

Private Enforcement
und Datenschutzrecht
Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten
nach UWG und UKlaG

Christoph Halder

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im September 2021 an der Universität Passau als Dissertation eingereicht. Die Disputation fand am 16.2.2022 statt. Gesetzgebung, Rechtsprechung, Literatur und sonstige Entwicklungen wurden bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt. Insbesondere konnte die zwischenzeitliche Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour in der Sache Facebook Ireland (C-319/20) noch in die Arbeit aufgenommen werden. Bis zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wurde die Entscheidung des EuGH in dieser Sache noch nicht gefällt.

Besonderer Dank gebührt zunächst Herrn Prof. Dr. Michael Beurskens, LL.M. (University of Chicago), LL.M. (Gew. Rechtsschutz), Att. at Law (New York) für die sehr zügige Erstellung des Erstgutachtens sowie für die Freiräume, die mir während meiner Lehrstuhl­tätigkeit eingeräumt wurden. Herrn Prof. Dr. Peter Bräutigam möchte ich ebenso für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken. Herrn Prof. Dr. Kai v. Lewinski danke ich herzlich für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes.

Ferner möchte ich noch Benjamin Noll, Philipp Jansen, Franziska Gehann und vor allem meinem Vater Christian Halder für das umsichtige Korrekturlesen und/oder die inhaltlichen Diskussionen danken. Ohne sie wäre eine zeitnahe Abgabe der Arbeit nicht möglich gewesen.

Meinen (ehemaligen) Kollegen vom Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht und dem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht möchte ich für die schöne Zeit in Passau danken.

Passau, im Februar 2022

Christoph Halder

Abkürzungsverzeichnis

AnwZert-ITR	AnwaltZertifikatOnline IT-Recht (Zeitschrift)
B2C	Business-to-Consumer
BayLDA	Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BDSG-E	Entwurf zum Bundesdatenschutzgesetz
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch
BeckOK Daten- schutzR	Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht
BeckOK InfoMe- dienR	Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht
BeckOK UWG	Beck'scher Online-Kommentar Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
BeckOK VwGO	Beck'scher Online-Kommentar Verwaltungsgerichtsordnung
BeckOK ZPO	Beck'scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung
BeckRS	Beck Rechtsprechungssammlung
BEUC	Bureau Européen des Unions de Consommateurs, Europäischer Verbraucherschutzverband
BlnBDI	Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit
BNetzA	Bundesnetzagentur
BVBA	Besloten Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (belgische Personengesellschaft mit beschränkter Haftung)
CD-ROM	Compact Disc Read-Only Memory
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (nationale Datenschutzbehörde Frankreichs)
DAR-Extra	Deutsches Autorecht-Extra (Zeitschrift)
DGRI	Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e. V.
DPC	Data Protection Commission (nationale Datenschutzbehörde Irlands)
DS-GVO-E	Entwurf zu einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG
DSK	Konferenz der Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern
DSL	Digital Subscriber Line
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik Tagungsband
ECLIC	EU and comparative law issues and challenges series (Zeitschrift)
EDPL	European Data Protection Law Review (Zeitschrift)

Abkürzungsverzeichnis

EDSA	Europäischer Datenschutzausschuss
FMP	Forderungsmanagement professionell (Zeitschrift)
FRA	Fundamental Rights Agency (Agentur der Europäischen Union für Grundrechte)
GesamtHrsg.	Gesamtherausgeber
Gesamtr.	Gesamtreakteur
GRUR-RS	GRUR-Rechtsprechungssammlung
Halbbd.	Halbband
HmbBfDI	Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit der Freien und Hansestadt Hamburg
IDFA	Identifier for Advertisers
IDPL	International Data Privacy Law (Zeitschrift)
IFA	Internationale Funkausstellung
IMEI	International Mobile Equipment Identity
IMSI	International Mobile Subscriber Identity
IP	Internet Protocol
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JB	Jahresbericht
jM	Juris: die Monatszeitschrift
jurisPK-BGB	juris PraxisKommentar Bürgerliches Gesetzbuch
jurisPK-UWG	juris PraxisKommentar Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
jurisPR-BKR	juris PraxisReport Bank- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift)
jurisPR-ITR	juris PraxisReport IT-Recht (Zeitschrift)
jurisPR-WettbR	juris PraxisReport Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
LDI NRW	Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen
LfD Niedersachsen	Landesbeauftragte für den Datenschutz von Niedersachsen
LfDI BW	Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit von Baden-Württemberg
LfDI RP	Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit von Rheinland-Pfalz
Lfg.	Lieferung
Ltd.	Limited (Kapitalgesellschaft)
MAC	Media-Access-Control-Adresse
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MMR-Aktuell	Multi-Media und Recht-Aktuell (Zeitschrift)

MSISDN	Mobile Subscriber Integrated Services Digital Network Number
MUJLT	Masaryk University Journal of Law and Technology (Zeitschrift)
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoStGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKoUWG	Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht
MüKoWettbR	Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
NJW-Beil	Neue Juristische Wochenschrift-Beilage (Zeitschrift)
noyb	None of Your Business (Verein)
NVwZ-Extra	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Extra (Zeitschrift)
OS	Online-Streitbeilegung
RDi	Recht Digital (Zeitschrift)
Red.	Redakteur
UDID	Unique Device Identifier
UKlaG-E	Entwurf zum Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz)
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
UWG-E	Entwurf des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb
vzbv	Der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.
WP	Working Paper
ZD-Aktuell	Newsdienst ZD-Aktuell
ZfDR	Zeitschrift für Digitalisierung und Recht
Zrt.	Zártkörűen működő részvénytársaság (ungarische Aktiengesellschaft)
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Für sonstige Abkürzungen sei im Übrigen auf das Werk von Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. 2021, verwiesen.

Inhaltsübersicht

Die Zahlenangaben in der Inhaltsübersicht beziehen sich auf die Seitenzahl.

Vorwort	I
Einleitung	1
A. Problembeschreibung	1
B. Wirtschaftliche Bedeutung der Datenverarbeitung	2
C. Praktische Vorteile eines umfassenden private enforcements	2
D. Einwände gegen das private enforcement	5
E. Gang der Untersuchung	6
Kapitel 1: Datenschutzrecht	7
A. DSRL und BDSG a. F.	7
I. Regelungsstruktur	7
II. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume	8
B. ePrivacy-RL	10
I. Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG)	11
II. Telemediengesetz (i. d. F. bis zum 30.11.2021)	13
III. Telekommunikationsgesetz (i. d. F. bis zum 30.11.2021)	26
IV. Reformen und bevorstehende Änderungen	27
V. Fazit	28
C. Datenschutz-Grundverordnung	29
I. Regelungsstruktur	29
II. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume	30
III. Durchsetzungssystem der DS-GVO	35
IV. Die Stellung von Verbänden in der DS-GVO	37
V. Die Stellung von Mitbewerbern in der DS-GVO	96
VI. Fazit	130
D. Ergebnis	131
Kapitel 2: Lauterkeitsrecht	133
A. Einleitung	133
B. Durchsetzungssystem des UWG	133
I. Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)	134
II. Verbandsklagen	138
III. Verbraucher oder Betroffene	143
IV. Weitere teleologische Reduktion bei Individualbetroffenheit	145
C. Geschäftliche Handlung	146
I. Verhalten	146
II. Vor, bei oder nach Geschäftsabschluss	146
III. Unternehmensbezug	147
IV. Marktbezug	148
D. Rechtsbruchtatbestand (§ 3a UWG)	157
I. Datenschutzverstöße als Rechtsbruch im UWG a. F.	158
II. Verhältnis zur UGP-RL	164
III. Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften	166

IV. Marktverhaltensregelung	168
V. Mögliche Marktverhaltensregelungen mit datenschutzrechtlichem Bezug	184
VI. Spürbarkeit des Verstoßes gegen die Marktverhaltensregelung	232
VII. Teleologische Reduktion des § 3a UWG?	237
E. Sonstige Unlauterkeitstatbestände des UWG	240
I. Irreführende geschäftliche Handlungen	241
II. Aggressive geschäftliche Handlungen	259
III. Mitbewerberschutz (§ 4 UWG)	270
IV. Verbrauchergeneralklausel (§ 3 Abs. 2 UWG)	272
F. Rechtsfolgen und Missbrauchsverhinderung	278
I. Rechtsfolgen	278
II. Missbrauchsverhinderung	290
G. Beteiligung der Aufsichtsbehörden	304
I. Beteiligungsrecht der Aufsichtsbehörde?	304
II. Gerichtliche Mitteilungspflicht?	305
H. Reformbestrebungen	306
I. Gesetz zur Anpassung zivilrechtlicher Vorschriften an die Datenschutz- Grundverordnung	306
II. Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU	307
I. Ergebnis	307
Kapitel 3: Unterlassungsklagengesetz	309
A. Einleitung	309
B. Verhältnis des UKlaG zu sonstigen Rechtsquellen	309
I. Umsetzung der Klausel-RL und der Unterlassungsklagen-RL	310
II. Kein unlösbarer Konflikt mit den Bestimmungen der DS-GVO	311
III. Partiieller Vorrang des UWG	312
C. Anspruchsberechtigung (§ 3 UKlaG, § 4 UKlaG)	313
D. Ansprüche bei Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetze (§ 2 UKlaG)	314
I. Datenschutzrechtliche Vorschriften (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG)	315
II. Telekommunikationsdatenschutz	326
III. Sonstige Verbraucherschutzgesetze (§ 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG)	327
IV. Im Interesse des Verbraucherschutzes	330
V. Rechtsfolgen und Verfahrensfragen	331
E. Ansprüche bei Verstößen gegen AGB-Recht (§ 1 UKlaG)	334
I. Anwendungsbereich und Prüfungsgegenstand	335
II. Datenschutz als Prüfungsmaßstab	336
III. Verwenden oder Empfehlen	338
IV. Wiederholungsgefahr bzw. Erstbegehungsgefahr	339
V. Rechtsfolgen	339
VI. Reichweite des Urteils	341
F. Missbrauchsverhinderung	342
G. Reformbestrebungen	343
I. Gesetz zur Anpassung zivilrechtlicher Vorschriften an die Datenschutz- Grundverordnung	343

II. Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU	345
H. Ausblick auf die Verbandsklagen-RL	345
I. Exkurs: Bisherige Möglichkeiten der kollektiven Rechtsdurchsetzung durch Verbände.....	347
II. Verhältnis von DS-GVO und Verbandsklagen-RL.....	355
III. Klage- bzw. Antragsbefugnis	356
IV. Klage- bzw. Antragsgegner	357
V. Rechtsschutzziel	358
VI. Schutz des Datenschutzrechts.....	360
VII. Fazit	362
I. Ergebnis.....	363
Kapitel 4: Gesamtergebnis und Ausblick	365
Kapitel 5: Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse	367
A. Datenschutzrecht.....	367
B. Lauterkeitsrecht.....	368
C. Unterlassungsklagengesetz.....	371
Literaturverzeichnis	373

Inhaltsverzeichnis

Die Zahlenangaben im Inhaltsverzeichnis beziehen sich auf die Seitenzahl.

Vorwort	I
Einleitung	1
A. Problembeschreibung	1
B. Wirtschaftliche Bedeutung der Datenverarbeitung	2
C. Praktische Vorteile eines umfassenden private enforcements	2
D. Einwände gegen das private enforcement	5
E. Gang der Untersuchung	6
Kapitel 1: Datenschutzrecht	7
A. DSRL und BDSG a. F.	7
I. Regelungsstruktur	7
II. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume	8
1. Regelungen zum Durchsetzungssystem	8
2. Spielräume bei vollharmonisierenden Richtlinien	8
a. Die Stellung von Verbänden	8
b. Die Stellung von Mitbewerbern	9
B. ePrivacy-RL	10
I. Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG)	11
1. Inhalt	11
2. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume	11
a. Aktivlegitimation von Verbänden und Mitbewerbern	11
b. Keine Sperrwirkung	12
c. Neue Rechtslage unter der DS-GVO	13
II. Telemediengesetz (i. d. F. bis zum 30.11.2021)	13
1. Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL	14
a. Regelungsgegenstand des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL	14
b. Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL im TMG?	15
aa. Informationspflichten (§ 13 TMG)	16
bb. Einwilligungserfordernis (§§ 12, 15 Abs. 1 TMG)	18
cc. Einwilligungserfordernis (§ 15 Abs. 3 TMG)	20
dd. Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL	22
ee. Anwendung der DS-GVO	23
c. Voraussetzungen des Art. 95 DS-GVO	23
2. Sonstige Vorgaben des TMG	25
III. Telekommunikationsgesetz (i. d. F. bis zum 30.11.2021)	26
IV. Reformen und bevorstehende Änderungen	27
1. ePrivacy-Verordnung	27
2. Einführung des TTDSG mit Inkrafttreten zum 1.12.2021	27
V. Fazit	28
C. Datenschutz-Grundverordnung	29
I. Regelungsstruktur	29
II. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume	30

1. Anwendungsvorrang des Unionsrechts	30
2. Voraussetzungen und Grenzen des Anwendungsvorrangs.....	32
a. Vorliegen eines Normkonflikts	32
b. Eröffnung von expliziten Spielräumen	34
3. Bedeutung für Verbands- und Mitbewerberklagen.....	35
III. Durchsetzungssystem der DS-GVO.....	35
IV. Die Stellung von Verbänden in der DS-GVO	37
1. Anforderungen an die Verbände.....	37
a. Rechtsfähigkeit.....	37
b. Ordnungsgemäße Gründung	38
c. Altruistische Zielsetzung.....	38
d. Tätigkeit im Bereich Datenschutz.....	39
e. Weitergehende mitgliedstaatliche Anforderungen.....	40
f. Beispiele für Verbände.....	41
2. Tätigwerden nach Beauftragung durch den Betroffenen (Art. 80 Abs. 1 DS-GVO).....	42
a. Bedeutung für das mitgliedstaatliche Recht	44
aa. Erlaubnis der Erbringung von Rechtsdienstleistungen	44
bb. Prozessvertretung oder Prozessstandschaft?	44
(1) Regelung einer Prozessstandschaft	44
(2) Wahlrecht der Mitgliedstaaten	44
(3) Regelung einer gewillkürten Vertretung	45
cc. Postulationsfähigkeit.....	46
(1) Vornahme von Verfahrenshandlungen	46
(2) Vornahme von Prozesshandlungen	46
b. Handlungsmöglichkeiten des Verbands nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO	47
aa. Durchsetzung durch Aufsichtsbehörde (Art. 77 f. DS-GVO).....	47
(1) Durchsetzung von Amts wegen	48
(2) Durchsetzung aufgrund einer Beschwerde	48
(3) Durchsetzungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden	50
(4) Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörde	51
(a) Art. 78 DS-GVO als Ausgangspunkt	51
(b) Bloßer Schutz vor behördlicher Untätigkeit?.....	52
(aa) Untätigkeitsklage als ergänzender	
Rechtsbehelf	52
(bb) Entgegenstehende Erwägungsgründe	53
(c) Umfassende gerichtliche Überprüfbarkeit der	
behördlichen Entscheidung	53
(aa) Die Erwägungsgründe	54
(bb) Kein Umkehrschluss aus den	
Entwurfaffassungen	54
(cc) Art. 78 DS-GVO als Ausprägung effektiven	
Rechtsschutzes.....	55
(dd) Im Primärrecht angelegte Differenzierung	56

	(ee)	Kein Umkehrschluss aus alter Rechtslage	56
	(ff)	Keine Beeinträchtigung der behördlichen Unabhängigkeit	57
	(gg)	Kein Unterlaufen von Art. 79 Abs. 1 DS-GVO ...	57
	(hh)	Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über Beschwerde	58
	(d)	Die Überprüfbarkeit des aufsichtsbehördlichen Ermessens	59
	(aa)	Eingeschränktes Entschließungsermessen bei Verstoß	59
	(bb)	Keine Verfolgung von Verstößen allein zu generalpräventiven Zwecken	60
bb.		Rechtsbehelfe nach Art. 79 Abs. 1 DS-GVO	61
	(1)	Bedeutung	61
	(2)	„Rechte der Betroffenen“ als Gegenstand der Durchsetzung	63
	(a)	Verweis auf Kapitel III	64
	(b)	Schutzzweckorientierte Auslegung	64
	(c)	Umfasste subjektive Rechtspositionen	67
	(3)	Effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf	70
	(a)	„Gerichtlicher“ Rechtsschutz	70
	(b)	Effektivität des Rechtsbehelfs	71
	(aa)	Gewährung von Primär- und Sekundärrechtsschutz	71
	(bb)	Gewährung von Eilrechtsschutz	71
	(cc)	Vorbeugender Rechtsschutz?	72
	(4)	Internationale Verbandsverfahren (Art. 79 Abs. 2 DS-GVO) ..	73
	(a)	Niederlassungsort der Beklagten	74
	(b)	Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Betroffenen	75
	(c)	Weitere Gerichtsstände nach der EuGVVO	76
	(aa)	Verhältnis von DS-GVO zu EuGVVO	76
	(bb)	Denkbare Gerichtsstände nach der EuGVVO ..	76
	(d)	Erhalt der Gerichtsstände des Art. 79 Abs. 2 DS-GVO nach Abtretung an den Verband?	77
	(e)	Behandlung von Parallelverfahren	79
cc.		Durchsetzung durch betriebliche Datenschutzbeauftragte	81
c.		Bedeutung des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO für das UWG und UKlaG	82
3.		Tätigwerden unabhängig von der Beauftragung eines Betroffenen (Art. 80 Abs. 2 DS-GVO)	82
	a.	„Rechte der betroffenen Person“ als Bezugspunkt	83
	aa.	Begriff der Rechte	83
	bb.	Verletzung eines konkret Betroffenen?	84
	(1)	Argumente für einen abstrakten Maßstab	85
	(a)	Friktionen zu Art. 80 Abs. 1 DS-GVO	85

(b)	Kein Schutz abstrakt entgegenstehender Betroffeneninteressen.....	85
(c)	Widerspruch zum Begriff des Betroffenen (Art. 4 Nr. 1 DS-GVO)	85
(d)	Beeinträchtigung der Betroffenen.....	86
(e)	Zweckorientierte Auslegung des Verbandsklagerechts	87
(f)	Gespaltene Auslegung im Vergleich zur Verbandsklagen-RL	87
(2)	Erfordernis einer abstrakten Rechtsverletzung.....	87
b.	Vorweggenommene „Umsetzung“ durch deutsches Verbandsklagerecht.....	88
aa.	Bestehende Regelungen	88
bb.	Erfordernis einer vollständigen Umsetzung	89
(1)	Unterschiede zum UKlaG	89
(2)	Unterschiede zum UWG.....	90
cc.	Zulässigkeit einer Teilumsetzung.....	91
dd.	Unionsrechtskonforme Auslegung notwendig?	92
(1)	Kein abschließendes Durchsetzungssystem.....	92
(2)	Sperrwirkung des Art. 80 DS-GVO	93
(a)	Abschließende Regelung der Rolle von Verbänden	93
(b)	Deutsches Verbands- und Mitbewerberklagerecht als Verstoß gegen das Gebot der Rechtssicherheit?	94
c.	Internationale Datenschutzverbandsklagen	94
V.	Die Stellung von Mitbewerbern in der DS-GVO	96
1.	Vorliegen einer Öffnungsklausel.....	96
a.	Aktivlegitimation von Mitbewerbern im Rahmen von Schadensersatzansprüchen (Art. 82 DS-GVO)	96
aa.	Voraussetzungen	96
(1)	Umfasste Rechtsverletzung	97
(2)	Ersatzfähige Schäden.....	97
(a)	Materielle Schäden.....	97
(b)	Immaterielle Schäden	98
(3)	Sonstige Voraussetzungen	100
bb.	Ermöglichung von Mitbewerberklagen?	100
(1)	Schadensersatzanspruch.....	100
(2)	Unterlassungsanspruch.....	101
(3)	Einschränkende Auslegung.....	101
(a)	Mitbewerber als „jede Person“?.....	101
(b)	Nur natürliche Personen als „jede Person“	103
(c)	Nur Betroffene als „jede Person“	104
cc.	Mitgliedstaatliche Schadensersatzansprüche	105
b.	Mitbewerberklagen als Sanktion (Art. 84 DS-GVO)	106
aa.	Mitbewerberklagen im sonstigen Unionsrecht als Sanktion	106
bb.	Abweichende Auslegung innerhalb der DS-GVO.....	107

(1) Irrelevanz der fehlenden Notifizierung	107
(2) Auslegung des Merkmals anhand der Erwägungsgründe ...	107
2. Sperrwirkung zulasten von Mitbewerberklagen	109
a. Wortlaut	109
b. Gesetzeshistorie.....	110
c. Systematik und Telos.....	111
aa. Unterlaufen des Harmonisierungsziels der DS-GVO	111
(1) Harmonisierung des Durchsetzungssystems?.....	111
(2) Gefahr uneinheitlicher Auslegungspraxis	114
(a) Logische Konsequenz der Mitbewerberklage	114
(b) Umfassender Regelungsanspruch als Quelle unterschiedlicher Auslegung	114
(c) Hinreichende Vorkehrungen zur Sicherung einheitlicher Auslegungspraxis.....	114
(d) Kampf um die besten Argumente	116
bb. Intendierte Erschwerung der Rechtsdurchsetzung durch die DS-GVO im Vergleich zur DSRL?	116
cc. Primat der aufsichtsbehördlichen Rechtsdurchsetzung.....	117
(1) Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden	117
(2) Unterminierung austarierter Befugnisse.....	119
dd. Effektivität des Durchsetzungssystems	120
ee. Umkehrschluss aus Art. 80 Abs. 2 DS-GVO	121
(1) Bedürfnis nach Klarstellung durch unklare Rechtslage	122
(2) Begrenzung einer Sperrwirkung auf die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten der betroffenen Personen	123
(3) Regelung des Lauterkeitsrechts nicht von Kompetenztitel der DS-GVO umfasst	124
d. Verhältnis zum sonstigen Unionsrecht: Dualistischer Ansatz von Verbraucher- und Datenschutzrecht?	124
aa. Regelungsziele von Datenschutz- und Verbraucherschutzrecht ..	125
bb. Verhältnis von DS-GVO und UGP-RL	127
cc. Auflösung des Konflikts: Kein Vorrang der DS-GVO nach Art. 3 Abs. 4 UGP-RL	129
VI. Fazit	130
D. Ergebnis.....	131
Kapitel 2: Lauterkeitsrecht	133
A. Einleitung.....	133
B. Durchsetzungssystem des UWG	133
I. Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)	134
1. Mitbewerbereignschaft	134
a. Erfordernis eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses	134
b. Weitergehende Einschränkungen	135

2.	Datenschutzrechtliche Bedeutung von Mitbewerberklagen	136
a.	Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen	136
b.	Abhilfe bei der Verletzung des Datenschutzrechts des Mitbewerbers?..	136
II.	Verbandsklagen.....	138
1.	Zweck	138
2.	Unionsrechtliche Anforderungen im datenschutzrechtlichen Bereich	139
3.	Fach- und Wettbewerbsverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG)	140
4.	Verbraucherverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG)	141
5.	Kammern und Gewerkschaften (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG)	142
a.	Kammern.....	142
b.	Gewerkschaften	143
III.	Verbraucher oder Betroffene	143
1.	Grundsätzlich keine Aktivlegitimation	143
2.	Schadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 2 UWG n. F.	144
IV.	Weitere teleologische Reduktion bei Individualbetroffenheit	145
C.	Geschäftliche Handlung	146
I.	Verhalten.....	146
II.	Vor, bei oder nach Geschäftsabschluss.....	146
III.	Unternehmensbezug.....	147
IV.	Marktbezug.....	148
1.	Umschreibung.....	148
a.	Objektiver Zusammenhang.....	148
b.	Unmittelbarer Zusammenhang	149
2.	Abgrenzung von lediglich betriebsinternen Verhaltensweisen	150
a.	Intern wirkende Pflichten aus der DS-GVO.....	151
b.	Verarbeitung zu kommerziellen Zwecken	151
aa.	Erhebung	151
bb.	Rein interne Verarbeitungsschritte.....	152
cc.	(Wieder-)Herstellung eines Marktbezugs	153
(1)	Verlautbaren von Verhaltenskodizes	153
(2)	Verlautbaren im Rahmen von Informationspflichten.....	153
(3)	Informationen über ungewöhnliche, intransparente bzw. rechtswidrige Datenverarbeitung.....	154
(4)	Verlautbarung von Informationen in erteilten Auskünften	155
dd.	Offenlegung	155
c.	Setzen von Cookies und Ausspielen von (Tracking-)Skripten	156
d.	Komplex des Arbeitnehmerdatenschutzes	156
e.	Nutzung von AGB	157
D.	Rechtsbruchtatbestand (§ 3a UWG)	157
I.	Datenschutzverstöße als Rechtsbruch im UWG a. F.....	158
1.	Datenschutzverstöße als Verstoß gegen § 1 UWG [1909]	158
a.	Wertbezogene und wertneutrale Vorschriften.....	159
b.	Erfordernis eines sekundären Marktbezugs	160
2.	Datenschutzverstöße unter UWG [2004].....	161

a.	Rechtsbruchtatbestand	161
b.	Rechtsbruch durch Datenschutzverstöße nach BDSG a. F.	162
aa.	Bejahung einer Marktverhaltensregelung	162
bb.	Kritik an der Annahme einer Marktverhaltensregelung.....	163
II.	Verhältnis zur UGP-RL.....	164
III.	Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften.....	166
1.	Gesetzliche Vorschrift	166
2.	Verstoß	168
IV.	Marktverhaltensregelung	168
1.	Regelung des Marktverhaltens	168
a.	Marktzutrittsregelungen	169
b.	Marktvorfeld	169
2.	Im Interesse der Marktteilnehmer	172
a.	Datenschutz als Mitbewerberschutz	174
aa.	Geheimnisschutz durch Datenschutz	174
bb.	Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen (par condicio concurrentium).....	175
(1)	Bloße Normgebundenheit nicht ausreichend	175
(2)	Gleiche Wettbewerbsbedingungen als Zweck der Regulierung	175
(3)	Gleiche Wettbewerbsbedingungen als bloße Folge der Regulierung	176
cc.	Nur ausnahmsweise Mitbewerberschutz	177
b.	Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer.....	177
aa.	Datenschutz nicht hinreichend im Interesse der Marktteilnehmer?	178
bb.	Weitergehende Schutzzwecke des DS-GVO	179
cc.	Schutz der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit.....	180
dd.	Schutz von Rechten, Rechtsgütern und Interessen.....	182
(1)	Rechtsgüterschutz im UWG.....	182
(2)	Erforderlichkeit eines Marktbezugs	182
(3)	Marktbezogener Rechtsgüterschutz kein Widerspruch zu Art. 77 ff. DS-GVO	183
V.	Mögliche Marktverhaltensregelungen mit datenschutzrechtlichem Bezug.....	184
1.	Grundsätze der Datenverarbeitung (Art. 5 DS-GVO).....	185
2.	Zulässigkeit der Datenverarbeitung.....	186
a.	Art. 6 Abs. 1 DS-GVO.....	186
aa.	Norminhalt	186
bb.	Regelung des Marktverhaltens	186
cc.	Regelung im Interesse der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer	187
(1)	Rechtsgüterschutz bei Marktteilnahme.....	187
(2)	Schutz der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit.....	188
(a)	Informiertheit der Einwilligung	188

(b)	Freiwilligkeit der Einwilligung	189
b.	Art. 9 DS-GVO	190
aa.	§ 13 Abs. 1 TMG a. F. (bis zum 30.11.2021).....	190
bb.	Schutz der Integrität der Endeinrichtung (§ 25 TTDSG)	191
(1)	Interessen der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer	191
(a)	Schutz der Privatsphäre als Rechtsgut.....	191
(b)	Schutz im Rahmen der Marktteilnahme	192
(2)	Schutz der Entscheidungsfreiheit	193
(3)	Subsidiärer Schutz durch Datenschutzrecht.....	193
3.	Betroffenenrechte	194
a.	Informationspflichten (Art. 13 DS-GVO)	195
aa.	Bloßer Schutz des Persönlichkeitsrechts?	195
bb.	Schutz der Entscheidungsfreiheit	195
cc.	Modalitäten der Erteilung (Art. 12 DS-GVO).....	197
dd.	Kein bloßer Schutzreflex.....	197
ee.	Unionsrechtskonforme Auslegung des § 3a UWG.....	198
b.	Informationspflicht (§ 13 TMG a. F.)	198
c.	Auskunftsrecht (Art. 15 DS-GVO).....	199
d.	Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DS-GVO)	200
aa.	Schutz von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern	200
bb.	Schutz von Mitbewerbern?	201
e.	Widerspruch zum Zwecke der Direktwerbung (Art. 21 DS-GVO).....	201
aa.	Verarbeitung trotz Widerspruch (Art. 21 Abs. 2, 3 DS-GVO)	201
bb.	Verstoß gegen Hinweispflicht (Art. 21 Abs. 4 DS-GVO).....	204
f.	Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall (Art. 22 DS-GVO).....	205
g.	Sonstige Rechte des Betroffenen aus der DS-GVO.....	206
4.	Sonstige Normen mit datenschutzrechtlichem Gehalt.....	207
a.	Technisch-organisatorische Vorgaben.....	207
aa.	Vorgaben der DS-GVO	207
bb.	Vorgaben für Telemedien (§ 13 Abs. 7 TMG a. F.; § 19 Abs. 4 TTDSG).....	207
cc.	Exkurs: Vorgaben zum Schutz kritischer Infrastrukturen und digitaler Dienste (§§ 8a, 8c BSIG)	208
b.	Scoring und Bonitätsauskünfte (§ 31 BDSG)	210
c.	Datenschutzrechtliche Straftatbestände (§ 42 Abs. 1 und 2 BDSG)	210
d.	Telekommunikationsdatenschutz (§§ 91 ff. TKG; §§ 3 ff. TTDSG)	211
aa.	§§ 91 ff. TKG i. d. F. bis zum 30.11.2021	211
bb.	Telekommunikationsdatenschutz nach dem TTDSG	212
(1)	Kein Mitbewerberschutz	212
(2)	Rechtsgüterschutz von Marktteilnehmern.....	212
(3)	Kein prinzipieller Ausschluss der Durchsetzung über das UWG	213
e.	§ 19 Abs. 5 S. 1 SchfHwG.....	214

5.	AGB-Recht und Datenschutzrecht	214
a.	Rechtsbruchtatbestand, AGB-Prüfung und Unionsrecht	215
aa.	Verhältnis zur DS-GVO.....	215
bb.	Verhältnis zu UGP-RL, Unterlassungsklagen-RL und UKlaG.....	216
b.	AGB-Recht und Rechtsbruchtatbestand.....	216
aa.	Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB	217
bb.	Einbeziehungskontrolle nach §§ 305 bis 305c BGB.....	217
c.	Einwilligungserklärungen.....	218
aa.	Einwilligungserklärungen als Vertragsbedingungen.....	218
bb.	Zusammenhang mit vertraglicher Beziehung notwendig?	219
cc.	Konkurrenzen zu „gesetzlichen Erlaubnistatbeständen“	220
(1)	Ausschließlich „gesetzlicher Erlaubnistatbestand“ einschlägig	220
(2)	Mehrere einschlägige Erlaubnistatbestände	220
d.	Datenschutzhinweise	221
e.	AGB-rechtliche Grenzen von Datenschutzklauseln.....	223
aa.	Einbeziehungskontrolle.....	223
bb.	Inhaltskontrolle	223
(1)	Kontrollfähigkeit (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB)	224
(2)	Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)	225
(a)	Anlehnung an datenschutzrechtliche Maßstäbe.....	226
(b)	Zulässigkeit der Erteilung von Einwilligungen in AGB.....	226
(c)	Intransparenz der Klausel.....	227
(aa)	Umfang.....	227
(bb)	Fremdsprachigkeit.....	227
(cc)	Inhaltliche Unbestimmtheit	228
(dd)	Eine Einwilligung pro Werbekanal?	228
(3)	Wesentliche Grundgedanken (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)	229
(a)	Verbotsprinzip als wesentlicher Grundgedanke	229
(b)	Weitergehende Anforderungen durch das Lauterkeitsrecht	230
(c)	Unzureichende Einwilligungserklärungen als Beispiel von Verstößen gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	231
(4)	Sonstige Fälle der Inhaltskontrolle	232
VI.	Spürbarkeit des Verstoßes gegen die Marktverhaltensregelung	232
1.	Anknüpfungspunkte der Spürbarkeit	232
2.	Unbeachtlichkeit paralleler behördlicher Durchsetzung.....	233
3.	Ökonomische Auswirkungen auf Mitbewerber	234
4.	Beeinträchtigung der Interessen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern.....	234
a.	Grundsatz: Indizierung der Eignung der Interessenbeeinträchtigung... ..	234
b.	Indizien zur positiven Feststellung der Eignung der Interessenbeeinträchtigung	235
aa.	Schwere der Beeinträchtigung.....	235

bb.	Häufigkeit bzw. Dauer	236
cc.	Anzahl der betroffenen Marktteilnehmer	236
dd.	Datenpreisgabe und Erteilung der Einwilligung als Beleg der Eignung.....	236
c.	Nur ausnahmsweise Verneinung der Spürbarkeit.....	237
VII.	Teleologische Reduktion des § 3a UWG?	237
1.	Schutz des aufsichtsbehördlichen Ermessens erforderlich?	237
2.	„Hinnehmen“ des Verstoßes im Datenschutzbereich.....	238
3.	Aufsichtsbehördliches Ermessen nur begrenzt schutzwürdig	238
4.	Kein „Hinnehmen“ bei fehlender Sachverhaltskenntnis	239
5.	Parallelität der Rechtsbehelfe als Grundsatz	239
6.	Keine Untätigkeit „mit Schutzwirkung zugunsten von Rechtsverletzern“	240
E.	Sonstige Unlauterkeitstatbestände des UWG.....	240
I.	Irreführende geschäftliche Handlungen.....	241
1.	§ 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 1 bis 4 des Anhangs.....	241
2.	§ 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 21 (Nr. 20 UWG n. F.)	242
3.	§ 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 23 (Nr. 22 UWG n. F.)	243
4.	Irreführung nach § 5 UWG.....	244
a.	Irreführung über Produkte und Dienstleistungen (Nr. 1).....	244
aa.	Technische Leistungsmerkmale.....	244
bb.	Intransparente Aufklärung über Datenverarbeitung.....	245
b.	Irreführung über den Preis (Nr. 2)	246
c.	Irreführung über die Identität (Nr. 3)	247
d.	Irreführung über Verhaltenskodizes (Nr. 6).....	247
e.	Irreführung über Rechte (Nr. 7)	247
aa.	Betroffenenrechte.....	247
bb.	Wirksamkeit der Einwilligung	248
(1)	Täuschung über wahre Rechtslage.....	248
(2)	Cookie-Banner als Anwendungsfall.....	248
(3)	Praktische Relevanz.....	249
cc.	„Schufa-Drohungen“	250
5.	Irreführung durch Unterlassen (§ 5a Abs. 2 UWG = § 5a Abs. 1 UWG n. F.) ..	251
a.	Unionsrechtlich fundierte Informationspflichten (§ 5a Abs. 4 UWG = § 5b Abs. 4 UWG n. F.)	251
b.	Wesentliche Informationen (§ 5a Abs. 2 UWG = § 5a Abs. 1 UWG n. F.) .	252
aa.	Datenschutzrechtliche Informationspflichten.....	253
bb.	Datenschutzstandards.....	254
cc.	Personalisierte Preise.....	254
dd.	Individualisierte Versicherungstarife	256
ee.	„Schufa-Drohungen“	257
c.	Basisinformationen (§ 5a Abs. 3 UWG = § 5b Abs. 1 UWG n. F.)	257
d.	Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks (§ 5a Abs. 6 UWG = § 5a Abs. 4 S. 1 UWG n. F.)	258
II.	Aggressive geschäftliche Handlungen.....	259

1.	Aggressive geschäftliche Handlungen (§ 4a UWG).....	259
a.	Einholung einer Einwilligung als aggressive geschäftliche Handlung ...	259
b.	„Schufa-Drohungen“	261
aa.	Drohung mit unzulässiger Übermittlung.....	261
bb.	Drohung mit zulässiger Übermittlung.....	262
cc.	Sonstige Konstellationen unlauterer Schufa-Drohungen.....	263
c.	Schaffung von Hindernissen nichtvertraglicher Art	263
2.	Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG).....	263
a.	Verhältnis zur DS-GVO	264
aa.	ePrivacy-RL als lex specialis.....	264
bb.	Auswirkungen auf das Durchsetzungssystem	264
cc.	Einfluss des UWG auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verarbeitung.....	265
b.	Verbotstatbestände	267
aa.	Telefonwerbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG = § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG n. F.).....	267
bb.	Werbung mit automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG = § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F.)	268
cc.	Hartnäckiges Ansprechen (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG = Nr. 26 Anhang n. F.).....	269
dd.	Grund- und Beispielstatbestand (§ 7 Abs. 1 UWG).....	269
III.	Mitbewerberschutz (§ 4 UWG).....	270
1.	Beschränkung der Datenportabilität (Art. 20 DS-GVO).....	270
2.	Kundenbezogene Absatzbehinderung	270
3.	Betriebsstörung	271
IV.	Verbrauchergeneralklausel (§ 3 Abs. 2 UWG).....	272
1.	Datenschutzverstöße als Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt.....	273
2.	Verwendung unwirksamer AGB	275
3.	Verhaltenskodizes	275
4.	„Schufa-Drohungen“	276
5.	Nutzung von „dark patterns“	277
6.	Geschäftliche Relevanz.....	277
F.	Rechtsfolgen und Missbrauchsverhinderung.....	278
I.	Rechtsfolgen	278
1.	Unterlassung und Beseitigung.....	279
a.	Unterlassungsanspruch	279
b.	Beseitigungsanspruch	281
c.	„Folgenbeseitigung“ bei AGB-Rechtsverstößen?	281
d.	Umstellungsfrist.....	284
2.	Schadensersatz	285
a.	Verschulden	285
b.	Kausaler und zurechenbarer Schaden	286
c.	Verhältnis zu Vertragsstrafen.....	288

3. Gewinnabschöpfung	289
II. Missbrauchsverhinderung	290
1. Missbrauch des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs (§ 8c UWG)	290
2. Datenschutzrechtliche Besonderheiten bei Abmahnungen.....	292
a. Zweck von Abmahnungen	292
b. Bereichsausnahme nach § 13 Abs. 4 UWG	293
aa. Tatbestandsvoraussetzungen.....	293
(1) Verstöße im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG).....	293
(2) Datenschutzverstöße (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG)	293
bb. Einschätzung der Bereichsausnahme.....	295
(1) Verhinderung berechtigter Abmahnungen	295
(2) Vorgehen über Aufsichtsbehörden als Ausweichoption	296
(3) Formulierung einer Unterlassungserklärung als Pflicht des Unterlassungsschuldners	296
(4) Zweifelhafte Unionsrechtskonformität	297
c. Ausschluss der Vertragsstrafe nach § 13a Abs. 2 UWG.....	298
aa. Allgemeines zur Vertragsstrafe.....	298
bb. Tatbestandsvoraussetzungen der Beschränkungen	298
cc. Einschätzung des Ausschlusses	299
d. Beschränkung des „fliegenden Gerichtsstands“	300
aa. Örtliche Zuständigkeit bei datenschutzrechtlichen Streitigkeiten mit Bezug zum elektronischen Geschäftsverkehr und Telemedien....	300
bb. Problematik der parallelen Verstöße	300
cc. Notwendigkeit einer weitergehenden Einschränkung	301
3. Allgemeine Schutzmechanismen vor unberechtigten Abmahnungen	303
a. Formale Anforderungen an die Abmahnung.....	303
b. Missbräuchliche Abmahnung als Lauterkeitsverstoß.....	303
c. Strafrechtliche Relevanz missbräuchlicher Abmahnungen	304
G. Beteiligung der Aufsichtsbehörden	304
I. Beteiligungsrecht der Aufsichtsbehörde?	304
II. Gerichtliche Mitteilungspflicht?	305
H. Reformbestrebungen.....	306
I. Gesetz zur Anpassung zivilrechtlicher Vorschriften an die Datenschutz-Grundverordnung.....	306
II. Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU	307
I. Ergebnis.....	307
Kapitel 3: Unterlassungsklagengesetz	309
A. Einleitung.....	309
B. Verhältnis des UKlaG zu sonstigen Rechtsquellen.....	309
I. Umsetzung der Klausel-RL und der Unterlassungsklagen-RL.....	310
II. Kein unlösbarer Konflikt mit den Bestimmungen der DS-GVO.....	311
1. Deutsche Datenschutzverbandsklage als taugliche Ausnutzung der Verbandsklagebefugnis des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO	311

2.	Verhältnis zur Klauselkontrolle nach § 1 UKlaG.....	312
3.	Keine Regelung einer Verbandsbeschwerdemöglichkeit	312
III.	Partieller Vorrang des UWG	312
C.	Anspruchsberechtigung (§ 3 UKlaG, § 4 UKlaG)	313
D.	Ansprüche bei Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetze (§ 2 UKlaG)	314
I.	Datenschutzrechtliche Vorschriften (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG)	315
1.	Umfasster Verarbeitungsvorgang	316
a.	Erhebung, Verarbeitung, Nutzung.....	316
b.	Einschränkungen durch Art. 80 Abs. 2 DS-GVO	317
c.	Übertragung auf die DS-GVO	318
aa.	Zulässigkeit der Datenverarbeitung	318
bb.	Betroffenenrechte.....	318
cc.	Technischer und organisatorischer Datenschutz	319
2.	Verbraucherdaten als Gegenstand der Verarbeitung durch einen Unternehmer	320
a.	Zusammenhang mit Rechtsgeschäft erforderlich?	320
aa.	Informatorische Nutzung von Telemedien.....	321
(1)	Vertrag über digitale Inhalte.....	321
(2)	Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse	322
bb.	Rechtswidrige Anschlussverarbeitung	323
cc.	„Verbraucherdaten“ im Ergebnis weit auszulegen	323
b.	Verarbeitung durch Unternehmer.....	323
c.	Abweichung von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO	323
3.	Kommerzieller Verarbeitungszweck.....	324
4.	Rückausnahme für bestimmte Zwecke.....	325
II.	Telekommunikationsdatenschutz.....	326
1.	Rechtslage bis zum 1.12.2021.....	326
2.	Rechtslage ab dem 1.12.2021 (§§ 3 ff. TTDSG).....	327
a.	Anwendungsfall des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 UKlaG?	327
b.	Anwendungsfall des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG?	327
III.	Sonstige Verbraucherschutzgesetze (§ 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG)	327
1.	Sonstige Datenschutzvorschriften der DS-GVO.....	328
2.	„Cookie-Regelung“ nach § 25 TTDSG.....	328
a.	Personenbezogene Informationen	328
b.	Nichtpersonenbezogene Informationen.....	329
3.	UWG als Verbraucherschutzgesetz	329
IV.	Im Interesse des Verbraucherschutzes.....	330
V.	Rechtsfolgen und Verfahrensfragen.....	331
1.	Unterlassung und Beseitigung.....	331
2.	Beteiligung der Aufsichtsbehörde	332
E.	Ansprüche bei Verstößen gegen AGB-Recht (§ 1 UKlaG)	334
I.	Anwendungsbereich und Prüfungsgegenstand	335
II.	Datenschutz als Prüfungsmaßstab	336
1.	Inzidenter Prüfungsmaßstab.....	336

2. Sonstige Gesetzesverstöße	337
III. Verwenden oder Empfehlen	338
IV. Wiederholungsgefahr bzw. Erstbegehungsgefahr	339
V. Rechtsfolgen	339
1. Unterlassungs- und Widerrufsanspruch	339
2. Widerruf	340
3. Folgenbeseitigung bei AGB-Rechtsverstößen?	340
VI. Reichweite des Urteils	341
F. Missbrauchsverhinderung	342
G. Reformbestrebungen	343
I. Gesetz zur Anpassung zivilrechtlicher Vorschriften an die Datenschutz- Grundverordnung	343
II. Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU	345
H. Ausblick auf die Verbandsklagen-RL	345
I. Exkurs: Bisherige Möglichkeiten der kollektiven Rechtsdurchsetzung durch Verbände	347
1. Einziehungsklage nach § 79 ZPO	347
2. Inkassozeession	348
3. Musterfeststellungsklage	350
a. Verhältnis der Musterfeststellungsklage zu sonstigen Verbandsklagemöglichkeiten	351
aa. Datenschutzverbandsklage nach Art. 80 DS-GVO	351
bb. Verbandsklage nach dem UWG	352
cc. Verbandsklage nach dem UKlaG und der Verbandsklagen-RL	352
b. Schwächen der Musterfeststellungsklage	353
aa. Feststellung als Klageziel	353
bb. Beschränkung auf das Verhältnis B2C	354
cc. Anforderungen an die Verbände	355
II. Verhältnis von DS-GVO und Verbandsklagen-RL	355
III. Klage- bzw. Antragsbefugnis	356
IV. Klage- bzw. Antragsgegner	357
V. Rechtsschutzziel	358
1. Abhilfe	358
a. Sachlicher Anwendungsbereich der Abhilfeentscheidung	358
b. Abhilfe für Schadensersatz im Bereich Datenschutz	358
c. Abweichungen von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO	359
2. Unterlassung	359
VI. Schutz des Datenschutzrechts	360
1. Keine umfassende Kontrolle datenschutzrechtlicher Bestimmungen nach DS- GVO und Verbandsklagen-RL	360
2. Engerer persönlicher Anwendungsbereich der Verbandsklagen-RL	362
VII. Fazit	362
I. Ergebnis	363
Kapitel 4: Gesamtergebnis und Ausblick	365

Kapitel 5: Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse	367
A. Datenschutzrecht.....	367
B. Lauterkeitsrecht.....	368
C. Unterlassungsklagengesetz.....	371
Literaturverzeichnis	373

Einleitung

A. Problembeschreibung

Die DS-GVO¹ erlangte mit dem Ablauf des 24.5.2018 Geltung (Art. 99 Abs. 2 DS-GVO) und hat die bisherige Regelungsstruktur des Datenschutzrechts grundlegend geändert.² Nicht zu Unrecht als „Richtlinie im Verordnungsgewand“³ bezeichnet, räumt die DS-GVO – obwohl als Unionsverordnung gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV⁴ erlassen – den Mitgliedstaaten durch die mehr als 70 Öffnungsklauseln (bzw. Spezifizierungsklauseln⁵) signifikante Möglichkeiten ein, die rechtlichen Rahmenbestimmungen gleichwohl weiterhin selbst auszugestalten.⁶

Ob und inwieweit sich das Ziel der unionsweiten Harmonisierung des Datenschutzrechts neben der materiell-rechtlichen Ebene auch auf die Durchsetzung erstreckt, wird in Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich gesehen und gilt derzeit (noch) als eine der umstrittensten Auslegungsfragen innerhalb der DS-GVO.⁷ Im Bereich des Wettbewerbsrechts stellt sich damit die Frage nach dem verbleibenden mitgliedstaatlichen Regelungsspielraum nicht nur im Kartellrecht,⁸ sondern auch in dem für diese Arbeit relevanten Lauterkeitsrecht. Konkret ist mit Blick auf die Schnittmenge von Datenschutzrecht und Lauterkeitsrecht unklar, ob Mitgliedstaaten die Durchsetzung datenschutzrechtlicher Regelungen Mitbewerbern und Verbänden (sog. pri-

1

2

¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 119 S. 1.

² *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448, 448.

³ *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448, 448; vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 55 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Mišćenić/Hoffmann*, ECLIC 2020, 44, 50 f.; *Steiner*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 22 Rn. 47; allgemein zur Verdrängung von Richtlinien durch Verordnungen *Glaser*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 39 Rn. 15 ff.

⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008, ABl. C 115 S. 47.

⁵ Diesen Terminus befürwortend *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 89; → Rn. 78 ff.

⁶ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 55 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448, 448; hierzu *Mišćenić/Hoffmann*, in: GS Bodiroga-Vukobrat, 2021, S. 231.

⁷ *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 1.

⁸ BGH WRP 2020, 1316 – Facebook; OLG Düsseldorf WRP 2021, 784 – Facebook; OLG Düsseldorf WRP 2019, 1333 – Facebook I; *Buchner*, WRP 2019, 1243; *Buchner*, WRP 2020, 1401; *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51; *Paal*, ZWeR 2020, 215; *Walzel*, CR 2020, 673; *Lettl*, WRP 2020, 1391; *Ellger*, WuW 2019, 446; *Mörsdorf*, ZIP 2020, 2259; *Nagel/Horn*, ZWeR 2021, 78; *Schubert*, ZdiW 2021, 167; *Lohse*, in: FS Wiedemann, 2020, S. 373; *Schweitzer*, JZ 2022, 16; *Kerber/Specht-Riemenschneider*, in: vzbv e. V., Synergies between Data protection law and competition law, 2021; *Nettesheim*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 42 Rn. 85 ff.

vate enforcement) überlassen dürfen und welche unlauteren geschäftlichen Handlungen überhaupt durch Datenschutzverstöße verwirklicht werden können.⁹ Eine parallele Problematik ergibt sich im Bereich der Verbandsklage nach dem UKlaG¹⁰.

B. Wirtschaftliche Bedeutung der Datenverarbeitung

- 3 Der ergänzende Durchsetzungsweg über Mitbewerber und Verbände erscheint keineswegs fernliegend: Die effektive Verarbeitung von (u. U. personenbezogenen) Daten kann der zentrale Wettbewerbsvorteil sein, der Mitbewerber voneinander abhebt.¹¹ „Datengetriebene“ Wertschöpfungsketten stellen zwar kein neues Phänomen dar, die fortschreitenden technologischen Möglichkeiten zur Datenverarbeitung lassen jedoch neue Märkte entstehen und verändern andere grundlegend.¹² Nicht zuletzt deshalb entstand die Diskussion nach der rechtlichen Zuordnung von Daten (Stichwort: „Datenrecht“), welche in jüngster Zeit rasend an Fahrt aufgenommen hat und die steigende wirtschaftliche Bedeutung von Daten zeigt.¹³
- 4 Die Ausbeutung personenbezogener Daten steht jedoch nicht im Belieben der Wirtschaftsteilnehmer, sondern soll zum Schutz der Datensubjekte mithilfe datenschutzrechtlicher Vorgaben für Verantwortliche in geordnete Bahnen gelenkt werden.¹⁴ An der Durchsetzung dieser Vorgaben können Mitbewerber und Verbände deshalb ein besonderes Interesse zeigen, um die Unverfälschtheit und damit die Fairness des Wettbewerbs sicherzustellen und die Verbraucher jedenfalls reflexhaft in ihrer Rolle als Betroffene zu schützen.

C. Praktische Vorteile eines umfassenden private enforcements

- 5 Die Einräumung einer lauterkeitsrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeit für datenschutzrechtliche Vorgaben hätte zum einen den Vorteil, dass deren Einhaltung grundsätzlich unabhängig von den Aufsichtsbehörden durchgesetzt werden könnte.

⁹ *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 2 ff.; vgl. allgemein zum private enforcement *Köhler*, WRP 2020, 803; *Rodi*, EuZW 2021, 108, 108.

¹⁰ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) v. 27.8.2002, BGBl. I S. 3422, ber. S. 4346.

¹¹ BGH WRP 2020, 1316 Rn. 59 – Facebook; *Gerlach*, CR 2020, 165 Rn. 1; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 7; *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 450; *Ellger*, WuW 2019, 446, 452; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 214d; *Bunte*, EWIR 2020, 669, 670; *Bueren*, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 14 ff.; *Dück*, in: Beck'sche Online-Formulare IT- und Datenrecht, 9. Ed. Stand: 1.11.2021, 1.26 Rn. 12.

¹² Vgl. *Schmidt*, Datenschutz als Vermögensrecht,

2020, S. 2; *Galetzka*, in: DSRITB 2014, S. 485, 488; *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 450; *Schmidt*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 1 DS-GVO Rn. 42; *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 26; *Berberich/Kanschik*, NZI 2017, 1, 1; *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 95; *Klausch/Mentzel*, BB 2020, 1610, 1610; so bereits *Hoeren/Lütkenmeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 110 f.

¹³ Statt vieler sei für die neueren Entwicklungen auf *Specht-Riemenschneider/Werry/Werry*, Datenrecht in der Digitalisierung, 2020, verwiesen.

¹⁴ Vgl. *Pötters*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 1 DS-GVO Rn. 1; *Albrecht/lotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 1 Rn. 5.

Nicht zuletzt wegen der drastischen Zunahme der Beschwerden nach Art. 77 Abs. 1 DS-GVO wäre es daher denkbar, die Datenschutzaufsichtsbehörden hierdurch zu entlasten.¹⁵ So ist beispielsweise allein beim Bayerischen Landesamt für Datenschutzaufsicht, das nur für nicht-öffentliche Stellen zuständig ist, die Anzahl der Beschwerden von 1.684 im Jahr 2017 auf 6.185 im Jahr 2020¹⁶ geschnellt. Durchsetzungsdefizite durch mangelhaft ausgestattete oder unwillige Datenschutzaufsichtsbehörden würden ebenso adressiert. Als „bestes Beispiel“ sei hier die irische Datenschutzaufsichtsbehörde DPC genannt, die aufgrund ihrer objektiv defizitären Tätigkeit wesentlich zur ungleichen Rechtsdurchsetzung beiträgt und faktisch einen Standortvorteil für rechtswidrig agierende Unternehmen begründet.¹⁷ Zum anderen könnte die Durchsetzung durch Mitbewerber und Verbände die „rationale Apathie“¹⁸ der Betroffenen ausgleichen, die sich prinzipiell klagescheu verhalten.¹⁹ Angesichts der drohenden Kostenlast eines Prozesses²⁰ und dessen Dauer²¹,

6

¹⁵ Vgl. die Pressemitteilung des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Mecklenburg-Vorpommern Müller v. 3.7.2020 zur Personalsituation; „strukturell überlastet“ so Hacker, in: Leyens/Eisenberger/Niemann, Smart Regulation, 2021, S. 25, 39; zum BDSG a. F. bereits Hoeren/Lütke-meier, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 108; „völlig unzureichend“, so Weichert, DSB 2017, 79, 79; FRA, Access to data protection remedies in EU Member States, 2013, S. 46: „Representatives of DPAs in several EU Member States covered by the research said that the national DPAs were underfunded and understaffed“; allgemein Ohly, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 509 ff.

¹⁶ BayLDA, 10. Tätigkeitsbericht 2020, S. 11.

¹⁷ Irish Council for Civil Liberties, Europe's enforcement paralysis – ICCL's 2021 report on the enforcement capacity of data protection authorities, 2021, S. 4 f.; Dix, Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik, Nr. 231/232, 87, 91 ff.; Weichert, DSB 2017, 79, 80; vgl. noyb, Erste Entscheidung zu den Streaming-Beschwerden von noyb – nach über eineinhalb Jahren, Pressemitteilung v. 16.9.2020; Spittka/Bunnenberg, K&R 2021, 560, 561; allgemein zu sachfremden Gründen der Nichtverfolgung von Verstößen durch Ordnungsbehörden Ohly, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 509 f.

¹⁸ V. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO

BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 1; v. Lewinski, PinG 2013, 12, 12 ff.; Schantz, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 493, Mantz/Marosi, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 3 Rn. 248; Riehm/Meier, MMR 2020, 571, 574; Hacker, in: Leyens/Eisenberger/Niemann, Smart Regulation, 2021, S. 25, 40; vgl. auch BGH WRP 2020, 1316 Rn. 91 – Facebook.

¹⁹ Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 1; Uebele, GRUR 2019, 694, 694; ausführlich Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 2016, S. 30 ff.

²⁰ FRA, Access to data protection remedies in EU Member States, 2013, S. 10, 39 ff.; Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 4; Schefzig/Rothkegel/Cornelius, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 192; Uebele, GRUR 2019, 694, 699; Dönch, BB 2016, 962, 962; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 536; Köhler, WRP 2019, 1279 Rn. 28; Hoeren/Lütke-meier, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 110.

²¹ FRA, Access to data protection remedies in EU Member States, 2013, S. 37 ff.

der Unbestimmtheit vieler datenschutzrechtlicher Normen²² und bestehender Beweisprobleme²³ erscheint ein Verzicht auf Rechtsverfolgung in Datenschutzangelegenheiten nicht verwunderlich. Davon abgesehen sind die durch Datenschutzverstöße erlittenen materiellen wie immateriellen Schäden für den einzelnen Betroffenen meist kaum bezifferbar oder zumindest überschaubar, sodass eine individuelle Kosten-Nutzen-Rechnung letztlich gegen ein gerichtliches Vorgehen gegen den Verantwortlichen spricht.²⁴

- 7 Insgesamt ist das Ziel eines Klagerechts von Mitbewerbern und Verbänden, einen „gesunden Druck“²⁵ auf die Verantwortlichen auszuüben, damit sie datenschutzrechtliche Vorgaben einhalten, um den gerade genannten Defiziten der Durchsetzung durch Behörden und Betroffene zumindest teilweise entgegenzuwirken.²⁶
- 8 Wie dies in der Praxis funktionieren kann, zeigt sich am Beispiel des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (vzbv). Der vzbv erwies sich in jüngster Zeit als Motor der Durchsetzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen.²⁷ Dieser hat bis zum Jahre 2019 insgesamt acht Verfahrensblöcke gegen das Unternehmen Facebook eingeleitet.²⁸ Spezifisch datenschutzrechtlich ist das gerichtliche Verfahren anlässlich der Übermittlung personenbezogener Daten an App-Anbieter im Rahmen von Facebooks App-Zentrum.²⁹ Anhängig war ebenfalls ein Verfahren wegen rechtlich fragwürdiger datenschutzrechtlicher Voreinstellungen und allgemeiner Geschäftsbedingungen.³⁰ Auch Verfahren gegen die Anbieter von TikTok und Twitter wurden durch

²² Hoeren/LütkeMeier, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 108 zum BDSG a. F., was sich allerdings durch die DS-GVO nicht grundlegend geändert hat, vgl. Maier/Pawlowska/Lins/Sunyaev, ZD 2020, 445, 446; zur Interessenabwägung innerhalb von Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO Halder/Johanson, NJOZ 2019, 1425, 1430; Herfurth, ZD 2018, 514.

²³ FRA, Access to data protection remedies in EU Member States, 2013, S. 10, 44 ff.; Schrems, in: Nunner-Krautgasser/Garber/Klauser, Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSGVO 2018, 2019, S. 37, 37; Scheffzig/Rothkegel/Cornelius, in: Moos/Scheffzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 192; Hacker, in: Leyens/Eisenberger/Niemann, Smart Regulation, 2021, S. 25, 44.

²⁴ Uebele, GRUR 2019, 694, 699; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 536; Elbrecht/Schröder, K&R 2015, 361, 361; Hager, Streuschäden im Wettbewerbsrecht, 2011, S. 34 f.; Scheffzig/Rothkegel/Cornelius, in: Moos/Scheffzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 192.

²⁵ Hoeren/LütkeMeier, in: Sokol, Neue Instrumente im

Datenschutz, 1999, S. 107, 110; vgl. auch Riehm/Meier, MMR 2020, 571, 574 zur IT-Sicherheit.

²⁶ Schaffert, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 475.

²⁷ Jäschke, CR 2020, R77; Dünkel, DuD 2019, 483, 484 f. mit einer Übersicht über die Themengebiete der jüngsten Verfahren; vgl. auch vzbv, Zu einem fairen Wettbewerb gehört auch der Datenschutz, S. 7 ff.

²⁸ Dünkel, DuD 2019, 483, 484.

²⁹ LG Berlin CR 2015, 121 – Keine datenschutzrechtliche Einwilligung über „Spiel spielen“-Button auf Facebook; nachfolgend KG CR 2018, 304 – Unwirksame Einwilligung in Facebook-App-Zentrum zur Datenweitergabe an Spiele- und App-Anbieter; derzeit anhängig beim BGH unter dem Aktenzeichen I ZR 186/17 – App-Zentrum, welcher dem EuGH eine Vorlagefrage (anhängig unter C-319/20) unterbreitet hat; hierzu Dünkel, DuD 2019, 483, 484 f.

³⁰ LG Berlin CR 2018, 256 – Kontovoreinstellungen und AGB-Kontrolle bei Facebook; KG MMR 2020, 239 – Datenschutz- und AGB-widrige Kontovoreinstellungen von Facebook; Dünkel, DuD 2019, 483, 485.

den Verband eingeleitet.³¹ Insgesamt sollen derartige Verstöße nach dessen Aussagen in Zukunft stärker verfolgt werden.³² Finanzielle Sorgen muss sich der Dachverband wohl nicht machen: Dieser soll zukünftig um eine halbe Millionen Euro jährlich besser ausgestattet werden und käme demnach auf ein Budget von 23,8 Millionen Euro.³³ Auch abseits von staatlich geförderten Verbraucherzentralen bilden sich derzeit charakteristische Formen von „privacy litigation“ heraus.³⁴

Hierin zeigt sich ein weiterer Vorteil der Durchsetzung durch Mitbewerber und Verbände im Vergleich zu den Datenschutzaufsichtsbehörden: Sie verfügen dank ihrer fortlaufenden Beobachtung des Marktverhaltens branchenspezifische Kenntnisse, welche bei der Aufdeckung von Rechtsverstößen nützlich sein können.³⁵

D. Einwände gegen das private enforcement

Neben dem immer wieder kritisierten „over-enforcement“³⁶ wird besonders das Datenschutzrecht als Auslöser von missbilligten „Abmahnwellen“ gesehen.³⁷ Hierbei werden Abmahnungen nicht mit dem Ziel ausgesprochen, einen fairen Wettbewerb aufrecht zu erhalten und gerichtliche Auseinandersetzungen wegen Wettbewerbsverstößen zu vermeiden, sondern um zweckwidrig Einnahmen durch Gebühren und Vertragsstrafen zu erzielen oder Mitbewerber zu behindern.³⁸

Derartige Abmahnungen sind im Bereich des Datenschutzrechts vor allem dort denkbar, wo Verstöße an die Öffentlichkeit treten und damit schnell zu ermitteln sind. Den bisherigen Gerichtsentscheidungen zufolge betrifft das im Internet abrufbare Informationspflichten (Art. 13 DS-GVO)³⁹, nicht oder nicht wirksam eingeholte Einwilligungen in die Datenverarbeitung (Art. 6 Abs. 1 lit. a, 7 DS-GVO; § 13 Abs. 1 TMG⁴⁰)⁴¹, mangelhaft erfüllte Auskunftspflichten (Art. 15 DS-GVO)⁴² oder manche unzureichende technische und organisatorische Maßnahmen (Art. 24, 25, 32 DS-

9

10

11

³¹ *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 299 Rn. 14.

³² *vzbv*, Jahresbericht 2019, S. 64.

³³ *Meyer*, Bund beendet Finanzierung der Stiftung Warentest, welt.de v. 22.1.2022.

³⁴ Vgl. etwa *Herbrich/Niekrenz*, CRi 2021, 129 Rn. 56.

³⁵ *Ohly*, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 510.

³⁶ *Ohly*, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 510; einschränkend hinsichtlich Abmahnungen *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 2019, § 16 Rn. 4a: „Wird das Lauterkeitsrecht als zu schneidig empfunden, sind die materiellen Verbotstandards abzusenken.“

³⁷ BT-Drs. 19/12084, S. 1, 19 f.; vgl. auch *Lurtz*, ZD-Aktuell 2018, 06292; gänzlich verneinend *Halfmeier*, VuR 2020, 441, 442 „Dahinter steht das von der Industriebobby systematisch aufgebaute Narrativ vom ‚Missbrauch‘ rechtlicher Befugnisse.“; ebenso *Föhlisch*, CR 2020, 796, 801: „Die befürchtete Abmahnwelle gibt es seit 2018 nicht“.

³⁸ OLG Hamm MMR 2010, 826, 826 – Missbräuchliche Abmahnung; *Ehmann*, ZD 2014, 493, 494; *Lurtz*, ZD-

Aktuell 2018, 06292.

³⁹ LG Würzburg WRP 2018, 1400 – Website ohne eine der DSGVO genügenden Datenschutzerklärung und Verschlüsselung für Kontaktformular wettbewerbswidrig?; LG Bochum WRP 2018, 1535 – Kein Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzerklärung; *Ohly*, GRUR 2019, 686, 686 f.; vgl. auch BT-Drs. 19/12084, S. 19 f.; *Krempf*, DSGVO-Verstöße: Schuhversand Spartoo muss 250.000 Euro zahlen, heise online v. 5.8.2020.

⁴⁰ Telemediengesetz v. 26.2.2007, BGBl. I S. 179.

⁴¹ BGH WRP 2020, 1182 – App-Zentrum; OLG Hamburg WRP 2018, 1510 – Datenschutz bei Bestellbögen; *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 372.

⁴² LG Wiesbaden ZD 2019, 367 – Kein Anspruch eines Mitbewerbers auf Unterlassung der Erteilung einer unvollständigen Auskunft nach Art. 15 DS-GVO.

GVO)⁴³. Belastbare offizielle Zahlen zu missbräuchlichen Abmahnungen sind bisher jedoch nicht vorhanden, da eine umfassende staatliche Registrierung nicht erfolgt.⁴⁴ Die wenigen veröffentlichten Entscheidungen streiten eher dafür, dass unter der DSGVO missbräuchliche Abmahnungen wegen Datenschutzverstößen jedenfalls bisher nur vereinzelt vorkommen.⁴⁵

E. Gang der Untersuchung

- 12 Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, das grundsätzliche Verhältnis der derzeit maßgeblichen Datenschutzregelungen zu den deutschen Durchsetzungsmechanismen für Mitbewerber und Verbände näher zu beleuchten. Hierbei wird der bereits bestehende nationale Rechtsrahmen untersucht und geprüft, ob das ermittelte Ergebnis mit den unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere den von der DSGVO vorgegebenen Spielräumen, in Einklang gebracht werden kann. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird zwischen der Durchsetzung nach dem UWG und dem UKlaG differenziert, da Letzteres spezielle Regelungen zur Verfolgung von Datenschutzverstößen vorsieht. Neben diesen Fragen wird auch auf aktuelle Entwicklungen im Bereich der datenschutzrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch Mitbewerber und Verbände eingegangen, da die verschiedenen Gesetzgeber auf Unions- und Bundesebene aufgrund eines – zumindest scheinbaren – Regelungsbedarfs nicht untätig geblieben sind.

⁴³ Lurtz, ZD-Aktuell 2018, 06292; offenbar auch Gegenstand vor dem LG Würzburg WRP 2018, 1400 Rn. 2 – Website ohne eine der DSGVO genügenden Datenschutzerklärung und Verschlüsselung für Kontaktformular wettbewerbswidrig?

⁴⁴ BT-Drs. 19/3644, S. 4 f.

⁴⁵ Das wird aus Sicht der Praxis bestätigt, vgl. Diercks, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks.

19/1208) vom 21.10.2019, S. 6 ff.; Conrad, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 34 Rn. 671; Aßhoff, CR 2018, 720 Rn. 2; ebenso war es bereits unter der alten Rechtslage, s. Galetzka, in: DSRITB 2014, S. 485, 485 f.; vgl. auch Föhlich, in: Trusted Shops, Abmahnumfrage 2019.

Kapitel 1: Datenschutzrecht

Ob und inwieweit sich Datenschutzrecht und Lauterkeitsrecht überschneiden und damit eine Durchsetzung durch Mitbewerber und Verbände ermöglicht wird, war bereits zu Zeiten der DSRL⁴⁶ und des BDSG a. F. höchst umstritten. Das hat sich auch nicht infolge der Ablösung der DSRL durch die DS-GVO geändert. Um dieser Frage in den nächsten Kapiteln nachgehen zu können, müssen zunächst die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen näher untersucht werden. Dabei ist zu klären, welche Grenzen das Unionsrecht für die Mitgliedstaaten im Hinblick auf das materielle Datenschutzrecht und das Durchsetzungssystem zieht. In materieller Hinsicht wird zu untersuchen sein, welche datenschutzrechtlichen Normen des deutschen Rechts überhaupt noch Anwendung finden können, da eine Durchsetzung unanwendbarer Normen weder nach dem UWG noch dem UKlaG in Betracht kommt. Neben der Frage des materiellen Schutzniveaus ist der Spielraum zu betrachten, den das unionsrechtliche Datenschutzrecht für Durchsetzungsmöglichkeiten einräumt. Nachdem diese Fragestellungen bereits länger diskutiert werden, soll zunächst die Rechtslage unter der DSRL und dem BDSG a. F. dargestellt werden.

13

A. DSRL und BDSG a. F.

I. Regelungsstruktur

Die Frage nach der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzbarkeit datenschutzrechtlicher Vorgaben stellte sich bereits vor Inkrafttreten der DS-GVO.⁴⁷ Maßgebliche Rechtsquelle war bis zu diesem Zeitpunkt die DSRL, welche im Bereich der nicht-öffentlichen Stellen (§§ 1 ff., 27 ff. BDSG a. F.) vorwiegend durch das BDSG a. F. umgesetzt wurde.⁴⁸ Als Richtlinie war der Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten im Vergleich zur DS-GVO ungleich weiter. Es wurde deshalb mehr Augenmerk auf die Frage gelegt, ob das Lauterkeitsrecht in Form der Generalklausel des § 1 UWG [1909]⁴⁹ oder des Rechtsbruchtatbestands nach § 4 Nr. 11 UWG [2004]⁵⁰ Datenschutzverstöße als unlauter qualifizierte,⁵¹ als die Frage, ob das Durchsetzungssystem der DSRL Sperrwirkung zulasten mitgliedstaatlicher Regelungen über die Durchsetzung entfaltete.

14

⁴⁶ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 S. 31, ber. 2017 ABl. L 40 S. 78.

⁴⁷ Hoeren/Liitkeimer, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 111 m. w. N. zu den Anfängen des Datenschutzrechts in Deutschland.

⁴⁸ Vgl. allgemein *Simitis*, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, Einleitung Rn. 89 ff.

⁴⁹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7.6.1909, RGBl. S. 499.

⁵⁰ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 3.7.2004, BGBl. I S. 1414.

⁵¹ → Rn. 381 ff.

II. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume

1. Regelungen zum Durchsetzungssystem

- 15 Die Zulässigkeit der lauterkeitsrechtlichen Bekämpfung von Datenschutzverstößen durch Mitbewerber und Verbände unter der DSRL richtete sich danach, ob deren Durchsetzungssystem abschließend ausgestaltet war. Im Rahmen der vollharmonisierenden DSRL fanden sich Vorschriften über die Rechtsbehelfe der betroffenen Person (Art. 22 DSRL), die Haftung der Verantwortlichen (Art. 23 DSRL) und über die Sanktionen (Art. 24 DSRL). Zwar sah Art. 28 Abs. 4 UAbs. 1 S. 1 DSRL vor, dass Verbände Betroffene vertreten konnten, um Eingaben bei der Kontrollstelle (Art. 28 Abs. 1 DSRL) zu tätigen.⁵² Eine ausdrückliche Regelung zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, eine Mitbewerber- oder Verbandsklagemöglichkeit wegen Verstößen gegen die DSRL vorzusehen, fand sich jedoch nicht.⁵³

2. Spielräume bei vollharmonisierenden Richtlinien

- 16 Eine vollharmonisierende Richtlinie bedeutet für die Mitgliedstaaten aber nicht, dass sie keinerlei rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mehr innehaben.⁵⁴ Vielmehr gibt Art. 288 Abs. 3 AEUV zu erkennen, dass es maßgeblich um das von der Richtlinie zu erreichende Ziel geht, während Wahl und Mittel zur Erreichung dieses Ziels grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen bleiben.⁵⁵ Nicht erlaubt wären damit mitgliedstaatliche Maßnahmen, die an den Grundsätzen einer Richtlinie rütteln würden.⁵⁶

a. Die Stellung von Verbänden

- 17 Nachdem die Vorgaben der DSRL über die Rechtsdurchsetzung in den Art. 22 ff. DSRL sehr allgemein gehalten waren und auf eine große Anzahl von Lebenssachverhalten Anwendung fanden, urteilte der EuGH in der Rechtssache „Fashion-ID“, dass den Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum zustand.⁵⁷ Gegenstand der Entschei-

⁵² Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 56 Fn. 34 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Benecke/Wagner*, DVBl 2016, 600, 602; v. *Lewinski*, in: *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2018, § 23 Rn. 55; *Engelbracht*, KommunalPraxis Bayern 2019, 372, 373.

⁵³ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 47 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

⁵⁴ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 53 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Selmayr/Ehmann*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 77.

⁵⁵ *Glaser*, in: *Kahl/Ludwigs*, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021,

§ 39 Rn. 38 ff.; *Selmayr/Ehmann*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 77.

⁵⁶ *Selmayr/Ehmann*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 77; *Glaser*, in: *Kahl/Ludwigs*, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 39 Rn. 38; vgl. zur Übertragung dieser Einschränkung auf die Verbandsklage der DS-GVO, Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 51 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁵⁷ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 56 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; vgl. auch BT-Drs. 18/4631, S. 14; *Selmayr/Ehmann*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-

dung war die in Deutschland vorgesehene Verbandsklage nach dem UKlaG. Nachdem die Möglichkeit der Verbandsklage dem effektiven Schutz der Rechte und Freiheiten der Betroffenen – also dem Ziel der DSRL⁵⁸ – entsprach, standen die Art. 22 ff. DSRL nach Ansicht des EuGH einer solchen Durchsetzungsebene nicht entgegen.⁵⁹ Insbesondere konnte die Verbandsklage als geeignete Maßnahme im Sinne des Art. 24 DSRL verstanden werden, um die volle Anwendung der Bestimmungen der DSRL sicherzustellen.⁶⁰ Die angestrebte Harmonisierung des Datenschutzniveaus durch die DSRL bezog sich damit nur auf deren materiell-rechtliche Vorgaben.⁶¹ Nachdem auch die Unterlassungsklagen-RL⁶² nach ihrem Art. 7 nicht vollharmonisierend war, stand auch diese einem Vorgehen durch Verbände nicht entgegen.⁶³ Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Unionsrecht einer Datenschutzverbandsklage nicht entgegenstand. Zur Verbandsklagebefugnis unter Geltung der DS-GVO äußerte sich der EuGH in der Fashion-ID-Entscheidung hingegen nicht, obgleich sie erst nach Inkrafttreten der DS-GVO erging.⁶⁴

b. Die Stellung von Mitbewerbern

Ob Datenschutzverstöße unter der DSRL auch durch Mitbewerber verfolgt werden konnten, war auch nach der Fashion-ID-Entscheidung des EuGH noch nicht geklärt.

18

GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 77; *Ehmann*, ZD 2014, 493, 494; *Weichert*, DSB 2017, 79, 79; *Heinze*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 299; *Specht-Riemenschneider/Schneider*, GRUR Int. 2020, 159, 159; *Metzger*, GRUR Int. 2015, 687, 691; LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2018, 8230 Rn. 14 – Anforderungen an die Einwilligung zur Nutzung personenbezogener Daten; *Podszun/de Toma*, NJW 2016, 2987, 2991; *Podszun/de Toma*, in: Möstl/Wolff, Datenschutz in der betrieblichen Praxis, 2016, S. 71, 82; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 2 UKlaG Rn. 22; vgl. *Glaser*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 39 Rn. 25; *a. A. Gerhard*, CR 2015, 338, 344; *Benecke/Wagner*, DVBl 2016, 600, 602; *Piltz*, ZD 2017, 336, 336; *Zech*, WRP 2013, 1434 Rn. 19; *Schulz*, ZD 2014, 510, 514; *Krönig*, Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts“, S. 7.

⁵⁸ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 50 f., 59 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; das ändert sich selbstredend auch durch die DS-GVO nicht, vgl. die Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 74 ff. – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁵⁹ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 63 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; KG MMR 2020, 239 Rn. 29 – Datenschutz- und AGB-widrige Kontovoreinstellungen von Facebook; KG GRUR-RR 2018, 115 Rn. 26 – Unzulässiger Datenzugriff über Teilnahme an über App vertriebene Internetspiele - App-Zentrum; OLG Düsseldorf WRP 2017, 470 Rn. 12 – Facebook-„Gefällt mir“-Button; *Meyer*, MMR 2017, 256, 257; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 79.

⁶⁰ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 59 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

⁶¹ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Weichert*, DSB 2017, 79, 79; *Meyer*, MMR 2017, 256, 257; *Weichert*, DANA 2017, 4, 8; *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 2 f.; *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 4.

⁶² Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, Abl. L 110 S. 30.

⁶³ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 61 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 36 ff.

⁶⁴ *Schmidt*, jurisPR-ITR 22/2019 Anm. 5; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 2 UKlaG Rn. 22.1.

Hierzu äußerte sich das Gericht nicht ausdrücklich, obwohl eine vergleichbare Problematik vorlag. Da sich nach zutreffendem Verständnis die Harmonisierungswirkung nicht auf die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten bezog, erschien die mitgliedstaatliche Ermöglichung von Mitbewerberklagen nicht durch die DSRL ausgeschlossen.⁶⁵ Zu einer Klärung dieser Frage durch den EuGH kam es nicht mehr.

B. ePrivacy-RL

- 19** Die DS-GVO ist zwar die zentrale Regelung des Datenschutzrechts, sie wird jedoch auf Unionsebene durch bereichsspezifische Vorschriften ergänzt. Diese müssen separat daraufhin untersucht werden, ob sie eine Durchsetzung ihrer Bestimmungen durch Mitbewerber und Verbände zulassen. Als wichtige bereichsspezifische datenschutzrechtliche Rechtsquelle auf Unionsebene erweist sich besonders die sog. ePrivacy-RL⁶⁶ von besonderer wettbewerbs- und datenschutzrechtlicher Relevanz. Sie gilt gem. ihrem Art. 3 für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der EU. Sie betrifft demnach einfachrechtlich vor allem Telekommunikationsdiensteanbieter nach dem TKG⁶⁷.⁶⁸ Einige Bestimmungen dieser Richtlinie wurden zudem in § 7 UWG umgesetzt, was ihre lauterkeitsrechtliche Bedeutung zusätzlich hervorhebt.
- 20** Die DS-GVO als *lex generalis* lässt die ePrivacy-RL und damit mittelbar die Umsetzung ihrer Bestimmungen im mitgliedstaatlichen Recht in den Grenzen des Art. 95 DS-GVO unberührt.⁶⁹ Die Zulässigkeit der Durchsetzung ihrer Vorgaben durch Mitbewerber und Verbände muss deshalb einer gesonderten Prüfung unterzogen werden.⁷⁰ Dabei ist jedoch zunächst zu untersuchen, welche nationalen Regelungen unter das Regelungsregime der ePrivacy-RL zu fassen sind und gleichzeitig den Vorgaben des Art. 95 DS-GVO entsprechen. Liegen beide Voraussetzungen vor, treten die nationalen Bestimmungen von vornherein nicht in einen Normkonflikt mit der DS-GVO.

⁶⁵ Weichert, DSB 2017, 79, 79; Schaffert, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 474 f.; v. Walter, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 783.

⁶⁶ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, Abl. L 201 S. 37.

⁶⁷ Telekommunikationsgesetz v. 22.6.2004, BGBl. I S. 1190.

⁶⁸ Nink, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 TMG Rn. 2.

⁶⁹ Kühling/Raab, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 1; Heun/As-sion, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG,

7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 1 f.; Nägele/Dilbaz, K&R 2020, 391, 391; Altmann, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 62 Rn. 55 im Hinblick auf § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F.); Eggers, in: DSRITB 2020, S. 161, 165.

⁷⁰ Ohly, GRUR 2019, 686, 692; Schlussanträge des Generalanwalts Bobek v. 19.12.2018 zur Rechtssache C-40/17 Rn. 47 ff. – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; OLG München ZD 2019, 408 Rn. 24 – Datenschutz in elektronischer Kommunikation –Opt-in/Opt-out; Ohly, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 9.

I. Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG)

1. Inhalt

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4, Abs. 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, Abs. 3 UWG n. F.⁷¹) über unzumutbare Belästigungen⁷² setzt Art. 13 der ePrivacy-RL in deutsches Recht um.⁷³ Der Regelungsgegenstand von Art. 13 ePrivacy-RL und § 7 UWG unterscheidet sich jedoch von dem der DS-GVO: Während die Ersteren keine Unterscheidung zwischen personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten treffen, ist das Schutzgut der DS-GVO auf personenbezogene Daten beschränkt.⁷⁴ Der Anknüpfungspunkt der ePrivacy-RL ist damit vielmehr das Telekommunikationsgeheimnis, welches Telekommunikationsdaten als solche und ohne Rücksicht auf den Personenbezug schützt.⁷⁵ Als Umsetzungsvorschrift des Art. 13 der ePrivacy-RL kann sich § 7 UWG auf die Öffnungsklausel des Art. 95 DS-GVO stützen, sodass sich die Frage des Anwendungsvorrangs im Verhältnis zur DS-GVO nicht stellt.⁷⁶ Soweit Werbung i. S. d. § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) unter Rückgriff auf personenbezogene Daten betrieben wird, sind die Bestimmungen der DS-GVO und § 7 UWG nebeneinander anzuwenden.⁷⁷

21

2. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume

a. Aktivlegitimation von Verbänden und Mitbewerbern

Umstritten ist, ob die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG bei Verstößen gegen das Verbot der unzumutbaren Belästigung gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) unionsrechtskonform einschränkend auszulegen ist, sodass nur betroffene natürliche und juristische Personen gerichtlich gegen den Verletzer vorgehen können, nicht jedoch Mitbewerber und Verbände.

22

⁷¹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 3.7.2004, BGBl. I S. 1414 i. d. F. des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, BGBl. I 2021 S. 3504.

⁷² → Rn. 627 ff.

⁷³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 8; Heun/Assion, in: Eßler/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 18.

⁷⁴ EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 68 ff. – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49; Drewes, CR 2020, 602 Rn. 26 ff.; Heun/Assion, in: Eßler/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 4, 18; DSK, OH Telemedien 2021, S. 8 f.

⁷⁵ Drewes, CR 2020, 602 Rn. 27; Heun/Assion, in: Eßler/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 8.

⁷⁶ OLG München GRUR 2019, 654 Rn. 58 – Stromanbieterwerbeanruf I; OLG München GRUR-RS 2019, 6825 Rn. 24 – Stromanbieterwerbeanruf II; VG Saar-

louis WRP 2020, 128 Rn. 69 ff. – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; Heun/Assion, in: Eßler/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 18; Altmann, in: Gloy/Loschelder/Danckewerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 62 Rn. 55; Mankowski, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 117; Eckhardt, in: Rüpkke/v. Lewinski/Eckhardt, Datenschutzrecht, 2018, § 26 Rn. 9 ff.; Halder, jurisPR-ITR 6/2020 Anm. 4; Spitzka, GRUR-Prax 2019, 272, 272; Nägele/Dilbaz, K&R 2020, 391, 391; implizit auch DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung, Stand: November 2018, S. 6.

⁷⁷ Heun/Assion, in: Eßler/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 18; Nägele/Dilbaz, K&R 2020, 391, 391; Gierschmann, MMR 2018, 7, 9.

- 23 Angenommen wird diese Normreduktion mit der Begründung, dass das Rechtsschutzsystem der zugrunde liegenden ePrivacy-RL abschließend sei und ein Rechtsschutz durch Mitbewerber und Verbände aufgrund von Verstößen gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) damit ausscheide.⁷⁸ Die Art. 13 Abs. 6 S. 1, Art. 15a Abs. 1 und 2 ePrivacy-RL über die Rechtsbehelfe bei Verstößen gegen die Richtlinie sähen nur vor, dass betroffene natürliche und juristische Personen gerichtlich Rechtsschutz in Anspruch nehmen können. Daneben dürften bzw. müssten nach diesen Bestimmungen nur eine behördliche Durchsetzung sowie Sanktionen mitgliedstaatlich vorgesehen sein.⁷⁹ Im Umkehrschluss wäre eine Durchsetzung durch Verbände und Mitbewerber ausgeschlossen, da diese nicht in der Richtlinie genannt werden.
- 24 Es wird damit im Wesentlichen eben jene Begründung herangezogen, die auch unter der DSRL zur Verneinung von Mitbewerber- und Verbandsklagen bemüht wurde und auch auf die DS-GVO übertragen wird.

b. Keine Sperrwirkung

- 25 Die überwiegende Rechtsprechung⁸⁰ und Literatur⁸¹ widersprach jedoch dieser Argumentation zurecht. Die in der ePrivacy-RL vorgesehenen Durchsetzungsmechanismen waren bis zur Geltung der DS-GVO insoweit nicht abschließend, weshalb eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 8 Abs. 3 UWG nicht erforderlich war.⁸² Es konnten hierbei die Erwägungen des EuGH in der Rechtssache „Fashion ID“ über die Zulässigkeit von Verbandsklagen⁸³ im Bereich der DSRL auf die ePrivacy-RL übertragen werden.⁸⁴ Insbesondere die sehr allgemein gehaltenen Vorschriften über die Rechtsbehelfe der ePrivacy-RL strebten keine umfassende Harmonisierung an.⁸⁵ Die

⁷⁸ Köhler, WRP 2013, 1464 Rn. 4; Köhler, WRP 2013, 567 Rn. 4; Köhler, GRUR 2012, 1073, 1080 f.; Köhler, WRP 2012, 1329, 1332; Zech, WRP 2013, 1434 Rn. 18; Schulz, ZD 2014, 510, 514.

⁷⁹ Köhler, WRP 2013, 1464 Rn. 4; Köhler, WRP 2013, 567 Rn. 17; Köhler, GRUR 2012, 1073, 1080 f.; Köhler, WRP 2012, 1329, 1332; Zech, WRP 2013, 1434 Rn. 18.

⁸⁰ BGH WRP 2013, 1461 Rn. 10 ff. – Telefonwerbung für DSL-Produkte; BGH GRUR-RR 2014, 117 Rn. 4 – Werbeanruf; BGH WRP 2016, 958 Rn. 22 – Freunde finden; OLG München GRUR 2019, 654 Rn. 57 – Stromanbieterwerbeanruf I; OLG Köln WRP 2013, 659 Rn. 10 – Hausnotruf; LG Mannheim, Urt. v. 8.8.2013 – 23 O 46/13, juris-Rn. 33.

⁸¹ Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 3.5b; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 283 sowie § 7 UWG Rn. 11; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG,

7. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 9; Schaffert, in: FS Köhler, 2014, S. 585, 591; Schaffert, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 473; Emmerich, in: Emmerich/Lange, Unlauterer Wettbewerb, 11. Aufl. 2019, § 13 Rn. 29a; Podszus/de Toma, in: Möstl/Wolff, Datenschutz in der betrieblichen Praxis, 2016, S. 71, 82 f.

⁸² Schaffert, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 473.

⁸³ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 43 ff. – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

⁸⁴ Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 3.5b.

⁸⁵ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 57 ff. – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 11.

Möglichkeit der Verfolgung von Verstößen gegen Umsetzungsbestimmungen der e-Privacy-RL durch Mitbewerber und Verbände war daher unionsrechtlich zwar nicht geboten, umgekehrt aber auch nicht schädlich.

c. Neue Rechtslage unter der DS-GVO

Die DS-GVO zwingt jedoch zu einer rechtlichen Neubewertung dieser Frage. Vor ihrem Inkrafttreten verwies Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL über die Rechtsbehelfe auf die DSRL: „Die Bestimmungen des Kapitels III der [DSRL] über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen gelten im Hinblick auf innerstaatliche Vorschriften, die nach der vorliegenden Richtlinie erlassen werden, und im Hinblick auf die aus dieser Richtlinie resultierenden individuellen Rechte.“

Seit Geltung der DS-GVO sieht Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO jedoch vor, dass Verweise im Unionsrecht auf die DSRL als Verweise auf die DS-GVO zu verstehen sind. Von daher ist anzunehmen, dass für Rechtsbehelfe nunmehr anstelle der Art. 22 ff. DSRL die wesentlich detaillierteren Art. 77 ff. DS-GVO Anwendung finden.⁸⁶ Eine mitgliedstaatliche Umsetzung ist dabei nicht erforderlich, nachdem die DS-GVO als Verordnung – ohne One-Stop-Shop-Mechanismus⁸⁷ – unmittelbar Anwendung findet. Ob Mitbewerber- und Verbandsklagen aufgrund von Verstößen gegen Bestimmungen der ePrivacy-RL bzw. deren Umsetzungsbestimmungen nunmehr noch möglich sind, bemisst sich daher nach den Vorgaben der DS-GVO.⁸⁸ Die oben skizzierte Ansicht von Rechtsprechung und Literatur ist damit hinfällig geworden und ist analog zu der später noch zu klärenden Frage der Sperrwirkung der DS-GVO zu beantworten.

II. Telemediengesetz (i. d. F. bis zum 30.11.2021)

Das TMG, das für Diensteanbieter von Telemedien (§ 1 Abs. 1 S. 1, § 2 S. 1 Nr. 1 TMG) gilt, enthält bereichsspezifisches Datenschutzrecht im Anbieter-Nutzer-Verhältnis (§ 11 TMG) und soll aufgrund der bisherigen Praxisrelevanz auch für diese Arbeit nähere Beachtung finden. Sachlich beschränkt sich dieses Gesetz auf die Regulierung von Telemedien. Hierunter sind nach § 1 Abs. 1 S. 1 TMG grundsätzlich alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste zu verstehen. Ausgenommen sind Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste⁸⁹ nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 2 MStV⁹⁰.

⁸⁶ *Grentzenberg/Spittka*, GRUR-Prax 2020, 539, 541 f.; *Spittka*, GRUR-Prax 2020, 626, 626; *EDSA*, Stellungnahme 5/2019 zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden, 12.3.2019, Rn. 62, vgl. Conseil d'État ECLI:FR:CECHR:2022-449209.20220128 Rn. 22 zu Art. 83 DS-GVO; anders noch *Spittka*, DB 2019, 2850, 2852.

⁸⁷ Conseil d'État ECLI:FR:CECHR:2022:449209.-20220128 Rn.12.

⁸⁸ *Grentzenberg/Spittka*, GRUR-Prax 2020, 539, 541 f.

⁸⁹ Hierzu *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz*, TMG, 2. Aufl. 2018, § 1 TMG Rn. 75, 78, 86.

⁹⁰ Medienstaatsvertrag (MStV) v. 23.4.2020, Bay. GVBl. S. 450, 451, BayRS 02-33-S.

29 § 1 TMG liegt nicht die ePrivacy-RL, sondern die E-Commerce-RL⁹¹ mit den dort geregelten „Dienstleistungen der Informationsgesellschaft“ zugrunde.⁹² Beispiele von Diensten, die als Telemedien anzusehen sind, sind etwa E-Commerce-Plattformen, soziale Netzwerke oder Suchmaschinen.⁹³ Auch die sonstigen Vorschriften des Telemediendatenschutzes fanden ihre Grundlage nur bedingt in der ePrivacy-RL, da diese Regelungen zum Telemediendatenschutz eine genuine Rechtsschöpfung des deutschen Gesetzgebers darstellen.⁹⁴ Es war daher für jede datenschutzrechtliche Vorgabe des Telemediendatenschutzes zu überprüfen, ob für den deutschen Gesetzgeber aufgrund der ePrivacy-RL ein Regelungsspielraum besteht oder die DS-GVO nunmehr Anwendung fand.

1. Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

30 Umstritten war insbesondere, ob im Telemediendatenschutz nach den §§ 12 ff. TMG zumindest teilweise eine Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL zu sehen war und ob dessen Regelungen aufgrund von Art. 95 DS-GVO überhaupt noch angewendet werden durften.⁹⁵ Wäre das zu verneinen gewesen, hätten die §§ 12 ff. TMG den Bestimmungen der DS-GVO weichen müssen, soweit deren Anwendungsbereich reichte.

a. Regelungsgegenstand des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

31 Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL wurde durch die sog. „Cookie-RL“⁹⁶ in die ePrivacy-RL eingefügt und enthält Vorgaben für die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind.⁹⁷ Hierdurch wird im Bereich der Telemedien im Regelfall das Setzen und Auslesen sog. „Cookies“⁹⁸ reguliert, die eine Identifizierung und Nachverfolgung des

⁹¹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), Abl. L 178 S. 1.

⁹² Martini, in: BeckOK InfoMedienR, 34. Ed. Stand: 1.2.2021, § 1 TMG Rn. 3.

⁹³ Müller-Broich, TMG, 2012, § 1 TMG Rn. 6.

⁹⁴ Jandt, ZD 2018, 405, 406; Heun/Assion, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 16.

⁹⁵ Schmitz, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu §§ 11 ff. TMG Rn. 68, § 13 TMG Rn. 22; DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 2.

⁹⁶ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, Abl. L 337 S. 11; vgl. hierzu Ernst, WRP 2020, 962 Rn. 31.

⁹⁷ Schmitz, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu §§ 11 ff. Rn. 68.

⁹⁸ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 49 – Cookie-Einwilligung II; Hanloser, ZD 2018, 213, 213 f.; Schmidt/Bablon, K&R 2016, 86, 87.

Nutzers ermöglichen sollen. Es muss sich jedoch technisch nicht zwingend um Cookies handeln,⁹⁹ aus Gründen der Einfachheit soll jedoch im Folgenden schlicht von Cookies die Rede sein. Die Norm sieht vor, dass der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der DSRL¹⁰⁰ u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat, Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePrivacy-RL. Es ist daher eine Informations- und Einwilligungspflicht vorgesehen.¹⁰¹

Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Einwilligungspflicht ist vorgesehen, wenn der alleinige Zweck der Speicherung oder Auslesung der Information die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft diesen Dienst zur Verfügung stellen kann, Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL.¹⁰² Notwendig sind etwa Cookies zur Authentifizierung des Nutzers oder zur Gewährleistung von IT-Sicherheit.¹⁰³ Technisch nicht notwendige Cookies sind demgegenüber beispielsweise solche, die zur Schaltung von Werbung oder zum Tracking genutzt werden.¹⁰⁴

32

b. Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL im TMG?

Fraglich war die Umsetzung der Informations- und Einwilligungspflicht des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL innerhalb des TMG deshalb, weil die Cookie-RL zu keiner Änderung des TMG geführt hatte und sich die umzusetzenden Vorgaben auch im Wortlaut des TMG nicht ausdrücklich wiederfanden.¹⁰⁵ Eine formelle Umsetzung wurde nie

33

⁹⁹ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 49 – Cookie-Einwilligung II; *Schmitz*, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu §§ 11 ff. Rn. 68; *Moos*, K&R 2012, 635, 636; ausführlich zu Cookies *Ernst*, WRP 2020, 962 Rn. 2 ff.

¹⁰⁰ Verweise auf die DSRL gelten als Verweise auf die DS-GVO, Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO; vgl. auch BGH WRP 2020, 1009 Rn. 29 – Cookie-Einwilligung II; *DSK*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 5.

¹⁰¹ *Schneider*, Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, Telemedicus v. 11.2.2014.

¹⁰² Hierzu *Ernst*, WRP 2020, 962 Rn. 42; *Hanloser*, ZD 2021, 399, 401 f.; *Piltz*, CR 2021, 555 Rn. 42 ff.; *Moos*, in: DSRTB 2012, S. 717, 724 ff.; *Benedikt*, ZdiW 2021, 259, 261; *Piltz/Zwerschke*, PinG 2021, 218, 219 f.; *DSK*, OH Telemedien 2021, S. 18 ff.; *Lewinski*, in: BayLfD, Orientierungshilfe Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien, Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), Stand: 1.12.2021, Rn. 35 ff.

¹⁰³ *Ernst*, WRP 2020, 962 Rn. 41; *Babylon/Schönbrunn*, DSB 2020, 204; *Art. 29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der

Einwilligungspflicht, WP 194, S. 7 f.; vgl. auch zu anderen berechtigten Interessen *DSK*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 12; *GDD e. V.*, GDD-Praxishilfe – Das neue Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) im Überblick, S. 8; *Lewinski*, in: BayLfD, Orientierungshilfe Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien, Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), Stand: 1.12.2021, Rn. 43.

¹⁰⁴ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 49 – Cookie-Einwilligung II; LG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2021, 33667 – Unlautere Speicherung von Cookies ohne Einwilligung des Nutzers; *Ernst*, WRP 2020, 962 Rn. 49; *Schulz*, RDV 2020, 302, 303 f.; *Golland*, NJW 2021, 2238 Rn. 11; zur Reichweitenmessung von Newslettern *Schwenke*, DSB 2021, 7, 7 f.; *Rieken*, GRUR-Prax 2022, 25.

¹⁰⁵ *Schmitz*, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu §§ 11 ff. Rn. 69, § 13 TMG Rn. 17; *Specht*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 9 Rn. 66;

vorgenommen.¹⁰⁶ Sie ist zwar keine Voraussetzung einer ausreichenden Transformation einer EU-Richtlinie in mitgliedstaatliches Recht, deren Fehlen erschwert aber die Ermittlung, in welchen Normen eine Umsetzung erblickt werden kann.¹⁰⁷

- 34 Nach der Rechtsauffassung der Bundesregierung fand sich die Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL bereits hinreichend in § 13 Abs. 1 S. 2 TMG (Informationspflicht) sowie in §§ 12 Abs. 1, 15 TMG (Einwilligungsvorbehalt) wieder, sodass eine Anpassung des TMG nicht erforderlich war.¹⁰⁸ Nach anderer Ansicht war eine Umsetzung des Einwilligungserfordernisses hingegen in § 15 Abs. 3 TMG und nicht in §§ 12 Abs. 1, 15 TMG zu sehen. Zum Teil wurde die Anwendbarkeit der §§ 11 ff. TMG neben der DS-GVO sogar vollständig verneint, weil kein Regelungsspielraum mehr bestanden hätte.¹⁰⁹
- 35 Im Folgenden sollen deshalb die Informationspflicht und das Einwilligungserfordernis aus Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL unter der Prämisse, dass Art. 95 DS-GVO eingreift, separat auf ihre Umsetzung innerhalb des TMG in der zuletzt geltenden Fassung untersucht werden.

aa. Informationspflichten (§ 13 TMG)

- 36 Die in Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL vorgesehene Informationspflicht hätte in § 13 Abs. 1 S. 2 TMG verortet werden können. Hiernach war bei einem automatisierten Verfahren, das eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglicht und eine Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten vorbereitet, der Nutzer zu Beginn dieses Verfahrens nach § 13 Abs. 1 S. 1 TMG zu unterrichten.¹¹⁰ Die Bundesregierung¹¹¹ und ein Teil der Literatur¹¹² sahen hierin eine taugliche Umsetzung, da sich die Norm

Heun/Assion, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 15; Ernst, WRP 2020, 962 Rn. 34; DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 2.

¹⁰⁶ Geplant war jedoch die Schaffung eines entsprechenden § 15 Abs. 8 TMG, vgl. BR-Drs. 156/11; hierzu Moos, K&R 2012, 635, 636 f.

¹⁰⁷ Jandt, ZD 2018, 405, 407.

¹⁰⁸ Questionnaire on the implementation of the Article 5(3) of the ePrivacy Directive, COCOM11-20, S. 3 ff.; vgl. auch BGH WRP 2020, 1009 Rn. 54 – Cookie-Einwilligung II; Specht, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 9 Rn. 66; Moos, K&R 2012, 635, 635 f.; Rauer/Ettig, ZD 2016, 423, 424; Drewes, CR 2020, 602 Rn. 13 ff.

¹⁰⁹ Für eine generelle Unanwendbarkeit Keppeler, MMR 2015, 779, 780 f.; Schmidt/Bablon, K&R 2016, 86, 89; Halder/Johanson, NJOZ 2019, 1425, 1425; Tinnefeld/Buchner, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Syst. I. Datenschutz in Medien und Telekommunikation Rn. 57; Nink, in: Spindler/Schuster,

Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 TMG Rn. 1; Huller/Roggenkamp, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Einleitung zum TMG Rn. 5; Schulz, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 32; Piltz, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 95 DS-GVO Rn. 18 f.; ebenso die Begründung zum NetzDG, BT-Drs. 18/12356, S. 28; DSK, Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018 vom 26.4.2018, S. 2; DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 6.

¹¹⁰ Schmitz, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 13 TMG Rn. 14.

¹¹¹ Questionnaire on the implementation of the Article 5(3) of the ePrivacy Directive, COCOM11-20, S. 3.

¹¹² Heun/Assion, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 17.

auch auf die Speicherung und das Auslesen der Cookies bezog. Die Informationspflicht nach § 13 Abs. 1 S. 2 TMG bezog sich überwiegend, aber aufgrund des offenen Wortlauts nicht zwingend nur auf Cookies.¹¹³

Ob hierin eine vollständige Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL lag, war jedoch zu bezweifeln. Die Systematik des TMG verlangte, dass durch das automatisierte Verfahren i. S. d. § 13 Abs. 1 S. 1 TMG ein Personenbezug hergestellt wurde.¹¹⁴ Das Problem dieser Technologien wurde daher vom Gesetzgeber offenbar ausschließlich im Datenschutzrecht verortet.¹¹⁵ Nach der Rechtsprechung des EuGH¹¹⁶ und des BGH¹¹⁷ sind sowohl dynamische als auch statische IP-Adressen personenbezogen, sodass in den meisten Fällen jedenfalls mittelbar durch die Verknüpfung des automatisierten Verfahrens und der IP-Adresse ein Personenbezug zu bejahen sein wird.¹¹⁸ Auch sonstige Kennungen, soweit sie sich auf natürliche Personen beziehen, sind letztlich personenbezogen.¹¹⁹ Diese Wertungen zur DSRL bzw. DS-GVO konnten auch auf die Frage des Personenbezugs im Rahmen des TMG übertragen werden.¹²⁰

Da aber – wie bereits erläutert – die ePrivacy-RL nicht zwischen personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten unterscheidet,¹²¹ handelte es sich allenfalls um eine defizitäre Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL.¹²² Keine Regelung im mitgliedstaatlichen Recht erfuhren automatisierte Verfahren, die ohne Personenbezug auskommen.¹²³

37

38

¹¹³ *Hullen/Roggenkamp*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 13 TMG Rn. 13.

¹¹⁴ A.A. ohne Begründung *Hullen/Roggenkamp*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 13 TMG Rn. 13.

¹¹⁵ *Harloser*, BB 2020, 1683, 1684.

¹¹⁶ EuGH WRP 2016, 1478 Rn. 49 – Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland.

¹¹⁷ BGH WRP 2017, 1100 Rn. 25 f. – Dynamische IP-Adressen als personenbezogenes Datum.

¹¹⁸ *Schmitz*, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 13 TMG Rn. 13; *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 66; *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 35; vgl. auch zur Verknüpfung von Cookies mit Informationen, die eine direkte Identifizierbarkeit ermöglichen EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 45 – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49 sowie BGH WRP 2020, 1009 Rn. 46 – Cookie-Einwilligung II.

¹¹⁹ *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 66; *Düsseldorfer Kreis*, Orientierungshilfe zu den Datenschutzanforderungen an App-Entwickler und App-Anbieter vom 16.6.2014, S. 5 mit den Beispielen IMEI, UDID, IMSI, MAC-Adressen und MSISDN.

¹²⁰ *Schmitz*, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 13 TMG Rn. 13.

¹²¹ EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 68 ff. – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49.

¹²² *Harloser*, ZD 2018, 213, 214; *Specht*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 9 Rn. 66; *DSK*, Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018 vom 26.4.2018, S. 2.

¹²³ *Harloser*, ZD 2018, 213, 214; *Schneider*, Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, Telemedicus v. 11.2.2014.

- 39 Rechtsprechung¹²⁴ und Literatur¹²⁵ gelangten seit Inkrafttreten der DS-GVO zutreffend zu dem Ergebnis, dass § 13 Abs. 1 TMG nicht mehr anwendbar war. Die Norm diene nicht der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, sondern Art. 10 DSRL, welcher außer Kraft getreten war.¹²⁶
- 40 Der Anwendungsbereich von § 13 Abs. 1 TMG deckte sich daher mit dem der Informationspflichten aus der DS-GVO, ohne dass dem Gesetzgeber ein Regelungsspielraum verblieb.¹²⁷ Infolgedessen richteten sich die Informationspflichten im Falle der Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 12 bis 14 DS-GVO.¹²⁸ Eine Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL konnte hierin deshalb nicht erblickt werden.
- bb. Einwilligungserfordernis (§§ 12, 15 Abs. 1 TMG)**
- 41 Probleme ergaben sich auch bei der zweiten Voraussetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, der notwendigen Einwilligung des Nutzers bzw. Teilnehmers für technisch nicht notwendige Cookies. Nach § 12 Abs. 1 TMG durfte der Diensteanbieter personenbezogene Daten zur Bereitstellung von Telemedien nur erheben und verwenden, soweit das TMG oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubte oder der Nutzer eingewilligt hatte. Es handelte sich also um die Statuierung eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt.¹²⁹
- 42 § 15 Abs. 1 TMG regelte als Erlaubnistatbestand die Zulässigkeit der Erhebung und Verwendung von Nutzungsdaten.¹³⁰ Nutzungsdaten waren gem. der Legaldefinition des § 15 Abs. 1 S. 1 TMG solche personenbezogenen Daten, die erforderlich waren,

¹²⁴ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 30 – App-Zentrum; OLG Hamburg WRP 2020, 505 Rn. 4 – Kein Anwendungsbereich mehr für § 13 Abs. 1 TMG nach Inkrafttreten der DSGVO; OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 23 ff. – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; LG Stuttgart WRP 2019, 1089 Rn. 12 – Keine Durchsetzung über UWG; DSGVO enthält ein abschließend differenziertes Sanktionssystem.

¹²⁵ *Keppeler*, MMR 2015, 779, 781; *Jandt*, ZD 2018, 405, 406 f.; *Sander*, BKR 2019, 66, 74; *Piltz*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 95 DS-GVO Rn. 19; *Conrad/Hausen*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 36 Rn. 20 f.; *Schmitz*, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu §§ 11 ff. Rn. 9 f., § 13 TMG Rn. 24; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 286.

¹²⁶ Vgl. OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 39 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; OLG Hamburg WRP 2020, 505 Rn. 8 – Kein Anwendungsbereich mehr für § 13 Abs. 1 TMG nach Inkrafttreten der DSGVO; OLG Stuttgart WRP 2020, 509

Rn. 26 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel, Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, 2013, § 13 TMG Rn. 13.

¹²⁷ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 30 – App-Zentrum; OLG Hamburg WRP 2020, 505 Rn. 10 f – Kein Anwendungsbereich mehr für § 13 Abs. 1 TMG nach Inkrafttreten der DSGVO.

¹²⁸ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 30 – App-Zentrum; OLG Hamburg WRP 2020, 505 Rn. 6 – Kein Anwendungsbereich mehr für § 13 Abs. 1 TMG nach Inkrafttreten der DSGVO; OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 55 ff. – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Keppeler*, MMR 2015, 779, 781; *Hullen/Roggenkamp*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 13 TMG Rn. 3.

¹²⁹ *Hullen/Roggenkamp*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 12 TMG Rn. 1.

¹³⁰ *Schmitz*, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 15 TMG Rn. 1.

um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen. Beispielfhaft nannte § 15 Abs. 1 S. 2 TMG Merkmale zur Identifikation des Nutzers (Nr. 1), Angaben über Beginn und Ende sowie des Umfangs der jeweiligen Nutzung (Nr. 2) und Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Telemedien (Nr. 3).

Hieraus zog die Bundesregierung den Schluss, dass die Speicherung und der Abruf von Cookies stets einer Einwilligung bedurften, soweit diese technisch nicht notwendig waren.¹³¹ Dieses Ergebnis war nach anderer Auffassung jedenfalls durch unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 12, 15 Abs. 1 TMG zu erzielen.¹³²

Diese Auffassung konnte jedoch nicht überzeugen, da sie zu nicht hinnehmbaren Inkonsistenzen führte. So unterschied das TMG – anders als die ePrivacy-RL – nicht zwischen personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten. Der Telemediendatenschutz hatte damit zunächst einen zu engen Anwendungsbereich.¹³³ Der sachliche Anwendungsbereich der ePrivacy-RL war weiter und geht über den Datenschutz hinaus.¹³⁴

Des Weiteren führte ein Einwilligungsvorbehalt nach §§ 12, 15 Abs. 1 TMG zu Verwerfungen mit dem ebenfalls einschlägigen § 15 Abs. 3 TMG. § 15 Abs. 3 TMG sah nur eine Widerspruchslösung bei der Erstellung von pseudonymen Nutzungsprofilen vor.¹³⁵ Unter diese Norm fiel auch der Einsatz von Cookies, sodass eine Einwilligung entgegen Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL gerade nicht erforderlich gewesen wäre, sondern ein Widerspruch.¹³⁶

Gegen eine solche Auslegung sprach zudem, dass das hierdurch erzielte Ergebnis absurd anmutete: Sämtliche Cookies hätten nach §§ 12, 15 Abs. 1 TMG einer Einwilligung bedurft, wenn sie nicht nach der Ausnahme des § 15 Abs. 3 TMG dem pseudonymen Tracking dienten. Ein solches Regelungsmodell entsprach gerade nicht der Einteilung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL in technisch notwendige und technisch nicht notwendige Cookies.¹³⁷ Die §§ 12, 15 Abs. 1 TMG sollten daher ersichtlich nie die e-

43

44

45

46

¹³¹ Questionnaire on the implementation of the Article 5(3) of the ePrivacy Directive, COCOM11-20, S. 5; vgl. *Rauer/Ettig*, ZD 2015, 255, 256.

¹³² *Heun/Assion*, in: *Eßer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 17.

¹³³ EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 68 ff. – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49; *Schneider*, Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, *Telemedicus* v. 11.2.2014; *Spindler*, NJW 2020, 2513 Rn. 8; *Specht*, in: *Specht/Mantz*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 9 Rn. 66; *Spittka*, DB 2019, 2850, 2853.

¹³⁴ *Schneider*, Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, *Telemedicus* v. 11.2.2014.

¹³⁵ *Jandt*, ZD 2018, 405, 408; *Specht*, in: *Specht/Mantz*,

Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 9 Rn. 66; *Schneider*, Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, *Telemedicus* v. 11.2.2014.

¹³⁶ *Jandt*, ZD 2018, 405, 407; *Hanloser*, BB 2020, 1683, 1683 f.; *Dieterich*, ZD 2015, 199, 202; *Düsseldorfer Kreis*, Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich im 24./25.11.2010, Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikationsdienste.

¹³⁷ *Schneider*, Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, *Telemedicus* v. 11.2.2014.

Privacy-RL umsetzen, sondern Art. 7 DSRL, welcher nach Art. 94 DS-GVO aufgehoben wurde. Aufgrund dieser Friktionen war der Weg über §§ 12, 15 Abs. 1 TMG abzulehnen.¹³⁸

cc. Einwilligungserfordernis (§ 15 Abs. 3 TMG)

- 47 Bisweilen wurde das Einwilligungserfordernis aus dem bereits genannten § 15 Abs. 3 TMG hergeleitet.¹³⁹ § 15 Abs. 3 TMG sah vor, dass der Diensteanbieter zum Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen durfte, wenn der Nutzer dem nicht widersprach. Pseudonymisieren meinte hierbei nach § 3 Abs. 6a BDSG a. F. das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen (§ 3 Abs. 1 BDSG a. F.) auszuschließen oder wesentlich zu erschweren.¹⁴⁰ Cookies waren hierbei als pseudonyme Daten zu verstehen, die unter § 15 Abs. 3 TMG fallen.¹⁴¹
- 48 Problematisch war offenkundig, dass Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL ein Einwilligungserfordernis für technisch nicht notwendige Cookies vorsah, während § 15 Abs. 3 TMG diametral von einer Widerspruchslösung ausging.¹⁴² Diese Unzulänglichkeit sollte nach einer Ansicht durch eine unionsrechtskonforme Auslegung überwunden werden, sodass entgegen dem eindeutigen Wortlaut eine Einwilligung für den Einsatz von Cookies, welcher auf die Erstellung von Nutzungsprofilen zum Zwecke der Werbung oder Marktforschung zielt, erforderlich sein sollte.¹⁴³ Diese richtlinienkonforme Auslegung in Form einer teleologischen Reduktion war nach Ansicht des BGH noch zulässig und geboten, da eine richterliche Rechtsfortbildung nur dann ausscheide, wenn sie nach nationalen Auslegungsmethoden unzulässig sei, was vorliegend nicht angenommen werden konnte.¹⁴⁴
- 49 Dieser Ansicht war jedoch nicht zu folgen, denn der BGH schrieb § 15 Abs. 3 TMG einen Normgehalt zu, welcher dem Wortlaut nicht entnommen werden konnte.¹⁴⁵

¹³⁸ Hanloser, BB 2020, 1683, 1684.

¹³⁹ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 47 – Cookie-Einwilligung II; Hanloser, 25. Mai 2018 und keine ePrivacy-Verordnung: Füllt das TMG die Lücke?, beck-community v. 10.7.2017.

¹⁴⁰ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 46 – Cookie-Einwilligung II.

¹⁴¹ Spindler, NJW 2020, 2513 Rn. 3.

¹⁴² Ernst, WRP 2020, 962 Rn. 37; Schneider, Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, Telemedicus v. 11.2.2014; Spindler, NJW 2020, 2513 Rn. 5; Baumann/Sesing, jM 2020, 455, 457.

¹⁴³ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 52 – Cookie-Einwilligung II; BGH WRP 2018, 87 Rn. 13, 16 – Cookie-Einwilligung; Schmitz, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 15 TMG Rn. 96; Schmitz, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, 40. EL

Stand: Dezember 2014, Kap. 16.2 Rn. 185 ff.; Stögmüller, CR 2020, 562, 564; a.A.: Kollmar/Schürmbacher, WRP 2020, 1015 Rn. 7.

¹⁴⁴ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 53 – Cookie-Einwilligung II; ebenso LG Rostock GRUR-RS 2020, 32027 Rn. 18 – Wirksamkeit der Einwilligung in die Nutzung von Drittanbieter-Cookies; zu den Praxisfolgen Ettig/Herbrich, K&R 2020, 719, 719 ff.

¹⁴⁵ Ernst, WRP 2020, 962 Rn. 37; Kollmar/Schürmbacher, WRP 2020, 1015 Rn. 7; vgl. auch Hanloser, ZD 2019, 264, 266; Moos, K&R 2012, 635, 637; Moos, K&R 2016, 220, 222; Moos/Strassemeyer, DSB 2020, 207, 209; Kremer, CR 2019, 676 Rn. 46; Gierschmann, ZD 2018, 297, 300; Lang, K&R 2019, 698, 700; Lang, K&R 2020, 615, 616; Moos/Rothkegel, MMR 2019, 736, 740; Spindler,

Einwilligungslösung und Widerspruchslösung sind grundverschiedene Konzepte, die im gesetzlichen System angelegt sind, sich widersprechen und daher nicht ausgetauscht werden konnten.¹⁴⁶ Daneben war bereits die Anwendung der Rechtsfigur der teleologischen Reduktion zumindest fragwürdig. „Ausgangslage der teleologischen Reduktion ist eine Norm, die vom Wortlaut her für den Sachverhalt zutrifft, aber dem Regelungszweck der Norm widerspricht.“¹⁴⁷ Das setzt allerdings grundlegend voraus, dass ein Normalfall von dem teleologisch zu reduzierenden Sachverhalt zu unterscheiden ist.¹⁴⁸ Es handelte sich folglich um keine teleologische Reduktion mehr, da der BGH dem § 15 Abs. 3 TMG eine vollständig andere Regelungssystematik zugrunde legte. Diese Widerspruchslösung wollte der Gesetzgeber aber gerade nicht ändern, was die fehlenden Änderungen in dem ersten¹⁴⁹ und zweiten¹⁵⁰ DSAnpUG-EU gezeigt hatten.¹⁵¹

Eine den Wortlaut sprengende Auslegung war im Falle des § 15 Abs. 3 TMG auch deshalb ausgeschlossen, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlte. Der deutsche Gesetzgeber hatte nie versucht, Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL unionsrechtskonform in nationales Recht umzusetzen¹⁵² und war sich im Übrigen auch aufgrund gescheiterter Umsetzungsvorhaben bewusst, dass diese Regelung unzureichend ist.¹⁵³ Von einem „eindeutig artikulierten Willen des Gesetzgebers“¹⁵⁴ in die entgegengesetzte Richtung konnte daher keine Rede sein.¹⁵⁵ Die Rechtsprechung des BGH überschritt die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung und verstieß gegen Art. 2 Abs. 1 GG¹⁵⁶ i. V. m. Art. 20 GG.¹⁵⁷

50

NJW 2020, 2513 Rn. 7; *Diercks*, DSB 2020, 41, 41; *DSK*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 5 f.; *Kühling/Sauerborn*, CR 2021, 271 Rn. 43; vgl. auch *BVerfG* NJW 2018, 2542 Rn. 74 f. – Sachgrundlose Befristung.¹⁴⁶ „Damit kommt das Urteil inhaltlich einer Streichung von § 15 Abs. 3 TMG gleich“, so *Kollmar/Schürmbacher*, WRP 2020, 1015 Rn. 6; *Kühling/Sauerborn*, CR 2021, 271 Rn. 43; vgl. auch *Hanloser*, ZD 2019, 264, 266; *Moos*, K&R 2012, 635, 637; *Moos*, K&R 2016, 220, 222; *Lang*, K&R 2020, 615, 616; *Ernst*, WRP 2020, 962 Rn. 37; *Kremer*, CR 2019, 676 Rn. 46; *Spittka*, DB 2019, 2850, 2853; *Jandt*, ZD 2020, 551, 552; *DSK*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 5.

¹⁴⁷ *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 92.

¹⁴⁸ *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 96.

¹⁴⁹ Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 v. 30.6.2017, BGBl. I S. 2097.

¹⁵⁰ Zweites Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – 2. DSAnpUG-EU) v. 20.11.2019, BGBl. I S. 1626.

¹⁵¹ *Hanloser*, ZD 2019, 264, 266; *Hanloser*, BB 2020, 1683, 1684; *Kollmar/Schürmbacher*, WRP 2020, 1015 Rn. 7; vgl. auch *Jandt*, ZD 2020, 551, 552.

¹⁵² Ausführlich *Spindler*, NJW 2020, 2513 Rn. 8; *Spittka*, DB 2019, 2850, 2853.

¹⁵³ *Baumgartner/Hansch*, ZD 2020, 435, 436; im Ergebnis ebenso *Lang*, K&R 2020, 615, 616.

¹⁵⁴ *Gierschmann*, MMR 2020, 613, 613.

¹⁵⁵ *Spittka*, DB 2019, 2850, 2853; *Huber*, EuR 2021, 696, 700 f.

¹⁵⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949, BGBl. S. 1.

¹⁵⁷ *Kollmar/Schürmbacher*, WRP 2020, 1015 Rn. 7; vgl. zu dieser Gewährleistung *BVerfG* NJW 2018, 2542 Rn. 71 ff. – Sachgrundlose Befristung; *Wendel*, in: *Kahl/Ludwigs*, Handbuch des Verwaltungsrechts,

- 51 Davon unabhängig war an dieser Vorgehensweise zu kritisieren, dass sich Anwendungsbereiche und Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL und § 15 Abs. 3 TMG nicht sauber in Einklang bringen ließen. So bezog sich § 15 Abs. 3 TMG – wie bereits festgestellt wurde – nur auf personenbezogene Daten, was zu eng gefasst war und dementsprechend für sich bereits ein Umsetzungsdefizit darstellte.¹⁵⁸ Auch die in § 15 Abs. 3 TMG genannten Zwecke, in denen eine Einwilligung nicht erforderlich war, stimmten offensichtlich nicht mit der Ausnahme des Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL überein.¹⁵⁹ § 15 Abs. 3 TMG kann und durfte folglich nicht teleologisch reduziert werden¹⁶⁰ und stellte wie vorher auch keine taugliche Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL dar.¹⁶¹

dd. Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

- 52 Eine Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL hätte bis zum 25.5.2011 erfolgen müssen. Zu fragen blieb damit lediglich, ob nicht eine unmittelbare Anwendbarkeit der eigentlich umsetzungsbedürftigen Richtlinie, konkret deren Art. 5 Abs. 3, anzunehmen war.¹⁶² Bisweilen wurde dieser Weg befürwortet.¹⁶³ Eine unmittelbare Anwendung scheiterte aber in den meisten Fällen bereits daran, dass eine solche Wirkung von Richtlinien im Horizontalverhältnis nach stetiger Rechtsprechung des EuGH unzulässig ist.¹⁶⁴ Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL hätte selbstständige rechtliche Wirkungen im Horizontalverhältnis entfaltet und konnte deshalb nicht ohne mitgliedstaatliche Umsetzung Anwendung finden.¹⁶⁵ Hinzu kommt, dass auch der Staat sich gegenüber

Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 51 Rn. 43; **a. A. Böhm/Halim**, MMR 2020, 651, 654; offenbar auch *Stender-Vorwachs/Stege*, ZUM 2020, 885, 887: „Letztlich erfolgt die Auslegung des BGH unter voller Ausschöpfung moderner Methodenlehre, bei der nicht verkannt werden darf, dass die unterlassene Umsetzung in nationales Recht den BGH zu diesem [sic!] Maßnahmen geradezu nötig“¹⁶². Letztere Ansicht vermischt dabei die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Umsetzung bzw. Auslegung mit den hierzu zur Verfügung stehenden Mitteln der Auslegung.

¹⁵⁸ *Spindler*, NJW 2020, 2513 Rn. 8; *Drewes*, CR 2020, 602 Rn. 21; *Spittka*, DB 2019, 2850, 2853; *Rauer/Bibi*, ZUM 2020, 887, 889 sowie *Steinrötter*, GPR 2020, 106, 107 sehen in der Entscheidung des BGH zurecht eine Erweiterung des Anwendungsbereichs.

¹⁵⁹ *DSK*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 5.

¹⁶⁰ Der EuGH verlangt nicht, dass Mitgliedstaaten bei der Auslegung *contra legem* vorgehen, EuGH NJW 2006, 2465 Rn. 110 – Adeneler.

¹⁶¹ „Der BGH kann dieser kreativen Richtlinienumsetzung nichts abgewinnen und greift nun zur Brechstange der europarechtskonformen Auslegung, um

den Cookie Consent in Deutschland gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers einzuführen“, so *Hanloser*, BB 2020, 1683, 1684; im Ergebnis ebenso *Golland*, in: *Taegeer/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 95 DS-GVO Rn. 21; *Heinze*, in: *GK-UWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 424 Fn. 1769; *DSK*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 5 f.

¹⁶² EuGH BeckRS 2004, 71134 Rn. 12 – van Duyn; hierzu *W. Schroeder*, in: *Streinz*, EUV AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 86 ff.

¹⁶³ *Polenz*, VuR 2012, 207, 212 f.; *ULD*, Datenschutzrechtliche Bewertung der Reichweitenanalyse durch Facebook, Version 1.0 vom 19.8.2011, S. 23.

¹⁶⁴ EuGH NJW 1986, 2178 Rn. 48 – Marshall; *Jandt*, ZD 2018, 405, 407; *Schmidt/Babylon*, K&R 2016, 86, 90; *Lang*, K&R 2020, 615, 616; *Kremer*, CR 2019, 676 Rn. 47; *Spittka*, DB 2019, 2850, 2853; *DSK*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 6; vgl. *Sauer*, JURA 2021, 387.

¹⁶⁵ *Ernst*, WRP 2020, 962 Rn. 36; *Kollmar/Schürmbacher*, WRP 2020, 1015 Rn. 4; *Gierschmann*, ZD 2018, 297, 298; *Hanloser*, ZD 2019, 264, 266; *Moos*, K&R 2012, 635,

dem Bürger nicht auf die Norm stützen konnte.¹⁶⁶ Umgekehrt hätte sich der Bürger gegenüber öffentlichen Stellen direkt auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL stützen können, da in diesem Fall die Voraussetzungen einer unmittelbaren Anwendbarkeit gegeben waren.¹⁶⁷ Allerdings wäre die Rechtsdurchsetzung durch Mitbewerber und Verbände gegen öffentliche Stellen auf Grundlage von UWG¹⁶⁸ und UKlaG¹⁶⁹ in den meisten Fällen ohnehin ausgeschlossen, sodass hierauf im Weiteren nicht mehr eingegangen werden soll.

ee. Anwendung der DS-GVO

Für die Einwilligung war nach einer anderen Ansicht die Normen der DS-GVO (Art. 6 Abs. 1 lit. a, 7 f. DS-GVO) heranzuziehen.¹⁷⁰ Hiernach war zu berücksichtigen, dass im Rahmen eines möglicherweise bestehenden berechtigten Interesses im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO die Wertungen des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL herangezogen werden musste, sodass zwingend eine Einwilligung erforderlich war.¹⁷¹ Die Anwendung der DS-GVO bot ebenso wenig einen Königsweg, sondern hinterließ in der gleichen Weise Umsetzungsdefizite. So wich der sachliche Anwendungsbereich aufgrund des notwendigen Personenbezugs ab.¹⁷²

53

c. Voraussetzungen des Art. 95 DS-GVO

Die vorstehenden Ausführungen zur Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL galten und gelten vorbehaltlich der Prämisse, dass die Norm neben der DS-GVO noch Anwendung findet. Art. 95 DS-GVO sieht jedoch nicht vor, dass sämtliche Normen der ePrivacy-RL neben der DS-GVO bestehen bleiben können.¹⁷³ Nach Art. 95 DS-GVO legt die DS-GVO im Grundsatz natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die in der ePrivacy-RL festgelegten Pflichten dasselbe Ziel wie die DS-GVO verfolgen.

54

Voraussetzung in sachlicher Hinsicht ist, dass es sich um eine Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union handelt. Eine nahezu wortlautidentische Formulierung findet sich in Art. 3 ePrivacy-RL.¹⁷⁴ Der Begriff der elektronischen Kommunikationsdienste wird in Art. 2 Nr. 4 Elektronische

55

638 f.; Moos, K&R 2016, 220, 222.

¹⁶⁶ EuGH BeckRS 2004, 73753 Rn. 10 – Kolpinghuis Nijmegen; EuGH BeckRS 2005, 70317 Rn. 73 – Berlusconi; Ernst, WRP 2020, 962 Rn. 36.

¹⁶⁷ Moos, K&R 2012, 635, 638 f.

¹⁶⁸ → Rn. 360 ff.

¹⁶⁹ → Rn. 782 ff.

¹⁷⁰ Keppeler, MMR 2015, 779, 782; Kremer, CR 2019, 676 Rn. 48 ff.; DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März

2019, S. 4.

¹⁷¹ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 91 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; Kremer, CR 2019, 676 Rn. 47 ff.

¹⁷² Schwartmann/Benedikt/Reif, RDV 2020, 231, 233.

¹⁷³ Hullen/Roggenkamp, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Einleitung zum TMG Rn. 9.

¹⁷⁴ Heun/Assion, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-

Kommunikationskodex-RL¹⁷⁵ legaldefiniert.¹⁷⁶ Mit Blick auf das nationale Recht handelt es sich hierbei um Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 61 TKG.¹⁷⁷ Umfasst von Art. 95 DS-GVO sind also die Regelungen innerhalb des TKG bzw. des nunmehr geltenden TTDSG.¹⁷⁸

- 56** Abzugrenzen hiervon sind die ausschließlich inhaltsbezogenen Dienste, sog. Dienste der Informationsgesellschaft.¹⁷⁹ Das zeigt auch die Definition der elektronischen Kommunikationsdienste nach Art. 2 Nr. 4 des EU-Kodex für elektronische Kommunikation, welche Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten, von der Regulierung ausnimmt. Auf deutscher Ebene entspricht dies meist den Telemediendiensten.¹⁸⁰ Wie sich aber bereits aus § 1 Abs. 1 S. 1 TMG ergibt, fallen Telekommunikationsdienste, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, aus dem Anwendungsbereich des TMG heraus.¹⁸¹ Lediglich in den Fällen des § 11 Abs. 3 TMG galten für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der Nutzer durch Telemedien, die überwiegend aber nicht ausschließlich in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, die § 15 Abs. 8 und § 16 Abs. 2 Nr. 4 TMG.¹⁸²
- 57** Als problematisch erweist sich deshalb die innere Stimmigkeit der ePrivacy-RL mit Blick auf den später eingefügten Art. 5 Abs. 3. Dieser zielt auf eine Regulierung von Inhaltendiensten und passt damit streng genommen nicht zum Anwendungsbereich der Richtlinie.¹⁸³ Cookies werden nämlich von Telemediendiensteanbietern auf das Endgerät abgelegt und ausgelesen.¹⁸⁴ Die Bestimmung ist letztlich ein Fremdkörper im System der ePrivacy-RL. Daher kann Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL nicht Art. 95 DS-GVO unterfallen. Aus diesem Grund wird bisweilen vertreten, dass dieser erweiterte Anwendungsbereich der ePrivacy-RL dem Art. 95 DS-GVO zugrunde zu legen ist.¹⁸⁵

GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 24.

¹⁷⁵ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, Abl. L 321 S. 36, ber. Abl. 2019 L 334 S. 164.

¹⁷⁶ Heun/Assion, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 25; Hullen/Roggenkamp, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Einleitung zum TMG Rn. 10.

¹⁷⁷ Harloser, ZD 2018, 213, 216.

¹⁷⁸ Nink, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 TMG Rn. 2; DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 3; Marosi, in: DSRITB 2016, S. 435, 446.

¹⁷⁹ Hullen/Roggenkamp, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Einleitung zum TMG Rn. 10; Harloser, ZD 2018, 213, 216.

¹⁸⁰ DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 3;

Hullen/Roggenkamp, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Einleitung zum TMG Rn. 10; Keppeler, MMR 2015, 779, 781; zum TTDSG Piltz, CR 2021, 555 Rn. 31.

¹⁸¹ Harloser, ZD 2018, 213, 216; Richter, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 3.

¹⁸² Richter, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 3.

¹⁸³ DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 3; Harloser, ZD 2018, 213, 216.

¹⁸⁴ Brosch, AnwZert-ITR 16/2011, Anm. 2; Hullen/Roggenkamp, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 15 TMG Rn. 2.

¹⁸⁵ Piltz, K&R 2016, 557, 560; Piltz, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 95 DS-GVO Rn. 10; Gierschmann, ZD 2018, 297, 299; Pauly, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG,

Der Wortlaut des Art. 95 DS-GVO macht aber deutlich, dass es nicht um einen Bestandsschutz der gesamten ePrivacy-RL geht, sondern nur um die Fälle, in denen ein Zusammenhang mit öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten in öffentlichen Kommunikationsnetzen bzw. Telekommunikationsdiensten geht.

Hieraus ist – auch nach Geltung des TTDSG – letztlich der Schluss zu ziehen, dass sich Art. 95 DS-GVO und der dadurch geregelte Vorrang der ePrivacy-RL bereits nicht auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL beziehen können.¹⁸⁶ Auf die anderen Voraussetzungen des Art. 95 DS-GVO, insbesondere die Zielkongruenz der Pflichten, kommt es mithin nicht mehr an. Für den weiteren Verlauf der Arbeit soll aus Gründen der Vollständigkeit unterstellt werden, dass sich Art. 95 DS-GVO auch auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL bezieht.

58

2. Sonstige Vorgaben des TMG

Neben der Öffnungsklausel des Art. 95 DS-GVO kamen im Bereich des Telemediendatenschutzrechts weitere Öffnungsklauseln in Betracht, aufgrund derer ein Regelungsspielraum für den Gesetzgeber bestand.

59

§ 14 TMG enthielt Vorgaben über die Verarbeitung sog. Bestandsdaten. Bestandsdaten waren personenbezogene Daten, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer über die Nutzung von Telemedien erforderlich sind, § 14 Abs. 1 TMG. Die Regelungen des § 14 Abs. 2 bis 5 TMG über die Bestandsdatenübermittlung an Behörden und Private zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte nach § 1 Abs. 3 NetzDG konnten auf Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO gestützt werden und galten damit fort.¹⁸⁷ Gleiches galt für die Übermittlungsbefugnis nach § 15 Abs. 5 S. 4 i. V. m. § 14 Abs. 2 TMG.¹⁸⁸ Auf Art. 95 DS-GVO kam es daher, anders als bei der Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, nicht an.

60

3. Aufl. 2021, Art. 95 DS-GVO Rn. 2; vgl. auch *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 266.

¹⁸⁶ *Hullen/Roggenkamp*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 15 TMG Rn. 2; *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 497; *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 95 DS-GVO Rn. 21; *Keppeler*, MMR 2015, 779, 781; *Marosi*, in: DSRITB 2016, S. 435, 447; *Nebel/Richter*, ZD 2012, 407, 408; a. A. BGH WRP 2020, 1009 Rn. 60 – Cookie-Einwilligung II; *Piltz*, K&R 2016, 557, 560; *Bitkom*, Stellungnahme zur Positionsbestimmung der DSK zur Anwendbarkeit des TMG ab dem 25.5.2018 vom 9.5.2018, S. 1 f.

¹⁸⁷ *Heun/Assion*, in: *Eßer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 16; *Geminn/Richter*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 8 Rn. 146; a. A. *Hullen/Roggenkamp*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 14 TMG Rn. 22, der auf Art. 23 Abs. 1 lit. j DS-GVO rekurriert; dem sich anschließend BGH WRP 2020, 202 Rn. 33 – Gestattungsverfahren betreffend Bestandsdatenauskunft gegen Facebook; zustimmend *Wilmes-Horváth*, GRUR-Prax 2021, 33, 33.

¹⁸⁸ *Hullen/Roggenkamp*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 15 TMG Rn. 2.

- 61 Über den Anwendungsbereich der DS-GVO und der ePrivacy-RL hinaus, konnte auch § 13 Abs. 7 TMG bestehen bleiben, wenn es um die Verarbeitung nicht personenbezogener Daten ging.¹⁸⁹ Im Übrigen kam Art. 32 DS-GVO mangels Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten ein Anwendungsvorrang zu.¹⁹⁰ Die Datenschutzvorgaben des TMG ließen sich darüber hinaus in besonderen Situationen auf andere Öffnungsklauseln stützen, so z. B. Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO für öffentliche Stellen (Bundes- oder Landesbehörden, Gemeinden, sonstige öffentliche Stellen) als Diensteanbieter.¹⁹¹
- 62 Alle sonstigen Regelungen des Telemediendatenschutzes führten – soweit sie nicht inzident für noch anwendbare Normen von Relevanz waren – zu einem Normkonflikt mit der DS-GVO und waren daher aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht länger anwendbar.¹⁹² Insgesamt verblieb das Bild eines eingeschränkt relevanten und vor allem fragmentarischen Telemediendatenschutzes.

III. Telekommunikationsgesetz (i. d. F. bis zum 30.11.2021)

- 63 Die wesentlichen Vorgaben der ePrivacy-RL wurden vor dem TTDSG in den §§ 91 ff. TKG umgesetzt. Bei der Bestimmung, welche Normen unter Art. 95 DS-GVO zu subsumieren sind, kommt erschwerend hinzu, dass die ePrivacy-RL keine Vollharmonisierung anstrebt.¹⁹³ Soweit der deutsche Gesetzgeber die ePrivacy-RL überschießend umsetzte, lag hierin keine Umsetzung der ePrivacy-RL i. S. v. Art. 95 DS-GVO.¹⁹⁴ Das betraf beispielsweise die Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 88 ff. TKG auf nicht-öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste, welche unter der DS-GVO keinen Bestand hatte.¹⁹⁵ Gleiches galt für die Informationspflicht nach § 93 TKG, die anders als Art. 6 Abs. 4 ePrivacy-RL nicht nur auf die Verarbeitung von Verkehrsdaten beschränkt war.¹⁹⁶ Ebenso war § 94 TKG über die Einwilligung im elektronischen

¹⁸⁹ *Conrad/Hausen*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 36 Rn. 300; *Sander*, BKR 2019, 66, 75; *Gemini/Richter*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 8 Rn. 143.

¹⁹⁰ *Conrad/Hausen*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 36 Rn. 300; *Sander*, BKR 2019, 66, 75; **a.A.** *Hornung/Schindler*, in: Hornung/Schallbruch, IT-Sicherheitsrecht, 2021, Kap. 21 Rn. 90, die von vornherein annehmen, dass die Norm keinen technischen Datenschutz bezweckt, sondern allein die Sicherstellung der Integrität der verwendeten Systeme; der Schutz personenbezogener Daten sei deshalb nur reflexhaft und die Regelung außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der DS-GVO.

¹⁹¹ *Gemini/Richter*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 8 Rn. 123; *Jandt*, ZD 2018, 405, 407; *Breyer*, ZD 2018, 302, 302; *Richter*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG,

2. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 11.

¹⁹² *Heun/Assion*, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 16; *Nirnk*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 TMG Rn. 1, 4.

¹⁹³ *Heun/Assion*, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 12; *Sydow*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 95 DS-GVO Rn. 10.

¹⁹⁴ *Heun/Assion*, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 13 f.; *Keppeler*, MMR 2015, 779, 781; *Sydow*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 95 DS-GVO Rn. 10.

¹⁹⁵ *Heun/Assion*, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 13.

¹⁹⁶ *Golland*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 95 DS-GVO Rn. 20; *Sydow*, in: Sydow, EU-

Verfahren nicht mehr anwendbar, da entsprechende Vorschriften in der ePrivacy-RL nicht vorhanden sind.¹⁹⁷

Es blieb damit auch vom Telekommunikationsdatenschutz letztlich ein nur schwer zu durchblickendes Geflecht verschiedener Vorschriften vom Anwendungsvorrang der DS-GVO unberührt, nicht zuletzt aufgrund weiterer möglicherweise einschlägiger Öffnungsklauseln neben Art 95 DS-GVO.¹⁹⁸ Anwendbar blieben etwa teilweise § 88 TKG (Telekommunikationsgeheimnis), § 96 TKG (Verarbeitung von Verkehrsdaten) oder § 98 TKG (Verarbeitung von Standortdaten).¹⁹⁹

IV. Reformen und bevorstehende Änderungen

1. ePrivacy-Verordnung

Ursprünglich sollte die ePrivacy-RL durch die unmittelbar anwendbare ePrivacy-VO²⁰⁰ ersetzt werden und gleichzeitig mit der DS-GVO in Kraft treten.²⁰¹ Aufgrund zahlreicher Verzögerungen ist nach derzeitigem Stand nicht absehbar, wann und mit welchem Inhalt sie verabschiedet wird.²⁰² Mit Inkrafttreten der ePrivacy-VO werden die letzten verbliebenen und überhaupt noch anwendbaren Umsetzungsvorschriften der ePrivacy-RL auf nationaler Ebene verdrängt.²⁰³ Es handelt sich dogmatisch betrachtet um *leges speciales* zu den Vorgaben der DS-GVO im Bereich der elektronischen Kommunikationsdienste.²⁰⁴ Ob Mitbewerber- und Verbandsklagen unter der ePrivacy-VO weiterhin möglich sein werden, ist derzeit nicht absehbar. Bisweilen wird das mit Blick auf die älteren Entwürfe verneint.²⁰⁵

2. Einführung des TTDSG mit Inkrafttreten zum 1.12.2021

Um die skizzierte, schwer zu durchschauende Rechtslage zu vereinfachen, wurden das „Telekommunikationsmodernisierungsgesetz“²⁰⁶ und das „Gesetz zur Regelung

64

65

66

DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 95 DS-GVO Rn. 10; *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 11.

¹⁹⁷ *Nebel/Richter*, ZD 2012, 407, 408; *Keppeler*, MMR 2015, 779, 781.

¹⁹⁸ *Richter*, in: *Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 9.

¹⁹⁹ *Geminn/Richter*, in: *Roßnagel*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 8 Rn. 66 ff.; *Richter*, in: *Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 9.

²⁰⁰ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation).

²⁰¹ *Nink*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 TMG Rn. 3; *Conrad/Hausen*, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch

IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 36 Rn. 27; einen Überblick über das Gesetzgebungsverfahren geben *Conrad/Hausen*, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 36 Rn. 38 ff.

²⁰² *Schumacher/Sydow/von Schönfeld*, MMR 2021, 603, 605 ff.; *Härting*, WRP 2020, Nr. 10, I.

²⁰³ *Nink*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 TMG Rn. 3.

²⁰⁴ *Härting*, WRP 2020, Nr. 10, I; *Nägele/Apel/Stolz/Thiele*, DB 2020, 1498, 1500 Fn. 25.

²⁰⁵ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 9g; unter Verweis auf *Köhler*, WRP 2018, 1269; vgl. aber auch *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 29 ff.

²⁰⁶ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und

des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien⁴²⁰⁷ verabschiedet, die jeweils zum 1.12.2021 in Kraft treten getreten sind. Ersteres klammert die bisherigen datenschutzrechtlichen Regelungen vom TKG aus. Letzteres Gesetz umfasst die Schaffung eines Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes, kurz TTDSG, das den Telekommunikations- (§ 3 ff. TTDSG) und Telemediendatenschutz (§§ 19 ff. TTDSG) bis zum Inkrafttreten der ePrivacy-VO zusammenführt.²⁰⁸ Insbesondere wird nunmehr Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL umgesetzt (§ 25 TTDSG). Inwieweit Verbände und Mitbewerber wegen Datenschutzverstößen klagen dürfen, lässt sich dem TTDSG nicht ausdrücklich entnehmen. Nachdem Verweise des Durchsetzungssystems der derzeit noch geltenden ePrivacy-RL aufgrund von Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO als Verweise auf die Art. 77 ff. DS-GVO zu lesen sind, wäre in jedem Fall Art. 80 DS-GVO über die Rolle von Verbänden bei der Rechtsdurchsetzung zu beachten.²⁰⁹ Das betrifft jedenfalls die Regelungen des TTDSG, die der Umsetzung der ePrivacy-RL dienen.

V. Fazit

- 67 Die Vorgaben des § 7 UWG über unzumutbare Belästigungen stehen mit der DS-GVO nicht in Konflikt, da sie sich auf die Öffnungsklausel des Art. 95 DS-GVO stützen können. Demgegenüber fielen die meisten Regelungen des TMG dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts anheim. Insbesondere war im TMG eine Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL nicht zu finden. Nachdem diese Norm allerdings nach hier vertretener Auffassung bereits nicht Art. 95 DS-GVO unterfällt, genießt sie keinen Bestandsschutz und ist neben der DS-GVO nicht mehr anwendbar, was eine Umsetzung entbehrlich macht. Eine sinnvolle Regulierung von Telemedien durch das TMG war durch ihren hochgradig fragmentarischen Charakter nicht möglich.²¹⁰ Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TKG waren ebenfalls vielfach nicht mit der DS-GVO in Einklang zu bringen und daher unanwendbar. Der deutsche Gesetzgeber hatte dies erkannt und wollte die Rechtsunsicherheit mit dem TTDSG reduzieren. Jedenfalls erhält bis zum Erlass der ePrivacy-VO der Telekommunikations- und Telemediendatenschutz temporär ein neues Gesicht. Solange die ePrivacy-RL gilt, findet

zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) v. 28.6.2021, BGBl. I S. 1858.

²⁰⁷ Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien v. 28.6.2021, BGBl. I S. 1982.

²⁰⁸ Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz v. 23.6.2021, BGBl. I S. 1982; hierzu DSK, OH Telemedien 2021, S. 3 f.; Benedikt, ZdiW 2021, 259, 259; Schwartmann/Benedikt RDV 2021, 248; zum Referentenentwurf Härting, WRP 2020, Nr. 10, I; Lang, K&R 2020, 714, 714 ff.; Kiparski, Ein neues Datenschutz-

Stammgesetz für den Telekommunikations- und Telemedien-Datenschutz: Das TTDSG, CR-online.de Blog vom 6.8.2020; Härting, Neuer Gesetzesentwurf aus dem BMWi: Cookie-Einwilligung per Browsereinstellung und Cookie-Einsatz auf vertraglicher Grundlage, CR-online.de Blog vom 3.8.2020; zum Kabinettsentwurf Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271.

²⁰⁹ → Rn. 88 ff.; vgl. Piltz, CR 2021, 555 Rn. 59.

²¹⁰ Jandt, ZD 2018, 405, 407.

über Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL der Art. 80 DS-GVO über die Rolle von Verbänden Anwendung.²¹¹

C. Datenschutz-Grundverordnung

Die maßgebliche datenschutzrechtliche Rechtsquelle ist nach der derzeit geltenden Rechtslage die DS-GVO. Dennoch ist die Materie dort nicht vollständig und abschließend zentral geregelt. Vielmehr lässt sich die derzeitige Regulationsstruktur vertikal und horizontal differenzieren.

68

I. Regulationsstruktur

Die DS-GVO ermöglicht den Mitgliedstaaten in vertikaler Hinsicht aufgrund ihrer mehr als 70 Öffnungsklauseln abweichende oder spezifizierende Vorschriften zu treffen.²¹² Auch sonst darf der Gesetzgeber tätig werden, wenn und soweit es nicht zu einem Normkonflikt mit der DS-GVO kommt. Die Kompetenz für den Erlass dieser Regelungen bemisst sich nach der mitgliedstaatlichen Kompetenzordnung.²¹³ Das zentrale nationale Datenschutzregime für nicht-öffentliche Stellen stellt in Deutschland nunmehr das neue BDSG dar, das durch das DSAnpUG-EU grundlegend an die DS-GVO angepasst werden sollte und zwischenzeitlich bereits durch das 2. DSAnpUG-EU geändert wurde.²¹⁴ Es trat zeitgleich mit der DS-GVO in Kraft und vereinigt das allgemeine Datenschutzrecht der DS-GVO und mit den Regelungen der für diese Arbeit nicht weiter zu beachtenden JI-RL²¹⁵.²¹⁶ Zentrale Regelungsmaterie des BDSG sind die Vorgaben über die Rechtsbehelfe (§§ 20 f. BDSG) sowie diverse Erlaubnistatbestände in besonderen Verarbeitungssituationen (§§ 22, 26 ff. BDSG).²¹⁷

69

Horizontal lassen sich datenschutzrechtliche Vorgaben darüber hinaus in das allgemeine und das bereichsspezifische Datenschutzrecht einteilen.²¹⁸ Während die DS-GVO und das BDSG zum Teil dem allgemeinen Datenschutzrecht zugeordnet werden

70

²¹¹ Hierzu noch Rn. 88 ff.

²¹² Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 55 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 9 Rn. 1 f.; *Roßnagel*, in: *Roßnagel*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 1 Rn. 11; *Nettesheim*, in: *Kahl/Ludwigs*, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 42 Rn. 80.

²¹³ *Cornils*, in: *BeckOK InfoMedienR*, 34. Ed. Stand: 1.2.2021, Art. 85 DS-GVO Rn. 126; *Kühling/Sackmann*, NVwZ 2018, 681, 682; *Leeb/Liebhaber*, JuS 2018, 534, 538; *Nettesheim*, in: *Kahl/Ludwigs*, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 42 Rn. 80.

²¹⁴ BT-Drs. 19/4674, S. 2.

²¹⁵ Auch die JI-RL (Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. Nr. L 119 S. 89, ber. ABl. 2018 Nr. L 127 S. 9) sieht nach Art. 55 eine dem Art. 80 DS-GVO nachempfundene Regelung vor, vgl. *Johannes/Weinhold*, Das neue Datenschutzrecht bei Polizei und Justiz, 2018, § 1 Rn. 215.

²¹⁶ *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 2.

²¹⁷ *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 4.

²¹⁸ *Kühling/Sackmann*, NVwZ 2018, 681, 682.

kann, werden deren Vorgaben vielfach durch bereichsspezifische datenschutzrechtliche Vorgaben modifiziert oder verdrängt.²¹⁹ Auf Unionsebene ist die ePrivacy-RL im Rahmen des Art. 95 DS-GVO im Verhältnis zur DS-GVO grundsätzlich spezieller.²²⁰ Besonders plastisch stellt sich dieses Verhältnis beispielsweise auf deutscher Ebene im Bereich des Sozialdatenschutzes dar: Zunächst sind die bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften (§ 35 SGB I²²¹, §§ 67 ff. SGB X²²² sowie die insoweit nochmals spezielleren Vorschriften in den sonstigen Büchern des SGB) heranzuziehen, bevor auf die sonstigen unmittelbar geltenden Vorgaben der DS-GVO zurückgegriffen werden darf.²²³

II. Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume

- 71 Durch die Möglichkeit mitgliedstaatlicher Spielräume stellt sich die Frage, ob die Mitgliedstaaten zusätzlich zu den in der DS-GVO vorgesehenen Rechtsbehelfsmöglichkeiten eine Durchsetzung durch Mitbewerber und Verbände vorsehen dürfen, um Verstöße von Verantwortlichen zu sanktionieren oder, ob die DS-GVO auch insoweit abschließender Natur ist. Die gleichen Diskussionen waren bzw. sind innerhalb der DSRL und der ePrivacy-RL zu beobachten, wobei die Antwort bei der DS-GVO aufgrund der umfassenderen Regelungen anders ausfallen könnte.

1. Anwendungsvorrang des Unionsrechts

- 72 Die Regelungsstruktur der DSRL führte dazu, dass es innerhalb der Europäischen Union zu Unterschieden bei Normsetzung und -anwendung durch die einzelnen Mitgliedstaaten kam, obwohl durch die Richtlinie eine weitgehende Harmonisierung angestrebt war.²²⁴ Um ein gleichmäßiges Datenschutzniveau innerhalb der EU sicherzustellen, wurde nunmehr vom europäischen Gesetzgeber die Form einer Verordnung gewählt.²²⁵ Diese ist im Grundsatz in ihrem Anwendungsbereich abschließend.²²⁶

²¹⁹ Kühling/Sackmann, NVwZ 2018, 681, 682; vgl. zu der dahinterliegenden Problematik des Parlamentsvorbehalts im Datenschutzrecht Kingreen/Kühling, JZ 2015, 213.

²²⁰ Heun/Assion, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 95 DS-GVO Rn. 2, 4; Hulsen/Roggenkamp, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Einleitung zum TMG Rn. 9; Kiparski/Sassenberg, CR 2018, 324, 324; → Rn. 20.

²²¹ Sozialgesetzbuch (SGB) Erstes Buch (I) Allgemeiner Teil v. 11.12.1975, BGBl. I S. 3015.

²²² Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz – (SGB X) in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.1.2001,

BGBl. I S 130.

²²³ Krahrmer/Hoidn, in: Krahrmer, Sozialdatenschutzrecht, 4. Aufl. 2020, Einführung Rn. 4 f.

²²⁴ Vgl. Erwägungsgrund 9 der DS-GVO; Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 78.

²²⁵ Vgl. Erwägungsgrund 10 der DS-GVO; Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 79; Roßnagel, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 1; Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil I Rn. 25.

²²⁶ Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 4.

Die Wahl der Verordnung anstelle einer Richtlinie hat Auswirkungen auf die Regelungsspielräume der Mitgliedstaaten.²²⁷ Sie hat nach Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Ein Umsetzungsakt in mitgliedstaatliches Recht ist daher grundsätzlich nicht erforderlich.²²⁸ Mitgliedstaatliches Recht und Unionsrecht sind jeweils eigene Rechtsordnungen,²²⁹ sodass es zu Konflikten kommen kann.²³⁰ Dabei wird entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht mangels Kompetenz der EU weder gebrochen noch geändert.²³¹ Im Kollisionsfall genießt – selbst abgeleitetes²³² – Unionsrecht als „[ungeschriebene] Norm des primären Gemeinschaftsrechts“²³³ Anwendungsvorrang, sodass entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht nicht angewendet werden darf.²³⁴

73

Anhand des BDSG lässt sich der Anwendungsvorrang des Unionsrechts demonstrieren. So wurde etwa § 4 BDSG über die Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume durch das BVerfG für den nicht-öffentlichen Bereich für unanwendbar be-

74

²²⁷ Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 3; Roßnagel, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 1; Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 1 Rn. 25.

²²⁸ EuGH BeckRS 2021, 14086 Rn. 110 – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit; EuGH BeckRS 2004, 71178 Rn. 9 – Politi; Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 53 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; W. Schroeder, in: Streinz, EUV AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 43; Roßnagel, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 2; Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 1 Rn. 25; Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 79.

²²⁹ EuGH BeckRS 1964, 105086 Rn. 44 – Costa/ENEL; Roßnagel, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 3.

²³⁰ Roßnagel, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 4.

²³¹ OLG Hamburg WRP 2020, 505 Rn. 4 – Kein Anwendungsbereich mehr für § 13 Abs. 1 TMG nach Inkrafttreten der DSGVO; Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 3; Roßnagel, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 4; Piltz, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 11; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV AEUV, 6. Aufl. 2022,

Art. 1 AEUV Rn. 18; *Beljin*, EuR 2002, 351, 352 f.; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 4.

²³² EuGH NJW 1971, 343, 343 – Internationale Handelsgesellschaft; *Beljin*, EuR 2002, 351, 351 f.; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 2; Roßnagel, MMR 2015, 359, 360; Roßnagel, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 11.

²³³ BVerfG NJW 1988, 1459, 1462 – Umsatzsteuerrichtlinie; vgl. EuGH NJW 1963, 974, 976 – Van Gend en Loos; *Funke*, Umsetzungsrecht, 2010, S. 183; *Tischendorf*, Theorie und Wirklichkeit der Integrationsverantwortung deutscher Verfassungsorgane, 2017, S. 62; Roßnagel, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 6.

²³⁴ EuGH BeckRS 1964, 105086 Rn. 44 – Costa/ENEL; EuGH BeckRS 2021, 39568 Rn. 52 ff. – Randstad Italia; OLG Hamburg WRP 2020, 505 Rn. 4 – Kein Anwendungsbereich mehr für § 13 Abs. 1 TMG nach Inkrafttreten der DSGVO; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 74. EL Stand: September 2021, Art. 288 AEUV Rn. 53; *Knops*, NJW 2020, 2297 Rn. 16; *Kahl*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 37 Rn. 50 f.; einschränkend zuletzt BVerfG NJW 2020, 1647; hierzu *Gottwald*, in: Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1.92.

funden, nachdem keine entsprechende Öffnungsklausel für diese Regelung existiert, eine solche Verarbeitungstätigkeit aber in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt.²³⁵

2. Voraussetzungen und Grenzen des Anwendungsvorrangs

a. Vorliegen eines Normkonflikts

- 75 Damit überhaupt eine „entgegenstehende Bestimmung“²³⁶ anzunehmen ist, die den Anwendungsvorrang des Unionsrechts auslöst, muss ein Normkonflikt vorliegen.²³⁷ Ein direkter Konflikt ist anzunehmen, wenn Unionsnormen und die mitgliedstaatliche Normen bei Zugrundelegung des gleichen Lebenssachverhalts zu divergierenden Ergebnissen gelangen.²³⁸ Es können auch indirekte bzw. unechte Normkonflikte bestehen, die zwar nicht am selben Lebenssachverhalt anknüpfen, aber die mitgliedstaatlichen Regelungen gleichwohl auf die Effektivität des Unionsrechts Auswirkungen haben.²³⁹ In diesen Fällen darf die mitgliedstaatliche Norm die durch Unionsrecht verliehenen Rechte nicht leerlaufen lassen oder deren Ausübung übermäßig erschweren.²⁴⁰ Schädlich sind indirekte Konflikte aber nur dann, wenn die Einschränkung der verliehenen Rechte gezielt herbeigeführt werden soll.²⁴¹ Unproblematisch sind demgegenüber allgemeine mitgliedstaatliche Regelungen, wie beispielsweise Ausschlussfristen oder Gerichtszuständigkeiten.²⁴²

²³⁵ BVerwG ZD 2019, 372 Rn. 47 – Videoüberwachung in einer Zahnarztpraxis; ebenso *Kühling/Sackmann*, NJW 2019, 2562, 2562; *Lachenmann*, ZD 2017, 407, 410; *Lachenmann*, ZD 2019, 374, 375; *Moos*, K&R 2020, 569, 574.

²³⁶ EuGH BeckRS 2004, 70669 Rn. 3 – Staatliche Finanzverwaltung/SPA Simmenthal.

²³⁷ *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 5; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 10; *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 11, 13; *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 3 ff.

²³⁸ *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 6; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 10; *Kahl*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 37 Rn. 23.

²³⁹ *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 22; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 10; s. dazu *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert,

EUV AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 1 AEUV Rn. 22; v. *Danwitz*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, 54. EL Oktober 2021, B.II. Rn. 7; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 4; *Roßnagel*, MMR 2015, 359, 360; *Kahl*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 37 Rn. 23.

²⁴⁰ EuGH BeckRS 2004, 75273 Rn. 34 – Edis; *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 22; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 10; v. *Danwitz*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, 54. EL Oktober, B.II. Rn. 7; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 1 AEUV Rn. 22.

²⁴¹ EuGH BeckRS 2004, 75273 Rn. 24 – Edis; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 5; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 10.

²⁴² EuGH BeckRS 2004, 75273 Rn. 20 f. – Edis; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 10.

Kein Normkonflikt liegt darüber hinaus vor, wenn die mitgliedstaatlichen Regelungen EU-Verordnungen lediglich ergänzen.²⁴³ Die Mitgliedstaaten bleiben im Rahmen geteilter Zuständigkeiten nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV neben der Union zuständig, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat.²⁴⁴ Die DS-GVO wurde auf Grundlage der Gesetzgebungskompetenz des Art. 16 Abs. 2 S. 1 AEUV erlassen und betrifft den Bereich Binnenmarkt i. S. d. Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV, als in der Norm genanntes Beispiel für eine geteilte Zuständigkeit.²⁴⁵ Lässt also die DS-GVO Bereiche ungeregelt oder bestehen Regelungslücken, dürfen die Mitgliedstaaten ergänzend tätig werden, auch wenn eine ausdrückliche Ermächtigung hierzu fehlen sollte.²⁴⁶ Voraussetzung ist jedoch, dass die nationalen Vorschriften nicht dem Ziel der Verordnung zuwiderlaufen.²⁴⁷

Nachdem sich die EU beim Erlass der DS-GVO auf die Kompetenz des Art. 16 Abs. 2 S. 1 AEUV gestützt hat, ergibt sich insoweit auch eine Grenze der Sperrwirkung. So sind insbesondere rein innerstaatliche Verarbeitungsvorgänge nicht umfasst („Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen“).²⁴⁸ Auch ist die Verarbeitung von personenbezogenen Daten sonst außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs (Art. 2 DS-GVO) nicht geregelt, sodass insoweit die Mitgliedstaaten tätig werden dürfen.²⁴⁹ Das betrifft beispielsweise das postmortale Persönlichkeitsrecht,²⁵⁰ Kamera-Attrappen oder eine Verarbeitung im Rahmen persönlicher oder familiärer Tätigkeiten (Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO).²⁵¹

²⁴³ *Roßnagel*, in: *Roßnagel*, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 14.

