gerade nicht das Ziel, die freie Entscheidung des Einzelnen in seiner Rolle als Verbraucher am Markt zu schützen.<sup>27</sup> Das BDSG schützt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, frei von jedem Bezug auf wirtschaftliche Interessen des Verbrauchers. Die durch den Entwurf vorgenommene Zweiteilung in Datenschutz hier und verkollektivierten Verbraucherdatenschutz da ist damit allemal höchst fragwürdig.

Der Referentenentwurf geht des Weiteren davon aus, dass nach der Rechtsprechung datenschutzrechtliche Vorgaben jedenfalls auch den Schutz von Verbrauchern bezwecken. Als Beleg hierfür werden in der Entwurfsbegründung Entscheidungen einzelner Oberlandesgerichte zitiert, nach denen Verstöße gegen das Datenschutzrecht als unlautere geschäftliche Handlung i.S.v. §§ 3 Abs. 1 i.V.m. 4 Nr. 11 UWG wettbewerbsrechtlich abgemahnt werden können. Ungeachtet der Frage, inwieweit eine rein wettbewerbsrechtliche Betrachtungsweise zugleich auch die durch den Entwurf aufgeworfenen kollektivrechtlich relevanten Fragestellungen beantwortet,<sup>28</sup> ist diese Behauptung unzutreffend, weil deutlich verkürzt dargestellt. Richtig ist, dass in der Vergangenheit einzelne Oberlandesgerichte die Qualifizierung datenschutzrechtlicher Normen als Marktverhaltensregel und insoweit eine Anwendbarkeit von §§ 3 Abs. 1 i.V.m. 4 Nr. 11 UWG auf Verstöße bejaht haben. Hierzu zählen Entscheidungen der *Oberlandesgerichte Karlsruhe*,<sup>29</sup> *Köln*,<sup>30</sup> *Stuttgart*,<sup>31</sup> *Naumburg*,<sup>32</sup> und *Hamburg*.<sup>33</sup> Nämlichen Entscheidungen lag jeweils die Annahme zu Grunde, dass Normen des Datenschutzes Marktverhaltensregeln darstellen, die (auch) den einzelnen Verbraucher in seiner Funktion als Marktteilnehmer schützen sollen.

Richtig ist allerdings auch und wird insoweit von dem Entwurf

unterschlagen, dass andere Oberlandesgerichte die Einordnung des Datenschutzrechts als verbraucherschützende Norm gerade nicht bejaht haben, namentlich die *Oberlandesgerichte Dresden*,<sup>34</sup> *München*,<sup>35</sup> *Frankfurt/M.*,<sup>36</sup> und *Düsseldorf*.<sup>37</sup> Diesen Urteilen ist gemein, dass Bestimmungen des Datenschutzrechts gerade nicht als Marktverhaltensregeln i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG, d.h. nicht als den Verbraucher am Markt schützende Normen eingestuft wurden. Unter Verweis auf den höchstpersönlichen Charakter des Datenschutzrechts wurde eine Fruchtbarmachung des Wettbewerbsrechts bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorgaben stets abgelehnt. Auch der *BGH* hat in seiner Payback-Entscheidung unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des *OLG Frankfurt/M.* diese ablehnende Haltung an, ihr aber nicht widersprochen.<sup>38</sup>

## b) Europäisches Recht

Das Europäische Recht spricht an dieser Stelle eine noch eindeutigere Sprache: Ohne Ausnahme geht der Europäische Gesetzgeber bei der Kodifizierung datenschutzrechtlicher Vorgaben einerseits und von verbraucherschützenden Normen andererseits von zwei unterschiedlichen, sich voneinander abgrenzenden Schutzzwecken dieser Rechtsgebiete aus. Beide den Datenschutz regulierenden EU-Richtlinien (95/46/EG und 2002/58/EG) benennen jeweils in Art. 1 als Normzweck „den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen“. Durch das Datenschutzrecht geschützt werden sollen persönliche, individuelle Rechtspositionen. Dem entgegen hat auch der Europäische Verbraucherschutzbegriff als Schutzgut das Kollektiv bzw. die funktionale Rolle Einzelner – die Verbrauchereigenschaft – im Blick.<sup>39</sup> Den Verbraucher schützende Normen adressieren auch auf europäischer Ebene natürliche Personen gerade nicht in ihrer Funktion als Träger individueller Rechtspositionen.

