

12.03.2015

## **Verbraucherdatenschutz in Zeiten von Big Data**

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts

### ***Impressum***

*Verbraucherzentrale*

*Bundesverband e.V.*

*Markgrafenstraße 66*

*10969 Berlin*

**INHALT:**

I. Zusammenfassende Bewertung des Gesetzentwurfs und Forderungen.....	4
II. Vorbemerkungen: Warum eine Verbandsklagebefugnis beim Verbraucherdatenschutz notwendig ist und nicht zu Doppelungen oder sonstigen Verzerrungen führt.....	6
1. Digitalisierung des Verbraucheralltags: Nutzungs- und Vertragsverhältnisse haben einen datenschutzrechtlichen Bezug .....	6
2. Verbraucherverbände sind wichtige Interessensvertreter für den Verbraucherdatenschutz .....	7
3. Keine „Klagewellen“ durch erweiterte Klagebefugnis zu erwarten.....	8
4. Behördliches und zivilgesellschaftliches Vorgehen schafft Synergien.....	9
III. Anmerkungen zum Gesetzentwurf im Einzelnen .....	10
1. Artikel 1 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) .....	10
2. Artikel 3 – Änderung des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG).....	11
a) Artikel 3 Nummer 1b) Doppelbuchstabe aa) § 2 UKlaG Anspruchserweiterungen auf Beseitigung .....	11
Notwendig: Beseitigungsanspruch auch für § 1 UKlaG .....	13
b) Artikel 3 Nummer 1c) Doppelbuchstabe cc) § 2 UKlaG Erweiterung der Verbraucherschutzgesetze auf datenschutzrechtliche Normen .....	14
(1) Regelungsbedarf für Datenschutzverstöße außerhalb von AGB ....	14
(2) Zu § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG-E .....	14
(a) Regelungslücke: Beweislastproblematik .....	15
(b) Regelungslücke: Grundlose Datenspeicherung .....	16
(c) Begrenzter Anwendungsbereich: Praktikable Definition im Referentenentwurf .....	17
(3) Ergänzende Hinweise .....	19
(a) Gerichte stärken den Verbraucherdatenschutz .....	19
(b) Dualität von Verwaltungs- und Zivilrechtsweg sinnvoll .....	19
(c) Wo die individuelle Rechtsdurchsetzung an Grenzen stößt, ist ein kollektives Rechtsinstrument eine sinnvolle Ergänzung .....	21
(d) Nebeneinander von § 4 Nr. 11 UWG und § 2 UKlaG .....	22
c) Artikel 3 Nummer 3 Keine missbräuchliche Geltendmachung von Ansprüchen.....	23

d) Artikel 3 Punkt 7.) § 12a UKlaG-E Anhörungspflicht der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde .....	23
3. Evaluierung .....	24
III. Weiterer Regelungsbedarf .....	25
1. Ergänzung in § 1 UKlaG - § 305 BGB Einbeziehung von AGB .....	25
2. Koppelungsverbot.....	27
3. Europarechtliche Öffnungsklausel .....	28

## I. Zusammenfassende Bewertung des Gesetzentwurfs und Forderungen

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) begrüßt den Gesetzentwurf, der die im Koalitionsvertrag angekündigte Rechtsgrundlage schafft, dass qualifizierte Einrichtungen wie der vzbv und die Verbraucherzentralen unternehmerische Verstöße gegen Verbraucherinnen und Verbraucher betreffende Datenschutzregeln abmahnen und Unterlassungsklage erheben können. In einigen Punkten greift der Gesetzentwurf noch zu kurz und sollte entsprechend klargestellt bzw. nachgebessert werden.

- Die **Erweiterung des Anwendungsbereichs** von § 2 UKlaG auf den Verbraucherdatenschutz ist angesichts der Entwicklungen im digitalen Markt notwendig und daher grundsätzlich **positiv** zu bewerten. **Allerdings** ist der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG-E **auf Sachverhalte beschränkt, bei denen die Verbraucherdaten zu kommerziellen Zwecken verwendet werden**. Damit sind nicht alle für Verbraucher relevanten Bereiche des Datenschutzes abgedeckt, nämlich etwa in den Fällen ohne jedweden (Werbe-) Zweck oder bei einer anlasslosen Datenspeicherung über einen längeren Zeitraum. Auch die gewählte Beweislastverteilung lässt unnötige Hürden für klagebefugte Verbände erwarten, da diese in jedem Fall beweisen müssten, zu welchen Zwecken die Daten tatsächlich erhoben wurden und genutzt werden.
  - ⇒ Der vzbv fordert daher eine **Klarstellung** dahingehend, dass in Zweifelsfällen eine gesetzliche Vermutung dafür spricht, dass die Daten zu den in § 2 Abs. 2 Satz 1 UKlaG-E genannten Zwecken erhoben, verarbeitet oder genutzt werden und damit der Anwendungsbereich eröffnet ist.
- Der vzbv hat in den vergangenen Jahren aufgrund Verbraucherbeschwerden einige Unterlassungsverfahren wegen des Schrift- und Textformerfordernisses in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geführt. Daher trägt die **Regelung, wonach in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur die Textform vereinbart werden kann**, zur Rechtssicherheit bei und ist daher ausdrücklich **zu befürworten**.
- Der **Beseitigungsanspruch** nach § 2 Abs. 1 UKlaG-E für etwaige Sachverhalte im Zusammenhang mit der Löschung, Berichtigung und

Sperrung von Daten ist **zu begrüßen**. Die Aufnahme schließt teilweise eine seit langem bestehende Lücke. Es bleibt aber noch eine **Regelungslücke** in § 1 UKlaG, der derzeit keinen Beseitigungsanspruch vorsieht. Diese sollte ebenfalls **geschlossen werden**, um Unternehmen nach einem erfolgreichen Unterlassungsanspruch dazu zu bewegen, unzulässige Geschäftsbedingungen nicht weiter im Rechtsverkehr zu verwenden.

- ⇒ Der vzbv fordert die Normierung eines **Beseitigungsanspruchs in § 1 UKlaG** im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen.
  
- Der **gerichtlichen Anhörungspflicht der Datenschutzaufsichtsbehörden**, d.h. von interessensunabhängigen staatlichen Kontrollorganen, bei Unterlassungsklageverfahren gemäß § 12a UKlaG-E ist der vzbv aufgeschlossen.
  
- Die vorgesehene **Evaluierung** der neuen Regeln ist **sinnvoll**, um gegebenenfalls Fehlentwicklungen und Lücken zu eruieren. Allerdings ist die hierfür vorgesehene Frist von drei Jahren zu lang.
  - ⇒ Der vzbv fordert eine Evaluierung des Gesetzes nach **zwei Jahren**.
  
- Auf Basis der Erfahrungen des vzbv und der Verbraucherzentralen aus der Praxis gibt es noch **weiteren Regelungsbedarf**:
  - ⇒ Der in § 1 UKlaG normierte Unterlassungsanspruch ist **um § 305 BGB zu erweitern**, um damit auch die Art der wirksamen **Einbeziehung** von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu überprüfen und ggf. klagen zu können.
  
  - ⇒ Notwendig ist ein **generelles Koppelungsverbot**, wonach die Nutzung eines Dienstes nicht von der Einwilligung der Verbraucher zur Nutzung ihrer Daten – über das zur Dienstleistung notwendige Maß – abhängig gemacht werden darf.
  
  - ⇒ Bei der Positionierung der Bundesregierung für die **EU-Datenschutz-Verordnung (DS-VO)** ist auf ein **originäres**

**Klagerecht** für Verbraucherverbände zu achten, gegebenenfalls in Form einer **Öffnungsklausel** in der entsprechenden Vorschrift (derzeit Art. 73 des Entwurfs einer DS-VO).

