

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

9  
K&R

- Editorial: Lex Ebamazon – Regulierung des Online-Handels greift zu kurz · *Rüdiger Hitz*
- 533 Setzt die DSGVO das UWG Schachmatt?  
*Sebastian Laoutoumai und Adrian Hoppe*
- 537 Hauptzweck und wesentliche Funktionalität der Bereitstellung audiovisueller Inhalte · *Dr. Michael R. Kogler*
- 544 Online-Archive im Lichte der EMRK · *Dr. Lars Kröner*
- 549 Berlin.com – Interessenabwägungen bei der Verletzung von Namensrechten durch Domainnamen · *Dr. Torsten Bettinger*
- 553 Kontinuität und Perspektive für die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks · *Prof. Dr. Wieland Bosman*
- 556 Zur Unionsrechtswidrigkeit des nationalen Lotteriemonopols  
*Robert Schippel und Maximilian Kienzerle*
- 560 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*
- 562 EuGH: Cordoba: Veröffentlichung eines frei zugänglichen Fotos auf anderer Website nur mit Zustimmung des Urhebers
- 566 BVerfG: Rundfunkbeitrag mit Ausnahme von Zweitwohnungsbeitrag verfassungsgemäß
- 588 BGH: Riptide: Rechtsverletzer muss Abmahnkosten von Anschlussinhaber tragen
- 592 OLG München: Fack Ju Göhte 3: Sperranordnung gegen Access-Provider wegen Urheberrechtsverletzung mit Kommentar von *Sandra Brechtel* und *Hauke Hansen*

Beilage 1/2018

17. @kit-Kongress – 7. Forum „Kommunikation & Recht“

21. Jahrgang

September 2018

Seiten 533 – 604



RA Sebastian Laoutoumai, LL.M. und RA Adrian Hoppe, Essen\*

## Setzt die DSGVO das UWG Schachmatt?

### Können Datenschutzverstöße auch weiterhin über das Recht des unlauteren Wettbewerbs verfolgt werden?

*Der europäische Gesetzgeber hat mit der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) den Versuch gestartet, ein europaweit einheitliches Datenschutzniveau zu schaffen. Der Verordnungstext bietet jedoch Anlass für Fragen, sodass es Zeit und wahrscheinlich gerichtliche Entscheidungen braucht, um eine einheitliche Auslegungspraxis zu entwickeln. Ob auch Zivilgerichte über das Recht des unlauteren Wettbewerbs (Wettbewerbsrecht) bei der Auslegung der Normen der DSGVO hinzugezogen werden können, hängt maßgeblich mit der Frage zusammen, ob Verstöße gegen die DSGVO über das Wettbewerbsrecht geahndet werden können. Dieser Frage geht der nachfolgende Beitrag auf den Grund.*

### I. Einleitung

Mit der Umstellung auf die Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ging die Angst vor der nächsten großen Abmahnwelle um. Befeuert wurde diese Angst durch bislang vereinzelt gebliebene Abmahnungen noch am 25. 5. 2018 wegen vermeintlicher Verstöße gegen datenschutzrechtliche Informationspflichten. In diesem Zusammenhang wurde oft vorgebracht, Datenschutzverstöße seien unter Geltung der DSGVO nicht mehr über das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) abmahnfähig, da die DSGVO insoweit abschließend sei.<sup>1</sup> „Begründet“ wurde dies lediglich mit einem Hinweis auf eine aktuelle Kommentierung im *Köhler/Bornkamm/Feddersen*<sup>2</sup>. Das wirft die Frage auf, ob Datenschutzverstöße künftig tatsächlich nicht mehr über das Recht des unlauteren Wettbewerbs geahndet werden können.

### II. Streitstand vor Geltung der DSGVO

Bereits vor Geltung der DSGVO war umstritten, ob datenschutzrechtliche Regelungen generell auch die Funktion haben können, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Bedenken hiergegen sind seit jeher auf den historischen Ursprung des Datenschutzrechts zurückzuführen. Denn die Funktion des Rechts auf Datenschutz bestand zunächst im Schutz der Privatsphäre des Einzelnen, insbesondere vor Zugriffen des Staates. Was seinen Ursprung in den Grundüberlegungen zu rechtlichen Teilbereichen, wie dem Beichtgeheimnis, der ärztlichen oder anwaltlichen Schweigepflicht sowie dem Steuer-, Bank- und Briefgeheimnis nahm, entwickelte sich mit Beginn der automatischen Informationsverarbeitung zu dem bis heute vorherrschenden Rechtsbewusstsein, dass ein genereller, umfassender Schutz personenbezogener Daten geboten ist. So wurde mit dem „Volkszählungsurteil“<sup>3</sup> das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

begründet, welches eine Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt. Es folgten das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie zahlreiche Harmonisierungen auf EU-Ebene, welche in der heute unmittelbar geltenden DSGVO mündeten.