²⁴⁴ *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 37; *Roßnagel*, in: *Roßnagel*, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 14.

²⁴⁵ *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 4 f.; *Roßnagel*, in: *Roßnagel*, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 14; vgl. zum Verhältnis des Art. 16 Abs. 2 AEUV zu Art. 114 AEUV *M. Schroeder*, in: *Streinz*, EUV AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 16 AEUV Rn. 10; *Briühann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 16 AEUV Rn. 36.

²⁴⁶ *Roßnagel*, in: *Roßnagel*, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 14, 17; *Krahmer/Hoidn*, in: *Krahmer*, Sozialdatenschutzrecht, 4. Aufl. 2020, Einführung Rn. 2; *W. Schroeder*, in: *Streinz*, EUV AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 46.

²⁴⁷ *Roßnagel*, in: *Roßnagel*, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 17.

²⁴⁸ *Roßnagel*, in: *Roßnagel*, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 29; *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017,

Rn. 236 zur *Jl-RL*; *VG Gelsenkirchen BeckRS* 2020, 8804 Rn. 38; *VG Berlin BeckRS* 2020, 3448 Rn. 15; **a. A.** *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 143; die praktische Relevanz dieser Einschränkung ist jedoch minimal, da jedenfalls ein potenzieller Binnenmarktbezug ausreicht, vgl. *EuGH EuR* 2004, 276, 283 – Österreichischer Rundfunk; *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 4; *Bäcker*, in: *Wegener*, Europäische Querschnittpolitiken, 2021, § 11 Rn. 17.

²⁴⁹ *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 14; *Roßnagel*, in: *Roßnagel*, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 31; Rückausnahmen finden sich Bereich des öffentlichen Rechts, vgl. zum Sozialdatenschutzrecht *Krahmer/Hoidn*, in: *Krahmer*, Sozialdatenschutzrecht, 4. Aufl. 2020, Einführung Rn. 2.

²⁵⁰ Hierzu etwa *Ludya*, *FS Martinek*, 2020, S. 417, 422 f.

²⁵¹ *Halder/Walker*, *ZD* 2020, 605, 605 vgl. zu ausgeschalteten Kameras jüngst *OVG Koblenz BeckRS* 2021, 18793 Rn. 20 ff. – Datenschutz; *VG Mainz ZD* 2021, 340 Rn. 59 – Keine Abbauanordnung rechtswidriger Videoüberwachung; hierzu *Seidl*, *jurisPR-ITR* 19/2021

b. Eröffnung von expliziten Spielräumen

- 78 Neben den genannten Fällen, in denen das Unionsrecht lediglich durch das nationale Recht ergänzt wird, kann die DS-GVO den Mitgliedstaaten auch explizit Regelungsspielräume (Öffnungs- bzw. Spezifizierungsklauseln) einräumen.²⁵² In diesen Fällen können oder müssen die Mitgliedstaaten tätig werden.²⁵³ Bleiben die Mitgliedstaaten untätig, gilt weiterhin die unmittelbar anwendbare DS-GVO.²⁵⁴
- 79 Die Mitgliedstaaten sind bei der Nutzung der Öffnungsklauseln der DS-GVO nicht vollkommen frei. Neben der Selbstverständlichkeit, dass die Voraussetzungen der Öffnungsklauseln gegeben sein müssen, ist vor allem Art. 8 GrCh von Bedeutung, um das datenschutzrechtliche Schutzniveau vor einem Absenken durch die Mitgliedstaaten zu bewahren.²⁵⁵
- 80 Das Unionsrecht sieht zudem Einschränkungen einer Ausweitung des Schutzes personenbezogener Daten vor. Die DS-GVO soll nicht nur den Schutz der „Betroffenen“ i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten (Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 DS-GVO), sondern gleichzeitig auch den freien Verkehr personenbezogener Daten (Art. 1 Abs. 1, Abs. 3 DS-GVO) gewährleisten. Zur Sicherstellung des freien Verkehrs personenbezogener Daten stellt Art. 1 Abs. 3 DS-GVO ausdrücklich klar, dass die Mitgliedstaaten den freien Verkehr personenbezogener Daten aus Gründen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten weder einschränken noch verbieten dürfen. Mit dieser Einschränkung werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Rahmen der Ausübung der Öffnungsklauseln den freien Verkehr personenbezogener Daten nicht zu behindern.²⁵⁶

Anm. 3.

²⁵² Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 52 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 84 ff.; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 18; *Krahmer/Hoidn*, in: Krahmer, Sozialdatenschutzrecht, 4. Aufl. 2020, Einführung Rn. 2.

²⁵³ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 52 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 16; *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO,

2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 84 ff.; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 18; *Krahmer/Hoidn*, in: Krahmer, Sozialdatenschutzrecht, 4. Aufl. 2020, Einführung Rn. 2.

²⁵⁴ *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 88; vgl. EuGH BeckRS 2021, 14086 Rn. 106 ff. – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit.

²⁵⁵ *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 89; das übersieht *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 18 f.

²⁵⁶ *Schmidt*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 1 DS-GVO Rn. 48; *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 17.

Insgesamt zeigt sich daher, dass den Mitgliedstaaten bei der Ausfüllung datenschutzrechtlicher Öffnungsklauseln nur eingeschränkte Spielräume zugestanden werden.²⁵⁷ Es soll insgesamt ein harmonisiertes Datenschutzniveau innerhalb der EU erreicht werden, da es andernfalls keiner Verordnung bedürft hätte.²⁵⁸ **81**

3. Bedeutung für Verbands- und Mitbewerberklagen

Die Wahl einer Verordnung anstelle einer Richtlinie führt nicht dazu, dass die Mitgliedstaaten sämtlicher Regelungsspielräume beraubt wären. Vielmehr können sie tätig werden, wenn dies zu keinem direkten oder indirekten Normkonflikt führt, etwa, weil die DS-GVO nur ergänzt wird. Auch bestehen explizite Regelungsspielräume, welche die Mitgliedstaaten nutzen können bzw. sogar müssen, was ebenso einen Normkonflikt ausschließt. Allein durch die in der DS-GVO bestehenden Öffnungsklauseln kommt es zu „einer Gemengelage aus europäischem und nationalem Recht“²⁵⁹. Es bleibt aber in jedem Fall zu beachten, dass eine nationale Vorschrift nicht den Zielen der DS-GVO zuwiderlaufen darf.²⁶⁰ **82**

Möchte der deutsche Gesetzgeber datenschutzrechtliche Vorgaben durch Mitbewerber und Verbände im Anwendungsbereich der DS-GVO durchsetzen, muss er diese Leitlinien des Unionsrechts befolgen, da andernfalls der Anwendungsvorrang des Unionsrechts entgegensteht. Im Folgenden muss daher untersucht werden, ob mitgliedstaatlich geregelte Mitbewerber- oder Verbandsklagen diesen Anforderungen genügen oder unanwendbar sind. **83**

III. Durchsetzungssystem der DS-GVO

Die von dieser Arbeit zu untersuchende Frage, ob Datenschutzverstöße durch Mitbewerber und Verbände verfolgt werden können, hängt von einer möglichen Sperrwirkung des Durchsetzungssystems der DS-GVO (Art. 77 ff. DS-GVO) ab. Ob und inwieweit Spielräume eröffnet sind, ist durch Auslegung dieser Bestimmungen der DS-GVO zu ermitteln.²⁶¹ Das achte Kapitel der DS-GVO wird mit der Trias Rechtsbehelf, Haftung und Sanktion überschrieben und enthält verschiedene Mechanismen zur Rechtsdurchsetzung. **84**

Neben der grundsätzlich immer möglichen, eigenmächtigen gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechte durch die Betroffenen (Art. 79 DS-GVO) kann die Durchsetzung **85**

²⁵⁷ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 22 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 89.

²⁵⁸ *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 17.

²⁵⁹ *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 1.

²⁶⁰ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 51 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Piltz*, BDSG, 2018, Einleitung Rn. 15;

Rofsnagel, in: Rofsnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 2 Rn. 20.

²⁶¹ Vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 51 ff. – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 37.

der datenschutzrechtlichen Vorgaben der DS-GVO durch die Aufsichtsbehörden erfolgen (Art. 77 f. DS-GVO). Hierzu steht der Behörde ein umfassendes Repertoire an Befugnissen zur Verfügung (Art. 58 DS-GVO), einschließlich der Verhängung von Geldbußen (Art. 83 DS-GVO). Interne Abhilfe bei Datenschutzverstößen kann ferner der betriebliche bzw. interne Datenschutzbeauftragte leisten, welcher nach Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO die Einhaltung der DS-GVO und weiterer Datenschutzvorschriften sowie die Datenschutzstrategien des Verantwortlichen zu überwachen hat.²⁶² Auch Verbände können nach Maßgabe des Art. 80 DS-GVO im Auftrag der Betroffenen (Abs. 1) oder unabhängig von einem Auftrag (Abs. 2) den Betroffenen unterstützen. Eine eindeutige Klarstellung über die Zulässigkeit einer Verfolgung von Datenschutzverstößen durch die Mitbewerber enthält die DS-GVO demgegenüber nicht.

- 86** Eine über die DS-GVO hinausgehende lauterkeitsrechtliche Sanktionierung von Datenschutzverstößen ist jedenfalls dann möglich, wenn das Unionsrecht den nationalen Gesetzgebern einen Spielraum belässt. Anders sieht es aus, wenn die Art. 77 ff. DS-GVO ein in sich geschlossenes und austariertes Durchsetzungssystem vorsehen, das keine bzw. nur beschränkte mitgliedstaatliche Regelungsspielräume erlaubt. In diesem Fall ist ein Rückgriff auf die Normen des UWG oder des UKlaG zur Begründung einer Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern bzw. Verbänden im Falle von Datenschutzverstößen grundsätzlich verwehrt.²⁶³ Mit anderen Worten: Die Frage nach der Charakterisierung von Verstößen gegen die DS-GVO als unlauter i. S. d. UWG bzw. Datenschutznormen als Verbraucherschutzgesetz i. S. d. UKlaG erübrigt sich, wenn und soweit bereits das Durchsetzungssystem der Art. 77 ff. DS-GVO als abschließend anzusehen ist.²⁶⁴
- 87** Das Problem abgeschlossener Durchsetzungssysteme stellt sich üblicherweise beim Rechtsbruchtatbestand (§ 3a UWG).²⁶⁵ Hierbei geht es um die Konkurrenzen von Rechtsfolgen, Normauslegung und Vollzug.²⁶⁶ Vorliegend reicht diese Problematik aber über den Rechtsbruchtatbestand hinaus. Datenschutzverstöße können auch Verstöße gegen weitere Unlauterkeitstatbestände des UWG bedeuten und auch innerhalb des UKlaG von Bedeutung sein, sodass die Frage der Sperrwirkung zulasten von Mitbewerbern und Verbänden unabhängig vom Rechtsbruchtatbestand betrachtet werden muss.

²⁶² Kühling/Martini, EuZW 2016, 448, 452.

²⁶³ Vgl. allgemein hierzu *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 57.

²⁶⁴ *Zentgraf*, DVBl 2020, 167, 167 ff.

²⁶⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.32.

²⁶⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.32.

IV. Die Stellung von Verbänden in der DS-GVO

Anders als die DSRL, mit ihrer rudimentären Regelung des Art. 28 Abs. 4 UAbs. 1 DSRL über eine Vertretungsbefugnis für Verbände mit Blick auf Eingaben bei Kontrollstellen, enthält Art. 80 DS-GVO detailliertere Regelungen über die Stellung von Einrichtungen, Organisationen oder Vereinigungen (im Folgenden „Verbände“) im System der datenschutzrechtlichen Rechtsdurchsetzung.²⁶⁷ Eine Regelung zur Rechtsdurchsetzung durch Mitbewerber hält diese Regelung dahingegen offensichtlich nicht vor.²⁶⁸ Die Durchsetzung des Datenschutzrechts liegt damit nicht nur in den Händen der Aufsichtsbehörden und der Betroffenen, sondern auch in denen der Verbände.²⁶⁹ Die Möglichkeit der Verbandsdurchsetzung ist vor allem deshalb interessant, da sie vorhandene Durchsetzungsdefizite im Bereich des Datenschutzrechts verringern könnte.²⁷⁰ Die Norm differenziert dabei zwischen der Möglichkeit einer Beauftragung eines Verbandes durch die betroffene Person (Abs. 1) sowie dem Tätigwerden eines Verbandes ohne entsprechenden Auftrag (Abs. 2).

88

1. Anforderungen an die Verbände

Die Anforderungen, die Art. 80 Abs. 1 DS-GVO an Verbände stellt und auf die Art. 80 Abs. 2 DS-GVO Bezug nimmt, sind hoch angesetzt.²⁷¹ Der Verband muss ausweislich des Wortlauts ordnungsgemäß nach mitgliedstaatlichem Recht gegründet worden sein, ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln und im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten tätig sein. Daneben müssen deren satzungsmäßige Ziele im öffentlichen Interesse liegen.

89

a. Rechtsfähigkeit

Aus der Aufzählung „Einrichtung, Organisationen oder Vereinigung“²⁷² kann geschlossen werden, dass die Rechtsform des Verbandes unerheblich ist, solange dieser nur ordnungsgemäß gegründet und zumindest teilrechtsfähig ist.²⁷³ Das ist für

90

²⁶⁷ Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 271 f.; Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 4; Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 3; González Fuster, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1144; Keppeler, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 1.

²⁶⁸ Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 20; Köhler, ZD 2018, 337; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 303 f.; Spindler/Horváth, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 24.

²⁶⁹ V. Lewinski, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 1 f.; Frenzel, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80

DS-GVO Rn. 1; Keppeler, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 6.

²⁷⁰ Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 1 f.; González Fuster, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1146; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 536; vgl. bereits → Rn. 5 ff.

²⁷¹ Frenzel, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 8.

²⁷² In Erwägungsgrund 142 sind nicht „Vereinigungen“, sondern „Verbände“ genannt.

²⁷³ Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 235; v. Lewinski, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl.

die Parteifähigkeit des Verbandes (§ 50 ZPO²⁷⁴) erforderlich.²⁷⁵ Aus diesem Grund stellt etwa auch ein Betriebsrat keinen Verband dar, denn diesem fehlt die Rechtsfähigkeit.²⁷⁶

b. Ordnungsgemäße Gründung

- 91** Der Verband muss – vergleichbar mit Art. 3 Unterlassungsklagen-RL – nach dem Recht eines Mitgliedstaats ordnungsgemäß gegründet worden sein. Es wurde demnach auf die Gründungstheorie²⁷⁷ zurückgegriffen, sodass es nicht auf den Sitz der Hauptverwaltung ankommt.²⁷⁸ Anders als in Art. 4 der Unterlassungsklagen-RL muss der Verband jedoch nicht in eine Liste für qualifizierte Einrichtungen eingetragen werden, was zu einem erhöhten Prüfungsaufwand für Gerichte und Aufsichtsbehörden und Beweisschwierigkeiten für den Verband führen kann.²⁷⁹ Das kann insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten der Fall sein.

c. Altruistische Zielsetzung

- 92** Um Verbände auszuschließen, die primär oder ausschließlich im eigenen Interesse agieren, stellt Art. 80 Abs. 1 DS-GVO strenge Anforderungen an die verfolgten Interessen. Erforderlich ist zum einen, dass der Verband ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt. Besonders Abmahnvereine sollen hierdurch ausgeschlossen werden.²⁸⁰ Aber auch kommerzielle Rechtsdienstleister sind nicht von Art. 80 Abs. 1 DS-GVO umfasst.²⁸¹ Nachdem das Merkmal der fehlenden Gewinnerzielungsabsicht unionsrechtlich-autonom²⁸² auszulegen ist, kann nicht die mitgliedstaatliche steuerrechtliche Gemeinnützigkeit als deren Umschreibung zugrunde gelegt werden.²⁸³ Nicht

2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 5; Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.97; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 4.

²⁷⁴ Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 5.12.2005, BGBl. I S. 3202, ber. 2006 I S. 431 und 2007 I S. 1781.

²⁷⁵ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 235.

²⁷⁶ *Kort*, ZD 2017, 3, 7; **a. A.** wohl *Weichert*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 1a.

²⁷⁷ EuGH BeckRS 2004, 74969 Rn. 56 ff., 94 – *Überseering*; EuGH BeckRS 2005, 70210 Rn. 60 – *AMI Semiconductor Belgium*.

²⁷⁸ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 236; *Leupold/Schrems*, in: *Knyrim*, *Der DatKomm*, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 10.

²⁷⁹ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 236 f.; *Leupold/Schrems*, in: *Knyrim*, *Der DatKomm*, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 11; Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.97.

²⁸⁰ Ausführlich *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 237 f.; vgl. auch *Becker*, in: *Plath*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Bergt*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 7; *Karg*,

in: *BeckOK DatenschutzR*, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 11a.2; *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 8.

²⁸¹ *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, in: *Moos/Schefzig/Arning*, *Praxishandbuch DS-GVO*, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 200; *Karg*, in: *BeckOK DatenschutzR*, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 11a.2; vgl. Begründung des Rates: Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), *Abl.* 2016/C 159/02 Ziffer 9.2.

²⁸² Vgl. EuGH GRUR 2020, 1082 Rn. 46 – *Recorded Artists Actors Performers Ltd/Phonographic Performance [Ireland] Ltd*; EuGH NVwZ 2001, 421 Rn. 43 – *Linster*; EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 47 – *Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49*.

²⁸³ *V. Lewinski*, in: *Eßler/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO

ausgeschlossen werden Entgelte, sofern diese die tatsächlich anfallenden Kosten decken.²⁸⁴ Mitbewerber fallen nicht unter den Verbandsbegriff des Art. 80 Abs. 1 DSGVO, da sie nicht fremd- sondern eigennützig agieren.²⁸⁵

Die satzungsmäßigen Ziele des Verbandes müssen ferner im öffentlichen Interesse liegen. Bei Verbänden, die sich satzungsmäßig dem Datenschutz verschrieben haben, kann das ohne Weiteres angenommen werden, auch wenn der Wortlaut einen Datenschutzbezug insoweit nicht fordert.²⁸⁶ Beispielhaft kann das Ziel der Prävention von Datenschutzverstößen als gedecktes satzungsmäßiges Ziel genannt werden.²⁸⁷

Es ist nicht schädlich, dass der Verband nicht unabhängig ist, sondern im Interesse der Betroffenen agiert.²⁸⁸ Das folgt bereits daraus, dass die Verbände als verlängerter Arm der Betroffenen anzusehen sind. Insoweit führt die Begründung zum Standpunkt des Rates in erster Lesung zu Kapitel VIII der DS-GVO aus: „Im Standpunkt des Rates in erster Lesung wird eine Reihe von Vorschriften festgelegt, mit denen den betroffenen Personen mehrere Möglichkeiten für Rechtsbehelfe geboten werden, so auch die Möglichkeit, bei Schäden infolge von Verstößen gegen die Verordnung Schadensersatz zu verlangen.“²⁸⁹ Dass die Verbände hierbei auch parteiisch sein dürfen, erschließt sich damit eigentlich von selbst.

d. Tätigkeit im Bereich Datenschutz

Zuletzt ist an den Verband die Anforderung zu stellen, dass dieser „im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten tätig“ sein muss. Hintergrund ist der Nach-

BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 6; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 14.

²⁸⁴ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 15; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 238; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 5; *Becker*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 8; *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 6; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 4.

²⁸⁵ Vgl. *Eickhoff/Woger*, ZD 2020, 593, 594.

²⁸⁶ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 12; *Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 444.

²⁸⁷ *Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 444.

²⁸⁸ **A. A.** ohne Begründung *Platzer*, Die Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle, 2019, S. 118.

²⁸⁹ Begründung des Rates: Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Abl. 2016/C 159/02 Ziffer 9.

weis einer Sachnähe des Verbandes und eines eigenen Interesses an der Rechtsdurchsetzung.²⁹⁰ Die ausschließliche (monothematische) Spezialisierung auf den Bereich des Datenschutzes ist nicht erforderlich.²⁹¹ Ein bestimmtes Maß an Schwerpunktsetzung lässt sich der Norm auch nicht entnehmen, sodass zur Erfüllung dieses Merkmals eine irgendwie geartete Betätigung in diesem Bereich ausreichend ist.²⁹² Generalanwalt *Richard de la Tour* spricht insoweit davon, dass die Zielsetzung „mit dem Schutz personenbezogener Daten in Zusammenhang steht“²⁹³. Hierzu reicht es aus, wenn der Verband in der vielfältigen Schnittmenge von Verbraucher- und Datenschutz tätig wird.²⁹⁴

e. Weitergehende mitgliedstaatliche Anforderungen

- 96 Den Mitgliedstaaten ist es im Rahmen des unmittelbar anwendbaren Art. 80 Abs. 1 DS-GVO verwehrt, strengere Anforderungen an den Verband zu stellen. Sollten die Mitgliedstaaten dennoch solche Einschränkungen vorsehen, sind diese aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unanwendbar.
- 97 So sieht das französische Recht ein „Mindestalter“ für Verbände vor.²⁹⁵ Das belgische Recht verlangt etwa eine mindestens dreijährige Tätigkeit auf dem Gebiet des Schutzes der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten,²⁹⁶ was faktisch ebenfalls zu einem Mindestalter führt. Nachdem das Bestehen für einen Mindestzeitraum keinen Bezug zur ordnungsgemäßen Gründung des Verbands nach mitgliedstaatlichem Recht aufweist,

²⁹⁰ *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 9; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 18.

²⁹¹ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 61 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 9; v. *Lewinski*, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 7; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 19; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 80 DS-GVO Rn. 8; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; *Benecke/Spiecker gen. Döhmman*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 82; **a. A.** offenbar *Spiegel*, in: DSRITB 2020, S. 381, 385.

²⁹² Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 61 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-

GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 9; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 19; *Benecke/Spiecker gen. Döhmman*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 82; zurückhaltender *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 10.

²⁹³ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 61 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

²⁹⁴ *Benecke/Spiecker gen. Döhmman*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 82.

²⁹⁵ *Gerhold*, EuZW 2020, 849, 849.

²⁹⁶ Art. 220 § 2 loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

gerät diese Anforderung in Konflikt mit Art. 80 Abs. 1 DS-GVO. Die genannte Einschränkung durch das französische Recht wird deshalb zurecht von der französischen Datenschutzaufsichtsbehörde CNIL nicht angewendet.²⁹⁷

Art. 80 Abs. 1 DS-GVO verlangt auch keine Eintragung des Verbands in ein verbindliches Verzeichnis, wie es etwa Art. 4 Unterlassungsklagen-RL vorsieht.²⁹⁸ Gerichte und Aufsichtsbehörden müssen deswegen in jedem Fall die Voraussetzung des unmittelbar anwendbaren Art. 80 Abs. 1 DS-GVO prüfen.²⁹⁹

f. Beispiele für Verbände

Es haben sich mittlerweile spezialisierte NGOs herausgebildet, die gegen Datenschutzverstöße vorgehen und unter Art. 80 Abs. 1 DS-GVO gefasst werden können. Zu nennen sind beispielsweise „*noyb*“, „*La Quadrature du Net*“, die „*Gesellschaft für Freiheitsrechte*“ und die „*Deutsche Vereinigung für Datenschutz*“.³⁰⁰

So hat etwa *noyb* Beschwerde gegen Apple wegen datenschutzrechtlich problematischer personenbezogener Kennungen³⁰¹ und eine Airline wegen der kostenpflichtigen Geltendmachung von Betroffenenrechten³⁰² eingereicht. Im Rahmen einer größer angelegten Überprüfung hatte dieser Verband auch 101 Beschwerden gegen Webseitenbetreiber wegen Übermittlung personenbezogener Daten ins EU-Ausland erhoben.³⁰³ 422 Beschwerden bei zehn Datenschutzaufsichtsbehörden legte *noyb* wegen möglicherweise mangelhafter Cookie-Banner nach einer weiteren großangelegten Überprüfung von bis zu 10.000 Webseiten ein.³⁰⁴ *La Quadrature du Net* konnte durch eine Beschwerde erreichen, dass Google eine Geldbuße in Höhe von 50 Millionen Euro³⁰⁵ und Amazon sogar in Höhe von 749 Millionen Euro³⁰⁶ auferlegt wurde. Hieraus wird ersichtlich, dass sich bereits spezialisierte Verbände zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen gebildet haben. Aber auch bestehende Institutionen können eine aktive Rolle in der Durchsetzung einnehmen. Im Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes könnten auch Gewerkschaften als Verband eingestuft

²⁹⁷ Gerhold, EuZW 2020, 849, 849.

²⁹⁸ Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 11.

²⁹⁹ Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 11.

³⁰⁰ González Fuster, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1146; v. Lewinski, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 8; Nemitz, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 13 Fn. 16; Jahnel, in: Jahnel, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 4; McCullagh/Tambou/Bourton, National Adaptations of the GDPR, 2019, S. 25.

³⁰¹ *noyb*, *noyb* reicht Beschwerden gegen den "IDFA" Tracking-Code von Apple ein, Pressemitteilung v. 16.11.2020.

³⁰² *noyb*, Wizz Air: 1 € für einen Flug, 35 € für deine DSGVO Rechte, Pressemitteilung v. 21.10.2020.

³⁰³ *noyb*, Update zu *noybs* 101 Beschwerden zu EU-US Datentransfers – nur ein Land sticht positiv hervor, Pressemitteilung v. 22.9.2020.

³⁰⁴ *noyb*, *noyb* reicht 422 formelle DSGVO-Beschwerden gegen Cookie-Banner-Wahnsinn ein, Pressemitteilung v. 10.8.2021.

³⁰⁵ *La Quadrature du Net*, First sanction against Google following our collective complaints, Pressemitteilung v. 21.1.2019.

³⁰⁶ *La Quadrature du Net*, Amazon fined 749 million euros following our collective legal action, Pressemitteilung v. 30.7.2021.

98

99

100

101

werden.³⁰⁷ Der Hauptanwendungsbereich des Art. 80 DS-GVO liegt augenscheinlich aber bei den klassischen Verbraucherverbänden.³⁰⁸ Hierunter fallen dementsprechend auch qualifizierte Einrichtungen nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG³⁰⁹ und § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG^{310 311}.

2. Tätigwerden nach Beauftragung durch den Betroffenen (Art. 80 Abs. 1 DS-GVO)

- 102** Die Effektivität eines Vorgehens durch Verbände hängt – neben den persönlichen Anforderungen an die Verbände – maßgeblich von den Rechten ab, die ihnen zur Durchsetzung eingeräumt werden. Die betroffene Person hat nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO das Recht Verbände zu beauftragen, in ihrem Namen eine Beschwerde einzureichen, in ihrem Namen die in den Art. 77 bis 79 DS-GVO genannten Rechte wahrzunehmen und, sofern dieses im Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen ist, das Recht auf Schadensersatz gemäß Art. 82 DS-GVO in Anspruch zu nehmen. Bei der Möglichkeit zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs handelt es sich folglich um eine fakultative Öffnungsklausel, deren Einräumung im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt.³¹² Derartiges wurde vom deutschen Gesetzgeber jedenfalls nicht im BDSG geregelt.³¹³
- 103** Aus Art. 80 Abs. 1 DS-GVO folgt unmittelbar, dass betroffene Personen die Verbände mit der Wahrnehmung des Beschwerderechts und der Einlegung gerichtlicher Rechtsbehelfe im Namen des Betroffenen beauftragen können.³¹⁴ Das Merkmal „in

³⁰⁷ V. Lewinski, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 9; Karg, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 11a.1.

³⁰⁸ Schwichtenberg, PinG 2017, 104, 106; Uebele, GRUR2019, 694, 697; Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; v. Lewinski, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 8; Nemitz, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 5; Schefzig/Rothkegel/Cornelius, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 199; Karg, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 11a.1: vgl. Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 61 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

³⁰⁹ → Rn. 341 f.

³¹⁰ → Rn. 751 f.

³¹¹ Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 61 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-

GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; Becker, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; Werkmeister, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 4; a. A. Spiegel, in: DSRITB 2020, S. 381, 384 f. mit dem Argument, dass unzulässigerweise gleichzeitig andere Interessen verfolgt würden.

³¹² Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 56 Fn. 35 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 2, 20; v. Lewinski, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; Keppeler, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; Schefzig/Rothkegel/Cornelius, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 196.

³¹³ Werry/Knoblich, MPR 2017, 1, 6; Härting, IPRB 2016, 141, 142; Härting, Datenschutz-Grundverordnung, 2016, Rn. 234.

³¹⁴ Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la

ihrem Namen“ ist unpräzise und könnte sich sowohl auf den Verband als auch auf die betroffene Person beziehen.³¹⁵ Aus den anderen Sprachfassungen der DS-GVO ergibt sich jedoch, dass „im Namen der betroffenen Person“ („on his or her behalf“) gemeint ist.³¹⁶

Durch die Notwendigkeit der Beauftragung wird zum einen der Individualbezug zum Betroffenen hergestellt, womit kein originäres Klage- bzw. Beschwerderecht des Verbands anzunehmen ist.³¹⁷ Die Möglichkeit zur Rechtswahrnehmung durch den Verband kann damit zum anderen in seinem Umfang nicht über das geltend zu machende Recht des Betroffenen hinausgehen und ist überdies auf den Umfang der Beauftragung beschränkt.³¹⁸

104

Eine über den einzelnen Betroffenen hinausgehende, kollektive Rechtsdurchsetzung liegt im Rahmen des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO nur dann vor, wenn der Verband durch mehrere Betroffene beauftragt wird.³¹⁹ Dieser kann dann gebündelt Beschwerden oder gerichtliche Rechtsbehelfe einreichen.³²⁰ Denkbar bleibt daneben auch die Durchführung eines Musterverfahrens.³²¹ Letzteres kann insbesondere aufgrund des weitgehenden Gerichtsstands der Niederlassung (Art. 79 Abs 2 S. 1 DS-GVO) des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters attraktiv sein.³²²

105

Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 56 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; BGH WRP 2020, 1182 Rn. 36 – App-Zentrum; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 7; *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1847.

³¹⁵ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 239.

³¹⁶ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 239; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 7; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 7 Fn. 8.

³¹⁷ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 21.

³¹⁸ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 21; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-

GVO Rn. 11; *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 9; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 309.

³¹⁹ *Gludig*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 439 f.

³²⁰ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 1.

³²¹ *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 1; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 1.

³²² Siehe hierzu Rn. 74.

a. Bedeutung für das mitgliedstaatliche Recht

aa. Erlaubnis der Erbringung von Rechtsdienstleistungen

106 Die dogmatische Einordnung des Rechts des Verbands nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO ist nicht eindeutig. In jedem Fall enthält Art. 80 DS-GVO die unionsrechtliche Befugnis des Verbands, Rechtsdienstleistungen zu erbringen.³²³ Art. 80 Abs. 1 DS-GVO stellt insoweit eine Erlaubnis „aufgrund anderer Gesetze“ nach § 3 RDG³²⁴ dar.

bb. Prozessvertretung oder Prozesstandschaft?

(1) Regelung einer Prozesstandschaft

107 Teilweise wird vertreten, es handele sich bei Art. 80 Abs. 1 DS-GVO um eine besondere Form der Prozesstandschaft.³²⁵ Für die Einstufung als Prozesstandschaft wird vorgebracht, dass das „Aufdrängen“ einer Parteirolle des Betroffenen durch eine Vertretung dem Ziel der Norm, den Vollzug datenschutzrechtlicher Vorgaben zu verbessern, entgegenläuft.³²⁶ Insbesondere die drohende Kostenlast (über mehrere Instanzen) sowie die Verschuldenszurechnung nach § 85 Abs. 2 ZPO könnten dazu führen, dass von der Möglichkeit der Beauftragung eines Verbands abgesehen wird.³²⁷

(2) Wahlrecht der Mitgliedstaaten

108 Angesichts dessen, dass die Norm primär ein Opt-in-Prinzip und den Umfang des Tätigwerdens des Verbands umschreiben soll, wird andererseits vertreten, dass sowohl eine Prozesstandschaft als auch eine Prozessvertretung von Art. 80 Abs. 1 DS-GVO unter der Berücksichtigung der Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität gedeckt seien.³²⁸ Hiernach ist der Mitgliedstaat in diesen Grenzen frei, welche dogmatische Konstruktion gewählt wird.

³²³ V. Lewinski, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 26; Boehm, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 80 DS-GVO Rn. 17; Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 11a; vgl. auch Keppeler, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 7; a. A. offenbar Roßnagel, Datenschutzaufsicht nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, S. 137 Fn. 127; Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 5; Nemitz, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 9.

³²⁴ Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG) v. 12.12.2007, BGBl. I S. 2840.

³²⁵ „eine Art Prozesstandschaft“, so Schantz, NJW 2016, 1841, 1847; Schantz, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1271; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a

UWG Rn. 1.40e; Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 6; Köhler, WRP 2019, 1279 Rn. 30; Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 15; Schefzig/Rothkegel/Cornelius, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 193; Koch, Verbraucherprozessrecht, 2. Aufl. 2019, S. 199 Fn. 521; Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 240; Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.98; Stadler, in: FS Roth, 2021, S. 539, 555; Spiegel, in: DSRITB 2020, S. 381, 386; Benecke/Spiecker gen. Döhmman, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 82.

³²⁶ Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 240.

³²⁷ Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 240.

³²⁸ Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 22; vgl. allgemein hierzu Streinz, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwal-

(3) Regelung einer gewillkürten Vertretung

Richtigerweise regelt Art. 80 Abs. 1 DS-GVO eine gewillkürte Verfahrens- bzw. Prozessvertretung.³²⁹ Für diese Auslegungsmöglichkeit kann der Wortlaut der Norm „Vertretung“³³⁰ und „in ihrem Namen“ herangezogen werden, der stark für eine solche Auslegung streitet.³³¹ Insoweit werden die nationalen Verfahrensordnungen (z. B. § 79 Abs. 2 ZPO³³², § 67 Abs. 2 VwGO³³³) durch Art. 80 Abs. 1 DS-GVO „überformt“, denn diese sehen kein Vertretungsrecht für die meisten in Betracht kommenden Verbände vor.³³⁴ Gegen eine Anwendung von § 79 Abs. 2 S. 3 ZPO spricht jedoch nichts, sodass eine Vertretung durch die Organe des Verbands zu fordern ist, was regelmäßig zu einer Untervertretung führen dürfte.

109

Wird in Art. 80 Abs. 1 DS-GVO eine Vertretungsregelung erblickt, stellen sich Fragen der Bindungen im Innenverhältnis. Anders als im Falle einer Prozessstandschaft³³⁵ wird man bei einer Prozessvertretung dem Betroffenen einen inhaltlichen Einfluss auf die Prozessführung nicht verwehren können.³³⁶ Das hängt nicht zuletzt mit den nachteiligen Folgen eines Prozessverlusts für den Betroffenen zusammen. Wie genau die Einflussmöglichkeiten des Betroffenen ausgestaltet sind, richtet sich nach dem zwischen Verband und Betroffenen geschlossenen Rechtsverhältnis, das sich

110

tungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 45 Rn. 50; *Galetta*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 46 passim.

³²⁹ *Kreße*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 78 DS-GVO Rn. 60 und Art. 80 DS-GVO Rn. 10; *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 8; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 1; *Becker*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 3; *Heintze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 195; *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 2017, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; *Laue*, in: Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 11 Rn. 45; *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 9, 15; *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 12; *Franck*, in: Lepperhoff/Müthlein, Leitfaden zur Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, S. 223, 238; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 3.

³³⁰ „representation“ (engl.); représentation (frz.).

³³¹ Vgl. *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm,

16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 22; *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 2017, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 7; zweifelnd am Wert dieses Arguments *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 240.

³³² → Rn. 842 ff.

³³³ Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 19.3.1991, BGBl. I S. 686; hierzu *Sydow*, ZG 2016, 237, 240; vgl. auch *Raab*, Die Harmonisierung des einfachgesetzlichen Datenschutzes, 2015, S. 207 ff.

³³⁴ *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 8; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 6; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 11c; vgl. *Benecke/Spiecker gen. Döhmman*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 82 (Prozessstandschaft).

³³⁵ *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 6.

³³⁶ *Nemitz*, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 8.

grundsätzlich nach mitgliedstaatlichen Recht richtet.³³⁷ Im Regelfall wird es sich um einen (unentgeltlichen) Auftrag nach §§ 662 ff. BGB handeln.³³⁸

cc. Postulationsfähigkeit

(1) Vornahme von Verfahrenshandlungen

- 111** Unabhängig davon ist unklar, ob sich aus Art. 80 Abs. 1 DS-GVO auch ein Recht zur Vornahme von Prozess- bzw. Verfahrenshandlungen ergibt. Mit Blick auf das Verwaltungsverfahren bei Einreichung einer Beschwerde ist dies jedenfalls bereits aufgrund des eindeutigen Wortlauts („das Recht, eine Einrichtung [...] zu beauftragen, [...] eine Beschwerde einzureichen“) zu bejahen, sodass entgegenstehende Vorgaben des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts außen vor bleiben.³³⁹ Es würde überdies dem Zweck des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO zuwiderlaufen, wenn nach dem Recht eines Mitgliedstaats eine zusätzliche Beauftragung eines Vertreters durch den Verband notwendig wäre oder der Betroffene entgegen dem Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO („in ihrem Namen eine Beschwerde einzureichen“) die Beschwerde selbst einreichen müsste.³⁴⁰

(2) Vornahme von Prozesshandlungen

- 112** Die Postulationsfähigkeit in Gerichtsprozessen erweist sich ebenfalls als problematisch. So weicht der Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO im Falle der gerichtlichen Rechtsbehelfe ab („die [...] genannten Rechte wahrzunehmen“ anstelle „in ihrem Namen eine Beschwerde einzureichen“), was eventuelle mitgliedstaatliche Vertretungszwänge noch zulassen könnte, sodass sich auch der Verband ordnungsgemäß durch einen Prozessvertreter vertreten lassen müsste.³⁴¹ Gegen eine solche Auslegung wird angeführt, dass das letztlich zur Entleerung des Vertretungsrechts des Verbands führen könnte, sodass sich aus Art. 80 Abs. 1 DS-GVO auch eine Postulationsfähigkeit der organschaftlichen Vertreter des Verbands ableiten lassen muss.³⁴² So sieht etwa auch das deutsche Recht die Postulationsfähigkeit von Verbandsvertretern bei einer Tätigkeit in einem bestimmten Bereich vor (vgl. § 11 Abs. 4 S. 2 ArbGG vor

³³⁷ Nemitz, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 8.

³³⁸ Nemitz, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 8.

³³⁹ Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 11b; ähnlich Keppeler, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 14; Krejse, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; a. A. Nemitz, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 9; v. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 11.

³⁴⁰ Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 11b; Krejse, in: Sydow, EU-

DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 11.

³⁴¹ Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 246; v. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 11; Werkmeister, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 8; Nemitz, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; Becker, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 3; Guckelberger, Deutsches Verwaltungsprozessrecht unter unionsrechtlichem Anpassungsdruck, 2017, S. 86 f.; Georgieva/Schmidl, in: Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger, DSGVO, 2017, Art. 80 DS-GVO Anm. 5.

³⁴² Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 11c; Krejse, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 11.

den LAG). Gegen die Annahme der Regelung einer Postulationsfähigkeit spricht aber, dass die Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO zwar eine Tätigkeit im Bereich des Datenschutzrechts erfordern, damit aber nicht zwingend eine vertiefte Rechtskunde, insb. hinsichtlich des Prozessrechts, verbunden ist. Aus diesem Grund erscheint es für die Mitgliedstaaten durchaus möglich, im Rahmen ihrer Verfahrensaautonomie spezielle Anforderungen an die Verbände zu stellen. Für gewöhnlich lassen sich Verbände schon bisher regelmäßig durch spezialisierte Anwälte vertreten, sodass diese Einschränkung der Rechtsdurchsetzung praktisch nicht erheblich ins Gewicht fallen dürfte.

b. Handlungsmöglichkeiten des Verbands nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO

Es wurde bereits festgestellt, dass Art. 80 Abs. 1 DS-GVO sich akzessorisch zu den Rechten der betroffenen Person verhält. Es kommt daher maßgeblich darauf an, wie weitreichend Betroffene ihre Rechte selbst durchsetzen könnten. Zum einen besteht die Möglichkeit der aufsichtsbehördlichen Durchsetzung, zum anderen kann der Betroffene selbst gerichtlich gegen den Verantwortlichen vorgehen. Beide Möglichkeiten sollen aufgrund der Akzessorietät im Folgenden näher untersucht werden.

113

aa. Durchsetzung durch Aufsichtsbehörde (Art. 77 f. DS-GVO)

Die maßgebliche Durchsetzung des Datenschutzrechts zur Verwirklichung des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und des freien Datenverkehrs erfolgt behördlich durch die unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten (Art. 51 Abs. 1 DS-GVO; Erwägungsgrund 117 S. 1).³⁴³ Diesen obliegt die Überwachung der Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben, wozu ihnen entsprechende Befugnisse zur Durchsetzung an die Hand gegeben werden.³⁴⁴ Die Aufsichtsbehörden müssen von Amts wegen die Anwendung der DS-GVO überwachen und durchsetzen (Art. 57 Abs. 1 lit. a DS-GVO³⁴⁵).³⁴⁶ Daneben können bzw. müssen sie auf Beschwerden der Betroffenen und Verbände (Art. 77

114

³⁴³ *Roßnagel*, Datenschutzaufsicht nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, S. 1; vgl. auch *Polenz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Datenschutzrecht, 2019, Art. 51 DS-GVO Rn. 2; EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 107 ff. – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; zur DSRL EuGH NJW 2010, 1265 Rn. 17 ff. – Kommission/Deutschland; EuGH ZD 2012, 563 Rn. 40 ff. – Kommission/Österreich; EuGH ZD 2014, 301 Rn. 47 ff. – Kommission/Ungarn; EuGH WRP 2015, 1319 Rn. 40 ff. – Schrems/Data Protection Commissioner (Safe Harbor).

³⁴⁴ EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 107 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; zur DSRL EuGH WRP 2015, 1319 Rn. 43 – Schrems/Data Protection Commissioner (Safe Harbor);

Roßnagel, Datenschutzaufsicht nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, S. 1; *Polenz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Datenschutzrecht, 2019, Art. 51 DS-GVO Rn. 9.

³⁴⁵ Lit. a kann als Kernaussage des Art. 57 Abs. 1 DS-GVO aufgefasst werden, welcher durch die anderen Buchstaben weiter ausgeformt wird, vgl. *Boehm*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 57 DS-GVO Rn. 9; *Polenz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Datenschutzrecht, 2019, Art. 57 DS-GVO Rn. 1.

³⁴⁶ EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 108 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems.

Abs. 1, 80 DS-GVO) bzw. auf Anregung Dritter tätig werden, wie sich aus Art. 57 Abs. 1 lit. f DS-GVO ergibt.³⁴⁷

(1) Durchsetzung von Amts wegen

- 115** Die Aufsichtsbehörden können – neben der vielfach präventiv erfolgenden Öffentlichkeitsarbeit zur Sensibilisierung – von Amts wegen tätig werden, um die korrekte Einhaltung der DS-GVO sicherzustellen. So führen die Datenschutzaufsichtsbehörden häufig und bisweilen auch mit anderen Aufsichtsbehörden koordiniert groß angelegte Überprüfungen der Verantwortlichen bzw. deren Auftragsverarbeiter durch.³⁴⁸
- 116** So wurde im August 2020 durch Pressemitteilungen verlautbart, dass Online-Angebote auf den korrekten Einsatz von Tracking-Technologien hin überprüft werden sollen.³⁴⁹ Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit *Caspar* überprüfte darüber hinaus beispielsweise 100 Gaststätten daraufhin, ob die nach der „Corona-Verordnung“³⁵⁰ der Hansestadt zu erhebenden Kontaktdaten der Besucher ordnungsgemäß verwahrt wurden.³⁵¹ Gegen Betriebe, die auf die Hinweise nicht reagierten, wurden Bußgeldverfahren eingeleitet.³⁵²
- 117** Diese aus der jüngeren Vergangenheit herausgegriffenen Beispiele der Aufsichtstätigkeit zeigen, dass die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben bisweilen großflächig geprüft wird.

(2) Durchsetzung aufgrund einer Beschwerde

- 118** Die für Betroffene niederschwelligste, aber letztlich nur punktuelle Durchsetzungsmöglichkeit datenschutzrechtlicher Bestimmungen bietet die grundsätzlich nach Art. 57 Abs. 3 DS-GVO kostenfreie³⁵³ Beschwerde nach Art. 77 Abs. 1 DS-GVO. Nachdem der Verband die betroffene Person vertritt, ist anzunehmen, dass auch die Verbandsbeschwerde nach Art. 57 Abs. 3 DS-GVO grundsätzlich kostenfrei möglich ist, da Art. 80 Abs. 1 DS-GVO nur die Rechtsdurchsetzung für den Betroffenen vereinfachen soll.³⁵⁴

³⁴⁷ EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 109 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; vgl. v. *Lewinski*, in: Eßler/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 77 DS-GVO Rn. 1; vgl. *Spitka*, DSB 2021, 264, 264.

³⁴⁸ Vgl. *Benedikt*, ZdiW 2021, 374, 375.

³⁴⁹ *LfDI BW*, Länderübergreifende Datenschutz-Prüfung: Sind Tracking-Technologien auf Websites von Zeitungs-Verlagen rechtskonform?, Pressemitteilung v. 19.8.2020.

³⁵⁰ Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

³⁵¹ *HmbBfDI*, Kontaktdaten in Gaststätten vertraulich

behandeln! - Erste Bußgeldverfahren wegen offener Kontaktlisten, Pressemitteilung v. 14.8.2020.

³⁵² *HmbBfDI*, Kontaktdaten in Gaststätten vertraulich behandeln! - Erste Bußgeldverfahren wegen offener Kontaktlisten, Pressemitteilung v. 14.8.2020.

³⁵³ Eine Ausnahme gilt für offenkundig unbegründete oder – insbesondere im Fall von häufiger Wiederholung – exzessive Anträge nach Art. 57 Abs. 4 DS-GVO; vgl. *Polenz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 57 DS-GVO Rn. 59 ff.

³⁵⁴ *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 5.

- Die große praktische Bedeutung der Beschwerde zeigt sich nicht zuletzt an den gestiegenen Beschwerdezahlen bei den verschiedenen Datenschutzaufsichtsbehörden.³⁵⁵ Aus Sicht der Praxis finden Prüfverfahren durch die Aufsichtsbehörde deshalb in erster Linie aufgrund von Beschwerden Betroffener statt.³⁵⁶ **119**
- Nach Art. 77 Abs. 1 DS-GVO hat jede betroffene Person unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelfs das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde, wenn die betroffene Person der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen die DS-GVO verstößt. Der Beschwerdeführer ist nach Einlegung der Beschwerde gem. Art. 77 Abs. 2 DS-GVO fortlaufend über den Stand und die Ergebnisse der Beschwerde, einschließlich der Möglichkeit eines gerichtlichen Rechtsbehelfs, nach Art. 78 DS-GVO zu unterrichten. Nach Eingang einer Beschwerde hat die Aufsichtsbehörde gem. Art. 57 Abs. 1 lit. f DS-GVO sich mit ihr zu befassen, den Gegenstand der Beschwerde in angemessenem Umfang zu untersuchen und den Beschwerdeführer innerhalb einer angemessenen Frist über den Fortgang und das Ergebnis der Untersuchung zu unterrichten.³⁵⁷ **120**
- Dritte sind mit Ausnahme von Verbänden (Art. 80 DS-GVO) nicht beschwerdeberechtigt.³⁵⁸ Allerdings können Aufsichtsbehörden nach Kenntniserlangung durch Anregungen Dritter von Amts wegen ein Prüfverfahren einleiten.³⁵⁹ **121**
- Art. 80 Abs. 1 DS-GVO verlangt zwar eine Beauftragung durch Betroffene, finden sich jedoch genug „Musterbetroffene“, können Beschwerden durch Verbände strategisch koordiniert eingesetzt werden. So gründete der österreichische Aktivist *Maximilian Schrems* den bereits genannten Verband „*noyb*“, welcher durch gezielte Beschwerden bei verschiedenen Aufsichtsbehörden auf eine effektive Durchsetzung des Datenschutzrechts drängt.³⁶⁰ **122**

³⁵⁵ Vgl. o. A., ZD-Aktuell 2018, 06265; *BayLDA*, 9. Tätigkeitsbericht 2019, S. 10.

³⁵⁶ *Spitka*, DSB 2021, 264, 264; *Benadikt*, ZdiW 2021, 374, 375.

³⁵⁷ EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 109 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; zur DSRL EuGH WRP 2015, 1319 Rn. 53 ff. – Schrems/Data Protection Commissioner (Safe Harbor); VG Regensburg ZD 2020, 601 Rn. 20 – Unterlassungsanspruch gegen Videoüberwachung einer städtischen Parkanlage; v. *Lewinski*, in: *Eißer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 77 DS-GVO Rn. 1.

³⁵⁸ V. *Lewinski*, in: *Eißer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 77 DS-GVO Rn. 2.

³⁵⁹ *Pöiters/Werkmeister*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 77 DS-GVO Rn. 10 f.; v. *Lewinski*, in: *Eißer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 77 DS-GVO Rn. 2; aufgrund der geregelten Fristen für Beschwerden werden diese jedoch unter Umständen nachrangig durch die Aufsichtsbehörde bearbeitet, vgl. *BayLDA*, 9. Tätigkeitsbericht 2019, S. 10.

³⁶⁰ *Schrems*, in: *Nunner-Krautgasser/Garber/Klauser*, Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSGVO 2018, 2019, S. 37, 38.

123 So wurden beispielsweise nach der Ungültigerklärung des Angemessenheitsbeschlusses „Privacy Shield“³⁶¹ der EU-Kommission durch den EuGH³⁶² durch *noyb* 101 Beschwerden gegen Unternehmen eingereicht, die weiterhin personenbezogene Daten in die USA übermittelten.³⁶³ Aufgrund der umfassenden Befugnisse der Aufsichtsbehörde und der grundsätzlichen Kostenfreiheit der Beschwerde, kann eine solche Vorgehensweise erhebliche Breitenwirkung entfalten.

(3) Durchsetzungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden

124 Aufgaben und Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden sind auch im Bereich der DS-GVO zu trennen, wie sich aus Art. 57 f. DS-GVO ergibt und was vor allem für Grundrechtseingriffe von Relevanz ist.³⁶⁴ Überwachungs- und Durchsetzungsmaßnahmen bedürfen im Falle einer Verkürzung des grundrechtlichen Schutzes einer Befugnis, die das Handeln rechtfertigt.³⁶⁵ Zur Erfüllung ihrer Aufgaben (Art. 57 DS-GVO) steht den Behörden ein umfassendes Repertoire an Untersuchungs- und Abhilfebefugnissen zur Verfügung (Art. 58 Abs. 1, 2 DS-GVO).³⁶⁶ Sie kann Verantwortliche etwa unentgeltlich warnen bzw. verwarnen (Art. 58 Abs. 1 lit. a, b DS-GVO) oder direkt ein Bußgeldverfahren einleiten (Art. 58 Abs. 1 lit. i, Art. 83 DS-GVO).

125 Die unter Geltung der DS-GVO stark ausgeweitete Möglichkeit zur Verhängung von Geldbußen hat besonders für Aufsehen gesorgt.³⁶⁷ Beispielsweise wurde gegen den Telekommunikationsanbieter 1&1 ein Bußgeld in Höhe von 9,55 Millionen Euro wegen Verstößen gegen technisch-organisatorischer Maßnahmen nach Art. 32 DS-GVO verhängt.³⁶⁸ Die niedersächsische Datenschutzbeauftragte *Thiel* hat ferner gegen den Händler *notebooksbilliger.de* eine Geldbuße über 10,4 Millionen Euro wegen einer vermeintlich rechtswidrigen Videoüberwachung verhängt.³⁶⁹

³⁶¹ Durchführungsbeschluss (EU) 2016/1250 der Kommission vom 12.7.2016 gemäß der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des vom EU-US-Datenschutzschild gebotenen Schutzes (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen C(2016) 4176) vom 1.8.2016, ABL L 207/1.

³⁶² EuGH WRP 2020, 1158 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; hierzu *Botta*, CR 2020, 505; *Voigt*, CR 2020, 513; *Lejeune*, CR 2020, 522; *Seiler*, jurisPR-BKR 8/2020 Anm. 1; *Büttel*, jurisPR-ITR 16/2020 Anm. 4.

³⁶³ *noyb*, 101 Beschwerden zu EU-US-Transfers eingereicht, Pressemitteilung v. 17.8.2020.

³⁶⁴ *Polenz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 57 DS-GVO Rn. 4.

³⁶⁵ *Polenz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 57 DS-GVO Rn. 4.

³⁶⁶ EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 111 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems.

³⁶⁷ *Mantz/Marosi*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 3 Rn. 237.

³⁶⁸ *Schindler*, ZD-Aktuell 2020, 07282; dieses wurde jedoch durch das LG Bonn ZD 2021, 154 auf 900.000 € reduziert.

³⁶⁹ *Lfd Niedersachsen*, Lfd Niedersachsen verhängt Bußgeld über 10,4 Millionen Euro gegen *notebooksbilliger.de*, Pressemitteilung v. 8.1.2021.

Art. 58 Abs. 5 Var. 2 DS-GVO sieht zudem vor, dass Aufsichtsbehörden gegen die Verantwortlichen klagen dürfen, selbst wenn bereits in der DS-GVO entsprechende hoheitliche Befugnisse vorgesehen sind.³⁷⁰ So hat etwa die belgische Aufsichtsbehörde gegen Facebook wegen des Einsatzes vermeintlich rechtswidriger Trackingtechnologien auf Unterlassung geklagt.³⁷¹ Praktisch dürfte in Deutschland aufgrund der Möglichkeit des Erlasses eines Verwaltungsakts und der daraus folgenden Wirkungen ein gerichtliches Vorgehen nur selten in Betracht kommen.³⁷² Einige Vorteile kann die Klagebefugnis aber bei einem Vorgehen der Aufsichtsbehörde gegen öffentliche Stellen³⁷³ oder zur Klärung von Rechtsfragen im Rahmen einer Feststellungsklage³⁷⁴ haben.

(4) Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörde

Die Tatsache, dass die Aufsichtsbehörden unabhängig sind, bedeutet wie Erwägungsgrund 118 andeutet, nicht, dass sie hinsichtlich ihrer Aufgaben keinem Kontroll- oder Überwachungsmechanismus unterworfen sind bzw. sie keiner gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden können.

Von Bedeutung kann vorliegend die gerichtliche Kontrolle der ablehnenden Entscheidung der Aufsichtsbehörde über eine Beschwerde sein, wenn der Beschwerdeführer bzw. der Verband mit dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens unzufrieden ist. Aufgrund ihrer umfassenden Befugnisse wäre ein Anspruch auf Einschreiten gegen einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter daher in vielen Fällen attraktiv und könnte zu einer strategischen Prozessführung genutzt werden, besonders bei als unwillig bekannten Aufsichtsbehörden.

(a) Art. 78 DS-GVO als Ausgangspunkt

Der Rechtsschutz gegen die Aufsichtsbehörde richtet sich nach Art. 78 DS-GVO, welcher eine spezielle Ausprägung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf gem. Art. 47 Abs. 1 GrCh³⁷⁵ darstellt.³⁷⁶ Differenziert wird hierbei zwischen Rechtsbehelfen gegen rechtsverbindliche Beschlüsse der Aufsichtsbehörden (Art. 78 Abs. 1 DS-GVO) und gegen deren Untätigkeit (Art. 78 Abs. 2 DS-GVO).³⁷⁷ Hauptanwendungsbereich von Art. 78 Abs. 1 DS-GVO werden Klagen von Verantwortlichen und Auf-

³⁷⁰ EuGH BeckRS 2021, 14086 Rn. 75 – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit; kritisch zur Auslegung des Norm *Spittka/Bunnenberg*, K&R 2021, 560, 563; *Schmidl*, in: Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger, DSGVO, 2017, Art. 58 DS-GVO Anm. 17.

³⁷¹ EuGH BeckRS 2021, 14086 – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit.

³⁷² *Spittka/Bunnenberg*, K&R 2021, 560, 563; *Ambrock*, DSB 2021, 235, 237.

³⁷³ *Schild*, ZD 2021, 203, 203; *Spittka/Bunnenberg*, K&R 2021, 560, 563.

³⁷⁴ *Ambrock*, DSB 2021, 235, 237.

³⁷⁵ Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 12.12.2007, ABl. C 303 S. 1.

³⁷⁶ *Kibler*, Datenschutzaufsicht im europäischen Verband, 2021, S. 304; *Pötters/Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 78 DS-GVO Rn. 1.

³⁷⁷ *Pötters/Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 78 DS-GVO Rn. 2.

tragsverarbeitern gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde sein, beispielsweise gegen Untersagungsverfügungen oder Geldbußen.³⁷⁸ Entgegen § 44a S. 1 VwGO umfasst das aufgrund unionsrechtlicher Anordnung auch Untersuchungsmaßnahmen der Aufsichtsbehörden.³⁷⁹

(b) Bloßer Schutz vor behördlicher Untätigkeit?

- 130** Das Verhältnis der beiden Absätze des Art. 78 DS-GVO ist im Falle einer Beschwerde jedoch streitig. So wird teilweise vertreten, dass Art. 78 Abs. 2 DS-GVO abschließenden gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Aufsichtsbehörde in Beschwerdeangelegenheiten vorsieht.³⁸⁰ Hiernach hat die betroffene Person das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf, wenn die zuständige Aufsichtsbehörde sich nicht mit einer Beschwerde befasst oder die betroffene Person nicht innerhalb von drei Monaten über den Stand oder das Ergebnis der erhobenen Beschwerde in Kenntnis gesetzt hat. Dogmatisch wird Art. 78 Abs. 2 DS-GVO von dieser Ansicht als *lex specialis* zu Art. 78 Abs. 1 DS-GVO angesehen, sodass letztlich nur eine Untätigkeitsklage gegen die Aufsichtsbehörde in Betracht kommt. Eine inhaltliche gerichtliche Überprüfung der Entscheidung der Aufsichtsbehörde muss hiernach ausscheiden.³⁸¹

(aa) Untätigkeitsklage als ergänzender Rechtsbehelf

- 131** Diese Auffassung kann jedoch aus mehreren Gründen nicht überzeugen. Es ist umgekehrt von einer umfassenden gerichtlichen Überprüfbarkeit der aufsichtsbehördlichen Entscheidung über eine Beschwerde auszugehen. So war eine Regelung in Art. 78 Abs. 2 DS-GVO im Falle der Untätigkeit geboten, weil ein „rechtsverbindlicher Beschluss“ im Sinne des Abs. 1 in solchen Fällen fehlt und folglich lediglich Rechtsschutzlücken geschlossen werden.³⁸² Aus Art. 78 Abs. 2 DS-GVO folgt damit vielmehr der Umkehrschluss, dass eine inhaltliche Überprüfung der Entscheidungen von Aufsichtsbehörden ebenfalls möglich sein muss. Die Norm dient der Rechtsschutzerweiterung und nicht -verkürzung.
- 132** Nach Art. 77 Abs. 2 DS-GVO hat die Aufsichtsbehörde zudem über gerichtliche Rechtsbehelfe nach Art. 78 DS-GVO zu belehren, was nur dann Sinn ergibt, wenn auch Art. 78 Abs. 1 DSGVO Anwendung findet.

³⁷⁸ *Albrecht/Joitzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 8 Rn. 13.

³⁷⁹ *Sydow/Wittreck*, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2020, Kap. 4 Rn. 40; *Kibler*, Datenschutzaufsicht im europäischen Verband, 2021, S. 361; vgl. allgemein hierzu *Gärdtitz*, in: Rengeling/Middede/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 58.

³⁸⁰ *Will*, ZD 2020, 97, 99; VGH Mannheim, Urt. v. 22.1.2020 – 1 S 3001/19, juris-Rn. 51; wohl FG Köln BeckRS 2021, 42309 Rn. 26 – Gerichtlicher Prüfungsmaßstab bei Überprüfung einer aufsichtsrechtlichen

Beschwerdeentscheidung nach Art. 78 Abs. 1 DSGVO.

³⁸¹ *Will*, ZD 2020, 97, 99; OVG Koblenz BeckRS 2020, 32257 Rn. 28 – Beschwerde nach der Datenschutz-Grundverordnung; VGH Mannheim, Urt. v. 22.1.2020 – 1 S 3001/19, juris-Rn. 51.

³⁸² VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 50; *Halder/Gilde*, AnwZert-ITR 7/2020 Anm. 2; *Halder*, jurisPR-ITR 16/2020 Anm. 6.

(bb) Entgegenstehende Erwägungsgründe

Erwägungsgrund 143 S. 5 und S. 9 besagt, dass ein Beschluss im Sinne des Art. 78 Abs. 1 DS-GVO auch „die Ablehnung oder Abweisung von Beschwerden“ umfasst.³⁸³ Gleiches gilt mit Blick auf Erwägungsgrund 141 S. 1, wonach jede betroffene Person das Recht haben sollte, gemäß Art. 47 GrCh einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf einzulegen, wenn die Aufsichtsbehörden auf eine Beschwerde hin nicht tätig werden, eine Beschwerde teilweise oder ganz abweisen oder ablehnen bzw. nicht tätig werden, obwohl dies zum Schutz der Rechte der betroffenen Person notwendig ist.³⁸⁴ Diese Ausführungen in den Erwägungsgründen wären schlichtweg überflüssig, wenn nur eine bloße Untätigkeitskontrolle erfolgen würde, denn es gäbe keinen überprüfbaren ablehnenden Beschluss der Behörde.

133

(c) Umfassende gerichtliche Überprüfbarkeit der behördlichen Entscheidung

Sowohl die Systematik als auch die Erwägungsgründe sprechen nach dem Vorgesagten eindeutig gegen einen Vorrang von Art. 78 Abs. 2 DS-GVO und damit gegen einen bloßen Schutz vor aufsichtsbehördlicher Untätigkeit. Zu klären bleibt jedoch weiterhin, welchen Maßstab das Gericht bei der Anwendung des Art. 78 Abs. 1 DS-GVO anzuwenden hat.

134

Teilweise wird das Beschwerderecht lediglich als petitionsähnliches Recht eingestuft.³⁸⁵ In diesem Fall findet Art. 78 Abs. 1 DS-GVO zwar Anwendung, die gerichtliche Kontrollmöglichkeit beschränkt sich dann aber auf die Prüfung, ob dem An-

135

³⁸³ *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 11; *Halder/Walker*, ZD 2020, 605, 605; *Engelbrecht*, in: Schröder, BayDSG, 2021, Art. 20 BayDSG Rn. 17; *Engelbrecht*, KommunalPraxis Bayern 2019, 334, 336; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 78 DS-GVO Rn. 5.

³⁸⁴ EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 110 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Saugmandsgaard Øe* v. 19.12.2019 zur Rechtssache C-311/18 Rn. 140 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems.

³⁸⁵ OVG Koblenz BeckRS 2020, 32257 Rn. 28 – Beschwerde nach der Datenschutz-Grundverordnung; VGH Mannheim, Urt. v. 22.1.2020 – 1 S 3001/19, juris-Rn. 51; VG Regensburg ZD 2020, 601 Rn. 20 – Unterlassungsanspruch gegen Videoüberwachung einer städtischen Parkanlage; VG Berlin, Beschl. v. 28.1.2019 – 1 L 1.19, juris-Rn. 5; VG Berlin BeckRS 2021, 10266 Rn. 3 – Kein Anspruch auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe; SG Frankfurt (Oder) ZD 2020,

165 Rn. 18 – Kein individueller Anspruch auf bestimmte Maßnahmen der Datenschutzaufsichtsbehörde; *Pötters/Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 77 DS-GVO Rn. 2; *Körffler*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 77 DS-GVO Rn. 5; *Schnabel*, in: BeckOK InfoMedienR, 34. Ed. Stand: 1.5.2021, § 12 IFG Rn. 24; *Will*, ZD 2020, 97, 98; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 8 GrCh Rn. 23; zur alten Rechtslage BayVGH BeckRS 2008, 27521 Rn. 2; VG München BeckRS 2015, 44977 Rn. 11; BayVGH ZD 2015, 329 Rn. 13 – Anspruch auf Vorlage eines EDV-Ausdrucks über elektronisch gespeicherte Daten; OVG Münster NVwZ-RR 1994, 25 – Pflichten eines Datenschutzbeauftragten; *Heil*, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, Kap. 5.1 Rn. 63; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 94; *Engelbrecht*, KommunalPraxis Bayern 2019, 372, 373.

spruch auf Entgegennahme, Bearbeitung und Bescheidung der Beschwerde nachgekommen wurde („Befassungsanspruch“).³⁸⁶ Rechtsschutz sei hinreichend durch gerichtliche Rechtsbehelfe gegen den Verantwortlichen (Art. 79 DS-GVO) gewährt.³⁸⁷

136 Richtigerweise ergibt sich aus einer Gesamtschau, dass das Beschwerderecht einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gleichkommt, was eine erheblich umfangreichere Kontrolle ermöglicht.

(aa) Die Erwägungsgründe

137 Für eine umfassende Kontrollmöglichkeit sprechen die bereits genannten Erwägungsgründe 141 und 143. Besonders das Merkmal, dass die Aufsichtsbehörde „nicht tätig wird, obwohl dies zum Schutz der Rechte der betroffenen Personen notwendig ist“, lässt keinen Spielraum für einen eingeschränkt inhaltlichen Prüfungsmaßstab.³⁸⁸ Der Unionsgesetzgeber ging hiernach davon aus, dass es Konstellationen geben muss, in denen ein Einschreiten gerichtlich erzwungen werden kann.³⁸⁹ Im Umkehrschluss folgt daraus, dass nicht lediglich die Entgegennahme, Prüfung und Bescheidung durch die Aufsichtsbehörde geschuldet ist. Von dieser Auslegung geht etwa auch der britische Gesetzgeber in sec. 166 Abs. 1 DPA 2018 aus.³⁹⁰

(bb) Kein Umkehrschluss aus den Entwurfsfassungen

138 Zum Teil wird auf den Kommissionsentwurf³⁹¹ verwiesen, um eine gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung der Aufsichtsbehörde über eine abgelehnte oder abgewiesene Beschwerde zu verneinen.³⁹² Dieser Entwurf sah in Art. 74 Nr. 2 und anders als in der finalen Fassung der DS-GVO ausdrücklich vor, dass eine solche Klagemöglichkeit bestehen muss: „Jede betroffene Person hat das Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf, um die Aufsichtsbehörde zu verpflichten, im Fall einer Beschwerde tätig zu werden, wenn keine zum Schutz ihrer Rechte notwendige Entscheidung ergangen ist [...]“. Der dazugehörige Erwägungsgrund 111 des Entwurfs lautete: „Jede betroffene Person, die sich in ihren Rechten verletzt sieht, die ihr aufgrund dieser Verordnung zustehen, sollte [...] das Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf haben, wenn die Aufsichtsbehörde auf die Beschwerde [...] nicht tätig wird, obwohl dies zum Schutz der Rechte der betroffenen Person notwendig ist.“

³⁸⁶ VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 47; Engelbrecht, KommunalPraxis Bayern 2019, 372, 373.

³⁸⁷ Engelbrecht, KommunalPraxis Bayern 2019, 334, 338.

³⁸⁸ VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 48; VG Ansbach BeckRS 2020, 41160 Rn. 24 – Anspruch auf Einschreiten der Datenschutzbehörde bei Videoüberwachung eines Grundstücks; VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 27 – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH.

³⁸⁹ VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 48; wohl auch Illner/Preuß, in: Kipker/Voskamp,

Sozialdatenschutz in der Praxis, 2021, Kap. 2 Rn. 101, 108 zu § 81a SGB X i. V. m. Art. 78 DS-GVO.

³⁹⁰ „This section applies where, after a data subject makes a complaint under section 165 or Article 77 of the UK GDPR, the Commissioner fails to take appropriate steps to respond to the complaint“, vgl. Shanks/Findlay, in: Coppel, Information Rights, 5. Aufl. 2020, Rn. 48-004, 48-064.

³⁹¹ 2012/0012 (COD) endg.

³⁹² Engelbrecht, KommunalPraxis Bayern 2019, 372, 377.

Nahezu wortlautidentisch war auch Art. 74 Nr. 2 DS-GVO-E in Form des Parlamentsentwurfs.³⁹³ In der letztlich maßgebenden Ratsfassung des Art. 74 Nr. 2 DS-GVO-E³⁹⁴ fand sich demgegenüber dann die in Art. 78 Abs. 1 DS-GVO gemündete Formulierung.

Der Umkehrschluss, dass durch die Streichung von Art. 74 Nr. 2 DS-GVO-E ein Rechtsbehelf gegen die ablehnende Entscheidung einer Aufsichtsbehörde über eine Beschwerde gerade ausgeschlossen werden sollte, lässt sich aber bei genauerer Betrachtung nicht aufrechterhalten, denn Art. 74 DS-GVO-E sollte vielmehr nur grundlegend vereinfacht formuliert werden: So sah bereits Art. 74 Nr. 1 DS-GVO-E (Kommissions- und Parlamentsentwurf) einen Rechtsbehelf von juristischen und natürlichen Personen „gegen sie betreffende Entscheidungen einer Aufsichtsbehörde“ vor. In den Erwägungsgründen wurde nicht präzisiert, was hierunter zu fassen ist. Bei entsprechender Auslegung ließe sich die Ablehnung oder Abweisung einer Beschwerde ohne weiteres bereits unter Nr. 1 als Entscheidung einer Aufsichtsbehörde subsumieren, sodass Nr. 2 schlicht eine überflüssige Klarstellung wäre. In der finalen Fassung der DS-GVO befindet sich demgegenüber dann die Umschreibung als „rechtsverbindlichen Beschluss einer Aufsichtsbehörde“. Erwägungsgrund 143 sieht auch die Ablehnung und Abweisung von Beschwerden als rechtsverbindlichen Beschluss an.³⁹⁵ Daneben wurde die Formulierung, dass das Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf besteht, wenn die Behörde nach einer Beschwerde nicht tätig wird, um die Rechte der betroffenen Person zu schützen, in Erwägungsgrund 141 S. 1 überführt.

139

Entsprechend war es also nicht notwendig, eine explizite Norm für diese Konstellation in die Verordnung aufzunehmen, sondern nur eine Klarstellung in den Erwägungsgründen, dass Art. 78 Abs. 1 DS-GVO auch in solchen Fällen eingreift. Aus der Streichung der redundanten Norm kann deshalb kein Umkehrschluss für die Auslegung des Art. 78 Abs. 1 DS-GVO folgen. Die Streichung von Art. 74 Nr. 2 DS-GVO-E (Kommissions- und Parlamentsentwurf) belegt vielmehr unzweifelhaft die zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit.

140

(cc) Art. 78 DS-GVO als Ausprägung effektiven Rechtsschutzes

Für eine umfassende Kontrollmöglichkeit spricht ferner die Maxime eines effektiven Rechtsschutzes.³⁹⁶ Art. 78 Abs. 1 DS-GVO verlangt nach einem „wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf“ gegen einen rechtsverbindlichen Beschluss. Das gerichtliche

141

³⁹³ EP-PE_TCI-COD(2012)0011.

³⁹⁴ 9565/15 DATAPROTECT 97 JAI 420 MI 369 DIGIT

49 DAPIX 94 FREMP 133 COMIX 259 CODEC 823.

³⁹⁵ → Rn. 133.

³⁹⁶ VG Ansbach BeckRS 2020, 41160 Rn. 39 – Anspruch auf Einschreiten der Datenschutzbehörde bei

Videüberwachung eines Grundstücks; VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 47.

Prüfungsprogramm bei einem petitionsähnlichen Recht umfasst lediglich die Frage der Entgegennahme (1.), Prüfung (2.) und Verbescheidung (3.) einer Eingabe.³⁹⁷

- 142** Fragen der Entgegennahme (1.) und Verbescheidung bzw. Zwischeninformation (3.) der Beschwerdeführer können bereits nach Art. 78 Abs. 2 DS-GVO einer gerichtlichen Prüfung zugeführt werden, sodass es für die Kontrolle der aufsichtsbehördlichen Prüfung (2.) auf Art. 78 Abs. 1 DS-GVO ankommt. Auf eine „Richtigkeit“ der Prüfung durch die Aufsichtsbehörde oder das gefundene Ergebnis käme es bei einem petitionsähnlichen Recht indes nicht an.³⁹⁸ Welchen eigenständigen Gehalt Art. 78 Abs. 1 DS-GVO dann noch haben soll, erschließt sich ebenso wenig, wie die Behauptung, dass noch ein „effektiver“ gerichtlicher Rechtsbehelf vorliegen soll.³⁹⁹ Vielmehr wären die gerichtlichen Rechtsbehelfe stets fruchtlos.⁴⁰⁰ Für das Feigenblatt eines Willkürmaßstabs⁴⁰¹ gilt nichts anderes.⁴⁰² „Eine petitionsähnliche Behandlung würde [...] jedenfalls nicht zu einem wirksamen Rechtsbehelf, sondern nur zu einem ‚irgendwie‘ gearteten Rechtsbehelf führen.“⁴⁰³

(dd) Im Primärrecht angelegte Differenzierung

- 143** In systematischer Hinsicht sind bei der Auslegung auch die Beziehungen zum sonstigen Unionsrecht zu berücksichtigen.⁴⁰⁴ Hierbei ist auffällig, dass auch das Primärrecht sauber zwischen einem Petitionsrecht (Art. 44 der GrCh) und dem Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47 GrCh) differenziert.⁴⁰⁵ Das lässt die starke Vermutung zu, dass der Unionsgesetzgeber bewusst nicht nur ein Petitionsrecht normieren wollte.

(ee) Kein Umkehrschluss aus alter Rechtslage

- 144** Für die Annahme eines eingeschränkten Prüfungsmaßstabs wird bisweilen angeführt, dass dies bereits unter der alten Rechtslage so gewesen sei und keine Anhaltspunkte für eine Rechtsänderung vorlägen.⁴⁰⁶ Abgesehen davon, dass es damals noch keine Art. 78 Abs. 1 DS-GVO entsprechende Norm in der DSRL existierte,⁴⁰⁷ war die

³⁹⁷ VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 47.

³⁹⁸ OVG Koblenz BeckRS 2020, 32257 Rn. 33 – Beschwerde nach der Datenschutz-Grundverordnung.

³⁹⁹ VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 47.

⁴⁰⁰ VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 47; Halder, jurisPR-ITR 7/2021 Anm. 3.

⁴⁰¹ Engelbrecht, KommunalPraxis Bayern 2019, 372, 376; das ebenfalls andenkend OVG Koblenz BeckRS 2020, 32257 Rn. 35 – Beschwerde nach der Datenschutz-Grundverordnung.

⁴⁰² Halder/Heß, jurisPR-ITR 14/2021 Anm. 6.

⁴⁰³ Zutreffend VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 26 – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH; VG Wiesbaden BeckRS 2021,

35118 Rn. 30 – Anspruch auf Löschung von Negativeintrag in Schuldnerverzeichnis.

⁴⁰⁴ Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 95.

⁴⁰⁵ VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 26 – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH.

⁴⁰⁶ OVG Koblenz BeckRS 2020, 32257 Rn. 30 – Beschwerde nach der Datenschutz-Grundverordnung; FG Köln BeckRS 2021, 42309 Rn. 27 – Gerichtlicher Prüfungsmaßstab bei Überprüfung einer aufsichtsrechtlichen Beschwerdeentscheidung nach Art. 78 Abs. 1 DSGVO.

⁴⁰⁷ Zutreffend VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583

Frage früher schon umstritten.⁴⁰⁸ Näher liegt umgekehrt, dass der eingeschränkte Prüfungsmaßstab schon damals unzutreffend angenommen wurde. Nach der Rechtsprechung des EuGH zu „Eingaben“ unter der DSRL muss Betroffenen „im Licht von Art. 47 der Charta der Rechtsweg offenstehen, damit sie eine solche sie beschwerende Entscheidung vor den nationalen Gerichten anfechten kann“⁴⁰⁹. Gerichtliche Kontrollmöglichkeiten erkennt auch Erwägungsgrund 118 nunmehr ausdrücklich an.

(ff) Keine Beeinträchtigung der behördlichen Unabhängigkeit

Im Übrigen zeigt sich, dass die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörde durch den zweifellos primärrechtskonformen Art. 78 Abs. 1 DS-GVO eingeschränkt wird.⁴¹⁰ Wird eine gerichtliche Kontrollmöglichkeit im Rahmen von Art. 78 Abs. 1 DS-GVO mit dem Argument der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde eingeschränkt, liegt damit ein Zirkelschluss vor, denn es geht gerade bei dessen Auslegung um die Bestimmung der Reichweite der Einschränkung der Unabhängigkeit. Vertreter der Gegenansicht⁴¹¹ legen einen unzutreffenden absoluten Maßstab der Unabhängigkeit an.⁴¹² „Auch wenn die Aufsichtsbehörde vollständig unabhängig ist [...] so kann diese Unabhängigkeit nicht zu einem willkürlichen sanktionslosen Handeln führen, was aber bei einem petitionsähnlichen Charakter der Fall wäre.“⁴¹³

145

(gg) Kein Unterlaufen von Art. 79 Abs. 1 DS-GVO

Gegen eine umfassende gerichtliche Kontrolle der Beschwerde wird zudem vorgebracht, dass Betroffene nur subjektive Rechtspositionen gerichtlich durchsetzen können, wie Art. 79 Abs. 1 DS-GVO zeige.⁴¹⁴ Über Art. 78 Abs. 1 DS-GVO würde diese Wertung „über Bande“ ausgehebelt, wenn die Beschwerde auch hinsichtlich objektiven Rechts überprüfbar wäre.⁴¹⁵ Dieses Argument wirkt jedoch nur auf den ersten Blick überzeugend. Erstens betrifft es lediglich eine Teilmenge der Datenschutznor-

146

Rn. 26 – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH.

⁴⁰⁸ Vgl. nur *Brink*, CR 2017, 433, 435.

⁴⁰⁹ EuGH WRP 2015, 1319 Rn. 64– Schrems/Data Protection Commissioner (Safe Harbor); Rechtsprechung für nicht übertragbar auf die DS-GVO haltend *Engelbrecht*, KommunalPraxis Bayern 2019, 372, 376.

⁴¹⁰ Vgl. *Kibler*, Datenschutzaufsicht im europäischen Verband, 2021, S. 306; *Selmayr*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 58 DS-GVO Rn. 10; *Nguyen*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 58 DS-GVO Rn. 6.

⁴¹¹ *Engelbrecht*, KommunalPraxis Bayern 2019, 372, 377.

⁴¹² Vgl. *Selmayr*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 58 DS-GVO Rn. 10; VG Wiesbaden

BeckRS 2021, 24583 Rn. 31 – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH; *Nguyen*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 58 DS-GVO Rn. 6.

⁴¹³ VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 31 – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH; *a.A.* *Engelbrecht*, KommunalPraxis Bayern 2019, 372, 377, welcher auf die fehlende Nennung eines Anspruchs auf Einschreiten in Art. 58 DS-GVO abgestellt.

⁴¹⁴ OVG Koblenz BeckRS 2020, 32257 Rn. 33 – Beschwerde nach der Datenschutz-Grundverordnung.

⁴¹⁵ OVG Koblenz BeckRS 2020, 32257 Rn. 33 – Beschwerde nach der Datenschutz-Grundverordnung.

men, sodass es sich von vornherein nicht dazu eignet, auch bei subjektiven Rechtspositionen einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab zu begründen.⁴¹⁶ Zweitens besitzt die Aufsichtsbehörde ein umfassendes (Auswahl-)Ermessen, sodass bereits vom Ergebnis her gedacht „Äpfel mit Birnen“ verglichen werden.⁴¹⁷ Insgesamt ist dieses Ergebnis schlicht aufgrund der Parallelität der Rechtsbehelfe hinzunehmen.

(hh) Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über Beschwerde

- 147** Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen können keine begründeten Zweifel bestehen, dass eine inhaltliche Überprüfung der Entscheidungen durch das angerufene Gericht vorgenommen werden kann und muss. Richtigerweise wird überwiegend in Rechtsprechung⁴¹⁸ und Literatur⁴¹⁹ das Recht auf Beschwerde nach deut-

⁴¹⁶ Es ist – nebenbei bemerkt – besonders entlarvend, wenn dieses Argument von Gerichten vorgebracht wird, wenn es gerade um subjektive Rechtspositionen geht, vgl. OVG Koblenz BeckRS 2020, 32257 – Beschwerde nach der Datenschutz-Grundverordnung mit einer möglicherweise rechtswidrigen Übermittlung und der Versagung des Auskunftsanspruchs. In diesem Fall käme es gerade zu einem Gleichlauf von Art. 78 Abs. 1 DS-GVO und Art. 79 Abs. 1 DS-GVO.

⁴¹⁷ VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 52.

⁴¹⁸ OVG Hamburg ZD 2020, 598 Rn. 54 ff. – Anspruch auf Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen Suchergebnisse bei Google; OVG Hamburg BeckRS 2019, 36126 Rn. 57 ff.; VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 43; VG Ansbach ZD 2020, 217 Rn. 25 – Befassungsanspruch im Datenschutz-Beschwerdeverfahren und Anspruch auf datenschutz-aufsichtliches Einschreiten; VG Ansbach ZD 2020, 607 Rn. 19 – Anspruch auf aufsichtliches Einschreiten der Datenschutzbehörde wegen Weitergabe privater Telefonnummer; VG Ansbach BeckRS 2020, 41160 Rn. 25 – Anspruch auf Einschreiten der Datenschutzbehörde bei Videoüberwachung eines Grundstücks; VG Mainz ZD 2020, 430 Rn. 5 – Einstweilige Anordnung für einen Auskunftsanspruch nach Art. 15 DS-GVO; VG Mainz BeckRS 2020, 5419 Rn. 28; VG Schwe rin BeckRS 2021, 10038 Rn. 64 – Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen der DS-GVO; wohl auch BSG BeckRS 2021, 13884 Rn. 111 – Obliegenheit zur Nutzung der elektronischen Gesundheitskarte (eGK); VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 25 – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH; VG Wiesbaden BeckRS 2021, 35118 Rn. 31 – Anspruch auf Löschung von Negativeintrag in Schuldnerverzeichnis.

⁴¹⁹ „Schon seit Jahren vertreten die Aufsichtsbehörden eine für sie praktische, in der Sache jedoch kaum haltbare Auffassung zu den ‚Eingaben‘ von Betroffenen“, so *Brink*, CR 2017, 433, 435; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 8 Rn. 13; *Mundil*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 78 DS-GVO Rn. 7; *Sydow*, in: *Sydow*, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 77 DS-GVO Rn. 25; *Moos/Schefzig*, in: *Taegeer/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 77 DS-GVO Rn. 17; *Nemitz*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 77 DS-GVO Rn. 17; *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1103; *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1260; *Schumacher*, in: *Rücker/Kugler*, New European General Data Protection Regulation, 2018, Rn. 817; *Roßnagel*, Datenschutzaufsicht nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, S. 136 f.; *Miedzianowski*, in: *Roßnagel*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 4 Rn. 71 Fn. 51; *Bergt*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 78 DS-GVO Rn. 13; *Härtig/Flisek/Thiess*, CR 2018, 296, 300; *Geminn*, in: *Jandt/Steidle*, Datenschutz im Internet, 2018, B VI Rn. 73; *Sydow*, ZG 2016, 237, 241; *Piltz*, DSB 2020, 68, 70; *Ehmann*, jurisPR-ArbR 28/2020 Anm. 3; *Hartge/Herbert*, DSB 2020, 184, 185; *Pato*, in: *Cadiet/Hess/Requejo Isidro*, Privatizing Dispute Resolution, 2019, S. 131, 133; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.98; *Halder/Gilde*, AnwZert-ITR 7/2020 Anm. 2; *Halder/Gilde*, AnwZert-ITR 8/2020 Anm. 3; *Halder*, jurisPR-ITR 7/2021 Anm. 3; *Halder*, jurisPR-ITR 10/2020 Anm. 5; *Halder*, jurisPR-ITR 16/2020 Anm. 6; *Halder/Walker*, ZD 2020, 605, 605;

schem Verständnis als Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung aufgefasst, sodass die Entscheidung gerichtlich umfassend überprüft werden kann, insbesondere daraufhin, ob die zugrunde gelegte Rechtsauffassung der Behörde zutreffend ist.⁴²⁰ Insofern geht offenbar auch Generalanwalt *Bobek* davon aus, dass nach Art. 78 Abs. 1 DS-GVO eine inhaltliche Überprüfbarkeit der Entscheidung der Aufsichtsbehörde möglich sein muss.⁴²¹ Das VG Wiesbaden hat diesbezüglich dem EuGH die Frage unterbreitet, ob das Beschwerderecht lediglich einen petitionsähnlichen Charakter hat.⁴²²

Ist eine federführende Behörde zuständig, wurde die Beschwerde aber bei einer anderen Aufsichtsbehörde eingereicht und soll die Beschwerde zumindest teilweise abgelehnt oder abgewiesen werden, so hat die Ausgangsbehörde nach Art. 60 Abs. 8 f. DS-GVO den Beschluss gegenüber dem Beschwerdeführer zu erlassen. Gegen diese Entscheidung ist dann der Rechtsweg nach Art. 78 Abs. 1 DS-GVO eröffnet.⁴²³

(d) Die Überprüfbarkeit des aufsichtsbehördlichen Ermessens

(aa) Eingeschränktes Entschließungsermessen bei Verstoß

Im Hinblick auf das grundsätzlich bestehende Ermessen der Aufsichtsbehörden⁴²⁴ wird das Entschließungsermessen im Falle eines festgestellten Verstoßes letztlich auf Null reduziert sein, sodass die Aufsichtsbehörde nur noch entscheiden kann, wie sie einschreitet.⁴²⁵

148

149

wohl auch *Leopold*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 114. EL Stand: Mai 2021, § 81a SGB X Rn. 5; *Bieresborn*, in: Schütze, SGB X, 9. Aufl. 2020, § 81a SGB X Rn. 8; *Schild*, ZD 2021, 203, 204; im Ergebnis ebenso *Sharma/Menon*, Data Privacy and GDPR Handbook, 2020, S. 255 f.; wohl auch *Schröder*, in: Schröder, BayDSG, 2021, Art. 34 BayDSG Rn. 26 sowie *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7, 34.

⁴²⁰ *Roßnagel*, Datenschutzaufsicht nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, S. 136 f.; *Haldler/Gilde*, AnwZert-ITR 8/2020 Anm. 3.

⁴²¹ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 13.1.2021 zur Rechtssache C-645/19 Rn. 99, 103 f. – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit.

⁴²² VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 23 ff. – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH; anhängig unter C-552/21.

⁴²³ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 13.1.2021 zur Rechtssache C-645/19 Rn. 104 – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit; kritisch hierzu aufgrund möglicher widersprüchlicher Entscheidungen *Kibler*, Datenschutzaufsicht im europäischen Verband, 2021, S. 242 f.; vgl. zu einer Untä-

tigkeitsklage nach Art. 78 Abs. 2 DS-GVO gegen die federführende Aufsichtsbehörde *Herbrich*, GRUR Int. 2022, 78, 80 f.

⁴²⁴ EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 112 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; Schlussanträge des Generalanwalts *Saugsmandsgaard Øev.* 19.12.2019 zur Rechtssache C-311/18 Rn. 148 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 30 – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH; *Engelbrecht*, in: Schröder, BayDSG, 2021, Art. 20 BayDSG Rn. 13; *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7, 34.

⁴²⁵ VG Hamburg, Urt. v. 1.6.2021 – 17 K 2977/19, juris-Rn. 59; für den Bereich der Drittstaatübermittlungen EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 111 ff. – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; Schlussanträge des Generalanwalts *Saugsmandsgaard Øev.* 19.12.2019 zur Rechtssache C-311/18 Rn. 144 ff. – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; VGH Mannheim, Urt. v. 22.1.2020 – 1 S 3001/19, juris-Rn. 51; VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 40 – Aussetzung eines Verfahrens und Vorlagefrage an den EuGH; VG

150 So führt der Generalanwalt beim EuGH *Saugmandsgaard Øe* in seiner Stellungnahme zur Rechtssache Fashion-ID aus: „Im Einzelnen ist Art. 58 Abs. 2 DSGVO im Licht von Art. 8 Abs. 3 der Charta und Art. 16 Abs. 2 AEUV zu lesen. Nach diesen Bestimmungen wird die Einhaltung der Erfordernisse im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten von unabhängigen Behörden überwacht. Dieser auch in Art. 57 Abs. 1 [lit.] a DS-GVO erwähnte Auftrag zur Überwachung der Einhaltung der Erfordernisse im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten schließt eine Verpflichtung der Aufsichtsbehörden ein, so zu handeln, dass die ordnungsgemäße Anwendung dieser Verordnung sichergestellt ist. [...] Die zuständige Aufsichtsbehörde *muss auch angemessen auf Verletzungen der Rechte der betroffenen Person reagieren*, die sie gegebenenfalls zum Abschluss ihrer Untersuchung feststellt. Hierzu verfügt jede Aufsichtsbehörde nach Art. 58 Abs. 2 DS-GVO über eine große Bandbreite von Mitteln – die verschiedenen Befugnisse zum Erlass der in dieser aufgeführten Abhilfemaßnahmen – zur Erfüllung der ihr zugewiesenen Aufgabe.“⁴²⁶.

(bb) Keine Verfolgung von Verstößen allein zu generalpräventiven Zwecken

151 Unter dem BDSG a. F. wurden Verfahren vielfach lediglich unter generalpräventiven Aspekten bearbeitet.⁴²⁷ So äußerte sich der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit in Rheinland-Pfalz im Tätigkeitsbereich hinsichtlich der Bußgeldverfahren: „Zielvorgabe dieser Bußgeldstelle ist es, aus der Vielzahl ahndbarer Datenschutzverstöße jedes Jahr etwa ein Dutzend Vorfälle auszusondern, bei denen eine Sanktionierung besonders naheliegt und exemplarische Wirkung verspricht.“⁴²⁸. Unter der DS-GVO ist eine solche selektive Vorgehensweise richtigerweise nach dem Vorgesagten nicht vertretbar.

Wiesbaden BeckRS 2021, 35118 Rn. 40 – Anspruch auf Löschung von Negativeintrag in Schuldnerverzeichnis; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 78 DS-GVO Rn. 13; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 77 DS-GVO Rn. 12; *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 26; *Halder*, jurisPR-ITR 7/2021 Anm. 3; *Halder*, jurisPR-ITR 10/2020 Anm. 5; *Halder/Gilde*, AnwZert-ITR 8/2020 Anm. 3; zur Frage der Störerauswahl bei der Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit BVerwG WRP 2020, 209 Rn. 29 ff. – Datenschutzrechtliche Deaktivierungsanordnung gegen Facebook-Fanpagebetreiber; *Schreiber*, ZD 2019, 55, 59 f.; *Kranenberg*, ITRB 2019, 229, 231 f.; wohl auch *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7, 34; einen Anspruch auf Einschreiten für jedenfalls möglich haltend VG Ansbach BeckRS 2021, 32150 Rn. 30;

a. A. *Deusch/Eggendorfer*, K&R 2020, 105, 108; *Piltz*, DSB 2020, 68, 70; *Hartge/Herbort*, DSB 2020, 184, 185.

⁴²⁶ Schlussanträge des Generalanwalts *Saugmandsgaard Øe* zur Rechtssache C-311/18 Rn. 145, 147 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; vgl. zur Überwachungsaufgabe *Polerz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 57 DS-GVO Rn. 4 (Hervorhebung durch den Verfasser); *Boehm*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 57 DS-GVO Rn. 1.

⁴²⁷ *Ehmann*, ZD 2014, 493, 493.

⁴²⁸ *LfdI RP*, Datenschutzbericht 2012/2013, S. 98.

bb. Rechtsbehelfe nach Art. 79 Abs. 1 DS-GVO**(1) Bedeutung**

Neben der Durchsetzung durch die Datenschutzaufsichtsbehörden besteht alternativ oder kumulativ die Möglichkeit, dass die Betroffenen ihre Rechte gegen den Verantwortlichen bzw. den Auftragsverarbeiter mittels eines gerichtlichen Rechtsbehelfs durchsetzen, wie sich aus Art. 79 Abs. 1, Art. 82 DS-GVO und § 44 BDSG ergibt. Auch hierzu können sich Betroffene nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO der Hilfe von Verbänden bedienen. **152**

Eine Bindungswirkung bestandskräftiger aufsichtsbehördlicher Entscheidungen für das Zivilverfahren, etwa analog Art. 9 Kartellschadensersatz-Richtlinie⁴²⁹, besteht nicht.⁴³⁰ Führte eine Beschwerde bei der Datenschutzaufsichtsbehörde nicht zum Ziel und wurde diese Entscheidung auch nicht auf gerichtlichem Wege angefochten, kann der Betroffene bzw. der Verband also noch seine Rechte direkt gegen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter durchsetzen. Gleiches gilt freilich auch im umgekehrten Falle. **153**

Nach Art. 79 Abs. 1 DS-GVO hat jede betroffene Person das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf, wenn sie der Ansicht ist, dass die ihr aufgrund dieser Verordnung zustehenden Rechte infolge einer nicht im Einklang mit der DS-GVO stehenden Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten verletzt wurden. Sinngehalt und genaue Reichweite des Art. 79 Abs. 1 DS-GVO, welcher maßgeblich auch die Reichweite der Verbandsklage nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO⁴³¹ bestimmt, erschließt sich nicht ohne Weiteres aus der Normlektüre, sodass eine genauere Betrachtung der Normen unabdingbar ist, um die Handlungsmöglichkeiten des Verbands präzise bestimmen zu können. **154**

Die Norm hat zunächst in dreierlei Hinsicht Bedeutung: Erstens wird ausgedrückt, dass der Rechtsakt auch subjektive Rechte des Einzelnen begründet.⁴³² Zweitens wird hervorgehoben, dass nicht jeder in den Mitgliedstaaten vorhandene Rechtsschutz **155**

⁴²⁹ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABL L 349 S. 1.

⁴³⁰ Ausführlich *Schwamberger*, in: *Jahnel*, *Datenschutzrecht* Jahrbuch 2019, 2019, S. 259.

⁴³¹ → Rn. 200 ff.

⁴³² *Ebers*, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, 2016, S. 264; *Dörr*, *Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte*, 2003, S. 187.

zugleich auch effektiv und damit ausreichend zur Wahrung der von der DS-GVO eingeräumten Rechte ist.⁴³³ Und drittens lässt sich bereits aus dem Wortlaut entnehmen, dass eine Durchsetzungskonkurrenz zwischen außergerichtlichen, gerichtlichen und behördlichen Rechtsbehelfen besteht.⁴³⁴

- 156** Aus letzterem Aspekt folgt allerdings nicht primärrechtlich zwingend, dass ein Gericht sofort angerufen werden kann, solange vorgeschaltete behördliche Rechtsbehelfe nicht ineffektiv sind.⁴³⁵ Nachdem aber Art. 79 DS-GVO gerade unbeschadet von anderen Rechtsbehelfen Anwendung findet, dürfte die Norm einem solchen behördlichen Vorverfahren entgegenstehen, mag Art. 47 GrCh ein solches grundsätzlich auch zulassen.⁴³⁶ Von einem solchen Mechanismus wurde jedoch in Deutschland ohnehin kein Gebrauch gemacht, sodass sich die Frage hierzulande nicht stellt.
- 157** Es ist unklar, ob Art. 79 Abs. 1 DS-GVO ein darüber hinausreichender Normgehalt zuzuschreiben ist. Einen eigenen Rechtsbehelf regelt er dem Wortlaut nach nicht.⁴³⁷ Nach einer engen Lesart beschränkt sich die Bedeutung des Art. 79 Abs. 1 DS-GVO deshalb auf die Selbstverständlichkeit, dass die aus der DS-GVO eingeräumten Rechte gerichtlich durchsetzbar sein müssen.⁴³⁸ Die Ausformung der Rechtsbehelfe

⁴³³ *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1135, 1139; zweifelnd *v. Lewinski*, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 3.

⁴³⁴ Im Sinne des Letzteren *v. Lewinski*, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 3; ebenso *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1136; *Benecke/Spiecker gen. Döhmann*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 80; das wurde seitens der Österreichischen Delegation massiv kritisiert, weshalb ein eigener Entwurf für einen Art. 75 DS-GVO-E vorgelegt wurde: „Die Einräumung eines echten, insbesondere zeitlich unbeschränkten Wahlrechts betroffener Personen zwischen einer Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde oder bei einem Gericht würde unlösbare Zuständigkeitskonflikte hervorrufen. Soweit eine Aufsichtsbehörde befugt ist, bindende Entscheidungen zu erlassen, kann die Anrufung eines Gerichtes daher nur in Form einer Überprüfung der Entscheidung dieser Aufsichtsbehörde in Betracht kommen. Nur soweit ein Mitgliedstaat seine Aufsichtsbehörde so ausstatten sollte, dass sie in bestimmten Ausnahmefällen keine rechtsverbindlichen Entscheidungen zugunsten oder zu Lasten Betroffener treffen kann, macht es Sinn, einen direkten Rechtsweg zu einem Gericht zu eröffnen, ohne dass vorher die Aufsichtsbehörde tätig geworden sein muss oder sich unverbindlich geäußert hat.“, 8275/14 DATAPROTECT 53 JAI 199 MI 319 DRS 47 DAPIX 52

FREMP 52 COMIX 197 CODEC 936; vgl. auch die erneute Erklärung Österreichs 7920/16 VOTE 18 INF 61 PUBLIC 20 CODEC 450 („Einerseits soll eine (verwaltungsrechtliche) Beschwerdemöglichkeit vor den Datenschutzkontrollbehörden (Supervisory Authorities) bestehen und parallel dazu soll in derselben Sache der Gerichtsweg beschränkt werden können. Der vorgesehene Parallel-Ansatz wirft nach österreichischer Ansicht viele Probleme – etwa auch im Hinblick auf *res iudicata* – auf. Die praktischen Konsequenzen dieser Regelung sind noch nicht vollständig abschätzbar“).

⁴³⁵ EuGH BeckRS 2017, 126269 Rn. 76 – Puškár/ Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky u.a.

⁴³⁶ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der Datenschutz, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 26, 30; *Lundstedt*, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 221 f.; *Schwamberger*, in: Jahnel, Datenschutzrecht Jahrbuch 2019, 2019, S. 259, 293; *a.A. Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1139.

⁴³⁷ *Kohler*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2016, 653, 667; *Koreng*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO, 2017, Art. 79 DS-GVO Rn. 4.

⁴³⁸ *Koreng*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO, 2017, Art. 79 DS-GVO Rn. 4; *Herbrich*, *jurisPR-ITR* 19/2020 Anm. 5; vgl. hierzu EuGH WRP 2015, 1319 Rn. 95 – Schrems/Data Protection Com-

obliegt dabei den Mitgliedstaaten, wobei diese die Einschränkungen aus Art. 79 Abs. 1 DS-GVO und Art. 47 Abs. 1 GrCh zu berücksichtigen haben.⁴³⁹ Diese enge Auslegung erklärt sich aufgrund der weitgehenden Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten⁴⁴⁰, welche allerdings durch die Grundrechtecharta und die Bestimmungen des Unionsrechts beschränkt wird.⁴⁴¹

(2) „Rechte der Betroffenen“ als Gegenstand der Durchsetzung

Der Gegenstand des gerichtlichen Primärrechtsschutzes richtet sich nach dem Inhalt der geltend gemachten Rechte der betroffenen Person. Es wird sich beim Anspruchsziel im Regelfall um eine Unterlassung oder eine Leistung des Verantwortlichen handeln.⁴⁴² Unklar ist jedoch, welche Rechtspositionen überhaupt unter Art. 79 Abs. 1 DS-GVO zu subsumieren sind, die es gerichtlich effektiv durch Betroffene oder Verbände durchzusetzen gilt.

Anders als bei der Beschwerde nach Art. 77 Abs. 1 DS-GVO⁴⁴³ stellt Art. 79 Abs. 1 DS-GVO auf eine Rechtsverletzung der betroffenen Person ab („wenn sie der Ansicht ist, dass die ihr aufgrund dieser Verordnung zustehenden Rechte [...] verletzt wurden“). Voraussetzung ist demnach die Verletzung einer der betroffenen Person zustehenden Rechtsposition.⁴⁴⁴ Das Merkmal „aufgrund dieser Verordnung“ ist weit auszulegen und umfasst nicht nur Rechte aus der DS-GVO, sondern auch solche aus dele-

158

159

missioner (Safe Harbor); *Zanfir-Fortuna*, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S.1162 f.; *van Duin*, EuCML 2017, 190, 190; *Laoutourmai*, LG Frankfurt a. M.: Verstoß gegen DSGVO rechtfertigt einen Unterlassungsanspruch, v.15.11.2020; vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v.22.6.2017 zur Rechtssache C-413/15 Rn. 32 – *Farell/Whitty*; *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 55.

⁴³⁹ *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1135, 1139; vgl. *Ehlers*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 7 Rn. 48.

⁴⁴⁰ Zu diesem Begriff EuGH NJW 1971, 1535, 1535 f. – Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor GmbH/Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; aus der jüngeren Rechtsprechung EuGH NJOZ 2008, 1775 Rn.166, 170 – *Arcor*; EuGH BeckRS 2021, 39568 Rn. 58 – *Randstad Italia*; vgl. *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7, 38; *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417; *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 40 VwGO Rn. 123; *Hess*, in: Fairgrieve/Lein, Extraterritoriality and Collective Redress, 2012, Rn. 6.09; *Ehlers*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 7 Rn. 48;

Streinz, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 45 Rn. 44 ff.

⁴⁴¹ EuGH NJW 2002, 2935 Rn.39 ff. – *Unión de Pequeños Agricultores*; *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1135, 1138; *Sydow*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 5.

⁴⁴² *Reimer*, Verwaltungsdatenschutzrecht, 2019, Rn. 104, 314; v. *Lewinski*, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 2.

⁴⁴³ „wenn die betroffene Person der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen diese Verordnung verstößt“.

⁴⁴⁴ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 63 – *Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.* (zu Art. 80 Abs. 2 DS-GVO); *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 7; *Kreße*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 12.

gierten Rechtsakten, Durchführungsrechtsakten und mitgliedstaatlichen Rechtsnormen, die im Rahmen der Öffnungsklauseln erlassen wurden, wie sich aus Erwägungsgrund 146 S. 5 ergibt.⁴⁴⁵

(a) Verweis auf Kapitel III

- 160** Unklar und entsprechend umstritten ist, wie weit das Merkmal der „ihr zustehenden Rechte“ auszulegen ist. Einerseits wird vertreten, dass die „zustehenden Rechte“ als (enger) Verweis auf Kapitel III („Rechte der betroffenen Person“ nach Art. 12 bis 22 DS-GVO) aufzufassen seien.⁴⁴⁶ Im Übrigen komme ein Unterlassungsanspruch wegen sonstiger Verstöße gegen Bestimmungen aus der DS-GVO nicht in Betracht.⁴⁴⁷
- 161** Argumentativ wird dieses Ergebnis auf Art. 76 Abs. 5 des Kommissionsentwurfs als Vorgänger zu Art. 79 DS-GVO gestützt.⁴⁴⁸ Dieser lautete: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass mit den nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten rasch Maßnahmen einschließlich einstweilige Maßnahmen erwirkt werden können, um mutmaßliche Rechtsverletzungen abzustellen und zu verhindern, dass den Betroffenen weiterer Schaden entsteht“. Durch die Streichung dieser präventiv wirkenden Vorschrift wäre daher geklärt, dass ein Unterlassungsanspruch nicht in der DS-GVO normiert wurde.⁴⁴⁹ Im Einzelfall müssten darüber hinaus objektive Vorgaben der DS-GVO innerhalb von Abwägungen Berücksichtigung finden, sodass diese mittelbar versubjektiviert werden.⁴⁵⁰ Im Übrigen seien die Betroffenen auf die Durchsetzung durch die Aufsichtsbehörden angewiesen.⁴⁵¹

(b) Schutzzweckorientierte Auslegung

- 162** Abzustellen ist überzeugenderweise nicht auf die formale Lokalisierung der Rechtsposition in Kapitel III der DS-GVO, da auch subjektive Rechte der Betroffenen außerhalb dieses Kapitels bestehen, genannt sei nur Art. 82 DS-GVO über Schadenseratz.⁴⁵² Selbstredend müssen auch diese Rechte von Art. 79 Abs. 1 DS-GVO umfasst sein, da es nicht der Sinn der Norm ist, die gerichtliche Durchsetzung von der DS-GVO eingeräumten Rechte zu verunmöglichen, sondern sicherzustellen.⁴⁵³ Bereits

⁴⁴⁵ Vgl. *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 6; *Schneider*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 15.

⁴⁴⁶ VG Regensburg ZD 2020, 601 Rn. 16 – Unterlassungsanspruch gegen Videoüberwachung einer städtischen Parkanlage; *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 7; *Grentzenberg/Spitka*, GRUR-Prax 2020, 539, 541; offenbar auch *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 8 Rn. 25; *Kohler*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2016, 653, 667; *Amam*, in: DSRTB 2019, S. 101, 104.

⁴⁴⁷ *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 10.

⁴⁴⁸ *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79

DS-GVO Rn. 11.

⁴⁴⁹ *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 10.

⁴⁵⁰ *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 9.

⁴⁵¹ *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 12.

⁴⁵² *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 11; *Halder/Walker*, ZD 2020, 605, 605; *Halder*, jurisPR-ITR 4/2021 Anm. 5.

⁴⁵³ Vgl. *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 4 sowie Art. 82 DS-GVO Rn. 97; *Herbrich*, jurisPR-ITR 19/2020

am Beispiel des Schadensersatzanspruchs lässt sich zeigen, dass die enge Auslegung unhaltbar ist.

Richtigerweise ist bei der Bestimmung der durchsetzungsfähigen Rechtspositionen darauf Rücksicht zu nehmen, ob eine Norm den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person dienen soll.⁴⁵⁴ Anzulegen ist demnach ein vergleichbarer Maßstab wie bei der Schutznormtheorie.⁴⁵⁵ Nach dem universellen Prinzip des *ubi jus, ibi remedium* müssen den betroffenen Personen – im Falle des Bestehens eines Rechts – effektive gerichtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung gestellt werden.⁴⁵⁶ „Da Rechte aus dem Unionsrecht praktisch wirksam sein müssen, kann es keine Rechte ohne entsprechende Rechtsbehelfe geben.“⁴⁵⁷ „Der Grundsatz des wirksamen Schutzes der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte, [...] stellt einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts dar, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt; er ist in den Art. 6 und 13 der

Anm. 5; Halder/Walker, ZD 2020, 605, 605; Halder, jurisPR-ITR 4/2021 Anm. 5; vgl. VG Wiesbaden BeckRS 2021, 37288 Rn. 32 – Verbot der Einbindung des Dienstes „Cookie-Dienstleister“.

⁴⁵⁴ Mundil, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 7; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 22; Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 9; Quiel, DSB 2020, 229 (zu Art. 46 Abs. 2 DS-GVO); Sundermann, RDV 2020, 317, 318; Schefzig/Rothkegel/Cornelius, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 160; ähnlich Schneider, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 15 („materielle Vorgaben“); ebenso VG Wiesbaden BeckRS 2021, 37288 Rn. 31 – Verbot der Einbindung des Dienstes „Cookie-Dienstleister“; Herbrich, jurisPR-ITR 19/2020 Anm. 5 („sämtliche Rechte nach der DSGVO“); LG Erfurt, Urt. v. 19.11.2020 – 8 O 559/20, juris-Rn. 117 ff.; Sommer, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 2; Halder, jurisPR-ITR 4/2021 Anm. 5; Halder/Walker, ZD 2020, 605, 605; Grimm, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 12. Aufl. 2021, 6. Teil F Rn. 195; Jahnle, in: Jahnle, DS-GVO, 2021, Art. 77 DS-GVO Rn. 1, 10 und Art. 79 DS-GVO Rn. 23; sowie LG Frankfurt a. M. ZD 2019, 410 Rn. 31, wonach Art. 79 Abs. 1 DS-GVO generell einen solchen Unterlassungsanspruch regeln würde; vgl. auch Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 63 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; vgl. allgemein Streinz, in: VVDStRL 61

(2002), 300, 344 f.; Epiney, in: VVDStRL 61 (2002), 362, 397 ff.

⁴⁵⁵ Sundermann, RDV 2020, 317, 318; Jahnle, in: Jahnle, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 23; vgl. allgemein zum Unionsrecht Ludwigs, NVwZ 2018, 1417, 1421; Ludwigs, NVwZ 2015, 1327, 1333 f.; Gärditz, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. 2018, § 42 VwGO Rn. 72; Gärditz, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 59.

⁴⁵⁶ LG Erfurt, Urt. v. 19.11.2020 – 8 O 559/20, juris-Rn. 119; Zanfir-Fortuna, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1162; vgl. auch Gärditz, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 35 Rn. 55; van Duin, EuCML 2017, 190, 190; Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston v. 22.6.2017 zur Rechtssache C-413/15 Rn. 32 – Farrell/Whitty; vgl. EuGH WRP 2015, 1319 Rn. 95 – Schrems/Data Protection Commissioner (Safe Harbor); Halder/Walker, ZD 2020, 605, 605; vgl. zu diesem Grundsatz auch Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 48 Fn. 267.

⁴⁵⁷ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston v. 22.6.2017 zur Rechtssache C-413/15 Rn. 32 – Farrell/Whitty; vgl. EuGH WRP 2015, 1319 Rn. 95 – Schrems/Data Protection Commissioner (Safe Harbor); LG Erfurt, Urt. v. 19.11.2020 – 8 O 559/20, juris-Rn. 119; vgl. OLG Dresden BeckRS 2021, 42153 Rn. 29; Schneider, Gemeinsame Verantwortlichkeit, 2021, S. 329.

am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und nun auch in Art. 47 der Charta verankert⁴⁵⁸. Das dient nicht zuletzt der Sicherstellung einer dezentralen Durchsetzung des Unionsrechts durch die begünstigten Individuen.⁴⁵⁹ So hat der EuGH bereits in der „Van Gend & Loos“-Entscheidung hervorgehoben, dass Individualrechte eine wirksame Methode der Durchsetzung des Unionsrechts darstellen.⁴⁶⁰

- 164** Für dieses weite Verständnis spricht, dass eine engere Auslegung zu kaum mehr erklärbaren Widersprüchen im Rechtsschutzsystem der DS-GVO führen würde. So besteht nach hier vertretener Auffassung die Möglichkeit, die ablehnende Entscheidung einer Aufsichtsbehörde über eine Beschwerde umfassend gerichtlich überprüfen zu lassen, insbesondere im Hinblick auf deren rechtliche Erwägungen.⁴⁶¹ Es wäre widersinnig, dass der Rechtsschutz gegen Aufsichtsbehörden mit Blick auf objektive Bestimmungen umfassender wäre, als die Individualdurchsetzung.⁴⁶²
- 165** Daneben wäre es unstimmig, nach Art von „dulde und liquidiere“ den Primärrechtsschutz des Betroffenen auszuschalten, diesem aber gleichzeitig Sekundärrechtsschutz über Schadensersatz zu gewähren (Art. 82 DS-GVO).⁴⁶³ Der Schadensersatzanspruch aus Art. 82 Abs. 1 DS-GVO entsteht – wie noch zu zeigen ist – auch bei Verstößen gegen rein objektive Bestimmungen der DS-GVO. Es ist jedoch sinnhaft, Beeinträchtigungen bereits vor deren Entstehung zu vermeiden, anstatt über die Kompensation von Schäden zu streiten, welche auch nicht stets reversibel sind.⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ EuGH BeckRS 2021, 39568 Rn. 57 – Randstad Italia.

⁴⁵⁹ Streinz, in: VVDStRL 61 (2002), 300, 341 f.; Gärditz, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. 2018, § 42 VwGO Rn. 72; Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 323 f.; Hellgardt, ZEuP 2022, 7, 38 f.; Ludwigs, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, 2021, § 8 Rn. 23; Weiß, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 35 Rn. 45; Saurer, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014, S. 308 ff.; Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 125; v. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 583 f.; Stelkens, EuR 2012, 511, 526.

⁴⁶⁰ EuGH BeckRS 1963, 104732 – NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung; Hellgardt, ZEuP 2022, 7, 39.

⁴⁶¹ → Rn. 127 ff.

⁴⁶² Es mutet daher geradezu befremdlich an, dass in Österreich nach § 32 DSGVO (Österreichisches Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten

v. 17.8.1999, BGBl. I Nr. 165/1999) das Auskunftsrecht des Betroffenen nur durch die Aufsichtsbehörde durchgesetzt werden konnte. Einer entsprechend grotesken Auslegung des Art. 79 DS-GVO hat der OGH zurecht einen Riegel vorgeschoben, vgl. OGH ZD 2021, 430; OGH BeckRS 2020, 43015 Rn. 16 ff. – kostenlose Übermittlung einer Krankenakte; OGH BeckRS 2021, 28173 Rn. 6; vgl. auch Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 13; Jahnel, in: Jahnel, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 4 ff.

⁴⁶³ LG Darmstadt ZD 2020, 642, 643 – Schadensersatz auf Grund der Fehladressierung einer Nachricht; für „ungewöhnlich“ befindend, aber dennoch hinnehmend Reirner, Verwaltungsdatenschutzrecht, 2019, Rn. 294.

⁴⁶⁴ LG Darmstadt ZD 2020, 642, 643 – Schadensersatz auf Grund der Fehladressierung einer Nachricht; Kosmides, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil XIII Kap. 3 Rn. 71; Büttel/Fischer, AnwZert-ITR 2/2020 Anm. 2.

(c) Umfasste subjektive Rechtspositionen

Nach der zutreffenden weiten Auslegung des Art. 79 Abs. 1 DS-GVO sind deshalb beispielsweise – neben den Art. 12 ff. DS-GVO⁴⁶⁵ – auch die Benachrichtigungspflicht nach Art. 34 DS-GVO⁴⁶⁶, Ansprüche aus Art. 11 Abs. 2 und 26 Abs. 2 DS-GVO⁴⁶⁷, ein Anspruch auf Unterlassung einer Verarbeitung ohne Rechtsgrundlage (Art. 6 Abs. 1 DS-GVO)⁴⁶⁸ sowie der Anspruch auf Unterlassung einer Verarbeitung, die gegen den technischen und organisatorischen Datenschutz aus Art. 24, 25, 32 DS-GVO verstößt,⁴⁶⁹ umfasst.⁴⁷⁰ Der allgemeine Art. 5 Abs. 1 DS-GVO (soweit ihm ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt) verbürgt ebenfalls subjektive Rechtspositionen, da auch die Konkretisierungen subjektiv-rechtlich ausgestaltet sind. Soweit mitgliedstaatliche Bestimmungen die durch die DS-GVO eingeräumten Rechte beschränken (vgl. etwa Art. 23 DS-GVO), müssen Verstöße gegen diese Bestimmungen ebenfalls justiziabel sein; im Raum steht dann ein Verstoß gegen das zu Unrecht eingeschränkte subjektive Recht.

⁴⁶⁵ Vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 71 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁴⁶⁶ LG Darmstadt ZD 2020, 642, 643 f. – Schadensersatz auf Grund der Fehladressierung einer Nachricht; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 22; *Herbrich*, jurisPR-ITR 19/2020 Anm. 5; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 23; vgl. LG Essen GRUR-RS 2021, 31764 Rn. 39 – Kein immaterieller Schadensersatzanspruch bei Verlust eines USB-Sticks mit sensiblen personenbezogenen Daten auf dem Postweg.

⁴⁶⁷ *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 23.

⁴⁶⁸ LG Erfurt, Urt. v. 19.11.2020 – 8 O 559/20, juris Rn. 117, 122; LSG Hessen BeckRS 2021, 36241 Rn. 36 – Kein Anspruch auf Unterlassen von Ermittlungen der wirtschaftlichen Verhältnisse aus datenschutzrechtlichen Gründen; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 9; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 19; *Halder*, jurisPR-ITR 4/2021 Anm. 5; *Sundermann*, RDV 2020, 317, 318; wohl auch OGH ZD 2021, 430; *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 155, 161 ff.; wohl auch *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg.,

Art. 79 DS-GVO Rn. 23; *Mantz/Spittka*, in: Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 119, 122; implizit Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 85 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Leibold/Laoutoumai*, ZD-Aktuell 2021, 05583; ähnlich *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7, 35 (Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch folgt aus Art. 79 Abs. 1 DS-GVO); **a. A.** *Reimer*, Verwaltungsdatenschutzrecht, 2019, Rn. 294; *Herbrich*, jurisPR-ITR 19/2020 Anm. 5; *Dregelies*, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 19 ff.

⁴⁶⁹ *Mantz/Marosi*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 3 Rn. 240; *Sommer*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 2; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 5; vgl. *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 10; **a. A.** *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 24.

⁴⁷⁰ Vgl. zu Unterlassungsansprüchen bei der Verletzung von Immaterialgütern im Unionsrecht *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 290 ff.

- 167** Der in der Rechtsprechung immer wieder praktizierte Rückgriff⁴⁷¹ auf §§ 1004 analog, 823 Abs. 1 BGB⁴⁷² zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs wegen einer verordnungswidrigen Verarbeitung ist daher in vielen Fällen nicht erforderlich, wenngleich ein solcher Anspruch teilweise durchaus auch auf Öffnungsklauseln gestützt werden kann.⁴⁷³ Sieht man einen umfassenden Unterlassungsanspruch bei Verstößen gegen die DS-GVO bereits aufgrund einer extensiven Auslegung des Schadensbegriffs aus Art. 82 DS-GVO unter entsprechender Heranziehung der §§ 249 ff. BGB verortet, lassen sich Unterlassungsansprüche nach §§ 1004 analog, 823 Abs. 1

⁴⁷¹ OLG Dresden BeckRS 2021, 42153 Rn. 28; OLG Stuttgart BeckRS 2021, 26918 Rn. 2; LG Darmstadt ZD 2020, 642, 643 – Schadensersatz auf Grund der Fehldressierung einer Nachricht; OLG Karlsruhe WRP 2020, 1070 Rn. 26 – Anspruch auf Löschung von Suchergebnissen gegen einen Internet-Suchmaschinenbetreiber aus Art. 17 DSGVO; OLG Köln BeckRS 2019, 10629 Rn. 29 – Wort- und Bildberichterstattung über den Kuss eines bekannten Moderators; OLG Köln BeckRS 2019, 25735 Rn. 30 – Unzulässige Werbung für ein Gewinnspiel mit dem Bildnis eines prominenten Schauspielers; LG Hamburg ZD 2020, 477 Rn. 40 – Unterlassungsansprüche gegen automatisch generierte Profilleite auf Facebook; OLG Frankfurt a. M. WRP 2020, 628 Rn. 24 – Rechtmäßigkeit der Übersendung von Anwaltsschriftsätzen an die Anwaltskammer; OLG Köln MMR 2020, 186 Rn. 28 – Jameda; LG Dresden ZD 2019, 416 Rn. 15 – Übermittlung der IP-Adressen der Webseitenbesucher durch Google Analytics; LG Frankfurt a. M. Rn. 1 – Unterlassungsanspruch wegen rechtswidriger Datenverarbeitung; VG Wiesbaden BeckRS 2021, 37288 Rn. 30 – Verbot der Einbindung des Dienstes „Cookie-Dienstleister“ (öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch); vgl. auch *Herbrich*, jurisPR-ITR 19/2020

Anm. 5; *Laoutoumai*, LG Frankfurt a. M.: Verstoß gegen DSGVO rechtfertigt einen Unterlassungsanspruch, v. 15.11.2020; *Zipfel*, GRUR-Prax 2021, 641; ausführlich *Schneider*, Gemeinsame Verantwortlichkeit, 2021, S. 327 ff.

⁴⁷² Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.1.2002, BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 und 2003 I S. 738.

⁴⁷³ Vgl. zu dem auch unter der DS-GVO weiter bestehenden Unterlassungsanspruch im Rahmen von Art. 85 DS-GVO BVerfG WRP 2020, 39 Rn. 74 – Recht auf Vergessen I; LG Frankfurt a. M. ZD 2018, 587 Rn. 19 – Rechtswidrige Veröffentlichung eines Fotos vom Frisörbesucher; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370; *Paschke/Halder*, jurisPR-ITR 15/2018, Anm. 3; OLG Köln ZD 2018, 434 Rn. 3 – Herbeiführung praktischer Konkordanz zwischen Datenschutz und KUG; OLG Köln NJW-RR 2019, 240 Rn. 11 – Unzulässige Bildveröffentlichung für nur beiläufige Aussage; vgl. auch zu Fragen der Umsetzung des KUG *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4; *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 378 ff.; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 397; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578.

BGB unter Art. 79 Abs. 1 DS-GVO fassen, sodass gerichtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.⁴⁷⁴ Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man, wenn diese Anspruchgrundlage als rechtliche Verpflichtung zur Löschung i. S. d. Art. 17 Abs. 1 DS-GVO⁴⁷⁵ oder das Widerspruchsrecht nach Art. 21 DS-GVO⁴⁷⁶ herangezogen wird.

Soweit es um die Durchsetzung der Bestimmungen der ePrivacy-RL bzw. deren Umsetzungsbestimmungen geht, müssen auch diese subjektiv-rechtlicher Natur sein. Das folgt daraus, dass Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL nunmehr aufgrund von Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO auf die Art. 77 ff. DS-GVO verweist.⁴⁷⁷ Die Verbandsklagemöglichkeiten bestimmen sich hier folglich ebenfalls nach Art. 80 DS-GVO. Die Bestimmungen von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL („Cookie-Regelung“) bzw. dessen Umsetzung in § 25 TTDSG dienen der Entscheidungsfreiheit⁴⁷⁸ und der Privatsphäre⁴⁷⁹ der Nutzer und sind daher zweifelsohne tauglicher Anknüpfungspunkt für Art. 80 DS-GVO. Als Äquivalent zu Art. 6 Abs. 1 DS-GVO ist auch die Beschränkung der Verarbeitung von Verkehrsdaten nach Art. 6 ePrivacy-RL subjektiv-rechtlicher Natur. Auch die Bestimmungen von Art. 13 ePrivacy-RL sind das unzweifelhaft, denn Art. 13 Abs. 6 ePrivacy-RL sieht gerade deren Einklagbarkeit vor.

⁴⁷⁴ So etwa *Schwartmann/Keppeler/Jacquemain*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 21, 44; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 10, 20; *Franck*, ZD 2021, 680, 683; im Ergebnis ebenso *Laue*, in: Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 11 Rn. 18; *Hofmann*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 5 Rn. 124 Fn. 183; *Dendorfer-Ditges*, in: Moll, MAH Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 35 Rn. 226; *Franck*, RDV 2015, 137, 138; *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 9; **a. A.** VG Regensburg ZD 2020, 601 Rn. 16 – Unterlassungsanspruch gegen Videoüberwachung einer städtischen Parkanlage; LG Wiesbaden BeckRS 2022, 672 Rn. 16 – Kein Anspruch auf Unterlassung aus Datenschutzrecht; *Kreße*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 10 ff.; *Härting*, Kein Unterlassungsanspruch: Warum § 1004 BGB auf Datenschutzverstöße nicht anwendbar ist, CR-online.de Blog vom 30.9.2013.

⁴⁷⁵ BGH GRUR-RS 2021, 39865 Rn. 10, 68 – Ungleiche Darstellung auf Ärztebewertungsportal; BGH GRUR-RS 2021, 39866 Rn. 10, 71 – Verarbeitung personenbezogener

zogenen Daten durch Betreiber eines Ärztebewertungsportals; BSG ZD 2019, 326 Rn. 13 – Unzulässigkeit der weiteren Speicherung des Fotos nach Übermittlung der elektronischen Gesundheitskarte; OLG Frankfurt a. M. WRP 2018, 1364 Rn. 35 ff. – Unterlassungs- bzw. Löschungsanspruch gegen einen Suchmaschinenbetreiber nach der DS-GVO; vgl. *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 17 DS-GVO Rn. 26; 63 f.; *Kriegesmann*, DSB 2019, 17, 18; *Worms*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 17 DS-GVO Rn. 44 ff.; *Mantz/Spittka*, in: Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 120; *Bäcker*, in: Wegener, Europäische Querschnittpolitiken, 2021, § 11 Rn. 171; **a. A.** OLG Dresden BeckRS 2021, 42153 Rn. 29.

⁴⁷⁶ *Caspar*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhrmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 21 DSGVO Rn. 7; **a. A.** *Halder/Walker*, ZD 2020, 605, 606; *Dregelies*, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 21.

⁴⁷⁷ → Rn. 26 f.

⁴⁷⁸ → Rn. 455 f.

⁴⁷⁹ → Rn. 453.

- 169** Verstöße gegen rein objektives Recht können hingegen nicht nach Art. 79 Abs. 1 DS-GVO verfolgt werden. Das betrifft beispielsweise die Pflicht zur Führung eines Verarbeitungsverzeichnisses (Art. 30 DS-GVO),⁴⁸⁰ zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten (Art. 37 DS-GVO)⁴⁸¹ oder zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DS-GVO)⁴⁸². Allein in diesen Fällen ist es auch im Ergebnis zu rechtfertigen, den Betroffenen auf den Beschwerdeweg und Schadensersatz zu verweisen.⁴⁸³ Zu beachten bleibt, dass objektive Pflichten mittelbar in Abwägungsentscheidungen (z. B. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO) einfließen können und damit wieder für Art. 79 Abs. 1 DS-GVO beachtlich sind.⁴⁸⁴

(3) Effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf

- 170** Fühlt sich der Betroffene in seinen Rechten verletzt, muss ihm ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf zur Verfügung stehen, so Art. 79 Abs. 1 DS-GVO.⁴⁸⁵ Das setzt zum einen die Qualifikation des zuständigen Spruchkörpers als Gericht voraus, zum anderen müssen die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe auch effektiv sein.

(a) „Gerichtlicher“ Rechtsschutz

- 171** Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein Gericht ein Spruchkörper, der verschiedene Merkmale aufweisen muss: Er muss dazu geschaffen sein, ständig und unabhängig auf gesetzlichem Boden Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich verbindlich zu entscheiden.⁴⁸⁶ In Deutschland unterfällt jedenfalls die ordentliche Gerichtsbarkeit, die Fachgerichtsbarkeit sowie die Gerichte nach Art. 96 GG dem Gerichtsbegriff.⁴⁸⁷

⁴⁸⁰ *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 21; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 18; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 24.

⁴⁸¹ VG Regensburg ZD 2020, 601 Rn. 21 – Unterlassungsanspruch gegen Videoüberwachung einer städtischen Parkanlage; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 5; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 24.

⁴⁸² VG Regensburg ZD 2020, 601 Rn. 21 – Unterlassungsanspruch gegen Videoüberwachung einer städtischen Parkanlage; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 5; vgl. *Kramer*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO, 2017, Art. 35 DS-GVO Rn. 161; *Nolte/Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 35 DS-GVO Rn. 76; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO,

2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 24; *Mantz/Spitka*, in: Sasenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 120.

⁴⁸³ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 63 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁴⁸⁴ *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 9.

⁴⁸⁵ Zu den prozessualen Folgen des „Sich-Verletzt-Fühlens“ *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 20 ff.

⁴⁸⁶ EuGH, Urt. v. 16.7.2020 – C-658/18, Rn. 42 – *Governo della Repubblica italiana*; EuGH NVwZ 2020, 1497 Rn. 43 – VQ/Land Hessen; vgl. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 19; *Ebers*, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 265.

⁴⁸⁷ *Mundil*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 12.

(b) Effektivität des Rechtsbehelfs**(aa) Gewährung von Primär- und Sekundärrechtsschutz**

Problematischer gestaltet sich die Frage, wann ein gerichtlicher Rechtsbehelf auch als effektiv einzustufen ist. Ein Rechtsbehelf muss jedenfalls geeignet sein, die Fortdauer einer Beeinträchtigung zu beenden (Primärrechtsschutz) und eine hinreichende Wiedergutmachung vorsehen (Sekundärrechtsschutz), um als effektiv angesehen werden zu können.⁴⁸⁸ **172**

Aus diesem Grund ist etwa die Umsetzung der Rechtsbehelfe im schwedischen Datenschutzrecht⁴⁸⁹ (anders als etwa im irischen Datenschutzrecht⁴⁹⁰) evident unzureichend, da kein gerichtlicher Unterlassungsrechtsbehelf, sondern nur Schadensersatzklagen vorgesehen sind. Nach der Ansicht des schwedischen Gesetzgebers, die angesichts der nahezu vollkommenen Entleerung von Art. 79 Abs. 1 und 80 Abs. 2 DS-GVO und der Verletzung des Grundsatzes *ubi jus, ibi remedium* die Grenze zur Unvertretbarkeit überschreitet, soll dies tatsächlich als effektiver Rechtsbehelf ausreichend sein.⁴⁹¹ Würde dies ernstgenommen, so wären die Handlungsmöglichkeiten des Verbands – je nach mitgliedstaatlicher Ausgestaltung – empfindlich geschmälert bis nicht vorhanden: Art. 80 Abs. 1 a. E. DS-GVO stellt in Bezug auf Schadensersatzansprüche der Betroffenen eine Öffnungsklausel dar und Art. 80 Abs. 2 DS-GVO sieht vor, dass Verbände nicht ohne Auftrag der Betroffenen Schadensersatzansprüche geltend machen dürfen (Erwägungsgrund 142 S. 3). Insoweit gäbe es keine Rechtspositionen, die nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO durchgesetzt werden könnten. **173**

(bb) Gewährung von Eilrechtsschutz

Nachdem einer Entscheidung über den Hauptsacherechtsbehelfe nicht stets zugewartet werden kann, muss zudem ein einstweiliger Rechtsschutz vorhanden sein, um die vom Unionsrecht gewährten Rechtspositionen in dringenden Fällen nicht zur leeren Hülle verkommen zu lassen.⁴⁹² **174**

⁴⁸⁸ *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 17; vgl. *Meyer-Ladewig/Renger*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 13 EMRK Rn. 9.

⁴⁸⁹ Vgl. Kapitel 7 des schwedischen Datenschutzgesetzes (Lag (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning).

⁴⁹⁰ Art. 117 Abs. 4 des irischen DPA (2018).

⁴⁹¹ *Lundstedt*, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 225; *Askersjö/Söderqvist/Jonsson/Nyman*, Ny dataskyddslag, SOU 2017:39, 2017, S. 304, welche die Umsetzung der DS-GVO im schwedischen Recht überprüfen sollten, kamen zu folgendem Ergebnis: „Im Einklang mit der Bewertung bei der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie sind wir der Ansicht, dass

das Recht der betroffenen Person auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegen einen für die Verarbeitung Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter im schwedischen Recht durch die Möglichkeit, vor einem öffentlichen Gericht auf Ersatz des Schadens zu klagen, der durch eine gegen die Verordnung verstoßende Verarbeitung personenbezogener Daten entstanden ist, erfüllt ist.“ (Übersetzung).

⁴⁹² EuGH NJW 1991, 2271 – Rn. 21 ff. – Factortame; *Streinz*, in: VVDStRL 61 (2002), 300, 346; *Dörr*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 5. Aufl. 2018, EVR Rn. 240; *Mundil*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 10; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-

(cc) Vorbeugender Rechtsschutz?

- 175** Inwieweit auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch zu gewähren ist, ist aus Art. 79 Abs. 1 DS-GVO nicht direkt ersichtlich.⁴⁹³ Teilweise wird mit Blick auf den Wortlaut vertreten, dass die Verletzung bereits eingetreten sein muss („zustehenden Rechte [...] verletzt wurden“).⁴⁹⁴ Folgt man dieser Ansicht, kann grundsätzlich im Anwendungsbereich der DS-GVO nicht vorbeugend und erst nach erstmaliger Beeinträchtigung Unterlassung verlangt werden.⁴⁹⁵ Etwas anderes soll nur dann nicht gelten, wenn vorbeugende Unterlassungsklagen unionsrechtlich geboten sein sollen.⁴⁹⁶ Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden.⁴⁹⁷
- 176** Es ist bereits zweifelhaft, ob bei einer solch rudimentären Regelung wirklich exklusiv nur ein repressiver Rechtsschutz bezweckt werden sollte.⁴⁹⁸ Im Übrigen würde diese Auslegung abermals zu Verwerfungen mit den Art. 77 f., 82 DS-GVO führen: Das Eintreten eines Schadens soll widersprüchlicherweise nicht verhindert, sondern nur liquidiert werden können. Es bleibt auch hier festzustellen, dass die Schadensverhinderung einen effektiveren Rechtsschutz ermöglicht, als die (eventuell nicht mehr mögliche) Beseitigung von Schäden. Aus diesem Grund ist nach zutreffender Auffassung grundsätzlich auch eine vorbeugende Unterlassungsklage möglich.
- 177** Das von der Gegenansicht in die Diskussion eingebrachte Argument der Streichung von Art. 76 Abs. 5 DS-GVO-E überzeugt ebenfalls nicht. Dieser lautete: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass mit den nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten rasch Maßnahmen einschließlich einstweiliger Maßnahmen erwirkt werden können, um mutmaßliche Rechtsverletzungen abzustellen und zu verhindern, dass den Betroffenen weiterer Schaden entsteht.“ In der letztlich maßgeblichen Ratsfassung von Art. 75 Nr. 1⁴⁹⁹ (= späterer Art. 79 Abs. 1 DS-GVO) wurde insoweit – in Abweichung zum Kommissionsentwurf – klargestellt, dass der gerichtliche Rechtsbehelf auch wirksam sein muss. Art. 79 Abs. 1 DS-GVO verweist daher implizit auch auf Art. 47 Abs. 1 GrCh, welchem der Sinngehalt von Art. 76 Abs. 5 DS-GVO-E entnommen werden kann. Letztlich wurde nur eine redundante Bestimmung im

GVO Rn. 17; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 18; *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 12.

⁴⁹³ *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 17.

⁴⁹⁴ *Kreß*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 29.

⁴⁹⁵ *Kreß*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 30.

⁴⁹⁶ *Kreß*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 29.

⁴⁹⁷ *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl.

2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 17; *Mundil*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 11; *Becker*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 2; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 23.

⁴⁹⁸ *Becker*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 2; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 23.

⁴⁹⁹ 9565/15 DATAPROTECT 97 JAI 420 MI 369 DIGIT 49 DAPIX 94 FREMP 133 COMIX 259 CODEC 823.

Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen, was keinen Umkehrschluss zulässt.⁵⁰⁰ Dass das Kapitel VIII der DS-GVO über die Rechtsdurchsetzung im Gesetzgebungsverfahren deutlich gestrafft wurde, ohne dabei inhaltliche Änderungen bewirken zu wollen, konnte bereits oben mit den Ausführungen zum Rechtsschutz gegen die Aufsichtsbehörde⁵⁰¹ belegt werden.

(4) Internationale Verbandsverfahren (Art. 79 Abs. 2 DS-GVO)

Zur erleichterten Durchsetzung eröffnet Art. 79 Abs. 2 DS-GVO zwei internationale Gerichtsstände für Klagen (bzw. Anträge⁵⁰²) gegen Verantwortliche und Auftragsverarbeiter.⁵⁰³ Die Festlegung der örtlichen Gerichtszuständigkeit obliegt den nationalen Rechtsordnungen. Unerheblich ist, ob es sich um Rechte aus der DS-GVO oder mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften in Ausfüllung der Öffnungsklauseln handelt.⁵⁰⁴ Art. 79 Abs. 2 DS-GVO gilt hierbei auch für ein Vorgehen von Verbänden im Rahmen von Art. 80 Abs. 1 DS-GVO.⁵⁰⁵ Sofern man – wie hier vertreten – annimmt, dass Art. 80 Abs. 1 DS-GVO eine Vertretungsregelung vorsieht,⁵⁰⁶ erschließt sich das von selbst. Gleiches dürfte aber auch für die Annahme einer Prozessstandschaft gelten: Der Verweis von Art. 80 Abs. 1 DS-GVO bezieht sich nämlich auf den gesamten Art. 79 DS-GVO.⁵⁰⁷

178

Diese Gerichtsstände begründen theoretisch einen nicht unerheblichen Spielraum für ein „forum shopping“ des Betroffenen bzw. Verbandes.⁵⁰⁸ Sieht die lex fori die an sich fakultative Möglichkeit der kollektiven Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO vor (z. B. Schweden und Niederlande) und ist ein

179

⁵⁰⁰ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 23.

⁵⁰¹ → Rn. 138 ff.

⁵⁰² Bei der Formulierung („Klage“) in Art. 79 Abs. 2 DS-GVO handelt es sich um einen Übersetzungsfehler, gemeint ist der allgemeinere Begriff des Rechtsbehelfs, vgl. *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 23b; *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 35; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 14; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 33 („mit anderen Worten das gesamte Instrumentarium zivilprozessualer Urteilsbegehren“).

⁵⁰³ BGH WRP 2020, 1595 Rn. 16 – Recht auf Vergessen I; *Hess*, in: FS Geimer, 2017, S. 255, 258; *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 185; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 231; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 23; *Lüttringhaus*, ZvgLRWiss 117 (2018), 50, 66; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 17; *Schneider*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-

GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 24.

⁵⁰⁴ *Lundstedt*, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 244.

⁵⁰⁵ *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 2017, Art. 79 DS-GVO Rn. 6 sowie Art. 80 DS-GVO Rn. 1; *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 35; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 245; *Lüttringhaus*, ZvgLRWiss 117 (2018), 50, 68, 70; *Kohler*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2016, 653, 668 Fn. 46.

⁵⁰⁶ → Rn. 109.

⁵⁰⁷ *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 2017, Art. 79 DS-GVO Rn. 6 sowie Art. 80 DS-GVO Rn. 1; *Krefse*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 35; *Lüttringhaus*, ZvgLRWiss 117 (2018), 50, 68, 70; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 45.

⁵⁰⁸ *Lüttringhaus*, ZvgLRWiss 117 (2018), 50, 68, 70; *Revolidis*, MJLT 2017, 7, 27; einschränkend v. *Lewinski*, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 7.

entsprechender internationaler Gerichtsstand eröffnet, können ausländische Betroffene bzw. Verbände dort klagen und die erstrittene Entscheidung nach Art. 36 ff. EuGVVO⁵⁰⁹ in ihrem Mitgliedstaat anerkennen und vollstrecken lassen.⁵¹⁰

(a) Niederlassungsort der Beklagten

180 Der Betroffene kann nach Art. 79 Abs. 2 S. 1 DS-GVO eine Klage im Mitgliedstaat einer Niederlassung des Verantwortlichen erheben (forum rei). Eine Niederlassung setzt die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit durch eine feste Einrichtung voraus, wie Erwägungsgrund 22 S. 2 klarstellt.⁵¹¹ Auf die Hauptniederlassung (Art. 4 Nr. 16 DS-GVO) kommt es dagegen nicht an.⁵¹² Ebenso wenig ist relevant, ob die Datenverarbeitung in der verklagten Niederlassung stattfand („eine Niederlassung“)⁵¹³ oder der Verantwortliche überhaupt einen Sitz in der EU hat.⁵¹⁴ Ähnlich hat der EuGH zur Klagebefugnis der Aufsichtsbehörden nach Art. 58 Abs. 5 Var. 2 DS-GVO entschieden.⁵¹⁵ Der Betroffene bzw. der beauftragte Verband kann bei mehre-

⁵⁰⁹ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl. L 351 S. 1, ber. 2016 Abl. L 264 S. 43.

⁵¹⁰ Lüttringhaus, ZvgIRWiss 117 (2018), 50, 68, 70.

⁵¹¹ Vgl. EuGH BeckRS 2004, 75196, Rn. 20 – Factortame; Heinze/Warmuth, ZZPInt 21 (2016), 175, 185 f.; Boehm, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 18; Schneider, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 25; Dregelies, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 166.

⁵¹² Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 11; Heinze/Warmuth, ZZPInt 21 (2016), 175, 186; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 25; Boehm, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 18; Leopold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 36; a. A. Lundstedt, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 246 f.; Art. 56 DS-GVO ist analog mit seinem Verweis auf Art. 4 Nr. 16 DS-GVO aus Gründen der Rechtssicherheit für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter anzuwenden.

⁵¹³ V. Lewinski, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 4; Lüttringhaus, ZvgIRWiss 117 (2018), 50, 68 Fn. 69; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-

GVO Rn. 25; kritisch Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 79 DS-GVO Rn. 12; Schneider, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 25; Dregelies, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 166; kritisch hierzu Spittka/Bunnenberg, K&R 2021, 560, 563 sowie Revolidis, MJULT 2017, 7, 26 ff.; „Given that the generous to the data subject/plaintiff jurisdictional grounds of GDPR art. 79(2) neutralise such jurisdictional guarantees as those achieved by the Brussels Ia jurisdictional regime, the circulation of judgements related to online data privacy violations will severely distort the trust of EU citizens in the administration of justice within the common judicial area, even if none of the refusal grounds of the Brussels Ia Regulation art. 45 can be invoked. In addition, one cannot overlook the concerns raised by the unreasonable multiplication of jurisdictional grounds created by the possibility of a data controller or processor being established in more than one Member States, which will further undermine the notion of legal certainty within the judicial system of the EU.“; vgl. EuGH WRP 2014, 805 Rn. 52 ff. – Google Spain u. a./AEPD u. a.

⁵¹⁴ Heinze/Warmuth, ZZPInt 21 (2016), 175, 186.

⁵¹⁵ EuGH BeckRS 2021, 14086 Rn. 84 – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit.

ren Niederlassungen in verschiedenen Mitgliedstaaten wählen, in welchem er vorgehen möchte.⁵¹⁶ In Ermangelung einer Niederlassung innerhalb der EU bleibt der Rückgriff auf den Wahlgerichtsstand des Art. 79 Abs. 2 S. 2 DS-GVO eröffnet.⁵¹⁷

(b) Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Betroffenen

Wahlweise können nach Art. 79 Abs. 2 S. 2 DS-GVO Klagen auch bei den Gerichten des Mitgliedstaats erhoben werden, in dem die betroffene Person ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort hat (*forum actoris*), es sei denn, es handelt sich bei dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter um eine Behörde eines Mitgliedstaats, die in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse tätig geworden ist. In letzterem Fall kommt es auf den Behördensitz (Art. 78 Abs. 3 DS-GVO) an.⁵¹⁸

181

Der „gewöhnliche Aufenthaltsort“ meint – wie Art. 77 Abs. 1 DS-GVO und Erwägungsgrund 141 S. 1 zeigen – nichts anderes als den im übrigen Unionsrecht bekannten „Ort des gewöhnlichen Aufenthalts“.⁵¹⁹ Aus der Formulierung ergeben sich daher keine Unterschiede. Es kommt daher darauf an, ob die betroffene Person ihren Lebensmittelpunkt dort hat.⁵²⁰ Inwieweit subjektive Elemente zusätzlich zu berücksichtigen sind, ist noch nicht abschließend geklärt.⁵²¹ Unerheblich ist jedenfalls, ob der Verantwortliche überhaupt eine Niederlassung in der EU hat, was aufgrund des weiten räumlichen Anwendungsbereichs nach Art. 3 Abs. 2 DS-GVO Bedeutung erlangen kann.⁵²²

182

⁵¹⁶ *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 25.

⁵¹⁷ *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 187; **a. A.** *Nolte/Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 17, welche ausschließlich auf die Regelung der EuGVVO zurückgreifen wollen.

⁵¹⁸ *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 185 und 189; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 20; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 17, 20 ff.; *Nolte/Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 8 f.; v. *Lewinski*, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 5.

⁵¹⁹ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 17; *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 189; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 26; vgl. zur missverständlichen Formulierung vor der Korrektur der DS-GVO *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 188 f.

⁵²⁰ *Hess*, in: FS Geimer, 2017, S. 255, 261; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 17; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 27; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 37; vgl. EuGH BeckRS 2014, 80949 Rn. 44 – I/Health Service Executive.

⁵²¹ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 17 m. w. N.; das etwa für erforderlich haltend *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 37; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 37.

⁵²² *Lüttringhaus*, ZvgIRWiss 117 (2018), 50, 68; *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 187; v. *Lewinski*, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 5; *Revolidis*, MJLT 2017, 7, 26 ff.; *Gerhold*, NVwZ 2021, 1133, 1135; **a. A.** *Nolte/Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 17.

(c) Weitere Gerichtsstände nach der EuGVVO

(aa) Verhältnis von DS-GVO zu EuGVVO

183 Unklar ist, wie sich Art. 79 Abs. 2 DS-GVO zu sonstigen internationalen Gerichtsständen aus der EuGVVO verhält. Erwägungsgrund 147 stellt hierzu fest, dass die Gerichtsbarkeiten der DS-GVO der Anwendung spezifischer Vorschriften der EuGVVO nicht entgegenstehen. Was daraus folgen soll, ist aber nicht eindeutig. So könnte daraus abzuleiten sein, dass die allgemeinen⁵²³ oder sogar sämtliche Gerichtsstände⁵²⁴ der EuGVVO nicht anzuwenden sind. Jedoch wird ein solches exklusives Verhältnis überwiegend verneint, sondern ein Komplementärverhältnis (vgl. Art. 67 EuGVVO) der Art. 6 ff. EuGVVO und Art. 79 Abs. 2 DS-GVO angenommen.⁵²⁵ Vorzugswürdig ist letztlich die Ansicht, dass Art. 79 Abs. 2 DS-GVO als Schutzgerichtsstand sämtlichen ausschließlichen Gerichtsständen der EuGVVO entgegensteht, da ansonsten die Privilegierung der Betroffenen unterlaufen wird.⁵²⁶

(bb) Denkbare Gerichtsstände nach der EuGVVO

184 Denkbare verbleibende Gerichtsstände nach der EuGVVO sind insbesondere der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 7 Nr. 1 EuGVVO,⁵²⁷ der Deliktsgerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO⁵²⁸, der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nach

⁵²³ *Schneider*, Gemeinsame Verantwortlichkeit, 2021, S. 333 ff.; wohl *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 32; das aufwerfend aber im Ergebnis verneinend *Hess*, in: FS Geimer, 2017, S. 255, 259.

⁵²⁴ So wohl *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 50.

⁵²⁵ *Hess*, in: FS Geimer, 2017, S. 255, 259; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.103; *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 192 f.; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 79 DS-GVO Rn. 3; *Lüttringhaus*, ZvgIRWiss 117 (2018), 50, 69; *Kohler*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2016, 653, 669; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 79 DS-GVO Rn. 17; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 32, 39; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 5.34; *Lundstedt*, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 253; *Dregelies*, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 172; *Vrbljanac*, in: GS Bodiroga-Vukobrat, 2021, S. 249, 254 ff.

⁵²⁶ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 233 f.; *Kohler*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2016, 653, 669; wohl auch *Nolte/Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 15; vgl. zu Gerichtsstandsvereinbarungen *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 2017, Art. 79

DS-GVO Rn. 8; *Lüttringhaus*, ZvgIRWiss 117 (2018), 50, 69 f.; **a. A.** hinsichtlich Gerichtsstandsvereinbarungen *Nolte/Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 16; *Schneider*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 35; *Dregelies*, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 170.

⁵²⁷ *Kohler*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2016, 653, 670; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 30; *Lundstedt*, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 229 f.; vgl. *Vrbljanac*, in: GS Bodiroga-Vukobrat, 2021, S. 249, 250.

⁵²⁸ *Hess*, in: FS Geimer, 2017, S. 255, 259 ff.; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.104; *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 195 f.; *Kohler*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2016, 653, 670; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 30; *Lundstedt*, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 234 ff.; vgl. *Vrbljanac*, in: GS Bodiroga-Vukobrat, 2021, S. 249, 251 ff.; **a. A.** *Dregelies*, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 167 ff.

Art. 8 Nr. 1 EuGVVO,⁵²⁹ der Gerichtsstand der Widerklage nach Art. 8 Nr. 3 EuGVVO⁵³⁰, Gerichtsstand für Klagen aus dem Arbeitsverhältnis nach Art. 21 EuGVVO⁵³¹ oder der Verbrauchergerichtsstand nach Art. 18 EuGVVO⁵³².

Nicht möglich ist eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 25 f. EuGVVO in den Fällen des Art. 25 Abs. 4 i. V. m. Art. 19 EuGVVO, da die Rechtsgedanken (Schutz des Verbrauchers) des Ausschlussstatbestands ohne weiteres passen, obgleich sie sich nur auf die Schutzgerichtsstände der EuGVVO beziehen.⁵³³ Immerhin zeigt die Verbandsklagen-RL⁵³⁴, dass das Datenschutzrecht auch Verbraucher schützt.⁵³⁵ Anderes ist deshalb anzunehmen, wenn durch eine Gerichtsstandsvereinbarung lediglich ein weiterer Gerichtsstand für den Betroffenen eröffnet und dieser nur privilegiert wird.⁵³⁶

185

(d) Erhalt der Gerichtsstände des Art. 79 Abs. 2 DS-GVO nach Abtretung an den Verband?

Für Verbände kann sich Art. 80 Abs. 1 DS-GVO anbieten, um Schadensersatzansprüche nach Abtretung „gesammelt“ geltend zu machen.⁵³⁷ Art. 80 DS-GVO steht dem

186

⁵²⁹ v. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 8; Lüttringhaus, ZvglRWiss 117 (2018), 50, 69; Hess, in: FS Geimer, 2017, S. 255, 262; Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.107; Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 30; Mankowski, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, Art. 67 Brüssel Ia-VO Rn. 12.

⁵³⁰ Hess, in: FS Geimer, 2017, S. 255, 262; Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.107.

⁵³¹ Lundstedt, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 233 f.; vgl. Vrbjancac, in: GS Bodiroga-Vukobrat, 2021, S. 249, 250.

⁵³² Heinze/Warmuth, ZZPInt 21 (2016), 175, 193 f.; Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 30; Lundstedt, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 230 ff.; Dregelies, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 170; Vrbjancac, in: GS Bodiroga-Vukobrat, 2021, S. 249, 250.

⁵³³ Heinze/Warmuth, ZZPInt 21 (2016), 175, 197, die diese Lösung aber wohl aufgrund des Wortlauts ablehnen; ähnlich Nolte/Werkmeister, in: Gola, DS-GVO,

2. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 16; Schneider, Gemeinsame Verantwortlichkeit, 2021, S. 350 ff.

⁵³⁴ Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, Abl. L 409 S. 1.

⁵³⁵ Vgl. Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 84 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; Schmitt, ZGR 2021, 559, 595.

⁵³⁶ Lüttringhaus, ZvglRWiss 117 (2018), 50, 69; Kohler, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2016, 653, 669; v. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 3; Leupold/Schrems, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 30; Mankowski, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, Art. 67 Brüssel Ia-VO Rn. 12; Dregelies, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 171.

⁵³⁷ Siehe zur Inkassoession noch S. 348 ff.

nicht entgegen.⁵³⁸ Eine solche Vorgehensweise bietet sich bei Datenschutzverletzungen an, die eine Vielzahl von Betroffenen umfassen.⁵³⁹ Wie das aussehen könnte, zeigte der österreichische Datenschutzaktivist *Maximilian Schrems*, der sich vermeintliche Schadensersatzansprüche gegen den Betreiber des sozialen Netzwerks Facebook hatte abtreten lassen, um sie in Österreich einzuklagen. Hierbei stellt sich die Frage, ob die verbraucherrechtliche Gerichtszuständigkeit (Art. 18 EuGVVO) nach der Abtretung erhalten bleibt.⁵⁴⁰

- 187** Der EuGH hatte dies im Rahmen seiner Auslegung des Verbrauchergerichtsstands der Brüssel-I-VO⁵⁴¹ verneint.⁵⁴² Hiernach sei auf die konkrete Partei als Vertragspartner abzustellen, sodass auch die Abtretung an einen anderen Verbraucher nicht zur Begründung eines neuen Verbrauchergerichtsstands führen könne.⁵⁴³ Das muss dann auch für eine Abtretung an einen Verband gelten.⁵⁴⁴ Die Gerichtszuständigkeit war und ist damit ein wesentlicher Grund, warum solche „Sammelklagen“ nur begrenzt wirtschaftlich sinnvoll sind.⁵⁴⁵
- 188** Ob durch Art. 79 Abs. 2 DS-GVO (ggfs. i. V. m. Art. 80 Abs. 1 DS-GVO) nunmehr Änderungen bewirkt werden, ist denkbar, aber noch nicht abschließend geklärt. Teilweise wird die Argumentation des EuGH in der Sache „Schrems“ auch auf diese Gerichtsstände übertragen.⁵⁴⁶ Nachdem es bei Art. 18 EuGVVO gerade um vertragliche Ansprüche des Verbrauchers geht, Ansprüche aus Datenschutzverletzungen aber auch deliktisch qualifiziert werden können, könnte eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung auch ausgeschlossen sein.

⁵³⁸ Vgl. *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563, 2565; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 1; *Ambrock/Karg*, in: von dem Busche/Voigt, Konzerndatenschutz, 2. Aufl. 2019, Teil 8 Rn. 114; *Mantz/Marosi*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 3 Rn. 248; *Becker*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Pato*, in: Cadiet/Hess/Requejo Isidro, Privatizing Dispute Resolution, 2019, S. 131, 136; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.98.

⁵³⁹ *Schrems*, in: Nunner-Krautgasser/Garber/Klauser, Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018, 2019, S. 37, 39; *Fritzsche*, in: Soergel, BGB, Bd. 4, Schuldrecht 2, 13. Aufl. 2019, § 2 UKlaG Rn. 22; *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 194.

⁵⁴⁰ *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, UKlaG Einleitung Rn. 13a; *Heinze/Storkenmaier*, CR 2021, 299 Rn. 20.

⁵⁴¹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die

Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L 12 S. 1, ber. L 307 S. 28 und 2010 L 328 S. 36.

⁵⁴² EuGH WRP 2018, 304 Rn. 42 ff. – Maximilian Schrems/Facebook; vgl. ausführlich *Staudinger*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, Art. 17 Brüssel Ia-VO Rn. 2a.

⁵⁴³ EuGH WRP 2018, 304 Rn. 48 – Maximilian Schrems/Facebook.

⁵⁴⁴ *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Art. 17 EUGVVO Rn. 22; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 250; *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 194; vgl. zur Abtretung an juristische Personen EuGH NJW 1993, 1251.

⁵⁴⁵ *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, UKlaG Einleitung Rn. 13a.

⁵⁴⁶ Tendenziell *Lüttringhaus*, ZVglRWiss 117 (2018), 50, 71; offenlassend für Art. 80 Abs. 1 DS-GVO *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 194.

- Überzeugenderweise ist genauer zu differenzieren: Der Zessionar kann sich auf die Gerichtsstände des Art. 79 Abs. 2 DS-GVO stützen, sofern sich hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit keine Abweichungen für den Verantwortlichen ergeben.⁵⁴⁷ In diesem Fall ist der Beklagte einerseits nicht schutzwürdig und andererseits wird die von der DS-GVO angepeilte verbesserte Durchsetzung adressiert.⁵⁴⁸ Das ist durchaus vom Wortlaut des Art. 79 Abs. 2 DS-GVO gedeckt, denn dieser spricht neutral von „Klagen gegen einen Verantwortlichen oder gegen einen Auftragsverarbeiter“ bzw. „solche Klagen“ und bezieht sich nicht auf den Betroffenen als Rechtsinhaber.⁵⁴⁹ Auch Erwägungsgrund 145 spricht nur von „dem Kläger“.⁵⁵⁰ Ausgeschlossen wäre weiterhin zum Schutz des Verantwortlichen, dass sich neue Gerichtsstände infolge der Abtretung ergeben, z. B. nach Abtretung an einen anderen Betroffenen, der in einem anderen Mitgliedstaat seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat (§ 79 Abs. 2 S. 2 DS-GVO).⁵⁵¹
- Bedeutung erlangt Art. 79 Abs. 2 DS-GVO im Rahmen einer Abtretung demnach für den internationalen Gerichtsstand der Niederlassung und den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts, sofern im letzteren Fall beide Betroffene ihren gewöhnlichen Aufenthalt im gleichen Mitgliedstaat haben.
- Weitere praktische Hürden für solche „Sammelklagen“ können sich jedoch durch die mitgliedstaatlich festzulegende örtliche Gerichtszuständigkeit ergeben. In Deutschland wären etwa § 44 Abs. 1 BDSG und die ergänzenden §§ 12 ff. ZPO anwendbar. § 44 Abs. 1 S. 1 BDSG stellt dabei auf den Ort der Niederlassung des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters ab, sodass eine für eine „Sammelklage“ geeignete Konzentration auf eine örtliche Gerichtszuständigkeit erreicht wird.
- (e) Behandlung von Parallelverfahren**
- Nach Maßgabe von Art. 81 Abs. 2 DS-GVO kann⁵⁵² ein Parallelverfahren in mehreren Mitgliedstaaten durch das Gericht ausgesetzt werden bzw. sich das Gericht nach Art. 81 Abs. 3 DS-GVO in einem solchen Fall für unzuständig erklären.⁵⁵³ Von Art. 81 DS-GVO von vornherein nicht umfasst sind Parallelverfahren innerhalb desselben Mitgliedstaats, deren Behandlung sich nach mitgliedstaatlichem Recht richtet.⁵⁵⁴ Die Anwendung des Art. 81 DS-GVO auf Zivilverfahren wird trotz des missverständlichen Erwägungsgrund 144 S. 1 bejaht, der an sich nur auf Verfahren gegen Entscheidungen von Aufsichtsbehörden abstellt.⁵⁵⁵

⁵⁴⁷ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 18a.

⁵⁴⁸ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 18a.

⁵⁴⁹ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 18a.

⁵⁵⁰ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 18a.

⁵⁵¹ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl.

2020, Art. 79 DS-GVO Rn. 18a.

⁵⁵² Vgl. zum (eingeschränkten) Ermessen des Gerichts *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 17, 22.

⁵⁵³ *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 187.

⁵⁵⁴ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 231.