## **II. Vorbemerkungen: Warum eine Verbandsklagebefugnis beim Verbraucherdatenschutz notwendig ist und nicht zu Doppelungen oder sonstigen Verzerrungen führt**

### **1. Digitalisierung des Verbraucheralltags: Nutzungs- und Vertragsverhältnisse haben einen datenschutzrechtlichen Bezug**

Die Digitalisierung verändert nahezu alle Lebensbereiche der Verbraucher. Vieles lässt sich im Alltag ohne Internetzugang und -nutzung kaum noch bewerkstelligen, sei es die in bestimmten Vertragskonstellationen nur online abrufbare Strom- oder Internetrechnung, online abrufbare Bedienungsanleitungen oder Verträge, die nur noch über das Internet abgeschlossen werden können. An immer mehr Stellen steht nicht unbedingt Internet drauf, wenn Internet drin ist: Digitales Fernsehen, vernetzte Geräte wie Smartphones, Stromzähler, Überwachungskameras oder Autos mit Navigationssystemen machen das Leben der Verbraucher in vielen Bereichen einfacher, aber erzeugen auch ständig Daten. Aus diesen Daten lassen sich viele wertvolle Erkenntnisse gewinnen, jedoch nur allzu oft erfolgt die Datenverarbeitung für das Erstellen von Nutzungs- und Persönlichkeitsprofilen ohne Wissen der Verbraucher.

Dieses zeigt aber auch, dass die meisten Nutzungs- und Vertragsverhältnisse einen datenschutzrechtlichen Bezug haben. Demzufolge berührt Datenschutz heute nicht mehr nur das Verhältnis Bürger-Staat und dient in erster Linie nicht mehr nur dem Schutz vor staatlichen Übergriffen in die Privatsphäre des Einzelnen. Datenschutz berührt vielmehr gleichermaßen das Verhältnis Unternehmen-Verbraucher und bedeutet hier den Schutz der eigenen Daten vor unzulässigen Zugriffen, Verarbeitungen und Nutzungen durch nicht-öffentliche Stellen im Privatrechtsverhältnis.

Realität ist in dieser Beziehung ein unausgewogenes Kräfteverhältnis zwischen den unternehmerischen ökonomischen Beweggründen auf der einen Seite und dem Einblick und den Rechten der Verbraucher auf der anderen

Seite. Bereits die Datenerhebungsprozesse durch Unternehmen sind für die meisten Verbraucher intransparent. Des Weiteren wissen sie oft auch nicht, wozu die erhobenen Daten verwendet oder dass und wozu die Daten an Drittunternehmen weitergegeben werden. Das hat zur Folge, dass Verbraucher erst recht nicht genau wissen, dass sie gegebenenfalls Ansprüche haben und an wen sie ihre Ansprüche adressieren können. Damit bleibt die Durchsetzung ihrer Ansprüche insgesamt auf der Strecke. Selbst wenn ein „Anspruchsadressat“ offenkundig ist, machen Verbraucher von ihren Ansprüchen wenig bis keinen Gebrauch, da sie aus den unterschiedlichsten Gründen den Verfahrensaufwand (Recherchen, Beweispflichten), die Kosten und den Ausgang eines (außer-)gerichtlichen Verfahrens aus nachvollziehbaren und ökonomischen Gründen scheuen. Die Hürde für eine individuelle Rechtsdurchsetzung im Datenschutzrecht ist für Verbraucher umso höher, wenn ein Unternehmen seinen Sitz außerhalb Deutschlands hat – was bei Internetangeboten und -diensten zunehmend der Fall ist.

## **2. Verbraucherverbände sind wichtige Interessensvertreter für den Verbraucherdatenschutz**

Der vzbv und die Verbraucherzentralen setzen sich als „Anwälte“ der Verbraucher dafür ein, dass sie in ihrem Alltag wirkungsvoll geschützt sind. Der kollektive Rechtsschutz und damit die Verbandsklagebefugnis dienen dem vzbv und den Verbraucherzentralen dazu, bei einer Vielzahl von Verbrauchern zur Rechtsklärung beizutragen und für Rechtssicherheit zu sorgen. Dies ist besonders dringlich beim Verbraucherdatenschutz. Die Beratungspraxis der Verbraucherzentralen bestätigt, wie sich Datenschutz als Querschnittsthema durch immer mehr Lebensbereiche der Verbraucher zieht und zunehmend an Bedeutung gewinnt.

Allerdings stoßen die klagebefugten Verbände dabei seit Jahren an die engen Grenzen des Unterlassungsklagengesetzes. Denn der Kreis der verbraucherschützenden Vorschriften, die zu einer Klage berechtigen, stammt noch aus der „analogen Zeit“. Bislang kann nur gegen rechtswidrige datenschutzrechtliche Regelungen, die sich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen und Kunden finden, vorgegangen werden. In allen anderen Fällen weisen Gerichte regelmäßig die Klagen ab mit dem Hinweis, dass der vzbv und die Verbraucherzentralen formal keine Klagebefugnis haben. Selbst offensichtliche Verstöße gegen datenschutzrechtliche Regelungen, wie die Datenerhebung oder -speicherung ohne Rechtsgrund, werden gerichtlich keiner inhaltlichen Überprüfung unterzogen. Dies ist von großem Nachteil für die Durchsetzung des

Verbraucherdatenschutzes und hat oft die Folge, dass rechtswidriges Verhalten durch Unternehmen im Umgang mit Verbraucherdaten ungeahndet bleibt. Dies trifft auch die Unternehmen, die sich rechtskonform verhalten. An diese Realität müssen die Rechtsdurchsetzungsinstrumente angepasst werden.

Umso wichtiger ist es, dass sich Verbraucherverbände im Wege des kollektiven Rechtsschutzes für die Interessen der Verbraucher und die Durchsetzung deren Rechte außergerichtlich, aber auch gerichtlich stark machen. Verbraucher vertrauen der Neutralität und dem Know-how der Verbraucherorganisationen. Verbraucherorganisationen sind imstande, im Wege des kollektiven Rechtsschutzes durch Abmahnungen und Unterlassungs- und Beseitigungsklagen bestimmte, gesetzlich festgelegte Verbraucherrechtsverstöße durch Unternehmen für eine Vielzahl von Verbrauchern zu verfolgen. Dies entlastet die Verbraucher von für sie zu aufwändigen und unkalkulierbaren Rechtsstreitigkeiten. Verbandsklagen tragen außerdem dazu bei, dass redliches Unternehmertum im Markt gestärkt wird, indem gegen die schwarzen Schafe notfalls auch gerichtlich vorgegangen wird. Verbandsklagebefugnisse schonen aber auch die Ressourcen der Justiz, weil die Verbraucherorganisationen gezielt und unter genauer Abwägung des Prozess(kosten)risikos vorgehen.

### **3. Keine „Klagewellen“ durch erweiterte Klagebefugnis zu erwarten**

Unabhängig von den beschränkten Personalressourcen beim vzbv und den Verbraucherzentralen ist keine Klagewelle in Sachen des Verbraucherdatenschutzes zu befürchten. Der vzbv und die Verbraucherzentralen setzen ihre Klagebefugnis per se nicht aktionistisch ein, sondern wägen eine Abmahnung und weitere gerichtliche Schritte sehr sorgfältig auf Basis gesetzlicher und rechtlicher Prüfungen ab. Die Rechtsprechungsbilanz, die der vzbv und die Verbraucherzentralen hierzu in den letzten Jahrzehnten erwirkt haben, bestätigt diesen sehr umsichtigen, dann allerdings auch erfolgreichen Umgang zugunsten der Verbraucher. Nichts anderes wird gelten, wenn die Klagebefugnis wie vorgesehen auf den Verbraucherdatenschutz erweitert wird. Insoweit wird auch auf die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes vom August 2014 zum damaligen Referentenentwurf verwiesen, der feststellt, dass „nicht mit dem massenhaften Anfall neuer Klagen nach dem Unterlassungsklagengesetz zu rechnen“ ist.