Mit Art. 169 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) findet sich diese Abgrenzung zum einen im primären Europäischen Recht verankert. Danach leistet die Europäische Union zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus Beiträge allein in den kollektivrechtlich bedeutsamen Bereichen Gesundheit, Sicherheit, wirtschaftliche Betätigungsfreiheit und Informationsfreiheit. Der Bereich Datenschutz, als wesentlicher Aspekt der EU-Grundrechtecharta (GRCh), taucht als Beispiel eines schützenswerten Verbraucherinteresses nicht auf.

Der damit vorgegebene, auf die Rolle des Einzelnen am Markt bezogene Fokus des Verbraucherschutzes setzt sich zum anderen auch im sekundären Europarecht fort. So haben auch den Verbraucherschutz wesentlich ausgestaltende Richtlinien ausschließlich Kollektivinteressen zum Regelungsgegenstand. Gem. Art. 1 RL 2005/29/EG (UGP-RL) ist Richtlinienzweck der Schutz der „wirtschaftliche Interessen der Verbraucher“, also das Kollektivinteresse einer definierten Rolle am Markt. Individuelle Rechtspositionen, konkret der Schutz der Privatsphäre, fallen nicht unter den Normzweck. Nach einem Blick auf die RL 2009/22/EG (Unterlassungsklagen-RL), wird die intendierte Unterscheidung vollends offenbar. Gem. Art. 1 ist Ziel der RL, „die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ... zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher.“ Und weiter: Die Mitgliedstaaten sollen den Rahmen für kollektivrechtliche Unterlassungsklagen für alle jene Kollektivinteressen schaffen, die „unter die in Anhang I aufgeführten Richtlinien fallen“. Nimmt man nun aber nämlichen Anhang I der Unterlassungsklagen-RL zur Hand, sucht man in der Auflistung beide Datenschutzrichtlinien vergebens. Der Europäische Gesetzgeber hatte diese ganz offenkundig gerade wegen des fehlenden kollektivrechtlichen Moments bewusst nicht aufgenommen. Auch eine Anwendung des Äquivalenzprinzips, wo-

<sup>21</sup> Köhler (o. Fußn. 4), § 2 UKlaG Rdnr. 2.

<sup>22</sup> Zech, WRP 2013, 1434, 1435.

<sup>23</sup> Schmidt, NJW 2002, 25, 28.

<sup>24</sup> Nach der Legaldefinition in § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

<sup>25</sup> Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 22.

<sup>26</sup> Schild, in: Wolff/Brink, BDSG, § 3 Rdnr. 2 f.

<sup>27</sup> Zech, WRP 11/2013, 1434, 1435.

<sup>28</sup> Zu den Unterscheiden vgl. Köhler (o. Fußn. 4), § 2 UKlaG Rdnr. 11b.

<sup>29</sup> OLG Karlsruhe ZD 2012, 432, zu §§ 4, 28 BDSG.

<sup>30</sup> OLG Köln, U. v. 19.11.2010 – 6 U 73/10, bestätigt durch OLG Köln ZD 2014, 421, zu §§ 4, 28 BDSG.

<sup>31</sup> OLG Stuttgart MMR 2007, 437 zu § 28 Abs. 3 BDSG.

<sup>32</sup> OLG Naumburg, U. v. 10.10.2003 – 1 U 17/03 zu §§ 4, 28 BDSG a.F.

<sup>33</sup> OLG Hamburg ZD 2013, 511 m. Anm. Schröder zu § 13 Abs. 1 TMG.

<sup>34</sup> OLG Dresden, U. v. 26.3.2013 – 14 U 1776/12 zu §§ 3a BDSG; 12, 14 TMG.

<sup>35</sup> OLG München ZD 2012, 330 m. Anm. Schröder zu §§ 28 Abs. 1, 3; 35 Abs. 2 BDSG.

<sup>36</sup> OLG Frankfurt/M. MMR 2005, 696 zu §§ 4, 28 BDSG a.F.

<sup>37</sup> OLG Düsseldorf, U. v. 20.2.2004 – I-7 U 149/03 zu § 28 Abs. 4. BDSG a.F.

<sup>38</sup> BGH MMR 2008, 731 m. Anm. Grapentin.

