

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf B. Abel

Schriftliche Stellungnahme
für die Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen
Bundestages am 6. Mai 2015

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrecht-
lichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vor-
schriften des Datenschutzrechts (BT-Drucksache
18/4631)**

Vorbemerkung:

Der Gesetzentwurf verfolgt im Kern zwei Zielrichtungen. Zum einen soll festgeschrieben werden, dass

- für Unternehmen die datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestände und Verhaltensvorschriften mit Verbraucherbezug fast ausnahmslos als Verbraucherschutzgesetze im Sinne des U-
klaG gelten, und dass
- die Unterlassung und Beseitigung nicht nur unzulässiger AGB, sondern auch tatsächlichen Verhaltens bei Erhebung, Verarbeitung und Nutzung verbraucherbezogener Daten im Wege der Verbandsklage zivilrechtlich durchgesetzt werden kann

(dazu unten I.).

Zum anderen soll für Verbraucher eine Formerleichterung für Erklärungen und Anzeigen gegenüber Verwendern von AGB gesetzlich festgelegt werden (dazu unten II.).

Aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit können in der nachfolgenden Stellungnahme nur die wesentlichsten Stichpunkte kursorisch angesprochen werden.

I. Verbandsklagerecht

Dieser Teil des Gesetzesvorschlags ist sehr kritisch zu sehen. Er schießt über das gesetzgeberische Ziel, den Verbraucherschutz zu verbessern, weit hinaus: Der Entwurf

- sprengt die bisherige Systematik des UklG,
- vermischt Datenschutzrecht und Verbraucherrecht,
- privatisiert die Kontrolle über nahezu die gesamte Datenverwendung von Unternehmen,
- schafft Asymmetrien in gerichtlichen Verfahren und beseitigt damit die prozessuale Waffengleichheit,
- begünstigt Rechtszersplitterung und
- führt damit zu Rechtsunsicherheit in Kernbereichen unternehmerischen Handelns,
- durch die die Entwicklung neuer und zukunftsgerichteter Geschäftsmodelle auch und nicht zuletzt bei KMU und Start-ups im Bereich der digitalen Wirtschaft gefährdet oder möglicherweise sogar verhindert werden.
- Derart weitgehende Eingriffe in den Umgang mit Unternehmensinformationen dürfen von Verfassung wegen nicht der Interpretation und Wertung von Gerichten überlassen, sondern müssen weiterhin vom Gesetzgeber in praktischer Konkordanz mit den Grundrechten der betroffenen Unternehmen geregelt werden.

1. Entwurf systemwidrig

a. Das Verbandsklagerecht des UklaG stellt eine Ausnahme vom grundsätzlich geltenden Prinzip des Individualrechtsschutzes dar. Es beruht als prozeduraler Teil des früheren AGB-Gesetzes auf dem Grundgedanken, einen Ausgleich zu schaffen für die im Zivilrecht durch die massenhafte Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen verlorene Verhandlungsmacht des Verbrauchers als isoliertem Einzelnen. Das Verbandsklagerecht stellt daher nach seiner Systematik das zwischen der typischerweise individuellen Verbraucherseite und den kollektiven Regelungsmechanismen auf der Verwenderseite gestörte Gleichgewicht der Parteien wieder her, indem es – als Ausnahme – kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten auch für die Verbraucher schafft.

Mittel dafür sind in erster Linie die Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen und/oder die Unterbindung von Praktiken, die den eigenen AGB oder Vorschriften von Verbraucherschutzgesetzen widersprechen. Dies sind im wesentlichen Vorschriften, die in erster Linie für eng begrenzte Rechtsgebiete des Zivilrechts bestimmte vertragliche Regelungen vorschreiben. Mit Rechtsbruchklagen können Lücken gefüllt werden, die der Rechtsschutz des § 1 UklaG offenläßt.

Bisher geht es somit um die Wirksamkeit von AGB und darum, dass diese sowie eng umrissene zivilrechtliche Bestimmungen, die den Inhalt bestimmter Verträgen regeln, auch tatsächlich eingehalten werden, und zwar immer dort, wo der Verbraucher als Einzelner seinen Vertragspartnern in einer nachteiligen, weil unterlegenen Position gegenübersteht.

b. Der Entwurf nimmt einen **fundamentalen Paradigmenwechsel** durch die geplante Einfügung der Nr. 11 in § 2 Abs. 2 UklaG vor. Systemwidrig werden Vorschriften, die im Wege öffentlich-

rechtlicher Regulierung der gesamten Datenverwendung dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dienen, pauschal zu Verbraucherschutzgesetzen erklärt. Gegenstand der zivilgerichtlichen Kontrolle ist damit **nicht mehr** das Gleichgewicht zwischen **Vertragsparteien** bei asymmetrischen wirtschaftlichen Machtverhältnissen.

