

05. Dezember 2018

Dr. iur. Malte Engeler

Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht  
Brockdorff-Rantzau-Straße 13  
24837 Schleswig  
Telefon: 04621/86-0  
E-Mail: [malte.engeler@ovg.landsh.de](mailto:malte.engeler@ovg.landsh.de)

**Deutscher Bundestag**  
**Ausschuss für Inneres und Heimat**  
**Platz der Republik 1**  
**11011 Berlin**

Nur per E-Mail an: [innenausschuss@bundestag.de](mailto:innenausschuss@bundestag.de)

### **Stellungnahme**

im Rahmen der öffentlichen Anhörung  
des Ausschusses  
für Inneres und Heimat  
des Deutschen Bundestages  
am 10. Dezember 2018

zum

### **Zweiten Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU (BT-Drucksache 19/4674)**

vorgelegt von

**Dr. Malte Engeler**

Richter beim Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht

## Gliederung

A.	Gegenstand der Stellungnahme und Zusammenfassung.....	3
B.	Stellungnahme zur Umsetzung des Art. 85 DSGVO .....	4
1.	Erörterungen zum Regelungsbedarf.....	4
a)	Keine Entbehrlichkeit einer Umsetzung mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung.....	5
b)	Keine Entbehrlichkeit einer Umsetzung mit Verweis auf das deutsche Grundgesetz oder die Charta.....	7
c)	Keine Entbehrlichkeit einer Umsetzung aufgrund bestehender Rechtsgrundlagen der DSGVO.....	7
d)	Keine Entbehrlichkeit mit Verweis auf die Household Exemption des Art. 2 Abs. 2 lit. c) DSGVO .....	9
2.	Möglicher Umsetzungsspielraum für eine Rechtsgrundlage .....	10
3.	Konkreter Inhalt einer Rechtsgrundlage als Umsetzung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO 12	
a)	Die Abwägung als Tatbestandsvoraussetzung.....	12
b)	Die Beweislastverteilung.....	13
c)	Zu schaffende Garantien im Sinne des Art. 10 DSGVO .....	14
d)	Kein zusätzlicher Regelungsbedarf hinsichtlich Art. 89 DSGVO.....	15
4.	Konkreter Inhalt einer Anpassung der datenschutzrechtlichen Folgepflichten als Umsetzung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO .....	17
a)	Zur Notwendigkeit der Anpassung der Betroffenenrecht und datenschutzrechtlichen Folgepflichten .....	17
b)	Mögliche Anpassungen der datenschutzrechtlichen Folgepflichten .....	18
5.	Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes .....	20
C.	Stellungnahme bezüglich einer Ausnahme datenschutzrechtlicher Verstöße aus dem Anwendungsbereich des UWG .....	22
1.	Eine „Abmahnwelle“ ist bisher ausgeblieben .....	22
2.	Datenschutzrechtliche Vorgaben haben hohe Wettbewerbsrelevanz .....	23
3.	Die DSGVO sperrt die Regelungen des UWG nicht .....	23
4.	Eine Einschränkung der wettbewerblichen Rechtsbehelfe des UWG steht im Widerspruch zu den Zielen der UGP-Richtlinie.....	24
5.	Konzentrationswirkung auf das UKlaG.....	25

## A. Gegenstand der Stellungnahme und Zusammenfassung

Diese Stellungnahme befasst sich mit zwei im Gesetzgebungsverfahren zum 2. DSAnpUG-EU diskutierten Aspekten: Der möglichen Umsetzung des Art. 85 DSGVO, um das Recht auf Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken (im Folgenden „Meinungsäußerung u.a.“) in Einklang zu bringen, sowie mit der Frage, ob es einer ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahme von DSGVO- und BDSG-Verstößen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bedarf.

Diese Stellungnahme kommt dabei zu folgenden Ergebnissen:

- Die Schaffung einer **gesetzlichen Grundlage** für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu Zwecken der Meinungsäußerung u.a. ist dringend **zu empfehlen**.
- Eine Umsetzung des Art. 85 DSGVO sollte klar als Rechtsgrundlage formuliert werden, in der die Voraussetzungen der zulässigen Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu Zwecken der Meinungsäußerung u.a. geregelt werden. Sie sollte **nicht** etwa als generelle **Bereichsausnahme** formuliert werden.
- Die entscheidende tatbestandliche Voraussetzung in dieser zu schaffenden gesetzlichen Grundlage sollte das **Merkmal der Verhältnismäßigkeit** sein, so dass die Datenverarbeitung zulässig ist, wenn diese im Rahmen der Ausübung des Rechts auf Meinungsäußerung u.a. erfolgt und nicht unangemessen in die Rechte der Betroffenen auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten eingreift.
- Wichtiger noch als die Schaffung einer Rechtsgrundlage ist die **Anpassung der Betroffenenrechte** sowie der übrigen datenschutzrechtlichen Folgepflichten und behördlichen Kontrollmöglichkeiten der Kapitel II bis IX DSGVO, um mögliche **„chillings effects“** zu verhindern, die durch die rechtlichen Folgepflichten einer Datenverarbeitung zu Zwecken der Meinungsäußerung u.a. ausgelöst werden könnten, sowie um einem denkbaren **Missbrauch aufsichtsbehördlicher Kompetenzen** gegenüber Meinungsäußernden u.a. zu begegnen.
- Einer ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahme von DSGVO- und BDSG-Verstößen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb **bedarf es nicht**.

## B. Stellungnahme zur Umsetzung des Art. 85 DSGVO

Art. 85 DSGVO verpflichtet und ermächtigt die Mitgliedsstaaten, Regelungen zu schaffen, die das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken in Einklang bringen.<sup>1</sup>

Dieser Ausgestaltungsauftrag ist ausgesprochen relevant, weil in der digitalisierten Gesellschaft Meinungsäußerungen, der freie Informationszugang oder auch journalistische, wissenschaftliche, künstlerische sowie literarische Tätigkeiten oft notwendigerweise mit der automatisierten<sup>2</sup> Verarbeitung personenbezogener Daten verbunden sind. Das betrifft Meinungsäußerungen in sozialen Netzwerken<sup>3</sup> genauso wie Digitalfotografie, das Betreiben eines Blogs, literarische Online-Veröffentlichungen und digitale Präsentationen wissenschaftlicher Vorträge oder die Nutzung von Internetsuchmaschinen.

Für Berufsjournalistinnen sowie die institutionelle Presse haben die Länder in den Landespressegesetzen sowie in den Rundfunkstaatsverträgen bereits eigene Regelungen getroffen.<sup>4</sup> Für Journalistinnen außerhalb der institutionellen Presse<sup>5</sup> sowie die genannten weiteren berührten Grundrechtsbereiche fehlen bisher jedoch Regelungen, die Umfang und Grenzen der zulässigen Datenverarbeitung regeln sowie klarstellen, in welchem Umfang die sonstigen Rechte und Pflichten der DSGVO anwendbar sind.

### 1. Erörterungen zum Regelungsbedarf

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung folgt unmittelbar aus Art. 8 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden „Charta“ oder „GRCh“). Dort definiert die Charta, unter welchen Bedingungen das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten eingeschränkt werden darf. Zulässig ist die Verarbeitung personenbezogener Daten demnach nur nach Treu und Glauben<sup>6</sup> für festgelegte Zwecke

<sup>1</sup> Zur Frage, ob und in welchem Umfang Abs. 1 und Abs. 2 selbstständige Öffnungsklauseln darstellen, siehe Abschnitt B. 2. dieser Stellungnahme.

<sup>2</sup> Gemäß Art. 2 Abs. 1 DSGVO ist die DSGVO zwar auch auf die nichtautomatisierte Verarbeitung von in einem Dateisystem gespeicherten personenbezogenen Daten anwendbar, aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung und der praktischen Relevanz wird im Folgenden aber vorrangig die automatisierte Datenverarbeitung thematisiert.

<sup>3</sup> Zur Frage der Anwendbarkeit der DSGVO auf Nutzerinnen von Sozialen Medien siehe Abschnitt B. 1. c).

<sup>4</sup> Überblick bei *Cornile*, ZUM 2018, S. 561; *Schiedermair*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 85 Rn. 3.

<sup>5</sup> Um der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen, müssen Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, gemäß Erwägungsgrund 153 DSGVO weit ausgelegt werden; Siehe auch EuGH, EuZW 2009, S. 108, Rn. 56 (Satamedia).

<sup>6</sup> Eine nicht ganz ideale Übersetzung des englischen Begriffs „fair“, der nach überwiegender Ansicht das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip betont und Anforderungen an die zu schaffenden Rechtsgrundlagen stellt, nicht jedoch isoliert einen Eingriffstatbestand darstellt, vgl. *Wolff*, in: Frankfurter Kommentar, Art. 8 Rn. 34.

und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage. Daraus wird nach ganz überwiegender Ansicht das sogenannte Verbot mit Regelungsvorbehalt<sup>7</sup> abgeleitet, wonach eine Datenverarbeitung grundsätzlich unzulässig ist, es sei denn die Einwilligung der Betroffenen oder eine gesetzliche Regelung erlauben diese. Eine Einwilligung scheidet für den hier relevanten Bereich in den meisten Fällen praktisch aus oder würde einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten. Zudem hat der flächendeckende Rückgriff auf die Einwilligung zu einer erheblichen Entwertung ihrer Schutzfunktion und zu einer Einwilligungsmüdigkeit bei Betroffenen gesorgt. Geboten ist folglich die Schaffung einer gesetzlichen Rechtsgrundlage.