⁵⁵⁵ *Krefße*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79

- 193** Verfahren gelten nach Erwägungsgrund 144 S. 1 als miteinander verwandt, wenn zwischen ihnen eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren einander widersprechende Entscheidungen ergehen. Eine Beschränkung auf denselben Anspruch ist dabei nicht vorzunehmen.⁵⁵⁶ Maßstab soll dabei eine wertende Gesamtbetrachtung sein.⁵⁵⁷
- 194** Unter Art. 81 DS-GVO fällt im Bereich des Zivilverfahrens etwa die Konstellation, dass ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter wegen der identischen Verarbeitung sowohl in einem Mitgliedstaat gegen aufsichtsbehördliche Maßnahmen vorgeht (Art. 78 Abs. 1 DS-GVO) als auch durch einen Betroffenen – bzw. hier interessierend einen Verband – verklagt wird (Art. 79 Abs. 1 ggfs. i. V. m. Art. 80 DS-GVO).⁵⁵⁸ Gleiches kann für Massenverfahren angenommen werden, wenn mehrere Betroffene in verschiedenen Mitgliedstaaten Verfahren einleiten.⁵⁵⁹ Nichts anderes wird dann für ein paralleles Vorgehen durch einen Betroffenen (Art. 79 Abs. 1 DS-GVO) und einen Verband (Art. 80 Abs. 2 DS-GVO) gelten.⁵⁶⁰

DS-GVO Rn. 1; v. *Lewinski*, in: *Elßer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 1; *Boehm*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmann*, Datenschutzrecht, 2019, Art. 81 DS-GVO Rn. 18; *Bergt*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 10; *Moos/Schefzig*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 81 DS-GVO Rn. 7; *Schwartmann/Keppeler*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 9; *Nolte/Werkmeister*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 81 DS-GVO Rn. 3; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 230; *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1266; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 81 DS-GVO Rn. 2; **a.A.** *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 81 DS-GVO Rn. 6; *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 191.

⁵⁵⁶ *Bergt*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 7; *Schwartmann/Keppeler*, in:

Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 6; *Moos/Schefzig*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 81 DS-GVO Rn. 11.

⁵⁵⁷ *Bergt*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 11; *Moos/Schefzig*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 81 DS-GVO Rn. 11.

⁵⁵⁸ Vgl. *Bergt*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 10; *Schwartmann/Keppeler*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 9; *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1268.

⁵⁵⁹ *Bergt*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 10.

⁵⁶⁰ *Gemirn*, in: *Jandt/Steidle*, Datenschutz im Internet, 2018, B VI Rn. 87.

Im Ergebnis kann Art. 81 DS-GVO also als *lex specialis* zu Art. 30 EuGVVO gesehen werden.⁵⁶¹ Unberührt bleiben Art. 29 EuGVVO, im Falle eines identischen Streitgegenstands durch dieselben Parteien,⁵⁶² sowie Art. 35 EuGVVO für den Fall des einstweiligen Rechtsschutzes⁵⁶³. Die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen anderer Mitgliedstaaten richtet sich vielmehr nach den Art. 36 ff. EuGVVO.⁵⁶⁴ Insoweit ist auch die materielle Rechtskraft bereits ergangener Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen.⁵⁶⁵

cc. Durchsetzung durch betriebliche Datenschutzbeauftragte

Die Durchsetzung der datenschutzrechtlichen Vorgaben erfolgt faktisch zu einem großen Teil durch betriebliche Datenschutzbeauftragte, die durch Verantwortliche unter den Voraussetzungen des Art. 37 Abs. 1 DS-GVO ggf. i. V. m. nationalem Recht⁵⁶⁶ benannt werden müssen.⁵⁶⁷ Dieser Weg der Durchsetzung ist nicht im Kapitel VIII der DS-GVO über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen verortet, darf aber aufgrund der Aufgaben des Datenschutzbeauftragten nicht außer Acht gelassen werden. Er stellt eine interne Kontrollinstanz dar.⁵⁶⁸ Betroffene können diesen zu allen mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten und der Wahrnehmung ihrer Rechte gemäß dieser Verordnung im Zusammenhang stehenden Fragen zurate ziehen, wie sich aus Art. 38 Abs. 4 DS-GVO ergibt. Werden Verstöße offenbar, muss der Datenschutzbeauftragte auf Abhilfe hinwirken.⁵⁶⁹ Dieses Anrufungsrecht zeigt daher gewisse Parallelen zum Beschwerderecht nach Art. 77 Abs. 1 DS-GVO.⁵⁷⁰ Ein Recht des Verbands zur Anrufung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist nicht in Art. 80 Abs. 1 DS-GVO genannt. Nachdem es sich hierbei jedoch nicht um einen Rechtsbehelf im eigentlichen Sinne handelt, bleibt es Verbänden unbenommen, diesen Weg einzuschlagen, um auf eine schnelle Abhilfe bei Rechtsverstößen hinzuwirken.

⁵⁶¹ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 231; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 12; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 81 DS-GVO Rn. 2; *Piltz*, K&R 2017, 85, 90.

⁵⁶² *Heinze/Warmuth*, ZZPInt 21 (2016), 175, 191; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 230; zu Art. 27 Brüssel I-VO *Stefanelli*, in: Fairgrieve/Lein, Extraterritoriality and Collective Redress, 2012, Rn. 9.05 ff.

⁵⁶³ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 81 DS-GVO Rn. 12.

⁵⁶⁴ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 229; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.108.

⁵⁶⁵ Hierzu *Garber*, in: BeckOK ZPO, 43. Ed. Stand: 1.12.2021, Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 47; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 247 f.; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.108.

⁵⁶⁶ In Deutschland: §§ 6, 38 BDSG.

⁵⁶⁷ Hierzu *Jaspers/Reif*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 37 DS-GVO Rn. 14 ff.; *von dem Bussche*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 37 DS-GVO Rn. 6 ff.; *Stutz*, in: Schläger/Thode, Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit, 2. Aufl. 2022, Teil B Rn. 8 ff.

⁵⁶⁸ *Stutz*, in: Schläger/Thode, Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit, 2. Aufl. 2022, Teil B Rn. 1; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 37 DS-GVO Rn. 1.

⁵⁶⁹ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 38 DS-GVO Rn. 36; *Jaspers/Reif*, RDV 2012, 78, 82; *Paal*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 38 DS-GVO Rn. 12; zum BDSG a. F. *Simitis*, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 4f BDSG Rn. 163.

⁵⁷⁰ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 38 DS-GVO Rn. 34.

c. Bedeutung des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO für das UWG und UKlaG

- 197 Nachdem aus § 8 Abs. 3 UWG einerseits eine Klagebefugnis aus eigenem Recht folgt und dieses andererseits in Verbindung mit § 3a UWG unabhängig von Rechtsverletzungen eines Betroffenen besteht, liegt hierin keine von Art. 80 Abs. 1 DS-GVO gedeckte Umsetzung ins mitgliedstaatliche Recht.⁵⁷¹ Das Gleiche trifft auf die Klagebefugnis nach dem UKlaG zu. Die Zulässigkeit einer „echten“ Verbandsklage im Anwendungsbereich der DS-GVO hängt daher nicht von Art. 80 Abs. 1 DS-GVO, sondern von dessen Absatz 2 ab.

3. Tätigwerden unabhängig von der Beauftragung eines Betroffenen (Art. 80 Abs. 2 DS-GVO)

- 198 Eine Verbandsklage aufgrund eigenen Rechts sieht Art. 80 Abs. 2 DS-GVO vor.⁵⁷² Die Mitgliedstaaten können hiernach vorsehen, dass jeder der in Art. 80 Abs. 1 DS-GVO genannten Verbände unabhängig von einem Auftrag der betroffenen Person in diesem Mitgliedstaat das Recht hat, bei der zuständigen Aufsichtsbehörde eine Beschwerde einzulegen und die in den Art. 78 f. DS-GVO aufgeführten Rechte in Anspruch zu nehmen, wenn ihres Erachtens die Rechte einer betroffenen Person nach der DS-GVO infolge einer Verarbeitung verletzt worden sind. Nach Erwägungsgrund 142 S. 3 darf es den Verbänden jedoch nicht gestattet werden, unabhängig vom Auftrag einer betroffenen Person in ihrem Namen Schadensersatz zu verlangen. Ausgeschlossen sind folglich in jedem Fall Verbandsschadensersatzklagen ohne Beauftragung des Betroffenen.⁵⁷³
- 199 Art. 80 DS-GVO sieht damit, neben der Möglichkeit der Verfahrens- und Prozessvertretung (Abs. 1), ein eigenes Verbandsbeschwerde- und Verbandsklagerecht vor.⁵⁷⁴ Es handelt sich jedoch bei Art. 80 Abs. 2 DS-GVO insgesamt um eine fakultative Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 36 – App-Zentrum.

⁵⁷² *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, *Der DatKomm*, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 3; v. *Lewinski*, in: *Eßer/Kramer/v. Lewinski*, *DS-GVO BDSG*, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, *UWG*, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40d; *Weichert*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, *EU-DSGVO und BDSG*, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Nemitz*, in: *Ehmann/Selmayr*, *DS-GVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; *Keppeler*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, *DS-GVO BDSG*, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 19.

⁵⁷³ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, *Der DatKomm*, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 44.; *Keppeler*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, *DS-GVO BDSG*, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 19; *Spindler/Horváth*, in: *Spindler/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 18; *Krefße*, in:

Sydow, *EU-DSGVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Karg*, in: *BeckOK DatenschutzR*, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 17; *Dieterich*, *ZD* 2016, 260, 265.

⁵⁷⁴ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, *Der DatKomm*, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 3; v. *Lewinski*, in: *Eßer/Kramer/v. Lewinski*, *DS-GVO BDSG*, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 14; *Krefße*, in: Sydow, *EU-DSGVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Bergt*, in: *Kühling/Buchner*, *DS-GVO BDSG*, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Benecke/Spiecker gen. Döhmann*, in: *Terhechte*, *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 84.

⁵⁷⁵ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 54, 56 – *Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale*

a. „Rechte der betroffenen Person“ als Bezugspunkt

Anders als beim Verbandsklagerecht im Verbraucherschutz- (§ 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG) oder Umweltrecht (§ 1 Nr. 1 UmwRG⁵⁷⁶) kann jedoch rein objektiven Verstößen gegen Datenschutzrecht nicht gerichtlich abgeholfen werden.⁵⁷⁷ Dies folgt bereits aus dem Wortlaut („die Rechte einer betroffenen Person“), sodass das Recht des Verbandes akzessorisch zur möglichen Rechtsverletzung der Betroffenen ist. Teilweise ist deshalb von einer „hybriden Verbandsklage“⁴⁵⁷⁸ oder „unechten Verbandsklage“⁴⁵⁷⁹ die Rede. Lediglich die Verbandsbeschwerde kann – wie bei der Einreichung einer Beschwerde durch den Betroffenen – zur Rüge von Verstößen gegen objektive Bestimmungen der DS-GVO herangezogen werden.⁵⁸⁰ Eine solche wurde jedoch nicht in Deutschland vorgesehen, weshalb Verbände die Aufsichtsbehörde nur zum Einschreiten anregen können.⁵⁸¹

200

aa. Begriff der Rechte

Das Merkmal der Rechte der betroffenen Person wurde bereits im Rahmen von Art. 79 Abs. 1 DS-GVO ausführlich betrachtet,⁵⁸² wobei die dortigen Erkenntnisse auf Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zu übertragen sind, um Widersprüche innerhalb des Durchsetzungssystems zu vermeiden. Verbände können folglich nicht andere Rechtsverstöße rügen, als der Betroffene selbst. Aufgrund der weiten Auslegung „der Rechte der betroffenen Personen“ können sie jedoch nicht nur Verstöße gegen die Art. 12

201

Bundesverband e. V.; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 3; v. *Lewinski*, in: *Elser/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 14; *Krefße*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Sandhu*, Grundrechtsunitarisierung durch Sekundärrecht, 2021, S. 247; *Benecke/Spiecker gen. Döhmann*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 83; unberührt bleibt die Verbandsklage nach Art. 7 Abs. 2 Klausel-RL, auch wenn Art. 80 Abs. 2 DS-GVO nicht umgesetzt sein sollte und die inkriminierte Klausel einen Datenschutzbezug hat, vgl. HG Wien, Urt. v. 26.5.2021 – 57 Cg 32 / 20m.

⁵⁷⁶ Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz – UmwRG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.8.2017, BGBl. I S. 3290.

⁵⁷⁷ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 11; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO

Rn. 14; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Grentzenberg/Spitka*, GRUR-Prax 2020, 539, 541; *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 31; Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Abmahnungen im Datenschutzrecht, WD 7 – 3000 – 116/18, S. 10; *Kowollik/Jacquemain*, PinG 2021, 178, 179; *Benecke/Spiecker gen. Döhmann*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 84.

⁵⁷⁸ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Abmahnungen im Datenschutzrecht, WD 7 – 3000 – 116/18, S. 9.

⁵⁷⁹ *Gola*, Handbuch Beschäftigendatenschutz, 8. Aufl. 2019, Rn. 2661; *Kowollik/Jacquemain*, PinG 2021, 178, 179.

⁵⁸⁰ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 10; vgl. *Gola/Wronka*, RDV 2015, 3, 9; *Schwichtenberg*, PinG 2017, 104, 107.

⁵⁸¹ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 14.

⁵⁸² → Rn. 158 ff.

bis 22 DS-GVO verfolgen, sondern auch Verstöße gegen alle Vorschriften, die den Betroffenen eine individuelle Rechtsposition einräumen. Das betrifft insbesondere die Vorschriften über technische und organisatorische Maßnahmen (Art. 24, 25, 32 DS-GVO).⁵⁸³ Der Verband kann anders formuliert nur insoweit gegen Verstöße einschreiten, als es der Betroffene könnte.⁵⁸⁴

bb. Verletzung eines konkret Betroffenen?

- 202** Uneinheitlich wird die Frage beantwortet, ob ein Bezug zu bestimmten Betroffenen erforderlich ist. Als Voraussetzung wird bisweilen aus dem subjektiven Bezug des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO („Rechte *einer* betroffenen Person“) und aus Erwägungsgrund 142 („die Rechte *der* betroffenen Person“) abgeleitet, dass zumindest eine konkret betroffene Person nach Ansicht des Verbands in den ihr zustehenden Rechten verletzt sein muss.⁵⁸⁵ Verstöße gegen Rechte betroffener Personen können hiernach nicht unabhängig von einer Rechtsverletzung einer bestimmten betroffenen Person geltend gemacht werden, weshalb ein solcher Verstoß vor Gericht also explizit gerügt werden muss.⁵⁸⁶
- 203** Diese Problematik war Gegenstand der Vorlage des BGH in Sachen „App-Zentrum“. Dort wurde von der klagenden Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. nicht vorgebracht, dass eine konkret betroffene Person von der rechtswidrigen Datenverarbeitung betroffen sei.⁵⁸⁷ Auch der österreichische OGH hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob ein Vorgehen von Mitbewerbern und Verbänden unabhängig von der Verletzung konkreter Rechte einzelner betroffener Personen mit Art. 80 Abs. 2 DS-GVO in Einklang zu bringen ist.⁵⁸⁸
- 204** Noch einschneidender ist die teils vertretene Auffassung, dass die Verbandsklage vom Willen des Betroffenen abhängig sei und nicht ohne seine Zustimmung gerichtliche Schritte eingeleitet werden dürfe.⁵⁸⁹

⁵⁸³ Ähnlich *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; **a. A.** *Wenn*, jurisPR-ITR 17/2020 Anm. 3 versteht hierunter offenbar die vollständige Einhaltung sämtlicher Vorgaben der DS-GVO und sonstiger Datenschutzbestimmungen; im Ergebnis ähnlich bereits aufgrund der Anzahl der subjektiv verbürgten Rechte *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 22.

⁵⁸⁴ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 14; *Benecke/Spiecker gen. Döhmann*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 84.

⁵⁸⁵ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 37, 40, 59 f., 62 – App-Zentrum; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 33; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 14; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-

GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 11; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 43; *Eickhoff/Woger*, ZD 2020, 593, 594; *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 724 f.

⁵⁸⁶ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 37 – App-Zentrum; *Spiegel*, in: DSRITB 2020, S. 381, 383 f.

⁵⁸⁷ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 37, 40, 59 f., 62 – App-Zentrum; vgl. *Eickhoff/Woger*, ZD 2020, 593, 593 f.; *Spiegel*, in: DSRITB 2020, S. 381, 383 f.

⁵⁸⁸ OGH WRP 2021, 775; anhängig unter C-701/20; hierzu *Spittka*, GRUR-Prax 2021, 719.

⁵⁸⁹ *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 33; **a. A.** *Schumacher*, in: Rücker/Kugler, New European General Data Protection Regulation, 2018, Rn. 822.

(1) Argumente für einen abstrakten Maßstab**(a) Friktionen zu Art. 80 Abs. 1 DS-GVO**

Eine solche Auslegung würde jedoch den Sinn des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ad absurdum führen. Der Verband darf bereits dem Wortlaut zufolge „unabhängig von einem Auftrag der betroffenen Person“ tätig werden, sodass es widersinnig wäre, wenn sich der Verband konkret Betroffene suchen oder – evident gegen den Wortlaut – gar um deren Zustimmung ersuchen müsste. In diesem Fall könnte man direkt auf Art. 80 Abs. 1 DS-GVO zurückgreifen.⁵⁹⁰ Generalanwalt *Richard de la Tour* erkennt darin zu recht eine Beeinträchtigung der praktischen Wirksamkeit von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO.⁵⁹¹

205

(b) Kein Schutz abstrakt entgegenstehender Betroffeneninteressen

Das hier ermittelte Ergebnis lässt sich auch durch eine Übertragung auf die behördliche Durchsetzung im Sinne eines argumentum ad absurdum untermauern: Es wäre im Ergebnis geradezu grotesk, ein allenfalls abstrakt denkbare Interesse von Betroffenen an einer rechtsverletzenden Verarbeitung der behördlichen Rechtsdurchsetzung entgegenzuhalten. Entsprechend kann dieses Argument auch nicht der Durchsetzung im Falle des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO entgegengehalten werden.

206

Dass ein solches Vorgehen mittelbar auch Auswirkungen auf die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen hat⁵⁹², ist von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO in Abgrenzung zu Absatz 1 intendiert und vom Betroffenen hinzunehmen, zumal dieser über eine Einwilligung die spätere Verarbeitung legitimieren kann, sollte er im Einzelfall ein Interesse daran haben.⁵⁹³

207

(c) Widerspruch zum Begriff des Betroffenen (Art. 4 Nr. 1 DS-GVO)

Generalanwalt *Richard de la Tour* verweist zudem zurecht darauf, dass eine solche Auslegung auch zu einer Friktion mit dem Begriff des Betroffenen und damit des personenbezogenen Datums nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO führen kann.⁵⁹⁴ Die Definition des personenbezogenen Datums verlangt für den sachlichen Anwendungsbereich der DS-GVO gerade nicht, dass es um eine Verarbeitung von Daten über eine identifizierte natürliche Person geht, sondern lässt die indirekte Identifizierbarkeit

208

⁵⁹⁰ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 64 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁵⁹¹ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 65 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁵⁹² *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 33 Fn. 25.

⁵⁹³ *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 446; v. *Lewinski*, in: *Eißer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13;

Bergt, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 15; die Anforderungen an § 7 UWG bleiben bei der Bitte um Einwilligung jedoch zu beachten, vgl. *Ettig/Herbrich*, K&R 2020, 719, 725; *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 2. Aufl. 2016, Rn. 236.

⁵⁹⁴ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 62 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

genügen.⁵⁹⁵ Identifizierbare natürliche Personen auszunehmen widerspräche damit dem Ziel des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO und würde den Anwendungsbereich zu massiv einschränken.⁵⁹⁶

209 Dieses Ergebnis lässt sich auch mit Art. 11 DS-GVO untermauern: Soweit die Identifizierung einer natürlichen Person nicht erforderlich, eine Anonymisierung aber auch nicht möglich ist, sollen Betroffene nicht rechtsschutzlos gestellt werden, zumal das Prinzip der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 2 lit. c DS-GVO) mit seinen Ausprägungen (z. B. Art. 25 DS-GVO) eine Datensparsamkeit forciert. Aus diesem Prinzip lässt sich kaum ernsthaft entnehmen, dass identifizierbare Personen rechtsschutzlos gestellt werden sollen.

(d) Beeinträchtigung der Betroffenen

210 Die Folgen dieser Auslegung sind zudem vor Augen zu führen: Bestimmte Betroffene könnten im schlimmsten Fall gegen ihren Willen in einen Prozess gedrängt werden.⁵⁹⁷ Überdies wirft das Einbeziehen konkreter betroffener Personen in einen Prozess Fragen mit Blick auf die Dispositionsmaxime auf, da letztlich konkrete Rechte der betroffenen Person zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden.⁵⁹⁸ *Uebele* wirft zurecht die Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit auf, möchte die betroffene Person selbst gegen den Verantwortlichen vorgehen, während der Verband aber bereits prozessiert.⁵⁹⁹ Unbeschadet davon ist jedenfalls Art. 81 DS-GVO zu beachten.⁶⁰⁰ Auch wären Fragen hinsichtlich der Rechtskrafterstreckung der durch den Verband erstrittenen gerichtlichen Entscheidung zu klären.⁶⁰¹

⁵⁹⁵ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 62 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁵⁹⁶ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 62 f. – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁵⁹⁷ *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 12; *Boehm*, in: Simits/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 445 f.; *Dünkel*, in: Brönneke/Willburger/Bietz, Verbraucherrechtvollzug, 2020, S. 347, 354; nach anderer Ansicht soll in diesem Fall sogar die Prozessführung unterbleiben, so *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 33; vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-

319/20 Rn. 62 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁵⁹⁸ *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 12; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 15; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 445 f.

⁵⁹⁹ *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 12; *Uebele*, WRP 2021, 11 Rn. 24.

⁶⁰⁰ → Rn. 192 ff.

⁶⁰¹ *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 12; *Uebele*, WRP 2021, 11 Rn. 24; keine Rechtskrafterstreckung trotz Prozessstandschaft so *Kreßle*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 15 unter Verweis auf *Gruber*, in: BeckOK ZPO, 43. Ed. Stand: 1.12.2021, § 325 ZPO Rn. 40; *Gottwald*, in: MüKoZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 325 ZPO Rn. 52 f.

(e) Zweckorientierte Auslegung des Verbandsklagerechts

Im Übrigen stünde eine solche Auslegung der Zwecksetzung einer Unterlassungsklage entgegen, denn dieser kommt auch eine Präventiv- und Abschreckungswirkung zu.⁶⁰² Die hier favorisierte abstrakte Auslegung des Rechtsverstoßes führt letztlich dazu, dass die Durchsetzung der DS-GVO insoweit optimiert wird, als das Risiko einer gerichtlichen bzw. behördlichen Inanspruchnahme zunimmt.

211

(f) Gespaltene Auslegung im Vergleich zur Verbandsklagen-RL

Im Übrigen würde das Abstellen auf konkret verletzte betroffene Personen zu unterschiedlichen Maßstäben hinsichtlich der Antrags- bzw. Klagebefugnis im Vergleich zur Verbandsklagen-RL⁶⁰³ führen, die ebenfalls Datenschutzverstöße umfasst.⁶⁰⁴ Die Verbandsklagen-RL verlangt bei Unterlassungsentscheidungen⁶⁰⁵ gerade nicht, dass einzelne Verbraucher ihren Willen zur Repräsentation äußern müssen, Art. 8 Abs. 3 S. 1 Verbandsklagen-RL.

212

(2) Erfordernis einer abstrakten Rechtsverletzung

Die überzeugendere Auslegung des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO vermeidet die genannten Probleme dadurch, dass im Prozess nicht inzident geprüft werden muss, ob eine Rechtsverletzung einer konkret betroffenen Person vorliegt, sondern abstrakt zu prüfen ist, ob das Verhalten des Beklagten eine Verletzung der Rechte betroffener Personen bedeutet.⁶⁰⁶ Dieses Ergebnis wird durch die Historie gestützt, denn Art. 80 Abs. 2 DS-GVO wurde gerade aufgenommen, um die bereits in Deutschland bestehende Verbandsklagemöglichkeit mit ihrem abstrakten Prüfungsmaßstab zu erhalten.⁶⁰⁷ So ging der EuGH in der „Fashion ID“-Entscheidung zudem offenbar nicht davon aus, dass eine individuelle Rechtsverletzung gerügt werden müsste.⁶⁰⁸ Es würde

213

⁶⁰² Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 65, 76 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶⁰³ → Rn. 865 ff.

⁶⁰⁴ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 66 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶⁰⁵ → Rn. 875 ff.

⁶⁰⁶ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 63 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13 f.; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht,

2020, S. 445; *Uebele*, WRP 2021, 11 Rn. 28; *Diinkel*, in: Brönneke/Willburger/Bietz, Verbraucherrechtswillzug, 2020, S. 347, 354; wohl auch *Schumacher*, in: Ricker/Kugler, New European General Data Protection Regulation, 2018, Rn. 823: „abstract enforcement“.

⁶⁰⁷ Vgl. *Diinkel*, DuD 2019, 483, 487; vgl. auch OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 47 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; zu den sich ansonsten ergebenden Friktionen zu § 1 UKlaG *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 724 f.; vgl. auch Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 62 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶⁰⁸ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 52 ff. – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; *Wenn*, jurisPR-ITR 17/2020 Anm. 3.

auch seltsam anmuten, anstatt der intendierten Verbesserung des Durchsetzungsni-
veaus, dieses sogar auf ein Niveau vor Einführung der DSRL absinken zu lassen.⁶⁰⁹

- 214** Eine teleologische Reduktion des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ist für eine solche Auslegung nicht erforderlich, da das Merkmal „einer betroffenen Person“ auch schlicht als „Rechte betroffener Personen“ verstanden werden kann.⁶¹⁰ Der akzessorische Bezug zu den Rechten der einzelnen betroffenen Personen bleibt nach dieser Auslegung aufrechterhalten, ohne dass sich ein Verband „Musterbetroffene“ suchen oder diese sogar gegen ihren Willen in einen Prozess hineinziehen müsste.

b. Vorweggenommene „Umsetzung“ durch deutsches Verbandskla- gerecht

- 215** Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ermöglicht unter Zugrundelegung dieser Auslegungsvariante, trotz der Beschränkung auf die (letztlich weit auszulegenden) Rechte der betroffenen Personen, eine umfassende Marktkontrolle und Beseitigung von Missständen.⁶¹¹ In-
des ist eine spezifische Regelung im deutschen Recht als Reaktion auf Art. 80 Abs. 2
DS-GVO bisher nicht erfolgt.⁶¹² Lediglich in § 44 BDSG findet sich eine Regelung über
gerichtliche Rechtsbehelfe, die jedoch nur die individuelle Rechtsdurchsetzung ge-
gen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, folglich Art. 79 DS-GVO, betref-
fen.⁶¹³ Es ist daher umstritten, ob eine korrekte Umsetzung bzw. Ausnutzung der Öff-
nungsklausel im deutschen Recht erfolgt ist.

aa. Bestehende Regelungen

- 216** Sowohl UKlaG als auch UWG erlaubten unter der Geltung der DSRL eine Verbands-
klage bei Datenschutzverstößen.⁶¹⁴ Umstritten ist nunmehr, ob die bestehenden Re-
gelungen zu einer Verbandsklage im deutschen Recht, namentlich § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis
4 UWG⁶¹⁵ und § 3 Abs. 1 S. 1 UKlaG⁶¹⁶ den vom Unionsrecht vorgegebenen Spielraum
bei Verstößen gegen die DS-GVO für sich beanspruchen können. Den Verbänden
stünde hiernach ein eigener materieller Anspruch zu, weshalb eine Prozesstand-
schaft nicht erforderlich wäre.⁶¹⁷
- 217** Eine Ausnutzung der Öffnungsklausel erscheint deshalb als problematisch, weil
keine ausdrückliche Umsetzung der Verbandsklage als Reaktion auf Art. 80 Abs. 2

⁶⁰⁹ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 65 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶¹⁰ Im Ergebnis Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 63 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Uebele*, WRP 2021, 11 Rn. 28; **a. A. Frenzel**, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 12.

⁶¹¹ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 3.

⁶¹² *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG,

4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 23; *Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 440.

⁶¹³ *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 23.

⁶¹⁴ → Rn. 17.

⁶¹⁵ → Rn. 324 ff.

⁶¹⁶ → Rn. 751 f.

⁶¹⁷ *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 250; vgl. zu Richtlinien *W. Schroeder*, in: Streinz, EUV AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 77.

DS-GVO erfolgte.⁶¹⁸ Es könnte sich bei der Verbandsklage nach UWG und UKlaG indes um eine vorweggenommene (teilweise) „Umsetzung“ der Öffnungsklausel des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO in nationales Recht handeln. Eine vorweggenommene Umsetzung ist prinzipiell unschädlich, da es eine reine Förmerei ist, eine „Anpassung“ von Rechtsvorschriften vorzunehmen, die objektiv bereits vom Unionsrecht gedeckt sind.⁶¹⁹ In diesem Fall bleibt es den Verbänden weiterhin unbenommen, gegen Datenschutzverstöße vorzugehen.

bb. Erfordernis einer vollständigen Umsetzung

Nach einer Ansicht ist eine Verbandsklage nach deutschem Recht seit Inkrafttreten der DS-GVO nicht mehr möglich. Aufgrund ihrer vollharmonisierenden Wirkung bliebe den Mitgliedstaaten lediglich die Option einer vollständigen Umsetzung der Öffnungsklausel des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO, weshalb keine „Minusmaßnahmen“ erlaubt seien („take it or leave it“).⁶²⁰ Eine uneinheitliche Ausgestaltung der Verbandsklage in den einzelnen Mitgliedstaaten würde nämlich zu einer nach der DS-GVO zu vermeidenden Rechtszersplitterung führen.⁶²¹ Mit Blick auf die anspruchsberechtigten Stellen („jede der [...] genannten Einrichtungen) könnte insoweit ebenso ein Verbot der Teilumsetzung zu entnehmen sein.⁶²² Weitergehend wird aus der Systematik des Art. 80 DS-GVO abgeleitet, dass Abs. 1 und Abs. 2 insgesamt inhaltlich gleich laufen sollen.⁶²³ Nachdem § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG und § 3 Abs. 1 S. 1 UKlaG den Spielraum der Öffnungsklauseln nicht vollständig abdecken und allenfalls eine teilweise Umsetzung darstellen, ist nach dieser Auffassung eine unionsrechtskonforme Umsetzung der Verbandsklagebefugnis im deutschen Recht nicht gegeben.

218

(1) Unterschiede zum UKlaG

Mit Blick auf das UKlaG sind in concreto in der Tat zahlreiche, teils gravierende Unterschiede im Durchsetzungssystem festzustellen. So können über § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG nicht sämtliche Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften von

219

⁶¹⁸ *Ohly*, GRUR 2019, 686, 688; vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 59 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶¹⁹ *Uebele*, WRP 2021, 11 Rn. 19; *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 9; vgl. *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; *Nettesheim*, AfP 2019, 473 Rn. 37; auch Generalanwalt *Richard de la Tour* thematisiert das nicht weiter und geht von einer vorweggenommenen Umsetzung aus, vgl. Stellungnahme des Generalanwalts v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 59 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶²⁰ LG Stuttgart WRP 2019, 1089 Rn. 19 – Keine Durchsetzung über UWG: DSGVO enthält ein abschließend differenziertes Sanktionssystem; *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 53 f.; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 59; *Spitka*, GRUR-Prax 2019, 272, 274; *Spitka*, GRUR-Prax 2020,

384, 384; *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 18; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Spiegel*, in: DSRITB 2020, S. 381, 385; zweifelnd auch *Ohly*, GRUR 2019, 686, 688 f.; *Grentzenberg/Spitka*, GRUR-Prax 2020, 539, 541.

⁶²¹ *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 18; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Spiegel*, in: DSRITB 2020, S. 381, 385.

⁶²² *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 39; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 13.

⁶²³ *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 18.

Verbänden geltend gemacht werden, sondern es werden für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten bestimmte Verarbeitungszwecke vorausgesetzt.⁶²⁴ § 3 UKlaG über die Anspruchsberechtigung von Verbänden ist ebenfalls enger als Art. 80 Abs. 2 DS-GVO gefasst, da nach der DS-GVO keine Eintragung des Verbands in ein Verzeichnis erforderlich ist.⁶²⁵ Die rechtlichen Möglichkeiten beschränken sich zudem auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, sehen aber kein Beschwerderecht bei den Aufsichtsbehörden vor.⁶²⁶ Insgesamt bleibt die Anspruchsberechtigung nach dem UKlaG deutlich hinter Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zurück.⁶²⁷

- 220** Andererseits setzt eine Anspruchsberechtigung nach UKlaG, anders als Art. 80 Abs. 2 DS-GVO, nicht voraus, dass es nach Ansicht des Verbands zu einer Rechtsverletzung zumindest eines Betroffenen gekommen ist – soweit diese Voraussetzung entgegen der hier vertretenen Auffassung⁶²⁸ der Norm entnommen werden kann.⁶²⁹ Insoweit wäre die Anspruchsberechtigung nach dem UKlaG weiter als von Art. 80 DS-GVO vorgesehen.⁶³⁰

(2) Unterschiede zum UWG

- 221** Die nur teilweise Umsetzung eines Verbandsklagerechts innerhalb § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG liegt demgegenüber darin begründet, dass ein Marktbezug des unternehmerischen Handelns vorausgesetzt wird, der bei Datenschutzverstößen von öffentlichen Stellen mit Blick auf rein amtliche Tätigkeiten nicht anzunehmen ist.⁶³¹ Auch müssen Datenschutzverletzungen zugleich einen Verstoß gegen § 3 UWG oder § 7 UWG bedeuten, was – wie im nächsten Kapitel zu zeigen sein wird – nicht immer angenommen werden kann. Der subjektive Bezug zum Betroffenen wird ebenfalls

⁶²⁴ *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 16, 18; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 39; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 20; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 558; *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 21; *Ohly*, GRUR 2019, 686, 688.

⁶²⁵ *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 18; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 39; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 559; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 15.

⁶²⁶ *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 18; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 39; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 558.

⁶²⁷ *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 18; Zweifel an der Effektivität bestanden

bereits vor der Erweiterung des UKlaG, vgl. *Ritter/Schwichtenberg*, VuR 2016, 95, 97 ff.; *Podszun/de Toma*, NJW 2016, 2987, 2988 f.

⁶²⁸ → Rn. 213 f.

⁶²⁹ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 39; *Ohly*, GRUR 2019, 686, 688.

⁶³⁰ *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 39; *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 53.

⁶³¹ BGH GRUR 1956, 216, 217; v. *Lewinski*, in: Eßler/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 22; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 2.17; *Ahrens*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tollkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 1025 ff.; vgl. auch *Guilliard*, GRUR 2018, 791.

nicht vorausgesetzt.⁶³² Ein Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde ist im UWG freilich für Verbände auch nicht als Rechtsbehelf vorgesehen.

cc. Zulässigkeit einer Teilumsetzung

Weder das UKlaG noch das UWG setzen – wie eben gezeigt – Art. 80 Abs. 2 DS-GVO vollständig in deutsches Recht um.⁶³³ Nach überwiegender und zutreffender Auffassung verlangt die DS-GVO jedoch nicht zwingend die sklavische Ausnutzung des vollständigen Spielraums, sodass auch Teilumsetzungen möglich sind.⁶³⁴ Diese Auffassung teilt auch Generalanwalt *Richard de la Tour*.⁶³⁵

Es wäre auch unverständlich, wieso der Unionsgesetzgeber bei der unüberschaubaren Anzahl von Öffnungsklauseln innerhalb der DS-GVO gerade hinsichtlich Art. 80 Abs. 2 DS-GVO eine vollständige Umsetzung verlangt, ohne hierzu auch nur einen konkreten Anhaltspunkt zu geben.⁶³⁶ Dem Wortlaut lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit das postulierte Verbot einer Teilumsetzung entnehmen.⁶³⁷ So kann

222

223

⁶³² *Ohly*, GRUR 2019, 686, 688.

⁶³³ *Althammer*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor §§ 50-58 ZPO Rn. 56.

⁶³⁴ KG MMR 2020, 239 Rn. 30, 32, 33 – Datenschutz- und AGB-widrige Kontovoreinstellungen von Facebook; OLG Düsseldorf WRP 2017, 470 Rn. 12 – Facebook-“Gefällt mir“-Button; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 558 f.; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 699 f.; *Halfmeier*, NJW 2016, 1126, 1129; *Dönch*, BB 2016, 962, 966; *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1847; *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563, 2566 f.; *Benecke/Wagner*, DVBl 2016, 600, 602; *Vahle*, DSB 2018, 261, 262; *Schindler*, ZD-Aktuell 2020, 07283; *Weichert*, DSB 2017, 79, 79; *Härtling*, IPRB 2016, 141, 142; *Schmidt*, jurisPR-ITR 22/2019 Anm. 5; *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 9; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 249; *Düinkel*, DuD 2019, 483, 487; *Heigl/Normann*, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 2 Rn. 58; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 20; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 26; v. *Lewinski*, in: Elfer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 14, 25; *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 84; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1086; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 210; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Becker*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 6;

Karg, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 80 DS-GVO Rn. 20; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 80 DS-GVO Rn. 20; *Koreng*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO, 2017, Art. 80 DS-GVO Rn. 44; *Fritzsche*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 164; *Schneider*, in: Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Teil A Rn. 487; *Kreße*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 16; *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 24; *Föhlich*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, 57. EL September 2021, Teil 13.4 Rn. 9; *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 22; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.99; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 45; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 18 ff.

⁶³⁵ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 58, 72 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶³⁶ *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 45; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 18.

⁶³⁷ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 72 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 558 f.; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-

sich dem Ziel des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO, die Rechtsdurchsetzung durch die Einschaltung von Verbänden zu verbessern, auch durch Teilumsetzungen angenähert werden.⁶³⁸ Angesichts des Sinns einer Öffnungsklausel, Abweichungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu ermöglichen, erscheint das Argument der Vollharmonisierung nicht überzeugend.⁶³⁹

- 224 Im Ergebnis können richtigerweise – wie beispielsweise im deutschen Recht – verschiedene Rechte dem Verbandsklagerecht unterfallen und andere außen vor bleiben.⁶⁴⁰ Dementsprechend sind nach dieser Sichtweise die Regelungen im UWG und UKlaG prinzipiell nicht zu beanstanden, wobei allerdings die Frage aufzuwerfen ist, ob über Art. 80 Abs. 2 DS-GVO hinausgehende Regelungen unionsrechtlich bedingt zu reduzieren sind.

dd. Unionsrechtskonforme Auslegung notwendig?

- 225 Es ist entsprechend ferner umstritten, ob und inwieweit Art. 80 DS-GVO in seinem Anwendungsbereich, also im Hinblick auf die Rechte von Verbänden, überhaupt abschließend ist. Wäre eine Sperrwirkung der DS-GVO zu verneinen, stünden UWG und UKlaG von vornherein keine unionsrechtlichen Bedenken entgegen.

(1) Kein abschließendes Durchsetzungssystem

- 226 Teilweise wird angenommen, dass Art. 80 Abs. 2 DS-GVO mit Blick auf objektive Rechte nicht abschließend sei, sodass Verstöße jenseits der Rechte der betroffenen Personen von Verbänden verfolgt werden könnten und Art. 80 Abs. 2 DS-GVO letztlich keine Schranke aufstelle.⁶⁴¹ Für diese Auslegung wird vorgebracht, dass Art. 80 Abs. 2 DS-GVO klarstellend die gerade in Deutschland praktizierten Verbandsklagen aufrechterhalten sollte und eine Einschränkung auf Verstöße mit einem subjektiven Bezug dem Ziel der Norm zuwiderläuft.⁶⁴² Der eigentliche Wert der Vorschrift war nach Ansicht der Kommission darin zu sehen, dass die Verbände mitgliedstaatsübergreifend tätig werden können.⁶⁴³ Im Übrigen sollte die Kompetenz zur Schaffung von

GVO Rn. 20; **a. A.** und ohne Begründung *Spiegel*, in: DSRITB 2020, S. 381.

⁶³⁸ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 72 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Leupold/Schrems*, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 80 DS-GVO Rn. 39; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 558 f.

⁶³⁹ *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 22; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 45; vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 55 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶⁴⁰ *V. Lewinski*, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO

BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 14.

⁶⁴¹ *Dünkel*, DuD 2019, 483, 487; *Dünkel*, in: Brönneke/Willburger/Bietz, Verbraucherrechtvollzug, 2020, S. 347, 354; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; wohl auch *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 2 UKlaG Rn. 22.1.

⁶⁴² *Dünkel*, DuD 2019, 483, 487; vgl. auch OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 47 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

⁶⁴³ Ratsdokument 8371/15, S. 15 Fn. 38: „COM reservation on limitation to competent supervisory authority.“

Rechtsdurchsetzungsmechanismen bei den Mitgliedstaaten verbleiben.⁶⁴⁴ Art. 80 Abs. 2 DS-GVO sei daher im weiteren Sinne so zu verstehen, dass in jedem Fall Verbandsklagen zur Rüge auch von rein objektiven Verstößen zugelassen sind, sofern die Mitgliedstaaten das wollen.⁶⁴⁵ Die Mitgliedstaaten sind nach dieser Auffassung dementsprechend ermächtigt, umfassende Verbandsklagebefugnisse vorzusehen.

(2) Sperrwirkung des Art. 80 DS-GVO

(a) Abschließende Regelung der Rolle von Verbänden

Nachdem die Rolle von Verbänden eine spezielle Regelung – auch zum Schutz der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter – erfahren hat, ist davon auszugehen, dass Art. 80 DS-GVO in seinem Anwendungsbereich abschließend ist.⁶⁴⁶ Diese Auffassung teilt auch die EU-Kommission.⁶⁴⁷ Der Unionsgesetzgeber wollte gerade das Recht der „Vertretung“ der Betroffenen durch Verbände im Vergleich zur defizitären DSRL⁶⁴⁸ genauer regeln.⁶⁴⁹ Auch Generalanwalt *Richard de la Tour* geht davon aus, dass „[b]ei der Umsetzung dieser Bestimmung in ihr nationales Recht [...] die Mitgliedstaaten jedoch die Bedingungen und Grenzen beachten [...], die der Unionsgesetzgeber als Rahmen für die Ausübung der in dieser Bestimmung vorgesehenen Möglichkeit setzen wollte“, auch wenn Art. 80 Abs. 2 DS-GVO keine umfassende, unionsweite Harmonisierung herbeigeführt hat.⁶⁵⁰

Es müssen damit im Ergebnis sowohl die Anforderungen des UWG bzw. des UKlaG als auch von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO erfüllt sein („Nadelöhrprinzip“).⁶⁵¹ Ob Art. 84 DS-

227

228

COM said that the added value of the was that an organisation that had been recognised in on MS could mandate such an organisation in another MS.“; OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 45 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

⁶⁴⁴ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 46 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

⁶⁴⁵ *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13.

⁶⁴⁶ OGH WRP 2020, 337 – Psychotherapeuten-Liste; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 697; *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 9; *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 84; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 558; *Werkmeister*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 11; *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 20; *Kreßle*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 17; *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 24; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG

Rn. 1.74b sowie § 2 UKlaG Rn. 29 f.; *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data, 2021, S. 384; *Spiegel*, in: DSRITB 2020, S. 381, 384; a. A. OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 47 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Diinkel*, in: Brönneke/Willburger/Bietz, Verbraucherrechtvollzug, 2020, S. 347, 354; wohl auch *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 2 UKlaG Rn. 22.1.

⁶⁴⁷ Antwort der Justizkommissarin *Jourová*, E-004117/2018(ASW).

⁶⁴⁸ → Rn. 15.

⁶⁴⁹ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 56 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶⁵⁰ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 57 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁶⁵¹ *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 9.

GVO über die Erlaubnis der Mitgliedstaaten zur Schaffung von Sanktionen für weitergehende Verbandsklagen herangezogen werden kann, wird an späterer Stelle behandelt.⁶⁵²

- 229** Aufgrund des eindeutigen Wortlauts mit seinem Verweis auf Art. 78 f. DS-GVO ist deshalb stets der subjektive Bezug zu Betroffenen zu verlangen, womit die Mitgliedstaaten an der Einführung einer Datenschutz-Popularklage gehindert sind.⁶⁵³ Es bleibt ferner zu beachten, dass die Anspruchsberechtigung im nationalen Recht aufgrund der insoweit bestehenden Sperrwirkung nicht über Art. 80 Abs. 2 DS-GVO hinausgehen darf, sodass eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts, namentlich des § 3 UKlaG und des § 8 Abs. 3 UWG erforderlich ist.⁶⁵⁴ Konkret müssen die berechtigten Verbände die in Art. 80 Abs. 1 DS-GVO genannten Voraussetzungen erfüllen.

(b) Deutsches Verbands- und Mitbewerberklagerecht als Verstoß gegen das Gebot der Rechtssicherheit?

- 230** Diese unionsrechtlich gebotene einschränkende Auslegung wird teilweise als problematisch im Hinblick auf das unionsrechtliche Gebot der Rechtssicherheit gesehen.⁶⁵⁵ Verwiesen wird hier auf Ausführungen des EuGH zur Umsetzung von Richtlinien im mitgliedstaatlichen Recht.⁶⁵⁶ Es ist jedoch bereits zweifelhaft, inwieweit die für Richtlinien geltenden Anforderungen überhaupt auf fakultative Öffnungsklauseln einer Verordnung übertragbar sind⁶⁵⁷ und ob ein Verstoß dazu führt, dass die nationalen Vorgaben unanwendbar sind. Da sich die notwendigen Einschränkungen im Hinblick auf den subjektiven Bezug und die Verbandsvoraussetzungen im deutschen Recht durch unionsrechtskonforme Auslegung ohne größere Schwierigkeiten erreichen lassen, sind diesbezügliche Zweifel nicht begründet, wenngleich eine gesetzliche Klarstellung gleichwohl wünschenswert wäre.⁶⁵⁸

c. Internationale Datenschutzverbandsklagen

- 231** Probleme können internationale Verbandsklagen nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO bereiten. Zunächst ist festzustellen, dass Art. 79 Abs. 2 DS-GVO auch für Verbandsklagen

⁶⁵² → Rn. 260 ff.

⁶⁵³ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 697; → Rn. 158 ff.

⁶⁵⁴ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 697; *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 9; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 558; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 250; *Krefße*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 16; *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data, 2021, S. 384; vgl. *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 24; Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Abmahnungen im Datenschutzrecht, WD 7 – 3000 – 116/18, S. 9.

⁶⁵⁵ *Ohly*, GRUR 2019, 686, 688 f. unter Verweis auf BGH NJW 2012, 1073 Rn. 30 ff.; *Spiegel*, in: DSRITB

2020, S. 381, 383.

⁶⁵⁶ EuGH BeckRS 2004, 72968 Rn. 23 und 28 – Kommission/Deutschland; EuGH NVwZ 1991, 866 Rn. 20 – TA-Luft.

⁶⁵⁷ Zum umgekehrten Fall der Einschränkung von aus EU-Verordnungen folgenden subjektiven Rechten durch mitgliedstaatliches Recht aufgrund von Öffnungsklauseln *Halder/Ittner*, ZJS 2018, 308, 315 ff.

⁶⁵⁸ Vgl. den Vorschlag *Köhlers* zur Ausnutzung des mitgliedstaatlichen Spielraums → Rn. 837.

nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO gilt,⁶⁵⁹ sodass auf die obigen Ausführungen zu den internationalen Gerichtsständen verwiesen werden kann.⁶⁶⁰ Für Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ist erforderlich, dass die lex fori die Möglichkeit der Verbandsklage i. S. d. Art. 80 Abs. 2 DS-GVO auch vorsieht, mit anderen Worten, der Mitgliedstaat von der Öffnungsklausel auch Gebrauch gemacht hat.⁶⁶¹

Art. 79 Abs. 2 DS-GVO liefert keine Anhaltspunkte für eine territoriale Einschränkung der gerichtlichen Entscheidung.⁶⁶² Umgekehrt spricht etwa Art. 82 Abs. 4 DS-GVO vom „gesamten Schaden“ und Erwägungsgrund 146 S. 6 und 7 von „vollständigen und wirksamen Schadensersatz“ und „gesamten Schaden“.⁶⁶³ Hinsichtlich Unterlassungsansprüchen wird ebenfalls eine unionsweite Wirkung anzunehmen sein, wenn man die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Auslistung aus Suchergebnissen⁶⁶⁴ entsprechend heranzieht.⁶⁶⁵

232

Die Anerkennung und Vollstreckung von vom Verband erstrittenen Urteilen sind nach Maßgabe der Art. 36 ff. EuGVVO in den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen und zu vollstrecken.⁶⁶⁶ Keine Option ist es jedenfalls, unter Rückgriff auf Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ergangene Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten nicht anzuerkennen.⁶⁶⁷ Insoweit bleibt Verbänden Spielraum für ein strategisches Vorgehen.

233

Bei parallelen Verfahren verschiedener Verbände aufgrund desselben Verstoßes kommt mangels Parteiidentität die Anwendung von Art. 29 EuGVVO nicht in Betracht.⁶⁶⁸ Zurückzugreifen ist daher auf Art. 81 DS-GVO als lex specialis zu Art. 30 EuGVVO, welcher das Gericht jedoch nicht dazu zwingt, das Verfahren auszusetzen.⁶⁶⁹

234

⁶⁵⁹ Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 2017, Art. 79 DS-GVO Rn. 6 sowie Art. 80 DS-GVO Rn. 1; Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 250; Kohler, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2016, 653, 668 Fn. 46; zweifelnd mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH Leupold/Schrens, in: Knyrim, Der DatKomm, 16. Lfg., Art. 79 DS-GVO Rn. 46; widersprüchlich Kreße, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 34 und Rn. 35.

⁶⁶⁰ → Rn. 178 ff. Bisweilen wird aber bereits das Vorliegen einer Zivil- und Handelssache i. S. d. Art. 1 Abs. 1 S. 1 EuGVVO bei staatlichen Stellen oder „beliebigen“ Organisationen verneint, vgl. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.78 m. w. N. Jedenfalls steht das Datenschutzrecht einer solchen Einstufung nicht entgegen, s. Lundstedt, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 218 f.

⁶⁶¹ Hierzu Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 249; Hess, in: FS Geimer, 2017, S. 255, 263.

⁶⁶² Lundstedt, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT,

2018, 213, 248; vgl. zur territorialen Reichweite von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungstiteln Köhler, in: FS Ahrens, 2016, S. 111.

⁶⁶³ Lundstedt, in: Wahlgren, 50 Years of Law and IT, 2018, S. 213, 248.

⁶⁶⁴ EuGH WRP 2019, 1467 Rn. 70 – Google/Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL).

⁶⁶⁵ Dregelies, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, 2020, S. 248 f.; vgl. auch Kohler, IPRax 2021, 428, 430.

⁶⁶⁶ Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 229.

⁶⁶⁷ Hess, in: FS Geimer, 2017, S. 255, 263.

⁶⁶⁸ Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.81.

⁶⁶⁹ Vgl. zu Art. 30 EuGVVO Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.81; zu Art. 28 Brüssel I-VO Hess, in: Fairgrieve/Lein, Extraterritoriality and Collective Redress, 2012, Rn. 6.17.

V. Die Stellung von Mitbewerbern in der DS-GVO

- 235** Wie bereits dargestellt wurde, war das Durchsetzungssystem der DSRL nicht abschließend.⁶⁷⁰ So entschied der EuGH, dass jedenfalls Verbände im Falle von Datenschutzverstößen klagebefugt sein können. Mit dem Wechsel von der Richtlinie zur Verordnung könnte der vom EuGH angenommene Spielraum der Mitgliedstaaten jedoch entfallen sein. Die DS-GVO hält immerhin ein ausdifferenziertes Durchsetzungssystem vor. Ausdrücklich sind Mitbewerber dort nicht genannt, was die Frage nach deren Stellung bei der Rechtsdurchsetzung aufwirft.
- 236** So äußerte sich Generalanwalt *Bobek* in seinem Schlussantrag in der Rechtssache „Fashion ID“ zur Bedeutung der Aufnahme des Verbandsklagerechts in Art. 80 DS-GVO: „Wenn die Richtlinie [...] dem Erlass von Vorschriften zur Einräumung einer solchen Klagebefugnis nicht entgegenstand, würde der Wandel der Rechtsform von einer Richtlinie zur Verordnung es rechtfertigen, eine solche Bestimmung in die Verordnung aufzunehmen, um zu verdeutlichen, dass ein solches Klagerecht tatsächlich weiterhin besteht.“⁶⁷¹ Im Umkehrschluss ließe sich diese Aussage so auslegen, dass mangels einer speziellen Regelung innerhalb der DS-GVO eine Verfolgung von Datenschutzverstößen durch Mitbewerber zu verneinen ist.⁶⁷² Ob dies tatsächlich anzunehmen ist, soll im Folgenden näher untersucht werden.

1. Vorliegen einer Öffnungsklausel

- 237** Eine Mitbewerberklage im Falle von Datenschutzverstößen wäre in jedem Fall durch die DS-GVO nicht ausgeschlossen, wenn sie sich auf eine Öffnungsklausel stützen könnte, also explizit ein Regelungsspielraum eingeräumt wird.⁶⁷³ Anders als bei der Verbandsklage findet sich jedoch keine Norm, die ausdrücklich auf die Rechtsstellung von Mitbewerbern eingeht. Ein Anknüpfungspunkt wäre ein möglicher Schadensersatzanspruch von Mitbewerbern aus Art. 82 DS-GVO, der gerichtlich durchsetzbar sein muss. Daneben wäre es auch denkbar, Mitbewerberklagen als Sanktion nach Art. 84 DS-GVO anzusehen. Ist eine dieser Öffnungsklauseln einschlägig, sind Mitbewerberklagen zumindest teilweise unionsrechtlich unproblematisch.

a. Aktivlegitimation von Mitbewerbern im Rahmen von Schadensersatzansprüchen (Art. 82 DS-GVO)

aa. Voraussetzungen

- 238** Neben dem Primärrechtsschutz soll Art. 79 Abs. 1 DS-GVO auch den Sekundärrechtsschutz garantieren. Maßgebliche Regelungen enthält Art. 82 DS-GVO über Schadensersatz. Die Überschrift erwähnt sowohl die Haftung als auch den Schadensersatz,

⁶⁷⁰ → Rn. 17 f.

⁶⁷¹ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 10.12.2018 zur Rechtssache C-40/17 Rn. 48 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

⁶⁷² *Tochtermann*, ZdiW 2021, 303, 305; *Spittka*, GRUR-Prax 2022, 19.

⁶⁷³ → Rn. 78 ff.; vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 55 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

wobei diese als Synonym zu verstehen sind. Nach Art. 82 DS-GVO hat jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter. Hierbei handelt es sich um eine eigene materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage.⁶⁷⁴

(1) Umfasste Rechtsverletzung

Wie bereits bei der Untersuchung des Art. 79 DS-GVO festgestellt wurde, wird keine Einschränkung mit Blick auf die verletzten Normen der DS-GVO vorgenommen. Damit geht der durch Art. 82 Abs. 1 DS-GVO verwirklichte Schutz weiter als Art. 79 Abs. 1 DS-GVO, der nur auf die Rechte der Betroffenen abstellt.⁶⁷⁵ Erwächst einer Person ein Schaden durch Verstöße gegen rein objektive Vorgaben der DS-GVO, würde auch dieser Art. 82 DS-GVO unterfallen.

239

(2) Ersatzfähige Schäden

Im Gegensatz zur Rechtslage unter der DSRL und § 7 BDSG a. F.⁶⁷⁶ sind sowohl materielle wie auch immaterielle Schäden grundsätzlich ersatzfähig. Der Begriff des Schadens soll nach Erwägungsgrund 146 S. 3 im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs weit auf eine Art und Weise ausgelegt werden, die den Zielen der DS-GVO in vollem Umfang entspricht.⁶⁷⁷

240

(a) Materielle Schäden

Ein materieller Schaden liegt bei einer Beeinträchtigung des Vermögens oder sonstiger Rechtsgüter der geschädigten Person vor.⁶⁷⁸ Beispielfhaft seien Rechtsverfolgungskosten zur Durchsetzung der Betroffenenrechte genannt.⁶⁷⁹

241

⁶⁷⁴ LG Karlsruhe ZD 2019, 511 Rn. 13 – Schadensersatzanspruch nach der DS-GVO; ArbG Düsseldorf NZA-RR 2020, 409 Rn. 77 – Anspruch auf Erteilung einer Datenkopie nach DS-GVO; *Wybitul/Hajß/Albrecht*, NJW 2018, 113, 113; *Zarfir-Fortuna*, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1175; *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 164.

⁶⁷⁵ ArbG Düsseldorf NZA-RR 2020, 409 Rn. 78 – Anspruch auf Erteilung einer Datenkopie nach DS-GVO; *Schröder*, in: Zilkens/Gollan, Datenschutz in der Kommunalverwaltung, 5. Aufl. 2019, Kap. 6 Rn. 293; *Wybitul/Hajß/Albrecht*, NJW 2018, 113, 113; *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 167.

⁶⁷⁶ Zur fehlenden Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden nach § 7 BDSG a. F. *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR, 23. Ed. Stand: 1.8.2017, § 7 BDSG a. F. Rn. 53 ff.; *Gabel*, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 7 BDSG Rn. 10; *Zarfir-Fortuna*, in: Kuner/Bygrave/Docksey, GDPR, 2020, S. 1175; das kritisierend *Simitis*, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 7 BDSG Rn. 32;

vgl. auch *Kühling/Bohnen*, JZ 2010, 600, 609.

⁶⁷⁷ LAG Hamm, Urt. v. 11.5.2021 – 6 Sa 1260/20, juris Rn. 65; *Becker*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 4a; ArbG Düsseldorf NZA-RR 2020, 409 Rn. 84 – Anspruch auf Erteilung einer Datenkopie nach DS-GVO; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 17; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 10.

⁶⁷⁸ *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563, 2567; *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202, 205; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 29; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 19; *Franck*, ZD 2021, 680, 680.

⁶⁷⁹ *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563, 2567; *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202, 205; *Wybitul/Hajß/Albrecht*, NJW 2018, 113, 114; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 30.

(b) Immaterielle Schäden

- 242** Demgegenüber zeichnen sich immaterielle Schäden durch Einschränkungen des Persönlichkeitsrechts aus, welche nicht direkt in einem Geldwert ausgedrückt werden können.⁶⁸⁰ Erwägungsgrund 75 nennt als Beispiele hierfür Diskriminierung, Identitätsdiebstahl, Rufschädigung, Verlust der Vertraulichkeit von dem Berufsgeheimnis unterliegenden personenbezogenen Daten oder andere erhebliche gesellschaftliche Nachteile. In der Rechtsprechung wurden etwa Ängste, Stress, Komfort- und Zeiteinbußen als relevanter Schaden angesehen.⁶⁸¹
- 243** Für die Annahme eines immateriellen Schadens ist kein schwerwiegender Eingriff vorauszusetzen⁶⁸², gleichwohl wird vielfach verlangt, dass überhaupt ein (immaterieller) Schaden anzunehmen sein muss, was vielfach auf eine Bagatellschwelle hinauslaufen wird.⁶⁸³ Wie sich diese beiden Aussagen ohne Willkür in Einklang bringen

⁶⁸⁰ OLG Düsseldorf GRUR-RS 2021, 38036 Rn. 44; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 31; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 13; *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 169.

⁶⁸¹ AG Pfaffenhofen BeckRS 2021, 27106 Rn. 32.

⁶⁸² OLG Bremen BeckRS 2021, 19934 Rn. 2 – Kein Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO ohne Vorbringen zum Eintritt eines materiellen oder immateriellen Schadens und keine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV im Prozesskostenhilfverfahren; OLG Dresden ZD 2019, 567 Rn. 13 – Schadensersatz- und Auskunftsansprüche bei Löschung eines Beitrags und Sperrung des Kontos in sozialem Netzwerk; LG Hamburg BeckRS 2020, 23277 Rn. 31; ArbG Dresden ZD 2021, 54 Rn. 15 – Schadensersatz wegen Datenschutzverstößen des Arbeitgebers; ArbG Düsseldorf NZA-RR 2020, 409 Rn. 84 – Anspruch auf Erteilung einer Datenkopie nach DS-GVO; AG Diez BeckRS 2020, 26940 Rn. 14; *Specht-Riemenschneider*, in: BeckOGK, Stand: 1.6.2021, § 823 BGB Rn. 1385; *Specht-Riemenschneider*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn. 55; *Ernst*, BB 2020, 2164, 2167; vgl. zur Rechtsprechung *Schutt*, AnwZert-ITR 24/2020 Anm. 2; *Eichelberger*, WRP 2021, 159; *Wybitul*, DSB 2021, 42; *a. A. Rixecker*, in: MüKoBGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, Anh. § 12 BGB Rn. 196, der offensichtlich die bisherige Praxis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf die DS-

GVO übertragen möchte.

⁶⁸³ OLG Bremen BeckRS 2021, 19934 Rn. 2 – Kein Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO ohne Vorbringen zum Eintritt eines materiellen oder immateriellen Schadens und keine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV im Prozesskostenhilfverfahren; OLG Bremen BeckRS 2021, 24733 Rn. 3; OLG Dresden ZD 2019, 567 Rn. 13 – Schadensersatz- und Auskunftsansprüche bei Löschung eines Beitrags und Sperrung des Kontos in sozialem Netzwerk; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 18726 Rn. 6; LG Köln BeckRS 2020, 27959 Rn. 14; LG Leipzig BeckRS 2021, 42004 Rn. 109 ff.; LG Köln BeckRS 2021, 28364 Rn. 25; LG Hamburg BeckRS 2020, 23277 Rn. 31; LG Essen GRUR-RS 2021, 31764 Rn. 49 – Kein immaterieller Schadensersatzanspruch bei Verlust eines USB-Sticks mit sensiblen personenbezogenen Daten auf dem Postweg; AG Frankfurt a. M. BeckRS 2020, 22861 Rn. 31; AG Hamburg-Bergedorf ZD 2021, 587 Rn. 20 f. – Kein Schmerzensgeldanspruch nach Art. 82 DS-GVO für bloße Belästigung; AG Pfaffenhofen BeckRS 2021, 27106 Rn. 31; AG Diez BeckRS 2020, 26940 Rn. 14; *Lach*, jurisPR-ITR 5/2019 Anm. 3; *Laoutoumai*, jurisPR-ITR 23/2020 Anm. 4; *Wybitul/Brams*, CR 2020, 571 Rn. 35; *Paal*, MMR 2020, 14, 16; *Eichelberger*, in: FS Taeger, S. 137, 147 f.; *Hettenbach*, EWIR 2021, 451, 452; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 11; *Schrey/Copeland*, PinG 2021, 233, 240.

lassen, erschließt sich nicht.⁶⁸⁴ Ein bloßes Gefühl des Unbehagens durch einen Verstoß soll jedenfalls für die Annahme eines Schadens nicht ausreichen.⁶⁸⁵ Der Umfang des immateriellen Schadensersatzes hängt im Übrigen von den Umständen der Verletzung ab und lässt sich nicht pauschal festlegen.⁶⁸⁶ Mehr als zweifelhaft ist, ob eine bloße persönliche Genugtuung als immaterieller Schadensersatz ausreichend ist.⁶⁸⁷

Teilweise wird bereits der Verstoß als solcher als ausreichend für die Annahme eines immateriellen Schadens erachtet,⁶⁸⁸ was immerhin einen hinreichenden Spielraum (§ 287 ZPO) bei der Schadenshöhe eröffnet, ohne in willkürliche Abgrenzungsfragen („alles oder nichts“) zu münden.⁶⁸⁹ Begründet werden kann das mit einer Präventivfunktion des unionsrechtlichen Schadensersatzanspruchs.⁶⁹⁰ Daneben wird vorgebracht, dass es widersprüchlich sei, drakonische Geldbußen nach Art. 83 DS-GVO zu ermöglichen, aber beim Schadensersatzanspruch des Betroffenen zu „knausern“.⁶⁹¹

244

⁶⁸⁴ Halder, jurisPR-ITR 13/2021 Anm. 5; kritisch ebenso Bleckat, RDV 2020, 11, 12 f.; Franck, ZD 2021, 680, 683

⁶⁸⁵ AG Frankfurt a. M. BeckRS 2020, 22861 Rn. 31; LG Landshut BeckRS 2020, 33148 Rn. 18 – Kein Anspruch auf Schadensersatz aus Datenschutzverletzung bei Mitteilung des Legionellenbefalls einer Wohnung in der Wohnungseigentümersammlung; tendenziell weitergehend AG Pfaffenhofen BeckRS 2021, 27106 Rn. 32.

⁶⁸⁶ LG Darmstadt ZD 2020, 642, 644 – Schadensersatz auf Grund der Fehladressierung einer Nachricht; ArbG Düsseldorf NZA-RR 2020, 409 Rn. 84 – Anspruch auf Erteilung einer Datenkopie nach DS-GVO; vgl. hierzu etwa überblicksartig Paal/Aliprandi, ZD 2021, 241 oder Laoutoumai, Privacy Litigation, 2021, S. 2 f.; Stadler, in: FS Roth, 2021, S. 539, 549.

⁶⁸⁷ Rixecker, in: MüKoBGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, Anh. § 12 BGB Rn. 357; AG Pfaffenhofen BeckRS 2021, 27106 Rn. 33 (keine symbolische Wirkung); in dieselbe Kerbe schlagend hinsichtlich der verfehlten Dogmatik des deutschen Schadensersatzrechts (insbesondere Staatshaftungsrechts), die sogar Menschenwürdeverletzungen mit Genugtuung abspießt, EGMR, Urt. v. 22.10.2020 – 6780/18 und 30776/18 – Roth v. Deutschland (einstimmig ergangen).

⁶⁸⁸ LAG Hamm BeckRS 2021, 21866 Rn. 50 – Begriff des immateriellen Schadens (Revision anhängig unter dem Az. 2 AZR 363/21); LAG Niedersachsen BeckRS 2021, 32008 Rn. 196 – Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen Pflichtverletzung; ArbG Düsseldorf NZA-RR 2020, 409 Rn. 84 – Anspruch auf Erteilung einer Datenkopie nach DS-GVO; Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl.

2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 18; Spitz, jurisPR-ITR 20/2021 Anm. 2; Schwartmann/Benedikt, ZD 2021, 603, 607, wonach ein Schaden indiziert sei; wohl auch Wandtke/Ostendorff, Urheberrecht, 8. Aufl. 2021, 11. Kap. Rn. 18, welche einen Schaden bei Bagatellen jedenfalls nicht kategorisch ausschließen.

⁶⁸⁹ Vgl. Vander, DSB 2021, 124, 126; LAG Hamm, Urt. v. 11.5.2021 – 6 Sa 1260/20, juris-Rn. 67; LAG Niedersachsen BeckRS 2021, 32008 Rn. 198 ff. – Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen Pflichtverletzung; Stadler, in: FS Roth, 2021, S. 539, 544 ff.; das AG Pfaffenhofen BeckRS 2021, 27106 Rn. 33 ff. oder OLG Dresden BeckRS 2021, 39660 Rn. 12 zeigen, wie das aussehen könnte.

⁶⁹⁰ Stadler, in: FS Roth, 2021, S. 539, 544 f.; Hellgardt, ZEuP 2022, 7, 19 ff.; LAG Niedersachsen BeckRS 2021, 32008 Rn. 196 – Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen Pflichtverletzung; vgl. Brink/Vogt, ZdiW 2021, 397, 398.

⁶⁹¹ Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 17; Hellgardt, ZEuP 2022, 7, 13: „Die Brisanz dieser Auslegung liegt nicht so sehr im Einzelfall, sondern darin, dass es regelmäßig massenhafte Verstöße gegen die DS-GVO sein werden, die diese Art von Schadensersatzanspruch auslösen, so dass – bei einer effektiven Geltendmachung – die Gesamtheit der Ersatzansprüche eine Höhe erreicht, die mit den nach Art. 83 DS-GVO zu verhängenden Geldbußen konkurriert.“; a. A. Brink/Vogt, ZdiW 2021, 397, 398; Kreß, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 6.

Das LAG Hamm sieht etwa unter Verweis auf Erwägungsgrund 75 bereits die Verhinderung von Kontrollmöglichkeiten der Betroffenen durch Verweigerung einer Datenschutzauskunft als immateriellen Schaden und bewertet diesen unter umfassender Berücksichtigung sämtlicher Umstände, auch unter dem Aspekt des Verschuldens des Verantwortlichen.⁶⁹²

- 245 Das BAG⁶⁹³, der österreichische OGH⁶⁹⁴, das bulgarische oberste Verwaltungsgericht⁶⁹⁵ sowie das LG Saarbrücken⁶⁹⁶ haben diese Auslegungsfrage zwischenzeitlich dem EuGH vorgelegt, während das BVerfG im Übrigen die Instanzgerichte noch auf ihre Vorlagepflicht „hinweist“⁶⁹⁷.

(3) Sonstige Voraussetzungen

- 246 Neben einem materiellen oder immateriellen Schaden müssen die Kausalität und ein Verschulden des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters gegeben sein.⁶⁹⁸ Erwähnenswert ist, dass es dem Verantwortlichen obliegt, den Entlastungsbeweis zu führen.⁶⁹⁹ Ein Mitverschulden des Betroffenen ist dabei nach umstrittener Auffassung nicht entsprechend § 254 BGB zu berücksichtigen, denn Art. 82 Abs. 3 DS-GVO stellt darauf ab, ob dem Verantwortlichen oder Mitverantwortlichen der Verstoß „in keinerlei Hinsicht“ vorzuwerfen ist.⁷⁰⁰

bb. Ermöglichung von Mitbewerberklagen?

(1) Schadensersatzanspruch

- 247 Eine Mitbewerberklage könnte mittelbar über den Schadensersatzanspruch nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO konstruiert werden.⁷⁰¹ Begründet wird dieser Anspruch mit der weiten Formulierung der Anspruchsberechtigten in Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, der

⁶⁹² LAG Hamm BeckRS 2021, 21866 Rn. 51 f. – Begriff des immateriellen Schadens; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2021, 38036 Rn. 47; AG Pfaffenhofen BeckRS 2021, 27106 Rn. 33; vgl. allgemein zum Schadensersatzanspruch bei Verletzung der Auskunftspflicht *Franck*, ZD 2021, 680, 680 ff. m. w. N.

⁶⁹³ BAG Beschl. v. 26.8.2021 – 8 ZA 253/20 (A).

⁶⁹⁴ OGH, Beschl. v. 15.4.2021 – 6 Ob 35/21x; vgl. hierzu *Leibold*, ZD-Aktuell 2021, 05213; *Spitka*, GRUR-Prax 2021, 417.

⁶⁹⁵ Varhoven administrativen sad, Entsch. v. 14.5.2021 (anhängig unter C-340/21).

⁶⁹⁶ LG Saarbrücken GRUR-RS 2021, 39544 – EuGH-Vorlage zur Frage des Ersatzes immaterieller Schäden bei Datenschutzverstoß; hierzu *Sander*, PinG 2022, 37; *Laoutoumai*, K&R 2022, 25.

⁶⁹⁷ BVerfG NJW 2021, 1005 – Vorlagepflicht zur Auslegung des Schadensbegriffs bei Datenschutzverstößen; vgl. *Halder*, jurisPR-ITR 13/2021 Anm. 5;

Brink/Vogt, ZdiW 2021, 397.

⁶⁹⁸ *Wybitul/Haj/Albrecht*, NJW 2018, 113, 115 f.

⁶⁹⁹ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 12; vgl. allgemein *Dittrich/Ippach*, RDV 2021, 77; *a. A. Stamenov*, RDt 2021, 410, 412 m. w. N. zu beiden Ansichten.

⁷⁰⁰ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 59; *Georgieva/Schmidl*, in: Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger, DSGVO, 2017, Art. 82 DS-GVO Anm. 4; *a. A. Paal*, MMR 2020, 14, 18: Mitverschuldensberücksichtigung als allgemeiner Grundsatz im Unionsrecht.

⁷⁰¹ *Wolff*, ZD 2018, 248, 252; befürwortend auch *Walrez/Wolters*, IDPL 2020, 346, 354 f.; *a. A. Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40f.

nicht von der „betroffenen Person“, sondern weitergehend von „jeder Person“ spricht.⁷⁰² Damit wäre Art. 82 DS-GVO nicht nur vom sachlichen, sondern auch vom persönlichen Anwendungsbereich her umfassender als Art. 79 DS-GVO.

(2) Unterlassungsanspruch

Größere Schwierigkeiten bereitet die Herleitung eines Unterlassungsanspruchs. Zwar gewährt Art. 79 Abs. 1 DS-GVO den Betroffenen effektive gerichtliche Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Ansprüche und damit auch ihrer Schadensersatzansprüche. Mitbewerber sind hiervon jedoch bereits nach dem Wortlaut nicht umfasst. Wie bereits im Rahmen der Auslegung des Art. 79 Abs. 1 DS-GVO ausgeführt wurde, müsste aber das Prinzip des *ubi jus, ibi remedium* beachtet werden, sodass den Mitbewerbern im Falle des Bestehens eines Rechts auf Schadensersatz effektive gerichtliche Rechtsbehelfe zu dessen Durchsetzung zustehen.⁷⁰³ Rechte ohne Rechtsbehelfe existieren im Unionsrecht nicht.⁷⁰⁴ Eine Sperrwirkung des Durchsetzungssystems wäre daher mit Blick auf Art. 47 Abs. 1 GrCh ohnehin zu durchbrechen. In Betracht käme eine analoge Anwendung von Art. 79 Abs. 1 DS-GVO, da die Situation von sonstigen Personen und Betroffenen insoweit vergleichbar wäre.

248

Nachdem die Rechtsbehelfe überdies wirksam sein und damit – wie ebenfalls bereits festgestellt wurde – von vornherein einen Schaden verhindern lassen müssen, käme ein (vorbeugender) Unterlassungsanspruch neben dem Schadensersatzanspruch für Mitbewerber in Betracht.⁷⁰⁵ Über diese Konstruktion ließe sich für Mitbewerber auch eine Klagebefugnis mit dem Anspruchsziel Unterlassung herleiten.

249

(3) Einschränkung der Auslegung

(a) Mitbewerber als „jede Person“?

Ob aber die Anspruchsberechtigung („jede Person“) des Art. 82 DS-GVO so weit auszulegen ist und daher überhaupt als Grundlage einer Mitbewerberklage dienen kann, wird nicht einheitlich beantwortet. Zum Teil wird von einem bloßen Redaktionsversehen in Art. 82 Abs. 1 DS-GVO ausgegangen, sodass nur Betroffene anspruchsberechtigt sind.⁷⁰⁶ Das wird darauf gestützt, dass Art. 82 Abs. 6 DS-GVO auf

250

⁷⁰² *Wolff*, ZD 2018, 248, 252; *Waltree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 348.

⁷⁰³ *Zanfir-Fortuna*, in: *Kuner/Bygrave/Docksey*, GDPR, 2020, S. 1162; vgl. auch *van Duin*, EuCML 2017, 190, 190; Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 22.6.2017 zur Rechtssache C-413/15 Rn. 32 – *Farrell/Whitty*; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 100; vgl. EuGH WRP 2015, 1319 Rn. 95 – *Schrems/Data Protection Commissioner (Safe Harbor)*.

⁷⁰⁴ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 22.6.2017 zur Rechtssache C-413/15 Rn. 32 – *Farrell/Whitty*; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 100; vgl. EuGH

WRP 2015, 1319 Rn. 95 – *Schrems/Data Protection Commissioner (Safe Harbor)*.

⁷⁰⁵ *Zweifelnd Köhler*, WRP 2018, 1517 Rn. 8; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 39; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 23; *Ohly*, GRUR 2019, 686, 689.

⁷⁰⁶ *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 4, 5; *König*, AG 2017, 262, 267; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 23; *Köhler*, WRP 2018, 1517 Rn. 8; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40f; *Köhler*, Ausschussdrucksache 19(4)187 C, S. 9; *Moos/Schefzig*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82

die Gerichtsstände des Art. 79 Abs. 2 DS-GVO verweist, welcher gerichtliche Rechtsbehelfe von Betroffenen regelt.⁷⁰⁷

- 251** Dem ließe sich umgekehrt entgegenhalten, dass eine entsprechende Norm für Rechtsbehelfe Geschädigter außerhalb des Betroffenenkreises, also Art. 79 Abs. 1 DS-GVO, schlicht übersehen wurde oder entsprechend anzuwenden ist. Das würde deshalb naheliegen, weil die gerichtliche Durchsetzbarkeit von eingeräumten Rechtspositionen eine Selbstverständlichkeit darstellt. Im Übrigen wurde bereits herausgearbeitet, dass ergänzend zu Art. 79 Abs. 2 DS-GVO die EuGVVO gilt.⁷⁰⁸ Der Verweis des Art. 82 Abs. 6 DS-GVO könnte damit schlicht die Feststellung zu entnehmen sein, dass die schutzwürdigeren Betroffenen sich auf die Schutzgerichtsstände des Art. 79 Abs. 2 DS-GVO berufen können, während sonstige Geschädigte auf die prinzipiell beklagtenfreundlichen Gerichtsstände der EuGVVO verwiesen sind.
- 252** Für die einschränkende Auslegung wird zudem auch auf Art. 84 Abs. 4 DS-GVO verwiesen, wo ausdrücklich von einer betroffenen Person die Rede ist („damit ein wirk-samer Schadensersatz für die betroffene Person sichergestellt ist“).⁷⁰⁹ Die Norm regelt die Gesamtschuld mehrerer Schädiger im Außenverhältnis zum Geschädigten.⁷¹⁰ Der dazugehörige Erwägungsgrund 146 S. 6 („Die betroffenen Personen sollten einen vollständigen und wirksamen Schadensersatz für den erlittenen Schaden erhalten.“) geht ebenso nur auf die betroffenen Personen ein.⁷¹¹
- 253** Hiergegen lässt sich jedoch einwenden, dass Satz 6 nur auf die Beweiserleichterung für Betroffene und die Präventionswirkung des Schadensersatzanspruchs hindeuten

DS-GVO Rn. 16; *Däubler*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 5; *Nemitz*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 4; *Gola/Piltz*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 10; *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 7; *Becker*, in: *Plath*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 2; *Kreße*, in: *Sydow*, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 9 ff.; *Elßer*, in: *Elßer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 4 f.; *Feldmann*, in: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, DS-GVO, 2017, Art. 82 DS-GVO Rn. 3; *Allrecht/Joitzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 8 Rn. 20; *Kosmides*, in: *Forgó/Helfrich/Schneider*, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil XIII Kap. 3 Rn. 17; *Kahl*, in: *DSRITB* 2017, S. 101, 105; *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl. 2019, Rn. 583h; *Gola*, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl. 2019, Rn. 2638; *Härtig*, Datenschutz-Grundverordnung, 2016, Rn. 234; v. *Lewinski*, in: *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2018, § 23 Rn. 15; *Schneider*, Datenschutz, 2. Aufl. 2019, S. 293; *Golla*, RDV 2017,

123, 127; *Freund*, in: *Schuster/Grützmaker*, IT-Recht, 2020, Art. 26 DS-GVO Rn. 57.

⁷⁰⁷ *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 4, 5 f.; wohl auch *Mantz/Spittka*, in: *Sassenberg/Faber*, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 125.

⁷⁰⁸ → Rn. 183.

⁷⁰⁹ *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 4, 5 f.; *Walree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 349.

⁷¹⁰ *Moos/Schefzig*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 88.

⁷¹¹ LG Magdeburg GRUR-RS 2019, 197 Rn. 16 – Vertrieb apothekenpflichtiger Arzneimittel über Internet-Handelsplattform; *Moos/Schefzig*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 16; *Däubler*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 5; *Köhler*, WRP 2018, 1517 Rn. 8; *Kreße*, in: *Sydow*, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 11; *Gola/Piltz*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 10; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 23.

könnte.⁷¹² Auch Erwägungsgrund 146 S. 1, der sich explizit auf Art. 82 Abs. 1 DS-GVO bezieht, enthält diese Einschränkung nicht, was gegen eine solche einschränkende Auslegung spricht.⁷¹³ Erwägungsgrund 146 ist demnach nicht so ergiebig, wie teilweise behauptet wird.⁷¹⁴

Nach der weitesten Ansicht bleibt es daher grundsätzlich beim Wortlaut des Abs. 1, der gerade keine weiteren Einschränkungen mit Blick auf die geschädigte Person vornimmt⁷¹⁵, auch wenn die praktische Relevanz meist eingeschränkt sein dürfte.⁷¹⁶ Das entspricht bereits der Rechtslage zum Schadensersatz unter Geltung der Vorgängernorm des Art. 23 DSRL, denn auch diese umfasste nicht nur Betroffene als Anspruchsberechtigte.⁷¹⁷

(b) Nur natürliche Personen als „jede Person“

Ein Teil der Vertreter, die das Merkmal „jede Person“ weit auslegen, schließen jedoch juristische Personen von der Anspruchsberechtigung aus, da der Schutzzweck der DS-GVO auf diese nicht übertragen werden könnte, denn die DS-GVO soll ausschließlich natürliche Personen schützen.⁷¹⁸ Juristische Personen könnten schließlich auch

254

255

⁷¹² *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 14; vgl. allgemein zum Präventionsgedanken bei Schadensersatzansprüchen *Brugger*, JR 2021, 239; *Korch*, ZEuP 2021, 792, 819; *Wagner*, DJT 2006, Bd. 1, A 14 f.

⁷¹³ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 14; *Walree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 349.

⁷¹⁴ *So Köhler*, WRP 2018, 1517 Rn. 8.

⁷¹⁵ OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 30 – Datenschutz bei Bestellbögen; OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 40 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113, 113 f.; *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202, 203 f.; *Geissler/Ströbel*, NJW 2019, 3414, 3414; *Wolff*, ZD 2018, 248, 252; *Sackmann*, ZIP 2017, 2450, 2451; *Zanfir-Fortuna*, in: *Kuner/Bygrave/Docksey*, GDPR, 2020, S. 1175; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 15; *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 37; *Krätschmer/Bausewein*, in: *Wybitul*, Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 82 DS-GVO Rn. 12 f.; *Laue*, in: *Laue/Kremer*, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 11 Rn. 7; *Jacquemain*, Der deliktische Schadensersatz im europäischen Datenschutzprivatrecht, 2017, S. 176 f.; *Geminn*, in: *Jandt/Steidle*, Datenschutz im Internet, 2018, B VI Rn. 42; *Voigt/von dem Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2018, S. 272; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 299 Rn. 7; *Georgi-*

ewa/Schmidl, in: *Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger*, DSGVO, 2017, Art. 82 DS-GVO Anm. 2; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 6; widersprüchlich *Willert*, in: *Weth/Herberger/Wächter/Sorge*, Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 2019, Teil A XV Rn. 24; einschränkend *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1247; *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7, 12; prinzipiell auch *Feldmann*, in: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, DS-GVO, 2017, Art. 82 DS-GVO Rn. 3, welcher jedoch keine drittschützenden Normen erkennen kann.

⁷¹⁶ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 15.

⁷¹⁷ *Jacquemain*, Der deliktische Schadensersatz im europäischen Datenschutzprivatrecht, 2017, S. 176 f.; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, 1997, Art. 23 Anm. 2; *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, 1999, Art. 23, Anm. 19; *Walree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 349.

⁷¹⁸ *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563, 2568; *Schneider*, PinG 2018, 119, 119 f.; *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202, 204; *Moos/Schefzig*, in: *Taege/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 17; *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 37a; *Feldmann*, in: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, DS-GVO, 2017, Art. 82 DS-GVO Rn. 4; *Krätschmer/Bausewein*, in: *Wybitul*, Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 82 DS-GVO Rn. 14; *Laue*, in: *Laue/Kremer*,

keinen immateriellen Schaden geltend machen, wie von Art. 82 DS-GVO an sich vorgesehen.⁷¹⁹ Soweit auf den Zweck der Prävention des Schadensersatzanspruchs abgestellt wird, erscheint eine solche Einschränkung aber nicht zwingend. Daneben erschließt sich aus der fehlenden Möglichkeit eines immateriellen Schadens für juristische Personen nicht, wieso per se die Möglichkeit eines Anspruchs auf Ersatz eines materiellen Schadens ausgeschlossen werden sollte. Hinzu kommt, dass innerhalb der DS-GVO vielfach präzise zwischen natürlichen und juristischen Personen differenziert wird, sodass eine einschränkende Auslegung nicht folgerichtig wäre.⁷²⁰ Diese Teilauffassung ist daher ungeachtet der Frage, ob Dritten nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO ein Schadensersatzanspruch zukommen kann, abzulehnen.

(c) Nur Betroffene als „jede Person“

256 Überzeugender erscheint gleichwohl die engste Lesart des Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, so dass nur eine geschädigte betroffene Person anspruchsberechtigt ist. Das kann mit den Art. 77 ff. DS-GVO begründet werden, die ausschließlich auf den Betroffenen abstellen.⁷²¹ Ein zwingender Grund für eine Erweiterung auf Nichtbetroffene erschließt sich nicht. Auch die sonstigen bereits dargestellten Argumente sprechen in der Gesamtschau letztlich für ein bloßes Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Dieses Ergebnis lässt sich mit Blick auf die letztlich maßgebliche Ratsfassung⁷²² bestätigen: „Im Standpunkt des Rates in erster Lesung wird eine Reihe von Vorschriften festgelegt, mit denen *den betroffenen Personen* mehrere Möglichkeiten für Rechtsbehelfe geboten werden, so auch die Möglichkeit, bei Schäden infolge von Verstößen gegen die Verordnung Schadensersatz zu verlangen.“⁷²³ Von sonstigen geschädigten

Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 11 Rn. 7; *Kosmides*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil XIII Kap. 3 Rn. 17; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 15; *Jacquemain*, Der deliktische Schadensersatz im europäischen Datenschutzprivatrecht, 2017, S. 176 f.; *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 165; *Jahnel*, in: *Jahnel*, DS-GVO, 2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 6; *Franck*, ZD 2021, 680, 680; weiter wohl *Sackmann*, ZIP 2017, 2450, 2451.

⁷¹⁹ *Feldmann*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO, 2017, Art. 82 DS-GVO Rn. 4; *Klein*, GRUR-Prax 2020, 433, 433; *Krätschmer/Bausewein*, in: Wybitul, Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 82 DS-GVO Rn. 14; *Laue*, in: Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 11 Rn. 7; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 13; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 299 Rn. 7.

⁷²⁰ *Walree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 348 unter Verweis auf Art. 2 Abs. 2 lit. c, Art. 4 Abs. 1, 4, 5, 13, 14, 15, Art. 6 Abs. 1 lit. d, Art. 9 Abs. 1 und 2 lit. c, Art. 12 Abs. 6, Art. 32 Abs. 4, Art. 35 Abs. 3 lit. a DS-GVO sowie die Erwägungsgründe 14, 18, 24, 26, 34, 35, 46, 51, 57, 71, 85, 86, 94, 148 und 162.

⁷²¹ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40f; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 16; *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 6; *Kosmides*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil XIII Kap. 3 Rn. 17.

⁷²² 9565/15 DATAPROTECT 97 JAI 420 MI 369 DIGIT 49 DAPIX 94 FREMP 133 COMIX 259 CODEC 823.

⁷²³ Begründung des Rates: Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum

Personen ist keine Rede. Aus diesem Grund können Mitbewerber von vornherein einen Schadensersatzanspruch nicht auf Art. 82 Abs. 1 DS-GVO stützen, sodass sich die dogmatische Konstruktion für einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nicht mehr stellt.

cc. Mitgliedstaatliche Schadensersatzansprüche

Im Normtext des Art. 82 DS-GVO findet sich zwar keine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten zur Schaffung von parallelen mitgliedstaatlichen Schadensersatzansprüchen. Erwägungsgrund 146 S. 4 stellt jedoch klar, dass Schadensersatzforderungen aufgrund von Verstößen gegen andere Vorschriften des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten in Betracht kommen können. Für die Einräumung eines mitgliedstaatlichen Spielraums ist es nicht zwingend erforderlich, dass der Normtext eine Öffnungsklausel enthält.⁷²⁴ Aus dem Erwägungsgrund kann demnach geschlossen werden, dass Art. 82 Abs. 1 DS-GVO nicht abschließend zu verstehen ist, sodass mitgliedstaatliche Schadensersatzansprüche in Anspruchskonkurrenz stehen.⁷²⁵

257

Eine Auslegung des Erwägungsgrundes dergestalt, dass lediglich Anspruchsgrundlagen ohne spezifischen Datenschutzbezug unberührt bleiben,⁷²⁶ überzeugt nicht, denn solche Anspruchsgrundlagen würden ohnehin aufgrund des nicht eröffneten Anwendungsbereichs der DS-GVO nicht in einen Normkonflikt zu Art. 82 DS-GVO treten. Der Erwägungsgrund wäre in diesem Fall überflüssig, sodass die weite Auslegungsmöglichkeit vorzugswürdiger erscheint.

258

Konkret bleiben vertragliche und vorvertragliche Schadensersatzansprüche (§§ 280 ff., 311 Abs. 2 BGB) unberührt.⁷²⁷ Auch bleibt ein Rückgriff auf deliktische Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. der DS-GVO⁷²⁸ bzw. dem BDSG und die §§ 824, 826, 831 BGB möglich.⁷²⁹ Ein Schadensersatz-

259

freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Abl. 2016/C 159/02 Ziffer 9.

⁷²⁴ Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 37 f.

⁷²⁵ Sackmann, ZIP 2017, 2450, 2451; Jacquemain, RDV 2017, 227, 232; Schwartmann/Keppeler/Jacquemain, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 43; Wagner, in: MüKoBGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 BGB Rn. 547; Frenzel, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 20; Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 67; a. A. hinsichtlich Ansprüchen aus Sonderverbindungen Krejše, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 27.

⁷²⁶ Krahrmer/Krejše, in: Krahrmer, Sozialdatenschutzrecht, 4. Aufl. 2020, Anh. nach § 82 SGB X Rn. 1.

⁷²⁷ Schwartmann/Keppeler/Jacquemain, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 44; Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 108; Sackmann, ZIP 2017, 2450, 2451; Gola/Piltz, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 20 ff.; Quaas, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 8; Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 67.

⁷²⁸ So etwa Art. 6 DS-GVO LG Hamburg ZD 2020, 477 Rn. 41; Wagner, in: MüKoBGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 BGB Rn. 547; vgl. BGH ZD 2018, 532 Rn. 21 – Ärztebewertungsportal IV; OLG Köln MMR 2020, 186 Rn. 28 – Jameda.

⁷²⁹ Schwartmann/Keppeler/Jacquemain, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG,

anspruch für Mitbewerber kommt dabei – anders als im Verhältnis des Verantwortlichen zum Betroffenen – nach diesen Anspruchsgrundlagen nur selten in Betracht. Denkbar ist aber auch, dass der Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG wegen Datenschutzverletzungen unter die Öffnungsklausel fällt, vorausgesetzt, Datenschutzverstöße verwirklichen im Einzelfall auch einen Unlauterkeitstatbestand.⁷³⁰

b. Mitbewerberklagen als Sanktion (Art. 84 DS-GVO)

- 260** Eine weitere denkbare Öffnungsklausel für Mitbewerberklagen wäre Art. 84 DS-GVO. Die Mitgliedstaaten legen hiernach Vorschriften über andere Sanktionen für Verstöße gegen die DS-GVO – insbesondere für Verstöße, die keiner Geldbuße gemäß Art. 83 DS-GVO unterliegen – fest und treffen alle zu deren Anwendung erforderlichen Maßnahmen. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, Art. 84 Abs. 1 S. 2 DS-GVO. Hieraus lässt sich entnehmen, dass die Sanktionierung von Verstößen gegen die DS-GVO nicht abschließend ist, die Mitgliedstaaten weitergehende Sanktionen folglich vorsehen müssen und damit auch regeln dürfen.⁷³¹

aa. Mitbewerberklagen im sonstigen Unionsrecht als Sanktion

- 261** Denkbar ist es nach dem Vorgesagten, eine Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern bei Datenschutzverstößen als (weit auszulegende) Sanktion i. S. d. Art. 84 Abs. 1 S. 1 DS-GVO einzustufen.⁷³² Bereits vor der Geltung der DS-GVO wurde zumindest bei Verstößen gegen objektives Unionsrecht angenommen, dass privatrechtliche Unterlassungsansprüche als „Sanktion“ i. S. d. Unionsrechts ausgelegt werden können.⁷³³ Das wurde vom EuGH für die Verbandsklage bei Datenschutzverstößen ebenso gesehen.⁷³⁴ Ob das auch auf die DS-GVO zutrifft, ist indes zweifelhaft.

2. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 44; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 107; *Sackmann*, ZIP 2017, 2450, 2451; *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 8; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 67.

⁷³⁰ → Rn. 378 ff.; explizit hinsichtlich § 9 UWG **a.A.** *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40f.

⁷³¹ *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 278; *Martini/Wagner/Wenzel*, VerwArch 109 (2018), 296, 297; *Becker*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 84 DS-GVO Rn. 1.

⁷³² Hierfür etwa *v. Lewinski*, in: Elßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 77 DS-GVO

Rn. 22; *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 96; *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471, 473; *Wolff*, ZD 2018, 248, 252; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 24; *Schreiber/Schürmbacher*, GRUR-Prax 2021, 435, 435 f.; wohl auch *Hansen/Bormann*, IPRB 2018, 273, 275; *Schindler*, ZD-Aktuell 2020, 07283; wohl auch *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkemitt, UWG, 5. Aufl. 2021, § 5 UWG Rn. 115.

⁷³³ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 324 f.

⁷³⁴ → Rn. 17.

bb. Abweichende Auslegung innerhalb der DS-GVO**(1) Irrelevanz der fehlenden Notifizierung**

Nicht entgegenstehend wäre jedenfalls der Umstand, dass § 8 UWG nicht nach Art. 84 Abs. 2 DS-GVO notifiziert wurde, denn dies ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung.⁷³⁵ Ob aus Gründen der Gewaltenteilung die Gerichte dennoch an die damit verbundene „Einschätzung des Gesetzgebers“ gebunden sind,⁷³⁶ ist klar zu verneinen. So hat der deutsche Gesetzgeber auch nicht die verwaltungsrechtlichen Zwangsmittel als Sanktion notifiziert, deren Anwendbarkeit nicht in Zweifel steht.⁷³⁷ Vielmehr ist objektiv zu bestimmen, ob sich eine Sanktion unter Art. 84 Abs. 1 DS-GVO fassen lässt. Jedenfalls erstreckt sich Art. 84 Abs. 2 DS-GVO bereits seinem Wortlaut zufolge nur auf Rechtsvorschriften, die zukünftig erlassen werden sollen.⁷³⁸

262

(2) Auslegung des Merkmals anhand der Erwägungsgründe

Eine Definition des Merkmals „Sanktion“, welche die Reichweite der Öffnungsklausel maßgeblich bestimmt, wird nicht vorgenommen und ist daher durch Auslegung zu ermitteln.⁷³⁹ In Betracht kommen vom Wortlaut her etwa strafrechtliche oder ordnungsrechtliche Maßnahmen.⁷⁴⁰ Wie sich jedoch aus Erwägungsgrund 148 S. 1 ergibt („sollten bei Verstößen [...] zusätzlich zu den geeigneten Maßnahmen, die die Aufsichtsbehörde gemäß dieser Verordnung verhängt, oder an Stelle solcher Maßnahmen Sanktionen einschließlich Geldbußen verhängt werden“), sind ordnungsrechtliche Maßnahmen von Datenschutzaufsichtsbehörden nicht unter den Sanktionsbegriff zu fassen.⁷⁴¹ Unter Sanktionen fallen, wie die Erwägungsgründe 149 S. 3 und 152 S. 1 zeigen, strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Sanktionen.⁷⁴² Erwägungsgrund 150 S. 1 macht ferner deutlich, dass unter verwaltungsrechtliche Sanktionen auch Geldbußen fallen.⁷⁴³ Gleichwohl sind Geldbußen bereits abschließend in Art. 83 DS-GVO geregelt, sodass sich die Öffnungsklausel nicht hierauf bezieht.⁷⁴⁴

263

⁷³⁵ *Spitka*, GRUR-Prax 2019, 4, 6; *Schreibauer/Spitka*, in: Wybitul, Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 84 DS-GVO Rn. 8; *Gola*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 84 DS-GVO Rn. 20.

⁷³⁶ *Spitka*, GRUR-Prax 2019, 4, 6.

⁷³⁷ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 84 DS-GVO Rn. 25.

⁷³⁸ *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 84 DS-GVO Rn. 13; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 84 DS-GVO Rn. 7.

⁷³⁹ *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 278.

⁷⁴⁰ *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 278; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 21; *Martini/Wagner/Wenzel*, VerwArch 109 (2018), 296, 297 ff.

⁷⁴¹ *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 278.

⁷⁴² BGH WRP 2020, 1182 Rn. 38 – App-Zentrum; *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 279; *Spitka*, GRUR-Prax 2019, 4, 6; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40f; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 41; *Köhler*, WRP 2018, 1517 Rn. 9; *Schreibauer/Spitka*, in: Wybitul, Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 84 DS-GVO Rn. 1.

⁷⁴³ *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 279.

⁷⁴⁴ *Kühling/Martini* et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 279.

Nachdem von anderen Sanktionen keine Rede ist, sind demnach mit „Sanktionen“ nur strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Sanktionen exklusive Geldbußen gemeint.⁷⁴⁵

- 264** Umfasst von Art. 84 DS-GVO sind beispielsweise die Schaffung von Straftatbeständen oder die Gewinneinziehung (Erwägungsgrund 149 S. 2).⁷⁴⁶ Auffällig ist hierbei, dass die Gewinneinziehung im deutschen Wettbewerbsrecht (§§ 10 UWG, 34a GWB; vgl. demgegenüber § 17 Abs. 4 OWiG, welcher gem. § 41 Abs. 1 S. 2 BDSG gerade keine Anwendung findet⁷⁴⁷) privatrechtlich ausgestaltet ist. Von der Öffnungsklausel umfasst ist ferner die Schaffung von Ordnungswidrigkeitstatbeständen.⁷⁴⁸ Eine denkbare Sanktion wäre auch ein Strafschadensersatz („punitive damages“).⁷⁴⁹ Vom deutschen Gesetzgeber wurden gem. Art. 84 DS-GVO unter anderem die Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitstatbestände der §§ 42 f. BDSG sowie zahlreiche Landesregelungen notifiziert.⁷⁵⁰ Von Bedeutung sind darüber hinaus §§ 201, 201a, 202a, 202b, 202c, 203 StGB^{751, 752}.
- 265** Im Umkehrschluss ist der Gesetzgeber daran gehindert, zivilrechtliche Sanktionen auf Art. 84 DS-GVO zu stützen.⁷⁵³ Im Übrigen trennt Kapitel VIII zwischen Sanktionen und Rechtsbehelfen, sodass aus systematischen Erwägungen die Einräumung eines Klagerechts für Mitbewerber über die Öffnungsklausel des Art. 84 DS-GVO ebenso ausscheidet.⁷⁵⁴ Ein Verbandsklagerecht in Hinsicht auf rein objektive Verstöße wäre damit ebenfalls nicht möglich.⁷⁵⁵

⁷⁴⁵ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 49 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 279 f.; Martini/Wagner/Wenzel, VerwArch 109 (2018), 296, 297 ff.; zu weitgehend insoweit Ohly, GRUR 2019, 686, 689 f.; Köhler, Ausschussdrucksache 19(4)187 C, S. 9; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 41; Köhler, ZD 2018, 337, 338; Köhler, WRP 2018, 1517 Rn. 9; Köhler, WRP 2019, 1279 Rn. 37; Hidar, Rechtliche Grenzen smarterer Preisgestaltung, 2021, S. 335; Spiegel, in: DSRITB 2020, S. 381, 382 f.

⁷⁴⁶ Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 279; Becker, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 84 DS-GVO Rn. 1; Ambrock, in: Jandt/Steidle, Datenschutz im Internet, 2018, B. VII Rn. 58; Stadler, in: FS Roth, 2021, S. 539, 555, möchte für einen (zivilrechtlichen) Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG bei Verbänden auf Art. 79 f. DS-GVO abstellen.

⁷⁴⁷ Nolde, PinG 2017, 114, 117; vgl. Faust/Spittka/Wybitul, ZD 2016, 120, 122.

⁷⁴⁸ Zu den darauffolgenden Problemen Martini/Wagner/Wenzel, VerwArch 109 (2018), 296, 310 ff.

⁷⁴⁹ Martini/Wagner/Wenzel, VerwArch 109 (2018), 296,

330 ff.; a.A. Holländer, in: Lachmayer/v. Lewinski, Datenschutz im Rechtsvergleich, 2019, S. 201, 212 f.; vgl. allgemein hierzu Wagner, DJT, 2006, Bd. 1, A 68 ff.

⁷⁵⁰ BT-Drs. 19/5155, S. 88 ff.; hierzu Martini/Wagner/Wenzel, VerwArch 109 (2018), 296, 325 ff.

⁷⁵¹ Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998, BGBl. I S. 3322.

⁷⁵² Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 84 DS-GVO Rn. 3; Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 84 DS-GVO Rn. 26.

⁷⁵³ Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 281; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40f; Uebele, WRP 2021, 11 Rn. 15; Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 21; Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555, 558; Holländer, in: Lachmayer/v. Lewinski, Datenschutz im Rechtsvergleich, 2019, S. 201, 211 ff.

⁷⁵⁴ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 38 – App-Zentrum; a.A. Wolff, ZD 2018, 248, 252.

⁷⁵⁵ Dies jedoch bedenkend Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 14; in der Nachauflage wurde die Ansicht aufgegeben; → Rn. 200 ff.

2. Sperrwirkung zulasten von Mitbewerberklagen

Nachdem sich Mitbewerberklagen nicht auf eine Öffnungsklausel stützen lassen und Verbände eine besondere Verbandsklagebefugnis eingeräumt bekommen haben, bleibt im nächsten Schritt zu prüfen, ob eine umfassende Sperrwirkung der DS-GVO anzunehmen ist. Es wurde bereits festgestellt, dass zumindest Art. 80 DS-GVO die Rolle der Verbände im Bereich des Datenschutzrechts abschließend ausgestaltet und damit eine mitgliedstaatliche Erweiterung unionsrechtlich unzulässig ist. 266

Wie bereits der Generalanwalt *Richard de la Tour* zur Zulässigkeit von Verbandsklagen herausgearbeitet hat kommt es auch bei der Mitbewerberklage darauf an, ob die DS-GVO diesen Bereich regeln wollte: „Die Rechtsgrundlage der Verordnung 2016/679, nämlich Art. 16 AEUV, spricht gegen die Annahme, dass die Union durch den Erlass dieser Verordnung alle möglichen Verästelungen des Schutzes personenbezogener Daten in anderen Bereichen, insbesondere im Arbeits-, Wettbewerbs- oder Verbraucherschutzrecht, vorweggenommen habe, indem sie den Mitgliedstaaten den Erlass spezifischer Regelungen in diesen Bereichen – mehr oder weniger eigenständig, je nachdem, ob es sich um einen dem Unionsrecht unterfallenden Bereich handelt oder nicht – verwehrt. In diesem Sinne *beschränkt sich*, obwohl der Schutz personenbezogener Daten von Natur aus eine Querschnittsmaterie ist, die durch die [DS-GVO] vorgenommene *Harmonisierung auf die speziell von dieser Verordnung in diesem Bereich abgedeckten Gesichtspunkte*. Darüber hinaus steht es den Mitgliedstaaten weiterhin frei, Regelungen zu erlassen, wenn sie nicht gegen den Inhalt und die Ziele dieser Verordnung verstoßen.“⁷⁵⁶ 267

Im Folgenden soll daher näher untersucht werden, inwieweit die Sperrwirkung des Durchsetzungssystems der DS-GVO tatsächlich reicht und ob hierdurch auch ein Vorgehen durch Mitbewerberklagen ausgeschlossen wird. Das ist durch nähere Auslegung der DS-GVO zu ermitteln. 268

a. Wortlaut

Der Wortlaut einer Norm ist stets der Ausgangspunkt der Auslegung.⁷⁵⁷ Die DS-GVO äußert sich indes weder in Art. 80 DS-GVO noch in den übrigen Vorschriften der Verordnung oder ihren Erwägungsgründen zur Stellung von Mitbewerbern, mögen Datenschutzrechtsverletzungen oder ein unterschiedliches Datenschutzniveau sie in ihrem Marktstreben beeinträchtigen. Ein Wortlautargument zugunsten oder zulasten von Mitbewerberklagen scheidet daher mangels Anhaltspunkten schlechterdings aus. 269

⁷⁵⁶ Vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 52 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (Hervorhebungen durch den Verfasser); vgl. *Halder*, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2 sowie

bereits abstrakt → Rn. 75 ff.

⁷⁵⁷ *Selmayr/Ehmann*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 91.

270 Für ein vollständig abgeschlossenes Rechtsbehelfssystem wird ferner einerseits vorgebracht, dass in Art. 77 und 79 DS-GVO jeweils auf die betroffene Person, also das Datensubjekt, abgestellt wird. Hieraus könnte zu folgern sein, dass Mitbewerber nicht gegen Verstöße vorgehen können.⁷⁵⁸ Allein den Aufsichtsbehörden, Verbänden und Betroffenen obliegt hiernach die Durchsetzung der DS-GVO. Andererseits ist in Art. 77 ff. DS-GVO aber auch vier Mal die Rede von „unbeschadet eines anderweitigen Rechtsbehelfs“.⁷⁵⁹ Neben der Festlegung des Konkurrenzverhältnisses der einzelnen Rechtsbehelfe⁷⁶⁰ könnte daraus die Zulässigkeit weiterer Rechtsbehelfe und damit auch die Möglichkeit einer Klagebefugnis von Mitbewerbern zu entnehmen sein.⁷⁶¹ Eine hinreichend deutliche Antwort lässt sich der DS-GVO aus diesen Argumenten für oder gegen eine Mitbewerberklage aber nicht entnehmen.

b. Gesetzeshistorie

271 Als wenig ergiebig erweist sich – unabhängig von deren Wert für die Normauslegung⁷⁶² – auch die Gesetzesgeschichte, insbesondere hinsichtlich Kapitel VIII über die Rechtsdurchsetzung. Die verschiedenen Vorschläge von Kommission,⁷⁶³ Parlament⁷⁶⁴ und der – letztlich vom Parlament nach Art. 294 Abs. 7 lit. a AEUV gebilligten⁷⁶⁵ – Fassung vom Rat⁷⁶⁶ hatten von Anfang an den Betroffenen und die Verbände,

⁷⁵⁸ Spindler/Horváth, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 24; Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555, 557; Alexander, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 1541; wohl auch Weiß/Reisener, Datenschutz in der Insolvenzkanzlei, 2. Aufl. 2020, Rn. 117; vgl. auch Fritzsche, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 164; Walree/Wolters, IDPL 2020, 346, 348 f.; Hohhweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 287 f.; Hidar, Rechtliche Grenzen smarter Preisgestaltung, 2021, S. 334.

⁷⁵⁹ Genauer: Art. 77 Abs. 1 DS-GVO („anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelfs“); Art. 78 Abs. 1 und Abs. 2 DS-GVO („anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder außergerichtlichen Rechtsbehelf“) sowie Art. 79 Abs. 1 DS-GVO („verwaltungsrechtlichen oder außergerichtlichen Rechtsbehelfs“).

⁷⁶⁰ V. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 3.

⁷⁶¹ OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 30 – Datenschutz bei Bestellbögen; OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 40, 51 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; Schindler, ZD-Aktuell 2020, 07283; Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 373; Wolff, ZD 2018, 248, 251; v. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG,

7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 22; Laoutoumai, Privacy Litigation, 2021, S. 109; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 535; Spindler/Horváth, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 23; Diercks, CR 2018, S001 Rn. 16; wohl auch Hansen/Bormann, IPRB 2018, 273, 275; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 303; a. A. Eickhoff/Woger, ZD 2020, 593, 594; LG Magdeburg GRUR-RS 2019, 197 Rn. 16 – Vertrieb apothekenpflichtiger Arzneimittel über Internet-Handelsplattform; Hidar, Rechtliche Grenzen smarter Preisgestaltung, 2021, S. 334.

⁷⁶² Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 96.

⁷⁶³ 2012/0011 (COD).

⁷⁶⁴ EP-PE_TCI-COD(2012)0011.

⁷⁶⁵ P8_TA(2016)0125.

⁷⁶⁶ Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. C 159 vom 3.5.2016, S. 1.

derer sich der Betroffene bedienen kann, im Blick, nicht aber die Interessen der Mitbewerber. Gegen den Ausschluss einer Mitbewerberklagemöglichkeit ließe sich jedenfalls geschichtlich auch anführen, dass Art. 80 DS-GVO dazu gedacht war, die bereits damals in Deutschland bestehende, aber unter der DSRL umstrittenen Verbandsklagemöglichkeit abzusichern,⁷⁶⁷ sodass damit wohl kaum der historische Wille des Unionsgesetzgebers unterstellt werden kann, e contrario Mitbewerber auszuschließen.⁷⁶⁸

c. Systematik und Telos

Maßgeblich bei der Auslegung von Unionsrecht ist der objektive Telos der auszulegenden Vorschriften heranzuziehen.⁷⁶⁹ Neben dem objektiven Telos erweist sich sowohl die innere Systematik als auch das Verhältnis zu sonstigen Rechtsquellen des Unionsrechts bei der Auslegung von Unionsnormen als eine wesentliche Erkenntnisquelle.⁷⁷⁰ Insoweit bieten Telos und Systematik mehr und vor allem bessere Anknüpfungspunkte als der Wortlaut der DS-GVO und deren Gesetzeshistorie. Beide Aspekte lassen sich insoweit nicht immer trennscharf separieren, vor allem dann, wenn von der Systematik auf den objektiven Telos geschlossen wird. Beide Auslegungsaspekte werden daher im Folgenden teils gemeinsam behandelt. In diesem Rahmen haben sich einige Argumentationsstrukturen herausgebildet, die für und wider gegen Mitbewerberklagen ins Feld geführt werden und im Folgenden näher zu betrachten sind.

272

aa. Unterlaufen des Harmonisierungsziels der DS-GVO

Ein wesentlicher Kritikpunkt an der Zulassung von Mitbewerberklagen bei Datenschutzverstößen ist das vermeintliche Unterlaufen des Harmonisierungsziels der DS-GVO. Zum einen sei – neben dem materiellen Datenschutzrecht – auch das Rechtsdurchsetzungssystem der DS-GVO vollumfassend harmonisiert worden, zum anderen wäre die Möglichkeit einer divergierenden Auslegungspraxis nicht hinnehmbar.

273

(1) Harmonisierung des Durchsetzungssystems?

Nachdem unter dem Regelungsregime der DSRL die bezweckte Vereinheitlichung nicht vollständig erreicht wurde, sollte mit der DS-GVO eine möglichst vollständige Angleichung des Datenschutzrechts erfolgen. So sollen insbesondere die technologischen Entwicklungen und die Globalisierung einen soliden, kohärenten und klar durchsetzbaren Rechtsrahmen im Bereich des Datenschutzrechts erfordern.⁷⁷¹ Besonders sollte ein unterschiedliches Datenschutzniveau verhindert werden, um den

274

⁷⁶⁷ Dazu sogleich noch → Rn. 302.

⁷⁶⁸ Halder, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2.

⁷⁶⁹ Vgl. Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 96.

⁷⁷⁰ Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO,

2. Aufl. 2018, Einführung Rn. 95.

⁷⁷¹ Erwägungsgrund 7 S. 1.

freien Verkehr personenbezogener Daten nicht zu behindern, was Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben könnte.⁷⁷² Im Bereich der Durchsetzung sollen vor allem gleiche Befugnisse bei der Überwachung und Gewährleistung der Einhaltung der Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten sowie gleiche Sanktionen im Falle ihrer Verletzung gelten.⁷⁷³

- 275** Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen wird bisweilen der Schluss gezogen, dass die Vorgaben aus Kapitel VIII der DS-GVO (Art. 77 bis 84 DS-GVO) abschließend seien.⁷⁷⁴ Die Einräumung der Möglichkeit von Mitbewerberklagen würde dem effet utile zuwiderlaufen.⁷⁷⁵ Insbesondere zeigten die Erwägungsgründe 11 und 13 („gleichen Sanktionen“, „gleichwertigen Sanktionen“), dass ein einheitliches Durchsetzungsregime bezweckt sei, das einer Klagebefugnis von Mitbewerbern aufgrund der Beeinträchtigung des Harmonisierungsziels entgegenstünde.⁷⁷⁶ Die in den Erwägungsgründen genannten Wettbewerbsverzerrungen könnten allenfalls dann auftreten, wenn in zumindest einem Mitgliedstaat keine bzw. ineffektive Durchsetzungsmaßnahmen ergriffen würden.⁷⁷⁷ Jedenfalls in Deutschland könne hiervon jedoch keine Rede sein.⁷⁷⁸
- 276** Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass Kapitel VIII der DS-GVO ausdrücklich zwischen Rechtsbehelfen, Haftung und Sanktionen unterscheidet. Der Rekurs auf die genannten Erwägungsgründe 11 und 13, die auf „gleiche Sanktionen“ bzw. „gleichwertige Sanktionen“ abstellen, insinuiert eher das Gegenteil, nämlich dass nur die dort genannten Sanktionen, aber gerade nicht die Rechtsbehelfe harmonisiert werden sollen.⁷⁷⁹ Es wäre widersprüchlich, eine Klagebefugnis der Mitbewerber im Rahmen der Erwägungsgründe als Sanktion einzustufen, im Rahmen der Öff-

⁷⁷² Erwägungsgrund 9 S. 2 f., 10 S. 1.

⁷⁷³ Erwägungsgrund 11, 13 S. 1.

⁷⁷⁴ LG Bochum WRP 2018, 1535 Rn. 7 – Kein Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzerklärung; LG Wiesbaden ZD 2019, 367 Rn. 31 – Kein Anspruch eines Mitbewerbers auf Unterlassung der Erteilung einer unvollständigen Auskunft nach Art. 15 DS-GVO; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 24 f.; Köhler, WRP 2018, 1517 Rn. 5; Spittka, GRUR-Prax 2019, 272, 273 f.; Spittka, GRUR-Prax 2019, 4, 5; Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 19 ff.; Barth, WRP 2018, 790 Rn. 16; Werkmeister, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 17; Barth, WRP 2020, 118 Rn. 9; Ohly, GRUR 2019, 686, 688; Lettl, WM 2019, 289, 292; Stück, CCZ 2019, 100, 100; Eickhoff/Woger, ZD 2020, 593, 594; Keppeler, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl.

2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 20; Württenberger/Freischem, GRUR 2019, 59, 65; Köhler, WRP 2019, 1550 Rn. 22; Spiegel, in: DSRITB 2020, S. 381, 381 f.

⁷⁷⁵ Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 45 f.; Barth, WRP 2018, 790 Rn. 16; Spittka, GRUR-Prax 2022, 19.

⁷⁷⁶ Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 24 f.; Köhler, WRP 2018, 1517 Rn. 5; Spittka, GRUR-Prax 2019, 272, 274; Barth, WRP 2018, 790 Rn. 16; Ohly, GRUR 2019, 686, 688.

⁷⁷⁷ Barth, WRP 2020, 118 Rn. 5.

⁷⁷⁸ Barth, WRP 2020, 118 Rn. 5.

⁷⁷⁹ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 49 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; Uebele, WRP 2020, 1187 Rn. 9; Uebele, GRUR 2019, 694, 698; Uebele, WRP 2021, 11 Rn. 17; Halder/Walker, ZD 2020, 605, 605.

nungsklausel des Art. 84 DS-GVO aber auszuklammern zu wollen. Wäre die Klagebefugnis von Mitbewerbern tatsächlich eine Sanktion i. S. d. der DS-GVO, so würde sie unter Art. 84 DS-GVO zu fassen sein und wäre damit prinzipiell zulässig.⁷⁸⁰

Erwägungsgrund 11 spricht zudem davon, dass „ein unionsweiter wirksamer Schutz personenbezogener Daten [...] die Stärkung und präzise Festlegung der Rechte der betroffenen Personen [erfordert]“. Es wird demnach ausdrücklich von einer Harmonisierung der „Rechte der betroffenen Personen“ gesprochen, aber gerade nicht von den Rechten der Mitbewerber.⁷⁸¹ Insoweit wird auch allein auf materiell-rechtliche Rechtspositionen der Betroffenen abgestellt. Die Ausführungen zu „gleiche[n] Befugnisse[n] bei der Überwachung und Gewährleistung der Einhaltung der Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten“ (Erwägungsgrund 11) und zur „gleichmäßige[n] Kontrolle der Verarbeitung personenbezogener Daten“ (Erwägungsgrund 13 S. 1) zielen offensichtlich nur auf die behördliche Durchsetzung ab und sind ungeeignet, eine Harmonisierung des vollständigen Rechtsdurchsetzungssystems zu begründen.⁷⁸²

Letztlich schweigt die DS-GVO vollständig über die Zulässigkeit einer Klage von Mitbewerbern, sodass sich eine Vereinheitlichungsmaxime im Bereich der Rechtsdurchsetzung zulasten wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen nicht ermitteln lässt.⁷⁸³ Auch wenn die materiellen Bestimmungen der DS-GVO zu großen Teilen vollständig harmonisierend sind,⁷⁸⁴ lässt sich hieraus nicht entnehmen, dass dies ohne Weiteres auch für die Rechtsdurchsetzung durch Mitbewerber gelten soll.⁷⁸⁵ Das von der DS-GVO angestrebte Ziel des freien Datenverkehrs wird durch eine unterschiedliche Rechtsdurchsetzung – anders als durch unterschiedliches materielles Recht bzw. eine unterschiedliche Rechtsanwendung durch die Mitgliedstaaten – nicht behindert, denn es sollte durch die DS-GVO gerade ein „level playing field“ geschaffen werden.⁷⁸⁶ Ob ein Verantwortlicher mit einem Vorgehen durch die Aufsichtsbehörde, einen Verband, den Betroffenen oder einen Mitbewerber rechnen muss, ist für den freien Datenverkehr ohne Belang.⁷⁸⁷

277

278

⁷⁸⁰ → Rn. 260 ff.

⁷⁸¹ *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 23, 26.

⁷⁸² *Uebele*, GRUR 2019, 694, 698; *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 20 ff.; *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 24 ff.

⁷⁸³ *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 7 ff.; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 697 f.; *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 22 f., 51.

⁷⁸⁴ *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 88 DS-GVO Rn. 7 ff.

⁷⁸⁵ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 33 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 13;

Uebele, GRUR 2019, 694, 698; *Uebele*, WRP 2021, 11 Rn. 18; *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 22 f., 51; *Jansen/Radtke*, JR 2021, 327, 328.

⁷⁸⁶ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 698 f.; *Jansen/Radtke*, JR 2021, 327, 328; vgl. auch *Walree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 352 zu einem Schadensersatzanspruch für Mitbewerber.

⁷⁸⁷ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 698 f.; *Jansen/Radtke*, JR 2021, 327, 328; ähnlich *Walree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 352 zu einem Schadensersatzanspruch für Mitbewerber.

(2) Gefahr uneinheitlicher Auslegungspraxis

279 Durch die Eröffnung einer Klagemöglichkeit für Mitbewerber ist zudem eine uneinheitliche Auslegungspraxis durch Gerichte und Aufsichtsbehörden zu befürchten, die letztlich zu einer uneinheitlichen Rechtsdurchsetzung in der EU führt und die es nach einer Ansicht ebenfalls aufgrund der Harmonisierungsmaxime zu vermeiden gilt.⁷⁸⁸

(a) Logische Konsequenz der Mitbewerberklage

280 Dieses Argument hat aber neben der bereits abgelehnten Harmonisierungsmaxime des Durchsetzungssystems kein Gewicht, denn es handelt sich bei einer unterschiedlichen Auslegungspraxis um das Resultat der Zulassung einer Mitbewerberklage. Ist die Durchsetzung durch Mitbewerber unzulässig, muss sich das Gericht auch nicht mit den materiellen Fragestellungen befassen. Ist sie dagegen zulässig, sind die Gerichte als Folge zur Überprüfung der Ansprüche der Mitbewerber und damit auch zur Auslegung der DS-GVO berufen.⁷⁸⁹ Eine divergierende Rechtsprechung ist einem föderalen System, vor allem mit zahlreichen Gerichtszweigen, immanent.⁷⁹⁰

(b) Umfassender Regelungsanspruch als Quelle unterschiedlicher Auslegung

281 Die Befassung unterschiedlicher Gerichte mit der Auslegung der DS-GVO ist besonders deshalb kein Problem, weil sie die Verarbeitungstätigkeiten von öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen gemeinsam regelt und damit zwangsläufig verschiedene Gerichtsbarkeiten betrifft.⁷⁹¹ Hinzu kommt, dass die Art. 77 ff. DS-GVO bereits von einem grundsätzlichen Nebeneinander der Rechtsbehelfe ausgehen, ohne dies als Problem zu sehen.⁷⁹² Es darf bezweifelt werden, ob eine Mitbewerberklage hier noch „den Kraut fett macht“.

(c) Hinreichende Vorkehrungen zur Sicherung einheitlicher Auslegungspraxis

282 Zudem sind bereits auf Unionsebene hinreichende Vorkehrungen getroffen, um eine einheitliche Auslegung des Unionsrechts zu gewährleisten und damit Rechtsanwendungsgleichheit sicherzustellen.⁷⁹³ So sieht die DS-GVO eine institutionalisierte

⁷⁸⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40i; Gerhard, CR 2015, 338, 343; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 45; Köhler, WRP 2018, 1517 Rn. 5; Eickhoff/Wogner, ZD 2020, 593, 594; Köhler, WRP 2019, 1550 Rn. 27

⁷⁸⁹ Diercks, CR 2018, S001 Rn. 57 ff.

⁷⁹⁰ Vgl. Schladebach, NVwZ 2018, 1241, 1246 f.; Nußberger, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 GG Rn. 81; Englisch, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 3 GG Rn. 51 ff.; Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 2, 2010, § 59 Rn. 57 ff.

⁷⁹¹ Benecke/Spiecker gen. Döhmman, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 85.

⁷⁹² Benecke/Spiecker gen. Döhmman, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 81.

⁷⁹³ Schladebach, NVwZ 2018, 1241, 1246; Walree/Wolters, IDPL 2020, 346, 352.

Kooperations- und Zusammenarbeitspflicht zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden, der EU-Kommission und dem EU-Datenschutzausschuss vor (Art. 52 Abs. 2, 60 ff. DS-GVO).⁷⁹⁴ Diese Form der Zusammenarbeit ist verpflichtend und steht einem isolierten Vorgehen einer Aufsichtsbehörde grundsätzlich entgegen.⁷⁹⁵ Das gilt unabhängig davon, ob sie mittels hoheitlicher Maßnahmen oder nach Art. 58 Abs. 3 Var. 2 DS-GVO gegen einen Verantwortlichen gerichtlich vorgeht.⁷⁹⁶

Es sind beispielsweise bereits mehrere Verfahren nach Art. 65 DS-GVO zur Streitbeilegung durch den Europäischen Datenschutzausschuss erfolgreich durchgeführt worden.⁷⁹⁷ Jüngst ging es um einen Antrag des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten *Caspar* hinsichtlich konkreter aufsichtlicher Maßnahmen gegen Facebook Ireland Ltd. wegen der Verflechtung des sozialen Netzwerks mit WhatsApp. Rechtsauffassungen der Aufsichtsbehörden können daneben jedenfalls im Falle rechtsverbindlicher Beschlüsse der Klärung durch Gerichte zugeführt werden (vgl. Art. 78 Abs. 1 DS-GVO), auch wenn zuzugeben ist, dass den aus Sicht der Praxis vor allem unverbindlichen Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden eine überragende Bedeutung zukommt.⁷⁹⁸

283

Art. 81 DS-GVO hält ferner Verfahrensvorschriften im Hinblick auf Verfahren vor verschiedenen mitgliedstaatlichen Gerichten zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung vor.⁷⁹⁹ Ergänzend zu Art. 81 DS-GVO gilt die EuGVVO, welche in Art. 29 EuGVVO eine Regelung zur anderweitigen Rechtshängigkeit enthält und damit ebenfalls widerstreitende Entscheidungen vermeidet.⁸⁰⁰

284

⁷⁹⁴ Weichert, DSB 2017, 79, 80; Weichert, DANA 2017, 4, 9; Spiecker gen. Döhmman, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 63 DS-GVO Rn. 21, 25 ff.; Caspar, Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik, Nr. 231/232, 99, 102 ff.; ausführlich v. Lewinski, NVwZ 2017, 1483, 1483 ff.; Benecke/Spiecker gen. Döhmman, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 59 ff.; v. Lewinski/Herrmann, PinG 2017, 209, 211 ff.; kritisch Thiel, ZD 2021, 467.

⁷⁹⁵ EuGH BeckRS 2021, 14086 Rn. 75 – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit; Schlussanträge des Generalanwalts Bobek v. 13.1.2021 zur Rechtssache C-645/19 Rn. 89 – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit; vgl. De Wachter/Peters, EDPL 2021, 129, 132 f.

⁷⁹⁶ EuGH BeckRS 2021, 14086 Rn. 75 – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit; Spittka/Bunnenberg, K&R 2021, 560, 561; Piltz, NJW 2021, 2504.

⁷⁹⁷ Beschluss 01/2020 zur Streitigkeit nach Artikel 65

Absatz 1 Buchstabe a der DSGVO über den Beschlussentwurf der irischen Aufsichtsbehörde bezüglich der Twitter International Company; hierzu EDSA, EDSA nimmt ersten Beschluss gemäß Artikel 65 an, Pressemitteilung v. 10.11.2020; Urgent Binding Decision 01/2021 on the request under Article 66(2) GDPR from the Hamburg (German) Supervisory Authority for ordering the adoption of final measures regarding Facebook Ireland Limited; wiederum hierzu EDSA, EDPB adopts Art. 65 decision regarding WhatsApp Ireland, Pressemitteilung v. 28.7.2021.

⁷⁹⁸ Vgl. Benedikt, ZdiW 2021, 374, 374 f.; vgl. auch zu einem vorbeugenden Rechtsschutz aufgrund drohender Bußgelder Schwartmann/Burkhardt, RDV 2021, 65. In Frankreich wurden etwa bereits Richtlinien der CNIL gerichtlich erfolgreich angegriffen, vgl. Baumann/Alexiou, ZD 2021, 349, 350; vgl. zur Frage nach präventivem Rechtsschutz Schwartmann/Burkhardt, RDV 2021, 65.

⁷⁹⁹ Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 81 DS-GVO Rn. 1.

⁸⁰⁰ → Rn. 192 ff.

- 285 Unabhängig von datenschutzrechtlichen Bestimmungen ist es den mitgliedstaatlichen Gerichten möglich bzw. sind sie verpflichtet, den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen (Art. 267 AEUV).⁸⁰¹ Diesen Umstand musste das BVerfG jüngst noch einmal im datenschutzrechtlichen Kontext hervorheben.⁸⁰² Hinzu kommt, dass auch die EU-Kommission zur Sicherung des einheitlichen Vollzugs berufen ist, Art. 17 Abs. 1 S. 3 EUV.⁸⁰³

(d) Kampf um die besten Argumente

- 286 Im Ergebnis sind daher bereits auf Ebene des Unionsrechts ausreichend Instrumente vorhanden, um eine zersplitterte Rechtsauslegung zu vermeiden. Die Möglichkeit von divergierenden Rechtsauffassungen liegt zwar im Falle der Ermöglichung von Mitbewerberklagen auf der Hand, sollte aber weniger als „Harmonisierungsbremse“, denn als Kampf um die besten Argumente aufgefasst werden, zumal sich Auslegungsfragen letztlich der höchstrichterlichen Klärung zuführen lassen.⁸⁰⁴ Ein Grund, Klagen durch Mitbewerber auszuschließen, kann demnach nicht überzeugend auf das Argument der uneinheitlichen Rechtsauslegung gestützt werden.

bb. Intendierte Erschwerung der Rechtsdurchsetzung durch die DS-GVO im Vergleich zur DSRL?

- 287 Betrachtet man den Hintergrund der Art. 77 ff. DS-GVO, ist es ebenfalls mehr als zweifelhaft, ob Mitbewerberklagen ausgeschlossen werden sollten. Es wäre, so Generalanwalt zur datenschutzrechtlichen Verbandsklage, „zumindest paradox, wenn die vom Unionsgesetzgeber mit dem Erlass der [DSGVO] angestrebten Stärkung der Mittel zur Kontrolle der Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten letztlich zu einem Rückgang dieses Schutzniveaus im Vergleich zu dem Niveau führen würde, das die Mitgliedstaaten unter der Geltung der [DSRL] gewährleisten konnten.“⁸⁰⁵ Nicht weniger paradox wäre es, Mitbewerberklagen auszuschließen,⁸⁰⁶ die unter der DSRL ebenfalls zulässig waren⁸⁰⁷. Umkehrschluss aus § 83 BDSG?
- 288 Verfehlt ist jedenfalls der bisweilen anzutreffende Verweis auf den Schadensersatzanspruch für Betroffene aus § 83 BDSG, woraus sich ebenfalls eine Sperrwirkung der DS-GVO ergeben soll.⁸⁰⁸ Die Norm gilt aber nur im Anwendungsbereich der JI-RL

⁸⁰¹ Schladebach, NVwZ 2018, 1241, 1246 f.; Walree/Wolters, IDPL 2020, 346, 352.

⁸⁰² BVerfG BeckRS 2021, 1962; vgl. Nielebock, jurisPR-ArbR 5/2021 Anm. 4; Halder/Ittner, ZJS 2018, 275, 278; Spittka, GRUR-Prax 2021, 151.

⁸⁰³ Weiß, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 35 Rn. 45; Streinz, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts,

2021, § 45 Rn. 36 ff.

⁸⁰⁴ Weichert, DSB 2017, 79, 80.

⁸⁰⁵ Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 78 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁸⁰⁶ Halder, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2.

⁸⁰⁷ → Rn. 9.

⁸⁰⁸ Hohlwack, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a

(§ 45 S. 1 BDSG: „Die Vorschriften dieses Teils gelten für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die für die Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung, Verfolgung oder Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zuständigen öffentlichen Stellen, soweit sie Daten zum Zweck der Erfüllung dieser Aufgaben verarbeiten.“), umfasst also einen Sachverhalt, der lauterkeitsrechtlich vollkommen irrelevant ist und auch mit der DS-GVO nichts zu tun hat.⁸⁰⁹

cc. Primat der aufsichtsbehördlichen Rechtsdurchsetzung

Eine weitere gängige Argumentationsstruktur zur Untermauerung eines vermeintlich abschließenden Rechtsbehelfssystems der DS-GVO ist der Versuch, ein „Primat der aufsichtsbehördlichen Rechtsdurchsetzung“ zu konstruieren, das eine Durchsetzung durch Mitbewerber nicht duldet. Hiernach gehe die DS-GVO primär von einer Durchsetzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen der DS-GVO durch Datenschutzaufsichtsbehörden aus (public enforcement).⁸¹⁰ Eine Durchsetzung durch Mitbewerber würde nach dieser Ansicht der Unabhängigkeit bzw. dem austarierten System der Durchsetzungsbefugnisse der Aufsichtsbehörde zuwiderlaufen.

289

(1) Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden

Teilweise wird in der Einräumung eines Klagerechts Dritter eine Beeinträchtigung der unionsrechtlich vorgegebenen Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden (Art. 8 Abs. 3 GrCh, Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 AEUV) gesehen.⁸¹¹ Auch in der Fashion ID-Entscheidung zur Auslegung der DSRL wurde diese Behauptung gegen ein Verbandsklagerecht bei Datenschutzverstößen vorgebracht.⁸¹² Zugrunde liegt die Befürchtung, dass die Aufsichtsbehörden durch von der eigenen Rechtsansicht abweichenden Entscheidungen der Zivilgerichte unter Druck geraten und so ihre Aufgabe nicht mehr unbeschwert wahrnehmen könnten.⁸¹³

290

Diese Argumentation erinnert insoweit an das (verfehlt⁸¹⁴) Konstrukt zur Begründung der Verfassungswidrigkeit der Schaffung von Lebenspartnerschaften, denn auch dort sollte aus einer Institutionsgarantie ein „Abstandsgebot“ bzw. – auf den hiesigen Fall übertragen – ein Verbot der Schaffung eines Klagerechts für Mitbewerber bzw. Verbände hergeleitet werden. Sowohl der EuGH⁸¹⁵ als auch der Generalanwalt⁸¹⁶ konnten zurecht keine nennenswerte Beeinträchtigung der Unabhängigkeit

291

UWG Rn. 288; *Tochtermann*, ZdiW 2021, 303, 305.

⁸⁰⁹ Vgl. insoweit zum sachlichen Anwendungsbereich der DS-GVO Art. 2 Abs. 2 lit. d DS-GVO.

⁸¹⁰ LG Magdeburg GRUR-RS 2019, 197 Rn. 17 – Vertrieb apothekenpflichtiger Arzneimittel über Internet-Handelsplattform; *Köhler*, WRP 2018, 1517 Rn. 2 f.; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 26 f.; *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 5; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 22; *Eickhoff/Wogner*, ZD 2020, 593, 594.

⁸¹¹ Zur DSRL *Schulz*, ZD 2014, 510, 513 f.

⁸¹² Vgl. EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 60 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

⁸¹³ *Gerhard*, CR 2015, 338, 343; *Schulz*, ZD 2014, 510, 513 f.; vgl. hierzu die Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 19.12.2018 zur Rechtssache C-40/17 Rn. 25 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

⁸¹⁴ BVerfG NJW 2002, 2543 – Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes.

⁸¹⁵ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 60 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

⁸¹⁶ „abwegig“, so die Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 19.12.2018 zur Rechtssache C-40/17

der Datenschutzaufsichtsbehörden durch die Einräumung eines Verbandsklage-rechts erkennen. Deren Entscheidungsfreiheit wird durch zivilgerichtliche Entschei-dungen nicht berührt.⁸¹⁷ Nur ein Gericht, nicht aber ein Verband kann durch seine Tätigkeit Aufsichtsbehörden an die eigene Rechtsauffassung binden.⁸¹⁸ Umgekehrt besteht im deutschen Recht nach § 12a UKlaG ein Anhörungsrecht der Aufsichts-behörden, um im Rahmen von Verbandsklagen nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG diver-gierende Entscheidungen möglichst zu vermeiden.⁸¹⁹ Aufsichtsbehörden können sich insoweit Gehör im Zivilverfahren verschaffen. Auch Art. 58 Abs. 5 Var. 3 DS-GVO geht davon aus, dass sich Aufsichtsbehörden an Gerichtsverfahren beteiligen dür-fen.⁸²⁰

- 292** Im Übrigen wäre es zudem nicht zu erklären, wieso die verwaltungs- und strafge-richtliche Rechtsprechung nicht auch zu einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde führen sollte, wenn sie datenschutzrechtliche Normen aus-legt.⁸²¹ Gleiches gilt für den Fall, dass der Betroffene selbst gerichtlichen Rechts-schutz sucht. Auch Aufsichtsbehörden arbeiten untereinander zusammen, ohne dass hier ernst zu nehmende Bedenken gegen eine Unabhängigkeit angebracht sind.⁸²²
- 293** Die Erwägungen des EuGH und des Generalanwalts zur Verbandsklage wurden un-ter Geltung der DSRL getroffen, sind aber ohne Weiteres auf eine Klagebefugnis von Mitbewerbern unter der DS-GVO übertragbar.⁸²³ Das ist im Besonderen deshalb an-zunehmen, weil die DS-GVO in Art. 80 nunmehr ein Vorgehen durch Verbände expli-zit zulässt und der Unionsgesetzgeber demzufolge keine Beeinträchtigung der Unab-hängigkeit der Aufsichtsbehörde durch Verbandsklagen erkennt.⁸²⁴ Es ist kein Grund ersichtlich, wieso bei Mitbewerbern, die ebenfalls auf den Zivilrechtsweg verwiesen sind, eine andere Einschätzung möglich sein soll.
- 294** Im Ergebnis steht die Durchsetzung durch Aufsichtsbehörden einerseits und durch Verbände bzw. Mitbewerber andererseits nicht in einem Konkurrenzverhältnis, son-dern sie ergänzen sich gegenseitig.⁸²⁵ Eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der

Rn. 43 f. – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

⁸¹⁷ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 60 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; vgl. allgemein zur Unabhän-gigkeit von Regulierungsbehörden im Unionsrecht *Ruthig*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwal-tungsrechts, Bd. 1, Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, 2021, § 22 Rn. 20 ff.

⁸¹⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 19.12.2018 zur Rechtssache C-40/17 Rn. 44 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 21; *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 56 ff.

⁸¹⁹ → Rn. 806 ff.

⁸²⁰ → Rn. 810.

⁸²¹ *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 21.

⁸²² *Weichert*, DSB 2017, 79, 79; *Weichert*, DANA 2017, 4,

9.

⁸²³ *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 18 ff.

⁸²⁴ *V. Lewinski*, in: *Elßer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 2.

⁸²⁵ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 37 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Markt-verhaltensregelungen; *Weichert*, DSB 2017, 79, 79; *Weichert*, DANA 2017, 4, 9; *Schindler*, ZD-Aktuell 2020, 07283; *Schätzle*, PnG 2019, 95, 96; *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 41 f.; *v. Lewinski*, in: *Elßer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 254; *v. Lewinski*, NVwZ

Aufsichtsbehörden durch andere Akteure der Rechtsdurchsetzung kann also nicht angenommen werden. Umgekehrt bestehen zahlreiche Möglichkeiten der Kooperation untereinander. *Weichert* nennt als Beispiel, dass die Aufsichtsbehörden ihre Kompetenzen zur Aufdeckung von Missständen nutzen und die erlangten Erkenntnisse den Verbraucherschutzbehörden zukommen lassen, damit diese bei der Rechtsdurchsetzung unterstützend eingreifen.⁸²⁶ Hiermit könnten die begrenzten Möglichkeiten der Informationsbeschaffung der Verbände überbrückt werden.⁸²⁷ Insgesamt bedeutet eine verschränkte „Koexistenz der Steuerungsinstrumente“⁸²⁸ eine effektivere Durchsetzung.

(2) Unterminierung austarierter Befugnisse

Gegen Mitbewerberklagen wird auch die Unterminierung des in der DS-GVO vorgesehenen Durchsetzungssystems der Datenschutzaufsichtsbehörden vorgebracht, das durch die Gewährung einer Klagebefugnis in nicht hinnehmbarer Weise durchbrochen würde.⁸²⁹ So seien die Untersuchungs- und Abhilfebefugnisse dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach entsprechend abgestuft, wovon vor allem kleine bis mittlere Unternehmen (KMU) bei Datenschutzverstößen profitieren würden.⁸³⁰ Insbesondere könnten bereits Hinweise (Art. 58 Abs. 1 lit. d DS-GVO) durch die Aufsichtsbehörden zur Abstellung von Verstößen ausreichen.⁸³¹ Vor allem KMU liefen bei Abmahnungen Gefahr, voreilig zu Unrecht strafbewehrte Unterlassungspflichten einzugehen, obwohl ihnen kein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen der DS-GVO anzulasten sei.⁸³²

Auch diese Argumentationsstruktur vermag nicht zu überzeugen, denn sie vermischt die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit („Ob“) mit der Frage, welche Grenzen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁸³³ („Wie“) einem solchen Vorgehen

295

296

2017, 1483, 1487; *Rott*, EuCML 2017, 113, 119; auf mögliche Probleme gehen *v. Lewinski/Herrmann*, PinG 2017, 209, 210 f. ein.

⁸²⁶ *Weichert*, DANA 2017, 4, 9; vgl. auch *Zinke*, in: DSRTB 2014, S. 161, 168; *Hansen/Polenz*, DRiZ 2016, 19.

⁸²⁷ *Weichert*, DANA 2017, 4, 9.

⁸²⁸ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 392.

⁸²⁹ LG Magdeburg GRUR-RS 2019, 197 Rn. 17 – Vertrieb apothekenpflichtiger Arzneimittel über Internet-Handelsplattform; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40h; *Köhler*, ZD 2018, 337, 338; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 26 f., 45 f.; *Köhler*, WRP 2019, 1550 Rn. 29; *Eichhoff/Woger*, ZD 2020, 593, 594; *Alexander*, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 1541.

⁸³⁰ LG Magdeburg GRUR-RS 2019, 197 Rn. 17 – Vertrieb apothekenpflichtiger Arzneimittel über Inter-

net-Handelsplattform; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40h; allgemein zum Ermessen *Ohly*, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 510, 514; vgl. *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 27.

⁸³¹ LG Magdeburg GRUR-RS 2019, 197 Rn. 17 – Vertrieb apothekenpflichtiger Arzneimittel über Internet-Handelsplattform; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40h.

⁸³² *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40h.

⁸³³ Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh sowie Art. 20 Abs. 3 GG; zum Verhältnis des unionsrechtlichen zum nationalen Grundrechtsschutz jüngst BVerfG WRP 2020, 39 – Recht auf Vergessen I sowie BVerfG WRP 2020, 57 – Recht auf Vergessen II.

zieht. Ist die Durchsetzung durch Mitbewerber zulässig, so folgen auch die genannten „Nachteile“ aus der Mitbewerberklage.⁸³⁴ Es erscheint zudem wenig überzeugend, die umfassenden und scharfen Befugnisse der grundrechtsverpflichteten Datenschutzaufsichtsbehörden mit den begrenzten Abhilfemöglichkeiten von Mitbewerbern zu vergleichen, die allenfalls punktuell tätig werden.

- 297 Dieser Argumentation steht letztlich auch die nach Art. 79 f. DS-GVO zulässige Durchsetzung durch Betroffene und Verbände entgegen. Auf Verhältnismäßigkeits-erwägungen kommt es bei der Durchsetzung der subjektiven Rechte der Betroffenen ebenso nicht an, sodass nicht erklärbar ist, worin eine Abweichung spezifisch zulasten der Mitbewerberklage liegen soll. Dieser Umstand unterscheidet den Fall der behördlichen Datenschutzaufsicht über die behördliche Aufsicht in sonstigen Rechtsgebieten, in denen ausschließlich objektives Recht durchgesetzt wird und es im Übrigen keine klagebefugten Personen gibt.⁸³⁵ Allenfalls dort, wo allein eine dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfenen Aufsichtsbehörde Maßnahmen ergreifen darf, kann das Argument der Verhältnismäßigkeit zum Tragen kommen. Das ist beispielsweise bei fehlenden subjektiven Rechten im Umwelt- oder Tierschutzrecht, nicht aber bei der DS-GVO der Fall.⁸³⁶

dd. Effektivität des Durchsetzungssystems

- 298 Gegen eine Klagebefugnis für Mitbewerber wird auch angeführt, dass ein umfassender Schutz der Betroffenen durch die Art. 77 ff. DS-GVO bereits garantiert wird. Eine Schutzlücke zulasten der Betroffenen sei deshalb nicht vorhanden, welche es nach dem unionsrechtlichen *effet utile* zu schließen gäbe.⁸³⁷ Es sei nach dem Modell der DS-GVO primär Aufgabe der Aufsichtsbehörde, eine effektive Durchsetzung zu ermöglichen.⁸³⁸ Diese Perspektive ist jedoch verfehlt: Es geht nicht um die Frage, ob die sekundärrechtliche Gestaltung des Durchsetzungssystems primärrechtlichen Anforderungen entspricht bzw. unzureichend ist, sondern darum, ob das Sekundärrecht einer effektiveren Durchsetzung im Wege steht. Ob ein Vorgehen durch Mitbewerber geboten ist, spielt daher zunächst keine Rolle.
- 299 Die DS-GVO sieht in den Regelungen innerhalb der Art. 77 ff. DS-GVO einen Zugang zu effektivem Rechtsschutz durch die Mitgliedstaaten in Form eines verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfs (Beschwerderecht) und das Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf vor.⁸³⁹ Dementsprechend könnten die Vorschriften der DS-GVO auch

⁸³⁴ Ähnlich *Jänich*, *Lauterkeitsrecht*, 2019, § 16 Rn. 4a.

⁸³⁵ Letztere Konstellation hat offensichtlich grundsätzlich *Ohly*, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 510 f., 514 f. vor Augen, wobei rechtspolitisch eine Mitbewerberklage im Bereich des Datenschutzrechts kritisiert wird.

⁸³⁶ Vgl. *Gluding*, *Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht*, 2020, S. 447.

⁸³⁷ *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 38; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 44 ff.; *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 16; zweifelnd BGH WRP 2020, 1182 Rn. 46 – App-Zentrum.

⁸³⁸ *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 38.

⁸³⁹ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 34 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

als Mindeststandard aufgefasst werden, den die Mitgliedstaaten verstärken können.⁸⁴⁰ Begründet werden kann das mit dem Ziel der DS-GVO, ein hohes Datenschutzniveau zu schaffen.⁸⁴¹

Voraussetzung wäre in diesem Fall zumindest, dass die ergriffenen Maßnahmen geeignet sind, zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung beizutragen, um nicht die Ziele der DS-GVO zu unterlaufen.⁸⁴² Dass ein Vorgehen durch Mitbewerber eine effektivere Durchsetzung bedeutet, dürfte indes außer Frage stehen.⁸⁴³ Das ist nicht zuletzt aufgrund der begrenzten Ressourcen der Aufsichtsbehörden anzunehmen.⁸⁴⁴ Daneben erweisen sich die wettbewerbsrechtlichen Rechtsbehelfe im Regelfall als schneller als ein behördliches Vorgehen.⁸⁴⁵ Ein Zielkonflikt mit der DS-GVO besteht daher nicht.⁸⁴⁶ Letztlich steht der *effet utile* der Einräumung eines Klagerechts für Mitbewerber nicht entgegen.

300

ee. Umkehrschluss aus Art. 80 Abs. 2 DS-GVO

In systematischer Hinsicht wird angeführt, dass Art. 80 Abs. 2 DS-GVO über die Zulässigkeit von Verbandsklagen zeigt, dass eine umfassende Sperrwirkung der DS-GVO bestehen muss. Andernfalls wäre diese Regelung sinnlos, denn die Mitgliedstaaten hätten dann auch ohne Weiteres eine Verbandsklage vorsehen können. Art. 80 Abs. 2 DS-GVO sei eine Ausnahmevorschrift zur Rechtsdurchsetzung durch

301

⁸⁴⁰ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 34, 39 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Spindler/Horváth*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 23; *Laoutoumai*, *Privacy Litigation*, 2021, S. 109; *Laoutoumai/Hoppe*, *K&R* 2018, 533, 535; *Mantz/Marosi*, in: *Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht*, 2019, § 3 Rn. 251; *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 304; *Wolff*, *ZD* 2018, 248, 252; *Nemitz*, in: *Ehmann/Selmayr, DS-GVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 84 DS-GVO Rn. 1; *Maaßen/Pommerening*, in: *Erdmann/Rojahn/Sosnitzka, Handbuch des Fachanwalts gewerblicher Rechtsschutz*, 3. Aufl. 2018, Kap. 6 Rn. 367; *Jansen/Radtke*, *JR* 2021, 327, 328.

⁸⁴¹ Erwägungsgrund 10 S. 1, vgl. *Wolff*, *ZD* 2018, 248, 252; *Maaßen/Pommerening*, in: *Erdmann/Rojahn/Sosnitzka, Handbuch des Fachanwalts gewerblicher Rechtsschutz*, 3. Aufl. 2018, Kap. 6 Rn. 367; vgl. auch *Walree/Wolters*, *IDPL* 2020, 346, 350 ff. zum Schadensersatzanspruch von Mitbewerbern und allgemein

zum Effektivitätsgrundsatz *Knops*, *RabelsZ* 85 (2021), 505, 524 f.

⁸⁴² OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 35 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

⁸⁴³ Hinsichtlich der Verbandsklage *EuGH WRP* 2019, 1146 Rn. 51, 59 – *Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW*; *OLG Stuttgart WRP* 2020, 509 Rn. 51 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Diercks*, *CR* 2019, 95 Rn. 41; *Ernst*, *jurisPR-WettbR* 8/2013 Anm. 4; vgl. *Laoutoumai/Hoppe*, *K&R* 2018, 533, 535 f.; *a. A. Köhler*, *WRP* 2018, 1269 Rn. 45.

⁸⁴⁴ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 51 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

⁸⁴⁵ *Diercks*, *CR* 2019, 95 Rn. 41.

⁸⁴⁶ *Schindler*, *ZD-Aktuell* 2020, 07283.

Dritte, sodass e contrario eine Verfolgung von Datenschutzverstößen durch Mitbewerber unstatthaft sei.⁸⁴⁷ Es handle sich um ein beredtes Schweigen des Unionsgesetzgebers, da das Instrument der Mitbewerberklagen (Art. 11 Abs. 1 UGP-RL⁸⁴⁸) bekannt gewesen war und dementsprechend in der DS-GVO hätte aufgenommen werden können.⁸⁴⁹

(1) Bedürfnis nach Klarstellung durch unklare Rechtslage

302 Dieses Argument ist auf den ersten Blick einleuchtend, lässt sich jedoch mit einem Blick auf die Gesetzeshistorie einfach widerlegen: Im Gesetzgebungsverfahren wurde eine Sperrwirkung des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zulasten von Mitbewerbern überhaupt nicht diskutiert.⁸⁵⁰ Es sollte durch die Norm vielmehr lediglich klargestellt werden, dass es Verbänden nach den bisher bestehenden Meinungsstreitigkeiten auch weiterhin möglich sein soll, gegen Datenschutzverstöße vorzugehen.⁸⁵¹ Wäre Art. 80 Abs. 2 DS-GVO nicht aufgenommen worden, wäre angesichts der bestehenden Regelung des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO ein neuer Streit über Verbandsklagen vorprogrammiert gewesen.⁸⁵² Diese Sichtweise wird dadurch untermauert, dass der EuGH in der Rechtssache „Fashion-ID“⁸⁵³ über die Zulässigkeit einer Datenschutzverbandsklage unter der DSRL erst nach Inkrafttreten der DS-GVO getroffen hatte. Die Klärung dieser umstrittenen Frage stand also noch aus. Es war daher für den europäischen Gesetzgeber naheliegend, eine Klarstellung aufzunehmen, um diese Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit zu zementieren.⁸⁵⁴

⁸⁴⁷ LG Wiesbaden ZD 2019, 367 Rn. 31 – Kein Anspruch eines Mitbewerbers auf Unterlassung der Erteilung einer unvollständigen Auskunft nach Art. 15 DS-GVO; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 35; Köhler, WRP 2019, 1279 Rn. 47; Köhler, ZD 2018, 337, 337 f.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG 1.74b; Barth, WRP 2018, 790 Rn. 16; Barth, WRP 2020, 118 Rn. 7; Ohly, GRUR 2019, 686, 688; Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555, 558; Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 19; Spittka, GRUR-Prax 2019, 4, 6; Werkmeyer, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 17; Krefse, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 17; Spiegel, in: DSRITB 2020, S. 381, 382; offenbar auch Fritzsche, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 164; Stück, CCZ 2019, 100, 100; Hidar, Rechtliche Grenzen smarter Preisgestaltung, 2021, S. 334 f.

⁸⁴⁸ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der

Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 149 S. 22, ber. ABl. 2009 L 253 S. 18. (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

⁸⁴⁹ Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 36; Köhler, ZD 2018, 337, 338; Ohly, GRUR 2019, 686, 689; Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555, 558; Hidar, Rechtliche Grenzen smarter Preisgestaltung, 2021, S. 335.

⁸⁵⁰ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 43 ff. – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

⁸⁵¹ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 47 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; Wolff, ZD 2018, 248, 251; Uebele, GRUR 2019, 694, 698; Halder, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2.

⁸⁵² Uebele, GRUR 2019, 694, 698.

⁸⁵³ Vgl. EuGH WRP 2019, 1146 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

⁸⁵⁴ Halder, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2.

Dahingehend ist auch die eingangs bereits zitierte Aussage des Generalanwalts *Bobek* zu verstehen, der davon spricht, dass „der Wandel der Rechtsform von einer Richtlinie zur Verordnung es [rechtfertigt], eine solche Bestimmung in die Verordnung aufzunehmen, um zu *verdeutlichen*, dass ein solches Klagerecht tatsächlich *weiterhin besteht*.“⁸⁵⁵. Der Generalanwalt geht also von einer bloßen Klarstellung aus. 303

(2) **Begrenzung einer Sperrwirkung auf die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten der betroffenen Personen**

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsauffassung der EU-Kommission⁸⁵⁶, auf die bisweilen zur Untermauerung dieser These Bezug genommen wird.⁸⁵⁷ Hiernach soll es anderen als in Art. 80 DS-GVO vorgesehenen Personen nicht erlaubt sein, unabhängig von der betroffenen Person deren Betroffenenrechte aus der DS-GVO geltend zu machen.⁸⁵⁸ Die EU-Kommission spricht hier jedoch ausdrücklich nur von der unabhängigen Geltendmachung der Rechte der betroffenen Person aus der DS-GVO, nicht aber von der Geltendmachung von Rechtspositionen der Mitbewerber, die ebenfalls durch eine Datenschutzverletzung betroffen sein können.⁸⁵⁹ Eine verwertbare Aussage gegen die Schaffung von Mitbewerberklagen durch Mitgliedstaaten lässt sich hieraus nicht entnehmen. 304

Aus Art. 80 Abs. 2 DS-GVO kann demnach nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass andere Rechtsdurchsetzungsmechanismen ausgeschlossen werden sollen, sondern nur, dass andere als die hierin vorgesehenen Verbände nicht im Interesse der Betroffenen tätig werden dürfen.⁸⁶⁰ Für eine Klagebefugnis von Mitbewerbern erweist sich Art. 80 Abs. 2 DS-GVO als rein deklaratorisch.⁸⁶¹ 305

Dieses Ergebnis lässt sich mit Blick auf die letztlich maßgebliche Ratsfassung⁸⁶² bestätigen. Insoweit führt die Begründung zum Standpunkt des Rates in erster Lesung aus: „Im Standpunkt des Rates in erster Lesung wird eine Reihe von Vorschriften festgelegt, mit denen *den betroffenen Personen* mehrere Möglichkeiten für Rechtsbehelfe 306

⁸⁵⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 10.12.2018 zur Rechtssache C-40/17 Rn. 48 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁸⁵⁶ Antwort der Justizkommissarin *Jourová*, E-004117/2018(ASW).

⁸⁵⁷ *Kartheuser*, ITRB 2018, 278, 278; *Spitka*, GRUR-Prax 2019, 4, 4; *Spitka*, GRUR-Prax 2018, 561; *Köhler*, ZD 2019, 285, 286; *Piltz*, EU-Kommission: Geltendmachung von Rechtsbehelfen Betroffener ist in der DSGVO abschließend geregelt, v. 1.11.2018; *Spiegel*, in: DSRITB 2020, S. 381, 382.

⁸⁵⁸ „Except where this is allowed pursuant to Article 80 GDPR, other persons wishing to act independently of a data subject’s mandate do not have standing to exercise the rights granted to individuals under the GDPR.“

⁸⁵⁹ Vgl. *Herrich*, EDPL 2018, 515, 518.

⁸⁶⁰ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 47 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Wolff*, ZD 2018, 248, 251; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 698; *Hasselblatt/Gregor*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 96; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 534 ff.; *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 373; *A/shoff*, CR 2018, 720 Rn. 43; *Halder*, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2.

⁸⁶¹ *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 43; *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data, 2021, S. 325.

⁸⁶² 9565/15 DATAPROTECT 97 JAI 420 MI 369 DIGIT 49 DAPIX 94 FREMP 133 COMIX 259 CODEC 823.

geboten werden, so auch die Möglichkeit, bei Schäden infolge von Verstößen gegen die Verordnung Schadensersatz zu verlangen.⁸⁶³ Das unterstreicht abermals den Befund, dass die Art. 77 ff. DS-GVO den Rechtsschutz allein aus Sicht der Betroffenen regelt, sich aber nicht zu Rechtsbehelfen Dritter verhält. Eine Sperrwirkung kommt daher allenfalls auch nur in diesem Verhältnis in Betracht.

(3) Regelung des Lauterkeitsrechts nicht von Kompetenztitel der DS-GVO umfasst

- 307** Im Übrigen ist es naheliegend, dass die Durchsetzung durch Mitbewerber nicht aufgenommen wurde, da dies – wie später näher dargestellt wird – Gegenstand der UGP-RL und damit des UWG ist und auf eine andere Gesetzgebungskompetenz als das Datenschutzrecht zu stützen gewesen wäre.⁸⁶⁴

d. Verhältnis zum sonstigen Unionsrecht: Dualistischer Ansatz von Verbraucher- und Datenschutzrecht?

- 308** Die systematische Trennung von Verbraucher- und Datenschutzrecht („dualistischer Ansatz“⁸⁶⁵) wird ebenfalls als Argument für ein abschließendes Durchsetzungssystem angeführt. Sie findet sich bereits im Primärrecht (Art. 169 AEUV bzw. Art. 16 AEUV, Art. 8 GrCh) und setzt sich in den Sekundärrechtsakten fort (Art. 1 UGP-RL; Art. 1 Abs. 2 DS-GVO).⁸⁶⁶ Anders als in der UGP-RL (Art. 11 Abs. 1 UGP-RL) sei aber in der DS-GVO nicht die Rede von einer Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit für Mitbewerber.⁸⁶⁷ Nachdem die in der DS-GVO eingeräumten Rechtspositionen alleine dem Grundrechtsschutz der Betroffenen, also einem Individualrecht dienen sollen, bedürfe es auch keiner Durchsetzung durch Mitbewerber.⁸⁶⁸

⁸⁶³ Begründung des Rates: Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Abl. 2016/C 159/02 Ziffer 9.

⁸⁶⁴ Diercks, CR 2019, 95 Rn. 33.

⁸⁶⁵ So Gerhard, CR 2015, 338, 340.

⁸⁶⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40e; Köhler, WRP 2019, 1279 Rn. 13 ff.; Spiegel, in: DSRITB 2020, S. 381, 385.

⁸⁶⁷ LG Bochum WRP 2018, 1535 Rn. 7 – Kein Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzerklärung; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40e; LG Wiesbaden ZD 2019, 367 Rn. 31 – Kein Anspruch eines Mitbewerbers auf Unterlassung der Erteilung einer unvollständigen Auskunft nach Art. 15 DS-GVO; LG Magdeburg GRUR-RS 2019, 197 Rn. 16 – Vertrieb apotheken-

pflichtiger Arzneimittel über Internet-Handelsplattform; LG Stuttgart WRP 2019, 1089 Rn. 16 – Keine Durchsetzung über UWG; DSGVO enthält ein abschließend differenziertes Sanktionssystem; Barth, WRP 2018, 790 Rn. 14; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 288; Köhler, ZD 2018, 337, 337 f.; Köhler, ZD 2019, 285, 286; Köhler, WRP 2019, 1279 Rn. 4 f.; Ohly, GRUR 2019, 686, 689; Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 22; Spittka, GRUR-Prax 2019, 4, 5; zum BDSG a. F. Gerhard, CR 2015, 338, 340.