### 1. Keine Marktregelung durch den Datenschutz

Diejenigen Stimmen aus Literatur und Praxis, die eine marktregelnde Funktion des Datenschutzrechts vor Einführung der DSGVO generell ablehnten, stützten ihre Auffassung hauptsächlich auf die zuvor skizzierte persönlichkeitsrechtliche Natur des Datenschutzrechts.<sup>4</sup> Dieser primäre Schutzzweck des Rechts auf Datenschutz sei auch der EG-Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) zu entnehmen gewesen, welche in den Vorschriften des BDSG a. F. und des TMG umgesetzt war. Im Gegensatz zur wettbewerbsrechtlichen UGP-Richtlinie (2002/58/EG), welche nach Art. 1 dieser Richtlinie ausdrücklich den Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers bezweckte, habe Art. 1 der Datenschutzrichtlinie explizit den „Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre“ zum Schutzzweck erklärt.<sup>5</sup> Es sei zwar nicht abzustreiten gewesen, dass manche Datenschutzregelungen durchaus eine marktregelnde Funktion gehabt hätten, wie z. B. die §§ 28 ff. BDSG a. F. Man könne aber nicht davon ausgehen, dass diese Regelungen den Markt auch gerade im Interesse der Marktteilnehmer regeln, also marktbezogene Verbraucherinteressen schützen sollten.<sup>6</sup> Nach Auffassung des Kammergerichts habe zum Beispiel die Informationspflicht aus § 13 TMG zur Rechtfertigung persönlichkeitsrechtlicher Beschränkungen der Nutzer von Telemediendiensten lediglich die überindividuellen Belange des Wettbewerbs berücksichtigt.<sup>7</sup> Zudem wurde angezweifelt, dass die EG-Datenschutzrichtlinie überhaupt einen Spielraum für nationale Sankti-

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII. Die Autoren danken Herrn Rechtsreferendar Roland Stempelmann für seine tatkräftige Unterstützung.

1 Vgl. hierzu ein ausführlicher Überblick bei: *Löffel*, abrufbar unter <https://loeffel-abrar.com/newsblog/sind-verstoesse-gegen-die-datenschutz-grundverordnung-wettbewerbswidrig/>, zuletzt abgerufen am 16. 7. 2018.

2 *Köhler*, in: *Bornkamm/Feddersen*, 36. Aufl. 2018, § 3 a Rn. 140 a und 1.74 b. Die Fundstelle von *Köhler* setzt sich mit dieser Frage jedoch nicht näher auseinander. Eine tiefere Begründung liefert *Köhler* jedoch im Editorial in ZD 2018, 337 ff., „Die DS-GVO – eine neue Einnahmequelle für gewerbsmäßige Abmahner?“.

3 BVerfG, 15. 12. 1983 – 1 BvR 209/83.

4 OLG München, 12. 1. 2012 – 29 U 3926/11, K&R 2012, 299 ff.; *Gärtner/Heil*, WRP 2005, 20, 22; *Köhler*, WRP 2013, 567 ff.; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3 a Rn. 79; *Zech*, WRP 2013, 1434; *Aßhoff*, IPRB 2013, 233 ff.; *Galetzka*, K&R 2015, 77 ff.

5 *Köhler*, WRP 2013, 567, 568.

6 *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer* (Fn. 4), § 3 a Rn. 79.

7 KG Berlin, 29. 4. 2011 – 5 W 88/11, CR 2011, 468.

onsmöglichkeiten über die Rechtsschutzmöglichkeiten der Richtlinie hinaus überlassen habe.