<sup>39</sup> Köhler, WRP 2013, 567, 568.



nach u.U. die Aufnahme gleich gelagerter Regelungen in die nicht abschließende Aufzählung in Anhang I geboten sein kann, scheidet auf Grund der eindeutigen Regelungen zur zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung in den Datenschutzrichtlinien (dazu sogleich) aus.<sup>40</sup>

### c) Keine Konstitutivwirkung nationalen Rechts

Sowohl geltendes nationales als auch europäisches Recht weisen Datenschutz und Verbraucherschutz unterschiedliche Schutzzwecke zu. Durch Legislativakt soll nunmehr „verbindlich beantwortet“ werden, dass diese über Jahre durch Gesetzgebung und Rechtsprechung vertretene Auffassung unzutreffend gewesen sein soll. Gesetzliche Vorgaben erhalten ihren verbraucherschützenden Charakter jedoch nicht durch einen gesonderten konstitutiven Akt des nationalen Gesetzgebers. Gesetzliche Vorgaben lassen sich nur insoweit als den Verbraucher schützend qualifizieren, als dies durch Sinn und Zweck<sup>41</sup> sowie den europarechtlichen Rahmen der jeweiligen Norm vorgegeben ist. Nationales Recht ist auch an dieser Stelle richtlinienkonform auszulegen, eine konstitutive Wirkung durch nationales Recht ist in diesem Bereich schlicht nicht denkbar.

Die Vorgabe in § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG-E läuft damit gänzlich ins Leere und verstößt gegen europäisches Recht. Dies gilt erst recht nach einem Blick auf die Entwurfsbegründung, wonach die Qualifizierung als verbraucherschützende Norm nicht allein Normen betreffen soll, die für den Umgang mit personenbezogenen Daten von Verbrauchern gelten, sondern auch solche „für den Umgang mit anderen personenbezogenen Daten“. Zum einen wurden beide Datenschutzrichtlinien bewusst nicht in Anhang I RL 2009/22/EG aufgenommen.<sup>42</sup> Der europäische Gesetzgeber hat hierüber zu erkennen gegeben, dass er dem Datenschutz gerade keinen kollektivrechtlichen Stellenwert beimisst. Zum anderen verbietet Art. 4 RL 2005/29/EG den Mitgliedstaaten jede Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, die mit dem durch diese RL angeglichenen Bereich zusammenhängen. Die geplante Erweiterung des UKlaG geht jedoch ersichtlich über die Vorgaben der UGP-RL hinaus und verstößt damit mittelbar gegen deren vollharmonisierenden Ansatz.<sup>43</sup>

## 2. Keine Aufspaltung der Kontroll- und Sanktionsstruktur im Datenschutz

Die deutsche Datenschutzaufsicht ist von Gesetzes wegen exklusiv den Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zugewiesen. Gem. Art. 28 Abs. 1 DS-RL haben die Mitgliedstaaten eine oder mehrere öffentliche Stellen mit der Überwachung der Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben zu beauftragen. Nach den Motiven des europäischen Gesetzgebers sollen allein öffentliche Stellen infolge ihrer unmittelbaren Grundrechtsbindung die Gewähr dafür übernehmen können, dass bei Anwendung und Auslegung des Rechts im Einzelfall stets ein angemessener Ausgleich der beteiligten Interessen zu Grunde gelegt wird (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, „Gesetzesvorrang“). Qualifizierte Einrichtungen i.S.d. RL 2009/22/EG, namentlich Verbraucherschutzorganisationen, sind naturgemäß nicht in gleichem Maße neutral sondern vielmehr – satzungsgemäß<sup>44</sup> – den Partikularinteressen einer definierten Personengruppe verpflichtet. Diese intendierte Perspektive ist mit der Vorgabe zur Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den beteiligten, nicht selten widerstreitenden Interessen, unvereinbar.

Die geplante Etablierung einer weiteren Kontroll- und Sanktionsinstanz führte in der Praxis zudem zu einer weiteren Zersplitterung der Auslegung datenschutzrechtlicher Vorgaben. Was durch Aufsichtsbehörden, nicht selten als Ergebnis eines Dialogs mit der Daten verarbeitenden Wirtschaft, als Ausle-

gungsstandard etabliert wird, muss sich nicht mit der Sichtweise qualifizierter Einrichtungen decken. Im Ernstfall wird dieselbe Rechtsfrage gänzlich unterschiedlich beantwortet. Die Folgen wären deren zwei: Erstens wären Unternehmen datenschutzrechtlich kaum mehr handlungsfähig, da künftig im Zweifel unterschiedliche Sichtweisen erfragt und berücksichtigt werden müssten. Durch die Aufspaltung des Rechtsweges in den zivilen für Klagen nach dem UKlaG und den Verwaltungsrechtsweg bei aufsichtsbehördlichen Entscheidungen würde diese zunächst das materielle Recht betreffende Uneinheitlichkeit auch auf prozessualer Ebene perpetuiert.