Die Charta bindet dabei die Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich nur bei der Durchführung des Rechts der Europäischen Union. Da das Datenschutzrecht aber insbesondere durch Art. 16 AEUV sowie die DSGVO fast vollständig europarechtlich geprägt ist, ist die Charta und damit auch die Schrankenregelung des Art. 8 Abs. 2 GRCh zu berücksichtigen.<sup>8</sup> Die Charta verpflichtet schließlich auch dazu, den Grundrechten zwischen Privaten Wirksamkeit zu verleihen (freilich ohne dass daraus eine unmittelbare Grundrechtbindung zwischen Privaten abzuleiten wäre).<sup>9</sup>

Die Schaffung einer entsprechenden Rechtsgrundlage ist auch weder mit Verweis auf die bisherige deutsche Rechtsprechung (dazu sogleich unter a), auf die allgemeine Abwägung mit Art. 5 GG bzw. Art. 11 GRCh (dazu unter b) oder auf Regelungen der DSGVO selbst (dazu unter c) entbehrlich.

### **a) Keine Entbehrlichkeit einer Umsetzung mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung**

Eine Umsetzung des Art. 85 DSGVO ist nicht mit dem Verweis darauf entbehrlich, dass die deutsche Rechtsprechung den Konflikt zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit in der Vergangenheit im Wege der Abwägung gelöst hat.

---

<sup>7</sup> Ähnliche Grundrechtsschranken finden sich auch an anderer Stelle. So regelt auch das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG einen Gesetzesvorbehalt, ohne dass daraus im Übrigen abzuleiten wäre, dass dem Recht auf körperliche Unversehrtheit kategorisch der Vorrang gegenüber anderen Grundrechten eingeräumt würde.

<sup>8</sup> Grundlegend: EuGH, Urteil vom 26.02.2013, Rs. C-617/10 (Akerberg Fransson), Rn. 21; EuGH, Urteil vom 10.07.2014, Rs. C-198/13 (Hernández), Rn. 33; *Schiedermair*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 85 Rn. 9.

<sup>9</sup> Zur Pflicht der Mitgliedsstaaten, Grundrechtsträgerinnen keiner Beeinträchtigung durch andere Private schutzlos ausliefern siehe *Jarass*, in: Charta der Grundrechte der EU, Art. 8 Rn. 10; *Wolff*, in: Frankfurter Kommentar, Art. 8 Rn. 20; Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* zur Rs. C-275/06 vom 18.07.2007, Slg. 2008, I-271, Rn. 57 (EuGH NJW 2008, 743 - Promusicae); Vertiefend zum drittwirkungsbezogenen Regelungsgehalt des Art. 8 GRCh auch *Streinz/Michl*, EuZW 2011, S. 384.

Dem traditionellen deutschen Verständnis nach ist das Datenschutzrecht vorrangig eine Facette des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts,<sup>10</sup> das als offenes Grundrecht stets im Wege der Einzelfallbetrachtung konturiert werden muss und darf.<sup>11</sup> Das führte bisher dazu, dass die Gerichte bei der Abwägung mit der Meinungsfreiheit einen Spielraum für Einzelfalllösungen abseits gesetzlicher Erlaubnistatbestände für sich in Anspruch nahmen. Das Bundesverfassungsgericht<sup>12</sup> entschied beispielsweise in einer Entscheidung aus Juni 2016 (also nach Inkrafttreten, aber vor Geltungsbeginn der DSGVO), dass wahre Tatsachenbehauptungen über Vorgänge aus der Sozialsphäre grundsätzlich hinzunehmen seien. Im dortigen Sachverhalt bemängelte ein Unternehmer in einem Internetportal anhand zutreffender Darstellungen seinen zahlungssäumigen Geschäftspartner. Die Meinungsäußerung erfolgte also mittels der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten des betroffenen Schuldners. Das Bundesverfassungsgericht löste den Fall dort allein im Wege der Abwägung zwischen dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Schuldners und der Meinungsfreiheit des Unternehmers, ohne zu thematisieren, auf welcher gesetzlichen Grundlage die personenbezogenen Daten des säumigen Geschäftspartners verarbeitet werden durften und in welchem Umfang den Meinungsäußernden die datenschutzrechtlichen Folgepflichten seiner Datenverarbeitung trafen (insbesondere Auskunft-, Lösch- oder Dokumentationspflichten).

Das Bundesverfassungsgericht hätte im Grunde aber bereits selbst nach einer Rechtsgrundlage fragen müssen, da die zu diesem Zeitpunkt geltenden Vorgängerregelungen der DSGVO, die Datenschutz-Richtlinie von 1995 (DSRL)<sup>13</sup> und das auf ihrer Basis erlassene BDSG a.F., ebenfalls an dem spätestens seit 2009<sup>14</sup> verbindlichen Art. 8 Abs. 2 GRCh und dem darin formulierten Gesetzesvorbehalt zu messen gewesen wären. Schon unter Geltung des BDSG a.F. und der DSRL gab es keine Privilegierung für Meinungsäußerungen im Allgemeinen, sondern gemäß § 41 BDSG (als Umsetzung des Art. 9 DSRL) ausschließlich eine für Datenverarbeitungen, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgten.

Hinsichtlich der Datenverarbeitung zu Zwecken der Meinungsäußerung u.a. hat sich mit der DSGVO letztlich nur geändert, dass die Gerichte bei Zweifeln darüber, ob und auf welcher Grundlage entsprechende Datenverarbeitungen zulässig sind, anstelle des Bundesverfassungsgerichts den für die Auslegung der DSGVO und die Vereinbarkeit

---

<sup>10</sup> Pötters, in: Gola, DS-GVO, Art. 1 Rn. 8; BVerfG NJW 1984, S. 419 (422); Wente, NJW 1984, S. 1446 (1447); Simitis, NJW 1984, S. 398 (399).

<sup>11</sup> Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 364.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2016, S. 3362.

<sup>13</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, EU-Amtsblatt Nr. L 281 vom 23.11.1995.

<sup>14</sup> Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2012/C 326/01), EU-Amtsblatt Nr. C 326 vom 26.10.2012.

nationalen Rechts mit dem Europarecht zuständigen EuGH anrufen müssten.<sup>15</sup> Ein „weiter so“ mit Verweis auf die bisherige, insofern mit Art. 8 Abs. 2 GRCh nicht vereinbare, deutsche Rechtsprechungspraxis ist also keine Option.

### **b) Keine Entbehrlichkeit einer Umsetzung mit Verweis auf das deutsche Grundgesetz oder die Charta**

Folglich ist auch der Verweis auf die Grundrechte auf Meinungsfreiheit des Art. 5 GG oder Art. 11 GRCh keine Lösung. Vereinzelt Ansätze dahingehend, die Öffnungsklauseln des Art. 85 DSGVO durch Art. 5 GG ausfüllen zu wollen,<sup>16</sup> scheitern ebenso wie die auf eine abstrakte Abwägung gestützte Rechtsprechung an der Forderung des Art. 8 Abs. 2 GRCh nach einer klaren gesetzlichen Regelung. Zwar stimmt es, dass das Grundrecht auf Datenschutz des Art. 8 Abs. 1 GRCh ebenso wie das (insoweit allerdings nicht deckungsgleiche)<sup>17</sup> deutsche Recht auf informationelle Selbstbestimmung keine uneingeschränkten Rechte sind. Das ändert aber nichts an dem durch Art. 8 Abs. 2 GRCh formulierten Gesetzesvorbehalt. Diesem Gesetzesvorbehalt werden alle in einem Gesetzgebungsverfahren erlassenen Akte gerecht, in Deutschland also die Parlamentsgesetze,<sup>18</sup> so dass das Grundgesetz insofern bereits formal ausscheidet.

### **c) Keine Entbehrlichkeit einer Umsetzung aufgrund bestehender Rechtsgrundlagen der DSGVO**

Eine konkrete Umsetzung des Art. 85 DSGVO ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil die bestehenden Regelungen der DSGVO hinreichende rechtliche Lösungen bereitstellen, die einen Konflikt mit der Meinungsfreiheit anderweitig verhindern würden.

Zwar ließe sich die in dieser Stellungnahme vorgeschlagene Abwägung als Kernelement der Rechtsgrundlage<sup>19</sup> auch in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO umsetzen. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO gilt gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 2 DSGVO allerdings nicht für die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Datenverarbeitung. Ohne Schaffung einer eigenen Rechtsgrundlage wäre damit der gesamte Bereich der behördlichen Public

---

<sup>15</sup> Siehe dazu auch *Stadler*, „Schränkt die Datenschutzgrundverordnung Meinungsäußerungen im Internet ein?“, online abrufbar unter <http://www.internet-law.de/2018/03/schraenkt-die-datenschutzgrundverordnung-meinungsaeusserungen-im-internet-ein.html>.

<sup>16</sup> So aber wohl das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat in seinen FAQ zur Datenschutz-Grundverordnung, online abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html>.