## 2. Datenschutz geeignet, zumindest auch das Marktverhalten zu regeln

Die wohl herrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung hinterfragte zu Recht die strenge Fokussierung auf die persönlichkeitsrechtliche Funktion des Datenschutzes und bejahte für einzelne Regelungen im Datenschutzrecht – insbes. für § 28 Abs. 3 BDSG i. V. m. §§ 4 Abs. 1, 4 a Abs. 1 BDSG – die Eigenschaft als Marktverhaltensregelung.<sup>8</sup> Denn die Gegenauffassung habe übersehen, dass der Datenschutz neben seiner originären individuellen, grundrechtsbezogenen Schutzfunktion sehr wohl auch marktbezogene Verbraucherinteressen regle. So sei bereits den Erwägungsgründen zur damaligen Datenschutzrichtlinie zu entnehmen gewesen, dass diese eben auch der Herstellung eines einheitlichen Schutzniveaus in Bezug auf den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten zu dienen bestimmt war. Dies überzeugte insbesondere vor dem Hintergrund, dass personenbezogene Daten bereits seit einigen Jahren ein handelbares Wirtschaftsgut darstellen, das im Zeitalter der Industrie 4.0 zunehmend an Bedeutung gewinnt. Dass dem Datenschutzrecht jedenfalls sekundär eine „auch-marktregelnde“ Funktion zukommt, lässt sich daher nicht abstreiten. Nach Ansicht des OLG Hamburgs habe die damals geltende Richtlinie in ihren Erwägungsgründen zu erkennen gegeben, dass ein einheitliches datenschutzrechtliches Schutzniveau die grenzüberschreitende Ausübung von Wirtschaftsaktivitäten fördere und so Verfälschungen des Wettbewerbs verhindere. Daher habe § 13 TMG eine marktregelnde Funktion gehabt, die zudem auch im Verbraucherinteresse bestanden habe. Denn gerade die Pflicht zur Aufklärung über die Datenverwendung beeinflusse den Verbraucher in seinen Entscheidungen und Verhaltensweisen am Markt, mithin beim Abschluss von Verbraucherverträgen.<sup>9</sup> Das OLG Köln sah die Grenze von einer dem Schutz der allgemeinen Persönlichkeit zu einer dem Marktverhalten dienenden Norm dann überschritten, wenn Marktteilnehmer auf personenbezogene Daten zu Werbezwecken zugreifen und sich hierbei auf einen datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand berufen, namentlich auf § 28 Abs. 3 BDSG a. F. Denn eine dem Schutz von Rechten und Rechtsgütern des Einzelnen dienende Vorschrift regle auch dann den Markt, wenn das geschützte Interesse – das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – infolge einer Marktteilnahme berührt sei.<sup>10</sup> Datenschutzregelungen würden immer dann einen einzelfallbezogenen Marktbezug aufweisen, wenn sie im Sinne eines wirtschaftlichen Gutes gespeichert oder verwendet, d. h. kommerziell genutzt würden.<sup>11</sup> Gegen eine Vollharmonisierung bezüglich der Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie spreche, dass die Richtlinie ein möglichst hohes Datenschutzniveau anstrebe und daher überschießende Rechtsschutzmöglichkeiten dieses Ziel fördern und gerade nicht entgegenstehen.<sup>12</sup>

## III. Rechtslage seit Geltung der DSGVO

### 1. Frage nach dem Marktbezug

Seit dem 25. 5. 2018 hat die DSGVO die nationalen Datenschutzregelungen weitestgehend verdrängt. Daher stellt sich die Frage, ob und inwiefern dies die Grundlage für den zuvor umrissenen Streitstand verändert. Klar dürfte jedenfalls sein, dass wie zuvor auch jeweils auf die kon-

krete Datenschutznorm abzustellen ist. Nur wenn DSGVO-Normen im Einzelfall eine marktregelnde Funktion aufweisen, wird man auch nach heutiger Rechtslage eine wettbewerbsrechtliche Relevanz annehmen können. Da die früheren Regelungen des BDSG a. F. weitestgehend in der DSGVO aufgegangen sind, wird man die früheren Überlegungen hierzu auf die neue Rechtslage übertragen können.

Nach der hier vertretenen Auffassung sprechen insbesondere die Erwägungsgründe dafür, dass zumindest im Einzelfall DSGVO-Normen eine „auch marktregelnde“ Funktion aufweisen. So statuiert der 9. Erwägungsgrund zur DSGVO explizit die Förderung des Wettbewerbs als ein Nebenziel der Verordnung. Dort heißt es, dass „Unterschiede im Schutzniveau [bezüglich personenbezogener Daten]... ein Hemmnis für die unionsweite Ausübung von Wirtschaftstätigkeiten darstellen, den Wettbewerb verzerren“. Auch dem neuen Recht auf Datenportabilität wird man einen Marktbezug nicht absprechen können, denn dieses Recht wurde gerade zu dem Zweck eingeführt, um den Wechsel von multimedialen Plattformen zu erleichtern und sogenannte „Lock-in-Effekte“ zu verhindern.<sup>13</sup>

Dieser Ansicht war offenbar auch der nationale deutsche Gesetzgeber, als er die Verbandsklagemöglichkeit auf Datenschutzvorschriften mit Marktbezug erweiterte. Aus der damaligen Gesetzesbegründung geht explizit hervor, dass sich der Gesetzgeber der Auffassung zahlreicher obergerichtlicher Entscheidungen anschließen wollte, wonach datenschutzrechtliche Normen aufgrund ihres Marktbezugs teilweise Marktverhaltensregelungen im Sinne des UWG seien.<sup>14</sup> Da dem Gesetzgeber das zukünftige Inkrafttreten der DSGVO bekannt gewesen sein muss, kann davon ausgegangen werden, dass er diese Regelung auch im Hinblick der DSGVO umsetzte.

Auch nach der Umstellung auf die DSGVO wird man mit guten Gründen festhalten können, dass der Datenschutz jedenfalls in bestimmten Bereichen auch weiterhin Marktbezug aufweist.

### 2. Wird das UWG durch die DSGVO vollständig verdrängt?

Diskussionsbedürftig erscheint bezüglich der Rechtslage nach DSGVO aber viel mehr die Frage, ob und inwiefern das komplexe und ausdifferenzierte System von Rechtsbehelfen, Haftungsregelungen und Sanktionen überhaupt Raum für weitere nicht in der DSGVO normierte Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten lässt.<sup>15</sup> Erste und durchaus gewichtige Stimmen aus der Literatur folgern aus den Art. 77 bis 84 DSGVO, dass die Regelungen zur Rechtsdurchsetzung in der DSGVO abschließend geregelt sind und daher kein Raum für eine Anwendung des UWG auf

8 OLG Hamburg, 27. 6. 2013 – 3 U 26/12, WRP 2013, 1203; OLG Köln, 17. 1. 2014 – 6 U 167/13, NJW 2014, 1820, 1821; OLG Karlsruhe, 9. 5. 2012 – 6 U 38/11, WRP 2012, 1439; Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576, 579; Metzger, GRUR Int. 2015, 687, 691; Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2989 f.

