

Richter Sandy PA4

Von: Prof. Dr. Helmut Köhler <h.koehler.neusaess@t-online.de>
Gesendet: Dienstag, 4. Dezember 2018 23:00
An: Innenausschuss PA4
Betreff: Anhörung am 10.12.2018 - Stellungnahme Köhler
Anlagen: BT-Innenausschuss_10.12.2018 - Köhler.docx

Sehr geehrter Herr Dr. Heynckes,

haben Sie vielen Dank für die Einladung zur Anhörung im Innenausschuss am 10.12.2108. Anbei darf ich Ihnen meine Stellungnahme übersenden.

Aus meiner Sicht wäre es zweckmäßig, wenn die Ausschussmitglieder einen Auszug aus der DS-GVO bekommen könnten, der die Art. 9, 17, 42, 57, 58, 77 – 84 DS-GVO umfasst. Auch § 44 BDSG wäre von Interesse. Damit würde die bessere Verständlichkeit meines Textes gewährleistet.

Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung, vorzugsweise per Mail an H.Koehler.Neusaess@t-online.de.

Mit besten Grüßen

Helmut Köhler



LUDWIG-
MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT
MÜNCHEN

INSTITUT FÜR INTERNATIONALES RECHT
EUROPÄISCHES UND INTERNATIONALES
WIRTSCHAFTSRECHT
PROF. EM. DR. HELMUT KÖHLER



Prof. em. Dr. Helmut Köhler · Ludwigstr. 29/II · 80539 München

**2. Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetz EU
Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am
10.12.2018**

Stellungnahme zum Thema

**„Durchsetzung des Datenschutzrechts mit den Instrumenten
des Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrechts?“**

Zusammenfassung

1. Die DS-GVO bezweckt den Schutz des Grundrechts natürlicher Personen auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten (Art. 1 II DS-GVO). Sie bezweckt dagegen nicht den Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen wie die UGP-Richtlinie (und das UWG) und die Unterlassungsklagenrichtlinie (und das UKlaG).

2. Die Durchsetzung der allgemeinen Vorschriften der DS-GVO ist alleinige Aufgabe der nationalen Aufsichtsbehörden (Art. 57 I lit. a DS-GVO). Diese Regelung des *public enforcement* ist abschließend. Sie kann nicht durch ein *private enforcement* von Mitbewerbern oder Verbänden mittels der §§ 3a, 8 III UWG oder der § 2 II 1 Nr. 11, § 3 UKlaG ergänzt werden. *Beispiel:* Eine Partnervermittlung speichert von Kunden/Kundinnen ohne deren Einwilligung Daten, aus denen ihre ethnische Herkunft, ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen hervorgehen, sowie Daten zu ihrem Sexualleben. Genau dies ist nach Art. 9 I DS-GVO untersagt. Ein generelles Verbot dieser Art der Datenverarbeitung kann nur von den Aufsichtsbehörden ausgesprochen, nicht dagegen von Verbänden oder Mitbewerbern im Klagewege durchgesetzt werden.

3. UWG und UKlaG kennen keinen Individualschutz der Verbraucher. Die DS-GVO gewährt dagegen den „betroffenen Personen“ individuelle Rechte insbesondere auf Auskunft, Berichtigung und Löschung, Datenübertragung und Widerspruch. Die betroffenen Personen können ihre Rechte selbst durchsetzen (Art. 79 DS-GVO), aber auch eine Einrichtung i.S. des Art. 80 I DS-GVO zu diesem Zweck beauftragen und bevollmächtigen. *Beispiel:* Kundin K kann von der Partnervermittlung Löschung der sie betreffenden gespeicherten Daten verlangen (Art. 17 I lit. d DS-GVO). Die Aufsichtsbehörden müssen die betroffenen Personen bei der Ausübung ihrer Rechte unterstützen und sich mit ihren Beschwerden befassen (Art. 57 I lit. e, f DS-GVO).

4. Die Mitgliedstaaten können außerdem nach Art. 80 II DS-GVO vorsehen, dass eine Einrichtung i.S. des Art. 80 I DS-GVO das Recht hat, die Rechte betroffener Personen ohne deren Auftrag geltend zu machen. Von dieser Öffnungsklausel hat der deutsche Gesetzgeber bisher noch keinen Gebrauch gemacht.

5. Die Öffnungsklausel des Art. 80 II DS-GVO ist nicht weit, sondern als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen. Ihr ist nicht zu entnehmen, dass die Mitgliedstaaten darüber hinaus sonstige Dritte (wie etwa Mitbewerber, Verbraucherschutzbehörden, Ombudsleute) ermächtigen dürften, die Rechte betroffener Personen wahrzunehmen.

6. Die Einschaltung von Mitbewerbern und Verbänden in die Durchsetzung der DS-GVO würde überdies zu einem unabgestimmten Nebeneinander von *public* und *private enforcement* führen. Es wären völlig unterschiedliche Entscheidungen der auf den Datenschutz spezialisierten Aufsichtsbehörden (§ 58 II DS-GVO)

einerseits und der zahlreichen jeweils angerufenen Zivilgerichte andererseits und damit im Ergebnis eine unionsweite Rechtszersplitterung zu befürchten.

