

Die DS-GVO – eine neue Einnahmequelle für gewerbsmäßige Abmahner?

Lesedauer: 9 Minuten

Seit dem 25.5.2018 müssen Unternehmen die strengen Regelungen der DS-GVO beachten. Damit tun sich insbesondere kleine und mittlere Unternehmen schwer. Es besteht daher die Gefahr, dass sie, sei es aus Sorglosigkeit oder Unwissenheit, die eine oder andere Regelung nicht beachten. Das wiederum könnte, wie vielfach befürchtet wird, neue Abmahnwellen auslösen, von denen insbesondere Internetanbieter betroffen sein könnten. Bei ihnen ließen sich nämlich ohne größeren Aufwand Verstöße gegen die DS-GVO feststellen und sie könnten serienmäßig unter Verwendung von Textbausteinen abgemahnt werden.

Dies könnte eine neue Einnahmequelle für Mitbewerber i.S.d § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG werden, die in Zusammenarbeit mit Anwälten geradezu gewerbsmäßig als Abmahner vorgehen. Denn für sich gesehen wäre die Abmahnung gerechtfertigt und könnte einen entsprechenden Aufwendungsersatzanspruch, einschließlich der Anwaltsgebühren (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG), auslösen. Bei Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung (§ 12 Abs. 1 Satz 1 UWG) könnte zudem im Wiederholungsfall Zahlung der Vertragsstrafe verlangt werden. Bei Nichtabgabe könnte eine einstweilige Verfügung erwirkt und auch daran verdient werden.

Ob dieses Vorgehen gegen das Missbrauchsverbot des § 8 Abs. 4 UWG verstößt, kann im Einzelfall zweifelhaft sein, auch trifft die Beweislast den Abgemahnten. Der Missbrauchseinwand allein reicht zur Abwehr eines Missstands daher nicht aus, zumal er erst in einem gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden kann, die Abgemahnten aber es vielfach dazu nicht kommen lassen werden, sondern lieber zahlen.

Es wurden und werden zur Lösung des Problems de lege ferenda zwar unterschiedliche Vorschläge gemacht, wie etwa eine Deckelung der Abmahnkosten oder eine zeitweilige Aussetzung der kostenpflichtigen Abmahnung. Sie gehen aber das Problem nicht am entscheidenden Punkt an. Entscheidend ist nämlich, ob Mitbewerber überhaupt befugt sind, Verstöße gegen die DS-GVO außergerichtlich und gerichtlich zu verfolgen. Sind sie es nämlich nicht, so gehen Abmahnungen der mit ihnen kooperierenden Anwälte ins Leere; stattdessen müssen die Mitbewerber mit Gegenansprüchen der abgemahnten Unternehmen rechnen. Bei der rechtlichen Beurteilung ist daher unmittelbar an die Regelungen der DS-GVO anzuknüpfen.

Die Durchsetzungsregelungen der DS-GVO

Der Unionsgesetzgeber hat im Kapitel VIII (Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen) der DS-GVO eingehend geregelt, wie die Datenschutzbestimmungen durchzusetzen sind. Im Mittelpunkt steht dabei die von einem Verstoß „betroffene Person“. Sie kann sich mit einer Beschwerde an die zuständige Aufsichtsbehörde wenden (Art. 77, 78 DS-GVO), die dann ihrerseits tätig wird. Sie hat aber auch nach Art. 79 DS-GVO selbst das „Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf“, wenn sie der Ansicht ist, dass ihre Rechte aus der DS-GVO verletzt worden sind; ferner kann sie nach Art. 82 DS-GVO Ersatz ihres materiellen und immateriellen Schadens verlangen.

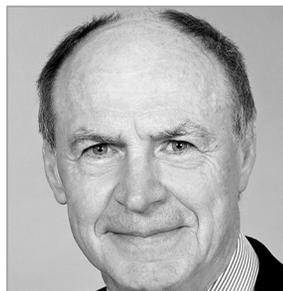
Nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO ist die betroffene Person ferner berechtigt, „Organisationen“ und ähnliche Einrichtungen, die bestimmte Anforderungen erfüllen, zu beauftragen, in ihrem Namen ihre Rechte u.a. aus Art. 79 DS-GVO wahrzunehmen.