<sup>17</sup> Grundlegend zu der notwendigen Unterscheidung: *Kokott/Sobotta*, IDPL 2013, S. 222; *Bock/Engeler* DVBl. 2016, S. 593 (595); *Wolff*, in: Frankfurter Kommentar, Art. 8 Rn. 3; *Johannes*, in: Roßnagel DatenschutzR-HdB Kap. 2 Rn. 57.

<sup>18</sup> *Wolff*, in: Frankfurter Kommentar, Art. 8 Rn. 32.

<sup>19</sup> Siehe dazu unter B. 3. a).

Relations Arbeit, die regelmäßig nicht als Presse im Sinne der Landespressegesetze einzustufen ist, erheblicher rechtlicher Unsicherheit ausgesetzt.<sup>20</sup>

Zudem engt Art. 9 Abs. 2 DSGVO den Bereich der zulässigen Datenverarbeitung weiter ein, wenn es um die Verarbeitung personenbezogener Daten geht, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen sowie hinsichtlich der Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person (Art. 9 Abs. 1 DSGVO). Art. 9 Abs. 2 DSGVO stellt insofern eigene, abschließende Rechtsgrundlagen auf, zu denen die allgemeine Abwägung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO nicht gehört.<sup>21</sup> Eine Meinungsäußerung im Online-Kontext, die Informationen zu den von Art. 9 Abs. 1 DSGVO erfassten besonders gesetzlich geschützten Datenarten enthält<sup>22</sup> und die auch nicht offensichtlich von der Betroffenen öffentlich gemacht wurden (Art. 9 Abs. 2 lit. e) DSGVO), wäre also nicht über Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO zu rechtfertigen, was die Notwendigkeit der Schaffung einer speziellen Rechtsgrundlage zusätzlich belegt.

Schließlich könnte eine Meinungsäußerung mit Bezug zu strafrechtlichen Verurteilungen einer Person auch an den Vorgaben des Art. 10 DSGVO zu messen sein, der abermals besondere, engere Voraussetzungen vorsieht. Demnach darf die Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten abseits Art. 6 Abs. 1 DSGVO nur vorgenommen werden, wenn dies u.a. nach dem Recht der Mitgliedstaaten, das geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorsieht, zulässig ist. Da sich die Verarbeitung von Daten zu Zwecken der Meinungsäußerung in vielen Fällen aber nicht auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO berufen kann, folgt aus Art. 10 DSGVO abermals die Notwendigkeit der Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage samt der Schaffung weiterer Garantien.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Vertiefend *Mönikes*, Telemedicus vom 14.02.2018, online verfügbar unter <http://tlmd.in/a/3265>.

<sup>21</sup> Die Bedeutung des Art. 9 Abs. 2 DSGVO ist im Einzelnen strittig. Nach hiesiger Ansicht stellt er einen eigenen abschließenden Katalog an Rechtsgrundlagen auf, der den Rückgriff auf die Erlaubnisnormen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO sperrt, so auch *Kampert*, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 9 Rn. 12.

<sup>22</sup> Insoweit stellt Erwägungsgrund 51 zwar klar, dass die Verarbeitung von Lichtbildern nicht grundsätzlich als Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten angesehen werden soll, da Lichtbilder nur dann von der Definition des Begriffs „biometrische Daten“ erfasst werden, wenn sie mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet werden, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen. Jedenfalls dann, wenn aber mittels Bilder oder Aussagen eindeutige Rückschlüsse auf die gesundheitliche Verfassung einer Person ermöglicht werden, etwa bei Aussagen über oder Bildhinweise auf Krankheiten einer Person, dürfte Art. 9 Abs. 1 DSGVO in aller Regel jedenfalls seinem Wortlaut nach erfasst sein. Ob insoweit eine teleologische Reduktion des Art. 9 Abs. 1 DSGVO möglich ist, wie es *Härtling*, CR-online.de Blog vom 06.09.2018, online abrufbar unter <https://www.cr-online.de/blog/2018/09/06/von-brillentraegern-pegida-demonstranten-und-csd-teilnehmern-wann-sind-daten-besonders-geschuetzt/>, andeutet, muss angesichts der Intention des Ordnungsgebers zurückhaltend bewertet werden.

<sup>23</sup> Dazu Näheres in Abschnitt B. 3. c).

#### **d) Keine Entbehrlichkeit mit Verweis auf die *Household Exemption* des Art. 2 Abs. 2 lit. c) DSGVO**

Auch ein Verweis auf Art. 2 Abs. 2 lit. c) DSGVO macht die Umsetzung des Art. 85 DSGVO nicht entbehrlich. Gemäß dieser als *Household Exemption* bezeichneten Ausnahmeregelung werden jene Datenverarbeitungen von der Anwendbarkeit der DSGVO ausgenommen, die durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten erfolgen. Die Frage, ob Nutzerinnen von sozialen Medien, also Inhaberinnen z.B. eines Twitter-, Instagram- oder Facebook-Kontos unter diese Ausnahme für private Datenverarbeitungen fallen, ist noch ungeklärt. Der EuGH hat bisher einerseits in seiner Lindqvist-Entscheidung<sup>24</sup> entschieden, dass die *Household Exemption* ausscheidet, wenn eine Veröffentlichung von Daten im Internet vorliegt und die Daten einer unbegrenzten Zahl von Personen zugänglich gemacht werden. Da Meinungsäußerungen z.B. in Sozialen Medien in der Regel öffentlich sind, geht auch die Literatur verbreitet davon aus, dass die dortigen Datenverarbeitungen nicht der *Household Exemption* unterfallen.<sup>25</sup> In seiner Wirtschaftsakademie-Entscheidung<sup>26</sup> hat der EuGH allerdings in einem (nicht entscheidungsrelevanten) Nebensatz angemerkt, dass der bloße Umstand der Nutzung eines sozialen Netzwerks wie Facebook für sich genommen eine Facebook-Nutzerin nicht für die von diesem Netzwerk vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten (mit)verantwortlich mache. Ob der EuGH daraus nun ableiten will, dass Datenverarbeitungen in sozialen Netzwerken durch Privatnutzerinnen nicht der DSGVO unterfallen und wie der damit ausgelöste Widerspruch zu seiner Lindqvist-Entscheidung aufzulösen wäre, macht er nicht deutlich.<sup>27</sup> Aber selbst wenn man die Anwendbarkeit der *Household Exemption* unterstellen wollte, würde diese die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu Zwecken der Meinungsäußerung u.a. nicht entbehrlich machen, da sie sich in jedem Fall nicht auf Meinungsäußerungen von juristischen Personen<sup>28</sup>, mittels beruflich genutzter Accounts oder etwa von Politikerinnen beziehen würde, denn Meinungsäußerungen in diesem Kontext erfolgen in keinem Fall allein zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten.

---

<sup>24</sup> EuGH, Urteil vom 06.11.2003, Rs. C-101/01 (Lindqvist).

<sup>25</sup> So etwa Gola, in: Gola, Datenschutzgrundverordnung Kommentar, Art. 2, Rn. 21; Schulz/Heilmann in: Gieschmann u.a., Datenschutz-Grundverordnung, Art. 85 Rn. 28.

<sup>26</sup> EuGH, Urteil vom 05.06.2018, Rs. C-210/16 (Wirtschaftsakademie), Rn. 56.

<sup>27</sup> Der EuGH dürfte hier letztlich nur die (Mit-) Verantwortlichkeit für die im Hintergrund des Social Media Auftritts stattfindende Datenverarbeitung zu Zwecken der Reichweitenmessung und Personalisierung von Inhalten meinen, nicht die Verantwortlichkeit für die veröffentlichten Inhalte selbst.

<sup>28</sup> Zur Anwendbarkeit des Art. 5 GG auf Unternehmen siehe Schulz/Heilmann in: Gieschmann u.a., Datenschutz-Grundverordnung, Art. 85 Rn. 20.

## 2. Möglicher Umsetzungsspielraum für eine Rechtsgrundlage

Zur konkreten Form der Umsetzung des Art. 85 DSGVO werden im Wesentlichen drei Ansätze diskutiert.<sup>29</sup> Neben der bereits als unzulänglich dargestellten Nichtregelung (bei Verweis auf Art. 5 GG und die Rechtsprechung) ist sowohl eine komplette Bereichsausnahme<sup>30</sup> als auch die Schaffung einer konkreten Rechtsgrundlage<sup>31</sup> denkbar.