#### **4. Behördliches und zivilgesellschaftliches Vorgehen schafft Synergien**

Die erweiterte Befugnis ergänzt sinnvoll die hoheitlichen Aufgaben der Datenschutzaufsichtsbehörden, die Beseitigungs- und/oder Untersagungsverfügungen erlassen können oder bei Unternehmen durch Zutritts- und Zugriffsrechte den technischen Datenschutz überprüfen können. Aus den unterschiedlichen Funktionen, Kompetenzen, Aufgabenzuschnitten und Erfahrungen der klagebefugten Verbraucherorganisationen einerseits und der Aufsicht andererseits entstehen wichtige Synergien, um die Entwicklung des digitalen Marktes angemessen nachhaltig zu beobachten, auf Missstände zeitnah zu reagieren und um Datenschutzverstößen durch einzelne Unternehmen begegnen zu können.

Es entspricht bereits heute der gelebten Praxis, dass der vzbv und die Verbraucherzentralen den Austausch mit den Datenschutzaufsichtsbehörden pflegen. Der vzbv und die Verbraucherzentralen weisen die Behörden auf Datenschutzverstöße durch Unternehmen hin, z.B. in den Sachverhalten, wo sich die den Datenschutzbehörden zur Verfügung stehenden Instrumentarien als zielführender darstellen. Hier werden die Informationen an die Behörden zur Ermittlung und Behebung der Datenschutzverstöße durch Unternehmen weiter geleitet. Die bereits bestehenden Kontakte zwischen Verbraucher- und Datenschützern müssen auch in Zukunft genutzt und der Informationsaustausch gefördert und vor allem verstetigt werden, um sich gegenseitig bei der Durchsetzung des Verbraucherdatenschutzes zu unterstützen und zu stärken.

Die Vernetzung und intensiveren Kooperationen sind insbesondere vor dem Hintergrund der anhaltend fehlenden, zumindest bis auf Weiteres weiterhin sehr begrenzten Personalressourcen in den Verbraucherverbänden und Datenschutzaufsichtsbehörden dringend geboten. Genauso, wie sich der vzbv für eine angemessenere Personalausstattung bei den Verbraucherorganisationen ausspricht, spricht er sich seit Jahren für eine personelle Stärkung bei den Datenschutzaufsichtsbehörden aus.

Bezogen auf den vorliegenden Gesetzentwurf erklärte der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (HmbBfDI) Prof. Dr. Johannes Caspar: *„Die parallelen Strukturen ermöglichen ein flexibleres Vorgehen gegen Datenschutzverstöße. Doppelte Rechtswege und eine Zersplitterung des Datenschutzrechts werde es bei einer engen und guten Zusammenarbeit zwischen den Behörden und den Verbänden nicht geben. Keine Seite hat ein Interesse daran, die ohnehin begrenzten Ressourcen*

*durch Verdoppelung der Verfahren zusätzlich zu belasten". (Legal Tribune Online vom 05.02.2015)*

### **III. Anmerkungen zum Gesetzentwurf im Einzelnen**

#### **1. Artikel 1 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)**

##### **Nummer 1) § 309 Nummer 13 BGB – Text- statt Schriftformerfordernis**

Der vzbv befürwortet die geplante Änderung, Erklärungen und Anzeigen des Verbrauchers auf die Textform zu beschränken, sofern eine derartige Regelung in vorformulierten Vertragsbedingungen vorgesehen ist. Durch diese Neuerung werden nicht zu rechtfertigende und unlogische Medienbrüche innerhalb eines Vertragsverhältnisses ausgeschlossen. Damit kann auch die im Regierungsentwurf hierfür dargelegte Begründung bestätigt werden. Verbraucher missverstehen Klauseln, die die Schriftform als eine zwingende Formvorschrift vorschreiben. Sie schließen daraus, dass jedwede Erklärung ihrerseits ausschließlich per Briefpost mit einer eigenhändigen Unterschrift versehen und auf den Weg gebracht werden muss.

Aus Verbrauchersicht ist aber nicht nachvollziehbar, weshalb einerseits ein Vertrag online im Internet abgeschlossen werden kann und andererseits im Falle der Beendigung eines Vertrags ausschließlich die Schriftform (per Brief) mit eigenhändiger Unterschrift zwingend sein soll. Auch bei laufenden Vertragsbeziehungen stellt sich das Schriftformerfordernis als Hürde für die Durchsetzung der Rechte der Verbraucher dar. Ein Verbraucher, der zum Beispiel ausschließlich Online-Rechnungen für die Abrechnung seiner Telekommunikationsverbindungen erhält, wird im Falle von Einwendungen gegen diese Rechnung auf den Schriftweg (per Post) verwiesen.

Somit führt dieser – aus Verbrauchersicht willkürliche – Medienbruch, einschließlich des Missverständnisses des Verbrauchers, die strengere Schriftform wählen zu müssen, zwangsläufig dazu, dass er von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird.

Der vzbv sieht in dieser Art von Klauseln, aber auch vor dem Hintergrund des dargestellten Medienbruchs, eine unangemessene Benachteiligung der Verbraucher. Aus diesem Grund hat der vzbv bereits einige

Unterlassungsverfahren geführt. So gab unter anderem das Landgericht Hamburg der Klage des vzbv statt und erklärte eine derartige „Schriftformklausel“ mit folgender Begründung für unzulässig:

*„Die Klausel ist ... unangemessen benachteiligend, weil sie in einem vollständig elektronisch betriebenen Geschäft des elektronischen Geschäftsverkehrs die Kündigungsmöglichkeit des Vertragspartners des Verwenders auf bestimmte Formen beschränkt, deren Zusammenstellung nicht logisch und der übrigen Geschäftsform, die vollständig elektronisch ist, nicht entsprechend ist.“*

Das Urteil vom 30.04.2013 (Az. 312 O 412/12) ist nicht rechtskräftig und wird in der Berufungsinstanz vor dem OLG Hamburg weiter verhandelt (siehe auch Pressemitteilung des vzbv vom 02.05.2013:

<http://www.vzbv.de/pressemeldung/kuendigungsklausel-von-elitepartnerde-unwirksam>).

In einem parallel geführten Verfahren gab das OLG München der Klage des vzbv statt und befand ebenfalls eine Schriftformklausel mit der Begründung für unzulässig, dass die Klausel die gesetzliche Bandbreite der Möglichkeiten zur Wahrung der Schriftform und damit die gesetzlich vorgesehene Erleichterung für die Schriftform einschränke (Urteil des OLG München vom 09.10.2014, Az.: 29 U 871/14, <http://www.vzbv.de/urteil/online-anbieter-darf-kuendigung-e-mail-nicht-ausschliessen>).

## **2. Artikel 3 – Änderung des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG)**

### **a) Artikel 3 Nummer 1b) Doppelbuchstabe aa) § 2 UKlaG Anspruchserweiterungen auf Beseitigung**

Eine Erweiterung des Anspruchs nach § 2 UKlaG auf Beseitigung im Falle eines Verstoßes gegen Verbraucherschutzgesetze ist positiv zu bewerten und konsequent in Anlehnung an den Beseitigungsanspruch wegen einer unzulässigen geschäftlichen Handlung nach § 8 Abs. 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Wie der bereits in § 8 Abs. 1 UWG vorgesehene verschuldensunabhängige Beseitigungsanspruch, der auf die Abwehr einer bereits eingetretenen, aber fortwirkenden Beeinträchtigung abzielt, muss auch § 2 UKlaG eine entsprechende Anpassung erfahren.

Insbesondere bei einer rechtswidrigen Datenspeicherung zeigen sich die Grenzen des bisherigen auf Unterlassung beschränkten Anspruchs nach § 2 UKlaG. Hierdurch werden nur die künftigen zu unterlassenden Datenspeicherungen erfasst und nicht auch die Fälle, in denen die Daten bereits rechtswidrig gespeichert sind.