⁸⁶⁸ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40e; Köhler, ZD 2018, 337, 338; Köhler, WRP 2020, 340 Rn. 6; Werkmeister, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 14; Eickhoff/Wogner, ZD 2020, 593, 594; zu BDSG a. F. OLG Frankfurt a. M. WRP 2005, 1029, 1030 – Skoda-Autokids-Club; OLG Düsseldorf DuD 2005, 173, 173 f. – Belehrung nach § 28 Abs. 4 BDSG; OLG Dresden BeckRS 2014, 15220; OLG München GRUR-RR

Die grundsätzliche Trennung in zwei Rechtsakte ist nicht zu bestreiten. Es ist jedoch zweifelhaft, ob der hieraus gezogene Schluss von dieser Argumentation getragen wird. So ist bereits fraglich, ob nicht auch wirtschaftliche Interessen der Betroffenen in ihrer Position als Marktteilnehmer innerhalb der DS-GVO geschützt werden, deren Durchsetzungsmöglichkeiten durch Mitbewerber sachgerechter innerhalb der UGP-RL zu verorten sind.

aa. Regelungsziele von Datenschutz- und Verbraucherschutzrecht

Es ist unstrittig, dass das Datenschutzrecht primär das grundrechtlich verbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Datensubjekts schützt und dieses nicht primär in der Eigenschaft als Verbraucher adressiert.⁸⁶⁹ Angesichts der immensen Bedeutung von (personenbezogenen) Daten für den Wettbewerb erschöpft sich der Schutzzweck der DS-GVO nach zutreffender Ansicht aber nicht allein im ideellen Grundrechtsschutz des Betroffenen.⁸⁷⁰ Bereits die DSRL, aber auch Art. 16 Abs. 2 AEUV sowie vor allem die DS-GVO trennen im Hinblick auf das Regelungsziel nicht streng systematisch zwischen Verbraucher- und Datenschutzrecht, sondern haben – wenn auch nicht primär – zumindest auch die Rolle des Betroffenen als Verbraucher im Blick.⁸⁷¹ Eine sinnvolle Trennung dieser Schutzrichtungen wäre aufgrund der Verflechtung beider Gebiete nicht denkbar. Die DS-GVO ist als Querschnittsmaterie ein Ergebnis gesetzgeberischer Abwägungsprozesse über eine kaum überschaubare Anzahl von Belangen, darunter auch wirtschaftliche Interessen des Betroffenen,⁸⁷² mag man dies auch als „Sinnbild für die Unfähigkeit oder den

2012, 395, 396 – Personenbezogene Daten; LG Wiesbaden ZD 2019, 367 Rn. 31 – Kein Anspruch eines Mitbewerbers auf Unterlassung der Erteilung einer unvollständigen Auskunft nach Art. 15 DS-GVO; LG Leipzig BeckRS 2014, 15222; Ohly, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 79; Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 22; Köhler, WRP 2013, 567 Rn. 15.

⁸⁶⁹ Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 299; Sperlich, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 26 f.; vgl. Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 82 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁸⁷⁰ Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 83 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; Aßhoff, CR 2018, 720 Rn. 42; Aßhoff, IPRB 2013, 233, 233; Uebele, GRUR 2019, 694, 695 f.; Wolff, ZD 2018, 248, 250 f.; Paal, ZWeR 2020, 215, 218; Ohly, GRUR 2019, 686, 690 f.; Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 12; Micklitz/Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 34; Buchner, WRP 2019, 1243 Rn. 6; Wielsch,

ERPL 2019, 197 Rn. 35; vgl. bereits zu BDSG a. F. OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; Schröder, ZD 2013, 512, 512 f.; Galetzka, in: DSRITB 2014, S. 485, 488; Galetzka, K&R 2015, 77, 78; Schmidt, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 1 BDSG Rn. 14; Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576 Rn. 27 ff.; Huppertz/Ohrmann, CR 2011, 449, 450 f.; Buchner, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 59; Hacker, in: Leyens/Eisenberger/Niemann, Smart Regulation, 2021, S. 25, 36.

⁸⁷¹ Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 79 ff. – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; Wolff, ZD 2018, 248, 250 f.; Kosmides, in: Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Teil B Rn. 884; a. A. DGRI, Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI) e. V. zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs v. 5.10.2018, S. 3.

⁸⁷² Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la

Unwillen des Normgebers, sich auf Schutzziele für den Datenschutz zu verständigen“, auffassen.⁸⁷³

- 311** Dieser Umstand der Interessenpluralität lässt sich anhand einiger Beispiele illustrieren: So stellen Art. 1 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 DS-GVO sowie die Erwägungsgründe 2 S. 2, 5 S. 1, 6, 9 und 10 die wirtschaftliche Bedeutung eines freien Verkehrs personenbezogener Daten heraus, der durch einheitliche Datenschutzstandards gefördert werden soll.⁸⁷⁴ Nach Ansicht des europäischen Gesetzgebers können demnach datenschutzwidrige Praktiken von Marktteilnehmern der angepeilten Harmonisierung des Datenschutzrechts zuwiderlaufen.⁸⁷⁵ Indiziell zeigt das auch die Anlehnung der Bußgeldberechnung (Art. 83 Abs. 4 bis 6 DS-GVO) an kartellrechtliche Maßstäbe.⁸⁷⁶ Gleiches gilt für die Anknüpfung des räumlichen Anwendungsbereichs an das Marktortprinzip (Art. 3 Abs. 2 DS-GVO), was verdeutlicht, dass gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen Wettbewerbern innerhalb und außerhalb der EU hergestellt werden sollen.⁸⁷⁷ Auch das Recht auf Datenportabilität (Art. 20 DS-GVO)⁸⁷⁸ zeigt, dass die DS-GVO auch den Wettbewerb steuert, denn durch dieses Recht sollen Lock-in-Effekte vermieden und damit ein Wechsel von Anbietern erleichtert werden.⁸⁷⁹ Die datenschutzrechtliche Einwilligung in eine Datenverarbeitung (Art. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 lit. a, 7 f. DS-GVO) forciert mit dem Freiwilligkeitspostulat zudem den Ausgleich von Marktungleichgewichten.⁸⁸⁰ Deutlich wird das durch Erwägungsgrund 42, der auf

Tourv. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 51; 83 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 59; *Schröder*, in: Krönke, Regulierung in Zeiten der Digitalwirtschaft, 2019, S. 13, 27; *Paal*, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, Kap. 11 Rn. 56; *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 700.

⁸⁷³ *Veil*, NVwZ 2018, 686, 692.

⁸⁷⁴ *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 372 f.; *Aßhoff*, CR 2018, 720 Rn. 38; *Wolff*, ZD 2018, 248, 251; *Moos*, K&R 2020, 569, 576; *Paal*, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, Kap. 11 Rn. 56; vgl. auch *Hansen/Bormann*, IPRB 2018, 273, 274; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 534; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 299 f.

⁸⁷⁵ *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 372 f.; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 696.

⁸⁷⁶ *Wolff*, ZD 2018, 248, 251; *a. A. Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 558; vgl. allgemein hierzu *Zelger*, EuR 2021, 478.

⁸⁷⁷ *Wolff*, ZD 2018, 248, 251; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 696.

⁸⁷⁸ Vgl. hierzu *Benedikt*, RDV 2017, 189; *Hennemann*, PinG 2017, 5; *Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld*, ZD 2016, 358; *Brüggemann*, K&R 2018, 1; *Richter*, DuD 2012, 576;

Schätzle, PinG 2016, 71; *Sperlich*, DuD 2017, 377; *Spindler*, MMR 2016, 219; *Swire/Lagos*, Maryland Law Review 2013, 335.

⁸⁷⁹ *Wolff*, ZD 2018, 248, 250; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 696; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 534; *Allrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 4 Rn. 19; *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data, 2021, S. 325; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 4.2.11.

⁸⁸⁰ *Lettl*, WRP 2020, 1391 Rn. 26 f.; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 13. Aufl. 2018, § 19 GWB Rn. 205; *Wolf*, in: MüKoWettbR, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 35 f.; vgl. *Lütringhaus*, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 30 Rn. 44; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

das Verbot missbräuchlicher Klauseln aus der Klausel-RL im Rahmen vorformulierter Einwilligungserklärungen verweist.⁸⁸¹

Bereits diese wenigen, aber wesentlichen Beispiele zeigen deutlich, dass der durch die DS-GVO gewährte Datenschutz auch den Betroffenen in seiner Funktion als Verbraucher schützt.⁸⁸² Es kann keine Rede davon sein, dass die DS-GVO allein das Datenschutzgrundrecht der Betroffenen in seinen ideellen Ausprägungen unter vollständiger Ausklammerung der wirtschaftlichen Aspekte dieses Rechts schützen soll. Die postulierte strenge Trennung von Verbraucher- und Datenschutzrecht existiert nicht. Spätestens seit der neuen Verbandsklagen-RL⁸⁸³, die auch auf die Durchsetzung der Verbraucherschützenden Bestimmungen der DS-GVO und der ePrivacy-RL durch Verbände zielt, dürften die letzten Zweifel hieran ausgeräumt sein. Auch Generalanwalt *Richard de la Tour* spricht insoweit zurecht von einer „Wechselwirkung“⁸⁸⁴ beider Materien als „ein Zeichen für Komplementarität und Konvergenz des Rechts zum Schutz personenbezogener Daten mit anderen Rechtsgebieten“.⁸⁸⁵ Diese Wechselwirkung wird auch von der EU-Kommission hervorgehoben.⁸⁸⁶

312

Die sich hieran anknüpfende Frage lautet, ob die über den Grundrechtsschutz hinausgehenden Interessen im Falle eines Datenschutzverstößes zwingend und unterschiedslos über die DS-GVO oder aber zumindest teilweise über die UGP-RL und das UWG zu verfallen sind.

313

bb. Verhältnis von DS-GVO und UGP-RL

Die eingangs genannte Argumentation eines Dualismus von Daten- und Verbraucherschutzrecht zur Begründung des Ausschlusses von Mitbewerberklagen erweist sich als zweischneidig: Die unterschiedliche Betroffenheit von Betroffenen und Mitbewerbern durch Datenschutzverstöße spricht weniger für einen Ausschluss von Mitbewerberklagen, sondern umgekehrt vielmehr für deren Zulässigkeit. Während im Datenschutzrecht das Datensubjekt Anknüpfungspunkt ist und dieses durch Auf-

314

⁸⁸¹ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 80 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁸⁸² Vgl. v. *Lewinski*, in: Eßer/Kramer/v. *Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Einführung Rn. 69; *Laoutumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 534; zur DSRL *Härtling/Strubel*, IPRB 2011, 231, 232; *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 59; *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 450; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 31; *Leiser/Caruana*, EuCML 2021, 237, 241.

⁸⁸³ → Rn. 838 ff.

⁸⁸⁴ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 80 f. –

Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁸⁸⁵ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 84 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁸⁸⁶ Vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinie zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

sichtsbehörden, Verbände oder Individualklagen Rechtsschutz erlangen kann, verfolgen Mitbewerber primär eigene Interessen, namentlich die Beseitigung von Wettbewerbsbehinderungen, die auch durch Datenschutzverstöße hervorgerufen werden können.⁸⁸⁷ Deren Interesse an der Rechtsdurchsetzung wird nicht selten höher gewichtet sein, als das Interesse der einzelnen betroffenen Person.⁸⁸⁸ Der Schutz der Betroffenen ist dabei letztlich nur ein Nebeneffekt der Durchsetzung der Mitbewerberinteressen.⁸⁸⁹ Nachdem die Art. 77 ff. DS-GVO den Rechtsschutz ausschließlich im Interesse der Betroffenen regeln, andere Interessen aber nicht im Blick haben, würde die Trennung dafür sprechen, dass ein Rechtsschutz mit einem anderen Schutzziel – vor allem für Mitbewerber – nicht abgeschnitten werden soll.⁸⁹⁰

315 Eine solche Auslegung ist stimmiger, da eine Ermächtigung zur Schaffung von Mitbewerberklagen systematisch korrekt im Wettbewerbsrecht zu verorten wäre und demnach aus der UGP-RL und damit dem UWG folgt – jedenfalls soweit es sich um eine Umsetzung der Richtlinie handelt.⁸⁹¹ Das eigene wirtschaftliche Interesse von Mitbewerbern soll gerade, wie von Art. 11 Abs. 1 UGP-RL vorgesehen, zur Schaffung eines lautereren Wettbewerbs instrumentalisiert werden.⁸⁹² Nichts anderes gilt für die Normen des UWG, die nicht der Umsetzung von Unionsrecht dienen, insbesondere § 3a UWG. Das ist selbst für den Fall zu bejahen, dass im Rahmen des Rechtsbruchtatbestands direkt an einen marktbezogenen Rechtsgüterschutz und damit an das Datenschutzrecht angeknüpft wird.⁸⁹³

⁸⁸⁷ *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 535; *Aßhoff*, CR 2018, 720 Rn. 38, 41, 43; *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 373; *Wolff*, ZD 2018, 248, 251; *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 28 ff.; *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 10 ff.; *Uebele*, GRUR2019, 694, 698; *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 58; *Nägele/Apel/Stolz/Bosman*, K&R 2019, 361, 364 f.; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 43 f.; *Lüttringhaus*, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 30 Rn. 102.

⁸⁸⁸ *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 58; *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 45; vgl. auch *Dopner*, GRUR2003, 825, 826; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 43 f.

⁸⁸⁹ *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 535.

⁸⁹⁰ OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 30 – Datenschutz bei Bestellbögen; OLG Naumburg WRP 2020, 110 Rn. 51 – Medikamentenhandel über Amazon-Marketplace I; OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 36 ff. – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 535; *Aßhoff*, CR

2018, 720 Rn. 41; *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 373; *Wolff*, ZD 2018, 248, 251; *Uebele*, GRUR2019, 694, 697 f.; *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 13; *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 33; *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 10 ff.; *Apel/Bosman*, K&R 2020, 73, 74; *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1085; im Ergebnis *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 58; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 43 f.; *a. A. Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 17.

⁸⁹¹ *Diercks*, CR 2019, 95 Rn. 33; *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 14 f.; vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour v. 2.12.2021* zur Rechtssache C-319/20 Rn. 51 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

⁸⁹² Vgl. *Dorn*, Private und administrative Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht, 2017, S. 67 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 399 f.; vgl. *Halder*, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2.

⁸⁹³ → Rn. 431 ff.

Hieraus erschließt sich auch der Rückgriff auf die Gesetzgebungskompetenz des Art. 16 Abs. 2 AEUV, da für die Regelung genuin wettbewerbsrechtlicher Rechtsbeihilfe ein Rückgriff auf Art. 114 AEUV erforderlich gewesen wäre.⁸⁹⁴ Diesem Argument steht auch die Regelung der Verbandsklagebefugnis in Art. 80 DS-GVO nicht entgegen, da diese wie die sonstigen Vorgaben in den Art. 77 ff. DS-GVO akzessorisch der Durchsetzung materieller Rechtspositionen der Betroffenen und nicht dem Wettbewerb als solchem dient, sodass Art. 16 Abs. 2 AEUV taugliche Kompetenzgrundlage für diese Regelung ist.⁸⁹⁵ Das wird auch deutlich durch die neue Verbandsklagen-RL, die nunmehr auch auf die Durchsetzung des Datenschutzrechts abzielt und auf Art. 114 AEUV und nicht Art. 16 Abs. 2 AEUV gestützt wurde.⁸⁹⁶

316

Es ist damit nach dem Vorgesagten festzustellen, dass die Ermöglichung von Mitbewerberklagen bereits nicht in einen Normkonflikt zur DS-GVO tritt.⁸⁹⁷ Die fehlende Nennung von Mitbewerbern oder deren Rechte innerhalb der DS-GVO sagt nichts über deren Rechtsstellung im sonstigen Unionsrecht aus.⁸⁹⁸ Es kommt deshalb letztlich auch nicht auf die Frage an, ob das Durchsetzungssystem der DS-GVO insgesamt abschließend ist⁸⁹⁹ und daher eine Regelung auf Öffnungsklauseln gestützt werden muss. Die Klärung dieser Frage wäre allenfalls notwendig, wenn ein Mitbewerber die Rechte der Betroffenen in deren Interesse durchsetzt.

317

cc. Auflösung des Konflikts: Kein Vorrang der DS-GVO nach Art. 3 Abs. 4 UGP-RL

Es verbleibt daher bei der Kollisionsregel des Art. 3 Abs. 4 UGP-RL, wonach sonstige Regeln des Unionsrechts über besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken einen Vorrang genießen.⁹⁰⁰ Erwägungsgrund 10 S. 3 und 4 führt hierzu aus: „[Die UGP-RL] gilt dementsprechend nur insoweit, als keine spezifischen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vorliegen, die spezielle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, wie etwa Informationsanforderungen oder Regeln darüber, wie dem Verbraucher Informationen zu vermitteln sind. Sie [die UGP-RL] bietet den Verbrauchern in den Fällen Schutz, in denen es keine spezifischen sektoralen Vorschriften

318

⁸⁹⁴ Diercks, CR 2019, 95 Rn. 33.

⁸⁹⁵ Vgl. *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 535.

⁸⁹⁶ Vgl. *Scholl*, ZfPW 2019, 317, 353 f.; zur Verbandsklage → Rn. 838 ff.

⁸⁹⁷ Zum Erfordernis von Normkonflikten → Rn. 75 ff.

⁸⁹⁸ Diercks, CR 2019, 95 Rn. 39 f.; *Nägele/Apel/Stolz/Bosman*, K&R 2019, 361, 364 f.; *Apel/Bosman*, K&R 2020, 73, 74; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 305; *Schmidt-Wudy*, PharmR 2020, 45, 45; *Douglas*, GRUR-Prax 2020, 163, 163; *Hense*, DSB 2020, 236, 237; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 44.

⁸⁹⁹ So aber BGH WRP 2020, 1182 Rn. 39 – App-Zentrum; dies mit Blick auf die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie ablehnend OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 36 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

⁹⁰⁰ Diercks, CR 2018, S001 Rn. 30 f.; *Tochtermann*, ZdiW 2021, 303, 305; *Halder*, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2; *Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz*, UWG, 5. Aufl. 2021, § 5 UWG Rn. 115; vgl. hierzu allgemein *Jüttner*, WRP 2021, 863 Rn. 6; *Büscher*, WRP 2022, 1 Rn. 16 ff.

auf Gemeinschaftsebene gibt, und untersagt es Gewerbetreibenden, eine Fehlvorstellung von der Art ihrer Produkte zu wecken.“.⁹⁰¹ Nachdem sich der sachliche Anwendungsbereich der DS-GVO (Art. 2 Abs. 1 DS-GVO) nicht auf besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken bezieht, kann auch aus der UGP-RL grundsätzlich kein Vorrang der DS-GVO konstruiert werden.⁹⁰² Selbst wenn das anders gesehen werden sollte, führt das nicht zu einem generellen, sondern allenfalls zu einem partiellen Ausschluss der Anwendbarkeit der UGP-RL.⁹⁰³ Entsprechend wäre jeweils genau herauszuarbeiten, welche Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern abschließend durch die DS-GVO geregelt sind und wo die UGP-RL immer noch subsidiär Anwendung findet.⁹⁰⁴ Im Bereich der Mitbewerberklagen hat die DS-GVO demnach keine Auswirkungen auf die UGP-RL und der auf sie gestützten Umsetzungsgesetze. Nachdem sich der deutsche Gesetzgeber nach Art. 11 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a UGP-RL für ein private enforcement entschieden hat, ist dieses System auch bei relevanten Datenschutzverstößen zugrunde zu legen.⁹⁰⁵

VI. Fazit

- 319** Art. 80 DS-GVO sieht als spezielle Regelung die Zulässigkeit und die Voraussetzungen von Verbandsklagen im Falle von Datenschutzverletzungen vor und ist abschließend. Die Regelungen im UWG und UKlaG sind als zulässige vorweggenommene Teilumsetzung ggf. einschränkend unionsrechtskonform auszulegen. Das betrifft zum einen die verletzten Normen, zum anderen die Anforderungen an die Verbände. Die Art. 77 ff. DS-GVO sind darüber hinaus nur im Bereich der Rechtsdurchsetzung im Interesse der Betroffenen abschließend, sodass eine Einschränkung der Mitbewerberklagen durch die DS-GVO nicht in Betracht kommt. Nachdem die DS-GVO sich nicht auf besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken bezieht, räumt auch die UGP-RL der DS-GVO keinen Vorrang ein. Soweit also die Interessen von Marktteilnehmern aufgrund von Datenschutzverletzungen tangiert sind, steht die DS-GVO einer Klagebefugnis für Mitbewerber nicht entgegen.

⁹⁰¹ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UWG n. F. Rn. 58.

⁹⁰² Diercks, CR 2018, S001 Rn. 32 ff.; Halder, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2; a. A. Ohly, GRUR 2019, 686, 691 f.; einen Vorrang jedenfalls für möglich haltend Tochtermann, ZdiW 2021, 303, 305.

⁹⁰³ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt,

2021/C 526/01, Ziffer 1.2.1.

⁹⁰⁴ Vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.1.

⁹⁰⁵ Diercks, CR 2018, S001 Rn. 17 ff.; Halder, jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2; a. A. Ohly, GRUR 2019, 686, 691 f.

D. Ergebnis

Die maßgebliche datenschutzrechtliche Rechtsquelle stellt *de lege lata* die DS-GVO dar, wobei spezialgesetzliche Datenschutzvorschriften im Unionsrecht und die Einräumung von Öffnungsklauseln für die Mitgliedstaaten die Frage einer Abgrenzung aufwerfen. Es wurde gezeigt, dass Art. 80 Abs. 2 DS-GVO die maßgebliche Vorschrift zur Ermöglichung von Verbandsklagen im Datenschutzbereich ist, welche Auswirkungen auf die derzeitige Gestaltung im UWG und im UKlaG hat. Anders als Verbandsklagen sind Mitbewerberklagen nicht in der DS-GVO vorgesehen. Dieser Umstand darf jedoch nicht zu der Annahme verleiten, dass diese *e contrario* ausgeschlossen wären. Eine Sperrwirkung lässt sich der DS-GVO insoweit nicht entnehmen, sodass sich die Rechtsstellung der Mitbewerber nach den Vorgaben des sonstigen Unionsrechts, im Lauterkeitsrecht also nach der UGP-RL, bemisst. Diese steht einer Mitbewerberklage bei Datenschutzverstößen nicht entgegen.

320

Kapitel 2: Lauterkeitsrecht

A. Einleitung

Nachdem die DS-GVO Verbandsklagen (Art. 80 Abs. 2 DS-GVO) und die (maßgebliche) UGP-RL Mitbewerberklagen zulassen, bleibt die Frage zu klären, welche unlauteren geschäftlichen Handlungen durch Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben verwirklicht werden können. Die Möglichkeit der Verfolgung von Datenschutzverstößen über das Lauterkeitsrecht war bereits vor Geltung der DS-GVO Gegenstand zahlreicher und im Ergebnis divergierender gerichtlicher Entscheidungen und Literaturauffassungen. Wie die bisherigen Ausführungen zeigen, haben sich die Diskussionen schwerpunktmäßig – letztlich aber zu Unrecht – auf die Frage einer Sperrwirkung der DS-GVO verlagert. Dieses Kapitel soll daher aufzeigen, an welche Grenzen Mitbewerber und Verbände bei der Rechtsdurchsetzung über das UWG stoßen. Die möglicherweise bestehenden Ansprüche von Verbänden wegen Datenschutzverletzungen stehen dabei grundsätzlich in Anspruchskonkurrenz zu § 1 UKlaG⁹⁰⁶ und § 2 UKlaG⁹⁰⁷, sodass es hierdurch nicht Konflikten kommt.⁹⁰⁸

321

B. Durchsetzungssystem des UWG

Die sich aus dem UWG ergebenden Ansprüche stehen – von einzelnen Abweichungen bei den verschiedenen Ansprüchen⁹⁰⁹ abgesehen – den in § 8 Abs. 3 UWG genannten Stellen zu.⁹¹⁰ § 8 Abs. 3 UWG regelt dabei nicht nur, wer aktivlegitimiert ist, sondern stellt zugleich eine Regelung der prozessualen Klagebefugnis dar („Doppelnatur“).⁹¹¹ Die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG ist dabei de lege lata nicht mehr

322

⁹⁰⁶ BGH NJW 2021, 2193 Rn. 51 ff. – Verstoßabhängiger Versicherungsfall bei Rechtsschutzversicherung; OLG Köln BeckRS 2021, 41100 Rn. 85; *Grüneberg*, in: GrünHome Teil III, Stand: 15.11.2021, § 1 UKlaG Rn. 1; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UKlaG Rn. 14; *Köhler*, GRUR 2004, 381, 387; *Seichter*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 32 f.; **a. A.** *Osburg*, ZBB 2019, 384, 386 f.; *Bunte*, ZIP 2016, 956, 959; *Schultheiß*, WM 2019, 9, 12.

⁹⁰⁷ *Micklitz/Rott*, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 1 UKlaG Rn. 64; **a. A.** *Ohly*, GRUR 2017, 441, 442 Fn. 4, der aus einem Umkehrschluss aus § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG eine Sperrwirkung herleiten möchte.

⁹⁰⁸ BT-Drs. 18/4631, S. 13; BGH WRP 2010, 1475, 1477 f. – Gewährleistungsausschluss im Internet; BGH WRP 2018, 434 Rn. 46 ff. – Klauselersetzung; *Schmidt*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 1 DS-GVO Rn. 40; *Walker*, UKlaG, 2016, § 1 UKlaG Rn. 4; *Köhler*, GRUR 2004, 381, 387; *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 50; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 33.1; *Seichter*,

in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 32 f.; **a. A.** wohl *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 78a.

⁹⁰⁹ Der Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG steht nur Mitbewerbern zu, der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG nur den Verbänden.

⁹¹⁰ *Hohlweck*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 1; BGH WRP 2020, 1182 Rn. 32 – App-Zentrum.

⁹¹¹ BGH WRP 2021, 1429 Rn. 11 – Influencer II; BGH WRP 2015, 1464 Rn. 13 – Der Zauber des Nordens; BGH WRP 2020, 1182 Rn. 32 – App-Zentrum; OLG München WRP 2019, 242 Rn. 12 – Bye-bye Hüftgold; *Hohlweck*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 276; *Meinhardt*, WRP 2020, 1106 Rn. 9; *Althammer*, in: *Zöller*, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor §§ 50-58 ZPO Rn. 56; *Meinhardt*, WRP 2020, 150 Rn. 13; **a. A.** *Gludang*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 92 f. m. v. N.; vgl. auch *Stadler*, in: *Müller-Graf*, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht,

nur auf Mitbewerber oder Wettbewerbsverbände beschränkt. Der Grund für die Erweiterung auf weitere Interessengruppen liegt darin, dass das UWG seit 1909 auch die Interessen sonstiger Marktteilnehmer mit in den Blick nimmt, wie § 1 UWG verdeutlicht.⁹¹² Deren Interessen decken sich dabei nicht immer mit dem Interesse der Mitbewerber oder Wettbewerbsverbände, sodass eine Erweiterung der Aktivlegitimation erforderlich wurde.⁹¹³

- 323** Das Eigeninteresse von Mitbewerbern und Verbänden an fairen Marktbedingungen wird durch das UWG instrumentalisiert, um die Lauterkeit des Wettbewerbs sicherzustellen.⁹¹⁴ Die Erweiterung der Anspruchsberechtigung führt gleichzeitig dazu, dass derselbe Verstoß in den Grenzen des Missbrauchsverbots nach § 8c UWG mehrfach durch unterschiedliche Personen oder Stellen verfolgt werden kann, was wegen der effektiveren Rechtsdurchsetzung im Allgemeininteresse liegt und daher hingenommen werden muss.⁹¹⁵

I. Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)

1. Mitbewerbereigenschaft

- 324** Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG n. F.) steht der Anspruch grundsätzlich Mitbewerbern zu, also jedem Unternehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG = § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG n. F.), der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zum Verletzer steht. Bezweckt wird damit, dass sich Mitbewerber gegen die sie betreffenden Wettbewerbsverzerrungen zur Wehr setzen können, was das konkrete Wettbewerbsverhältnis nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG n. F.) voraussetzt.⁹¹⁶

a. Erfordernis eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses

- 325** Ein solches konkretes Wettbewerbsverhältnis ist nach stetiger Rechtsprechung dann anzunehmen, „wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann“⁹¹⁷. Die Anforderungen hieran sind nicht hoch, da sich

2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 13 f.

⁹¹² *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 275; *Säcker*, Freiheit durch Recht, 2016, S. 958.

⁹¹³ Vgl. *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 2.

⁹¹⁴ *Ohly*, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 509.

⁹¹⁵ BGH WRP 2013, 336 Rn. 17 – Ferienluxuswohnung; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 275.

⁹¹⁶ BGH WRP 2014, 552 Rn. 20 – Werbung für Fremdprodukte; BGH WRP 2019, 317 Rn. 58 – Crailsheimer Stadtblatt II; BGH WRP 2019, 1304 Rn. 23 – Erfolgshonorar für Versicherungsberater; *Hohlweck*, in: Bü-

scher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 280; *Emmerich*, in: Emmerich/Lange, Unlauterer Wettbewerb, 11. Aufl. 2019, § 4a Rn. 10; *Meinhardt*, WRP 2020, 1106 Rn. 2; ausführlich zum Mitbewerberbegriff *Köhler*, GRUR 2021, 426.

⁹¹⁷ BGH WRP 2016, 1354 Rn. 15 – Ansprechpartner; vgl. auch BGH WRP 2018, 1322 Rn. 17 – Werbeblocker II; BGH WRP 2014, 552 Rn. 15 – Werbung für Fremdprodukte; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 280; *Meinhardt*, WRP 2020, 1106 Rn. 2.

die lauterkeitsrechtliche Durchsetzung der Verbote möglichst wirksam gestalten soll.⁹¹⁸ Der Verletzer muss sich lediglich mittels seiner Verletzungshandlung „in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen [stellen]“.⁹¹⁹ Ausreichend ist eine Reziprozität zwischen dem Vorteil durch die Verletzungshandlung für das eigene oder fremde Unternehmen und den Nachteilen für den potenziellen Mitbewerber.⁹²⁰ Gleichwohl ist zu fordern, dass die Beeinträchtigungen des Marktstrebens des potenziellen Mitbewerbers auch im Rahmen eines Angebots- oder Nachfragewettbewerbs hervorgerufen wurden.⁹²¹ Mit anderen Worten muss ein wettbewerbsrechtlicher Bezug zwischen den angebotenen Waren oder Dienstleistungen bestehen.⁹²² Ausreichend ist dabei ein mittelbares konkretes Wettbewerbsverhältnis, sodass es weder zwingend auf die gleiche Branche noch auf die Wirtschaftsstufe der Parteien ankommt, wenn nur die konkrete Verletzungshandlung einen Wettbewerb begründet.⁹²³

b. Weitergehende Einschränkungen

Mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs⁹²⁴ wurde mit Wirkung zum 1.12.2021 eine Einschränkung der Aktivlegitimation auf solche Mitbewerber vorgenommen, die Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreiben oder nachfragen.⁹²⁵ Durch die höheren Anforderungen soll die Anzahl der aktivlegitimierten Stellen verringert werden, um die vermeintlich bestehende Gefahr missbräuchlicher Abmahnungen zu verringern.⁹²⁶

Als problematisch erweist sich jedoch, dass junge Unternehmen und Unternehmen in wirtschaftlicher Schieflage wettbewerbswidrige Praktiken von Mitbewerbern hinnehmen müssen.⁹²⁷ In Extremfällen kann der Marktzutritt von Mitbewerbern durch den Ausschluss gänzlich verhindert werden.⁹²⁸ Drastisch fällt diese Einschränkung besonders im Bereich des § 4 UWG aus, denn der betroffene Mitbewerber kann sich eventuell nicht mehr gegen die Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Entfaltung

326

327

⁹¹⁸ BGH WRP 2018, 1322 Rn. 17 – Werblocker II; BGH WRP 2016, 1354 Rn. 15 – Ansprechpartner; *Wille*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 2 Nr. 3 UWG Rn. 8.

⁹¹⁹ BGH WRP 2016, 1354 Rn. 15 – Ansprechpartner; vgl. auch BGH WRP 2018, 1322 Rn. 17 – Werblocker II; *Wille*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 2 Nr. 3 UWG Rn. 9; *Beater*, WRP 2009, 768, 776.

⁹²⁰ BGH WRP 2018, 1322 Rn. 17 – Werblocker II; BGH WRP 2016, 1354 Rn. 15 – Ansprechpartner.

⁹²¹ BGH WRP 2018, 1322 Rn. 17 – Werblocker II; BGH WRP 2014, 552 Rn. 15 – Werbung für Fremdprodukte.

⁹²² *Wille*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 2 Nr. 3 UWG Rn. 9.

⁹²³ BGH WRP 2014, 552 Rn. 17 – Werbung für Fremd-

produkte; BGH WRP 2004, 1272, 1274 – Werblocker.

⁹²⁴ Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 26.11.2020, BGBl. I S. 2568.

⁹²⁵ Vgl. hierzu *Omsels/Zott*, WRP 2021, 278 Rn. 5 ff.; *Halder*, AnwZert-ITR 9/2021 Anm. 3.

⁹²⁶ BT-Drs. 19/12084, S. 26.

⁹²⁷ *Diercks*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084) vom 21.10.2019, S. 15; vgl. auch *Rätze*, WRP 2020, 1519 Rn. 7, 28.

⁹²⁸ *Diercks*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084) vom 21.10.2019, S. 15.

wehren.⁹²⁹ Etablierte Unternehmen können so junge Unternehmen gezielt behindern und vom Markt verdrängen, ohne dass diese sich mit Mitteln des UWG wehren könnten.⁹³⁰ Unternehmen, die gegen Datenschutzrecht verstoßen und damit einen Wettbewerbsvorteil erlangen, sei es durch bessere Produkte oder geringe Ausgaben, haben hierdurch einen nicht unbeachtlichen Vorteil gegenüber den Mitbewerbern, denen die Aktivlegitimation fehlt. Insoweit darf bezweifelt werden, ob dieses „Korrektiv“ neben den Anforderungen an das konkrete Wettbewerbsverhältnis überhaupt erforderlich war, um den empirisch nicht festgestellten Abmahnmissbrauch zu verhindern.⁹³¹

2. Datenschutzrechtliche Bedeutung von Mitbewerberklagen

a. Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen

328 Im Bereich des Datenschutzrechts ist die Anspruchsberechtigung für Mitbewerber vor allem mit Blick auf Verletzungen von Rechten, Rechtsgütern oder Interessen der Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer in ihrer Rolle als natürliche Personen von Bedeutung. Als Beispiele können fehlende oder unrichtige Pflichtinformationen nach Art. 13 DS-GVO oder die Verarbeitung auf Grundlage einer unwirksam eingeholten Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 DS-GVO) genannt werden. Solche Rechtsverletzungen können dem unlauter handelnden Mitbewerber Vorteile verschaffen und damit den fairen Wettbewerb verzerren. Daher haben Mitbewerber in diesen Fällen grundsätzlich ein Eigeninteresse daran, Unterlassung, Beseitigung oder Schadensersatz vom Wettbewerber zu verlangen.

b. Abhilfe bei der Verletzung des Datenschutzrechts des Mitbewerbers?

329 Die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG kann auch mit der Verletzung des Datenschutzrechts des Mitbewerbers zusammenfallen. Beispielhaft sei eine datenschutzrechtlich unzulässige Verarbeitung von Mitbewerberdaten genannt. Der verletzte Mitbewerber kann in diesem Fall neben den datenschutzrechtlichen auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen den Mitbewerber geltend machen.⁹³² Aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks ist in diesem Fall eine Beschränkung auf die Betroffenenrechte der DS-GVO nicht geboten. Ein Vorgehen gegen den Mitbewerber auf Grundlage des UWG ist jedoch aufgrund sachlicher Einschränkungen des Datenschutz- und Lauterkeitsrechts nur eingeschränkt möglich.

⁹²⁹ Rätze, WRP 2020, 1519 Rn. 27; Omsels/Zott, WRP 2021, 278 Rn. 10; Halder, AnwZert-ITR 9/2021 Anm. 3.

⁹³⁰ Rätze, WRP 2020, 1519 Rn. 29: „unhaltbarer Zustand“.

⁹³¹ Corbet, IPRB 2020, 284, 285; Diercks, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084) vom

21.10.2019, S. 14 f.; Rätze, WRP 2020, 1519 Rn. 30; Halder, AnwZert-ITR 9/2021 Anm. 3.

⁹³² So zum Beispiel geschehen in BGH WRP 2009, 1246, 1246 f. – E-Mail-Werbung II.

Eine Verletzung von Rechten aus der DS-GVO kommt ohnehin nur in Betracht, wenn es sich bei dem verletzten Mitbewerber um eine natürliche Person handelt.⁹³³ Das liegt darin begründet, dass es im Rahmen der DS-GVO um den Schutz identifizierter oder identifizierbarer natürlicher Personen geht (vgl. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO). Juristische Personen werden nicht geschützt, wie Erwägungsgrund 14 der DS-GVO nochmals klarstellt.⁹³⁴ Ein Schutz unter Geltung der DS-GVO kann lediglich dann angenommen werden, wenn sich die Information zwar formal auf eine juristische Person bezieht, aber auf dahinterstehende natürliche Personen „durchschlägt“, z. B. bei Informationen über eine Ein-Personen-GmbH, die Rückschlüsse auf den Inhaber zulässt.⁹³⁵ In diesen Fällen liegt kein reines, vom Schutzbereich der DS-GVO ausgeklammertes Sachdatum mehr vor.⁹³⁶ Liegt ein reines Sachdatum vor, steht die DS-GVO der Verarbeitung bereits nicht entgegen, sodass datenschutzrechtliche Verstöße nicht denkbar sind, die zugleich lauterkeitsrechtliche Verstöße bedeuten könnten.

330

Selbst in dem Fall, dass die Information von der juristischen Person auf eine natürliche Person durchschlägt, hilft das UWG nur eingeschränkt weiter. Im Bereich des Wettbewerbsrechts bleibt ferner zu bedenken, dass der Aktivlegitimierte nach § 8 Abs. 3 Nr. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG n. F.) Mitbewerber sein muss, was bei Gesellschaftern und Organen von Mitbewerbern – auf welche sich Informationen wohl beziehen werden – regelmäßig nicht der Fall ist.⁹³⁷

331

Weiter geht jedoch der Schutz nach § 7 Abs. 2 Nr. 2, 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) hinsichtlich unzumutbarer Belästigungen. Dieser hat einen über den Schutz natürlicher Personen hinausgehenden Anwendungsbereich, besitzt aber gleichwohl einen datenschutzrechtlichen Kern, nämlich Art. 13 Abs. 1 ePrivacy-

332

⁹³³ Unternehmer nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG n. F.) können sowohl natürliche wie auch juristische Personen sein.

⁹³⁴ *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 4; *Gola*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 23; *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 43, 45; *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 16; *Arturo*, Österreich: Grundrecht auf Datenschutz für juristische Personen, v. 1.9.2020.

⁹³⁵ *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 17; *Gola*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 25; *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 4, 12 ff.; *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 318; *Ziebarth*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 13.

⁹³⁶ *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO

BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 12 ff.; ob der Ausschluss juristischer Personen vom Schutz insoweit primärrechtskonform ist, kann bezweifelt werden, so etwa auch *Gola*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 24. Vgl. EuGH EuZW 2010, 939 Rn. 53 – Volker und Markus Schecke GbR u. a./Land Hessen; *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 44; BVerwG BeckRS 2019, 31828 Rn. 8 – Veröffentlichung der Begünstigten der gemeinsamen Agrarpolitik der Europäischen Union; *Halder*, jurisPR-ITR 4/2020 Anm. 3.

⁹³⁷ OLG Köln WRP 2019, 495 Rn. 29 – Hausverbot gegenüber Geschäftsführer des Mitbewerbers; OLG Köln GRUR-RR 2011, 370 Rn. 1 – Gesellschafter-Unternehmer; *Seichter*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 214; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 3.27.

RL.⁹³⁸ Der Gesetzgeber ging zulässigerweise⁹³⁹ über den in der ePrivacy-RL bezweckten Schutz natürlicher Personen hinaus und erstreckte ihn auch auf sonstige Marktteilnehmer, womit allen Unternehmen als Werbeadressaten ein Schutz zukommt.⁹⁴⁰ Damit können sich sämtliche Mitbewerber auf § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG stützen, wenn eine Verletzung des unionsrechtskonform auszulegenden⁹⁴¹ § 7 Abs. 2 Nr. 2, 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) vorliegt, auch wenn es sich um eine juristische Person handelt.⁹⁴²

II. Verbandsklagen

1. Zweck

- 333** Der deutsche Gesetzgeber sieht nicht nur die Mitbewerber dazu berufen, gegen lauterkeitsrechtliche Verstöße einzuschreiten, sondern auch weitere Stellen. Hiermit gibt er zu erkennen, dass der Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen nicht nur im Individualinteresse der Mitbewerber liegt, sondern auch dem Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb zugutekommen soll.⁹⁴³ Diesem Allgemeininteresse wird besonders in den Fällen gedient, in denen Mitbewerber von einer Verfolgung von Verstößen absehen und hierdurch der lautere Wettbewerb gefährdet ist.⁹⁴⁴ Das ist im Datenschutzrecht besonders bei fragwürdigen datenschutzrechtlichen Marktstandards zu beobachten („Die eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus“⁹⁴⁵), sodass ein Vorgehen gegen einen Mitbewerber früher oder später auf einen selbst zurückfallen könnte, z. B. in Form einer (zulässigen⁹⁴⁶) Gegenabmahnung als „Retourkutsche“.⁹⁴⁷
- 334** Zu beobachten war diese Problematik etwa bei einer großangelegten Überprüfung von 10.000 Webseiten durch den Verband *noyb* aufgrund möglicherweise mangelhafter Cookie-Hinweise: Nach Aussage von *Maximilian Schrems* von *noyb* fürchteten viele Unternehmen einen unfairen Vorteil der Konkurrenz, sodass sie ihre eigenen

⁹³⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 123; → Rn. 21.

⁹³⁹ BGH WRP 2009, 1246, 1246 f. – E-Mail-Werbung II.

⁹⁴⁰ BT-Drs. 15/1487, S. 21; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 183.

⁹⁴¹ Die ePrivacy-RL differenziert zwischen natürlichen und juristischen Personen, was sich so in der deutschen Umsetzung nicht wiederfindet, vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 123, 184.

⁹⁴² Vgl. auch Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 283.

⁹⁴³ BGH WRP 1990, 255, 257 – Wettbewerbsverein IV; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 275; Ottofilling, in: MüKoUWG, Bd. 2, 2. Aufl.

2014, § 8 UWG Rn. 352.

⁹⁴⁴ Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 287; Ottofilling, in: MüKoUWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2014, § 8 UWG Rn. 351; Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 452 f.; Heinzke/Storkermaier, CR 2021, 582 Rn. 2.

⁹⁴⁵ So bildlich beschreibend v. Lewinski, PinG 2013, 12, 14.

⁹⁴⁶ BGH NJW-RR 2021, 762 – Berechtigte Gegenabmahnung; allgemein hierzu Seichter, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8c UWG Rn. 38.

⁹⁴⁷ Vgl. v. Lewinski, PinG 2013, 12, 14; Peifer, JZ 2012, 851, 858; Hansch, DSB 2019, 153, 154.

Webseiten trotz eines Hinweises und angedrohter Beschwerden nicht datenschutzkonform angepasst haben.⁹⁴⁸ Das ist paradigmatisch für einige Rechtsverletzungen im Datenschutzbereich, die durch eine Verbandsklage wirksam adressiert werden können und bei denen Mitbewerberklagen vielfach von vornherein zum Scheitern verurteilt sind.

2. Unionsrechtliche Anforderungen im datenschutzrechtlichen Bereich

Anders als für Mitbewerber treffen DS-GVO und ePrivacy-RL (Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL i. V. m. Art. 80 DS-GVO)⁹⁴⁹ für Verbände besondere Voraussetzungen, um gegen Datenschutzverstöße vorgehen zu dürfen. Aus diesem Grund ist es erforderlich, § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG unionsrechtskonform in Einklang mit Art. 80 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 DS-GVO auszulegen.⁹⁵⁰ Es müssen deshalb sowohl die Voraussetzungen des § 8 Nr. 2 bis 4 UWG als auch des Art. 80 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 DS-GVO vorliegen. Das muss jedenfalls für den Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG gelten, wenn datenschutzrechtliche Normen also unmittelbar Prüfungsgegenstand sind. Für die ePrivacy-RL sind die Einschränkungen bei der Verfolgung von Verstößen gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4, Abs. 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, Abs. 3 UWG n. F.) zu beachten.

335

Für die Anwendung „originären Lauterkeitsrechts“, selbst wenn das Datenschutzrecht berührt ist, sind die Einschränkungen hingegen nicht heranziehen. Das lässt sich damit begründen, dass es nicht Ziel der DS-GVO ist, die Verhinderung oder Beseitigung unlauterer Geschäftspraktiken zu erschweren. Um abermals auf das Argument von *Richard de la Tour* zur Verbandsklage zurückzukommen: „es [wäre] zumindest paradox, wenn die vom Unionsgesetzgeber mit dem Erlass der [DSGVO] angestrebten Stärkung der Mittel zur Kontrolle der Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten letztlich zu einem Rückgang dieses Schutzniveaus im Vergleich zu dem Niveau führen würde, das die Mitgliedstaaten unter der Geltung der [DSRL] gewährleisten konnten.“⁹⁵¹ Dieses Argument lässt sich nicht nur auf Mitbewerberklagen, sondern auch auf die Behandlung unlauterer Geschäftspraktiken übertragen. Die Unlauterkeitstatbestände knüpfen an besondere Umstände außerhalb des Datenschutzrechts an, sodass eine Einschränkung nicht geboten ist oder auch nur zulässig wäre.

336

Der nach § 8 Abs. 3 UWG anspruchsberechtigte Verband muss demnach nur in den genannten in Fällen, in denen die Einschränkungen von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO (ggf. i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL) eingreifen, eine Einrichtung, Organisation oder

337

⁹⁴⁸ *noyb*, *noyb* reicht 422 formelle DSGVO-Beschwerden gegen Cookie-Banner-Wahnsinn ein, Pressemitteilung v. 10.08.2021.

⁹⁴⁹ → Rn. 26 f.

⁹⁵⁰ → Rn. 227 ff.

⁹⁵¹ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la*

Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 78 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht sein, die ordnungsgemäß nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet ist, 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 ihrer personenbezogenen Daten tätig ist.⁹⁵² Im Folgenden werden die weiteren Stellen nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG näher unter diesem Gesichtspunkt betrachtet.

3. Fach- und Wettbewerbsverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG)

- 338** Die oben dargestellten Lücken der Rechtsdurchsetzung durch Mitbewerber füllen zum einen rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Diese müssen ab dem 1.12.2021 in der Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände nach § 8b UWG eingetragen sein und die inkriminierte Zuwiderhandlung muss die Interessen ihrer Mitglieder berühren. Hierzu ist erforderlich, dass sich die Unternehmen „auf demselben räumlichen und sachlichen Markt als Wettbewerber begegnen, also mit [diesen] um Kunden konkurrieren können“.⁹⁵³ Voraussetzung für die antragsbedürftige Eintragung in die Liste⁹⁵⁴ ist, dass es zu den satzungsmäßigen Aufgaben des Verbandes gehört, gewerbliche oder selbstständige berufliche Interessen zu verfolgen und zu fördern, sowie zu Fragen des lautereren Wettbewerbs zu beraten und zu informieren, § 8b Abs. 2 UWG. Ferner werden in § 8b Abs. 2 Nr. 1 bis 4 UWG weitere Voraussetzungen an die Verbände gestellt.
- 339** Unter § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG fallen wirtschafts- oder berufsgruppenspezifische Fachverbände (z. B. Handelsverband Deutschland e. V.⁹⁵⁵) wie auch Wettbewerbsverbände, bestehend aus Unternehmern, die einen lautereren Wettbewerb anstreben (z. B. Wettbewerbszentrale⁹⁵⁶).⁹⁵⁷ Hierunter waren bis zur Geltung des § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG n. F. aber auch die öffentlich-rechtlichen Kammern der freien Berufe zu fassen, denn auch sie hatten die Mitgliederinteressen zu wahren und zu fördern.⁹⁵⁸ Anspruchsberechtigt konnten bzw. können auch Handwerksinnungen und Handwerksinnungsverbände sowie ausländische Verbände sein.⁹⁵⁹

⁹⁵² *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 10; siehe zu den Anforderungen → Rn. 89 ff.

⁹⁵³ BGH WRP 2000, 1253, 1255 – Unternehmenskennzeichnung; BGH WRP 1997, 846, 847 – Selbsthilfeeinrichtung der Beamten; OLG Frankfurt a. M. WRP 2019, 908 Rn. 11 – Wettbewerbsrechtliche Klagebefugnis von Wettbewerbsverbänden: Anforderungen an die Mitgliederzahl; *Hohlweck*, in: *Büschler*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 292 ff.

⁹⁵⁴ Abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/qualifizierte_Wirtschaftsverbaende/Liste_node.html.

⁹⁵⁵ *Hohlweck*, in: *Büschler*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 289; BGH WRP 1990, 488 – Metro III.

⁹⁵⁶ Vgl. zu deren Geschichte *Münker/Gilner*, in: *Greipl/Münker*, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 59.

⁹⁵⁷ *Hohlweck*, in: *Büschler*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 289; *Ottöffling*, in: *MüKoUWG*, Bd. 2, 2. Aufl. 2014, § 8 UWG Rn. 361.

⁹⁵⁸ BGH WRP 2015, 1102 Rn. 11 – Mobiler Buchhaltungsservice; zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a. F. BGH WRP 2001, 397, 399 – Beratungsstelle im Nahbereich; BGH WRP 2002, 85, 86 – Rechenzentrum; vgl. *Hohlweck*, in: *Büschler*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 316.

⁹⁵⁹ *Hohlweck*, in: *Büschler*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8

Die Aktivlegitimation von Fach- und Wettbewerbsverbänden im Falle von Datenschutzverbandsklagen nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO wird hinsichtlich des Merkmals „im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten tätig ist“ verschiedentlich in Zweifel gezogen.⁹⁶⁰ Nachdem die Haupttätigkeit jedoch nicht im Bereich der datenschutzrechtlichen Tätigkeit liegen muss, ist eine Aktivlegitimation der Verbände aber durchaus denkbar. Insbesondere können Datenschutzverstöße nicht unerhebliche Wettbewerbsvorteile bedeuten, an deren Beseitigung ein Interesse der Fach- und Wettbewerbsverbände bestehen kann.

340

4. Verbraucherverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG)

Neben Mitbewerbern und Fach- und Wettbewerbsverbänden sind nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG auch qualifizierte Einrichtungen zur Verwirklichung eines lautereren Wettbewerbs berufen, wenn sie nachweisen können, dass sie in der Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG oder in dem Verzeichnis der EU-Kommission nach Art. 4 Abs. 3 der Unterlassungsklagen-RL eingetragen sind. Nr. 3 dient dabei der Umsetzung der Unterlassungsklagen-RL und bezweckt den „Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher durch zu ihrem Schutz berufene öffentliche Stellen“⁹⁶¹. Es handelt sich bei diesen Stellen letztlich um Verbraucherschutzeinrichtungen.⁹⁶² Die Eintragung in die genannten Listen wirkt zwar konstitutiv, befreit aber nicht von der Prüfung, ob die Prozessführung als satzungsmäßige Aufgabe zu qualifizieren ist.⁹⁶³ Umfasst sind von der Norm aus diesem Grund nur Ansprüche wegen Verstößen, die einen Bezug zu Verbraucherinteressen aufweisen.⁹⁶⁴ Eine darüber hinausgehende Rechtsverfolgung würde dem Satzungszweck der Einrichtungen ohnehin zuwiderlaufen.⁹⁶⁵ Nr. 3 bezieht sich dabei nicht nur auf inländische, sondern auch auf ausländische Verbraucherschutzeinrichtungen i. S. d. Unterlassungsklagen-RL, wobei deren Bedeutung derzeit äußerst gering ist.⁹⁶⁶ Es bleibt abzuwarten, ob sich das durch die Verbandsklagen-RL ändern wird.

341

Die Aktivlegitimation von Verbraucherverbänden wirft im Vergleich zu den anderen Verbänden des § 8 Abs. 3 UWG kaum Probleme innerhalb von Art. 80 DS-GVO auf.

342

UWG Rn. 289 f.; anders noch die 1. Aufl. 2019, wonach alles unter Abs. 3 Nr. 4 fällt.

⁹⁶⁰ Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555, 559; siehe zu diesem Erfordernis S. 39.

⁹⁶¹ BGH WRP 2018, 1452 Rn. 16 – Prozessfinanzierer; Köhler/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 3.52.

⁹⁶² Köhler/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 3.52; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 299.

⁹⁶³ BGH WRP 2019, 1182 Rn. 20, 28 – Umwelthilfe; vgl. BGH WRP 2010, 1143, 1144 – Gallardo Spyder; Meinhardt, WRP 2020, 1106 Rn. 15; vgl. auch Stadler, in:

Müller-Graf, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 23 zu § 4 UKlaG.

⁹⁶⁴ BGH GRUR 2016, 392 Rn. 17 – Buchungssystem II; KG GRUR-RR 2005, 359, 359 – Verbandsantragsbefugnis zum Dosenpfand; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 300 f.

⁹⁶⁵ BT-Drs. 15/1487, S. 23; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 309.

⁹⁶⁶ Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 315.

Der Schwerpunkt der datenschutzrechtlichen Verbandsklage wird daher – wie bisher – bei den Verbraucherverbänden liegen.

5. Kammern und Gewerkschaften (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG)

343 Zuletzt haben nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG Industrie- und Handelskammern, nach der Handwerksordnung errichtete Körperschaften des öffentlichen Rechts und andere berufsständische Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Vertretung selbstständiger beruflicher Interessen, eine Aktivlegitimation. Die strengeren Voraussetzungen der Nr. 2 und 3 gelten für die Kammern nicht.⁹⁶⁷ Die wesentliche Einschränkung für Kammern und Gewerkschaften stellt damit die Begrenzung auf den ihr zugewiesenen Aufgabenbereich dar.⁹⁶⁸ Die Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Vorgehens durch Erlass eines Verwaltungsaktes steht dabei jedenfalls einer zivilrechtlichen Durchsetzung über das Lauterkeitsrecht grundsätzlich nicht entgegen.⁹⁶⁹

a. Kammern

344 Zweifelhaft ist, ob Industrie-, Handels-, und Handwerkskammern eine Aktivlegitimation unter Berücksichtigung des Art. 80 DS-GVO zukommt. Das wird teilweise aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Eigenschaft verneint, denn die einzigen öffentlich-rechtlichen Stellen, die zur Rechtsdurchsetzung im Bereich des Datenschutzrechts tätig sein dürften, seien nach der Konzeption der DS-GVO die unabhängigen Aufsichtsbehörden.⁹⁷⁰ Industrie-, Handels-, und Handwerkskammern erfüllten jedoch nicht die hohen Anforderungen an die Unabhängigkeit einer Aufsichtsbehörde, weshalb sie nicht gegen Datenschutzverstöße vorgehen können sollen.⁹⁷¹

345 Diese Argumentationsstruktur erinnert an die Konstruktion des Primats der aufsichtsbehördlichen Rechtsdurchsetzung⁹⁷² und ist gleichsam verfehlt, denn Art. 80 Abs. 1 DS-GVO regelt abschließend die Voraussetzungen, die ein Verband aufweisen muss. Eine Einschränkung auf privatrechtlich verfasste Rechtssubjekte ist dort gerade nicht vorgesehen.⁹⁷³ Sie ergäbe auch keinen Sinn, da rein objektive Verstöße anders als durch die Aufsichtsbehörden ohnehin nicht durch die Kammern verfolgt

⁹⁶⁷ Vgl. *Hohlweck*, in: BÜSCHER, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 316.

⁹⁶⁸ *Hohlweck*, in: BÜSCHER, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 317.

⁹⁶⁹ Vgl. *Hohlweck*, in: BÜSCHER, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 318.

⁹⁷⁰ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 699 f.; *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 10; *Uebele*, WRP 2021, 11 Rn. 22; *Nettesheim*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 42 Rn. 84; zur Parallelnorm § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 23.

⁹⁷¹ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 699 f.; *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 10; *Uebele*, WRP 2021, 11 Rn. 22; zur Parallelnorm § 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 23.

⁹⁷² Zu dieser Argumentation → Rn. 289 ff.

⁹⁷³ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 5; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 80 DS-GVO Rn. 7; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 7.

werden könnten. Es ist daher unangebracht, von einer unzulässigen „Konkurrenz“⁹⁷⁴ zu den Aufsichtsbehörden auszugehen, da Art. 80 DS-GVO diese (eingeschränkte) Konkurrenz selbst vorsieht. Jene Kritik wäre nur angebracht, wenn den Kammern die Aufgabe als unabhängige Aufsichtsbehörde übertragen worden wäre, was nicht der Fall ist.

Gegen eine Aktivlegitimation der Kammern wird ferner vorgebracht, dass sie nicht ausreichend im Bereich des Datenschutzes tätig sind.⁹⁷⁵ Nachdem ein gewisser Umfang der Tätigkeit auf dem Gebiet des Datenschutzrechts nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO nicht vorausgesetzt wird, kommt es wie bei den Fach- und Wettbewerbsverbänden nicht auf eine Schwerpunktsetzung an.⁹⁷⁶ 346

Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass Kammern i. S. d. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG im Falle von Datenschutzverstößen aktivlegitimiert sind. Ob diese in Zukunft tatsächlich eine nennenswerte Rolle in diesem Bereich spielen werden, steht auf einem anderen Blatt. 347

b. Gewerkschaften

Die Aktivlegitimation für Gewerkschaften wurde durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs ausdrücklich in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG aufgenommen.⁹⁷⁷ Sie können grundsätzlich im Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes als Verband i. S. d. Art. 80 DS-GVO angesehen werden.⁹⁷⁸ Die Bedeutung dürfte sich jedoch in vielen Fällen auf die Beauftragung der Gewerkschaft durch den Betroffenen nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO beschränken, da Verstöße gegen Arbeitnehmerdatenschutznormen häufig keinen Marktbezug aufweisen und deshalb für lauterkeitsrechtliche Verbandsklagen nicht von Relevanz sind.⁹⁷⁹ Aufgrund der Voraussetzung eines kommerziellen Verarbeitungszwecks nach §§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11, 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG scheidet auch eine Verbandsklage nach dem UKlaG in diesen Fällen vielfach aus.⁹⁸⁰ 348

III. Verbraucher oder Betroffene

1. Grundsätzlich keine Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert sind nur die in § 8 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 UWG genannten Stellen.⁹⁸¹ Hieraus folgt, dass Verbraucher oder Betroffene im datenschutzrechtlichen Sinne Ansprüche aus dem UWG grundsätzlich nicht geltend machen können.⁹⁸² So konnte 349

⁹⁷⁴ Uebele, WRP 2020, 1187 Rn. 10.

⁹⁷⁵ Diese Frage lediglich aufwerfend Uebele, WRP 2020, 1187 Rn. 10; zweifelnd Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555, 559.

⁹⁷⁶ Siehe zu den Anforderungen allgemein → Rn. 95.

⁹⁷⁷ Hierzu BT-Drs. 19/12084, S. 27.

⁹⁷⁸ V. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 9; Becker, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; Boehm, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 80 DS-GVO Rn. 8; Neury/Lubitzsch, BB 2017, 2563, 2566; Wybitul/Rauer,

ZD 2012, 160, 164; Wybitul/Fladung, BB 2012, 509, 515; Kort, DB 2016, 711, 716.

⁹⁷⁹ → Rn. 360 ff.

⁹⁸⁰ → Rn. 782 ff.

⁹⁸¹ BT-Drs. 15/1487, S. 22; BGH WRP 2017, 700 Rn. 13 – Einwilligung in E-Mail-Werbung; Hohlwack, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 277; Fritzsche, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 164.

⁹⁸² BGH WRP 2017, 700 Rn. 13 – Einwilligung in E-

beispielsweise eine Anwaltskanzlei in dem der E-Mail-Werbung II-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt mangels konkreten Wettbewerbsverhältnisses keinen Anspruch auf Unterlassung aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG gegen den Versender von Newslettern mit Informationen für Kapitalanleger geltend machen.⁹⁸³ Es bleibt den nicht aktivlegitimierten Betroffenen jedoch unbenommen, die in § 8 Abs. 3 UWG genannten Stellen anzuregen, gegen den Verletzer vorzugehen.⁹⁸⁴ Im Übrigen sind die Betroffenen (DS-GVO) bzw. Teilnehmer (ePrivacy-RL) auf Individualrechtsschutz oder Beschwerden bei Aufsichtsbehörden verwiesen.⁹⁸⁵ Aufgrund der effektiveren Ausgestaltung des Individualrechtsschutzes dürfte dies ohnehin der bevorzugte Weg sein.

2. Schadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 2 UWG n. F.

- 350** Durch die Omnibus-RL⁹⁸⁶ wurde ein neuer Art. 11a in die UGP-RL eingefügt. Nach dessen Absatz 1 haben Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen. Das umfasst den Ersatz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrags. Durch das „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht“⁹⁸⁷ ist in § 9 Abs. 2 UWG n. F. ein entsprechender Schadensersatzanspruch für Verbraucher in deutsches Recht umgesetzt worden.⁹⁸⁸ Das ändert jedoch im Wesentlichen nichts am bestehenden System der Aktivlegitimation, das bisher ausschließlich auf die Stellen in § 8 Abs. 3 UWG beschränkt ist.
- 351** Stellen Datenschutzverletzungen damit zugleich unlautere geschäftliche Handlungen dar, kann den betroffenen Verbrauchern ein entsprechender Rechtsbehelf zur Seite stehen. Der Anspruch beschränkt sich aber nach § 9 Abs. 2 S. 2 UWG n. F. auf solche Verstöße, die in der UGP-RL vorgesehen sind und damit nicht auf die §§ 3a, 4 und 6 UWG sowie Anhang Nr. 32 n. F. Er verjährt innerhalb eines Jahres, § 11 Abs. 1

Mail-Werbung; *Hohlweck*, in: *Büschler, UWG*, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 277; *Wagner*, in: *MüKoBGB*, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 BGB Rn. 411; *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 47.

⁹⁸³ BGH WRP 2009, 1246, 1246 f. – E-Mail-Werbung II; *Hohlweck*, in: *Büschler, UWG*, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 277.

⁹⁸⁴ *Hohlweck*, in: *Büschler, UWG*, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 277.

⁹⁸⁵ *Fritzsche*, in: *Gloy/Loschelder/Dankwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 164; *Hohlweck*, in: *Büschler, UWG*, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 277.

⁹⁸⁶ Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. 11.2019 zur Änderung der

Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. L 328 S. 7.

⁹⁸⁷ V. 10.8.2021, BGBl. I S. 3504.

⁹⁸⁸ *Weiden*, NJW 2021, 2233 Rn. 21 ff.; *Alber*, IPRB 2021, 283; *Alexander*, GRUR 2021, 1445, 1449 ff.; *Büschler*, WRP 2022, 132 Rn. 7 ff.; *Rauer/Shchavelev*, GRUR-Prax 2022, 35; vgl. zum Refe *Birk*, GRUR-Prax 2020, 605; *Maafsen*, GRUR-Prax 2021, 7; *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 57 ff.; *Köhler*, WRP 2021, 129; *Glückner*, GRUR 2021, 919; zum RegE *Scherer*, WRP 2021, 561.

UWG n. F. Bedeutung erlangt die Norm, wenn Datenschutzverstöße gegen originäres Wettbewerbsrecht mit Ausnahme des Mitbewerberschutzes und der vergleichenden Werbung vorliegen.⁹⁸⁹ Denkbar ist insoweit, dass der Schaden in der Preisgabe von Daten liegt und diese damit im Wege der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) zu löschen sind.⁹⁹⁰

IV. Weitere teleologische Reduktion bei Individualbetroffenheit

Von der Frage der Erweiterung der Aktivlegitimation ist die Frage zu trennen, ob eine bestehende Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG in bestimmten Fällen teleologisch zu reduzieren ist. Dies wird einerseits im Rahmen von § 7 UWG aufgrund von Vorgaben der ePrivacy-RL befürwortet, andererseits in Fällen, in denen lediglich eine Individualbetroffenheit anzunehmen ist. 352

Eine unionsrechtskonforme Auslegung der Anspruchsberechtigung bei Verstößen gegen das Verbot der unzumutbaren Belästigung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.), wurde überwiegend und zurecht abgelehnt.⁹⁹¹ Es können demnach nicht nur betroffene natürliche und juristische Personen gerichtlich gegen den Verletzer vorgehen können, sondern – sofern im mitgliedstaatlichen Recht vorgesehen – auch Mitbewerber und Verbände. Jedoch bleibt zu beachten, dass das Rechtsschutzsystem nach Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL noch auf die DSRL verweist und somit gem. Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO nunmehr die Art. 77 ff. DS-GVO anzuwenden sind. Das hat zur Folge, dass im Falle eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) bei einer Verbandsklage stets Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zu beachten ist.⁹⁹² 353

Eine teleologische Reduktion von § 8 Abs. 3 UWG wird darüber hinaus befürwortet, wenn durch die rechtsverletzende geschäftliche Handlung ausschließlich Interessen eines konkreten Mitbewerbers betroffen sind.⁹⁹³ Das umfasst vor allem Verstöße gegen § 4 UWG und § 6 UWG. In diesen Fällen soll es dem betroffenen Mitbewerber obliegen, rechtliche Schritte einzuleiten oder von einer Rechtsverfolgung abzusehen.⁹⁹⁴ In dem bereits betrachteten aber seltenen Fall, dass eine Datenschutzverletzung lediglich einen einzelnen Mitbewerber betrifft,⁹⁹⁵ dürfte ein Anspruch für sonstige Mitbewerber und Verbände unter Zugrundelegung dieser Auffassung grund- 354

⁹⁸⁹ Hierzu noch ausführlich → Rn. 572 ff.

⁹⁹⁰ *Goldmann*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz*, UWG, 5. Aufl. 2021, § 9 UWG Rn. 77, 150; vgl. *Büscher*, WRP 2022, 132 Rn. 18.

⁹⁹¹ Zu dieser Argumentation → Rn. 22 ff.

⁹⁹² Siehe hierzu → Rn. 26 f.

⁹⁹³ BGH WRP 2016, 966 Rn. 21 – *Herrnhuter Stern*; BGH WRP 2011, 749, 750 – *Änderung der Voreinstellung III*; *Köhler/Fedderson*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 3.5a, 3.28;

Hohlweck, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 279; *a.A. Bornkamm*, GRUR 1996, 527, 530, welcher auf das konkrete Wettbewerbsverhältnis als Filter verweist.

⁹⁹⁴ *Köhler/Fedderson*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 3.5a.

⁹⁹⁵ Siehe hierzu → Rn. 329 ff.

sätzlich ausgeschlossen sein. Nachdem das UWG aber keine subjektiven Rechtspositionen zuweist, sondern Marktverhaltensrecht darstellt und einen Institutionenschutz bezweckt, ist diese einschränkende Ansicht überzeugenderweise abzulehnen.⁹⁹⁶

C. Geschäftliche Handlung

- 355 Die Verbotsnormen §§ 3, 7 UWG setzen stets eine geschäftliche Handlung voraus, was der Abgrenzung des Lauterkeitsrechts zum Deliktsrecht dient.⁹⁹⁷ Der Datenschutzverstoß muss demnach durch eine geschäftliche Handlung verursacht worden sein, um überhaupt den Anwendungsbereich des UWG zu eröffnen.⁹⁹⁸ Hierbei handelt es sich der Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG n. F. mit mehreren Klarstellungen) zufolge um jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale sollen im Folgenden aus datenschutzrechtlicher Perspektive näher betrachtet werden.

I. Verhalten

- 356 Der Verhaltensbegriff ist weit zu verstehen und umfasst jedes Tun oder Unterlassen, soweit dieses nur menschlich beherrschbar ist.⁹⁹⁹ Die DS-GVO sieht als zentrales Element – untechnisch gesprochen¹⁰⁰⁰ – ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ vor, enthält aber auch zahlreiche Handlungspflichten (z. B. Informationspflichten nach Art. 13 f. DS-GVO) für Verantwortliche, sodass Verantwortlichen nicht nur ein Tun, sondern auch ein Unterlassen vorgeworfen werden kann und damit ein Verhalten vorliegt.¹⁰⁰¹

II. Vor, bei oder nach Geschäftsabschluss

- 357 Das in Rede stehende Verhalten muss nach der Definition ferner vor, bei oder nach Geschäftsabschluss vorliegen. Der Begriff der geschäftlichen Handlung geht damit weiter als der frühere Anknüpfungspunkt der „Wettbewerbshandlung“.¹⁰⁰² Daten-

⁹⁹⁶ Jänich, Lauterkeitsrecht, 2019, § 10 Rn. 110; Jänich, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 4 Nr. 4 UWG Rn. 170.

⁹⁹⁷ V. Walter, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 775.

⁹⁹⁸ Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 2; Bähr, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG Rn. 44.

⁹⁹⁹ BGH NJW 1987, 121, 121 – Schädiger-Beweispflicht für behauptete Bewußtlosigkeit bei Schadensverursachung; Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2

UWG Rn. 19; einschränkend Isele, GRUR 2009, 727.

¹⁰⁰⁰ Diese Umschreibung als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt kritisierend Roßnagel, NJW 2019, 1.

¹⁰⁰¹ Vgl. Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 19.

¹⁰⁰² Hohhweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 87.

schutzverstöße können in jeder dieser Phasen auftreten, angefangen bei der Erhebung vor Geschäftsabschluss, über die Nutzung bis hin zur Löschung der personenbezogenen Daten nach Geschäftsabschluss. Werden Datenschutzerklärungen (Art. 13 f. DS-GVO) oder Einwilligungen (Art. 6 Abs. 1 lit. a, 7 f. DS-GVO) als allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert,¹⁰⁰³ kann deren öffentliche Zugänglichmachung im Internet eine Handlung vor Geschäftsabschluss darstellen, während das Einbringen in Vertragsverhandlungen ein Verhalten bei und das Berufen auf AGB ein Verhalten nach Geschäftsabschluss darstellt.¹⁰⁰⁴

III. Unternehmensbezug

Das Verhalten muss auch einen Bezug zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens aufweisen (sog. Unternehmensbezug). Unternehmerisches Handeln ist die „auf Dauer angelegte, selbstständige wirtschaftliche Betätigung“¹⁰⁰⁵, welche darauf zielt, entgeltlich Waren oder Dienstleistungen am Markt zu platzieren.¹⁰⁰⁶ Abzugrenzen sind insbesondere rein private¹⁰⁰⁷ oder amtliche¹⁰⁰⁸ Tätigkeiten. Bei rein privaten Tätigkeiten wäre ohnehin auf Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO zu achten, sodass insoweit schon kein Datenschutzverstoß in Betracht kommt, an den lauterkeitsrechtlich angeknüpft werden könnte.

Eine nur teilweise Umsetzung des Verbandsklagerechts nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO im UWG liegt darin, dass ein Unternehmensbezug bei öffentlichen Stellen mit Blick auf rein amtliche Tätigkeiten nicht anzunehmen ist, sodass ein Vorgehen gegen öffentliche Stellen nach dem UWG bereits am Vorliegen einer geschäftlichen Handlung scheitert.¹⁰⁰⁹

358

359

¹⁰⁰³ Siehe hierzu → Rn. 510 ff.

¹⁰⁰⁴ BGH WRP 2010, 1475, 1476 – Gewährleistungsauschluss im Internet; Köhler, GRUR 2010, 1047, 1048; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 50; Hohlwack, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 87; Härting, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1904; eine andere Frage ist, ob die §§ 305 ff. BGB Marktverhaltensregelungen i. S. d. § 3a UWG darstellen, → Rn. 515 ff.

¹⁰⁰⁵ Vgl. BGH NJW 2002, 368, 369 – Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Gesellschaften bürgerlichen Rechts; Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 27; Bähr, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG Rn. 41.

¹⁰⁰⁶ BGH WRP 2009, 967, 969 – Ohrclips; Lettl, Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. 2021, § 1 Rn. 117.

¹⁰⁰⁷ OLG Hamm MMR 2011, 537, 538 – Unternehmer-eigenschaft bei großer Anzahl auf einer Internetplattform verkaufter Schallplatten; Fischer, WRP 2008, 193; Köhler, WRP 2019, 1279 Rn. 42; Bähr, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG Rn. 46.

¹⁰⁰⁸ BGH WRP 2019, 317 Rn. 55 f. – Crailsheimer Stadtblatt II; BGH WRP 2018, 186 Rn. 23 – Eigenbetrieb Friedhöfe; Bähr, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Bd. 1, § 2 UWG Rn. 55; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 2.17; Köhler, WRP 2019, 1279 Rn. 42; Ahrens, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt, UWG, 5. Aufl. 2021, Einleitung Teil G Rn. 1025 ff.; Guilliard, GRUR 2018, 791; zum weitgehenden Begriff des Gewerbetreibenden nach Art. 2 lit. b UGP-RL EuGH WRP 2013, 1454 Rn. 32 ff. – BKK Mobil Oil/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs; Möller, NJW 2020, 3358 Rn. 7; vgl. auch Weichert, VuR 2006, 377, 380.

¹⁰⁰⁹ V. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 22; v. Lewinski, in: Rüpkv/v. Lewinski/Eckhardt, Datenschutzrecht, 2018, § 23 Rn. 54; vgl. zu den §§ 12 bis 26 BDSG a. F. Schaffert, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 470.

IV. Marktbezug

1. Umschreibung

360 Ein Marktbezug, also die Außenwirkung der Handlung,¹⁰¹⁰ liegt vor, wenn sie mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht wird ab dem 28.5.2022 zusätzlich zum objektiven auch ein unmittelbarer Zusammenhang verlangt. Zudem gelten nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 2 UWG n. F. nun ausdrücklich digitale Inhalte als Waren und digitale Dienstleistungen als Dienstleistungen.¹⁰¹¹

a. Objektiver Zusammenhang

361 Das Verhalten muss objektiv eine Einwirkung auf die geschäftliche Entscheidung von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern hinsichtlich des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen zum Ziel haben.¹⁰¹² Eine geschäftliche Entscheidung ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n. F.) jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden.¹⁰¹³ Umfasst sind hiervon auch unmittelbar zusammenhängende Entscheidungen, wie

¹⁰¹⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 34 f.

¹⁰¹¹ Vgl. hierzu Alexander, WRP 2021, 136 Rn. 15 ff.

¹⁰¹² BGH WRP 2013, 1183 LS 1 – Standardisierte Mandatsbearbeitung; vgl. auch EuGH GRUR 2013, 1245

Rn. 37 – RLvs/Stuttgarter Wochenblatt; Lettl, Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. 2021, § 1 Rn. 124; v. Walter, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 775.

¹⁰¹³ Hierzu Alexander, in: FS Ahrens, 2016, S. 17, 24 ff.

das Betreten eines Geschäfts,¹⁰¹⁴ das Aufsuchen einer Internetseite¹⁰¹⁵ oder die Erteilung einer Einwilligung in den Erhalt von Werbung^{1016, 1017} Da der Zusammenhang lediglich objektiv sein muss, reicht es aus, dass das inkriminierte Verhalten objektiv auf die Förderung zielt.¹⁰¹⁸

b. Unmittelbarer Zusammenhang

Erläuterungsbedürftig ist, was unter dem unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Verhalten und der Förderung des Absatzes oder Bezugs des eigenen oder fremden Unternehmens zu verstehen ist. Der deutsche Gesetzgeber wollte bei dieser jüngsten Ergänzung (klarstellend) die deutsche Definition an Art. 2 lit. d UGP-RL angleichen.¹⁰¹⁹ Nach Erwägungsgrund 7 S.1 bezieht sich die UGP-RL auf Geschäftspraktiken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen. Dementsprechend könnte auf den ersten Blick anzunehmen sein, dass insgesamt eine streng kausale Betrachtungsweise (auch im überschießenden deutschen Recht) vorzunehmen ist, die Ursachenketten zwischen Handlung und Absatzförderung von der Definition der Geschäftspraktik und damit von einer Regulierung ausnimmt.

Erwägungsgrund 7 S. 1 UGP-RL darf allerdings nicht isoliert betrachtet werden: Nach dem sich anschließenden Erwägungsgrund 7 S. 2 UGP-RL bezieht sich die UGP-RL nicht auf Geschäftspraktiken, die vorrangig anderen Zielen dienen, wie etwa bei kommerziellen, für Investoren gedachten Mitteilungen, wie Jahresberichten und Unternehmensprospekten. Hieraus wird deutlich, was mit dem Merkmal der Unmittelbarkeit tatsächlich gemeint ist: Es geht schlicht um die Aussonderung von Ver-

362

363

¹⁰¹⁴ EuGH WRP 2014, 161 Rn. 35 f. – Trento Sviluppo u. a./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; BGH WRP 2019, 874 Rn. 29 – Energieeffizienzklasse III; vgl. *Alexander*, in: FS Ahrens, 2016, S. 17, 22; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.4.

¹⁰¹⁵ BGH WRP 2019, 874 Rn. 29 – Energieeffizienzklasse III; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.4.

¹⁰¹⁶ OLG Köln NJW 2010, 90, 90 – Rückgewinnungsschreiben an früheren Stromkunden; *Köhler*, WRP

2014, 259 Rn. 11; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 159; *Weichert*, VuR 2006, 377, 380; *Keller*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt*, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 227; wohl auch Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 4.2.7.

¹⁰¹⁷ Ausführlich *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 156 ff.; *Alexander*, in: FS Ahrens, 2016, S. 17.

¹⁰¹⁸ *Bähr*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG Rn. 107.

¹⁰¹⁹ BT-Drs. 19/27873, S. 32.

haltensweisen, die primär anderen Zwecken als der Absatzförderung dienen, Verbraucher also insoweit allenfalls nur mittelbar beeinträchtigt werden.¹⁰²⁰ Diese Verhaltensweisen wurden bereits unter der bisherigen Rechtslage unter dem Merkmal des objektiven Zusammenhangs behandelt, sodass sich keine Änderung der Rechtslage ergibt.¹⁰²¹ Der BGH führt insoweit aus: „Weltanschauliche, wissenschaftliche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen von Unternehmen oder anderen Personen, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung stehen, unterfallen demnach nicht dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.“¹⁰²² Das wird unterstrichen von der Umschreibung der kommerziellen Mitteilung in der Definition der Geschäftspraktik, welche wie Art. 2 lit. f E-Commerce-Richtlinie auszulegen ist und folglich auch die mittelbare Förderung des Absatzes genügen lässt und damit nicht zu einer engen Auslegung des Unmittelbarkeitskriteriums passen würde.¹⁰²³ Gleiches zeigt Art. 6 Abs. 1 lit. c UGP mit seinem Abstellen auf Sponsoring, das ebenfalls nur mittelbar der Absatzförderung dient.¹⁰²⁴ Letztlich führt das Unmittelbarkeitskriterium also nicht dazu, dass Ursachenketten lauterkeitsrechtlich irrelevant sind.¹⁰²⁵

2. Abgrenzung von lediglich betriebsinternen Verhaltensweisen

364 Das lauterkeitsrechtlich zu untersuchende Verhalten muss dabei zur Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder des Abschlusses oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv geeignet sein und darf sich nicht in der Beeinflussungsabsicht erschöpfen.¹⁰²⁶ Auszu-sondern sind insbesondere Verhaltensweisen, die lediglich betriebsintern ablaufen.¹⁰²⁷ In diesen Fällen ist die Handlung bereits nicht darauf gerichtet, auf geschäft-

¹⁰²⁰ *Bähr*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG Rn. 104; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 69.

¹⁰²¹ *Bähr*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG Rn. 110; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 4; vgl. etwa jüngst BGH WRP 2021, 1415 Rn. 30 – Influencer I m. w. N.

¹⁰²² BGH WRP 2021, 1415 Rn. 30 – Influencer I m. w. N.

¹⁰²³ *Köhler*, WRP 2007, 1393, 1395; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 47; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 69.

¹⁰²⁴ *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 69.

¹⁰²⁵ *Bähr*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG

Rn. 110; *Köhler*, WRP 2007, 1393, 1395; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 47; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 69; vgl. *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 19.

¹⁰²⁶ *Lettl*, Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. 2021, § 1 Rn. 124; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 35.

¹⁰²⁷ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 4; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 776; *Weichert*, VuR 2006, 377, 381; *Bähr*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG Rn. 39; denkbar bleibt ein vorbeugender Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 2 UWG, welcher sich auf die spätere geschäftliche Handlung bezieht, vgl. *Bähr*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG Rn. 113; hierzu *Kessen*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019,

liche Entscheidungen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern einzuwirken.¹⁰²⁸ Bevor der Frage nach dem Marktbezug der möglichen Marktverhaltensregelung nachgegangen wird, ist demnach für jeden Einzelfall zu klären, ob überhaupt ein Marktbezug der inkriminierten Handlung vorliegt.¹⁰²⁹ Gerade dieser Aspekt erweist sich im Datenschutzrecht als problembehaftet, da eine Datenverarbeitung aus Sicht der Marktteilnehmer häufig nicht nach außen tritt.¹⁰³⁰

a. Intern wirkende Pflichten aus der DS-GVO

So wirken die Pflichten zur Ergreifung technisch-organisatorischer Maßnahmen (Art. 24 f., 32 DS-GVO), zur vorherigen Konsultation der Aufsichtsbehörden (Art. 36 DS-GVO) oder zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten (Art. 37 ff. DS-GVO) grundsätzlich nur betriebsintern, auch wenn durch Verstöße nicht unerhebliche Kostenersparnisse des Verantwortlichen und damit ein Wettbewerbsvorsprung denkbar sind.¹⁰³¹ Die Einschaltung eines Auftragsverarbeiters nach Art. 28 f. DS-GVO in die Verarbeitungstätigkeit ändert hieran nichts, da es bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise keinen Unterschied macht, ob der verantwortliche Unternehmer selbst oder durch einen Dritten die Verarbeitung vornimmt.¹⁰³² Auf einem anderen Blatt steht, ob nicht Abweichungen von der Norm im Rahmen von Informationspflichten offengelegt werden müssen.¹⁰³³

365

b. Verarbeitung zu kommerziellen Zwecken

aa. Erhebung

Sobald und soweit die Datenverarbeitung hingegen zu kommerziellen Zwecken erfolgt, Daten also als Wirtschaftsgut („asset“) zu betrachten sind, lässt sich der Marktbezug vielfach herstellen.¹⁰³⁴ In diese Richtung äußert sich etwa die Kommission in

366

Kap. 10 Rn. 13 f.; *Achilles*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 1 Rn. 20; *Ullmann*, WRP 1996, 1007, 1008.

¹⁰²⁸ *V. Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 776.

¹⁰²⁹ *V. Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 775 f.

¹⁰³⁰ *Hoeren/Liitkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 113 f.; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 4; zum Profiling *Johne*, Verdeckte Verbraucherprofile, 2016, 253 f.

¹⁰³¹ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 4; v. *Lewinski*, in: Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt, Datenschutzrecht, 2018, § 23 Rn. 59; zu BDSG a. F. *Hoeren/Liitkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 122; *Weichert*, VuR 2006, 377, 381; *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 468 f.; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 777.

¹⁰³² *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 143.

¹⁰³³ → Rn. 371.

¹⁰³⁴ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 27; *Hassel-*

blatt/Gregor, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 93 f.; *Metzger*, GRUR Int. 2015, 687, 691; *Hoeren/Liitkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 119; *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 269; OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; KG CR 2014, 319, 326 – Rechtsverstöße durch Tell-a-friend-Funktion; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tollkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 227; *Picht*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tollkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 4a UWG Rn. 90; einschränkend *Brinkmann*, Marktmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 2018, S. 63; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 776; vgl. auch Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung

ihrer Empfehlung über die Auslegung der UGP-RL: „Die Möglichkeit derartiger Verstöße gegen die Privatsphäre und den Datenschutz sollte jedoch berücksichtigt werden, wenn geprüft wird, ob Geschäftspraktiken nach der UGPRL insgesamt als unlauter zu bewerten sind. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen ein Gewerbetreibender Verbraucherdaten unter Verstoß gegen Privatsphäre- und Datenschutzvorschriften verarbeitet [beispielsweise für Zwecke der Direktwerbung oder für sonstige kommerzielle Zwecke wie etwa Profiling, personenbezogene Preisgestaltung oder Anwendungen unter Nutzung von Massendaten [Big Data]].“¹⁰³⁵ Insoweit ist es bereits die Erhebung und die spätere Verwendung personenbezogener Daten, die nach außen tritt.¹⁰³⁶ Das betrifft vor allem eine Verarbeitung zu Zwecken der Werbung, denn diese dient der Absatzförderung.¹⁰³⁷ So hat der BGH die Erhebung von personenbezogenen Daten durch eine Krankenkasse im Rahmen eines Gewinnspiels als geschäftliche Handlung eingestuft.¹⁰³⁸ Auch die Nutzung von Kontaktformularen zur Gewinnung von Kunden wurde in der Rechtsprechung als geschäftliche Handlung erachtet.¹⁰³⁹ Beispielhaft kann ferner die Erhebung von Daten aus gesetzten Cookies genannt werden.¹⁰⁴⁰

bb. Rein interne Verarbeitungsschritte

367 Die weiteren Verarbeitungsvorgänge nach der Erhebung, wie Speichern, Verändern oder Löschen, dürften demgegenüber als solche nicht den notwendigen Marktbezug

und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10; Helberger/Borgesius/Reyna, CMLR 54 (2017), 1427, 1430 f.

¹⁰³⁵ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

¹⁰³⁶ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 5; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 776; BGH WRP 2014, 835 Rn. 16 – Nordjob-Messe; OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 Rn. 7 – Vertragsnachbearbeitung; *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 142; *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 269; **a.A.** *Hosser*, Verbesserung des Teledienstedatenschutzes im nicht öffentlichen Bereich durch die Ansprüche nach § 2 UKlaG, §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG, 2008, S. 220 f.

¹⁰³⁷ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 4; *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 28; *Ohly*, GRUR 2019, 686, 690 f.; *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48

Rn. 93 f.; *Hoeren/Liitkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 119; OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 Rn. 7 – Vertragsnachbearbeitung; OLG Köln WRP 2014, 733 Rn. 9 – Anlegerbrief; KG CR 2014, 319, 326 – Rechtsverstöße durch Tell-a-friend-Funktion; OLG Köln NJW 2010, 90, 90 – Rückgewinnungsschreiben an früheren Stromkunden; *Schröder*, ZD 2012, 331, 332; *Graf v. Westerholt*, in: FS Beier, 1996, S. 561, 568; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 783; *Brinkmann*, Marktmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 2018, S. 63; *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 142.

¹⁰³⁸ BGH WRP 2014, 835 Rn. 16 – Nordjob-Messe.

¹⁰³⁹ OLG Köln WRP 2016, 885 Rn. 20 – Datenschutzhinweise in Kontaktformularen.

¹⁰⁴⁰ *Mankowski*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 1, 3. Aufl. S 12 Rn. 239, 240 f.; *Tochtermann*, ZdiW 2021, 303, 306; weitergehend *Himmels*, Behavioral Targeting im Internet - Datenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, 2013, S. 131 sieht bereits in der Setzung von Cookies einen hinreichenden Marktbezug.

aufweisen, denn sie sind regelmäßig nicht (mehr) dazu geeignet, auf die geschäftliche Entscheidung der Marktteilnehmer einzuwirken.¹⁰⁴¹ Beispielhaft kann die interne Verarbeitung von Kundendaten zur Profilbildung genannt werden, wobei deren Nutzung, z. B. für Werbung, wieder nach außen wirken kann.¹⁰⁴² Aufgrund dieser Einschränkung fallen zahlreiche Fälle der Datenverarbeitung mangels eines hinreichenden Marktbezugs zunächst aus dem Anwendungsbereich des UWG heraus.¹⁰⁴³

cc. (Wieder-)Herstellung eines Marktbezugs

(1) Verlautbaren von Verhaltenskodizes

An sich rein betriebsinterne Handlungen können wieder einen Marktbezug aufweisen, wenn auf Grundlage einer Selbstregulierung eine bestimmte datenschutzrechtliche Verfahrensweise kommuniziert wird, insbesondere in Form werblicher Aussagen. Hierdurch wird der notwendige Außenbezug hergestellt, denn es wird objektiv auf die geschäftliche Entscheidung eingewirkt.¹⁰⁴⁴ In diesen Fällen ist wieder Raum für die Anwendung der Unlauterkeitstatbestände, wie etwa § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 1 und 3¹⁰⁴⁵ § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 UWG¹⁰⁴⁶ (§ 5 Abs. 2 Nr. 6 UWG n. F.) zeigen.

368

(2) Verlautbaren im Rahmen von Informationspflichten

Weitergehend zwingt die DS-GVO Verantwortliche ganz generell dazu, viele Informationen im Hinblick auf die Verarbeitungstätigkeit offenzulegen. Das folgt insbesondere aus den Informationspflichten nach Art. 13 DS-GVO. Mit dem Absatz hängt insoweit auch die Bereitstellung oder Nichtbereitstellung datenschutzrechtlicher Informationspflichten gegenüber potenziellen Abnehmern und Nachfragern objektiv zusammen.¹⁰⁴⁷ Aus diesem Grund kann mittels der erforderlichen Datenschutzerklärung der notwendige Marktbezug hergestellt werden: Werden Daten nicht im Einklang mit der DS-GVO (weiter-)verarbeitet, so müsste dies im Rahmen der Pflichtinformationen kommuniziert werden. Zweck dieser Informationen ist es nämlich gerade, dass der Betroffene die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung überprüfen

369

¹⁰⁴¹ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 4; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 776; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 31a, 39; *Rataj*, Einfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf den einfachgesetzlichen Datenschutz, 2017, S. 261 f.; *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 273 f.; *Hosser*, Verbesserung des Telemediendatenschutzes im nicht öffentlichen Bereich durch die Ansprüche nach § 2 UKlaG, §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG, 2008, S. 221; weitergehend *Weichert*, VuR 2006, 377, 381, welcher auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz abstellt.

¹⁰⁴² *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 274; *Johne*, Verdeckte Verbraucherprofile, 2016, 253 f.

¹⁰⁴³ *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 43.

¹⁰⁴⁴ *Himmels*, Behavioural Targeting im Internet – Datenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, 2013, S. 132; vgl. auch *Henning-Bodewig*, WRP 2010, 1094, 1103; *Buxel*, DuD 2002, 401, 401.

¹⁰⁴⁵ → Rn. 575 ff.

¹⁰⁴⁶ → Rn. 589.

¹⁰⁴⁷ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 5; implizit Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

und notfalls hierauf reagieren kann.¹⁰⁴⁸ Werden die Informationen überhaupt nicht erteilt, werden diese zwar erteilt, aber Angaben, die einen Datenschutzverstoß begründen, verschwiegen oder werden Angaben diesbezüglich sonst wie irreführend erteilt, wäre der Weg zum UWG eröffnet, unabhängig davon, ob die Verarbeitung als solche betriebsintern abläuft.

- 370** Inwieweit eine lauterkeitsrechtliche Kontrolle möglich ist, hängt maßgeblich (aber nicht ausschließlich) von der Reichweite von Art. 13 DS-GVO ab. Anders formuliert: Je nichtssagender und oberflächlicher die zu erteilenden Informationen sein dürfen, desto geringer ist tendenziell der Anknüpfungspunkt für das UWG. Aus Sicht der Praxis ist zu konstatieren, dass die Informationspflichten weitestgehend ihren Zweck verfehlen: Als Negativbeispiel ist etwa zu nennen, dass selten bestimmte Daten einem bestimmten Verarbeitungszweck zugeordnet werden. Entsprechend folgt häufig einer Auflistung von Kategorien personenbezogener Daten inkonnex eine Auflistung bestimmter Zwecke (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. c DS-GVO). Ähnlich einem Steckbaukasten darf sich der Betroffene dann herausuchen, ob die Zwecke irgendwie mit den Kategorien personenbezogener Daten zu vereinbaren sind. Ermitteln lassen sich so nur vollkommen illegitime Zweckbestimmungen, die – im Gegensatz zu den Mitteln der Zweckerreichung – nur in seltenen Fällen rechtswidrig sein dürften. Daneben ist nach Art. 13 Abs. 3 DS-GVO bei späteren Änderungen grundsätzlich nur bei einer Zweckänderung (Art. 6 Abs. 4 DS-GVO) zu informieren, sodass die Betroffenen im Falle späterer Änderungen einer vorher zutreffenden Information nicht zu informieren wären. Insoweit ist abzuwarten, ob aus Art. 13 DS-GVO oder dem Transparenzgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO) ungeschriebene Informationspflichten hergeleitet werden können, wofür jedenfalls bei besonders relevanten Änderungen (z.B. Übermittlung in ein unsicheres Drittland, automatisierte Entscheidungsfindung etc.) viel spricht.¹⁰⁴⁹

(3) Informationen über ungewöhnliche, intransparente bzw. rechtswidrige Datenverarbeitung

- 371** Über Art. 13 DS-GVO hinausgehend ist denkbar, dass sich genuin lauterkeitsrechtliche Informationspflichten aus § 5a Abs. 2 UWG (= § 5a Abs. 1 UWG n. F.) herleiten lassen. Insoweit kann argumentiert werden, dass sich Betroffene grundsätzlich auf die Rechtstreue der Verantwortlichen verlassen dürfen und eine Abweichung in Form eines Datenschutzverstoßes vom Verantwortlichen kommuniziert werden

¹⁰⁴⁸ *Bäcker*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 13 DS-GVO Rn. ; 8; implizit Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer

1.2.10.

¹⁰⁴⁹ Überzeugend *Bierekoven*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil III Rn. 33, welche Art. 13 Abs. 3 DS-GVO ggfs. analog anwenden möchte.

muss. Das wird etwa bereits mit Blick auf § 5a Abs. 3 Nr. 4 UWG (= § 5b Abs. 1 Nr. 4 UWG n. F.) hinsichtlich der Verwendung unwirksamer oder auch nur ungewöhnlicher AGB als Abweichung von der unternehmerischen Sorgfalt¹⁰⁵⁰ angenommen. Hiervon können auch vorformulierte Datenschutzerklärungen und Datenschutzhinweise umfasst sein.¹⁰⁵¹ Aber auch im Rahmen des allgemeineren § 5a Abs. 2 UWG (= § 5a Abs. 1 UWG n. F.) kann bei intransparenten Datenverarbeitungen eine Informationspflicht hergeleitet werden.¹⁰⁵² In solchen Fällen ist damit der Weg ins UWG eröffnet.

(4) Verlautbarung von Informationen in erteilten Auskünften

Ein Marktbezug der Handlung und damit eine geschäftliche Handlung ist auch bei einer Auskunftserteilung nach Art. 15 DS-GVO denkbar. Der Marktbezug ist insbesondere deshalb denkbar, weil es ausreichend ist, den Kundenstamm zu erhalten.¹⁰⁵³ Denn auch hierdurch wird der (weitere) Absatz gefördert. Das ist bei fehlender, unzutreffender oder falscher Auskunftserteilung durchaus möglich. Hierzu ein simples Beispiel: Veräußert etwa der Unternehmer – sei zulässig oder unzulässig – die Daten seines Vertragspartners an einen oder mehrere Adresshändler, mag dies ein berechtigter Anlass sein, den Vertragspartner auszuwechseln. Eine fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Erteilung der Auskunft verhindert oder beeinflusst hierbei potenziell die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, was gleichzeitig den eigenen Absatz fördert.

372

dd. Offenlegung

Fälle der Offenlegung von personenbezogenen Daten zeitigen ohne Weiteres wieder eine Außenwirkung und können auch der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen dienen.¹⁰⁵⁴ So weist der Datenhandel, z. B. in Form des Adresshandels¹⁰⁵⁵ oder das Auskunftfeiwesen¹⁰⁵⁶, einen Marktbezug auf.¹⁰⁵⁷ Insoweit wird der eigene und fremde Wettbewerb gefördert.¹⁰⁵⁸

373

¹⁰⁵⁰ Vgl. zur unternehmerischen Sorgfalt im Datenschutzkontext → Rn. 653 ff.

¹⁰⁵¹ → Rn. 614.

¹⁰⁵² → Rn. 585 f.

¹⁰⁵³ BGH GRUR 1959, 488 – Konsumgenossenschaften; BGH GRUR 1970, 465 – Prämie; BGH GRUR 1986, 615 – Reimportierte Kraftfahrzeuge; KG GRUR-RR 2005, 162, 162 – Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken bei Ankündigung von Vortragstour eines Arztes; *Birk*, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, S. 17 Rn. 82.

¹⁰⁵⁴ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 4; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 31a, 39; *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 143; *Hosser*, Verbesserung des Tele- dienstedatenschutzes im nicht öffentlichen Bereich

durch die Ansprüche nach § 2 UKlaG, §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG, 2008, S. 230.

¹⁰⁵⁵ OLG Stuttgart GRUR-RR 2007, 330, 331 – Weitergabe von Kundendaten; *Graf v. Westerholt*, in: FS Beier, 1996, S. 561, 568; *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 143.

¹⁰⁵⁶ *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 471; so noch *Metzger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 184.

¹⁰⁵⁷ *Hoeren/Lütkeheier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 119; *Ohly*, GRUR 2019, 686, 690 f.; *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 275.

¹⁰⁵⁸ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 275.

c. Setzen von Cookies und Ausspielen von (Tracking-)Skripten

- 374 Oben wurde bereits festgestellt, dass das Auslesen von Informationen aus Cookies eine geschäftliche Handlung darstellt.¹⁰⁵⁹ Für Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL bzw. deren Umsetzung in § 25 TTDSG stellt sich aber zeitlich vorgelagert die Frage, ob bereits das Setzen von Cookies bzw. Ausspielen von Skripten auf das Endgerät einen Marktbezug aufweist. Diese Frage ist zu bejahen, denn der Marktbezug erfordert nicht, dass keine Zwischenschritte mehr erforderlich sind, sondern nur, dass das inkriminierte Verhalten typischerweise im Zusammenhang mit der Absatzförderung steht, was aufgrund der intendierten Auslesung der Information von den Endgeräten der Nutzer in kommerziellen Kontexten – insbesondere im Bereich der personalisierten Werbung – kaum zu verneinen ist.¹⁰⁶⁰

d. Komplex des Arbeitnehmerdatenschutzes

- 375 Als Beispiel für eine rein betriebsinterne Datenverarbeitung wird vielfach auch die Erhebung von Arbeitnehmerdaten¹⁰⁶¹ oder deren Verarbeitung, z. B. zur Korruptionsbekämpfung,¹⁰⁶² genannt. So kann eine rechtswidrige Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten (z.B. Herstellung von Überwachungsdruck) vielleicht zu Effizienzsteigerungen führen, es fehlt jedoch an dieser Stelle, anders als bei dem späteren Absatz oder der Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen, der Bezug zum Absatz- oder Beschaffungsmarkt.¹⁰⁶³
- 376 Dennoch kann dieser Befund nur eine Richtschnur darstellen und nur vorbehaltlich eines abweichenden Einzelfalls gelten. Wird etwa die Einstellung von Arbeitnehmern als Nachfrage nach deren Dienstleistungen nicht nur als reines Betriebsinterne des Unternehmens betrachtet,¹⁰⁶⁴ wäre auch insoweit eine geschäftliche Handlung denkbar, auch wenn dieser Bereich dem Arbeitnehmerdatenschutz zugerechnet wird (vgl. § 26 Abs. 8 S. 2 BDSG). Auch die Kontaktaufnahme zum Zwecke der Abwerbung verlässt den betriebsinternen Bereich.¹⁰⁶⁵ Damit könnten datenschutzwidrige Maßnahmen im Zusammenhang mit der (versuchten) Abwerbung und der Einstellung von Arbeitnehmern durchaus lauterkeitsrechtlich relevant werden.

¹⁰⁵⁹ → Rn. 366

¹⁰⁶⁰ Vgl. *Bähr*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 2 UWG Rn. 102 ff.; zum Unmittelbarkeitskriterium der geschäftlichen Handlung → Rn. 362 f.

¹⁰⁶¹ *Graf v. Westerholt*, in: FS Beier, 1996, S. 561, 568; *Hoeren/Lütke-meier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 120; *Weichert*, VuR 2006, 377, 380; vgl. auch *Sack*, WRP 2004, 1307, 1310; *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 139, 143.

¹⁰⁶² *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 93 f.

¹⁰⁶³ Vgl. *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 39.

¹⁰⁶⁴ So etwa *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 120; *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 63; *Schloßer*, WRP 2004, 145, 146; *a. A. Köhler*, GRUR 2004, 381, 383.

¹⁰⁶⁵ BGH GRUR 2008, 262, 262 f. – Direktansprache am Arbeitsplatz III; BGH GRUR 2006, 426, 427 – Direktansprache am Arbeitsplatz II; BGH GRUR 2004, 696, 697 – Direktansprache am Arbeitsplatz; LG Heidelberg MMR 2012, 607 – Unlauteres Abwerben über

e. Nutzung von AGB

Im Hinblick auf datenschutzrechtliche Einwilligungen und Informationspflichten stellen sich AGB-rechtliche Fragestellungen.¹⁰⁶⁶ Das Verwenden von AGB weist einen Marktbezug auf, denn diese beeinflussen, unter welchen Bedingungen ein Geschäft abgeschlossen werden soll und betreffen damit eine geschäftliche Entscheidung.¹⁰⁶⁷ Das gilt bereits für das Veröffentlichen von AGB im Internet.¹⁰⁶⁸ Bei einer Veröffentlichung im Internet kann der Vertragspartner nämlich davon abgebracht werden, die ihm zustehenden Rechte geltend zu machen.¹⁰⁶⁹

377

D. Rechtsbruchtatbestand (§ 3a UWG)

Liegt eine geschäftliche Handlung vor, ist danach zu fragen, ob sie einen Unlauterkeitstatbestand erfüllt. Wesentlicher Anknüpfungspunkt für die lauterkeitsrechtliche Durchsetzung datenschutzrechtlicher Normen ist naheliegenderweise der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG als „Transformationsnorm“. Hiernach handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG = § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG n. F.) das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Die Einstufung von datenschutzrechtlichen Vorschriften i. S. d. § 3a UWG würde als „Einfallstor“¹⁰⁷⁰ eine besonders „breite horizontale Kontrollmöglichkeit“¹⁰⁷¹ eröffnen, die neben die Durchsetzung durch Datenschutzaufsichtsbehörden im Vertikalverhältnis tritt.

378

Im Grundsatz ist im Rahmen des Rechtsbruchtatbestands anzunehmen, dass das Durchsetzungssystem der Primärnorm selbstständig neben die lauterkeitsrechtliche Durchsetzung tritt und beide sich gegenseitig ergänzen.¹⁰⁷² Rechtsauffassungen von eventuell bestehenden Aufsichtsbehörden sind für die lauterkeitsrechtliche Prüfung eines Verstoßes nicht bindend.¹⁰⁷³ Eine Verfolgung von Verstößen über das UWG

379

XING; Werner, in: Arnold/Günther, Arbeitsrecht 4.0, 2. Aufl. 2022, § 5 Rn. 168.

¹⁰⁶⁶ Siehe hierzu → Rn. 510 ff.

¹⁰⁶⁷ BGH WRP 2010, 1475, 1476 – Gewährleistungsaus-schluss im Internet; Köhler, GRUR 2010, 1047, 1048; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 50 sowie § 3a UWG Rn. 1.287; Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 2518; Holtz, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, 2010, S. 127 ff.

¹⁰⁶⁸ Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 2 UWG Rn. 26; Ebert-Weidenfeller, in: Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 2017, § 12 Rn. 97; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 50 sowie § 3a UWG Rn. 1.287; Fezer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG,

Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG Rn. 128h.

¹⁰⁶⁹ BGH WRP 2010, 1475, 1476 – Gewährleistungsaus-schluss im Internet.

¹⁰⁷⁰ Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 5; Härting/Dag, IPRB 2018, 253, 253; Härting/Strubel, IPRB 2011, 231, 231; Härting/Thiess, IPRB 2014, 275, 275.

¹⁰⁷¹ Barth, WRP 2020, 118 Rn. 1.

¹⁰⁷² BGH WRP 2019, 327 Rn. 24 – Über Black II; BGH WRP 2018, 1189 Rn. 10 – Ersatzteilinformation; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 51; Metzger/Eichelberger, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 24; vgl. auch Alexander, in: Säcker/Schmidt-Preuß, Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, 2015, S. 119.

¹⁰⁷³ BGH WRP 2019, 327 Rn. 24 – Über Black II; vgl.

scheidet indes aus, wenn das Durchsetzungssystem der Primärnorm eine abschließende Regelung der Rechtsfolgen enthält.¹⁰⁷⁴ Das ist beispielsweise beim Kartellrecht¹⁰⁷⁵ und beim Buchpreisbindungsgesetz¹⁰⁷⁶ der Fall.¹⁰⁷⁷ Wie bereits im letzten Kapitel herausgearbeitet wurde, sperrt die DS-GVO Mitbewerberklagen nach UWG nicht und ermöglicht in den Grenzen des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ausdrücklich Verbandsklagen. Die Einschränkungen des Art. 80 Abs. 2 SD-GVO sind für Verbände jedoch nur beachtlich, wenn das Datenschutzrecht unmittelbar Anknüpfungspunkt ist.¹⁰⁷⁸ Ein Rückgriff auf § 3a UWG im Falle von Datenschutzverstößen ist deshalb grundsätzlich möglich.

- 380** Ob und welche Datenschutzrechtverstöße aber den Tatbestand des § 3a UWG erfüllen, war lange Zeit umstritten und ist bis heute nicht abschließend geklärt. Im Folgenden soll zunächst die Entwicklung des § 3a UWG mit seinen datenschutzrechtlichen Implikationen dargestellt werden, die zahlreiche Parallelen zur gegenwärtigen Diskussion zeigt und deren Argumente teilweise unter der neuen Rechtslage noch fruchtbar gemacht werden können.

I. Datenschutzverstöße als Rechtsbruch im UWG a. F.

1. Datenschutzverstöße als Verstoß gegen § 1 UWG [1909]

- 381** Die ersten ernst zu nehmenden Diskussionen um die lauterkeitsrechtliche Sanktionierung von Datenschutzverstößen reichen zurück in die Neunzigerjahre.¹⁰⁷⁹ Maßgebliche Verbotsnorm des Lauterkeitsrechts war zu dieser Zeit die „große Generalklausel“ des § 1 UWG [1909]. Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornahm, die gegen die guten Sitten verstießen, konnte hierauf auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Die wesentliche Frage war demnach, ob ein Datenschutzverstoß gleichzeitig auch gegen die guten Sitten verstieß.¹⁰⁸⁰ Sittenwidrig und damit wettbewerbswidrig war nach der vorherrschenden Auffassung „ein Wettbewerbsverhalten, das dem Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise widerspricht oder von der Allgemeinheit mißbilligt

→ Rn. 153.

¹⁰⁷⁴ Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555, 556; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 6; Zech, WRP 2013, 1434 Rn. 11; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.34; Götting/Hetmark, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 48a f.

¹⁰⁷⁵ BGH WRP 2008, 1182, 1183 – Kommunalversicherer.

¹⁰⁷⁶ BGH WRP 2016, 323 – Gutscheinkauf beim Buchkauf; Seichter, jurisPR-WettbR 5/2016 Anm. 3.

¹⁰⁷⁷ Köhler, ZD 2018, 337, 338.

¹⁰⁷⁸ → Rn. 335 ff.

¹⁰⁷⁹ Die Frage war jedoch teilweise schon früher Gegenstand von Gerichtsentscheidungen, wie beispielsweise die Entscheidung des OLG Köln WRP 1982, 540 – Weitergabe von Kundenadressen zeigt. Vgl. auch Weichert, VuR 2006, 377, 379 mit weiteren Beispielen.

¹⁰⁸⁰ Lütkenmeier, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb, 2003, S. 32; Gedert, in: Hammermeister/Reich/Rose, Information – Wissen – Kompetenz, 2004, S. 17, 21 f.; Schmidt, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 1 DS-GVO Rn. 39; Meyer, WRP 2002, 1028, 1033 f.; Weichert, VuR 2006, 377, 379.

und für untragbar angesehen wird¹⁰⁸¹. Als Vorgänger des heutigen § 3a UWG und Anknüpfungspunkt erwies sich dabei in Datenschutzfragen der „unlautere Wettbewerb durch Rechtsverstoß“, welcher sich als besondere Fallgruppe unter der Generalklausel herausgebildet hatte.¹⁰⁸²

a. Wertbezogene und wertneutrale Vorschriften

Nicht jeder Rechtsverstoß wurde jedoch als sittenwidrig eingestuft. Vielmehr war nach überwiegender, aber nicht unumstrittener¹⁰⁸³ Auffassung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Vorschriften zu unterscheiden. Während im Falle von Verstößen gegen wertbezogene Vorschriften ohne Weiteres ein Unrechtsurteil gesprochen war, reichte demgegenüber allein ein Verstoß gegen wertneutrale Vorschriften nicht für eine Bejahung der Sittenwidrigkeit aus.¹⁰⁸⁴ Wertbezogene Vorschriften waren solche, die entweder eine sittliche Wertung verkörpern haben¹⁰⁸⁵ oder ganz besonders bedeutende Allgemeingüter, wie z. B. Schutz der Umwelt und des Menschen,¹⁰⁸⁶ schützen sollten. Wertneutralen Vorschriften war demgegenüber ein bloßer Ordnungszweck immanent, ohne dass diesen eine sittliche Wertung entsprang.¹⁰⁸⁷

Datenschutzrechtlichen Normen des BDSG a. F. wurde dabei vielfach eine sittliche Fundierung abgesprochen, da der durch das BDSG verwirklichte Schutz weit über die Sittlichkeit hinausging.¹⁰⁸⁸ Damit war jedoch noch nichts darüber gesagt, ob nicht

382

383

¹⁰⁸¹ BGH WRP 1995, 688, 689 – Busengrapscher; vgl. auch BGH GRUR 1955, 346, 349 – Progressive Kundenwerbung; BGH GRUR 1970, 523, 524 – Telefonwerbung; BGH WRP 1988, 522, 523 – Btx-Werbung; Frhr. v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 1. Halbbd., 5. Aufl. 1987, Kap. 18 Rn. 7.

¹⁰⁸² *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 8; *Doepner*, GRUR 2003, 825, 825 ff.; *Schmidt*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 1 DS-GVO Rn. 39; ausführlich *Biittner*, in: FS Erdmann, 2002, S. 545, 545 ff.

¹⁰⁸³ **A.A.** waren etwa *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, S. 250 ff.; Frhr. v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 1. Halbbd., 5. Aufl. 1987, Kap. 18 Rn. 29; *Graf v. Westerholt*, in: FS Beier, 1996, S. 561, 566; *Graf v. Schall-Riaucour*, Wettbewerbsverstöße durch Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen, 1968, S. 76 ff.; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 27 Rn. 9, 20 ff.

¹⁰⁸⁴ BGH GRUR 1965, 373, 375 – Blockeis II; vgl. *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 8 f.; *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 2; Frhr. v. Gamm, UWG, 3. Aufl. 1993, § 1 UWG Rn. 43; *Hoeren/Liitkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 116; *Ernst*, WRP 2004, 1133, 1133.

¹⁰⁸⁵ *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 2; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 10; Frhr. v. Gamm, UWG, 3. Aufl. 1993, § 1 UWG Rn. 43; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 27 Rn. 11.

¹⁰⁸⁶ BGH WRP 2000, 1116, 1120 – Abgasemissionen; BGH LMRR 1970, 12 – Sanatorium I; Frhr. v. Gamm, UWG, 3. Aufl. 1993, § 1 UWG Rn. 43; *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 2; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 10; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 27 Rn. 11.

¹⁰⁸⁷ *Graf v. Westerholt*, in: FS Beier, 1996, S. 561, 565; Frhr. v. Gamm, UWG, 3. Aufl. 1993, § 1 UWG Rn. 44; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 10; *Metzger*, GRUR Int. 2015, 687, 687; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 27 Rn. 14.

¹⁰⁸⁸ *Liitkemeier*, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb, 2003, S. 36 f.; *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 81; Frhr. v. Gamm, GRUR 1996, 574, 578; *Meyer*, WRP 2002, 1028, 1033; **a.A.** *Weidert*, in: FS Helm, 2002, S. 123, 145; widersprüchlich *Kotthoff*, in: Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Pläß, Wettbewerbsrecht, 2000, § 1 UWG Rn. 621 und 661.

auch ein besonders bedeutendes Allgemeingut geschützt werden soll, was ebenso die Wertbezogenheit einer Norm begründen konnte. Diese Frage war äußerst umstritten: Die Rechtsprechung war geteilter Meinung und bejahte¹⁰⁸⁹ oder verneinte¹⁰⁹⁰ den wertbezogenen Charakter datenschutzrechtlicher Vorschriften. So nahm beispielsweise das LG Mannheim in einer Entscheidung an, das Verbreiten eines Telefonbuchs auf CD-Rom ohne Einwilligung des Betroffenen (§ 4 BDSG a. F.) sei als datenschutzrechtlicher Verstoß aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sittenwidrig.¹⁰⁹¹ Die damalige Literatur nahm teilweise und insoweit übereinstimmend an, dass die informationelle Selbstbestimmung ein wichtiges Gemeinschaftsgut darstellt und damit als wertbezogen anzusehen sei.¹⁰⁹² Das war jedenfalls für die wesentlichen Vorschriften der §§ 4, 28, 29 BDSG a. F. über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten anzunehmen.¹⁰⁹³

- 384** Andere wiederum betonten, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht von solchem Gewicht sei, um es als wichtiges Gemeinschaftsgut anzusehen.¹⁰⁹⁴ Sofern nach dieser Ansicht lediglich wertneutrale Vorschriften in den datenschutzrechtlichen Vorgaben erblickt wurden, mussten weitere Umstände hinzutreten, die eine Sittenwidrigkeit der Verstöße begründen konnten.¹⁰⁹⁵ Bemüht wurde vor allem der Gedanke des Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch, wonach der Rechtsbrecher einen Wettbewerbsvorteil im Vergleich zu den rechtstreuen Mitbewerbern hat.¹⁰⁹⁶ Nachdem datenschutzrechtliche Pflichten einen nicht unerheblichen Aufwand bedeuten, ist diese Argumentation naheliegend gewesen.

b. Erfordernis eines sekundären Marktbezugs

- 385** Die Rechtsprechung zur Differenzierung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Vorschriften wandelte sich im Verlauf der 90er-Jahre jedoch allmählich und

¹⁰⁸⁹ OLG Düsseldorf CR 1997, 536, 538 – Externe Archivierung bei Krankenhäusern; OLG Koblenz DuD 1999, 357, 358 f. – Telefonbuch CD-ROM; LG Hamburg CR 1997, 21, 24 – D-Info 2.0; LG Mannheim NJW 1996, 1829, 1831 – D-Info 2.0; LG Mannheim CR 1996, 672, 674 – D-Info 3.0; LG München I CR 1998, 83, 84 – Telefonbuchmodul; LG Stuttgart CR 1997, 83, 85 – D-Info 2.0; LG Stuttgart DuD 1998, 294, 295 – Vermarktung von Adressdaten; offenlassend OLG Frankfurt a. M. CR 2001, 294, 295 f. – Haushaltsumfrage zu Werbezwecken.

¹⁰⁹⁰ OLG Frankfurt a. M. CR 1997, 275, 282 – D-Info 2.0.

¹⁰⁹¹ LG Mannheim CR 1996, 411, 415 – CB-Infobank.

¹⁰⁹² *Lütkemeier*, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb, 2003, S. 39; *Hoeren/Lütkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 117 f.; *Köhler*, WRP 1997, 373, 380; *Graf v. Westerholt*, in:

FS Beier, 1996, S. 561, 568 f., 573; *Matthe*, Adressenhandel, 1995, S. 331.

¹⁰⁹³ *Lütkemeier*, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb, 2003, S. 40.

¹⁰⁹⁴ *Kotthoff*, in: Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Platz, Wettbewerbsrecht, 2000, § 1 UWG Rn. 661 unter Verweis auf OLG Frankfurt a. M. WRP 1996, 1175 – Telefonauskunft-CD-ROM.

¹⁰⁹⁵ *Lütkemeier*, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb, 2003, S. 42; *Ihde*, CR 2000, 413, 422; *Tae*ger, K&R 2003, 220, 224.

¹⁰⁹⁶ *Lütkemeier*, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb, 2003, S. 42; *Tae*ger, K&R 2003, 220, 224; vgl. *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 10; v. *Walter*, in: FS *Köhler*, 2014, S. 771, 777.

wurde vom BGH in der Entscheidung „Abgasemission“¹⁰⁹⁷ letztlich aufgegeben.¹⁰⁹⁸ Der Begriff der Sittenwidrigkeit wurde vom BGH nunmehr wettbewerbsbezogen ausgelegt.¹⁰⁹⁹ „Demgemäß ist ein Marktverhalten grundsätzlich nicht schon dann wettbewerbsrechtlich unlauter, wenn es Vorteile aus einem Verstoß gegen ein Gesetz ausnutzt, das – selbst wenn es wertbezogen ist – keinen auch nur sekundären Marktbezug aufweist.“¹¹⁰⁰

Ob unter Zugrundelegung dieses Maßstabs datenschutzrechtliche Verstöße als sittenwidrig anzusehen waren, wurde ebenfalls kontrovers diskutiert. Teilweise wurde vertreten, dass sich der Schutzzweck des BDSG und des UWG grundsätzlich nicht decken würden.¹¹⁰¹ Gleichwohl wurde angenommen, dass ein Datenschutzverstoß unter Zugrundelegung des bereits genannten Vorsprunggedankens auch einen Marktbezug aufweisen kann.¹¹⁰² Besondere wettbewerbsrechtliche Bedeutung wurde hierbei den Regelungen über die Zulässigkeit der Datenverarbeitung beigemessen.¹¹⁰³ Sonstige Erfordernisse des Datenschutzrechts, wie z. B. die Pflicht zur Ergreifung von technischen und organisatorischen Maßnahmen (§ 9 BDSG a. F.) oder zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 36 f. BDSG a. F.), die lediglich innerbetrieblich der Organisation zuzurechnen waren, wurden als relevanter Wettbewerbsvorteil eingestuft, wenn die Kostenersparnisse tatsächlich in den Wettbewerb geflossen sind.¹¹⁰⁴

2. Datenschutzverstöße unter UWG [2004]

a. Rechtsbruchtatbestand

Der für datenschutzrechtliche Verstöße besonders relevante Rechtsbruchtatbestand wurde im Rahmen der Novelle im Jahr 2004 unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung in § 4 Nr. 11 UWG kodifiziert.¹¹⁰⁵ Unlauter handelte demnach, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der

386

387

¹⁰⁹⁷ BGH WRP 2000, 1116, 1120 f. – Abgasemissionen.

¹⁰⁹⁸ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 11; *Metzger*, GRUR Int. 2015, 687, 687; vgl. zur Kritik *Hoeren/Liitkeimer*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 117 f.

¹⁰⁹⁹ BGH WRP 2000, 1116, 1120 – Abgasemissionen; BGH WRP 2002, 943, 944 f. – Elektroarbeiten; vgl. *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 4; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 12.

¹¹⁰⁰ BGH WRP 2000, 1116 LS 2 – Abgasemissionen.

¹¹⁰¹ *Frrhr. v. Gamm*, GRUR 1996, 574, 578; *Graf v. Westerholt*, in: FS Beier, 1996, S. 561, 569; *Piper*, in: Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl. 2002, § 1 UWG Rn. 751; *Liitkeimer*, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb, 2003, S. 10, 48, 58.

¹¹⁰² *Graf v. Westerholt*, in: FS Beier, 1996, S. 561, 569;

Liitkeimer, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb, 2003, S. 61 ff.

¹¹⁰³ *Graf v. Westerholt*, in: FS Beier, 1996, S. 561, 571 ff.; *Liitkeimer*, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb, 2003, S. 99 ff.; *Hoeren/Liitkeimer*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 119 ff.

¹¹⁰⁴ *Hoeren/Liitkeimer*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 107, 122 f.; so auch noch *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 144.

¹¹⁰⁵ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 13; *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 4.

Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Der Gesetzgeber stellte in der Begründung ausdrücklich klar, dass es nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts sei, jeden Rechtsverstoß zu sanktionieren.¹¹⁰⁶ Der verletzten Norm müsse vielmehr zugunsten des Wettbewerbs eine sekundäre Schutzfunktion zukommen, um eine Wettbewerbswidrigkeit begründen zu können.¹¹⁰⁷ Diese sekundäre Schutzfunktion ist in dem Tatbestandsmerkmal der Marktverhaltensregelung aufgegangen.¹¹⁰⁸ § 4 Nr. 11 UWG [2014] wurde im Rahmen der UWG-Novelle 2015 in § 3a UWG übernommen und um eine Spürbarkeitsschwelle ergänzt.¹¹⁰⁹ Nachdem mit dieser Ergänzung ansonsten keine Änderungen verbunden waren,¹¹¹⁰ sei für eine ausführliche Auslegung der Norm auf die sogleich folgenden Ausführungen zu § 3a UWG verwiesen.

b. Rechtsbruch durch Datenschutzverstöße nach BDSG a. F.

388 In Rechtsprechung und Literatur wurde auch nach der Kodifizierung des Rechtsbruchtatbestands die Frage nicht einheitlich beantwortet, ob Datenschutzverstöße einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG [2014] darstellen können. Der Gesetzgeber ging mit dem Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts zuletzt hinsichtlich des BDSG a. F. davon aus, dass im Einzelfall eine Marktverhaltensregelung vorliegen kann.¹¹¹¹ Jedenfalls schloss die UGP-RL die Einstufung als Marktverhaltensregelung nicht von vornherein aus.

aa. Bejahung einer Marktverhaltensregelung

389 Ähnlich wie bei § 1 UWG [1909] wurden von den Befürwortern in Rechtsprechung¹¹¹² und Literatur¹¹¹³ vor allem die Vorgaben zur Zulässigkeit der Datenerhebung im

¹¹⁰⁶ BT-Drs. 15/1487, S. 19; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 13.

¹¹⁰⁷ BT-Drs. 15/1487, S. 19.

¹¹⁰⁸ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 13.

¹¹⁰⁹ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 16.

¹¹¹⁰ BGH WRP 2016, 581 Rn. 11 – Wir helfen im Trauerfall; BGH WRP 2017, 69 Rn. 14 – Arbeitnehmerüberlassung; *Bücher*, GRUR 2017, 105, 107.

¹¹¹¹ BT-Drs. 18/4631, S. 13, 20; vgl. *Moos*, K&R 2020, 569, 576.

¹¹¹² LG Hamburg ZD 2018, 186 Rn. 26 ff. – Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche wegen Verstoßes gegen den Datenschutz; OLG Köln WRP 2014, 733 Rn. 9 f. – Anlegerbrief; OLG Köln CR 2011, 680, 682 – Personalisierte Werbung eines Stromanbieters gegenüber früheren Kunden unter Verwendung während der Vertragslaufzeit gespeicherter Daten; OLG Köln GRUR-RR 2010, 34, 34 f. – Rückgewinnungsschreiben; KG ZD 2014, 412, 416 – Datenschutz- und AGB-rechtliche Probleme mit dem „Facebook-

Freunde-Finder“; OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 Rn. 22 ff. – Vertragsnachbearbeitung; OLG Stuttgart GRUR-RR 2007, 330, 331 – Weitergabe von Kundendaten; LG Berlin WRP 2012, 613 Rn. 24 – Freunde-Finder; LG Stendal GRUR-RS 2019, 4477 Rn. 146 – Rabattaktion einer Versandapotheke gegenüber privatversicherten Patienten.

¹¹¹³ *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 142 ff.; *Schneider*, NJW 2012, 3315, 3315 f.; *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Dankwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 93 f.; v. *Jagow*, in: Hart-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 33; *Dittert*, in: Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 75; *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Bücher/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 81; *Ebert-Weidenfeller*, in: Götting/Nordemann, UWG, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 75 und 90; *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, § 4 Nr. 11

kommerziellen Kontext (§§ 4, 4a, 28 BDSG a. F.) als Marktverhaltensregelungen eingestuft. Gleiches galt auch für § 13 Abs. 1¹¹¹⁴ und 15 Abs. 3¹¹¹⁵ TMG a. F., welcher ebenso die DSRL umsetzte. Ein unterschiedliches Schutzniveau konnte nach Erwägungsgrund 7 S. 2 der DSRL nämlich ein Hemmnis für die Ausübung einer Reihe von Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene darstellen und den Wettbewerb verfälschen. Ebenfalls werden durch die DSRL Verbraucherinteressen bei der Marktteilnahme geschützt.¹¹¹⁶ Hieraus ergab sich nach dieser Ansicht, dass auch den datenschutzrechtlichen Vorschriften eine Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber und Verbraucher zukommen kann, folglich eine Marktverhaltensregelung vorliege.¹¹¹⁷ Anders sah es demgegenüber bei den Vorgaben über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nach § 28 Abs. 7 BDSG a. F. im medizinischen Kontext aus.¹¹¹⁸

bb. Kritik an der Annahme einer Marktverhaltensregelung

Dieses Verständnis war nicht ohne Widerspruch geblieben. Die fehlende lauterkeitsrechtliche Sanktionierbarkeit von Verstößen gegen §§ 4, 4a, 28 Abs. 3 BDSG a. F. und § 13 TMG a. F.¹¹¹⁹ wurde auf die bereits untersuchte¹¹²⁰ Begründung der vermeintlichen Begrenzung des Datenschutzrechts auf ideelle Zwecke gestützt.¹¹²¹ Auch aus

390

UWG Rn. 71; *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 61; *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 468 sowie 470; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 534; *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 32; *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 454; *Metzger*, GRUR Int. 2015, 687, 691; *Podszun/de Toma*, NJW 2016, 2987, 2991; *Lindhorst*, DuD 2010, 713, 714; *Schröder*, ZD 2012, 331, 332; *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 372; *Taege*, in: *Taege/Gabel*, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 28 BDSG Rn. 246; *Römermann*, GRUR-Prax 2014, 242; *Baustian*, EnWZ 2012, 90, 91; *Ernst*, WRP 2004, 1133, 1137; *Bräutigam*, in: *Bräutigam/Rücker*, E-Commerce, 2017, 3. Teil D Rn. 283; *Wieczorek*, WRP 2012, 539, 541; *Wächter*, in: *Moritz/Dreier*, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. Aufl. 2005, Teil D Rn. 711; *Ernst*, in: *Spindler/Wiebe*, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Aufl. 2005, Kap. 3 Rn. 16; *Moos*, in: DSRITB 2012, S. 717, 719; einschränkend *Metzger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 184; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 778; *Zech*, WRP 2013, 1434 Rn. 7 ff. wobei Letztere zwar eine Marktverhaltensregelung erkennen, die aber nicht einen Marktteilnehmerschutz bezwecken soll.

¹¹¹⁴ OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; OLG Köln WRP 2016, 885 Rn. 24 – Datenschutzhinweise in Kontaktformularen; LG Düsseldorf ZD 2016, 231 Rn. 62 – Einbindung des „Gefällt mir“-Buttons von Facebook als Verstoß gegen Wettbewerbs-

recht; *Hasselblatt/Gregor*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 93 f.; v. *Jagow*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt*, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 123; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 534; *Schröder*, ZD 2013, 512 512; *Metzger*, GRUR Int. 2015, 687, 691; *Metzger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 184; *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 365 ff.; *Hullen*, MMR 2011, 387, 388; *Duchrow*, MMR-Aktuell 2011, 320091; offenlassend LG Berlin ZD 2016, 442, 443; → Rn. 36 ff.

¹¹¹⁵ LG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2021, 33667 Rn. 21 – Unlautere Speicherung von Cookies ohne Einwilligung des Nutzers.

¹¹¹⁶ *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 534.

¹¹¹⁷ LG Hamburg ZD 2018, 186 Rn. 28 – Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche wegen Verstoßes gegen den Datenschutz; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 534.

¹¹¹⁸ OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 49 ff. – Datenschutz bei Bestellbögen.

¹¹¹⁹ KG GRUR-RR 2012, 19, 21 – Gefällt-mir-Button; LG Berlin MMR 2011, 387, 387 – Kein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch bei datenschutzwidriger Verwendung des „Like“-Buttons.

¹¹²⁰ Siehe zu dieser Argumentation → Rn. 308 ff.

¹¹²¹ OLG München GRUR-RR 2012, 395, 396 – Personenbezogene Daten; OLG Frankfurt a. M. WRP 2005,

dem Umstand, dass der europäische Gesetzgeber die ältere DSRL nicht in den Anhang der jüngeren Unterlassungsklagen-RL a. F.¹¹²² aufgenommen hatte, wurde bisweilen geschlossen, dass im Umkehrschluss der DSRL die Verbraucherschutzzeigenschaft abzusprechen sei.¹¹²³ Es ging folglich um die Frage, welchen Schutzbereich Normen des Datenschutzrechts haben.¹¹²⁴ Eben jener Streit setzt sich nunmehr in der DS-GVO fort.¹¹²⁵

II. Verhältnis zur UGP-RL

391 Der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG kann in Konflikt mit der UGP-RL treten, da diese vollharmonisierend wirkt und keine entsprechende Regelung zum Rechtsbruchtatbestand vorsieht.¹¹²⁶ Aus der Vollharmonisierung folgt, dass im Anwendungsbereich der UGP-RL¹¹²⁷ Mitgliedstaaten daran gehindert sind, ein höheres oder niedrigeres Schutzniveau zu etablieren.¹¹²⁸ Lässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten Freiräume, können diese genutzt werden.¹¹²⁹ Eine Unlauterkeit durch Rechtsbruch

1029, 1031 – Skoda-Autokids-Club; KG GRUR-RR 2012, 19, 21 – Gefällt-mir-Button; OLG Hamburg AfP 2004, 554, 555 – Zur Rechtsverfolgung bei der Unterlassung von Belehrungen nach dem BundesdatenschutzG in Werbeschreiben; OLG Düsseldorf ZUM-RD 2004, 236, 237 – § 28 BDSG keine verbraucherschützende Vorschrift; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 79; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 779 f.; *Zech*, WRP 2013, 1434 Rn. 10; *Gärtner/Heil*, WRP 2005, 20, 22; *Busse*, RDV 2005, 260, 264; Zurückhaltung fordernd aber offenbar nicht gänzlich ablehnend *Scholz*, in: *Oelschlägel/Scholz*, Rechts-handbuch Online-Shop, 2. Aufl. 2017, Rn. 11.50; mit Ausnahme von § 28 Abs. 4 BDSG a. F. *Reinhard*, in: *Reinhard/Pohl/Capellaro*, IT-Sicherheit und Recht, 2007, Kap. 8 Rn. 531 f.

¹¹²² Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.5.1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. Nr. L 166 S. 51.

¹¹²³ Zum BDSG a. F. OLG Hamburg AfP 2004, 554, 554 – Zur Rechtsverfolgung bei der Unterlassung von Belehrungen nach dem BundesdatenschutzG in Werbeschreiben; vgl. hierzu v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 780 f.

¹¹²⁴ *Keppeler*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 3; *Köpernik*, VuR 2014, 240, 241.

¹¹²⁵ *Keppeler*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-

GVO Rn. 3.

¹¹²⁶ BGH WRP 2008, 1175, 1178 – Millionen-Chance; BGH WRP 2018, 1461 Rn. 15 – Bekömmliches Bier; BGH WRP 2010, 1475, 1476 – Gewährleistungsausschluss im Internet; BGH WRP 2010, 872, 874 f. – Costa del Sol; *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 7; *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 465 f.

¹¹²⁷ Zu den Einschränkungen des Anwendungsbereichs *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 10 ff.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Lange*, Unlauterer Wettbewerb, 11. Aufl. 2019, § 20 Rn. 13; vgl. auch BGH WRP 2018, 1461 Rn. 15 – Bekömmliches Bier.

¹¹²⁸ EuGH WRP 2009, 722, 727 – "Total" und "Sanoma"; EuGH GRUR-RS 2021, 35938 Rn. 67 – StWV Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz GmbH/eprimo GmbH; *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 7.

¹¹²⁹ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.1; *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 9; *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 466.

nach § 3a UWG setzt im Anwendungsbereich der UGP-RL – wenn sie keinen Spielraum¹¹³⁰ lässt – voraus, dass die verletzte Norm auf Unionsrecht zurückgehen muss.¹¹³¹

Es wurde bereits gezeigt, dass zahlreiche datenschutzrechtliche Vorgaben ihre Grundlage im Unionsrecht haben, sodass § 3a UWG grundsätzlich zur Anwendung gelangen kann, ohne dass es insoweit auf die Einstufung datenschutzrechtlicher Regelungen als verbraucherschützende Vorschriften ankommen würde.¹¹³² Das betrifft insbesondere die ePrivacy-RL und die DS-GVO sowie die auf dieser Grundlage erlassenen mitgliedstaatlichen Regelungen.¹¹³³ Datenschutzrechtliche Regelungen des TMG a. F. bzw. TTDSG, die sich nicht auf eine Öffnungsklausel der DS-GVO oder die ePrivacy-RL im Anwendungsbereich des Art. 95 DS-GVO stützen lassen, sind ohnehin unanwendbar und damit für § 3a UWG unbeachtlich.

Keinen Konflikt bedeuten auch die möglicherweise für eine Überprüfung von Datenschutzerklärungen und Einwilligung heranzuziehenden §§ 305 ff. BGB, da diese auf die Klausel-RL¹¹³⁴ zurückgehen.¹¹³⁵ Ob das auch für § 305 Abs. 2 BGB gilt, ist unklar, denn dessen Inhalt findet sich nicht ausdrücklich im Normtext der Klausel-RL wieder.¹¹³⁶ Es wäre daher denkbar, dass § 305 Abs. 2 BGB als Informationspflicht nach Art. 7 Abs. 4 lit. d UGP-RL und Erwägungsgrund 15 der UGP-RL einzustufen ist, sodass die Sperrwirkung greift.¹¹³⁷ Nachdem aber Erwägungsgrund 20 der Klausel-RL von einer Kenntnismöglichkeit durch den Verbraucher ausgeht,¹¹³⁸ kann davon ausgegangen werden, dass auch § 305 Abs. 2 BGB seine Grundlage im Unionsrecht hat.¹¹³⁹ Selbst für den Fall, dass dies nicht so gesehen werden sollte, ist eine Einstufung des § 305 Abs. 2 BGB als Norm der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre nahe

392

393

¹¹³⁰ Zu denken ist im Bereich des Datenschutzrechts an die guten Sitten i. S. v. Erwägungsgrund 7 S. 3 ff. der UGP-RL, vgl. *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 466; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 777.

¹¹³¹ BGH WRP 2010, 872, 874 f. – *Costa del Sol*; BGH WRP 2010, 1475, 1476 – Gewährleistungsausschluss im Internet; OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 Rn. 25 – Vertragsnachbearbeitung; zweifelnd *Augenhofer*, Eu-CML 2021, 30, 32: „highly questionable“.

¹¹³² *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 466; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 777 f.

¹¹³³ Auf Art. 3 Abs. 4 UGP-RL abstellend OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 54 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; für die DSRL *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 466; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 777 f.; nicht anders war es selbstredend bereits unter der DSRL *Scholz*, in: Oelschlägel/Scholz, Rechtshandbuch Online-Shop, 2. Aufl. 2017, Rn. 11.51.

¹¹³⁴ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen,

ABl. L 95 S. 29.

¹¹³⁵ BGH WRP 2012, 1086 Rn. 47 f. – Missbräuchliche Vertragsstrafe; LG Berlin VuR 2022, 20, 24; *Köhler*, WRP 2012, 1475, 1478; *Metzger*, GRUR Int. 2015, 687, 690 f.; **a. A.** *Mäsch*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, Vorbemerkungen zu §§ 305 ff. BGB Rn. 45; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 78a.

¹¹³⁶ *Basedow*, in: MüKoBGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB Rn. 56.

¹¹³⁷ *Mäsch*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, Vorbemerkungen §§ 305 ff. BGB Rn. 45; **a. A.** *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.286.

¹¹³⁸ „Der Verbraucher muß tatsächlich die Möglichkeit haben, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen.“

¹¹³⁹ Vgl. *Metzger*, GRUR Int. 2015, 687, 691.

liegender (vgl. Art. 3 Abs. 2 UGP-RL), als eine die Sperrwirkung auslösende Informationspflicht nach der UGP-RL.¹¹⁴⁰

- 394** Datenschutzrechtliche Verstöße können daher nach hiesiger Auffassung unabhängig vom Anwendungsbereich der UGP-RL oder den hierdurch belassenen mitgliedstaatlichen Spielräumen umfassend anhand des § 3a UWG geprüft werden.

III. Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften

1. Gesetzliche Vorschrift

- 395** Der Rechtsbruchtatbestand setzt eine gesetzliche Vorschrift voraus. Hierunter ist jede geltende deutsche, aber auch unionsrechtliche Norm (vgl. Art. 2 EGBGB¹¹⁴¹) zu verstehen.¹¹⁴² Besonders bei unionsrechtlichen Normen ist zu fordern, dass sie unmittelbar gelten, was bei einer Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) anders als bei einer Richtlinie grundsätzlich der Fall ist.¹¹⁴³ Die DS-GVO ist somit eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des Rechtsbruchtatbestands. Gleiches gilt für BDSG und TTDSG (bzw. vormals die datenschutzrechtlichen Vorgaben des TMG a. F.), soweit diese aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts überhaupt anwendbar sind.¹¹⁴⁴ Sind sie unanwendbar, können sie auch nicht über § 3a UWG durchgesetzt werden.¹¹⁴⁵
- 396** Keine Normen sind hingegen Hinweise, Auslegungshilfen, Empfehlungen etc. von Aufsichtsbehörden,¹¹⁴⁶ denn diesen kommt keine Bindungswirkung zu.¹¹⁴⁷ Verhaltensregelungen i. S. d. Art. 40 DS-GVO – auch genehmigten oder für allgemeingültig erklärten – kommt als Form der Selbstregulierung keine allgemein verbindliche Wirkung zu¹¹⁴⁸ und sind überdies nicht gesetzlicher Natur. Sie sind vergleichbar mit

¹¹⁴⁰ Vgl. Metzger, GRUR Int. 2015, 687, 691; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.286.

¹¹⁴¹ Einführungs-gesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.9.1994, BGBl. I S. 2494, ber. 1997 I S. 1061.

¹¹⁴² Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 89; Dittert, in: Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 30.

¹¹⁴³ OLG Hamburg GRUR-RR 2010, 57, 58 – EMEA-Leitlinie; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 91.

¹¹⁴⁴ Zu dieser Problematik → Rn. 13 ff.

¹¹⁴⁵ BGH WRP 2008, 661, 664 – ODDSET; Hasselblatt/Gregor, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 22; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 92.

¹¹⁴⁶ Vgl. hierzu Halder/Johanson, NJOZ 2019, 1457, 1464 f.; v. Lewinski/Herrmann, PinG 2017, 209, 213 f.

¹¹⁴⁷ BGH WRP 2005, 1161, 1162 – Atemtest I; BGH WRP 2006, 79, 82 – Betonstahl; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 11; v. Lewinski/Herrmann, PinG 2017, 209, 213 f.

¹¹⁴⁸ Bergt/Pesch, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 40 DS-GVO Rn. 8; Laue, in: Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 8 Rn. 19; teilweise a. A. wohl hinsichtlich für allgemein verbindlich erklärte Verhaltensregelungen Wolff, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1297 ff. Sollte eine allgemeine Verbindlichkeit anzunehmen sein, käme eine Anwendung des § 3a UWG tatsächlich in Betracht.

Wettbewerbsregeln, die ebenfalls nicht unter § 3a UWG zu fassen sind.¹¹⁴⁹ Das bedeutet aber nicht, dass Verstöße gegen Verhaltenskodizes lauterkeitsrechtlich irrelevant sind.¹¹⁵⁰

Maßnahmen der Aufsichtsbehörden gegenüber Verantwortlichen sind vielfach Verwaltungsakte.¹¹⁵¹ Diese sind aber nicht mit gesetzlichen Vorschriften gleichzusetzen, womit Verstöße gegen sie nicht über § 3a UWG zu sanktionieren sind.¹¹⁵² Verstößt ein Verhalten gegen Ge- oder Verbote aus dem Verwaltungsakt, kann jedoch im Einzelfall zugleich ein Verstoß gegen die dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften vorliegen.¹¹⁵³ Umgekehrt schließt jedoch eine durch einen wirklichen Verwaltungsakt erlaubte Handlung eine Unlauterkeit aus.¹¹⁵⁴

397

Auch die Einwilligung als solche ist selbstredend keine Vorschrift i. S. d. § 3a UWG, sondern ist im Zusammenspiel mit der dahinterliegenden datenschutzrechtlichen Erlaubnisnorm zu sehen.¹¹⁵⁵ Insoweit liegt daher eine gesetzliche Vorschrift vor.

398

Auch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen haben möglicherweise Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Datenverarbeitung¹¹⁵⁶ und können gesetzliche Vorschriften i. S. v. § 3a UWG darstellen.¹¹⁵⁷ Sie haben für Verbandsbeschwerden und Verbandsklagen i. S. v. Art. 80 Abs. 1 DS-GVO Relevanz, weisen aber regelmäßig keinen Marktbezug auf¹¹⁵⁸ und sollen daher für die vorliegende Arbeit außer Betracht bleiben.

399

¹¹⁴⁹ BGH WRP 2006, 1113, 1115 – Probeabonnement; *Götting/Hetmark*, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 54; *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 23; vgl. zu diesen ausführlich *Nordmann*, in: FS Ahrens, 2016, S. 121.

¹¹⁵⁰ Zur geschäftlichen Handlung → Rn. 368; zu möglichen Unlauterkeitstatbeständen → Rn. 575 ff. (Anhang Nr. 1 und 3), → Rn. 589 (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 UWG = § 5 Abs. 2 Nr. 6 UWG n. F.) sowie → Rn. 659 ff. (§ 3 Abs. 2 UWG).

¹¹⁵¹ Ausführlich *Härtling/Flisek/Thies*, CR 2018, 296, 298 ff.; *Hansen/Polerz*, in: Brönneke/Willburger/Bietz, Verbraucherrechtvollzug, 2020, S. 331, 334 f.; zu Warnung und Verwarnung als feststellenden Verwaltungsakt *Martini/Wenzel*, PinG 2017, 92, 96.

¹¹⁵² OLG Stuttgart WRP 2007, 1503, 1505 – DVD-Verleih-Automat; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.56; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 13; *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48

Rn. 23; eine Bindungswirkung datenschutzrechtlicher Entscheidungen von Aufsichtsbehörden andenkend v. *Lewinski/Herrmann*, PinG 2017, 209, 213 f.; vgl. auch *Wilfinger*, AcP 220 (2020), 956.

¹¹⁵³ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.56.

¹¹⁵⁴ BGH WRP 2005, 1161, 1162 – Atemtest I; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 11, 13.

¹¹⁵⁵ *V. Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 780.

¹¹⁵⁶ Unter welchen Erlaubnistatbestand diese fallen, ist umstritten. Für Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO *Wybitul/Fladung*, BB 2012, 509, 515; für Art. 6 lit. c DS-GVO *Wybitul/Sörup/Pöiters*, ZD 2015, 559, 560; *Reimer*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 19; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 6 DS-GVO Rn. 84.

¹¹⁵⁷ *V. Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 779 f.; v. *Walter*, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, 2007, S. 71 f.

¹¹⁵⁸ → Rn. 360 ff.

2. Verstoß

- 400 Es muss zudem ein Verstoß gegen die das Marktverhalten regelnde Vorschrift vorliegen.¹¹⁵⁹ Grundsätzlich ist hierfür ein objektiver Verstoß ausreichend.¹¹⁶⁰ Subjektive Merkmale müssen aber erfüllt sein, wenn sie Teil des Tatbestands sind.¹¹⁶¹ Handlungen im Vorstadium sind für § 3a UWG relevant, wenn sie bereits selbst sanktioniert werden oder eine Erstbegehung (§ 8 Abs. 1 S. 2 UWG) droht.¹¹⁶² Insoweit müssen die infrage kommenden datenschutzrechtlichen Normen untersucht werden, was sich rechtlich aufgrund der allgemein gehaltenen Bestimmungen und faktisch aufgrund der häufig fehlenden Kenntnis von Mitbewerbern und Verbänden als nicht unbeachtliche praktische Hürde darstellt. Die wenigen bekannten Abmahnungen in diesem Bereich gehen daher auf solche vermeintlichen Verstöße zurück, die leicht zu recherchieren sind.

IV. Marktverhaltensregelung

- 401 Nicht jeder Normverstoß durch eine geschäftliche Handlung erfüllt die Voraussetzungen des § 3a UWG und ist damit wettbewerbswidrig.¹¹⁶³ Die Norm, gegen die Verstoßen wurde, muss vielmehr auch dazu bestimmt sein, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (sog. Marktverhaltensregelung).¹¹⁶⁴ Die datenschutzrechtlichen Vorgaben enthalten keine konkreten Anhaltspunkte, ob sie als Marktverhaltensregelungen einzustufen sind, weshalb sich ihre Einstufung als der neuralgische Punkt der lauterkeitsrechtlichen Durchsetzung darstellt.¹¹⁶⁵

1. Regelung des Marktverhaltens

- 402 Der Begriff des Marktverhaltens wird generell weit ausgelegt.¹¹⁶⁶ „Als Marktverhalten ist jede Tätigkeit auf dem Markt zu sehen, durch die ein Unternehmer auf die Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer einwirkt. Dazu gehören nicht nur das Angebot und die Nachfrage von Waren und Dienstleistungen, sondern auch die Werbung und der Abschluss und die Durchführung von Verträgen.“¹¹⁶⁷

¹¹⁵⁹ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 81.

¹¹⁶⁰ BGH WRP 2008, 777, 779 – Nachlass bei der Selbstbeteiligung; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 81.

¹¹⁶¹ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 81; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 27.

¹¹⁶² BGH WRP 2015, 1085 Rn. 20 f. – TV-Wartezimmer; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 83; vgl. ausführlich zur Erstbegehungsgefahr *Fedderson*, in: FS Harte-Bavendamm, 2020, S. 493.

¹¹⁶³ OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 287, 288 – Horse-Équipe; *Lehmner*, UWG, 2007, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 23; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 4.

¹¹⁶⁴ *Diekmann*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl.

Stand: 15.1.2021, § 3a UWG Rn. 72; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 4.

¹¹⁶⁵ *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 732; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 12.

¹¹⁶⁶ *Diekmann*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 15.1.2021, § 3a UWG Rn. 73 ff.; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 95.

¹¹⁶⁷ KG GRUR-RR 2012, 19, 20 – Gefällt-mir-Button; vgl. BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; *Lehmner*, UWG, 2007, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 25; *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 8; *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 372.

Eine Verhaltensregelung liegt vor, wenn die Norm hierfür Pflichten bzw. Verbote vorsieht.¹¹⁶⁸ Notwendig ist damit stets ein Marktbezug der verletzten Norm, d. h., dass das von der Norm erfasste Verhalten Außenwirkung aufweisen muss.¹¹⁶⁹ Nicht ausreichend ist es daher, wenn die Regelungen nur Unternehmen vollständig von Märkten ausschließen oder lediglich Rahmenbedingungen für den Wettbewerb aufstellen.¹¹⁷⁰

a. Marktzutrittsregelungen

So sind Marktzutrittsregelungen mangels Marktbezugs grundsätzlich nicht an § 3a UWG zu messen, wenn sie nicht eine Doppelfunktion aufweisen.¹¹⁷¹ „Marktzutrittsregelungen sind daher (allein) diejenigen Normen, die Personen den Marktzutritt aus Gründen verwehren, die nichts mit deren Marktverhalten, d. h. mit der Art und Weise zu tun haben, wie diese am Markt agieren.“¹¹⁷² Bei datenschutzrechtlichen Regelungen werden demgegenüber die Zulässigkeit sowie die Modalitäten der Datenverarbeitung und nicht der Zugang zum Markt reglementiert, weshalb sie keine Marktzutrittsregelungen darstellen.¹¹⁷³

b. Marktvorfeld

Ausgeklammert werden müssen zudem mangels Marktbezug solche Verhaltensweisen, die sich ausschließlich im Vorfeld des Marktverhaltens abspielen.¹¹⁷⁴ Hierbei handelt es sich beispielsweise um Verhaltensweisen wie Forschung, Entwicklung oder Produktion.¹¹⁷⁵ Eine spätere Fortwirkung von Verstößen im Vorfeld des Wettbewerbs reicht für sich genommen nicht aus, um einen Marktbezug herzustellen.¹¹⁷⁶ Eine rein betriebsinterne Handlung kann regelmäßig nicht angenommen werden,

403

404

¹¹⁶⁸ BGH WRP 2010, 872, 874 – Costa del Sol; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 15; *Wolff*, ZD 2018, 248, 248; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 2499.

¹¹⁶⁹ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 2504; *Emmerich*, in: *Emmerich/Lange*, Unlauterer Wettbewerb, 11. Aufl. 2019, § 20 Rn. 19.

¹¹⁷⁰ BGH WRP 2015, 1468 Rn. 56 – Tagesschau-App; BGH WRP 2010, 876, 879 – Zweckbetrieb; BGH WRP 2003, 262, 264 – Altaxoverwertung; *Schaffert*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 68.

¹¹⁷¹ BT-Drs. 15/1487, S. 19; BGH WRP 2002, 943, 946 – Elektroarbeiten; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a Rn. 18 f.; *Götting/Hetmank*, in: *Fezzer/Büscher/Obergfell*, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 61; *Lehmle*, UWG, 2007, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 27; *Köhler*, GRUR 2004, 381, 384 f.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Lange*, Unlauterer Wettbewerb, 11. Aufl. 2019, § 20 Rn. 21.

¹¹⁷² *Schaffert*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 86; vgl. auch *Doepner*, WRP 2003, 1292,

1297 f.; *Naendrup*, in: *Wurzel/Schraml/Gaß*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Teil I Rn. 173.

¹¹⁷³ Vgl. *Schaffert*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 87.

¹¹⁷⁴ BGH WRP 2010, 876, 878 – Zweckbetrieb; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 16; *Emmerich*, in: *Emmerich/Lange*, Unlauterer Wettbewerb, 11. Aufl. 2019, § 20 Rn. 20; *Micklitz/Schirmbacher*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 8.

¹¹⁷⁵ *Schaffert*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 63; *Metzger/Eichelberger*, in: *GK-UWG*, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 59; v. *Walter*, in: *FS Köhler*, 2014, S. 771, 778.

¹¹⁷⁶ *Schaffert*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 63; *Metzger/Eichelberger*, in: *GK-UWG*, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 59; *Ernst*, WRP 2004, 1133, 1135; *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 234.

wenn das Verhalten bereits eine geschäftliche Handlung darstellt.¹¹⁷⁷ Hier kann insbesondere auf die Fallgruppen verwiesen werden, in denen durch bestimmte Verhaltensweisen ein Marktbezug hergestellt wird.¹¹⁷⁸

- 405** Zahlreiche Normen der DS-GVO regeln das Marktverhalten, denn sie beschränken im nicht-öffentlichen Bereich vor allem die kommerzielle Nutzung von personenbezogenen Daten,¹¹⁷⁹ wie sich nicht zuletzt an der Haushaltsausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO zeigt. Es wird durch die DS-GVO folglich auch bestimmt, unter welchen Bedingungen Unternehmer Daten zum Zwecke der Einwirkung auf Marktteilnehmer verarbeiten und demnach, wie sie sich auf dem Markt verhalten dürfen.¹¹⁸⁰ Das betrifft insbesondere die Frage nach der Zulässigkeit der Datenverarbeitung und der daran anknüpfenden Betroffenenrechte.
- 406** Bereits die Erhebung der Daten stellt vielfach ein Marktverhalten der Unternehmer dar und ist diesem nicht bloß vorgelagert.¹¹⁸¹ Dementsprechend sind auch datengetriebene Geschäftsmodelle, bei welchen die Daten als Gegenleistung anzusehen sind, durch datenschutzrechtliche Vorgaben in ihrem Marktverhalten gesteuert.¹¹⁸²

¹¹⁷⁷ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 122; siehe ausführlich zum Vorliegen einer geschäftlichen Handlung → Rn. 355 ff.

¹¹⁷⁸ → Rn. 365 ff.

¹¹⁷⁹ *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 95; *Ohly*, GRUR 2019, 686, 690 f.; *Schmidt*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 1 DS-GVO Rn. 42; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 48 f.; vgl. auch *Lachenmann*, in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu F. I. 1; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 79 DS-GVO Rn. 10; das war bereits unter dem BDSG a. F. so, vgl. v. *Walter*, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, 2007, S. 235; *Weichert*, VuR 2006, 377, 380; *Schneider*, NJW 2012, 3315, 3315 f.; *Metzger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 184; pauschal *a. A. Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 443.

¹¹⁸⁰ *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 95; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 49; vgl. *Schmidt*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 1 DS-GVO Rn. 42; zu § 4 Abs. 1 BDSG a. F. v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 778; *Schneider*, NJW 2012, 3315, 3315 f.; *Metzger*, in:

GK-UWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 184.

¹¹⁸¹ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 695; *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 95; *Galetzka*, K&R 2015, 77, 78 f.; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 79; *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 142; wohl auch *Metzger*, GRUR Int. 2015, 687, 691; *Plath*, in: Plath, BDSG, 2013, § 4 BDSG Rn. 45; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10; *a. A.* im Falle des § 4 BDSG a. F. *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 467; KG GRUR-RR 2012, 19, 20 f. – Gefällt-mir-Button.

¹¹⁸² *Uebele*, GRUR 2019, 694, 695; *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 95; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 49; vgl. *Helberger/Borgesius/Reyna*, CMLR 54 (2017), 1427, 1428 sowie 1442 ff.; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

Sollte im Einzelfall nicht bereits die Erhebung der Daten einen Marktbezug aufweisen, wird sich dieser jedoch regelmäßig bei der Verwendung, z. B. für Werbung, zeigen.¹¹⁸³ Dieses Ergebnis wird durch Erwägungsgrund 10 S. 1 der DS-GVO unterstrichen, wonach die DS-GVO Handelshemmnisse durch unterschiedliche Datenschutzstandards abbauen soll.¹¹⁸⁴ Nicht zuletzt wegen dieser wirtschaftlichen Bedeutung personenbezogener Daten kann richtigerweise davon ausgegangen werden, dass datenschutzrechtliche Normen einen Marktbezug aufweisen können.¹¹⁸⁵ Der europäische Gesetzgeber hätte diese Regelungsmaterie ansonsten auch nicht an sich gezogen, wenn der Datenschutz nicht eine besondere wettbewerbsrechtliche Bedeutung hätte.¹¹⁸⁶

Dieser Ansicht war auch der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG, welcher spezifische Verarbeitungskonstellationen mit kommerziellen Zweck als marktbezogen und Verbraucherschützend einstuft.¹¹⁸⁷ Aus der Gesetzesbegründung des Änderungsgesetzes¹¹⁸⁸ ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Einschätzung mancher Gerichte teilt, die bestimmte Datenschutzvorschriften als Marktverhaltensregelungen einstufen.¹¹⁸⁹ Angesichts des zu dieser Zeit bevorstehenden Inkrafttretens der DS-GVO kann davon ausgegangen werden, dass diese Auffassung auch für deren Bestimmungen Bestand hat.¹¹⁹⁰

Spielt ein datenschutzrechtlicher Verstoß dahingegen lediglich im Marktverfeld eine Rolle und fällt nicht mit dem weit auszulegenden Marktverhalten zusammen, ist

407

408

¹¹⁸³ Zu § 4 BDSG a. F. in Form der „Nutzung“ Schaffert, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 467; vgl. auch Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 79; OLG Köln WRP 2014, 733 Rn. 9 – Anlegerbrief; OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 Rn. 22 ff. – Vertragsnachbearbeitung; OLG Köln NJW 2010, 90, 90 – Rückgewinnungsschreiben an früheren Stromkunden; KG GRUR-RR 2012, 19, 20 f. – Gefällt-mir-Button; Baus-tian, EnWZ 2012, 90, 91; Schröder, ZD 2012, 331, 332; Metzger, GRUR Int. 2015, 687, 691.

¹¹⁸⁴ Spindler/Horváth, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 22; a. A. Ohly, GRUR 2019, 686, 690.

¹¹⁸⁵ Galetzka, in: DSRITB 2014, S. 485, 489; Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 372; Uebele, GRUR 2019, 694, 695; Hasselblatt/Gregor, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 95; Spindler/Horváth, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 22; Huppertz/Ohrmann, CR 2011, 449, 450 f.; Plath, in: Plath, BDSG, 2013, § 1 BDSG Rn. 16; Weichert, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 5. Aufl. 2016, Einführung Rn. 100; Weichert, VuR 2006, 377, 379; Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 13. Aufl. 2018, § 19 GWB Rn. 205; Wolf,

in: MüKoWettbR, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 35f; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 214d; weitergehend die DS-GVO insgesamt als marktverhaltensregelnd einstufend Schindler, ZD-Aktuell 2020, 07283; Wolff, ZD 2018, 248, 251.

¹¹⁸⁶ Weichert, VuR 2006, 377, 380.

¹¹⁸⁷ Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 534; Wolff, ZD 2018, 248, 249; Uebele, GRUR 2019, 694, 696; Moos, in: DSRITB 2019, S. 189, 204.

¹¹⁸⁸ BT-Drs. 18/4631, S. 20: „Auch datenschutzrechtliche Vorschriften können nämlich gesetzliche Vorschriften sein, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Ein Verstoß gegen solche Marktverhaltensvorschriften ist nach § 4 Nummer 11 UWG unlauter. Solche unlauteren geschäftlichen Handlungen sind nach § 3 Absatz 1 UWG unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.“

¹¹⁸⁹ Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 534.