9 OLG Hamburg, 27. 6. 2013 – 3 U 26/12, WRP 2013, 1203.

10 OLG Köln, 17. 1. 2014 – 6 U 167/13, NJW 2014, 1820, 1821.

11 Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576, 579.

12 BGH, 20. 3. 2013 – I ZR 209/11, K&R 2013, 725 ff.; Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 4), § 3 a Rn. 79.

13 Wolff, ZD 2018, 248, 250.

14 BT-Drs. 18/4631, S. 13, 17 ff.

15 Hierzu ein ausführlicher Überblick bei: Löffel, abrufbar unter <https://loeffel-abrar.com/newsblog/sind-verstoesse-gegen-die-datenschutz-grundverordnung-wettbewerbswidrig/>, zuletzt abgerufen am 16. 7. 2018.

Normen der DSGVO besteht.<sup>16</sup> Behauptet wird insbesondere, die Art. 77 bis 84 DSGVO würden die Geltendmachung von Datenschutzrechtsverstößen durch andere als die betroffene Person selbst grundsätzlich nicht vorsehen. Allein Art. 80 Abs. 2 DSGVO mache hiervon eine Ausnahme, sei im Rahmen des UWG – wohl zutreffend – jedoch nicht anwendbar. Aus dieser Gesetzessystematik wird sodann geschlussfolgert, dass Art. 80 Abs. 2 DSGVO die Frage der Rechtsdurchsetzung durch andere Personen, als die betroffene Person, selbst abschließend regelt.<sup>17</sup>

Was sich zunächst als schlüssig liest, erscheint bei genauerer Betrachtung aber fraglich. Denn dem Wortlaut der zuvor zitierten Normen kann – bei genauerer Lesart – gerade dieser Sinn nicht entnommen werden. Im Vergleich zur früheren Datenschutzrichtlinie beinhaltet die DSGVO ein unstreitig ausdifferenzierteres System von Rechtsbehelfen, Haftungsregelungen und Sanktionen. Daraus allein aber ein abgeschlossenes Regelungssystem zu schlussfolgern, überzeugt indes nicht. Gegen diese Annahme spricht zunächst der Normtext „unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder außergerichtlichen Rechtsbehelfs“, welcher an insgesamt vier Stellen auftaucht (Art. 77 Abs. 1, 78 Abs. 1, Abs. 2, 79 Abs. 1 DSGVO).<sup>18</sup> Zwar regeln die betroffenen Normstellen ausdrücklich die Rechtsdurchsetzung durch den Betroffenen. Wenn jedoch bereits diese Rechtsbehelfe nicht als abschließend zu interpretieren sind, rechtfertigt dies auch zu hinterfragen, warum dies von Art. 80 Abs. 2 DSGVO angenommen werden sollte. Denn Art. 80 Abs. 1 DSGVO beschreibt zunächst nur eine zusätzliche Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit des Betroffenen. Es dürfte unstreitig sein, dass jeder Betroffene weiter das Recht hat, sich auch anderen Rechtsbeistand – insbesondere durch Rechtsanwälte – als die in Art. 80 Abs. 1 DSGVO normierten Vereine, Organisationen oder Vereinigungen zur Hilfe zu nehmen. Daher kann Abs. 1 jedenfalls nicht abschließend zu verstehen sein.

Art. 80 Abs. 2 DSGVO besagt lediglich, dass die in Abs. 1 genannten Organisationen grundsätzlich auch ohne Auftrag des Betroffenen Verstöße gem. Art. 77 bis 79 DSGVO geltend machen können. D. h. im Umkehrschluss auch, dass sich Art. 80 Abs. 2 DSGVO gar nicht auf die Geltendmachung von Verstößen gegen Marktverhaltensnormen speziell bezieht, sondern unmittelbar nur auf die Geltendmachung von „Betroffenenrechten“. Der Schutzzweck dieser Norm beruht folglich auf dem primären, grundrechtsbezogenen Ziel des Datenschutzes und nicht auf dem teilweisen auch wettbewerbsrechtlichen Gehalt einzelner Datenschutzrechtsnormen. Das wird auch vor dem Hintergrund deutlich, dass ein Betroffener nach Art. 80 Abs. 2 DSGVO gegen einen Datenschutzverstoß vorgeht, weil er seine persönliche informationelle Selbstbestimmung gefährdet sieht. Er wird wohl kaum die Interessen von ihm unbekanntem Mitbewerbern im Blick haben.

