

Per E-Mail: III B5@bmjv.bund.de

Bundesministerium der
Justiz und für Verbraucherschutz
Frau RDn Motejl
Referat III B 5
11015 Berlin

RAin Dr. Veronika Fischer
Geschäftsführung
Emmy-Noether-Str. 17
76131 Karlsruhe

Telefon: 0721 782027-29
Telefax: 0721 782027-27
E-Mail: kontakt@dgri.de

München/Karlsruhe, 05.10.2018

**Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz –
Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs**

Hier: Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI) e.V.

Ihr Zeichen: III B 5-7034/15-31 383/2018

Sehr geehrte Frau Motejl,

wir nehmen Bezug auf das Schreiben des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 11. September 2018 und bedanken uns für die im Rahmen der Verbändeanhörung gewährte Gelegenheit zur Stellungnahme zu obigem Gesetzentwurf.

I.

Die Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI) ist eine der in Deutschland führenden unabhängigen wissenschaftlichen Vereinigungen auf dem Gebiet des IT-Rechts. Sie befasst sich mit Fragen an der Schnittstelle zwischen Informationstechnologie einerseits sowie Recht und Wirtschaft andererseits und fördert die Zusammenarbeit von Lehre, Forschung, Gesetzgebung und Praxis in allen Fragen der Informationstechnik.

Zu ihren Mitgliedern zählen Wissenschaftler und Praktiker sowohl auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft als auch der Technik. Mit ihnen sucht die Gesellschaft den ständigen Austausch von Wissen, Erfahrungen und Meinungen und begleitet Gesetzgebungsvorhaben auf nationaler wie europäischer Ebene als neutrale Institution, die den Partikularinteressen einzelner Unternehmen oder Branchen nicht verpflichtet ist.

II.

Der Fachausschuss Datenschutz der DGRI e.V. hat sich mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs befasst und nimmt insbesondere aus datenschutzrechtlicher Sicht dazu wie folgt Stellung:

a) Begrenzung einer etwaigen Klagebefugnis im UKlaG

Der Referentenentwurf sieht zwar in Art. 2 Änderungen des Unterlassungsklagegesetzes vor, die auf das BDSG bezogene Regelung des Art. 2 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG wird aber nicht angepasst. Hier wäre im Interesse der Rechtssicherheit dringend eine Anpassung geboten. Zum einen muss die Klagebefugnis auf wirklich berechnigte Verbände begrenzt werden, zum anderen ist die Beauftragung der Verbände durch die betroffene Person zu regeln. Sofern es darüber hinaus eine eigene Klagebefugnis der Verbände geben sollte, wäre diese auf die Durchsetzung von Transparenzregelungen in Fällen nicht lediglich unwesentlicher Abweichungen zu begrenzen. Auch könnte überlegt werden, dass eine erstmalige Abmahnung bei kleinen und mittleren Unternehmen im Sinne der DS-GVO kostenfrei ist. Wichtig ist zudem, dass die Grenzen der Öffnungsklausel von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO nicht überschritten und kein europarechtswidriger deutscher Sonderweg beschritten wird.

Im Einzelnen:

Nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO können Mitgliedstaaten vorsehen, dass Einrichtungen, Organisationen oder Vereinigungen i.S.v. Art. 80 Abs. 1 DS-GVO unabhängig vom Auftrag der betroffenen Person Verstöße gegen die Verordnung geltend machen können.

Von dieser Öffnungsklausel sollte nur vorsichtig Gebrauch gemacht werden, da andernfalls die Gefahr besteht, dass Betroffenenrechte auch gegen die Interessen Betroffener geltend gemacht werden. Beispielsweise wäre zu vermeiden, dass ein Verbraucherschutzverband einen Anspruch auf Löschen abstrakt-generell für eine Vielzahl von Fällen geltend machen kann. Dies muss nämlich nicht im Interesse der betroffenen Person sein. Dagegen kann es sinnvoll sein, dass ein Verstoß gegen Transparenzregelungen (sofern er nicht marginal ist) auch von Verbänden eingeklagt werden kann, da davon in der Regel eine Vielzahl von Personen betroffen ist.

Bei einer Überarbeitung des UKlaG im Lichte des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO wäre ferner zu beachten, dass ein Klagerecht gem. Art. 80 Abs. 1 DS-GVO nur solchen Verbänden zusteht, die ohne Gewinnerzielungsabsicht agieren und deren satzungsmäßige Ziele im öffentlichen Interesse liegen und die im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz personenbezogener Daten tätig sind. Damit sind Konkurrentenklagen ausgeschlossen, d.h. Wirtschaftsverbände und Kammern wären von der Klagebefugnis explizit auszuschließen.

b) DS-GVO ist keine Marktverhaltensregelung

Der Referentenentwurf enthält keine materiell-rechtlichen datenschutzrechtlichen Regelungen. Dies unterstützen wir, da solche in der Regel abschließend in der DS-GVO enthalten sind und ansonsten – soweit noch Raum für nationale Regelungen besteht – das BDSG-neu der geeignete Ort wäre.