7. Ein zusätzliches *private enforcement* würde auch zu einer Mehrbelastung der Gerichte führen, ohne dass dem eine Entlastung der Aufsichtsbehörden entspräche. Die Mehrkosten fielen dem Bund und den Ländern zur Last. Dies gilt auch für die Mittelausstattung der Verbraucherverbände.

8. Zugleich käme es zu einer Mehrbelastung der wegen eines Datenschutzverstoßes in Anspruch genommenen Unternehmen, weil sie sich sowohl gegenüber der Aufsichtsbehörde als auch gegenüber privaten Klägern verteidigen müssten. Davon wären insbesondere kleine Unternehmen betroffen, die nicht anwaltlich beraten sind und einer Abmahnung zumeist hilflos gegenüberstünden.

9. Der Gesetzgeber sollte die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit beseitigen. Dazu würde sich eine Ergänzung des § 44 DS-GVO empfehlen. Es sollte erstens die Regelung des Art. 80 I DS-GVO konkretisiert werden. Zweitens sollte von der Öffnungsklausel des Art. 80 II DS-GVO Gebrauch gemacht werden. Dann wären auch und gerade *Verbraucherverbände* bei entsprechender Satzungsänderung befugt, im eigenen Namen gebündelt die Individualrechte betroffener Personen mit deren Zustimmung, aber ohne deren Auftrag außergerichtlich und gerichtlich durchzusetzen. Darüber hinaus sollte drittens zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die Durchsetzung der allgemeinen Vorschriften der DS-GVO allein Aufgabe der Aufsichtsbehörden ist.

10. Die Regelungen in § 2 I 3, II 1 Nr. 11 und II 3 UKlaG sind mit der DS-GVO als dem höherrangigen Unionsrecht nicht vereinbar und dürfen daher von den Gerichten ab dem 28.05.2018 nicht mehr angewendet werden. Der Gesetzgeber sollte sie im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für alle Beteiligten daher aufheben.

A. Das Problem

In Rspr.¹ und Schrifttum² ist umstritten, ob Verstöße von Unternehmen gegen die DS-GVO nicht nur von den Aufsichtsbehörden (*public enforcement*), sondern darüber hinaus auch noch von Mitbewerbern und Verbänden nach den §§ 3a, 8 III UWG und den §§ 2, 3 UKlaG (*private enforcement*) verfolgt werden können. Die Lösung dieses Problems hängt entscheidend davon ab, ob die unionsrechtlichen Regelungen der DS-GVO dies zulassen oder nicht.

Diese Auslegungsfrage muss letztlich der EuGH entscheiden. Auf der Ebene der deutschen Gesetzgebung kann es daher nur darum gehen, ob der Gesetzgeber die derzeit und möglicherweise noch lange bestehende Rechtsunsicherheit durch eine Regelung pro oder contra eines *private enforcement* beseitigen sollte.

Die nachfolgende Analyse soll dazu beitragen, dem Innenausschuss eine sachliche Grundlage für seine Entscheidung zu geben.

B. Darstellung der Unterschiede zwischen Wettbewerbsrecht (UWG), Verbraucherschutzrecht (UKlaG) und Datenschutzrecht (DS-GVO)

I. Wettbewerbsrecht (UWG)

1. Wer wird geschützt?

Das UWG schützt drei Gruppen von Marktteilnehmern vor unlauteren Handlungen, nämlich Mitbewerber, Verbraucherinnen und Verbraucher sowie sonstige Marktteilnehmer (§ 1 S. 1 UWG).

2. Was bedeutet Verbraucherschutz im UWG?

Die verbraucherschützenden Verbote der §§ 3 ff. UWG dienen dem Schutz der *wirtschaftlichen Interessen* der Verbraucher (Erwägungsgrund 6, 8 UGP-Richtlinie). Verbraucher sollen ihre *geschäftlichen Entscheidungen* (§ 2 I Nr. 9 UWG) frei und „informiert“ (in Kenntnis der erforderlichen Informationen) treffen können (Erwägungsgrund 7, 14, 16 UGP-Richtlinie).

3. Wer ist als Rechtsverletzer verantwortlich?

¹ Die Anwendbarkeit des UWG und des UKlaG wird bejaht von OLG Hamburg, WRP 2018, 1510 (mit krit. Anmerkung Köhler); LG Würzburg (ohne nachvollziehbare Begründung), dagegen verneint vom LG Bochum und vom LG Wiesbaden.

² Die Anwendbarkeit des UWG und des UKlaG wird bejaht von Wolff, ZD 2018, 248 ; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533; dagegen verneint von Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 3a Rn. 1.40a; Schaffert, in: MünchKommUWG, 3. Aufl. 2018, § 3a Rn. 71; Köhler, ZD 2018, Köhler WRP 2018, 1269; Barth, WRP 2018, 790; Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 372.