Auch verfolgt das UWG eine ganz andere Zielsetzung als Art. 80 Abs. 2 DSGVO, denn es bezieht sich ausschließlich auf die spezifischen Normen des Datenschutzrechts, die auch marktregelnde Funktionen aufweisen. Dem Wettbewerber geht es nicht darum, allumfassend Betroffenenrechte zu schützen und sich in geradezu altruistischer Weise als Retter der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung darzustellen. Ihm geht es vielmehr darum, allein den marktverzerrenden Gehalt, d. h. allein den partiell wettbewerbsbezogenen Teil eines Datenschutzverstößes sanktionieren zu lassen. Die Rechte des Betroffenen sind dem Wettbewerber streng genommen gleichgültig. Dass die

Sanktionierung eines Datenschutzverstößes zufällig die Verletzung der Betroffenenrechte mitsanktioniert, kann für sich alleine nicht ausreichen, sie aufgrund einer Norm, die einen ganz anderen Schutzzweck verfolgt, als unzulässig zu erachten.<sup>19</sup> Vor dem Hintergrund, dass das Wettbewerbsrecht und das Datenschutzrecht im Ausgangspunkt unterschiedliche Stoßrichtungen haben, erscheint es nicht nachvollziehbar, warum einem benachteiligten Mitbewerber ein Vorgehen gegen einen Datenschutzverstoß untersagt werden soll. Während der datenschutzrechtlich Betroffene in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt sein kann, kann der Mitbewerber in seinem Recht auf einen unverfälschten Wettbewerb bzw. seinem eigenen wettbewerbsrechtlichen Fortkommen verletzt sein. Beides sind jedoch legitime Rechtspositionen, was sich für den Mitbewerber aus § 1 UWG ergibt. Hieraus folgt aber, dass die DSGVO – wenn überhaupt – das Anspruchssystem des datenschutzrechtlich Betroffenen abschließend regeln wollte. Eine Beschränkung der rechtlichen Interessen wettbewerbsrechtlich ebenfalls Betroffener war damit sicherlich nicht verbunden.

Auch spricht ein weiteres systematisches Argument gegen einen abschließenden Charakter. So erlaubt es Art. 84 Abs. 1 DSGVO den Mitgliedstaaten sogar explizit, weitere über die DSGVO hinausgehende Sanktionen gegen Datenschutzverstöße festzulegen, weshalb das gesamte Sanktionssystem der DSGVO nur als Mindeststandard verstanden werden kann.<sup>20</sup>

Für diese Sichtweise sprechen zudem allgemeine datenschutzrechtliche Grundsätze, insbesondere der Wille des europäischen Gesetzgebers, durch die DSGVO ein möglichst hohes Datenschutzniveau zu etablieren.<sup>21</sup> Auch ist damit zu rechnen, dass der EuGH nationale Umsetzungen der DSGVO nach den Grundsätzen des „effet utile“ bemessen wird.<sup>22</sup> Sollte sich der EuGH mit der Zulässigkeit einer Rechtsdurchsetzung mittels UWG befassen müssen, wird er aller Voraussicht nach den Art. 82 Abs. 2 DSGVO, sofern er ihn für diese Frage überhaupt für entscheidungserheblich erachtet, so auslegen und anwenden, dass das Rechtsziel der Verordnung – vorliegend ein hohes Datenschutzniveau – am effektivsten erreicht wird.

Zur Erreichung eines hohen Datenschutzniveaus ist eine flankierende Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche durch andere Mitbewerber allerdings geradezu geboten, denn die Haftungs- und Sanktionsmöglichkeiten des UWG ergänzen die des Datenschutzrechtes in idealer und effektiver Weise. So steht Mitbewerbern gemäß § 8 Abs. 1 UWG ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch in Bezug auf die sanktionierte geschäftliche Handlung zu. Dieser Anspruch geht deutlich weiter als der Individualanspruch des Betroffenen auf z. B. Löschung seiner rechtswidrig erlangten und genutzten Daten. Denn während sich der Lösungsanspruch des Einzelnen nur auf die Löschung der eigenen Daten bezieht, folgt aus dem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch eine umfassende Pflicht zur Löschung hinsichtlich sämtlicher datenschutzrechtswidriger Daten. In der Praxis wird die Geltendmachung möglicher Betroffenen-