Vielmehr soll zukünftig die Einhaltung **allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen** im Wege kollektiven Rechtsschutzes verfolgt werden können, ungeachtet der Tatsache, dass diese Bestimmungen individuelle Rechtsansprüche der Betroffenen enthalten, deren Durchsetzung zudem durch eigens dazu eingerichtete staatliche Aufsichtsbehörden mit umfassenden Zugangs-, Einsichts- und Eingriffsbefugnissen ohne Kosten für den Verbraucher effektiv unterstützt werden kann.

Diese systemwidrige Vorgehensweise ist, wie auch der Bundesrat zutreffend feststellt, Neuland. Man kann plakativ auch von einer - in dieser Form neuartigen - **Privatisierung der Verhaltenskontrolle über einen Kernbereich der Unternehmenstätigkeit** sprechen, nämlich über den Umgang mit Informationen. Damit wird in **Abkehr** von dem **grundsätzlichen Prinzip des Individualrechtsschutzes** das auch für Unternehmen geltende Informationsgrundrecht des Art. 5 GG in bedenklicher Weise berührt und im Ergebnis eingeschränkt.

Dabei steht, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit der mit der Regelung verbundenen Eingriffe in das Informationsgrundrecht und auch den Gewerbebetrieb, die **Geeignetheit** der geplanten Vorschriften in Bezug auf wesentliche Sachverhalte grundlegend **infrage**.

Völlig unklar ist nämlich die Anwendbarkeit nationalen deutschen Datenschutzrechts auf zivilrechtliche Unterlassungsklagen, wenn sich global aufgestellte „Big Player“, vor allem die sozialen Netzwerke, darauf berufen, dass sie dem Datenschutzrecht eines anderen EU-Mitgliedstaates unterliegen, dieses einhalten und damit im Rahmen

des Gemeinschaftsrechts auch in Deutschland Daten zulässigerweise verarbeiten. In derartigen Fällen würde das geplante Verbandsklagerecht leerlaufen, da europarechtlich erlaubte Verfahren nicht durch deutsche Zivilgerichte untersagt werden dürften.

2. Anwendungsbereich uferlos

Zwar beschränkt sich die Entwurfsbegründung textlich auf personenbezogene Daten über einen Verbraucher. Diese Begrenzung ist aber nur scheinbar.

a. Der Begriff des personenbezogenen Datums wird heute von einer starken Meinung nicht mehr relativ, wie noch im BDSG angelegt, sondern absolut verstanden. Insbesondere die deutschen Aufsichtsbehörden stehen einheitlich auf dem Standpunkt, dass jede Form der irgendwie möglichen Reidentifizierbarkeit ein Datum zumindest personenbeziehbar und damit zum Gegenstand der Datenschutzgesetze macht. Inwieweit unter diesen Umständen noch eine Anonymisierung oder auch Pseudonymisierung möglich und zulässig ist, ist umstritten und völlig unklar. Der **Anwendungsbereich** des Verbandsklagerechts ist damit **umfassend**: Er erstreckt sich auf nahezu alle von Unternehmen erhobenen und verwendeten Daten mit irgendeinem Kundenbezug, einschließlich internen Marketing-Informationen und allgemeinen Erkenntnissen über Kundenverhalten. So werden beispielsweise alle Datenverarbeitungsprozesse am, im und um das Auto fast immer (auch) als verbraucherbezogen angesehen werden können

b. Datenschutzrecht ist, anders als beispielsweise das Recht der Reise- oder Darlehensvermittlungsverträge, eine **Querschnittsmaterie**, die alle Bereiche der Unternehmenstätigkeit im Innen- und Außenverhältnis betrifft. Es handelt sich dabei um sehr komplexe Regelungen, de-

ren Geltung insbesondere mit Blick auf die technologische Entwicklung wie z.B. das Cloud-Computing vielfach unklar und umstritten sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 21 unten) soll die Vorschrift entwicklungs offen sein auch für noch nicht bekannte Technologien gelten.

c. Die vorgesehenen **Ausnahmen** sind **nicht geeignet**, diesen umfassenden Anwendungsbereich des Verbandsklagerechts spürbar einzuschränken. Schon die Abgrenzung zu den Regelbeispielen ist vollkommen unklar. So werden z.B. Auskunftsinformationen ebenso wie sonst gewonnene Kenntnisse über das Zahlungsverhalten von Verbrauchern in erster Linie für die Begründung, Durchführung oder Beendigung von Verträgen benötigt, vor allem im Online-Handel.

d. **Verfassungskonform** und mit dem Ausnahmecharakter des Verbandsklagerechts vereinbar wäre die vorgesehene Regelung allenfalls dann, wenn eine **tatbestandliche Beschränkung** der zivilgerichtlichen Überprüfbarkeit auf solche Datenverwendungen erfolgte, die die Rechte und Pflichten zwischen Unternehmen und Verbrauchern in Bezug auf Vertragsschluss und Vertragsabwicklung betreffen. Das gilt beispielsweise für die Oktroyierung von Einwilligungserklärungen durch unangemessene Koppelung oder für die Nichteinhaltung eigener Datenschutzerklärungen.