Vor allem für die Fälle der von Unternehmen nicht durchgeführten Datenlöschungen sieht der vzbv enormen Regelungsbedarf, wie Untersuchungen des vom BMJV geförderten Projekts „Verbraucherrechte in der digitalen Welt“ des vzbv in den Jahren 2011 und 2013 hinsichtlich des Löschens von Online-Profilen und Kundenkonten (Webmaildienste, Online-Shops, Foren, Soziale Netzwerke) bestätigten. Diese Untersuchungen haben gezeigt, dass sich für Verbraucher das Löschen ihrer Profile als ein schwierig zu realisierendes Unterfangen darstellt. Sofern überhaupt Löschfunktionen auf der Webseite vorhanden waren, so waren diese teilweise nur durch eine längere Suche auf der Seite oder in Hilfeforen auffindbar. Erschwerend kommt hinzu, dass in einigen Fällen die „gelöschten“ Online-Profile auch noch nach eineinhalb Jahren aufrufbar waren. Die einzelnen Untersuchungsergebnisse sind auf der Internetseite [surfer-haben-rechte.de](http://www.surfer-haben-rechte.de/rechtliches/datenschutzrecht?type=3&=Anwenden) zu finden: <http://www.surfer-haben-rechte.de/rechtliches/datenschutzrecht?type=3&=Anwenden>

Die Untersuchungsergebnisse zeigen, dass nicht alle Unternehmen den Verbraucherdatenschutz ernst nehmen und teilweise nachlässig im Umgang mit diesen Daten sind. Betroffen ist in der Regel eine Vielzahl von Verbrauchern, die an den von den Unternehmen gesetzten Hürden wegen mangelnder Löschfunktionen für ihre Online-Profile oder Online-Kundenkonten scheitern.

Vor allem im Zusammenhang mit den von Verbrauchern gewünschten Datenlöschungsbegehren beobachtet der vzbv immer wieder, dass sich dieses Recht nicht immer für den einzelnen Verbraucher in der Praxis durchsetzen lässt und sie den Unternehmen schutzlos ausgeliefert sind.

Durch die Einführung eines Beseitigungsanspruchs besteht für den Anspruchsadressaten beispielsweise die Pflicht, die erhobenen und gespeicherten Daten auch zu löschen. Die Verbandsklagebefugnis für Datenschutzverstöße wird hier hilfreich sein, um das Recht für Verbraucher, ihre Daten in Online-Konten löschen zu lassen, durchzusetzen.

Überdies entspricht diese Anpassung tendenziell auch den Rechtsfolgen aus § 1 UKlaG, wonach ein Anspruch auf *Unterlassung*, aber auch auf Grund einer fortbestehenden Gefahr der weiteren Verwendung unzulässiger AGB (sogenannter rechtswidriger fortdauernder Störungszustand) ein Anspruch auf *Widerruf* geregelt ist. Bereits in § 1 UKlaG bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass nicht nur Sachverhalte für die Zukunft, sondern auch fortwirkende rechtswidrige Sachverhalte erfasst werden müssen, um Missständen (künftig) vorzubeugen bzw. diese (rückwirkend) zu beseitigen.

### **Notwendig: Beseitigungsanspruch auch für § 1 UKlaG**

Allerdings beschränkt sich dieser Widerrufsanspruch ausschließlich auf die Fälle der *Empfehlung* Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Hingegen umfasst der *Unterlassungsanspruch* nach § 1 UKlaG nicht unmittelbar zugleich einen allgemeinen (Gefahren-/Folgen-)Beseitigungsanspruch. Dieses Defizit zeigt sich besonders bei Altverträgen zwischen Verbrauchern und Unternehmen, in denen die AGB oder einzelne Klauseln erst nach Vertragsschluss zu einem späteren Zeitpunkt für unwirksam erklärt wurden. Es besteht die Gefahr, dass Verbraucher unter Umständen von der Durchsetzung ihrer Rechte abgehalten werden. Wenn zum Beispiel eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Vertrages eine einjährige statt eine gesetzlich verpflichtende zweijährige Gewährleistungsfrist beim Kauf neuer Sachen vorsieht, so könnte ein Verbraucher nach Ablauf des ersten Jahres in dem irrigen Glauben, die Rechtslage sei in den AGB korrekt wiedergegeben, davon absehen, etwaige Ansprüche gegenüber dem Verkäufer geltend zu machen. Auch weitere Konstellationen im Zusammenhang mit Haftungsfragen, verkürzten Verjährungsfristen und Kündigungsmöglichkeiten sind an dieser Stelle denkbar. Der Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG umfasst nicht die Verpflichtung des Verwenders der AGB, den Vertragspartner/Verbraucher zu einem späteren Zeitpunkt auf die Unwirksamkeit einer Klausel hinzuweisen. Demzufolge zeigt sich eine Regelungslücke für die Fälle, in denen AGB (im Nachhinein) für unwirksam erklärt werden und sich diese nach wie vor in den von Verbrauchern zuvor abgeschlossenen (Alt-)Verträgen wiederfinden, ohne dass der Verbraucher darauf hingewiesen wird.

Daher sollte auch § 1 UKlaG um einen Beseitigungsanspruch ergänzt werden.

**b) Artikel 3 Nummer 1c) Doppelbuchstabe cc)  
§ 2 UKlaG Erweiterung der Verbraucherschutzgesetze auf  
datenschutzrechtliche Normen**

Die ausdrückliche Aufnahme von Regelungen, die den Datenschutz der Verbraucher betreffen, in den Katalog der Verbraucherschutzgesetze gemäß § 2 Abs. 2 UKlaG ist ein wichtiger Schritt, um Verbraucherverbänden und sonstigen Stellen ein Instrument an die Hand zu geben, die Kollektivinteressen der Verbraucher vor der unzulässigen Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung ihrer personenbezogenen Daten durch Unternehmen zu schützen.

**(1) Regelungsbedarf für Datenschutzverstöße außerhalb von AGB**

Klagebefugte Verbände haben schon heute gegen Unternehmen, die unzulässige Datenschutzklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwenden oder empfehlen, einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG.

Bei vielen der heute anzutreffenden Datenschutzverstöße handelt es sich um Realakte, bei denen keine gerichtlich überprüfbare Datenschutzklausel in Form einer AGB vorliegt. In anderen Fällen existieren zwar gesetzeskonforme Klauseln, aber der Verwender dieser Klauseln verhält sich dennoch datenschutzwidrig, weil er sich beispielsweise keine datenschutzkonforme Einwilligung des Verbrauchers für die Nutzung der außerhalb des Vertragszwecks vorgesehenen Daten einholt.

**(2) Zu § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG-E**

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG-E sind Verbraucherschutzgesetze die Vorschriften, die die Zulässigkeit über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten von Verbrauchern

*„zu Zwecken der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, des Betriebens einer Auskunft, des Erstellens von Persönlichkeits- und Nutzungsprofilen, des Adresshandels, des sonstigen Datenhandels oder zu vergleichbaren kommerziellen Zwecken“*

regeln. Nur in diesen Fällen soll es sich um Verbraucherschutzgesetzte im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 2 UKlaG handeln, die klagebefugten Verbänden einen Unterlassungsanspruch zusprechen.

Explizit ausgenommen aus dem Regelungsbereich sind *insbesondere* die Fälle, in denen

*„personenbezogene Daten eines Verbrauchers von einem Unternehmen ausschließlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Verbraucher erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.“*

Nach Auffassung des vzbv ist diese Regelung mangels Klarheit und Transparenz wenig überzeugend und trägt mit ihrer Regel-Ausnahme-Formulierung nicht zur Rechtssicherheit bei.