Allerdings findet sich in der Begründung zu § 13 Abs. 4 UWG-E, 2. Absatz der folgende Satz:

„Soweit die in den Artikeln 13 und 14 der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Gebote als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG bewertet werden, kann eine nur unerhebliche Beeinträchtigung im Einzelfall in Betracht kommen, wenn von den aufgelisteten Anforderungen nur geringfügig abgewichen wird.“

Dieser Satz ist zu streichen, da er den unzutreffenden Eindruck erweckt, dass datenschutzrechtliche Verstöße als Marktverhaltensregelungen zugleich UWG-Verstöße sein können. Die Regelungen der DS-GVO sind aber abschließend, eine diesbezügliche Öffnungsklausel besteht nicht. Insbesondere sind die Rechtsfolgen einer Verletzung datenschutzrechtlicher Anforderungen in Art. 77-84 DS-GVO abschließend geregelt. Lediglich Art. 80 Abs. 2 DS-GVO gestattet nationale Sonderregelungen, die allerdings begrenzt sind auf die Regelung des Umfangs der Klagebefugnis von Einrichtungen, Organisationen oder Vereinigungen, deren Ziel der Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen ist (s.a. Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Auflage 2018, § 3a Rn. 1.40a und 1.74a).

Dies entspricht dem einen Schutzziel der DS-GVO, nach deren Art. 1 Abs. 2 DS-GVO die Verordnung natürliche Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten schützen soll. Der faire Wettbewerb ist von diesem Schutzziel nicht erfasst. Regelungen dazu wären auch von der primärrechtlichen Gesetzgebungskompetenz des Art. 16 AEUV nicht umfasst. Deshalb schließt Art. 80 Abs. 1 DS-GVO Wettbewerbsverbände von der Klagebefugnis von vornherein aus.

Ebenso sei darauf hingewiesen, dass auch das andere Ziel der DSGVO, der Schutz des freien Verkehrs von personenbezogenen Daten gem. Art. 1 Abs. 3 DS-GVO, zu keiner anderen Betrachtung führt. Denn damit ist allein gemeint, dass Regelungen zum Datenschutz nicht den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt behindern dürfen. Die Regelung von Marktverhalten im wettbewerbsrechtlichen Sinne ist damit nicht das Ziel der DS-GVO.

Wir waren bereits nach alter Rechtslage der Auffassung, dass es sich bei den datenschutzrechtlichen Regelungen des BDSG nicht um Marktverhaltensregeln handelte, da diese den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und nicht die Regelung des Marktverhaltens zum Ziel hatten (so auch OLG München ZD 2012, 330, Rn. 26ff; OLG Düsseldorf DuD 2004, 631f.; OLG Frankfurt NJW-RR 2005, 839f.). Die gegenteilige Auffassung ist nunmehr vor dem Hintergrund der DS-GVO und deren abschließenden Regelungen in den

Art. 77 bis 84 DS-GVO nicht mehr haltbar. Sie wäre auch europarechtswidrig, da sie eine nationale Sonderregelung in einem vollharmonisierten Regelungsbereich schaffen würde.

Die DS-GVO sieht zuvörderst die unabhängigen nationalen Aufsichtsbehörden als „Hüter des Datenschutzes“ an. Wir sehen bei diesen die Aufgabe, die Einhaltung der Datenschutzgesetze zu überwachen, richtig angesiedelt. Ein diesbezügliches Vorgehen durch Private – wie Verbände oder Wettbewerber – darf insofern nur erfolgen, soweit die DS-GVO dies vorsieht – siehe dazu vorstehende Ausführungen.

Aus den vorgenannten Gründen schlagen wir daher vor, die vorstehend zitierte Passage aus der Gesetzesbegründung ersatzlos zu streichen, um eine rein deutsche Interpretation der datenschutzrechtlich vollharmonisierten Normen zu vermeiden. Es könnte sogar, im Gegenteil, sinnvoll sein, wenn bei den geplanten Änderungen des UWG explizit klargestellt würde, dass die DS-GVO und deren Vorgaben keine Marktverhaltensregelungen im wettbewerbsrechtlichen Sinne sind.

Für Rückfragen oder ergänzende Erläuterungen steht Ihnen die Gesellschaft gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

Dr. Veronika Fischer
Rechtsanwältin
Geschäftsführung DGRI e.V.

Dr. Robert Selk, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht
Leiter Fachausschuss Datenschutz

Prof. Dr. Sibylle Gierschmann, LL.M.
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Urheber- und Medienrecht
Co-Leiterin Fachausschuss Datenschutz