Die Form der Umsetzung des Art. 85 DSGVO hängt maßgeblich davon ab, welchen Spielraum die Regelung eröffnet. Nach einer Ansicht enthält Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine sehr weite Kann-Regelung, die sogar eine Bereichsausnahme ermöglichen soll,<sup>32</sup> während Art. 85 Abs. 2 DSGVO einen konkreten Gestaltungsauftrag dahingehend beinhalten soll, die genannten Grundrechtsbereiche vor unangemessenen rechtlichen Folgewirkungen der DSGVO zu schützen.<sup>33</sup> Vereinzelt wird dem Art. 85 Abs. 1 DSGVO generell der Charakter als Öffnungsklausel abgesprochen.<sup>34</sup> Andere Stimmen führen schließlich mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte des Art. 85 DSGVO aus, dass es sich bei Art. 85 Abs. 1 DSGVO zwar um eine Öffnungsklausel handle, diese allerdings restriktiv auszulegen sei.<sup>35</sup>

Dafür, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO keine eigene Öffnungsklausel enthalten soll, spricht nach hiesiger Auffassung wenig. Die Historie des Gesetzgebungsverfahrens zur DSGVO ist insoweit eindeutig. Der Kommissionsvorschlag sah in Abs. 1 vor, dass die Mitgliedstaaten Ausnahmeverordnungen erlassen, „um das Recht auf Schutz der Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen“ und Abs. 2 enthielt die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Rechtsvorschriften, die sie nach Abs. 1 erlassen haben, der Kommission mitzuteilen und sie unverzüglich auch von allen weiteren Änderungsgesetzen oder diese Rechtsvorschriften betreffenden Änderungen in Kenntnis zu setzen.<sup>36</sup> Die Kommission wollte also nicht derart streng zwischen einer Öffnung betreffend der allgemeinen Meinungsfreiheit (jetzt nur in Abs. 1 genannt) und ihren besonderen Schutzbereichen,

---

<sup>29</sup> Siehe dazu die Übersicht von *Assion*, DSGVO Fachkonferenz - Tagungsbericht des Bundesverband deutscher Pressesprecher (BdP) vom 22.03.2018, S. 6, online abrufbar unter [https://www.bdp-net.de/sites/default/files/tagungsbericht\\_dsgvo-fachkonferenz\\_22032018.pdf](https://www.bdp-net.de/sites/default/files/tagungsbericht_dsgvo-fachkonferenz_22032018.pdf).

<sup>30</sup> Vgl. § 7 des schwedischen Datenschutzgesetzes.

<sup>31</sup> Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder, Entschließung vom 09.11.2017, [https://www.datenschutz-bayern.de/dsbk-ent/DSK\\_94-Art\\_85\\_DSGVO.html](https://www.datenschutz-bayern.de/dsbk-ent/DSK_94-Art_85_DSGVO.html); ebenso Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Informationsrecht - Stellungnahme Nr. 34/2018.

<sup>32</sup> *Golz/Gössling*, ITRB 2018, S. 68 (72), schreiben diesbezüglich von „wünschenswert aber nicht zwingend“; *Schulz/Heilmann* in: Gieschmann u.a., Datenschutz-Grundverordnung, Art. 85 Rn. 34 halten eine Bereichsausnahme nicht für ausgeschlossen.

<sup>33</sup> *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG 2. Auflage 2018, Art. 85 Rn. 5.

<sup>34</sup> *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, LT-SH Drucks. 19/1294.

<sup>35</sup> *Specht/Bienemann*, Sydow DSGVO, Art. 85 Rn. 9.

<sup>36</sup> *Specht/Bienemann*, Sydow DSGVO, Art. 85 Rn. 9.

etwa journalistischen, wissenschaftlichen und literarischen Tätigkeiten, trennen, wie es jetzt in Abs. 2 deutlich wird. Auch die nur auf den jetzigen Art. 85 Abs. 2 DSGVO verweisende Mitteilungspflicht des Art. 85 Abs. 3 DSGVO ist für eine derartige Auffassung unergiebig, da die DSGVO insoweit auch an anderer Stelle nicht frei von redaktionellen Fehlern war.<sup>37</sup> Dass aus der Öffnungsklausel ein in den Mitgliedsstaaten unterschiedliches Schutzniveau und eine unterschiedliche Gewichtung des Verhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Datenschutz erwächst, führt ebenso zu keinem anderen Ergebnis, schließlich folgt das gleiche Resultat zwingend auch aus Art. 85 Abs. 2 DSGVO, dem seine Abweichungsbefugnis deswegen ebenfalls nicht abgesprochen wird, obwohl das Maß der Abweichung von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat gleichermaßen unterschiedlich ausfallen kann.

Überzeugender ist letztlich, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine eigenständige Öffnungsklausel enthält, die aber nicht so weit reicht, dass damit eine gänzliche Ausnahme der Datenverarbeitung zu den Zwecken des Art. 85 Abs. 1 DSGVO einhergeht. Eine derartige Privilegierung entsprechender Datenverarbeitungen würde weder dem Stellenwert des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten noch dem Abwägungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DSGVO gerecht werden.

Eine gänzliche Bereichsausnahme würde außerdem abermals den Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GRCh missachten und könnte zudem erhebliche rechtliche Folgefragen nach sich ziehen, wenn etwa zu Zwecken der Meinungsäußerung Dritte als Auftragsverarbeiter oder gemeinsame Verantwortliche im Sinne des Art. 4 Nr. 7 und 8 DSGVO eingebunden würden. Anbieterinnen z.B. von Plattformen oder Hostingdiensten würden bei einer Bereichsausnahme unter Umständen reflexartig ebenfalls aus dem Anwendungsbereich der DSGVO fallen. Zuletzt erscheint es auch nicht nachvollziehbar, andere, ebenso der Meinungsbildung dienende Inhalte auf Blogs, in Foren oder auf Online-Plattformen so viel weitgehender zu privilegieren als die institutionelle Presse im Sinne der Landespressegesetze und sie im Rahmen einer Bereichsausnahme von datenschutzrechtlichen Pflichten generell freizustellen. Ihre Wirkung auf die Rechte der Betroffenen ist oft ähnlich intensiv und ihre Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung ebenso gewichtig.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> *Specht/Bienemann*, Sydow DSGVO, Art. 85 Rn. 9 verweisen hier zurecht auf den nunmehr korrigierten Verweis des Art. 15 Abs. 4 DSGVO auf den nicht existenten Art. 15 Abs. 1 b DSGVO.

<sup>38</sup> Gegen ein derartiges allgemeines Medienprivileg auch *Specht/Bienemann*, Sydow DSGVO, Art. 85 Rn. 13, die zu Recht darauf verweisen, dass dies abermals für den Charakter des Art. 85 Abs. 1 DSGVO als selbstständige Öffnungsklausel spricht.

Diese Stellungnahme empfiehlt vor diesem Hintergrund die Schaffung einer konkreten Rechtsgrundlage, die sich hinsichtlich des eingeräumten Umsetzungsspielraums an den Grenzen des Art. 85 Abs. 2 DSGVO orientiert.<sup>39</sup>

### **3. Konkreter Inhalt einer Rechtsgrundlage als Umsetzung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO**

Eine Umsetzung des Art. 85 DSGVO sollte klar als Rechtsgrundlage formuliert werden, deren wesentliche Voraussetzung die Verhältnismäßigkeit der Datenverarbeitung unter Abwägung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit u.a. mit dem des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten ist (dazu unter a). Bei der Gestaltung der Rechtsgrundlage ist auf die Beweislastverteilung zu achten (dazu unter b) und es sind die Forderungen der DSGVO nach der Schaffung spezieller Garantien zu berücksichtigen (dazu unter c) und d).

#### **a) Die Abwägung als Tatbestandsvoraussetzung**

Wesentliche Tatbestandsvoraussetzung einer Rechtsgrundlage muss die Verhältnismäßigkeit sein. Eine derartige Regelung ermöglicht es, die reichhaltige Rechtsprechung der deutschen Gerichte,<sup>40</sup> des EuGH sowie des EGMR<sup>41</sup> als Ausgangspunkt zu erhalten, verschließt sich gleichzeitig aber auch nicht vor möglichen neuen Gewichtungen unter Berücksichtigung des Art. 8 GRCh. Konkret geeignet wäre insofern eine Formulierung, wie sie unter anderem der Deutsche Anwaltsverein<sup>42</sup> vorgeschlagen hat:

##### *Formulierungsvorschlag 1*

*„Die Verarbeitung zum Zweck der Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit ist grundsätzlich zulässig, es sei denn, dem steht ein überwiegendes legitimes Interesse der Betroffenen entgegen. Dies gilt insbesondere für die Verarbeitung zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken.“*

Eine hinsichtlich der Zwecke und des Umfangs der erlaubten Datenverarbeitung strengere Formulierung, könnte wie folgt lauten:

---

<sup>39</sup> So im Ergebnis zur Reichweite des Art. 85 Abs. 1 DSGVO auch *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG 2. Auflage 2018, Art. 85 Rn. 12.

<sup>40</sup> Zuletzt etwa BVerfG, NVwZ 2016, S. 761; BVerfG, EUGRZ 2016 S. 491; BGH, NJW 2015, S. 778; zum Thema Bewertungsportale im Überblick auch *Petruzzelli*, MMR 2017, S. 800.

<sup>41</sup> Übersicht bei *Schiedermair*, in: Ehmman/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 85 Rn. 10.

<sup>42</sup> Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Informationsrecht - Stellungnahme Nr. 34/2018, S. 16.

*Formulierungsvorschlag 2*

*„Die Verarbeitung personenbezogener Daten im angemessenen Umfang zum Zwecke des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken stattfindet, ist zulässig, es sei denn die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen überwiegen.“*

Mit dieser Formulierung würde die Abwägung zusätzlich bei der Zweckbestimmung aufgeführt.