Unternehmer verstoßen gegen die §§ 3 ff. UWG, wenn sie geschäftliche Entscheidungen der Verbraucher unlauter beeinflussen, z.B. durch irreführende oder aggressive Geschäftspraktiken (Erwägungsgrund 7 UGP-Richtlinie). Gegen sie können Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher geltend gemacht werden.

4. Wer setzt den Verbraucherschutz im UWG durch?

Unionsrechtliche Grundlage der Durchsetzung ist Art. 11 I UGP-Richtlinie von 2005. Danach können die Mitgliedstaaten zwischen einem privatrechtlichen und einem verwaltungsrechtlichen Schutzsystem wählen. Deutschland hat sich 2008 für die privatrechtliche Durchsetzung entschieden. Die Durchsetzung erfolgt daher nicht durch Verbraucherschutzbehörden, sondern aufgrund privater Initiative von Mitbewerbern, Unternehmens- und Verbraucherverbänden (§ 8 III UWG) durch die ordentlichen Gerichte. Es gilt also das Prinzip: *„Wo kein Kläger, da kein Richter“*.

Nicht klagebefugt sind hingegen die von unlauteren Handlungen betroffenen Verbraucher. Sie haben keine eigenen individuellen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche nach dem UWG. Individualrechte der Verbraucher ergeben sich lediglich aus dem Bürgerlichen Recht.

II. Verbraucherschutzrecht (§ 2 UKlaG)

1. Wer wird geschützt?

Verbraucherschutzgesetze i.S. des § 2 I UKlaG dienen, wie schon der Wortlaut deutlich macht, dem Schutz der Verbraucher i.S. des § 13 BGB. Der Verbraucherschutz braucht nicht der alleinige Schutzzweck zu sein, darf jedoch keine nur untergeordnete oder nur zufällige Nebenwirkung sein. Keine Verbraucherschutzgesetze sind beispielsweise Vorschriften zum Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder das AGG, weil sie alle natürlichen Personen, nicht aber speziell Verbraucher schützen.³

Die Regelung in § 2 II 1 Nr. 11 UKlaG qualifiziert zwar bestimmte Datenschutzgesetze als Verbraucherschutzgesetze. Sie ist aber auf das BDSG a.F. zugeschnitten.⁴ Jedenfalls nach dem Wirksamwerden der DS-GVO am 28.05.2018 ist indessen davon auszugehen, dass im Anwendungsbereich dieser Verordnung die Durchsetzung der allgemeinen Datenschutzvorschriften den Aufsichtsbehörden vorbehalten ist und die gerichtliche Durchsetzung der Rechte der betroffenen Personen nach Maßgabe der Art. 79, 80 DS-GVO zu erfolgen hat. Wegen des Vorrangs des Unionsrechts dürfen die Gerichte § 2 I 3, II 1 Nr. 11 und

³ OLG Hamm NJW-RR 2017, 684; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2 Rn. 3 UKlaG.

⁴ Vgl. *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 36. Aufl. 2018, § 2 Rn. 18 UKlaG; zu Einzelheiten vgl. *Micklitz/Rott*, in: *MüKoZPO*, 5. Aufl. 2017, § 2 Rn. 30, 31 UKlaG.

II 2 UKlaG nicht mehr anwenden.⁵ Diese Vorschriften sollten daher im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für alle Beteiligten aufgehoben werden.

2. Wer setzt den Verbraucherschutz im UKlaG durch?

Die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze mittels Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen dient dem kollektiven Schutz der Verbraucherinteressen und nicht der Durchsetzung von Individualansprüchen.⁶ Anspruchsberechtigt sind nur die in § 3 UKlaG aufgelisteten Verbände, nicht aber die Mitbewerber des Verletzers.

III. Datenschutzrecht (DS-GVO)

1. Wer wird geschützt?

Geschützt werden nicht Verbraucher (i.S. des § 13 BGB), sondern ganz allgemein *natürliche Personen* (Art. 1 DS-GVO), unabhängig davon, ob sie im geschäftlichen Verkehr Verbraucher oder Unternehmer sind.

2. Welche Rechtsgüter schützt die DS-GVO?

In der DS-GVO geht es nicht um den Schutz wirtschaftlicher Interessen der Verbraucher, sondern um den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten aller natürlichen Personen und insbesondere um den Schutz ihres *Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten* (Art. 1 II DS-GVO).

Grundlage dafür ist Art. 8 I und II Grundrechte-Charta, dem im deutschen Recht das Grundrecht auf *informationelle Selbstbestimmung* entspricht. Die Konkretisierung dieser Bestimmungen ist in der DS-GVO erfolgt. Die allgemeinen Bestimmungen für die Datenverarbeitung sind insbesondere in Kapitel II (Art. 5 bis Art. 11 DS-GVO), die Rechte der von der Datenverarbeitung „betroffenen Personen“ sind in Kapitel III (Art. 12 – 23 DS-GVO) geregelt.