Darüber hinaus enthält Art. 80 Abs. 2 DS-GVO eine sog. Öffnungsklausel zu Gunsten der Mitgliedstaaten. Sie können vorsehen, dass jede der in Art. 80 Abs. 1 DS-GVO genannten „Organisationen“ unabhängig von einem Auftrag der betroffenen Person das Recht hat, deren Rechte aus Art. 77 bis 79 DS-GVO in Anspruch zu nehmen, wenn nach ihrer Ansicht deren Rechte verletzt worden sind. Das ist rechtspolitisch gesehen nicht unbedenklich, weil damit letztlich Dritte über das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Personen verfügen (vgl. Kühling/Buchner-Bergt, DS-GVO, 2. Aufl., Art. 80 Rdnr. 15). Von einer entsprechenden Befugnis der „Mitbewerber“ des Verletzers, die Rechte der betroffenen Person ohne deren Zustimmung wahrzunehmen, ist in Art. 80

Abs. 2 DS-GVO jedenfalls nicht die Rede.

Das Verhältnis der DS-GVO zum UWG

In jüngster Zeit wird allerdings die Frage aufgeworfen, ob die Durchsetzungsregelungen der DS-GVO eine abschließende unionsrechtliche Regelung darstellen oder ob im jeweiligen nationalen Recht Erweiterungen zulässig sind. Es geht darum, ob der nationale Gesetzgeber über die Öffnungsklausel des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO hinaus zusätzliche Durchsetzungsregelungen aufstellen darf. Vor allem aber wird in Deutschland diskutiert, ob die Gerichte wegen eines Vorrangs des Unionsrechts daran gehindert sind, bestehende Regelungen des deutschen Rechts anzuwenden, die zusätzliche Rechtsbehelfe gewähren könnten.



Prof. Dr. Helmut Köhler ist emeritierter Professor an der LMU München und war als Richter am OLG München, 29. Zivil- und Kartellsenat tätig. Er ist Mitherausgeber des UWG-Kommentars Köhler/Bornkamm/Fedderson.

Konkret geht es um die Regelung in § 3a UWG. Danach handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. So wird jüngst von *Heinrich Amadeus Wolff* (ZD 2018, 248) die Auffassung vertreten, die Vorschriften der DS-GVO seien Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 3a UWG und dementsprechend seien auch Mitbewerber des Verletzers nach § 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 UWG berechtigt, gegen Verstöße vorzugehen.

Daran ist richtig, dass die DS-GVO auch die wettbewerblichen Auswirkungen des Datenschutzrechts im Blick hat, und insoweit der Gedanke nicht fern liegt, in der DS-GVO zugleich eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 3a UWG zu erblicken. Allerdings bleibt dabei unbeachtet, dass § 3a UWG dann nicht anwendbar ist, wenn die betreffende Regelung die Rechtsfolgen eines Verstoßes abschließend regelt, was wiederum durch Auslegung festzustellen ist. Beispiele dafür sind etwa das Kartellrecht (vgl. nur *BGH GRUR* 2008, 810, Rdnr. 11 – Kommunalverversicherer) und das Buchpreisbindungsgesetz (vgl. *BGH MMR* 2016, 236 – Gutscheinkaufaktion beim Buchkauf).

Eine solche abschließende Regelung gegenüber § 3a UWG stellen auch die Art. 77 ff. DS-GVO dar (vgl. *Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG*, 36. Aufl., § 3a Rdnr. 40a, 1.74b ff.; *Barth, WRP* 2018, 790; *MüKoUWG/Schaffert*, 3. Aufl., § 3a Rdnr. 71 a.E. [im Erscheinen]). Das ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, dass Ausnahmeregelungen, wie hier Art. 80 Abs. 2 DS-GVO, eng auszulegen sind (st. Rspr.; *EuGH WRP* 2015, 1206, Rdnr. 54 – *Abcur/Apoteket Farmaci*; *EuGH WRP* 2017, 1451, Rdnr. 20 – *Kamin und Grillshop*) und dementsprechend jedenfalls nicht über den Wortlaut hinaus erweitert werden dürfen. Wenn der Unionsgesetzgeber schon nicht jedem Verband ein Recht zur Wahrnehmung der Rechte einer betroffenen Person ohne deren Auftrag einräumt, sondern dafür ganz konkrete Anforderungen aufstellt, dann ist erst recht nicht darauf zu schließen, dass er eine Erstreckung dieser Befugnis auf Mitbewerber des Verletzers zulassen wollte. Hätte der Unionsgesetzgeber dies gewollt, so hätte es nahegelegen, dass er eine dem Art. 11 Abs. 1 RL 2005/29/EG („einschließlich Mitbewerbern“) entsprechende Durchsetzungsregelung eingeführt hätte.