**b) Die Beweislastverteilung**

Beide obigen Formulierungen räumen dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit grundsätzlich den Vorrang gegenüber den widerstreitenden Interessen der Betroffenen ein. Mit der Formulierung „es sei denn“ wird klargestellt, dass es grundsätzlich an der betroffenen Person ist, darzulegen und im Zweifel gerichtlich nachzuweisen, dass ihre Interessen überwiegen.<sup>43</sup>

Denkbar ist allerdings auch, die Beweislast auf die meinungsäußernde Person zu verlagern. Eine entsprechende Formulierung könnte lauten:

*Formulierungsvorschlag 3*

*„Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur zulässig, sofern sie im angemessenen Umfang zum Zwecke des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen nicht überwiegen.“*

Mit dieser Formulierung läge es zunächst an der Meinungsäußernden, darzulegen, dass ihre Datenverarbeitung sowohl im angemessenen Umfang erfolgt, um dem Zweck der Datenverarbeitung zu erreichen, als auch, dass die Interessen der betroffenen Person nicht überwiegen. Eine solche Verteilung der Darlegungslast hätte ohne Zweifel aber einen stärkeren negativen Effekt auf die Bereitschaft zur Ausübung der Meinungsfreiheit mittels automatisierter Datenverarbeitung. Mit Blick auf die schlechthin konstituierende Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie und der grundsätzlichen Vermutung

---

<sup>43</sup> Siehe zu einer ähnlichen Diskussion um die Darlegungslast im Rahmen einer Abwägung bereits *Simitis*, in: *Simitis*, Bundesdatenschutzgesetz 8. Auflage 2014, § 28 Rn. 130f.

für die Freiheit der Rede in allen Bereichen<sup>44</sup> sollte von einer solchen Beweislastverteilung daher nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.

Eine solche Beweislastverteilung könnte dort angezeigt sein, wo es tatsächlich nicht nur um rein private Meinungsäußerungen geht, sondern um journalistische Tätigkeiten (außerhalb der Presse im Sinne der Landespressegesetze). Eine derartige Regelung, die bewusst die private Meinungsäußerung privilegiert, könnte sich wie folgt darstellen:

*Formulierungsvorschlag 4*

*„Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit ist zulässig, es sei denn die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen überwiegen. Erfolgt die Verarbeitung personenbezogener Daten im angemessenen Umfang zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, ist sie nur zulässig, sofern die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen nicht überwiegen.“*

Im Rahmen dieser Formulierung läge die Beweislast nur solange bei der betroffenen Person, wie diese sich einer privaten Meinungsäußerung gegenüber sieht, während es hinsichtlich der übrigen Verarbeitungszwecke an der Datenverarbeiterin wäre, die Rechtmäßigkeit ihrer Verarbeitung darzulegen. Auch eine solche Regelung sähe sich aber erheblichen Bedenken hinsichtlich ihrer einschränkenden Wirkung auf u.a. freie journalistische Tätigkeiten ausgesetzt, da das Bundesverfassungsgericht nicht nur die Meinungsäußerung, sondern auch den gesamten – auch den journalistisch geprägten – öffentlichen Meinungsbildungsprozess als Grundprinzip der Demokratie anerkennt.

Im Rahmen dieser Stellungnahme wird daher dafür plädiert, eine Beweislastverteilung zu schaffen, die im Zweifel für die Meinungsfreiheit streitet.

**c) Zu schaffende Garantien im Sinne des Art. 10 DSGVO**

Da auch Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten im Sinne des Art. 10 DSGVO Gegenstand von Meinungsäußerungen bzw. journalistischen oder literarischen Tätigkeiten usw. sein können, sind geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorzusehen. Erforderlich sind über die Betroffenenrechte hinausgehende besondere materielle Schutzstandards, die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Resozialisierungsinteresse der betroffenen Person berücksichtigen.<sup>45</sup> Eine mögliche Umsetzung könnte darin bestehen, die etablierten medienrechtlichen Instrumente der Richtigstellung, Gegendarstellung und der

<sup>44</sup> BVerfGE 7, S. 198 (Lüth); BVerfGE 20, S. 56 (97).

<sup>45</sup> Schiff, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung 2. Auflage 2018, Art. 10 Rn. 8.

Unterlassungsansprüche ausdrücklich ihrerseits zu privilegieren. Als Vorbild könnte dabei die Regelung in § 12 des Hamburgischen Datenschutzgesetzes dienen, die sicherstellt, dass eine für die Wahrnehmung dieser Ansprüche und Rechte nötige Datenverarbeitung nicht nur zulässig ist, sondern auch den Umgang mit den dafür erforderlichen Daten regelt.

*Formulierungsvorschlag 5*

*„Führt die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Absatz 1 zur Verbreitung von Gendarstellungen der betroffenen Person oder zu Verpflichtungserklärungen, Gerichtsentscheidungen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, so sind diese Gendarstellungen, Verpflichtungserklärungen, Gerichtsentscheidungen und Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren, wie die Daten selbst sowie bei einer Offenlegung der Daten gemeinsam offenzulegen.“*

Auch die gemäß den obigen Ausführungen<sup>46</sup> nur ganz zurückhaltend angezeigte Beweislastregelung zu Lasten der Meinungsfreiheit könnte im Kontext des Art. 10 DSGVO als zusätzliche Garantie in Betracht kommen. Ein rein klarstellender Hinweis der Art

*Formulierungsvorschlag 6*

*„Bei der Verarbeitung von Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten im Sinne des Art. 10 DSGVO ist im Rahmen der Abwägung des Rechts der Meinungsäußerung der Verantwortlichen mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten der Betroffenen insbesondere das Resozialisierungsinteresse der betroffenen Person zu berücksichtigen.“*

dürfte hingegen nicht den Anforderungen des Art. 10 DSGVO zur Schaffung konkreter Schutzstandards gerecht werden.

**d) Kein zusätzlicher Regelungsbedarf hinsichtlich Art. 89 DSGVO**

Hinsichtlich der ebenfalls von Art. 85 DSGVO erfassten Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken bestehen gewisse Abgrenzungsprobleme gegenüber Art. 89 DSGVO. Die Kommentarliteratur verweist insofern zu Recht darauf, dass die Öffnungsklauseln des Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO weiter als die des Art. 89 Abs. 2 DSGVO sind.<sup>47</sup> Dies hat zur Folge, dass Art. 85 DSGVO den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken einen viel weiteren Öffnungsspielraum einräumt als Art. 89 DSGVO, der in seinem Abs. 1 geeignete Garantien vorsieht und in Abs. 2 nur sehr viel engere Abweichungen von den

<sup>46</sup> Abschnitt B. 3. b).

<sup>47</sup> Specht/Bienemann, in: Sydow DSGVO, Art. 85 Rn. 14.

Betroffenenrechten vorsieht, als dies bei Art. 89 Abs. 2 DSGVO der Fall ist. Dieser Widerspruch würde entweder dazu führen, dass die Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DSGVO überflüssig ist,<sup>48</sup> weil sie komplett in der viel weitergehenden Öffnungsklausel des Art. 85 DSGVO aufginge oder sie würde, etwa wenn man Art. 89 Abs. 2 DSGVO für die Datenverarbeitung zu Wissenschafts- und Forschungszwecken als spezieller und vorrangig annimmt, die Nennung der wissenschaftlichen Zwecke in Art. 85 Abs. 1 DSGVO als weitgehend sinnlos erscheinen lassen. Mit Blick auf die englische Sprachfassung wird aber deutlich, dass Art. 85 DSGVO im Anwendungsbereich anders gelagert ist. Er erfasst die „academic expression“, also Publikationen, Vorträge und Lehre, während Art. 89 DSGVO die „scientific research“, also originäre Forschung erfasst.<sup>49</sup> Die deutsche Sprachfassung macht diese Unterscheidung mit den fast identischen Begriffen „wissenschaftliche Zwecke“ (Art. 85 Abs. 1 DSGVO) und „wissenschaftliche Forschungszwecke“ (Art. 89 Abs. 1 DSGVO) nur unzureichend klar und suggeriert, dass letzteres in ersterem enthalten sei.

Soweit die Literatur dennoch eine Überschneidung annimmt, löst sie den Widerspruch zu Lasten der Bedeutung des Art. 89 Abs. 2 DSGVO dahingehend, dass zwar grundsätzlich bei der Umsetzung des Art. 85 DSGVO ein gegenüber Art. 89 Abs. 2 DSGVO weiterer Spielraum angenommen wird, der Forderung nach Garantien des Art. 89 Abs. 1 DSGVO aber dennoch Rechnung zu tragen sei.<sup>50</sup> Dieser Anforderung könnte verhältnismäßig einfach dadurch gerecht werden, dass auch im Rahmen der Umsetzung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO auf § 22 Abs. 2 BDSG Bezug genommen wird, der zusammen mit § 27 BDSG die geforderten Garantien des Art. 89 Abs. 1 DSGVO abbildet. Eine Formulierung könnte lauten:

*Formulierungsvorschlag 7*

*„Werden Daten zu wissenschaftlichen Zwecken im Sinne des Absatz 1 verarbeitet, so gelten die Vorgaben des § 22 Abs. 2 BDSG entsprechend.“*

Eine solche Formulierung ist nach hier vertretener Ansicht aber entbehrlich, da der Art. 89 DSGVO nach richtiger Lesart für die Kundgabe wissenschaftlicher Ansichten in Publikationen und freiem Vortrag bereits nicht anwendbar ist und daher die Forderung nach entsprechenden Garantien des Art. 89 Abs. 1 DSGVO schon gar nicht greift. Sinnvoller wäre stattdessen eine Formulierung, die das Verhältnis zu Art. 89 DSGVO und § 27 BDSG klarstellt und etwa wie folgt formuliert werden könnte:

---

<sup>48</sup> Pötters, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, 89, Rn. 17.