#### **(a) Regelungslücke: Beweislastproblematik**

Der vzbv sieht die Gefahr, dass klagebefugte Verbände in einem gerichtlichen Unterlassungsverfahren nicht beweisen könnten, dass die personenbezogenen Daten der Verbraucher nicht ausschließlich im Zusammenhang mit einem Schuldverhältnis, sondern von einem Unternehmen auch (oder nur) zu kommerziellen Zwecken erhoben, verarbeitet oder genutzt wurden bzw. werden.

Ein praktisches Beispiel ist die Datenabfrage bei Gewinnspielen: Ein Unternehmen veranstaltet ein Online-Gewinnspiel und erfragt beim Verbraucher diverse verpflichtende Daten wie Name, Anschrift, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Geburtsdatum, Hobbys, Familienstand. Vor allem bei Gewinnspielen, die sich an Kinder richten, ist die Datenabfrage bei dieser Zielgruppe als besonders kritisch zu bewerten.

Hier stellt sich zunächst die Frage, welche der abgefragten Daten für die Durchführung des Gewinnspiels erforderlich sind. Vor allem bei Online-Gewinnspielen würde für die Teilnahme zunächst die Mail-Adresse für eine Gewinnbenachrichtigung ausreichen. Erst im Anschluss wären Daten wie Name und Postanschrift für die Zustellung eines Gewinns erforderlich. Sofern es sich nur um einen „Online-Gewinn“ handelt, wie

zum Beispiel ein Ebook, das per Download heruntergeladen werden kann, müssten keine weiteren Daten erhoben werden.

Dieses praktische Beispiel zeigt, dass der Streitpunkt im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung auch mit dem neuen Gesetzesentwurf nicht ausgeräumt werden kann. Doch selbst wenn in einer gerichtlichen Auseinandersetzung dargelegt werden kann, dass die Erhebung und Speicherung bestimmter Daten nicht erforderlich sind, so schließt sich das nächste Problem an: Für einen begründeten Unterlassungsanspruch könnte ein klagebefugter Verband nicht den Beweis dafür antreten, dass die nicht „erforderlichen“ Daten für kommerzielle Zwecke erhoben und gespeichert werden.

An dieser Stelle zeigt sich eine eklatante Regelungslücke bezüglich Daten, die, wie oben beschrieben, erhoben werden, obwohl sie nicht für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Schuldverhältnisses erforderlich sind und die (zunächst) nicht zu kommerziellen Zwecken verwendet, aber dennoch gespeichert werden.

Der Begründung zum Gesetzentwurf auf Seite 21 ist zwar zu entnehmen, dass auch die Fälle von einem Unterlassungsanspruch erfasst sein sollen, in denen die Daten zunächst ohne Angabe eines bestimmten Zwecks unzulässig auf Vorrat erhoben oder gespeichert werden, um sie dann (später) für eigene Erwerbszwecke zu nutzen.

Unter Umständen wird der Nachweis einer unzulässigen Datenerhebung für die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs zu erbringen sein, sofern mittels Bildschirmausdruck oder ähnlichem der Umfang der Datenabfrage dokumentiert werden konnte. Spätestens bei der Frage einer anlasslosen Datenspeicherung wird ein klagebefugter Verband in aller Regel am erforderlichen Nachweis der Speicherung zu kommerziellen Zwecken scheitern. Das Problem verschärft sich an der Stelle, wenn ein Unternehmen nicht bereit ist, über die gespeicherten Daten Auskunft zu geben, so dass ein etwaiger Unterlassungsanspruch auch nicht schlüssig dargelegt werden könnte.

### **(b) Regelungslücke: Grundlose Datenspeicherung**

Schließlich sind in Zeiten von „Big Data“ auch Fallkonstellationen denkbar, in denen Daten über viele Jahre ohne Wissen und Einverständnis der Verbraucher und über eine etwaige Beendigung des

Vertragsverhältnisses hinaus gespeichert und später zu kommerziellen Zwecken eingesetzt werden. In diesem Kontext ist auch fraglich, ob ein Unterlassungsanspruch besteht, wenn ein Unternehmen nicht erforderliche Daten erhebt, diese über mehrere Jahre speichert, ohne zunächst den Vorsatz zu haben, diese später zu kommerziellen Zwecken zu nutzen und sich erst zu einem sehr viel späteren Zeitpunkt dazu entschließt. Greift der Unterlassungsanspruch in diesem „Schwebezustand“ zwischen Datenerhebung und der Datennutzung nach vielen Jahren zu kommerziellen Zwecken? Spricht in den Fällen, in denen nicht erforderliche Daten erhoben (und gespeichert) werden, eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die Daten im Zweifel für kommerzielle Zwecke erhoben, genutzt oder verarbeitet werden sollen und damit der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 UKlaG-E eröffnet ist?

Unabhängig von solch einer gesetzlichen Vermutung zugunsten klagebefugter Verbände dürften sich Unternehmen auch nicht durch entsprechende Regelungen in ihren AGB exkulpieren, indem sie darauf hinweisen, die personenbezogenen Verbraucherdaten nicht zu kommerziellen Zwecken nutzen zu wollen, mit der Folge, dass klagebefugte Verbände doch wieder die Beweislast zu tragen haben.

Diese praxisrelevanten Beispiele zeigen, dass der Regierungsentwurf durch zu viele auslegungsbedürftige Voraussetzungen geprägt ist und mehr Fragen aufwirft, als Antworten auf regelungsbedürftige Sachverhalte zu geben.

### **(c) Begrenzter Anwendungsbereich: Praktikable Definition im Referentenentwurf**

Insofern wird deutlich, dass der zwar offenkundig wohl gemeinte Hinweis in der Begründung zum Gesetzentwurf, auch derartige Sachverhalte erfassen zu wollen, jedoch nicht zielführend und vor allem kaum praktikabel ist. Dies ist ein Rückschritt im Verhältnis zum Referentenentwurf des BMJV vom 19. Juni 2014. Danach waren Verbraucherschutzgesetze im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 2 UKlaG

*„die Vorschriften, die für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten eines Verbrauchers durch einen Unternehmer gelten.“*

Damit beschränkte der Referentenentwurf den Anwendungsbereich klar auf den Verbraucherdatenschutz (*Daten eines Verbrauchers*). Daraus ließ sich auch unstreitig der Schluss ziehen, dass exklusive Zuständigkeiten der Datenschutzaufsichtsbehörden zum technischen Datenschutz, Beratungsaufgaben und andere Aufgabenzuweisungen nicht angetastet werden sollten. Im Übrigen war bereits der Begründung des Referentenentwurfs der Hinweis auf einen Verstoß in Bezug auf die Kollektivinteressen der Verbraucher zu entnehmen:

*„Auch bei einem Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften, die Verbraucherschutzgesetze nach dem neuen § 2 Absatz 2 Nummer 11 UKlaG sind, werden Ansprüche nach § 2 Absatz 1 UKlaG nur dann bestehen, wenn ein solcher Verstoß die Kollektivinteressen von Verbrauchern berührt. Das ist nur der Fall, wenn ein Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Vorschriften in seinem Gewicht und in seiner Bedeutung über den Einzelfall hinausreicht und eine generelle Klärung geboten erscheinen lässt.“*

Bereits der Referentenentwurf begrenzte den Anwendungsbereich auf das für die Interessenvertretung der Verbraucher durch klagebefugte Verbände in Fragen des Datenschutzes erforderliche Maß, das heißt den Verbraucherdatenschutz betreffend, ein und war vom Regelungsgehalt für die Verbesserung der Durchsetzung verbraucherschützender Vorschriften des Datenschutzrechts ausreichend.

Aus den genannten Gründen ist der ursprüngliche Formulierungsvorschlag in dem Referentenentwurf vorzugswürdig, weil er den Anwendungsbereich des Verbraucherdatenschutzes klar formulierte und damit auch inhaltlich den Verbraucherdatenschutz stärkte.