Vor allem aber enthält die DS-GVO eine ganz andere Schutzzweckbestimmung als das UWG. Nach Art. 1 Abs. 2 DS-GVO schützt diese Verordnung „die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten“. Es geht also – vergleichbar dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach den §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB analog – um den Individualschutz der Betroffenen. Völlig anders die Konzeption des UWG: Nach § 1 Satz 1 UWG dient dieses Gesetz „dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen“. Das Schwergewicht der Rechtsdurchsetzung im Bereich der DS-GVO liegt bei den Aufsichtsbehörden, während die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts vollständig der privaten Initiative überlassen bleibt (§§ 8-10 UWG). Den Verbrauchern ist bekanntlich keine eigene Anspruchsberechtigung zuerkannt,

auch nicht bei Verstößen gegen § 3a UWG. Es besteht daher auch keine Rechtsschutzlücke im Bereich der DS-GVO, die durch eine Anwendung des § 3a UWG geschlossen werden müsste.

Eine zusätzliche lauterkeitsrechtliche Klagebefugnis der Mitbewerber lässt sich aber auch nicht über die Regelung in Art. 84 DS-GVO begründen. Diese Bestimmung enthält zwar einen Regelungsauftrag an den nationalen Gesetzgeber, Verstöße gegen die DS-GVO zu sanktionieren. Allerdings ist eine Sanktion, wie z.B. strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Sanktionen gegen den für den Verstoß Verantwortlichen, nicht gleichbedeutend mit einem Rechtsbehelf, wie schon aus der Überschrift des Kapitels VIII der DS-GVO hervorgeht.

Der Auffassung, Mitbewerber seien nach den §§ 3 Abs. 1, 3a i.V.m. 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG anspruchsberechtigt und klagebefugt, ist daher entschieden zu widersprechen. Es sollte Aufgabe der Unternehmensverbände und der Kammern i.S.d. § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 4 UWG sein, ihre Mitglieder entsprechend zu informieren, um sich gegen derartige Abmahnungen zur Wehr zu setzen. Sollte es zu einem Rechtsstreit zwischen einem Unternehmen, das (angeblich) gegen die DS-GVO verstoßen hat, und einem Mitbewerber kommen, müsste das Gericht richtigerweise die Klage bzw. den Verfügungsantrag als unzulässig abweisen, weil dem Mitbewerber bereits die Klage- bzw. Antragsbefugnis fehlt. Das schließt es selbstverständlich nicht aus, dass ein Musterverfahren durchgeführt und die Frage ggf. dem *EuGH* zur Vorabentscheidung vorgelegt wird.

Um für die Praxis aber jeden Zweifel von vornherein auszuschließen, könnte es sich für den Gesetzgeber empfehlen, in den § 3a UWG etwa den (deklaratorischen) Satz 2: „Dies gilt nicht für Verstöße gegen die Verordnung (EU) 679/2016“ einzufügen.

Die Umsetzung der Rechtsbehelfsregelungen der DS-GVO in das deutsche Recht

Davon abgesehen wird es eine vordringliche Aufgabe des deutschen Gesetzgebers sein, die Rechtsbehelfsregelungen in Art. 79, 80 Abs. 1 und 82 DS-GVO in das deutsche Recht umzusetzen. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber von der Option in Art. 80 Abs. 2 DS-GVO Gebrauch machen und eine echte Verbandsklage („unabhängig von einem Auftrag der betroffenen Person“) einführen. Die betreffenden Regelungen sollten in das BDSG n.F. aufgenommen werden. Das UKlaG eignet sich dafür nur bedingt; jedenfalls dürfte es nicht angehen, die Bestimmungen der DS-GVO als Verbraucherschutzgesetz i.S.d. § 2 Abs. 1 UKlaG zu qualifizieren. Die derzeitige Datenschutzregelung in § 2 Abs. 2 Nr. 11 lit. a UKlaG bedarf daher der Revision.

■ **Anm. d. Red.:** Der Freistaat Bayern hat einen Gesetzesantrag (BR-Drs. 304/18 v. 26.6.2018) zur Anpassung zivilrechtlicher Vorschriften an die DS-GVO am 6.7.2018 in den *Bundesrat* eingebracht. Mit dieser Bundesratsinitiative soll der Abmahnmissbrauch bundesweit effektiv verhindert werden. Der Gesetzentwurf soll künftig sicherstellen:

- Keine Abmahnmöglichkeit durch (angebliche) Mitbewerber, sondern nur durch bestimmte Verbraucherschutzverbände.
- Keine Abmahnmöglichkeit wegen einer Datenschutzerklärung auf der Homepage eines Unternehmers, die allein an formellen Fehlern leidet.
- Keine Abmahnmöglichkeit, wenn Daten allein zum Zweck der Vertragsabwicklung verarbeitet werden.