Verfassungsrechtlich fragwürdig erscheint hingegen eine kollektive Klagbarkeit bezüglich der Nutzung des durch oder bei Gelegenheit der unternehmerischen Tätigkeit beim Umgang (auch) mit Kundeninformationen gewonnenen Wissens. Auch wenn dieses Wissen wirtschaftlichen Mehrwert enthält und/oder die Wettbewerbschancen des Unternehmens verbessert, bleiben die Belange des Verbrauchers im Hinblick auf seine mit dem Unternehmen geschlossenen Vertragsverhältnisse unberührt.

3. Wirrwarr beim Rechtsschutz, Rechtsunsicherheit

Systemwidrig ist der Entwurf auch dadurch, dass er im Ergebnis einen parallelen Rechtsweg für die Klärung von Grundsatzfragen des Datenschutzrechts etabliert, damit Rechtsunsicherheit schafft und für Unternehmen, vor allem für KMU, erhebliche Rechtsrisiken und damit Belastungen mit sich bringen kann.

a. Wenn sich bisher Zivilgerichte mit Datenschutzfragen zu befassen hatten, ging es um die Feststellung individueller Ansprüche von Verbrauchern gegenüber Unternehmen. Zwar können auch bei dieser Gelegenheit Grundsatzfragen geklärt werden. Diese beziehen sich aber regelmäßig nur auf Inhalt und Grenzen dieser Ansprüche oder möglicher Eingriffe in individuelle Persönlichkeitsrechte im Einzelfall. Das geplante Verbandsklagerecht soll hingegen, wie oben bereits erörtert, auf nahezu den gesamten Datenumgang durch und bei Unternehmen Anwendung finden, einschließlich zukünftiger Technologien. Damit wird ein paralleler Rechtsweg für eine umfassende Prüfung der Zulässigkeit auch und nicht zuletzt von Geschäftsprozessen innerhalb von Unternehmen durch private Stellen geschaffen.

b. Derartige private Stellen, durchweg große Verbraucherverbände, sind ausgerüstet mit erheblichen finanziellen Mitteln sowie umfassender rechtlicher und forensischer Expertise. Sie haben dadurch vielfach ein leichtes Spiel gegenüber Unternehmen, die nur selten in der Lage sein werden, sich gegen die Behauptung angeblichen datenschutzwidrigen Verhaltens sofort adäquat zur Wehr zu setzen, da es sich zumeist um komplexe und umstrittene Rechtsfragen einer ausgesprochenen Spezialmaterie handelt.

Dabei ist zu bedenken, dass diese Verbände als private Vereinigungen keinem Neutralitätsgebot unterliegen, sich als Interessenvertreter ver-

stehen und im Hinblick auf den Datenumgang von Unternehmen de lege ferenda dezidierte rechtspolitische Forderungen aufstellen. Es ist daher denkbar und entspricht auch Erfahrungen der Praxis, dass sich anspruchsberechtigte Stellen bei Abmahnungen, Anträgen auf einstweilige Verfügungen oder Klagen auf auch entlegene Rechtsmeinungen stützen oder versuchen, rechtspolitische Forderungen z.B. unter Klageandrohung mittels strafbewehrter Unterlassungserklärungen faktisch durchzusetzen.

Jedes Unternehmen kann jederzeit durch eine anspruchsberechtigte Stelle auf Unterlassung und Beseitigung tatsächlicher oder vermeintlicher Datenschutzverstöße in Anspruch genommen werden. Angesichts der Komplexität des Datenschutzrechts, das stark von unbestimmten Rechtsbegriffen, Wertungsfragen und Abwägungsprozessen geprägt wird, führt dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit für Unternehmen in einem Kernbereich ihrer unternehmerischen Tätigkeit.

Das gilt für vor allem für KMU, die nur begrenzte Mittel für die dann erforderliche hochspezialisierte und damit sehr kostenteure Rechtsberatung aufwenden können, hohe Kostenrisiken wegen der in diesen Bereichen bekanntlich sehr hohen Streitwerte eingehen müssen und sich den mit derartigen Verfahren verbundenen Zeitaufwand nicht leisten können. Start-ups im IT-Bereich, deren Geschäftsmodelle in aller Regel auf der Nutzung personenbezogener Daten im Internet beruhen, sind in der Regel überhaupt nicht oder doch am wenigsten in der Lage, zeitlich, personell und materiell dem Druck wirkmächtiger Verbände zu widerstehen.