¹¹⁹⁰ Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 534.

eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion der Norm zu verlangen.¹¹⁹¹ Sie muss also neben dem Schutz des Datenschutzrechts der Betroffenen auch bezwecken, das Marktverhalten der Marktteilnehmer zu regeln, um hierdurch gleiche Wettbewerbsvoraussetzungen zu schaffen.¹¹⁹² Das kann bei rein innerbetrieblichen Verarbeitungsvorgängen ohne dahinterliegende kommerzielle Zwecke nicht angenommen werden, sodass ein hinreichender Marktbezug fehlt.¹¹⁹³ In diesen Fällen wird regelmäßig auch das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung mangels Marktbezug zu verneinen sein.¹¹⁹⁴ Als Beispiel sei hier abermals der Arbeitnehmerdatenschutz im Falle einer rein internen Datenverarbeitung angeführt.¹¹⁹⁵ Rein praktisch lassen sich derartige Verstöße bereits kaum durch Mitbewerber und Verbände nachweisen und fallen dementsprechend eher in die Domäne der behördlichen Rechtsdurchsetzung. Das Marktverföeld hat jedoch ohnehin keine große wettbewerbsrechtliche Bedeutung, da auch und vor allem die spätere Verwendung der personenbezogenen Daten anhand des Datenschutzrechts überprüfbar ist und diese Verwendung mit dem Marktgeschehen zusammenfällt.¹¹⁹⁶

2. Im Interesse der Marktteilnehmer

409

Das bloße Vorliegen einer Marktverhaltensregelung ist nicht ausreichend. Diese muss vielmehr kumulativ auch das Interesse der Marktteilnehmer schützen.¹¹⁹⁷ Besonders dieses Tatbestandsmerkmal ist im Bereich datenschutzrechtlicher Normen umstritten, da die Schutzzwecke von Datenschutzrecht und Lauterkeitsrecht nicht

¹¹⁹¹ BGH WRP 2007, 177, 179 – Mengenausgleich in Selbstensorgergemeinschaft; BGH WRP 2010, 876, 878 – Zweckbetrieb; BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; *Galetzka*, in: DSRITB 2014, S. 485, 489; v. *Jagow*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 26; zu § 13 Abs. 1 TMG KG GRUR-RR 2012, 19, 21 – Gefällt-mir-Button.

¹¹⁹² V. *Jagow*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 29; *Galetzka*, in: DSRITB 2014, S. 485, 489; vgl. *Weidert*, in: FS Helm, 2002, S. 123, 137.

¹¹⁹³ *Ohly*, GRUR 2019, 686, 690 f.; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 79; *Galetzka*, in: DSRITB 2014, S. 485, 489; *Linsenbarth/Schüller*, WRP 2013, 576 Rn. 24 weitergehend *Ernst*, WRP 2004, 1133, 1137; *Ernst*, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Aufl. 2005, Kap. 3 Rn. 16.

¹¹⁹⁴ „inhaltliche Kongruenzen“ zum Erfordernis des Marktbezugs einer geschäftlichen Handlung, so v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 778; siehe zum Marktbezug → Rn. 360 ff.

¹¹⁹⁵ *Weidert*, in: FS Helm, 2002, S. 123, 146; *Schmidt*, Datenschutz für „Beschäftigte“, 2016, S. 287.

¹¹⁹⁶ *Weidert*, in: FS Helm, 2002, S. 123, 146; *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 144.

¹¹⁹⁷ BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; BGH WRP 2017, 941 Rn. 20 – Aufzeichnungspflicht; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 21; v. *Jagow*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 23; *Linsenbarth/Schüller*, WRP 2013, 576 Rn. 29; a. A. *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 470, der offenbar allein auf die Einstufung als Marktverhaltensregelung und die Spürbarkeit abstellt und damit die Frage, ob Datenschutz primär dem Persönlichkeitschutz oder zumindest auch dem Verbraucherschutz dient, offenlassen kann; weitergehend *Specht*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 9 Rn. 4, 100, welche offenbar sämtliche Datenschutznormen als Marktverhaltensregelungen ansieht.

vollständig identisch sind.¹¹⁹⁸ Das UWG dient ausweislich § 1 UWG (§ 1 Abs. 1 UWG n. F.) dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen, wobei hierdurch zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb adressiert wird.¹¹⁹⁹ Verbraucher-, Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer werden hierbei gleichberechtigt geschützt, sodass die Berührung eines Belangs auch nur einer der Schutzsubjekte lauterkeitsrechtlich relevant ist.¹²⁰⁰

Marktteilnehmer sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG n. F.) neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind. Unter letztere Kategorie sind etwa Verbände, Stiftungen oder Unternehmen zu subsumieren.¹²⁰¹ Von datenschutzrechtlicher Relevanz sind dabei lediglich die Interessen natürlicher Personen (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 DS-GVO). Hierbei werden – worauf später noch einzugehen ist – sowohl die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit als auch die Rechte, Rechtsgüter und sonstigen Interessen geschützt. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Rechtsverletzer und den sonstigen Marktteilnehmern ist – anders als für die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG – nicht erforderlich.¹²⁰² Das durch die unlautere geschäftliche Handlung tangierte Interesse der Marktteilnehmer muss aber gerade durch ihre Teilnahme am Markt berührt werden, „also durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung“¹²⁰³. Das ist darauf zurückzuführen, dass sie in ihrer Rolle als Schiedsrichter geschützt werden.¹²⁰⁴

Aus dem Wortlaut des § 3a UWG („auch“) folgt, dass es nicht primärer oder gar einziger Zweck der Norm sein muss, diese Interessen der Marktteilnehmer zu schützen (sog. spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion).¹²⁰⁵ Die verletzte Vorschrift muss auch – also jedenfalls sekundär – einen Individualschutz der Interessen der

410

411

¹¹⁹⁸ Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 12; v. Walter, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 778.

¹¹⁹⁹ Sperlich, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 27.

¹²⁰⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UWG Rn. 46; Sperlich, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 28; Lederer, in: DSRITB 2011, S. 3, 4.

¹²⁰¹ Lettl, Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. 2021, § 1 Rn. 100; Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576 Rn. 29.

¹²⁰² Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576 Rn. 29.

¹²⁰³ BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; vgl. auch BGH WRP 2017, 941 Rn. 20 – Aufzeichnungspflicht; Schaffert, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 65; a. A. Rothkopf, Wettbewerbsrechtli-

cher Rechtsbruchtatbestand und Produktsicherheitsrecht, 2016, S. 226, der den intendierten Schutz von Rechten, Rechtsgütern und Interessen der Marktteilnehmer durch die Primärnorm genügen lässt.

¹²⁰⁴ Lettl, Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. 2021, § 1 Rn. 101.

¹²⁰⁵ BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; Schaffert, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 464 f.; Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 9; Sperlich, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 46; a. A. Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 25; Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 22; Scherer, WRP 2006, 401, 404; Wuttke, WRP 2007, 119, 123, 125.

Marktteilnehmer bezwecken.¹²⁰⁶ Allgemeininteressen oder Interessen Dritter werden hingegen nicht von § 3a UWG geschützt.¹²⁰⁷ Das ergibt sich daraus, dass das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG) nicht in § 3a UWG aufgenommen wurde.¹²⁰⁸ Ein lediglich reflexartiger Schutz zugunsten der Marktteilnehmer¹²⁰⁹ oder die rein faktische Auswirkung von Gesetzesverstößen auf den Wettbewerb („Vorsprung durch Rechtsbruch“)¹²¹⁰ ist ebenso nicht ausreichend.

a. Datenschutz als Mitbewerberschutz

- 412 „Eine Regelung dient dem Interesse der Mitbewerber, wenn sie die Freiheit ihrer wettbewerblichen Entfaltung schützt“⁴¹²¹¹. Anders formuliert sollen Mitbewerber vor „wettbewerbsfremden Manipulationen durch Konkurrenten“⁴¹²¹² geschützt werden. Eine mitbewerberschützende Funktion datenschutzrechtlicher Normen wurde bisher überwiegend abgelehnt.¹²¹³ Es gestaltet sich tatsächlich als schwierig, bestimmte Freiheitsinteressen von Mitbewerbern zu identifizieren, die durch Datenschutzverstöße tangiert sein können.

aa. Geheimnisschutz durch Datenschutz

- 413 Bisweilen wird über den Geheimnisschutz nachgedacht, denn diesem diene historisch der Datenschutz.¹²¹⁴ Nachdem jedoch der Bezugspunkt des Datenschutzrechts

¹²⁰⁶ OLG München GRUR-RR 2012, 395, 396 – Personenbezogene Daten; *Emmerich*, in: *Emmerich/Lange*, Unlauterer Wettbewerb, 11. Aufl. 2019, § 20 Rn. 23; *Micklitz/Schirnbacher*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 9; *v. Jagow*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz*, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 23; *Niebel*, in: *BeckOK UWG*, 14. Ed. Stand: 1.12.2021, § 3a UWG Rn. 28.

¹²⁰⁷ BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 46 – Datenschutz bei Bestellbögen; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 21; *Götting/Hetmank*, in: *Ferzer/Büscher/Obergfell*, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 63a; *Niebel*, in: *BeckOK UWG*, 14. Ed. Stand: 1.12.2021, § 3a UWG Rn. 28; ob Datenschutz dem Schutz der Allgemeinheit dient s. *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 368 ff.

¹²⁰⁸ *V. Jagow*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz*, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 24; **a. A.** *Doepner*, in: *FS Helm*, 2002, S. 47, 67.

¹²⁰⁹ BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 46 – Datenschutz bei Bestellbögen; *Micklitz/Schirnbacher*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 9.

¹²¹⁰ BGH WRP 2000, 1116, 1121 – Abgasemissionen; *Frenzel*, WRP 2004, 1137, 1140; *Frenzel*, Die Unlauterkeit anwaltlicher Berufsrechtsverstöße, 2005, S. 69 f.; *Köhler*, GRUR 2004, 381, 386 f.; *Scherer*, WRP 2006, 401, 404 f.; *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 129.

¹²¹¹ BGH WRP 2016, 586 Rn. 28 – Eizellspende; vgl. auch OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 46 – Datenschutz bei Bestellbögen; *Micklitz/Schirnbacher*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 10; *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 372; *Schaffert*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 67; *Niebel*, in: *BeckOK UWG*, 14. Ed. Stand: 1.12.2021, § 3a UWG Rn. 30; ausführlich *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 221 ff.

¹²¹² *Peukert/Fritzsche*, in: *GK-UWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 1 UWG Rn. 192.

¹²¹³ KG GRUR-RR 2012, 19, 21 – Gefällt-mir-Button; OLG München GRUR-RR 2012, 395, 396 – Personenbezogene Daten; *Gärtner/Heil*, WRP 2005, 20, 23.

¹²¹⁴ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 359; vgl. zur Geschichte des Datenschutzrechts *v. Lewinski*, in: *Rüpkke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2018, § 2 Rn. 1 ff.

der Schutz natürlicher Personen ist und damit ein Schutz zugunsten juristischer Personen ausscheidet, liegt eine Geheimnisschutzfunktion des Datenschutzrechts de lege lata fern.¹²¹⁵

bb. Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen (par condicio concurrentium)

(1) Bloße Normgebundenheit nicht ausreichend

Datenschutzverstöße betreffen jedoch Mitbewerber zumindest faktisch, denn ein ungleichmäßiger Vollzug führt zu Wettbewerbsungleichheit.¹²¹⁶ Der Rechtsverletzer kann so beispielsweise bessere oder günstigere Produkte oder Dienstleistungen anbieten. Die bloße Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen (par condicio concurrentium) ist für sich genommen aber nicht zur Begründung einer sekundären Schutzfunktion zugunsten von Mitbewerbern ausreichend,¹²¹⁷ da dies immer die Folge von Marktverhaltensregelungen ist und nicht deren Zweck.¹²¹⁸ Hält sich nämlich jeder an die Regelungen, ist das Marktverhalten uniform. Es müssen daher weitere Umstände über das Interesse, dass jeder verantwortliche Wettbewerber nach datenschutzrechtlichen Vorgaben handelt, hinzutreten, um nicht wieder zu der überholten Rechtsfigur des Vorsprungs durch Rechtsbruch zu gelangen.¹²¹⁹

414

(2) Gleiche Wettbewerbsbedingungen als Zweck der Regulierung

Ausreichend für die Annahme einer mitbewerberschützenden Marktverhaltensregelung ist es, wenn gleiche Wettbewerbsbedingungen bezweckt sind und sich diese nicht nur als eine bloße Folge der Regelung des Marktverhaltens darstellen.¹²²⁰ In diesem Fall dient die Regelung des Marktverhaltens gerade dem Interesse der Mitbewerber, welche ein schützenswertes und durchsetzungsfähiges Interesse daran haben, dass auch die gleichen Wettbewerbsvoraussetzungen herrschen.¹²²¹

415

Der intendierte Schutz der Mitbewerberinteressen könnte sich – wie bereits oben zum Dualismus von Verbraucher- und Datenschutzrecht erläutert wurde¹²²² – aus den Erwägungsgründen 9 S. 3 und 10 S. 1 DS-GVO ergeben. Diese adressieren aus-

416

¹²¹⁵ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 359 f.

¹²¹⁶ Vgl. *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 355; *Rofsnagel*, in: Rofsnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, Kap. 1 Rn. 13.

¹²¹⁷ Gleichsam aber eine notwendige Voraussetzung, vgl. BGH WRP 2010, 876, 878 – Zweckbetrieb.

¹²¹⁸ *Köhler*, NJW 2002, 2761, 2762 f.; *Ahlers*, Verbraucherschutz durch deliktsrechtliche Transformationsnormen, 2018, S. 112 f.; *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 143; *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 7; *Niebel*, in: BeckOK UWG, 14. Ed. Stand: 1.12.2021, § 3a UWG Rn. 30.

¹²¹⁹ Vgl. *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Aufl. 2016,

§ 3a UWG Rn. 22.

¹²²⁰ *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 143; *Härtling/Thiess*, IPRB 2014, 275, 276; *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 360; *Ahlers*, Verbraucherschutz durch deliktsrechtliche Transformationsnormen, 2018, S. 112 f.

¹²²¹ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 360; *Ahlers*, Verbraucherschutz durch deliktsrechtliche Transformationsnormen, 2018, S. 112 f.

¹²²² → Rn. 308 ff.

drücklich Wettbewerbsverzerrungen im Datenschutzbereich. Hierunter nur zwischenstaatliche Wettbewerbsverzerrungen im Bereich des freien Datenverkehrs zu fassen, ohne jedoch einen zumindest partiellen mitgliedstaatlichen Marktbezug anzunehmen, erscheint zunächst wenig überzeugend.¹²²³ Wettbewerbsverzerrungen können sich auch durch eine unterschiedliche Rechtsanwendung und damit ein unterschiedliches Datenschutzniveau in einem einzelnen Mitgliedstaat ergeben.¹²²⁴ Ein Schutz der Interessen der Wettbewerber in Form der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen könnte damit letztlich mit dem bezweckten Abbau von Handelshemmnissen begründet werden.¹²²⁵ Das wird unterstrichen durch das Marktortprinzip (Art. 3 Abs. 2 DS-GVO), das gleiche Wettbewerbsbedingungen zu Drittstaatverantwortlichen schaffen soll.¹²²⁶ Im Ergebnis würde diese Auslegung dazu führen, dass jede marktbezogene Norm der DS-GVO auch zugleich mitbewerberschützend und damit taugliche Primärnorm wäre.

(3) Gleiche Wettbewerbsbedingungen als bloße Folge der Regulierung

417 Ob diese Argumentation ausreicht, eine intendierte *par condicio concurrentium* zum Schutz von Mitbewerbern zu begründen, ist aber zweifelhaft. Nachdem das Unionsrecht stets auf eine unionsweite Harmonisierung zielt, soll letztlich jede Unionsnorm gleiche Wettbewerbsbedingungen für Mitbewerber schaffen und wäre damit zwangsläufig mitbewerberschützend.¹²²⁷ Ein weiterer Anhaltspunkt, der gegen eine intendierte *par condicio concurrentium* aller Wettbewerber spricht, ist der Umstand, dass das Datenschutzrecht nicht zwingend durch Wettbewerb sichergestellt werden muss.¹²²⁸ Gleiche Wettbewerbsbedingungen sind häufig dort bezweckt, wo

¹²²³ „zirkelschlüssig“, so *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 18; zweifelnd ebenfalls *Uebele*, GRUR 2019, 694, 696; *Hansen/Bormann*, IPRB 2018, 273, 274; *Schneider*, in: *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Teil A Rn. 482; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 300; *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471, 473; OLG Naumburg WRP 2020, 110 Rn. 51 – Medikamentenhandel über Amazon-Marketplace I; zur DSRL OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; *Beyers*, RDV 2016, 154, 159; *Moos*, in: DSRITB 2013, S. 235, 239 f.; a. A. *Ohly*, GRUR 2019, 686, 690; *Brinkmann*, Marktmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 2018, S. 69 f.; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 781; *Ehmann*, medstra 2017, 376, 376 f.; vgl. v. *Lewinski*, in: *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2018, § 23 Rn. 57.

¹²²⁴ Zur DSRL OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; *Schröder*, ZD 2013, 512, 512.

¹²²⁵ *Hansen/Bormann*, IPRB 2018, 273, 274 f.; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 696; wohl auch *Schneider*, in: *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Teil A Rn. 482; zur DSRL OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; LG Hamburg ZD 2018, 186 Rn. 28 – Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche wegen Verstoßes gegen den Datenschutz; LG Dessau-Roßlau GRUR-RS 2018, 14272 Rn. 35 f. – Speicherung personenbezogener Daten beim Vertrieb apothekenpflichtiger Arzneimittel über Handelsplattform.

¹²²⁶ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 696; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 300.

¹²²⁷ *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 556 f.; vgl. zur DSRL v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 781.

¹²²⁸ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 362.

sie Voraussetzung für die Erfüllung des Primärzwecks der Norm erforderlich sind.¹²²⁹ Genannt werden kann hier als Beispiel das Berufsrecht der Rechtsanwälte, das einen ruinösen Wettbewerb verhindern und dadurch eine effektive Rechtspflege sicherstellen soll.¹²³⁰ Nachdem eine Rechtsdurchsetzung des Datenschutzrechts auch durch Aufsichtsbehörden, Betroffene und Verbände erfolgt, ist die Durchsetzung durch Mitbewerber nicht in diesem Maße erforderlich.

cc. Nur ausnahmsweise Mitbewerberschutz

Näher liegt es deshalb, die gleichen Wettbewerbsbedingungen lediglich als Folge der Normgebundenheit der Adressaten zu betrachten und nicht als deren Zweck.¹²³¹ Andernfalls würde die aufgegebenen Figur des Vorsprungs durch Rechtsbruch wieder aufleben.¹²³² Im Datenschutzrecht sind damit zwar vielfach Marktverhaltensregelungen zu erblicken, nicht aber eine sekundäre Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber.¹²³³ Es bleibt dem Gesetzgeber jedoch unbenommen, mit datenschutzrechtlichen Vorgaben auch die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen unter Mitbewerbern zu bezwecken, worauf im späteren Verlauf bei den entsprechenden Normen jeweils eingegangen wird.¹²³⁴

418

b. Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer

Während beim Vorsprung durch Rechtsbruch noch auf den Schutz der Mitbewerber abgestellt wurde, wird zunehmend der Schutz der Interessen der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer beim Rechtsbruchtatbestand herangezogen.¹²³⁵ Nachdem das Datenschutzrecht an natürliche Personen anknüpft (Art. 1 Abs. 1 und 2 DSGVO), ist der Schutz von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern für § 3a UWG auch naheliegend.¹²³⁶ Betroffene Interessen sind dabei die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit sowie der Schutz der Rechte, Rechtsgüter und Interessen im Rahmen ihrer Marktteilnahme.¹²³⁷

419

¹²²⁹ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 362.

¹²³⁰ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 362.

¹²³¹ Vgl. zur DSRL v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 781.

¹²³² Vgl. zur DSRL v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 781; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 79; vgl. KG GRUR-RR 2012, 19, 21 – Gefällt-mir-Button.

¹²³³ Vgl. zur DSRL v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 781; KG GRUR-RR 2012, 19, 20 f. – Gefällt-mir-Button.

¹²³⁴ Zum früheren Telekommunikationsdatenschutz → Rn. 502 f. und SchffHwG → Rn. 509.

¹²³⁵ *Fritzsche*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 1 UWG Rn. 204, 206; kritisch zu der vorschnellen Bejahung der Verbraucherinteressen *Ohly*, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 508.

¹²³⁶ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 29.

¹²³⁷ BGH WRP 2010, 869, 871 f. – Golly Telly; BGH WRP 2007, 1173, 1177 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 10; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UWG Rn. 17 ff.; *Galetzka*, in: DSRITB 2014, S. 485, 487; *Galetzka*, K&R 2015, 77, 78; *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 149 f.; v. *Walter*, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, 2007, S. 97; *Härtling/Thiess*, IPRB 2014, 275, 276; teilweise **a. A.** *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 25; vgl. zur UGP-RL *Alexander*, in: FS Ahrens, 2016, S. 17,

aa. Datenschutz nicht hinreichend im Interesse der Marktteilnehmer?

- 420** Nach einer Auslegung wird pauschal die Charakterisierung von Normen der DS-GVO als Marktverhaltensregelung, die das Interesse der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer schützt, ausgeschlossen. Die DS-GVO diene sachlich lediglich dem Grundrechtsschutz betroffener Personen (Art. 1 Abs. 2 DS-GVO) und der Sicherstellung eines freien Verkehrs personenbezogener Daten innerhalb der EU.¹²³⁸ Zwar mag der Markt durch die Vorgaben der DS-GVO geregelt werden, dies sei jedoch lediglich ein Rechtsreflex des Grundrechtsschutzes zugunsten von Marktteilnehmern, sodass für die Annahme einer Marktverhaltensregelung („dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“) kein Raum sei.¹²³⁹
- 421** Die in der DS-GVO vorgesehenen subjektiven Rechte stünden zudem in persönlicher Hinsicht allein den betroffenen Personen zu und das ohne Unterschied, ob sie in ihrer Eigenschaft als Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer betroffen sind.¹²⁴⁰ Es obliegt diesen, ihre Rechte selber oder über die Aufsichtsbehörden geltend zu machen.¹²⁴¹ Dass einzelne Vorschriften Auswirkungen auf den Markt hätten und Betroffene als Marktteilnehmer ein Schutz zuteil wird, sei damit ausnahmslos eine lediglich faktische, nicht jedoch bezweckte und demnach rein mittelbare Folge.¹²⁴²
- 422** Zu trennen von den Regelungen der DS-GVO seien insbesondere solche datenschutzrechtlichen Vorgaben, die auf Grundlage der ePrivacy-RL erlassen wurden und die

19.

¹²³⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74b; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 11 ff.; Köhler, WRP 2020, 340 Rn. 7; Köhler, ZD 2018, 337, 338; Barth, WRP 2018, 790 Rn. 19; Ohly, GRUR 2019, 686, 690 f.; LG Stuttgart WRP 2019, 1089 Rn. 17 – Keine Durchsetzung über UWG:DSGVO enthält ein abschließend differenziertes Sanktionssystem; LG Wiesbaden ZD 2019, 367 Rn. 31 – Kein Anspruch eines Mitbewerbers auf Unterlassung der Erteilung einer unvollständigen Auskunft nach Art. 15 DS-GVO; LG Bochum WRP 2018, 1535 Rn. 7 – Kein Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzerklärung; Tochtermann, ZdiW 2021, 303, 305; zum BDSG a. F. OLG Frankfurt a. M. WRP 2005, 1029, 1030 – Skoda-Autokids-Club; OLG Dresden BeckRS 2014, 15220; OLG München GRUR-RR 2012, 395, 396 – Personenbezogene Daten; OLG Hamburg AfP 2004, 554, 554 – Zur Rechtsverfolgung bei der Unterlassung von Belehrungen nach dem BundesdatenschutzG in Werbeschreiben; OLG Düsseldorf DuD 2005, 173, 174 – Belehrung nach § 28 Abs. 4 BDSG; LG Leipzig BeckRS 2014, 15222; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 79; Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 22; Büttner, in: FS Erdmann, 2002, S. 545,

558 f.; Frhr. v. Gamm, GRUR 1996, 574, 578; Hohbweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 287 f.

¹²³⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74b; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 8 ff.; Köhler, ZD 2018, 337, 338; Hidar, Rechtliche Grenzen smarter Preisgestaltung, 2021, S. 333 f.; Spiegel, in: DSRITB 2020, S. 381, 387; wohl auch Kruse, in: Götting/Meyer/Vormbrock, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 2020, § 33 Rn. 16.

¹²⁴⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74b; Ohly, GRUR 2019, 686, 691; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 11; Laue/Nink, CR 2014, 269, 269; Hohbweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 287 f.; vgl. auch OGH WRP 2020, 337 Rn. 30 – Psychotherapeuten-Liste.

¹²⁴¹ Ohly, GRUR 2019, 686, 691; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 11.

¹²⁴² Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74b; vgl. LG Berlin MMR 2011, 387, 387 – Kein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch bei datenschutzwidriger Verwendung des „Like“-Buttons; Hidar, Rechtliche Grenzen smarter Preisgestaltung, 2021, S. 333 f.

nach Geltung der DS-GVO fortbestehen.¹²⁴³ Diese könnten im Einzelfall Marktverhaltensregelungen darstellen.¹²⁴⁴ Der Verweis auf die ePrivacy-RL trägt indes nach hier vertretener Auffassung von vornherein nicht, da Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO den Verweis von Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL über die DSRL auf das Rechtsbehelfssystem der DS-GVO (Art. 77 ff. DS-GVO) „umleitet“, sodass sich hier die gleichen Fragen wie bei der Anwendung der DS-GVO stellen.¹²⁴⁵

bb. Weitergehende Schutzzwecke des DS-GVO

Die Ablehnung weitergehender Schutzzwecke des Datenschutzrechts folgt im Wesentlichen der Argumentationsstruktur des Dualismus von Verbraucher- und Datenschutzrecht, welcher bereits als Begründung für die vermeintliche Sperrwirkung der DS-GVO zugunsten von Mitbewerberklagen herangezogen wurde. Dieser Dualismus ist jedoch aus den gleichen Gründen auch an dieser Stelle abzulehnen.¹²⁴⁶

Dieses Argument trägt nur dann den daraus gezogenen Schluss in Gänze, wenn ausschließlich der Schutz des Datenschutzrechts der Betroffenen durch die datenschutzrechtlichen Normen bezweckt wird. Die datenschutzrechtlichen Vorgaben dienen selbstverständlich auch dem Grundrechtsschutz der Datensubjekte, wie Art. 1 Abs. 1 und 2 DS-GVO zeigt.¹²⁴⁷ Es mag mit Blick auf die Mehrzahl der datenschutzrechtlichen Vorgaben deshalb vielleicht sogar angenommen werden, dass es sich bei diesen nicht um Marktverhaltensregelungen im Interesse der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer handelt.¹²⁴⁸ Aber diese Feststellung ist letztlich nichtssagend, da es bei dieser Frage auf die einzelnen Normen ankommt und deren Auslegung nicht entbehrlich macht.¹²⁴⁹ Zahlreiche datenschutzrechtliche Verstöße sind auch im Rahmen der §§ 3, 4 ff. UWG relevant,¹²⁵⁰ sodass nicht die Rede davon sein kann, dass bereits die Verschiedenheit der Regelungszwecke von DS-GVO und UWG den Rückgriff auf den Rechtsbruchtatbestand ausschließt.¹²⁵¹

423

424

¹²⁴³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74d.

¹²⁴⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74d.

¹²⁴⁵ → Rn. 26 f.

¹²⁴⁶ → Rn. 308 ff.

¹²⁴⁷ OLG Naumburg WRP 2020, 110 Rn. 51 – Medikamentenhandel über Amazon-Marketplace I; Schmidt, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 1 DS-GVO Rn. 40; Schmidt, WRP 2019, 27 Rn. 7; Schaffert, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 81; zum alten Recht Galetzka, in: DSRITB 2014, S. 485, 487 f.; Schmidt, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 1 BDSG Rn. 14; Busse, RDV 2005, 260, 264; Hupertz/Ohrmann, CR 2011, 449, 450.

¹²⁴⁸ Schmidt, WRP 2019, 27 Rn. 12; a. A. Redeker, IT-

Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1085, wonach „[a]ngesichts der unmittelbaren Wettbewerbsrelevanz vieler Datenschutznormen [...] dies oft anzunehmen [ist].“.

¹²⁴⁹ OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 47 – Datenschutz bei Bestellbögen; LG Hamburg GRUR-RS 2020, 19795 Rn. 7 – Verbot von Preisangaben ohne Angabe der Umsatzsteuer; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 534; Schmidt, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 1 DS-GVO Rn. 42; Meyer, K&R 2012, 309, 311; Heinzke/Storkenmaier, CR 2021, 582 Rn. 5.

¹²⁵⁰ Siehe hierzu ausführlich → Rn. 572 ff.

¹²⁵¹ Schaub, WRP 2019, 1391 Rn. 2.

425 Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Datenverarbeitung ist die pauschale Negierung des Merkmals „im Interesse der Marktteilnehmer“ zu undifferenziert.¹²⁵² So kann § 7 UWG entnommen werden, dass Verbraucher durch Beeinträchtigungen ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts gleichzeitig in ihrer Rolle als Marktteilnehmer betroffen sein können, weshalb eine entsprechende Übertragung auf die informationelle Selbstbestimmung nahe liegt.¹²⁵³ Wie bereits oben herausgearbeitet wurde und worauf an dieser Stelle verwiesen werden soll,¹²⁵⁴ versucht die DS-GVO viele verschiedene Interessen in einen Ausgleich zu bringen, wozu auch wirtschaftliche Interessen der Betroffenen gehören. Insbesondere Regelungen über die kommerzielle Verarbeitung (z. B. Datenhandel, Werbung, Verhinderung eines Kundenwechsels) können – jedenfalls sekundär – den Schutz von Marktteilnehmern, allen voran den Betroffenen in ihrer Rolle als Verbraucher, bezwecken.¹²⁵⁵ Das Datenschutzrecht dient hierbei lediglich als Anknüpfungspunkt für weitergehenden wirtschaftlichen Schutz einer Marktseite, sodass von einem bloßen Rechtsreflex nicht die Rede sein kann. Im Folgenden müssen daher die Interessen der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer näher betrachtet werden, die von Datenschutzverstößen betroffen sein können.

cc. Schutz der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit

426 Zum einen wird die wirtschaftliche Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern durch das UWG geschützt.¹²⁵⁶ Geschützt ist jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, § 2

¹²⁵² OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 47 – Datenschutz bei Bestellbögen; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 12; *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1085; *Hansen/Bornmann*, IPRB 2018, 273, 274 f.; *Schmidt*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 1 DS-GVO Rn. 42; zu BDSG a. F. *Galetzka*, in: *DSRITB* 2014, S. 485, 492 f.; *Aßhoff*, IPRB 2013, 233, 233; *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 450; *Härtling/Thiess*, IPRB 2014, 275, 276; *Paal*, in: *Körber/Kühling*, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, 2017, S. 143, 158; *Paal*, in: *Hornung/Müller-Terpitz*, Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, Kap. 11 Rn. 56; v. *Lewinski*, in: *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2018, § 23 Rn. 56; *Wielsch*, ERPL 2019, 197 Rn. 35; *Schreiber/Schirmbacher*, GRUR-Prax 2021, 435, 436; *Sperllich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 29 ff.; *Diekmann*, in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 15.1.2021, § 3a UWG Rn. 92; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 5.

¹²⁵³ KG GRUR-RR 2012, 19, 21 – Gefällt-mir-Button; *Schaffert*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 71.

¹²⁵⁴ Ausführlich hierzu → Rn. 310 ff. m. w. N.

¹²⁵⁵ *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 12; vgl. auch *Moos*, K&R 2020, 569, 576.

¹²⁵⁶ BT-Drs. 15/1487, S. 13; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.67; vgl. *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 2510; *Fritzsche*, in: *GK-UWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 1 UWG Rn. 209 ff.; *Götting*, in: *Götting/Nordemann*, UWG, 3. Aufl. 2016, § 1 UWG Rn. 9; *Niebel*, in: *BeckOK UWG*, 14. Ed. Stand: 1.12.2021, § 3a UWG Rn. 31; *Ahlers*, Verbraucherschutz durch deliktsrechtliche Transformationsnormen, 2018, S. 100; *Sperllich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 28.

Abs. 1 Nr. 9 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n. F.).¹²⁵⁷ Eine unzulässige Beeinflussung der wirtschaftlichen Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit kann angenommen werden, wenn die Möglichkeit zu einer informierten Entscheidung genommen wird.¹²⁵⁸ Es wird insofern auf die Entscheidungsgrundlage eingewirkt.¹²⁵⁹ Klassische Beispiele sind Informationspflichten des Unternehmers, auf deren Grundlage der durchschnittliche Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer eine rationale, hinreichend informierte Entscheidung treffen kann.¹²⁶⁰

Eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit liegt im Falle von Datenschutzverstößen nahe, weil auch das Datenschutzrecht auf eine rationale Entscheidung zielt, namentlich die informationelle Selbstbestimmung, also das Recht zu entscheiden, ob und unter welchen Bedingungen personenbezogene Daten preisgegeben werden.¹²⁶¹ So könnte beispielsweise durch das Vorenthalten von Informationen, die aufgrund datenschutzrechtlicher Informationspflichten zu erteilen sind, die Entscheidungsfreiheit beeinflusst werden.¹²⁶² In diesen Fällen werden die Interessen gerade durch die Marktteilnahme berührt.¹²⁶³ Gleiches gilt für die Erteilung unzutreffender Pflichtinformationen¹²⁶⁴ und der Informationen, die für eine informierte Einwilligung erteilt werden muss.¹²⁶⁵ Der Marktteilnehmer soll auf Grundlage einer verlässlichen Informationsbasis autonom entscheiden können, ob er sich mit einem

427

¹²⁵⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UWG Rn. 17; Fritzsche, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 1 UWG Rn. 211; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.4.

¹²⁵⁸ KG CR 2014, 319, 325 – Rechtsverstöße durch Teila-friend-Funktion; OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UWG Rn. 17; Galetzka, in: DSRI TB 2014, S. 485, 487; Götting, in: Götting/Nordemann, UWG, 3. Aufl. 2016, § 1 UWG Rn. 9; Bohne, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 321 ff.

¹²⁵⁹ Vgl. Sosnitzka, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 1 UWG Rn. 27.

¹²⁶⁰ Huppertz/Ohrmann, CR 2011, 449, 450.

¹²⁶¹ V. Walter, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 774; Podszur/de Torna, NJW 2016, 2987, 2989; vgl. Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 12.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 72– Face-

book Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

¹²⁶² Vgl. Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 372; OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 64 ff. – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; zur DSRL Galetzka, in: DSRI TB 2014, S. 485, 487; OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; vgl. generell zu Informationspflichten Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 2510.

¹²⁶³ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 64 ff. – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; noch zur DSRL OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; nach a. A. spielt sich das lediglich im Vorfeld des Marktverhaltens ab, so Brinkmann, Marktmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 2018, S. 70 f.

¹²⁶⁴ Galetzka, in: DSRI TB 2014, S. 485, 487; OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise.

¹²⁶⁵ Buchner, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 60.

Angebot befassen möchte.¹²⁶⁶ Das Datenschutzrecht zielt daher zum Teil auch auf den Schutz der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit.

dd. Schutz von Rechten, Rechtsgütern und Interessen

(1) Rechtsgüterschutz im UWG

428 Neben der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit der Marktteilnehmer werden auch Rechte, Rechtsgüter und sonstige Interessen durch das UWG geschützt.¹²⁶⁷ Es geht also auch um einen allgemeinen, marktbezogenen Rechtsgüterschutz.¹²⁶⁸ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist hiervon umfasst.¹²⁶⁹ Insoweit ist ein Gleichlauf mit anderen, im Grundsatz nicht wirtschaftlichen Interessen, wie dem Schutz von Gesundheit, zu erkennen.¹²⁷⁰

(2) Erforderlichkeit eines Marktbezugs

429 Erforderlich ist ferner, dass die Rechte, Rechtsgüter und Interessen gerade durch die Marktteilnahme betroffen sind.¹²⁷¹ Es handelt sich demnach spezifisch um Interessen, die „durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt [werden]“⁴¹²⁷². Es muss mit anderen Worten eine Relevanz für

¹²⁶⁶ Schaffert, in: MüKoUWG, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 71; Sosnitz, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 1 UWG Rn. 27.

¹²⁶⁷ BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 46 – Datenschutz bei Bestellbögen; OLG Köln NJW 2010, 90, 90 – Rückgewinnungsschreiben an früheren Stromkunden; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UWG Rn. 20; Elskamp, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 149 f.; v. Walter, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, 2007, S. 97; v. Walter, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 778; Fezer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 1 UWG Rn. 83; Niebel, in: BeckOK UWG, 14. Ed. Stand: 1.12.2021, § 3a UWG Rn. 31; Spertlich, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 28; einschränkend Ahlers, Verbraucherschutz durch deliktsrechtliche Transformationsnormen, 2018, S. 107 ff.; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 279; ausführlich Jüttner, WRP 2020, 1119 Rn. 30 ff.

¹²⁶⁸ Ahlers, Verbraucherschutz durch deliktsrechtliche Transformationsnormen, 2018, S. 101.

¹²⁶⁹ OLG Naumburg NJW 2003, 3566, 3567; OLG Köln NJW 2010, 90, 90 – Rückgewinnungsschreiben an früheren Stromkunden; OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 Rn. 24 – Vertragsnachbearbeitung; LG Dessau-Roßlau GRUR-RS 2018, 14272 Rn. 36 – Speicherung

personenbezogener Daten beim Vertrieb apothekenpflichtiger Arzneimittel über Handelsplattform; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UWG Rn. 20; Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576 Rn. 30; Schröder, ZD 2012, 331, 332; Bohne, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 316; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 279; vgl. Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 1 UWG Rn. 54.

¹²⁷⁰ Bohne, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 316.

¹²⁷¹ BGH WRP 2010, 869, 871 – Golly Telly; BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; BGH WRP 2017, 542 Rn. 20 – Konsumgetreide; BGH WRP 2017, 941 Rn. 20 – Aufzeichnungspflicht; OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 46 – Datenschutz bei Bestellbögen; OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 Rn. 24 – Vertragsnachbearbeitung; OLG Köln WRP 2014, 733 Rn. 9 – Anlegerbrieff; OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 63 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; Schaffert, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 65; Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576 Rn. 30; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 279.

¹²⁷² BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 46 – Datenschutz bei

die Nachfrageentscheidung vorhanden sein, denn ein generelles Interesse der Marktteilnehmer an der Einhaltung datenschutzrechtlicher Normen besteht – wie bei sonstigen Rechten, Rechtsgütern und Interessen – im Grundsatz immer. *Scherer* formuliert es so: „auch ein Eremit auf einer einsamen Insel hat dieses Interesse an seiner Gesundheit, ohne jemals eine Nachfrageentscheidung zu treffen“.¹²⁷³ Eine unzulässige Beeinflussung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit ist daneben aber nicht weiter erforderlich.¹²⁷⁴

Sobald die Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer im Rahmen ihrer Marktteilnahme personenbezogene Daten preisgeben, kann diese Voraussetzung bejaht werden.¹²⁷⁵ Das betrifft insbesondere die Datenverarbeitung im Rahmen des Vertragsabschlusses und der -durchführung.¹²⁷⁶ Die Verwendung von personenbezogenen Daten zu Werbezwecken tangiert ebenso das Datenschutzrecht der Marktteilnehmer im Rahmen ihrer Marktteilnahme.¹²⁷⁷ Dieser marktbezogene Rechtsgüterschutz durch § 3a UWG erweist sich letztlich als weitere zentrale Schnittstelle zwischen Datenschutz- und Lauterkeitsrecht.

430

(3) Marktbezogener Rechtsgüterschutz kein Widerspruch zu Art. 77 ff. DS-GVO

An dieser Stelle ist die Frage aufzuwerfen, inwieweit überhaupt noch eigene Interessen der Mitbewerber durchgesetzt werden, wenn gerade für den Rechtsbruchtatbestand an den Schutz der Rechtsgüter der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer angeknüpft wird. Gerade der Bezug zu den eigenen tangierten Interessen der

431

Bestellbögen; OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 63 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.67; v. *Walter*, in: *FS Köhler*, 2014, S. 771, 778 f.

¹²⁷³ *Scherer*, WRP 2006, 401, 404.

¹²⁷⁴ BGH WRP 2010, 869, 871 – Golly Telly; BGH WRP 2016, 586 Rn. 21 – Eizellspende; BGH WRP 2017, 542 Rn. 20 – Konsumgetreide; BGH WRP 2017, 941 Rn. 20 – Aufzeichnungspflicht; v. *Walter*, in: *FS Köhler*, 2014, S. 771, 778 f.

¹²⁷⁵ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 30; OLG Köln WRP 2014, 733 Rn. 9 – Anlegerbrief; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2012, 396, 398 – Neuer Versorger; LG Dessau-Roßlau GRUR-RS 2018, 14272 Rn. 36 – Speicherung personenbezogener Daten beim Vertrieb apothekenpflichtiger Arzneimittel über Handelsplattform; *Schreiber/Schirmbacher*, GRUR-Prax 2021, 435, 436; vgl. *Götting/Hetmank*, in: *Fezer/Büschler/Obergfell*, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG

Rn. 81.

¹²⁷⁶ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 30; OLG Köln NJW 2010, 90, 90 – Rückgewinnungsschreiben an früheren Stromkunden; *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 182.

¹²⁷⁷ OLG Köln CR 2011, 680, 681 – Personalisierte Werbung eines Stromanbieters gegenüber früheren Kunden unter Verwendung während der Vertragslaufzeit gespeicherter Daten; LG Frankfurt a. M. CR 2014, 266 – Pflicht des Betreibers einer Website zum Hinweis auf Widerspruchsmöglichkeit gegen die Erstellung von Nutzungsprofilen mittels eines Tracking-Programms, 268 f.; *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 31; OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 Rn. 24 – Vertragsnachbearbeitung; OLG Köln NJW 2010, 90, 90 – Rückgewinnungsschreiben an früheren Stromkunden; *Schröder*, ZD 2012, 331, 332; *Schreiber/Schirmbacher*, GRUR-Prax 2021, 435, 436.

Mitbewerber, die durch die DS-GVO nicht abgebildet werden, war das zentrale Argument gegen eine umfassende Sperrwirkung zulasten von Mitbewerberklagen.¹²⁷⁸ So könnte man auf die Idee kommen, die Mitbewerberklage – anders als beim originären Wettbewerbsrecht¹²⁷⁹ – zumindest wertungsmäßig als Rechtsbehelf des Betroffenen und nicht des Mitbewerbers anzusehen mit der Folge, dass sich die Durchsetzung an den Art. 77 ff. DS-GVO messen lassen muss, deren Voraussetzungen freilich nicht erfüllt wären.

- 432** Hiergegen sprechen aber mehrere Gründe, die bereits herausgearbeitet wurden: Erstens schränkt die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG den Kreis der Anspruchsberechtigten auf solche Kreise ein, die ein eigenes Interesse an der Durchsetzung haben, mag das Interesse auch im Zweifel recht weit verstanden werden.¹²⁸⁰ Zweitens bedarf es einer geschäftlichen Handlung, die mit ihrem Erfordernis eines Unternehmens- und Marktbezugs für eine weitere Abgrenzung zum viel weitgehenderen Datenschutzrecht mit dessen Merkmal der Verarbeitung sorgt.¹²⁸¹ Drittens ist der Rechtsgüterschutz des § 3a UWG gerade nicht allgemeiner Natur, sondern marktbezogen auszulegen: Die Rechtsgüterbeeinträchtigung muss also bei der Marktteilnahme stattgefunden haben.¹²⁸²
- 433** Ein Vorgehen durch Mitbewerber bei Datenschutzverstößen kann wertungsmäßig also nicht wie ein Rechtsbehelf des Betroffenen (Art. 77 bis 80 Abs. 1 DS-GVO) oder eine Verbandsklage (im unionsrechtlichen Sinne des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO) zugunsten von Betroffenen angesehen werden, denn in der Summe verlangen diese Voraussetzungen ein verdichtetes und damit letztlich schützenswertes Eigeninteresse an der Durchsetzung.
- 434** Selbst wenn dieser Aspekt anders gesehen werden sollte, bleibt bei vielen Datenschutzverstößen eine Beeinträchtigung der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit gleichwohl festzustellen. Bei den einzelnen Marktverhaltensregelungen soll deshalb jeweils darauf eingegangen werden, ob es um einen marktbezogenen Rechtsgüterschutz und/oder um einen Schutz der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit geht.

V. Mögliche Marktverhaltensregelungen mit datenschutzrechtlichem Bezug

- 435** Datenschutzrechtliche Regelungen können nach dem Vorgesagten Marktverhaltensregelungen darstellen, wobei es stets auf eine Einzelfallbetrachtung ankommt. In Erinnerung gerufen werden soll an dieser Stelle, dass Art. 80 Abs. 2 DS-GVO die Verletzung subjektiver Rechte der Betroffenen verlangt,¹²⁸³ sodass im Anwendungsbereich der DS-GVO und der ePrivacy-RL (Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL, Art. 94 Abs. 2

¹²⁷⁸ → Rn. 304 ff.

¹²⁷⁹ Hierzu noch ausführlich → Rn. 572 ff.

¹²⁸⁰ → Rn. 324 ff.

¹²⁸¹ → Rn. 355 ff.

¹²⁸² → Rn. 429 f.

¹²⁸³ → Rn. 158 ff.

S. 1 DS-GVO¹²⁸⁴) bei einer Verbandsklage hinsichtlich der möglicherweise einschlägigen Primärnorm auf diesen Aspekt geachtet werden muss. Objektives Datenschutzrecht kann insoweit aufgrund des Anwendungsvorrangs des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO nicht über den Rechtsbruchtatbestand durchgesetzt werden. Es wird daher jeweils bei der geprüften Vorschrift auf diesen Gesichtspunkt eingegangen. Nachdem die DS-GVO nach hier vertretener Auffassung nicht die Rechtsdurchsetzung durch Mitbewerber regelt, ist diese Einschränkungen bei einem Vorgehen von Mitbewerbern nicht heranzuziehen.

Im Folgenden sollen besonders relevante datenschutzrechtliche Normen aus DS-GVO, BDSG, TMG a. F., TTDSG und weiteren Gesetzen näher daraufhin untersucht werden, ob sie das Marktverhalten regeln und ob dies auch im Interesse der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer geschieht. Die Problemkomplexe lassen sich im Wesentlichen in die Zulässigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten und die daraus resultierenden Betroffenenrechte einteilen.¹²⁸⁵ Daneben sollen weitere Normen mit Datenschutzbezug i. w. S. untersucht werden, deren Eigenschaft als Marktverhaltensregelung in Betracht zu ziehen sind.

436

1. Grundsätze der Datenverarbeitung (Art. 5 DS-GVO)

Art. 5 Abs. 1 DS-GVO regelt als subjektives Recht der Betroffenen¹²⁸⁶ zahlreiche Grundsätze, die ein Verantwortlicher im Rahmen seiner Datenverarbeitung erfüllen muss. Diese sind äußerst abstrakt gehalten und werden durch zahlreiche andere Normen der DS-GVO weiter konkretisiert.¹²⁸⁷ Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich um geltende Pflichten für Verantwortliche handelt, wie Art. 83 Abs. 5 lit. a DS-GVO zeigt. Dieser bewehrt Verstöße gegen die Datenschutzgrundsätze mit einer Geldbuße.¹²⁸⁸ Die Grundsätze regeln folglich auch das Marktverhalten von Unternehmern, wobei jedoch zweifelhaft ist, ob das im Interesse der Marktteilnehmer geschieht.¹²⁸⁹

437

Abgesehen von der Frage, welcher Anwendungsbereich Art. 5 Abs. 1 DS-GVO neben den konkretisierenden Normen verbleibt, kommt der Transparenzgrundsatz nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO als taugliche Marktverhaltensregelung in Betracht.¹²⁹⁰ Das Transparenzgebot soll sicherstellen, dass der Betroffene die Verarbeitungsschritte erkennen, nachvollziehen und somit auch auf ihre Rechtmäßigkeit hin kontrollieren kann.¹²⁹¹ Mangelnde Informationen können die Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern beispielsweise insoweit beeinflussen, als sie

438

¹²⁸⁴ → Rn. 26 f.

¹²⁸⁵ Vgl. *Ohly*, GRUR 2019, 686, 687 f.

¹²⁸⁶ → Rn. 166.

¹²⁸⁷ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 5 DS-GVO Rn. 1.

¹²⁸⁸ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 5 DS-GVO Rn. 1; *Rofsnagel*, ZD 2018, 339, 342 f.

¹²⁸⁹ Insgesamt für Art. 5 DS-GVO und dessen Konkretisierungen aber bejahend *Mantz/Spitka*, in: Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 131.

¹²⁹⁰ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 10.

¹²⁹¹ *Rofsnagel*, ZD 2018, 339, 340.

bei hinreichender Transparenz der Verarbeitungstätigkeit von einem Geschäft Abstand genommen oder dieses jedenfalls in anderer Form abgeschlossen hätten.¹²⁹² Im Falle einer nachträglichen Änderung wäre darüber hinaus auch denkbar, dass Betroffene von ihren Rechten Gebrauch machen und den Vertragspartner wechseln (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG = § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG n. F.). Relevanz erlangt dies alles jedoch erst, wenn nicht bereits die Informationspflichten der DS-GVO eingreifen, also ungeschriebene Transparenzpflichten aus der Norm abgeleitet werden. Es bleibt abzuwarten, welche Transparenzpflichten Rechtsprechung und Literatur konkret entwickeln werden, nachdem der Katalog der geschriebenen Pflichtinformationen bereits stattlich ist. Raum besteht hier vor allem bei nachträglichen Änderungen, die nur rudimentär von den Art. 13 f. DS-GVO abgebildet sind.¹²⁹³

2. Zulässigkeit der Datenverarbeitung

a. Art. 6 Abs. 1 DS-GVO

aa. Norminhalt

439 Wettbewerbsrechtliche Relevanz können vor allem die Erlaubnistatbestände der Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 lit. a, 7 f. DS-GVO und der Rechtfertigung durch Interessenabwägung nach Art. 6 lit. f DS-GVO entfalten.¹²⁹⁴ Fällt eine Datenverarbeitung unter den Anwendungsbereich der DS-GVO, ist zu fragen, ob diese ausnahmsweise rechtlich zulässig ist („Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“; „Verbotssprinzip“).¹²⁹⁵ Eine Verarbeitung ist nur dann zulässig, wenn mindestens eine der Bedingungen in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO gegeben ist.¹²⁹⁶ Der Begriff der Verarbeitung nach Art. 4 Nr. 2 DS-GVO ist dabei sehr weit zu verstehen und umfasst letztlich jeden Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten.¹²⁹⁷ Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt schützt den Betroffenen vor einer unrechtmäßigen Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten und ist damit subjektiv-rechtlicher Natur i. S. d. Art. 80 Abs. 2 DS-GVO.¹²⁹⁸

bb. Regelung des Marktverhaltens

440 Eine unzulässige Verarbeitung durch einen Unternehmer ist als solche nicht ohne Weiteres wettbewerbsrechtlich relevant, da sämtliche Datenverarbeitungsvorgänge – auch solche ohne Marktbezug – an Art. 6 Abs. 1 DS-GVO zu messen sind.¹²⁹⁹ Hieran

¹²⁹² *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 10; vgl. *Taeger/Kremer*, Recht im E-Commerce und Internet, 2. Aufl. 2021, Kap. 9 Rn. 37.

¹²⁹³ → Rn. 370.

¹²⁹⁴ Vgl. *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 34; *Schreiber/Schirmbacher*, GRUR-Prax 2021, 435, 436.

¹²⁹⁵ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DS-GVO Rn. 13; *Kremer*, in: Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 1, 3; kritisch zu den Begrifflichkeiten *Rofsnagel*, NJW 2019, 1.

¹²⁹⁶ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DS-GVO Rn. 13.

¹²⁹⁷ *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 56.

¹²⁹⁸ → Rn. 166.

¹²⁹⁹ Zum BDSG a. F. *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 467; v. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 779; *Moos*, in: DSRITB 2012, S. 717, 719.

zeigt sich die Schwierigkeit der Bewertung datenschutzrechtlicher Vorgaben, da diese wenig ausdifferenzierte Regelungen zu wettbewerbsrelevanten Verarbeitungstätigkeiten vorhält.¹³⁰⁰ Nachdem das Verbotsprinzip auch die Einwirkungsmöglichkeiten von Unternehmern auf die Marktteilnehmer begrenzt, kann jedoch in diesen Konstellationen eine Marktverhaltensregelung angenommen werden.¹³⁰¹ Diese Regelung des Marktverhaltens muss jedoch zumindest auch den Schutz der Marktteilnehmer bezwecken, um sie zu einer Primärnorm erwachsen zu lassen.

cc. **Regelung im Interesse der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer**

(1) **Rechtsgüterschutz bei Marktteilnahme**

Art. 6 Abs. 1 DS-GVO bezweckt zumindest den Schutz des Rechtsguts der informationellen Selbstbestimmung der Betroffenen im Rahmen ihrer Marktteilnahme, also in ihrer Rolle als Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer, und ist damit in deren Interesse.¹³⁰² Durch das Abstellen auf den marktbezogenen Rechtsgüterschutz zur Begründung der Schutzfunktion i. S. d. § 3a UWG erweist sich damit die Voraussetzung, dass das Rechtsgut gerade durch die Marktteilnahme berührt wird, als maßgebliche Einschränkung. So wurden beispielsweise datenschutzwidrige Werbeaktionen vom OLG Köln¹³⁰³, OLG Karlsruhe¹³⁰⁴, LG Frankfurt a. M.¹³⁰⁵ sowie OLG Hamburg¹³⁰⁶ als Verstoß gegen das Verbotsprinzip und damit als Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung eingestuft.¹³⁰⁷ Auch der Einsatz von Web Analytics im kommerziellen Kontext, z. B. zur Ausspielung individualisierter Werbung oder Angebote, berührt die informationelle Selbstbestimmung der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer bei ihrer Marktteilnahme.¹³⁰⁸

441

Hinsichtlich Art. 8 DS-GVO kann erst recht eine Marktverhaltensregelung angenommen werden.¹³⁰⁹ Dieser stellt besondere Voraussetzungen für die Einwilligung eines

442

¹³⁰⁰ *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 31 unter Verweis auf *Weidert/Klar*, BB 2017, 1858 hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Werbung.

¹³⁰¹ Zu den Voraussetzungen einer Regelung des Marktverhaltens → Rn. 402.

¹³⁰² *Wolff*, ZD 2018, 248, 250 f.; wohl auch *Taeger*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 6 DS-GVO Rn. 186; zum TMG und BDSG a. F. *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 453 f.; *Moos*, in: *DSRITB* 2012, S. 717, 719; a. A. zu BDSG a. F. *Lindhorst*, Sanktionsdefizite im Datenschutzrecht, 2010, S. 82.

¹³⁰³ OLG Köln NJW 2010, 90, 90 – Rückgewinnungsschreiben an früheren Stromkunden; OLG Köln CR 2011, 680, 681 f. – Personalisierte Werbung eines Stromanbieters gegenüber früheren Kunden unter Verwendung während der Vertragslaufzeit gespeicherter Daten; OLG Köln WRP 2014, 733 Rn. 9 f. – Anlegerbrief.

¹³⁰⁴ OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 Rn. 24 – Vertragsnachbearbeitung.

¹³⁰⁵ LG Frankfurt a. M. CR 2014, 266, 268 f. – Pflicht des Betreibers einer Website zum Hinweis auf Widerspruchsmöglichkeit gegen die Erstellung von Nutzungsprofilen mittels eines Tracking-Programms.

¹³⁰⁶ OLG Hamburg WRP 2018, 1510 Rn. 48 – Datenschutz bei Bestellbögen.

¹³⁰⁷ Ebenso *Schreiber/Schirmbacher*, GRUR-Prax 2021, 435, 436.

¹³⁰⁸ *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 453; vgl. *Föhlich/Löwer*, VuR 2019, 37, 38.

¹³⁰⁹ *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 36; vgl. auch *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 17.

Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft auf. Der Schutz von Minderjährigen im Rahmen ihrer Marktteilnahme ist von lauterkeitsrechtlicher Relevanz.¹³¹⁰

(2) Schutz der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit

443 Hinsichtlich der Einwilligung durch den Betroffenen kommt nicht nur der Schutz der Rechtsgüter von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern in Betracht, sondern es ist auch ein von der Norm bezweckter Schutz der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit denkbar.¹³¹¹ Die „Einwilligung“ der betroffenen Person ist nach der Definition in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Wettbewerbsrechtliche Probleme können sich sowohl aus der Informiertheit als auch der Freiwilligkeit der Einwilligung ergeben.

(a) Informiertheit der Einwilligung

444 Damit die Einwilligung wirksam sein kann, muss sie „in informierter Weise“ erklärt werden („informed consent“).¹³¹² Nach Erwägungsgrund 42 S. 2 der DS-GVO muss die betroffene Person zumindest wissen, „dass und in welchem Umfang sie ihre Einwilligung erteilt“.¹³¹³ Hinzutreten formale Aspekte nach Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO. Erfolgt hiernach die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, sodass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist.¹³¹⁴

445 Es können an dieser Stelle die Erwägungen zum Transparenzgrundsatz des Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO herangezogen werden: Durch die ordnungsgemäße Aufklärung über die Reichweite der Verarbeitung soll der Betroffene in die Lage versetzt werden,

¹³¹⁰ Vgl. BGH WRP 2007, 1173, 1177 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; BGH WRP 2009, 1001, 1006 – Internet-Videorekorder; Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 36; vgl. auch *Baukelmann*, in: FS Ullmann, 2006, S. 587, 587; *Köhler*, in: FS Ullmann, 2006, S. 685, 696; *a. A. Scherer*, WRP 2006, 401, 405 f.

¹³¹¹ *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 60; zum faktischen Wert der Einwilligung kritisch *Veil*, NJW 2018, 3337, 3344; „Zu Recht wird dem entgegengehalten, dass es sich bei der Einwilligung oft um einen formalisierten Akt handelt, der beim Nutzer nur die Illusion der Kontrolle über ‚seine‘ Daten nährt. Die Einwilli-

gung ist vielfach Ausdruck einer ‚take it or leave it‘-Situation, in der der Betroffene gerade keine Verhandlungsmöglichkeit mehr hat. Das Häkchensetzen im Internet verkommt meist zu einem ‚mechanischen Prozeduralismus‘. Es ist eine ‚Souveränitäts-Simulation‘. Die Zustimmungswirkung beruht auf gesetzlicher Fiktion.“

¹³¹² *Ernst*, ZD 2017, 110, 113.

¹³¹³ *Tirnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 394.

¹³¹⁴ Hierzu *Nägele/Apel/Stolz/Pohl*, DB 2021, 1998, 2000.

rational die Vor- und Nachteile einer Einwilligung abzuwägen und seiner geschäftlichen Entscheidung zugrunde zu legen.¹³¹⁵ Er kann entscheiden, ob die Preisgabe von personenbezogenen Daten einen hinreichenden Nutzen für ihn hat, weshalb eine Auswirkung auf die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen anzunehmen ist.¹³¹⁶ Die Verarbeitung personenbezogener Daten aufgrund einer uninformierten Einwilligung im kommerziellen Kontext betrifft ihn damit auch in seiner Position als Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer, wie das Beispiel der Werbeeinwilligung zeigt.¹³¹⁷

(b) Freiwilligkeit der Einwilligung

Eine weitere Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung ist darüber hinaus deren Freiwilligkeit, wie sich aus der Definition in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO ergibt. Ist die Freiwilligkeit nicht gegeben, liegt keine Selbstbestimmung („volenti non fit iniuria“), sondern Fremdbestimmung vor.¹³¹⁸ Der Betroffene soll frei von unsachlichen Beeinflussungen über die Legitimierung von Datenverarbeitungsvorgängen entscheiden können.¹³¹⁹ Selbstredend stehen deshalb Drohung oder Zwang der Freiwilligkeit der Einwilligung entgegen.¹³²⁰ Erwägungsgrund 43 S. 1 der DS-GVO stellt darüber hinaus auf ein „klares Ungleichgewicht“ zwischen Verantwortlichem und Betroffenen ab, das die Freiwilligkeit entfallen lässt. Die klassischen Beispiele der problembehafteten Verhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie Behörde und Bürger¹³²¹ haben keine nennenswerte wettbewerbsrechtliche Relevanz. Ein generelles Ungleichgewicht zwischen Unternehmer und Verbraucher ist jedenfalls zu verneinen, es sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls zu betrachten.¹³²²

Nach Art. 7 Abs. 4 DS-GVO muss bei der Frage der Freiwilligkeit auch dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind (sog. Kopplungsverbot).¹³²³ Das betrifft zum einen die Kopplung verschiedener Datenverarbeitungsvorgänge nebeneinander und zum anderen die Kopplung von Vertragsschluss und Erteilung einer Einwilligung, wie sich aus Erwägungsgrund 43 S. 2 der DS-GVO ergibt.¹³²⁴ Der Aspekt

446

447

¹³¹⁵ Buchner, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 60.

¹³¹⁶ Buchner, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 60.

¹³¹⁷ Schaub, WRP 2019, 1391 Rn. 12; Meyer, in: DSRITB 2012, S. 643, 652.

¹³¹⁸ Halder/Johanson, NJOZ 2019, 1425, 1427.

¹³¹⁹ Buchner, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 60.

¹³²⁰ Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 42.

¹³²¹ Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 42, 44; vgl. allgemein hierzu Bühler, Freilaw 2019, 25.

¹³²² Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 44; Lüdemann/Pokrant, DuD 2019, 365, 366.

¹³²³ Hierzu Engeler, ZD 2018, 55; Krohm/Müller-Peltzer, ZD 2017, 551; Golland, MMR 2018, 130; Becker, CR 2021, 230.

¹³²⁴ Krohm/Müller-Peltzer, ZD 2017, 551, 552 f.

der Freiwilligkeit der Einwilligung betrifft damit ebenfalls die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit einer Person in ihrer Stellung als Betroffener und – im kommerziellen Kontext – zusätzlich in seiner Stellung als Verbraucher bzw. sonstiger Marktteilnehmer.¹³²⁵

- 448** Das Einwilligungserfordernis stellt demnach durch das Postulat der Informiertheit und Freiwilligkeit eine mögliche Marktverhaltensregelung dar, welche die Interessen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern schützen soll.¹³²⁶

b. Art. 9 DS-GVO

- 449** Die nach Art. 9 DS-GVO rechtswidrige Verarbeitung von Gesundheitsdaten wurde vom OLG Naumburg als Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung angesehen.¹³²⁷ Ein Händler verkaufte in dem zugrunde liegenden Fall Medikamente über die Verkaufsplattform von Amazon, ohne dabei hierfür die notwendige ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen einzuholen. In dieser Konstellation war nach dem Gericht auch das Interesse der Verbraucher am Schutz ihres Rechtsguts der informationellen Selbstbestimmung bei der Marktteilnahme berührt.¹³²⁸ Nachdem Art. 9 Abs. 1 (ggf. auch Abs. 4) DS-GVO Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Verarbeitung sensibler personenbezogener Daten aufstellt, kann analog zu den Ausführungen zu Art. 6 DS-GVO¹³²⁹ und mit dem OLG Naumburg eine Marktverhaltensregelung angenommen werden. Als besondere Ausprägung des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ist auch diese Norm zudem subjektiver Natur und tauglicher Anknüpfungspunkt für Art. 80 Abs. 2 DS-GVO.¹³³⁰ Telemedienrechtliche Spezialvorgaben zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung

aa. § 13 Abs. 1 TMG a. F. (bis zum 30.11.2021)

- 450** Nach der hier vertretenen Auffassung wurde nicht nur die Informationspflicht nach § 13 Abs. 1 TMG a. F. von der DS-GVO verdrängt, sondern – von Randbereichen abgesehen – auch das dort geregelte Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹³³¹ Von daher stellt sich von vornherein nicht die Frage, ob es sich hierbei um Marktverhaltensregelungen handelte. Zu messen waren diese Verarbeitungsvorgänge ab dem 25.5.2018 anhand der DS-GVO. Durch das TTDSG hat sich die Frage der Anwendbarkeit geklärt, da die Norm durch das Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien mit Wirkung zum 1.12.2021 aufgehoben wurde.

¹³²⁵ Buchner, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 60.

¹³²⁶ Schaub, WRP 2019, 1391 Rn. 12; Uebele, GRUR 2019, 694, 695 f.

¹³²⁷ OLG Naumburg WRP 2020, 110 Rn. 51, 53 – Medikamentenhandel über Amazon-Marketplace I; a. A. wohl Engling, DSB 2019, 36, 37.

¹³²⁸ OLG Naumburg WRP 2020, 110 Rn. 47, 53 – Medi-

kamentenhandel über Amazon-Marketplace I; zustimmend Apel/Bosman, K&R 2020, 73, 75.

¹³²⁹ → Rn. 439 ff.

¹³³⁰ → Rn. 166.

¹³³¹ Siehe hierzu → Rn. 28 ff.

bb. Schutz der Integrität der Endeinrichtung (§ 25 TTDSG)

§ 25 TTDSG soll den durch die „Cookie-RL“ eingeführten Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL mit Inkrafttreten zum 1.12.2021 in nationales Recht umsetzen, was zu Zeiten des TMG a. F. nicht bzw. jedenfalls nur mangelhaft geschehen ist.¹³³² Die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers (Var. 1) oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, (Var. 2) sind vorbehaltlich § 25 Abs. 2 TTDSG nur zulässig, wenn der Endnutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen eingewilligt hat, § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG. Auch diese Regelung ist subjektiver-Natur und kann daher nach Art. 80 Abs 2 DS-GVO i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL, Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO durchgesetzt werden.¹³³³

451

Eine hiernach erforderliche Einwilligung erfolgt entsprechend der DS-GVO, wie § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG anordnet. Das Merkmal „Endeinrichtung“ wird in § 2 Abs. 2 Nr. 6 TTDSG legaldefiniert und meint grundsätzlich „jede direkt oder indirekt an die Schnittstelle eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes [i. S. d. § 3 Nr. 42 TKG] angeschlossene Einrichtung zum Aussenden, Verarbeiten oder Empfangen von Nachrichten“. Zu nennen sind etwa Notebooks, Smartphones, Tablets, „smarte“ Geräte und vieles anderes mehr.¹³³⁴

452

(1) Interessen der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer**(a) Schutz der Privatsphäre als Rechtsgut**

Auch diese Norm kann als Marktverhaltensregelung im Interesse der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmern gesehen werden, denn geschützt ist insoweit deren Privatsphäre in Form der Integrität der Endeinrichtungen als Rechtsgut¹³³⁵. So stellt der Regierungsentwurf mehrmals explizit auf Verbraucher und nicht auf Endnutzer ab.¹³³⁶ Zudem bezieht sich das TTDSG nach seinem § 1 Abs. 3 explizit auf Unternehmen und Personen, die im Geltungsbereich des Gesetzes Dienstleistungen erbringen oder daran mitwirken oder Waren auf dem Markt bereitstellen. Insoweit wurden offensichtlich die gegenläufigen Interessen der einzelnen Marktteilnehmer

453

¹³³² Siehe hierzu bereits ausführlich → Rn. 30 ff.; vgl. auch *Stroscher*, ZD-Aktuell 2021, 05222; *Hanloser*, ZD 2021, 121; *Kühling/Sauerborn*, CR 2021, 271 Rn. 42 ff. (jeweils zu § 24 TTDSG-RegE); *Schwartzmann/Benedikt/Reif*, MMR 2021, 99, 99 f. (zu § 22 TTDSG-RefE); *Lang*, K&R 2020, 714, 716 (zu § 9 des „inoffiziellen“ TTDSG-RefE).

¹³³³ → Rn. 168.

¹³³⁴ *Hanloser*, ZD 2021, 121; *Benedikt*, DSB 2021, 76, 78; *Jandt*, DSB 2021, 66, 67 (jeweils zu § 24 TTDSG-RegE); *GDD e. V.*, GDD-Praxishilfe – Das neue Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) im Überblick, S. 5; *Nebel*, CR 2021, 666 Rn. 15 ff.; *DSK*, OH Telemedien 2021, S. 6 f.; *Lewinski*, in: BayLfD, Orien-

terungshilfe Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien, Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), Stand: 1.12.2021, Rn. 28 f, 46.

¹³³⁵ *Piltz*, CR 2021, 555 Rn. 9, 30; *Hanloser*, ZD 2021, 399, 399; *Benedikt*, ZdiW 2021, 259, 260; *Grages*, CR 2021, 834 Rn. 9; *Lewinski*, in: BayLfD, Orientierungshilfe Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien, Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), Stand: 1.12.2021, Rn. 31 f.; *Schwartzmann/Benedikt/Reif*, MMR 2021, 99, 100 (zu § 22 TTDSG-RefE); *Hanloser*, ZD 2021, 121; *Benedikt*, DSB 2021, 76, 78 (jeweils zu § 24 TTDSG-RegE).

¹³³⁶ Vgl. BT-Drs. 19/27441, S. 1, 30, 33.

austariert und damit insbesondere das damit zusammenhängende Interesse am Schutz der Privatsphäre, was ebenso für einen bezweckten Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer spricht. Erwägungsgrund 25 S. 1 der zugrunde liegenden ePrivacy-RL streitet ebenfalls für dieses Auslegungsergebnis, nachdem dort explizit auch auf Werbecookies und Cookies zur Durchführung von Online-Transaktionen eingegangen wird.

(b) Schutz im Rahmen der Marktteilnahme

454 Es bleibt für § 3a UWG freilich zu beachten, dass der Verstoß gegen § 25 TTDSG durch den Unternehmer gerade im Rahmen der Marktteilnahme der Marktteilnehmer geschehen muss. Das betrifft sowohl das Abspeichern von Informationen auf dem Endgerät als auch das Auslesen von Informationen. Zu denken ist etwa an die Speicherung von Cookies auf einer Endeinrichtung des Nutzers und das deren anschließendes Auslesen zum Zweck der passgenaueren Werbung.¹³³⁷ Nichts anderes gilt für das sog. Device-Fingerprinting zu diesem Zweck, denn die Norm ist hinreichend technologieneutral formuliert, sodass § 25 Abs. 1 Var. 2 TTDSG auch in diesen Fällen greift.¹³³⁸ Zwar ist zuzugeben, dass sich die Annahme des Merkmals „Zugriff“ problematisch gestaltet, wenn der Nutzer von sich aus (v. a. technisch bedingt, z.B. http-header) Daten vom Endgerät mitsendet.¹³³⁹ Allerdings werden beim Device-Fingerprinting regelmäßig weitergehend – über die mitgesendeten Information hinaus – Daten erhoben (z. B. über JavaScript oder HTML5). In diesen Fällen wird teils von einem (aktiven) Zugriff auf Informationen seitens des Anbieters ausgegangen und nicht von einer bloßen (passiven) Entgegennahme.¹³⁴⁰ Erforderlich ist jedoch nach dem Wortlaut weiterhin, dass die Informationen auf dem Endgerät gespeichert sind. Werden lediglich Eigenschaften über das Gerät zur Generierung einer individuellen Kennung abgerufen (z. B. Hardware-Informationen wie Bildschirmauflösung etc.; anders aber wiederum bei Software-Identifiern), ist das Merkmal der „Speicherung“ mangels datenmäßiger Verkörperung durchaus zweifelhaft.¹³⁴¹ Jedenfalls müssen die Skripte zunächst auf das Endgerät gelangen um dort ausgeführt zu werden, sodass dann eine prinzipiell rechtfertigungsbedürftige Speicherung von Informationen (§ 25 Abs. 1 S. 1 Var. 1 TTDSG) vorliegt. Ist sowohl eine

¹³³⁷ Vgl. allgemein hierzu *Schwartmann/Benedikt/Reif*, MMR 2021, 99, 99 (zu § 22 TTDSG-RefE).

¹³³⁸ *Schwartmann/Benedikt/Reif*, MMR 2021, 99, 99 (zu § 22 TTDSG-RefE); *Schwartmann/Benedikt/Reif*, RDV 2020, 231, 234; *Benedikt*, DSB 2021, 76, 78 (jeweils zu § 24 TTDSG-RefE); *GDD e. V.*, GDD-Praxishilfe – Das neue Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) im Überblick, S. 5; *Lewinski*, in: BayLfD, Orientierungshilfe Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien, Erläuterungen zum neuen

Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), Stand: 1.12.2021, Rn. 26.

¹³³⁹ *Nebel*, CR 2021, 666 Rn. 24 ff.; *Funke*, in: DSRITB 2020, S. 179, 186 f.; *Schleipfer*, ZD 2017, 460, 461; *Walter*, in: DSRITB 2018, S. 15, 24 f.

¹³⁴⁰ *DSK*, OH Telemedien 2021, S. 8.

¹³⁴¹ *Stoklas*, ZD-Aktuell 2022, 00017.

Speicherung und als auch ein Zugriff abzulehnen, können jedoch noch die Vorgaben der DS-GVO für die Weiterverarbeitung der erhobenen Daten eingreifen, sofern es um personenbezogene Informationen geht.¹³⁴²

(2) Schutz der Entscheidungsfreiheit

Neben dem Schutz des Rechtsguts der Privatsphäre im Rahmen der Marktteilnahme schützt die Informationspflicht nach § 25 Abs. 1 TTDSG zudem die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer. Nach Erwägungsgrund 25 S. 2 ePrivacy-RL müssen die Nutzer nämlich entsprechend der DSRL bzw. nunmehr DS-GVO über „klare und genaue Informationen über den Zweck von Cookies oder ähnlichen Instrumenten erhalten, d.h., der Nutzer muss wissen, dass bestimmte Informationen auf dem von ihm benutzten Endgerät platziert werden. Die Nutzer sollten die Gelegenheit haben, die Speicherung eines Cookies oder eines ähnlichen Instruments in ihrem Endgerät abzulehnen.“

455

Im Zusammenhang mit den in Satz 1 genannten Werbe-Cookies und Online-Transaktionen wird deutlich, dass der Einsatz von derartigen Technologien, die auf die geschäftliche Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG = § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n. F.) Einfluss zu nehmen vermögen oder jedenfalls mit ihr im Zusammenhang stehen, reguliert werden sollen. Hierdurch soll die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit der Nutzer, seien es Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer, geschützt werden.

456

(3) Subsidiärer Schutz durch Datenschutzrecht

Unberührt von § 25 TTDSG bleiben – soweit eine für die Norm nicht zwingende Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt – die Erteilung der datenschutzrechtlichen Pflichtinformationen bei der Datenerhebung (Art. 13 DS-GVO) sowie ggfs. eine datenschutzrechtlich erforderliche Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO),¹³⁴³ die ebenfalls für § 3a UWG relevant sein können.¹³⁴⁴ Das ist etwa dann der Fall, wenn vom Nutzer mitgesendete Informationen personenbezogen sind und vom Anbieter weiterverarbeitet werden, aber in Ermangelung des Tatbestandsmerkmals „Zugriff“ nicht unter Art. 25 TTDSG fallen.¹³⁴⁵ Daneben können vor allem mit Blick auf „dark patterns“ in Einwilligungserklärungen („Cookie-Banner“) Verstöße gegen das

457

¹³⁴² Siehe → Rn. 457.

¹³⁴³ *Piltz*, CR 2021, 555 Rn. 32; *Hanloser*, ZD 2021, 399, 399 f.; *DSK*, OH Telemedien 2021, S. 5, 27 ff.; *Hanloser*, ZD 2021, 121 (zu § 24 TTDSG-RegE); wohl auch *Benedikt*, DSB 2021, 76, 78 f.; *Tochtermann*, ZdiW 2021, 303, 304 f.; ausführlich *Nebel*, CR 2021, 666 Rn. 4 ff.; *Eggers*, in: DSRITB 2020, S. 161, 166; *Lewinski*, in: BayLfD, Orientierungshilfe Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien, Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), Stand: 1.12.2021, Rn. 47 ff.; das lediglich aufwerfend *Schwartmann/Benedikt/Reif*, MMR 2021, 99,

100 (zu § 22 TTDSG-RefE); zum vielfachen Gleichlauf der Ergebnisse beider Regelungsregime *GDD e. V.*, GDD-Praxishilfe – Das neue Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) im Überblick, S. 5; vgl. allgemein zum Konkurrenzverhältnis *Grages*, CR 2021, 834 Rn. 14.

¹³⁴⁴ Siehe → Rn. 439 ff. sowie → Rn. 462 ff.

¹³⁴⁵ *DSK*, OH Telemedien 2021, S. 8.

Irreführungsverbot¹³⁴⁶ und die unternehmerische Sorgfalt und damit § 3 Abs. 2 UWG¹³⁴⁷ vorliegen.

3. Betroffenenrechte

- 458** Neben den Grundsätzen der Datenverarbeitung und dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt können auch die datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte (Art. 12 ff. DS-GVO) mögliche Marktverhaltensregelungen darstellen. Wie bereits die Bezeichnung des dritten Kapitels der DS-GVO deutlich macht, handelt es sich bei diesen Bestimmungen um die „Rechte der betroffenen Person“, sodass außer Zweifel steht, dass sich diese für eine Anwendung von Art. 80 DS-GVO eignen.¹³⁴⁸
- 459** Ob Verstöße gegen die Rechte der betroffenen Personen aber auch als taugliche Marktverhaltensregelungen in Betracht kommen, wird bisweilen bezweifelt, da diese „einen stark subjektiven Einschlag“^{41,349} hätten. Vergleichbar mit gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberrecht soll die Durchsetzung dem einzelnen Rechteinhaber vorbehalten bleiben.¹³⁵⁰ Das wird dann angenommen, wenn das Recht der Betroffenen ein Antragserfordernis aufweist und damit dessen Initiative erfordert.¹³⁵¹ Das betrifft insbesondere aber nicht ausschließlich das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht.
- 460** Dieses Verständnis klingt zwar zunächst nachvollziehbar, kann jedoch im Ergebnis nicht überzeugen. So existiert – anders als bei gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberrecht – eine Aufsichtsbehörde, die ausdrücklich nach Art. 58 Abs. 2 lit. c DS-GVO die Befugnis hat, den Verantwortlichen anzuweisen, den Anträgen der betroffenen Person auf Ausübung der ihr nach dieser Verordnung zustehenden Rechte zu entsprechen. Das zeugt davon, dass die Durchsetzung der freilich höchstpersönlichen Rechte¹³⁵² nicht allein dem Betroffenen obliegt, sondern dieser umfassend behördlich unterstützt wird. Rechtsinhaberschaft- und Durchsetzungsbefugnis sind deshalb nach hier vertretener Auffassung zu trennen.
- 461** Das Abstellen auf ein Antragserfordernis überzeugt aber auch sonst nicht: Stellt die betroffene Person ohnehin keinen Antrag, z. B. hinsichtlich ihres Auskunftsrechts nach Art. 15 DS-GVO, kann mangels verletzter Primärnorm selbstredend kein Verstoß gegen § 3a UWG angenommen werden. Wurde der Antrag gestellt, kann aber im Verlauf durchaus in lauterkeitsrechtlich relevanter Weise auf die geschäftliche Entscheidung von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern eingewirkt werden, z. B. durch falsche oder sonst irreführende Angaben. Die Anwendung des § 3a

¹³⁴⁶ → Rn. 592.

¹³⁴⁷ → Rn. 663.

¹³⁴⁸ → Rn. 166.

¹³⁴⁹ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 348.

¹³⁵⁰ Vgl. *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 348.

¹³⁵¹ Hinsichtlich § 34 BDSG a. F. *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 348.

¹³⁵² Wenig überraschend BVerwG ZD 2021, 57 Rn. 23 – Kein Auskunftsanspruch des Insolvenzverwalters gegen Steuerbehörden.

UWG scheidet daher nicht allein deshalb von vornherein aus, weil es sich um einen Verstoß gegen höchstpersönliche Rechte des Verbrauchers aus dem Datenschutzrecht handelt. Im Folgenden sollen die einzelnen Betroffenenrechte daher aus lauterkeitsrechtlichem Gesichtspunkt genauer betrachtet werden.

a. Informationspflichten (Art. 13 DS-GVO)

Besonders die datenschutzrechtlichen Informationspflichten nach Art. 13 DS-GVO kommen als taugliche Marktverhaltensregelung in Betracht, wie jüngst die Entscheidung des LG Würzburg¹³⁵³ aufgezeigt hat.¹³⁵⁴ Probleme hinsichtlich eines Antragsersfordernisses stellen sich in diesem Fall nicht, denn die Pflicht zur Erteilung der Informationen besteht antragsunabhängig. Werden personenbezogene Daten bei der betroffenen Person erhoben, so hat der Verantwortliche der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten nach Art. 13 Abs. 1 bis 3 DS-GVO grundsätzlich einen umfassenden Katalog an Informationen zu erteilen.¹³⁵⁵

462

aa. Bloßer Schutz des Persönlichkeitsrechts?

Die Informationspflicht dient der Gewährleistung von Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO) für den Betroffenen und soll diesem gegebenenfalls ermöglichen, weitere Betroffenenrechte geltend zu machen oder gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen.¹³⁵⁶ Teilweise wird deshalb davon ausgegangen, dass es Art. 13 DS-GVO lediglich darum gehe, dass der Betroffene die ihn betreffende Datenverarbeitung besser verstehe, weshalb aufgrund des primären Persönlichkeitsrechtsbezugs ein konkreter Marktbezug nicht anzunehmen ist.¹³⁵⁷ Die Informationspflichten wirken sich nicht auf die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers aus, anders als etwa unvollständige oder fehlerhafte Informationen in Widerrufsbelehrungen.¹³⁵⁸

463

bb. Schutz der Entscheidungsfreiheit

Diese Argumentation erscheint allerdings im kommerziellen Kontext nicht vollständig überzeugend: Die datenschutzrechtlichen Informationspflichten verfolgen über das Vehikel der Transparenz auch den Zweck, dass sich Betroffene einen Überblick

464

¹³⁵³ LG Würzburg ZD 2019, 38 Rn. 2 – Homepage ohne ausreichende Datenschutzerklärung als Wettbewerbsverstoß unter Verweis auf ältere Entscheidungen des OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise sowie OLG Köln WRP 2016, 885 Rn. 21 ff. – Datenschutzhinweise in Kontaktformularen; so wohl auch *Erhardt/Stoklas*, in: Parashu, *The EU and the matter of concerted acting*, 2019, S. 135, 147; die mangelhafte Begründung des LG Würzburg zurecht kritisierend *Güngör*, GWR 2018, 417; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 23; *Hansen/Bornmann*, IPRB 2018, 273, 274; *Schöttle*, BRAK-Mitt. 2018, 315, 315 f.; *Vahle*, DSB 2018, 261, 261; *Hrube*, jurisPR-ITR 1/2019 Anm. 4.

¹³⁵⁴ Vgl. *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 18 m. w. N. aus

der Rechtsprechung; *Schreiber/Schirmbacher*, GRUR-Prax 2021, 435, 436.

¹³⁵⁵ *Halder/Johanson*, NJOZ 2019, 1457, 1458; *Daum*, MMR 2020, 643, 645 ff.

¹³⁵⁶ *Mester*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 13 DS-GVO Rn. 1.

¹³⁵⁷ *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 38; KG GRUR-RR 2012, 19, 21 – *Gefällt-mir-Button*; ähnlich LG Frankfurt a. M. ZD 2015, 136, 137, welches aus diesem Grund aber nur die Spürbarkeit eines Verstoßes verneint.

¹³⁵⁸ Hinsichtlich § 13 TMG *Schüßler*, jurisPR-ITR 12/2011 Anm. 2.

über die Alternativen am Markt verschaffen können, sodass ein datenschutzfreundlicherer Anbieter gewählt werden kann.¹³⁵⁹ Er soll sich also auf Grundlage einer informierten Entscheidung den Vertragspartner aussuchen können.¹³⁶⁰ So kann ein „Wettbewerb um datenschutzfreundlichere Technologien“¹³⁶¹ angestrengt werden, der durchaus auch die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen in seiner Rolle als Marktteilnehmer und Schiedsrichter schützen soll.

- 465** Der Schutz der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG = § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n. F.) beginnt dabei nicht kurz vor oder erst mit Abschluss eines Vertrags, sondern es reicht ein mittelbarer Zusammenhang mit einem Geschäftsabschluss aus, sodass auch in dieser Phase ein Schutz des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers gegeben sein muss.¹³⁶²
- 466** Insofern erweisen sich etwa die Pflichtinformationen über die Kontaktmöglichkeiten (Art. 13 Abs. 1 lit. a DS-GVO) als Marktverhaltensregelungen, da hierdurch die Kommunikation mit dem Verantwortlichen (auch) im Interesse des Verbrauchers ermöglicht bzw. erleichtert wird.¹³⁶³ Hierdurch können etwa erst Kündigungen ermöglicht werden, was als geschäftliche Entscheidung einzustufen ist.¹³⁶⁴ Auch die Verwendungszwecke, Speicherdauer (Art. 13 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 lit. a DS-GVO)¹³⁶⁵ und Rechte der betroffenen Person (Art. 13 Abs. 2 lit. c bis e DS-GVO)¹³⁶⁶ sind bereits für die geschäftliche Entscheidung relevant. Hierauf können nämlich Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer ihre geschäftliche Entscheidung stützen. Nichts anderes gilt für die Informationen hinsichtlich der Übermittlung von Daten an Dritte (Art. 13 Abs. 1 lit. e und f DS-GVO) und die Informationen nach Art. 13 Abs. 2 lit. e und f DS-

¹³⁵⁹ *Walree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 347 f.; hinsichtlich § 13 TMG OLG Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; *Moos*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 13 TMG Rn. 2; *Galetzka*, K&R 2015, 77, 81; *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 13 TMG Rn. 3; *Schröder*, ZD 2013, 512, 512; vgl. auch *Himmels*, Behavioural Targeting im Internet - Datenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, 2013, S. 165.

¹³⁶⁰ *Walree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 348; *Gola/Reif*, RDV 2009, 104, 109 f.; *Bork*, Technische Möglichkeiten der Datenerhebung und zivilrechtliche Folgen bei Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Informationspflichten, 2012, S. 203; ähnlich zu § 13 TMG *Weinhold*, VuR 2016, 232, 233.

¹³⁶¹ *Albrecht*, CR 2016, 88, 93; ähnlich zu § 13 TMG *Weinhold*, VuR 2016, 232, 233.

¹³⁶² EuGH WRP 2014, 161 Rn. 5 f. - Trento Sviluppo u. a./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; BGH WRP 2016, 1228 Rn. 34 – Geo-Targeting;

OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 68 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

¹³⁶³ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 65 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen unter Verweis auf BGH WRP 2006, 1507, 1509 – Anbieterkennzeichnung im Internet; vgl. zum BDSG a. F. *Weichert*, VuR 2006, 377, 381; **a. A. Schaub**, WRP 2019, 1391 Rn. 22.

¹³⁶⁴ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 155.

¹³⁶⁵ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 66 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; vgl. zum BDSG a. F. *Weichert*, VuR 2006, 377, 381; **a. A. Schaub**, WRP 2019, 1391 Rn. 22.

¹³⁶⁶ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 65 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen, *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 18.

GVO. So sollen Verbraucher durch die Informationen einschätzen können, ob durch eine (weitreichende) Verarbeitung Gefahren für die informationelle Selbstbestimmung einhergehen können.¹³⁶⁷ Dieses Wissen kann einen wesentlichen Aspekt einer informierten Entscheidung des Verbrauchers darstellen.¹³⁶⁸

Auch der BGH ging implizit in seinem Vorlagebeschluss zu der Sache „App-Zentrum“⁴¹³⁶⁹ davon aus, dass es sich bei datenschutzrechtlichen Informationspflichten nach der DS-GVO um taugliche Marktverhaltensregelungen handelt, da die vorgelegten Fragen andernfalls bereits nicht entscheidungserheblich für das Vorabentscheidungsverfahren gewesen wären.¹³⁷⁰ Eine nähere Begründung blieb das Gericht indes schuldig. Insgesamt kann aber aus den genannten Gründen gleichwohl davon ausgegangen werden, dass es sich bei Art. 13 DS-GVO um eine im Interesse der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmern bestehende Marktverhaltensregelung handelt.¹³⁷¹

467

cc. Modalitäten der Erteilung (Art. 12 DS-GVO)

Nachdem die Art und Weise der Darstellung der Informationen ebenfalls Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit des betroffenen Verbrauchers haben kann, ist Art. 12 DS-GVO als allgemeine Vorschrift über die Betroffenenrechte im Kontext des Art. 13 DS-GVO gleichsam als Marktverhaltensregelung einzustufen.¹³⁷² Das betrifft vor allem die Darstellung der Informationen in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache, Art. 12 Abs. 1 S. 1 DS-GVO. Erweisen sich die erteilten Informationen beispielsweise zwar als formaljuristisch korrekt, sind diese aber für den Durchschnittsverbraucher aber als schlicht unverständlich oder gar irreführend, ist kein Unterschied zur fehlenden oder falschen Auskunft- oder Informationserteilung ersichtlich.

468

dd. Kein bloßer Schutzreflex

Bei dem durch die Informationspflichten verwirklichten Schutz handelt es sich nicht lediglich um einen Schutzreflex.¹³⁷³ Das kann am Beispiel der Datenportabilität illustriert werden: Ist der Betroffene – z. B. mit der Art und Weise der Verarbeitung –

469

¹³⁶⁷ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 69 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; vgl. *Aden*, Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik, Nr. 231/232, 67, 67 ff.; zum BDSG a. F. *Weichert*, VuR 2006, 377, 381.

¹³⁶⁸ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 69 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

¹³⁶⁹ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 23, 30 – App-Zentrum.

¹³⁷⁰ *Uebele*, WRP 2020, 1187 Rn. 13; *Uebele*, WRP 2021, 11 Rn. 6; *Schindler*, ZD-Aktuell 2020, 07283; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 283; *Tochtermann*, ZdiW 2021, 303, 305.

¹³⁷¹ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 64 ff. – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Laoutounai*, Privacy Litigation, 2021, S. 32; vgl. auch *Aßhoff*, CR 2018, 720 Rn. 37: „alter Wein in neuen Schläuchen“.

¹³⁷² Vgl. zum Teledienstschutz *Hosser*, Verbesserung des Teledienstschutzgesetzes im nicht öffentlichen Bereich durch die Ansprüche nach § 2 UKlaG, §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG, 2008, S. 295 ff.

¹³⁷³ *Himmels*, Behavioural Targeting im Internet - Datenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, 2013, S. 167; *a. A. Schiifler*, jurisPR-ITR

nicht zufrieden mit dem Anbieter, kann er mitsamt seinen Daten „umziehen“.¹³⁷⁴ Hieran zeigt sich, dass datenschutzrechtliche Aspekte für Verbraucher von Relevanz sind.¹³⁷⁵ Damit der Verbraucher aber solche Aspekte seiner Entscheidung zugrunde legen kann, benötigt er im Zweifel die Informationsbasis.

ee. Unionsrechtskonforme Auslegung des § 3a UWG

470 Im Grundsatz ist anzunehmen, dass § 3a UWG und § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) im Falle der Verletzung unionsrechtlich fundierter Informationspflichten nebeneinander bestehen.¹³⁷⁶ Erforderlich ist es jedoch, § 3a UWG in den Fällen unionsrechtlich fundierter Informationspflichten mit § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) bzw. dessen Grundlage aus Art. 7 Abs. 1 UGP-RL abzustimmen, um nicht zu einem nicht vorgesehenen per-se-Verbot zu gelangen.¹³⁷⁷ Zu fragen ist deshalb danach, ob der Verbraucher die Information im Einzelfall benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Ist dies zu verneinen, scheidet auch eine Unlauterkeit nach § 3a UWG aus.

471 Unberührt bleibt freilich der zwar nicht von der UGP-RL, aber vom UWG verfolgte Schutz der sonstigen Marktteilnehmer, die auch natürliche Personen sein können und damit auch vom Datenschutzrecht profitieren.¹³⁷⁸ Eine unionsrechtskonforme Einschränkung ist hier nicht geboten. Eine Unlauterkeit der geschäftlichen Handlung kann daher, wenn auch sonstige Marktteilnehmer von der geschäftlichen Handlung betroffen sein können, auf deren Schutz gestützt werden.

b. Informationspflicht (§ 13 TMG a. F.)

472 Die Unionsrechtskonformität des Telemediendatenschutzes nach Geltung der DS-GVO wurde bereits überwiegend verneint.¹³⁷⁹ Hierzu zählte auch § 13 TMG a. F., der durch die Informationspflichten nach der DS-GVO überlagert wurde und daher nicht mehr als gesetzliche Vorschrift nach § 3a UWG angesehen werden konnte. Die Einstufung als taugliche Marktverhaltensregelung war umstritten, aber richtigerweise aus den zu Art. 13 DS-GVO genannten Gründen zu bejahen.¹³⁸⁰ Durch das TTDSG hat

12/2011 Anm. 2; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 302.

¹³⁷⁴ Vgl. *Albrecht*, CR 2016, 88, 93.

¹³⁷⁵ *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 372.

¹³⁷⁶ BT-Drs. 16/10145, S. 27; BGH WRP 2019, 874 Rn. 19 – Energieeffizienzklasse III; *Alexander*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 297, 309; *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 5a UWG Rn. 22.

¹³⁷⁷ *Alexander*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 297, 309; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.19; *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 5a UWG Rn. 23; *a. A.* BT-Drs. 16/10145, S. 27; BGH WRP 2019, 874 Rn. 19 –

Energieeffizienzklasse III.

¹³⁷⁸ *Lubberger*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 44 Rn. 25.

¹³⁷⁹ Siehe hierzu ausführlich → Rn. 36 ff.

¹³⁸⁰ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 23 – App-Zentrum; OLG Köln WRP 2016, 885 Rn. 24 – Datenschutzhinweise in Kontaktformularen; LG Düsseldorf ZD 2016, 231 Rn. 62 – Einbindung des „Gefällt mir“-Buttons von Facebook als Verstoß gegen Wettbewerbsrecht; OLG

sich auch hier die Frage der Anwendbarkeit geklärt, da die Norm durch das Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien mit Wirkung zum 1.12.2021 aufgehoben wird.

c. Auskunftsrecht (Art. 15 DS-GVO)

Nach Art. 15 Abs. 1 DS-GVO hat die betroffene Person das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob personenbezogenen Daten über sie verarbeitet werden. Ist das der Fall, muss der Verantwortliche bestimmte „Metainformationen“ bzw. „Zusatzinformationen“ bereitstellen.¹³⁸¹ Die zu erteilenden Informationen ähneln denen aus Art. 13 f. DS-GVO. Nachdem die im Rahmen des Auskunftsrechts zu beauskunftenden Informationen (Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 DS-GVO) im Wesentlichen denen aus Art. 13 DS-GVO entsprechen, kann analog auf die Argumente zum Schutz der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit durch die Informationspflicht¹³⁸² verwiesen werden. Insoweit sind die Erwägungen über unwirksame AGB¹³⁸³ entsprechend heranzuziehen: Unrichtige, unvollständige oder irreführende Informationen können den Betroffenen davon abhalten, seine Rechte geltend zu machen, und beeinflussen damit seine geschäftliche Entscheidung. Möchte etwa ein betroffener Verbraucher wissen, welche Daten der verantwortliche Unternehmer konkret verarbeitet, kann er sich infolge des Ergebnisses der Auskunft dazu veranlasst sehen, den Vertragspartner durch Ausübung seines Kündigungsrechts zu wechseln, also eine geschäftliche Entscheidung zu treffen.

473

Im Rahmen von Art. 15 DS-GVO werden Verstöße regelmäßig sogar noch schwerwiegender ausfallen als bei der Informationspflicht nach Art. 13 DS-GVO, denn diese sind notwendigerweise abstrakt (vielfach geradezu unverständlich) gehalten, während die Art. 15 DS-GVO – bei korrekter Auslegung – das volle Maß der Verarbeitungstätigkeit offenbart. Die vielfach nichtssagenden Informationspflichten, die häufig in ihren Präambeln vorgeben, den Schutz der personenbezogenen Daten ernst zu nehmen, können damit einem Realitätsabgleich unterzogen werden.

474

Hamburg WRP 2013, 1203 Rn. 40 – Wettbewerbsverstoß wegen fehlender Datenschutzhinweise; OLG Düsseldorf WRP 2017, 470 Rn. 11 f. – Facebook-„Gefällt mir“-Button; Paal, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, Kap. 11 Rn. 59; Schmitz, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 13 TMG Rn. 126 ff.; Micklitz/Schürmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 30; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74d; Metzger, in: GK-UWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 184; Remppe, in: DSRITB 2016,

S. 187, 195 f.; Wiustenber, WRP 2017, 396 Rn. 35 ff.; Huppertz/Ohrmann, CR 2011, 449, 453 f.; Bohne, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 286; a. A. KG GRUR-RR 2012, 19, 21 – Gefällt mir-Button; v. Walter, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 781.

¹³⁸¹ Bäcker, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 15 DS-GVO Rn. 6.

¹³⁸² Vgl. → Rn. 464 ff.

¹³⁸³ Siehe hierzu → Rn. 591.

d. Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DS-GVO)

475 Unter den Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 1 DS-GVO hat die betroffene Person zum einen das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem bestimmten Format zu erhalten, und zum anderen, dass diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den ursprünglichen Verantwortlichen übermittelt werden (vgl. Art. 20 Abs. 2 DS-GVO). Dieses Recht auf Datenübertragbarkeit oder Datenportabilität bezweckt die Vereinfachung eines Anbieterwechsels für die Betroffenen durch die Möglichkeit der sofortigen Anschlussverarbeitung.¹³⁸⁴ Der Wechsel wird bisher durch die häufig bestehenden „Lock-in-Effekte“ von Diensten erschwert.¹³⁸⁵ Als Beispiel für den Anwendungsbereich des Rechts auf Datenübertragbarkeit kann der „Umzug“ von Profilen von einem zum nächsten Diensteanbieter im Internet (soziale Netzwerke, Mail-Anbieter etc.) genannt werden.¹³⁸⁶

aa. Schutz von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern

476 Der Aspekt der Wettbewerbssteuerung wird von Art. 20 DS-GVO und dem dazugehörigen Erwägungsgrund zwar nicht ausdrücklich angeführt,¹³⁸⁷ jedoch ist es für § 3a UWG ausreichend, wenn die Norm das Marktverhalten jedenfalls sekundär zum Schutz der Marktteilnehmer regelt. Durch das Recht auf Datenübertragbarkeit wird auch ein „Wettbewerb um datenschutzfreundlichere Technologien“¹³⁸⁸ befeuert, denn für den Fall, dass der Betroffene dieselbe Leistung unter datenschutzfreundlicheren Umständen erhält, werden durch Art. 20 DS-GVO die Transaktionskosten für einen Anbieterwechsel abgesenkt. Anbieter können so gehalten sein, mit der datenschutzfreundlichen Konkurrenz nachzuziehen.¹³⁸⁹ Der Wettbewerbsbezug wird zudem dadurch verdeutlicht, dass Art. 20 Abs. 3 DS-GVO das Recht auf Datenübertragbarkeit nicht auf eine Verarbeitung erstreckt, die für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentli-

¹³⁸⁴ OVG Münster BeckRS 2021, 13156 Rn. 91; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 20 DS-GVO Rn. 1.

¹³⁸⁵ Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242 rev.01, S. 6; *Wolff*, ZD 2018, 248, 250; *Paal/Hermenann*, NJW 2017, 1697, 1701; *Paal*, ZWeR 2020, 215, 224; *Paal*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 20 DS-GVO Rn. 5; *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data, 2021, S. 325, 426 f.; zur Kritik *Munz*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 20 DS-GVO Rn. 6.

¹³⁸⁶ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 20 DS-GVO Rn. 2; *Lettl*, WM 2018, 1149, 1153; Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien

zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242 rev.01, S. 13.

¹³⁸⁷ *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 557.

¹³⁸⁸ *Albrecht*, CR 2016, 88, 93 unter Verweis auf die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 6.7.2011, 2011/2025(INI), Punkt 16; vgl. *Paal/Hermenann*, NJW 2017, 1697, 1701; *Wolff*, ZD 2018, 248, 250; *Walree/Wolters*, IDPL 2020, 346, 348; *Lüttringhaus*, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 30 Rn. 65.

¹³⁸⁹ *Munz*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 20 DS-GVO Rn. 19.

cher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde. Hier liegt ein Wettbewerbsbezug gerade nicht vor.¹³⁹⁰ Für den Wettbewerbsbezug der Norm spricht ebenfalls, dass die Pflicht mit einem „strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format“ zu erfüllen ist und vor allem, dass die Daten auch an einen anderen Dienst zu übermitteln sind.¹³⁹¹ Das Datenschutzrecht wird damit unzweifelhaft zur Steuerung des Wettbewerbs genutzt.¹³⁹² Art. 20 DS-GVO bezweckt zumindest auch einen Schutz der Betroffenen in ihrer Rolle als Marktteilnehmer, denn sie sollen aus den genannten Gründen in ihrer Entscheidungsfreiheit geschützt werden.¹³⁹³ Hierzu zählt es eben auch, den Vertragspartner zu wechseln.¹³⁹⁴

bb. Schutz von Mitbewerbern?

Ob die Norm auch den Schutz von Mitbewerbern bezweckt, ist demgegenüber, angesichts Art. 1 Abs. 1 und 2 DS-GVO, zweifelhaft,¹³⁹⁵ jedoch aufgrund des intendierten Schutzes der Verbraucher nicht von Bedeutung. Hiergegen lässt sich jedenfalls ins Feld führen, dass die Vorgaben der DS-GVO primär auf den Schutz der Betroffenen zielen. Aus diesem Grund wurde vorher bereits eine Sperrwirkung der Art. 77 ff. DS-GVO zulasten der lauterkeitsrechtlichen Durchsetzung bei beeinträchtigten Mitbewerberinteressen abgelehnt.¹³⁹⁶ Es wäre deshalb nur konsequent, den Schutz der Mitbewerber als bloßen Rechtsreflex des Art. 20 DS-GVO einzustufen. Das bedeutet jedoch nicht, dass bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Datenportabilität nicht auch eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern nach Maßgabe des § 4 Nr. 4 UWG angenommen werden kann.¹³⁹⁷

477

e. Widerspruch zum Zwecke der Direktwerbung (Art. 21 DS-GVO)

aa. Verarbeitung trotz Widerspruch (Art. 21 Abs. 2, 3 DS-GVO)

Eine weitere denkbare Marktverhaltensregelung stellt Art. 21 Abs. 2, 3 DS-GVO über bestimmte Widerspruchsrechte der betroffenen Personen dar. So darf der Betroffene nach Art. 21 Abs. 2 DS-GVO ohne weitere Voraussetzungen der Verarbeitung

478

¹³⁹⁰ Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 300 f.

¹³⁹¹ Metzger, in: Dutta/Heinze, „Mehr Freiheit wagen“, 2018, S. 131, 146.

¹³⁹² Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697, 1701: „wettbewerb(srecht)liche Stoßrichtung“; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 300; Sydow/Wilhelm, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 20 DS-GVO Rn. 1; Hennemann, PinG 2017, 5, 6; Paal, ZWeR 2020, 215, 224; Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld, ZD 2016, 358, 360; Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555, 557; Metzger, in: Dutta/Heinze, „Mehr Freiheit wagen“, 2018, S. 131, 145 f.

¹³⁹³ Wolff, ZD 2018, 248, 250; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 534; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 300; Kühling/Martini, EuZW 2016, 448, 450; Leister/Antoine/Sagstetter, Big Data, 2021, S. 325; wohl auch Sperlich, Informationelle Selbstbestimmung

zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 50; offenlassend Baumgartner/Sitte, ZD 2018, 555, 557: „Es ist daher nicht auszuschließen, dass Art. 20 DS-GVO als Marktverhaltensregelung angesehen werden könnte“; a. A. Erhardt/Stoklas, in: Parashu, The EU and the matter of concerted acting, 2019, S. 135, 147 f., wonach ein bloßer Rechtsreflex vorläge.

¹³⁹⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 155.

¹³⁹⁵ Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 17, der nur einen Rechtsreflex erkennt; dem zustimmend Schaub, WRP 2019, 1391 Rn. 23.

¹³⁹⁶ → Rn. 314 ff.

¹³⁹⁷ → Rn. 646.

zum Zwecke der Direktwerbung widersprechen.¹³⁹⁸ Infolgedessen ist die Verarbeitung zu diesem Zweck einzustellen, Art. 21 Abs. 3 DS-GVO.¹³⁹⁹ Unter Direktwerbung ist die direkte werbliche Ansprache des Betroffenen zu verstehen, wobei bisweilen auf Art. 2 lit. a Werbe-RL¹⁴⁰⁰ zurückgegriffen wird.¹⁴⁰¹ Nicht erforderlich ist ein kommerzieller Charakter der Werbung,¹⁴⁰² wobei dieser jedoch für eine lauterkeitsrechtliche Sanktionierung aufgrund des Marktbezugs im Regelfall notwendig ist.

- 479** Bereits zu Zeiten der DSRL war umstritten, ob das Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung und Nutzung für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung nach § 28 Abs. 4 S. 2 BDSG a. F. eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer darstellte.¹⁴⁰³
- 480** Eine Marktverhaltensregelung liegt richtigerweise bei einem Verstoß gegen Art. 21 Abs. 2, 3 DS-GVO vor, da die Einwirkungsmöglichkeiten durch Werbung auf Marktteilnehmer durch Unternehmen geregelt wird. Unklar bleibt, ob die Regelung des Marktverhaltens auch im Interesse der Marktteilnehmer geschieht. Das wird bisweilen aufgrund eines vermeintlich bloß reflexhaften Schutzes zugunsten des Mitbewerbers verneint.¹⁴⁰⁴ Verbraucher seien ebenfalls nicht geschützt, da diese allein entscheiden sollen, ob sie gegen die weitere Direktwerbung vorgehen wollen.¹⁴⁰⁵
- 481** Ein sekundärer Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer lässt sich zutreffenderweise nicht vollständig abstreiten. Art. 21 Abs. 2 und 3 DS-GVO regeln

¹³⁹⁸ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 21 DS-GVO Rn. 26 ff.; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 21 DS-GVO Rn. 9.

¹³⁹⁹ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 21 DS-GVO Rn. 33.

¹⁴⁰⁰ Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABL L 376 S. 21.

¹⁴⁰¹ LG Stendal GRUR-RS 2021, 37034 Rn. 16 – Unzulässigkeit einer Bestätigungs-E-Mail im Double-opt-in-Verfahren; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 21 DS-GVO Rn. 26; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 21 DS-GVO Rn. 12.

¹⁴⁰² *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 21 DS-GVO Rn. 26; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 21 DS-GVO Rn. 12; **a. A.** *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 21 DS-GVO Rn. 48a f.

¹⁴⁰³ Bejahend OLG Köln GRUR-RR2010, 34, 35 – Rückgewinnungsschreiben; *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 347; *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, § 4 Nr. 11

UWG Rn. 71; *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 470; *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 81; *Hupertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 454; *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 182; *Ebert-Weidenfeller*, in: Götting/Nordemann, UWG, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 75 und 90; *v. Jagow*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 33; *v. Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 783; *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 61; *Lindhorst*, DuD 2011, 713, 714 f.; *Lindhorst*, Sanktionsdefizite im Datenschutzrecht, 2010, S. 84; *v. Walter*, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, 2007, S. 235 f.; *Lehmle*, UWG, 2007, § 4 Nr. 11 Rn. 25; *Reinhard*, in: Reinhard/Pohl/Capellaro, IT-Sicherheit und Recht, 2007, Kap. 8 Rn. 532; *Moos*, in: DSRITB 2012, S. 717, 719; **a. A.** *Gärtner/Heil*, WRP 2005, 20, 22; *Busse*, RDV 2005, 260, 264; OLG Düsseldorf ZUM-RD 2004, 236, 237 – § 28 BDSG keine Verbraucherschützende Vorschrift.

¹⁴⁰⁴ *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 19.

¹⁴⁰⁵ *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 19.

Situationen, in denen sich im wettbewerbsrechtlichen Sinne Verbraucher bzw. sonstige Marktteilnehmer und Unternehmer gegenüberstehen.¹⁴⁰⁶ Wie § 7 UWG zeigt, ist auch das Interesse der Marktteilnehmer vor Belästigung durch nicht erwünschte Werbung als Teil der Entscheidungsfreiheit geschützt.¹⁴⁰⁷ Selbst für den Fall, dass dies anders gesehen wird, intendiert der Unionsgesetzgeber zumindest den Schutz des Rechtsguts der informationellen Selbstbestimmung bei der Marktteilnahme der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer.

Lauterkeitsrechtlich irrelevant ist jedoch in jedem Fall die rein interne Datenverarbeitung, da hier bereits mangels Marktbezug keine geschäftliche Handlung vorliegt.¹⁴⁰⁸ Speichert der Unternehmer also entgegen Art. 21 Abs. 3 DS-GVO weiterhin die personenbezogenen Daten zum Zwecke der Direktwerbung, ohne sie jedoch letztlich hierzu zu verwenden, ist das für sich genommen nicht über das UWG sanktionierbar.¹⁴⁰⁹ Verwendet der Unternehmer jedoch die personenbezogenen Daten entgegen Art. 21 Abs. 3 DS-GVO anschließend für Direktwerbung, erfolgt dies ohne rechtliche Grundlage und ist damit nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO datenschutzrechtlich unzulässig.¹⁴¹⁰ Ein solcher Verstoß gegen Art. 21 Abs. 3 DS-GVO ist zugleich ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, welcher lauterkeitsrechtlich wiederum relevant ist.¹⁴¹¹ Letztlich ist aus diesem Grund ein Verstoß gegen Art. 21 Abs. 2, 3 DS-GVO ohnehin nur mittelbar relevant, da bereits auf die Marktverhaltensregelung Art. 6 Abs. 1 DS-GVO zurückgegriffen werden kann.

482

¹⁴⁰⁶ *Maaßen/Pommerening*, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitza, Handbuch des Fachanwalts gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl. 2018, Kap. 6 Rn. 367; vgl. zu § 28 Abs. 4 S. 1 und 2 BDSG a. F. *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 345; anders *Reinhard*, in: Reinhard/Pohl/Capellaro, IT-Sicherheit und Recht, 2007, Kap. 8 Rn. 532, welcher auf eine Beeinträchtigung von Mitbewerberinteressen abstellt.

¹⁴⁰⁷ *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 71; *Sosnitza*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 1 UWG Rn. 27; vgl. zu § 28 Abs. 4 S. 2 BDSG a. F. *Huppertz/Ohmann*, CR 2011, 449, 454; **a. A.** *Seichter*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 7 UWG Rn. 17; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 1; *Leible*, in: MüKoUWG Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 7 UWG Rn. 1; *Pahlow*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 7 UWG Rn. 18; *Scherer*, WRP 2017, 891 Rn. 23; differenzierend

Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 39; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 3; *Köhler*, WRP 2017, 1025 Rn. 7.

¹⁴⁰⁸ Siehe hierzu ausführlich → Rn. 360 ff.

¹⁴⁰⁹ **A. A.** offenbar *Maaßen/Pommerening*, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitza, Handbuch des Fachanwalts gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl. 2018, Kap. 6 Rn. 367; zu denken ist aber an einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 2 UWG im Falle einer Erstbegehungsgefahr.

¹⁴¹⁰ Vgl. *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 21 DS-GVO Rn. 33; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DS-GVO Rn. 176; *Caspar*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 21 DS-GVO Rn. 23; *Helfrich*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 21 DS-GVO Rn. 85.

¹⁴¹¹ Siehe → Rn. 439 ff.

bb. Verstoß gegen Hinweispflicht (Art. 21 Abs. 4 DS-GVO)

- 483** Interessanter gestaltet sich die Frage, ob Art. 21 Abs. 4 DS-GVO eine Marktverhaltensregelung darstellt. Nach Absatz 4 ist der Betroffene spätestens zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation bzw. dem Zeitpunkt der Erhebung¹⁴¹² in einer verständlichen und von anderen Informationen getrennten Form auf das Widerspruchsrecht nach Art. 21 Abs. 1 und 2 DS-GVO hinzuweisen.¹⁴¹³ Ein Verstoß hiergegen ist zwar nach Art. 83 Abs. 5 lit. b DS-GVO mit Geldbuße bewehrt, eine Unzulässigkeit der Verarbeitung aufgrund eines fehlenden Hinweises ist jedoch nicht angeordnet. Es kommt deshalb anders als bei Art. 21 Abs. 2 und 3 DS-GVO darauf an, ob die Hinweispflicht eine taugliche Marktverhaltensregelung darstellt.
- 484** Ohne Zweifel wird durch die Norm die Einwirkung auf die Marktteilnehmer geregelt, womit eine Marktverhaltensregelung vorliegt. Unklar ist jedoch die zumindest sekundäre Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer. Nachdem sich wie beim Widerspruchsrecht Unternehmer und Verbraucher bzw. sonstige Marktteilnehmer im wettbewerbsrechtlichen Sinne gegenüberstehen, lässt sich auch hier unter dem Aspekt des Schutzes der Entscheidungsfreiheit ein sekundärer Schutz zugunsten der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer bejahen.¹⁴¹⁴ Der betroffene Verbraucher soll entscheiden können, ob er sich der Werbung und der damit verbundenen Datenverarbeitung weiterhin aussetzen möchte. Daneben dient die Informationspflicht auch dem Schutz der Interessen in Form der Privatsphäre der Betroffenen gerade in ihrer Stellung als Marktteilnehmer, sodass auch unter diesem Aspekt die Norm den Interessen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern dient.¹⁴¹⁵
- 485** Vergleichbar mit der Informationspflicht nach Art. 13 DS-GVO sind bei der Hinweispflicht nach Art. 21 Abs. 4 DS-GVO die zusätzlichen Voraussetzungen des § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) im Rahmen des § 3a UWG zu beachten, da ansonsten eine unzulässige Erweiterung der lauterkeitsrechtlichen per-se-Verbote droht.¹⁴¹⁶ Nicht geboten ist diese Einschränkung auch hier beim Schutz sonstiger Marktteilnehmer.

¹⁴¹² In den Fällen des Art. 13 Abs. 2 lit. b DS-GVO ist auf den Zeitpunkt der Erhebung abzustellen, vgl. *Kamann/Braun*, in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 21 DS-GVO Rn. 58.

¹⁴¹³ Zum Verhältnis zu Art. 13 Abs. 2 lit. b und 14 Abs. 2 lit. c DS-GVO *Helfrich*, in: *Sydow*, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 21 DS-GVO Rn. 104 ff.; *Herbst*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 21 DS-GVO Rn. 34.

¹⁴¹⁴ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 22; zu § 28 Abs. 4 S. 2

BDSG a. F. v. *Walter*, in: *FS Köhler*, 2014, S. 771, 783; v. *Walter*, *Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten*, 2007, S. 235 f.

¹⁴¹⁵ Zum BDSG a. F. OLG Köln NJW 2010, 90, 91 – Rückgewinnungsschreiben an früheren Stromkunden; *Schaffert*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 71; *Weichert*, VuR 2006, 377, 381; *Krupna*, GRUR-Prax 2013, 345, 345; *Lindhorst*, DuD 2011, 713, 714 f.

¹⁴¹⁶ Siehe → Rn. 470 f.

f. Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall (Art. 22 DS-GVO)

Die betroffene Person hat nach Art. 22 Abs. 1 DS-GVO vorbehaltlich dessen Absatz 2 das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Profiling bezeichnet nach Art. 4 Nr. 4 DS-GVO jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, zu analysieren oder vorherzusagen. In der Definition wird hier auf Aspekte wie Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel abgestellt.

486

Zweck der Norm ist es, dass der Betroffene nicht auf einzelne oder mehrere Merkmale reduziert wird, die automatisiert und unüberprüft negative Konsequenzen bedingen.¹⁴¹⁷ Besonders kritisch sind insoweit maschinelle Entscheidungsprozesse, die aufgrund ihrer Komplexität nicht mehr nachvollzogen werden können („blackboxes“).¹⁴¹⁸ Gegenstand der Regulierung durch Art. 22 DS-GVO ist aber nicht die Zulässigkeit dieser Verarbeitungsform, sondern die Zulässigkeit der Entscheidung auf Basis der automatisierten Verarbeitung.¹⁴¹⁹

487

Art. 22 DS-GVO beschränkt die auf automatisierte Verarbeitung gestützte Einwirkungsmöglichkeiten des Unternehmers auf die Marktteilnehmer und regelt damit das Marktverhalten.¹⁴²⁰ Daneben bleibt zu fragen, ob das im Interesse der Marktteilnehmer geschieht. Anders als beim Recht auf Datenportabilität und dem Widerspruchsrecht gegen Direktwerbung ist der Wettbewerbsbezug hier nicht offensichtlich. Teilweise wird deshalb die Sanktionierung eines Verstoßes gegen § 3a UWG abgelehnt.¹⁴²¹ Nachdem aber auch der Schutz von Rechten, Rechtsgütern und Interessen von Marktteilnehmern im Rahmen ihrer Marktteilnahme für einen Schutz nach § 3a UWG ausreichend ist, kann insoweit eine zumindest sekundäre Schutzfunktion von Art. 22 DS-GVO angenommen werden.¹⁴²² Erwägungsgrund 71 S. 1 nennt etwa

488

¹⁴¹⁷ Buchner, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 22 DS-GVO Rn. 1; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 301 f.

¹⁴¹⁸ Buchner, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 22 DS-GVO Rn. 1; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 301 f.; zum Scoring Weichert, DuD 2005, 582; Paal, in: FS Taeger, 2020, S. 331.

¹⁴¹⁹ Buchner, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 22 DS-GVO Rn. 23; Steinbach, Regulierung algorithmenbasierter Entscheidungen, 2021, S. 27; Adolff/Langebucher, in: FS Krieger, 2020, S. 1, 7;

das verkennt offenbar Schaub, WRP 2019, 1391 Rn. 25.

¹⁴²⁰ A. A. Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 302; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 22 DS-GVO Rn. 45a.

¹⁴²¹ Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 302.

¹⁴²² Zum BDSG a. F. Weichert, DuD 2005, 582; Weichert, VuR 2006, 377, 380; a. A. Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 302; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 22 DS-GVO Rn. 45a.

die automatische Ablehnung eines Online-Kreditanspruchs oder Online-Einstellungsverfahrens, was offensichtlich auf die Regulierung der Marktteilnahme abzielt. Arbeitnehmer sind dann zwar als sonstige Marktteilnehmer anzusehen, was aber für § 3a UWG insoweit irrelevant ist.¹⁴²³ Überdies bezweckt Art. 22 DS-GVO auch den Schutz von Kindern, wie sich aus Erwägungsgrund 71 S. 5 ergibt. Deren Schutz ist ebenfalls im Regelfall wettbewerbsrechtlich relevant.¹⁴²⁴

- 489 Im kommerziellen Kontext erweist sich Art. 22 DS-GVO für § 3a UWG durchaus als relevant. Klassisches Beispiel für automatisierte Verarbeitungen im wirtschaftlichen Bereich stellt die Bonitätsprüfung des potenziellen Vertragspartners dar.¹⁴²⁵ Der Verantwortliche kann gestützt auf die Erkenntnisse automatisiert einen Vertragsschluss ablehnen. Wird die Einstellung von Arbeitnehmern als Nachfrage nach deren Dienstleistungen nicht nur als reines Betriebsinternum des Unternehmens betrachtet,¹⁴²⁶ wären auch automatisierte Bewerberauswahlprogramme im Rahmen von § 3a UWG von Bedeutung.¹⁴²⁷

g. Sonstige Rechte des Betroffenen aus der DS-GVO

- 490 Die sonstigen Betroffenenrechte nach Kapitel III dürften, ohne Hinzutreten weiterer Umstände, keine Marktverhaltensregelungen darstellen. Verstöße gegen das Recht Berichtigung (Art. 16 DS-GVO), Löschung (Art. 17 DS-GVO), Einschränkung (Art. 18 DS-GVO) oder Mitteilung (Art. 19 DS-GVO) sind dem Marktverhalten grundsätzlich nachgelagert und wirken nicht auf die Marktteilnehmer ein.¹⁴²⁸ Die Pflicht zur Löschung¹⁴²⁹ besteht zwar bereits, wenn die Daten zu Unrecht erhoben wurden (Art. 17 Abs. 1 lit. d DS-GVO) und fällt zeitlich unmittelbar mit dem Marktverhalten des Unternehmers in Form der Erhebung der personenbezogenen Daten zusammen. Allerdings kommt einem Verstoß hiergegen kein über den Verstoß gegen das Erhebungsverbot nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO hinausgehender Gehalt zu. Insoweit kann auf die Marktverhaltensregelung Art. 6 Abs. 1 DS-GVO zurückgegriffen werden.

¹⁴²³ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 172 zur Eigenschaft von Arbeitnehmern als sonstige Marktteilnehmer.

¹⁴²⁴ Siehe → Rn. 442.

¹⁴²⁵ Buchner, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 22 DS-GVO Rn. 16; zum BDSG a. F. Weichert, VuR 2006, 377, 380.

¹⁴²⁶ So etwa *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 120; *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 63; *Schloffer*, WRP 2004, 145, 146; a. A. Köhler, GRUR 2004, 381, 383.

¹⁴²⁷ Vgl. Buchner, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 22 DS-GVO Rn. 16; *Herdes*, in:

DSRITB 2019, S. 77.

¹⁴²⁸ Vgl. zum BDSG a. F. *Schaffert*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 472, der zugleich die berechtigte Frage nach dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung aufwirft.

¹⁴²⁹ Diese objektiv-rechtliche Pflicht zur Löschung wird lediglich durch einen subjektiv-rechtlichen Anspruch des Betroffenen ergänzt, vgl. *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 17 DS-GVO Rn. 8 ff., der auch auf die hieraus resultierenden Verwerfungen eingeht.

4. Sonstige Normen mit datenschutzrechtlichem Gehalt

a. Technisch-organisatorische Vorgaben

aa. Vorgaben der DS-GVO

Die Anforderungen an den technisch-organisatorischen Datenschutz nach Art. 24 f., 32 DS-GVO sind ebenfalls denkbare Marktverhaltensregelungen nach § 3a UWG und zugleich subjektiv-rechtlicher Natur i. S. d. Art. 80 DS-GVO¹⁴³⁰. Hiernach hat der Verantwortliche gewisse Vorkehrungen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung zu ergreifen.¹⁴³¹ Die Vorgaben regeln deshalb auch das Marktverhalten. Dies geschieht zumindest insoweit im Interesse der Marktteilnehmer, als es um den Schutz der informationellen Selbstbestimmung bei ihrer Marktteilnahme in Form der Nutzung der Ware oder Dienstleistung geht.¹⁴³² Der Betroffene soll möglichst frei von Gefahren Waren oder Dienstleistungen nutzen können, was ebenfalls ein von § 3a UWG geschütztes Interesse der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer darstellt.¹⁴³³

491

bb. Vorgaben für Telemedien (§ 13 Abs. 7 TMG a. F.; § 19 Abs. 4 TTDSG)

Eine andere Ansicht vertritt demgegenüber das OLG Hamburg zu § 13 Abs. 7 TMG a. F., welcher technisch-organisatorische Maßnahmen für geschäftsmäßig erbrachte Telemedien vorschreibt.¹⁴³⁴ Nach Ansicht des Gerichts erfolge ein Schutz der Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer angesichts der generalpräventiven Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers nur reflexhaft.¹⁴³⁵ § 13 Abs. 7 TMG a. F. wurde indes im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten durch Art. 24, 32 DS-GVO verdrängt,¹⁴³⁶ sodass es auf die vom Gericht angestellten Erwägungen zur Auffassung des deutschen Gesetzgebers insoweit nicht mehr ankam.

492

An diesem Ergebnis ändert sich auch durch § 19 Abs. 4 TTDSG nichts, der im Wesentlichen inhaltsgleich an die Stelle von § 13 Abs. 7 TMG a. F. tritt und nur außerhalb des Art. 32 DS-GVO Anwendung findet.¹⁴³⁷ Aus diesem Grund erübrigt sich bei

493

¹⁴³⁰ → Rn. 166.

¹⁴³¹ *Jandt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 32 DS-GVO Rn. 1.

¹⁴³² *Mantz/Spittka*, in: Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 131 (zu Art. 25 DS-GVO).

¹⁴³³ Zu § 13 Abs. 7 TMG *Lapp*, jurisPR-ITR 3/2021 Anm. 3; *Schmitz*, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 13 TMG Rn. 129; allgemein *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.67; vgl. allgemein *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 27 Rn. 38.

¹⁴³⁴ OLG Hamburg WRP 2020, 499 Rn. 57 – Missbräuchliche Anspruchsverfolgung bei Bagatellverstoß und § 13 Abs. 7 TMG als Marktverhaltensregelung; *a. A. Lapp*, jurisPR-ITR 3/2021 Anm. 3.

¹⁴³⁵ OLG Hamburg WRP 2020, 499 Rn. 56 – Missbräuchliche Anspruchsverfolgung bei Bagatellverstoß und § 13 Abs. 7 TMG als Marktverhaltensregelung.

¹⁴³⁶ → Rn. 61; *Conrady/Hausen*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 36 Rn. 300; *Sander*, BKR 2019, 66, 75; *Geminn/Richter*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 8 Rn. 143; *a. A. Hornung/Schindler*, in: Hornung/Schallbruch, IT-Sicherheitsrecht, 2021, Kap. 21 Rn. 40.

¹⁴³⁷ *Piltz*, CR 2021, 555 Rn. 28; *Jandt*, DSB 2021, 66, 68; hierzu BT-Drs. 19/27441, S. 37; vgl. *Hornung/Schindler*, in: Hornung/Schallbruch, IT-Sicherheitsrecht, 2021, Kap. 21 Rn. 130 f.

dieser Norm die Einstufung als subjektiv-rechtlich i. S. v. Art. 80 DS-GVO, da sie nur außerhalb dessen Anwendungsbereich gilt.

cc. Exkurs: Vorgaben zum Schutz kritischer Infrastrukturen und digitaler Dienste (§§ 8a, 8c BSIG)

- 494** Das BSIG trifft unter anderem Bestimmungen über zu ergreifende technisch-organisatorische Maßnahmen durch Betreiber kritischer Infrastrukturen (§ 8a Abs. 1 BSIG) sowie von Anbietern digitaler Dienste (§ 8c Abs. 1 und 2 BSIG) zum Schutz der IT-Sicherheit. Kritische Infrastrukturen werden nach § 2 Abs. 10 S. 1 BSIG umschrieben als Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon, die den Sektoren Energie, Informationstechnik und Telekommunikation, Transport und Verkehr, Gesundheit, Wasser, Ernährung sowie Finanz- und Versicherungswesen angehören und dabei von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden. Einzelheiten zur Bestimmung der jeweils erfassten Betreiber werden durch die BSI-KritisV geregelt. Anbieter digitaler Dienste sind nach § 2 Abs. 11 i. V. m. 12 BSIG juristische Personen, die Online-Marktplätze, Online-Suchmaschinen oder Cloud-Computing-Dienste betreiben und nicht zum Schutz grundlegender staatlicher Funktionen eingerichtet worden sind oder für diese genutzt werden.
- 495** Aufgrund der Nähe zu den datenschutzrechtlichen Bestimmungen der Datensicherheit käme auch die Einstufung der §§ 8a Abs. 1, 8c Abs. 1 und 2 BSIG als Marktverhaltensregelungen in Betracht. Besonders das Schutzziel der Vertraulichkeit der IT-Sicherheit weist eine Nähe zum Datenschutzrecht auf. Zweifelhaft ist jedoch bereits die erforderliche Regelung des Marktverhaltens. Bisweilen wird angenommen, dass sich die Pflicht zur Ergreifung der technisch-organisatorischen Maßnahmen ausschließlich im Marktvorfeld abspielt und daher kein Marktverhalten regelt.¹⁴³⁸ Diese Einschätzung ist jedoch zu pauschal, da per definitionem auch das Angebot von Waren und Dienstleistungen als Marktverhalten anzusehen ist, bei dem auf die Marktteilnehmer eingewirkt wird.¹⁴³⁹ Dieses Angebot von Waren und Dienstleistungen wird durch die §§ 8a Abs. 1, 8c Abs. 1 und 2 BSIG auch mit Blick auf die IT-Sicherheit geregelt.¹⁴⁴⁰ Die Normen verlangen nicht nur die Schaffung, sondern auch das ständige Aufrechterhalten von IT-Sicherheit, sodass die Pflicht nicht nur im Marktvorfeld eine Rolle spielt. Die Normen sind daher Marktverhaltensregelungen.¹⁴⁴¹

¹⁴³⁸ *Beucher/Ehlen*, in: *Kipker*, Cybersecurity, 2020, Kap. 12 Rn. 170; *Riehm/Meier*, in: *Ebers/Steinrötter*, Künstliche Intelligenz und smarte Robotik im IT-Sicherheitsrecht, 2021, S. 241, 261 f.

¹⁴³⁹ → Rn. 402 ff.

¹⁴⁴⁰ *Byok*, BB 2017, 451, 453 hinsichtlich § 8a BSIG.

¹⁴⁴¹ *Byok*, BB 2017, 451, 453 hinsichtlich § 8a BSIG.

Das Marktverhalten müsste auch im Interesse der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer geregelt werden. Eine auch nur sekundäre Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher und Marktteilnehmer wird zum Teil abgelehnt, da die Vorgaben der §§ 8a Abs. 1, 8c Abs. 1 und 2 BSIG lediglich überindividuell dem Gemeinwohl zugutekommen würden.¹⁴⁴² Es sollen vielmehr lediglich essenzielle Branchen und Dienstleistungen aufrecht erhalten und nicht der einzelne Nutzer als Marktteilnehmer in den Blick genommen werden.¹⁴⁴³ Die zugrunde liegende Gesetzesbegründung hinsichtlich § 8a BSIG stellt indes ausdrücklich auch auf einen „verstärkte[n] Schutz der Bürgerinnen und Bürger im Internet“¹⁴⁴⁴ ab. Insoweit werden sie in ihrer Funktion als Verbraucher vor einer Beeinträchtigung ihrer Rechte, Rechtsgüter und Interessen geschützt.¹⁴⁴⁵ Weniger eindeutig ist dies bei der Regelung des § 8c BSIG hinsichtlich Anbieter digitaler Dienste. Die Gesetzesbegründung verhält sich insoweit nicht zu einem Schutz der Nutzer.¹⁴⁴⁶ Die zugrunde liegende NIS-RL¹⁴⁴⁷ macht jedoch in Erwägungsgrund 2 Satz 3 deutlich, dass ein Sicherheitsvorfall „die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten beeinträchtigen, beträchtliche finanzielle Verluste verursachen, das Vertrauen der Nutzer untergraben und der Wirtschaft der Union großen Schaden zufügen [können]“. Gerade solche Auswirkungen aufgrund von IT-Sicherheitsvorfällen sollen nach Art. 1 Abs. 1 NIS-RL verhindert werden. Insoweit lässt sich zumindest eine sekundäre Schutzfunktion der Umsetzungsnorm § 8c Abs. 1 BSIG zugunsten der Rechte, Rechtsgüter und Interessen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmer im Rahmen ihrer Marktteilnahme begründen.¹⁴⁴⁸

Diese Auslegungsergebnisse stehen auch in Einklang mit der stärkeren Forcierung des BSI als Verbraucherschutzbehörde, was die Bedeutung der IT-Sicherheit für den Verbraucherschutz untermauert. So ist durch das „IT-Sicherheitsgesetz 2.0“¹⁴⁴⁹ nunmehr der Verbraucherschutz ausdrücklich in § 3 Abs. 1 Nr. 14a BSIG als Aufgabe des BSI festgeschrieben.¹⁴⁵⁰

¹⁴⁴² *Beucher/Ehlen*, in: Kipker, Cybersecurity, 2020, Kap. 12 Rn. 170 hinsichtlich § 8a BSIG; vgl. auch *Spindler*, CR 2016, 297, 306 zu § 823 Abs. 2 BGB; vgl. auch OLG Hamburg WRP 2020, 499 Rn. 57 – Missbräuchliche Anspruchsverfolgung bei Bagatelverstoß und § 13 Abs. 7 TMG als Marktverhaltensregelung.

¹⁴⁴³ *Beucher/Ehlen*, in: Kipker, Cybersecurity, 2020, Kap. 12 Rn. 170 hinsichtlich § 8a BSIG; vgl. auch *Spindler*, CR 2016, 297, 306 zu § 823 Abs. 2 BGB.

¹⁴⁴⁴ BT-Drs. 18/4096, S. 1, 19.

¹⁴⁴⁵ *Byok*, BB 2017, 451, 453; *Voigt*, IT-Sicherheitsrecht, 2018, Teil A Rn. 115; zurückhaltender allerdings nunmehr *Voigt*, IT-Sicherheitsrecht, 2. Aufl. 2022, Teil D Rn. 161.

¹⁴⁴⁶ BT-Drs. 18/11242.

¹⁴⁴⁷ Richtlinie (EU) 2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.7.2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union, ABl. Nr. L 194 S. 1, ber. ABl. 2018 Nr. L 33 S. 5.

¹⁴⁴⁸ *Voigt*, IT-Sicherheitsrecht, 2018, Teil A Rn. 115; *a. A. Beucher/Ehlen*, in: Kipker, Cybersecurity, 2020, Kap. 12 Rn. 170.

¹⁴⁴⁹ Zweites Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme v. 18.5.2021, BGBl. I S. 1122.

¹⁴⁵⁰ Vgl. *Stroscher*, ZD-Aktuell 2021, 05098; *Schallbruch*,

498 Nachdem diese Normen nicht in den Anwendungsbereich der DS-GVO oder der e-Privacy-RL fallen, müssen für eine Durchsetzung über § 3a UWG nicht die Anforderungen des Art. 80 DS-GVO (i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL) erfüllt werden. Mit anderen Worten bestehen keine über das UWG hinausgehende Einschränkungen der Aktivlegitimation von Verbänden und der durchsetzbaren Bestimmungen.

b. Scoring und Bonitätsauskünfte (§ 31 BDSG)

499 § 31 BDSG enthält Bestimmungen über den Schutz des Wirtschaftsverkehrs bei Scoring und Bonitätsauskünften und regelt Voraussetzungen, wann diese verwendet werden dürfen.¹⁴⁵¹ Die Norm knüpft dabei an die Regelungen §§ 28a, 28b sowie 34 Abs. 2 BDSG a. F. an.¹⁴⁵² Ob es sich bei diesen um Marktverhaltensregelungen handelt, war bereits im alten Recht umstritten.¹⁴⁵³ Die Frage stellt sich indes bei § 31 BDSG nicht mehr, da sich die Norm nicht auf einen unionsrechtlichen Regelungsspielraum stützen kann und damit unionsrechtswidrig ist.¹⁴⁵⁴ Jedenfalls schränken diese Bestimmungen die Rechte der betroffenen Personen ein (arg. ex Art. 23 DS-GVO), sodass sich ein subjektiv-rechtlicher Bezug i. S. d. Art. 80 DS-GVO nicht verneinen lässt. Denn jeder Verstoß gegen die einschränkende Norm verletzt die im Grundsatz weiterhin bestehenden subjektiven Rechte der betroffenen Person.¹⁴⁵⁵

c. Datenschutzrechtliche Straftatbestände (§ 42 Abs. 1 und 2 BDSG)

500 Bisweilen wird die Strafnorm des § 42 Abs. 1 und 2 BDSG als Marktverhaltensregelung betrachtet, welche bestimmte Handlungen mit bis zu zwei bzw. drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bewehrt.¹⁴⁵⁶ Die Norm wurde auf Grundlage des Art. 84 DS-GVO als Sanktion erlassen.¹⁴⁵⁷ Unter Verbot gestellt sind bestimmte Formen der

DuD 2021, 229, 230; *Kipker*, DSB 2020, 172, 173; *Niemann/Karniyevich*, K&R 2021, 441, 442; allgemein zur Novelle *Thienemann*, CB 2021, 225; *Ritter*, K&R 2021, Heft 6 Editorial; *Schallbruch*, CR 2021, 450; *Nardone*, ITRB 2022, 17, 18.

¹⁴⁵¹ *Taeger*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, § 31 BDSG Rn. 1; *Adolff/Langebuecher*, in: FS Krieger, 2020, S. 1, 8.

¹⁴⁵² *Taeger*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, § 31 BDSG Rn. 1; *Piltz*, BDSG, 2018, § 31 BDSG Rn. 1; *Adolff/Langebuecher*, in: FS Krieger, 2020, S. 1, 8.

¹⁴⁵³ Vgl. *Podszun/de Toma*, NJW 2016, 2987, 2990; *Schneider/Forgó/Helfrich*, in: *Forgó/Helfrich/Schneider*, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil I Kap. 1 Rn. 163.

¹⁴⁵⁴ *Moos/Rothkegel*, ZD 2016, 561, 568; *Martini*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 22 DS-GVO Rn. 24; *Buchner*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, § 31 BDSG Rn. 4 f.; *Buchner*, in: *Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof*, Einführung in das Datenschutzrecht, 7. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 150; *Specht*,

in: *Specht/Mantz*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 9 Rn. 62; *Voigt/von dem Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2018, S. 296; *Helfrich*, ZD 2017, 97, 98; nach **a. A.** kann die Norm auf Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO gestützt werden, so etwa *Taeger*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, § 31 BDSG Rn. 48; *Veil*, in: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, DS-GVO, 2017, Art. 22 DS-GVO Rn. 33; verfehlt demgegenüber *Adolff/Langebuecher*, in: FS Krieger, 2020, S. 1, 8 mit dem Rekurs auf Art. 23 Abs. 2 lit. c DS-GVO, welcher lediglich an Beschränkungen nach Art. 23 Abs. 1 DS-GVO anknüpft; vgl. zu diesem Problemkreis die Vorlagefrage des VG Wiesbaden BeckRS 2021, 30719.

¹⁴⁵⁵ → Rn. 166.

¹⁴⁵⁶ *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 40 f.

¹⁴⁵⁷ *Heghmanns*, in: *Sydow*, BDSG, 2020, § 42 BDSG Rn. 3; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 39; siehe zu Sanktionen Rn. 260 ff.

gewerbsmäßigen Übermittlung bzw. Zugänglichmachung (Abs. 1) sowie unberechtigte Verarbeitung und Erschleichung von nicht allgemein zugänglichen personenbezogenen Daten (Abs. 2). Es handelt sich letztlich um besonders schwerwiegende Verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen.¹⁴⁵⁸ Diese Normen sanktionieren gravierende Verstöße gegen das subjektiv-rechtliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt aus Art. 6 Abs. 1 DS-GVO und sind deshalb über Art. 80 DS-GVO verfolgbar.¹⁴⁵⁹ Die Norm regelt auch, wie Unternehmer auf Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer einwirken dürfen und ist damit eine Marktverhaltensregelung. § 42 Abs. 1 und 2 BDSG müsste daneben zumindest auch dazu bestimmt sein, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Die Norm bezweckt in erster Linie den Persönlichkeitsschutz der betroffenen Personen.¹⁴⁶⁰ Für § 3a UWG genügt jedoch ein sekundärer Schutzzweck zugunsten von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmer. Der in § 42 Abs. 1 und 2 BDSG pönalisierte Datenhandel trägt die Gefahr in sich, dass die hierdurch gewonnenen Informationen eine Einflussnahme auf das Verhalten der Betroffenen ermöglichen.¹⁴⁶¹ Das betrifft auch deren Marktverhalten, denn § 42 BDSG setzt konstitutiv für die Strafbarkeit auf Tatbestandsmerkmale mit kommerziellem Hintergrund („gewerbsmäßig“, „gegen Entgelt“, „sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen“).¹⁴⁶² Erschöpfte sich die Norm im Schutz des Persönlichkeitsrechts ohne zugleich den Betroffenen als Marktteilnehmer im Blick zu haben, wären diese Tatbestandsmerkmale sinnentleert, da die Gefahr der Beeinflussung nicht zwingend einen kommerziellen Kontext voraussetzt.¹⁴⁶³ Schutzzweck ist also zumindest auch der Schutz der Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmer. Das spricht dafür, § 42 Abs. 1 und 2 BDSG als eine Marktverhaltensregelung anzusehen, welche das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regelt.¹⁴⁶⁴

501

d. Telekommunikationsdatenschutz (§§ 91 ff. TKG; §§ 3 ff. TTDSG)

aa. §§ 91 ff. TKG i. d. F. bis zum 30.11.2021

Weitere Marktverhaltensregelungen können sich auch im bereichsspezifischen Datenschutz wiederfinden. Im Bereich des Telekommunikationsdatenschutzrechts war – soweit die Normen ab Geltung der DS-GVO noch anwendbar waren – Markt-

502

¹⁴⁵⁸ *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 39; vgl. allgemein *Ihwas*, NZWiSt 2021, 289.

¹⁴⁵⁹ → Rn. 166.

¹⁴⁶⁰ *Brodowski/Nowak*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, § 42 BDSG Rn. 6; *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 40.

¹⁴⁶¹ *Brodowski/Nowak*, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, § 42 BDSG Rn. 6 unter Verweis auf *Golla*, Die Straf- und Bußgeldtatbestände der

Datenschutzgesetze, 2015, S. 86 ff.

¹⁴⁶² *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 40; vgl. *Ihwas*, NZWiSt 2021, 289, 296.

¹⁴⁶³ *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 40.

¹⁴⁶⁴ *Schmitt*, WRP 2019, 27 Rn. 40.

verhaltensregelungen zu erblicken, die das Marktverhalten im Interesse der Mitbewerber regeln.¹⁴⁶⁵ So war es ausweislich § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG a. F. der Zweck des Gesetzes, die Chancengleichheit des Wettbewerbs (par condicio concurrentium) sicherzustellen.¹⁴⁶⁶

- 503** Aus Sicht der Klagebefugnis für Verbände wegen Verstößen gegen TK-Datenschutzvorschriften blieb jedoch § 44 TKG a. F. zu beachten. Nach § 44 Abs. 2 S. 1 TKG a. F. konnte derjenige im Interesse des Verbraucherschutzes von den in § 3 UKlaG genannten Stellen in Anspruch genommen werden, wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von AGB gegen Vorschriften des TKG oder Vorschriften einer aufgrund des TKG erlassenen Rechtsverordnung verstieß, die dem Schutz der Verbraucher dienen. Diese Norm regelte abschließend die Durchsetzung durch Kunden i. S. d. TKG a. F., Verbände und Dritte.¹⁴⁶⁷ Im Übrigen blieb das UKlaG, insbesondere hinsichtlich AGB-Verstößen, nach § 44 Abs. 2 S. 3 UKlaG unberührt.¹⁴⁶⁸ Damit schied eine Durchsetzung der telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen über das Lauterkeitsrecht gänzlich aus.

bb. Telekommunikationsdatenschutz nach dem TTDSG

(1) Kein Mitbewerberschutz

- 504** Grundlegende Änderungen für die Durchsetzung bringt die Neuregelung des Telekommunikationsdatenschutzes mit sich. Nachdem sich die entsprechenden Regelungen nun in §§ 3 ff. TTDSG wiederfinden, kann das Argument des § 2 TKG nicht mehr zur Begründung einer mitbewerberschützenden Funktion herangezogen werden. Nachdem ausdrückliche Klarstellungen des Gesetzgebers fehlen, kommt es auf die Auslegung des TTDSG an.

(2) Rechtsgüterschutz von Marktteilnehmern

- 505** Das TTDSG schützt ausweislich § 1 Abs. 1 die Privatsphäre sowie teils personenbezogene Daten.¹⁴⁶⁹ Rechte, Rechtsgüter und Interessen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern und damit auch die Privatsphäre und das Recht auf informatio-

¹⁴⁶⁵ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 367 f.; *Keck*, Wettbewerbsverstöße durch Rechtsbruch, 2005, S. 51.

¹⁴⁶⁶ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 367.

¹⁴⁶⁷ OLG Düsseldorf WRP 2012, 1603 Rn. 8 – Mehrwert-Dienst 018; *Metzger/Eichelberger*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 30; *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 51; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 63; *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 31; *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 274; **a. A.** offenbar *Schadow*, in:

Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 44 TKG Rn. 37; *Heilmann/Herrmann*, in: Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl. 2020, Teil 11 Rn. 31.

¹⁴⁶⁸ *Scholz*, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 44 TKG Rn. 41; *Schadow*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 44 TKG Rn. 37; *Sodtalters*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 44 TKG Rn. 9; *Lueg*, in: BeckOK InfoMedienR, 32. Ed. Stand: 1.8.2021, § 44 TKG Rn. 19.

¹⁴⁶⁹ BT-Drs. 19/27441, S. 1, 34; vgl. *Kühling/Sauerborn*, CR 2021, 271 Rn. 5; *Schulte/Prowald*, K&R 2022, 7, 8.

nelle Selbstbestimmung werden ebenfalls von § 3a UWG umfasst, soweit deren Beeinträchtigung gerade im Rahmen der Marktteilnahme erfolgt. Die Marktteilnahme erfasst auch den dem Vertragsabschluss nachfolgenden Zeitraum des Gebrauchs einer Ware bzw. – an dieser Stelle relevanter – der Inanspruchnahme der Dienstleistung.¹⁴⁷⁰ Hierfür spricht ganz offensichtlich § 1 Abs. 3 TTDSG, welcher für den Anwendungsbereich explizit, an die Erbringung von Dienstleistungen oder Mitwirkung hieran und die Bereitstellung von Waren auf dem Markt und damit die Marktteilnahme, anknüpft.

Für eine zumindest sekundär verbraucherschützende Funktion spricht auch die Aufnahme der ePrivacy-RL in Nr. 10 Anhang I der Verbandsklagen-RL. Ohne Belang ist dabei, dass formaljuristisch in der ePrivacy-RL nicht auf Verbraucher, sondern auf Nutzer abgestellt wird, wie Erwägungsgrund 14 S. 1 zeigt: „Diese Richtlinie sollte Verstöße gegen die in Anhang I genannten Bestimmungen des Unionsrechts abdecken, soweit diese Bestimmungen dem Schutz der Interessen der Verbraucher dienen, unabhängig davon, ob diese Verbraucher darin als Verbraucher, als Reisende, Nutzer, Kunden, Kleinanleger, Einzelinvestoren, Datensubjekte oder anderweitig bezeichnet werden.“

506

Für § 3a UWG kommen vor allem Verstöße gegen den subjektiv-rechtlichen¹⁴⁷¹ § 9 TTDSG in Betracht, wenn rechtswidrig Verkehrsdaten verarbeitet werden. § 9 Abs. 2 S. 1 TTDSG nennt Zwecke, für welche die Verarbeitung von teilnehmerbezogenen Verkehrsdaten einer Einwilligung bedarf: Vermarktung von Telekommunikationsdiensten, bedarfsgerechte Gestaltung von Telekommunikationsdiensten und Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen. Hieraus wird deutlich, dass Marktteilnehmer nach Vertragsschluss vor Eingriffen in die Privatsphäre aus kommerziellen Gründen geschützt werden sollen. Aufgrund des zumindest sekundären Schutzzwecks zugunsten von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmer liegt nach hier vertretener Auffassung insoweit eine Marktverhaltensregelung vor. Aufgrund des kommerziellen Hintergrunds werden die Voraussetzungen einer geschäftlichen Handlung zudem in diesen Fällen kaum zu verneinen sein.¹⁴⁷²

507

(3) Kein prinzipieller Ausschluss der Durchsetzung über das UWG

Im Rahmen der Neufassung des TKG wurde auch § 44 Abs. 2 TKG partiell in § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 14 UKlaG überführt. Die Aktivlegitimation beschränkt sich aber auf Verstöße gegen Vorschriften des TKG zwischen Anbietern von öffentlichen Kommunikationsdiensten und Verbrauchern. Nachdem der Telekommunikationsdatenschutz nun in den §§ 3 ff. TTDSG geregelt wurde, stellt sich die Frage ob – wie bei § 44 Abs. 2 S. 1 TKG – ein Vorrang der Verbandsdurchsetzung angenommen werden

508

¹⁴⁷⁰ → Rn. 428 ff.

¹⁴⁷¹ → Rn. 168.

¹⁴⁷² Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson,

UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 37.

kann. Ausgangspunkt für die Klärung dieser Frage ist § 8 Abs. 5 UWG, der das Verhältnis von UWG zum UKlaG für Verbände zueinander regelt.¹⁴⁷³ Für einen darüber hinausgehenden Ausschluss von Mitbewerberklagen finden sich aber keinerlei Anhaltspunkte. Insbesondere stehen nach hier vertretener Auffassung die ePrivacy-RL und die DS-GVO Mitbewerberklagen nicht entgegen.¹⁴⁷⁴

e. § 19 Abs. 5 S. 1 SchfHwG

- 509** Das OLG Celle¹⁴⁷⁵ musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob § 19 Abs. 5. S. 1 SchfHwG¹⁴⁷⁶ eine Marktverhaltensregelung darstellt. Bevollmächtigte Bezirksschornsteinfeger dürfen hiernach die personenbezogenen Daten des Kkehrbuchs nur verarbeiten, soweit das zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach den SchfHwG erforderlich ist. Der vor dem OLG Celle beklagte Schornsteinfegermeister nutze die Feuerstättenschau für Werbung für seine privatwirtschaftlich angebotenen Dienste. Nachdem die Einschränkung der Datenverarbeitung nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich auch zur Bekämpfung der Zweckentfremdung personenbezogener Daten zu Wettbewerbszwecken vorgesehen wurde („Ein vom Sanitär-, Heizung-, Klimahandwerk befürchteter ‚Datenmissbrauch‘ durch die bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger bzw. die Bezirksschornsteinfegermeister zu Wettbewerbszwecken wird damit ausgeschlossen.“¹⁴⁷⁷) ist eine mitbewerberschützende Marktverhaltensregelung zu erblicken.¹⁴⁷⁸ Als besondere Ausprägung des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ist diese Norm auch subjektiv-rechtlicher Natur i. S. d. Art. 80 DS-GVO.¹⁴⁷⁹

5. AGB-Recht und Datenschutzrecht

- 510** Ein wesentliches Ziel der DS-GVO ist die Schaffung von Transparenz der Datenverarbeitung, wie Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO aufzeigt. Sie soll unter anderem dadurch erreicht werden, dass die auf eine Einwilligung gestützte Verarbeitung nur rechtmäßig ist, wenn die Einwilligung auch „in informierter Weise“ erfolgt (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO). Daneben sieht die DS-GVO Informationspflichten (Art. 13 f. DS-GVO) vor, die der Verantwortliche dem Betroffenen zu erteilen hat. Hieraus erwächst die Frage, ob diese Informationen (im Folgenden „Datenschutzklauseln“¹⁴⁸⁰) einer Prüfung anhand der §§ 305 ff. BGB zugänglich sind, es sich also um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Sollte das AGB-Recht Marktverhaltensregelungen darstellen, käme im Ergebnis eine Sanktionierung über § 3a UWG in Betracht.

¹⁴⁷³ → Rn. 748 ff.

¹⁴⁷⁴ → Rn. 304 ff.

¹⁴⁷⁵ OLG Celle WRP 2018, 1099 – Kkehrbuch.

¹⁴⁷⁶ Gesetz über das Berufsrecht und die Versorgung im Schornsteinfegerhandwerk (Schornsteinfeger-Handwerksgesetz – SchfHwG) v. 26.11.2008, BGBl. I

S. 2242.

¹⁴⁷⁷ BT-Drs. 16/9794, S. 18.

¹⁴⁷⁸ OLG Celle WRP 2018, 1099 Rn. 10 ff. – Kkehrbuch.

¹⁴⁷⁹ → Rn. 166.

¹⁴⁸⁰ Nach *Brinkmann*, in: BeckOGK, Stand: 15.3.2021, § 307 BGB Datenschutzklausel Rn. 3.

Die praktische Bedeutung der AGB-Kontrolle von Datenschutzklauseln ist immens: So wurden Datenschutzklauseln von Google¹⁴⁸¹, Facebook¹⁴⁸², Apple¹⁴⁸³ und zahlreichen anderen Unternehmen¹⁴⁸⁴ einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle anhand § 3a UWG i. V. m. §§ 307 ff. BGB zugeführt. Das hat den entscheidenden Vorteil, dass es nicht auf die umstrittene Frage ankommt, ob die Normen der DS-GVO marktteilnehmerschützende Marktverhaltensregelungen i. S. d. § 3a UWG darstellen.¹⁴⁸⁵ An späterer Stelle wird auf den ebenso relevanten § 1 UKlaG eingegangen, welcher ebenfalls eine Klauselkontrolle ermöglicht.¹⁴⁸⁶

a. Rechtsbruchtatbestand, AGB-Prüfung und Unionsrecht

aa. Verhältnis zur DS-GVO

Wird das Durchsetzungssystem der DS-GVO für abschließend befunden, erscheint eine Kontrolle von Datenschutzklauseln nach § 3a UWG i. V. m. §§ 307 ff. BGB zunächst problematisch, da dies einer direkten Kontrolle des Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 f., Art. 13 f. DS-GVO gleichkommen könnte.¹⁴⁸⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Rückgriff auf das UWG aber für Mitbewerber nicht und für Verbände nur teilweise durch die DS-GVO ausgeschlossen.¹⁴⁸⁸ Ob Verstöße gegen AGB-Recht lauterkeitsrechtlich relevant sind, ist damit auch eine Frage des UWG i. V. m. §§ 307 ff. BGB. Hierfür spricht auch Art. 7 Klausel-RL, der den Mitgliedstaaten lediglich einen Rahmen vorgibt, innerhalb dessen die Mitgliedstaaten ihr Verfahrensrecht autonom gestalten können.¹⁴⁸⁹

Für Verbände – nicht jedoch für Mitbewerber – bleibt auch hier die Begrenzung des Art. 80 DS-GVO hinsichtlich der durchsetzungsfähigen Normen zu beachten. Wie später noch dargestellt werden wird, prüft die Rechtsprechung hier vielfach datenschutzrechtliche Normen inzident, etwa bei § 307 Abs. 1 S. 2 BGB¹⁴⁹⁰ oder § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB¹⁴⁹¹. Dass diese Vorgehensweise einer direkten Kontrolle gleichkommt, bedarf keiner näheren Erläuterung. Es ist daher notwendig, dass die insoweit inzident geprüften datenschutzrechtlichen Normen subjektiv-rechtlicher Natur sind.¹⁴⁹² Das wird überwiegend auch angenommen werden können, denn über objektiv-rechtliche Bestimmungen (z. B. Pflicht zur Führung eines Verzeichnisses)

¹⁴⁸¹ LG Berlin MMR 2014, 563 – Überprüfbarkeit von Google-Nutzungsbedingungen; LG Hamburg CR 2010, 53 – Unwirksame AGB-Klauseln eines Suchmaschinenbetreibers; hierzu Meyer, in: DSRITB 2012, S. 643, 654.

¹⁴⁸² LG Berlin ZD 2016, 234 – Ordnungsgeld gegen Facebook wegen „Freunde finden“; KG CR 2018, 304 – Unwirksame Einwilligung in Facebook-App-Zentrum zur Datenweitergabe an Spiele- und App-Anbieter; hierzu Meyer, in: DSRITB 2012, S. 643, 654.

¹⁴⁸³ LG Berlin ZD 2013, 451 – Datenschutzklauseln von Apple; hierzu ablehnend Moos, in: DSRITB 2013, S. 235, 238.

¹⁴⁸⁴ Vgl. hierzu Meyer, K&R 2014, 90, 91.

¹⁴⁸⁵ Brinkmann, in: BeckOGK, Stand: 15.3.2021, § 307 BGB Datenschutzklausel Rn. 36.

¹⁴⁸⁶ → Rn. 811 ff.

¹⁴⁸⁷ Ohly, GRUR 2019, 686, 690.

¹⁴⁸⁸ → Rn. 235 ff. sowie → Rn. 215 ff.

¹⁴⁸⁹ Pfeiffer, in: Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Art. 7 RL Rn. 1.

¹⁴⁹⁰ → Rn. 538 ff.

¹⁴⁹¹ → Rn. 545 ff.

¹⁴⁹² → Rn. 166.

kann der Betroffene schon nicht disponieren; von daher fehlt es seitens der Verwender schon an einer Regelungsbedürftigkeit innerhalb von AGB. Sofern in Verbandsklagen Datenschutzrecht nicht direkt zum Prüfungsgegenstand der Klauselkontrolle erhoben wird, sondern lediglich mittelbar von Bedeutung ist, kommt es nach hier vertretener Auffassung nicht darauf an, ob die Voraussetzungen des Art. 80 DS-GVO vorliegen. Als Beispiel kann eine Klausel genannt werden, die eine vollkommen unübliche Verarbeitungserlaubnis vorsieht und damit als überraschend i. S. v. § 305c Abs. 1 BGB anzusehen ist. Insoweit kann diese Konstellation ähnlich zum „originären Lauterkeitsrecht“ behandelt werden.¹⁴⁹³ Hier wie dort werden gänzlich andere Unrechtstatbestände verwirklicht, die einer Anwendung des Art. 80 DS-GVO entgegenstehen.

bb. Verhältnis zu UGP-RL, Unterlassungsklagen-RL und UKlaG

- 514** Auch die UGP-RL steht einer Prüfung nach § 3a UWG i. V. m. §§ 307 ff. BGB im B2C-Verhältnis nicht entgegen, da diese Bestimmungen ihre Wurzeln in der Klausel-RL haben.¹⁴⁹⁴ Im Verhältnis zu sonstigen Marktteilnehmern kommt ein Konflikt mit der UGP-RL ohnehin nicht in Betracht, da dies außerhalb deren Anwendungsbereichs liegt (Art. 3 Abs. 1 UGP-RL).¹⁴⁹⁵ Die Unterlassungsklagen-RL und das UKlaG stehen einer Überprüfung nach § 3a UWG i. V. m. §§ 307 ff. BGB aufgrund Art. 7 Abs. 1 und 2 der Klausel-RL ebenfalls nicht im Wege.¹⁴⁹⁶

b. AGB-Recht und Rechtsbruchtatbestand

- 515** Ob die §§ 307 ff. BGB Marktverhaltensregelungen darstellen, wird bis heute nicht einheitlich beantwortet. Während der BGH und ein Teil der älteren instanzgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴⁹⁷ jedenfalls teilweise Marktverhaltensregelungen erblicken, wurde das in einem anderen Teil der instanzgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴⁹⁸ und Literatur¹⁴⁹⁹ nicht selten anders gesehen. Die überwiegende Literatur geht mittlerweile davon aus, dass die Verwendung, Empfehlung und Berufung auf unzulässige

¹⁴⁹³ → Rn. 336.

