Der Hamburgische Beauftragte für
Datenschutz und Informationsfreiheit

5. Mai 2015

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts

von

Prof. Dr. Johannes Caspar

I. Zum Gesetzentwurf im Allgemeinen

Die Intention des Entwurfs eines Gesetzes *zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts* wurde von den Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder bereits im letzten Jahr diskutiert und durch die Mehrheit der Landesdatenschutzbeauftragten ausdrücklich begrüßt (Schreiben des Hamburgischen Beauftragen für Datenschutz und Informationsfreiheit als damaliger Vorsitzender der DSK vom 28.7.2014 an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz).

Die digitale Gesellschaft eröffnet den Verbrauchern in nie dagewesener Fülle neue Informationsmöglichkeiten sowie scheinbar unbegrenzte Kommunikationsbeziehungen. Den damit verbundenen Chancen stehen jedoch zahlreiche Risiken für die informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen gegenüber. Der Einsatz neuer Technologien wird begleitet

Homepage im Internet:
www.datenschutz-hamburg.de

E-Mail Sammelpostfach*:
mailbox@datenschutz.hamburg.de

Öffentliche Verkehrsmittel:
U-Bahnstation Steinstraße (Linie U1)
Busse 112, 120, 124, 34 (Steinstraße)

*Vertrauliche Informationen sollten auf elektronischem Weg nur verschlüsselt an uns übermittelt werden.
Unser öffentlicher PGP-Schlüssel ist im Internet verfügbar (Fingerprint: 53D9 64DE 6DAD 452A 3796 B5F9 1B5C EB0E)

von einer massiven Kapitalisierung personenbezogener Daten durch sich häufig in einem globalen Wettbewerb befindenden Anbieter. In dem globalen Wettbewerb um Verbraucherdaten werden derzeit häufig die nationalen Datenschutzrechte Betroffener missachtet.

Die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz sind für die Wahrnehmung der Rechte Betroffener oft nur unzureichend personell und finanziell ausgestattet. Ihr Aufgabenspektrum erstreckt sich weit über die Kontrolle der nicht öffentlichen Stellen hinaus. Sie umfasst auch deren Beratung wie auch die Beratung und Kontrolle aller nicht-öffentlicher Stellen. Mit der Erweiterung des Unterlassungsklagengesetzes auf den Verbraucherdatenschutz und die damit betrauten anspruchsberechtigten Stellen ist die Erwartung verbunden, dass es gemeinsam gelingt, noch mehr Rechtsprechung zu erwirken, die zu einer rechtssicheren Auslegung der Datenschutzvorschriften zugunsten der Betroffenen beiträgt und den aufsichtsbehördlichen Vollzug erleichtert. Die Schaffung paralleler Strukturen von aufsichtsbehördlicher Kontrolle und Klagerechten von Verbraucherverbänden ist damit ein notwendiger Ansatz zur Stärkung der Datenschutzrechte von Verbrauchern, die gleichzeitig Betroffene von Verletzungen des informationellen Selbstbestimmungsrechts sind.

Mit Blick auf die immer wieder geäußerte Kritik einer Rechtswegezersplitterung (etwa Stellungnahe BITKOM vom 5. August 2014, S. 2) darf nicht verkannt werden, dass bereits gegenwärtig im Bereich des Datenschutzes ein Dualismus zwischen einem öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz durch Aufsichtsbehörden und einem zivilrechtlichen Rechtsschutz auf der Basis wettbewerblicher Beseitigungs- von Unterlassungsansprüche gemäß § 8 UWG i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG einerseits und einem Unterlassungsanspruch nach § 2 UKLaG andererseits angelegt ist. Während § 4 Nr. 11 UWG den Verstoß gegen eine datenschutzrechtliche Norm als sog. *Marktverhaltensregel* fordert (dazu die *Stellungnahme des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit gegenüber der Monopolkommission* vom 1. Dezember 2014, https://www.datenschutz-hamburg.de/uploads/media/Monopolkommission_Stellungnahme_des_HmbBfDI.pdf) setzt das Unterlassungsklagengesetz den Verstoß gegen *eine Datenschutznorm voraus, die als Verbraucherschutzgesetz* zu qualifizieren ist. Die Schwierigkeit einer Klassifizierung der in den jeweiligen Einzelfällen einschlägigen Datenschutzbestimmung hat sowohl nach Wettbewerbsrecht als auch nach Verbraucherschutzrecht eine fragmentarische Rechtsprechung der Zivilgerichte nach sich gezogen, die einen bruchlosen und rechtssicheren Schutz von Betroffeneninteressen über zivilgerichtliche Verbandsklageverfahren nicht ermöglichte.