4. § 12a nicht zielführend

Nicht zielführend, sondern ebenfalls verfassungsrechtlich bedenklich ist das Bemühen, durch die obligatorische Beteiligung der Datenschutz-Aufsichtsbehörden in gerichtlichen Verfahren einer unterschiedlichen Bewertung der oft komplexen Rechtsfragen durch Behörden und Zivilgerichte entgegenzuwirken.

Dadurch würde ungewollt die **Waffengleichheit** zwischen den Parteien **beseitigt**. Die Aufsichtsbehörden würden faktisch wie Gutachter auftreten, sind aber in Wirklichkeit nicht neutral. Das ergibt sich vor allem daraus, dass die Aufsichtsbehörden von Gesetzes wegen gegenüber dem Unternehmen dieselben Rechtsfragen auch in amtlicher Funktion überprüfen dürfen und, falls ihrer Meinung nach Verstöße vorliegen, zu repressiven Maßnahmen administrativer oder bußgeldrechtlicher Art befugt sind. In dieser Funktion und erst recht bei der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes durch Unternehmen sind Aufsichtsbehörden gegenüber dem Unternehmen eindeutig Partei. Aufgrund dieser aus der Natur der Sache herrührenden Rollenverteilung können Aufsichtsbehörden in zivilrechtlichen Verfahren nicht unbefangen urteilen, so dass für die Unternehmen keine Waffengleichheit mehr besteht, da auf deren Seite nie ein mit einem Amtsbonus wie eine Aufsichtsbehörde versehener Streithelfer wird auftreten können.

Um die gesetzgeberische Zielsetzung eines Gleichlaufs zwischen datenschutzrechtlicher und verbraucherrechtlicher Rechtslage zu erreichen, bietet es sich hingegen an, die Zivilgerichte zu binden an

- Absprachen zwischen Aufsichtsbehörden und Unternehmen
- Codes of Conduct
- Entscheidungen der Verwaltungsgerichte.

Dies könnte etwa in Analogie zu § 10 UklaG oder als Abs. 3 zu § 2 UklaG erfolgen. Dadurch kann es nicht zu Nachteilen für Verbraucher kommen, da verbraucherrechtlich Unterlassung nur bei Verstößen gegen Datenschutzrecht verlangt werden kann, die jedoch nicht vorliegen, wenn Verwaltungsgerichte und/oder Aufsichtsbehörden eine Datenverwendung für zulässig halten.

II. Formerleichterung

Die Zielrichtung des Entwurfs, dem Verbraucher Formerleichterung für Erklärungen und Anzeigen gegenüber Verwendern von AGB zu verschaffen, ist zwar im Grundsatz zu begrüßen. Auch hier gilt jedoch die Feststellung, dass der Entwurf über das gesetzgeberische Ziel **hinausschießt**, indem er den Unternehmen pauschal **jede** Möglichkeit verwehrt, für bestimmte Erklärungen die Schriftform zu verlangen. Dies kann jedoch erforderlich sein, da bei Nutzung der Textform die Identität der Absender nicht immer zweifelsfrei zu klären ist. Die dann notwendige Verifizierung der Absenderidentität führt zu zusätzlichem Aufwand für das Unternehmen, der von der Gesetzesbegründung nicht erfasst wird, und konterkariert das Vorhaben, für den Verbraucher eine Vereinfachung zu schaffen.

Die bloße Verwendung der Textform würde zudem für Unternehmen und Verbrauchern eine faktische Verschlechterung ihrer Rechtsposition bei gerichtlichen Verfahren mit sich bringen. So würde der - auch für den Verbraucher günstige - Urkundenprozess gemäß § 592 ff. ZPO ausgeschlossen. Ferner entfällt die volle Beweiswirkung, die unterschriebenen Erklärungen als Privaturkunden gemäß § 416 ZPO zukommt. Die Parteien sind dann auf die freie richterliche Beweiswürdigung des § 286 ZPO angewiesen. Es entspricht der forensischen Erfahrung, dass Parteien, deren Position durch Schriftstücke belastet

wird, gern deren Authentizität bestreiten. Würde die Möglichkeit abgeschnitten, beweissichere Privaturkunden im Sinne von § 416 ZPO vorzulegen, führt dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit, was von den Parteien, auch von Verbrauchern, als Abbau von Rechtsstaatlichkeit empfunden wird. Dies kann nicht gewollt sein.

Schließlich ist auf die Gefahr von Missbrauch und krimineller Manipulation bei digital übermittelten Erklärungen hinzuweisen.

Es sollte daher hilfsweise überlegt werden, die vorgesehene Vorschrift nicht in § 309 BGB, sondern in § 308 BGB einzufügen und dort ein Schriftformerfordernis ggf. an eine sachliche Notwendigkeit zu knüpfen.