16 Barth, WRP 2018, 790, 791 f.; Köhler, in: Bornkamm/Feddersen, UWG (Fn. 2), § 3 a Rn. 1.74 b.

17 Köhler, in: Bornkamm/Feddersen (Fn. 2), § 3 a Rn. 1.74 b.

18 Wolff, ZD 2018, 248, 251.

19 Wolff, ZD 2018, 248, 251.

20 Wolff, ZD 2018, 248, 251.

21 Vgl. BGH, 20. 3. 2013 – I ZR 209/11, K&R 2013, 725 ff.

22 Vgl. Kühling/Sackmann, NVwZ 2018, 681, 683.

rechte nicht selten schlicht hingenommen, da regelmäßig angenommen werden kann, dass der Großteil potentiell Betroffener seine Rechte gar nicht erst geltend machen wird. Und selbst wenn einzelne Betroffene ihre Rechte geltend machen, hat dies lediglich den Verlust eines kleinen Teils des rechtswidrigen Datensatzes zur Folge. Deutlich weiter gehen dann aber die wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüche. Sie sanktionieren nicht nur den Datenschutzverstoß gegenüber dem Einzelnen, sondern die gesamte datenschutzverletzende Handlung. Denn sie erstrecken sich auch auf alle gleichartigen geschäftlichen Handlungen, die das Datenschutzrecht verletzen.<sup>23</sup> Werden also mit einer datenschutzwidrigen Handlung massenhaft personenbezogene Daten erhoben, zwingt der Lösungsanspruch des Einzelnen das Unternehmen noch nicht dazu, auch künftig datenschutzkonform zu agieren. Der Datensatz des Betroffenen wird auf die Beanstandung hin gelöscht und damit ist die Beanstandung erledigt. Freilich besteht auch die Gefahr eines behördlichen Eingreifens. Es ist allerdings nicht abzusehen, dass die Datenschutzbehörden künftig flächendeckend Datenschutzverstöße so ahnden werden, dass der Datenschutz effektiv durchgesetzt wird. So enthält beispielsweise der Fragenkatalog des Landesbeauftragten für den Datenschutz Niedersachsen keine Frage zu solchen Datenverarbeitungsvorgängen, die im Rahmen von § 3 a UWG überhaupt relevant werden könnten.<sup>24</sup>

Dies liegt nicht zuletzt daran, dass – anders als für Mitbewerber – für einzeln Betroffene Datenschutzverstöße oftmals nur immaterielle Schäden zur Folge haben. Vor dem Hintergrund des technischen und zeitlichen Aufwandes sowie des erheblichen Kostenrisikos werden die allermeisten Betroffenen – verständlicherweise, wie bisher auch schon – letztlich davon absehen, einen datenschutzrechtlichen Anspruch einer Aufsichtsbehörde anzuzeigen oder gar gerichtlich geltend zu machen. Die Rechtspraxis zeigt, dass Verfahren gegen multinationale Unternehmen oder Staaten wie die von Max Schrems die absolute Ausnahmen sind.<sup>25</sup> Aufgrund dessen werden in der Praxis Verstöße oftmals trotz Bekanntwerden nicht verfolgt und hieraus resultierende Ansprüche nicht durchgesetzt. Das hat dazu geführt, dass die Durchsetzung des Datenschutzrechts größtenteils bei den Aufsichtsbehörden liegt, welche aber aufgrund ihrer begrenzten Kapazitäten nur einen kleinen Teil der Datenverarbeitungen überhaupt kontrollieren können. Dass der europäische Gesetzgeber dieses Problem selbst erkannt hat, ergibt sich auch daraus, dass er in Art. 80 Abs. 2 DSGVO eine Durchsetzungsbefugnis für Verbände explizit eröffnet hat.<sup>26</sup> Vor dem Hintergrund erscheint es nur konsequent, die Rechtsdurchsetzung auch im Wege der gegenseitigen wettbewerbsrechtlichen Kontrolle zu ermöglichen. Der Regelungsinhalt und das Regelungsziel des Art. 80 Abs. 2 DSGVO steht einer Anwendung des UWG auf einzelne Normen der DSGVO überhaupt nicht entgegen. Vielmehr spricht die Übertragung des Rechtsgedankens aus dieser Norm gerade dafür, die Rechtsdurchsetzung auf das nationale Wettbewerbsrecht auszuweiten.

Diese Sichtweise scheint sich auch in der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung bestätigt zu haben. Nach einer Entscheidung des OLG Celle handele es sich bei der spezialgesetzlichen Datenschutznorm aus § 19 Abs. 5 S. 1 SchfHwG auch um eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3 a UWG.<sup>27</sup> Bedenken aufgrund einer möglicherweise abschließend geregelten Rechtsdurchsetzung in Bezug auf datenschutzrechtliche Normen hatte das Gericht jedenfalls nicht.