In der Vergangenheit hat die Rechtsprechung mitunter den Begriff *Verbraucherschutzgesetze* im Sinne § 2 UKLaG als solche Normen verstanden, die in Bedeutung und Gewicht über den Einzelfall hinaus Kollektivinteressen der Verbraucher berühren (vgl. LG Hamburg 312 O 707/03 vom 28. Oktober 2007). Auf dieser Linie lag es, ein Auseinanderfallen von Verbraucherschutz und Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Artikel 1 Absatz 1, Artikel 2 Absatz 2 GG als Individualrecht zu konstatieren (vgl. OLG Düsseldorf, DuD 2004, 631f.).

Diese Schieflage soll nun durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung insbesondere für den Bereich des Unterlassungsklagengesetzes korrigiert werden: Mit der Einführung des § 2 Nr. 11 UKLaG wird künftig rechtsverbindlich festgestellt, dass die Vorschriften des Datenschutzes nach Maßgabe dieser Bestimmung durch die anspruchsberechtigten Stellen im Wege der Zivilklage gegen verantwortliche Stellen durchgesetzt werden können. Der Entwurf stellt keine grundstürzende Neuerung des Verbraucherdatenschutzes dar. Er schreibt jedoch eine bereits vorhandene Gesetzeslage mit erheblichen Auslegungsunsicherheiten fort, und zwar in konsequenter Weiterentwicklung einer am Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung orientierten Rechtsfortbildung.

Die nunmehr erfolgte breite Öffnung des Datenschutzes durch anspruchsberechtigte Stellen zur Wahrnehmung allgemeiner Interessen des Verbraucherschutzes ist daher inhaltlich sachgerecht und trägt dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts Betroffener als eine zentrale Herausforderung der digitalen Welt angemessen Rechnung.

II. Zweispuriger Rechtsweg – Problemfeld und Lösungsansätze

Eine Stärkung der zivilrechtlichen Kompetenzen von Verbraucherschutzverbänden für den Bereich des Datenschutzrechts führt zu einer weitergehenden Doppelung von Rechtswegzuständigkeiten im Vollzug des Bundesdatenschutzgesetzes. Diese Parallelität ist aber – wie bereits aufgezeigt – bereits im geltenden Recht angelegt: Sowohl im UWG als auch im UKLaG finden sich Rechtswegzuständigkeiten für den zivilrechtlich durchzusetzenden Datenschutz. Gleichzeitig können die Betroffenen von Datenschutzrechtsverletzungen ihre Rechte zivilrechtlich geltend machen.

Diese Möglichkeiten treten neben den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, der verantwortlichen Stellen gegen den Vollzug des Datenschutzrechts durch die Aufsichtsbehörden zur Verfügung steht. Damit kann es grundsätzlich zu divergierenden Entscheidungen zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und den Zivilgerichten bei der Auslegung der Normen des BDSG kommen. Ein prominentes Beispiel ist hier die

Anwendbarkeit des nationalen Rechts auf die Datenverarbeitung bei Facebook. So hält das OVG Schleswig (4 MB 11/13, NJW 2013, 177ff.; vorgehend VG Schleswig, 8 B 61/12) irisches Recht für anwendbar, nach dem Kammergericht Berlin (5 U 42/2, ZD 2014/412ff) ist dagegen das BDSG anwendbar. Dies ist kein Systembruch, sondern lediglich Folge unterschiedlicher Anwendungsverhältnisse der Datenschutzgesetze in den jeweiligen Sphären des Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrechts und des Datenschutzrechts.