¹⁴⁹⁴ → Rn. 393.

¹⁴⁹⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.288.

¹⁴⁹⁶ BGH WRP 2018, 434 Rn. 43 ff. – Klauselersetzung; OLG München WRP 2015, 1154 Rn. 11 – Preisanpassungsklausel mit Gesetzeshinweis; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.285.

¹⁴⁹⁷ Hinsichtlich §§ 307, 308 Nr. 1, 309 Nr. 7a BGB BGH WRP 2012, 1086 Rn. 45 ff. – Missbräuchliche Vertragsstrafe; hinsichtlich § 307 BGB BGH NJW 2021, 2193 Rn. 57 – Verstoßabhängiger Versicherungsfall bei Rechtsschutzversicherung; LG Berlin VuR 2022, 20, 24 – Unzulässigkeit von Verwahrenrgelten auf Giro- und Tagesgeldkonten; Graf von Westphalen, in: Busch, P2B-VO, 2022, Art. 2 VO (EU) 2019/1150 Rn. 88; BGH

WRP 2010, 1495, 1497 – Vollmachtsnachweis; LG Cottbus WRP 2012, 91 Rn. 12 – Rücksendekosten im Online Handel und Beseitigung der Wiederholungsgefahr durch Änderung der AGB; OLG Hamm BeckRS 2007, 17475; OLG Hamburg WRP 2007, 674, 675 – Rückgaberecht unter Bedingung der Frankierung der Sendung; KG MMR 2005, 466, 466 – Rügefrist für Mängel in Online-AGB.

¹⁴⁹⁸ OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 287, 288 f. – Horse-Équipe; OLG Köln WRP 2007, 1111, 1111 – Beanstandung der AGB eines Mitbewerbers; OLG Köln MMR 2008, 540 – AGB-Kontrolle nach der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.

¹⁴⁹⁹ Zeppernick, Vorsprung durch Rechtsbruch, 2002,

AGB lauterkeitsrechtlich relevant sind, da die §§ 305 ff. BGB taugliche Marktverhaltensregelungen darstellen.¹⁵⁰⁰

aa. Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB

Zweifel werden jedoch hinsichtlich der Frage geäußert, ob die §§ 307 ff. BGB das Marktverhalten auch gerade im Interesse der Marktteilnehmer, hier der Verbraucher, regeln.¹⁵⁰¹ Argumentativ wenig überzeugend ist der Rekurs des BGH auf einen wirksamen Verbraucherschutz und die Stärkung des Verbrauchervertrauens,¹⁵⁰² da rechtlich abzustecken ist, wie weit dies reicht und daher der Verbraucher auf einen Schutz vertrauen darf.¹⁵⁰³ Insoweit ist diese Argumentationsweise zirkulär. Allerdings sind unzulässige AGB durchaus geeignet, den Verbraucher in seiner informierten Entscheidung über die Wahrnehmung seiner Rechte (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG = § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n. F.) zu beeinträchtigen, sodass seine Entscheidungsfreiheit eingeschränkt wird.¹⁵⁰⁴ Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass die §§ 307 ff. BGB das Marktverhalten zumindest auch zugunsten der Verbraucher als Marktteilnehmer regeln.

516

bb. Einbeziehungskontrolle nach §§ 305 bis 305c BGB

Weniger eindeutig gestaltet sich die Frage, ob die Anforderungen an die Einbeziehung von Klauseln nach §§ 305 bis 305c BGB Marktverhaltensregelungen darstellen. Diese Frage wird in Rechtsprechung und Literatur im Vergleich zur Frage, ob die §§ 307 f. BGB Marktverhaltensregelungen darstellen, nur am Rande behandelt. Die Anforderungen an die Einbeziehung der AGB regeln jedenfalls Einwirkungsmöglichkeiten auf Verbraucher und mit Ausnahme des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB auch auf sonstige Marktteilnehmer, womit Marktverhaltensregelungen angenommen werden können. Die für Datenschutzklauseln relevanten §§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB

517

Rn. 446; *Keck*, Wettbewerbsverstöße durch Rechtsbruch, 2005, S. 29; v. *Walter*, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, 2007, S. 230; *Armgardt*, WRP 2009, 122, 127.

¹⁵⁰⁰ *Heigl/Normann*, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 2 Rn. 62; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UKlaG Rn. 14; *Köhler*, NJW 2008, 177; *Ebert-Weidenfelder*, in: Götting/Nordemann, UWG, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 69; *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 159; *Mann*, WRP 2007, 1035, 1042 f.; *Woitkewitsch*, GRUR-RR 2007, 257, 258; *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 2008, S. 174 f.; *Holtz*, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, 2010, S. 153 ff.

¹⁵⁰¹ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 2518; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 78 f.; *Meyer*, in: DSRITB 2012, S. 643, 652; kritisch *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 413 (dort Fn. 83); vgl. auch *Armgardt*, WRP 2009, 122, 125 ff.

¹⁵⁰² BGH WRP 2010, 1475, 1477 – Gewährleistungsausschluss im Internet.

¹⁵⁰³ „Diese Begründungen sind reine Worthülsen. Das ‚Verbrauchervertrauen‘ ist eine überaus wohlklingende Floskel, mit der sich alles und jedes rechtfertigen lässt. Sachargumente verstecken sich dahinter nicht. Das Gericht wendet den alten, fast schon vergessenen Kniff an, den populären Verbraucherschutzgedanken zur Übertünchung von Begründungsdefiziten zu missbrauchen.“, so *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 2519.

¹⁵⁰⁴ BGH WRP 2010, 1475, 1477 – Gewährleistungsausschluss im Internet; *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 412; *Graf von Westphalen*, in: Busch, P2B-VO, 2022, Art. 3 VO (EU) 2019/1150 Rn. 69; inzident wohl LG Koblenz BeckRS 2021, 9968 Rn. 27 – Aufforderung zur Angebotsabgabe.

bezwecken jedenfalls aus den für die Inhaltskontrolle genannten Gründen auch den Schutz der Verbraucher.¹⁵⁰⁵ Es macht für diese keinen Unterschied, ob die Klausel inhaltlich unwirksam ist oder bereits nicht wirksam in den Vertrag einbezogen wurde.¹⁵⁰⁶

c. Einwilligungserklärungen

aa. Einwilligungserklärungen als Vertragsbedingungen

- 518** Eine lauterkeitsrechtliche Überprüfung von vorformulierten Einwilligungserklärungen könnte über das AGB-Recht möglich sein. Solche Erklärungen werden von der Rechtsprechung¹⁵⁰⁷ und Literatur¹⁵⁰⁸ überwiegend als AGB eingestuft, was eine lauterkeitsrechtliche Überprüfbarkeit nach § 3a UWG i. V. m. §§ 307 ff. BGB ermöglicht.
- 519** Erläuterungsbedürftig erscheint jedoch das Merkmal der Vertragsbedingung i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. „Vertragsbedingungen sind alle privatrechtlichen Regelungen, die Inhalt des zwischen dem Verwender und seinem Vertragspartner zu schließenden Rechtsgeschäfts sind.“¹⁵⁰⁹ Vertragsbedingungen begründen oder modifizieren Rechte und Pflichten zwischen dem Verwender und dem Vertragsgegner, wirken also rechtsgestaltend.¹⁵¹⁰ Nachdem eine wirksame Einwilligung dazu führt, dass die von ihr umfasste Verarbeitung datenschutzrechtlich zulässig ist, kann von einer Vertragsbedingung ausgegangen werden.¹⁵¹¹

¹⁵⁰⁵ Hennings, Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln, 2017, S. 199; Metzger, GRUR Int. 2015, 687, 690 f.; Metzger/Eichelberger, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 270 offenlassend für § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB OLG Köln WRP 2020, 648 Rn. 31 – PayPal-AGB; BGB; a. A. hinsichtlich § 305c Abs. 1 BGB Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.288.

¹⁵⁰⁶ Hennings, Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln, 2017, S. 199.

¹⁵⁰⁷ BGH CR 1985, 83, 84 – Schufa-Klausel; BGH WRP 1999, 660, 660 – Einverständnis mit Telefonwerbung; BGH WRP 2000, 722, 723 – Telefonwerbung VI; BGH WRP 2009, 56, 58 – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen "Opt-out"-Erklärung; BGH WRP 2010, 278, 280 – Happy-Digits; BGH WRP 2013, 767 Rn. 16, 19 – Einwilligung in Werbeanrufe II; BGH WRP 2017, 700 Rn. 21 ff. – Einwilligung in E-Mail-Werbung; BGH WRP 2018, 87 Rn. 12 – Cookie-Einwilligung; BGH WRP 2020, 1009 Rn. 26 – Cookie-Einwilligung II; BGH WRP 2020, 1182 Rn. 28 – App-Zentrum; OLG Hamburg WRP 2009, 1282, 1284 – Telefonische Angebote aus dem Abonnementbereich; LG München I CR 2019, 311, 312 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzrichtlinie“; vgl. zur älteren Rechtsprechung Heidemann-Peuser, DuD 2002, 389.

¹⁵⁰⁸ Niebling, MDR 2019, 844, 845; Spittka, GRUR-Prax 2019, 272, 272; Becker, JZ 2017, 170, 173; Kartheuser/Klar, ZD 2014, 500, 500; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 307 Rn. 103; Brinkmann, in: BeckOGK, Stand: 15.3.2021, § 307 BGB Datenschutzklausel Rn. 2; Hacker, ZfPW 2019, 148, 184; Redeker, ITRB 2018, 96, 97 f.; Schneider, CR 2017, 568, 570; Engeler, ZD 2018, 55, 60; Stürmer, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 16 Rn. 73; Bunnenberg, Privates Datenschutzrecht, 2020, S. 225; Radlanski, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, 2016, S. 112; vgl. Moos, in: DSRITB 2013, S. 235, 238.

¹⁵⁰⁹ Pfeiffer, in: Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 7; vgl. auch Roloff/Looschelders, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 3.

¹⁵¹⁰ LG Karlsruhe BeckRS 2021, 27930 Rn. 30 – Unterlassung der Verwendung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Basedow, in: MüKoBGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB Rn. 12; Pfeiffer, in: Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 7; Stürmer, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 16 Rn. 73.

¹⁵¹¹ BGH CR 1985, 83, 84 – Schufa-Klausel; BGH WRP 2009, 56, 57 – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen "Opt-out"-Erklärung; BGH WRP 2010, 278, 280 –

Ohne Relevanz ist es aufgrund von Schutzzweckerwägungen, dass es sich um eine vom Vertrag losgelöste einseitige Erklärung des Betroffenen handelt.¹⁵¹² Es ist daher ausreichend, wenn der Verwender einseitige Erklärungen, wie hier die Einwilligung, inhaltlich vorgibt.¹⁵¹³

520

bb. Zusammenhang mit vertraglicher Beziehung notwendig?

Notwendig aber hinreichend war nach älterer Rechtsprechung ein Zusammenhang der Einwilligung mit einer vertraglichen Beziehung zum Verwender.¹⁵¹⁴ Nach Erwägungsgrund 42 S. 3 der DS-GVO soll allerdings gemäß der Klausel-RL eine vom Verantwortlichen vorformulierte Einwilligungserklärung in verständlicher und leicht zugänglicher Form sowie in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung gestellt werden und sie darf keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten.¹⁵¹⁵ Nach dem Willen des Unionsgesetzgebers muss damit jede Einwilligungserklärung anhand der Klausel-RL überprüft werden können, ohne dass notwendigerweise eine Konnexität mit vertraglichen oder sonstigen Sonderbeziehungen bestehen muss.¹⁵¹⁶ Diese Einschränkung der Rechtsprechung hat daher jedenfalls im Anwendungsbereich der DS-GVO keinen Bestand mehr.¹⁵¹⁷

521

HappyDigits; *Roloff/Looschelders*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 6; *Bender*, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, 2021, S. 156; *Moos*, in: DSRITB 2013, S. 235, 238; vgl. ausführlich *Wahl*, WRP 2010, 599, 601; *Leuschner*, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, 2021, § 305 BGB Rn. 10; *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 698: „Die datenschutzrechtliche Einwilligung hat den gleichen Geburtsfehler wie das Einverständnis im AGB-Massenvertrag.“; **a. A.** *Bruns/Luhn*, in: DSRITB 2013, S. 859, 866, welche jedoch gleichwohl das AGB-Recht anwenden wollen.

¹⁵¹² BGH WRP 2009, 56, 58 – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen "Opt-out"-Erklärung; BGH WRP 1999, 660, 660 – Einverständnis mit Telefonwerbung; BGH WRP 2013, 767 Rn. 19 – Einwilligung in Werbeanrufe II; *Mankowski*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 142; OLG München CR 2007, 179, 179; *Roloff/Looschelders*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 6; *Redeker*, ITRB 2018, 96, 97; *Wahl*, WRP 2010, 599, 601; *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 422; *Vander*, in: DSRITB 2011, S. 511, 521; *Leuschner*, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, 2021, § 305 BGB Rn. 2; *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 114; *Bruns/Luhn*, in: DSRITB 2013, S. 859, 866 f.; **a. A.** KG NJW 2011, 466, 466 – Rügefrist für Mängel in Online-AGB; zur Einordnung dieser Entscheidung des KG *Vander*, in: DSRITB 2011, S. 511, 522 f.

¹⁵¹³ *Leuschner*, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, 2021, § 305 BGB Rn. 9 f.

¹⁵¹⁴ BGH WRP 1999, 660, 660 – Einverständnis in Telefonwerbung; ähnlich BGH WRP 2000, 722, 723 – Telefonwerbung VI; BGH WRP 2013, 767 Rn. 20 – Einwilligung in Werbeanrufe II; zur Literatur *Buchner*, in: Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof, Einführung in das Datenschutzrecht, 7. Aufl. 2020, Kap. 4 Rn. 27; *Vander*, in: DSRITB 2011, S. 511, 521; *Hinzpeter*, in: Moos, Datenschutz- und Datennutzungsverträge, 2. Aufl. 2018, § 38 Rn. 13 (anders aber nun *Hinzpeter*, in: Moos, Datenschutz und Datennutzung, 3. Aufl. 2021, Rn. 44.12); *Basedow*, in: MüKoBGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 305 BGB Rn. 9.

¹⁵¹⁵ Das deutet offensichtlich darauf hin, dass es sich um AGB handelt, vgl. *Diinkel*, DuD 2019, 483, 486; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 3 Rn. 42; *Jotzo*, ZfPW 22 (2017), 225, 252; *Leibold/Kamm*, ZD-Aktuell 2021, Heft 13/2021, 1.

¹⁵¹⁶ *Brinkmann*, in: BeckOGK, Stand: 15.3.2021, § 307 BGB Datenschutzklausel Rn. 32; *Stürmer*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 16 Rn. 73; *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 184; **a. A.** *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 422.

¹⁵¹⁷ *Brinkmann*, in: BeckOGK, Stand: 15.3.2021, § 307 BGB Datenschutzklausel Rn. 32; *Rohwedder*, in: Moos, Datenschutz und Datennutzung, 3. Aufl. 2021, Rn. 45.22; *Stürmer*, Europäisches Vertragsrecht, 2021,

cc. Konkurrenzen zu „gesetzlichen Erlaubnistatbeständen“

(1) Ausschließlich „gesetzlicher Erlaubnistatbestand“ einschlägig

522 Wird die Datenverarbeitung nicht auf eine Einwilligung, sondern allein auf andere „gesetzliche“ Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO gestützt, liegen selbstredend keine AGB vor.¹⁵¹⁸ Insoweit kommt jedoch eine Überprüfbarkeit der nach Art. 13 DS-GVO zu erteilenden Datenschutzhinweise in Betracht.¹⁵¹⁹

(2) Mehrere einschlägige Erlaubnistatbestände

523 Zu trennen davon ist die Frage, ob eine eingeholte Einwilligung überprüft werden kann, obwohl anderweitig ein Erlaubnistatbestand einschlägig ist.¹⁵²⁰ Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO für den Verantwortlichen zu risikobehaftet ist und dieser daher zur Sicherheit eine Einwilligung vom Betroffenen einholt.¹⁵²¹ Eine regelnde Wirkung ist auch in diesen Fällen anzunehmen, wenn die Einwilligung weiter reicht, als der gesetzliche Erlaubnistatbestand.¹⁵²² Das betrifft das Erforderlichkeitspostulat und die eventuell notwendige Interessenabwägung (z. B. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO) der gesetzlichen Erlaubnistatbestände. Lässt die Einwilligung Verarbeitungsvorgänge ausnahmslos zu, die ohne Einwilligung an der Erforderlichkeit bzw. einer Interessenabwägung auch nur theoretisch scheitern könnten, liegt in jedem Fall eine Regelung und damit eine Vertragsbedingung vor.¹⁵²³

524 Nur in sonstigen Fällen, bei einem absoluten Gleichlauf von Einwilligung und gesetzlichem Erlaubnistatbestand, könnte an der regelnden Wirkung zu zweifeln sein. Ausreichend ist jedoch, dass nach dem objektiven Empfängerhorizont die Einwilligungserklärung den Eindruck hervorruft, Regelungen treffen zu wollen.¹⁵²⁴ Das wird bei Einwilligungen anzunehmen sein, da diese gerade seitens des Verantwortlichen auf eine Regelung gerichtet sind und auch so vom Vertragspartner aufgefasst werden. Daneben ließe sich ebenfalls wieder Erwägungsgrund 42 S. 3 der DS-GVO für eine

§ 16 Rn. 73.

¹⁵¹⁸ *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 272, 272.

¹⁵¹⁹ → Rn. 526 f.

¹⁵²⁰ Unklar *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 272, 272.

¹⁵²¹ Teilweise wird angenommen, dass eine Einwilligung nur dann eingeholt werden kann, wenn kein „gesetzlicher Erlaubnistatbestand“ einschlägig ist und damit auch tatsächlich freiwillig und transparent erfolgt, so etwa *DSK*, Kurzpapier Nr. 20 – Einwilligung nach der DS-GVO, Stand: 22.2.19, S. 3; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DS-GVO Rn. 23; *a.A. Veil*, NJW 2018, 3337, 3341 f.

¹⁵²² BGH CR 1985, 83, 84 – Schufa-Klausel.

¹⁵²³ Vgl. BGH CR 1985, 83, 84 – Schufa-Klausel allein

hinsichtlich der Interessenabwägung, dessen Erwägungen jedoch auch auf die Erforderlichkeit einer Datenverarbeitung übertragen lassen.

¹⁵²⁴ BGH NJW 2014, 2269 Rn. 24 – Nothilfeprogramm; KG GRUR-RS 2018, 38941 Rn. 16 – Unzulässige Datenschutrichtlinie einer Internetverkaufsplattform; KG CR 2019, 308, 309; LG Karlsruhe BeckRS 2021, 27930 Rn. 30 – Unterlassung der Verwendung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen; *Nietsch*, CR 2014, 272, 274; *Pfeiffer*, in: Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 7; *Roloff/Looschelders*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 3; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 1 UKlaG Rn. 2.

umfassende Kontrollmöglichkeit ins Feld führen, der keine derartige Differenzierung vorsieht.¹⁵²⁵ Das führt freilich zu dem vielleicht kurios anmutenden Ergebnis, dass Einwilligungserklärungen überprüfbar sind, auch wenn die Verarbeitung von ihr unabhängig kraft eines gesetzlichen Erlaubnistatbestands zulässig ist. Praktisch ist es jedoch sinnvoll, den Anschein einer rechtmäßigen Verarbeitung aufgrund einer AGB-rechtswidrigen Einwilligung zu beseitigen, denn die gesetzlichen Erlaubnistatbestände unterliegen anderen Anforderungen als eine Einwilligung.

Von daher kommt es nicht darauf an, ob bzw. inwieweit sich der Verantwortliche neben der Einwilligung auf sonstige Erlaubnistatbestände stützen kann. Eine formularmäßige Einwilligung ist daher stets als Vertragsbedingung i. S. d. AGB-Rechts einer Kontrolle zugänglich.

525

d. Datenschutzhinweise

Schwieriger gestaltet sich die Frage der Überprüfbarkeit von reinen Datenschutzhinweisen nach Art. 13 DS-GVO.¹⁵²⁶ Problematisch ist – wie auch bei der Einwilligung – das Merkmal der Vertragsbedingungen nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, denn es handelt sich letztlich nur um die Erteilung einer Pflichtinformation ohne Rechtsbindungswillen, welcher der Verantwortliche nachkommen möchte („informativische Klausel“; „Wissenserklärung“).¹⁵²⁷ Ob eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig ist, hängt indes nicht von den Datenschutzhinweisen ab.¹⁵²⁸ Dementsprechend können diese – wenn kein Regelungswille erkennbar ist – nicht als Vertragsbedingung angesehen werden.¹⁵²⁹ Auffällig ist, dass die Rechtsprechung gleichwohl auch reinen Datenschutzhinweisen – also letztlich bloßen Hinweisen – AGB-Charakter zuspricht.¹⁵³⁰ Ob ein Schutz des Rechtsverkehrs vor Hinweisen durch das AGB-Recht

526

¹⁵²⁵ *Brinkmann*, in: BeckOGK, Stand: 15.3.2021, § 307 BGB Datenschutzklausel Rn. 33.

¹⁵²⁶ *Dünkel*, DuD 2019, 483, 486.

¹⁵²⁷ *Dünkel*, DuD 2019, 483, 486; *Hunzinger*, in: Schuster/Grützmacher, IT-Recht, 2020, § 305 BGB Rn. 10; *Schulz*, ZD 2014, 510, 511; *Wintermeier*, ZD 2013, 21, 23; v. *Lewinski*, DuD 2002, 395, 397; *Leibold/Kamm*, ZD-Aktuell 2021, Heft 13/2021, 1; *Moos*, in: DSRITB 2013, S. 235, 238; *Taeger/Kremer*, Recht im E-Commerce und Internet, 2. Aufl. 2021, Kap. 9 Rn. 36; vgl. zur bloßen Mitteilung von Tatsachen und Hinweisen auf die Rechtslage BGH CR 1985, 83, 84 – Schufa-Klausel.

¹⁵²⁸ KG CR 2019, 308 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutrichtlinie“, 309; *Hunzinger*, in: Schuster/Grützmacher, IT-Recht, 2020, § 305 BGB Rn. 10; *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 422; *Nietsch*, CR 2014, 272, 273; *Schulz*, ZD 2014, 510, 511; *Leibold/Kamm*, ZD-Aktuell 2021, Heft 13/2021, 1; *Moos*, in: DSRITB 2013, S. 235, 238; *Taeger/Kremer*, Recht im E-Commerce und Internet, 2. Aufl. 2021, Kap. 9

Rn. 36.

¹⁵²⁹ LG Berlin CR 2018, 256, 259 – Kontovoreinstellung und AGB-Kontrolle bei Facebook; OLG Hamburg GRUR-RR 2015, 361 Rn. 51 – eBook-AGB; *Hunzinger*, in: Schuster/Grützmacher, IT-Recht, 2020, § 305 BGB Rn. 10; *Nietsch*, CR 2014, 272, 274 f.; *Wendehorst/Graf v. Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3748; *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 422; *Stürmer*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 16 Rn. 72; *Bender*, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, 2021, S. 157; *Meyer*, in: DSRITB 2012, S. 643, 648; *Moos*, in: DSRITB 2013, S. 235, 238; vgl. allgemein zum fehlenden Regelungscharakter *Roloff/Looschelders*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 305 BGB Rn. 3.

¹⁵³⁰ Vgl. hierzu *Maisch*, jurisPR-ITR 13/2013 Anm. 2; *Kümmel*, ITRB 2013, 130; vgl. auch BGH NJW 1996, 2574, 2575.

tatsächlich erforderlich ist, darf bezweifelt werden und ist im Ergebnis abzulehnen.¹⁵³¹ In solchen Konstellationen kommen deshalb sinnvollerweise § 3a UWG i. V. m. Art. 13 f. DS-GVO, das Irreführungsverbot oder § 3 Abs. 2 UWG in Betracht.

527 Nachdem es ausreichend ist, dass nach objektivem Empfängerhorizont eine Regelung vorliegt,¹⁵³² kann die rechtlich notwendige Erteilung von Informationen in bestimmten Fällen aber trotzdem auch als Regelung über die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung aufgefasst werden.¹⁵³³ Muss unnötigerweise „Datenschutzerklärungen“, „Datenschutzbedingungen“, „Datenschutz-Vereinbarungen“ oder „Datenschutzhinweisen“ zugestimmt werden, kann objektiv der Eindruck entstehen, dass hieraus die Zulässigkeit der Verarbeitung folgt.¹⁵³⁴ Gleiches ist anzunehmen, wenn die Pflichtinformationen innerhalb der AGB erteilt werden¹⁵³⁵ oder Formulierungen Rechte des Verwenders suggerieren¹⁵³⁶. In diesen Fällen ist ohne Weiteres die Möglichkeit einer Klauselkontrolle eröffnet, auch wenn der Verantwortliche nur seiner Informationspflicht nachkommen möchte.

528 Verantwortliche müssen hier entsprechend Vorsicht walten lassen, soll eine Überprüfung von Datenschutzhinweisen anhand des AGB-Rechts vermieden werden. Zusammenfassend lassen sich mehrere Weichenstellungen identifizieren: Vermieden werden sollte eine Einbettung der Hinweise in AGB oder eine Bestätigung des Betroffenen, dass die Datenschutzhinweise gelesen oder sonst zur Kenntnis genommen wurden. Art. 13 DS-GVO verlangt insoweit nur die Bereitstellung der Informationen. Daneben empfiehlt es sich – wie im Rahmen dieser Arbeit herausgearbeitet –

¹⁵³¹ Schulz, ZD 2014, 510, 511; Wendehorst/Graf v. Westphalen, NJW 2016, 3745, 3748; Spittka, GRUR-Prax 2019, 272, 272; Hacker, Datenprivatrecht, 2020, S. 422; Leibold/Kamm, ZD-Aktuell 2021, Heft 13/2021, 1; Moos, in: DSRITB 2013, S. 235, 238.

¹⁵³² → Rn. 524.

¹⁵³³ Spittka, GRUR-Prax 2019, 272, 272; Diinkel, DuD 2019, 483, 486; Hacker, ZfPW 2019, 148, 184; Hacker, Datenprivatrecht, 2020, S. 422; Taeger/Kremer, Recht im E-Commerce und Internet, 2. Aufl. 2021, Kap. 9 Rn. 37; vgl. McColgan, AcP 221 (2021), 695, 704.

¹⁵³⁴ LG Berlin GRUR-RR 2013, 406, 407 – Apple Datenschutzhinweise; KG CR 2019, 308, 309 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzhinweise“; LG Berlin MMR 2014, 563 – Überprüfbarkeit von Google-Nutzungsbedingungen, 564; KG GRUR-RS 2018, 38941 Rn. 17 – Unzulässige Datenschutzhinweise einer Internetverkaufsplattform; Spittka, GRUR-Prax 2019, 272, 272; Lapp/Salamon, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 3.12.2021, § 305 BGB Rn. 19; Hacker, ZfPW 2019, 148, 184; Shindova/Schneider, DSB 2019, 84, 85; Herbrich/Buchartowski, DSB 2019, 163, 164; Taeger/Kremer, Recht im E-Commerce und Inter-

net, 2. Aufl. 2021, Kap. 9 Rn. 37; zurückhaltend Leibold/Kamm, ZD-Aktuell 2021, Heft 13/2021, 1; einschränkend auch das KG ZD 2020, 310 Rn. 40 – Unangemessene Benachteiligung von als Datenschutzerklärung bezeichneten AGB, das in der Bestätigung die Erklärung gelesen zu haben, eine Billigung des Vertragsgegners erblickt. Zu denken ist ebenfalls an einen Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB, vgl. Hötzel, DSB 2020, 316, 318.

¹⁵³⁵ BGH WRP 2009, 56, 58 – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen „Opt-out“-Erklärung; Meyer, in: DSRITB 2012, S. 643, 647; a. A. Leibold/Kamm, ZD-Aktuell 2021, Heft 13/2021, 1, die trennen möchten.

¹⁵³⁶ KG ZD 2020, 310 Rn. 39, 41 – Unangemessene Benachteiligung von als Datenschutzerklärung bezeichneten AGB; LG Berlin CR 2018, 256, 259 – Kontovoreinstellungen und AGB-Kontrolle bei Facebook; Nietsch, CR 2014, 272, 275 f.; Hunzinger, in: Schuster/Grützmaier, IT-Recht, 2020, § 305 BGB Rn. 10; Lapp/Salamon, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 3.12.2021, § 305 BGB Rn. 19.

die Pflichtinformationen als Datenschutzhinweise zu bezeichnen, um den objektiven Anschein einer Vertragsbedingung zu vermeiden. Inhaltlich sollten sich die Datenschutzhinweise auf das Pflichtprogramm beschränken und keine rechtlichen Befugnisse des Verantwortlichen suggerieren.

e. AGB-rechtliche Grenzen von Datenschutzklauseln

aa. Einbeziehungskontrolle

Datenschutzklauseln müssen zunächst einbezogen werden. § 305 Abs. 2 BGB regelt hierzu die Hinweis- und Kenntnisnahmemodalitäten sowie die Einverständnisnotwendigkeit. Hierbei stellen sich letztlich keine datenschutzspezifischen Fragestellungen. In diesem Kontext kommen jedoch Verstöße gegen § 3a UWG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 und 7 DS-GVO in Betracht.

529

Die Diskussionen drehen sich demgegenüber meist um die Nichteinbeziehung überraschender Klauseln. Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in AGB, die nach den Umständen so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Hierdurch wird bezweckt, den Vertragspartner, der typischerweise das Vertragswerk nicht oder nur teilweise zur Kenntnis nimmt, vor Überrumpelungen zu schützen.¹⁵³⁷ In diesem Kontext ist auch § 305c Abs. 2 BGB von Bedeutung, der die Gefahr von Zweifeln bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen dem Verwender auferlegt.¹⁵³⁸

530

Besonders im Datenschutzbereich werden häufig Formulierungen in Einwilligungen und Datenschutzerklärungen gewählt, um die genaue Reichweite der Verarbeitungstätigkeit zu verschleiern bzw. sich einen möglichst großen Spielraum zu verschaffen. Bei größeren Anbietern mit mehreren Diensten beziehen sich die Angaben über Verarbeitungstätigkeit bisweilen ohne Differenzierung auf sämtliche Dienste. Unter Zugrundelegung des § 305c Abs. 2 BGB dürften daher zahlreiche Klauseln bereits aufgrund ihrer Pauschalität und der hieraus resultierenden zahlreichen Deutungsmöglichkeiten nicht in den Vertrag einbezogen werden.¹⁵³⁹

531

bb. Inhaltskontrolle

In der Rechtsprechung ist die Tendenz erkennbar, die Angemessenheit von Datenschutzklauseln anhand des Transparenzgebots (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) und der Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zu prüfen, wobei dort implizit genuin datenschutzrechtliche Maßstäbe angelegt werden.¹⁵⁴⁰

532

¹⁵³⁷ H. Schmidt, in: BeckOK BGB, 59. Ed. Stand: 1.8.2021, § 305c BGB Rn. 2, 12.

¹⁵³⁸ Borin, in: BeckOGK, Stand: 1.6.2021, § 305c BGB Rn. 24; Becker, JZ 2017, 170, 173; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 165.

¹⁵³⁹ Becker, JZ 2017, 170, 173; zur Einbeziehung der Facebook-AGB Graf v. Westphalen, VuR 2017, 323; Rad-

lanski, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, 2016, S. 112; a. A. Hacker, Datenprivatrecht, 2020, S. 424 f., welcher einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 DS-GVO annimmt.

¹⁵⁴⁰ Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 1 UKlaG Rn. 3;

(1) Kontrollfähigkeit (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB)

- 533** Die Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1 und 2, 308 f. BGB ist nach Maßgabe von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB grundsätzlich nur für Bestimmungen in AGB möglich, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Ausschlussgrund ist unmittelbar einleuchtend, denn es handelt sich in diesen Fällen nur um rein deklaratorische Klauseln.¹⁵⁴¹
- 534** Der BGH hat in mehreren Entscheidungen die Meinung vertreten, dass eine über die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Einwilligungserklärungen hinausgehende, inhaltliche Prüfung nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen sei.¹⁵⁴² Der zugrunde liegende Gedanke ist dabei, dass bei Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen keine Abweichung oder Ergänzung nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB vorliegen soll.¹⁵⁴³ Eine Einwilligung legitimiert aber die von ihr umfassten Verarbeitungsvorgänge und wirkt deshalb aufgrund des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ nicht lediglich deklaratorisch.¹⁵⁴⁴ Nachdem Einwilligungen rechtsgestaltend wirken, ist deshalb nach zutreffender Auffassung eine umfassende Kontrollfähigkeit anzunehmen.¹⁵⁴⁵
- 535** Spätestens seit der DS-GVO ist diese Problematik ohnehin entschärft, da deren Erwägungsgrund 42 S. 3 auf die Klausel-RL verweist, wonach vorformulierte Einwilligungserklärungen „keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten“ sollen. Nachdem die DS-GVO selbst keine Maßstäbe für eine Missbrauchskontrolle bereithält, hat eine inhaltliche Prüfung einer vorformulierten Einwilligung nach der Klausel-RL zu erfolgen.¹⁵⁴⁶ Es ist daher nicht davon auszugehen, dass eine nach Art. 6 ff. DS-GVO formell wirksame Einwilligung nicht auch inhaltlich missbräuchlich sein kann.¹⁵⁴⁷

vgl. zur Einwilligung *Schneider*, in: *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Teil A Rn. 984.

¹⁵⁴¹ Vgl. *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB, 18. Aufl. 2021, § 307 BGB Rn. 14.

¹⁵⁴² BGH WRP 2009, 56, 57 – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen „Opt-out“-Erklärung; BGH WRP 2010, 278, 280 – HappyDigits; vgl. *Bender*, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, 2021, S. 160; *Moos*, in: *DSRITB* 2013, S. 235, 238.

¹⁵⁴³ *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 186; kritisch *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 697: „Was auf den ersten Blick widersprüchlich erscheint – ist es auch.“

¹⁵⁴⁴ *Tamm*, in: *Tamm/Tonner/Brönneke*, Verbraucherrecht, 3. Aufl. 2020, § 11 Rn. 216.

¹⁵⁴⁵ *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 186; *Klement*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmann*, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DS-GVO Rn. 81; *Nord/Manzel*, NJW 2010, 3756, 3756 f.; *Hanloser*, MMR 2010, 140, 141;

Tamm, in: *Tamm/Tonner/Brönneke*, Verbraucherrecht, 3. Aufl. 2020, § 11 Rn. 216.

¹⁵⁴⁶ *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 186; *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 420 ff.; *Wendehorst/Graf v. Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3748; *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 162; *Klement*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmann*, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DS-GVO Rn. 80; *Bender*, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, 2021, S. 162; *Lüttringhaus*, in: *Gebauer/Wiedmann*, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 30 Rn. 42; vgl. *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 701 ff.; *a. A. v. Lewinski/Herrmann*, PinG 2017, 165, 172; *Korch*, ZeuP 2021, 792, 812 f.

¹⁵⁴⁷ *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 730; vgl. *Lüttringhaus*, in: *Gebauer/Wiedmann*, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 30 Rn. 42.

Lediglich hinsichtlich des „Hauptgegenstands“ des Vertrags erfolgt nach Art. 4 Abs. 2 der Klausel-RL keine Kontrolle.¹⁵⁴⁸ Wird eine Gegenleistung gegen Zahlung eines Entgelts sowie zusätzlich mit der Überlassung personenbezogener Daten „bezahlt“ (als Rabatt oder zusätzlich „data on top“), liegen insoweit überprüfbare Preisnebenabreden vor.¹⁵⁴⁹ Gleiches gilt hinsichtlich Nebenleistungspflichten.¹⁵⁵⁰ Teilweise wird für Dienste, die ausschließlich mit Daten „bezahlt“ werden, eine teleologische Reduktion des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB erwogen.¹⁵⁵¹ Die teleologische Reduktion bei „Daten als Gegenleistung“ wird damit begründet, dass der Sinn des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB in diesem Fall nicht greife: Die effizienteste Preisfindung findet zwar grundsätzlich am Markt statt, das gelte aber letztlich nur bei einer (finiten) monetären Gegenleistung.¹⁵⁵² 536

Es ist noch nicht absehbar, ob sich aufgrund der bestehenden Möglichkeit einer Prüfung nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ein praktisches Bedürfnis nach der inhaltlichen Überprüfbarkeit der Datengegenleistung ergeben wird und welche Anwendungsfälle hierfür in Betracht kommen.¹⁵⁵³ 537

(2) Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)

Von besonderer Bedeutung für Datenschutzklauseln erweist sich das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.¹⁵⁵⁴ Hiernach kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass Bestimmungen nicht klar und verständlich sind. Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sind für den Verwender „die Rechte und Pflichten 538

¹⁵⁴⁸ *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 187; *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 431 f.; *Bender*, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, 2021, S. 159.

¹⁵⁴⁹ *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 187 unter Verweis auf EuGH EuZW 2014, 506 Rn. 56 – Kasler ua/OTP Jelzalogbank Zrt; EuGH EuZW 2012, 786 Rn. 23 – Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt; BGH NJW 2003, 507, 508 – Kerosinzuschlag I; BGH NJW 2009, 2662 Rn. 18; *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 435; *Bender*, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, 2021, S. 158 f.; vgl. auch *Wendehorst/Graf v. Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3748 f.

¹⁵⁵⁰ *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 188.

¹⁵⁵¹ *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 188; *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 435 ff.

¹⁵⁵² *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 188; *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 437 ff.

¹⁵⁵³ Vgl. *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 188; *Helberger/Borgesi/Reyna*, CMLR 54 (2017), 1427, 1449 ff.; kritisch hierzu *Korch*, ZeuP 2021, 792, 807 ff.

¹⁵⁵⁴ *Düinkel*, DuD 2019, 483, 484; *Radlanski*, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, 2016, S. 112; *Bender*, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, 2021, S. 160; **a. A.** *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 728, welcher direkt die DS-GVO heranziehen möchte, da Erwägungsgrund 42 nur auf die Missbrauchskontrolle (Art. 4 f. Klausel-RL) und nicht auf die Verständlichkeit (Art. 5 Klausel-RL) verweise.

seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen⁴¹⁵⁵⁵. Mit anderen Worten „muss klar sein, was auf ihn zukommt“⁴¹⁵⁵⁶. Eine Besonderheit des Transparenzgebots ist es, dass ausweislich § 307 Abs. 3 S. 2 BGB die Norm auch auf ansonsten kontrollfreie Bestimmungen anwendbar ist.¹⁵⁵⁷

(a) Anlehnung an datenschutzrechtliche Maßstäbe

539 In diesem Rahmen haben sich einige Fallgruppen herausgebildet, die starke Parallelen zur Prüfung der Merkmale „für den bestimmten Fall“ und „in informierter Weise“ nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO aufweisen.¹⁵⁵⁸ Transparenzanforderungen stellt die DS-GVO daneben in Art. 7 Abs. 2 DS-GVO: Erfolgt hiernach die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Die Rechtsprechung¹⁵⁵⁹ hat bisweilen diese genuin datenschutzrechtlichen Anforderungen nicht am Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) gemessen, sondern anhand des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.¹⁵⁶⁰ Im Falle einer Einwilligung nach § 7 UWG, die auf die datenschutzrechtlichen Vorgaben verweist, wurde demgegenüber widersprüchlicherweise auf das Transparenzgebot zurückgegriffen.¹⁵⁶¹ Die Anforderungen sollen deshalb der Einheitlichkeit geschuldet bereits im Rahmen des Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB dargestellt werden. Ein Unterschied ergibt sich freilich nur beim „Aufhänger“, denn die datenschutzrechtlichen Vorgaben sind jeweils der Richtwert. Insoweit müssen dann aber auch folgerichtig die Anforderungen des Art. 80 DS-GVO im Rahmen einer Verbandsklage beachtet werden.¹⁵⁶²

(b) Zulässigkeit der Erteilung von Einwilligungen in AGB

540 Die Erteilung von Einwilligungen innerhalb von AGB ist nicht ausgeschlossen, wie Art. 7 Abs. 2 DS-GVO zeigt.¹⁵⁶³ Ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann jedoch

¹⁵⁵⁵ BGH WRP 2017, 700 Rn. 23 – Einwilligung in E-Mail-Werbung; BGH NJW-RR 2015, 618 Rn. 22; BGH NJW 1998, 3114, 3116; OLG Köln BeckRS 2021, 41100 Rn. 26; LG Karlsruhe BeckRS 2021, 27930 Rn. 46 – Unterlassung der Verwendung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Radlanski, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, 2016, S. 112; Meyer, in: DSRITB 2012, S. 643, 649.

¹⁵⁵⁶ LG München I CR 2019, 311, 313 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzrichtlinie“; ebenso LG Karlsruhe BeckRS 2021, 27930 Rn. 46 – Unterlassung der Verwendung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen; OLG Köln BeckRS 2021, 41100 Rn. 26.

¹⁵⁵⁷ BGH WRP 2017, 700 Rn. 22 – Einwilligung in E-Mail-Werbung; Redeker, ITRB 2018, 96, 97.

¹⁵⁵⁸ Hacker, ZfPW 2019, 148, 184; Hacker, Datenprivatrecht, 2020, S. 427; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 166.

¹⁵⁵⁹ BGH WRP 2009, 56, 57 – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen „Opt-out“-Erklärung.

¹⁵⁶⁰ Redeker, ITRB 2018, 96, 97: „schwer nachzuvollziehen“.

¹⁵⁶¹ BGH WRP 2017, 700 Rn. 23 ff. – Einwilligung in E-Mail-Werbung.

¹⁵⁶² → Rn. 513.

¹⁵⁶³ Brinkmann, in: BeckOGK, Stand: 15.3.2021, § 307 BGB Datenschutzklausel Rn. 59; Rohwedder, in: Moos, Datenschutz und Datennutzung, 3. Aufl. 2021, Rn. 45.5; Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 307 Rn. 103;

angenommen werden, wenn eine Einwilligung in AGB versteckt wird, freilich unter dem Vorbehalt, dass eine Einbeziehung nicht bereits nach Art. 305c Abs. 1 BGB scheitert.¹⁵⁶⁴

(c) Intransparenz der Klausel

(aa) Umfang

Auch unzumutbar lange Einwilligungen oder die Nutzung mehrerer Klauselwerke können eine Intransparenz begründen.¹⁵⁶⁵ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klauseln im Internet abrufbar sind, denn hierdurch nimmt sich der Vertragsgegner bei realitätsnaher Betrachtung nicht automatisch mehr Zeit zum Durchlesen, denn auch Zeit und Aufmerksamkeit ist eine begrenzte Ressource.¹⁵⁶⁶ Welche Ausmaße Datenschutzklauseln annehmen, zeigte eine Untersuchung von sozialen Netzwerken. Bei einigen Netzwerken betrug die Lesezeit weit über eine Stunde.¹⁵⁶⁷ *Gerpott/Mikolas* haben ferner jüngst die Datenschutzerklärung großer Internethändler in Deutschland auf ihre Lesbarkeit hin überprüft.¹⁵⁶⁸ Sie konnten dabei feststellen, dass einzelne Händler Datenschutzerklärungen mit einem Umfang von über 1000 Sätzen mit weit über 10.000 Wörtern verwendeten.¹⁵⁶⁹ Erschwerend kommt hinzu, dass sie häufig nur schwer verständlich formuliert sind.¹⁵⁷⁰

541

(bb) Fremdsprachigkeit

Intransparent sind auch fremdsprachige Klauselwerke, die auf den deutschen Markt zielen.¹⁵⁷¹ Selbst deutschsprachige Klauselwerke sind intransparent, wenn bei Konflikten verschiedener Sprachfassungen der englischen Sprachfassung der Vorrang eingeräumt wird, denn dann ist zusätzlich ein Abgleich mit einer fremden Sprache

542

Kulka, in: Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 11. Aufl. 2021, § 3 Rn. 297; *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 414; a. A. noch BGH WRP 2000, 722, 723 – Telefonwerbung VI; *Schröder*, Datenschutzrecht für die Praxis, 4. Aufl. 2021, S. 167; widersprüchlich *Büscher*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 143 einerseits und 155 andererseits; kritisch zu diesem Totalverbot *Wahl*, WRP 2010, 599, 602 f.

¹⁵⁶⁴ LG Bonn CR 2007, 237, 237 – Unwirksame formularmäßige Einwilligung in Werbeanrufe; OLG Hamm CR 2006, 750, 751 – Keine vorformulierte Kundeneinwilligung in künftige Telefonanrufe; LG München I CR 2019, 311, 313 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzrichtlinie“; *Wahl*, WRP 2010, 599, 602.

¹⁵⁶⁵ *Brinkmann*, in: BeckOGK, Stand: 15.3.2021, § 307 BGB Datenschutzklausel Rn. 59; ähnlich *Graf v. Westphalen*, VuR 2017, 323, 326 und *Mäsch*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, Vorbemerkungen zu § 305 BGB Rn. 154, welche bereits die Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB verneint.

¹⁵⁶⁶ *Mäsch*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, Vorbemerkungen zu § 305 BGB Rn. 154; *Ernst*, EWIR 2020, 273, 274; a. A. OLG Köln GRUR-RR 2020, 391 Rn. 39.

¹⁵⁶⁷ *Weiß*, Datenschutz-Richtlinien bei sozialen Netzwerken: Bis zu 104 Minuten Lesedauer, heise online v. 1.12.2020.

¹⁵⁶⁸ *Gerpott/Mikolas*, MMR 2021, 936.

¹⁵⁶⁹ *Gerpott/Mikolas*, MMR 2021, 936, 939.

¹⁵⁷⁰ *Gerpott/Mikolas*, MMR 2021, 936, 939.

¹⁵⁷¹ KG GRUR-RS 2016, 08850 Rn. 18 – Unwirksamkeit fremdsprachiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen; KG CR 2016, 602, 603 – Notwendigkeit deutschsprachiger WhatsApp-AGB; *Graf v. Westphalen*, VuR 2017, 323, 325; *Wiebe/Helmschrot*, Untersuchung der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) durch Online-Dienste, Stand: 30.9.2019, S. 30.

notwendig.¹⁵⁷² Der Vertragsgegner erkennt in diesem Fall nicht, wann welche Klausel zur Anwendung gelangt.¹⁵⁷³

(cc) Inhaltliche Unbestimmtheit

- 543** Einwilligungen in die Datenweitergabe zu Werbezwecken durch Dritte setzen zudem voraus, dass der Betroffene weiß, an wen welche Daten übertragen werden.¹⁵⁷⁴ Umschreibungen der Empfänger als „Partner“, „Sponsoren“ oder „Kooperationspartner“ sind zu unbestimmt.¹⁵⁷⁵ Es muss jedenfalls im Falle der E-Mail-Werbung auch klar sein, welche Waren oder Dienstleistungen durch die Dritten beworben werden.¹⁵⁷⁶ Pauschale Einwilligungen oder Blankoeinwilligungen in die Datenweitergabe genügen in keinem Fall.¹⁵⁷⁷ Hieran würde sich auch nichts ändern, selbst wenn der Durchschnittsverbraucher erkennt, dass er gerade eine solche weitreichende Einwilligung erteilt.¹⁵⁷⁸ Ist der Kreis der Werbenden nicht überschaubar, handelt es sich um eine solche Pauschaleinwilligung, wenn nicht bereits nach § 305c Abs. 1 BGB eine Einbeziehung scheitert.¹⁵⁷⁹

(dd) Eine Einwilligung pro Werbekanal?

- 544** Ob eine separate Einwilligung pro Werbekanal erforderlich ist, wird vom BGH verneint.¹⁵⁸⁰ Es erscheint zweifelhaft, ob das unter der DS-GVO so aufrecht erhalten werden kann. Zum einen sieht Erwägungsgrund 43 S. 2 der DS-GVO vor, dass eine Einwilligung nicht als freiwillig erteilt gilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist (sog. Granularität der Einwilligung).¹⁵⁸¹ Zum anderen bestehen

¹⁵⁷² Ähnlich *Graf v. Westphalen*, VuR 2017, 323, 325 f., welcher bereits eine Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB scheitern lässt.

¹⁵⁷³ *Graf v. Westphalen*, VuR 2017, 323, 325 f.

¹⁵⁷⁴ LG München I CR 2019, 311, 313 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzrichtlinie“; *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 185; *Büscher*, in: *Büscher, UWG*, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 166; *Ertel*, in: *Schläger/Thode, Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit*, 2. Aufl. 2022, Teil D Rn. 64.

¹⁵⁷⁵ *Vander*, in: *DSRITB* 2011, S. 511, 514.

¹⁵⁷⁶ BGH WRP 2017, 700 Rn. 25 – Einwilligung in E-Mail-Werbung; vgl. OLG Hamburg WRP 2009, 1282, 1285 – Telefonische Angebote aus dem Abonnementbereich; *Rohwedder*, in: *Moos, Datenschutz und Datennutzung*, 3. Aufl. 2021, Rn. 45.11; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 394; *Büscher*, in: *Büscher, UWG*, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 167; *Ertel*, in: *Schläger/Thode, Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit*, 2. Aufl. 2022, Teil D Rn. 65.

¹⁵⁷⁷ LG München I CR 2019, 311, 313 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzrichtlinie“; vgl. *Rohwedder*, in: *Moos, Datenschutz und Datennutzung*, 3. Aufl. 2021, Rn. 45.11; *Vander*, in: *DSRITB*

2011, S. 511, 525.

¹⁵⁷⁸ *Vander*, in: *DSRITB* 2011, S. 511, 525.

¹⁵⁷⁹ BGH WRP 2017, 700 Rn. 26 – Einwilligung in E-Mail-Werbung; *Wurmnest*, in: *MüKoBGB*, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB Rn. 71; *Härtling*, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 185; LG München I CR 2019, 311 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzrichtlinie“; 312; *Büscher*, in: *Büscher, UWG*, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 168.

¹⁵⁸⁰ BGH WRP 2018, 442 Rn. 23 – Einwilligung mit Bezug auf mehrere Werbekanäle; vgl. *Schröder*, DSB 2019, 116, 118; *Kollmann*, in: *Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 307 Rn. 103; anders *Polenz*, in: *Tamm/Tonner/Brönneke, Verbraucherrecht*, 3. Aufl. 2020, § 4a Rn. 35; *Ertel*, in: *Schläger/Thode, Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit*, 2. Aufl. 2022, Teil D Rn. 63.

¹⁵⁸¹ Vgl. *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG*, 4. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 309 ff.; zur Granularität bei Cookie-Einwilligungen *Wilfling*, in: *DSRITB* 2019, S. 301, 307.

praktische Nachweisprobleme (vgl. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO) der Erteilung der Einwilligung in die verschiedenen Werbekanäle, vor allem im Rahmen des sog. Double-opt-in-Verfahrens.¹⁵⁸² Über das Anklicken eines Bestätigungslinks, der an eine E-Mail-Adresse geschickt wird, lässt sich der Nachweis der Einwilligung in Telefonwerbung grundsätzlich nicht führen. Nach dem Gesetz für faire Verbraucherverträge¹⁵⁸³ sind in § 7a UWG ab dem 1.10.2021 neue Vorgaben zur Dokumentation von Einwilligungen in Telefonwerbung vorgesehen.¹⁵⁸⁴ Änderungen an der genannten Nachweisproblematik sind indes nicht zu erwarten.¹⁵⁸⁵

(3) Wesentliche Grundgedanken (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)

Ein Verstoß gegen AGB-Recht kann auch darin liegen, dass die AGB nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.¹⁵⁸⁶ Umfasst sind auch die subjektiven Rechte des Vertragsgegners und damit auch dessen Grundrechte, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht¹⁵⁸⁷ und – vor allem für diese Arbeit relevant – das Datenschutzrecht.^{1588, 1589} Unerheblich für die Inhaltskontrolle ist es, wenn die Klausel anderweitig gegen zwingendes Recht verstößt und bereits allein aus diesem Grund nichtig ist.¹⁵⁹⁰

545

(a) Verbotsprinzip als wesentlicher Grundgedanke

Räumt sich ein Verantwortlicher in Datenschutzklauseln das Recht zur Verarbeitung ein, obwohl kein Erlaubnistatbestand vorliegt, wird von Art. 6 Abs. 1 DS-GVO abgewichen.¹⁵⁹¹ Die Klausel ist in diesem Fall mit dem wesentlichen Grundgedanken der

546

¹⁵⁸² BGH WRP 2011, 1153, 1156 f. – Double-opt-in-Verfahren; OVG Saarlouis BeckRS 2021, 2248 Rn. 24 – Unzulässigkeit von Telefonwerbung; VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 54 – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; Vander, in: DSRITB 2011, S. 511, 513 ff.; Halder, jurisPR-ITR 6/2020 Anm. 4; kritisch Nägele/Dilbaz, K&R 2020, 391, 392.

¹⁵⁸³ BGBL I S. 3433.

¹⁵⁸⁴ Hierzu Lommatzsch/Albrecht, GWR 2021, 363, 365 f.; Meurer, DSB 2021, 348; Büscher, WRP 2022, 132 Rn. 4; es gibt eine Konsultation zu den Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur, s. BNetzA, Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht für Telefonwerbbeeinwilligungen nach § 7a UWG, Stand: 19.10.2021.

¹⁵⁸⁵ Lommatzsch/Albrecht, GWR 2021, 363, 366; vgl. Tonner, in: Brönnecke/Föhlich/Tonner, Das neue Schuldrecht, 2022, § 9 Rn. 55.

¹⁵⁸⁶ Dünkel, DuD 2019, 483, 484.

¹⁵⁸⁷ Roloff/Looschelders, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 307 BGB Rn. 24; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 226; Stoffels, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 495a.

¹⁵⁸⁸ Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht,

12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 127; Bender, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, 2021, S. 160; Wilhelm, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, 2021, Klauseln (A) Rn. 17; Kruse, in: Götting/Meyer/Vormbrock, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 2020, § 33 Rn. 16.

¹⁵⁸⁹ Vgl. BGH GRUR-RS 2021, 23182 Rn. 66.

¹⁵⁹⁰ Roloff/Looschelders, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 307 BGB Rn. 24; vgl. zur Nichtigkeit eines Vertrags aufgrund datenschutzrechtlicher Verstöße LG Detmold BeckRS 2020, 40247 – Daten- und Adresshandel; Leibold, DSB 2021, 2; Franck, ZD 2017, 509, 511; Hacker, ZIPW 2019, 148, 161; Lehmann/Wancke, WM 2019, 613, 615 f.; zum BDSG a. F. OLG Celle BeckRS 2004, 7985; OLG Frankfurt ZD 2018, 179 – Unwirksamkeit eines Vertrags über den Verkauf von Adressdaten.

¹⁵⁹¹ KG ZD 2020, 310 Rn. 66 – Unangemessene Benachteiligung von als Datenschutzerklärung bezeichneten AGB; KG CR 2019, 308, 309 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzrichtlinie“; KG GRUR-RS 2018, 38941 Rn. 18 – Unzulässige Datenschutzrichtlinie einer Internetverkaufsplattform; hinsichtlich

Norm – dem Verbotsprinzip – nicht in Einklang zu bringen und ist deshalb im Zweifel unangemessen benachteiligend für den Vertragsgegner.¹⁵⁹² Aufgrund dieser Vorgehensweise ist eine umfassende Überprüfbarkeit der Zulässigkeit der Verarbeitung möglich.¹⁵⁹³ Insoweit sind bei Einwilligungen deren Voraussetzungen zu prüfen, wenn nicht einzelne Voraussetzungen bereits überzeugender beim Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verortet werden.¹⁵⁹⁴

- 547 Aus diesem Grund muss bei dieser Vorgehensweise im Rahmen einer Verbandsklage Art. 80 Abs. 2 DS-GVO beachtet werden.¹⁵⁹⁵ Das Verbotsprinzip ist subjektivrechtlicher Natur,¹⁵⁹⁶ also über Art. 80 DS-GVO durchsetzbar. Jedoch muss der Verbandsbegriff des Art. 80 DS-GVO einschränkend zugrunde gelegt werden.

(b) Weitergehende Anforderungen durch das Lauterkeitsrecht

- 548 Datenschutzrecht und Lauterkeitsrecht sind dabei auseinanderzuhalten: Aus der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit einer Verarbeitung folgt nicht ohne Weiteres die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit der Verarbeitung der Daten zum Zwecke der Direktwerbung.¹⁵⁹⁷ § 7 UWG und seine Einwilligungsvorbehalte bleiben mit ihren strengeren Vorgaben also weiterhin zu beachten.¹⁵⁹⁸ Dieser setzt in Absatz Nr. 2 und 3 (Nr. 1 und 2 n. F.), zumindest für Verbraucher, stets eine ausdrückliche Einwilligung in die genannten Formen der Direktwerbung voraus. Das gilt selbst für den Fall, dass Direktmarketing nach der DS-GVO auf eine Interessenabwägung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO gestützt werden kann.¹⁵⁹⁹ Für die Definition der Einwilligung ist nunmehr Art. 4 Nr. 11 DS-GVO heranzuziehen, da die zugrunde liegende ePrivacy-RL auf

des BDSG a. F. BGH CR 1985, 83, 85 – Schufa-Klausel; hinsichtlich § 15 Abs. 3 TMG LG Köln BeckRS 2021, 12261 Rn. 2 – Untersagung der Veröffentlichung von bestimmten, datenschutzrechtlichen Cookies im geschäftlichen Verkehr im Internet mit zust. Anm. Czernik, GRUR-Prax 2021, 385; vgl. Rohwedder, in: Moos, Datenschutz und Datennutzung, 3. Aufl. 2021, Rn. 45.5; kritisch zu diesem Ansatz McColgan, AcP 221 (2021), 695, 712 ff („Ehrenrunde durch das AGB-Recht“).

¹⁵⁹² KG ZD 2020, 310 Rn. 66 ff. – Unangemessene Benachteiligung von als Datenschutzerklärung bezeichneten AGB; KG GRUR-RS 2018, 38941 Rn. 18 – Unzulässige Datenschutzrichtlinie einer Internetverkaufsplattform; Hacker, Datenprivatrecht, 2020, S. 442 f.

¹⁵⁹³ OLG München CR 2007, 179, 180 – Zulässigkeit einer Opt-Out-Regelung bei Datenschutz-Einwilligungen; Wumnest, in: MüKoBGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 307 BGB Rn. 58; Kartheuser/Klar, ZD 2014, 500, 505; Bender, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, 2021, S. 160.

¹⁵⁹⁴ Vgl. nur BGH WRP 2009, 56, 59 – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen „Opt-out“-Erklärung; freilich ist zuzugeben, dass eine Prüfung der formellen Voraussetzungen der Einwilligung in der Inhaltskontrolle unstimmtig wirkt, s. McColgan, AcP 221 (2021), 695, 730.

¹⁵⁹⁵ → Rn. 513.

¹⁵⁹⁶ → Rn. 166.

¹⁵⁹⁷ Schröder, Datenschutzrecht für die Praxis, 4. Aufl. 2021, S. 167; Ehmann, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil IX Kap. 1 Rn. 36; Conrad/Treger, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 34 Rn. 503.

¹⁵⁹⁸ Vgl. OVG Saarlouis BeckRS 2021, 2248 Rn. 26 – Unzulässigkeit von Telefonwerbung; VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 60 ff. – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; Halder, jurisPR-ITR 6/2020 Anm. 4.

¹⁵⁹⁹ → Rn. 631 ff.

die DSRL verwies, welche nach Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO auf die DS-GVO „umgelenkt“ wird.¹⁶⁰⁰

Der BGH entnimmt § 7 UWG den wesentlichen Grundgedanken – letztlich analog zum datenschutzrechtlichen Verbotsprinzip –, dass Werbung ohne wirksame ausdrückliche bzw. konkludente Einwilligung unzulässig ist.¹⁶⁰¹ Es ist folglich auch an dieser Stelle eine umfassende Überprüfung der Einwilligung vorzunehmen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die einmal erteilte Einwilligung später widerrufen werden kann, da hierzu der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer tätig werden muss.¹⁶⁰²

549

Zu beachten ist jedoch, dass die ePrivacy-RL bei Cookies an sich kein Kopplungsverbot vergleichbar des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO kennt.¹⁶⁰³ So sieht Erwägungsgrund 25 der ePrivacy-RL vor, dass „[d]er Zugriff auf spezifische Website-Inhalte [...] nach wie vor davon abhängig gemacht werden [kann], dass ein Cookie oder ein ähnliches Instrument von einer in Kenntnis der Sachlage gegebenen Einwilligung abhängig gemacht wird, wenn der Einsatz zu einem rechtmäßigen Zweck erfolgt.“¹⁶⁰⁴

550

(c) Unzureichende Einwilligungserklärungen als Beispiel von Verstößen gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Beispiele für Verstöße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB durch Datenschutzklauseln waren jüngst vorangekreuzte Checkboxes im Rahmen von Cookie-Einwilligungen.¹⁶⁰⁵ Einwilligungen, die unter Zuhilfenahme des „Opt-out-Prinzips“ erklärt wurden, wurden zu Zeiten der DSRL von der Rechtsprechung vielfach als zulässig angesehen.¹⁶⁰⁶ Insoweit wurde hinsichtlich aufwendiger Opt-out-Prozesse eine unangemessene Benachteiligung zur Begründung der Unwirksamkeit der Einwilligung als Korrektiv bemüht.¹⁶⁰⁷ Das ist freilich nach der DS-GVO und der hierzu ergangenen jüngsten

551

¹⁶⁰⁰ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 29 – Cookie-Einwilligung II; verfehlt *Kollmann*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 307 Rn. 103, welcher einen statischen Verweis sieht.

¹⁶⁰¹ BGH WRP 2000, 722, 723 f. – Telefonwerbung VI; vgl. *Spindler*, NJW 2020, 2513 Rn. 2; *Rohwedder*, in: Moos, Datenschutz und Datennutzung, 3. Aufl. 2021, Rn. 45.5.

¹⁶⁰² BGH WRP 2000, 722, 724 – Telefonwerbung VI; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 53; *a. A. Graf v. Westphalen*, BB 1999, 1130, 1131 f.; *Claus/Reif*, RDV 2021, 212, 214; *Imping*, MDR 1999, 857, 857.

¹⁶⁰³ Vgl. *Spindler*, NJW 2020, 2513 Rn. 2; ein Kopplungsverbot verneinend *Engeler/Marosi*, CR 2019, 707 Rn. 5; *Steinrötter*, GPR 2020, 106, 110; *Moos/Strassemeyer*, DSB 2020, 207, 208; allgemein zum Kopplungsverbot bei Direktwerbung *Rohwedder*, in: Moos, Datenschutz und Datennutzung, 3. Aufl. 2021, Rn. 45.4; *Eckhardt*, K&R 2019, 289, 290.

¹⁶⁰⁴ Vgl. *Engeler/Marosi*, CR 2019, 707 Rn. 5; *Steinrötter*, GPR 2020, 106, 110.

¹⁶⁰⁵ EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 52 – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49; vgl. hierzu *Hoeren*, E-WiR 2020, 93, 94; *Hilgert/Hilgert*, jM 2020, 97, 99; *Adolff/Langebucher*, in: FS Krieger, 2020, S. 1, 5 f.; *Nägele/Apel/Stolz/Pohl*, DB 2021, 1998, 2000.

¹⁶⁰⁶ Grundlegend BGH WRP 2009, 56, 58 – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen „Opt-out“-Erklärung; BGH WRP 2010, 278, 280 f. – HappyDigits; LG Köln BeckRS 2007, 10750; vgl. *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 58c; *Rohwedder*, in: Moos, Datenschutz und Datennutzung, 3. Aufl. 2021, Rn. 45.8; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 69.

¹⁶⁰⁷ OLG Frankfurt a. M. WRP 2016, 364 Rn. 20 – Partnerliste.

Rechtsprechung des EuGH nicht mehr ausreichend, da es immer noch an einem aktiven Verhalten des Betroffenen und damit einer Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung fehlt.¹⁶⁰⁸ Das schließt auch eine konkludente Zustimmung, z. B. über Cookie-Banner ("Durch die weitere Nutzung der Website stimmen Sie der Verwendung von Cookies zu."), aus.¹⁶⁰⁹ In diesem Fall liegt ein Verstoß gegen das Verbotprinzip und damit nach dem Vorgesagten auch gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor.

(4) Sonstige Fälle der Inhaltskontrolle

- 552 Nachdem sich die Rechtsprechung im Wesentlichen auf eine inzidente Prüfung der formellen Voraussetzungen einer Einwilligung über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB beschränkt, sind darüber hinausgehende Beispiele für Inhaltskontrollen rar gesät.¹⁶¹⁰ So prüfte etwa das LG München I die Praxis einer Dating-Plattform daraufhin, ob die durch die Plattform eingefädelte (ungefragte) Kontaktaufnahme mit anderen Mitgliedern gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verstößt.¹⁶¹¹ Es bleibt daher abzuwarten, welche Fallgruppen sich an dieser Stelle in Zukunft entwickeln werden. Da die Inhaltskontrolle sich in diesen Fällen aber nicht in den datenschutzrechtlichen Vorgaben erschöpft, müssen die Voraussetzungen des Art. 80 DS-GVO hier nicht erfüllt sein.¹⁶¹²

VI. Spürbarkeit des Verstoßes gegen die Marktverhaltensregelung

1. Anknüpfungspunkte der Spürbarkeit

- 553 Der Verstoß gegen die Marktverhaltensregelung muss darüber hinaus nach § 3a UWG geeignet sein, die Interessen von Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, sog. Spürbarkeitsklausel.¹⁶¹³ Zweck des Spürbarkeitserfordernisses ist es, solche

¹⁶⁰⁸ EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 52 ff. – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49; vgl. BGH WRP 2020, 1009 Rn. 51 – Cookie-Einwilligung II; LG Köln BeckRS 2021, 12261 Rn. 2; LG Rostock GRUR-RS 2020, 32027 – Wirksamkeit der Einwilligung in die Nutzung von Drittanbieter-Cookies; *Ernst*, EWiR 2020, 635, 636; *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 58; *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 492; *Rohwedder*, in: Moos, Datenschutz und Datennutzung, 3. Aufl. 2021, Rn. 45.8; *Caspar*, DuD 2013, 767, 770; *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448, 451; *Buchner*, DuD 2016, 155, 158; *Ohrtmann/Möller*, DSB 2020, 188, 190; *Moos/Strassemeyer*, DSB 2020, 207, 207; *Schulz*, RDV 2020, 302, 304; *Büschler*, in: Büschler, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 143; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 69; vgl.

Bruns/Luhr, in: DSRITB 2013, S. 859, 864 ff.; **a. A.** noch *Krohm*, ZD 2016, 368, 372 f.

¹⁶⁰⁹ LG Köln BeckRS 2021, 12261 Rn. 2 – Untersagung der Veröffentlichung von bestimmten, datenschutzrechtlichen Cookies im geschäftlichen Verkehr im Internet.

¹⁶¹⁰ *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 727.

¹⁶¹¹ LG München I ZD 2019, 174 Rn. 29 ff. – Unzulässige AGB eines Online-Dating-Portals; vgl. hierzu *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 727.

¹⁶¹² → Rn. 513.

¹⁶¹³ OLG Frankfurt a. M. WRP 2020, 758 Rn. 13 – Fehlende Spürbarkeit bei Auslegung einer Norm entgegen der Marktüblichkeit; *Hohlweck*, in: Büschler, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 126.

Fälle auszuschneiden, die sich auf die Interessen der Marktteilnehmer nicht bemerkenswert auswirken.¹⁶¹⁴ Andernfalls besteht kein Allgemeininteresse an der Rechtsdurchsetzung.¹⁶¹⁵

Abzustellen ist bei der Beurteilung der Spürbarkeit auf sämtliche Interessen, die der Marktverhaltensregelung zugrunde liegen.¹⁶¹⁶ Durch den Umstand, dass für die Spürbarkeit an den Schutzzweck der Marktverhaltensregelung angeknüpft wird, scheidet eine Anknüpfung an die Auswirkungen auf den Wettbewerb als solche aus.¹⁶¹⁷ Insoweit gestaltet sich die Rechtslage anders als bei § 3 Abs. 1 UWG [2004] („nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs“)¹⁶¹⁸ oder im Kartellrecht¹⁶¹⁹. Es muss daher entweder für den Mitbewerber die Eignung der Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsfreiheit oder für Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer hinsichtlich der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit oder der Rechte, Rechtsgüter und Interessen im Rahmen der Marktteilnahme anzunehmen sein.¹⁶²⁰ „Die Spürbarkeit eines Verstoßes gegen eine Marktverhaltensregelung ist daher nicht marktbezogen, sondern marktteilnehmerbezogen zu verstehen.“¹⁶²¹ Die Spürbarkeit kann dann bejaht werden, wenn die geschützten Interessen nicht lediglich theoretisch, sondern mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt werden könnten.¹⁶²² Auf das tatsächliche Eintreten der Beeinträchtigung kommt es folgerichtig nicht mehr an.¹⁶²³

554

2. Unbeachtlichkeit paralleler behördlicher Durchsetzung

Unbeachtlich für die Bestimmung der Spürbarkeit ist zunächst der Umstand, dass Verstöße gleichzeitig auch durch Aufsichtsbehörden geahndet werden können, da Gesetzesverstöße meist auch durch andere Stellen verfolgt werden können.¹⁶²⁴

555

¹⁶¹⁴ OLG Frankfurt a. M. WRP 2020, 758 Rn. 13 – Fehlende Spürbarkeit bei Auslegung einer Norm entgegen der Marktüblichkeit; Lettl, WRP 2019, 1265 Rn. 27; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.96.

¹⁶¹⁵ BGH WRP 2001, 146, 148 – Immobilienpreisangaben; OLG Frankfurt a. M. WRP 2020, 758 Rn. 13 – Fehlende Spürbarkeit bei Auslegung einer Norm entgegen der Marktüblichkeit.

¹⁶¹⁶ BGH WRP 2008, 220, 223 – Telefonaktion; OLG Frankfurt a. M. WRP 2020, 758 Rn. 13 – Fehlende Spürbarkeit bei Auslegung einer Norm entgegen der Marktüblichkeit; Lettl, WRP 2019, 1265 Rn. 26; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.98 f.; → Rn. 409 ff.

¹⁶¹⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.98.

¹⁶¹⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.110; zur alten Rechtslage ausführlich Köhler, WRP 2008, 10.

¹⁶¹⁹ Ohly, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a

UWG Rn. 30b.

¹⁶²⁰ Ohly, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 30b; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.98.

¹⁶²¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.99; vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 30b.

¹⁶²² OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 71 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; OLG Stuttgart WRP 2018, 1252 Rn. 31 – Werbung auf Grabsteinen; OLG Frankfurt a. M. WRP 2020, 758 Rn. 13 – Fehlende Spürbarkeit bei Auslegung einer Norm entgegen der Marktüblichkeit; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.99.

¹⁶²³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.97.

¹⁶²⁴ BGH WRP 2010, 245, 247 – Versandkosten bei

Ebenso ist unbeachtlich, wenn die Aufsichtsbehörde aus Opportunitätsgründen entscheidet, nicht einzuschreiten.¹⁶²⁵ Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn eine behördliche Erlaubnis als Verwaltungsakt ergeht und damit die Tatbestandswirkung eingreift.¹⁶²⁶ Dieser Fall ist jedoch im Datenschutzrecht kaum denkbar.

3. **Ökonomische Auswirkungen auf Mitbewerber**

556 **Ökonomische Auswirkungen durch Datenschutzverstöße auf die Mitbewerber**¹⁶²⁷ sind insoweit ohne Relevanz, als sie bereits überwiegend nicht durch die datenschutzrechtlichen Normen geschützt werden. Beim Datenschutzrecht kommt es demnach überwiegend auf den herausgearbeiteten Schutzzweck zugunsten der Interessen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmer an. Im Falle einer mitbewerberschützenden Datenschutznorm wäre jedenfalls die Möglichkeit der Verschaffung eines nicht unbeachtlichen Wettbewerbsvorsprungs erforderlich.¹⁶²⁸

4. **Beeinträchtigung der Interessen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern**

a. **Grundsatz: Indizierung der Eignung der Interessenbeeinträchtigung**

557 Der Verstoß gegen die Marktverhaltensregelung indiziert im Rahmen des § 3a UWG grundsätzlich die Eignung zur Spürbarkeit der Beeinträchtigung.¹⁶²⁹ Der BGH hat seine vergleichbare Rechtsprechung zur Spürbarkeitsklausel des § 5a Abs. 2 UWG¹⁶³⁰ (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) im Rahmen der Komplettküchen-Entscheidung zwar aufgegeben.¹⁶³¹ Hiernach war die Spürbarkeit nach § 5a UWG a. F. anzunehmen, wenn dem Verbraucher eine Information vorenthalten wurde, die vom Unionsrecht als

Froogle; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 128; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.102; **a. A. Ohly**, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 515 f.

¹⁶²⁵ *Köhler*, WRP 2020, 1378 Rn. 22; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.102.

¹⁶²⁶ OLG Frankfurt a. M. WRP 2020, 1061 Rn. 23 – Mangelnde Glaubhaftmachung der Tatbestandswirkung eines Bescheides nach § 21 Abs. 4 AMG durch Weigerung der Übergabe eines ungeschwärzten Entscheidungstextes; OLG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2021, 19652 Rn. 17 – Vertrieb eines als Medizinprodukt zugelassenen Präparats als Präsentationsarzneimittel.

¹⁶²⁷ *Dück*, in: Beck'sche Online-Formulare IT- und Datenrecht, 9. Ed. Stand: 1.11.2021, 1.26 Rn. 14; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.100.

¹⁶²⁸ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG,

40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.110.

¹⁶²⁹ *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 7; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.112; *Köhler*, WRP 2020, 1378 Rn. 22; *Köhler*, WRP 2014, 259 Rn. 59; OLG München GRUR-RR 2019, 31 Rn. 49 – Verfügbarkeitsankündigung; *Graf von Westphalen*, in: Busch, P2B-VO, 2022, Art. 3VO (EU) 2019/1150 Rn. 69; **a. A. Ohly**, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 516; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 30d f.

¹⁶³⁰ BGH WRP 2013, 1459 Rn. 19 – Brandneu von der IFA; BGH WRP 2014, 686 Rn. 23 – Typenbezeichnung; BGH WRP 2015, 1464 Rn. 23 – Der Zauber des Nordens.

¹⁶³¹ BGH WRP 2017, 1081 Rn. 31 – Komplettküchen; vgl. BGH WRP 2018, 320 Rn. 23 – Kraftfahrzeugwerbung,

wesentlich eingestuft wurde.¹⁶³² Gleichzeitig wurde dem Unternehmer eine sekundäre Darlegungslast aufgebürdet.¹⁶³³ Nachdem die Änderung der Rechtsprechung aber allein unionsrechtlich bedingt war und § 3a UWG nicht auf Unionsrecht zurückgeht, kann es abseits der Unterlassung wesentlicher Informationen¹⁶³⁴ dabei bleiben, dass der Verstoß die Eignung zur Spürbarkeit indiziert.¹⁶³⁵

b. Indizien zur positiven Feststellung der Eignung der Interessenbeeinträchtigung

aa. Schwere der Beeinträchtigung

Zu berücksichtigen sind bei der positiven Feststellung der Spürbarkeit sämtliche Umstände des Einzelfalls.¹⁶³⁶ Ein Indiz stellt die Intensität der inkriminierten geschäftliche Handlung dar.¹⁶³⁷ Als ein Anhaltspunkt kann insoweit zwar grundsätzlich der Umstand herangezogen werden, dass die geschäftliche Handlung zugleich den Tatbestand einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit erfüllt.¹⁶³⁸ In Betracht kommen vor allem die §§ 42 f. BDSG sowie Art. 83 DS-GVO.¹⁶³⁹ Ein Blick in Art. 83 Abs. 4 bis 6 DS-GVO verrät jedoch, dass nahezu alle Verstöße mit einer Geldbuße bewehrt sind.¹⁶⁴⁰ Dieses Kriterium erweist sich daher vorliegend – jedenfalls für die mit Geldbuße bewehrten Verstöße – als nur wenig aussagekräftig.

Umgekehrt kann aber unter Umständen die fehlende Eignung angenommen werden, wenn sich der Unternehmer nur einen marginalen Wettbewerbsvorteil verschafft.¹⁶⁴¹ Da es aber auf die Beeinträchtigung des konkreten Marktteilnehmers ankommt und nicht auf die bezifferbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb, kann es allenfalls um geringfügige Beeinflussungen der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit oder der Rechte, Rechtsgüter und Interessen gehen.¹⁶⁴²

558

559

¹⁶³² Vgl. BGH WRP 2017, 1081 Rn. 31 – Komplettküchen.

¹⁶³³ BGH WRP 2017, 1081 Rn. 32 – Komplettküchen.

¹⁶³⁴ Der BGH überträgt seine Rechtsprechung insoweit auf § 3a UWG, BGH WRP 2019, 874 Rn. 26 – Energieeffizienzklasse III; BGH WRP 2019, 68 Rn. 31 – Jogginghosen; ebenso OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 72 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

¹⁶³⁵ Barth, WRP 2018, 790 Rn. 7; a. A. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.103, welcher gleichwohl entsprechend dem BGH annimmt, dass die Spürbarkeit „im Regelfall anzunehmen“ sei und dem Unternehmer eine sekundäre Darlegungslast für das Gegenteil obliege.

¹⁶³⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.104 ff.; Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 372; Lettl, WRP 2019, 1265 Rn. 27.

¹⁶³⁷ BGH WRP 2001, 146, 148 – Immobilienpreisangaben; Bähr, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a

UWG Rn. 108; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.105.

¹⁶³⁸ Schaffert, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 467 sowie 470.

¹⁶³⁹ Zu BDSG a. F. Schaffert, in: FS Bornkamm, 2014, S. 463, 467.

¹⁶⁴⁰ Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 83 DS-GVO Rn. 66.

¹⁶⁴¹ BGH WRP 2001, 146, 148 – Immobilienpreisangaben; BGH WRP 2001, 1301, 1304 – Fernflugpreise; Bähr, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 108; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.105.

¹⁶⁴² Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 30e f.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.105 jeweils nur zur Entscheidungsfreiheit.

bb. Häufigkeit bzw. Dauer

- 560** Finden Verstöße gehäuft statt oder erstreckt sich der Verstoß über eine längere Dauer, so kann das den Schluss der Eignung der Beeinträchtigung der Interessen der Verbraucher- und sonstigen Marktteilnehmer zulassen.¹⁶⁴³ Auf systematische Verletzungen seitens des Unternehmers kommt es dabei nicht an. Insoweit kann damit letztlich von einer Kumulation der Beeinträchtigungen gesprochen werden.

cc. Anzahl der betroffenen Marktteilnehmer

- 561** Als ein weiteres Kriterium für die Annahme der Spürbarkeit wird auch die Anzahl der betroffenen Marktteilnehmer herangezogen.¹⁶⁴⁴ Datenschutzverstöße sind vielfach strukturell bedingt und betreffen daher häufig sämtliche oder zumindest einen größeren Teil der Datensubjekte in gleicher Weise. Zu nennen ist etwa die unzureichende Erfüllung der Informationspflichten oder die fehlerhafte Einhaltung einer Einwilligung.

dd. Datenpreisgabe und Erteilung der Einwilligung als Beleg der Eignung

- 562** Verstöße gegen die datenschutzrechtlichen Informationspflichten sind jedenfalls dann für die Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer spürbar, wenn eine Datenpreisgabe durch Betroffene andernfalls ausgeblieben wäre.¹⁶⁴⁵ Gleiches gilt für die Erteilung einer Einwilligung.¹⁶⁴⁶ In diesem Fall verwirklicht sich die Gefahr für die Entscheidungsfreiheit des betroffenen Marktteilnehmers. Eine fehlende Information dürfte dabei in den meisten Fällen schwerer wiegen, als eine zu ungenaue Information.¹⁶⁴⁷ Der Verbraucher wird für eine hinreichend informierte geschäftliche Entscheidung regelmäßig die wesentlichen Informationen benötigen, sodass besondere Umstände vorliegen müssen, die auf das Gegenteil hindeuten.¹⁶⁴⁸ So hat das OLG Stuttgart unter Berücksichtigung der jüngsten BGH-Rechtsprechung hinsichtlich des Art. 13 DS-GVO angenommen, dass ein Verstoß regelmäßig als spürbar zu betrachten ist.¹⁶⁴⁹

¹⁶⁴³ *Bähr*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3a UWG Rn. 108; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.106; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 30c.

¹⁶⁴⁴ BGH WRP 2013, 491 Rn. 34 – Solarinitiative; *Niebel*, in: BeckOK UWG, 14. Ed. Stand: 1.12.2021, § 3a UWG Rn. 43; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 30c.

¹⁶⁴⁵ *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 373; *Dück*, in: Beck'sche Online-Formulare IT- und Datenrecht, 9. Ed. Stand: 1.11.2021, 1.26 Rn. 14; LG Würzburg WRP 2018, 1400 Rn. 2 – Website ohne eine der DSGVO genügenden Datenschutzerklärung und Ver-

schlüsselung für Kontaktformular wettbewerbswidrig?; *Taeger/Kremer*, Recht im E-Commerce und Internet, 2. Aufl. 2021, Kap. 9 Rn. 37.

¹⁶⁴⁶ *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 373; *Lurtz*, ZD-Aktuell 2018, 06292.

¹⁶⁴⁷ *Brex*, GRUR-Prax 2011, 248, 28.

¹⁶⁴⁸ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 73 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

¹⁶⁴⁹ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 74 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen.

c. Nur ausnahmsweise Verneinung der Spürbarkeit

Sofern die Hürden der geschäftlichen Handlung und des Marktbezugs der Marktverhaltensregelung genommen wurden, dürfte auch in den Fällen, in denen die Eignung nicht positiv bejaht werden kann, selten ein Spielraum für eine Verneinung der Spürbarkeit des Verstoßes bleiben.¹⁶⁵⁰ „[D]ie Bejahung des Marktverhaltensbezugs spricht für eine gewisse Relevanz für den betroffenen Personenkreis“¹⁶⁵¹.

563

VII. Teleologische Reduktion des § 3a UWG?

1. Schutz des aufsichtsbehördlichen Ermessens erforderlich?

Die vermeintliche Sperrwirkung der DS-GVO wurde unter anderem mit dem Ermessen der Aufsichtsbehörde begründet, welches es zu schützen gelte.¹⁶⁵² Diese „alles oder nichts“-Lösung durch die postulierte allumfassende Sperrwirkung wird von *Weber* kritisiert: „Hat das Durchsetzungsregime der Primärnorm abschließenden Charakter, so bleiben die Wertungen des Fachgesetzes vollumfänglich gewahrt. Dafür müssen aber Wettbewerbsverzerrungen hingenommen werden, falls die behördliche Durchsetzung nicht so schnell und effektiv erfolgt, wie es den Bedürfnissen des Wettbewerbs entspricht. Ist der abschließende Charakter der Primärnorm hingegen zu verneinen, so kann das UWG zwar etwaigen Schwerfälligkeiten des behördlichen Normvollzugs abhelfen; dafür geraten aber auch die Wertungen des öffentlichen Rechts – insbesondere, dass fehlerfreie behördliche Ermessensentscheidungen zu respektieren sind – unter die Räder des Lauterkeitsrechts.“¹⁶⁵³

564

Zur Lösung dieses scheinbaren Dilemmas schlägt *Weber* vor allem im Bereich des Datenschutzrechts vor, § 3a UWG teleologisch zu reduzieren, auch angesichts dessen, dass öffentlich-rechtliche Wertungen nicht innerhalb der Spürbarkeit des Normverstoßes als Anhaltspunkt herangezogen werden.¹⁶⁵⁴ Nach seiner Ansicht sind die Wertungen von § 40 VwVfG¹⁶⁵⁵ und § 114 VwGO auf den Rechtsbruchtatbestand zu übertragen.¹⁶⁵⁶ „Durchkreuzt man die der Verwaltung bewusst und aus gutem Grund eingeräumten Spielräume für Ermessenserwägungen durch Anwendung des § 3a UWG, so stellt man daher materielle Steuerungsergebnisse her, die das jeweilige Fachgesetz, das der Verwaltung bewusst ein Ermessen einräumt, in dieser Form gar nicht herstellen möchte.“¹⁶⁵⁷ Voraussetzung ist, dass die Aufsichtsbehörde eine Ermessensentscheidung in der Sache dahingehend getroffen hat, den Verstoß nicht zu verfolgen.¹⁶⁵⁸ Daneben schränkt *Weber* folgerichtig ein, dass die falsche Auslegung einer ermessensbegründenden Norm durch die Aufsichtsbehörde eine

565

¹⁶⁵⁰ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 26; *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 378.

¹⁶⁵¹ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 26.

¹⁶⁵² Zu diesem Argument → Rn. 295 ff.

¹⁶⁵³ *Weber*, GRUR 2019, 905, 910.

¹⁶⁵⁴ *Weber*, GRUR 2019, 905, 910; zur Spürbarkeit des Verstoßes → Rn. 553 ff.

¹⁶⁵⁵ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.1.2003, BGBl. I S. 102.

¹⁶⁵⁶ *Weber*, GRUR 2019, 905, 910.

¹⁶⁵⁷ *Weber*, GRUR 2019, 905, 910.

¹⁶⁵⁸ *Weber*, GRUR 2019, 905, 911.

Nichtausübung des Ermessens bedeutet, die eine teleologische Reduktion des § 3a UWG ohnehin nicht rechtfertigen könnte.¹⁶⁵⁹

2. „Hinnehmen“ des Verstoßes im Datenschutzbereich

566 Diese Auffassung erweist sich indes jedenfalls im Bereich des Datenschutzrechts als nicht zielführend: So ist bereits unklar, was *Weber* unter dem „Hinnehmen eines Verstoßes“ auffasst. Angesichts der Möglichkeit, bereits bei einem vermeintlichen Verstoß den Verantwortlichen auf den Missstand hinzuweisen (Art. 58 Abs. 1 lit. d DS-GVO) oder ihn im Falle eines Verstoßes zu verwarnen (Art. 58 Abs. 2 lit. b DS-GVO¹⁶⁶⁰), dürfte kaum jemals ein „Hinnehmen“ der Aufsichtsbehörde zu erblicken sein, zumal sie häufig die Möglichkeit der Nachkontrolle wahrnehmen und damit das „Hinnehmen“ allenfalls temporärer Natur ist. Stellt die Datenschutzaufsichtsbehörde demnach einen Verstoß fest, wird sie es nur selten im Ergebnis bei einem Hinnehmen belassen. Das zeigt etwa das Vorgehen der Berliner Datenschutzbefugten *Smoltczyk* wegen datenschutzrechtlich unzulässigem Tracking von Webseitenbenutzern.¹⁶⁶¹ Ungefähr 50 Betreiber solcher Webseiten wurden angeschrieben und auf Verstöße hingewiesen. Gleichzeitig wurde angekündigt, die Änderungen zu überprüfen und gegebenenfalls weitere Schritte einzuleiten.

3. Aufsichtsbehördliches Ermessen nur begrenzt schutzwürdig

567 Daneben verkennt *Weber*, dass das Ermessen der Datenschutzaufsichtsbehörden bei einem festgestellten Verstoß eingeschränkt ist. Nach hier vertretener Auffassung reduziert sich das Entschließungsermessen im Falle eines Verstoßes auf Null, sodass ein Einschreiten geboten ist, mag es auch auf Ebene des Auswahlermessens auf eine (ggfs. gebührenpflichtige) Verwarnung oder eine bloße Beratung hinauslaufen.¹⁶⁶² Insoweit kann es nicht zu einem Hinnehmen eines Verstoßes kommen. Das Datenschutzrecht ist auf eine effektive Durchsetzung angelegt, was ein Einschreiten letztlich gebietet.¹⁶⁶³

¹⁶⁵⁹ *Weber*, GRUR 2019, 905, 911; vgl. zu dieser Problematik BVerwG NVwZ 1988, 444, 445 – Vorbeugende Feststellungsklage bei drohendem Bußgeldbescheid; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40 VwVfG Rn. 78; *Decker*, in: BeckOK VwGO, 60. Ed. Stand: 1.1.2022, § 114 VwGO Rn. 17; *Remmert*, in: Eyer-*mann*, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 114 VwGO Rn. 17; *Ruffert*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 40 VwVfG Rn. 49; *Halder/Gilde*, AnwZert-ITR 8/2020 Anm. 3; *Halder*, jurisPR-ITR 16/2020 Anm. 6.

¹⁶⁶⁰ Vgl. allgemein zu Art. 58 Abs. 2 DS-GVO *Bretthauer*, RDV 2020, 245.

¹⁶⁶¹ *BlnBDI*, Mängel auf allen Ebenen: Berliner Aufsichtsbehörde konfrontiert Webseiten-Betreibende mit rechtswidrigem Tracking, Pressemitteilung v. 9.8.2021.

¹⁶⁶² → Rn. 127 ff.; *Engelbrecht*, KommunalPraxis Bayern 2019, 372, 376; vgl. Begründung des Rates: Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Abl. 2016/C.159/02 Ziffer 9.5.: „Neben der Verhängung von Geldbußen können die Aufsichtsbehörden auch von anderen Abhilfebefugnissen, wie z. B. Warnungen oder Tadeln, Gebrauch machen.“

¹⁶⁶³ Vgl. EuGH WRP 2020, 1158 Rn. 111 ff. – Data Pro-

4. Kein „Hinnehmen“ bei fehlender Sachverhaltskenntnis

Daneben wendet *Weber* bereits selbst ein, dass es nicht selten an einer Ermessensausübung der Aufsichtsbehörde fehlen wird, namentlich dann, wenn sie keine Kenntnis von dem Sachverhalt hat.¹⁶⁶⁴ Dem ließe sich zumindest partiell über die konsequente Anwendung des Art. 58 Abs. 5 Var. 3 DS-GVO abhelfen, der eine Verfahrensbeteiligung der Datenschutzaufsichtsbehörden an ihr „fremden“ Verfahren vorsieht.¹⁶⁶⁵ Gleichwohl würde so eine teleologische Reduktion dennoch in vielen Fällen scheitern, weil die Aufsichtsbehörde aufgrund der Eilbedürftigkeit von Wettbewerbssachen keine Kenntnis vom Sachverhalt hat oder ihr Ermessen nicht zeitig ausgeübt hat. Ganz davon abgesehen, könnte die nachträgliche Ermessensausübung zu einem Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO führen,¹⁶⁶⁶ was nach hier vertretener Auffassung aufgrund der bloßen Zufälligkeit für den Antragsteller schlicht nicht hinnehmbar ist und einer effektiven Durchsetzung entgegenstehen würde.

568

5. Parallelität der Rechtsbehelfe als Grundsatz

Auch sonst kann die teleologische Reduktion argumentativ nur dann verfangen, wenn neben der Aufsichtsbehörde niemand an der Rechtsdurchsetzung beteiligt ist, es sich also mit anderen Worten um die Durchsetzung rein objektiven Rechts handelt. Sobald subjektive Rechte anderer Personen und Stellen bei der Rechtsdurchsetzung eine Rolle spielen, erscheint ein Ermessen der Aufsichtsbehörde nicht schützenswert. Im Bereich des Datenschutzrechts wurde bereits aufgezeigt, dass neben der Aufsichtsbehörde auch Betroffene und Verbände (Art. 80 Abs. 2 DS-GVO) gegen Verantwortliche vorgehen können, ohne dass es auf Ermessenserwägungen ankäme. Die DS-GVO erklärt diese Vorgehensweise ausdrücklich für zulässig, nachdem in den Art. 77 ff. DS-GVO jeweils von „unbeschadet anderer Rechtsbehelfe“ spricht und damit das Konkurrenzverhältnis zugunsten einer effektiven Rechtsdurchsetzung ohne Zweifel klärt.¹⁶⁶⁷

569

Generalanwalt *Bobek* formuliert es wie folgt: „Diese mehr als hinreichend eindeutige gesetzgeberische Gestaltung, die sich sowohl, wie den vorangegangenen Abschnitten dieser Schlussanträge zu entnehmen, aus dem Wortlaut und der Systematik der DSGVO als auch aus der gesetzgeberischen Absicht ergibt, trägt auch etwaigen weiteren systematischen Bedenken Rechnung, wie etwa solchen zum richtigen Gleichgewicht zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung der Datenschutzvorschrift-

570

tection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems; Schlussanträge des Generalanwalts *Saugmandsgaard Øe* zur Rechtssache C-311/18 Rn. 147 – Data Protection Commissioner/Facebook Ireland, Maximilian Schrems.

¹⁶⁶⁴ *Weber*, GRUR 2019, 905, 911.

¹⁶⁶⁵ Hierzu noch ausführlich → Rn. 727 ff.

¹⁶⁶⁶ *Weber*, GRUR 2019, 905, 911.

¹⁶⁶⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 13.1.2021 zur Rechtssache C-645/19 Rn. 127 f. – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit; *De Wachter/Peeters*, EDPL 2021, 129, 132 f.

ten und der DSGVO. Ist es sinnvoll, die öffentliche Durchsetzung auf eine einzige Behörde und somit einen einzigen Mitgliedstaat zu begrenzen, wenn diese erst nach einem langen und aufwändigen Verwaltungsverfahren stattfindet, während die private Durchsetzung dieser Regelungen wahrscheinlich in der Praxis schneller und vor den (Zivil) Gerichten aller Mitgliedstaaten stattfinden wird? Sollten nationale Aufsichtsbehörden in geringerem Umfang Zugang zu den Gerichten haben als jeder einzelne private Verbraucher? Werden nicht die meisten Datenschutz-Rechtssachen letztlich vor die nationalen Gerichte (und möglicherweise im Wege einer Vorabentscheidung vor den Gerichtshof) gelangen, nachdem private Kläger unmittelbar Klage erhoben haben und die hierzu eingerichteten nationalen Regulierungsbehörden völlig umgangen wurden, weil sie sich immer noch im Verfahren der Zusammenarbeit und der Koordinierung ihrer Standpunkte befinden? Besteht innerhalb einer solchen Regelung nicht die Gefahr, dass die öffentliche Durchsetzung durch die private völlig überlagert wird? Wie dem auch sei der Unionsgesetzgeber hat eine eindeutige institutionelle und systematische Entscheidung getroffen, und es besteht meiner Meinung nach kein Zweifel daran, was er erreichen wollte.“¹⁶⁶⁸

6. Keine Untätigkeit „mit Schutzwirkung zugunsten von Rechtsverletzern“

- 571 Es ist letztlich auch nicht erklärbar, wieso das Nichtstun der Aufsichtsbehörde in diesem Fall in irgendeiner Form dem Rechtsverletzer zugutekommen sollte, der im Übrigen bei Rechtsverstößen ohnehin mit einem Einschreiten durch andere zu rechnen hat. Wer am Ende einschreitet, ist ohne Belang. Im Ergebnis ist eine teleologische Reduktion des § 3a UWG ausgeschlossen.

E. Sonstige Unlauterkeitstatbestände des UWG

- 572 Geschäftliche Handlungen im Kontext der Verarbeitung personenbezogener Daten können auch dann als unlauter eingestuft werden, wenn sie gegen sonstige Unlauterkeitstatbestände des UWG, also „originäres Wettbewerbsrecht“¹⁶⁶⁹, verstoßen.¹⁶⁷⁰ Nachdem sowohl Datenschutzrecht als auch Lauterkeitsrecht die Entscheidungs-

¹⁶⁶⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 13.1.2021 zur Rechtssache C-645/19 Rn. 127 – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit.

¹⁶⁶⁹ *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 35.

¹⁶⁷⁰ *Ohly*, GRUR 2019, 686, 691 f.; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 695; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40; *Köhler*, WRP 2019, 1279 Rn. 40; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 47 f.; *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3a UWG

Rn. 35; *A/shoff*, CR 2018, 720 Rn. 43; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 79; *Podszun/de Toma*, NJW 2016, 2987, 2992; *Podszun/de Toma*, in: Möstl/Wolff, Datenschutz in der betrieblichen Praxis, 2016, S. 71, 90, 98; *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data, 2021, S. 385; vgl. etwa OLG München GRUR 2019, 654 Rn. 59 – Stromanbieterwerbeanruf I; OGH WRP 2020, 337 Rn. 33 – Psychotherapeuten-Liste; vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 72 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

und Verhaltensfreiheit schützen, ergeben sich innerhalb der Schnittmenge von Verbrauchern bzw. sonstigen Marktteilnehmern und Betroffenen Anknüpfungspunkte für eine lauterkeitsrechtliche Sanktionierung. Ein Rückgriff auf § 3a UWG wäre in diesen Fällen nicht notwendig. Es besteht insoweit eine „Kongruenz der Schutzzwecke“¹⁶⁷¹. „Die lauterkeitsrechtliche Ahndung von datenschutzrechtswidrigem Marktverhalten kommt allerdings auch sehr gut ohne den Rechtsbruchtatbestand [...] aus“¹⁶⁷² wie es v. *Walter* formuliert. Auch *Schaub* geht davon aus, „dass in denjenigen Fällen, in denen Datenschutzverstöße nach dem hier vertretenen Ansatz zu Ansprüchen nach § 3a UWG führen, fast immer auch parallele Ansprüche nach dem UWG gegeben sind.“¹⁶⁷³

Für diese Fälle des originären Lauterkeitsrechts ist noch einmal hervorzuheben, dass die Einschränkungen nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO für eine Durchsetzung durch Verbände nicht zu beachten sind.¹⁶⁷⁴ Lediglich für die Durchsetzung der auf der ePrivacy-RL beruhenden Bestimmungen (§ 7 UWG) sieht Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL i. V. m. Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO eine Anwendung von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO vor.

Im Folgenden sollen die verschiedenen Verbotstatbestände deshalb näher untersucht werden, die im Zusammenhang mit datenschutzrechtlichen Verstößen relevant sein können. Aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte können nicht alle denkbaren Konstellationen lauterkeitsrechtlich betrachtet werden. Die nachstehenden Ausführungen sollen deshalb vor allem die bisher in Rechtsprechung und Literatur aufgeworfenen Konstellationen näher betrachten und, wo erforderlich, weiterdenken.

I. Irreführende geschäftliche Handlungen

1. § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 1 bis 4 des Anhangs

Art. 40 DS-GVO sieht vor, dass in bestimmten Verarbeitungssituationen (vor allem branchenspezifische) Verhaltensregelungen etabliert werden können, um die sehr abstrakt gehaltenen Vorgaben der DS-GVO zu konkretisieren und so ein Mehr an Rechtssicherheit zu schaffen und die Kosten der Rechtsanwendung zu verringern.¹⁶⁷⁵ Es handelt sich letztlich um eine Ausprägung der Selbstregulierung.¹⁶⁷⁶ Die Verhaltensregelungen stellen aber zugleich ein potenzielles Werbemittel dar, denn

¹⁶⁷¹ V. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 782.

¹⁶⁷² V. *Walter*, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 782.

¹⁶⁷³ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 27.

¹⁶⁷⁴ → Rn. 335 ff.

¹⁶⁷⁵ *Bergt/Pesch*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 40 DS-GVO Rn. 1; *Laue*, in:

Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 8 Rn. 20; ausführlich *Kroh*m, PinG 2016, 205, 207 ff.

¹⁶⁷⁶ *Kinast*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 40 DS-GVO Rn. 5.

573

574

575

mit dem Umstand der Einhaltung der Verhaltensregelungen kann auch wirksam erworben werden.¹⁶⁷⁷ Verhaltensregelungen haben zwar keine Rechtsnormqualität,¹⁶⁷⁸ sie erfüllen jedoch die Voraussetzungen von Verhaltenskodizes i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 UWG n. F.).¹⁶⁷⁹

576 Entsprechend kann die unwahre Angabe, dass ein Unternehmer sich den Verhaltensregelungen, also einem Verhaltenskodex unterworfen hat, als Verstoß gegen § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs gewertet werden.¹⁶⁸⁰ Je nach Ausgestaltung der Verhaltensregelungen sind daneben Verstöße gegen § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 2 bis 4 denkbar.¹⁶⁸¹

577 § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 2 kommt abseits von Verhaltensregelungen i. S. d. Art. 40 DS-GVO in Betracht, wenn eine Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung vorliegt. „Unter Güte- und Qualitätskennzeichen dürften unternehmens- oder produktbezogene Auszeichnungen zu verstehen sein, die an objektiven Maßstäben gemessen werden, aufgrund einer objektiven Prüfung vergeben werden und nach der Verkehrsauffassung als Hinweis auf eine besondere Güte oder Qualität verstanden werden.“¹⁶⁸² So vergibt beispielsweise das Land Niedersachsen das Gütesiegel „DatenBEWUSST Niedersachsen“ ausdrücklich zur Hervorhebung von „Datensicherheit als Wettbewerbsvorteil“¹⁶⁸³, welches als Zeichen i. S. d. Nr. 2 des Anhangs angesehen werden kann, so dass die Nutzung ohne Genehmigung unlauter ist.

2. § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 21 (Nr. 20 UWG n. F.)

578 Nach § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 21 (Nr. 20 UWG n. F.) ist das Angebot einer Ware oder Dienstleistung als „gratis“, „umsonst“, „kostenfrei“ oder dergleichen, stets unzulässig, wenn hierfür gleichwohl Kosten zu tragen sind, die über die unvermeidbaren Kosten für das Eingehen auf das Angebot oder für die Abholung, Lieferung

¹⁶⁷⁷ Kinast, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 40 DS-GVO Rn. 6.

¹⁶⁷⁸ → Rn. 395 ff.

¹⁶⁷⁹ Peukert, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 566; vgl. zur Behandlung von Verhaltenskodizes im Lauterkeitsrecht Spindler, ZD 2016, 407, 413.

¹⁶⁸⁰ Bergt/Pesch, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 41 DS-GVO Rn. 25; Himmels, Behavioural Targeting im Internet - Datenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, 2013, S. 141 f.

¹⁶⁸¹ Vgl. Himmels, Behavioural Targeting im Internet - Datenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, 2013, S. 142 ff.; Peifer, JZ 2012, 851, 858; Martini, NVvZ - Extra 6/2016, 1, 9; Paal/Kumkar, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 42 DS-GVO Rn. 26; Vomhof, in: Elser/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 42 DS-GVO

Rn. 84; Laue, in: Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. 2019, § 8 Rn. 45; Scholz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 42 DS-GVO Rn. 54; Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 42 DS-GVO Rn. 13; Gola/Reif, RDV 2009, 104, 111 f.; Hofmann, Dynamische Zertifizierung, 2019, S. 272 ff.; Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3 UWG Rn. 36.

¹⁶⁸² Schöttle, WRP 2009, 673, 674; vgl. auch Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, Anh. Rn. 39.

¹⁶⁸³ Niedersachsen Digital, DatenBEWUSST Niedersachsen: Gütesiegel für gelebten Datenschutz, v. 23.10.2020.

oder Inanspruchnahme hinausgehen. Bisher wird überwiegend davon ausgegangen, dass Daten der Verbraucher nicht als solche Kosten anzusehen sein sollen, auch wenn prinzipiell jede Gegenleistung als Kosten angesehen werden können.¹⁶⁸⁴

Angesichts der Verrechtlichung des Problemfelds „Daten als Gegenleistung“ kann unter Irreführungsgesichtspunkten aber durchaus der Tatbestand bejaht werden, selbst wenn dem Verbraucher durch die Preisgabe von Daten kein nennenswerter materieller Nachteil erwächst.¹⁶⁸⁵ Der eigentliche Wert personenbezogener Daten liegt nämlich – im Grunde wie bei Geld als Zahlungsmittel – gerade darin, dass diese nicht überall verfügbar, sondern aufgrund des Datenschutzrechts gewissermaßen exklusiv dem Datensubjekt zugeordnet sind. Gleiches kann auch für den allgemeineren § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F.) angenommen werden.¹⁶⁸⁶

Die Kommission kommt in ihrer Empfehlung über die Auslegung der UGP-RL zu einer vergleichbaren Einschätzung: „Wichtig ist, dass die UGPRL alle Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit ‚Gratis‘-Produkten abdeckt und als Voraussetzung für ihre Anwendung keine Geldzahlung erforderlich ist. Bei datengesteuerten Verfahren besteht ein Zusammenspiel zwischen den europäischen Datenschutzvorschriften und der UGPRL. Die wirtschaftliche Bedeutung von Informationen über Verbrauchervorlieben sowie von personenbezogenen Daten und anderen nutzergenerierten Inhalten wird zunehmend erkannt. Wenn diese Produkte als ‚kostenlos‘ beworben werden, ohne den Verbrauchern angemessen zu erläutern, wie ihre Vorlieben, personenbezogenen Daten und nutzergenerierten Inhalte verwendet werden, könnte dies als eine irreführende Praxis und darüber hinaus möglicherweise als Verstoß gegen die Datenschutzvorschriften betrachtet werden.“¹⁶⁸⁷

3. § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 23 (Nr. 22 UWG n. F.)

Denkbar im Bereich des Datenschutzrechts ist auch ein Verstoß gegen § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 23 (Nr. 22 UWG n. F.), also die Irreführung über die Unternehmereigenschaft. Stets verboten ist hiernach die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tätig.

¹⁶⁸⁴ KG MMR 2020, 239 Rn. 58 – Datenschutz- und AGB-widrige Kontovoreinstellungen von Facebook; LG Berlin MMR 2018, 328 Rn. 50 – Facebook verstößt gegen Impressumspflicht und deutsches Datenschutzrecht; *Micklitz/Schirmbacher*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, § 3 UWG Rn. 128; *Biischer/Wille*, in: *Bücher, UWG*, 2. Aufl. 2021, Anh. Rn. 273; **a. A.** Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C

526/01, Ziffer 3.4; *Helberger/Borgesius/Reyna*, CMLR 54 (2017), 1427, 1443.

¹⁶⁸⁵ *Helberger/Borgesius/Reyna*, CMLR 54 (2017), 1427, 1443.

¹⁶⁸⁶ → Rn. 587.

¹⁶⁸⁷ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 3.4.

579

580

581

582 Das ist etwa für den Fall denkbar, dass sich der Unternehmer als Verbraucher geriert, um den Pflichten aus der DS-GVO zu entgehen (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO) oder um einfacher Daten von arglosen Verbrauchern zu unternehmerischen Zwecken zu erheben.¹⁶⁸⁸ Unberührt bleibt daneben die Unlauterkeit wegen der Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung nach § 5a Abs. 6 UWG (§ 5a Abs. 4 S. 1 UWG n. F.).¹⁶⁸⁹

4. Irreführung nach § 5 UWG

583 Auch der Irreführungstatbestand nach § 5 UWG kann in datenschutzrechtlicher Hinsicht relevant sein. Hierzu muss eine falsche oder sonst irreführende Angabe gemacht worden sein. Zwar mag in dem reinen Anbieten von Waren oder Dienstleistungen nicht konkludent die Angabe zu sehen sein, die Dienstleistung oder das Produkt sei datenschutzkonform.¹⁶⁹⁰ Dennoch sind vielfältige Konstellationen der Irreführung denkbar. Das betrifft zum einen unzutreffende Transparenzangaben, die zur Erlangung einer informierten Einwilligung oder im Rahmen von Informationspflichten nach Art. 13 f. DS-GVO geäußert werden.¹⁶⁹¹ Andererseits kann eine Irreführung auch durch werbliche Aussagen oder Aussagen in Verhaltenskodizes hervorgerufen werden.

a. Irreführung über Produkte und Dienstleistungen (Nr. 1)

aa. Technische Leistungsmerkmale

584 Von besonderer Relevanz erweisen sich die Umstände nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG n. F.). Dieser ist einschlägig, wenn irreführende oder falsche Angaben über wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung getätigt werden. So sind irreführende Angaben über die Beschaffenheit oder Ausführung der Ware oder Dienstleistung denkbar, z. B. wenn Angaben über die Konformität mit datenschutzrechtlichen Anforderungen erfolgen.¹⁶⁹² Das ist etwa denkbar bei technischen Leistungsmerkmalen von Waren oder Dienstleistungen, die im Rahmen technisch-organisatorischer Anforderungen nach Art. 25, 32 DS-GVO von Bedeutung sind.¹⁶⁹³

¹⁶⁸⁸ Vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

¹⁶⁸⁹ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10; → Rn. 615 f.

¹⁶⁹⁰ Hoeren/Lütke-meier, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S.107, 112 f.; Hoeren, in:

Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 135, 138.

¹⁶⁹¹ Aßhoff, CR 2018, 720 Rn. 43; vgl. Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 47; allgemein zur Transparenz im Hinblick auf Verbraucherinformationen Wulff/Seizov, VuR 2021, 363.

¹⁶⁹² Weichert, VuR 2006, 377, 379.

¹⁶⁹³ Vgl. Weichert, VuR 2006, 377, 379 f.; allgemein zu technischen Leistungsmerkmalen Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 UWG Rn. 2.106 f.

Fehlvorstellungen können etwa durch falsche oder sonstige zur Irreführung geeignete Informationen über die Einhaltung von Verhaltenskodizes, die Rückschlüsse auf wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung zulassen, hervorgerufen werden.¹⁶⁹⁴

bb. Intransparente Aufklärung über Datenverarbeitung

Der BGH hatte in der „Freunde finden“-Entscheidung darüber befunden, dass irreführende Angaben „über Art und Umfang der Datennutzung“ in Form eines Kontaktdatenimports durch Facebook nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG n. F.) lauterkeitsrechtlich relevant sind.¹⁶⁹⁵ Insoweit ist in ähnlichen Fallgestaltungen, in denen Betroffenen die Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Inanspruchnahme von Waren oder Dienstleistungen nicht transparent genug vor Augen geführt wird, an einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot zu denken.¹⁶⁹⁶ Als Beispiel wird insoweit das Setzen von Tracking-Cookies genannt.¹⁶⁹⁷ Versteckte Hinweise in Datenschutzklauseln oder sonstige „Barrieren“ verbieten sich damit grundsätzlich, soll eine solche Irreführung vermieden werden.¹⁶⁹⁸

585

Bedeutung erlangt aber auch der Zeitpunkt, in dem der Unternehmer den Verbraucher über die Datenverarbeitung informiert. Werden personenbezogene Daten beim Betroffenen erhoben, so sind die Informationspflichten nach Art. 13 Abs. 1 DS-GVO „zum Zeitpunkt der Erhebung“ zu erbringen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Informationen häufig singulär und alle Eventualitäten abdeckend bei Vertragsabschluss erteilt werden.¹⁶⁹⁹ Insoweit erfolgt die Information nicht situationsadäquat,¹⁷⁰⁰ sodass eine besondere Irreführungsgefahr für den Durchschnittsverbraucher besteht. Überzeugend vertrat der BGH deshalb in der bereits genannten „Freunde finden“-Entscheidung, dass Nutzer die Datenschutzhinweise oder Nutzungsbedingungen bei der Datenpreisgabe nicht vor Augen haben und das selbst dann nicht, wenn sie diese überobligatorisch vorher einmal zur Kenntnis genommen haben.¹⁷⁰¹ Es kann daher im Einzelfall über Art. 13 DS-GVO hinaus zur Vermeidung einer Irreführung erforderlich sein, Betroffene situationsadäquat nochmals über die Ausmaße der Datenverarbeitung zu informieren. Das ist insbesondere

586

¹⁶⁹⁴ *Vomhof*, in: *Eßer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 42 DS-GVO Rn. 84; vgl. *Schramm*, Privatrechtliche Wirkungen unternehmerischer Selbstverpflichtungen zur Einhaltung der Menschenrechte, 2020, S. 219 f.; vgl. auch *v. Lewinski*, Die Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 74.

¹⁶⁹⁵ BGH WRP 2016, 958 Rn. 75 – Freunde finden; für eine Übertragbarkeit auf die DS-GVO *Ohly*, GRUR 2019, 686, 693.

¹⁶⁹⁶ *Solmecke/Kocatepe*, ZD 2016, 489, 490; vgl. *Busche*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5 UWG Rn. 714.

¹⁶⁹⁷ *Himmels*, Behavioural Targeting im Internet - Da-

tenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, 2013, S. 164 hinsichtlich des Rechtsbruchtatbestands.

¹⁶⁹⁸ *Indenhuck/Strobl*, ITRB 2016, 251, 255.

¹⁶⁹⁹ *Rofsnagel/Geminn*, Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung aus Verbrauchersicht, S. 34, 59 f., 70.

¹⁷⁰⁰ *Rofsnagel/Geminn*, Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung aus Verbrauchersicht, S. 34.

¹⁷⁰¹ BGH WRP 2016, 958 Rn. 82 – Freunde finden.

denkbar, wenn es um die Preisgabe besonders vieler oder sensibler Informationen des Betroffenen geht.

b. Irreführung über den Preis (Nr. 2)

587 Bisweilen wird eine Irreführung über den Preis i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F.) für möglich gehalten, wenn der Betroffene dazu verleitet wird, über das erforderliche Maß hinaus, personenbezogene Daten zu übermitteln.¹⁷⁰² Das soll in den Fällen denkbar sein, in denen Daten als Gegenleistung zu betrachten sind.¹⁷⁰³ Diese Möglichkeit erscheint naheliegend, zumal das Thema „Daten als Gegenleistung“ in jüngster Zeit stärker rechtlich positiviert wurde. Das zeigt eindrucksvoll die Digitale-Inhalte-Richtlinie¹⁷⁰⁴. Diese Richtlinie wurde jüngst in deutsches Recht umgesetzt.¹⁷⁰⁵ Daten und Geld sollen insoweit gleichberechtigt als Zahlungsmittel nebeneinanderstehen (vgl. §§ 312a Abs. 1a S. 1, 327 Abs. 3 BGB), wobei jedoch Besonderheiten bei der Ausübung der datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte nach § 327q BGB bestehen.¹⁷⁰⁶ Mit der Anerkennung des wirtschaftlichen Werts von personenbezogenen Daten erscheint eine Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F.) denkbar und geboten.¹⁷⁰⁷ Inwieweit die bisherigen Fallgruppen¹⁷⁰⁸ auf „Daten als Gegenleistung“ übertragbar sind, wird sich zeigen müssen. Die hiervon zu trennende, praktische Frage bleibt, wie der monetäre Wert von Daten bemessen werden soll.¹⁷⁰⁹

¹⁷⁰² *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 19; vgl. auch Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 3.4.

¹⁷⁰³ *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 19.

¹⁷⁰⁴ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABL L 136 S. 1, ber. ABL L 305 S. 62.

¹⁷⁰⁵ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.6.2021, BGBl. I S. 2123; Zum RefE *Piltz*, Justizministerium veröffentlicht Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte – Vom „Zahlen mit Daten“ und der Vertragsnichtigkeit bei DSGVO-Verstößen, v. 10.11.2020. Der deutsche Gesetzgeber hat die schuldrechtliche Qualifizierung der Bereitstellung von personenbezogenen Daten oder

eine entsprechende Verpflichtung hierzu offengelassen, vgl. BT-Drs. 19/27653, S. 35; hierzu *Schreiber*, ZdiW 2021, 93.

¹⁷⁰⁶ *Sattler*, NJW 2020, 3623 Rn. 28; *Kumkar*, ZfPW 2020, 306, 322 ff.; *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217; *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1, 16 ff.; *Wendehorst*, NJW Sonderausgabe: Neues Schuldrecht, 2021, 17 Rn. 17; *Meurer/Fandler*, DSB 2021, 296; *Nissen*, Der monetäre Wert von Daten im Privatrecht, 2021 passim; ausführlich *Mischau*, ZEuP 2020, 335.

¹⁷⁰⁷ Vgl. insoweit zur Verbrauchergeneralklausel *Podszus*, in: *Harte-Bavendam/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz*, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3 UWG Rn. 91c mit Verweis auf die Diskussionen im Kartellrecht.

¹⁷⁰⁸ Vgl. *Bornkamm/Feddersen*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 UWG Rn. 3.22 ff.

¹⁷⁰⁹ Vgl. *Bijok*, Kommerzialisierungsfester Datenschutz, 2020, S. 264 ff.; *Bijok*, ZfDR 2021, 75; *Nissen*, Der monetäre Wert von Daten im Privatrecht, 2021, S. 83 ff.; *Reisener*, InsbÜrO, 2020, 393, 393 f.

c. Irreführung über die Identität (Nr. 3)

Der Verantwortliche hat nach Art. 13 Abs. 1 lit. a, Art. 14 Abs. 1 lit. a DS-GVO Angaben über Namen und Kontaktdaten zu machen. Irreführende Angaben können insoweit § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG n. F.) unterfallen und damit unlauter sein.¹⁷¹⁰

588

d. Irreführung über Verhaltenskodizes (Nr. 6)

Neben den per-se-Verboten nach § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 1 bis 4 sind irreführende geschäftliche Handlungen hinsichtlich Verhaltensregeln (Art. 40 ff. DS-GVO) auch nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 6 UWG n. F.) relevant.¹⁷¹¹ Unlauter sind demnach unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat, wenn er auf diese Bindung hinweist. Hält der Unternehmer die Verhaltensregeln also nicht ein, obwohl er auf seine Bindung hinweist, handelt er unlauter.¹⁷¹² Eine direkte Kontrolle über § 3a UWG ist jedoch mangels Rechtsnormqualität der Verhaltenskodizes nicht möglich.¹⁷¹³

589

e. Irreführung über Rechte (Nr. 7)**aa. Betroffenenrechte**

Irreführungen sind auch nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 7 UWG n. F.) hinsichtlich der Rechte des Verbrauchers möglich.¹⁷¹⁴ Das betrifft falsche wie auch irreführende, insbesondere verkürzte Angaben zu den Rechten¹⁷¹⁵ der Betroffenen nach Art. 12 ff. DS-GVO.¹⁷¹⁶ Die Norm spricht zwar von Verbraucherrechten, dieser

590

¹⁷¹⁰ *Gola/Reif*, RDV 2009, 104, 110; v. *Lewinski*, in: *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2018, § 23 Rn. 61; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.9.5.

¹⁷¹¹ *Kinast*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 41 DS-GVO Rn. 53; v. *Lewinski*, in: *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2018, § 23 Rn. 62; zum alten Recht *Peifer*, JZ 2012, 851, 858; *Peifer*, K&R 2011, 543, 547; *Kahlert*, DuD 2003, 412; *Martini*, NVwZ – Extra 6/2016, 1, 9; *Gola/Reif*, RDV 2009, 104, 110; *Himmels*, Behavioural Targeting im Internet - Datenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, 2013, S. 172 f.

¹⁷¹² *Bergt/Pesch*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 41 DS-GVO Rn. 24; *Vornhof*, in: *Efer/Kramer/v. Lewinski*, DS-GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 40 DS-GVO Rn. 80; *Kahlert*, DuD 2003, 412, 414; *Gola/Reif*, RDV 2009, 104, 110; *Schramm*, Privat-

rechtliche Wirkungen unternehmerischer Selbstverpflichtungen zur Einhaltung der Menschenrechte, 2020, S. 217 ff.; *Schwartmann/Gennen*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 41 DS-GVO Rn. 67 Fn. 19; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.8.4.

¹⁷¹³ → Rn. 395 ff.

¹⁷¹⁴ *Dinkel*, DuD 2019, 483, 484.

¹⁷¹⁵ Vgl. zur Frage, wann Rechtsfragen Angaben darstellen BGH WRP 2019, 883 Rn. 30 ff. – Prämiensparverträge; BGH WRP 2020, 1017 Rn. 38 – Preisänderungsregelung; *Seelig*, IPRB 2021, 237; *Stilner*, WRP 2015, 438; *Scherer*, WRP 2021, 1400 Rn. 27 ff.

¹⁷¹⁶ *Dinkel*, DuD 2019, 483, 484; vgl. zur Irreführung hinsichtlich der Rechte der Verbraucher *Möllnitz*, VuR 2020, 411.

Begriff ist indes sehr weit zu verstehen und umfasst sämtliche Rechte des Verbrauchers.¹⁷¹⁷ Hiergegen könnte angeführt werden, dass die Rechte nach Art. 12 ff. DSGVO keine Rechte „des Verbrauchers“, sondern „des Betroffenen“ sind. Allerdings kann die Formulierung in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 7 UWG n. F.) auch als eine bloße Beschränkung des Anwendungsbereichs auf das B2C-Verhältnis (vgl. Art. 3 Abs. 1 UGP-RL) interpretiert werden, sodass es letztlich darauf ankommt, ob zwischen einem Verbraucher und Unternehmer Rechte bestehen.¹⁷¹⁸

bb. Wirksamkeit der Einwilligung

(1) Täuschung über wahre Rechtslage

591 Das LG Frankfurt (Oder) nahm an, dass in der Einholung einer ungenügenden Einwilligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) auch eine Irreführung möglich sei, „da der Verbraucher annehmen muss, er habe eine den gesetzlichen Vorgaben genügende Einwilligung abgegeben“¹⁷¹⁹. In der Tat fällt auf, dass die Konstellation vergleichbar ist mit dem Fall, dass der Unternehmer über die Wirksamkeit von AGB täuscht und damit den Tatbestand von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 7 UWG n. F.) erfüllt.¹⁷²⁰ Getäuscht wird dabei nicht über dasjenige, was inhaltlich als vereinbart gelten soll, sondern über die von den unwirksamen AGB abweichende, tatsächlich bestehende Rechtslage (vgl. § 306 BGB).¹⁷²¹ Die Ähnlichkeit dieser Konstellation mit der Täuschung über die Wirksamkeit der Einwilligung kann darauf zurückgeführt werden, dass vorformulierte Einwilligungen als allgemeine Geschäftsbedingungen anhand der §§ 305 ff. BGB zu überprüfen sind.¹⁷²² Insoweit kann in einer Täuschung über die Wirksamkeit einer Einwilligung zugleich eine Täuschung über Verbraucherrechte erblickt werden.

(2) Cookie-Banner als Anwendungsfall

592 Folgen hätte das etwa bei Irreführungen über die „Cookie-Einwilligungen“, die nach der jüngsten obergerichtlichen Rechtsprechung zwingend aktiv einzuholen sind.¹⁷²³ Bei Cookie-Einwilligungen, z.B. in Form von Bannern auf Webseiten, ist zu beobachten, dass mittels sog. „dark patterns“¹⁷²⁴ Einfluss auf die Entscheidung genommen

¹⁷¹⁷ *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 UWG Rn. 8.4; *Micklitz/Namystowska*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 5 UWG Rn. 100.

¹⁷¹⁸ Vgl. *Lindacher/Pfeifer*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 5 UWG Rn. 1069.

¹⁷¹⁹ LG Frankfurt (Oder) WRP 2020, 1356 Rn. 19 – Grillparty und Inkontinenzprodukte.

¹⁷²⁰ *Herbrich*, jurisPR-ITR 23/2020 Anm. 5; OLG Hamburg MMR 2008, 44, 44; vgl. hierzu *Busche*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5 UWG Rn. 517 sowie *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 412; **a.A.** *Köhler*, GRUR 2010, 1047, 1050; *Bornkamm/Fedderson*,

in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 UWG Rn. 8.15.

¹⁷²¹ *Busche*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5 UWG Rn. 517.

¹⁷²² *Herbrich*, jurisPR-ITR 23/2020 Anm. 5; → Rn. 510 ff.

¹⁷²³ *Herbrich*, jurisPR-ITR 23/2020 Anm. 5; i. E. *Schutt*, AnwZert-ITR 5/2021 Anm. 2.

¹⁷²⁴ Vgl. hierzu allgemein *Weinzierl*, NVwZ 2020, 1087; *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47; *Leiser/Caruana*, EuCML 2021, 237; speziell zu Cookies *Weinzierl*, ZD-Aktuell 2020, 04419; *Baumgartner/Hansch*, ZD 2020, 435, 437 f.; *Hense*, DSB 2020,

wird, sodass die Grenze zur Irreführung im Einzelfall überschritten sein kann.¹⁷²⁵ Mit solchen manipulativen Cookie-Bannern musste sich etwa das LG Rostock beschäftigen, welches sie als nicht hinreichend angesehen hatte: „Der Umstand, dass der Nutzer bei dem nun verwendeten Cookie-Banner auch die Möglichkeit hat, über den Bereich ‚Nur notwendige Cookies verwenden‘ seine Einwilligung auf technisch notwendige Cookies zu beschränken, ändert an der Beurteilung nichts. Insoweit ist festzuhalten, dass dieser Button gar nicht als anklickbare Schaltfläche zu erkennen ist. Zudem tritt er auch neben dem grün unterlegten und damit als vorbelegt erscheinenden ‚Cookie zulassen‘-Button in den Hintergrund. Diese Möglichkeit wird von einer Vielzahl der Verbraucher deshalb regelmäßig gar nicht als gleichwertige Einwilligungsmöglichkeit wahrgenommen werden. Daran ändert auch der Einleitungstext nichts, da dieser bereits nicht darüber aufklärt, welche Cookies wie vorbelegt sind und damit durch welchen Button, welche Cookies ‚aktiviert‘ werden.“¹⁷²⁶ Insoweit kann nach dem Vorgesagten eine Irreführung über die tatsächlich bestehende Rechtslage (Verarbeitung ist unzulässig) hervorgerufen werden.

(3) Praktische Relevanz

Es bleibt abzuwarten, ob tatsächlich auch der Weg über § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 7 UWG n. F.) eingeschlagen werden wird, um Cookie-Banner lauterkeits- und datenschutzrechtlich zu überprüfen. Relevant werden könnte ein Rückgriff auf diese Norm – neben der Frage eines Schadensersatzanspruchs nach § 9 Abs. 2 UWG n. F. – für den kaum denkbaren Fall, dass ein Cookie-Banner tatsächlich geeignet ist, die strengen Anforderungen einer Einwilligungserklärung zu erfüllen und dennoch irreführend zu sein. Jüngst sind der Verband *noyb*¹⁷²⁷ und die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden¹⁷²⁸ nicht ohne Grund gegen solche Praktiken datenschutzrechtlich vorgegangen, da sie die datenschutzrechtliche Wirksamkeit solcher Einwilligungen für zweifelhaft halten. Ist die Einwilligung aber bereits unwirksam, liegt in der Verarbeitung ein Verstoß gegen das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, was

593

236, 237; *Degeling/Utz/Urban*, Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik, Nr. 231/232, 77, 81 f.; *Schutt*, AnwZert-ITR 5/2021 Anm. 2; *Loy/Baumgartner*, ZD 2021, 404.

¹⁷²⁵ *Herbrich*, jurisPR-ITR 23/2020 Anm. 5; *Schutt*, AnwZert-ITR 5/2021 Anm. 2; vgl. *Krimphove/Michel*, ZVertriebsR 2017, 149, 150; *Ohrtmann/Möller*, DSB 2020, 188, 190; *Tochtermann*, ZdiW 2021, 303, 306 f.; *Benedikt*, ZdiW 2021, 259, 262; allgemein *Leiser/Caruana*, EuCML 2021, 237, 246.

¹⁷²⁶ LG Rostock GRUR-RS 2020, 32027 Rn. 54 – Wirksamkeit der Einwilligung in die Nutzung von Drittanbieter-Cookies; ebenso *Wilfling*, in: DSRITB 2019, S. 301, 310; *Schutt*, AnwZert-ITR 5/2021 Anm. 2.

¹⁷²⁷ *Noyb*, *noyb* setzt dem Cookie-Banner-Wahnsinn ein Ende, Pressemitteilung v. 31.5.2021; *noyb*, *noyb*

reicht 422 formelle DSGVO-Beschwerden gegen Cookie-Banner-Wahnsinn ein, Pressemitteilung v. 10.8.2021.

¹⁷²⁸ *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein*, Länderübergreifende Datenschutz-Prüfung von Medien-Webseiten: Nachbesserungen nötig, Pressemitteilung v. 30.6.2021: die Datenschutzaufsichtsbehörden haben Online-Medien auf die DS-GVO-Konformität ihrer Cookie-Banner geprüft und sind zu dem Ergebnis gelangt, dass die Umsetzung im Wesentlichen rechtswidrig war und Verstöße trotz (vorgeblicher) Änderungen nicht abgestellt wurden.

den wesentlichen Gedanken der gesetzlichen Regelung widerspricht und im Zweifel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligend für den Vertragsgegner ist. Damit wäre der Weg zu §§ 3 Abs. 1, 3a UWG ohnehin eröffnet, ohne dass es auf § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 7 UWG n. F.) ankäme. Wird der Weg über § 3a UWG eingeschlagen, wären wieder die Anforderungen des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zu beachten, die bei dem gerade vorgestellten Weg über das originäre Lauterkeitsrecht gerade nicht erforderlich wären.¹⁷²⁹

cc. „Schufa-Drohungen“

- 594** Abseits von § 4a UWG¹⁷³⁰ können sich „Schufa-Drohungen“¹⁷³¹ auch als irreführend i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG (§ 5 Abs. 2 Nr. 7 UWG n. F.) erweisen, wenn der Unternehmer als Gläubiger den Schuldner darüber irreführt, dass ein einfaches Bestreiten einer Forderung eine Meldung an eine Auskunftfei („Einmeldung“) unzulässig macht.¹⁷³²
- 595** Unter der Rechtslage des BDSG a. F. war die Möglichkeit des Bestreitens noch ausdrücklich in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 lit. d BDSG a. F. vorgesehen, um eine Übermittlung an eine Auskunftfei zu verhindern. Eine entsprechende Regelung existiert unter der DS-GVO nicht. Zwar ist eine ähnliche Regelung in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. d BDSG vorhanden, aber erstens ist die Norm mangels einschlägiger Öffnungsklausel unionsrechtswidrig,¹⁷³³ zweitens regelt sie nur die Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswerts und nicht die Übermittlung von Informationen an eine Auskunftfei¹⁷³⁴.
- 596** Richtigerweise ist anhand von Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO im Rahmen einer Interessenabwägung die Übermittlung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen.¹⁷³⁵ Ob ein einfaches Bestreiten nunmehr ausreichend ist, ist umstritten.¹⁷³⁶ Sieht man ein qualifiziertes Bestreiten als notwendig an, kann aber auch über diese Möglichkeit, eine

¹⁷²⁹ → Rn. 513.

¹⁷³⁰ → Rn. 621 ff.

¹⁷³¹ Schufa steht für „Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung“. Selbstredend hat die Schufa kein Monopol, sodass die Ausführungen sich auch auf andere Auskunftfeien beziehen. Zur Geschichte der Auskunftfei *Adolff/Langebucher*, in: FS Krieger, 2020, S. 1, 2 ff.

¹⁷³² *Rau*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 4a UWG Rn. 159.

¹⁷³³ → Rn. 78 ff.

¹⁷³⁴ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, § 31 BDSG Rn. 3; *Hettenbach*, EwIR 2021, 451, 452; das verkennen das LG Bonn ZD 2020, 161 Rn. 16 – Kein Anspruch auf Widerruf einer Mitteilung an die SCHUFA nach Bezahlung der Forderung und das LG Lüneburg ZD 2021, 275 Rn. 25 – Schmerzensgeld für rechtswidrige SCHUFA-Einmeldung.

¹⁷³⁵ VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 38; *Krämer*, NJW 2018, 347, 348 f.; *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 2019, § 11 Rn. 20; vgl. *Adolff/Langebucher*, in: FS Krieger, 2020, S. 1, 6 f.; *Walter*, zfm 2019, 179, 180; vgl. allgemein zur Unionsrechtskonformität des § 31 BDSG hinsichtlich des Scorings den Vorlagebeschluss des VG Wiesbaden BeckRS 2021, 30719; zu diesem *Radtke*, Schufa und die DSGVO: Betroffenenrecht (nicht) um jeden Preis?, v. 2.11.2021; vgl. auch *Kroschwald/Polerz*, in: Brönnecke/Föhlich/Tonner, Das neue Schuldrecht, 2022, § 6 Rn. 21.

¹⁷³⁶ So offenbar LG Osnabrück GRUR-RS 2020, 8778 Rn. 17 – Unlautere Zahlungsaufforderung; *a. A.* *Krämer*, NJW 2018, 347, 348 f.; *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 137; *Walter*, zfm 2019, 179, 182.

bevorstehende Übermittlung zu stoppen, irreführt werden. Lediglich der Anknüpfungspunkt für die Irreführung unterscheidet sich in diesem Fall. Im Übrigen bleibt zu beachten, dass Aussagen über die Rechtslage nur ausnahmsweise anhand des Irreführungstatbestands gemessen werden können.¹⁷³⁷ Denkbar ist eine Irreführung bei der nunmehr notwendigen Abwägung im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO vor allem dann, wenn fälschlicherweise eine eindeutige Rechtslage suggeriert wird.¹⁷³⁸

5. Irreführung durch Unterlassen (§ 5a Abs. 2 UWG = § 5a Abs. 1 UWG n. F.)

Nachdem die DS-GVO auch Informationspflichten statuiert, liegt ein Rückgriff auf § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) im Falle einer fehlenden oder unvollständigen Erfüllung der Informationspflicht nahe.¹⁷³⁹ Unlauter handelt hiernach, wer im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthält, die dieser je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Daneben muss das Vorenthalten geeignet sein, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Zentrale Frage ist demnach, ob eine vorenthaltene Information wesentlich ist.¹⁷⁴⁰

597

a. Unionsrechtlich fundierte Informationspflichten (§ 5a Abs. 4 UWG = § 5b Abs. 4 UWG n. F.)

Nachdem die DS-GVO Informationspflichten statuiert, erscheint zunächst eine Anwendung des § 5a Abs. 4 UWG (§ 5b Abs. 4 UWG n. F.) naheliegend, der die Wesentlichkeit einer Information konkretisiert.¹⁷⁴¹ Als wesentlich gelten danach auch Informationen, die dem Verbraucher aufgrund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen.

598

¹⁷³⁷ BGH WRP 2020, 1017 Rn. 42 – Preisänderungsregelung; BGH WRP 2019, 883 Rn. 30 – Prämiensparverträge.

¹⁷³⁸ Vgl. BGH WRP 2020, 1017 Rn. 42 – Preisänderungsregelung.

¹⁷³⁹ *Aßhoff*, CR 2018, 720 Rn. 43; *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1277.

¹⁷⁴⁰ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 3.10.

¹⁷⁴¹ *Dünkel*, DuD 2019, 483, 484; *Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolk-*

mitt, UWG, 5. Aufl. 2021, § 5a UWG Rn. 17; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10 („Darüber hinaus könnten die Informationspflichten aus der DSGVO und der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation als wesentliche Informationen im Sinne von Artikel 7 Absatz 5 UGPRL betrachtet werden.“) sowie Nr. 2.9.1.

- 599** Der Rückgriff wird nach teilweise vertretener Auffassung aufgrund der vermeintlich bestehenden Sperrwirkung der DS-GVO¹⁷⁴² sowie durch Art. 3 Abs. 4 UGP-RL¹⁷⁴³ gesperrt. Nach Art. 3 Abs. 4 UGP-RL gehen Bestimmungen der UGP-RL im Falle einer Kollision mit anderen Rechtsvorschriften der Union, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, nach. Nach hier vertretener Auffassung entfaltet die DS-GVO jedoch insoweit keine Sperrwirkung und regelt auch keine besonderen Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken,¹⁷⁴⁴ sodass Art. 7 Abs. 5 UGP-RL bzw. dessen Umsetzung in § 5a Abs. 4 UWG (§ 5b Abs. 4 UWG n. F.) zur Anwendung gelangen.
- 600** Zweifelhaft ist jedoch, ob Bestimmungen über kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing vorliegen. Hinsichtlich Art. 12 bis 14 DS-GVO wird dies zu verneinen sein.¹⁷⁴⁵ Anders sieht es hingegen bei der Informationspflicht hinsichtlich der Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu Zwecken der Direktwerbung nach Art. 21 Abs. 4 DS-GVO aus. Ein Zusammenhang mit kommerzieller Kommunikation lässt sich hier schwerlich bestreiten, sodass die Anwendung des § 5a Abs. 4 UWG (§ 5b Abs. 4 UWG n. F.) geboten ist. Wird die Anwendbarkeit des § 5a Abs. 4 UWG (§ 5b Abs. 4 UWG n. F.) hinsichtlich Art. 21 Abs. 4 DS-GVO verneint, so ist die Information jedenfalls wesentlich nach § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.).¹⁷⁴⁶ Auch diese Information ist gewichtig für den Verbraucher, dessen Entscheidungsfreiheit durch die Direktwerbung beeinflusst wird.¹⁷⁴⁷ Daneben wurde bereits festgestellt, dass Art. 21 Abs. 4 DS-GVO eine taugliche Marktverhaltensregelung i. S. v. § 3a UWG darstellt.¹⁷⁴⁸

b. Wesentliche Informationen (§ 5a Abs. 2 UWG = § 5a Abs. 1 UWG n. F.)

- 601** Bei sonstigen Informationen bleibt zu klären, ob diese „wesentlich“ sind. Nach der Rechtsprechung des BGH ist „[e]ine Information [...] nicht allein schon deshalb wesentlich im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.), weil sie für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers von Bedeutung sein kann, sondern nur dann, wenn ihre Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann und ihr für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zudem ein erhebliches Gewicht zukommt“¹⁷⁴⁹.

¹⁷⁴² *Ohly*, GRUR 2019, 686, 693; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 48.

¹⁷⁴³ OLG Stuttgart WRP 2020, 509 Rn. 54 – Bestimmte Informationspflichten aus Art. 13 DSGVO als Marktverhaltensregelungen; *Ohly*, GRUR 2019, 686, 693; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 48.

¹⁷⁴⁴ → Rn. 314 ff.

¹⁷⁴⁵ *Ohly*, GRUR 2019, 686, 693.

¹⁷⁴⁶ Zum BDSG a. F. *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449,

452.

¹⁷⁴⁷ → Rn. 426 f.

¹⁷⁴⁸ → Rn. 483 ff.

¹⁷⁴⁹ BGH WRP 2017, 1468 Rn. 19 – Preisportal; vgl. umfassend zum Begriff der Wesentlichkeit *Böhler*, GRUR 2018, 886; *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 5a UWG Rn. 46 ff.

aa. Datenschutzrechtliche Informationspflichten

Hinsichtlich der Informationspflicht nach Art. 13 DS-GVO wurde bereits herausgearbeitet, dass diese auch dem Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher dient.¹⁷⁵⁰ Die Norm bezweckt also die Schaffung einer Informationsbasis für eine hinreichend informierte Entscheidung.

Es ist daher zu prüfen, welche Informationen wesentlich sind. Von erheblichem Gewicht sind in jedem Fall die Informationen hinsichtlich der Identität des Verantwortlichen (Art. 13 Abs. 1 lit. a DS-GVO).¹⁷⁵¹ Sieht man die Informationspflichten als Grundlage zur Schaffung eines Wettbewerbs um datenschutzfreundliche Angebote, sind wesentliche Aspekte auch die meisten „nicht generischen“ Informationen, die sich auf den konkreten Verantwortlichen beziehen und nicht – wie die Rechte des Betroffenen – in jedem Fall identisch anzugeben sind. Konkret betrifft das Informationen über den Zweck der Verarbeitung, berechnete Interessen des Verantwortlichen oder Dritter, Empfänger bzw. Empfängerkategorien, Drittlandtransfers (Art. 13 Abs. 1 lit. c bis f DS-GVO) sowie über die Dauer der Speicherung, die Notwendigkeit Informationen bereitzustellen und zuletzt das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung (Art. 13 Abs. 2 lit. a, e, f DS-GVO). Eine abweichende Betrachtung im Vergleich zu anderen lauterkeitsrechtlich relevanten Informationen, wie etwa §§ 312c Abs. 1 Nr. 1, 312e Abs. 1 Nr. 2 BGB, erscheint hier nicht angemessen.¹⁷⁵²

Huppertz/Ohrmann nennen als Beispiel für eine wesentliche Information den Einsatz von Tracking-Tools, welcher den Verbraucher zum Verlassen der Webseite eines Unternehmers und damit zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen könnte.¹⁷⁵³

Das LG Frankfurt a. M. sah es zumindest als wesentliche Information an, dass ein Smart-TV bereits bei Inbetriebnahme personenbezogene Daten nach Südkorea übermittelt, ohne dass Hinweise nach § 13 Abs. 1 TMG¹⁷⁵⁴ erteilt oder eine Einwilligung eingeholt wurde.¹⁷⁵⁵ Genauere Anforderungen haben sich hinsichtlich Gewinnspielteilnahmen als Mittel zur Adressengenerierung entwickelt. So muss der Verantwortliche die Empfänger der Datenübermittlung offenlegen, ebenso, ob bestimmte Daten erforderlich bzw. freiwillig sind und zu welchem Zweck die Erhebung erfolgt.¹⁷⁵⁶

602

603

604

¹⁷⁵⁰ → Rn. 464 ff.

¹⁷⁵¹ Zu BDSG a. F. *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 452.

¹⁷⁵² Vgl. *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 452.

¹⁷⁵³ *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449, 452; ebenso *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 537; *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 21.

¹⁷⁵⁴ Zur Unionswidrigkeit dieser Norm → Rn. 472.

¹⁷⁵⁵ LG Frankfurt a. M. ZD 2016, 494, 496 – Samsung SmartTV; zustimmend *Laoutoumai/Sanli*, K&R 2016,

534, 534; *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1178, 1277; *Mantz/Spittka*, in: *Sassenberg/Faber*, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 41.

¹⁷⁵⁶ *Alexander*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5a UWG Rn. 667; *Hecker/Rutting*, in: *Fezer/Büschler/Obergfell*, UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, S 20 Rn. 177.

605 In der Empfehlung der Kommission zur Auslegung der UGP-RL wird zudem davon ausgegangen, dass ein Gewerbetreibender offenlegen muss, dass er personenbezogene Daten zu kommerziellen Zwecken weiterverarbeitet, wenn die Daten zwingend im Rahmen der Inanspruchnahme eines Dienstes vom betroffenen Verbraucher übermittelt werden müssen.¹⁷⁵⁷

bb. Datenschutzstandards

606 Werden Datenschutzstandards im Einzelfall für den Markt als entscheidend angesehen, so kann eine Aufklärungspflicht hierüber erwachsen.¹⁷⁵⁸ Befürwortet wird insoweit eine Aufklärungspflicht über Datenschutzgrundeinstellungen von Diensten, damit diese im Anschluss geändert werden können.¹⁷⁵⁹ Nachdem Art. 25 Abs. 2 DS-GVO bereits eine Pflicht zu möglichst datenschutzfreundlichen Voreinstellungen („privacy by default“ bzw. „data protection by default“) vorsieht,¹⁷⁶⁰ könnten entsprechende Abweichungen vom Regelfall als wesentliche Informationen angesehen werden.¹⁷⁶¹ *Tochtermann* nennt in diesem Kontext als Beispiel für eine Irreführung durch Unterlassen ein soziales Netzwerk, dass durch unzureichende Informationen über seine Funktionsweise seine Nutzer dazu bringt, weiterhin vollumfänglich personenbezogene Daten preiszugeben und sie damit davon abhält, von ihren Rechten – die Datenschutzeinstellungen zu ändern – Gebrauch zu machen.¹⁷⁶²

cc. Personalisierte Preise

607 Personalisierte Preise werden unter Verarbeitung personenbezogener Daten generiert („personalized pricing“).¹⁷⁶³ So wird angenommen, dass durch den verantwortlichen Unternehmer zumindest offenzulegen ist, dass eine personalisierte Preisfindung erfolgt, da der Verbraucher noch immer von einem Einheitspreis ausgehe und

¹⁷⁵⁷ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

¹⁷⁵⁸ *Pejfer*, JZ 2012, 851, 858; *Bork*, Technische Möglichkeiten der Datenerhebung und zivilrechtliche Folgen bei Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Informationspflichten, 2012, S. 203.

¹⁷⁵⁹ *Pejfer*, JZ 2012, 851, 858; *Pejfer*, K&R 2011, 543, 547; *Himmels*, Behavioural Targeting im Internet - Daten-

schutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, 2013, S. 188 f.

¹⁷⁶⁰ Hierzu *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 25 DS-GVO Rn. 24 ff.; *Baumgartner/Gausling*, ZD 2017, 308; *Martini/Weinzierl*, RW 2019, 287.

¹⁷⁶¹ Ähnlich *Schaub*, WRP 2019, 1391 Rn. 19.

¹⁷⁶² *Tochtermann*, ZdiW 2021, 303, 308.

¹⁷⁶³ Vgl. *Golland*, in: DSRITB 2019, S. 61; *Gerpott/Mikolas*, InTer 2021, 122, 123; *Kenning/Zimmermann-Jansen*, ZWeR 2021, 62, 66 ff.; *Akon*, EuCML 2021, 228.

personalisierte Preise von diesem nicht erwartet werden.¹⁷⁶⁴ Weitergehend wird teilweise vertreten, dass sogar der Referenzpreis ohne Personalisierung offenzulegen ist.¹⁷⁶⁵

Durch die EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union¹⁷⁶⁶ wurde die Verbraucherrechte-RL¹⁷⁶⁷ geändert. Art. 6 Abs. 1 lit. ea Verbraucherrechte-RL sieht insoweit nun vor, dass der Verbraucher durch einen Vertrag im Fernabsatz oder einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag oder ein entsprechendes Vertragsangebot gebunden ist, der Unternehmer den Verbraucher in klarer und verständlicher Weise darauf hinzuweisen hat, dass der Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert worden ist. Erwägungsgrund 45 S. 2 der Verbraucherrechte-RL nennt die damit einhergehenden Risiken für die Kaufentscheidung des Verbrauchers als Schutzzweck. Erwägungsgrund 45 S. 4 schränkt jedoch ein: „Diese Informationspflicht sollte nicht für Techniken wie die dynamische Preissetzung oder die Preissetzung in Echtzeit gelten, bei denen sich der Preis in sehr flexibler und schneller Weise in Abhängigkeit von der Marktnachfrage ändert, ohne dass diese Techniken eine Personalisierung auf der Grundlage automatisierter Entscheidungsfindung umfassen.“ Hierbei handelt es sich jedoch um dynamische, nicht aber personalisierte Preise, deren Generierung ohne Personenbezug (z. B. Preisänderung aufgrund von generellen Nachfrageschwankungen) auskommt.¹⁷⁶⁸

Die Regelung wurde rechtzeitig bis zum Ziel des 28.11.2021 in mitgliedstaatliches Recht umgesetzt. Im deutschen Recht geschah dies mit einer Ergänzung des

608

609

¹⁷⁶⁴ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 4.2.8; *Micklitz/Namysłowska*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, § 5a UWG Rn. 61; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, *VuR* 2016, 403, 407; *Hofmann*, *WRP* 2016, 1074 Rn. 25 ff.; *Obergfell*, *ZLR* 2017, 290, 299; *Leeb/Schmidt-Kessel*, in: *Kaulartz/Braegelmann, Rechts Handbuch Artificial Intelligence und Machine Learning*, 2020, Kap. 10 Rn. 50; *Volmar*, *Digitale Marktmacht*, 2019, S. 402; *Engert*, *AcP* 218 (2018), 304, 343; *Tillmann/Vogt*, *VuR* 2018, 447, 452; vgl. *Schäfers*, *AcP* 221 (2021), 32, 49; *Hidar*, *Rechtliche Grenzen smarterer Preisgestaltung*, 2021, S. 322; *Gerpott/Mikolas*, *InTer* 2021, 122, 123; *Akon*, *EuCML* 2021, 228, 231; **a. A.** *Tietjen/Flöter*, *GRUR-Prax* 2017, 546, 548 unter Verweis auf die Selbstregulierung des Marktes; *Hennemann*, *AcP* 219 (2019), 818, 832.

¹⁷⁶⁵ *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, *VuR* 2016, 403, 408;

a. A. *Hennemann*, *AcP* 219 (2019), 818, 833; *Zurth*, *AcP* 221 (2021), 514, 545 f.; *Tietjen/Flöter*, *GRUR-Prax* 2017, 546, 548; *Tillmann/Vogt*, *VuR* 2018, 447, 452.

¹⁷⁶⁶ Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, *ABl. L* 328/7.

¹⁷⁶⁷ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, *ABl. L* 304 S. 64.

¹⁷⁶⁸ *Tonner*, in: *Brönnecke/Föhlich/Tonner*, *Das neue Schuldrecht*, 2022, § 9 Rn. 20.

Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 EGBGB (i. V. m. § 312j Abs. 2 BGB).¹⁷⁶⁹ Durch diese unionsrechtlich fundierte Informationspflicht wird der Weg zu § 5a Abs. 4 UWG (§ 5b Abs. 4 UWG n. F.) als eröffnet angesehen, sodass es auf § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) isoliert nicht mehr ankommen sollte.¹⁷⁷⁰ Das Merkmal der „kommerziellen Kommunikation“¹⁷⁷¹ ist hier zweifelhaft, jedoch verweist Anhang II zu Art. 7 Abs. 5 UGP-RL auf Informationspflichten aus der Fernabsatz-RL (Art. 4 und 5), welche durch die Verbraucherrechte-RL abgelöst wurden.¹⁷⁷² Verweise auf die Fernabsatz-RL gelten als Verweise auf die Verbraucherrechte-RL, Art. 31 Abs. 2 Verbraucherrechte-RL. Nach Anhang II der Verbraucherrechte-RL (Entsprechungstabelle) wird damit auch auf Art. 6 Verbraucherrechte-RL verwiesen. Insoweit kann daher tatsächlich davon ausgegangen werden, dass der Weg zu § 5a Abs. 4 UWG (§ 5b Abs. 4 UWG n. F.) eröffnet ist.¹⁷⁷³

- 610** Die Angabe des nichtpersonalisierten Referenzpreises ist nach der Verbraucherrechte-RL nicht vorgesehen und dürfte sich auch nicht über § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) herleiten lassen.¹⁷⁷⁴ Auch sonstige Irreführungen dürften bei personalisierten Preisen im Regelfall nicht anzunehmen sein.¹⁷⁷⁵

dd. Individualisierte Versicherungstarife

- 611** Einen Sonderfall individualisierter Preise stellen individualisierte Versicherungstarife (z. B. „Pay-as-you-drive“) dar. Soweit personenbezogene Daten für die Vertragsdurchführung offenzulegen sind, ist auch die Parametrierung des Tarifpreises in verständlicher Weise offenzulegen, damit der Versicherte weiß, welche Verhaltensweisen diesen in welchem Maße beeinflussen. Dieser Grundsatz wird zwar für den AGB-rechtlichen Transparenzgrundsatz (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) vertreten,¹⁷⁷⁶ lässt sich aber

¹⁷⁶⁹ Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 10.08.2021, BGBl. I S. 3483; vgl. *Gerpott/Mikolas*, InTer 2021, 122, 123; *Jenkouk*, ZdiW 2021, 133.

¹⁷⁷⁰ *Zurth*, AcP 221 (2021), 514, 544 f.; *Hidar*, Rechtliche Grenzen smarter Preisgestaltung, 2021, S. 324 f.

¹⁷⁷¹ Vgl. hierzu *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 UWG Rn. 5.3.

¹⁷⁷² *Alexander*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5a UWG Rn. 449.

¹⁷⁷³ Vgl. *Alexander*, in: *MüKoUWG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5a UWG Rn. 272: „Während § 5a Abs. 3 UWG nur für

eine Aufforderung zum Kauf gilt, kann § 5a Abs. 4 UWG im Prinzip sämtliche unionsrechtlich fundierten Informationsgebote vor und bei, aber auch nach Vertragsschluss erfassen.“

¹⁷⁷⁴ *Hennemann*, AcP 219 (2019), 818, 833; *Zurth*, AcP 221 (2021), 514, 545 f.; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546, 548; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 452.

¹⁷⁷⁵ *Zurth*, AcP 221 (2021), 514, 546 f.; *Hidar*, Rechtliche Grenzen smarter Preisgestaltung, 2021, S. 325.

¹⁷⁷⁶ *Lüttringhaus*, in: *Dutta/Heinze*, „Mehr Freiheit wagen“, 2018, S. 55, 64 ff.; *Klimke*, r+s 2015, 217, 218 f.; *Brömmelmeyer*, r+s 2017, 225, 230; vgl. EuGH NJW 2015, 1811 Rn. 41: „damit der betroffene Verbraucher in der Lage ist, die sich für ihn daraus ergebenden wirtschaftlichen Folgen auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien einzuschätzen.“

ohne weiteres auf § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) übertragen, da dieses Wissen für die geschäftliche Entscheidung unabdingbar und auch dem Unternehmer zumutbar ist.

ee. „Schufa-Drohungen“

Eine wesentliche Information war es nach der Rechtslage unter dem BDSG a. F. auch, dass ein Bestreiten der Forderung die Übermittlung der personenbezogenen Daten an eine Auskunftfei unzulässig macht. Unterlässt der Gläubiger diesen Hinweis, kam ein Verstoß gegen § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) in Betracht.¹⁷⁷⁷ Es ist unklar, ob nunmehr unter der DS-GVO ein einfaches Bestreiten noch ausreicht.¹⁷⁷⁸ Wird dies angenommen, lässt sich diese Auslegung des § 5a Abs. 2 UWG (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.) ohne Weiteres aufrecht erhalten. Andernfalls müssen Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer (§ 5a Abs. 1 UWG n. F.), sofern sie natürliche Personen sind, jedenfalls darauf hingewiesen werden, dass ein qualifiziertes Bestreiten der Übermittlung an Auskunftfeien entgegenstehen kann.

612

c. Basisinformationen (§ 5a Abs. 3 UWG = § 5b Abs. 1 UWG n. F.)

§ 5a Abs. 3 UWG (§ 5b Abs. 1 UWG n. F.) enthält bestimmte „Basisinformationen“ im Falle eines Geschäftsangebots.¹⁷⁷⁹ Grundsätzlich ist hierbei nach Nr. 4 durch den Unternehmer über Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie Verfahren zum Umgang mit Beschwerden zu informieren, soweit sie von Erfordernissen der unternehmerischen Sorgfalt abweichen. Unternehmerische Sorgfalt ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG n. F.) der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält. Diese Norm kommt damit vor allem bei Konstellationen in Betracht, in denen Aufklärungshinweise über ungewöhnliche Abweichungen vom Üblichen fehlen.¹⁷⁸⁰

613

Nr. 4 könnte in datenschutzrechtlicher Hinsicht beispielsweise dann eingreifen, wenn Datenschutzklauseln von den Marktgepflogenheiten i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG n. F.) abweichen.¹⁷⁸¹ Das sind etwa nach §§ 307 ff. BGB unwirksame Datenschutzklauseln.¹⁷⁸² Auf die Wirksamkeit der Datenschutzklausel

614

¹⁷⁷⁷ *Rau*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 4a UWG Rn. 159.

¹⁷⁷⁸ → Rn. 594.

¹⁷⁷⁹ *Alexander*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5a UWG Rn. 298; *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 5a UWG Rn. 82; zur Frage, ob § 5a Abs. 3 UWG (§ 5b Abs. 1 UWG n. F.) abschließend ist *Sosnitzka*, in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 5a UWG Rn. 69; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des

Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.9.5.

¹⁷⁸⁰ *Vander*, in: DSRITB 2010, S. 567, 570.

¹⁷⁸¹ Vgl. *Alexander*, WRP 2016, 139 Rn. 30; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 4.49.

¹⁷⁸² Vgl. *Alexander*, WRP 2016, 139 Rn. 31; *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 5a UWG Rn. 138; siehe auch → Rn. 510 ff.

kommt es nicht zwingend an, sodass darüber hinaus auch ungewöhnliche Klauseln an dieser Norm zu messen sind.¹⁷⁸³ Nachdem die Norm bezweckt, dass der Vertragsgegner vor Risiken gewarnt werden soll,¹⁷⁸⁴ überschneidet sich der Schutzzweck partiell mit der Informationspflicht aus Art. 13 DS-GVO. Es kann also angenommen werden, dass jedenfalls Informationen über ungewöhnliche Datenklauseln als wesentlich gelten und damit eine Informationspflicht besteht, sofern sie sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben.

d. Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks (§ 5a Abs. 6 UWG = § 5a Abs. 4 S. 1 UWG n. F.)

- 615** Unlauter handelt nach § 5a Abs. 6 UWG (§ 5a Abs. 4 S. 1 UWG n. F.), wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Bereits in der Erhebung der Daten kann eine geschäftliche Handlung liegen,¹⁷⁸⁵ sodass ein Unternehmer, der den kommerziellen Charakter einer Datenerhebung nicht kenntlich macht, einen Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG (§ 5a Abs. 4 S. 1 UWG n. F.) begeht.¹⁷⁸⁶ Das kann etwa dann anzunehmen sein, wenn dem betroffenen Verbraucher suggeriert wird, die Inanspruchnahme einer Ware oder Dienstleistung koste nichts, obgleich die eigentliche Gegenleistung in der Verarbeitung der personenbezogenen Daten liegt.¹⁷⁸⁷ Gleichzeitig ist ein Verstoß gegen § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang Nr. 22 und 23 (Anhang Nr. 21 und 22 UWG n. F.) denkbar.¹⁷⁸⁸

¹⁷⁸³ Vgl. *Alexander*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5a UWG Rn. 399; *Alexander*, WRP 2016, 139 Rn. 31; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 4.49; *Büscher*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 5a UWG Rn. 138; *Vander*, in: DSRITB 2010, S. 567, 570.

¹⁷⁸⁴ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 4.49.

¹⁷⁸⁵ → Rn. 360 ff.

¹⁷⁸⁶ *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 47; vgl. *Büscher*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 5a UWG Rn. 231; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über un-

lautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

¹⁷⁸⁷ *Helberger/Borgesius/Reyna*, CMLR 54 (2017), 1427, 1443.