<sup>49</sup> Golla, in: Specht/Mantz, Handbuch europäisches und deutsches Datenschutzrecht, Kapitel 23 Rn. 6.

<sup>50</sup> Specht/Bienemann, in: Sydow DSGVO, Art. 85 Rn. 14; Pötters, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, 89, Rn. 17.

#### *Formulierungsvorschlag 8*

*„Als Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken im Sinne des Abs. 1 gilt insbesondere die Kundgabe wissenschaftlicher Ansichten, etwa in Form von Publikationen und Lehre. Hinsichtlich der Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken bleibt § 27 BDSG unberührt.“*

Mit dieser Klarstellung wäre zudem erreicht, dass Unsicherheiten im Bereich der Datenverarbeitungen zu wissenschaftlichen Zwecken ausgeräumt werden. Diese entstehen unter anderem daraus, dass in § 27 BDSG nur die Verarbeitung von besonderen Kategorien von Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO privilegiert wird, was bisher zu dem wenig überzeugenden Ergebnis führt, dass z.B. die Datenverarbeitung im wissenschaftlichen Kontext nur dann nicht die Informationspflichten der Art. 13 ff. DSGVO auslöst, wenn darin Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO verarbeitet werden. Sind derartige „sensiblen“ Daten hingegen nicht betroffen, greifen beispielsweise die Informations- und Auskunftspflichten voll. Dies könnte den Willen der Verantwortlichen zur kritischen wissenschaftlichen Auseinandersetzung hemmen. Durch die vorgeschlagene Klarstellung wäre erreicht, dass jedenfalls hinsichtlich Publikations-, Vortrags- und Lehrtätigkeiten dieses unsinnige Ergebnis ausgeräumt wird.

#### **4. Konkreter Inhalt einer Anpassung der datenschutzrechtlichen Folgepflichten als Umsetzung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO**

Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass neben der Schaffung einer eindeutigen und klarstellenden Rechtsgrundlage vor allem die Regelung der Betroffenenrechte sowie der sonstigen datenschutzrechtlichen Folgepflichten von großer Bedeutung ist. Die aus ihnen mittelbar ableitbare Klarnamenpflicht, die mögliche hemmende Wirkung auf die Bereitschaft zur Meinungsbildung und -kundgabe sowie ein möglicher Missbrauch aufsichtsbehördlicher Kompetenzen gegenüber Einzelmeinungen (dazu sogleich unter a) machen eine Anpassung zwingend erforderlich. Die konkrete Anpassung der datenschutzrechtlichen Folgepflichten muss dies berücksichtigen (dazu unter b).

##### **a) Zur Notwendigkeit der Anpassung der Betroffenenrecht und datenschutzrechtlichen Folgepflichten**

Wie bereits dargestellt,<sup>51</sup> besteht Grund zu der Annahme, dass Meinungsäußerungen in sozialen Netzwerken, in Online-Foren oder in den Kommentaren eines Blogs eine Datenverarbeitung im Anwendungsbereich der DSGVO darstellen. Damit würde auch die Pflicht des Art. 14 Abs. 1 lit. a) DSGVO gelten, wonach die Kontaktdaten des Verantwortlichen zu benennen wären. Eine Privilegierung für Datenverarbeitungen zu

---

<sup>51</sup> Siehe Abschnitt B. I. d).

Zwecken der Meinungsäußerung fehlt bisher und wurde auch nicht in Umsetzung des Art. 22 Abs. 1 lit. i) DSGVO in § 33 BDSG aufgegriffen.<sup>52</sup> Damit kommt Art. 14 Abs. 1 lit. a) DSGVO im Endeffekt einer Klarnamenpflicht gleich, die sich erheblich nachteilig auf die Bereitschaft auswirken könnte, Meinungen online zu kommunizieren.<sup>53</sup>

Aber nicht nur der Verlust der Möglichkeit anonymer Meinungsäußerung im Online-Bereich hätte unter Umständen hemmende Wirkung („*chilling effects*“). Auch die übrigen Pflichten, beispielsweise zur Auskunftserteilung (Art. 15 DSGVO), zur Berichtigung (Art. 16 DSGVO), zur Einschränkung der Verarbeitung (Art. 18 DSGVO), zur Berücksichtigung eines Widerspruchs (Art. 21 DSGVO) oder zur Zahlung von Schadensersatz bei Verstößen gegen die Vorgaben der DSGVO (Art. 82 DSGVO) könnten im Meinungskampf instrumentalisiert werden und die Bereitschaft zur Teilnahme an online geführten Diskussionen schmälern.<sup>54</sup>

Schließlich würde die Datenverarbeitung im Rahmen der Zwecke des Art. 85 DSGVO auch voll der Kontrolltätigkeit der Aufsichtsbehörden im Sinne des Kapitel VI und VIII der DSGVO unterliegen. Aktuelle Entwicklungen in anderen europäischen Staaten zeigen eindrücklich, dass diese Kompetenzen auch genutzt werden, um etwa Journalisten zur Offenlegung ihrer Quellen zu zwingen.<sup>55</sup> Gleichermaßen wäre es denkbar, die behördlichen Aufsichtskompetenzen auch gegen Meinungsäußernde, Wissenschaftlerinnen oder Künstlerinnen einzusetzen.<sup>56</sup>

## **b) Mögliche Anpassungen der datenschutzrechtlichen Folgepflichten**

Die konkrete Anpassung der Betroffenenrechte bzw. der sonstigen datenschutzrechtlichen Folgepflichten kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. Sie gänzlich abzubedingen, würde den möglichen nachteiligen Folgen für die Betroffenen allerdings nicht gerecht, so dass als denkbare Minimallösung erst die Option erscheint, ihre Geltung allgemeinen unter einen Abwägungsvorbehalt zu stellen.

---

<sup>52</sup> Zu einer diesbezüglichen Forderung auch bereits *Veil*, in: Gieschmann u.a., Datenschutz-Grundverordnung, Art. 85 Rn. 28.

<sup>53</sup> Vgl. insoweit die Diskussion um den § 13 Abs. 6 TMG; Dazu etwa *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015, § 13 Rn. 21 mit weiteren Nachweisen; *Müller-Broich*, Telemediengesetz, 1. Auflage 2012, § 13 Rn. 10, der auf die Bedeutung der anonymen Nutzung für den Erfolg des Internets hinweist.

<sup>54</sup> Hierzu auch die Darstellung bei *Schulz/Heilmann* in: Gieschmann u.a., Datenschutz-Grundverordnung, Art. 85 Rn. 28.

<sup>55</sup> Siehe etwa das Vorgehen der rumänischen Datenschutzaufsichtsbehörde gegen die Journalisten des RISE Project, <https://www.reporter-ohne-grenzen.de/pressemitteilungen/meldung/dsgvo-rumaenien-missachtet-quellenschutz/>.

<sup>56</sup> Derartige Szenarien sind zusätzlich relevant, wie Bund und Länder weiterhin davon absehen, transparente Verfahren für die Besetzung der Leitungspositionen der Datenschutzaufsichtsbehörden gemäß Art. 53 Abs. 1 DSGVO zu schaffen und somit rechtsstaatlichen Fehlentwicklung nicht im Rahmen des Möglichen begegnen, siehe *Engeler*, CR-online.de Blog vom 06.08.2018, <https://www.cr-online.de/blog/2018/08/06/die-ernennung-der-beauftragten-fuer-den-datenschutz-und-das-transparente-wahlverfahren-nach-art-53-abs-1-dsgvo/>.

In Umsetzung des oben vertretenen Gleichklangs zwischen Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO hinsichtlich des Umfangs der Abweichungsmöglichkeiten<sup>57</sup> ließe sich eine entsprechende Regelung wie folgt formulieren:

*Formulierungsvorschlag 9*

*„Die Vorgaben der Kapitel II bis VII sowie IX gelten nur, sofern sie unter Abwägung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu wissenschaftlichen, künstlerischen, journalistischen oder literarischen Zwecken angemessen sind.“*

Als etwas weniger weitgehende Reduzierung wäre auch denkbar, einzelne Regelungen, deren Anwendbarkeit in jedem Fall als notwendig erachtet wird, von der Abwägungsklausel des Formulierungsvorschlags 9 rückauszunehmen. Damit würde zudem ein höheres Maß an Bestimmtheit im Verhältnis zu einer reinen Abwägungslösung erreicht. Eine entsprechende Regelung könnte wie folgt lauten:

*Formulierungsvorschlag 10*

*„Die Vorgaben der Betroffenen des Kapitel II bis VII sowie IX gelten nur, sofern sie unter Abwägung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu wissenschaftlichen, künstlerischen, journalistischen oder literarischen Zwecken angemessen sind. Satz 1 gilt nicht für [Aufzählung stets anwendbarer Vorschriften].“*

Im Idealfall würde hingegen der gesamte Katalog der datenschutzrechtlichen Nebenpflichten der DSGVO auf ihre Vereinbarkeit mit den Kommunikationsgrundrechten des Art. 85 DSGVO überprüft und jeweils ihre Geltung und die Umstände ihrer Geltung konkret klargestellt.