Der vzbv stellt in Frage, ob der vorliegende Entwurf durch die auslegungsbedürftigen Voraussetzungen und offenen Fragen im Verhältnis zum Referentenentwurf zur Rechtssicherheit und -klarheit beiträgt. Vor allem die Grundsätze der Datenvermeidung und Datensparsamkeit sowie des Zweckbindungsgrundsatzes sind immer bei einer Überprüfung auf Verstöße gegen Datenschutznormen zu berücksichtigen. Insofern führt der Regelungsgehalt des § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG-E nicht nur zu einer Aufweichung aktuell geltender

datenschutzrechtlicher Grundsätze, sondern senkt das gesetzlich seit vielen Jahren bewährte Datenschutzniveau in Deutschland.

### **(3) Ergänzende Hinweise**

#### **(a) Gerichte stärken den Verbraucherdatenschutz**

Einer Bündelung der unterschiedlichen Expertisen durch Verbraucher- und Datenschützer steht gerade nicht entgegen, dass parallel zwei unterschiedliche Rechtssysteme bemüht werden. Sowohl durch den Zivilrechtsweg der Verbraucherzentralen als auch durch den Verwaltungsrechtsweg der Datenschutzaufsichtsbehörden wird vielmehr das gemeinsame Ziel verfolgt, Datenschutzverstöße durch Unternehmen abzustellen. Vom Ergebnis her identische zivil- oder verwaltungsgerichtliche Entscheidungen führen nicht nur zu einer Stärkung der Kontrolle über die Einhaltung datenschutzrechtlicher Regelungen, sondern sollten Unternehmen, die sich bislang nicht an Datenschutznormen halten, zu einem rechtskonformen Verhalten „motivieren“.

Selbstverständlich beachten die Zivil- und Verwaltungsgerichte bei ihren Entscheidungen die ihrer Rechtssystematik jeweils zugrunde liegenden Rechtsgrundlagen und Beurteilungsmaßstäbe. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass im Ergebnis unterschiedliche Urteile – auch auf Grund anderer Auslegung und Wertung der Rechtslage – gesprochen werden. Als praktisches Beispiel ist das Urteil des Kammergerichts Berlin gegen Facebook zu nennen (Urteil vom 24.01.2014, Az.: 5 U 42/12). Das Gericht hatte in seinem Urteil die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Schleswig-Holstein berücksichtigt und war dennoch in dem Zivilrechtsstreit zu dem aus Verbrauchersicht positiven Ergebnis gekommen, dass für Facebook – entgegen der Ansicht des OVG – deutsches Datenschutzrecht Anwendung findet. Dieses ist ein praktisches Beispiel dafür, wie sich die Gerichte mit den Entscheidungen anderer Gerichte auseinandersetzen und förderte die so wichtige Diskussion um die Frage der Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts für international agierende Unternehmen.

#### **(b) Dualität von Verwaltungs- und Zivilrechtsweg sinnvoll**

Die digitale Welt führt zu einer enormen Zunahme der Datenverarbeitung und -verwaltung im Rahmen geschäftlicher Handlungen. Dabei geht es

nicht allein um technische Prozesse, sondern auch um Rechtsgeschäfte zwischen Verbrauchern und Unternehmen. Daher ist der Datenschutz nicht ausschließlich eine hoheitliche Aufgabe und damit beschränkt auf das Verwaltungsrecht, sondern betrifft erheblich das Zivilrecht.

Diese Form der Dualität von Verwaltungs- und Zivilrechtsweg zeigt sich auch in anderen, die Verbraucher betreffenden Sachverhalten. So haben zum Beispiel nicht nur klagebefugte Verbraucherverbände im Fall unerlaubter Telefonwerbung einen (zivilrechtlichen) Unterlassungsanspruch nach § 7 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Auch die Bundesnetzagentur kann wegen des identischen Sachverhalts nach §§ 7, 20 UWG ein (verwaltungsrechtliches) Ordnungswidrigkeitenverfahren einleiten und zur Durchsetzung des Anspruchs erforderlichenfalls auch die Verwaltungsgerichte bemühen. Darüber hinaus gibt es Bereiche, die ebenfalls einer staatlichen Kontrolle unterliegen, wie zum Beispiel die behördliche Lebensmittelüberwachung. Bei Rechtsverstößen gegen gesetzliche Vorgaben werden auch diese im Wege des Verwaltungsrechtswegs verfolgt. Ungeachtet von den prozessualen Befugnissen der staatlichen Aufsichtsbehörden haben auch der vzbv und die Verbraucherzentralen bei Rechtsverstößen durch Unternehmen einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach dem UWG und dem UKlaG.

Der Erweiterung der Klagebefugnis für Verbraucherverbände stehen generell auch nicht die umfassenden Befugnisse der Datenschutzbehörden gegenüber den für die Datenverarbeitung verantwortlichen Stellen entgegen. Denn auch andere der in § 2 Abs. 2 UKlaG nicht abschließend aufgeführten Rechtsgebiete unterliegen der staatlichen Aufsicht, wie sie beispielsweise für den Banken- und Versicherungsbereich die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ausübt. So können klagebefugte Verbände wie der vzbv und die Verbraucherzentralen parallel und unabhängig von einer staatlichen Aufsicht wie der BaFin einen Unterlassungsanspruch nach dem Unterlassungsklagengesetz auch bei Verstößen gegen Vorschriften für Verbraucherdarlehen, Kapitalanlagen oder Wertpapierhandel (§ 1 Abs. 2 Nr. 1e, Nr. 6 und Nr. 7 UKlaG) geltend machen.

Diese Parallelität der unterschiedlichen Rechtswege führt keinesfalls zu einer Schwächung der staatlichen Kontrollen. Vielmehr bietet sich hierfür die Chance, einen identischen Sachverhalt unter Berücksichtigung der

unterschiedlichen Perspektiven und Erfahrungen der jeweiligen Institutionen zu beleuchten und das gemeinsame Ziel zu verfolgen, den bestmöglichen und effektivsten Schutz für Verbraucher zu erreichen. Der Blick eines Verbraucherverbandes und der Zivilgerichte auf einen Sachverhalt, in dem ein Verbraucher Betroffener ist, ist ein anderer als der einer staatlichen Aufsichtsbehörde und eines Verwaltungsgerichts. In einem Zivilrechtsstreit steht bei der Beurteilung der Rechtslage zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher das zugrunde liegende Rechtsgeschäft im Fokus, um Verbraucher vor Übervorteilung und unangemessenen Benachteiligungen durch Unternehmen zu schützen. In der Regel befindet sich der Verbraucher in der schwächeren Position. Vor diesem Hintergrund berücksichtigen vor allem die Zivilgerichte die Auswirkungen, zum Beispiel einer Datenverwendung durch ein Unternehmen, auf den einzelnen Verbraucher.

Bei verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen spielt der rechtsgeschäftliche Charakter im Verhältnis des Verbrauchers zum Unternehmen eine eher untergeordnete Rolle. Vielmehr stehen technische Abläufe, in denen es um Daten- und Informationsverarbeitung geht, im Vordergrund.

### **(c) Wo die individuelle Rechtsdurchsetzung an Grenzen stößt, ist ein kollektives Rechtsinstrument eine sinnvolle Ergänzung**

Ungeachtet der geplanten Erweiterung der Klagebefugnis für Verbraucherorganisationen besteht diese Zweigleisigkeit der Rechtswege bereits schon heute. Denn neben der Verbandsklagebefugnis ist auch der einzelne Verbraucher klagebefugt und muss den Zivilrechtsweg beschreiten, um Unternehmen bei Rechtsverstößen auf Unterlassung in Anspruch nehmen können. Dass der einzelne Verbraucher von diesem Recht aus den bereits dargestellten Gründen regelmäßig keinen Gebrauch macht, bestärkt aber gerade die Forderung nach einer Erweiterung der Verbandsklagebefugnis für den Bereich des Verbraucherdatenschutzes.