1. Obligatorische Anhörung der Aufsichtsbehörden vor Klageerhebung

Das Nebeneinander der Entscheidungsverfahren und die hieraus resultierenden Unterschiede lassen sich durch eine stärkere Verzahnung aufsichtsbehördlicher Kompetenzen mit den Klagerechten nach dem Unterlassungsklagengesetz minimieren. Hierzu trägt die Vorschrift in § 12a UKLaG bei, die eine künftige Anhörung der Datenschutzbehörden im Verfahren über Ansprüche nach § 2 vorsieht. Grundsätzlich sollte den Aufsichtsbehörden jedoch auch die Möglichkeit geben werden, unter den engen zeitlichen Bedingungen einstweiligen Rechtsschutzes auch *außerhalb der mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen*.

Darüber hinaus erscheint es sinnvoll, zur Verklammerung beider Rechtsschutzverfahren eine Anhörungspflicht der Datenschutzbehörde durch die anspruchsberechtigten Stellen bereits **vor** der gerichtlichen Geltendmachung von Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüchen anzuordnen (Vorschlag des Bundesrats, zu Art. 3 Nummer 7, Drucksache 55/15 S. 5). Eine Einbeziehung des Sachverstands von Aufsichtsbehörden bereits im Vorfeld kann tatsächlich den anspruchsberechtigten Stellen helfen, die Erfolgsaussichten einer Klage, die auf datenschutzwidrige Praktiken gestützt ist, besser zu beurteilen. Hierdurch wird zudem den Datenschutzbehörden ermöglicht, sich bei ihrer Beratungstätigkeit von verantwortlichen Stellen auf eine neue Auslegungspraxis von Verbraucherschutzverbänden einzustellen und diese entsprechend auf Risiken hinzuweisen.

Bereits gegenwärtig arbeiten Datenschutz- und Verbraucherschutzbehörden eng zusammen und stimmen sich miteinander ab. Eine rechtliche Verstetigung dieses Kooperationsverhältnisses im Rahmen eines obligatorisch durchzuführenden Anhörungsverfahrens würde diesen Prozess optimieren, Kompetenzen beider Institutionen stärker zusammenführen und kohärentere Strukturen schaffen.

Dabei gilt es, darauf zu achten, die Frist zur Stellungnahme der Datenschutzaufsichtsbehörden so zu bemessen, dass eine flexible Handhabung der Rechtsschutzmöglichkeiten der anspruchsberechtigen Verbände möglich bleibt.

2. Beseitigungsanspruch und Löschveto

Eine besondere Problematik bei parallelen Verfahren ergibt sich mit Blick auf die Erweiterung der Rechtsfolge des § 2 Absatz 1 Satz 1 UKLaG durch Anfügung der Wörter „und Beseitigung“ nach Maßgabe des Gesetzentwurfs der Bundesregierung. Hier bleibt zunächst festzuhalten, dass eine Erstreckung des Anspruchs auf die Beseitigung von Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetze im Bereich des Datenschutzes zur Beendigung bereits in der Vergangenheit liegender Rechtsverletzungen führen kann und daher sinnvoll ist.

Dennoch hat bereits die Bundesbeauftrage für den Datenschutz und die Informationsfreiheit in ihrer Stellungnahme zu Recht darauf hingewiesen, dass die Erweiterung des § 2 UKLaG auf Beseitigungsansprüche negative Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit und die unabhängige Aufgabenerfüllung der Datenschutzbehörden haben kann (Stellungnahme BfDI vom 30.6.2014, Seite 5). Soweit die erfolgreiche Geltendmachung eines Beseitigungsanspruchs die Löschung von Daten bei der verantwortlichen Stelle bewirkt, muss sichergestellt sein, dass eine spätere Sachverhaltsermittlung und Beweissicherung zu Sanktionszwecken durch die Datenschutzaufsicht dadurch nicht verhindert wird. Anderenfalls ließen sich insbesondere Bußgeld- aber auch Strafverfahren nicht oder zumindest nur mit bedingtem Erfolg durchführen, da eine Dokumentation der unberechtigt gespeicherten Daten nicht mehr möglich wäre.