#### IV. Ausblick

Unstreitig ist jedenfalls, dass die DSGVO an keiner Stelle die Abmahnbarkeit von Datenschutzrechtsverstößen durch Mitbewerber explizit vorschreibt oder vorsieht. Unstreitig ist aber auch, dass ein Vorgehen durch Mitbewerber nicht ausdrücklich untersagt wird. Ansprüche von Mitbewerber regelt die DSGVO gerade nicht. Das hat seinen Grund darin, dass primärer Zweck der DSGVO der Schutz der Betroffenen ist. Hieraus ergibt sich im Umkehrschluss aber nicht, dass nicht auch Mitbewerber über das UWG auch weiterhin Datenschutzverstöße, die sie in ihren wettbewerbsrechtlichen Interessen verletzen, ebenfalls ahnden können. Daher steht fest, dass es den nationalen Gesetzgebern freisteht, entsprechende Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten durch nationales Recht vorzusehen. Eine Pflicht hierzu besteht aus europarechtlichen Gesichtspunkten nicht. Nach der hier vertretenen Auffassung können Datenschutzverstöße dem status quo der europäischen und deutschen Rechtslage nach aber wettbewerbsrechtlich relevant sein. Auch bietet das Wettbewerbsrecht eine zusätzliche Möglichkeit, Verstöße gegen das Datenschutzrecht effektiv zu verfolgen. Es besteht keine Not, diese weitere Rechtsschutzmöglichkeit dadurch zu unterbinden, indem man dem Rechtssystem der DSGVO einen abschließenden Charakter zuschreibt. Bemerkenswert ist bei der öffentlichen Debatte vor allem der nicht selten geäußerte Wunsch, auf diese Weise dem „Abmahnmissbrauch“ einen Riegel vorzuschieben. Verkannt wird dabei aber ganz offenbar, dass – im Gegensatz zur DSGVO – das UWG in § 8 Abs. 4 UWG eine Regelung vorsieht, die genau diesem Missbrauch entgegen wirken soll. In diesem Zusammenhang haben sich aus der Rechtsprechung zahlreiche Fallgruppen entwickelt, bei deren Vorliegen die Rechtsprechung ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Abmahners annimmt. Ein derartiges Korrektiv kennt die DSGVO dagegen nicht. Es besteht daher keine gesteigerte Gefahr, von einem Mitbewerber wegen eines Datenschutzverstößes in Anspruch genommen zu werden.

Als Reaktion auf die medial heraufbeschworene „Abmahnwelle“ – die nach bisherigem Kenntnisstand auch seit Geltung der DSGVO nicht eingetreten ist – haben Teile der Politik bereits angekündigt, der Geschäftspraxis sogenannter „Abmahnanwälte“ einen Riegel vorzuschieben. So besteht zwischen den Regierungsparteien grundsätzlich Einigkeit darüber, dass jedenfalls Nachbesserungsbedarf in Bezug auf unlautere Abmahnpraktiken – nicht nur wegen datenschutzrechtlicher Verstöße – besteht.

Dies hat erst kürzlich den Freistaat Bayern dazu bewegt, einen aktuellen Gesetzesantrag in den Bundesrat einzubringen. Dieser sieht eine Änderung des UWG und des UKlaG vor, wonach zum einen die DSGVO generell dem Anwendungsbereich des Lauterbarkeitsrechts explizit entzogen werden soll und zum anderen das UKlaG dergestalt reformiert werden soll, dass klageberechtigte Verbände künftig ausdrücklich den Vorgaben der DSGVO entsprechen müssen und datenschutzrechtliche Unterrichts- und Mitteilungspflichten generell nicht mehr im Wege der Verbandsklage durchgesetzt werden können. Die bay-

23 Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576, 581.

24 Vgl. Fragenkatalog Querschnittsprüfung DSGVO, abrufbar unter [http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/allgemein/presseinformationen/querschnittspruefung\\_fragen\\_zur\\_dsgvo\\_an\\_50\\_unternehmen/fragen-zur-dsgvo-an-50-unternehmen-166110.html](http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/allgemein/presseinformationen/querschnittspruefung_fragen_zur_dsgvo_an_50_unternehmen/fragen-zur-dsgvo-an-50-unternehmen-166110.html), zuletzt abgerufen am 16. 7. 2018.

25 Schantz, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1269.

26 Schantz, in: Schantz/Wolff (Fn. 25), Rn. 1270.

27 OLG Celle, 26. 6. 2018 – 13 U 136/17, BeckRS 2018, 14398.

rische Landesregierung folgt hierbei offenbar der Rechtsansicht, welche die in der DSGVO statuierten Durchsetzungsmöglichkeiten für abschließend erachtet. Nach der Begründung der Gesetzesinitiative sei die Gesetzesreform sogar erforderlich, um die Vorgaben der DSGVO auf nationaler Rechtsebene einzuhalten.<sup>28</sup>

Noch ist nicht klar, ob sich der Gesetzesentwurf in dieser Form durchsetzen wird. Eine sogenannte schnelle „Soforthilfe“ gegen rechtsmissbräuchliche Abmahnungen, welche die CDU-/CSU-Bundestagsfraktion zeitgleich mit der Einführung der Musterfeststellungsklage umsetzen wollte, scheiterte bislang zu Recht am Widerstand des Koalitionspartners.

Ob dieser Gesetzesvorstoß, der das Datenschutzrecht aus dem UWG vollständig verbannen soll, erfolgsversprechend sein wird, wird sich zeigen. Es stellt sich viel eher die Frage, ob dem nationalen Gesetzgeber hierzu die entsprechende Kompetenz zusteht. Mit der Umsetzung der UGP-Richtlinie wurde § 5 a Abs. 2 UWG eingeführt. Dieser beruht dabei auf Art. 7 der UGP-Richtlinie. Hiernach soll ein Verbraucher nicht dadurch in die Irre geführt werden, dass ihm wesentliche Informationen vorenthalten werden. Dabei ist das Merkmal des „Vorenthalten von Informationen“ weit auszulegen.<sup>29</sup> Zudem muss die vorenthalte Information wesentlich sein, was jedenfalls bei solchen datenschutzrechtlichen Informationen der Fall sein dürfte, die dem Schutz der Verbraucher dienen. Ein Datenschutzverstoß stellt immer dann zugleich auch einen Wettbewerbsverstoß nach § 5 a UWG dar, wenn hierdurch eine Information dem Verbraucher vorenthalten wurde und dies den Verbraucher in einer geschäftlichen Entscheidung