3. Wer ist für Datenschutzverstöße verantwortlich?

Für Verstöße gegen die DS-GVO müssen der *Verantwortliche* (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO) und der *Auftragsverarbeiter* (Art. 4 Nr. 8 DS-GVO) einstehen. Der Kreis der Verantwortlichen ist nicht auf Unternehmen beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf Behörden, Einrichtungen und sonstige Stellen.

4. Wer setzt den Datenschutz durch?

⁵ Vgl. Gola/Werkmeister, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 18.

⁶ Palandt/Grüneberg, (Fn. 2), § 2 Rn. 1 UKlaG.

„Die Einhaltung der Datenschutzvorschriften wird von einer unabhängigen Stelle überwacht“ (Art. 8 III Grundrechte-Charta). Dies wird in Kapitel VI der DSGVO über „Unabhängige Aufsichtsbehörden“ näher geregelt (Art. 51 bis 59 DSGVO). Ihre Hauptaufgabe ist die Überwachung und Durchsetzung der Anwendung der DSGVO (Art. 57 I lit. a DSGVO). Dazu werden ihnen umfangreiche Beratungspflichten auferlegt und Untersuchungs- und Abhilfebefugnisse (Art. 58 DSGVO) eingeräumt.

Die Aufsichtsbehörde kann den Sachverhalt „von Amts wegen“ aufklären und beratend tätig werden. Die Abhilfebefugnisse (Art. 58 II DSGVO) ermöglichen es ihr, abgestufte, nämlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechende Maßnahmen zu verhängen. Dies geht bis von einer bloßen Verwarnung bis zur Verhängung von drakonischen Geldbußen in Höhe von 20 Mio. Euro oder von bis zu 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes (Art. 83 DSGVO).

Im Gegensatz zum UWG und zum UKlaG, die nur Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche kennen, liegt der DSGVO also ein differenziertes verwaltungsrechtliches System der Durchsetzung zugrunde, das dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (*public enforcement*).

5. Durchsetzung der Rechte betroffener Personen

a) Recht der betroffenen Person auf Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde

Wird eine betroffene Person in ihren subjektiven Rechten, die ihnen die DSGVO gegen Verantwortliche und Auftragsverarbeiter gewährt, beeinträchtigt, hat sie das Recht auf eine Beschwerde bei der *Aufsichtsbehörde* (Art. 77 DSGVO) und das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen die Untätigkeit der *Aufsichtsbehörde* (Art. 78 II DSGVO).

b) Recht der betroffenen Person auf gerichtliche Geltendmachung ihrer Rechte

Außerdem hat die betroffene Person das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter (Art. 79 I DSGVO) zur Durchsetzung ihrer aufgrund einer rechtswidrigen Datenverarbeitung verletzten Rechte. Der Gesetzgeber hat die Regelungen in Art. 79 I und II DSGVO mittels des § 44 BDSG in das deutsche Recht übernommen.

c) Recht der betroffenen Person auf Beauftragung und Bevollmächtigung einer Einrichtung zur Durchsetzung ihrer Rechte

Ferner hat die betroffene Person das Recht auf Bevollmächtigung und Beauftragung einer Einrichtung usw., die im Namen der betroffenen Person deren Rechte geltend macht (Art. 80 I DSGVO). Hierfür kommen nicht nur, aber vor

allem Verbraucherschutzverbände, wie etwa der *vzbv* in Betracht, wenn sie die in Art. 80 I DS-GVO genannten Voraussetzungen erfüllen. Allerdings werden sie dann nicht zum Schutz der kollektiven wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, sondern zum *Individualschutz* einzelner betroffener Personen tätig.

d) Eigenes Recht einer Einrichtung zur Durchsetzung der Rechte betroffener Personen

Schließlich enthält Art. 80 II DS-GVO eine *Öffnungsklausel* für die Mitgliedstaaten. Danach können Einrichtungen i.S. des Art. 80 I DS-GVO die Rechte einer oder mehrerer betroffener Personen auch ohne deren Auftrag im eigenen Namen wahrnehmen. Das kommt einer echten Verbandsklage nahe; allerdings geht es auch insoweit nur um den *Individualschutz* einzelner betroffener Personen. Auf den Punkt gebracht: **Art. 80 II DS-GVO räumt Verbänden keine weitergehenden Klagebefugnisse ein, als sie die betroffenen Personen haben.** Um das Selbstbestimmungsrecht dieser Personen zu wahren, darf dies aber nicht gegen deren Willen geschehen. Der nationale Gesetzgeber sollte daher ggf. eine opt-in- oder zumindest eine opt-out-Klausel vorsehen.

Würde der Gesetzgeber von dieser Öffnungsklausel Gebrauch machen, so könnten auch und vor allem Verbraucherverbände, wie insbesondere der *vzbv*, und die *Wettbewerbszentrale* eine gesellschaftspolitisch wichtige Aufgabe bei der Durchsetzung der Rechte betroffener Personen übernehmen.