Tatsächlich zeigt die Erfahrung des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, dass Unternehmen nach begangenen Datenschutzverstößen häufig ein Interesse an einer Löschung der rechtwidrig erhobenen Daten haben, um ihre Situation in anschließenden Sanktionsverfahren zu verbessern. Dem Löschungsbegehren ist hier stets nicht zu entsprechen.

Um zu verhindern, dass eine erfolgreiche und verbraucherschutzrechtlich gebotene Löschung von unzulässig erhobenen Daten eine spätere Sachverhaltsermittlung und Beweissicherung durch die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörden vereitelt, ist zumindest eine frühzeitige Anhörung der Aufsichtsbehörden in Verfahren mit einem Beseitigungsbegehren vorzusehen. Da eine bloße Anhörung hier nicht zu einem Aufschub führen muss, sollte daran gedacht werden, der Aufsichtsbehörde ein Vetorecht einzuräumen. Dieses würde dann dazu führen, dass eine Verurteilung zur Datenlöschung bis zum Abschluss der aufsichtsbehördlichen Untersuchungen zunächst nicht erfolgt. Um den Verbänden eine flexible Handhabung des Klagerechts zu gewährleisten, sind für die Geltendmachung eines derartigen Vetorechts angemessene Fristen vorzusehen.

III. Örtliche Zuständigkeit inländischer Datenschutzbehörden im Verfahren der Anhörung

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zu § 12a UKLaG gebeten, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in der Regelung zur gerichtlichen Anhörung der inländischen Datenschutzbehörden die jeweils zuständige Datenschutzbehörde näher konkretisiert werden soll (Drucksache 55/15, Seite 4).

Hierzu ist festzustellen, dass das Anhörungsrecht derjenigen Aufsichtsbehörde eingeräumt werden muss, die örtlich für die Beaufsichtigung der verantwortlichen Stelle zuständig ist. Nur diese hat angesichts ihrer Kontrollbefugnisse die Kompetenz, inhaltlich tragfähige Beiträge zu leisten.

Ein Auseinanderfallen zwischen Anhörungsbefugnis im Verfahren des Unterlassungsklagengesetzes und der Handlungskompetenz im aufsichtsbehördlichen Verfahren gilt es zu verhindern. Dies spricht dagegen, die Bestimmung der örtlichen Datenschutzbehörde nach Maßgabe der örtlichen Zuständigkeit des befassten Gerichts vorzunehmen (vgl. BR-Drucks. 55/15, S. 4).

§ 6 UKLaG bestimmt die örtliche Zuständigkeit für Beklagte, die im Inland keine gewerbliche Niederlassung haben, nach dem Ort, an dem gegen Verbrauchschutzgesetze verstoßen wurde. Damit weicht das UKLaG von der Bestimmung der örtlich zuständigen Niederlassung der Aufsichtsbehörde für den Datenschutz insbesondere nach § 3 VwVfG bzw. den entsprechenden Landesverwaltungsverfahrensgesetzen ab. Hier ist grundsätzlich die Behörde am Ort der Hauptniederlassung der verantwortlichen Stelle örtlich zuständig. Bei dieser zwischen den Aufsichtsbehörden praktizierten Bestimmung der Zuständigkeit sollte es auch künftig bleiben.

Die Bestimmung der anhörungsberechtigten Datenschutzaufsichtsbehörde durch das Gericht ist daher durch rechtliche Kriterien bereits hinreichend klar vorgegeben. Sollte in einem laufenden Verbandsklageverfahren auf eine unzuständige Aufsichtsbehörde verwiesen werden, so entspricht es der Praxis der Aufsichtsbehörden bei unzuständigen Eingaben durch Bürger, die Zuweisung an die jeweils örtliche Behörde vorzunehmen. Dies wäre dann entweder dem Gericht oder der nach UKLaG anspruchsberechtigen Stelle mitzuteilen.