beeinflusst haben könnte. Z. B. könnte bei fehlender Aufklärung über den Einsatz von Tracking Tools nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung durch eine datenschutzrechtskonforme Datenschutzerklärung ein Verbraucher einen Online-Shop von vornherein nicht aufgesucht hätte und es zum Abschluss eines Vertrages nicht gekommen wäre.<sup>30</sup> Dabei entstammt die Pflicht zur Information unmittelbar aus dem UWG selbst, hier nämlich aus § 5 a UWG.<sup>31</sup> Die unterlassene Aufklärung von Verbrauchern über die Verarbeitung personenbezogener Daten stellt damit einen unmittelbaren Verstoß gegen das Irreführungsverbot nach § 5 a UWG dar.<sup>32</sup> Bereits dieses Beispiel zeigt, dass ein nationaler Alleingang, der den Datenschutz vollständig aus dem Anwendungsbereich des Rechts des unerlaubten Wettbewerbs nehmen will, auf erhebliche europarechtliche Bedenken stößt. Im Umkehrschluss bedeutet dieser Vorstoß aber auch, dass Stand jetzt, Datenschutzverstöße auch weiterhin über das UWG verfolgt werden können.<sup>33</sup> Wäre dies anders, bestünde kein Bedarf für die vorgelegte Gesetzesinitiative.

28 BT-Drs. 304/18, S. 1 f.

29 Huppertz/Ohrmann, CR 2011, 449, 452.

30 Huppertz/Ohrmann, CR 2011, 449, 452.

31 Galetzka, K&R 2015, 77, 78.

32 Huppertz/Ohrmann, CR 2011, 449, 452; Schantz, in: Schantz/Wolff (Fn. 25), Rn. 1277.

33 So auch Schwartmann/Jacquemain, ZRP 2018, 126, 129, die ebenfalls davon ausgehen, dass die DSGVO das Rechtsfolgenregime nicht abschließend regelt.

MinR Dr. Michael R. Kogler, Wien\*

## Hauptzweck und wesentliche Funktionalität der Bereitstellung audiovisueller Inhalte

### Neuerungen durch die geänderte Audiovisuelle Mediendienste-Richtlinie

*Zwei Jahre wurde gerungen, die Audiovisuelle Mediendienste-Richtlinie zu überarbeiten, um – wie es die Europäische Kommission (EK) in ihrem Vorschlag vom 25. 5. 2016 (COM (2016) 287 final) beschreibt – „den Veränderungen des Marktumfelds und der Nutzungsweisen sowie dem technologischen Wandel Rechnung zu tragen.“ Welche Änderungen die Verhandlungen auf europäischer Ebene bringen werden, soll im Folgenden überblicksweise dargestellt werden.*

#### I. Am Anfang war die Kommission

In ihrem Vorschlag konstatierte die EK, dass sich die „audiovisuelle Medienlandschaft durch die zunehmende Konvergenz von Fernsehen und Diensten, die über das Internet verbreitet werden, rasant verändert.“ Rasant verändert hat sich auch der endgültige Wortlaut<sup>1</sup> im Vergleich zum EK-Vorschlag. Das Verhandlungsergebnis hat mit dem EK-Text nur mehr wenig gemeinsam. In vielen zen-

tralen Fragen war die EK aufgrund der großen inhaltlichen Übereinstimmung zwischen der in der Allgemeinen Ausrichtung (AA) ausgedrückten Ratsposition<sup>2</sup> und der Sichtweise des federführenden Ausschusses im EP<sup>3</sup> unter Druck geraten. Vor allem ihre ablehnende Haltung gegenüber der Erfassung sozialer Netzwerke musste sie überdenken.

\* Dieser Beitrag ist eine für die Leserschaft in Deutschland gekürzte Fassung des Artikels „Audiovisuelle Mediendienste und die wesentliche Funktionalität sozialer Medien“, der parallel in der Zeitschrift für Informationsrecht (ZiIR), Heft 3, 2018, Verlag Österreich erscheint. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 6. 8. 2018. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

1 Der Beitrag befasst sich nur mit den Änderungen und geht nicht näher auf Art. 1, 2 Abs. 1, 4, 5 und 6, Art. 4 Abs. 6 bis 8, Art. 5 Abs. 1, Art. 8, 14 bis 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 21, 22, 24 bis 26, 28, 29, 31 und 32 ein.

2 Vgl. vom 16. 5. 2017 unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8939-2017-INIT/de/pdf>.

3 Basierend auf dem Bericht vom 10. 5. 2017 vgl. <https://bit.ly/2Dps4bS>.