Dazu müssten sie ggf. ihre Satzung ändern, weil es um eine Erweiterung ihres Aufgabenbereichs ginge. Ihre Aufgabe wäre insoweit nämlich nicht die Durchsetzung der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher gegen unlauter handelnde Unternehmen. Vielmehr ginge es ganz allgemein um die Durchsetzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung *aller Bürger*, gleichgültig, welche Stellen (Unternehmen, Vereine, NGO, Parteien, Kirchen usw.) ihre Daten rechtswidrig verarbeitet haben.

6. Keine Befugnis der Mitgliedstaaten zu weitergehenden Regelungen

a) Keine erweiternde, sondern enge Auslegung der Öffnungsklausel des Art. 80 II DS-GVO

Die DS-GVO enthält keine weitere Öffnungsklausel dahingehend, dass die Mitgliedstaaten, zusätzlich zum *public enforcement* der Aufsichtsbehörden, ein *private enforcement* des objektiven Datenschutzrechts der DS-GVO einführen könnten. Entgegen manchen Bestrebungen im Schrifttum und in einzelnen Gerichtsentscheidungen lässt sich aus Art. 80 II DS-GVO eine derartige Befugnis

der Mitgliedstaaten auch nicht im Wege einer erweiternden Auslegung herauslesen. Dies widerspräche dem unionsrechtlichen Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmevorschriften,⁷ wie sie eine Öffnungsklausel darstellt.

b) Keine Grundlage in den Art. 82 und 84 DS-GVO

Eine derartige Befugnis lässt sich auch nicht den Art. 82 und 84 DS-GVO entnehmen. Art. 82 DS-GVO regelt nur den Anspruch einer (betroffenen) Person auf Schadensersatz, also ebenfalls nur ein subjektives Recht, das ggf. – bei entsprechender nationaler Regelung – nach Art. 80 I DS-GVO von Einrichtungen im Namen und Auftrag der betroffenen Person durchgesetzt werden kann. Art. 80 II DS-GVO ist insoweit nicht anwendbar. Art. 84 DS-GVO regelt nur verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen (Geldbußen, Geldstrafen; vgl. dazu §§ 41 – 43 BDSG).

c) Keine Rechtfertigung durch den Grundsatz des *effet utile*

Ebenso wenig lässt sich der Grundsatz des *effet utile* heranziehen, um eine ergänzende Anwendung der § 3a UWG, § 2 UKlaG auf Verstöße gegen die DS-GVO zu rechtfertigen. Dieser unionsrechtliche Grundsatz bezieht sich nur auf die Auslegung bestehender unionsrechtlicher Normen im Sinne ihrer praktischen Wirksamkeit. Er ermöglicht nicht die beliebige Ergänzung der DS-GVO durch nationale Normen. Der Grundsatz des *effet utile* hat in Art. 52 IV DS-GVO seinen Ausdruck gefunden. Danach sind die Mitgliedstaaten rechtlich verpflichtet, die Aufsichtsbehörden so auszustatten, dass sie ihre Aufgaben und Befugnisse „*effektiv wahrnehmen können*“. Es sind also Bund und Länder gefordert, zusätzliche Mittel und Ressourcen für die Aufsichtsbehörden bereitzustellen, wenn die erforderlich würde. – Ein zusätzliches *private enforcement* hätte die gegenteilige Wirkung eines *effet inutile*. Es bestünde die Gefahr unterschiedlicher Entscheidungen. Damit würde die vom Unionsgesetzgeber ausdrücklich gewollte einheitliche Durchsetzung der DS-GVO innerhalb der Union durch die Aufsichtsbehörden unterlaufen (vgl. u.a. Art. 57 I lit. g, 61 I, 63 I DS-GVO; Erwägungsgrund 11, 13, 129, 133 DS-GVO).

Darum wird in der DS-GVO größter Wert auf eine Zusammenarbeit der nationalen Aufsichtsbehörden gelegt. Andernfalls könnte jeder Mitgliedstaat nach Belieben bestimmte Einrichtungen, wie etwa Ombudsleute oder Verbraucherschutzbehörden, zusätzlich zur Durchsetzung der DS-GVO ermächtigen. Dem will der Unionsgesetzgeber aber gerade vorbeugen. Denn auch hier gilt das Sprichwort: „*Viele Köche verderben den Brei*“. Daher hat sich auch die *Kommission* gegen solche zusätzlichen Befugnisse von Privaten ausgesprochen (s. Anhang).

⁷ St. Rspr. des EuGH; vgl. *EuGH*, WRP 2015, 1206 Rn. 54 – *Abcur/Apoteket Farmaci*.

d) Keine Ausschöpfung bestehender Möglichkeiten zum Tätigwerden der Verbraucherverbände

Der deutsche Gesetzgeber hat im Übrigen noch nicht einmal die Möglichkeiten ausgeschöpft, die die DS-GVO den Mitgliedstaaten in Art. 80 II DS-GVO auch für Verbraucherverbände eröffnet.