¹⁷⁸⁸ *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 47; *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3 UWG Rn. 136; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

Als Beispiel für eine Verschleierung des kommerziellen Erhebungszwecks kann eine als wissenschaftliche Forschung getarnte Verbraucherbefragung genannt werden.¹⁷⁸⁹ Dieser Aspekt ist auf verdeckte Laienwerbung¹⁷⁹⁰ übertragbar, aber auch insgesamt verallgemeinerungsfähig. Verschleiert ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher den werblichen Zweck einer Datenverarbeitung, so kommt ein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG (§ 5a Abs. 4 S. 1 UWG n. F.) in Betracht.¹⁷⁹¹ Bei einer reinen Adressbeschaffung („Adresskauf“) wird der Verbraucher hingegen nicht über einen kommerziellen Zweck getäuscht.¹⁷⁹² Auch ein Verstoß gegen § 4a UWG kommt bei der Datenbeschaffung auf diesem Wege nicht in Betracht, da noch nicht auf die Entscheidungsfreiheit eingewirkt wird.¹⁷⁹³

616

II. Aggressive geschäftliche Handlungen

1. Aggressive geschäftliche Handlungen (§ 4a UWG)

Nach Maßgabe des § 4a UWG sind geschäftliche Handlungen als aggressiv einzustufen und damit unlauter. Eine geschäftliche Handlung ist nach § 4a Abs. 1 S. 2 UWG dann aggressiv, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers durch Belästigung, Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt oder unzulässiger Beeinflussung erheblich zu beeinträchtigen.

617

a. Einholung einer Einwilligung als aggressive geschäftliche Handlung

Es ist beispielsweise denkbar, dass sich ein Unternehmer auf aggressive Weise eine Werbeeinwilligung¹⁷⁹⁴ oder eine Einwilligung in das Setzen und Auslesen von Cookies i. S. d. § 25 TTDSG (z. B. drastisch formulierte „Cookie-Walls“)¹⁷⁹⁵ einholt oder

618

¹⁷⁸⁹ OLG Frankfurt a. M. GRUR 1989, 845 – Adressbeschaffung; KG GRUR 1972, 192, 193 – Umfrage-Werbung; OLG Stuttgart WRP 2002, 1093, 1094 – getarnter Telefonanruf; LG Frankfurt a. M. WRP 2000, 1195, 1196 – Meinungsumfrage als getarnte Werbung; *Weichert*, WRP 1996, 522, 523; *Lindhorst*, DuD 2010, 713, 714; *Hoeren*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 5a UWG Rn. 315 ff.; *Frank*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 5a UWG Rn. 393; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 7.33; *Heermann*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5a UWG Rn. 861 ff.; *Micklitz/Namysłowska*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 5a UWG Rn. 65; *Böckenholt*, in: Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 2017, § 21 Rn. 89.

¹⁷⁹⁰ *Heermann*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 5a UWG Rn. 874; vgl. auch *Gola*, in: Behling/Abel, Praxishandbuch Datenschutz im Unternehmen, 2014, Kap. 2 Rn. 31.

¹⁷⁹¹ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 7.33; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.10.

¹⁷⁹² *Böckenholt*, in: Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 2017, § 21 Rn. 89; *Hasselblatt*, in: Götting/Nordemann, UWG, 3. Aufl. 2016, § 5a UWG Rn. 235.

¹⁷⁹³ *Pahlow*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 4a UWG Rn. 164.

¹⁷⁹⁴ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74d; *Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 47.

¹⁷⁹⁵ Hierzu ausführlich *Tochtermann*, ZdiW 2021, 303, 307 m. w. N.

personenbezogene Daten zu kommerziellen Zwecken preisgeben lässt. Hierzu zählt etwa die permanente Aufforderung zur Erteilung einer Einwilligung, wenn die Grenze zur Belästigung überschritten wird (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG).¹⁷⁹⁶ Als Beispiel hierfür können die penetrant wiederkehrenden Aufforderungen des Messengers WhatsApp zur Zustimmung zu neuen Nutzungsbedingungen und Datenschutzrichtlinien genannt werden, die sich nicht dauerhaft ablehnen lassen und offensichtlich auf eine Zermürbung der Nutzer gerichtet sind.¹⁷⁹⁷ Auch die Drohung mit der Offenlegung von Daten kann ein Mittel sein, einen Vertragsschluss und damit eine geschäftliche Entscheidung zu erzwingen.¹⁷⁹⁸

- 619** Die DS-GVO sanktioniert dieses Verhalten damit, dass die Verarbeitung rechtswidrig ist.¹⁷⁹⁹ Aus dem Umstand alleine, dass es bei einem solchen Verhalten des Unternehmers an der Freiwilligkeit einer Einwilligung mangelt, folgt indes im Umkehrschluss noch nicht automatisch, dass eine geschäftliche Handlung auch aggressiv ist, da rein lauterkeitsrechtliche Maßstäbe anzulegen sind.¹⁸⁰⁰ Anders formuliert ist eine nicht freiwillig erteilte Einwilligung nicht automatisch ein Anlass, die zugrunde liegende geschäftliche Handlung als aggressiv und damit als unlauter einzustufen.
- 620** Der BGH hatte in der „Nordjob-Messe“-Entscheidung¹⁸⁰¹ zu prüfen, ob das Anbieten eines Gewinnspiels auf einer für Jugendliche gedachten Messe gegen § 4 Nr. 2 UWG [2004] verstößt, wenn die Teilnahme nur unter Zurverfügungstellung personenbezogener Daten möglich ist. Unlauter handelte nach diesem Tatbestand, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen. Der BGH bejahte insoweit die Unlauterkeit der geschäftlichen Handlung.¹⁸⁰² Auch das OLG Frankfurt¹⁸⁰³ und OLG Hamm¹⁸⁰⁴ entschieden bei einer werblichen Datenerhebung von Kindern, dass § 4 Nr. 2 UWG [2004] erfüllt sein kann. Wird eine Machtposition bejaht, ließen sich derartige Fälle nunmehr grundsätzlich unter § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 UWG¹⁸⁰⁵

¹⁷⁹⁶ Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 4a UWG Rn. 21; Leistner/Antoine/Sagstetter, Big Data, 2021, S. 385; ähnlich Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 65 f.

¹⁷⁹⁷ Zutreffend BEUC, Consumer groups file complaint against WhatsApp for unfairly pressuring users to accept its new policies, Pressemitteilung v. 12.07.2021.

¹⁷⁹⁸ Köhler, WRP 2019, 1279 Rn. 40.

¹⁷⁹⁹ Ohly, GRUR 2019, 686, 692.

¹⁸⁰⁰ Ohly, GRUR 2019, 686, 692.

¹⁸⁰¹ BGH WRP 2014, 835 – Nordjob-Messe.

¹⁸⁰² BGH WRP 2014, 835 Rn. 20 – Nordjob-Messe.

¹⁸⁰³ OLG Frankfurt a. M. WRP 2005, 1029 1031 f. – Skoda-Autokids-Club; vgl. v. Walter, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 782; Dembowski, in: FS Ullmann, 2006, S. 599, 612 f.

¹⁸⁰⁴ OLG Hamm WRP 2013, 375, 377 – Unzulässigkeit der Datenerhebung bei Minderjährigen zu Werbezwecken.

¹⁸⁰⁵ Ohly, GRUR 2019, 686, 692; Götting/Hetmank, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 81; Schaub, WRP 2019, 1391 Rn. 17; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4a UWG Rn. 169.

(Fallgruppe der Koppelungsangebote) oder jedenfalls unter §§ 3 Abs. 2, 4 S. 2 UWG¹⁸⁰⁶ subsumieren.

b. „Schufa-Drohungen“

aa. Drohung mit unzulässiger Übermittlung

Ein weiteres klassisches Beispiel für aggressive geschäftliche Handlungen mit Datenschutzbezug sind die bereits angesprochenen „Schufa-Drohungen“, um die potenziellen Schuldner möglichst schnell zur Zahlung zu bewegen, obwohl die Übermittlung von Informationen an die Auskunftfei („Einmeldung“) nicht zulässig ist.¹⁸⁰⁷ Die Betroffenen müssen im Falle der Übermittlung fürchten, eine schlechtere Bonität attestiert zu bekommen und damit bei zukünftigen Vertragsschlüssen Nachteile zu erleiden.¹⁸⁰⁸

621

Der BGH nahm in seiner „Schufa-Hinweis“-Entscheidung¹⁸⁰⁹ an, dass die Drohung mit einer datenschutzrechtlich unzulässigen Übermittlung von personenbezogenen Daten an eine Auskunftfei gegen § 4 Nr. 1 UWG [2004] verstößt.¹⁸¹⁰ Unlauter handelte hiernach, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen.

622

Diese Wertungen haben grundsätzlich auch unter DS-GVO, BDSG,¹⁸¹¹ und § 4a UWG [2014] Bestand.¹⁸¹² Der Gläubiger hat durch die Möglichkeit der Datenübermittlung an eine Auskunftfei eine beträchtliche Machtposition (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG) inne, die im Falle einer Schufa-Drohung ausgenutzt wird, um Druck auf den vermeintlichen Schuldner auszuüben.¹⁸¹³ Vielfach wird anstelle der unzulässigen Beein-

623

¹⁸⁰⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74d, 2.11; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4a UWG Rn. 169; vgl. Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3a UWG Rn. 281, welcher jedoch datenschutz- und lauterkeitsrechtliche Auswirkungen vermengt.

¹⁸⁰⁷ Vgl. Cichon, GRUR-Prax 2015, 471, 471; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4a UWG Rn. 48.

¹⁸⁰⁸ Scherer, NJW 2018, 3609, 3613; vgl. auch Kothe, VuR 2017, 403, 404 f.; Pokrant, in: FS Büscher, 2018, S. 347, 348.

¹⁸⁰⁹ BGH WRP 2015, 1341 – Schufa-Hinweis.

¹⁸¹⁰ BGH WRP 2015, 1341 Rn. 13 ff. – Schufa-Hinweis; ebenso OLG Düsseldorf MMR 2013, 647, 648; vgl. v. Walter, in: FS Köhler, 2014, S. 771, 782; Ahrens, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 1147; Hoeren, LMK 2015, 374545.

¹⁸¹¹ Vgl. zu § 31 BDSG Krämer, NJW 2020, 497, 499 f.; Scherer, NJW 2018, 3609, 3613.

¹⁸¹² Vgl. BGH WRP 2018, 1193 Rn. 9 – Zahlungsaufforderung; OLG Hamburg NJW-RR 2020, 1380 Rn. 60 – Inkassokosten oberhalb des nach RVG zulässigen Rahmens; KGZD 2020, 474 Rn. 14 f. – Zulässige Forderungsmeldung an SCHUFA nach Zession; Hofmann, VuR 2016, 67, 68 f.; Hasselblatt/Hannamann, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 53 Rn. 38; allgemein zur Übermittlung von personenbezogenen Daten an eine Auskunftfei Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 133 ff.

¹⁸¹³ Micklitz/Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 4a UWG Rn. 44; Ahrens, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 1147; Scherer, NJW 2018, 3609,

flussung auch auf das Merkmal der Nötigung nach § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG rekurriert.¹⁸¹⁴ Das ist jedoch unschädlich, nachdem sich die einzelnen Beeinflussungsmittel ohnehin nicht immer sauber trennen lassen und auf einer Stufe stehen.¹⁸¹⁵ Durch das Merkmal der Drohung mit einer rechtlich unzulässigen Handlung (§ 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 UWG), was neben anderen Kriterien zur Bestimmung der Aggressivität eines Beeinflussungsmittels herangezogen wird, findet das Datenschutzrecht mittelbar Einzug in das UWG.¹⁸¹⁶

bb. Drohung mit zulässiger Übermittlung

624 Anders sieht es mit der Zulässigkeit der Drohung grundsätzlich aus, wenn Hinweise auf negative Folgen einer Einmeldung gegeben werden und die Voraussetzungen einer Datenübermittlung an die Auskunftfei bereits vorliegen (Drohung mit einer rechtlich zulässigen Handlung¹⁸¹⁷).¹⁸¹⁸ Allerdings sind Drohungen mit rechtlich zulässigen Handlungen nicht per se lauter, denn diese können die Fähigkeit zur informierten geschäftlichen Entscheidung wesentlich einschränken und damit eine unzulässige Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG darstellen.¹⁸¹⁹ Eine Unlauterkeit nach § 4a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 UWG ist deshalb anzunehmen, wenn der Gläubiger es versäumt, den Schuldner darauf hinzuweisen, dass das einfache Bestreiten der Forderungen bereits zur Unzulässigkeit der Übermittlung führt.¹⁸²⁰ In diesem Fall wäre die Übermittlung zwar an sich zulässig, kann aber durch ein Bestreiten durch den (vermeintlichen) Schuldner unzulässig werden. Sieht man seit

3613; *Scherer*, GRUR 2016, 233, 241; *Scherer*, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 4a UWG Rn. 328; *Hoffmann*, Profilbildung unter der DSGVO, 2020, S. 204.

¹⁸¹⁴ *Hasselblatt/Hannamann*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2019, § 53 Rn. 38; *Büschler*, in: Büschler, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4a UWG Rn. 48; *Scherer*, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 4a UWG Rn. 328.

¹⁸¹⁵ *Raue*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 4a UWG Rn. 110.

¹⁸¹⁶ *Scherer*, NJW 2018, 3609, 3613; *Scherer*, GRUR 2016, 233, 241; *Pokrant*, in: FS Büschler, 2018, S. 347, 357; *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 2019, § 11 Rn. 20; *Ahrens*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 1147.

¹⁸¹⁷ Allgemein hierzu *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 4a UWG Rn. 1.112; *Raue*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 4a UWG Rn. 159.

¹⁸¹⁸ OLG Hamburg NJW-RR 2020, 1380 Rn. 67 ff. – In-

kassokosten oberhalb des nach RVG zulässigen Rahmens; OLG Hamburg MMR 2013, 511, 514 – Unterlassung der Benutzung der Bezeichnung „SCHUFA“ in Standard-Mahnschreiben; *Scherer*, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 4a UWG Rn. 329.

¹⁸¹⁹ BGH WRP 2018, 1193 Rn. 14 ff. – Zahlungsaufforderung.

¹⁸²⁰ BGH WRP 2018, 1193 Rn. 14 ff. – Zahlungsaufforderung; LG Düsseldorf BeckRS 2017, 132098 Rn. 35; *Micklitz/Schürmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 4a UWG Rn. 44; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 105; *Raue*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 4a UWG Rn. 159 (zu § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG); *Lettl*, Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 17; OLG Düsseldorf MMR 2013, 647, 648 – Drohung mit SCHUFA-Eintrag in Mahnschreiben (zu § 4 Nr. 1 UWG a. F.).

Geltung der DS-GVO ein einfaches Bestreiten der Forderung nicht mehr als hinreichend an, sollte jedenfalls ein Hinweis auf die Möglichkeit eines qualifizierten Bestreitens erforderlich sein.

cc. Sonstige Konstellationen unlauterer Schufa-Drohungen

Werden beleidigende Formulierungen in der Schufa-Drohung genutzt, kann dies als Belästigung (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UWG) angesehen werden.¹⁸²¹ Das Merkmal der Nötigung (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG) ist etwa dann anzunehmen, wenn dem Empfänger einer „Schufa-Drohung“ implizit ein Eingehungsbetrug unterstellt wird.¹⁸²²

625

c. Schaffung von Hindernissen nichtvertraglicher Art

Für die Einstufung einer geschäftlichen Handlung als aggressiv ist nach § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UWG zu berücksichtigen, ob belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht, geschaffen wurden. Zur Ausübung der vertraglichen Rechte gehört es auch, den Vertrag zu kündigen oder zu einer anderen Ware oder Dienstleistung oder einem anderen Unternehmer zu wechseln. Denkbar ist es insoweit, dass der Unternehmer die Entgegennahme von Erklärungen an gesetzlich nicht vorgesehene Bedingungen knüpft, wie z. B. an eine datenschutzrechtliche Einwilligung in die Weitergabe von personenbezogenen Daten an Dritte oder zu Werbezwecken.¹⁸²³

626

2. Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG)

In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist und war vor allem auch § 7 UWG von Relevanz. Die Norm schützt vor unzumutbaren Belästigungen der Marktteilnehmer. Besonders § 7 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.; Anhang Nr. 26 n. F.) schützen den Adressaten vor Werbung in seiner Privatsphäre.¹⁸²⁴ Daneben wird auch die Entscheidungsfreiheit der Adressaten geschützt.¹⁸²⁵ Im Folgenden sollen § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) näher betrachtet werden, da diese die ePrivacy-RL umsetzen. Nachdem die Änderungen der Rechtslage durch

627

¹⁸²¹ *Raue*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 4a UWG Rn. 114, 214.

¹⁸²² LG Düsseldorf BeckRS 2017, 132098 Rn. 49 ff.; *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4a UWG Rn. 48.

¹⁸²³ *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4a UWG Rn. 92.

¹⁸²⁴ BGH WRP 2019, 879 Rn. 12 – WiFiSpot; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 2.

¹⁸²⁵ *Schaffert*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 71; *Sosnitzka*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 1 UWG Rn. 27; *a. A. Seichter*, in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 7 UWG

Rn. 17; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 1; *Leible*, in: MüKoUWG Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 7 UWG Rn. 1; *Pahlow*, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, § 7 UWG Rn. 18; *Scherer*, WRP 2017, 891 Rn. 23; differenzierend *Schöler*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz*, UWG, 5. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 39; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 3; *Köhler*, WRP 2017, 1025 Rn. 7; *Weiler*, in: *Götting/Meyer/Vornbrock*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 2020, § 31 Rn. 131.

die DS-GVO umstritten sind, soll zunächst untersucht werden, ob und inwieweit sich die Rechtslage seit deren Inkrafttreten verändert hat.

a. Verhältnis zur DS-GVO

aa. ePrivacy-RL als *lex specialis*

628 Bereits zu Beginn der Arbeit wurde herausgearbeitet, dass Art. 95 DS-GVO einige Bestimmungen der ePrivacy-RL als *leges speciales* grundsätzlich unberührt lässt.¹⁸²⁶ § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) sind von der Norm umfasst und deshalb weiterhin anwendbar.¹⁸²⁷ Auswirkungen auf die ePrivacy-RL sind gleichwohl festzustellen. So führt Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO dazu, dass für die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung nunmehr Art. 4 Nr. 11 DS-GVO heranzuziehen ist, da in Art. 2 UAbs. 2 lit. f ePrivacy-RL noch auf die DSRL verwiesen wird.¹⁸²⁸ Für die Definition der Einwilligung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) ist daher richtlinienkonform Art. 4 Nr. 11 DS-GVO heranzuziehen.¹⁸²⁹

629 Die Auswirkungen durch die DS-GVO sind an dieser Stelle umstritten. Es wird vertreten, dass die Unterscheidung zwischen datenschutz- und wettbewerbsrechtlicher Einwilligung damit hinfällig wäre.¹⁸³⁰ Zwar ist die Definition prinzipiell identisch, jedoch wird nicht auf das Kopplungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO als Ausprägung des Freiwilligkeitserfordernisses einer Einwilligung verwiesen, sodass sich doch Unterschiede in Kopplungssituationen ergeben können.¹⁸³¹

bb. Auswirkungen auf das Durchsetzungssystem

630 Daneben hat die DS-GVO Auswirkungen auf das Durchsetzungssystem der ePrivacy-RL. Diese verweist in Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL noch auf das Rechtsschutzsystem der DSRL. Durch Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO wird der Verweis auf die DSRL nunmehr auf die Art. 77 ff. DS-GVO „umgeleitet“, sodass sich aufgrund des § 8 Abs. 3 UWG die gleichen Fragen der Durchsetzung durch Verbände und Mitbewerber stellen.¹⁸³² Es wurde jedoch auch aufgezeigt, dass die DS-GVO Verbandsklagen nach Maßgabe des

¹⁸²⁶ → Rn. 19 ff.

¹⁸²⁷ OLG München ZD 2019, 408 Rn. 24 – Datenschutz in elektronischer Kommunikation – Opt-in/Opt-out; *Altmann*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 62 Rn. 55; *Halder*, jurisPR-ITR 6/2020 Anm. 4.

¹⁸²⁸ OLG München ZD 2019, 408 Rn. 21 – Datenschutz in elektronischer Kommunikation – Opt-in/Opt-out; OLG München GRUR 2019, 654 Rn. 59 – Stromanbieterwerbbeanruf I; VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 74 – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO.

¹⁸²⁹ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 29 – Cookie-Einwilligung II; OVG Saarlouis BeckRS 2021, 2248 Rn. 24 – Unzulässigkeit von Telefonwerbung; VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 74 – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; *Kulka*, in: Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und

Kartellrecht, 11. Aufl. 2021, § 3 Rn. 297; *Köhler/Alexander*, Fälle zum Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. 2021, Fall 3 Rn. 7; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 149e, 188b; *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 7 UWG Rn. 109; *Büscher*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 141.

¹⁸³⁰ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 188b; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 66 ff.; *McColgan*, AcP 221 (2021), 695, 704 f.

¹⁸³¹ → Rn. 550.

¹⁸³² → Rn. 26 f.

Art. 80 Abs. 2 DS-GVO und Mitbewerberklagen sogar uneingeschränkt zulässt.¹⁸³³ Eine teleologische Reduktion ist demnach nur hinsichtlich der aktivlegitimierten Verbände vorzunehmen. Die in Art. 80 Abs. 2 DS-GVO vorgesehene Beschränkung der Durchsetzbarkeit auf subjektive Rechte der Betroffenen ist bei § 7 UWG unzweifelhaft erfüllt.¹⁸³⁴

cc. Einfluss des UWG auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verarbeitung

Äußerst umstritten ist daneben die Frage, ob Art. 13 ePrivacy-RL die Rechtmäßigkeit der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Verarbeitungstätigkeit beeinflusst. Wie im Rahmen der Prüfung von vorformulierten Einwilligungserklärungen aufgezeigt wurde, ist grundsätzlich zwischen datenschutzrechtlicher und lauterkeitsrechtlicher Zulässigkeit hinsichtlich Direktwerbung zu unterscheiden.¹⁸³⁵ So sieht Erwägungsgrund 47 S. 7 der DS-GVO die Direktwerbung als ein im Grundsatz berechtigtes Interesse des Verantwortlichen an, sodass eventuell eine datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten zu diesem Zweck nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO angenommen werden könnte. Art. 13 Abs. 1 ePrivacy-RL ist insoweit strenger, da es den Mitgliedstaaten ermöglicht wird, ein Opt-in-Prinzip festzulegen, sodass eine Einwilligung immer notwendig ist.¹⁸³⁶

631

Es wird deshalb teilweise angenommen, dass die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Direktwerbemaßnahmen aus Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO folgen kann, obwohl ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 sowie Anhang Nr. 26 UWG n. F.) aufgrund einer mangelhaften oder fehlenden Einwilligung vorliegt.¹⁸³⁷ Das hätte vor allem im Hinblick auf die Verhängung von Geldbußen nach Art. 83 DS-GVO Bedeutung.¹⁸³⁸

632

Dem kann jedoch nicht beigeplantet werden: Unabhängig davon, ob Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO überhaupt anwendbar ist,¹⁸³⁹ ist jedenfalls ein überwiegendes berechtigtes Interesse des Verantwortlichen zu verneinen.¹⁸⁴⁰ Zwar dürften die Mitgliedstaaten nicht beliebig unionsrechtlich geschützten Interessen i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-

633

¹⁸³³ → Rn. 198 ff. sowie → Rn. 235.

¹⁸³⁴ → Rn. 168.

¹⁸³⁵ → Rn. 548 ff.

¹⁸³⁶ *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 61

¹⁸³⁷ *Schirnbacher*, GmbHR 2019, R296, R297; *Plath/Grages*, CR 2018, 770 Rn. 54; *Bartsch*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Stand: 112. EL Juni 2021, 230 Rn. 45 ff.; *Tavani*, RDV 2016, 295, 298.

¹⁸³⁸ *Plath/Grages*, CR 2018, 770 Rn. 15; *Spittka*, GRUR-Prax 2021, 578.

¹⁸³⁹ So OVG Saarlouis BeckRS 2021, 2248 Rn. 25 – Unzulässigkeit von Telefonwerbung; VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 77 – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DS-GVO Rn. 176; *Schemmel*, BB 2021, 723, 724; vgl. auch *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1027; *BlnBfDI*, Abschlussnachricht v. 15.10.2021 – 521. 13874.13; wohl auch *Spittka*, GRUR-Prax 2021, 578.

¹⁸⁴⁰ So offenbar *LfDI Thüringen*, 3. Tätigkeitsbereich zum Datenschutz nach der DS-GVO, S. 137 f.

GVO die Berechtigung durch die Schaffung von Verboten absprechen,¹⁸⁴¹ jedoch ist das Verbot des Direktmarketings ohne Einwilligung bereits im Unionsrecht angelegt, sodass es eine immanente Schranke des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO darstellt.¹⁸⁴² Das Interesse an der Verarbeitung von personenbezogenen Daten zum Zwecke des Direktmarketings ist deshalb in Mitgliedstaaten, die ein Opt-in-Prinzip geregelt haben, bereits nicht berechtigt.¹⁸⁴³

- 634** Einen anderen Weg beschreitet die Datenschutzkonferenz, die offenbar noch ein berechtigtes Interesse erkennt, dieses aber jedenfalls nicht als überwiegend ansieht.¹⁸⁴⁴ Es ist zumindest zweifelhaft, wieso ein berechtigtes oder gar überwiegendes berechtigtes Interesse an der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke des Direktmarketings angenommen werden sollte, wenn das verfolgte Ziel bereits unionsrechtlich unzulässig ist.
- 635** Dementsprechend richtet sich die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO implizit nach lauterkeitsrechtlichen Maßstäben. Verstößt also der Unternehmer gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 sowie Anhang Nr. 26 UWG n. F.), so liegt auch ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 DS-GVO vor.

¹⁸⁴¹ VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 81 – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; AG Pfaffenhofen BeckRS 2021, 27106 Rn. 26; *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 33; *Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 73; *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1027.

¹⁸⁴² OVG Saarlouis BeckRS 2021, 2248 Rn. 26 – Unzulässigkeit von Telefonwerbung; VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 83 – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; AG Pfaffenhofen BeckRS 2021, 27106 Rn. 26; vgl. auch *Reimer*, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 54; *Halder*, jurisPR-ITR 6/2020 Anm. 4; *Schemmel*, BB 2021, 723, 724; ähnlich *Graespacher*, WRP 2016, 495 Rn. 6 f.; wohl auch *Nägele/Dilbaz*, K&R 2020, 391, 391; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 62 ff.; **a.A.** *Plath/Grages*, CR 2018, 770 Rn. 15; *Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 73; ähnliche Probleme stellen sich auch bei der Verarbeitung von Insolvenzdaten über die zeitliche Grenze des § 3 InsBekVO durch Auskunftfeien („Parallelhaltung“), vgl. OLG Schleswig NZI 2021, 794 Rn. 40 – Eintragung erfolgter Restschuldbefreiung in Datenbanken von Auskunftfeien über die Lösungsfrist für das Insolvenzbekanntmachungsportal hinaus; VG Wiesbaden BeckRS 2021, 24583 Rn. 37 – Aussetzung eines Verfahrens und

Vorlagefrage an den EuGH (Vorlage an den EuGH; dort anhängig unter C-552/21); zu diesem Problemkomplex *Möller*, DSB 2021, 330.

¹⁸⁴³ VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 78 – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; **a.A.** *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 427 (deutlicher noch in der 4. Aufl. 2018 Rn. 416); *Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 73.

¹⁸⁴⁴ *DSK*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung, Stand: November 2018, S. 6; hierzu *Eckhardt*, ZD 2019, 409, 410; im Ergebnis ebenso OVG Saarlouis BeckRS 2021, 2248 Rn. 26 – Unzulässigkeit von Telefonwerbung; *Sperlich*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, 2021, S. 59; *Wille*, in: Rücker/Kugler, New European General Data Protection Regulation, 2018, Rn. 1082; *Manthey*, Das datenschutzrechtliche Transparenzgebot, 2020, S. 312; *Brandt*, in: DSRITB 2018, S. 1, 9; *Hacker*, in: Leyens/Eisenberger/Niemann, Smart Regulation, 2021, S. 25, 38; ähnlich *Ettrig*, DSB 2019, 7, 7; wohl auch *Spittka*, GRUR 2022, 91, 93.

b. Verbotstatbestände

aa. Telefonwerbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG = § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG n. F.)

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG n. F.) ist eine unzumutbare Belästigung stets bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer, ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung, anzunehmen.

636

Die Norm dient der Umsetzung von Art. 13 ePrivacy-RL.¹⁸⁴⁵ Art. 13 ePrivacy-RL soll den Empfänger grundsätzlich vor unerbetenen Nachrichten schützen, sofern es um Direktwerbung geht. Zu klären ist hierbei das Verhältnis zur UGP-RL. Nr. 26 des Anhang I zur UGP-RL sieht es als eine per se verbotene Form der aggressiven Geschäftspraxis an, Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien zu werben.¹⁸⁴⁶ Das gilt nur dann nicht, wenn ein solches Verhalten nach den nationalen Rechtsvorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen. Nr. 26 des Anhang I zur UGP-RL ist demnach weniger streng und verlangt ein hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen, während Art. 13 Abs. 1 ePrivacy-RL auch ein Opt-in-Prinzip vorsieht und damit bereits die erste Kontaktaufnahme unzulässig sein kann.¹⁸⁴⁷

637

Nr. 26 S. 2 des Anhang I zur UGP-RL und dessen Erwägungsgrund 14 S. 7 und 8 wird die ePrivacy-RL indes unberührt lassen, sodass die Mitgliedstaaten nach Art. 13 Abs. 3, 5 ePrivacy zwischen einem Opt-in- und einem Opt-out-Prinzip wählen dürfen und § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG n.F.) insoweit unionsrechtskonform ist.¹⁸⁴⁸ „Einheitliche Rechtsanwendung kann als Gebot nicht weiter reichen, als die betreffenden Unionsrechtsakte selber es vorschreiben.“¹⁸⁴⁹ Nr. 26 des Anhang I

638

¹⁸⁴⁵ BGH WRP 2020, 1009 Rn. 28 – Cookie-Einwilligung II; Zech, WRP 2013, 1434 Rn. 12; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 97, 124.

¹⁸⁴⁶ Zur Auslegung jüngst EuGH GRUR-RS 2021, 35938 Rn. 64 ff. – StWL Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz GmbH/eprimo GmbH und die Schlussanträge des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 24.6.2021 zur Rechtssache C-102/20 Rn. 68 ff. – StWL Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz GmbH/eprimo GmbH; hierzu Czeszak, ZD-Aktuell 2021, 05577; Spittka, GRUR 2022, 91; Ernst, EWIR 2022, 27.

¹⁸⁴⁷ VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 66 – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; Weiler, in: Götting/Meyer/Vormbrock, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 2020, § 31 Rn. 131.

¹⁸⁴⁸ BGH WRP 2011, 1153, 1155 – Double-opt-in-Verfahren; OLG München ZD 2019, 408 Rn. 22 – Datenschutz in elektronischer Kommunikation – Opt-in/Opt-out; VG Saarlouis WRP 2020, 128 Rn. 67 – Telefonwerbung unter Geltung der DSGVO; Seichter/Witzmann, WRP 2007, 699, 701; Tonner/Reich, VuR 2009, 95, 97; Tamm, Verbraucherschutzrecht, 2011, S. 244; a. A. Bernreuther, WRP 2009, 390, 398; Engels/Brunn, GRUR 2010, 886, 888 ff.; Zech, WRP 2013, 1434 Rn. 12 ff.

¹⁸⁴⁹ Mankowski, in: Fezer/Bücher/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 121; Halder, jurisPR-ITR 6/2020 Anm. 4.

UGP-RL hat dahingegen Bedeutung in Mitgliedstaaten, die sich für ein Opt-out-Prinzip entschieden haben.¹⁸⁵⁰

- 639** Nicht unionsrechtskonform ist demgegenüber die Unterscheidung zwischen Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern, da die ePrivacy-RL zwischen natürlichen und juristischen Personen unterscheidet.¹⁸⁵¹ Natürliche Personen können jedoch sowohl Verbraucher als auch sonstige Marktteilnehmer sein. Das ist zwingend durch eine richtlinienkonforme Auslegung zu korrigieren.¹⁸⁵²

bb. Werbung mit automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG = § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F.)

- 640** Demgegenüber erklärt § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F.) eine Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post stets als unzumutbare Belästigung, wenn nicht eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Umfasst sind auch Werbesätze in ansonsten privaten Mails.¹⁸⁵³ Auch Werbebotschaften über Push-Nachrichten von IoT-Geräten¹⁸⁵⁴ oder sog. „Inbox-Werbung“¹⁸⁵⁵ können dem Anwendungsbereich als elektronische Post unterfallen. Das LG Wiesbaden wendet die Rechtsgedanken der Norm auch bei Überweisungen an, die Werbung im Verwendungszweck enthalten.¹⁸⁵⁶ Insoweit werden zugleich rechtswidrig schützenswerte Finanzdaten verarbeitet.
- 641** Die Norm dient der Umsetzung von Art. 13 Abs. 1, 5 ePrivacy-RL und ist ebenfalls von der UGP-RL gedeckt, da diese nach Nr. 26 S. 2 Anhang I die Bestimmungen der ePrivacy-RL unberührt lässt.¹⁸⁵⁷ In Umsetzung von Art. 13 Abs. 2 ePrivacy-RL lässt § 7 Abs. 3 UWG im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen gewisse Formen der E-Mail-Werbung zu.

¹⁸⁵⁰ BGH WRP 2011, 1153, 1155 – Double-opt-in-Verfahren; für ein Nebeneinander Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 124b; Köhler, in: FS Büscher, 2018, S. 333, 340 f.; Seichter, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 7 UWG Rn. 12.

¹⁸⁵¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 123; Köhler, WRP 2012, 1329, 1333; Köhler, WRP 2017, 1025 Rn. 25; Köhler, in: FS Büscher, 2018, S. 333, 341.

¹⁸⁵² Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 124c.

¹⁸⁵³ Wassermann, in: FS Büscher, 2018, S. 401, 403 ff.

¹⁸⁵⁴ Pour Rafsэндjani, in: Bräutigam/Kraul, Internet of Things, 2021, § 21 Rn. 88; Schürmann/Günther, MMR 2015, 419, 420.

¹⁸⁵⁵ Zur Auslegung dieses Merkmals jüngst EuGH GRUR-RS 2021, 35938 Rn. 32 ff. – StWL Städtische

Werke Lauf a. d. Pegnitz GmbH/eprimo GmbH und die Schlussanträge des Generalanwalts Richard de la Tour v. 24.6.2021 zur Rechtssache C-102/20 Rn. 42 ff. – StWL Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz GmbH/eprimo GmbH.

¹⁸⁵⁶ LG Wiesbaden GRUR-RS 2021, 32463 Rn. 16 – Unlauterer Wettbewerb bei Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung; vgl. hierzu Adinolfi/ Seidler, GRUR-Prax 2021, 758.

¹⁸⁵⁷ BGH WRP 2009, 56, 59 – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen "Opt-out"-Erklärung; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 8; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 97, 198 f.

cc. Hartnäckiges Ansprechen (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG = Nr. 26 Anhang n. F.)

Eine unzumutbare Belästigung ist darüber hinaus stets bei Werbung unter Verwendung eines in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation anzunehmen, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht. Die Norm soll (bisher) ebenfalls der Umsetzung von Nr. 26 S. 1 Anhang I UGP-RL dienen.¹⁸⁵⁸ Es handelt sich hierbei vor allem um Brief- und Briefkastenwerbung.¹⁸⁵⁹ Datenschutzrechtlich ist hierbei nur die personalisierte Briefwerbung relevant.

642

Durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht wird mit Wirkung zum 28.5.2022 nun Nr. 26 des Anhang I UGP-RL in Anhang Nr. 26 zu § 3 Abs. 3 UWG n. F. überführt. Hierdurch werden auch Umsetzungsdefizite geschlossen, die bisher nicht von § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG umfasst waren, z.B. Brief- oder Scheibenwischerwerbung.¹⁸⁶⁰ Der unionswidrige Anwendungsbereich von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG n. F.) bleibt jedoch erhalten.

643

dd. Grund- und Beispielstatbestand (§ 7 Abs. 1 UWG)

Nach dem Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig. § 7 Abs. 1 S. 2 UWG nennt als Beispiel Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht. Die Fallgruppen, die sich unter diesem Verbot herausgebildet haben, sind nicht durchweg datenschutzrechtlich relevant. In Betracht kommt etwa die unerbetene Haustürwerbung oder das Zukommenlassen unerwünschter Waren oder Dienstleistung, wenn hierzu personenbezogene Daten verarbeitet werden.¹⁸⁶¹ Die Überweisung von einem Cent (und damit die Verarbeitung von Finanzdaten) mit Werbung im Verwendungszweck wurde unter Hinzuziehung des Rechtsgedankens des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG n. F.) ebenfalls als unzumutbare Belästigung nach der Generalklausel eingestuft.¹⁸⁶² Werden durch einen Unternehmer nicht nur irrtümlich objektiv falsche Bestätigungen über die Erteilung einer Werbeeinwilligung behauptet, kann ebenfalls eine unzumutbare Belästigung angenommen werden, da der Betroffene aus seiner Sicht unter Zugzwang gesetzt wird.¹⁸⁶³

644

¹⁸⁵⁸ BT-Drs. 16/10145, S. 29; zu Umsetzungsdefiziten Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 99 ff.; Weiler, in: Götting/Meyer/Vormbrock, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 2020, § 31 Rn. 131.

¹⁸⁵⁹ Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 UWG Rn. 36; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 7 UWG Rn. 111 ff.

¹⁸⁶⁰ Alexander, WRP 2021, 136 Rn. 52.

¹⁸⁶¹ Vgl. zu diesen Fallgruppen Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 52 ff., 77 ff.

¹⁸⁶² LG Wiesbaden, Urt. v. 01.06.2021 – 11 O 47/21.

¹⁸⁶³ LG Bonn BeckRS 2012, 10569; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 7 UWG Rn. 95.

III. Mitbewerberschutz (§ 4 UWG)

645 Denkbar sind zudem Fallkonstellationen, in denen ein Verstoß gegen die DS-GVO zugleich dem Mitbewerberschutz in Form der gezielten Behinderung der Mitbewerber nach § 4 Nr. 4 UWG zuwiderläuft. „Eine unlautere Behinderung von Mitbewerbern setzt eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber voraus, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeitsmerkmale aufweist.“¹⁸⁶⁴ Nachdem mit einem Wettbewerb nahezu zwangsläufig Beeinträchtigungen von Mitbewerbern einhergehen, müssen also zusätzliche Merkmale vorliegen, die eine Annahme der Unlauterkeit rechtfertigen.¹⁸⁶⁵ Der BGH nimmt das nur dann an, „wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen, oder wenn die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können.“¹⁸⁶⁶ Zu berücksichtigen sind die Interessen sämtlicher Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit.¹⁸⁶⁷

1. Beschränkung der Datenportabilität (Art. 20 DS-GVO)

646 Weigert sich etwa ein Anbieter, als Verantwortlicher entgegen Art. 20 Abs. 2 DS-GVO die Daten des Betroffenen an einen anderen Verantwortlichen zu übermitteln, um so den „Umzug“ des Betroffenen zur Konkurrenz zu be- oder verhindern, liegt eine gezielte Behinderung nahe. Die Mitbewerber werden hierdurch behindert, ihre eigene Leistung am Markt zur Geltung zu bringen. Nachdem durch das Recht auf Datenübertragbarkeit gerade Lock-in-Effekte durch den Abbau von Transaktionskosten vermieden werden sollen, zielt die Norm auf einen Wettbewerb (datenschutzfreundlicher) Technologien.¹⁸⁶⁸ Verweigert der Verantwortliche die Übermittlung, verstößt er nicht nur gegen Art. 20 DS-GVO, sondern behindert damit grundsätzlich auch gezielt Mitbewerber.¹⁸⁶⁹

2. Kundenbezogene Absatzbehinderung

647 Als Fallgruppe der vorstehend genannten Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsfreiheit von Mitbewerbern hat sich die kundenbezogene Absatzbehinderung (in Abgrenzung zur produktbezogenen und vertriebsbezogenen Absatzbehinderung) herausgebildet.¹⁸⁷⁰ Einen lauterer Kampf um Kunden verlässt ein Unternehmer etwa dann, wenn er personenbezogene Kundendaten verwertet, die als

¹⁸⁶⁴ BGH WRP 2018, 1322 Rn. 23 – Werbeblocker II; vgl. Naendrup, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Teil I Rn. 162.

¹⁸⁶⁵ BGH WRP 2018, 1322 Rn. 23 – Werbeblocker II.

¹⁸⁶⁶ BGH WRP 2018, 1322 Rn. 23 – Werbeblocker II.

¹⁸⁶⁷ BGH WRP 2018, 1322 Rn. 23 – Werbeblocker II.

¹⁸⁶⁸ → Rn. 475 f.

¹⁸⁶⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG,

40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74b; Ohly, GRUR 2019, 686, 692 f.; Horn/Riechert/Stiftung Datenschutz, in: Stiftung Datenschutz, Praktische Umsetzung des Rechts auf Datenübertragbarkeit, 3. Aufl. 2018, S. 44; Leister/Antoine/Sagstetter, Big Data, 2021, S. 385.

¹⁸⁷⁰ Hierzu Wille, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4 Nr. 1 UWG Rn. 28 ff.

fremdes Geschäftsgeheimnis einzustufen sind.¹⁸⁷¹ In diesen Fällen wird regelmäßig auch ein datenschutzrechtlicher Verstoß zu erblicken sein. Wettbewerbsrechtlich soll dies anders sein, wenn ein Handelsvertreter aus seinem Gedächtnis heraus Kundendaten verwertet und sich hierzu nicht schriftlicher Aufzeichnungen bedient.¹⁸⁷² Ähnlich wäre es freilich im Datenschutzrecht, wenn die personenbezogenen Daten nicht in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, vgl. Art. 2 Abs. 1, 4 Abs. 4 Nr. 6 DS-GVO.¹⁸⁷³ Gleichwohl wäre jedenfalls § 7 UWG zu beachten. Soweit diese Fallgruppe also anzunehmen ist, kann die Verarbeitung personenbezogener Daten mit Mitteln des Lauterkeitsrechts überprüft werden, wobei aber nicht datenschutzrechtliche, sondern lauterkeits- und geheimnisschutzrechtliche Maßstäbe angelegt werden.

In der Rechtsprechung wurde zudem ein Rundschreiben eines Handelsvertreters an die Kunden mit dem Inhalt, dass sie gegenüber dem Unternehmen datenschutzrechtliche Einwilligungen widerrufen (vgl. Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO) und dieses zur Löschung bzw. Sperrung (vgl. Art. 17 Abs. 1 lit. b, 18 DS-GVO) und zu einem Kontaktverbot auffordern sollen, wurde ebenso als unlautere Absatzbehinderung betrachtet.¹⁸⁷⁴ Ähnlich wurde dies bei angebotenen Kündigungshilfen bei einem Wechsel des Vertragspartners gesehen.¹⁸⁷⁵

648

3. Betriebsstörung

Als weitere Fallgruppe der unlauteren Mitbewerberbehinderung hat sich die sog. „Betriebsstörung“ herausgebildet.¹⁸⁷⁶ Nicht zuletzt die Ransomware-Angriffe¹⁸⁷⁷ der jüngeren Zeit haben für die Wirtschaft schmerzhaft gezeigt, wie abhängig sie von ihrer Datenverarbeitung ist. Diesen Umstand können sich auch Mitbewerber zu nutzen machen und versuchen, die Daten des Konkurrenten zu löschen und diesen damit faktisch handlungsunfähig zu machen. Ein solches Vorgehen wäre nicht nur datenschutzrechtlich relevant, denn Art. 4 Nr. 2 DS-GVO sieht auch die Löschung als rechtfertigungsbedürftige Verarbeitung an.¹⁸⁷⁸ Sondern darüber hinaus würden

649

¹⁸⁷¹ Wille, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4 Nr. 1 UWG Rn. 30 unter Verweis auf BGH WRP 2003, 642, 643 f. – Verwertung von Kundenlisten sowie BGH WRP 2006, 1511, 1512 f. – Kundendatenprogramm; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 4 UWG Rn. 4.41.

¹⁸⁷² Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 4 UWG Rn. 4.41 m. w. N.

¹⁸⁷³ Gola, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 2 DS-GVO Rn. 11.

¹⁸⁷⁴ OLG Jena GRUR-RR 2019, 477 Rn. 16 ff. – Kontaktverbot; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 4 UWG Rn. 4.39.

¹⁸⁷⁵ OLG Dresden WRP 2015, 1395 Rn. 11 ff. – Unlautere

Behinderung durch systematische Kündigungshilfe mit pauschalem Kontaktverbot; OLG Oldenburg WRP 2019, 1225 Rn. 29 ff. – Kündigungshilfe.

¹⁸⁷⁶ Wille, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4 Nr. 1 UWG Rn. 91.

¹⁸⁷⁷ Vgl. zur Unlauterkeit von solchen Angriffen Picht, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 4a UWG Rn. 40.

¹⁸⁷⁸ OLG Dresden BeckRS 2021, 29290 Rn. 17; Seidl, jurisPR-ITR 22/2021 Anm. 3; Herbst, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO Rn. 36; Schwartmann/Benedikt, ZD 2021, 603, 606.

auch Betriebsmittel des Mitbewerbers zerstört bzw. beschädigt, was als unmittelbare Betriebsstörung nach § 4 Nr. 4 UWG unlauter wäre.¹⁸⁷⁹

IV. Verbrauchergeneralklausel (§ 3 Abs. 2 UWG)

- 650 Neben dem Eingreifen von § 3a UWG und den sonstigen speziellen Lauterkeitstatbeständen könnte auch ein Rückgriff auf die „Verbrauchergeneralklausel“ des § 3 Abs. 2 UWG im Falle eines Datenschutzverstoßes angezeigt sein. Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind hiernach unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG = § 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG n. F.). § 3 Abs. 2 UWG enthält eine von den anderen Unlauterkeitstatbeständen abgekoppelte Regelung und dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 UGP-RL.¹⁸⁸⁰ In ihrer Funktion als Generalklausel kommt ein Rückgriff nur infrage, wenn die geschäftliche Handlung nicht nach den spezielleren Unlauterkeitstatbeständen bereits als unlauter zu qualifizieren sind.¹⁸⁸¹
- 651 Die Generalklausel darf andererseits aber auch nicht zu eng verstanden werden, denn diese ist die lauterkeitsrechtliche Fundamentalnorm.¹⁸⁸² Fezer formuliert es zutreffend: „Rechtsmethodisch unzutreffend und, wie die vorangegangenen Erwägungsgründe der Richtlinie belegen, mit der Zielsetzung der Richtlinie unvereinbar, ist die Rechtsansicht, dem generellen Verbot der Richtlinie – und damit der Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 UWG 2015 – komme allgemein nur ein marginaler Anwendungsbereich in seltenen Ausnahmefällen zu. Diese grundsätzliche Reduktion des Geltungsanspruchs der verbraucherbezogenen Generalklausel stellt nichts anderes als den durchsichtigen Versuch dar, den Anwendungsbereich des harmonisierten Lauterkeitsrechts zugunsten einer Ausdehnung des nichtharmonisierten Lauterkeitsrechts zu beschränken. Bei dem generellen Verbot unlauterer Geschäftspraktiken des Richtlinienrechts handelt es sich um eine eigenständige Verbotsnorm, die ein Kernelement der Richtlinie darstellt.“¹⁸⁸³

¹⁸⁷⁹ Wille, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4 Nr. 1 UWG Rn. 92; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 4 UWG Rn. 4.16.

¹⁸⁸⁰ Alexander, WRP 2016, 411 Rn. 29; vgl. hierzu Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.7.

¹⁸⁸¹ EuGH WRP 2014, 38 Rn. 35 ff. – CHS Tour Services/Team4 Travel; Alexander, WRP 2016, 411 Rn. 29; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3 UWG Rn. 106.

¹⁸⁸² Vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie

2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.7.

¹⁸⁸³ Fezer, in: FS Büscher, 2018, 297, 302; vgl. auch Podszun, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tollkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3 UWG Rn. 13 f.; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.7.

Ausreichend für den Verbraucherbezug des § 3 Abs. 2 UWG ist es, wenn die geschäftliche Handlung Verbraucher faktisch erreicht.¹⁸⁸⁴ Das dürfte bei Datenschutzverstößen vielfach anzunehmen sein. Zwar betreffen die Auswirkungen die Person zunächst in ihrer Rolle als Betroffener i. S. d. Datenschutzrechts, jedoch kann gleichzeitig ihre Rolle als Verbraucher tangiert sein.

652

1. Datenschutzverstöße als Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt

Schwieriger gestaltet sich aufgrund „der Anhäufung von unbestimmten Rechtsbegriffen“¹⁸⁸⁵ die Frage, ob der Unternehmer durch Datenschutzverstöße zugleich auch gegen die unternehmerische Sorgfalt verstößt. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass Datenschutzverstöße zugleich auch Sorgfaltsverstöße des Unternehmers darstellen.¹⁸⁸⁶ Unternehmerische Sorgfalt ist in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG n. F.) legaldefiniert als der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält.

653

Die Definition stellt zum einen auf den „Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt“ ab. Fachkenntnisse umschreiben einen objektiven Maßstab an Kenntnissen, die gewöhnliche Verbraucher nicht aufweisen.¹⁸⁸⁷ Zu den Fachkenntnissen zählt letztlich auch die Kenntnis über die generell und in der jeweiligen Branche geltenden rechtlichen Bestimmungen über die Berufsausübung.¹⁸⁸⁸ Die rekursive Verwendung des Begriffs „Sorgfalt“ innerhalb der „unternehmerischen Sorgfalt“ ist dahingehend aufzulösen, dass sie mit Blick auf die anderen Sprachfassungen der UGP-RL als Rücksichtnahme (engl. „care“; frz. „soins“) unter Zugrundelegung eines objektiven Maßstabs aufzufassen ist.¹⁸⁸⁹

654

¹⁸⁸⁴ Alexander, WRP 2016, 411 Rn. 35; Büscher, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3 UWG Rn. 103.

¹⁸⁸⁵ Alexander, WRP 2016, 411 Rn. 38.

¹⁸⁸⁶ Fritzsche, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 691; vgl. Hacker, in: Leyens/Eisenberger/Niemann, Smart Regulation, 2021, S. 25, 32 ff.; auch Podszun, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 3 UWG Rn. 14, 91c, 195, der den „Umgang mit Kundendaten“ als möglichen Anwendungsbereich sieht „Verstöße gegen Datenschutzrecht und andere Phänomene der digitalen Ökonomie (etwa im Zusammenhang mit digitalen Plattformen) könnten künftig verstärkt über die Generalklausel erfasst werden“. Vor Augen hat Podszun insoweit etwa targeted advertising. Jedenfalls für den Bereich der „dark patterns“ auch Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47,

67 f.; Leiser/Caruana, EuCML 2021, 237, 246; Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 4.2.7.

¹⁸⁸⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 133; Fritzsche, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 683.

¹⁸⁸⁸ Fritzsche, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 684; Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 189.

¹⁸⁸⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UWG Rn. 133; Fritzsche, in: GK-

- 655** Welcher Standard anzulegen ist, bemisst sich nach denjenigen Erwartungen, die der Durchschnittsverbraucher berechtigterweise haben darf.¹⁸⁹⁰ Diese Erwartungen können variieren, beispielsweise je nach Produktkategorie oder Kenntnisstand des Verbrauchers.¹⁸⁹¹ Gesetzliche Vorgaben aus dem Bereich des Verbraucherrechts werden im Regelfall zu den fachlichen Standards zu zählen sein.¹⁸⁹² Wie bereits dargestellt, schützt das Datenschutzrecht zwar primär die natürliche Person, der Schutz erstreckt sich aber auch spezifisch auf ihre Funktion als Verbraucher, wie nunmehr auch die Verbandsklagen-RL zeigt. Es liegt deshalb nahe, diese Vorgaben dem Standard an Fachkenntnissen zuzuordnen.¹⁸⁹³ *Hacker* stellt demgegenüber allgemeiner auf die kollidierenden Grundrechte und damit auf Art. 7 und 8 GrCh und die sekundärrechtlichen Konkretisierungen ab.¹⁸⁹⁴ Er kommt dabei zu dem Befund, dass „der Verstoß gegen substantielle Pflichten der DS-GVO [...] daher regelmäßig auch eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt [indiziert]“¹⁸⁹⁵.
- 656** Von diesen Fachkenntnissen darf letztlich auch billigerweise angenommen werden, dass ein Unternehmer sie in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält. Das lässt sich damit begründen, dass der Durchschnittsverbraucher nur ansatzweise einen Überblick über die komplexe Umsetzung datenschutzrechtlicher Vorgaben beim verantwortlichen Unternehmer und damit ein für Verbraucher typisches Wissensdefizit hat. In den allermeisten Fällen sind selbst Kenntnisse über die Existenz datenschutzrechtlicher Vorgaben nicht vorhanden. Der betroffene Verbraucher muss und darf deshalb ohne nennenswerten Einfluss darauf vertrauen, dass der Unternehmer die notwendigen Fachkenntnisse besitzt und auch einsetzt, um seine Rechtsgüter gemäß den geltenden Anforderungen zu schützen.
- 657** Datenschutzverstöße lassen sich deshalb auch als Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG n. F.) auffassen, soweit die verletzten Normen dem Schutz von Verbrauchern dienen. Es bietet sich daher an, einen ähnlichen Maßstab wie bei § 3a UWG anzuwenden, wobei es maßgeblich auf den Schutz der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers ankommt (vgl. Erwägungsgrund 7 S. 1 der UGP-RL), was auch die Relevanzklausel deutlich macht („dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu

UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 686.

¹⁸⁹⁰ EuGH WRP 2016, 1342 Rn. 34 – Vincent Deroo-Blanquart/Sony Europe; *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3 UWG Rn. 108; *Fritzsche*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 689; *Hacker*, in: *Leyens/Eisenberger/Niemann*, Smart Regulation, 2021, S. 25, 33.

¹⁸⁹¹ EuGH WRP 2016, 1342 Rn. 34 ff. – Vincent Deroo-Blanquart/Sony Europe; *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 3 UWG Rn. 108.

¹⁸⁹² *Fritzsche*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 691.

¹⁸⁹³ *Fritzsche*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 691.

¹⁸⁹⁴ *Hacker*, in: *Leyens/Eisenberger/Niemann*, Smart Regulation, 2021, S. 25, 33.

¹⁸⁹⁵ *Hacker*, in: *Leyens/Eisenberger/Niemann*, Smart Regulation, 2021, S. 25, 33.

beeinflussen“).¹⁸⁹⁶ Soweit Datenschutzverstöße nicht bereits von sonstigen Unlauterkeitstatbeständen erfasst sind,¹⁸⁹⁷ sind daher unlautere geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern nach § 3 Abs. 2 UWG denkbar.

2. Verwendung unwirksamer AGB

Rechtliche Vorgaben aus dem Verbraucherrecht, die zur unternehmerischen Sorgfalt zählen, sind auch die Bestimmungen der Klausel-RL und damit die §§ 307 ff. BGB.¹⁸⁹⁸ Insoweit kann Art. 3 Abs. 1 Klausel-RL als besondere Ausformung der unternehmerischen Sorgfalt angesehen werden. Hiernach ist eine Vertragsklausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.¹⁸⁹⁹ Ob für diese Vorgehensweise ein praktischer Bedarf besteht, ist angesichts der Möglichkeit der Verfolgung über § 3a UWG und § 1 UKlaG zweifelhaft.¹⁹⁰⁰ Bedeutung hat dieser Weg jedenfalls in Mitgliedstaaten, die keine dem § 3a UWG entsprechende Vorschrift kodifiziert haben.

658

3. Verhaltenskodizes

Die bereits angesprochenen Verhaltenskodizes zur Selbstregulierung im Datenschutzbereich (Art. 40 ff. DS-GVO) könnten ebenfalls zur Beurteilung der unternehmerischen Sorgfalt herangezogen werden.¹⁹⁰¹ Rekuriert werden kann insoweit auf Erwägungsgrund 20 S. 2 der UGP-RL.¹⁹⁰² Hiernach ist es zweckmäßig, in Branchen, in denen es spezifische zwingende Vorschriften gibt, die das Verhalten von Gewerbetreibenden regeln, dass aus diesen auch die Anforderungen an die berufliche Sorgfalt in dieser Branche ersichtlich sind. Nach dem EuGH „besteht die durch diese

659

¹⁸⁹⁶ Vgl. *Sosnitzka*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3 UWG Rn. 127, 129.

¹⁸⁹⁷ Vgl. zum Verhältnis zu § 3a UWG *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3 UWG Rn. 3.7 ff.

¹⁸⁹⁸ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.2.4; *Fritzsche*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 691; BGH WRP 2010, 1475, 1476 – Gewährleistungsausschluss im Internet; BGH WRP 2012, 1086 Rn. 46 – Missbräuchliche Vertragsstrafe; *Alexander*, WRP 2012, 515, 520 f.; *Alexander*, WRP 2016, 139 Rn. 31; vgl. *Graf von Westphalen*, in: *Busch, P2B-VO*, 2022, Art. 2 VO (EU) 2019/1150 Rn. 88 sowie Art. 3 VO (EU) 2019/1150 Rn. 90; ablehnend *Tüngler/Ruess*, WRP 2009, 1336, 1341 f.; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3

UWG Rn. 3.37 sowie § 3a UWG Rn. 1.290.

¹⁸⁹⁹ *Alexander*, WRP 2012, 515, 520; *Graf von Westphalen*, in: *Busch, P2B-VO*, 2022, Art. 3 VO (EU) 2019/1150 Rn. 90, 94.

¹⁹⁰⁰ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3 UWG Rn. 3.37 sowie § 3a UWG Rn. 1.290; → Rn. 510 ff.

¹⁹⁰¹ *Fritzsche*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 694; *Dreher/Ballmaier*, VersR 2011, 1087, 1088 f.; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.3 sowie 2.7.

¹⁹⁰² *Fritzsche*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 694.

Richtlinie den Verhaltenskodizes eingeräumte Rolle darin, es den Gewerbetreibenden zu ermöglichen, die Grundsätze dieser Richtlinie in spezifischen Wirtschaftszweigen selbst wirksam anzuwenden, die Anforderungen an die berufliche Sorgfalt einzuhalten und die Inanspruchnahme der Verwaltungsbehörden oder Gerichte zu vermeiden.“¹⁹⁰³

- 660** Verstöße gegen Verhaltenskodizes durch beteiligte Unternehmen können daher im Grundsatz als Indiz für einen Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt herangezogen werden.¹⁹⁰⁴ Auch für ein Unternehmen, das als solches nicht einem Verhaltenskodex unterworfen ist, kann unter Umständen der Verhaltenskodex als Referenz für die Auslegung der unternehmerischen Sorgfalt herangezogen werden.¹⁹⁰⁵
- 661** Von Aufsichtsbehörden bzw. von der Kommission genehmigte Verhaltensregelungen i. S. v. Art. 40 Abs. 5 bzw. 9 S. 1 DS-GVO dürfte eine hohe Indizwirkung zukommen. Gleiches gilt, wenn eine vergleichsweise große Zahl an Mitgliedern der Branche sich der Selbstverpflichtung unterwerfen.¹⁹⁰⁶ Die Tatbestandsmerkmale „Treu und Glauben“ sowie die „anständigen Marktgepflogenheiten“ setzen dabei der Selbstregulierung aber, besonders im Hinblick auf eine missbräuchliche Verwendung, objektive Grenzen.¹⁹⁰⁷ Daneben können vollständig wettbewerbsfremde Aspekte aufgrund des Anwendungsbereichs des Lauterkeitsrechts nicht nach § 3 Abs. 2 UWG verfolgt werden.¹⁹⁰⁸ Es erfolgt damit im Ergebnis durch die UGP-RL zumindest eine gewisse Verrechtlichung von Selbstverpflichtungen über die Verbrauchergeneralklausel.¹⁹⁰⁹

4. „Schufa-Drohungen“

- 662** Unabhängig von der Frage des Vorliegens einer aggressiven geschäftlichen Handlung hatte das LG Osnabrück einem Unternehmen im Rahmen einer rechtswidrigen „Schufa-Drohung“ einen Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt attestiert.¹⁹¹⁰

¹⁹⁰³ EuGH WRP 2019, 44 Rn. 57 – Bankia/Juan Carlos Mari Merino u. a.; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.3.

¹⁹⁰⁴ *Fritzsche*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 694.

¹⁹⁰⁵ Raad voor de rechtspraak, ECLI:NL:RBROT:2019:226; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 2.7.

¹⁹⁰⁶ BGH WRP 2011, 444, 444 – FSA-Kodex; *Fritzsche*, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 2 UWG Rn. 694.

¹⁹⁰⁷ *Alexander*, GRUR Int. 2012, 965, 972 f.; vgl. Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 1.3.

¹⁹⁰⁸ *Alexander*, GRUR Int. 2012, 965, 972 f.

¹⁹⁰⁹ *Feszer*, WRP 2010, 577, 585.

¹⁹¹⁰ LG Osnabrück GRUR-RS 2020, 8778 Rn. 14 – Unlautere Zahlungsaufforderung.

Bedeutung erlangt die Unlauterkeit allenfalls dann, wenn nicht zugleich eine Irreführung (§§ 5 f. UWG)¹⁹¹¹ bzw. eine aggressive geschäftliche Handlung (§ 4a UWG)¹⁹¹² verwirklicht wird. Nachdem im Rahmen von § 4a UWG implizit (§ 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 UWG) auf datenschutzrechtliche Vorgaben abzustellen ist, dürfte der praktische Anwendungsbereich für eine solche Vorgehensweise praktisch recht klein ausfallen.

5. Nutzung von „dark patterns“

Dark patterns sind im Bereich des Datenschutzrechts sehr beliebt, etwa um den Betroffenen einfacher eine Einwilligung abzuverlangen. Zu sehen ist das etwa bei manipulativen Cookie-Bannern. Neben der bereits angesprochenen Irreführungseignung solcher Vorgehensweisen¹⁹¹³ kommt auch die Anwendung der Generalklausel in Betracht: Es widerspricht nämlich der unternehmerischen Sorgfalt, etwa Benutzeroberflächen so zu gestalten, dass sie die geschäftlichen Entscheidungen (wozu auch die Erteilung einer Einwilligung in Werbung zählt¹⁹¹⁴) von betroffenen Verbrauchern verzerren.¹⁹¹⁵ Das kann etwa durch optische Hervorhebungen oder Opt-out-Mechanismen geschehen.¹⁹¹⁶ Das Lauterkeitsrecht ergänzt insoweit die datenschutzrechtlichen Vorgaben.¹⁹¹⁷

663

6. Geschäftliche Relevanz

§ 3 Abs. 2 UWG fordert, dass die geschäftliche Handlung dazu geeignet sein muss, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG n. F.) ist hierunter die Vornahme einer geschäftlichen Handlung zu verstehen, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Hierbei handelt es sich um eine Bagatellschwelle.¹⁹¹⁸

664

¹⁹¹¹ → Rn. 583 ff.

¹⁹¹² → Rn. 621 ff.

¹⁹¹³ → Rn. 592.

¹⁹¹⁴ → Rn. 361.

¹⁹¹⁵ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 4.2.7.

¹⁹¹⁶ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des

Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 4.2.7.

¹⁹¹⁷ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 4.2.7.

¹⁹¹⁸ *Sosnizza*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 3 UWG Rn. 119; vgl. zur UGP-RL *Alexander*, in: FS Ahrens, 2016, S. 17, 21.

- 665** Das Merkmal der Eignung zeigt, dass ein Einwirkungserfordernis vorausgesetzt wird.¹⁹¹⁹ Ausreichend ist die objektive Wahrscheinlichkeit einer spürbaren Beeinträchtigung der „Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen“¹⁹²⁰. Hierdurch muss der Verbraucher zudem zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst werden, die er andernfalls nicht getroffen hätte (Auswirkungserfordernis).¹⁹²¹
- 666** Für den Bereich sog. „dark patterns“ nehmen *Martini/Dreows/Seeliger/Weinzierl* an, dass sie aufgrund ihrer „örtlichen und zeitlichen Entgrenzung im Internet“ eine geschäftliche Relevanz entfalten.¹⁹²² Auch die Kommission geht in ihrer Empfehlung zur Auslegung der UGP-RL davon aus, dass dark patterns erheblichen Einfluss auf die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers haben können.¹⁹²³ Diese Sichtweise erscheint auch überzeugend, ist es doch gerade objektiv die Aufgabe von dark patterns, die gewünschte Entscheidung vom Gegenüber herbeizuführen.
- 667** Das wirtschaftliche Verhalten wurde bisweilen auf „geldwerte Veränderungen im Vermögen des Verbrauchers“¹⁹²⁴ reduziert. Folge wäre, dass beispielsweise unentgeltliche Online-Dienste nicht unter § 3 Abs. 2 UWG fallen würden, da es an der geschäftlichen Relevanz mangelt. Angesichts des Wertes personenbezogener Daten mag es sein, dass Angebote zwar unentgeltlich sind, nicht aber zwingend umsonst, wobei die Problematik „Daten als Zahlungsmittel“ nunmehr auch stärker verrechtlicht wurde.¹⁹²⁵ Eine solche Auslegung ist daher jedenfalls mehr als zweifelhaft, zumal über das Erfordernis des Unternehmens- und Marktbezugs hinreichende Schranken aufgestellt werden.¹⁹²⁶

F. Rechtsfolgen und Missbrauchsverhinderung

I. Rechtsfolgen

- 668** Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Unlauterkeitstatbestände sind nach der Vorstellung des Gesetzgebers für die aktivlegitimierten Stellen nach § 8 Abs. 3 UWG abschließend geregelt.¹⁹²⁷ Unberührt bleiben dennoch etwaige Hilfsansprüche, etwa

¹⁹¹⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3 UWG Rn. 3.23.

¹⁹²⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3 UWG Rn. 3.24 ff.

¹⁹²¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3 UWG Rn. 3.28.

¹⁹²² *Martini/Dreows/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 67 f.

¹⁹²³ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, 2021/C 526/01, Ziffer 4.2.7.

¹⁹²⁴ *Lettl*, WRP 2019, 1265 Rn. 7 unter Verweis auf OGH, Beschl. v. 18.11.2008 – 4 Ob 186/08v – Online-

Angebot; *Sosnitzka*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, § 3 UWG Rn. 116; *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 6. Aufl. 2014, § 3 UWG Rn. 75; hinsichtlich der geschäftlichen Handlung *Bühler/Straub*, JURA 2021,1054, 1066.

¹⁹²⁵ → Rn. 587.

¹⁹²⁶ Ähnlich *Heinze*, in: GK-UWG, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, Einleitung Teil C Fn. 1143; ablehnend ebenfalls *Omsefs*, jurisPR-WettbR 4/2016 Anm. 2; *Omsefs*, WRP 2016, 553 Rn. 45; das bereits verfehlt auf die geschäftliche Handlung übertragend *Bühler/Straub*, JURA 2021,1054, 1066.

¹⁹²⁷ BT-Drs. 15/1487, S. 22; *Seichter*, in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 28;

auf Auskunft nach § 242 BGB.¹⁹²⁸ Der darüber hinausgehende Auskunftsanspruch nach § 13 UKlaG wird daneben für Verbände ausdrücklich von § 8 Abs. 5 UWG für anwendbar erklärt.¹⁹²⁹ Die Ansprüche aus dem UWG stehen dabei neben eventuellen Ansprüchen der Betroffenen, die ihre Rechte geltend machen können.

Bei datenschutzrechtlichen Verstößen ist – wie bei anderen unlauteren geschäftlichen Handlungen auch – der verschuldensunabhängige Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung nach § 8 Abs. 1 UWG besonders bedeutsam. Denkbar sind jedoch auch Ansprüche eines Mitbewerbers auf Schadensersatz nach § 9 UWG oder von Verbänden auf Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG. Diese Ansprüche sollen im Folgenden spezifisch unter Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Aspekte dargestellt werden.

669

1. Unterlassung und Beseitigung

Der praktisch bedeutendste Anspruch des UWG stellt der verschuldensunabhängige Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung dar.¹⁹³⁰ § 8 Abs. 1 UWG sieht neben einem Widerrufsanspruch einen Verletzungsunterlassungsanspruch (S. 1 Var. 1), einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch (S. 2) sowie einen Anspruch auf Beseitigung (S. 1 Var. 1) vor. Hierdurch wird es den Anspruchsberechtigten ermöglicht, zeitnah Rechtsschutz zu erlangen und Datenschutzverstöße abzustellen.¹⁹³¹ Im Vergleich zur Geltendmachung von Betroffenenrechten durch die Betroffenen,¹⁹³² beziehen sich Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG auf die unlautere geschäftliche Handlung als solche und nicht nur auf die Datenverarbeitung über eine einzelne Person, sodass eine gewisse Breitenwirkung der Ansprüche erreicht wird.¹⁹³³ Bedeutung erlangt die Durchsetzung über das UWG also in den Fällen, in denen die Betroffenen ihre Rechte nicht oder nur vereinzelt geltend machen.¹⁹³⁴

670

a. Unterlassungsanspruch

Der Anspruch auf Unterlassung zielt auf die Verhinderung einer zukünftigen Verletzungshandlung.¹⁹³⁵ Neben einer unlauteren geschäftlichen Handlung verlangt der Verletzungsunterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 1 UWG das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr. Sofern ein vorbeugender Unterlassungsanspruch begehrt

671

kritisch *Oppermann/Müller*, GRUR 2005, 280, 285 f.; *Sack*, GRUR 2004, 625, 629.

¹⁹²⁸ *Seichter*, in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 30; vgl. zu einem „allgemeinen Auskunftsanspruch“ etwa BGH NJW 1957, 669 – Auskunftsspflicht; *Paschke/Halder*, MMR 2016, 723, 724.

¹⁹²⁹ *Seichter*, in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 30.

¹⁹³⁰ *Hohlweck*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 7.

¹⁹³¹ *Buchner*, in: *FS Köhler*, 2014, S. 51, 58; vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3a UWG Rn. 1;

Doepner, GRUR 2003, 825, 826.

¹⁹³² → Rn. 152 ff.

¹⁹³³ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 35; *Diercks*, CR 2018, 5001 Rn. 62; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 535 f.

¹⁹³⁴ *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 535 f.

¹⁹³⁵ BGH WRP 2018, 434 Rn. 19 – Klauselersetzung; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 8 UWG Rn. 5; *Lettl*, *Lauterkeitsrecht*, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 4, 17.

wird, muss nach § 8 Abs. 1 S. 2 UWG die Erstbegehung eines Verstoßes drohen.¹⁹³⁶ Ein erstmaliger Verstoß lässt in tatsächlicher Hinsicht vermuten, dass eine Wiederholung zu befürchten ist.¹⁹³⁷ Wenn keine besonderen Umstände vorliegen,¹⁹³⁸ entfällt die Wiederholungsgefahr regelmäßig erst mit einer hinreichenden Unterlassungserklärung oder einem rechtskräftigen Unterlassungstitel.¹⁹³⁹

- 672** Der Unterlassungsanspruch bezieht sich nach der „Kerntheorie“ sachlich neben der konkreten Verletzungsform auch auf Verletzungsformen, die im Kern wesensgleich sind.¹⁹⁴⁰ Werden beispielsweise einige Verbraucher datenschutzwidrig und deshalb unlauter beworben, besteht die Wiederholungsgefahr nicht nur hinsichtlich der konkret Beworbenen, denn der Kern der verletzenden Handlung stellt die datenschutzwidrige Werbung als solche dar.¹⁹⁴¹ Verhindert wird die rechtswidrige Verarbeitung zu diesem Zweck insgesamt und nicht bezogen auf einzelne Betroffene.¹⁹⁴²
- 673** Der Unterlassungsanspruch ist nicht nur darauf gerichtet, dass der Unterlassungsschuldner „nichts“ bzw. „nichts mehr tut“, sondern er verpflichtet ihn auch im Falle von Dauerstörungen zur „Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands“¹⁹⁴³. Das liegt darin begründet, dass die Nichtbeseitigung eines fortdauernden Verletzungszustandes mit der weiteren Begehung der Verletzungshandlung gleichzusetzen ist.¹⁹⁴⁴ Insoweit kann es zu einer Überlappung von Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch kommen.¹⁹⁴⁵ In diesem Fall kann beispielsweise bereits aufgrund des Unterlassungsanspruchs die Unterlassung der weiteren Veröffentlichung unwirksamer Datenschutzklauseln, welche AGB darstellen,¹⁹⁴⁶ verlangt werden.¹⁹⁴⁷

¹⁹³⁶ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 8 UWG Rn. 6; hierzu *Hohlweck*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 51 ff.

¹⁹³⁷ BGH WRP 1998, 739, 740 – Brennwertkessel; BGH WRP 1987, 557, 558 – Wiederholte Unterwerfung II; *Hohlweck*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 11.

¹⁹³⁸ Vgl. *Hohlweck*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 39 ff.

¹⁹³⁹ *Hohlweck*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 14.

¹⁹⁴⁰ BGH WRP 2010, 1030, 1034 – Erinnerungswerbung im Internet; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 8 UWG Rn. 35; *Hohlweck*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 11, 68; *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 36; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 536; *Meinhardt*, WRP 2020, 150 Rn. 43.

¹⁹⁴¹ BGH WRP 2004, 731, 735 – E-Mail-Werbung; *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 36.

¹⁹⁴² *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 36; *Diercks*, CR 2018, S001 Rn. 62; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 535 f.

¹⁹⁴³ BGH WRP 2015, 356 Rn. 63 – CT-Paradies; vgl. *Fritzsche*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 53; *Ahrens*, GRUR 2018, 374, 374 f.; *Feddersen*, in: *FS Büscher*, 2018, S. 471.

¹⁹⁴⁴ BGH WRP 2015, 356 Rn. 64 – CT-Paradies; *Fritzsche*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 53; kritisch zu dieser Formulierung *Bornkamm*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 1.73.

¹⁹⁴⁵ *Bornkamm*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 1.69 und 1.70; zu den Auswirkungen in prozessualer Hinsicht *Büscher*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 8 UWG Rn. 9.

¹⁹⁴⁶ → Rn. 510 ff.

¹⁹⁴⁷ Vgl. zu AGB *Fritzsche*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 53.

Im Regelfall stellt die reine Speicherung personenbezogener Daten mangels Marktbezug keine geschäftliche Handlung dar,¹⁹⁴⁸ sodass sich ein Anspruch auf Löschung oder Einschränkung der Verarbeitung rechtswidrig erhobener und weiterhin gespeicherter personenbezogener Daten mangels Dauerhandlung nicht auf einen Unterlassungsanspruch stützen lassen wird.¹⁹⁴⁹ Lauterkeitsrechtlich relevant ist insoweit meist nur die Erhebung und deren nachfolgende Verwendung. Allerdings kann sich im Einzelfall ein vorbeugender Unterlassungsanspruch ergeben, wenn das Verhalten des Unternehmers eine Erstbegehungsgefahr für die spätere lauterkeitswidrige Verwendung begründet. Auf eine Löschung zielt der Unterlassungsanspruch aber gleichwohl nicht zwingend.

b. Beseitigungsanspruch

Der in § 8 Abs. 1 S. 1, 1. Var. UWG geregelte Beseitigungsanspruch soll dahingegen eine fortdauernde Störungsquelle entfernen.¹⁹⁵⁰ Der Anspruch auf Beseitigung kann auch weiter bestehen, wenn der Unterlassungsanspruch durch Ausräumung der Wiederholungsgefahr erloschen ist.¹⁹⁵¹ Der Inhalt des Beseitigungsanspruchs richtet sich nach der Art und Umfang der Beeinträchtigung.¹⁹⁵² Differenziert wird vielfach zwischen den Fallgruppen körperlicher und unkörperlicher Störungszustände.¹⁹⁵³ „Was auch immer erforderlich ist, um den rechtswidrigen Störungszustand zu beseitigen, ist Gegenstand des Anspruchs“¹⁹⁵⁴. Ein Anspruch auf Beseitigung rechtswidrig erhobener und weiterhin gespeicherter personenbezogener Daten wird sich bei strenger Auslegung des § 8 Abs. 1 S. 1, 1. Var. UWG auch nicht auf einen Beseitigungsanspruch stützen lassen können, da meist ein Marktbezug der bloßen Speicherung fehlt und damit auch nicht „stört“.

c. „Folgenbeseitigung“ bei AGB-Rechtsverstößen?

Ob der Anspruch auf Beseitigung auch auf „Folgenbeseitigung“ gerichtet ist, ist hinsichtlich AGB-Rechtsverstößen sehr umstritten.¹⁹⁵⁵ Das Problem liegt darin begrün-

¹⁹⁴⁸ → Rn. 360 ff.

¹⁹⁴⁹ Anders hinsichtlich der Verbandsklage nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG *Halfmeier*, NJW 2016, 1126, 1128; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 699; vgl. *Joachimsthaller/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 9; anders sieht es auch aus, wenn die Daten zugleich ein Geschäftsgeheimnis darstellen, vgl. BGH WRP 2006, 1511, 1512 – Kundendatenprogramm; *Wille*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4 Nr. 4 UWG Rn. 30.

¹⁹⁵⁰ BGH WRP 2018, 434 Rn. 19 – Klauselersetzung; *Lettl*, Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 4; zur alten Rechtslage *Henning-Bodewig*, in: FS Beier, 1996, S. 521, 527 f.

¹⁹⁵¹ BGH WRP 2001, 918, 919 – Entfernung der Her-

stellungsnummer II; *Büscher*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 8 UWG Rn. 9.

¹⁹⁵² *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 1.113.

¹⁹⁵³ Vgl. *Frenzel*, WRP 2013, 1566 Rn. 8.

¹⁹⁵⁴ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 1.113; vgl. auch *Kessen*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 24 Rn. 1; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl. 2017, Kap. 73 Rn. 13.

¹⁹⁵⁵ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 1.107 ff.; vgl. auch

det, dass eine Abgrenzung von verschuldensunabhängiger Beseitigung zur verschuldensabhängigen Naturalrestitution im Rahmen des Schadensersatzes erforderlich ist.¹⁹⁵⁶ Ein Folgenbeseitigungsanspruch geht nach strenger Lesart über die reine Beseitigung hinaus.¹⁹⁵⁷

- 677** Nach früherer Rechtsprechung des BGH soll die Beseitigung von Fehlvorstellungen durch eine irreführende Werbung grundsätzlich nicht verlangt werden können, da keine Störung in den Fehlvorstellungen zu erblicken sein soll.¹⁹⁵⁸ Der Anwendungsbereich des Beseitigungsanspruchs wurde hierdurch nicht unerheblich begrenzt.¹⁹⁵⁹ Der BGH hält nach neuerer Rechtsprechung jedoch bei der Verwendung unwirksamer AGB Maßnahmen zur Aufklärung der betroffenen Verbraucher für erforderlich, da dieses Verlangen noch vom Beseitigungsanspruch umfasst ist.¹⁹⁶⁰ Beseitigt wird hierbei der Eindruck der Wirksamkeit von Klauseln, die eine fortdauernde Gefährdung des Vertragsgegners darstellen.¹⁹⁶¹ Die Herstellung eines anderen Zustands ist hiervon nicht umfasst.¹⁹⁶² Nachdem es sich bei Datenschutzklauseln um AGB handelt,¹⁹⁶³ ist die Rechtsprechung folgerichtig auf diese übertragbar. Unabhängig von der Kritik an dieser Auslegung des Beseitigungsanspruchs¹⁹⁶⁴ stehen jedenfalls weder die Unterlassungsklagen-RL noch die Klausel-RL einer solchen Auslegung im Weg.¹⁹⁶⁵ Unter welchen Voraussetzungen der Verletzer zur Folgenbeseitigung verpflichtet ist, hat der BGH jedoch nicht geklärt.¹⁹⁶⁶
- 678** Die Folgen, die sich aus der Verwendung rechtlich unzulässiger AGB ergeben können, sind daher nach § 8 Abs. 1 S. 1, Var. 1 UWG zu beseitigen.¹⁹⁶⁷ Auch über die genaue Reichweite der Rechtsfolgenseite des Folgenbeseitigungsanspruchs hielt sich

Gsell, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. K 40 und *Gomlich*, Die Beseitigungsansprüche im UWG, 2001, S. 70 ff. und 175 ff.

¹⁹⁵⁶ *Fritzsche*, WRP 2019, Nr. 03, I.

¹⁹⁵⁷ *Papier/Shirvani*, in: MüKoBGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 839 BGB Rn. 136; *Fritzsche*, WRP 2019, Nr. 03, I.

¹⁹⁵⁸ BGH WRP 1998, 383, 386 – Wirtschaftsregister.

¹⁹⁵⁹ *Frenzel*, WRP 2013, 1566 Rn. 10.

¹⁹⁶⁰ BGH WRP 2018, 434 Rn. 25 – Klauselersetzung; dem hat sich der 4. Senat angeschlossen BGH NJW 2021, 2193 Rn. 52 – Verstoßabhängiger Versicherungsfall bei Rechtsschutzversicherung; vgl. auch OLG Dresden WRP 2019, 347 – Kontobelastung bei Pfändung; LG Stuttgart GRUR-RS 2014, 18599 – Verbandsklage gegen allgemeine Versicherungsbedingungen in Lebens- und Rentenversicherungsverträge; LG Leipzig VuR 2016, 109 – Auskunft- und Rückzahlungspflicht der Bank bei rechtswidrigen Maßnahmen und Ankündigungen im Zusammenhang mit Kontopfändungen; *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 457, 460; *Micklitz/Reich*, EWS 2012, 257, 262 ff.; zweifelnd *Frenzel*, WRP 2013, 1566 Rn. 35.

¹⁹⁶¹ BGH WRP 2018, 434 Rn. 25 – Klauselersetzung;

BGH NJW 2021, 2193 Rn. 55 – Verstoßabhängiger Versicherungsfall bei Rechtsschutzversicherung.

¹⁹⁶² BGH NJW 2021, 2193 Rn. 55 – Verstoßabhängiger Versicherungsfall bei Rechtsschutzversicherung.

¹⁹⁶³ → Rn. 518 ff.

¹⁹⁶⁴ *Köhler*, WRP 2019, 269; *Bunte*, ZIP 2016, 956; *Kruis*, ZIP 2019, 393, 394 ff.; *Gsell/Rübbbeck*, ZfPW 2018, 409; zweifelnd *Fritzsche*, WRP 2019, Nr. 03, I; *Fries*, ZfP 134 (2021), 433, 444; für möglich haltend demgegenüber *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 75 Rn. 10.

¹⁹⁶⁵ *Fritzsche*, WRP 2019, Nr. 03, I; *a. A. Köhler*, WRP 2019, 269 Rn. 41 hinsichtlich der Klausel-RL.

¹⁹⁶⁶ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 101.

¹⁹⁶⁷ OLG Köln BeckRS 2021, 41100 Rn. 83 ff.; LG Berlin VuR 2022, 20, 24 – Unzulässigkeit von Verwahrentgelten auf Giro- und Tagesgeldkonten; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 1.108b.

der BGH in seiner Entscheidung bedeckt.¹⁹⁶⁸ Die Wahl des Mittels obliegt jedenfalls im Grundsatz – wie in § 1004 BGB – dem Schuldner.¹⁹⁶⁹

Denkbar ist hinsichtlich fehlerhafter datenschutzrechtlicher Informationspflichten primär eine Information der Vertragsgegner, denen gegenüber die unwirksamen AGB verwendet wurden.¹⁹⁷⁰ Das LG Kleve hat etwa einen Beseitigungsschuldner dazu verpflichtet, ein genauestens vorformuliertes Schreiben an die irreführenden Kunden zu versenden.¹⁹⁷¹ Bei unwirksamen formulärmäßigen Einwilligungen wären die Folgen der rechtswidrigen Verarbeitung rückgängig zu machen.¹⁹⁷² Insoweit bietet sich eine analoge Anwendung des § 2 Abs. 1 S. 3 UKlaG an, wonach sich der Beseitigungsanspruch nach den entsprechenden datenschutzrechtlichen Vorschriften richtet.¹⁹⁷³

679

Ergänzt wird der Beseitigungsanspruch von einem vorbereitenden Auskunftsanspruch nach § 242 BGB, damit eine Kontrolle durch den Beseitigungsgläubiger möglich ist.¹⁹⁷⁴ Unklar ist, ob der datenschutzrechtlich betroffene Vertragsgegner in eine Übermittlung an den Mitbewerber oder Verband durch den Unternehmer zustimmen muss, was angesichts Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO wohl zu verneinen sein wird, wobei aber Art. 14 DS-GVO zu berücksichtigen ist.¹⁹⁷⁵

680

Unklar ist ferner, ob die Problematik eines Folgenbeseitigungsanspruchs durch die nunmehr verabschiedete Verbandsklagen-RL entschärft wurde.¹⁹⁷⁶ Diese sah im Entwurf¹⁹⁷⁷ in Art. 5 Abs. 3 und 6 Maßnahmen „zur Beseitigung der fortdauernden Auswirkungen des Verstoßes“ vor, die nach deutschem Verständnis unter Folgenbeseitigung fallen würden.¹⁹⁷⁸ Es wurde daher prognostiziert, dass die vom BGH vorgenommene Auslegung die aufgrund dieser Richtlinie „zu erwartende[n] Gesetzesänderungen gewissermaßen vorweg“¹⁹⁷⁹ nimmt.

681

Diese Wendung findet sich in der finalen Fassung indes nicht mehr, ebenso sind die möglichen Abhilfemaßnahmen in Art. 9 Verbandsklagen-RL nunmehr enumerativ

682

¹⁹⁶⁸ *Meller-Hannich*, JZ 2018, 629, 631.

¹⁹⁶⁹ BGH WRP 2006, 114, 117 – Verwirkung eines Unterlassungsanspruchs; BGH WRP 2018, 434 Rn. 70 – Klauselersetzung; *Weichhaus*, GRUR-Prax 2018, 132; *Schultheiß*, WM 2019, 9, 15; *Kessen*, in: *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 24 Rn. 2 f.; *Bacher*, in: *Ahrens*, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 75 Rn. 10.

¹⁹⁷⁰ Vgl. BGH NJW 2021, 2193 Rn. 55 – Verstoßabhängiger Versicherungsfall bei Rechtsschutzversicherung; *Bornkamm*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 1.108c; *Meller-Hannich*, JZ 2018, 629, 631.

¹⁹⁷¹ LG Kleve, Urt. v.3.5.2021 – 8 O 5/20; weniger detaillierter etwa OLG Köln BeckRS 2021, 41100 Tenor Nr. 2d.

¹⁹⁷² Insoweit stellt sich kein Konkurrenzproblem zum

Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG, vgl. hierzu im Rahmen von Rückzahlung von zu Unrecht erhobenen Entgelten *Meller-Hannich*, JZ 2018, 629, 631 f.; *Osburg*, ZBB 2019, 384, 387.

¹⁹⁷³ → Rn. 802 ff.

¹⁹⁷⁴ OLG Köln BeckRS 2021, 41100 Rn. 86; *Bornkamm*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 1.108c; *Meller-Hannich*, JZ 2018, 629, 631.

¹⁹⁷⁵ *A. A. Meller-Hannich*, JZ 2018, 629, 631 ohne nähere Begründung.

¹⁹⁷⁶ → Rn. 838 ff.

¹⁹⁷⁷ 2018/0089 (COD).

¹⁹⁷⁸ *Fritzsche*, WRP 2019, Nr. 03, I; vgl. hierzu *Alexander*, WRP 2019, Nr. 01, I; ausführlich *Dröge*, WRP 2019, 160.

¹⁹⁷⁹ *Fritzsche*, WRP 2019, Nr. 03, I.

aufgezählt („Schadenersatz, Reparatur, Ersatzleistung, Preisminderung, Vertragsauflösung oder Erstattung des gezahlten Preises“). Allenfalls wäre bei einer entsprechend vom BGH abweichenden, weiten Lesart der Unterlassungsentscheidung nach Art. 8 Abs. 1 Verbandsklagen-RL ein solcher Folgenbeseitigungsanspruch zu konstruieren, wobei dessen Wortlaut „zur Beendigung einer Praktik“ hierfür offen genug anmutet. Dagegen spricht aber die Urteilsveröffentlichungspflicht, welche die Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 2 lit. b Verbandsklagen-RL vorsehen dürfen, welche ebenfalls auf eine „berichtigende Erklärung“ hinausläuft. Die Irreführungsbeseitigung wurde von der Richtlinie also bedacht und dürfte damit auch nicht unter die Unterlassungsentscheidung i. S. d. Art. 8 Verbandsklagen-RL zu fassen sein.

- 683** Nachdem aber die Verbandsklagen-RL mindestharmisierend ist und nach ihrem Art. 1 Abs. 2 S. 1 weitere mitgliedstaatliche verfahrensrechtliche Mittel zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher unberührt lässt, ist der Weg über den Beseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 1 Var. 1 UWG für qualifizierte Einrichtungen gleichwohl nicht versperrt.

d. Umstellungsfrist

- 684** Auch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche unterliegen der immanenten Schranke der Verhältnismäßigkeit.¹⁹⁸⁰ Es kann deshalb geboten sein, dem Rechtsverletzer eine gewisse Zeit zur Umstellung seiner Geschäftsprozesse einzuräumen.¹⁹⁸¹ Teils wird § 242 BGB,¹⁹⁸² teils § 275 Abs. 2 BGB¹⁹⁸³, als dogmatische Grundlage herangezogen. Im Falle einer rechtswidrigen Datenverarbeitung wäre beispielsweise an die Möglichkeit der Einholung einer Einwilligung beim Betroffenen zu denken. In diesem Fall wäre es unverhältnismäßig, dem Unternehmer eine sofortige Löschung personenbezogener Daten aufzubürden, ohne ihm diese Möglichkeit einzuräumen, besonders wenn in der Zwischenzeit bis Erteilung der Einwilligung die Verarbeitung eingeschränkt wird. Das kann gleichsam auch im Interesse der Betroffenen liegen. Freilich bleibt zu bedenken, dass auch die Bitte um eine Einwilligung § 7 UWG unterfallen kann¹⁹⁸⁴ und damit ihrerseits aufgrund von § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F.) von einer Einwilligung abhängig sein könnte. Es kommt deshalb für die Bitte um eine Einwilligung darauf an, welchen Kommunikationsweg innerhalb von § 7 UWG der Verantwortliche einschlägt.

¹⁹⁸⁰ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 87; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 1.67, 1.122.

¹⁹⁸¹ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 87.

¹⁹⁸² BGH WRP 2007, 1346, 1351 – Bundesdruckerei.

¹⁹⁸³ *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 8 UWG Rn. 39; zweifelnd *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8 UWG Rn. 88.

¹⁹⁸⁴ *Ettig/Herbrich*, K&R 2020, 719, 725.

2. Schadensersatz

§ 9 UWG sieht ferner einen lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruch vor, der jedoch nur den Mitbewerbern zusteht.¹⁹⁸⁵ Er unterscheidet sich fundamental vom Schadensersatzanspruch des Betroffenen im Verhältnis zum Verantwortlichen.¹⁹⁸⁶ Der Anspruch nach § 9 UWG geht über dieses enge Verhältnis vom Betroffenen zum Verantwortlichen hinaus, denn er umfasst den kausalen Nachteil der schuldhaft rechtswidrigen Datenverarbeitung, den der Mitbewerber erleiden musste.¹⁹⁸⁷ Im Gegensatz zu den häufig vernachlässigbaren materiellen wie immateriellen Schäden des Betroffenen¹⁹⁸⁸ können Schäden von Mitbewerbern andere Dimensionen annehmen.¹⁹⁸⁹ Aufgrund der Notwendigkeit des Nachweises von Verschulden, Schadensentritt und -höhe konnte sich der lauterkeitsrechtliche Schadensersatzanspruch bisher jedoch nicht bedeutend durchsetzen.¹⁹⁹⁰ Jedenfalls schließt die Existenz von Art. 82 DS-GVO einen Rückgriff auf nicht § 9 UWG aus, selbst wenn Art. 82 DS-GVO – entgegen der hier vertretenen Ansicht – nicht auf Betroffene beschränkt wird.¹⁹⁹¹

685

a. Verschulden

Einschränkungen in datenschutzrechtlicher Hinsicht können sich etwa im Bereich des Verschuldens ergeben: So können die praktischen Anwendungsprobleme vieler datenschutzrechtlicher Normen und die an manchen Stellen herrschende, bunte Meinungsvielfalt im Einzelfall zu unvermeidbaren Rechtsirrtümern zugunsten des Mitbewerbers führen, welche einen Fahrlässigkeitsvorwurf ausschließen.¹⁹⁹² Die Anzahl an Gesetzeskommentaren, Zeitschriften und sonstiger Literatur ist im Datenschutzrecht – spätestens seit Geltung der DS-GVO – kaum mehr überschaubar, zumal sich zusätzlich die Frage der Übertragbarkeit der älteren und ausländischen Recht-

686

¹⁹⁸⁵ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 41; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 1; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 9 UWG Rn. 1.8, 1.10; *Hohlweck*, in: *Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 9 UWG Rn. 30.

¹⁹⁸⁶ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 42; *Weichert*, VuR 2006, 377, 382; → Rn. 238 ff. sowie → Rn. 260 ff.

¹⁹⁸⁷ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 42; *Weichert*, VuR 2006, 377, 382.

¹⁹⁸⁸ AG Frankfurt a. M. BeckRS 2020, 22861 Rn. 31: 0 € für „Datenleck“; LG Köln BeckRS 2020, 27959: 0 € für Zusendung von Kontoauszügen an Unberechtigte; LG Darmstadt ZD 2020, 642: 1.000 € wegen fehlerhafter Weiterleitung von personenbezogenen Daten; LAG Köln ZD 2021, 168 – Schadensersatzbemessung nach Art. 82 DS-GVO: 300 € wegen Verstoß gegen

Löschverpflichtung nach Art. 17 DS-GVO; ArbG Dresden ZD 2021, 54 Rn. 18 – Schadensersatz wegen Datenschutzverstößen des Arbeitgebers: 1.500 € für Weitergabe von personenbezogenen Daten i. S. v. Art. 9 DS-GVO; anders ArbG Düsseldorf NZA-RR 2020, 409 – Anspruch auf Erteilung einer Datenkopie nach DS-GVO: 5.000 € wegen verzögerter Erteilung einer Auskunft nach Art. 15 DS-GVO.

¹⁹⁸⁹ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 43 f.; *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 536; *Weichert*, VuR 2006, 377, 378.

¹⁹⁹⁰ *Henning-Bodewig*, in: FS Beier, 1996, S. 521, 528.

¹⁹⁹¹ Zu BDSG a. F. *Weichert*, VuR 2006, 377, 382.

¹⁹⁹² Vgl. *Koos*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 9 UWG Rn. 15; *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 2019, § 15 Rn. 101.

sprechung auf das neue Datenschutzrecht stellt. Auch die zahlreichen Aufsichtsbehörden und deren Zusammenschlüsse sind im Bereich von Empfehlungen sehr aktiv, sodass hinsichtlich vieler Rechtsfragen darüber hinaus weitere Uneinigkeit erzeugt wird. Höchststrichterliche Rechtsprechung wird insoweit Jahre, vielleicht sogar Jahrzehnte auf sich warten lassen.¹⁹⁹³ Die ganz grundlegende Frage der Zulässigkeit einer Verbandsklage unter Geltung der DSRL wurde beispielsweise vom EuGH¹⁹⁹⁴ erst über ein Jahr nach deren Aufhebung durch die DS-GVO entschieden.

- 687** Die Anforderungen an einen vermeidbaren Rechtsirrtum sind indes sehr hoch.¹⁹⁹⁵ „Ein Verstoß des Handelnden gegen die ihm obliegende Sorgfaltspflicht ist bei einem Rechtsirrtum nur dann zu verneinen, wenn es sich um die Beurteilung eines rechtlich schwierigen Sachverhalts handelt, für den die Rechtsprechung im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung noch keine festen Grundsätze entwickelt hatte, und der Handelnde sich für seine Auffassung auf namhafte Vertreter im Schrifttum und/oder auf gerichtliche Entscheidungen berufen konnte“¹⁹⁹⁶. Selbst ein durch den Unternehmer eingeholter Rechtsrat kann in vielen Fällen einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nicht begründen.¹⁹⁹⁷ Die Durchsetzung durch Private hat aber insoweit den Vorteil, dass Rechtsfragen schneller den Gerichten überantwortet werden können und damit der Rechtssicherheit zuträglich sind.¹⁹⁹⁸ Vielleicht erweist sich in naher Zukunft deshalb das private enforcement als ein wesentlicher Baustein für die Schaffung von Rechtssicherheit in praktisch relevanten Bereichen des Datenschutzrechts.

b. Kausaler und zurechenbarer Schaden

- 688** Auch der Nachweis eines Schadens gestaltet sich im Bereich des Datenschutzrechts nicht einfacher als im üblichen Wettbewerbsrecht.¹⁹⁹⁹ Besonders die Kausalität dürfte in vielen Fällen mit bloßem Marktbezug kaum nachweisbar sein.²⁰⁰⁰ Zu denken ist etwa an eine fehlerhafte Datenschutzerklärung nach Art. 13 DS-GVO, welche bereits häufiger Gegenstand vor Gerichten war.²⁰⁰¹ Selbst wenn ein Mitbewerber

¹⁹⁹³ Eickhoff/Woger, ZD 2020, 593, 593.

¹⁹⁹⁴ EuGH WRP 2019, 1146 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

¹⁹⁹⁵ Melullis, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 80 Rn. 53; Jänich, Lauterkeitsrecht, 2019, § 15 Rn. 101.

¹⁹⁹⁶ BGH GRUR 1996, 271, 275 – Gefärbte Jeans; zum Maßstab der Vermeidbarkeit generell Koos, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 9 UWG Rn. 15.

¹⁹⁹⁷ BGH WRP 2002, 323, 325 – Sportwetten-Genehmigung; Melullis, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 80 Rn. 53.

¹⁹⁹⁸ Ohly, in: FS Köhler, 2014, S. 507, 510; auch Bull,

Netzpolitik, 2013, S. 29 sieht mit der Datenschutzverbandsklage die Möglichkeit, die abstrakten rechtlichen Regelungen auf ein konkreteres und sachnäheres Maß herunterzurechnen.

¹⁹⁹⁹ Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576 Rn. 45; ausführlich Melullis, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 80 Rn. 85 ff.

²⁰⁰⁰ Melullis, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 80 Rn. 85.

²⁰⁰¹ → Rn. 462 ff.

Umsatzeinbußen erleiden sollte, so steht noch nicht fest, ob sie auch auf diesen Verstoß zurückzuführen sind.²⁰⁰² Einfacher gestaltet sich der Nachweis dagegen, wenn der Verstoß sich gegen einen konkreten Mitbewerber richtet, beispielsweise im Falle einer datenschutzwidrigen Kundenrückgewinnung, wenn der Verbraucher daraufhin wieder zum Mitbewerber wechselt.²⁰⁰³

Neben der Kausalität erweist sich besonders im Rahmen des § 3a UWG zudem die Frage als problematisch, ob der Schaden unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt.²⁰⁰⁴ Es ist insoweit umstritten, ob auf die Marktverhaltensregelung und damit die datenschutzrechtlichen Vorgaben abzustellen ist.²⁰⁰⁵ In diesem Fall müssten Schadensersatzansprüche wegen Datenschutzverletzungen grundsätzlich mangels mitbewerberschützender Funktion ausscheiden.²⁰⁰⁶ Datenschutzvorschriften, die auch zumindest sekundär dem Schutz der Mitbewerber dienen, sind rar gesät. Festgestellt werden konnte ein solcher Schutzzweck im Rahmen dieser Arbeit lediglich hinsichtlich der bereichsspezifischen Datenschutznormen des (derzeitigen) Telekommunikationsgesetzes und des § 19 Abs. 5. S. 1 des Schornsteinfeger-Handwerksgesetzes.

Köhler stellt demgegenüber im Rahmen der Schutzzweckprüfung darauf ab, ob die Interessen der Mitbewerber zumindest mittelbar geschützt werden.²⁰⁰⁷ Diese Ansicht wird auf Erwägungsgrund 6 S. 1 der UGP-RL gestützt, wonach die Vorgaben der UGP-RL auch vor Geschäftspraktiken schützen sollen, „die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher unmittelbar und dadurch die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber mittelbar schädigen“.²⁰⁰⁸ Umfasst vom Schutzzweck sind damit die Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 UWG, die per-se-Verbote des § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Anhang sowie §§ 4a, 5, 5a Abs. 2, 7 UWG.²⁰⁰⁹ Hinsichtlich der Marktverhaltensregelungen sind nach *Köhler* die Normen umfasst, die der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers dienen sollen.²⁰¹⁰ Soweit datenschutzrechtliche Marktverhaltensregelungen lediglich einen marktbezogenen Rechtsgüter-schutz bezwecken, wäre nach dieser Ansicht ein Schadensersatzanspruch zu verneinen.

689

690

²⁰⁰² Vgl. *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 2019, § 15 Rn. 102.

²⁰⁰³ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 45 unter Verweis auf OLG Karlsruhe WRP 2012, 1439 – Vertragsnachbearbeitung; OLG München GRUR-RR 2012, 395 – Personenbezogene Daten; vgl. ausführlich zu Kundenrückgewinnungsschreiben *Vander*, in: DSRITB 2012, S. 613.

²⁰⁰⁴ *Schaffert*, in: FS Ullmann, 2006, S. 845, 856; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 9 UWG Rn. 12; *Rose*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 15.1.2021, § 9 UWG Rn. 35.

²⁰⁰⁵ So *Schaffert*, in: FS Ullmann, 2006, S. 845, 857 ff.; *Podszun/Deuschle*, WRP 2019, 1102 Rn. 71 ff.; wohl auch *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 9 UWG Rn. 5.

²⁰⁰⁶ → Rn. 412 ff.

²⁰⁰⁷ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 9 UWG Rn. 1.15d; *Köhler*, in: FS Harte-Bavendamm, 2020, S. 355, 360.

²⁰⁰⁸ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 9 UWG Rn. 1.15e; *Köhler*, in: FS Harte-Bavendamm, 2020, S. 355, 360.

²⁰⁰⁹ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 9 UWG Rn. 1.15e, f.; *Köhler*, in: FS Harte-Bavendamm, 2020, S. 355, 360.

²⁰¹⁰ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 9 UWG Rn. 1.15e; *Köhler*, in: FS Harte-Bavendamm, 2020, S. 355, 362 f.

691 Der BGH andererseits stellt auf den Schutzzweck des § 9 UWG ab, der gerade nicht wie § 8 Abs. 3 UWG danach differenziert, wessen Interessen die Norm schützen soll.²⁰¹¹ Der implizit durch das Gericht geäußerte Gedanke des Vorsprungs durch Rechtsbruch wäre damit im Vergleich zur alten Rechtslage nicht vollständig beseitigt, sondern lebt hiernach in § 9 UWG weiter.²⁰¹² Diese Ansicht ist vorzugswürdig, da es bei § 9 UWG um eine marktregulierende Haftung geht, die den Gedanken des Institutionenschutzes verfolgt.²⁰¹³ Der Schadensersatzanspruch dient als Baustein der Rechtsdurchsetzung und damit dem Marktschutz.²⁰¹⁴ Deshalb ist irrelevant, ob die verletzte Marktverhaltensregelung ausschließlich den Interessen der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer und nicht auch (mittelbar) den Mitbewerbern dient.²⁰¹⁵

c. Verhältnis zu Vertragsstrafen

692 Verstößt der Mitbewerber nach Eingehung eines Unterlassungsvertrags erneut gegen die datenschutzrechtlichen Vorgaben, so kommt zusätzlich zu § 9 UWG ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2 BGB in Betracht.²⁰¹⁶ Durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe entfallen die skizzierten Nachweisprobleme hinsichtlich der Schadenshöhe und des Verschuldens.²⁰¹⁷ Einen darüber hinausgehenden Schaden kann der geschädigte Unterlassungsgläubiger nach §§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2 BGB aber weiterhin geltend machen.²⁰¹⁸ Die Möglichkeit eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs wird deshalb dem Anspruch aus § 9 UWG (§ 9 Abs. 1 UWG n. F.) meist überlegen sein.²⁰¹⁹

693 Hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe bei Datenschutzverstößen hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs in § 13a Abs. 2 UWG vorgesehen, dass Mitbewerber bei erstmaligen Verstößen i. S. v. § 13 Abs. 4 UWG keine Vertragsstrafe fordern dürfen, wenn der Abgemahnte in der Regel weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt. § 13 Abs. 4 UWG betrifft Verstöße gegen Datenschutzrecht, sodass insoweit die außergerichtliche Streitbeilegung faktisch ausgeschaltet wird.²⁰²⁰

²⁰¹¹ BGH WRP 2010, 869, 872 – GollyTelly; BGH WRP 2012, 456 Rn. 37 – Delan; *Fritzsche*, in: MüKoUWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2014, § 9 UWG Rn. 42; *Koos*, in: Fezer/Büschler/Obergfell, UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 9 UWG Rn. 20a; *Hohlweck*, in: Büschler, UWG, 2. Aufl. 2021, § 9 UWG Rn. 12; *Rose*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 15.1.2021, § 9 UWG Rn. 36.

²⁰¹² *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 9 UWG Rn. 5; *Rose*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 15.1.2021, § 9 UWG Rn. 36.

²⁰¹³ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 484 f.

²⁰¹⁴ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 485.

²⁰¹⁵ *Rose*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 15.1.2021, § 9 UWG Rn. 36.

²⁰¹⁶ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 46; vgl. *Tilp*, JURA 2001, 441, 442; *Ostendorf*, JuS 2015, 977, 978.

²⁰¹⁷ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 46.

²⁰¹⁸ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 46.

²⁰¹⁹ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 576 Rn. 46; *Köhler*, GRUR 1994, 260, 261 f.

²⁰²⁰ *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13a UWG Rn. 19; *Fedderson*, in: GK-UWG, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 72a.

3. Gewinnabschöpfung

Ein weiterer möglicher Anspruch aus dem UWG ist der Gewinnabschöpfungsanspruch aus § 10 UWG. Die eingangs der Arbeit genannte „rationale Apathie“ der Betroffenen kann auch darauf zurückzuführen sein, dass die erlittenen Schäden vergleichsweise gering sind und sich eine Rechtsverfolgung deshalb „nicht lohnt“ (sog. Streuschäden).²⁰²¹ Selbst wenn der Verletzer nur einen kleinen Gewinn aus einer Rechtsverletzung generieren kann, kumulieren sich die einzelnen Gewinne pro Verletzung, sodass summa summarum ein nicht unbeträchtlicher Verletzergewinn verbleiben kann, selbst wenn Einzelne gegen die Verstöße vorgehen.²⁰²² Vor diesem Hintergrund kann die Abführung dieses Gewinns die Attraktivität von Rechtsverletzungen schmälern, zumal die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes für Geschädigte in Deutschland (noch) begrenzt sind.²⁰²³ Insofern unterscheidet sich der Anspruch auf Gewinnabschöpfung vom Schadensersatzanspruch dadurch, dass kein individueller Schadensausgleich verlangt wird.²⁰²⁴ Anspruchsberechtigt für den Gewinnabschöpfungsanspruch sind nur die in § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG genannten Stellen, also keine Mitbewerber.

694

Stellen Datenschutzverstöße unlautere geschäftliche Handlungen dar, können hieraus Gewinne²⁰²⁵ generiert werden, die unter Zuhilfenahme von § 10 UWG abgeschöpft werden können.²⁰²⁶ Der Gewinnabschöpfungsanspruch konnte sich in der Praxis jedoch aus mehreren Gründen bisher nicht durchsetzen.²⁰²⁷ Nachdem der Verletzergewinn vollständig an den Bundeshaushalt herauszugeben ist, fehlt den Verbänden ein Anreiz, diesen auch geltend zu machen.²⁰²⁸ Daneben erweist sich die praktische Handhabung, namentlich die Ermittlung des Gewinns, als problematisch.²⁰²⁹ Das gilt insbesondere im Bereich des Datenschutzrechts. Auch der notwen-

695

²⁰²¹ Lettl, *Lauterkeitsrecht*, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 91; vgl. Bamberger, in: FS Eichele, 2013, S. 19, 23; Meller-Hannich, NJW-Beil 2018, 29, 30; kritisch Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 10 UWG Rn. 1.

²⁰²² Lettl, *Lauterkeitsrecht*, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 92.

²⁰²³ Meller-Hannich, NJW-Beil 2018, 29, 30; das wird sich bald durch die Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG ändern, → Rn. 838 ff.

²⁰²⁴ Lettl, *Lauterkeitsrecht*, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 93; Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 10 UWG Rn. 2.

²⁰²⁵ Zur Berechnung des Gewinns Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 10 UWG Rn. 11 ff.

²⁰²⁶ Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576 Rn. 34; Weichert, VuR 2006, 377, 382.

²⁰²⁷ Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 10 UWG Rn. 6.

²⁰²⁸ Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 10 UWG Rn. 6; Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576 Rn. 34; Fries, ZfP 134 (2021), 433, 436; Alexander, WRP 2012, 1190, 1195 f. und Meller-Hannich, NJW-Beil 2018, 29, 30 schlagen deshalb eine Beteiligung der Verbände vor.

²⁰²⁹ Hohlweck, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 10 UWG Rn. 6; Linsenbarth/Schiller, WRP 2013, 576 Rn. 34; Alexander, WRP 2012, 1190, 1196; für eine Gewinnpauschalierung Meller-Hannich, NJW-Beil 2018, 29, 30; vgl. auch LG Kiel GRUR-RS 2021, 23100 Rn. 15 ff. – Abschöpfung des Gewinns aus Gebühren aufgrund unzulässiger Klauseln.

dige Vorsatz wird sich nicht immer feststellen lassen und stellt in der Praxis eine wesentliche Schwelle der Durchsetzung dar.²⁰³⁰ Nachdem eventuelle Geldbußen auf Grundlage der DS-GVO weitaus höher als zu Zeiten des BDSG a. F. ausfallen können²⁰³¹ und diese für die Berechnung des Gewinns in Abzug zu bringen sind,²⁰³² dürfte der Anspruch im Falle der „Mehrfachverfolgung“ durch Private und Aufsichtsbehörde einen weiteren Teil seiner Bedeutung verlieren.²⁰³³

II. Missbrauchsverhinderung

- 696** Um die vermeintliche Gefahr von Abmahnwellen im Bereich der Datenschutzverstöße zu bekämpfen, unternahm der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs den Versuch, den Missbrauchstatbestand in § 8c UWG zu erweitern bzw. zu konkretisieren.²⁰³⁴ Gleichzeitig wurden die Anforderungen an Abmahnungen durch einen detaillierteren § 13 UWG erheblich gesteigert.²⁰³⁵ Mit Ausnahme des § 13 Abs. 4 UWG und § 13a Abs. 2 UWG beziehen sich die neuen bzw. nunmehr ausdrücklich kodifizierten Anforderungen nicht spezifisch auf Datenschutzverstöße.

1. Missbrauch des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs (§ 8c UWG)

- 697** In Deutschland obliegt die Verfolgung von unlauteren Handlungen Mitbewerbern und Verbänden und ist dementsprechend systemnotwendig und erwünscht.²⁰³⁶ Das kann im Einzelfall dazu führen, dass Anspruchsberechtigte aufgrund unerwünschter Motive gegen den unlauter handelnden Unternehmer vorgehen.²⁰³⁷ Der Gesetzgeber hat deswegen Regelungen vorgesehen, die einen Rechtsmissbrauch verhindern oder doch zumindest einschränken sollen. „Die Rechtsdurchsetzung soll, was recht widersinnig erscheint, effektiv, aber nicht zu effektiv sein. Befürchtet wird eine Belästigung der Marktteilnehmer mit berechtigten (!) Unterlassungsansprüchen“²⁰³⁸.
- 698** Nach § 8c Abs. 1 UWG ist die Geltendmachung des Anspruchs auf Unterlassung bzw. Beseitigung (§ 8 Abs. 1 UWG) unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist. Gemeint sind solche Fälle, in denen die

²⁰³⁰ *Micklitz/Reich*, EWS 2012, 257, 259 Fn. 12; für die Anknüpfung an grobe Fahrlässigkeit de lege ferenda *Meller-Hamich*, NJW-Beil 2018, 29, 30.

²⁰³¹ Zur Berücksichtigung des Verletzergewinns bei der Bemessung der Höhe der Geldbuße *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 83 DS-GVO Rn. 100; ähnlich wird das auch im EU-Ausland gehandhabt, etwa in Dänemark, vgl. *Vogt*, DSB 2021, 142, 143.

²⁰³² *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 10 UWG Rn. 12; vgl. allgemein LG Kiel GRUR-RS 2021, 23100 Rn. 15 ff. – Abschöpfung des Gewinns aus Gebühren aufgrund unzulässiger Klauseln.

²⁰³³ Einschränkung *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 83 DS-GVO Rn. 57.

²⁰³⁴ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 701.

²⁰³⁵ → Rn. 702 ff.

²⁰³⁶ *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513 Rn. 2.

²⁰³⁷ *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513 Rn. 2; „Kehrseite der Effektivität“; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8c UWG Rn. 1.

²⁰³⁸ So pointiert *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 2019, § 15 Rn. 8.

Rechtsdurchsetzung oder deren Art und Weise eine Missbräuchlichkeit vermuten lässt.²⁰³⁹ Hierbei handelt es sich um eine Generalklausel.²⁰⁴⁰ Welche Umstände eine Missbräuchlichkeit bedeuten, wird durch die neu aufgenommenen Regelbeispiele des Absatzes 2 vertypt, die jedoch bereits von der Rechtsprechung unter der alten Rechtslage entwickelt wurden.²⁰⁴¹ Es handelt sich nicht um selbstständige Tatbestände, sondern um einen Katalog von Indizien, sodass eine umfassende Abwägung im Einzelfall erforderlich bleibt.²⁰⁴²

§ 8c Abs. 2 Nr. 1 UWG war im Wesentlichen bereits in § 8 Abs. 4 UWG a. F. enthalten.²⁰⁴³ Hiernach ist eine Missbräuchlichkeit der Geltendmachung der Ansprüche anzunehmen, wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder von Kosten der Rechtsverfolgung oder die Zahlung einer Vertragsstrafe entstehen zu lassen.²⁰⁴⁴ Darüber hinaus ist nach Nr. 2 die Geltendmachung missbräuchlich, wenn ein Mitbewerber eine erhebliche Anzahl von Verstößen gegen die gleiche Rechtsvorschrift durch Abmahnungen geltend macht²⁰⁴⁵, wenn die Anzahl der geltend gemachten Verstöße außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit steht²⁰⁴⁶ oder wenn anzunehmen ist, dass der Mitbewerber das wirtschaftliche Risiko des außergerichtlichen und gerichtlichen Vorgehens nicht selbst trägt²⁰⁴⁷. Die weiteren Nummern behandeln überhöhte Gegenstandswerte für Abmahnungen (Nr. 3),²⁰⁴⁸ überhöhte Vereinbarungen oder

699

²⁰³⁹ *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 47; *Halder*, AnwZert-ITR 9/2021 Anm. 3; sonstige Formen des Rechtsmissbrauchs bzw. des „unclean hands“-Einwands sind von der Norm nicht umfasst, vgl. *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 46; jüngst LG Rostock, Urt. v. 24.11.2020 – 6 HK O 89/20.

²⁰⁴⁰ *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513 Rn. 3.

²⁰⁴¹ *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8c UWG Rn. 1; *Rätze*, WRP 2020, 1519 Rn. 44; *Föhlisch*, CR 2020, 796, 799; *Omsels/Zott*, WRP 2021, 278 Rn. 13.

²⁰⁴² OLG Celle GRUR-RS 2021, 15900 Rn. 5 – Rechtsmissbrauch einer lauterkeitsrechtlichen Abmahnung mit überhöhtem Gegenstandswert; OLG Hamm GRUR-RS 2021, 15663 Rn. 3 – Kosten nach Erledigung; *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513 Rn. 3; *Rätze*, WRP 2020, 1519 Rn. 42; *Fritzsche*, WRP 2020, 1367 Rn. 33; *Hohlweck*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8c UWG Rn. 13.

²⁰⁴³ BT-Drs. 19/12084, S. 29; *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513 Rn. 5.

²⁰⁴⁴ Zu den bisherigen Fallgruppen ausführlich *Goldmann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 8 UWG Rn. 645 ff.

²⁰⁴⁵ Zu § 8 Abs. 4 UWG a. F. OLG Frankfurt a. M.

GRUR-RS 2020, 29714 Rn. 6 – Rechtsmissbräuchliche Serienabmahnung wegen fehlendem Hinweis auf OS-Plattform auf Internetportal von Mitbewerbern; OLG Jena BeckRS 2008, 14233; OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2007, 56, 57 – sprechender Link; OLG München WRP 2007, 349, 349 – Gerichtliche Geltendmachung mehrerer gleich gelagerter Wettbewerbsverstöße verschiedener Mitbewerber; OLG Naumburg NJW-RR 2008, 776, 777 – Keine Textformwahrung durch Widerrufsbelehrung im Internet.

²⁰⁴⁶ OLG Frankfurt a. M. WRP 2021, 1088 Rn. 28 ff. – Keine Überprüfung der im Verfügungsverfahren bejahten Zuständigkeit nach § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG im Beschwerderechtszug; zu § 8 Abs. 4 UWG a. F. BGH WRP 2012, 464 Rn. 13 – Falsche Suchrubrik; BGH WRP 2001, 148, 150 – Vielfachabmahner; *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 2019, § 15 Rn. 96.

²⁰⁴⁷ Vgl. zu § 8 Abs. 4 UWG a. F. OLG Naumburg BeckRS 2007, 19553 – Keine Textformwahrung durch Widerrufsbelehrung im Internet.

²⁰⁴⁸ Zu § 8 Abs. 4 UWG a. F. OLG Jena BeckRS 2008, 14233; BGH WRP 2012, 464 Rn. 13 – Falsche Suchrubrik; BGH WRP 2012, 930 Rn. 21 ff. – Bauheizgerät; *Krbetschek/Schlingloff*, WRP 2014, 1 Rn. 11 ff.

Forderungen von Vertragsstrafen (Nr. 4)²⁰⁴⁹ und vom Abmahnenden erheblich zu weit formulierte Unterlassungsverpflichtungen (Nr. 5)²⁰⁵⁰.

700 Rechtsfolge eines Rechtsmissbrauchs ist nach überwiegender Ansicht nicht, dass das Rechtsschutzbedürfnis,²⁰⁵¹ sondern die Prozessführungsbefugnis fehlt.²⁰⁵² Daneben erweist sich eine entsprechende Abmahnung als unberechtigt.²⁰⁵³ Umgekehrt erwächst dem Anspruchsgegner gegen den Anspruchsteller nach § 8c Abs. 3 S. 1 UWG ein Anspruch auf Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen, wobei auch Schadensersatzansprüche denkbar sind.²⁰⁵⁴

701 Die neu hinzugetretenen Nummern sollen vor allem Beweisschwierigkeiten des mutmaßlichen Verletzers beheben.²⁰⁵⁵ Die bloße Aufnahme von bereits bekannten Fallgruppen behebt jedoch nicht die im Einzelfall bestehende Beweisnot,²⁰⁵⁶ zumal die in der Praxis bedeutende Kategorie der Behinderung des Mitbewerbers in § 8c UWG in den Hintergrund geraten ist.²⁰⁵⁷ Ob die Regelbeispiele zumindest faktisch Auswirkungen auf den vermeintlich bestehenden Missbrauch im Bereich von Datenschutzverstößen zeitigen werden, bleibt abzuwarten.²⁰⁵⁸ Nachdem die Neufassung mehr auf eine Konkretisierung denn auf eine Verschärfung zielt,²⁰⁵⁹ dürfte das nicht zu erwarten sein.

2. Datenschutzrechtliche Besonderheiten bei Abmahnungen

a. Zweck von Abmahnungen

702 Wie § 13 Abs. 1 UWG hervorhebt, soll der Schuldner vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abgemahnt werden und ihm Gelegenheit gegeben werden, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe (vgl. § 13a UWG) bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. Ziel dieser außergerichtlichen Streitbeilegung ist die Entlastung der Justiz.²⁰⁶⁰ Es handelt sich bei § 13 Abs. 1 UWG lediglich um eine Obliegenheit, deren Nichtbeachtung zu Rechtsnachteilen führen

²⁰⁴⁹ Zu § 8 Abs. 4 UWG a. F. BGH WRP 2012, 464 Rn. 13 – Falsche Suchrubrik; BGH WRP 2012, 930 Rn. 21 ff. – Bauheizgerät.

²⁰⁵⁰ Zu § 8 Abs. 4 UWG a. F. vgl. BGH WRP 2012, 930 Rn. 16 ff. – Bauheizgerät.

²⁰⁵¹ So aber *Scholz*, WRP 1987, 433, 436 f.; *Hohlweck*, in: *Büschler*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8c UWG Rn. 276 (hinsichtlich Klage eines Mitbewerbers nach Abs. 3 Nr. 1).

²⁰⁵² *Stückelbrock*, WRP 2001, 648, 656 f.; *Büttner*, in: *Ahrens*, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 19 Rn. 14; *Büch*, in: *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 13 Rn. 50; „praktische Erwägungen“, so *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 2019, § 15 Rn. 94.

²⁰⁵³ *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513 Rn. 20; *Hohlweck*, in: *Büschler*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8c UWG Rn. 69.

²⁰⁵⁴ *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513 Rn. 20; *Hohlweck*, in:

Büschler, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8c UWG Rn. 70.

²⁰⁵⁵ BT-Drs. 19/12084, S. 29.

²⁰⁵⁶ *Hohlweck*, WRP 2020, 266 Rn. 24; *Diercks*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084) vom 21.10.2019, S. 16 f.

²⁰⁵⁷ *Hohlweck*, WRP 2020, 266 Rn. 28 f.; *Hohlweck*, in: *Büschler*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8c UWG Rn. 15

²⁰⁵⁸ *Skeptisch Corbet*, IPRB 2020, 284, 285; *Diercks*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084) vom 21.10.2019, S. 16 ff.

²⁰⁵⁹ *Kochendörfer*, WRP 2020, 1513 Rn. 21.

²⁰⁶⁰ *Ahrens*, in: *Büschler*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 13 UWG Rn. 4.

kann.²⁰⁶¹ Es handelt sich folglich nicht um eine Prozessvoraussetzung. Wenn die Abmahnung berechtigt ist und den förmlichen Anforderungen des § 13 Abs. 2 UWG entspricht, kann der Abmahnende nach § 13 Abs. 3 UWG vom Abgemahnten Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.²⁰⁶²

b. Bereichsausnahme nach § 13 Abs. 4 UWG

aa. Tatbestandsvoraussetzungen

(1) Verstöße im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG)

Der Schutz des Abgemahnten wird über verschiedene Ebenen erreicht. So ist der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen i. S. d. § 13 Abs. 3 UWG für Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) bei im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien begangenen Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG ausgeschlossen. Was genau alles hierunter zu subsumieren ist, lässt der Gesetzgeber offen. In der Begründung werden Verstöße gegen die Impressumspflicht von Telemedien nach § 5 TMG und die Informationspflichten im Fernabsatz nach § 312d BGB oder die Vorschriften der PAngV als Beispiele genannt.²⁰⁶³ Auch § 5a UWG statuiert Informationspflichten, sodass der Ausschluss greift.²⁰⁶⁴ Nachdem in § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG von „sonstigen Verstößen“ gegen die DS-GVO die Rede ist, dürfte prinzipiell auch Art. 13 DS-GVO hierunter zu fassen sein.²⁰⁶⁵ Ausgenommen sein sollen demgegenüber Warnhinweise und die „grundsätzliche Pflicht zur Kennzeichnung geschäftlicher Handlungen“²⁰⁶⁶. Es muss daher immer danach gefragt werden, ob einer Informationspflicht auch eine Warnfunktion zukommt.²⁰⁶⁷ Nachdem Art. 13 DS-GVO letztlich auch vor weitreichenden und gefährlichen Verarbeitungsvorgängen schützen soll, dürfte eine Anwendung des Ausschlussstatbestands nach dieser Lesart im Regelfall nicht möglich sein.

703

(2) Datenschutzverstöße (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG)

Nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG ist aber ohnehin bei sonstigen Verstößen gegen die DS-GVO und das BDSG durch Unternehmen sowie gewerblich tätige Vereine, sofern sie

704

²⁰⁶¹ Rätze, WRP 2020, 1519 Rn. 13.

²⁰⁶² Halder, AnwZert-ITR 10/2021 Anm. 3; zum Verhältnis des Aufwendungsersatzanspruchs zum Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG Ahrens, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 13 UWG Rn. 130 f.; zum Begriff der „berechtigten“ Abmahnung Bornkamm/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 12 UWG Rn. 99 ff.; Teplitzky, in: FS Ullmann, 2006, S. 999, 1000 f.

²⁰⁶³ BT-Drs. 19/12084, S. 32; vgl. Ahrens, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 13 UWG Rn. 129; Feddersen, in: GK-UWG, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 72b f.

²⁰⁶⁴ Rätze, WRP 2020, 1519 Rn. 58; Feddersen, in: GK-UWG, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 72c; Brüning,

in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 13 UWG Rn. 78; Halder, AnwZert-ITR 10/2021 Anm. 3.

²⁰⁶⁵ Goebel, FMP 2019, 115, 117.

²⁰⁶⁶ BT-Drs. 19/12084, S. 32; Ahrens, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 13 UWG Rn. 129; Feddersen, in: GK-UWG, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 72c.

²⁰⁶⁷ Bornkamm/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13 Rn. 105d; Hohlweck, WRP 2020, 266 Rn. 37; Halder, AnwZert-ITR 10/2021 Anm. 3.

in der Regel weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen, ein Aufwendungsersatzanspruch ebenfalls ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss bei Abmahnungen im Datenschutzbereich wurde bereits zum Teil in der Literatur zur Eindämmung des mutmaßlichen Abmahnmissbrauchs im Datenschutzbereich vorgeschlagen.²⁰⁶⁸

705 Für die Berechnung der Mitarbeiterzahl ist auf § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG²⁰⁶⁹ zurückzugreifen.²⁰⁷⁰ Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind damit entsprechend teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen. Zu klären ist jedoch, wie das Merkmal „Unternehmen“ zu verstehen ist. Einen einheitlichen Unternehmensbegriff für die gesamte deutsche Rechtsordnung gibt es nämlich nicht.²⁰⁷¹ Bei einem Konzern könnten dabei die § 15 ff. AktG zu berücksichtigen sein, sodass die Grenze schneller überschritten wird. Ob eine Zurechnung (stets) erfolgen muss, ist jedoch zweifelhaft. Nachdem es sich um genuin deutsche Rechtsvorschriften handelt, darf nicht ohne Weiteres der Unternehmensbegriff des Art. 4 Nr. 18 DS-GVO oder der funktionale (kartellrechtliche) Unternehmensbegriff des Art. 83 DS-GVO²⁰⁷² herangezogen werden. Der Unternehmensbegriff ist insoweit vielmehr zweckorientiert auszulegen.²⁰⁷³ Zweck der Regelung des § 13 Abs. 4 UWG ist es, kleinere Organisationseinheiten, meist ohne ausgeprägte Rechtskompetenz, vor lauterkeitsrechtlichen Folgen „formeller“ Verstöße zu schützen.²⁰⁷⁴ Für die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben ist letztlich im Grundsatz das einzelne Rechtssubjekt bzw. die Niederlassung für sich und unabhängig von einer Konzernierung verantwortlich, vgl. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO.²⁰⁷⁵ Das spricht zunächst gegen eine Berücksichtigung von Konzernstrukturen bei der Berechnung der Mitarbeiterzahl. Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass eine einheitliche, zentral gesteuerte Verarbeitung innerhalb von Konzernen in der Praxis unabhängig vom fehlenden Konzernprivileg durchaus häufig anzutreffen ist.²⁰⁷⁶ In solchen Fällen kann es durchaus gerechtfertigt sein, eine Zurechnung bei der Ermittlung der Mitarbeiterzahl vorzunehmen. Die Verarbeitung innerhalb von Konzernstrukturen wird vielfach durch die Informationspflichten nach Art. 13 Abs. 1 lit. e DS-GVO ersichtlich.

²⁰⁶⁸ *Schwartmann/Jacquemain*, ZRP 2018, 126, 126 f.

²⁰⁶⁹ Kündigungsschutzgesetz (KSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.8.1969, BGBl. I S. 1317.

²⁰⁷⁰ BT-Drs. 19/12084, S. 18; diesen Anknüpfungspunkt kritisierend *Wagner/Kefferpütz*, WRP 2021, 151 Rn. 21 ff.

²⁰⁷¹ BGH NJW 1960, 145, 146; *Bayer*, in: MüKoAktG, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 15 AktG Rn. 9.

²⁰⁷² Hierzu *Rost/Fischer*, RDV 2021, 253.

²⁰⁷³ *Bayer*, in: MüKoAktG, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 15 AktG Rn. 9.

²⁰⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 19/12084, S. 1, 32 (letzte Angabe zur

Vertragsstrafenregelung des § 13a UWG).

²⁰⁷⁵ *Conrad/Treger*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 34 Rn. 308; v. *Chrzanowski*, Rethinking Law 6/2021, 17, 17; kritisch *Voigt/von dem Bussche*, in: von dem Bussche/Voigt, Konzerndatenschutzrecht, 2. Aufl. 2019, Teil 3 Kap. 1 Rn. 3 ff.

²⁰⁷⁶ *Voigt/von dem Bussche*, in: von dem Bussche/Voigt, Konzerndatenschutzrecht, 2. Aufl. 2019, Teil 1 Rn. 2.

Der Ausschluss nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG umfasst sämtliche Datenschutzverstöße und wird damit begründet, dass vor allem Verletzer ohne eigene Rechtsabteilung vor Abmahnungen geschützt werden sollen.²⁰⁷⁷ Abmahnungen bleiben in diesen Fällen zwar möglich, jedoch entfällt die Kostennote, wenn ein Mitbewerber abmahnt. Soweit ein Aufwendungsersatzanspruch aus anderen Anspruchsgrundlagen hergeleitet werden sollte, müsste der Ausschluss analog auf diese angewendet werden.²⁰⁷⁸ Unberührt bleibt die Klagemöglichkeit, wobei ohne Abmahnung jedoch der Kläger das Risiko der Kostentragung nach § 93 ZPO trägt („Klageüberfall“).²⁰⁷⁹

706

Fraglich ist auch hier die genaue Reichweite des Ausschlusses. Abgestellt wird nur auf Verstöße gegen die DS-GVO und das BDSG. Zu anderen Verstößen gegen das UWG abseits von § 3a UWG verhält sich die Norm nicht. Unternehmer müssten abseits von § 3a UWG ohnehin mit einer Abmahnung für unlauteres Verhalten rechnen, etwa im Falle einer irreführenden geschäftlichen Handlung nach § 5 UWG. Über den „reinen“ Rechtsbruch hinaus werden daher andere Unlauterkeitselemente verwirklicht, welche rechtlich missbilligt sind. Daneben wäre nicht zu erklären, wieso der Aufwendungsersatzanspruch nur aus dem Grund entfallen soll, weil zusätzlich Datenschutzverstöße begangen werden. Das würde Fehlanreize setzen, absichtlich gleichzeitig Datenschutzverstöße zu begehen, weil dann § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG greifen würde. Deshalb ist davon auszugehen, dass Verstöße gegen die DS-GVO und das BDSG, die zugleich Verstöße gegen andere Unlauterkeitstatbestände bedeuten, nicht von diesem Ausschluss umfasst sind.²⁰⁸⁰

707

bb. Einschätzung der Bereichsausnahme

(1) Verhinderung berechtigter Abmahnungen

Der gewählte Weg des Gesetzgebers zur Verhinderung des vermeintlichen Missbrauchs ist im Vergleich zu einer vollständigen Herausnahme des Datenschutzrechts aus dem UWG weniger invasiv.²⁰⁸¹ Verstöße gegen die DS-GVO und das BDSG sind und bleiben jedoch „echte Verstöße“. Auch fehlende oder falsche Informationen nach Art. 13 f. DS-GVO können den Wettbewerb beeinflussen und sollten nicht pauschal zur Petitesse degradiert werden, auch wenn sie einfach festzustellen sein mögen.²⁰⁸² Hierbei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass Verstöße für Mitbewerber einen wirtschaftlichen Vorteil bedeuten können, insbesondere bei kostenintensiven Pflichten.²⁰⁸³ Insoweit ist der Titel des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbe-

708

²⁰⁷⁷ BT-Drs. 19/12084, S. 32.

²⁰⁷⁸ Uebele, GRUR 2019, 694, 702.

²⁰⁷⁹ BT-Drs. 19/12084, S. 32.

²⁰⁸⁰ Föhlisch, CR 2020, 796, 800; Halder, AnwZert-ITR 10/2021 Anm. 3; a. A. Rätze, WRP 2020, 1519 Rn. 58; Jaszchinski, Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, S. 10.

²⁰⁸¹ Uebele, GRUR 2019, 694, 702; → Rn. 731 ff.

²⁰⁸² Diercks, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084) vom 21.10.2019, S. 21 f.; Halfmeier, VuR 2020, 441, 441; Ahrens, IPRB 2019, 153, 156.

²⁰⁸³ Diercks, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

werbs bestenfalls irreführend, denn er trägt gerade nicht zu einem fairen Wettbewerb bei.²⁰⁸⁴ Es ist umgekehrt zu befürchten, dass berechnete und damit im Grundsatz erwünschte Abmahnungen unterbleiben.²⁰⁸⁵

(2) Vorgehen über Aufsichtsbehörden als Ausweichoption

709 Zudem können Mitbewerber unabhängig von Abmahnungen Beschwerden bei den Datenschutzaufsichtsbehörden einreichen bzw. eine Untersuchung durch diese anregen, wenn sie der Ansicht sind, dass sie Wettbewerbsnachteile erleiden.²⁰⁸⁶ Nach hier vertretener Auffassung ermöglicht Art. 78 Abs. 1 DS-GVO Beschwerdeführern auch, eine eventuell ablehnende Entscheidung der Aufsichtsbehörde umfassend inhaltlich gerichtlich überprüfen zu lassen und gegebenenfalls diese zu einem Eingreifen zu zwingen.²⁰⁸⁷ Ob datenschutzwidrig handelnden Unternehmen angesichts der scharfen Durchsetzungsbefugnisse und Sanktionsmöglichkeiten mit dem Ausschluss in § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG tatsächlich geholfen sein wird, darf ernsthaft bezweifelt werden. Auch kleine und mittlere Unternehmen sind vor Sanktionen nach der DS-GVO nicht gefeit, auch wenn sich die wirtschaftliche Bedeutung bei der Wahl der Sanktion auswirkt.²⁰⁸⁸ *Russlies* stellt hierzu trefflich fest: „In Datenschutzfällen werden die durch diese Ausschlüsse Begünstigten darauf setzen müssen, rechtzeitig von einem Verband abgemahnt zu werden, bevor eine Behörde [womöglich auf Betreiben eines Mitbewerbers] mit einer empfindlichen Geldbuße einschreitet“²⁰⁸⁹. Die faktische Aufhebung der Selbstregulation als gewählte Form der Unlauterkeitsbereinigung durch die Aufhebung des Aufwendungsersatzanspruchs²⁰⁹⁰ kann somit „über Bande“ überwunden werden.

(3) Formulierung einer Unterlassungserklärung als Pflicht des Unterlassungsschuldners

710 Daneben ist in diesen Fällen auch die Geltendmachung von Abmahnkosten durch die Unterlassungsgläubiger nach § 13 Abs. 4 UWG ausgeschlossen. Das wird absehbar zur Folge haben, dass für den Fall einer Abmahnung „für lau“ keine vorformulierte Unterlassungserklärung beigelegt wird, die ansonsten über die Abmahnkosten abgegolten sind.²⁰⁹¹ Es ist nach der stetigen Rechtsprechung vom Pflichtenprogramm des Unterlassungsschuldners umfasst, eine hinreichend präzise formulierte

(BT-Drucks. 19/12084) vom 21.10.2019, S. 22.

²⁰⁸⁴ *Halfmeier*, VuR 2020, 441, 441; *Max*, VuR 2021, 129, 136.

²⁰⁸⁵ *Rätze*, WRP 2020, 1519 Rn. 84.

²⁰⁸⁶ *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 18; *Russlies*, Die Abmahnung im gewerblichen Rechtsschutz, 2021, Rn. 734; zur Anregung von Untersuchungen durch Aufsichtsbehörden → Rn. 121.

²⁰⁸⁷ → Rn. 127 ff.

²⁰⁸⁸ Vgl. *DSK*, Konzept der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder

zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen vom 14.10.2019, das Unternehmen in verschiedene Größenklassen als einen von mehreren Faktoren für die Bußgeldbemessung einteilt.

²⁰⁸⁹ *Russlies*, Die Abmahnung im gewerblichen Rechtsschutz, 2021, Rn. 299.

²⁰⁹⁰ *Diercks*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084) vom 21.10.2019, S. 20.

²⁰⁹¹ *Hofmann*, WRP 2021, 1 Rn. 14.

Unterlassungskklärung abzugeben.²⁰⁹² Es ist durch den Unterlassungsschuldner „(nur) der Sachverhalt, der den Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens begründen soll, genau anzugeben und der darin erblickte Verstoß so klar und eindeutig zu bezeichnen [...], dass der Abgemahnte die gebotenen Folgerungen ziehen kann“²⁰⁹³. „Dagegen unterliegt die Abmahnung als vorprozessuale Handlung nicht dem strengen Bestimmtheitsgrundsatz des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, sondern [es reicht] aus, dass sie dem Schuldner einen Weg weist, wie er sich verhalten soll, damit ein Prozess vermieden wird“²⁰⁹⁴. Die vom Gesetzgeber als schützenswert betrachteten KMU werden mutmaßlich vielfach ohne rechtlichen Beistand nicht in der Lage sein, diesen Anforderungen hinreichend nachzukommen.²⁰⁹⁵ Eine bloße Einstellung der Rechtsverletzung ist nämlich im Regelfall noch nicht ausreichend zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr.²⁰⁹⁶ Ist die Unterlassungserklärung ungenügend, etwa weil das Unterlassungsgebot zu eng gefasst ist, gibt der Unterlassungsschuldner Anlass zur Klage nach § 93 ZPO.²⁰⁹⁷

(4) Zweifelhafte Unionsrechtskonformität

Es ist im Anwendungsbereich der UGP-RL zuletzt auch zu hinterfragen, ob ein derart weitreichender Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs im Hinblick auf Art. 11 UGP-RL unionsrechtlich zulässig ist, da verschiedene Konstellationen unterschiedlich behandelt werden.²⁰⁹⁸ Auch die UGP-RL sieht keine Unterscheidung vor, sondern spricht an zahlreichen Stellen vom Ziel eines hohen Verbraucherschutzes.²⁰⁹⁹

711

Nachdem Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 UGP-RL ausdrücklich ein Vorgehen durch Mitbewerber vorsieht, dürfte es unerheblich sein, dass Verbände weiterhin uneingeschränkt gegen derartige Verstöße vorgehen können.²¹⁰⁰ Erschwerend kommt hinzu, dass gleichzeitig für die Verbände die Anforderungen an die Aktivlegitimation erhöht wurden.²¹⁰¹ Es ist zwar auch zutreffend, dass Abmahnungen unionsrechtlich nicht geboten sind,²¹⁰² jedoch wirkt sich die Abmahnungsobliegenheit im Rahmen von § 93 ZPO zulasten des klagenden Mitbewerbers aus, sodass durch § 13 Abs. 4 UWG mittelbar Hürden für die gerichtliche Rechtsdurchsetzung geschaffen werden. Nach

712

²⁰⁹² BGH WRP 2021, 746 Rn. 26 – Berechtigte Gegenabmahnung; *Achilles*, in: FS Ahrens, 2016, S. 3, 7.

²⁰⁹³ BGH WRP 2021, 746 Rn. 26 – Berechtigte Gegenabmahnung; OLG Düsseldorf WRP 2012, 595, 596 – Unbrauchbare Abmahnung einer vermeintlichen Urheberrechtsverletzung; OLG Köln WRP 2014, 1082, 1084 – Schmiedekolben „Made in Germany“.

²⁰⁹⁴ BGH WRP 2021, 746 Rn. 26 – Berechtigte Gegenabmahnung.

²⁰⁹⁵ *Hofmann*, WRP 2021, 1 Rn. 15; *Rätze*, WRP 2020, 1519 Rn. 50.

²⁰⁹⁶ *Hofmann*, WRP 2021, 1 Rn. 15.

²⁰⁹⁷ *Hofmann*, WRP 2021, 1 Rn. 16; *Halder*, AnwZert ITR 10/2021 Anm. 3.

²⁰⁹⁸ Vgl. *Buchmann/Stillner*, WRP 2021, 1392 Rn. 41, 47; zweifelnd *Buchmann*, Editorial BB 45/2020; **a. A.** *Föhlich*, CR 2020, 796, 800; *Fritzsche*, WRP 2020, 1367 Rn. 41.

²⁰⁹⁹ *Buchmann/Stillner*, WRP 2021, 1392 Rn. 41.

²¹⁰⁰ *Buchmann/Stillner*, WRP 2021, 1392 Rn. 46; **a. A.** *Fritzsche*, WRP 2020, 1367 Rn. 41.

²¹⁰¹ *Buchmann/Stillner*, WRP 2021, 1392 Rn. 46 („Wunschenken“).

²¹⁰² *Föhlich*, CR 2020, 796, 800.

hier vertretener Auffassung ist die Regelung in § 13 Abs. 4 UWG daher unionsrechtlich zweifelhaft, da sie dem Effektivitätsgrundsatz zuwiderläuft.

c. Ausschluss der Vertragsstrafe nach § 13a Abs. 2 UWG

aa. Allgemeines zur Vertragsstrafe

713 Die Höhe der Vertragsstrafe berechnet sich nach Maßgabe des § 13a UWG, der mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs Eingang ins UWG gefunden hat. In § 13a Abs. 1 UWG sind mehrere Umstände genannt, die auf die Höhe der Vertragsstrafe Einfluss haben, namentlich die Bedeutung der Zuwiderhandlung, die Schuldhaftigkeit, die wirtschaftliche Bedeutung des Abgemahnten und die wirtschaftlichen Interessen des Abmahnenden. Diese Gesichtspunkte waren bereits vor ihrer Kodifizierung anerkannte Maßstäbe zur Berechnung der Vertragsstrafenhöhe.²¹⁰³ Verspricht der Unterlassungsschuldner eine zu niedrige Vertragsstrafe, wird kein ernsthafter Unterlassungswille erklärt und die Wiederholungsgefahr entfällt nicht.²¹⁰⁴ In diesem Fall gibt er Anlass zur Klage nach § 93 ZPO.²¹⁰⁵ Wird eine offensichtlich zu hohe Vertragsstrafe in einer vorformulierten Unterlassungserklärung gefordert, ist dies ein Indiz für Rechtsmissbrauch nach § 8c Abs. 2 Nr. 4 UWG. Unabhängig davon greift § 13a Abs. 4 UWG, der ipso iure und abweichend von § 348 HGB²¹⁰⁶, § 343 Abs. 1 S. 1 BGB eine Herabsenkung der Vertragsstrafe bewirkt.²¹⁰⁷

714 Nachdem diese allgemeinen Grenzen dem deutschen Gesetzgeber nicht genügt haben, um dem angeblich bestehenden Rechtsmissbrauch entgegenzuwirken, wurde mit § 13a Abs. 2 UWG ein Ausschluss der Forderung einer Vertragsstrafe für den anspruchsberechtigten Mitbewerber aufgenommen, der auch Datenschutzverstöße umfasst.

bb. Tatbestandsvoraussetzungen der Beschränkungen

715 Nach § 13a Abs. 2 UWG ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe nach § 13 Abs. 1 UWG für Mitbewerber bei einer erstmaligen Abmahnung bei Verstößen nach § 13 Abs. 4 UWG ausgeschlossen, wenn der Abgemahnte in der Regel weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt. Der Verweis auf § 13 Abs. 4 UWG umfasst die bereits behandelten Verstöße gegen bestimmte Informationspflichten und Verstöße gegen die DS-GVO und das BDSG. Letzteres nach hier vertretener Auffassung nur in Verbindung mit § 3a UWG, wenn also die datenschutzrechtliche Norm zugleich eine Marktverhaltensregelung darstellt. Sonstige Verstöße gegen das UWG sind nicht von diesem Ausschluss umfasst. Auch im Rahmen dieser Norm erfolgt die Berechnung der Mitarbeiterzahl nach § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG.

²¹⁰³ *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13a UWG Rn. 8.

²¹⁰⁴ BGH WRP 1991, 27, 28 – Vertragsstrafe ohne Obergrenze; *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13a UWG Rn. 8.

²¹⁰⁵ *Hofmann*, WRP 2021, 1 Rn. 18; *Halder*, AnwZert ITR 11/2021 Anm. 3.

²¹⁰⁶ Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897, RGBl. S. 219.

²¹⁰⁷ BT-Drs. 19/12084, S. 34.

Unter erstmaliger Abmahnung wird nach zutreffender Auffassung auf das konkrete Beteiligungsverhältnis abgestellt, sodass der Ausschluss auch bei einer Abmahnung durch einen Dritten greift, der den gleichen Verstoß rügt.²¹⁰⁸ Die Folgeabmahnung unterliegt dahingehend nicht mehr den Restriktionen des § 13a Abs. 2 UWG.²¹⁰⁹ Gleiches gilt für die erstmalige Abmahnung für einen gleich gelagerten Verstoß.²¹¹⁰

716

cc. **Einschätzung des Ausschlusses**

Der Ausschluss der Vereinbarung einer Vertragsstrafe ist auf den ersten Blick durchaus geeignet, um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen. Verstöße werden vom Unterlassungsgläubiger dann nur verfolgt, wenn die individuelle Kosten-Nutzen-Rechnung ein Einschreiten rechtfertigt. Dennoch hat der Ausschluss für den Abgemahnten teilweise Nachteile. So bedeutet der Ausschluss des Vertragsstrafeversprechens gegenüber dem Unterlassungsgläubiger nicht, dass eine Unterlassungserklärung ohne Vertragsstrafeversprechen („isolierte“ bzw. „einfache“ Unterlassungserklärung) ernsthaft wäre und damit die Wiederholungsgefahr entfiel. Vielmehr muss der Unterlassungsschuldner gegenüber einem Dritten eine Vertragsstrafe versprechen.²¹¹¹ Es ist dem Unterlassungsschuldner nämlich aufgrund § 13 Abs. 2 UWG schlicht unmöglich, dem Unterlassungsgläubiger eine Vertragsstrafe zu versprechen. Neben diesem Aspekt kommt hinzu, dass die Unionsrechtskonformität in Zweifel steht: Nach Art. 13 UGP-RL müssen die von den Mitgliedstaaten vorgesehenen Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, was beim Genügenlassen einer einfachen Unterlassungserklärung aus naheliegenden Gründen nicht angenommen werden kann.²¹¹² Übersieht der Unterlassungsschuldner also diesen Umstand und gibt eine nur ungenügende Unterlassungserklärung ab, gibt er Anlass zur Klage nach § 93 ZPO.²¹¹³

717

²¹⁰⁸ *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13a UWG Rn. 20; *Halder*, AnwZert-ITR 11/2021 Anm. 3.

²¹⁰⁹ *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13a UWG Rn. 20.

²¹¹⁰ *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13a UWG Rn. 20; *Brüning*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 13a UWG Rn. 3; *Halder*, AnwZert-ITR 11/2021 Anm. 3; *Ahrens*, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 13a UWG Rn. 8.

²¹¹¹ *Hofmann*, WRP 2021, 1 Rn. 15; *Mörger*, WRP 2021, 885 Rn. 20 ff.; *Spoenle*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 18.1.2022, § 13a UWG Rn. 15 f., 18; *Bornkamm/Fedderson*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13a UWG Rn. 105a; *Halder*, AnwZert-ITR 10/2021 Anm. 3; *Buchmann/Panfili*, K&R

2021, 20, 25; **a.A.** OLG Schleswig WRP 2021, 950 Rn. 19 – „Einfache“ Unterlassungserklärung; kritisch zu dieser Entscheidung *Buchmann/Stillner*, WRP 2021, 1392 Rn. 29 ff.; *Schembecker*, GRUR-Prax 2021, 365, 366; anders wiederum *Brüning*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz, UWG, 5. Aufl. 2021, § 13a UWG Rn. 3: Erlöschen des Unterlassungsanspruchs inter partes bei gleichzeitigem Fortbestehen des Unterlassungsanspruchs; vgl. allgemein zur Drittunterwerfung *Loschelder*, in: FS Harte-Bavendamm, 2020, S. 519.

²¹¹² *Buchmann/Stillner*, WRP 2021, 1392 Rn. 34.

²¹¹³ *Hofmann*, WRP 2021, 1 Rn. 18; *Halder*, AnwZert-ITR 11/2021 Anm. 3.

d. Beschränkung des „fliegenden Gerichtsstands“

718 Der „fliegende Gerichtsstand“ war immer wieder Gegenstand kontroverser Diskussionen, die im Rahmen des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs in die Einschränkung des § 14 Abs. 2 UWG mündeten.²¹¹⁴ Im Bereich des immer wieder vorgebrachten Rechtsmissbrauchs im Bereich des Datenschutzes geht es vielfach um Verstöße, die über das Internet leicht auffindbar sind, z. B. Verstöße gegen die Informationspflicht nach Art. 13 DS-GVO. Hierbei handelt es sich um Zuwiderhandlungen im elektronischen Geschäftsverkehr, jedenfalls in Telemedien.

aa. Örtliche Zuständigkeit bei datenschutzrechtlichen Streitigkeiten mit Bezug zum elektronischen Geschäftsverkehr und Telemedien

719 Nach § 14 Abs. 2 S. 1 UWG ist grundsätzlich für Ansprüche aus dem UWG das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Zusätzlich ist nach Satz 2 für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, mit denen ein Anspruch aus dem UWG geltend gemacht wird, außerdem das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk die Zuwiderhandlung begangen wurde. Insoweit ist aber die hier relevante Einschränkung von Satz 3 zu beachten: An den Ort der Zuwiderhandlung darf bei Rechtsstreitigkeiten wegen Zuwiderhandlungen im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien (Nr. 1) nicht angeknüpft werden. Das gleiche gilt für Rechtsstreitigkeiten, die von den nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten geltend gemacht werden. Beide Ausnahmen vom Gerichtsstand des Handlungsortes gelten hingegen nicht, wenn der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. § 44 BDSG gilt für diese Konstellationen von vornherein nicht, sodass sich hieraus nichts Abweichendes ergeben kann.²¹¹⁵

bb. Problematik der parallelen Verstöße

720 Umstritten ist indes, wie solche Zuwiderhandlungen i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG zu behandeln sind, die sowohl online also auch offline begangen wurden bzw. jedenfalls begangen werden könnten. Im Bereich des Datenschutzrechts kann beispielsweise an Gewinnspiele gedacht werden, wobei eine Teilnahme über die Webseite des verantwortlichen Unternehmers (Telemedium) oder über Gewinnspielkarten möglich ist. Teilweise wird vertreten, dass der fliegende Gerichtsstand durch den Gesetzgeber möglichst ausgeschlossen werden sollte und damit auch hinsichtlich des offline begangenen Verstoßes der Ausschluss greift.²¹¹⁶ Das übersieht jedoch, dass die

²¹¹⁴ Vgl. *McGuire*, in: FS Büscher, 2018, S. 525.

²¹¹⁵ *Laoutoumai*, Privacy Litigation, 2021, S. 144.

²¹¹⁶ OLG Düsseldorf WRP 2021, 513 Rn. 18 ff. – Fliegender Gerichtsstand: § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG erfasst nicht nur Verstöße gegen internetspezifische Kennzeichnungsvorschriften; OLG Düsseldorf

GRUR-RS 2021, 41038 Rn. 36 – Örtliche Unzuständigkeitsrüge im Berufungsverfahren bei Annahme eines fliegenden Gerichtsstands durch Erstgericht; LG Hamburg, Verfügung v. 6.10.2021 – 327 O 184/21; LG Hamburg, Verfügung v. 5.1.2021 – 417 HKO 107/20;

derzeitige Fassung auf eine Änderung im Rechtsausschuss²¹¹⁷ zurückgeht, bei welcher der fliegende Gerichtsstand umgekehrt möglichst weit erhalten und nur in Missbrauchskonstellationen ausgeschlossen werden sollte.²¹¹⁸ Damit wäre in jedem Fall zumindest (umständlich) zwischen Online- und Offline-Verstößen zu unterscheiden oder bei einem Parallelverstoß den fliegenden Gerichtsstand für beide Verstöße zu ermöglichen (Rechtsgedanke von § 17 Abs. 2 S. 1 GVG)²¹¹⁹.

cc. Notwendigkeit einer weitergehenden Einschränkung

Ob diese einschränkende Auslegung ausreicht, ist jedoch zweifelhaft. Das LG Düsseldorf geht in mehreren Entscheidungen überzeugend davon aus, dass Sinn und Zweck der Norm eine teleologische Einschränkung auf Zuwiderhandlungen gebietet, die spezifisch im elektronischen Geschäftsverkehr oder Telemedien begangen werden können.²¹²⁰ Anders gewendet fallen Zuwiderhandlungen aus dem Ausschluss des fliegenden Gerichtsstands heraus, die auch offline begangen werden können, ohne dass es darauf ankommt, ob sie im Einzelfall online begangen wurden. In dem Beispiel des Gewinnspiels würde die Einschränkung des fliegenden Gerichtsstands damit nicht greifen, da Verstöße auch offline begangen werden können. Diese einschränkende Sichtweise ist mit den willkürlichen Ergebnissen der anderen Auslegungsweise zu erklären: So wäre ein wettbewerbswidriger Werbespot im Fern-

721

722

LG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2021, 36128 Rn. 2 – Verweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts am Begehungsort für Eilantrag gegen unlautere Behinderung in Telemedien; LG München I GRUR-RS 2021, 20613 Rn. 2; LG Köln GRUR-RS 2021, 36826 Rn. 3 – Örtliche Zuständigkeit bei Wettbewerbsverletzungen im elektronischen Geschäftsverkehr; *Schultzky*, in: *Zöller*, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 32 ZPO Rn. 10; *Scholz*, in: *BeckOK UWG*, 14. Ed. Stand: 1.12.2021, § 14 UWG Rn. 56; *Rastemborski*, GRUR-Prax 2022, 62; *Beyer*, jurisPR-ITR 6/2021 Anm. 5; *Kiparski*, Wiederaufleben des fliegenden Gerichtsstandes, CR-online.de Blog v. 18.1.2021; *Wettig/Kiparski*, CR 2021, 177; *Fedderson*, WRP 2021, 713 Rn. 28 ff. sowie 34 f.; *Motejl/Rosenow*, WRP 2021, 699 Rn. 39 f.; *Riither*, WRP 2021, 726 Rn. 4 ff.; wohl auch *Alber*, IPRB 2021, 112, 115.

²¹¹⁷ BT-Drs. 19/22238, S. 38.

²¹¹⁸ *Omsels/Zott*, WRP 2021, 278 Rn. 73; *Wagner/Kefferpütz*, WRP 2021, 151 Rn. 36, 39; *Alber*, IPRB 2021, 112, 114; *Fedderson*, in: *GK-UWG*, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 163; *Halder*, AnwZert-ITR 11/2021 Anm. 3.

²¹¹⁹ LG Stuttgart GRUR-RS 2021, 35486 Rn. 8 – Anwendungsbereich des fliegenden Gerichtsstands bei Internet-Verstößen; *Fedderson*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 14 UWG

Rn. 21b; *Fedderson*, in: *GK-UWG*, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 164; ähnlich *Tolkmitz*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitz*, UWG, 5. Aufl. 2021, § 14 UWG Rn. 85, 85a, 98.

²¹²⁰ LG Düsseldorf WRP 2021, 395 Rn. 7 ff. – Zum Ausschluss des fliegenden Gerichtsstands gem. § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG; LG Düsseldorf WRP 2021, 688 Rn. 3 ff. – Fliegender Gerichtsstand: Zum Ausschlussstatbestand des § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG; LG Düsseldorf WRP 2021, 953 Rn. 8 ff. – Kein Ausschluss des „fliegenden Gerichtsstands“ bei Werbemaßnahmen im Internet; dem sich anschließend LG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2021, 11813 – Fliegender Gerichtsstand bei Verstoß gegen UWG im Internet; LG Hamburg GRUR-RS 2021, 27788 Rn. 4 – Tatortgerichtsstand bei Lauterkeitsverstößen im Internet (davon allerdings abrückend Verfügung des LG Hamburg GRUR-RS 2021, 36825 Rn. 3 – Örtliche Unzuständigkeit für lauterkeitsrechtliche Klage gegen Preisangabenverstoß im Internet); offenlassend OLG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2021, 14368 Rn. 9 – Werbung eines nicht zertifizierten Unternehmens für Lebensmittel mit der Aussage "Bio".

sehen bundesweit verfolgbar, im Rahmen der Veröffentlichung auf einem Telemedium aber nicht.²¹²¹ Aus diesem Grunde ist es überzeugend, entsprechend Sinn und Zweck des Ausschlusses – besonders für Abmahnungen anfällige Verstöße vom fliegenden Gerichtsstand auszunehmen – auf spezifische Verstöße im Internet zu beschränken.²¹²² Hierfür spricht in systematischer Hinsicht auch eine Anlehnung an die §§ 13 Abs. 4 Nr. 1, 13a Abs. 2 UWG, die ebenfalls durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs geschaffen wurden und die gleiche Zielsetzung verfolgen.²¹²³ Insoweit dürfte es sich bei der fehlenden entsprechenden Einschränkung auf Internetsachverhalte um ein Redaktionsversehen handeln.²¹²⁴ Der Auffassung des LG Düsseldorf ist damit zu folgen.²¹²⁵

723 Gegen eine dieser Entscheidungen des LG Düsseldorf wurde zwischenzeitlich Verfassungsbeschwerde wegen eines vermeintlichen Entzugs des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eingelegt.²¹²⁶ Angesichts der hohen Voraussetzungen, die ein Entzug des gesetzlichen Richters erfordert,²¹²⁷ erscheint das Vorgehen indes

²¹²¹ LG Düsseldorf WRP 2021, 395 Rn. 11 – Zum Ausschluss des fliegenden Gerichtsstands gem. § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG.

²¹²² LG Düsseldorf WRP 2021, 395 Rn. 12 – Zum Ausschluss des fliegenden Gerichtsstands gem. § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG; OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 31866 Rn. 11 – Kein Rechtsmissbrauch bei getrenntem Vorgehen gegen Konzernschwesteresellschaften; *Feddersen*, in: GK-UWG, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 163.