Vor allem bei von Verbrauchern gegenüber Unternehmen gewünschten Datenlöschungen zeigt sich der akute gesetzgeberische Handlungsbedarf. Im Zweifel und auch, um sich nicht gegenüber Verbraucherschutzverbänden angreifbar zu machen, treffen Unternehmen keine speziellen Regelungen in ihren AGB darüber, dass Daten nie oder nicht vollständig gelöscht werden. Es ist dann die gelebte und derzeit rechtlich nicht im Wege der Verbandsklage angreifbare Praxis, Daten schlichtweg nicht zu löschen.

Verbraucher stoßen bei der Durchsetzung ihrer gesetzlichen Ansprüche wie Datenlöschung, Auskunft und Widerruf schnell an ihre Grenzen. In Unkenntnis, wer ihre Daten tatsächlich speichert, können sie einen etwaigen Anspruch auch nicht adressieren. Unter Umständen hat die datenspeichernde Stelle den Firmensitz im Ausland. Ein von einem einzelnen Verbraucher eingeleitetes Rechtsverfahren birgt am Ende ein erhebliches Prozess(kosten)risiko, das kaum ein Verbraucher bereit ist einzugehen.

In Kenntnis dieser Widrigkeiten – scheuendes Prozess(kosten)risiko der Verbraucher und fehlende Klagebefugnis der Verbraucherverbände – gibt es wenig Anreize für Unternehmen, sich datenschutzkonform zu verhalten. Dieser gelebten Praxis muss durch die jetzt geplante Änderung mit Beschränkung auf den *Verbraucherdatenschutz* im Unterlassungsklagengesetz begegnet werden.

#### **(d) Nebeneinander von § 4 Nr. 11 UWG und § 2 UKlaG**

Die bisherige Regelungslücke kann auch nicht durch einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch nach § 8 UWG aufgefangen werden. Zwar ist nicht auszuschließen, dass ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Normen auch eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG und damit ein Anspruch aus dem Wettbewerbsrecht begründet. Allerdings bezwecken datenschutzrechtliche Regelungen wie das BDSG und TMG in erster Linie den Schutz des Persönlichkeitsrechts und stellen aus diesem Grund nicht per se Marktverhaltensregelungen zum Schutz der Verbraucher dar. Vielmehr kommt es auf die Verwendung der Daten im Einzelfall an, zum Beispiel ob die Datenerhebung zu kommerziellen Zwecken geschieht oder die Daten nur betriebsintern gespeichert und verarbeitet werden. Dieses Bild zeichnet sich auch in der konträren Rechtsprechung der Landes- und Oberlandesgerichte wieder. So wurde im vergangenen Jahr die Berufung des vzbv im Rahmen eines Unterlassungsverfahrens wegen des Verstoßes gegen §§ 12, 14 TMG mit der Begründung zurückgewiesen, dass datenschutzrechtliche Regelungen den Zweck des Persönlichkeitsrechts, namentlich des Rechts des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung, bezwecken. Damit seien sie aber grundsätzlich keine Marktverhaltensregelungen und damit nicht von § 4 Nr. 11 UWG erfasst.

In demselben Verfahren lehnte das Berufungsgericht den Unterlassungsantrag auch mit der Begründung ab, dass die datenschutzrechtlichen Vorschriften § 4 BDSG, §§ 12, 14 TMG keine Verbraucherschutzgesetze im Sinne des § 2 Abs. 1 UKlaG seien. Dieses Dilemma zeigt aber auch, dass im Falle eines klar definierten materiell-rechtlichen Anspruchs, wonach Datenschutzgesetze

auch Verbraucherschutzgesetze gemäß § 2 Abs. 1 UKlaG sind, zumindest im Falle einer Klage nach dem UKlaG eine inhaltliche Auseinandersetzung eines Gerichts mit der Frage erfolgen würde, ob beispielsweise unzulässiger Weise Daten von Kindern erhoben worden sind.

Dieses verdeutlicht weiter, dass im Falle einer klaren gesetzlichen Vorgabe Fallkonstellationen denkbar sind, in denen auf der einen Seite ein Wettbewerbsverstoß mangels Marktverhaltensregelung nach dem UWG verneint wird, auf der anderen Seite ein Unterlassungsanspruch nach dem Unterlassungsklagengesetz begründen sein kann.

### **c) Artikel 3 Nummer 3 Keine missbräuchliche Geltendmachung von Ansprüchen**

Der vzbv hält die geplante Neuregelung für geeignet, um missbräuchlichen Abmahnungen nach §§ 1 ff UKlaG Einhalt zu gebieten. Im Interesse eines glaubwürdigen und effektiven Verbraucherschutzes muss unbedingt verhindert werden, dass die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche des Unterlassungsklagengesetzes missbräuchlich ausgenutzt werden. Insofern ist es konsequent, die Missbrauchsregelung auch auf Ansprüche nach § 1 UKlaG zu erweitern und an die Regelung gemäß § 8 Abs. 4 UWG anzupassen.

### **d) Artikel 3 Punkt 7.) § 12a UKlaG-E Anhörungspflicht der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde**

§ 12a UKlaG-E normiert eine Anhörungspflicht der zuständigen inländischen Datenschutzbehörde bei Unterlassungsklagen nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 UKlaG-E.

Die gerichtliche Anhörungspflicht der Datenschutzaufsichtsbehörden, d.h. von interessenunabhängigen staatlichen Kontrollorganen, im Rahmen der Unterlassungsverfahren betrachtet der vzbv als Chance, vor allem gegenüber Internetgiganten gemeinsam zu agieren und so effektiver für die Einhaltung geltender Verbraucher- und Datenschutzvorschriften zu sorgen.

Im Hinblick auf die gerichtliche Anhörung einer inländischen Datenschutzbehörde geht der vzbv zur Vermeidung relevanter Verfahrensverzögerungen allerdings davon aus, dass die Anhörungsfristen grundsätzlich kurz, aber angemessen sind.

Klargestellt werden sollte noch, dass eine verwaltungsrechtliche (gerichtliche) Entscheidung keine Bindungswirkung für ein Zivilgericht hat und diesem gegenüber auch keinen Vorrang haben darf.

Abgesehen von einer gerichtlichen Anhörungspflicht spricht sich der vzbv explizit für einen verstetigten, frühzeitigen und regelmäßigen Austausch mit den Datenschutzaufsichtsbehörden (wie es ihn zu einzelnen Verfahren in der Vergangenheit bereits gegeben hat) aus. Diese Art des Informationsaustauschs und der Kooperation, die schon heute informell, wenngleich noch nicht immer regelmäßig besteht, soll intensiviert werden.

### **3. Evaluierung**

Dem Punkt A. VI der Begründung des Gesetzentwurfs ist zu entnehmen, dass das Gesetz drei Jahre nach seinem Inkrafttreten evaluiert werden soll. Diese Frist hält der vzbv für zu lang und regt an, den Zeitpunkt auf zwei Jahre vorzuverlegen.

Vor allem der Datenschutz im Online-Bereich ist geprägt durch die permanente Einführung neuer Dienste und Technologien und die dadurch bedingte Vielseitigkeit und Schnelllebigkeit des Marktes. Nur durch eine zeitnahe Überprüfung im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit und Nachhaltigkeit eines Gesetzes können verbraucherunfreundliche Fehlentwicklungen im Hinblick auf den Verbraucherdatenschutz erkannt und gegebenenfalls korrigiert werden.

### III. Weiterer Regelungsbedarf

Der vzbv regt an, im Zuge dieser Gesetzesnovellierung noch weitere Regelungen aufzunehmen, die für den Verbraucherdatenschutz von essentieller Bedeutung sind.