7. Ergebnis

Eine zusätzliche, die Ermächtigung nach Art. 80 II DS-GVO überschreitende privatrechtliche Durchsetzung der DS-GVO durch Mitbewerber und Verbände ist mit der Zielsetzung des Unionsgesetzgebers nicht vereinbar.

C. Gesetzgeberische Möglichkeiten zur Optimierung des Rechtsschutzes im Anwendungsbereich der DS-GVO

I. Einführung einer zusätzlichen privatrechtlichen Durchsetzung der DS-GVO?

1. Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens

Der Gesetzgeber könnte sich über die genannten Bedenken hinwegsetzen und ein *private enforcement* auch bei Verstößen gegen objektives Datenschutzrecht einzuführen, etwa um Forderungen aus der Anwaltschaft oder von bestimmten Verbänden entgegenzukommen. Dies wäre aber nicht empfehlenswert, weil die DS-GVO als vorrangige und abschließende unionsrechtliche Regelung dies nicht zulässt. Es wäre daher höchstwahrscheinlich mit einem *Vertragsverletzungsverfahren* zu rechnen. Auch bestünde das Risiko, dass die Gerichte die betreffenden nationalen Vorschriften wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht anwenden und aus diesem Grund den *EuGH* anrufen würden.

2. Nachteile und Probleme eines gleichzeitigen private enforcement

Davon abgesehen würde eine privatrechtliche Durchsetzung der DS-GVO zusätzlich zur verwaltungsrechtlichen Durchsetzung durch die Aufsichtsbehörden eine Reihe von Nachteilen und Problemen mit sich bringen.

a) Nebeneinander von behördlichen und zivilgerichtlichen Verfahren

Die Folge wäre nämlich ein Nebeneinander von behördlichen und zivilgerichtlichen Verfahren. Die (angeblichen) Verletzer von Vorschriften der DS-GVO könnten sich dann gegenüber der Aufsichtsbehörde nicht darauf berufen, sie seien bereits von einem Mitbewerber und/oder Verband abgemahnt und verklagt worden; ebenso wenig könnten sie gegenüber den Mitbewerbern und/oder

Verbänden geltend machen, die Aufsichtsbehörde habe gegen sie ein Verfahren eröffnet. Es gäbe keinen Einwand etwa der Rechtshängigkeit und es bestünde auch keine Möglichkeit der Aussetzung des zivilgerichtlichen Verfahrens nach § 148 ZPO, weil die behördliche Entscheidung nicht vorgreiflich ist. Aus diesem Grund könnte es auch zu widersprechenden Entscheidungen von Aufsichtsbehörden und ordentlichen Gerichten kommen.⁸ Dies widerspräche wiederum dem erklärten Ziel des Unionsgesetzgebers, eine einheitliche Durchsetzung der DS-GVO zu gewährleisten. Hinzu käme, dass im Grundsatz *jedes Landgericht* in Deutschland für Klagen von Mitbewerbern und Verbänden zuständig wäre. Dieses Nebeneinander von Verfahren wäre umso misslicher, als es dadurch zu einer unerwünschten Rechtszersplitterung schon innerhalb Deutschland's kommen könnte.

b) Mehrbelastung der Zivilgerichte und der (angeblichen) Verletzer

Zu bedenken ist weiter die *Mehrbelastung der Zivilgerichte* durch zahlreiche Verfahren, dem keine entsprechende Entlastung der Aufsichtsbehörden gegenüberstünde. Das würde entweder die Gefahr von Verfahrensverzögerungen mit sich bringen oder aber entsprechende Mehrkosten für zusätzliche Richter verursachen, für die wiederum Bund und Länder aufkommen müssten.

Aber auch die Mehrbelastung der *(angeblichen) Verletzer* durch eine *doppelte* Inanspruchnahme seitens der Aufsichtsbehörde und seitens der Mitbewerber und Verbände ist zu bedenken. Das *private enforcement* würde vor allem kleine Unternehmen, insbesondere Start-ups, empfindlich treffen. Sie könnten auch bei einem vergleichsweise geringfügigen Datenschutzverstoß auf ihrer Homepage nicht nur von der Aufsichtsbehörde verwarnt, sondern auch von einem oder mehreren Mitbewerbern und Verbänden abgemahnt und ggf. verklagt werden, und müssten sich allen gegenüber verteidigen.

Geplante gesetzliche Abmilderungen, etwa eine Kostenfreiheit der ersten Abmahnung und der Begrenzung der Höhe der Vertragsstrafe unter bestimmten Voraussetzungen, helfen nicht wirklich. Denn eine Abmahnung stellt für kleine Unternehmen schon für sich gesehen eine Belastung dar. Dies kann sie ggf. dazu verleiten, vorsichtshalber, nämlich ohne anwaltliche Beratung, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, um sich nicht dem Risiko einer einstweiligen Verfügung mit entsprechender Gebührenbelastung auszusetzen. Entsprechende Gesetzgebungsvorschläge geben gerade im Datenschutzrecht kleinen Unternehmen „*Steine statt Brot*“.