Zu erörtern ist abschließend die Reduzierung der Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse der Aufsichtsbehörden, insbesondere, ob insoweit auch Ausnahmen von Kapitel VIII zulässig sind. Will man Art. 85 Abs. 1 DSGVO in seinem Öffnungsumfang ähnlich lesen, wie Art. 85 Abs. 2 DSGVO,<sup>58</sup> so bliebe dafür kein Raum, da dort Kapitel VIII gerade ausgenommen ist. Damit wäre es nicht möglich, das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde (Art. 77 DSGVO), das Recht auf wirksame Rechtsbehelfe gegen Verantwortliche (Art. 79 DSGVO) oder Haftung und Schadensersatzansprüche (Art. 82 DSGVO) anzupassen. Insbesondere das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde

---

<sup>57</sup> Abschnitt B. 2.

<sup>58</sup> So die hiesige Auffassung, siehe Abschnitt B. 2.

würde aber ohnehin ins Leere laufen, sofern die diesbezüglichen Aufsichts- und Kontrollbefugnisse des Kapitel VI reduziert werden.<sup>59</sup>

Praktisch relevant bleibt damit vorrangig die Frage der Schadensersatzpflichten. Will man Art. 85 Abs. 1 DSGVO insoweit als weitergehende Öffnungsklausel verstehen, würde auch eine Anpassung des Kapitel VIII möglich werden mit der Folge, dass auch die Regelungen hinsichtlich der Schadensersatzpflicht modifiziert werden könnten. Die datenschutzrechtlichen Folgeansprüche und -pflichten könnten so weitgehend zugunsten der etablierten zivilrechtlichen Rechte und Pflichten rund um das Allgemeine Persönlichkeitsrecht reduziert werden. Dies könnte insofern vorteilhaft sein, als dass die Rechtsprechung zu Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts sehr restriktiv an eine tatsächliche Persönlichkeitsrechtsverletzung anknüpft, während Art. 82 DSGVO unabhängig von einer Persönlichkeitsrechtsverletzung jedweden Verstoß gegen die DSGVO ausreichen lässt.<sup>60</sup> Letztlich kann, auch mangels hinreichender Erfahrung mit der Vorgängernorm der DSRL, derzeit nur schwer beurteilt werden, inwiefern sich aus Art. 82 DSGVO in der Praxis tatsächlich gegenüber der bisherigen Rechtslage weitergehende Ersatzpflichten ergeben.<sup>61</sup>

## 5. Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Entscheidend für eine Umsetzung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist schließlich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Der Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG folgend, ist dabei stets nach einer ausdrücklichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu fragen, andernfalls steht das Recht der Gesetzgebung den Ländern zu. Den Kompetenzkatalogen des Art. 73 GG (ausschließliche Gesetzgebung des Bundes) und Art. 74 GG (konkurrierende Gesetzgebung des Bundes) ist allerdings keine abstrakte Kompetenz für die Meinungsfreiheit oder das Datenschutzrecht zu entnehmen. Ausdrückliche Kompetenzen finden sich nur für einzelne Bereiche, etwa das Urhebergesetz, womit jedenfalls Regelungen entsprechend der bisher vom KUG<sup>62</sup> erfassten Bereiche der Veröffentlichung von Bildnissen von Personen im Rahmen einer Umsetzung des Art. 85 Abs. 1 GG möglich sind.<sup>63</sup> Für den Bereich der Öffentlichkeitsarbeit öffentlicher Stellen des Bundes hat das Bundesverwaltungsgericht zudem klargestellt, dass die

---

<sup>59</sup> *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 85 Rn. 11; *Specht/Bienemann*, in: Sydow DSGVO, Art. 85 Rn. 16.

<sup>60</sup> *Kreße*, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 82 Rn. 7.

<sup>61</sup> Für weitergehende Ersatzpflichten aber *Gola/Piltz*, in *Gola, Datenschutz-Grundverordnung* 2. Auflage 2018, Art. 82 Rn. 12.

<sup>62</sup> Zum Streitstand um die (fehlende) Fortgeltung des KuG nach Geltungsbeginn der DSGVO vgl. *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, S. 369.

<sup>63</sup> Kritisch diesbezüglich aber der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, LT-SH Drucks. 19/1246, S. 3.

Gesetzgebungskompetenz bei dem Bund, nicht bei den Ländern liegt, sofern es um presserechtliche Angelegenheiten der Bundesbehörden geht.<sup>64</sup>

Im Übrigen hat bereits das 1. DSAnpUG in seiner Begründung weitgehend auf eine Annexkompetenz verwiesen, die aus den jeweiligen Sachkompetenzen der Art. 73 bis 74 GG folgt.<sup>65</sup> Für eine wirtschaftliche, auch eine literarische oder künstlerische Betätigung, ließe sich eine Kompetenz insofern aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ableiten.<sup>66</sup> Der Bereich der allgemeinen Meinungsfreiheit steht zweifelsohne auch in einem Sachzusammenhang mit der Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (bürgerliches Recht).<sup>67</sup> Die ebenfalls in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG geregelte Kompetenz für das Strafrecht betrifft mit dem Straftatbestand des § 185 StGB ebenfalls die Zulässigkeit von Meinungsäußerungen. Die Kompetenz für das Vereinsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG) könnte im Annex schließlich die Datenverarbeitung zu Zwecken der Öffentlichkeitsarbeit von Vereinen, Verbänden und Parteien<sup>68</sup> erfassen.

Jedenfalls im Ergebnis dürfte es nicht zu bestreiten sein, dass es zweckmäßig ist, den Schutz der Meinungsfreiheit und seiner besonderen Schutzbereiche bundeseinheitlich zu regeln, um zu verhindern, dass eine Meinungsäußerung, eine literarische Datenverarbeitung oder ein wissenschaftlicher Vortrag in den einzelnen Bundesländern unter abweichenden Bedingungen zulässig sind.

---

<sup>64</sup> BVerwG, NVwZ 2013, S. 1006.

<sup>65</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU), BT-Drucks. 18/11325, S. 71.

<sup>66</sup> Kühling/Martini, EuZW 2016, S. 448 (453).

<sup>67</sup> Simitis, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz 8. Auflage 2014, § 1 Rn. 6.

<sup>68</sup> Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz 8. Auflage 2018, Art. 74 Rn. 30, sieht insoweit den Art. 21 GG als *lex specialis* an, was am Ergebnis der Bundeskompetenz aber nichts ändert.

### **C. Stellungnahme bezüglich einer Ausnahme datenschutzrechtlicher Verstöße aus dem Anwendungsbereich des UWG**

Im September 2018 veröffentlichte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs,<sup>69</sup> der das Abmahnwesen grundlegend überarbeiten soll. Geplant sind u.a. Anpassungen der Klagebefugnis, der Gegenstands- und Streitwerte sowie die Einführung einer Bagatellgrenze, womit insgesamt der Missbrauch durch Abmahnungen verhindert werden soll, die einzig auf die Geltendmachung von Gebühren gerichtet sind. Vor allem kleine Unternehmen und Selbstständige sollen so entlastet werden.

Um und nach dem Geltungsbeginn der DSGVO wurde eine DSGVO-„Abmahnwelle“ befürchtet und eine gesetzliche Klarstellung (sei es im Rahmen des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs oder im BDSG) dahingehend gefordert, dass datenschutzrechtliche Verstöße nicht als Verstöße im Sinne des UWG anzusehen seien.<sup>70</sup> Eine derartige ausdrückliche Ausnahme ist aber weder nötig (dazu unter 1.) oder sinnvoll (dazu unter 2.), noch als Ausdruck einer ohnehin bestehenden Sperrwirkung geboten (dazu unter 3.) und begegnet nicht zuletzt europarechtlichen Bedenken hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit einer solcher Einzelausnahme für datenschutzrechtliche Verstöße (dazu unter 4.). Zu berücksichtigen ist schließlich auch, dass eine mögliche Klarstellung bezüglich des UWG die Regelungen des UKlaG unberührt ließe, was eine Konzentration der zivilrechtlichen Ahndung von Datenschutzverstößen bei wenigen klagebefugten Verbänden zur Folge haben könnte (dazu unter 5.).

#### **1. Eine „Abmahnwelle“ ist bisher ausgeblieben**

Die tatsächliche Notwendigkeit eines derartigen Ausschlusses ist bisher nicht ersichtlich. Von einer Abmahnwelle kann auch sechs Monate nach Geltungsbeginn der DSGVO keine Rede sein. Die Praxis berichtet vielmehr übereinstimmend von nur vereinzelten – und zum Teil überwiegend inhaltlich zweifelhaften bis unseriösen – Abmahnungen wegen Datenschutzverstößen.<sup>71</sup> Im Gegenteil berichten Praktikerinnen davon, dass der Aufwand für erfolgreiche Abmahnungen aufgrund der hohen Komplexität datenschutzrechtlicher Anforderungen hoch und entsprechende Mandate keineswegs erfolversprechend sind. Stattdessen scheint die derzeitige Sorge auf eine allgemeine „DSGVO-Panik“ zurückzuführen zu sein, die auch mit dem medialen Fokus auf immer neue

---

<sup>69</sup> Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 12.06.2018, Ausschuss für Recht und Verbraucher Drs. 19(6)10; Referentenentwurf vom 11.09.2018, online abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_fairerWettbewerb.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_fairerWettbewerb.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>70</sup> Siehe dazu etwa *Asshoff*, CR 2018, S. 720 (721) Fn. 4, mit Verweis auf Forderungen von *Bender* in der Lebensmittelzeitung vom 20.09.2018.