#### 1. Ergänzung in § 1 UKlaG - § 305 BGB Einbeziehung von AGB

Der Anwendungsbereich des § 1 UKlaG beschränkt sich derzeit auf die inhaltliche Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind:

*Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden.*

Im Rahmen dieser Inhaltskontrolle können einzelne Klauseln in AGB, wie Nutzungs- und Datenschutzbestimmungen, auf die Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht überprüft werden.

Losgelöst von dieser inhaltlichen Überprüfung einzelner Klauseln trifft der vzbv in der Praxis immer wieder auf das Problem der fehlerhaften oder unzureichenden Einbeziehung von AGB im Rahmen neuer oder laufender Vertragsverhältnisse, innerhalb derer die AGB geändert werden sollen.

Nach § 305 BGB werden AGB nur dann wirksam in ein Vertragsverhältnis einbezogen, wenn der Vertragspartner des Verwenders der AGB in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann und darüber hinaus sich auch damit einverstanden erklärt. Diese gesetzlichen Voraussetzungen werden oft nicht eingehalten.

In zwei noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Unterlassungsverfahren geht es darum, dass Verbrauchern aus Sicht des vzbv nicht die Möglichkeit verschafft wurde, in zumutbarer Weise von den AGB Kenntnis zu nehmen. In einem Fall geht es um den

Versuch einer Einbeziehung von AGB in einem Umfang von 21 DIN A4 Seiten in kleiner Schriftgröße und ohne Nummerierung. Im zweiten Fall stellt der Verwender eines deutschsprachigen Internetdienstes die AGB ausschließlich in englischer Sprache zur Verfügung. In beiden Verfahren hat das Landgericht Berlin die Klagen des vzbv unter anderem mit der Begründung abgewiesen, dass § 1 UKlaG ausdrücklich die inhaltliche Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelt und nicht ihre Art der Einbeziehung. Die in den §§ 305 ff BGB geregelte Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Bestimmung wirksam in den Vertrag einbezogen ist, könne nicht Gegenstand des Verbandsklageverfahrens nach § 1 UKlaG sein. Auch sei eine Unterlassungsklage nach § 2 UKlaG wegen der abschließenden Regelung betreffend die Überprüfung von AGB in § 1 UKlaG nicht begründet.

Die Einbeziehungsvoraussetzungen von AGB betreffen häufig Regelungen, die den Verbraucherdatenschutz und damit die Gefahr einer Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Verbraucher betreffen. Vor allem wegen der gestalterischen Darstellung, der sprachlichen Unverständlichkeit oder der textlichen Länge solcher Bestimmungen werden die (datenschutzrechtlichen) Regelungen von Verbrauchern oft nicht wahrgenommen.

Auch die AGB in den zuvor geschilderten Sachverhalten (textliche Länge, englischsprachig) wurden nach Auffassung des vzbv nicht wirksam in das Vertragsverhältnis einbezogen. Demgegenüber verhalten sich Unternehmen in solchen Fällen in der Regel so, als ob die AGB Vertragsgegenstand wären. Selbst nicht wirksam einbezogene AGB könnten dann von Unternehmen (unzulässiger Weise) als Rechtsgrundlage zum Beispiel für das Profiling und zur grundlosen Datenspeicherung herangezogen werden. Im Individualstreit könnten sich betroffene Verbraucher zwar auf die fehlende Einbeziehung berufen und gegebenenfalls einen Unterlassungsanspruch bei unzulässiger Datennutzung geltend machen. Aber der einzelne Verbraucher scheut aus nachvollziehbaren Gründen den Weg vor das Gericht, vor allem bei großen international agierenden Unternehmen.

Die Fälle zeigen aber auch deutlich auf, dass es sich gerade nicht um Umstände des Einzelfalls handelt, die der Verbandsklagebefugnis entzogen sein sollen. Vielmehr ist die Einbeziehung der AGB in den geschilderten Fällen von vornherein so angelegt, dass einer Vielzahl von

Verbrauchern die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme verwehrt wird.

Derartige systematische Rechtsverletzungen sollten der Verbandsklage zugänglich sein. Um eine Vielzahl von Verbrauchern vor einer Scheingeltung nicht wirksam einbezogener AGB in ein Rechtsverhältnis zu schützen, ist es daher dringend notwendig, dass § 1 UKlaG um eine Überprüfungsmöglichkeit der Einbeziehungs Voraussetzungen nach § 305 BGB im Wege der Verbandsklage erweitert wird.

## 2. Koppelungsverbot

Der vzbv begrüßt die Intention des Gesetzgebers, die zivilrechtliche Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzes verbessern zu wollen. Allerdings sollten sich diese Bemühungen im Rahmen dieser Gesetzesnovellierung nicht ausschließlich auf die *Durchsetzung* des Verbraucherdatenschutzes beschränken. Vielmehr sollte bereits auch im Vorfeld der Datensammelei durch Unternehmen Einhaltung geboten werden.

In der Praxis werden Dienste oder Verträge oft von der Erlaubnis des Verbrauchers in die Erhebung und Nutzung seiner Daten auch außerhalb des für die Begründung und Durchführung eines Vertrages erforderlichen Umfangs abhängig gemacht.

§ 28 Abs. 3b BDSG, der auch für den Bereich des Telemediengesetzes (TMG) Anwendung findet, regelt hierzu bereits ein beschränktes Koppelungsverbot:

*„Die verantwortliche Stelle darf den Abschluss eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen nach Absatz 3 Satz 1 abhängig machen, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist. Eine unter solchen Umständen erteilte Einwilligung ist unwirksam.“*

Durch den Verweis auf § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG ist das Koppelungsverbot auf die Fälle der Einwilligung in Werbung und den Adresshandel beschränkt. Diese Norm beinhaltet viele auf den jeweiligen Dienst oder Vertrag abzustellende auslegungsbedürftige Voraussetzungen: Steht tatsächlich ein

anderer *Zugang* zu der gewünschten Leistung zur Verfügung, handelt es sich bei einem Alternativangebot um eine *gleichwertige Leistung* und ist der Wechsel zu einem anderen Dienst *zumutbar*?

Wenn beispielsweise die Nutzung einer Online-Suchmaschine oder eines Sozialen Netzwerkes an die Einwilligung zur Nutzung der Verbraucherdaten zu Werbezwecke gekoppelt ist, stellt sich die Frage, ob der Verbraucher faktisch eine Ausweichmöglichkeit hat, wenn die alternativen Angebote am Markt mit identischen Einwilligungserklärungen in die Datennutzung zu Werbezwecke operieren. Dreh- und Angelpunkt in streitigen Auseinandersetzungen ist auch die Frage, ab wann eine „Monopolstellung“ eines Unternehmens besteht, so dass der Verbraucher faktisch keine Ausweichmöglichkeit hat.

Insofern läuft diese Norm in der Regel ins Leere und ist aus Verbrauchersicht kein rechtswirksames Instrument für die Geltendmachung und Durchsetzung datenschutzrechtlicher Ansprüche.

Daher fordert der vzbv ein generelles Koppelungsverbot, wonach die Nutzung eines Dienstes nicht von der Einwilligung der Verbraucher zur Nutzung ihrer Daten - über das zur Dienstleistung notwendige Maß - abhängig gemacht werden darf. Jede Art der Koppelung läuft dem Grundsatz einer freiwilligen Einwilligung zuwider und muss unterbunden werden.

### **3. Europarechtliche Öffnungsklausel**

Nach den derzeit diskutierten Entwürfen für die EU-Datenschutz-Verordnung (DS-VO) soll Verbraucherverbänden nur ein mittelbares (nach Anspruchsübertragung bzw. Beauftragung), nicht ein originäres Klagerecht eingeräumt werden. Deshalb regt der vzbv an, dass sich die Bundesregierung auf europäischer Ebene für eine Öffnungsklausel in der entsprechenden Vorschrift (derzeit Art. 73 des Entwurfs einer DS-VO) einsetzt. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Kollektivinteressen für Verbraucher bestmöglich wahrgenommen und geschützt werden.