Mitbewerber, die sich durch einen Datenschutzverstoß eines Unternehmens beeinträchtigt glauben, sind im Übrigen nicht schutzlos. Denn sie können diesen Verstoß der Aufsichtsbehörde anzeigen und sie um Abhilfe bitten.

⁸ Dem stünde auch § 12a S. 1 UKlaG nicht wirklich entgegen, weil das Gericht nicht an die Auffassung der Aufsichtsbehörde gebunden ist. Auch ist die für die Praxis wichtige Ausnahmeregelung in § 12a S. 2 UKlaG zu bedenken.

II. Herstellung von Rechtssicherheit für alle Beteiligten

Die von vielen befürchtete „Abmahnwelle“ wegen Verstößen gegen die DS-GVO ist vermutlich schlicht deshalb ausgeblieben, weil die an Abmahnungen interessierten Unternehmen und Anwälte sich nicht sicher sein konnten, ob sie wirklich nach §§ 3a, 8 III Nr. 1 UWG vorgehen konnten. Gleichwohl ist die derzeitige Rechtsunsicherheit aufgrund unterschiedlicher Gerichtsentscheidungen für alle Beteiligten (Aufsichtsbehörden, Gerichte, Anwälte, Unternehmen, Verbände, betroffene Personen) und kontroversen Diskussionen im Schrifttum in hohem Maße unbefriedigend. Dies sollte den Gesetzgeber zu einem Eingreifen veranlassen.

III. Vorschläge für die Gesetzgebung

1. Übernahme der Regelungen des Art. 80 DS-GVO in das BDSG

Da es sich um Datenschutzrecht *pur* handelt, sollten Gesetzesänderungen zweckmäßigerweise im BDSG erfolgen. Hierfür bietet sich das *Kapitel Rechtsbehelfe* an, das bisher nur den § 44 BDSG enthält. Die Änderungen sollten entweder in Folgeparagrafen oder, wie hier vorgeschlagen, in § 44 BDSG erfolgen.

2. Beschränkung des § 44 I 1 BDSG hinsichtlich seines Anwendungsbereichs

Bei dieser Gelegenheit sollte der Wortlaut des § 44 I 1 BDSG geändert werden. Die derzeitige Fassung geht über die durch Art. 79 I DS-GVO eröffnete Möglichkeit der betroffenen Person zu einer Klage gegen einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter hinaus. Sie ermöglicht nämlich Klagen

„wegen eines Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen im Anwendungsbereich der Verordnung (EU) 2016/679 oder der darin enthaltenen Rechte der betroffenen Person“.

Damit wird eine Popularklage natürlicher Personen gegen Datenschutzverstöße ermöglicht. Dies ist weder von Art. 79 I DS-GVO gedeckt noch mit dem Vorrang der Befugnisse der Aufsichtsbehörden vereinbar. § 44 I 1 BDSG könnte daher wie folgt gefasst werden:

„Klagen der betroffenen Person gegen einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter wegen einer Verletzung ihrer Rechte aus der Verordnung (EU) 2016/679 infolge einer gegen diese Verordnung verstoßenden Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten können“

3. Einfügung eines neuen § 44 IV BDSG

Die neue Vorschrift könnte lauten:

„Klagen nach Absatz 1 Satz 1 können auch von einer Einrichtung im Sinne des Absatzes 5 sowohl im Namen und Auftrag von betroffenen Personen, die in ihren Rechten verletzt wurden, als auch im eigenen Namen ohne deren Auftrag erhoben werden.“

Diese Regelung würde zum einen Art. 80 I DS-GVO konkretisieren. Ein Verstoß gegen das sog. Wiederholungsverbot⁹ läge darin nicht, da es nur darum geht, den Art. 80 I DS-GVO an die deutsche Rechtsterminologie anzupassen. Zum anderen würde von der Öffnungsklausel des Art. 80 II DS-GVO Gebrauch gemacht, nach Einrichtungen im Sinne des Art. 80 I DS-GVO die Rechte betroffener Personen im eigenen Namen und ohne deren Auftrag wahrnehmen können. Damit würde u.a. Verbraucherverbänden und der Wettbewerbszentrale die Möglichkeit eröffnet, über ihr bisheriges Aufgabengebiet hinaus im Interesse des Datenschutzes *aller* Bürger tätig zu werden.

4. Einfügung eines neuen § 44 V BDSG

Ergänzend käme eine Definition in § 44 V BDSG hinzu, die dem Art. 80 I DS-GVO entspräche und wie folgt lauten könnte:

„Einrichtung im Sinne des Absatzes 4 ist jede juristische Person ohne Gewinnzielungsabsicht, deren satzungsmäßiges Ziel im öffentlichen Interesse liegt und die im Bereich des Schutzes und der Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogener Daten tätig ist.“

Selbstverständlich könnte der Gesetzgeber diese Definition dadurch präzisieren, dass eine Liste klagebefugter „qualifizierter Einrichtungen“, vergleichbar der Regelung in § 4 UKlaG, geschaffen würde, in die sich Verbände eintragen lassen müssten.