Als zweite Folge wäre daneben unmittelbar die Stellung der Datenschutzaufsichtsbehörden tangiert. Nach der Entscheidung des *EuGH* haben es die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass diese ihre von Gesetzes wegen zugewiesene Aufsichtstätigkeit in vollständiger Unabhängigkeit wahrnehmen.<sup>45</sup> Qualifizierte Einrichtungen unterliegen aber keiner Bindungswirkung bei Entscheidungen der Aufsichtsbehörden. Widersprüchliche Ansichten sind vorprogrammiert und zwingen Aufsichtsbehörden im Zweifel zu einer unfreiwilligen Selbstbindung.<sup>46</sup> Mit der durch das höchste Europäische Gericht vorgegebenen Unabhängigkeit ist die in dem Entwurf angedachte faktische parallele Aufsichts- und Sanktionsfunktion qualifizierter Einrichtungen mithin nicht vereinbar.

## 3. Kein Kollektivklagerecht bei Individualrechtspositionen

Der individualrechtliche Charakter des Datenschutzrechts setzt sich auch in prozessualer Hinsicht fort. Datenschutzrecht ist Abwägungsrecht. Zwischen den naturgemäß widerstreitenden Interessen ist regelmäßig eine Einzelfallabwägung erforderlich, die in Kollektivklageverfahren schlechterdings nicht durchführbar ist. Nicht zuletzt deshalb ist im europäischen Recht die Möglichkeit zur klageweisen Durchsetzung datenschutzrechtlicher Rechtspositionen abschließend zu Gunsten der Individualklage geregelt. Beide EU-Datenschutzrichtlinien weisen allein dem Betroffenen das Recht zu, im Klagewege gegen die Verletzung seiner Rechte vorzugehen. Eine Aktivlegitimation von Kollektivorganen ist gerade nicht vorgesehen. Zwar spricht Art. 28 Abs. 4 DS-RL auch „Verbänden“ das Recht zu, Eingaben bei den zuständigen Aufsichtsbehörden zu platzieren. Dieses abgeleitete Recht ist jedoch abschließend und eben nur auf jene Eingabefälle beschränkt. Gerichtliche Rechtsbehelfe können nach der unzweideutigen Aussage der RL in Artikel 22 allein durch den Betroffenen wahrgenommen werden. Das Wort Verbände findet sich dort gerade nicht. Der europäische Gesetzgeber gibt darüber zu erkennen, dass er die Möglichkeit der Rechtswahrnehmung durch Verbände zwar kennt, diese aber bewusst auf die Möglichkeit zur Eingabe bei einer Aufsichtsbehörde beschränken wollte. Anderenfalls hätte der europäische Gesetzgeber auch in Art. 22 RL 95/46/EG eine Aktivlegitimation für Verbände vorgesehen. Sich über diese Grundaussage hinwegzusetzen, ist dem nationalen Gesetzgeber auf Grund des vollharmonisierenden Ansatzes<sup>47</sup> der DS-RL offensichtlich verwehrt.

Die vorgenannte Grundausrichtung des Europäischen Gesetz-

<sup>40</sup> Zech, WRP 2013, 1434, 1436.

<sup>41</sup> Köhler (o. Fußn. 4), § 2 UKlaG Rdnr. 2.

<sup>42</sup> Vgl. IV. 2. b.

<sup>43</sup> Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl. 2009, Einl. A, Rdnr. 19.; Schulz, DSB 2011, 22, 24.

<sup>44</sup> Vgl. exemplarisch § 2 Satzung der VZ Hamburg, wonach der Verein zum Zweck der Förderung des Verbraucherschutzes u.a. als Interessenvertretung der Verbraucher wirkt.

<sup>45</sup> *EuGH* MMR 2010, 352 m. Anm. Petri/Tinnefeld.

<sup>46</sup> Eine solche ist jedoch zwingend zu vermeiden, vgl. Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 28 Rdnr. 6.

<sup>47</sup> *EuGH* ZD 2012, 33.

gebers findet sich auch in der RL 2002/58/EG (ePrivacy-RL). Gem. Art. 15 Abs. 2 der RL gelten die Bestimmungen des Kapitels III der DS-RL über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen auch für Verstöße gegen innerstaatliche Vorschriften, die auf Grund der ePrivacy-RL erlassen wurden. Die ePrivacy-L verweist damit auch auf Art. 22 der DS-RL, der wie dargestellt allein dem Betroffenen die klageweise Durchsetzung seiner Rechte zuspricht, nicht aber Verbänden. Bestätigt wurde diese gesetzgeberische Entscheidung zudem i. d. Reform der ePrivacy-RL. Der durch die RL 2009/136/EG um einen Absatz 6 ergänzte Art. 13 weist erneut allein den Betroffenen, „natürlichen oder juristischen Personen“, ein Klagerecht zu. Anders als in anderen verbraucher-schützenden Kodizes der jüngeren Vergangenheit, vgl. etwa Art. 23 RL 2011/83/EU (Verbraucherrechte-RL), hat der europäische Gesetzgeber hier bewusst auf die Aufnahme eines Klagerechts für qualifizierte Einrichtungen verzichtet. Verbraucherverbände haben somit nach beiden Datenschutzrichtlinien kein Mandat, im Klagewege gegen Datenschutzverstöße vorzu-