IV. Zur Einführung eines umfassenden Koppelungsverbots

Der Bundesrat schlägt in seinem Gesetzentwurf eine materiell-rechtliche Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes vor und plädiert für eine Verschärfung des gegenwärtig

geltenden Kopplungsverbots in § 28 Absatz 3b durch die Einführung eines neuen Artikel 4a Absatz 3b (BR-Drucks. 55/15, S. 6). Die bisherige Regelung in § 28 Absatz 3b BDSG untersagt zwar grundsätzlich, den Abschluss eines Vertrages von der Einwilligung zur Datennutzung abhängig zu machen. Diese Bestimmung ist jedoch auf die Fälle der Einwilligung im Bereich Werbung und Adresshandel beschränkt und enthält zudem eine weite Ausnahme: Das Kopplungsverbot soll danach nur gelten, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu *gleichwertigen vertraglichen Leistungen* ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.

Der Grundsatz der Freiwilligkeit bleibt de lege lata insoweit überall dort erhalten, wo die Nutzer entsprechende Leistungen von anderen Unternehmen in Anspruch nehmen können. Es muss daher letztlich ein Monopolvertrag für das Eingreifen des Kopplungsverbots vorliegen (§ 28 Rdn. 46 vgl. Gola/Schomerus, BDSG Kommentar 5. Auflage). In der Praxis ist das Kopplungsverbot gerade mit Blick auf Angebote global agierender Internetdienstleister, deren Geschäftszweck es ist, die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten als Gegenleistung für die Nutzung der Dienste zu erlangen, ein weitgehend stumpfes Schwert. Denn bei der Inanspruchnahme globaler Internetdienstleister stehen dem Nutzer regelmäßig verschiedene durchaus gleichwertige Alternativen zur Verfügung.

Vor dem Hintergrund der Erfahrung eines mehrjährigen Verwaltungsverfahrens gegen eine dienstübergreifende Nutzerdatenverarbeitung durch Google sind die Grenzen für eine datenschutzrechtliche Regulierung auf der Basis individueller Konsenslösungen sehr schnell erreicht. Am Ende blieb den Nutzern bestenfalls selbst bei Umsetzung eines transparenten Konsens-Mechanismus nur die Wahl zwischen den zwei Optionen einer **Alles-oder-Nichts-Lösung**: Sie können die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu den unterschiedlichen Zwecken nach Maßgabe der Datenschutzbestimmungen akzeptieren oder diese zurückweisen, was dann aber bedeutet, dass eine Nutzung der Dienste nicht möglich ist.

Ein Koppelungsverbot, wie es der Bundesrat vorliegend vorschlägt, würde einen dritten Weg zur Stärkung der Datensouveränität von Nutzern ebnen: Künftig wäre es den Betroffenen möglich, einer Datennutzung durch die Anbieter zu widersprechen und dennoch die Dienste in Anspruch zu nehmen. Jeder Nutzer könnte dann selbst darüber bestimmen, die Verarbeitung seiner Daten, etwa zur Verbesserung der individuellen Nutzungserfahrung, bis zu einem bestimmten Grad oder gänzlich gegenüber dem Anbieter zu akzeptieren.

Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Beratungen zur EU-Datenschutzgrundverordnung schließt sich der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit dem Petitum des Bundesrats an und plädiert dafür, in Artikel 7 der Europäischen Datenschutzgrundverordnung ein allgemeines Kopplungsverbot aufzunehmen.

V. Bedeutung einer Öffnungsklausel in der EU Datenschutzgrundverordnung

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit schließt sich der Stellungnahme der Verbraucherzentrale Bundesverband an(Verbraucherschutz in Zeiten von Big Data vom 12.3.2015, S. 28) und plädiert dafür, dass sich die Bundesregierung bei der Beratung über die EU-Datenschutzgrundverordnung weiterhin für eine Öffnungsklausel einsetzt, die künftig eine Klagerecht für Verbände im Bereich des Datenschutzrechts vorsieht. Gerade im Rahmen einer voll harmonisierten europäischen Regelung muss es künftig möglich sein, dass Verbände die kollektiven Interessen von Verbrauchern durch Verbandsklagen schützen. Dies erscheint für die künftige Geltung einer entsprechenden Verbandsklageregelung nach Erlass der EU-Datenschutzgrundverordnung erforderlich. Die Diskussion in der Gruppe Informationsaustausch und Datenschutz (DAPIX) auf Ebene des Rats der EU hat dieses Ziel vor Augen.