5. Klarstellender Hinweis auf die alleinige Befugnis der Aufsichtsbehörden zur Durchsetzung der DS-GVO

Um Missverständnissen zu vorbeugen, sollte zumindest in der **Gesetzesbegründung** ein **klarstellender Hinweis** erfolgen, dass für die Durchsetzung der allgemeinen Verpflichtungen der Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter nach der DS-GVO ausschließlich die Aufsichtsbehörden zuständig sind.

6. Konkretisierung der Vorgaben aus Art. 80 I DS-GVO hinsichtlich der Rechte der betroffenen Person gegenüber der Aufsichtsbehörde

Zu erwägen ist schließlich, ob der Gesetzgeber aufgrund der Vorgaben aus Art. 80 I DS-GVO auch die Befugnis der Einrichtungen i.S. des Art. 80 I DS-GVO zur

⁹ Verbot der Wiederholung von unionsrechtlichen Normen im nationalen Recht.

Geltendmachung der Rechte der betroffenen Person aus **Art. 77, 78 DS-GVO** in deren Auftrag und Namen regeln müsste. Dies könnte sinnvollerweise in einem § 44a BDSG geschehen. Eine entsprechende Regelung im Sinne des Art. 80 II DS-GVO ist zwar aufgrund der Öffnungsklausel möglich, aber nicht notwendig.

7. Aufhebung der datenschutzbezogenen Regelungen in § 2 UKlaG

Die datenschutzbezogenen Regelungen in § 2 I 3, II 1 Nr. 11 und II 2 UKlaG sind mit der DS-GVO nicht vereinbar. DS-GVO ist kein Verbraucherschutzgesetz und stellt eine abschließende Regelung dar. Wegen des Vorrangs des Unionsrechts vor dem nationalen Recht dürfen die Gerichte diese Regelungen seit dem 28.05.2018 nicht mehr anwenden. Der Gesetzgeber sollte sie daher aufheben.

IV. Eröffnung von Betätigungsmöglichkeiten für die Verbraucherverbände

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 44 BDSG um einen Absatz 4 eröffnet für Verbraucherverbände, neue sinnvolle Betätigungsmöglichkeiten im Bereich der Wahrnehmung der Rechte von betroffenen Personen, unabhängig davon, ob sie in ihrer Eigenschaft als Verbraucher im Rechtssinne betroffen sind oder nicht. Es geht um das Interesse aller Bürger am Schutz ihrer personenbezogenen Daten vor einer rechtswidrigen Verarbeitung dieser Daten durch alle denkbaren Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter. Damit die Verbände diese zusätzliche Aufgabe übernehmen können, müsste ihnen lediglich der Gesetzgeber durch Umsetzung des Art. 80 II DS-GVO einen Schritt entgegenkommen.

Anhang

Parliamentary questions

PDF 105k WORD 18k

3 October 2018

E-004117/2018(ASW)

Answer given by Ms Jourová on behalf of the European Commission

Question reference: E-004117/2018

The General Data Protection Regulation (GDPR) (1) grants individuals several remedies in case of an alleged infringement of their rights, such as the right to lodge a complaint with a supervisory authority or to bring proceedings before the courts.

They may mandate a not-for-profit body to exercise their rights on their behalf. Additionally, Member States may provide that a not-for-profit organisation, which has been properly constituted in accordance with the national law, pursues public interests and is active in the field of the data protection, may lodge a complaint and start proceedings in courts independently of a data subject's mandate.

Except where this is allowed pursuant to Article 80 GDPR, other persons wishing to act independently of a data subject's mandate do not have standing to exercise the rights granted to individuals under the GDPR.

The Commission does not currently have any overview of the illegal practices mentioned by the Honourable Member. Article 97 of the regulation provides that by May 2020 the Commission shall submit a report on the evaluation and review of the regulation. The Commission will assess during the coming year of application whether there is a need to evaluate such practices in its forthcoming report on the application of the new rules.

Under the GDPR, the promotion of public awareness in relation to the processing of personal data is primarily a task for the independent national supervisory authorities(2).

The Commission has undertaken several actions to ensure appropriate information is disseminated in all the Member States about the new rules(3). The Commission has also issued a call for proposals for an amount of EUR 2 million to support data protection authorities in their awareness-raising activities(4).

(1) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

(2) Article 57(1)(a) of the GDPR.

(3) In January 2018, the Commission published its communication on the guidance for the direct application of the GDPR, together with an online toolkit targeting citizens and small and medium-sized enterprises (SMEs) to raise their understanding of the new rules.

(4) <http://ec.europa.eu/research/participants/portal/desktop/en/opportunities/rec/topics/rec-rdat-trai-ag-2017.html>