<sup>71</sup> *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, S. 371 (371); *Asshoff*, CR 2018, S. 720 (721); *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, S. 533 (536).

datenschutzrechtliche Kuriositäten zusammenhängen dürfte, die den Rechtsfolgen der DSGVO zugeschrieben werden. Die diesbezügliche Berichterstattung beruht in Einzelfällen zwar zweifelsohne auf zu diskutierenden Ungereimtheiten der DSGVO, ist in seiner Gesamtheit aber kein tragfähiger Ausgangspunkt für elementare Kritik am datenschutzrechtlichen Status quo.

## **2. Datenschutzrechtliche Vorgaben haben hohe Wettbewerbsrelevanz**

Ein gesetzlicher Ausschluss von Verstößen gegen DSGVO und BDSG aus dem Schutzbereich des UWG wird der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung datenschutzrechtlicher Vorgaben nicht gerecht. Insbesondere sprechen gewichtige Argumente dafür, dass die ineffiziente Aufsichtstätigkeit der Landes- und Bundesdatenschutzbehörden in vielen Fällen zu Schutzlücken für Mitbewerberinnen führt und geradezu danach verlangt, dass die aufsichtsbehördliche Durchsetzung der DSGVO durch die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche flankiert wird.<sup>72</sup> Ersparter Aufwand hinsichtlich der Gestaltung von rechtskonformen Datenschutzerklärungen, der Einbindung von Drittinhalten oder der Umsetzung einer angemessenen Transportverschlüsselung („https“) in Onlineangeboten, kann Mitbewerberinnen bevorteilen, ohne dass in vielen Fällen dafür ein effektiver Rechtsschutz vorhanden wäre. Die Selbstregulierung mittels des Lauterkeitsrechts kann hier das Schutzregime der DSGVO sinnvoll ergänzen.

Unangemessene Belastungen durch die Ahndung von Bagatellverstößen oder missbräuchliche „Abmahnengeschäfte“ sind hingegen kein Sonderproblem datenschutzrechtlicher Verstöße (sie sind nach jetzigem Stand sogar eher noch eine Ausnahme), sondern insbesondere im Urheberrecht verbreitet. Eine grundlegende Unausgewogenheit des UWG sollte daher allgemein und strukturell behoben werden, statt mittels sektorspezifischer Ausnahmen, wie sie derzeit hinsichtlich einer Ausklammerung der DSGVO diskutiert werden. Ansätze dafür liefert der angesprochene Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, der insgesamt eine Entlastung herbeiführen will, ohne einzelne Bereiche einer effektiven wettbewerbsrechtlichen Ahndung zu entziehen.

## **3. Die DSGVO sperrt die Regelungen des UWG nicht**

Einige Stimmen aus der Literatur und der Rechtsprechung vertreten, dass die DSGVO ohnehin Sperrwirkung gegenüber den Regelungen des UWG entfalte, während die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur sowie ein Teil der Rechtsprechung dem

---

<sup>72</sup> Diercks, CR 2018 (nur online), Rn. 62; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, S. 533 (535).

entgegentreten.<sup>73</sup> Überzeugend ist nach hiesiger Auffassung, dass die DSGVO lediglich die Rechtsbehelfe natürlicher Personen regelt (Art. 77 ff. DSGVO) und gerade keinerlei Aussagen zu anderen Sanktionsregimen trifft. Sanktionsmechanismen zugunsten Dritter, etwa Unternehmen, die aufgrund datenschutzrechtlicher Verstöße von Mitbewerberinnen einen Nachteil erleiden, sieht die DSGVO in den Art. 77 ff. DSGVO nicht vor,<sup>74</sup> sie sind der DSGVO schlicht gleichgültig.<sup>75</sup> Für eine abschließende Regelungswirkung gegenüber anderen Sanktionsregimen, wie sie etwa im § 69 SGB V oder § 44 TKG festgehalten ist, ist in der DSGVO ebenfalls nichts ersichtlich.<sup>76</sup> Die DSGVO bezweckt andererseits ausdrücklich die Förderung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehr, so dass auch insoweit nicht ersichtlich ist, weshalb ihren Regelungen eine wettbewerbliche Relevanz abgesprochen werden sollte.<sup>77</sup> Der teilweise geforderte Ausschluss von DSGVO-Verstößen aus dem Anwendungsbereich des UWG stellt vor diesem Hintergrund also keineswegs lediglich eine Klarstellung unstreitiger dogmatischer Verhältnisse dar. Er würde zuletzt auch weder der tatsächlichen Bedeutung des Datenschutzrechts für die Digitalwirtschaft gerecht werden noch dem erklärten politischen Ziel, die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben zu einem Standortvorteil Deutschlands und Europas zu machen.

#### **4. Eine Einschränkung der wettbewerblichen Rechtsbehelfe des UWG steht im Widerspruch zu den Zielen der UGP-Richtlinie**

Eine Sperrwirkung folgt auch nicht aus einem Vorrangverhältnis der DSGVO gegenüber der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie). Weder ergibt sich aus den Regelungsarten „Richtlinie“ und „Verordnung“ ein Rangverhältnis, noch hebt die DSGVO die UGP-Richtlinie auf, noch regelt die DSGVO Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken im Sinne des Art. 3 Abs. 4 UGP-Richtlinie.<sup>78</sup>

Es wäre letztlich vielmehr zu fragen, inwiefern es Deutschland überhaupt eingeräumt ist, unlautere Praktiken, die im Zusammenhang mit der Verletzung von datenschutzrechtlichen Vorgaben stehen, kategorisch dem Regelungsziel des Art. 1 UGP-Richtlinie zu entziehen, der seinerseits gerade beabsichtigt, durch Angleichung der

---

<sup>73</sup> Siehe zum Meinungsstand statt vieler *Diercks*, CR 2018 (nur online), Rn. 3; Insbesondere *Köhler*, WRP 2018, S. 1269 (dem folgend das LG Bochum, Urteil vom 07.08.2018 – I 12 O 85-18 – sowie das LG Wiesbaden, Urteil vom 05.11.2018 – Az. 5 O 214/18 –) vertritt eine Sperrwirkung; In der Literatur dem folgend: *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, S. 555 (557); *Spittka*, GRUR-Prax 2018, S. 561; Anders hingegen das OLG Hamburg, Urteil vom 25.10.2018 – 3 U 66/17, BeckRS 2018, 27136 sowie das LG Frankfurt, Beschluss vom 08.10.2018 – 2-06 O 349/18 –; In der Literatur gegen eine Sperrwirkung zudem *Asshoff*, CR 2018, S. 720; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, S. 533; *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, S. 371 (371); Übersicht zum Diskussionsstand auch bei *Löffel/Abrar*, online verfügbar unter: <https://loeffel-abrar.com/newsblog/sind-verstoesse-gegen-die-datenschutz-grundverordnung-wettbewerbswidrig/>.

<sup>74</sup> *Asshoff*, CR 2018, S. 720 (726).

<sup>75</sup> *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, S. 533 (535).

<sup>76</sup> *Diercks*, CR 2018 (nur online), Rn. 51.

<sup>77</sup> So auch *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, S. 371 (373); *Asshoff*, CR 2018, S. 720 (727).

<sup>78</sup> *Diercks*, CR 2018 (nur online), Rn. 28f.

Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen. Dieses Ziel würde gerade verhindert, wenn die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben und die ihnen innewohnenden wettbewerbsrechtliche Relevanz für den digitalen Binnenmarkt ignoriert würden.

### **5. Konzentrationswirkung auf das UKlaG**

Zum Abschluss ist darauf hinzuweisen, dass die Ausnahme von DSGVO-Verstößen aus dem Anwendungsbereich des UWG, die Regelungen des UKlaG unberührt ließe. Insbesondere § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG, der all jene Vorschriften zu Verbraucherschutzgesetzen erklärt, welche die Erhebung personenbezogener Daten eines Verbrauchers durch einen Unternehmer oder (in ausgewählten Geschäftsbereichen) die Nutzung personenbezogener Daten, die über einen Verbraucher erhoben wurden, betreffen, würde unverändert die Durchsetzung von Unterlassungs- und Widerrufsansprüchen erlauben. Diese Rechte würden allerdings nur noch anspruchsberechtigten Stellen im Sinne des § 3 UKlaG zustehen, was eine Konzentration der zivilrechtlichen Ahndung datenschutzrechtlichen Verstöße in Person dieser Stellen zur begünstigen würde.<sup>79</sup> Die Selbstregulierungsmöglichkeiten mittels des UWG würden damit entzogen und Mitbewerberinnen wären ebenso wie bei dem Verweis auf die Aufsichtstätigkeit des Datenschutzbehörden auf das Einschreiten Dritter angewiesen, deren Ziele – abgesehen von fehlenden Kapazitäten – jedoch nicht in jedem Fall den eigenen entsprechen müssen.

---

<sup>79</sup> Zum bisherigen Nebeneinander von UKlaG und UWG siehe auch *Podszun/de Toma*, NJW 2016, S. 2987 (2989).