gehen.<sup>48</sup>

#### 4. Kein kollektiver Beseitigungsanspruch bei Individualrechtspositionen

Zukünftig soll neben den Unterlassungs- auch ein Beseitigungsanspruch treten. Nach dem Entwurfstext wird dieser Anspruch unbeschränkt gelten. Erst in der Entwurfsbegründung findet sich der Hinweis, wonach dieser Beseitigungsanspruch allein auf die Löschung oder Sperrung unzulässig gespeicherter Daten abzielen soll. Anders formuliert soll nach dem Entwurf allein eine etwa ohnehin nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG bestehende Lösungsverpflichtung durch eine qualifizierte Einrichtung prozessual durchsetzbar sein. Die durch den Entwurf vorgenommene unzulässige Verschmelzung von Datenschutz- und Verbraucherrecht (s. unter IV. 1.) setzt sich an dieser Stelle nicht nur fort. Vielmehr verschärft sich die oben dargestellte Diskrepanz noch einmal, da nunmehr sogar höchstpersönliche Rechte des Dritten Abschnitts, Zweiter Unterabschnitt, des BDSG, der mit „Rechte des Betroffenen“ überschrieben ist, der Wahrnehmung durch ein Kollektivorgan übertragen werden sollen. Eine solches Sachwaltertum im (vermeintlichen) Kollektivinteresse widerspricht nicht nur – wie oben dargestellt – europäischem Recht. Vielmehr droht ein solcher Beseitigungsanspruch darauf hinauszulaufen, höchstpersönliche Rechte des Betroffenen im Zweifel auch gegen dessen Willen durchzusetzen. Mögen Fälle, in denen z.B. über eine formal fehlerhafte Einwilligungserklärung die werbliche Nutzung personenbezogener Daten „legitimiert“ wurde, jedenfalls nicht auszuschließen sein, kann hieraus längst nicht der Schluss gezogen werden, der Adressat wolle keine Werbung mehr beziehen. Setzt sich die qualifizierte Einrichtung nun aber mit Ihrer Begehr auf Beseitigung, d.h. auf Löschung der betroffenen Daten, durch, wird darüber der Verbraucher letztlich gegen seinen Willen „geschützt“. Hierfür in kein Anlass ersichtlich: Steht fest, dass ein Fall des § 35 BDSG vorliegt, und weigert sich das Unternehmen die gesetzliche Folge (Löschung, Sperrung) herbeizuführen, ist es dem Verbraucher unbenommen, hiergegen auf dem Beschwerde- oder Klagewege vorzugehen. Für einen Beseitigungsanspruch besteht schlicht kein Regelungsbedarf.

#### V. Zusammenfassung

Der Entwurf zur Novellierung des UKlaG verstößt in seiner derzeit vorliegenden Fassung gegen geltendes Recht. Datenschutz und Verbraucherschutz haben unterschiedliche Schutzziele und verfolgen unterschiedliche Schutzziele. Dem nationalen Gesetzgeber ist es infolge kollidierenden nationalen sowie europäischen Rechts verwehrt, beide Rechtsmaterien durch Legislativakt einander gleichzusetzen. Die Einführung einer zweiten Kontroll- und Sanktionsinstanz im Datenschutzrecht ist mit europäischem Recht unvereinbar und führt in der Praxis zu einer Schwächung der Aufsichtsbehörden und darüber zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Das Datenschutzrecht ist als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch prozessual ein Individualrecht und damit der Rechtswahrnehmung durch Kollektivorgane entzogen. Der geplante Beseitigungsanspruch ist mit europäischem Recht unvereinbar und nicht geeignet, den Bedürfnissen des Einzelnen gerecht zu werden. Zum Redaktionsschluss befand sich der Entwurf in der Ressortabstimmung. Es bleibt zu hoffen, dass das *BMJ* die Reform noch einmal grundlegend überdenkt.



**RA Sebastian Schulz**

verantwortet als zertifizierter Datenschutzbeauftragter und -auditor für einen Wirtschaftsverband mit Sitz in Berlin die Themen Datenschutz, Public Affairs und Rechtspolitik.

<sup>48</sup> Vgl. Zech, WRP 2013, 1434, 1436, der noch weitergehend von einer Sperrwirkung ausgeht.