²¹²³ OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 31866 Rn. 11 – Kein Rechtsmissbrauch bei getrenntem Vorgehen gegen Konzernschwesteresellschaften; *Feddersen*, in: GK-UWG, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 163 f.; **a. A.** LG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2021, 36128 Rn. 5 – Verweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts am Begehungsort für Eilantrag gegen unlautere Behinderung in Telemedien (Umkehrschluss); OLG Düsseldorf GRUR-RS 2021, 41038 Rn. 38 – Örtliche Unzuständigkeitsrüge im Berufungsverfahren bei Annahme eines fliegenden Gerichtsstands durch Erstgericht; *Ringer/Wiedemann*, GRUR 2021, 732, 734; *Rastemborski*, GRUR-Prax 2022, 62.

²¹²⁴ OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 31866 Rn. 11 – Kein Rechtsmissbrauch bei getrenntem Vorgehen gegen Konzernschwesteresellschaften; *Feddersen*, in: GK-UWG, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 163 f.; **a. A.** OLG Düsseldorf GRUR-RS 2021, 41038 Rn. 38 – Örtliche Unzuständigkeitsrüge im Berufungsverfahren bei Annahme eines fliegenden Gerichtsstands durch Erstgericht; LG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2021, 36128 Rn. 6 – Verweisung wegen Unzuständigkeit des

Gerichts am Begehungsort für Eilantrag gegen unlautere Behinderung in Telemedien; *Rastemborski*, GRUR-Prax 2022, 62; insgesamt sind die Aussagen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten (BMJV und Rechtsausschuss) widersprüchlich, vgl. *Lerach*, jurisPR-WettBR 1/2022 Anm. 3.

²¹²⁵ LG Frankfurt a. M. GRUR-RS 2021, 11813 – Fliegender Gerichtsstand bei Verstoß gegen UWG im Internet; LG Hamburg GRUR-RS 2021, 27788 Rn. 4 – Tatortgerichtsstand bei Lauterkeitsverstößen im Internet; *Spoenle*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 18.1.2022, § 14 UWG Rn. 51; *Spoenle*, jurisPR-ITR 8/2021 Anm. 5; *Lerach*, jurisPR-WettBR 2/2021 Anm. 5; *Lerach*, jurisPR-WettBR 3/2021 Anm. 5; *Dissmann*, GRUR-Prax 2021, 268; *Isele*, MMR 2021, 334, 336; *Laoutounai*, CR 2021, 343; *Löffel*, GRUR-Prax 2021, 158; *Halder*, AnwZert-ITR 11/2021 Anm. 3; *Jung*, GRUR 2021, 986; wohl auch *Hohibweck*, WRP 2021, 719 Rn. 42; LG München I GRUR-RS 2021, 35995 Rn. 40 ff. – Unlautere Behinderung durch vollmachtslose Kündigung von Stromlieferungsverträgen durch Mitbewerber (besondere Missbrauchsanfälligkeit aufgrund der unkalkulierbaren Vielzahl potenzieller Gerichtsorte).

²¹²⁶ Anhängig unter dem Az. 1 BvR 575/21.

²¹²⁷ BVerfG NJW 1954, 593 – Gesetzlicher Richter; *Sachs*, Verfassungsrecht Bd. 2, 3. Aufl. 2017, Kap. 34 Rn. 10; ausführlich *Halder/Ttner*, ZJS 2018, 275, 279 f. m. w. N.

wenig erfolgversprechend.²¹²⁸ Das OLG Frankfurt²¹²⁹, die Literatur²¹³⁰ und selbst das dieser Auffassung widersprechende OLG Düsseldorf²¹³¹ sehen etwa eine derartige Auslegung ausdrücklich nicht als willkürlich an. Eine Möglichkeit zur Begrenzung der Problematik besteht in der Ausnutzung der Konzentrationsermächtigung nach § 14 Abs. 3 UWG. (vgl. §§ 1 ff. NRW WettStreitKonzVO).²¹³²

3. Allgemeine Schutzmechanismen vor unberechtigten Abmahnungen

a. Formale Anforderungen an die Abmahnung

Der Schutz vor unberechtigten Abmahnungen wird nicht nur durch die formalen Vorgaben an die Abmahnung in § 13 Abs. 2 UWG sowie die Ausschlüsse nach § 13 Abs. 3 und 4 UWG erreicht. Ist etwa eine Abmahnung nach § 13 Abs. 5 S. 1 UWG unberechtigt oder entspricht sie nicht den formalen Anforderungen des § 13 Abs. 2 UWG bzw. wird entgegen § 13 Abs. 4 UWG Aufwendungsersatz gefordert, hat der Abgemahnte gegen den Abmahnenden einen Anspruch auf Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen. Eine Beschränkung der Höhe des Aufwendungsersatzes findet sich in § 13 Abs. 5 S. 2 UWG. War die fehlende Berechtigung nicht für den Abmahnenden erkennbar, entfällt der Aufwendungsersatzanspruch nach § 15 Abs. 5 S. 3 UWG. Andere Ansprüche, etwa aus Delikt oder Geschäftsführung ohne Auftrag, bleiben nach § 13 Abs. 5 S. 4 UWG unberührt.²¹³³

724

b. Missbräuchliche Abmahnung als Lauterkeitsverstoß

Missbräuchliche Abmahnungen können daneben selbst unlauter sein und einen Schutz des Mitbewerbers nach dem UWG auslösen.²¹³⁴ So ist an § 4 Nr. 4 UWG zu denken, wenn Mitbewerber durch die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen in problematischer Weise in ihrer wettbewerblichen Entfaltungsfreiheit beeinträchtigt werden.²¹³⁵ Das betrifft beispielsweise eine erhebliche Belastung des Mitbewerbers mit Kosten von Abmahnungen, insbesondere bei einem Vorgehen durch verschiedene Konzernunternehmen.²¹³⁶

725

²¹²⁸ Halder, AnwZert-ITR 11/2021 Anm. 3.

²¹²⁹ OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 14368 Rn. 9 – Werbung eines nicht zertifizierten Unternehmens für Lebensmittel mit der Aussage "Bio"; OLG Frankfurt GRUR-RS 2021, 31866 Rn. 11 – Kein Rechtsmissbrauch bei getrenntem Vorgehen gegen Konzernschwesteresellschaften.

²¹³⁰ Hohlweck, WRP 2021, 719 Rn. 42; Ringer/Wiedemann, GRUR 2021, 732, 734.

²¹³¹ OLG Düsseldorf GRUR-RS 2021, 41038 Rn. 32 ff. – Örtliche Unzuständigkeitsrüge im Berufungsverfahren bei Annahme eines fliegenden Gerichtsstands durch Erstgericht.

²¹³² Vgl. Ringer/Wiedemann, GRUR 2021, 732, 734.

²¹³³ Zu diesen Ansprüchen Bornkamm/Feddersen, in:

Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 87 ff.; hierzu ausführlich Börmig, Der Rechtsmissbrauch im Lauterkeitsrecht, 2016, S. 204 ff.

²¹³⁴ Vgl. Jänich, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, § 4 Nr. 4 UWG Rn. 109 ff.; Achilles, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 4 Rn. 12; Jänich, Lauterkeitsrecht, 2019, § 15 Rn. 95; Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 86a.

²¹³⁵ Jänich, Lauterkeitsrecht, 2019, § 15 Rn. 98.

²¹³⁶ Jänich, Lauterkeitsrecht, 2019, § 15 Rn. 98.

c. Strafrechtliche Relevanz missbräuchlicher Abmahnungen

- 726 Unberechtigte Abmahnungen können zuletzt auch strafrechtlich relevant sein, insbesondere wenn konkludent über Tatsachen getäuscht wird und damit ein Betrug (§ 263 StGB) verwirklicht wird.²¹³⁷ Hierdurch wird in Ausnahmekonstellationen auch ein Schutz des Abgemahnten erreicht.

G. Beteiligung der Aufsichtsbehörden

I. Beteiligungsrecht der Aufsichtsbehörde?

- 727 Anders als nach § 12a UKlaG²¹³⁸ haben die Aufsichtsbehörden in wettbewerbsrechtlichen Verfahren nicht ausdrücklich das Recht, sich in einer bestimmten Form an den lauterkeitsrechtlichen Verfahren von Verbänden und Mitbewerbern zu beteiligen. Die Norm ist vergleichbar mit § 90 GWB²¹³⁹, wonach Kartellbehörden bei kartellrechtsrelevanten Rechtsstreitigkeiten benachrichtigt und beteiligt werden müssen.²¹⁴⁰ Ob das angesichts Art. 58 Abs. 5 DS-GVO ausreichend ist, kann bezweifelt werden.²¹⁴¹ So sieht die Norm vor, dass jeder Mitgliedstaat durch Rechtsvorschriften vorsehen muss, dass Aufsichtsbehörden befugt sind, Verstöße gegen diese Verordnung den Justizbehörden zur Kenntnis zu bringen und gegebenenfalls die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zu betreiben oder sich sonst daran zu beteiligen, um die Bestimmungen dieser Verordnung durchzusetzen. Art. 58 Abs. 5 DS-GVO soll sicherstellen, dass dieses Klagerecht auf Verantwortliche und Auftragsverarbeiter ausgeweitet wird.²¹⁴²
- 728 Die Norm kann hinsichtlich der sonstigen Beteiligung an einem gerichtlichen Verfahren (Var. 3) dahingehend aufgefasst werden, dass sich die Aufsichtsbehörden jedenfalls prozessual in das Verfahren einschalten dürfen.²¹⁴³ Es geht demnach um Verfahren, die die Aufsichtsbehörde nicht selbst betreibt.²¹⁴⁴ Das ist bei lauterkeits-

²¹³⁷ Schmitt, WRP 2019, 27 Rn. 23; Hohlwack, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 8c UWG Rn. 73; Buchmann, WRP 2013, 1392 Rn. 4 ff.; Eiden/Walter, NSTZ 2014, 297, 302; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 StGB Rn. 9; Voßen, in: MüKoStGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 352 StGB Rn. 20; vgl. auch OLG Köln WRP 2013, 1390 – überhöhter Streitwert.

²¹³⁸ → Rn. 806 ff.

²¹³⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.6.2013, BGBl. I S. 1750, ber. S. 3245.

²¹⁴⁰ Vgl. Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 513 ff.

²¹⁴¹ Vgl. zu Zweifeln an der Umsetzung des Art. 58 Abs. 5 DS-GVO im Allgemeinen Nguyen, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 58 DS-GVO Rn. 29; Piltz, BDSG, 2018, § 40 BDSG Rn. 47; Eichler, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 58 DS-GVO

Rn. 44; Schönefeld/Thomé, PinG 2017, 126, 128; BlnBDI, Datenschutz- und Informationsfreiheit Jahresbericht 2016, S. 26 f.; LDI NRW, 24. Datenschutz- und Informationsfreiheitsbericht 2019, S. 21.

²¹⁴² Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 200; Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 7 Rn. 9.

²¹⁴³ V. Lewinski/Herrmann, PinG 2017, 209, 215; zur Auslegung der anderen Varianten Schlussanträge des Generalanwalts Bobek v. 13.1.2021 zur Rechtssache C-645/19 Rn. 64, 110, 164 ff. – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit; zur Einordnung der Entscheidung Kübler, NVwZ 2021, 1676.

²¹⁴⁴ Ziebarth, in: Sydow, EU-DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 58 DS-GVO Rn. 114.

rechtlichen Verfahren vor den Zivilgerichten der Fall. Nach Ansicht des Generalanwalts *Bobek*²¹⁴⁵ und des EuGH²¹⁴⁶ ist die Norm hinreichend konkret, um – wie es bei einer Verordnung regelmäßig der Fall ist – unmittelbar ohne weitere Durchführungsvorschriften anwendbar zu sein, wobei Mitgliedstaaten aber durchaus spezielle Regelungen treffen dürfen.²¹⁴⁷ Ist Art. 58 Abs. 5 Var. 3 DS-GVO folglich nicht als umsetzungsbedürftig anzusehen, könnte sich hieraus unmittelbar ein Beteiligungsrecht der Datenschutzaufsichtsbehörde ergeben, wobei der genaue Inhalt unklar ist, jedenfalls aber die Möglichkeiten der Information und Stellungnahme eröffnet sein sollte (vgl. § 90 Abs. 2 GWB).

II. Gerichtliche Mitteilungspflicht?

Bejaht man ein Beteiligungsrecht, stellt sich naheliegenderweise die zeitlich vorgelegerte Frage, ob Gerichte von sich aus die Aufsichtsbehörden über bestimmte Verfahren informieren müssen, mit anderen Worten für sie also eine Mitteilungspflicht besteht (vgl. § 90 GWB sowie § 139 TKG [= § 220 TKG n. F.]). Eine entsprechende Vorgabe findet sich in Art. 58 Abs. 5 Var. 3 DS-GVO nicht ausdrücklich. Wird die Anwendung der Norm vor allem zum Schutz des Kohärenzverfahrens und damit auch aus dem Grundsatz des *effet utile* befürwortet,²¹⁴⁸ wird sich eine Mitteilungspflicht kaum verneinen lassen. Andernfalls ließe sich die Erreichung des Ziels nicht lückenlos erreichen. Jedenfalls bleibt es dem Gesetzgeber bereits nach dem Wortlaut des Art. 58 Abs. 3 DS-GVO unbenommen, das Verfahren genauer auszugestalten und sich an § 90 GWB anzulehnen. Amicus-Curiae-Stellungnahmen

729

Selbstredend besteht, unabhängig von einem Beteiligungsrecht und im Rahmen ihrer Aufgaben, die Möglichkeit der Aufsichtsbehörden eine unaufgeforderte *amicus-curiae*-Stellungnahme abzugeben.²¹⁴⁹ Allerdings ist deren Auswirkung rechtlich²¹⁵⁰ nicht zu überschätzen: Zum einen ist das Gericht aufgrund Art. 20 Abs. 3 GG ohnehin an Gesetz und Recht gebunden, wobei hinsichtlich der Rechtsfragen der Grundsatz

730

²¹⁴⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Bobek* v. 13.1.2021 zur Rechtssache C-645/19 Rn. 167 ff. – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit.

²¹⁴⁶ EuGH BeckRS 2021, 14086 Rn. 106 ff. – Facebook Ireland Limited, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA/Gegevensbeschermingsautoriteit.

²¹⁴⁷ *Spitka/Bunnenberg*, K&R 2021, 560, 562; vgl. zu den Ausnahmefällen, in denen erst die Vollzugsfähigkeit hergestellt werden muss, *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 34 Rn. 31; Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour*

v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 53 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.; *Glaser*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, 2021, § 39 Rn. 33.

²¹⁴⁸ *V. Lewinski/Herrmann*, PinG 2017, 209, 215.

²¹⁴⁹ Vgl. allgemein *Zuck*, NVwZ 2016, 1130; *Blanquett/Casser*, KJ 2017, 94.

²¹⁵⁰ In tatsächlicher Hinsicht wurde durchaus von positiven Erfahrungen von Verbänden berichtet, vgl. *Blanquett/Casser*, KJ 2017, 94, 104 f.

iura novit curia gilt.²¹⁵¹ Das Gericht kann, muss aber nicht entsprechende Stellungnahmen zur Kenntnis nehmen.²¹⁵² Zum anderen gilt im Zivilprozess der Beibringungs- bzw. Verhandlungsgrundsatz, sodass es den Parteien obliegt, die für das Anspruchsziel notwendigen Tatsachen vorzubringen.²¹⁵³ Die Parteien können sich die Tatsachen jedoch zu eigen machen.²¹⁵⁴

H. Reformbestrebungen

I. Gesetz zur Anpassung zivilrechtlicher Vorschriften an die Datenschutz-Grundverordnung

- 731** Bereits im Jahr 2018 hat der Freistaat Bayern einen Gesetzesentwurf²¹⁵⁵ in den Bundesrat eingebracht, welcher das Datenschutzrecht explizit dem Durchsetzungssystem des UWG entziehen soll.²¹⁵⁶ Hierzu soll § 3a UWG um einen Satz ergänzt werden: „Vorschriften der [...] Datenschutz-Grundverordnung [...] und ihrer Durchführung dienende Regelungen fallen nicht unter Satz 1.“. Datenschutzrecht soll damit pauschal die Qualifizierung als Marktverhaltensregelung abgesprochen werden.²¹⁵⁷
- 732** Verhindert werden soll zum einen die vermeintliche Möglichkeit des Abmahnmissbrauchs, vor allem ermöglicht durch Verstöße gegen datenschutzrechtliche Informationspflichten.²¹⁵⁸ Gestützt wird der Ausschluss ferner auf die abzulehnende Auffassung, dass die DS-GVO einer Anspruchsberechtigung für Mitbewerber a priori entgegenstehe.²¹⁵⁹ Durch die weiterhin bestehende Möglichkeit einer Verbandsklage nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG bestünde zudem ferner kein praktisches Bedürfnis nach einem Vorgehen nach dem UWG.²¹⁶⁰
- 733** Die Sinnhaftigkeit des Gesetzesentwurfs erscheint – abgesehen von der bereits verfehlten Prämisse des unionsrechtlichen Ausschlusses von Mitbewerberklagen und der offensichtlichen Verkennung der Reichweite des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG – auch ansonsten zweifelhaft. Es ist der Sinn des Lauterkeitsrechts, solche Verstöße zu sanktionieren, gegen die der einzelne Betroffene aus rationalen Gründen nicht selbst vorgeht.²¹⁶¹ Der Rechtsdurchsetzung ginge durch einen solchen Ausschluss ein effizientes Werkzeug verloren.²¹⁶² Ob der Gesetzesentwurf nach dem zwischenzeitlich verabschiedeten Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs jedoch überhaupt noch weiterverfolgt wird, erscheint ausgeschlossen.

²¹⁵¹ *Blanquett/Casser*, KJ 2017, 94, 100.

²¹⁵² *Blanquett/Casser*, KJ 2017, 94, 101.

²¹⁵³ *Blanquett/Casser*, KJ 2017, 94, 100 f.; *Kern*, in: *Kern/Diehm*, ZPO, 2. Aufl. 2020, ZPO Einl. Rn. 4.

²¹⁵⁴ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 515.

²¹⁵⁵ BR-Drs. 304/18.

²¹⁵⁶ BR-Drs. 304/18, S. 2; befürwortend *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 559.

²¹⁵⁷ BR-Drs. 304/18, S. 7.

²¹⁵⁸ BR-Drs. 304/18, S. 2.

²¹⁵⁹ BR-Drs. 304/18, S. 7; → Rn. 235 ff.

²¹⁶⁰ BR-Drs. 304/18, S. 7.

²¹⁶¹ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 701.

²¹⁶² „beispiellos“, so *Uebele*, GRUR 2019, 694, 701.

II. Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU

In dem zwischenzeitlich verabschiedeten 2. DSAnpUG-EU wurde im Gesetzgebungsverfahren ein Ausschluss in § 44a BDSG-E diskutiert.²¹⁶³ Dieser lautete: „Vorschriften der Verordnung (EU) 679/2016 [sic!] und Vorschriften der Teile 1 und 2 dieses Gesetzes stellen keine Vorschriften im Sinne von § 3a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb dar.“ Die Idee dieser Bereichsausnahme wurde allerdings nicht in die finale Fassung des Gesetzes übernommen, sodass eine Klärung weiterhin aussteht.²¹⁶⁴ Sie ist letztlich aus den gleichen Gründen wie der vom Freistaat Bayern in den Bundesrat eingebrachte Gesetzesentwurf abzulehnen.

734

I. Ergebnis

Es konnte gezeigt werden, dass Verstöße gegen datenschutzrechtliche Normen grundsätzlich auch anhand des UWG gemessen werden können. Einschränkungen ergeben sich für die Verbände aus Art. 80 Abs. 2 DS-GVO, sodass weitergehende Anforderungen als im deutschen Recht erfüllt werden müssen. Eine schematische Herangehensweise bei der Einstufung von Datenschutzverstößen als unlauter verbietet sich. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für eine lauterkeitsrechtliche Kontrolle stellt der Rechtsbruchtatbestand nach § 3a UWG dar: Zum einen können unmittelbar Verstöße gegen Datenschutznormen geprüft werden, soweit sie als Marktverhaltensregelungen anzusehen sind, zum anderen ermöglichen die §§ 305 ff. BGB als Marktverhaltensregelungen mittelbar die Kontrolle von Datenschutzklauseln. Eine teleologische Reduktion des § 3a UWG zum Schutz von Ermessensentscheidungen der Datenschutzaufsichtsbehörden ist abzulehnen, da deren Ermessen nach der Konzeption der DS-GVO ohnehin eingeschränkt und im Übrigen auch nicht schutzwürdig ist. Flankiert wird dieser Schutz durch die übrigen Lauterkeitstatbestände, sodass Überschneidungen auftreten können. Durch den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch sind grundsätzlich effektive Mittel an die Hand gegeben, um Datenschutzverstöße zu verhindern oder zu beenden.

735

²¹⁶³ BR-Drs. 430/1/18, S. 6; vgl. *Uebele*, GRUR 2019, 694, 701.

²¹⁶⁴ *Moos*, K&R 2020, 569, 576.

Kapitel 3: Unterlassungsklagengesetz

A. Einleitung

Das Unterlassungsklagengesetz ermöglicht Verbandsklagen, um Verstößen gegen Vorschriften mit Verbraucherbezug effektiv abhelfen zu können. Die Verbandsklagemöglichkeit steht dabei unabhängig neben dem Individualrechtsschutz des betroffenen Verbrauchers.²¹⁶⁵ Durchgesetzt werden mit ihr die Kollektivinteressen von Verbrauchern, die von dieser Durchsetzungsebene profitieren.²¹⁶⁶ Neben dem UWG besteht damit für die in § 3 UKlaG genannten Stellen die Möglichkeit, im Falle von Datenschutzverstößen nach dem UKlaG gegen den Rechtsverletzer vorzugehen. 736

Wie beim UWG war lange Zeit die Anwendung der Vorschriften des UKlaG auf Datenschutzverstöße umstritten. Besonders die Frage, ob Datenschutznormen Verbraucherschutzgesetze i. S. d. § 2 UKlaG darstellen, wurde von Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich beantwortet.²¹⁶⁷ Zurückgegriffen wurde daher im Wesentlichen auf die Möglichkeit – vergleichbar mit dem Vorgehen nach § 3a UWG – gegen rechtswidrige Datenschutzklauseln nach § 1 UKlaG vorzugehen.²¹⁶⁸ So konnte einem Teil der Datenschutzverstöße abgeholfen werden. Mit der Schaffung des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG ist nunmehr ausdrücklich die Möglichkeit zur Sanktionierung verbraucherschutzgesetzwidriger Praktiken eröffnet, die näher umschriebene Datenschutzverstöße betreffen. Dieser Streit um die Verfolgung von Datenschutzverstößen mit den Mitteln des UKlaG erlebt unter der DS-GVO eine Renaissance. 737

Die Rechtsdurchsetzung über das UKlaG bringt für die Verbände im Vergleich zur Durchsetzung nach dem UWG einige Vorteile mit sich. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass die verletzte Norm eine Marktverhaltensregelung darstellt, was mit Blick auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen nicht immer einfach festzustellen ist.²¹⁶⁹ Auch entspringen dem UKlaG bei Datenschutzverstößen teilweise andere Rechtsfolgen, die über die des UWG deutlich hinausgehen können. 738

B. Verhältnis des UKlaG zu sonstigen Rechtsquellen

Wie bei der Durchsetzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen mit Mitteln des UWG ist hinsichtlich deren Durchsetzung durch das UKlaG zunächst vorab zu klären, ob das Unionsrecht Schranken aufstellt. Hierzu ist das Verhältnis des UKlaG zur Klausel-RL, Unterlassenklagen-RL und DS-GVO sowie zum UWG zu klären. 739

²¹⁶⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, Vorbemerkung UKlaG Rn. 1.

²¹⁶⁶ Hasser, Verbesserung des Teledienstedatenschutzes im nicht öffentlichen Bereich durch die Ansprüche nach § 2 UKlaG, §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG, 2008, S. 159.

²¹⁶⁷ Vgl. Robak, GRUR-Prax 2016, 139, 139 f.; Elbrecht/Schröder, K&R 2015, 361, 363.

²¹⁶⁸ Robak, GRUR-Prax 2016, 139, 139 f.

²¹⁶⁹ Keppeler, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 5; Heinzke/Storkenmaier, CR 2021, 582 Rn. 16.

I. Umsetzung der Klausel-RL und der Unterlassungsklagen-RL

- 740** Das UKlaG setzt im Wesentlichen die Klausel-RL und die Unterlassungsklagen-RL um.²¹⁷⁰ Die Unterlassungsklagen-RL sieht vor, dass Mitgliedstaaten bestimmte Rechtsbehelfe für qualifizierte Einrichtungen (Art. 3 Unterlassungsklagen-RL) vorsehen müssen, wenn ein Verstoß i. S. d. Art. 1 Abs. 2 Unterlassungsklagen-RL vorliegt. Ein Verstoß ist nach Art. 1 Abs. 2 Unterlassungsklagen-RL jede Handlung, die den in ihrem Anhang I aufgeführten Verordnungen oder Umsetzungsrechtsakten von Richtlinien zuwiderläuft und die Kollektivinteressen der Verbraucher beeinträchtigt.
- 741** Es konnte bereits gezeigt werden, dass die DS-GVO mit ihrem Verweis auf die Klausel-RL in Erwägungsgrund 42 S. 3 bezweckt, dass vorformulierte Einwilligungserklärungen als AGB einer Missbrauchskontrolle unterliegen.²¹⁷¹ Ebenso erfüllen manche Informationspflichten die Anforderungen an AGB. Insoweit ist der Anwendungsbereich der Klausel-RL eröffnet. Diese ist in Nr. 5 Anhang I der Unterlassungsklagen-RL aufgenommen worden, sodass eine Durchsetzung mittels Verbandsklage im Bereich von Datenschutzklauseln unproblematisch möglich ist.
- 742** Anders als die Klausel-RL war bzw. ist weder die DSRL noch die DS-GVO in dem Anhang I aufgeführt, was sich bei einer direkten Anknüpfung an das Datenschutzrecht als problematisch erweisen könnte.²¹⁷² Die Richtlinie hindert indessen nach Art. 7 Unterlassungsklagen-RL die Mitgliedstaaten nicht daran, Bestimmungen zu erlassen oder beizubehalten, die den qualifizierten Einrichtungen sowie sonstigen betroffenen Personen auf nationaler Ebene weitergehende Rechte zur Klageerhebung einräumen. Die Mitgliedstaaten können daher eine Verbandsklage auch für Verstöße gegen Normen vorsehen, die nicht in Anhang I der Unterlassungsklagen-RL vorgesehen sind.²¹⁷³ Es handelt sich folglich um eine mindestharmonisierende Richtlinie mit einem entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungsspielraum.²¹⁷⁴ Sie steht aus diesem Grund einer Verbandsklage im Falle von Datenschutzverstößen nicht entgegen.²¹⁷⁵ Gleichwohl sind, wenn das Datenschutzrecht direkter Anknüpfungspunkt ei-

²¹⁷⁰ Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Vor § 1 UKlaG Rn. 5 f.; Joachimsthaller/Walker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, Vorbemerkungen zum UKlaG Rn. 6; Heinzke/Storkenmaier, CR 2021, 582 Rn. 11.
²¹⁷¹ Siehe S. 224.

²¹⁷² Schlussanträge des Generalanwalts Bobek v. 19.12.2018 zur Rechtssache C-40/17 Rn. 37 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW.

²¹⁷³ Gerhard, CR 2015, 338, 342; a. A. Schulz, ZD 2014, 510, 514.

²¹⁷⁴ EuGH WRP 2019, 1146 Rn. 61 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; Gerhard, CR 2015, 338, 342.

²¹⁷⁵ Schlussanträge des Generalanwalts Bobek v. 19.12.2018 zur Rechtssache C-40/17 Rn. 38 – Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW; Gerhard, CR 2015, 338, 342; Diercks, CR 2019, 95 Rn. 36 ff.; a. A. Schulz, ZD 2014, 510, 514; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 51 f.

ner Klauselkontrolle ist, die Einschränkungen des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zu beachten.²¹⁷⁶ In der noch umzusetzenden Verbandsklagen-RL wurde die DS-GVO und e-Privacy-VO in Anhang I aufgenommen, sodass zukünftig mit einer verstärkten Durchsetzung des Datenschutzrechts zu rechnen ist.²¹⁷⁷

II. Kein unlösbarer Konflikt mit den Bestimmungen der DS-GVO

1. Deutsche Datenschutzverbandsklage als taugliche Ausnutzung der Verbandsklagebefugnis des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO

Auch die Datenschutz-Grundverordnung steht der Einräumung einer Verbandsklagemöglichkeit wegen Datenschutzverstößen nicht im Wege, wie Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zeigt. Die gegen die Unionsrechtskonformität angeführten Argumente gegen die Umsetzungsvorschrift des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG sind allesamt nicht stichhaltig. So lässt Art. 80 Abs. 2 DS-GVO eine Teilumsetzung der Verbandsklagebefugnis zu.²¹⁷⁸

743

Es bleibt dem Gesetzgeber deshalb unbenommen, Datenschutzrecht als Verbraucherschutzrecht zu klassifizieren, um eine Durchsetzung über das UKlaG zu ermöglichen, wobei die Grenzen des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO selbstredend auch im UKlaG Beachtung finden müssen. Nachdem das Inkrafttreten der DS-GVO zum damaligen Zeitpunkt absehbar war und die Verweisung zudem dynamisch ausgestaltet ist, ist auch davon auszugehen, dass sich § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG auch auf deren Bestimmungen und nicht allein auf das zum Zeitpunkt des Erlasses der Norm geltende Datenschutzrecht bezieht.²¹⁷⁹

744

Aus § 44 BDSG über Rechtsbehelfe lässt sich auch nicht der Umkehrschluss herleiten, dass der deutsche Gesetzgeber diesen von der DS-GVO eingeräumten Spielraum zur Schaffung einer Verbandsklage nicht nutzen wollte.²¹⁸⁰ § 44 BDSG regelt Einzelheiten zu Klagen gegen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter und knüpft dabei lediglich an Art. 79 Abs. 2 DS-GVO an. Insofern liegt sogar der gegenteilige Schluss näher: Da eine Regelung der Verbandsklagebefugnis bereits vorhanden war, war es schlicht unnötig, eine solche im BDSG zu regeln. Das lässt sich auch daraus ableiten, dass die entsprechenden Normen im UKlaG bei den Anpassungsgesetzen nicht aufgehoben oder angepasst wurden. Daneben hat sich gerade auch Deutschland auf EU-Ebene dafür eingesetzt, dass Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zur Klarstellung einer weiterhin bestehenden Verbandsklagemöglichkeit aufgenommen wird.²¹⁸¹ § 2 Abs. 2

745

²¹⁷⁶ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

²¹⁷⁷ → Rn. 838 ff.

²¹⁷⁸ → Rn. 222 ff.

²¹⁷⁹ *Halfmeier*, NJW 2016, 1126, 1127; *Laoutumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 534; *Pohl*, PinG 2017, 85,

87; *Ambrock/Karg*, in: von dem Bussche/Voigt, Konzerndatenschutz, 2. Aufl. 2019, Teil 8 Rn. 115; *v. Lewinski*, in: Rüpe/v. Lewinski/Eckhardt, Datenschutzrecht, 2018, § 23 Rn. 51.

²¹⁸⁰ *A.A. Köhler*, WRP 2018, 1269 Rn. 58; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 29 f.; *Spiegel*, in: DSRITB 2020, S. 381, 383.

²¹⁸¹ → Rn. 301 ff.

S. 1 Nr. 11 UKlaG war und ist damit als geltendes Recht weiterhin anzuwenden und kann nicht über die Unterstellung eines hypothetischen Willens des Gesetzgebers für unanwendbar erklärt werden. Es bleibt demnach dabei, dass die Verfolgung von Datenschutzverstößen über das UKlaG im Grundsatz keinen durchgreifenden unionsrechtlichen Bedenken gegenübersteht.

2. Verhältnis zur Klauselkontrolle nach § 1 UKlaG

- 746 Die Einschränkungen des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO gelten – wie bereits ausgeführt – nicht nur für den bereits genannten § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG, sondern auch für § 1 UKlaG, jedenfalls soweit Datenschutzrecht ein direkter Prüfungsmaßstab ist.²¹⁸² Das betrifft etwa die Anwendung innerhalb von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB oder § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder die Heranziehung von § 1 UKlaG wegen Verstößen gegen zwingendes Datenschutzrecht.

3. Keine Regelung einer Verbandsbeschwerdemöglichkeit

- 747 Da sich das UKlaG nicht zu einem von der betroffenen Person unabhängigen Beschwerderecht nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO („Verbandsbeschwerderecht“) verhält, ist dieses wie beim UWG a priori ausgeschlossen, sodass von vornherein nur eine Datenschutzverbandsklage in Betracht kommt.²¹⁸³

III. Partiieller Vorrang des UWG

- 748 Liegen Wettbewerbsverstöße vor, die nicht unter das UKlaG zu fassen sind, bleibt es für die Verbände bei der Anwendung des UWG.²¹⁸⁴ Sind die Verbände sowohl nach dem UWG als auch nach dem UKlaG aktivlegitimiert, können die Ansprüche grundsätzlich auch nebeneinander bestehen und in einem Verfahren verfolgt werden.²¹⁸⁵ Zu beachten ist jedoch § 8 Abs. 5 S. 2 UWG, welcher das Verhältnis des UWG zum UKlaG in einer besonderen Konstellation regelt: Liegen sowohl die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 UWG als auch des § 2 UKlaG vor, findet das UKlaG mit Ausnahme des § 13 UKlaG grundsätzlich keine Anwendung. Liegt damit ein Verstoß gegen Bestimmungen des UWG vor, welches an sich als Verbraucherschutzrecht i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG anzusehen ist,²¹⁸⁶ ist eine Klage nach dem UKlaG ausgeschlossen.²¹⁸⁷

²¹⁸² Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

²¹⁸³ *Roßnagel/Geminn*, Datenschutz-Grundverordnung verbessert, 2020, S. 159; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 558.

²¹⁸⁴ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 33.

²¹⁸⁵ *Halfmeier/Rott*, VuR 2018, 243, 245; *Joachimsthaler/Walker*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 4 sowie § 2

UKlaG Rn. 2; *D. Baetge*, in: *Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger*, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 33.1.

²¹⁸⁶ → Rn. 798 f.

²¹⁸⁷ *Walker*, UKlaG, 2016, § 2 UKlaG Rn. 2; *Seichter*, in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 31; *Joachimsthaler/Walker*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 2.

Der Ausschluss hat aber letztlich nur eine Bedeutung bei reinen „UWG-Verstößen“.²¹⁸⁸ Liegen zusätzliche Verstöße gegen andere verbraucher-schützende Vorschriften abseits des UWG vor, kann gegen den Verstoß nach § 2 UKlaG weiterhin vorgegangen werden, auch wenn gleichzeitig ein Verstoß gegen das UWG verwirklicht wurde.²¹⁸⁹ Liegt kein „reiner UWG-Verstoß“ vor, gilt damit das UKlaG uneingeschränkt.²¹⁹⁰ Durch die besondere Regelung des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG hinsichtlich Datenschutzverstößen dürfte diese Anordnung des Vorrangs des UWG deshalb nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

749

Auch die Unterlassungsansprüche nach § 1 UKlaG und § 8 Abs. 1 UWG stehen nebeneinander.²¹⁹¹ Liegen unwirksame AGB vor, kann dementsprechend auch ein Vorgehen nach §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG i. V. m. §§ 307 ff. BGB erfolgen, da die Bestimmungen des AGB-Rechts Marktverhaltensregelungen darstellen.²¹⁹² Bedeutung hat das Vorgehen nach dem UWG in diesem Fall bei der Einziehungskontrolle, da § 1 UKlaG grundsätzlich nur eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB ermöglicht. Auch die weitergehenden Rechtsfolgen des UWG, insbesondere hinsichtlich des Beseitigungsanspruchs, der von der Rechtsprechung bisweilen als „Folgenbeseitigungsanspruch“ angesehen wird, kann für den Verband von Vorteil sein.²¹⁹³

750

C. Anspruchsberechtigung (§ 3 UKlaG, § 4 UKlaG)

Aktivlegitimiert für die Ansprüche aus §§ 1 und 2 UKlaG sind die in § 3 UKlaG genannten Stellen. Wie § 8 Abs. 3 UWG regelt § 3 UKlaG nicht nur die Anspruchsberechtigung, sondern auch eine Klagebefugnis der aufgeführten Stellen.²¹⁹⁴ Die Norm entspricht im Wesentlichen § 8 Abs. 3 UWG, wobei allerdings den einzelnen Mitbewerbern naheliegenderweise keine Aktivlegitimation zukommt.²¹⁹⁵ Diese müssen

751

²¹⁸⁸ *Seichter*, in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 31; *Kamlah*, WRP 2006, 33, 34; *Joachimsthaler/Walker*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 2.

²¹⁸⁹ BT-Drs. 15/1487, S. 43; *Joachimsthaler/Walker*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 2.

²¹⁹⁰ *Walker*, UKlaG, 2016, § 2 UKlaG Rn. 2.

²¹⁹¹ BGH WRP 2018, 434 Rn. 40 ff. – Klauselersetzung; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 1 UKlaG Rn. 14; *Seichter*, in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 32; *Hartmann*, Zivilrechtliche Anspruchskonkurrenz – Unlautere AGB als Gegenstand von § 3a UWG und § 1 UKlaG, 2020, passim.

²¹⁹² *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG,

40. Aufl. 2022, § 1 UKlaG Rn. 14; → Rn. 515 ff.

²¹⁹³ *Seichter*, in: *Seichter*, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 32; → Rn. 823.

²¹⁹⁴ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 32 – App-Zentrum; KG NJW-RR 2013, 54, 55; *Grüneberg*, in: *GrünHome Teil III*, Stand: 15.11.2021, § 3 UKlaG Rn. 2, *Althammer*, in: *Zöller*, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor §§ 50-58 ZPO Rn. 56 m. w. N. auch zur Gegenansicht; zu grenzüberschreitenden Verbandsklagen *Stadler*, in: *Müller-Graf*, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 26.

²¹⁹⁵ *Lurtz*, ZD-Aktuell 2018, 06292; *Hansen/Bormann*, IPRB 2018, 273, 275; *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 371.

den Weg über das Lauterkeitsrecht (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) oder ihre Wettbewerbsverbände (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG) nehmen, um Ansprüche geltend zu machen.²¹⁹⁶ Auch Verbraucher werden nicht von § 3 UKlaG umfasst.²¹⁹⁷

- 752** Wie auch bei § 8 Abs. 3 UWG sind jedoch zusätzlich die unionsrechtlichen Einschränkungen des Art. 80 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 DS-GVO bei direkter Anwendung datenschutzrechtlicher Bestimmungen zu beachten.²¹⁹⁸ Der Verband muss demnach ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln, ordnungsgemäß nach mitgliedstaatlichen Recht gegründet sein, seine satzungsmäßigen Ziele müssen im öffentlichen Interesse liegen und er muss im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten tätig sein.²¹⁹⁹ Es stellen sich insoweit die gleichen Probleme wie bei der Aktivlegitimation im UWG, sodass auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann.²²⁰⁰

D. Ansprüche bei Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetz (§ 2 UKlaG)

- 753** Zentrale Norm zur Sanktionierung datenschutzrechtlicher Verstöße innerhalb des UKlaG stellt § 2 UKlaG dar. Wer hiernach in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen (legaldefiniert als Verbraucherschutzgesetz), kann hiernach im Interesse des Verbraucherschutzes auf Unterlassung und Beseitigung in Anspruch genommen werden.
- 754** Ausreichend ist es, wenn einzelne Bestimmungen des verletzten Gesetzes den Verbraucher schützen sollen.²²⁰¹ Dabei darf der Verbraucherschutzzweck der Norm aber nicht vollständig hinter andere verfolgte Zwecke zurücktreten.²²⁰² Insoweit ist eine Parallele zur sekundären Schutzfunktion zugunsten der Interessen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern nach § 3a UWG zu erkennen, bei welcher ein reflexartiger Schutz zur Annahme des Tatbestandsmerkmals nicht ausreichend ist.²²⁰³ Diese sehr allgemein gehaltene Definition wird konkretisiert durch einen nicht abschließenden Katalog an Regelbeispielen in § 2 Abs. 2 S. 1 UKlaG.²²⁰⁴

²¹⁹⁶ *Grüneberg*, in: GrünHome Teil III, Stand: 15.11.2021, § 3 UKlaG Rn. 1.

²¹⁹⁷ *Grüneberg*, in: GrünHome Teil III, Stand: 15.11.2021, § 3 UKlaG Rn. 1.

²¹⁹⁸ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 699; *Barth*, WRP 2018, 790 Rn. 21; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 559; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 19; *Grewe/Stegemann*, ZD 2021, 183, 186; *Stadler*, in: FS Roth, 2021, S. 539, 555; → Rn. 227 ff. sowie → Rn. 335 f.

²¹⁹⁹ → Rn. 89 ff.

²²⁰⁰ → Rn. 333 ff.

²²⁰¹ *Micklitz/Rott*, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 16; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-

Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 3.

²²⁰² *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 2; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 3.

²²⁰³ → Rn. 409 ff.

²²⁰⁴ BGH WRP 2012, 467 Rn. 23 – Überregionale Klagebefugnis; BGH WRP 2016, 467 Rn. 17 – Buchungssystem II; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 3; *Joachimstha-*

I. Datenschutzrechtliche Vorschriften (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG)

Nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG stellen bestimmte Vorschriften mit datenschutzrechtlichem Bezug Verbraucherschutzgesetze i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG dar. In der bis zum 17.6.2016 geltenden Fassung des UKlaG fanden sich keine spezifischen Bestimmungen über die Einstufung von datenschutzrechtlichen Normen als Verbraucherschutzgesetze in der Aufzählung des § 2 Abs. 2 UKlaG. Dementsprechend umstritten war, ob Datenschutzrecht auch Verbraucher schützen soll.²²⁰⁵ Verneint wurde und wird die verbraucherschützende Funktion mit dem bereits mehrmals erwähnten, aber nach hier vertretener Auffassung abzulehnenden Argument, dass Datenschutz allein dem Grundrechtsschutz der Betroffenen diene und deren Schutz in der Rolle eines Verbrauchers allenfalls reflexartig erfolge.²²⁰⁶ Verwiesen werden die Betroffenen nach dieser Auffassung an die Datenschutzaufsichtsbehörden, denen die Durchsetzung des Datenschutzrechts obliege.²²⁰⁷

755

Das UKlaG wurde im Jahr 2016 in § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG daher um einen eigenen datenschutzrechtlichen Tatbestand erweitert, sodass sich die Streitigkeit über die prinzipielle Möglichkeit einer Datenschutzverbandsklage nach § 2 UKlaG erledigt hat.²²⁰⁸ Die Forderungen nach einer solchen Verbandsklagemöglichkeit waren indes sehr viel älter.²²⁰⁹ Bei der Schaffung des Verbandsklagerechts für Datenschutzverstöße wurde vom Gesetzgeber zugrunde gelegt, dass diese vielfach die Verbraucher in ähnlicher Weise beeinträchtigen, wie die sonstigen von der Norm umfassten Verstöße.²²¹⁰ Bekämpft werden sollten solche Verstöße, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Verbraucher in besonderem Maße gefährden.²²¹¹

756

Die Anspruchsberechtigung nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG ist indes – anders als bei den sonstigen Verbraucherschutzgesetzen – unter mehreren Aspekten erheblich eingeschränkt, weshalb sich Verbände nicht zu einem Aufsichtsbehördenersatz auf-

757

ler/Walker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 3a.

²²⁰⁵ Hierzu Bohne, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 2014, S. 309 ff.; Heinzke/Storkenmaier, CR 2021, 582 Rn. 12.

²²⁰⁶ BT-Drs. 16/12011, S. 53; OLG Düsseldorf DuD 2005, 173, 173 f. – Belehrung nach § 28 Abs. 4 BDSG; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 17; → Rn. 308 ff. sowie → Rn. 401 ff.

²²⁰⁷ OLG Düsseldorf DuD 2005, 173, 174 – Belehrung nach § 28 Abs. 4 BDSG.

²²⁰⁸ V. Lewinski, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski, DS-

GVO BDSG, 7. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 23; Uebele, GRUR 2019, 694, 699; Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1129; Köpfernik, VuR 2014, 240, 242; Heinzke/Storkenmaier, CR 2021, 582 Rn. 14.

²²⁰⁹ Vgl. Weichert, CR 1990, 80, 81; Weichert, DuD 2001, 264, 269; Kamilah/Hoke, RDV 2008, 226, 226; BR-Drs. 4/09, S. 28.; Hanloser, MMR 2009, 594, 598; vzbv, MMR 1/2009, IV; Kühling/Bohnen, JZ 2010, 600, 607 f.

²²¹⁰ BR-Drs. 55/15, S. 20; Joachimsthaler/Walker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 3c.

²²¹¹ BR-Drs. 55/15, S. 20; Joachimsthaler/Walker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 3c.

schwingen können. Die sachlichen Einschränkungen durch § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG sollen im Folgenden herausgearbeitet und Art. 80 Abs. 2 DS-GVO gegenübergestellt werden.

1. Umfasster Verarbeitungsvorgang

a. Erhebung, Verarbeitung, Nutzung

- 758** Verbraucherschutzgesetze i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG sind unter anderem nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG die Vorschriften, welche die Zulässigkeit der Erhebung personenbezogener Daten eines Verbrauchers durch einen Unternehmer (lit. a) oder der Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten, die über einen Verbraucher erhoben wurden, durch einen Unternehmer (lit. b) regeln. Der Gesetzgeber hatte demnach spezifische Verarbeitungsvorgänge vor Augen, die einer Überprüfung zugänglich sein sollen.
- 759** Auffällig ist, dass die historisch zu erklärende Terminologie des BDSG a. F. (erheben, verarbeiten, nutzen) nicht im Rahmen der Datenschutz-Anpassungsgesetze durch den umfassenderen Begriff der Verarbeitung i. S. v. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO ersetzt wurde.²²¹² Die Tatbestandsmerkmale sind als dynamische Verweisung ausgestaltet, sodass jedenfalls die entsprechenden Regelungen der DS-GVO heranzuziehen sind.²²¹³ Im Ergebnis ist es damit auch ohne Unterschied, ob der Verarbeitungsbegriff der DS-GVO für die Subsumtion unter zunächst in die unter altem Recht zisierten Merkmale Erhebung, Verarbeitung und Nutzung aufgespalten wird, oder, ob diese Merkmale schlicht als Umschreibung des unionsrechtlichen Verarbeitungsbegriffs verstanden werden und man daher direkt mit diesem Begriff arbeitet. Auf die DS-GVO beschränkt sich § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG jedoch nicht. Vielmehr unterfällt prinzipiell jede in Deutschland geltende materielle datenschutzrechtliche Rechtsvorschrift § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UKlaG,²²¹⁴ wobei im Folgenden gleichwohl auf die besonders wichtige DS-GVO besonderes Augenmerk gelegt werden soll.
- 760** Die Termini Erhebung (§ 3 Abs. 3 BDSG a. F.), Verarbeitung (§ 3 Abs. 4 BDSG a. F.) und Nutzung (§ 3 Abs. 5 BDSG a. F.) sollten den Begriff der „Verarbeitung“ in Art. 2 lit. b DSRL umschreiben, welcher einen Sammelbegriff darstellt.²²¹⁵ Die DS-GVO übernimmt in Art. 4 Nr. 2 den Verarbeitungsbegriff der DSRL nahezu wortlautidentisch und ohne inhaltliche Änderung.²²¹⁶ Der Verarbeitungsbegriff der DS-GVO umfasst daher die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten i. S. d.

²²¹² Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74c; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 50; Uebele, GRUR 2019, 694, 700; s. aber den Reformvorschlag des Freistaat Bayern → Rn. 731 ff.

²²¹³ BT-Drs. 18/4631, S. 23; Uebele, GRUR 2019, 694, 700; Dönch, BB 2016, 962, 963; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 308 Fn. 568; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 17.

²²¹⁴ BT-Drs. 18/4631, S. 23; Spindler, ZD 2016, 114, 117; Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1127; Weichert, DANA 2017, 4, 6.

²²¹⁵ Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 56.

²²¹⁶ Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 56.

BDSG a. F.,²²¹⁷ sodass auf diesen bei der Auslegung des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG zurückgegriffen werden kann.²²¹⁸

Verarbeitung bedeutet hiernach jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Beispielhaft nennt die Definition das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung.

761

Erforderlich ist jedoch selbstredend, dass eine Verarbeitungstätigkeit vorliegt, sodass beispielsweise reine Verstöße gegen Informationspflichten ohne Verarbeitungstätigkeit an dieser Tatbestandsvoraussetzung scheitern.²²¹⁹

762

b. Einschränkungen durch Art. 80 Abs. 2 DS-GVO

Es fällt zudem auf, dass § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG auf eine objektive Rechtskontrolle gerichtet ist, die in Art. 80 Abs. 2 DS-GVO nach hier vertretener Auffassung nicht angelegt ist. Art. 80 Abs. 2 DS-GVO bezieht sich auf „die Rechte einer betroffenen Person“ und nicht auf die Zulässigkeit der Verarbeitung, wie es § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG vorsieht. Es könnte daher auf den ersten Blick davon ausgegangen werden, dass § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG aufgrund eines anderen Bezugspunkts per se nicht die Öffnungsklausel füllen könnte.²²²⁰

763

Es wurde jedoch bereits herausgearbeitet, dass es im Rahmen von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO nicht um einzelne betroffene Personen geht, sondern abstrakt zu fragen ist, ob das Verhalten des Verantwortlichen eine Verletzung der Rechte betroffener Personen bedeutet.²²²¹ Die Formulierung „Rechte einer Person“ dient lediglich der Begrenzung auf subjektive Rechtspositionen der Betroffenen und verfolgt damit eine Annäherung an Art. 79 Abs. 1 DS-GVO. Der Verband soll nicht Rechtspositionen durchsetzen können, die auch Betroffene nicht durchsetzen könnten. Die Rechte der betroffenen Person sind hierbei nach der zutreffenden Auslegung nicht auf die Art. 12 ff. DS-GVO beschränkt.²²²² Es sind vielmehr ähnlich der Schutznormtheorie sämtliche Rechtsposition der Betroffenen erfasst, unter anderem auch Art. 6 DS-GVO über die Zulässigkeit der Verarbeitung, da dieser zu einem Unterlassungsanspruch gegen eine rechtswidrige Verarbeitung führt. Die Anwendungsbereiche von

764

²²¹⁷ *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 56.

²²¹⁸ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 700.

²²¹⁹ BT-Drs. 18/4631, S. 12 f.; *Spitka*, GRUR-Prax 2019, 272, 273.

²²²⁰ *Grentzenberg/Spitka*, GRUR-Prax 2020, 539, 541.

²²²¹ → Rn. 200 ff.

²²²² → Rn. 158 ff.

§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG und Art. 80 Abs. 2 DS-GVO lassen sich demnach grundsätzlich vereinen. Lediglich rein objektives Recht kann weder über das UKlaG noch über das UWG durchgesetzt werden.²²²³

c. Übertragung auf die DS-GVO

aa. Zulässigkeit der Datenverarbeitung

765 Letztlich ermöglicht § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG eine Kontrolle der Verarbeitungstätigkeit im B2C-Bereich auf ihre Rechtmäßigkeit nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO.²²²⁴ Auch Verstöße gegen das wirksam ausgeübte Widerspruchsrecht nach Art. 21 DS-GVO fallen mittelbar hierunter, denn eine weitere Verarbeitung wird nach einem wirksamen Widerspruch unzulässig.²²²⁵ Gleiches gilt für Zuwiderhandlungen gegen das Verbot der automatisierten Entscheidungsfindung.²²²⁶

bb. Betroffenenrechte

766 Nicht oder nur bruchstückhaft von der Norm umfasst sind demgegenüber die Betroffenenrechte, insbesondere nach Kapitel III der DS-GVO.²²²⁷ Im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zur Rechtssache „App-Zentrum“ ging der BGH gleichwohl davon aus, dass ein Verstoß gegen die Informationspflicht nach § 13 Abs. 1 S. 1 TMG unter § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 lit. a UKlaG zu subsumieren sei.²²²⁸ Abgesehen davon, dass nach hier vertretener Auffassung § 13 TMG bereits nicht mehr anwendbar und auf Art. 13 DS-GVO abzustellen gewesen wäre,²²²⁹ lässt sich diese Unterrichtungspflicht dem Wortlaut nach nicht als Vorschrift über die Zulässigkeit der Erhebung personenbezogener Daten eines Verbrauchers durch einen Unternehmer auffassen. Eine Subsumtion unter § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG lässt sich nur rechtfertigen, wenn ein Verstoß gegen § 13 Abs. 1 S. 1 TMG zur Rechtswidrigkeit der Verarbeitung führt.²²³⁰ Sieht man die Unterrichtungspflicht als bloßen Annex der Verarbeitungstätigkeit, unabhängig davon, ob die Verarbeitung zulässig ist oder nicht, scheidet ein Rückgriff auf § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 lit. a UKlaG konsequenterweise aus.

²²²³ Uebele, GRUR 2019, 694, 700.

²²²⁴ Uebele, GRUR 2019, 694, 700; Barth, WRP 2018, 790 Rn. 26; vgl. Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2988; Schwichtenberg, PinG 2017, 104, 107; Grewe/Stegemann, ZD 2021, 183, 186; Schefzig/Rothkegel/Cornelius, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 205.

²²²⁵ Herbst, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 21 DS-GVO Rn. 52; Forgó, in: BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. Stand: 1.11.2021, Art. 21 DS-GVO Rn. 2; a. A. offenbar Barth, WRP 2018, 790 Rn. 26, der direkt auf Art. 21 DS-GVO abstellen möchte.

²²²⁶ Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 308.

²²²⁷ Weidlich-Flatten, ZRP 2014, 196, 197; Spindler, ZD 2016, 114, 116; Uebele, GRUR 2019, 694, 700; Barth, WRP 2018, 790 Rn. 26 f.; Podszun/de Toma, NJW 2016,

2987, 2988; teilweise a. A. Weichert, DANA 2017, 4, 7; Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 2 UKlaG Rn. 8; Weichert, Verbraucherverbandsklage bei Datenschutzverstößen, S. 9, der die systematische Verletzung von Betroffenenrechten dennoch umfasst sieht.

²²²⁸ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 22 – App-Zentrum; vgl. D. Baetge, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 2 UKlaG Rn. 23.1.

²²²⁹ → Rn. 36 ff.

²²³⁰ So etwa zu § 13 TMG Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 13 TMG Rn. 2; Huller/Roggenkamp, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 13 TMG Rn. 5.

cc. Technischer und organisatorischer Datenschutz

Nach einer Ansicht soll auch der Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen nach Art. 25 DS-GVO bzw. der technisch-organisatorische Datenschutz nach Art. 32 DS-GVO nicht unter § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG fallen.²²³¹ Nach einer anderen Ansicht ist der gesamte technisch-organisatorische Datenschutz hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten zu kommerziellen Zwecken umfasst, da der Aspekt der Datensicherheit nicht isoliert betrachtet werden könne.²²³² Letzteres dürfte aufgrund des Wortlauts des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG zu weitgehend sein, da sich beide Aspekte logisch trennen lassen, auch wenn diese Einschränkung rechtspolitisch keineswegs überzeugend ist.

767

Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass der technisch-organisatorische Datenschutz überhaupt nicht zu berücksichtigen ist und damit einer Verbandsklage entzogen wäre. Art. 25 DS-GVO weist viele Querbezüge innerhalb der DS-GVO auf, sodass sich der Gehalt der Norm auch in anderen Normen wiederfindet, die unter § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG fallen können.²²³³ So zwingt Art. 25 DS-GVO den Verantwortlichen, die allgemeinen Datenschutzgrundsätze (Art. 5 DS-GVO) durchzusetzen. Hierunter fällt ausdrücklich auch der Grundsatz der Datenminimierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO.²²³⁴ Dieses Prinzip strahlt wiederum auf die datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestände aus, da die Verarbeitung zur Zweckerreichung „erforderlich“ sein muss (Art. 6 Abs. 1 lit. b bis f DS-GVO). Innerhalb der Erforderlichkeit einer Verarbeitung ist auch das Prinzip der Datenminimierung zu berücksichtigen.²²³⁵ Mittelbar kann also ein Verstoß gegen Art. 25 DS-GVO die Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung beeinflussen. Gleiches gilt auch für den sonstigen technischen Datenschutz nach Art. 32 DS-GVO, da auch dieser im Rahmen der Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO berücksichtigt werden kann.²²³⁶

768

Mittelbar können also Verstöße gegen objektive Bestimmungen der DS-GVO die Zulässigkeit der Erhebung nach Art. 6 DS-GVO beeinflussen, sodass Verstöße dennoch zu einem Anspruch des Verbands führen können. Aufgrund der für Art. 6 Abs. 1 lit. f

769

²²³¹ Dies zugleich auch kritisierend *Uebele*, GRUR2019, 694, 700; vgl. auch zu § 9 BDSG a.F. *Dönch*, BB 2016, 962, 964; *Spindler*, ZD 2016, 114, 116; *Gola*, RDV 2016, 17, 21; *Jaschinski/Piltz*, WRP 2016, 420 Rn. 5; *Hansen/Polenz*, DRiZ 2016, 19; *Elbrecht/Schröder*, K&R 2015, 361, 365.

²²³² *Weichert*, DANA 2017, 4, 6; *Weichert*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 2 UKlaG Rn. 6; *Weichert*, Verbraucherverbandsklage bei Datenschutzverstößen, S. 8 f.

²²³³ Vgl. zu den Querbezügen *Hartung*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 25 DS-

GVO Rn. 10; *Koós/Englisch*, ZD 2014, 276, 280.

²²³⁴ *Hartung*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 25 DS-GVO Rn. 10.

²²³⁵ *Amend*, in: FS Gramlich, 2021, S. 1, 5; zu Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO *Taeger*, in: *Taeger/Gabel*, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 6 DS-GVO Rn. 57.

²²³⁶ *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmann*, Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO Rn. 114; vgl. auch *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 6 DS-GVO Rn. 31.

DS-GVO notwendigen Interessenabwägung bedeutet ein Verstoß gegen den technisch-organisatorischen Datenschutz jedoch keinen Automatismus, dass die Verarbeitung ohne Weiteres unzulässig ist.

2. Verbraucherdaten als Gegenstand der Verarbeitung durch einen Unternehmer

770 § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG spricht von „Daten eines Verbrauchers“ bzw. „Daten, die über einen Verbraucher erhoben wurden“ als Gegenstand der Verarbeitung. Verarbeitet werden müssen die Daten durch einen Unternehmer. Die Termini Verbraucher und Unternehmer sind anhand von §§ 13 und 14 BGB zu bestimmen.²²³⁷

a. Zusammenhang mit Rechtsgeschäft erforderlich?

771 Nach der Gesetzesbegründung muss die Erhebung in einem Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft stehen.²²³⁸ „Das liegt insbesondere auch vor, wenn Daten eines Betroffenen im Zusammenhang mit der Nutzung von Telemedien, wie z. B. Internet-suchmaschinen, E-Mail-Diensten oder sozialen Netzwerken erhoben werden.“²²³⁹ Zeitlich soll nicht nur der Abschluss bzw. die Abwicklung eines Vertrages umfasst sein, sondern auch die Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2 BGB).²²⁴⁰

772 Es steht allerdings in Zweifel, inwieweit die genannten Fälle der Gesetzesbegründung tatsächlich unter die Norm gefasst werden können oder nicht eine weite Auslegung geboten ist.²²⁴¹ Köhler geht etwa im Sinne eines umfassenden Verbraucherschutzes davon aus, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten einer natürlichen Person ausreichend ist, soweit diese von einem Unternehmer vorgenommen wird und auf die Beeinflussung einer geschäftlichen Entscheidung i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n. F.) zielt.²²⁴² Das soll beispielsweise nach der genannten Ansicht von Köhler²²⁴³ schon dann angenommen werden können, „wenn eine natürliche Person Telemedien, wie Internetsuchmaschinen, E-Mail-Dienste oder soziale Netzwerke (Facebook usw) nutzt und ihre Daten dabei erhoben werden [...], weil und soweit dadurch eine kommerzielle Verwendung dieser Daten möglich wird“ und unabhängig davon, ob ein monetäres Entgelt verlangt wird. Durch diese Auslegung ließen sich auch die Beispiele in der Gesetzesbegründung unter die Norm fassen.²²⁴⁴ Ausgeschlossen werden soll jedoch weitergehend auch die Verarbeitung

²²³⁷ BT-Drs. 18/4631, S. 22; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 18; Uebele, GRUR 2019, 694, 699 Fn. 79.

²²³⁸ BT-Drs. 18/4631, S. 22; Jaschinski/Piltz, WRP 2016, 420 Rn. 7.

²²³⁹ BT-Drs. 18/4631, S. 22 f.

²²⁴⁰ BT-Drs. 18/4631, S. 23.

²²⁴¹ Spindler, ZD 2016, 114, 117; Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und

BDSG, 2. Aufl. 2020, § 2 UKlaG Rn. 5; a. A. wohl Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1127.

²²⁴² Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 18.

²²⁴³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 18.

²²⁴⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 18.

von Daten über sonstige Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG = § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG n. F.), da ansonsten B2B-Verhältnisse umfasst wären.²²⁴⁵

Es ist jedoch zweifelhaft, ob eine solche Auslegung überhaupt geboten ist oder ob nicht auch die in der Gesetzesbegründung vorgesehene Auslegung zu adäquaten Ergebnissen kommt.

773

aa. Informatorische Nutzung von Telemedien

Die Beschränkung auf Verbraucherdaten erscheint jedoch auf den ersten Blick wenig sinnvoll und letztlich widersprüchlich. So ist bereits sehr zweifelhaft, ob bei der bloßen Nutzung einer Internetsuchmaschine ein rechtsgeschäftlicher Zusammenhang zu bejahen ist.²²⁴⁶ Auch die bloß informatische Nutzung eines Telemediums hat vielfach mit Rechtsgeschäften nichts zu tun, obwohl in diesem Rahmen umfassend personenbezogene Daten zu kommerziellen Zwecken verarbeitet werden.²²⁴⁷ Im Folgenden soll daher näher untersucht werden, welche rechtlichen Beziehungen zwischen Webseitenbetreiber und Nutzer bestehen und ob diese ausreichen, um die personenbezogenen Daten des Nutzers als Verbraucherdaten einzustufen.

774

(1) Vertrag über digitale Inhalte

Durch die Einführung der §§ 327 ff. BGB dürfte sich insoweit auch nichts an der Fragestellung ändern: Art. 3 Abs. 10 Digitale-Inhalte-Richtlinie und deren Erwägungsgründen 24 f. überlassen es dem mitgliedstaatlichen Recht, ob ein Vertrag oder sonstige Verbindung vorliegt.²²⁴⁸ Insoweit bleibt weiterhin klärungsbedürftig, ob nach dem objektiven Empfängerhorizont tatsächlich ein Rechtsbindungswille bei dem bloß informatorischen Besuch bzw. Nutzung (z. B. ohne Registrierung beim Betreiber oder Zustimmung zu Nutzungsbedingungen²²⁴⁹) von Telemedien anzunehmen ist, ungeachtet des Faktums, dass sich die Nutzer wohl im Klaren darüber sind, dass von ihnen personenbezogene Daten erhoben werden.²²⁵⁰ Ein Rechtsbindungswille dürfte im Regelfall bei einem bloßem Besuch oder der bloßen Nutzung eines Telemediums nicht anzunehmen sein. Bei frei zugänglichen Websites gehen Nutzer bei einem Besuch nicht davon aus, eine rechtsgeschäftliche Bindung einzugehen, zumal fraglich ist, ob sich der Webseiteninhaber wirklich gegenüber jedem Besucher vertraglich binden und entsprechend auch haften möchte.²²⁵¹ Auch bei der folgenden

775

²²⁴⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 18.

²²⁴⁶ Spindler, ZD 2016, 114, 117; Jaschinski/Piltz, WRP 2016, 420 Rn. 7.

²²⁴⁷ Spindler, ZD 2016, 114, 117.

²²⁴⁸ Wendehorst, NJW Sonderausgabe: Neues Schuldrecht, 2021, 17 Rn. 16 m. w. N.

²²⁴⁹ Kreutz, ZUM 2018, 162, 165 ff.; Sobola, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 2017, 5. Teil C Rn. 13; Re-deker, ITRB 2021, 279, 281.

²²⁵⁰ Vgl. hierzu Wendehorst, NJW Sonderausgabe: Neues Schuldrecht, 2021, 17 Rn. 17; Faust, NJW-Beil 2016, 29, 30.

²²⁵¹ Kreutz, ZUM 2018, 162, 163 f.; Sobola, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 2017, 5. Teil C Rn. 13; Re-deker, ITRB 2021, 279, 281.

Nutzung ist eine rechtsgeschäftliche Bindung der Parteien regelmäßig nicht interessengerecht.²²⁵² Auch der BGH ging davon aus, dass die freie Zugänglichkeit einer Webseite gegen eine vertragliche Bindung spricht.²²⁵³

(2) Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

- 776 Nachdem in der Gesetzesbegründung bereits auch rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse (§ 311 Abs. 2 BGB) für das Vorliegen von Verbraucherdaten als ausreichend erachtet werden,²²⁵⁴ kommt der Norm ein durchaus weiter Anwendungsbereich zu. So ist die Anwendung von § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Aufnahme von Vertragsverhandlungen) denkbar bei Webseiten oder Apps, die eine synchrone oder auch asynchrone Kommunikation zwischen den Parteien ermöglichen, etwa durch Chatboxes oder Kontaktaufnahmeformulare im kommerziellen Kontext. Die Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB) dürfte auch bei jeder Webseite oder App anzunehmen sein, die Vertragsabschlüsse ermöglicht.²²⁵⁵ Die Einwirkungsmöglichkeit auf die Interessen der anderen Partei besteht in dem Datenaustausch, denn es ist dem Betreiber möglich, Informationen auf dem Endgerät des Nutzers zu speichern oder Information hierüber abzurufen.
- 777 Daneben könnte ferner auf „ähnliche geschäftliche Kontakte“ i. S. v. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB abgestellt werden.²²⁵⁶ Wird als Voraussetzung für Nr. 3 ein Zusammenhang des geschäftlichen Kontakts mit einem Rechtsgeschäft verlangt,²²⁵⁷ wäre dieser in Übereinstimmung mit der obigen Argumentation grundsätzlich ebenso abzulehnen. Wird ein Schuldverhältnis für Nr. 3 aber nicht für notwendig erachtet und lässt man damit bloße Einwirkungsmöglichkeiten auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen im Rahmen rechtsgeschäftsähnlicher Konstellationen genügen,²²⁵⁸ kann bei unentgeltlichen Leistungen im Einzelfall durchaus § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB bejaht werden,²²⁵⁹ sodass § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG ein nicht unbeachtlicher Anwendungsbereich verbleibt. Insoweit würde das von Köhler vorgeschlagene Kriterium der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n. F.)²²⁶⁰ sogar den Anwendungsbereich verengen.

²²⁵² Kreutz, ZUM 2018, 162, 164 f.; vgl. Sobola, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 2017, 5. Teil C Rn. 13; Podel, MMR 2001, 17, 18.

²²⁵³ BGH MMR 2012, 544 Rn. 64 – Automobil-Onlinebörse.

²²⁵⁴ → Rn. 771.

²²⁵⁵ Vgl. Emmerich, in: MüKoBGB, Bd. 3, 8. Aufl. 2019, § 311 BGB Rn. 46.

²²⁵⁶ Schweitzer, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation, 2017, S. 269, 287.

²²⁵⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 163; Birkert, Rechtsfragen bei

der Öffnung lokaler Internetzugänge, 2015, S. 108.

²²⁵⁸ Lapp, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 9.2.2022, § 311 BGB, Rn. 61; Dieckmann, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 311 BGB Rn. 22; Kreutz, ZUM 2018, 162, 167 f.; Faust, NJW-Beil 2016, 29, 31 m. w. N.

²²⁵⁹ Kreutz, ZUM 2018, 162, 167 f.; Faust, NJW-Beil 2016, 29, 31.

²²⁶⁰ → Rn. 772.

bb. Rechtswidrige Anschlussverarbeitung

Auch der Zeitraum nach Beendigung des Vertrags ist bei dem Merkmal der Verbraucherdaten erläuterungsbedürftig, denn der Verantwortliche kann die Daten rechtswidrig und ohne Vertragsbezug weiterverarbeiten.²²⁶¹ In diesen Fällen ist zweifelhaft, ob Daten eines Verbrauchers anzunehmen sind und damit eine Überprüfbarkeit der Verarbeitungstätigkeit ermöglicht wird. Die Ansicht *Köhlers*, die auf eine Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung abstellt,²²⁶² wird diesen Fall mangels Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung nicht mehr unter die Norm fassen können. Wird jedoch ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB angenommen, dürfte grundsätzlich eine entsprechende Nachwirkung des Schuldverhältnisses anzunehmen sein, denn es bestehen in diesen Situationen noch Einwirkungsmöglichkeiten auf die Interessen des Betroffenen.²²⁶³ Mit dieser Auslegung könnte auch dieser Problembereich adäquat von § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG erfasst werden.

778

cc. „Verbraucherdaten“ im Ergebnis weit auszulegen

Insoweit lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass aufgrund § 311 Abs. 2 BGB das Merkmal der Verbraucherdaten keine allzu große Beschränkung des Anwendungsbereichs bewirkt.

779

b. Verarbeitung durch Unternehmer

Nachdem die Verarbeitung durch einen Unternehmer erfolgen muss, ist eine rechtswidrige behördliche Verarbeitung nicht sanktionierbar.²²⁶⁴ Auch die Verarbeitung durch jemand anderen als einen Unternehmer ist nicht ausreichend.²²⁶⁵ Ausgeschlossen sind damit insbesondere auch Gelegenheitsgeschäfte, die eine Unternehmereigenschaft noch nicht begründen.²²⁶⁶

780

c. Abweichung von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO

Angesichts des umfassenderen Art. 80 Abs. 2 DS-GVO sollte rechtspolitisch nicht an der Differenzierung zwischen Verbraucherdaten und sonstigen personenbezogenen Daten festgehalten werden. Auch natürliche Personen, die nicht Verbraucher sind, sind von einer rechtswidrigen Datenverarbeitung betroffen und ebenso schutzwürdig.²²⁶⁷ Insoweit sind Parallelen zur Musterfeststellungsklage feststellbar, die sich ebenfalls auf das B2C-Verhältnis beschränkt. Auch dort ist zweifelhaft, wieso eine solche Einschränkung geboten sein soll, da die Interessen vielfach nicht verbraucher-spezifisch zu verorten sind.²²⁶⁸

781

²²⁶¹ *Spindler*, ZD 2016, 114, 117.

²²⁶² → Rn. 772.

²²⁶³ Vgl. *Herresthal*, in: BeckOGK, Stand: 1.1.2021, § 311 BGB Rn. 301; vgl. *Herresthal*, in: GS Unberath, 2015, 179, 199 f.

²²⁶⁴ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 700; *Spindler*, ZD 2016, 114, 117.

²²⁶⁵ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 18.

²²⁶⁶ *Halfmeier*, NJW 2016, 1126, 1127.

²²⁶⁷ *Ritter/Schwichtenberg*, VuR 2016, 95, 98.

²²⁶⁸ Vgl. nur *Halfmeier*, ZRP 2017, 201, 202.

3. Kommerzieller Verarbeitungszweck

- 782** Nicht jede Verarbeitungstätigkeit ist nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG für die Annahme eines Verbraucherschutzgesetzes ausreichend, sondern es erfolgt zusätzlich eine Einschränkung auf bestimmte Zwecke.²²⁶⁹ Die personenbezogenen Daten müssen hiernach zu Zwecken der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, des Betriebs einer Auskunft, ²²⁷⁰ des Erstellens von Persönlichkeits- und Nutzungsprofilen, des Adresshandels, des sonstigen Datenhandels oder zu vergleichbaren kommerziellen Zwecken erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Es handelt sich bei der Aufzählung um Regelbeispiele, ergänzt um einen Auffangtatbestand.²²⁷¹ Derartige Verarbeitungstätigkeiten finden ihre Schranken ebenfalls in der DS-GVO bzw. den aufgrund der Öffnungsklauseln erlassenen mitgliedstaatlichen Regelungen.²²⁷²
- 783** Die maßgebliche Frage ist, was genau unter dem Oberbegriff der kommerziellen Zwecke zu fassen ist. Der Gesetzgeber hat bewusst auf die offene Formulierung „kommerzielle Zwecke“ abgestellt, um „zukunfts- und entwicklungs offen“ künftige, bis dato unbekannte kommerzielle Verarbeitungstätigkeiten erfassen zu können.²²⁷³ In der Gesetzesbegründung ist etwa die Rede von Datenverarbeitungen zum eigenen oder fremden wirtschaftlichen Nutzen sowie einer Erwerbsförderung des Unternehmens.²²⁷⁴ Genannt werden auch Fälle, „in denen Verbraucherdaten zunächst ohne Angabe eines bestimmten Zwecks unzulässig auf Vorrat erhoben oder gespeichert werden, um die Daten der Verbraucher dann für eigene Erwerbszwecke zu nutzen.“²²⁷⁵
- 784** Unter kommerziellem Zweck sind letztlich sämtliche geschäftsmäßige und nicht nur gewerbliche Zwecke zu verstehen.²²⁷⁶ Beispielhaft kann die Webseitenanalyse und der Einsatz personalisierter Internetwerbung genannt werden.²²⁷⁷ In jedem Fall dürfte ein kommerzieller Zweck vorliegen, wenn die Datenverarbeitung aufgrund ihres notwendigen Unternehmens- und Marktbezugs als geschäftliche Handlung eingestuft werden kann.²²⁷⁸ Köhler sieht es dabei als ausreichend an, wenn die weitere Verarbeitung zu kommerziellen Zwecken wahrscheinlich ist oder die Speicherung jedenfalls nicht nachvollziehbar auf andere Zwecke gestützt werden kann.²²⁷⁹

²²⁶⁹ Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 249; Spindler/Horváth, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 19; Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 371.

²²⁷⁰ Hierzu Overbeck, Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring, 2017, S. 197 ff.

²²⁷¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 26.

²²⁷² Vgl. Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 371.

²²⁷³ BT-Drs. 18/4631, S. 22; Joachimsthaler/Walker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 3c.

²²⁷⁴ BT-Drs. 18/4631, S. 23.

²²⁷⁵ BT-Drs. 18/4631, S. 22.

²²⁷⁶ Vgl. Schneider, in: Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Teil A Rn. 488; Spindler, ZD 2016, 114, 117; ähnlich Dönch, BB 2016, 962, 964.

²²⁷⁷ Moos, in: DSRITB 2016, S. 621, 624.

²²⁷⁸ Podszur/de Toma, NJW 2016, 2987, 2988; ähnlich Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1127, wonach jedes unternehmerische Handeln ausreicht.

²²⁷⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 26.

Nicht erfasst ist demgegenüber die bloße Speicherung von personenbezogenen Daten. Genannt wird etwa die bloße Speicherung im Rahmen einer Videoüberwachung,²²⁸⁰ da diese keinen kommerziellen Zwecken dienen soll. Andererseits kann die anschließende Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Videoüberwachung auch zu kommerziellen Zwecken eingesetzt werden: Zu denken ist etwa an Profilbildung, Ausübung von Kaufzwang oder die automatisierte Berechnung entnommener Ware bei SB-Supermärkten.

Der Gesetzgeber möchte der Gesetzesbegründung zufolge auch Fälle ausnehmen, in denen die Verarbeitung lediglich zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten und nicht (auch) zu sonstigen kommerziellen Zwecken erfolgt.²²⁸¹ Diese Einschränkung ist im Grundsatz nicht erforderlich, da in diesem Fall bereits keine „Zuwiderhandlung“ gegen ein Verbraucherschutzgesetz i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG vorliegt. Einen Anwendungsbereich hat diese Einschränkung nur in solchen Fällen, in denen sich der Verantwortliche über die Grenzen seiner rechtlichen Verpflichtungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten irrt. Selbst dann ist aber ein kommerzieller Zweck ohnehin zu verneinen, sodass eine solche Einschränkung überflüssig ist.

785

Es ist aufgrund der Reichweite der Formulierung letztlich zweifelhaft, ob eine wesentliche Einschränkung durch das Tatbestandsmerkmal des „kommerziellen Zwecks“ erfolgt.²²⁸² Liegt eine geschäftliche Handlung vor, lässt sich regelmäßig auch dieses Merkmal bejahen.

786

4. Rückausnahme für bestimmte Zwecke

Nach § 2 Abs. 2 S. 2 UKlaG liegt eine Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung zu einem vergleichbaren kommerziellen Zweck nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG insbesondere dann nicht vor, wenn personenbezogene Daten eines Verbrauchers von einem Unternehmer ausschließlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Verbraucher erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Es handelt sich um eine Bereichsausnahme für bestimmte Fälle, die nach Ansicht des Gesetzgebers von einem kommerziellen Zweck weit genug entfernt sind.²²⁸³ Bedeutung soll sie etwa für vertraglich geschuldete, personalisierte Dienstleistungen²²⁸⁴ oder für den Fall haben, dass der Verbraucher mit seinen Daten „zahlt“.²²⁸⁵

787

²²⁸⁰ *Ehmann*, ZD 2014, 493, 494.

²²⁸¹ BT-Drs. 18/4631, S. 22 mit den Beispielen §§ 10 und 25h KWG.

²²⁸² *Uebele*, GRUR 2019, 694, 699 Fn. 81; *Halfmeier*, NJW 2016, 1126, 1127; *Podszun/de Toma*, NJW 2016, 2987, 2988.

²²⁸³ BT-Drs. 18/4631, S. 22; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 3e; zurecht aufgrund der

Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers am Sinn der Ausnahme zweifelnd *Ritter/Schwichtenberg*, VuR 2016, 95, 98; *Erhardt/Stoklas*, in: Parashu, The EU and the matter of concerted acting, 2019, S. 135, 153.

²²⁸⁴ *Moos*, in: DSRITB 2016, S. 621, 623.

²²⁸⁵ *Weichert*, DANA 2017, 4, 7.

- 788** Eine Verarbeitung über diesen eng begrenzten Umfang der Ausnahme hinaus ist jedoch wieder an § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG zu messen, z. B., wenn die Daten anderweitig kommerzialisiert werden.²²⁸⁶ Die Formulierung der Ausnahme ist an § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG a. F., §§ 14 f. TMG (i. d. F. bis zu 1.12.2021) sowie §§ 96, 98 TKG (ebenfalls i. d. F. bis zu 1.12.2021) angelehnt.²²⁸⁷ Nachdem es sich um dynamische Verweisungen ins Datenschutzrecht handelt, liegt eine Auslegung anhand Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO nahe. Insoweit wäre es unschädlich, dass in der Norm nicht ausdrücklich auf ein Erforderlichkeitspostulat Bezug genommen wird.²²⁸⁸
- 789** Wird in der Ausnahme des § 2 Abs. 2 S. 2 UKlaG keine dynamische Verweisung gesehen, muss das Merkmal der Erforderlichkeit jedenfalls in „ausschließlich für“ hineingelesen werden.²²⁸⁹ Andernfalls könnte der verantwortliche Unternehmer nach seinem Belieben durch eine Widmung Verarbeitungstätigkeiten der Bereichsausnahme unterfallen lassen. Ist eine Verarbeitung nicht für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses erforderlich, greift der Ausschluss demnach nicht. Dem Ausschluss dürfte deshalb keine große praktische Relevanz zukommen.²²⁹⁰

II. Telekommunikationsdatenschutz

1. Rechtslage bis zum 1.12.2021

- 790** Eine Spezialregelung mit klarstellender Funktion für den Bereich des Telekommunikationsrechts enthielt (bis zum 1.12.2021) § 44 Abs. 2 TKG.²²⁹¹ Wer hiernach in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von AGB gegen telekommunikationsrechtliche Vorschriften verstieß, die dem Schutz der Verbraucher dienen, konnte im Interesse des Verbraucherschutzes von den in § 3 UKlaG genannten Stellen in Anspruch genommen werden. Die maßgebliche Frage war auch im Rahmen des § 44 Abs. 2 S. 1 TKG, welche Normen dem Schutz der Verbraucher dienten. Die wenigen damals noch anwendbaren Normen des Telekommunikationsdatenschutzes²²⁹² konnten im kommerziellen Kontext ebenfalls auch den Nutzer in seiner Funktion als Verbraucher schützen. Insoweit lag eine Anlehnung an § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG nahe, obgleich § 44 Abs. 2 TKG die speziellere Norm darstellte.²²⁹³ Im Übrigen

²²⁸⁶ BT-Drs. 18/4631, S. 22.

²²⁸⁷ Podszus/de Toma, NJW 2016, 2987, 2988; Micklitz/Rott, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 31; Ritter/Schwichtenberg, VuR 2016, 95, 98.

²²⁸⁸ Vgl. Podszus/de Toma, NJW 2016, 2987, 2988.

²²⁸⁹ Ritter/Schwichtenberg, VuR 2016, 95, 98; Micklitz/Rott, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 31.

²²⁹⁰ Weichert, DANA 2017, 4, 7; Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 2 UKlaG Rn. 15; Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1128; „deklaratorisch“, so Schantz, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017,

Rn. 1276.

²²⁹¹ Scholz, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 44 TKG Rn. 33.

²²⁹² → Rn. 63 f.

²²⁹³ Vgl. Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 12; die Gesetzesbegründung des Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts verweist sogar ausdrücklich auf das TKG, vgl. BT-Drs. 18/4631, S. 23.

blieb das UKlaG nach § 44 Abs. 2 S. 3 TKG unberührt. Hieraus folgte, dass eine AGB-Prüfung anhand des § 1 UKlaG möglich bleibt.²²⁹⁴

2. Rechtslage ab dem 1.12.2021 (§§ 3 ff. TTDSG)

a. Anwendungsfall des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 14 UKlaG?

Im Rahmen der Neufassung des TKG durch das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz wurde § 44 Abs. 2 TKG partiell in § 2 Abs. 2 Nr. 14 UKlaG überführt. Die Aktivlegitimation beschränkt sich aber auf Verstöße gegen Vorschriften des TKG zwischen Anbietern von öffentlichen Kommunikationsdiensten und Verbrauchern.²²⁹⁵ Auf das TTDSG wird demgegenüber nicht Bezug genommen. Entsprechend können eventuelle Verstöße gegen die §§ 3 ff. TTDSG von Verbänden nicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 14 UKlaG verfolgt werden.

791

b. Anwendungsfall des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG?

Nach Wegfall von § 44 TKG und der Schaffung von § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 14 UKlaG stellt sich die Frage, ob die Vorgaben der §§ 3 ff. TTDSG unter § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG zu fassen sind. Nachdem § 44 Abs. 2 TKG nur die speziellere Norm für Verbandsklagen darstellte, erledigt sich ein Vorrangverhältnis aufgrund dessen Aufhebung. Die §§ 3 ff. TTDSG können damit, wenn es um die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Verbraucherdaten durch einen Unternehmer zu den genannten kommerziellen Zwecken geht, nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG verfolgt werden. Das betrifft etwa Fälle des § 9 Abs. 2 S. 1 TTDSG. Dadurch, dass die ePrivacy-RL auf das Rechtsdurchsetzungssystem der DS-GVO und damit Art. 80 Abs. 2 DS-GVO verweist,²²⁹⁶ sind dessen Einschränkungen aber auch beim Telekommunikationsdatenschutz zu beachten. Es muss also ein Verband im Sinne von Art. 80 Abs. 1 DS-GVO handeln und die Norm, gegen die Verstößen wurde, muss subjektiv-rechtlicher Natur sein.

792

III. Sonstige Verbraucherschutzgesetze (§ 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG)

Von datenschutzrechtlicher Relevanz erweist sich nicht nur die nicht abschließende Aufzählung in § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG, sondern auch die Generalklausel des § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG. Vorschriften, die dem Schutz der Verbraucher dienen, könnten weitere datenschutzrechtliche Vorschriften darstellen, sowie Vorgaben des UWG und des TKG. Nicht ausreichend für die Annahme eines Verbraucherschutzgesetzes ist es jedoch, wenn der Schutz des Verbrauchers nur ein untergeordneter Nebenzweck ist oder reflexartig bewirkt wird.²²⁹⁷

793

²²⁹⁴ Scholz, in: Fetzter/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 44 TKG Rn. 33; → Rn. 811 ff.

²²⁹⁵ Vgl. Grüneberg, in: GrünHome Teil III, Stand: 15.11.2021, § 2 UKlaG Rn. 7.

²²⁹⁶ → Rn. 26 f.

²²⁹⁷ OLG Düsseldorf DuD 2005, 173, 173 f. – Belehrung nach § 28 Abs. 4 BDSG.

1. Sonstige Datenschutzvorschriften der DS-GVO

794 Nachdem § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG nur eine eingeschränkte Überprüfung datenschutzrechtlicher Vorgaben ermöglicht, könnte durch einen Rückgriff auf die Generalklausel eine umfassendere Kontrollmöglichkeit eröffnet sein. Dazu wäre zu klären, ob bzw. inwieweit das Regelbeispiel nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG abschließend ist. Nachdem der Kreis der erfassten Verarbeitungsvorgänge und Zwecke eingeschränkt wurde und in § 2 Abs. 2 S. 2 UKlaG besondere Rechtsfolgen vorgesehen sind, kann davon ausgegangen werden, dass sonstige datenschutzrechtliche Verstöße nicht über § 2 UKlaG verfolgt werden können, wenn nicht zugleich andere Verbraucherschutzgesetze tangiert sind.

2. „Cookie-Regelung“ nach § 25 TTDSG

795 Der bereits betrachtete und ab dem 1.12.2021 geltende subjektiv-rechtliche²²⁹⁸ § 25 TTDSG²²⁹⁹ könnte als Verbraucherschutzgesetz i. S. d. § 2 Abs. 1 UKlaG in Betracht kommen. Hiernach sind grundsätzlich die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers (Var. 1) oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, (Var. 2) nur zulässig, wenn der Endnutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen eingewilligt hat, § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG. Problematisch erweist sich diese Regelung deshalb, weil sich die Tatbestandsmerkmale „Speicherung“ und „Zugriff“ nicht auf personenbezogene Informationen beziehen müssen.²³⁰⁰ Es geht bei der Norm nämlich um einen Eingriff in die Privatsphäre und nicht um die informationelle Selbstbestimmung, auch wenn es eine beachtliche Schnittmenge gibt.²³⁰¹ Es muss, entgegen der bisher zum TMG ergangenen Rechtsprechung²³⁰² und Literatur²³⁰³, die eine Umsetzung im TMG erblickte, daher für die Anwendung von § 2 UKlaG genauer differenziert werden.

a. Personenbezogene Informationen

796 Der Zugriff auf Informationen von der Endeinrichtung (Var. 2) stellt aufgrund des sehr weiten Begriffs des personenbezogenen Datums durch die Verknüpfung von Informationen mit der IP-Adresse oder einer sonstigen einmaligen Kennung regelmäßig bereits eine Erhebung personenbezogener Daten dar.²³⁰⁴ Das liegt auch nahe,

²²⁹⁸ → Rn. 168.

²²⁹⁹ → Rn. 451 ff.

²³⁰⁰ Vgl. EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 67 ff. – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49; GDD e. V., GDD-Praxishilfe – Das neue Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) im Überblick, S. 5.

²³⁰¹ Vgl. EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 69 – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49; Hanloser, ZD 2021, 399, 399.

²³⁰² LG Rostock GRUR-RS 2020, 32027 Rn. 36 – Wirksamkeit der Einwilligung in die Nutzung von Drittanbieter-Cookies.

²³⁰³ D. Baetge, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 2 UKlaG Rn. 23.2.

²³⁰⁴ Hanloser, ZD 2021, 399, 399; vgl. nur für Cookies EuGH WRP 2019, 1455 Rn. 45 – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49; vgl. darüber hinausgehend zum „Device-Fingerprinting“ Kühling/Klar, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Nr. 1 Rn. 36; Schwartmann/Benedikt/Reif, RDV 2020, 231, 234.

sollen durch diese Technologien doch möglichst einzelne natürliche Personen voneinander differenziert werden. Gleiches gilt für die Speicherung (Var. 1) von personenbezogenen Informationen auf dem Endgerät, denn es kommt für das datenschutzrechtliche Merkmal der „Verarbeitung“ nicht zwingend darauf an, dass die Speicherung von Informationen auf einem Datenträger erfolgt, über den der Verantwortliche keine Sachherrschaft hat.²³⁰⁵ Liegen auch die sonstigen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG vor, was bei Tracking- und Werbe-Cookies bzw. sonstigen Tracking-Technologien nicht selten der Fall sein wird, können Verbände bei Verstößen gegen § 25 Abs. 1 TTDSG ihre Aktivlegitimation auf die Nr. 11 stützen.

b. Nichtpersonenbezogene Informationen

Anders sieht es beim selteneren Fall aus, dass sich auch nicht über Umwege ein Personenbezug der gespeicherten oder abgerufenen Informationen herstellen lässt. In diesem Fall ist für die Anwendung des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG kein Raum, sodass es auf die Eigenschaft des § 25 TTDSG als Verbraucherschutzgesetz ankommt. Hierbei kann auf die Ausführungen zur Einstufung von Vorschriften des TTDSG als Marktverhaltensregelungen²³⁰⁶ verwiesen werden: Soweit die §§ 3 ff. TTDSG die Privatsphäre der Nutzer im Rahmen ihrer Marktteilnahme schützen, kann eine verbraucherschützende Funktion zuerkannt werden. Auch die Berücksichtigung der e-Privacy-RL in Nr. 10 des Anhang I der Verbandsklagen-RL spricht stark für eine Berücksichtigung als Verbraucherschutzgesetz. Soweit also ein Verstoß gegen § 25 TTDSG vorliegt und es um nichtpersonenbezogene Daten geht, liegt ein Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz vor.

797

3. UWG als Verbraucherschutzgesetz

Unabhängig von der Frage, ob Datenschutzrecht auch Verbraucherschutzrecht darstellt, könnte das UWG als Verbraucherschutzgesetz i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG anzusehen sein. In diesem Fall können die bereits angestellten Überlegungen zur lauterkeitsrechtlichen Bedeutung von Datenschutzverstößen an dieser Stelle fruchtbar gemacht werden.²³⁰⁷ Ursprünglich wurde keine Einstufung des UWG als Verbraucherschutzgesetz vorgenommen, da dessen Durchsetzungssystem als abschließend erachtet wurde.²³⁰⁸ Nachdem jedoch nunmehr die UGP-RL in Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Anhang I Nr. 11 Unterlassungsklagen-RL aufgenommen wurde, sind jedenfalls die auf

798

²³⁰⁵ OVG Münster BeckRS 2021, 13156 Rn. 59; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Nr. 2 Rn. 24; *a. A. Hanloser*, ZD 2021, 399, 399 geht ebenfalls von einer Übermittlung aus, was aufgrund der ebenso anzunehmenden Rechtfertigungsbedürftigkeit im Ergebnis aber keinen Unterschied macht.

²³⁰⁶ → Rn. 453 ff.

²³⁰⁷ → Rn. 572 ff.

²³⁰⁸ BT-Drs. 15/1487, S. 23; vgl. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 31; *Stadler*, in: Müller-Graf, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 20.

der UGP-RL basierenden Normen des UWG als Verbraucherschutzgesetz anzusehen.²³⁰⁹

- 799** Das sind in concreto § 3 Abs. 2, Abs. 3 UWG i. V. m. mit dem Anhang (mit Ausnahme von Nr. 32 n. F.), §§ 4a, 5 und 5a f. UWG.²³¹⁰ Die nicht auf Vorgaben des Unionsrechts oder auf der Werbe-RL fußenden Vorschriften des UWG sind von diesem Verweis nicht umfasst.²³¹¹ Auch soweit § 7 UWG (bzw. Anhang Nr. 26 UWG n. F.) Anhang I Nr. 26 der UGP-RL umgesetzt, ist die Eigenschaft als Verbraucherschutzgesetz in jedem Falle zu bejahen. Soweit § 7 UWG Art. 13 Abs. 1 und 5 UGP-RL umgesetzt, liegt nach hier vertretener Auffassung ebenso ein Verbraucherschutzgesetz vor, da dieses neben der Privatsphäre auch die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher schützen soll.²³¹² Zu beachten bleibt jedoch, dass reine Verstöße gegen das UWG grundsätzlich nicht nach dem UKlaG verfolgt werden können, wie § 8 Abs. 5 UWG zeigt.²³¹³

IV. Im Interesse des Verbraucherschutzes

- 800** § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG setzt neben einem Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz voraus, dass das Verlangen nach Unterlassung oder Beseitigung im Interesse des Verbraucherschutzes liegen muss. „Das ist der Fall, wenn der Verstoß in seinem Gewicht und seiner Bedeutung über den Einzelfall hinausreicht und eine generelle Klärung geboten erscheinen lässt.“²³¹⁴. Dieses Tatbestandsmerkmal soll demnach Konstellationen aussondern, in denen lediglich individuelle Verbraucher betroffenen sind.²³¹⁵ Bei einmaligen, aber schweren²³¹⁶ oder möglichen systematischen²³¹⁷ Verstößen soll eine Sanktionierung über § 2 UKlaG ebenfalls möglich sein. In sonstigen Fällen liegt es allein bei den einzelnen Verbrauchern, über Individualprozesse oder Aufsichtsbehörden Rechtsschutz zu erlangen. Nachdem der Unterlassungsanspruch eine Wiederholungsgefahr erfordert, kann – wenn diese bejaht wird – vom Vorliegen einer überindividuellen Bedeutung ausgegangen werden.²³¹⁸ *Micklitz/Rott* betrachten dieses Tatbestandsmerkmal sogar als bloße Umschreibung der Wiederholungsgefahr.²³¹⁹

²³⁰⁹ BGH WRP 2019, 883 Rn. 37 – Prämiensparverträge; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 32; *Stadler*, in: Müller-Graf, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 20; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 2 UKlaG Rn. 5.1.

²³¹⁰ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 32; BGH WRP 2019, 883 Rn. 37 – Prämiensparverträge hinsichtlich § 5 Abs. 1 S. 1 UWG.

²³¹¹ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 32.

²³¹² → Rn. 627.

²³¹³ → Rn. 748 ff.

²³¹⁴ BT-Drs. 14/2658, S. 53.

²³¹⁵ *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 2 UKlaG Rn. 37; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 6; *Spindler*, ZD 2016, 114, 116.

²³¹⁶ *Micklitz/Rott*, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 2 UKlaG Rn. 15.

²³¹⁷ *Weichert*, DANA 2017, 4, 7.

²³¹⁸ *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 2 UKlaG Rn. 37.

²³¹⁹ *Micklitz/Rott*, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 2

Meist werden bereits aus betriebswirtschaftlichen Gründen Datenverarbeitungsprozesse standardisiert, sodass Verstöße nicht nur eine individuelle Person, sondern eine Vielzahl von Verbrauchern betreffen. Insoweit kann ohne Weiteres bei Datenschutzverstößen von einer überindividuellen Betroffenheit ausgegangen werden.

801

V. Rechtsfolgen und Verfahrensfragen

1. Unterlassung und Beseitigung

Aufseiten der Rechtsfolgen unterscheidet sich das Durchsetzungssystem von UWG und UKlaG insoweit, als Schadensersatzansprüche gegen den Verletzer – anders als Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche²³²⁰ – im UKlaG überhaupt nicht vorgesehen sind.²³²¹ Das ist auch folgerichtig, da der Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG nur Mitbewerbern zusteht, die nach § 3 UKlaG nicht aktivlegitimiert sind. Die aus Datenschutzverstößen resultierenden Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche wurden bereits im Rahmen von § 8 Abs. 1 UWG näher betrachtet, weshalb an dieser Stelle hierauf verwiesen werden soll.²³²²

802

Tatbestandlich verlangt der Beseitigungsanspruch nach § 2 UKlaG nichts anderes als sein Gegenstück in § 8 Abs. 1 S. 1 Var. 1 UWG.²³²³ Bei Zuwiderhandlungen gegen die in § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG genannten Vorschriften richtet sich der Beseitigungsanspruch – das ist jedoch eine Besonderheit im Vergleich zum UWG – ausdrücklich nach den entsprechenden datenschutzrechtlichen Vorschriften, § 2 Abs. 1 S. 3 UKlaG. Damit stellen sich die Probleme, die der Beseitigungsanspruch im Rahmen des UWG aufwirft, im UKlaG nicht. Je nach Konstellation kann der Beseitigungsanspruch damit auf Berichtigung, Löschung oder Einschränkung der Verarbeitung gerichtet sein.²³²⁴ Wurden Daten an einen Dritten übermittelt und ist eine Einwirkung nicht ohne Weiteres möglich, tritt an deren Stelle die Mitteilungspflicht nach Art. 19 DS-GVO.²³²⁵ Gleiches gilt, wenn lediglich die Übermittlung, nicht aber die sonstige Verarbeitung durch den Verantwortlichen rechtswidrig war.²³²⁶ Im Ergebnis gleicht der Beseitigungsanspruch den Abhilfebefugnissen der Aufsichtsbehörden und ist identisch mit den Rechten der betroffenen Personen, wenn auch der Umfang der sachlichen Überprüfbarkeit weitaus stärker eingeschränkt wird.²³²⁷

803

UKlaG Rn. 13.

²³²⁰ Beseitigungsansprüche wurden erst durch das Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts in § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG aufgenommen.

²³²¹ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 695; *Jotzo*, ZZPInt 22 (2017), 225, 249.

²³²² → Rn. 670 ff.

²³²³ BT-Drs. 18/4631, S. 21; *Halfmeier*, NJW 2016, 1126, 1128.

²³²⁴ BT-Drs. 18/4631, S. 21; *Uebele*, GRUR 2019, 694,

699; *Schulz*, ZD 2014, 510, 514; *Joachimsthaler/Walker*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 9 f.

²³²⁵ Vgl. *Spindler*, in: DJT 2012, Bd. 1, F1, F129.

²³²⁶ *Weichert*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 2 UKlaG Rn. 14.

²³²⁷ *Weichert*, DANA 2017, 4, 8; *Weichert*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 2 UKlaG Rn. 9; *Halfmeier*, NJW 2016, 1126, 1128; *Hansen/Polenz*, DRiZ 2016, 19.

- 804** Neben der Pflicht zur Berichtigung, Löschung, Einschränkung oder Mitteilung kann der Beseitigungsanspruch inhaltlich auch auf andere Ziele gerichtet sein. So kann der Unternehmer verpflichtet sein, die Betroffenen über die Rechtslage zu unterrichten oder ein Beschwerdemanagementsystem für bestimmte Rechtsverstöße einzurichten, damit die betroffenen Verbraucher ihre Rechte einfacher durchsetzen können.²³²⁸
- 805** Die gegen § 2 Abs. 1 S. 3 UKlaG geäußerten Bedenken, dass in nicht zu rechtfertigender Weise in „höchstpersönliche Rechte“ der Betroffenen eingegriffen würde,²³²⁹ war unter dem BDSG a. F. bereits nicht überzeugend und ist es erst Recht nicht unter der DS-GVO. Bereits Art. 58 und 80 Abs. 2 DS-GVO zeigen, dass es sich hierbei mitnichten um Rechte handelt, die nur vom Betroffenen durchsetzbar sind, obwohl sie an ihn anknüpfen.²³³⁰ Ob der Betroffene einen entgegenstehenden Willen hat, ist unbeachtlich, denn er kann die illegale Verarbeitung noch über seine Einwilligung legitimieren und so seinen entgegenstehenden Willen artikulieren.²³³¹ Der Anspruch unterliegt zudem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sodass eine entsprechende Frist zur Einholung von Einwilligungen zu gewähren sein kann.²³³² Im Übrigen tritt in den Fällen des Art. 18 Abs. 1 lit. b und c DS-GVO die Sperrung der Verarbeitung an die Stelle der Löschung der personenbezogenen Daten. Es wird daher über die Möglichkeit der Einwilligung hinaus zusätzlich für einen Interessenausgleich gesorgt.²³³³ Gleiches gilt für den Fall, dass die Aufsichtsbehörde ein Kontrollverfahren führt, sodass hierin auch kein Interessenkonflikt durch Beweismittelvernichtung liegt.²³³⁴ Rechtliche und rechtspolitische Bedenken gegen einen solchen Beseitigungsanspruch sind deshalb unbegründet, da die gegensätzlichen Rechtspositionen hinreichend durch den Gesetzgeber austariert sind.

2. Beteiligung der Aufsichtsbehörde

- 806** Nach § 12a UKlaG hat das Gericht vor einer Entscheidung in einem Verfahren über einen Anspruch nach § 2 UKlaG, das eine Zuwiderhandlung gegen ein Verbraucherschutzgesetz nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG zum Gegenstand hat, die zuständige

²³²⁸ Redeker, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1086; Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1128; Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 2 UKlaG Rn. 16; Weichert, DANA 2017, 4, 8; Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 2 UKlaG Rn. 12.

²³²⁹ Schulz, ZD 2014, 510, 514; vgl. auch Ritter/Schwichtenberg, VuR 2016, 95, 98 f.

²³³⁰ Wobei zusätzlich auch von dieser Ansicht die amtswegige Durchsetzung der Betroffenenrechte nicht berücksichtigt wird; vgl. Reich, VuR 2018, 293, 297; Weidert, in: FS Helm, 2002, S. 123, 145.

²³³¹ Weichert, DANA 2017, 4, 8; siehe zur Umstellungsfrist → Rn. 684.

²³³² BT-Drs. 18/4631, S. 21; → Rn. 684.

²³³³ Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 2 UKlaG Rn. 11; Ritter/Schwichtenberg, VuR 2016, 95, 98 f.

²³³⁴ Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 2 UKlaG Rn. 11; a. A. Jaschinski/Piltz, WRP 2016, 420 Rn. 24; Erhardt/Stoklas, in: Parashu, The EU and the matter of concerted acting, 2019, S. 135, 154.

inländische Datenschutzaufsichtsbehörde zu hören. Bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt ist Art. 56 DS-GVO über die federführende Aufsichtsbehörde zu beachten, sodass die inländische Aufsichtsbehörde zuständig sein kann, auch wenn sich die Hauptniederlassung eines Verantwortlichen im Ausland befindet.²³³⁵

Zweck des § 12a UKlaG ist es, divergierende Entscheidungen von Gericht und Aufsichtsbehörde zu verhindern und letztlich auch das Gericht durch den Sachverstand der Aufsichtsbehörde zu entlasten.²³³⁶ Daneben werden auf diesem Weg die Aufsichtsbehörden auf Probleme aufmerksam gemacht, die ihrerseits weitere Maßnahmen ergreifen können.²³³⁷ Eine Bindung des Gerichts an die Auffassung der Aufsichtsbehörde oder umgekehrt besteht selbstredend nicht.²³³⁸ Auch müssen die Aufsichtsbehörden keine Stellungnahmen abgeben.²³³⁹ Sie werden durch § 12a UKlaG selbstredend auch nicht Beteiligte des Verfahrens.²³⁴⁰

Die Beteiligungspflicht gilt aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes dann nicht, wenn über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung entschieden wird (Beschlussverfügung).²³⁴¹ Dies ist im Bereich des Wettbewerbs der Regelfall.²³⁴² Selbst wenn aufgrund des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit im Bereich des einstweiligen Verfügungsverfahrens im Zivilprozessrecht eine Stellungnahme des Verfügungsbeklagten notwendig sein sollte,²³⁴³ hat das Gericht dennoch einen Spielraum, ob es eine mündliche Verhandlung anberaumt.²³⁴⁴ Im Widerspruchsverfahren (§§ 936, 924 ZPO) muss die Anhörung jedoch

807

808

²³³⁵ Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 12a UKlaG Rn. 2; a. A. Jaschinski/Piltz, WRP 2016, 420 Rn. 36.

²³³⁶ Uebele, GRUR 2019, 694, 699; Gola, RDV 2016, 17, 21; Joachimsthaler/Walker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 12a UKlaG Rn. 2.

²³³⁷ Uebele, GRUR 2019, 694, 699; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 12a UKlaG Rn. 1; Joachimsthaler/Walker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 12a UKlaG Rn. 2.

²³³⁸ Rott, EuCML 2017, 113, 119; A. Baetge, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 1.2.2020, § 12a UKlaG Rn. 11; Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 12a UKlaG Rn. 1; Weichert, DANA 2017, 4, 7.

²³³⁹ A. Baetge, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 1.2.2020, § 12a UKlaG Rn. 4, 11; Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 12a UKlaG Rn. 3; a. A. Jaschinski/Piltz, WRP 2016, 420 Rn. 34.

²³⁴⁰ Weichert, DANA 2017, 4, 7.

²³⁴¹ Joachimsthaler/Walker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 12a UKlaG Rn. 3.

²³⁴² Voß, in: Cegl/Voß, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 2. Aufl. 2018, § 937 ZPO Rn. 21.

²³⁴³ BVerfG WRP 2020, 1179 – Verletzung der prozessualen Waffengleichheit in einem lauterkeitsrechtlichen Eilverfahren; BVerfG WRP 2020, 847 – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in äußerungsrechtlichen Eilverfahren; hierzu Tyra, WRP 2020, 1525; Mantz, NJW 2020, 2007; Hartmann, K&R 2021, 229; Walker/Kessen, in: Schuschke/Walker/Kessen/Thole, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. 2020, § 922 ZPO Rn. 6 sowie § 937 ZPO Rn. 12; Elden/Frauenknecht, in: Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, § 937 ZPO Rn. 5.

²³⁴⁴ BVerfG WRP 2020, 847 Rn. 17 f. – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in äußerungsrechtlichen Eilverfahren; Mayer, in: BeckOK ZPO, 43. Ed. Stand: 1.12.2021, § 937 ZPO Rn. 5.

spätestens nachgeholt werden.²³⁴⁵ In der Hauptsache besteht die Pflicht zur Einräumung der Stellungnahmemöglichkeit hingegen uneingeschränkt.²³⁴⁶ Eine hinreichende Möglichkeit zur Stellungnahme der Aufsichtsbehörde setzt eine angemessene Information und Stellungnahmefrist voraus.²³⁴⁷

- 809** Ob § 12a UKlaG einen nennenswerten Effekt hat, darf bezweifelt werden, zumal sich auch die anderen Gerichtszweige mit datenschutzrechtlichen Fragen auseinanderzusetzen haben.²³⁴⁸ Wenig überzeugend bezieht sich § 12a UKlaG auch nur auf Verfahren mit einem Anspruch nach § 2 UKlaG als Gegenstand, nicht jedoch § 1 UKlaG, der eine große praktische Bedeutung bei der Kontrolle von Datenschutzklauseln hat.²³⁴⁹
- 810** Zudem stellen sich hinsichtlich Art. 58 Abs. 5 Var. 3 DS-GVO unionsrechtliche Bedenken gegen § 12a UKlaG, da die DS-GVO offenbar von einem umfassenden Verständnis der gerichtlichen Beteiligung von Datenschutzaufsichtsbehörden ausgeht.²³⁵⁰ Es ist unklar, ob eine bloße Stellungnahmemöglichkeit diesen Anforderungen genügt oder umfassendere Beteiligungsmöglichkeiten bereits aus Art. 58 Abs. 5 Var. 3 DS-GVO folgen.

E. Ansprüche bei Verstößen gegen AGB-Recht (§ 1 UKlaG)

- 811** Neben § 2 UKlaG erweist sich auch § 1 UKlaG von besonderer Bedeutung für die Durchsetzung datenschutzrechtlicher Bedingungen. Wer in AGB Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann hiernach auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden. Der Zweck der Norm ist es, unwirksame AGB vom Rechtsverkehr fernzuhalten.²³⁵¹ Der Vertragsgegner könnte sonst dazu verleitet werden, aufgrund der unwirksamen Klauseln nicht von seinen Rechten Gebrauch zu machen.²³⁵² Eine rein individuelle Rechtsdurchset-

²³⁴⁵ *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 12a UKlaG Rn. 2; *Weichert*, DANA 2017, 4, 7; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 12a UKlaG Rn. 1.

²³⁴⁶ *A. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 1.2.2020, § 12a UKlaG Rn. 10.

²³⁴⁷ *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 12a UKlaG Rn. 3 f.

²³⁴⁸ Vgl. auch *Ritter/Schwichtenberg*, VuR 2016, 95, 101; *Schwichtenberg*, PinG 2017, 104, 105 f.; *Halfmeier*, NJW 2016, 1126, 1129; *Ambrock/Karg*, in: von dem Busche/Voigt, Konzerndatenschutz, 2. Aufl. 2019, Teil 8 Rn. 116.

²³⁴⁹ *A. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand:

1.2.2020, § 12a UKlaG Rn. 7.

²³⁵⁰ → Rn. 727 ff.

²³⁵¹ BGH WRP 2013, 347 Rn. 19 – Wiederholungsgefahr bei Unternehmensverschmelzung; *Grüneberg*, in: GrünHome Teil III, Stand: 15.11.2021, § 1 UKlaG Rn. 1; *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 1; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 3.

²³⁵² BGH WRP 2013, 347 Rn. 19 – Wiederholungsgefahr bei Unternehmensverschmelzung; *Grüneberg*, in: GrünHome Teil III, Stand: 15.11.2021, § 1 UKlaG Rn. 1; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 3.

zung vermag dieses Ziel nicht zu erreichen, sodass die Verbandsklage die entstehenden Defizite ausgleichen soll.²³⁵³ Mittelbar wird hierdurch auch der Staat entlastet, da eine behördliche Kontrolle von AGB entfällt.²³⁵⁴

Bevor die Anspruchsberechtigung nach § 2 UKlaG explizit auf Datenschutzverstöße erweitert wurde, wurde seitens der Verbände vielfach auf § 1 UKlaG zurückgegriffen, um Datenschutzklauseln einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen.²³⁵⁵ Auch unter der DS-GVO ist ein Rückgriff auf § 1 UKlaG weiterhin möglich und wird auch praktiziert.²³⁵⁶ Das lässt sich darauf zurückführen, dass Datenschutzklauseln meist einfach aufzufinden sind und diese nur abstrakt geprüft werden müssen.²³⁵⁷

812

I. Anwendungsbereich und Prüfungsgegenstand

Prüfungsgegenstand im Rahmen von § 1 UKlaG ist die Frage, ob AGB losgelöst vom Einzelfall nach den §§ 307 ff. BGB unwirksam sind.²³⁵⁸ Eine Teilunwirksamkeit ist ausreichend.²³⁵⁹ Im Rahmen der Klauselkontrolle nach § 1 UKlaG ist die kundenfeindlichste Auslegung einer Klausel heranzuziehen.²³⁶⁰ „Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmethoden Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind“ führt die Anwendung dieses Prinzips „dazu, dass bei einer mehrdeutigen Klausel von den möglichen Auslegungen diejenige zugrunde zu legen ist, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt“.²³⁶¹

813

Eine maßgebliche Einschränkung des § 1 UKlaG ist die Ausschaltung der Einbeziehungskontrolle.²³⁶² Der (zweifelhafte) Grund soll darin zu sehen sein, dass die Um-

814

²³⁵³ *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 1.

²³⁵⁴ *Säcker*, Freiheit durch Recht, 2016, S. 960.

²³⁵⁵ *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Weichert*, DANA 2017, 4, 4; *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 211; vgl. BGH WRP 2020, 1182 Rn. 28 – App-Zentrum.

²³⁵⁶ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 23 – App-Zentrum; KG CR 2019, 308 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzrichtlinie“; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.74b; *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 211; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rußmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 33.1.

²³⁵⁷ *Weichert*, DANA 2017, 4, 4.

²³⁵⁸ *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 9; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 22; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 8.

²³⁵⁹ *Walker*, UKlaG, 2016, § 1 UKlaG Rn. 8; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 16; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 8.

²³⁶⁰ BGH NJW-RR 2012, 1333 Rn. 22 – Leistungsfreiheit des Stromversorgers kraft „Höhere Gewalt“-Klausel; *Walker*, UKlaG, 2016, § 1 UKlaG Rn. 8; *Heigl/Normann*, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 2 Rn. 61; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 25; fernliegende Auslegungsvarianten bleiben außer Betracht, vgl. BGH NJW 2003, 294, 294; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 8.

²³⁶¹ BGH NJOZ 2021, 375 Rn. 39 – Berücksichtigung von Formularklauseln eines „Gesamtklauselwerks“ bei der Auslegung von AGB.

²³⁶² BGH NJW 2008, 1160, 1161 – Unwirksame Tarifbegrenzung in Krankheitskostenversicherung; BGH WRP 2003, 76, 77 – Ersetzung unwirksamer Versicherungsbedingungen; *Walker*, UKlaG, 2016, § 1 UKlaG

stände der Einbeziehung zu stark vom Einzelfall abhängig und nicht sinnvoll abstrakt überprüfbar seien.²³⁶³ Eine fehlende Einbeziehung führt aber nicht automatisch dazu, dass die Klauseln nicht i. S. d. § 1 UKlaG verwendet werden und damit eine Inhaltskontrolle immer ausgeschlossen wäre.²³⁶⁴ Soweit etwa überraschende Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB) vorliegen und der Prüfungsmaßstab des § 1 UKlaG nicht erweitert wird,²³⁶⁵ dürften derartige Klauseln am Transparenzgrundsatz des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB scheitern.²³⁶⁶ Es liegt im Übrigen am Lauterkeitsrecht, Verstöße gegen die Vorschriften über die Einbeziehung von AGB im Einzelfall zu sanktionieren.²³⁶⁷

815 Einschränkungen der Klauselkontrolle in sachlicher Hinsicht finden sich in § 15 UKlaG und § 310 Abs. 4 BGB.²³⁶⁸ Hiernach kommt eine Inhaltskontrolle von AGB hinsichtlich Arbeitsverträgen, Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen nicht in Betracht.

II. Datenschutz als Prüfungsmaßstab

1. Inzidenter Prüfungsmaßstab

816 Der Streit, ob datenschutzrechtliche Normen als Verbraucherschutzgesetze i. S. d. § 2 UKlaG angesehen werden können, ist für § 1 UKlaG irrelevant, da der Bezugspunkt der Prüfung AGB-Recht ist und Datenschutzklauseln auch an den §§ 305 ff. BGB zu messen sind.²³⁶⁹ Hierdurch konnten bedeutende höchstrichterliche Entscheidungen über die Wirksamkeit von Datenschutzklauseln erreicht werden, wie etwa über die Wirksamkeit von „Schufa-Klauseln“.²³⁷⁰ Es wurde bereits im Rahmen des § 3a UWG

Rn. 6; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 6; *Elbrecht/Schröder*, K&R 2015, 361, 363; zu überprüfbar Konstellationen, in denen es mittelbar um die Einbeziehung geht *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 5.

²³⁶³ BGH NJW 2008, 1160, 1161 – Unwirksame Tarifbegrenzung in Krankheitskostenversicherung; OLG Köln WRP 2020, 648 Rn. 28 – PayPal-AGB; *Walker*, UKlaG, 2016, § 1 UKlaG Rn. 6; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 6; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 34.1.

²³⁶⁴ *Pickenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 22.

²³⁶⁵ BGH NJW-RR 1987, 45, 46 – Unwirksame Klauseln in Reparaturversicherungen; BGH WRP 2003, 76, 77 – Ersetzung unwirksamer Versicherungsbedingungen; OLG Köln BeckRS 2017, 118537 Rn. 21 f. – AGB-Kontrolle eines Energielieferungsvertrages; **a. A.** *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 5; *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen,

AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 1 UKlaG Rn. 16; *Lindacher*, in: Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 1 UKlaG Rn. 21.

²³⁶⁶ BGH NJW 1984, 2468, 2468 f. – Verschiebung des fest zugesagten Liefertermins in AGB; *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 5; OLG Köln BeckRS 2017, 118537 Rn. 21 f. – AGB-Kontrolle eines Energielieferungsvertrages; *Grüneberg*, in: GrünHome Teil III, Stand: 15.11.2021, § 1 UKlaG Rn. 4.

²³⁶⁷ → Rn. 529 f.

²³⁶⁸ *Walker*, UKlaG, 2016, § 1 UKlaG Rn. 7.

²³⁶⁹ BGH WRP 2009, 56, 57 f. – Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen "Opt-out"-Erklärung; vgl. *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 5; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 34.1.

²³⁷⁰ *Weichert*, VuR 2006, 377, 382 f.

herausgearbeitet, wann Datenschutzklauseln anhand der §§ 307 ff. BGB überprüfbar sind.²³⁷¹ Wesentliche Hürden dieser Klauseln stellen dabei das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB²³⁷² und § 307 Abs. 2 Nr. 1 UWG²³⁷³ über Abweichungen von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung dar. Soweit hierbei aber Datenschutz inzident unmittelbar als Maßstab herangezogen wird, müssen auch hier die Anforderungen des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO (ggf. i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL) beachtet werden; es muss also von subjektiven Rechten abgewichen werden.²³⁷⁴

2. Sonstige Gesetzesverstöße

Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung²³⁷⁵ und Literatur²³⁷⁶ sind entgegen dem an sich eindeutigen Wortlaut sämtliche Verstöße von Klauseln gegen zwingendes Recht nach § 1 UKlaG verfolgbar, sofern sie einen ähnlichen vertraglichen Schutz bieten sollen. Es soll für einen Rechtsunkundigen keinen Unterschied machen, woraus sich die Unwirksamkeit einer Klausel ergibt.²³⁷⁷ Das wurde vom BGH beispielsweise hinsichtlich § 3 BDSG a. F. angenommen.²³⁷⁸ Verstößt eine Klausel folglich gegen ius cogens, z. B. die Art. 12 ff. DS-GVO,²³⁷⁹ und ist deshalb unwirksam, kommt ganz unabhängig von den §§ 307 ff. BGB ein Anspruch des Verbands nach § 1 UKlaG in Betracht.²³⁸⁰ Ist bereits bei der Anwendung von Datenschutzrecht innerhalb von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf die Einschränkungen des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO (ggf. i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL) zu achten, so muss dies erst Recht bei dieser Vorgehensweise gelten. Es muss also mit anderen Worten um subjektives ius cogens gehen.

817

²³⁷¹ → Rn. 510 ff.

²³⁷² → 538 ff.

²³⁷³ → 545 ff.

²³⁷⁴ → 513.

²³⁷⁵ BGH NJW 1983, 1320, 1322 – Unzulässige AGB-Klauseln im Möbelhandel; OLG Dresden MMR 2002, 172, 172 – Unzulässiger Ausschluss des Widerrufsrechts nach FernAbsG.

²³⁷⁶ Micklitz/Rott, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 1 UKlaG Rn. 18; Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 7; Walker, UKlaG, 2016, § 1 UKlaG Rn. 5; Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 1 UKlaG Rn. 10; Piekenbrock, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 26; Joachimsthaler/Walker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 5; Olzen, JR 2002, 45, 46; Ulrici, WRP 2002, 399, 399.

²³⁷⁷ BGH NJW 1992, 180, 181 – Anforderungen an

AGB-rechtliches Transparenzgebot; Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 7.

²³⁷⁸ BGH NJW 1986, 46, 47 – Unwirksame “Schufaklausel” in Kreditverträgen; vgl. auch Piekenbrock, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 27 m. w. N.

²³⁷⁹ Paal/Hennemann, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 12 DS-GVO Rn. 15 m. w. N.

²³⁸⁰ Piekenbrock, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 27; Fritzsche, in: Soergel, BGB, Bd. 4, Schuldrecht 2, 13. Aufl. 2019, § 1 UKlaG Rn. 5; wohl auch Radeideh, in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher?, 2015, S. 11, 15; zweifelnd McColgan, AcP 221 (2021), 695, 720 ff.

III. Verwenden oder Empfehlen

- 818** § 1 UKlaG differenziert hinsichtlich der inkriminierten Handlung zwischen dem Verwenden und dem Empfehlen einer unwirksamen Klausel. Verwendet wird eine Klausel, wenn sie „im rechtsgeschäftlichen Verkehr benutzt wird“²³⁸¹ und zwar unabhängig davon, ob die Einbeziehung Erfolg hatte.²³⁸² Die Form der Benutzung ist unerheblich.²³⁸³ Beispiele für ein Verwenden sind der Aufdruck auf Briefbögen oder sonstigen Dokumenten, die Vorhaltung im Internet und auch noch dann, wenn sich der Verwender auf die Klausel beruft.²³⁸⁴ Verwender ist die Person, in dessen Namen die Klausel einbezogen wurde bzw. werden soll.²³⁸⁵
- 819** Eine Klausel wird demgegenüber empfohlen, wenn der Empfehler sie „mehr als nur einem potentiellen Verwender [...] zur Verwendung im rechtsgeschäftlichen Verkehr anempfohlen hat.“²³⁸⁶ Hierzu kann die Veröffentlichung reichen.²³⁸⁷ Werden AGB nur speziell für einen Verwender angefertigt, liegt daher kein Empfehlen vor, wohl aber bei Formularbüchern oder Muster-AGB von Verbänden, die ihren Mitgliedern bereitgestellt werden.²³⁸⁸ Der Empfehler wird anders als der Verwender nicht Vertragspartei, sondern möchte die Verwendung der empfohlenen Klausel durch andere fördern.²³⁸⁹ Im Einzelfall sind das nicht nur die Autoren, sondern auch die Verleger.²³⁹⁰ Werden also rechtswidrige Datenschutzklauseln i. S. d. § 1 UKlaG empfohlen, etwa durch Interessenverbände, kann ein Unterlassungs- und Widerrufsanspruch bestehen.

²³⁸¹ BGH NJW 1981, 979, 980 – Umfang des Unterlassungsanspruchs der Verbände; vgl. LG Koblenz BeckRS 2021, 9968 Rn. 15 – Aufforderung zur Angebotsabgabe.

²³⁸² LG Koblenz BeckRS 2021, 9968 Rn. 15 – Aufforderung zur Angebotsabgabe; *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 13; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 10.

²³⁸³ LG Koblenz BeckRS 2021, 9968 Rn. 15 – Aufforderung zur Angebotsabgabe.

²³⁸⁴ BGH NJW-RR 2020, 1443 Rn. 14 – Informationen über Streitbeilegung auf Webseite und in AGB; LG Gera BeckRS 2019, 54877 Rn. 28 – Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe aus einer Unterlassungserklärung; OLG Koblenz BeckRS 2021, 39311 Rn. 13; LG Koblenz BeckRS 2021, 9968 Rn. 15 – Aufforderung zur Angebotsabgabe; *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 13; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 32; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 10; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand:

24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 43 ff.

²³⁸⁵ *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 33.

²³⁸⁶ BGH NJW 1991, 36, 37; vgl. *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 11.

²³⁸⁷ OLG Rostock BeckRS 2021, 6779 Rn. 6 – "Verwendung" von AGB; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 45.1.

²³⁸⁸ *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 18; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 1 UKlaG Rn. 5 f.; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 36; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 11.

²³⁸⁹ *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 39.

²³⁹⁰ *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 41.

IV. Wiederholungsgefahr bzw. Erstbegehungsgefahr

Der Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG setzt eine Wiederholungsgefahr voraus.²³⁹¹ Diese ist zwar nicht ausdrücklich im Normtext vorgesehen, der Unterlassungsanspruch richtet sich aber gegen zukünftige Zuwiderhandlungen, sodass die Wiederholungsgefahr als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu sehen ist.²³⁹² Indes wird sie, wie bei § 8 Abs. 1 S. 1 UWG, mit der ersten Zuwiderhandlung in tatsächlicher Hinsicht vermutet.²³⁹³ Denkbar ist jedoch auch, dass eine Erstbegehung droht, sodass der Verband vorbeugend Unterlassung verlangen kann.²³⁹⁴

820

V. Rechtsfolgen

1. Unterlassungs- und Widerrufsanspruch

§ 1 UKlaG ist vom Anspruchsziel zunächst auf einen Unterlassungsanspruch gerichtet, wobei zwischen dem Verwenden und Empfehlen zu differenzieren ist. Die Unterlassung ist im Fall der Verwendung darauf gerichtet, dass die unwirksame Klausel für neu abgeschlossene Verträge nicht mehr genutzt werden darf und auch eine Befahrung im Rahmen bestehender Verträge unstatthaft ist.²³⁹⁵ Der Verwender kann auch im Rahmen des Unterlassungsanspruchs verpflichtet sein, bei fortdauernden Störungen Handlungen vorzunehmen, z. B. die AGB von der Webseite oder aus den Geschäftsräumen zu entfernen.²³⁹⁶ Auch die Einwirkung auf Hilfspersonen kann ge-

821

²³⁹¹ KG CR 2019, 308, 309 – AGB-rechtswidrige Klauseln in „Apple Datenschutzrichtlinie“; BGH WRP 2013, 347 Rn. 12 – Wiederholungsgefahr bei Unternehmensverschmelzung; LG Karlsruhe BeckRS 2021, 27930 Rn. 73 – Unterlassung der Verwendung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 9.

²³⁹² BGH NJW 1981, 2412, 2412 – Zur Wiederholungsgefahr bei unzulässigen Klauseln in AGB der Stadtwerke; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 47; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 9.

²³⁹³ LG Karlsruhe BeckRS 2021, 27930 Rn. 74 – Unterlassung der Verwendung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 47; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 9.

²³⁹⁴ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG,

40. Aufl. 2022, § 1 UKlaG Rn. 11; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 50; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 1 UKlaG Rn. 4.

²³⁹⁵ BGH WRP 2018, 434 Rn. 24 – Klauselersetzung; BGH NJW 1991, 36, 37; OLG Köln BeckRS 2021, 41100 Rn. 23; OLG Koblenz BeckRS 2021, 39311 Rn. 24; LG Konstanz BeckRS 2021, 8865 Rn. 13 – AGB-rechtliche Wirksamkeit einer Klausel in einem Immobiliendarlehensvertrag; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 12; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 46.1.

²³⁹⁶ *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 1 UKlaG Rn. 8; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 52; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 12.

schuldet sein, z. B., wenn diese noch auf die unwirksamen Klauseln zurückgreifen.²³⁹⁷ Neben dem Verwenden von AGB ist auch das Empfehlen von AGB vom Unterlassungsanspruch umfasst.²³⁹⁸

2. Widerruf

- 822 Liegt ein Empfehlen von nach §§ 307 ff. BGB unwirksamen AGB vor, besteht über den Unterlassungsanspruch hinaus ein Widerrufsanspruch, wobei § 9 Nr. 4 UKlaG Anwendung findet.²³⁹⁹ Hiernach ist im Erfolgsfall im Tenor das Gebot auszusprechen, das Urteil in gleicher Weise bekannt zu geben, wie die Empfehlung verbreitet wurde. Der Anspruch ist letztlich darauf gerichtet, dass die Empfehlung vom Empfehlenden zurückgenommen wird.²⁴⁰⁰

3. Folgenbeseitigung bei AGB-Rechtsverstößen?

- 823 Wie bei § 3a UWG stellt sich bei § 1 UKlaG die Frage, ob als Anspruchsziel die Folgenbeseitigung in Betracht kommt. Der BGH hatte in seiner Klauselersatzung-Entscheidung ein solches Anspruchsziel im Rahmen des § 1 UKlaG abgelehnt, da dieses sich lediglich in einem Beseitigungsanspruch verorten lasse.²⁴⁰¹ Der Verwender ist also nicht bereits aufgrund eines Unterlassungsanspruchs gehalten, die Vertragsgegner über die Unwirksamkeit der Klauseln aufzuklären.²⁴⁰² Teilweise wird das Institut der Rechtsfortbildung bemüht, um einen Beseitigungsanspruch aus § 1 UKlaG herzuleiten, was sich jedoch in Spruchpraxis bisher nicht durchsetzen konnte.²⁴⁰³ Es bleibt dem Verband aber unbeschadet, dieses Anspruchsziel über §§ 8 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG zu verfolgen, der in Anspruchskonkurrenz zu § 1 UKlaG steht.²⁴⁰⁴

²³⁹⁷ *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 52.

²³⁹⁸ *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 13.

²³⁹⁹ *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 19; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 53; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 14.

²⁴⁰⁰ *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 56; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 14.

²⁴⁰¹ BGH WRP 2018, 434 Rn. 23 – Klauselersatzung; ebenso OLG Köln BeckRS 2021, 41100 Rn. 84; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 59; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 12; *Schultheiß*, WM 2019, 9, 11; *Niebling*, MDR 2019, 907, 919; *Hofmann*, in: GK-

UWG, Bd. 3, 3. Aufl. 2022, § 8 UWG Rn. 108.

²⁴⁰² BGH WRP 2018, 434 Rn. 23 – Klauselersatzung; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 50; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 12; *a.A. Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, § 1 UKlaG Rn. 8.

²⁴⁰³ *Klocke*, VuR 2013, 203; *Halfmeier*, VuR 2018, 195, 196; *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 16 f.; *a.A.* ausdrücklich BGH WRP 2018, 434 Rn. 29 ff. – Klauselersatzung.

²⁴⁰⁴ BGH NJW 2021, 2193 Rn. 51 ff. – Verstoßabhängiger Versicherungsfall bei Rechtsschutzversicherung; OLG Köln BeckRS 2021, 41100 Rn. 85; *D. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 34, 60; *Seichter*, in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl. Stand: 3.1.2022, § 8 UWG Rn. 32.1.; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 1 UKlaG Rn. 50.

VI. Reichweite des Urteils

Handelt der verurteilte Verwender einem auf § 1 UKlaG beruhenden Unterlassungsgebot zuwider, so ist die Bestimmung in den AGB als unwirksam anzusehen, soweit sich der betroffene Vertragsteil auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft, § 11 S. 1 UKlaG. Die Norm wird als „atypische Form der Rechtskrafterstreckung“²⁴⁰⁵ betrachtet.²⁴⁰⁶ Es besteht dabei eine Ähnlichkeit zu § 22 Abs. 1 KapMuG²⁴⁰⁷, § 325a ZPO sowie § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO.²⁴⁰⁸ Auf § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG wird nicht verwiesen, sodass in diesen Fällen trotz einer entsprechenden Entscheidung das Prozessrisiko des Klägers in vollem Umfang bestehen bleibt.²⁴⁰⁹

824

Es handelt sich bei § 11 UKlaG gleichwohl nur um eine Einrede („beruft“).²⁴¹⁰ Diese Einredelösung ist – abgesehen von ihrer praktischen Bedeutungslosigkeit²⁴¹¹ – mit Unionsrecht indes teilweise unvereinbar: In der Rechtssache „Invitel“ entschied der EuGH, dass „die nationalen Gerichte, wenn im Rahmen einer Unterlassungsklage wie der im Ausgangsverfahren fraglichen die Missbräuchlichkeit einer Klausel in den AGB von Verbraucherverträgen angenommen worden ist, auch in der Zukunft von Amts wegen alle im nationalen Recht vorgesehenen Konsequenzen zu ziehen [haben], damit diese Klausel für die Verbraucher unverbindlich ist, die einen Vertrag geschlossen haben, auf den die gleichen AGB anwendbar sind.“²⁴¹² Gemeint ist damit ein Vertrag mit dem gleichen Gewerbetreibenden.²⁴¹³ Es ist daher in diesem Fall

825

²⁴⁰⁵ *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 11 UKlaG Rn. 2.

²⁴⁰⁶ *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 109; *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 11 UKlaG Rn. 6; *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2015, S. 47; *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 148; *Stadler*, in: Müller-Graf, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 47; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 11 UKlaG Rn. 2; *Gottwald*, in: MüKoZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 322 ZPO Rn. 18, 102.

²⁴⁰⁷ Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG) v. 19.10.2012, BGBl. I S. 2182.

²⁴⁰⁸ *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 11 UKlaG Rn. 1.

²⁴⁰⁹ *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, UKlaG Einleitung Rn. 20.

²⁴¹⁰ *A. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand:

1.2.2020, § 11 UKlaG Rn. 4; *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 11 UKlaG Rn. 2; *Grüneberg*, in: GrünHome Teil III, Stand: 15.11.2021, § 11 UKlaG Rn. 1; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 11 UKlaG Rn. 6.

²⁴¹¹ *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 11 UKlaG Rn. 1; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 109; *Micklitz/Rott*, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 11 UKlaG Rn. 2; *Stadler*, in: Müller-Graf, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 48.

²⁴¹² EuGH GRUR 2012, 939 Rn. 43 – *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt*; *A. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 1.2.2020, § 11 UKlaG Rn. 5; *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 11 UKlaG Rn. 3; *Micklitz/Reich*, EWS 2012, 257, 261 f.; *Niebling*, MDR 2012, 1071, 1072 sowie 1077; *Graf v. Westphalen*, ZIP 2012, 2469, 2470; *Stadler*, in: Müller-Graf, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 47a.

²⁴¹³ *Piekenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung

nicht erforderlich, dass sich der Vertragsgegner auf die Unwirksamkeit der Klausel beruft.²⁴¹⁴

826 Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen klargestellt, dass AGB grundsätzlich von Amts wegen auf Missbräuchlichkeit zu untersuchen sind.²⁴¹⁵ Es ist damit nicht Aufgabe des Verbrauchers, sich über die Wirksamkeit einer Klausel Gedanken zu machen.²⁴¹⁶ Zwar beschränkt der EuGH die „von Amts wegen vorzunehmende Prüfung zunächst auf die Vertragsklauseln, deren Missbräuchlichkeit anhand der rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen in den Akten festgestellt werden kann, über die dieses nationale Gericht verfügt.“²⁴¹⁷

827 Allerdings schweben dem EuGH lediglich solche Umstände vor, deren Nichtvorliegen eine Prüfung andernfalls unmöglich machen würden.²⁴¹⁸ Das Gericht ist jedoch durchaus imstande, sich einen Überblick über relevante obergerichtliche Entscheidungen zu verschaffen, sodass nicht von einer tatsächlichen Unmöglichkeit für das Gericht auszugehen ist.²⁴¹⁹

F. Missbrauchsverhinderung

828 Ebenso wie das UWG in § 8c UWG²⁴²⁰ hält auch das UKlaG in § 2b UKlaG eine Regelung über die missbräuchliche Geltendmachung von Ansprüchen vor. Die Geltendmachung eines Anspruchs nach den §§ 1 bis 2a UKlaG ist nach § 2b S. 1 UKlaG unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere, wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Anspruchsgegner einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen.

829 Durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs wurden Regelbeispiele ergänzt. Die Anlehnung an das UWG, konkret § 8c Abs. 2 UWG, ist evident. In diesen Fällen kann der Anspruchsgegner Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen verlangen, wobei weitergehende Ersatzansprüche explizit

2019, § 11 UKlaG Rn. 4; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 11 UKlaG Rn. 4.

²⁴¹⁴ *A. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 1.2.2020, § 11 UKlaG Rn. 5; *Micklitz/Reich*, EWS 2012, 257, 261 f.; *Graf v. Westphalen*, ZIP 2012, 2469, 2472; *Fritzsche*, in: Soergel, BGB, Bd. 4, Schuldrecht 2, 13. Aufl. 2019, § 11 UKlaG Rn. 6; *a. A. Pickenbrock*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 11 UKlaG Rn. 5; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 11 UKlaG Rn. 6; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 11 UKlaG Rn. 1; *Lindacher*, EWiR 2012, 677, 678; einschränkend *Mäsch*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, Vorbemerkungen zu §§ 305 ff. BGB Rn. 21.1.

²⁴¹⁵ EuGH WRP 2020, 571 Rn. 26 – Györgyné Lintner/UniCredit Bank Hungary; EuGH EuZW 2018, 545 Rn. 29 – Karel de Grote-Hogenschool/Kuijpers; EuGH NJW 2019, 207 Rn. 87– OTP Bank Nyrt. u. a./Teréz Ilyés.

²⁴¹⁶ *Micklitz/Reich*, EWS 2012, 257, 262.

²⁴¹⁷ EuGH WRP 2020, 571 Rn. 27 – Györgyné Lintner/UniCredit Bank Hungary.

²⁴¹⁸ EuGH BeckRS 2018, 21395 Rn. 47 – Profi Credit Polska.

²⁴¹⁹ *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 11 UKlaG Rn. 3; *Micklitz/Rott*, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 11 UKlaG Rn. 10.

²⁴²⁰ → Rn. 697 ff.

nicht ausgeschlossen sind, § 2b S. 3 und 4 UKlaG. Denkbar sind insoweit Ansprüche aus Delikt, Geschäftsführung ohne Auftrag sowie §§ 9, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG.²⁴²¹ Daneben besteht unter Umständen der Aufwendungsersatzanspruch aus § 5 UKlaG i. V. m. § 13 Abs. 5 UWG.

Ob es einer solchen Einschränkung im UKlaG aufgrund eines vermeintlichen Missbrauchs im Bereich des Datenschutzrechts bedarf, ist bei Verbänden mehr als zweifelhaft.²⁴²² Anders als bei Mitbewerbern sieht Art. 80 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 DS-GVO vor, dass ein Verband sowieso ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln muss.²⁴²³ Angesichts der niedrigen Kostenpauschalen²⁴²⁴ für Verbände ist eine Gewinnerzielungsabsicht unabhängig davon fernliegend.²⁴²⁵ Im Übrigen dürfte bei Verbänden auch eine Kostenbelastungsabsicht nur selten vorliegen. § 2b UKlaG kommt angesichts der Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 UKlaG deshalb auch keine nennenswerte Bedeutung in der Praxis zu.²⁴²⁶

830

Nach Auffassung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz sollen die Verbände bei Verstößen gegen § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG bei kleinen Unternehmen, insbesondere Start-ups, zunächst kostenfreie schriftliche Hinweise unter Setzung einer Stellungnahmefrist erteilen und nicht direkt eine Abmahnung aussprechen.²⁴²⁷ Selbstredend ist es nicht Aufgabe der Verbände, stets als Anlaufstelle für kostenfreien Rechtsrat für Start-ups zu dienen.²⁴²⁸ Insoweit liegt es im freien Ermessen der Verbände, ob bei datenschutzrechtlichen Verstößen lediglich Hinweise erteilt werden.

831

G. Reformbestrebungen

I. Gesetz zur Anpassung zivilrechtlicher Vorschriften an die Datenschutz-Grundverordnung

Der bereits im Kontext des UWG dargestellte Gesetzesentwurf des Freistaates Bayern²⁴²⁹ zu einem „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung zivilrechtlicher Vorschrif-

832

²⁴²¹ Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 8c UWG Rn. 6.

²⁴²² A.A. offenbar Ehmann, ZD 2014, 493, 494.

²⁴²³ Uebele, GRUR 2019, 694, 701.

²⁴²⁴ Diese ist grundsätzlich anhand des Einzelfalls zu bestimmen. In einem durchschnittlich schweren Verfahren beträgt diese etwa für die Wettbewerbszentrale 280 €. Hierzu Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 13 UWG Rn. 132; vgl. etwa auch LG Koblenz BeckRS 2021, 9968 Rn. 35 – Aufforderung zur Angebotsabgabe: 299,60 €.

²⁴²⁵ Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1128; Stadler, in: Müller-Graf, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 25; vgl.

Woitkewitsch, VuR 2007, 252, 257; Göckler, WRP 2016, 434 Rn. 38.

²⁴²⁶ Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 2b UKlaG Rn. 2; Micklitz/Rott, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. 2022, § 2b UKlaG Rn. 4 (jedenfalls unter der bisherigen Rechtslage).

²⁴²⁷ BT-Drs. 18/6916, S. 8.

²⁴²⁸ Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, UKlaG Einleitung Rn. 23; Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1128 f.; vgl. auch Spindler, ZD 2016, 114, 118.

²⁴²⁹ → Rn. 731 ff.

ten an die Datenschutz-Grundverordnung“ soll nicht nur datenschutzrechtliche Vorschriften dem Anwendungsbereich des § 3a UWG entziehen, sondern auch eine Anpassung der Regelung des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG und der Anspruchsberechtigung mit sich bringen.

- 833** Die zulässig vorweggenommene Teilumsetzung des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG²⁴³⁰ soll hierbei sinnvollerweise an die Terminologie der DS-GVO angepasst werden.²⁴³¹ Angeknüpft wird nach dem Entwurf folgerichtig an den umfassenderen Sammelbegriff der „Verarbeitung“ i. S. d. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO.²⁴³² Demgegenüber soll die unionsrechtlich nicht notwendige sachliche Beschränkung auf bestimmte kommerzielle Datenverarbeitungszwecke bestehen bleiben.²⁴³³ Nachdem Art. 80 Abs. 2 DS-GVO die Rügefähigkeit rein objektiver Verstöße gegen die DS-GVO ohnehin ausschließt,²⁴³⁴ erscheint das Aufrechterhalten dieses weitergehenden Ausschlusses wenig sinnvoll. Unabhängig davon werden dem Gesetzesentwurf zufolge auch Verstöße gegen die Informationspflichten nach Art. 13 f. DS-GVO nicht als rügefähig eingestuft, so § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 11, Abs. 1 S. 3 UKlaG-E. Dies ist ebenso wie beim Ausschluss der Mitbewerberklage eine zweifelhafte Entscheidung des Gesetzesentwurfs.²⁴³⁵ Seit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs wird mit dem Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG ein anderes Regelungsmodell verfolgt. Auf Verbände ist dieser Ausschluss sowohl nach dem Wortlaut und dem § 5 UKlaG nicht anzuwenden, was angesichts des marginalen Missbrauchsrisikos gerechtfertigt ist.
- 834** Erfolgen soll zudem eine unionsrechtskonforme Regelung der Verbände im Sinne des Art. 80 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 UWG.²⁴³⁶ Durch § 3 Abs. 3 UKlaG-E erfolgt die Beschränkung der Anspruchsberechtigung auf qualifizierte Einrichtungen nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG wobei zusätzlich gefordert wird, dass diese Einrichtungen nachweisen, dass sie im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Verbrauchern in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten tätig sind und dass sie allgemein ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln. § 3 Abs. 3 S. 3 UKlaG-E sieht zudem eine Einschränkung der Abtretbarkeit vor. Die angepeilte Beschränkung ist nicht geglückt: Es wird verkannt, dass auch Stellen nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 (Wettbewerbsverbände) und Nr. 3 (Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern) im Einzelfall Verbände nach Art. 80 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 DS-GVO sein können.²⁴³⁷
- 835** Die Zukunft des bayerischen Gesetzesentwurfs ist ungewiss, nachdem das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs zwischenzeitlich Einschränkungen bei Sanktionen

²⁴³⁰ → Rn. 222.

²⁴³¹ BR-Drs. 304/18, S. 7; *Uebele*, GRUR 2019, 694, 701.

²⁴³² → Rn. 759.

²⁴³³ Dies ebenfalls kritisierend *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 559; → Rn. 227 ff.

²⁴³⁴ → Rn. 200 ff.

²⁴³⁵ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 701; *Baumgartner/Sitte*, ZD 2018, 555, 559.

²⁴³⁶ BR-Drs. 304/18, S. 8 f.

²⁴³⁷ → Rn. 338 ff.

datenschutzrechtlicher Verstöße eingeführt hat. Unabhängig davon erweisen sich die in dem Entwurf vorgeschlagenen Änderungen überwiegend als wenig überzeugend und verkennen die tatsächliche Reichweite des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO, dessen fehlerhafte Auslegung als Rechtfertigung für eine unzutreffende „unionsrechtskonforme“ Einschränkung herangezogen wird.

II. Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU

In dem zwischenzeitlich verabschiedeten zweiten Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU²⁴³⁸ wurde im Rahmen des Gesetzesverfahrens von Seiten *Köhlers* vorgeschlagen, § 2 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 1 Nr. 11, Abs. 2 S. 2 UKlaG ersatzlos zu streichen.²⁴³⁹ Diesem Vorschlag lag die – nach hier vertretener Auffassung – unzutreffende Einschätzung zugrunde, dass Datenschutzrecht per se keinen Verbraucherschutz darstelle.²⁴⁴⁰

836

Demgegenüber ist *Köhlers* Vorschlag²⁴⁴¹ zur Regelung eines neuen Verbandsklagerechts in einem § 44 Abs. 4 und 5 BDSG-E durchaus sinnvoll, um Datenschutzverstöße unabhängig von der Frage der Einstufung als Verbraucherschutzrecht verfolgbar zu machen und darüber hinaus den Spielraum des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO umfassend zu nutzen. § 44 Abs. 4 BDSG sollte nach dem Vorschlag wie folgt lauten: „Klagen nach Absatz 1 Satz 1 können auch von einer Einrichtung im Sinne des Absatzes 5 sowohl im Namen und Auftrag von betroffenen Personen, die in ihren Rechten verletzt wurden, als auch im eigenen Namen ohne deren Auftrag erhoben werden.“. Sodann sollte in Absatz 5 in Anlehnung an § 80 Abs. 1 DS-GVO definiert werden, wer aktivlegitimiert ist: „Einrichtung im Sinne des Absatzes 4 ist jede juristische Person ohne Gewinnerzielungsabsicht, deren satzungsmäßiges Ziel im öffentlichen Interesse liegt und die im Bereich des Schutzes und der Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogener Daten tätig ist“. Insoweit bleibt zu hoffen, dass dieser Vorschlag im Rahmen der Umsetzung der Verbandsklagen-RL vom deutschen Gesetzgeber aufgegriffen und um die Möglichkeit einer Verbandsbeschwerde ergänzt wird. Unberührt bleibt hiervon freilich die Durchsetzung durch Mitbewerber, die zumindest im Anwendungsbereich der UGP-RL geboten ist.

837

H. Ausblick auf die Verbandsklagen-RL

Der Streit über die Zulässigkeit und die Reichweite von datenschutzrechtlichen Verbandsklagen dürfte durch die jüngst verabschiedete und bis zum 25.12.2022 umzusetzende Verbandsklagen-RL entschärft werden.²⁴⁴² Diese ist Teil des „New Deal for

838

²⁴³⁸ → Rn. 734.

²⁴³⁹ *Köhler*, Ausschussdrucksache 19(4)187 C, S. 14.

²⁴⁴⁰ *Köhler*, Ausschussdrucksache 19(4)187 C, S. 14.

²⁴⁴¹ *Köhler*, Ausschussdrucksache 19(4)187 C, S. 12 f.; in dieselbe Richtung gehend *Spittka*, GRUR-Prax 2022, 19.

²⁴⁴² *Tribess*, ZD 2020, 440, 443; *Halfmeier/Rott*, VuR

2018, 243, 244; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 278 f. sieht keine Kompetenz für die EU, sodass der Rechtsakt als nichtig zu betrachten sei; zum Umsetzungsentwurf der *vzbv e.V.* s. *Syntscheke/Wölber/Nicolai*, ZRP 2021, 197.

Consumers“ der EU-Kommission.²⁴⁴³ Die Richtlinie sieht in ihrem Anhang I Nr. 56 ausdrücklich vor, dass eine Verbandsklagebefugnis für qualifizierte Einrichtungen (Art. 4) im Falle von DS-GVO-Verstößen besteht.²⁴⁴⁴ Gleiches gilt für Verstöße gegen die ePrivacy-RL (Nr. 10). Umfasst sind hiervon auch Umsetzungsvorschriften der Mitgliedstaaten.²⁴⁴⁵ Auch sonst wurde der Anhang im Vergleich zur bisher geltenden Unterlassungsklagen-RL deutlich ausgebaut.²⁴⁴⁶

839 Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verbandsklagen-RL soll die neueren Entwicklungen im Bereich der digitalen Märkte berücksichtigen, so deren Erwägungsgrund 13 S. 1 und 2. Erwägungsgrund 13 S. 4 erkennt nunmehr Datenschutzrecht ausdrücklich als Teil des Verbraucherschutzes an: „Der Verbrauchermarkt hat sich auch im Bereich der digitalen Dienstleistungen weiterentwickelt und es besteht ein wachsender Bedarf an einer wirksameren Durchsetzung des Verbraucherrechts, einschließlich hinsichtlich des Datenschutzes.“²⁴⁴⁷ Mit der Aufnahme datenschutzrechtlicher Bestimmungen in die Verbandsklagen-RL dürfte nunmehr außer Streit stehen, dass diese zumindest teilweise zum Verbraucherrecht zu zählen sind, auch wenn Anknüpfungspunkt des Datenschutzrechts formaljuristisch der Betroffene und nicht der Verbraucher ist.²⁴⁴⁸

840 Das stellt Erwägungsgrund 14 S. 1 der Verbandsklagen-RL mehr als deutlich klar, wonach die Richtlinie „Verstöße gegen die in Anhang I genannten Bestimmungen des Unionsrechts abdecken [soll], soweit diese Bestimmungen dem Schutz der Interessen der Verbraucher dienen, unabhängig davon, ob diese Verbraucher darin als Verbraucher, als Reisende, Nutzer, Kunden, Kleinanleger, Einzelinvestoren, Datensubjekte oder anderweitig bezeichnet werden“. Nachdem Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ebenfalls eine eingeschränkte Form der Verbandsklage vorsieht, sollen die wesentlichen Unterschiede im Folgenden näher untersucht werden.

²⁴⁴³ D. Baetge, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 19; zur Geschichte Glüding, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 258 ff.; Rentsch, EuZW 2021, 524, 524 ff.

²⁴⁴⁴ Tribess, ZD 2020, 440, 443; Wambach/Dressel, ZIP 2021, 1149, 1150; Riehm/Meier, in: Ebers/Steinrötter, Künstliche Intelligenz und smarte Robotik im IT-Sicherheitsrecht, 2021, S. 241, 260; vgl. Woopen/JZ 2021, 601, 605; Hakenberg, NJOZ 2021, 673, 675; Rentsch, EuZW 2021, 524, 528; Hellgardt, ZEuP 2022, 7, 32.

²⁴⁴⁵ Gsell, BKR 2021, 521, 524.

²⁴⁴⁶ Axtmann/Staudigel, ZRP 2020, 80, 81; Halfmeier/Rott, VuR 2018, 243, 243; Scherber, in: Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 5.

²⁴⁴⁷ Vgl. Stellungnahme des Generalanwalts Richard

de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 83 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.: „Gleichwohl sind die betroffenen Personen in der Ära der digitalen Wirtschaft oft Verbraucher. Aus diesem Grund werden die Verbraucherschutzregeln vielfach eingesetzt, um den Verbrauchern Schutz vor einer gegen die Bestimmungen der Verordnung 2016/679 verstoßenden Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu garantieren.“

²⁴⁴⁸ Stellungnahme des Generalanwalts Richard de la Tour v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 82, 84 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; Uebele, GRUR 2019, 694, 703; Köhler, WRP 2018, 1269 Rn. 60 f.

I. Exkurs: Bisherige Möglichkeiten der kollektiven Rechtsdurchsetzung durch Verbände

Die Möglichkeiten von Verbänden, die ihnen durch das UWG und das UKlaG eingeräumt werden, sind im Wesentlichen auf die Anspruchsziele Unterlassung, Beseitigung und Gewinnabschöpfung beschränkt. Daneben bestehen für Verbände derzeit verschiedene Möglichkeiten, Betroffene in datenschutzrechtlicher Hinsicht kollektiv zu unterstützen.²⁴⁴⁹ Das betrifft vor allem die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen (Art. 82 DS-GVO) aufgrund von Datenschutzverletzungen.²⁴⁵⁰ Diese Möglichkeiten stoßen in der Praxis jedoch regelmäßig an ihre Grenzen und werden daher auch kaum genutzt.²⁴⁵¹

841

1. Einziehungsklage nach § 79 ZPO

Der Gesetzgeber hat in § 79 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 Nr. 3, S. 3 ZPO vorgesehen, dass Verbraucherzentralen und andere mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände bei der Einziehung von Forderungen von Verbrauchern im Rahmen ihres Aufgabenbereichs im Parteiprozess beauftragt werden dürfen. Hierzu bieten sich dem Verband mehrere Möglichkeiten an. So kann die Forderung zum Zwecke der Einziehung an den Verband treuhänderisch abgetreten oder dieser hierzu ermächtigt werden. Der Verband kann aber auch den Verbraucher im Parteiprozess vertreten.²⁴⁵² Diese Vorgehensweisen sind von § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ggf. i. V. m. Abs. 1 S. 2 ZPO umfasst.²⁴⁵³ Für die hierzu erforderliche außergerichtliche Tätigkeit des Verbands stellt § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG die entsprechende Erlaubnis dar.²⁴⁵⁴

842

Eine Beschränkung auf bestimmte Arten von Forderungen besteht nicht, sodass auch auf Geldzahlung gerichtete deliktische Schadensersatzansprüche hierunter fallen.²⁴⁵⁵ Es wäre damit denkbar, dass die Verbände stellvertretend Schadensersatzansprüche von Verbrauchern aufgrund von Datenschutzverletzungen (Art. 82 DS-GVO) gerichtlich geltend machen.²⁴⁵⁶ Denkbar ist durch eine Streitgenossenschaft auch eine Bündelung auf prozessualer Ebene.²⁴⁵⁷ So könnten Streuschäden der betroffenen Verbraucher adressiert werden.²⁴⁵⁸

843

²⁴⁴⁹ Zum Begriff des kollektiven Rechtsschutzes *Althammer*, in: Zöllner, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor §§ 50-58 ZPO Rn. 55; *Ruscheimer*, MMR 2021, 942, 943.

²⁴⁵⁰ *Paal/Aliprandi*, ZD 2021, 241, 246; *Stadler*, in: FS Roth, 2021, S. 539, 555.

²⁴⁵¹ *Meller-Hannich*, NJW-Beil 2018, 29, 29 f.

²⁴⁵² *Chasklowicz*, in: Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, § 79 ZPO Rn. 8.

²⁴⁵³ *Dürr-Auster*, Die Qualifikation als Gruppen- oder Verbandskläger im kollektiven Rechtsschutz, 2017, S. 83; *Bendtsen*, in: Saenger, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 79 ZPO Rn. 8; *Lütringhaus*, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 30 Rn. 109.

²⁴⁵⁴ *Dreyer/Müller*, in: Dreyer/Lamm/Müller, RDG,

2009, § 8 Rn. 28 ff.

²⁴⁵⁵ *Burgermeister*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 79 ZPO Rn. 5; *Stadler*, in: FS Roth, 2021, S. 539, 555.

²⁴⁵⁶ *Ambrock/Karg*, in: von dem Bussche/Voigt, Konzerndatenschutz, 2. Aufl. 2019, Teil 8 Rn. 114; *Stadler*, in: FS Roth, 2021, S. 539, 555. Zu Schadensersatzansprüchen → Rn. 238 ff.

²⁴⁵⁷ *Kocher*, in: Brömmelmeyer, Die EU-Sammelklage, 2013, S. 71, 78; *Gurkman*, DJT 2018, Bd. II/1, K9, K26.

²⁴⁵⁸ *Osburg*, ZBB 2019, 384, 388; *Ambrock/Karg*, in: von

- 844** Die Möglichkeit der Vertretung der Verbraucher nach § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO ist aber stark beschränkt. So gilt sie dem Wortlaut nach nur für Zahlungsklagen, nicht aber für die Erhebung von Unterlassungs- oder Feststellungsklagen.²⁴⁵⁹ Daneben wird die Möglichkeit einer Einziehung von Forderungen zusätzlich noch durch den Aufgabenbereich des Verbandes eingeschränkt, welcher sich meist aus der Satzung ergibt.²⁴⁶⁰
- 845** Der Weg zur Bekämpfung von Durchsetzungsdefiziten über § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO ist letztlich nicht in jeder Hinsicht optimal. Nachdem eine Beauftragung des Verbandes notwendig ist, erübrigt sich beispielsweise nicht die „rationale Apathie“ des Verbrauchers, der zunächst von sich aus tätig werden und den Verband aufsuchen muss.²⁴⁶¹ Im Unterschied zur treuhänderischen Abtretung an den Verband kommt zudem das Kostenrisiko der Klage (§ 91 Abs. 1 S. 1 ZPO) für die betroffenen Verbraucher hinzu.²⁴⁶² Aufgrund dieser Nachteile ist die Einziehungsklage in Praxis von untergeordneter Bedeutung.²⁴⁶³
- 846** Wird bereits Art. 80 Abs. 1 DS-GVO die Möglichkeit des Verbandes zur umfassenden gerichtlichen Vertretung und eine Regelung zur Postulationsfähigkeit entnommen,²⁴⁶⁴ dürfte im datenschutzrechtlichen Bereich § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO keine nennenswerte eine Bedeutung zukommen. Abgesehen von Schadensersatzansprüchen bleiben die sonstigen Rechte nach Art. 77 bis 79 DS-GVO und damit insbesondere Unterlassungsklagen unberührt, sodass Verbände nach einer Beauftragung unmittelbar kraft Art. 80 Abs. 1 DS-GVO tätig werden können. Auf § 79 ZPO kommt es hierbei ohnehin nicht an.

2. Inkassozeession

- 847** Eine andere denkbare Möglichkeit der Verbandsklage ist die rechtlich mögliche²⁴⁶⁵ treuhänderische (fiduziarische) Abtretung von Schadensersatzansprüchen an Verbände, welche diese dann gesammelt im Rahmen einer objektiven Klagehäufung

dem Bussche/Voigt, Konzerndatenschutz, 2. Aufl. 2019, Teil 8 Rn. 114.

²⁴⁵⁹ Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020 § 79 ZPO Rn. 13; Chasklowicz, in: Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, § 79 ZPO Rn. 8.

²⁴⁶⁰ Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020 § 79 ZPO Rn. 13; Chasklowicz, in: Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, § 78 ZPO Rn. 8.

²⁴⁶¹ Osburg, ZBB 2019, 384, 388.

²⁴⁶² Osburg, ZBB 2019, 384, 388.

²⁴⁶³ Osburg, ZBB 2019, 384, 388; Meller-Hanrich/Höland, Gutachten zur Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, Angewandte Wissenschaft, Heft 523, S. 31.

²⁴⁶⁴ → Rn. 107 ff.

²⁴⁶⁵ Zur Abtretbarkeit von Schadensersatzansprüchen wegen Datenschutzverletzungen zutreffend LG Essen GRUR-RS 2021, 31764 Rn. 36 f. – Kein immaterieller Schadensersatzanspruch bei Verlust eines USB-Sticks mit sensiblen personenbezogenen Daten auf dem Postweg; hierzu Skupin, GRUR-Prax 2021, 687; Heinze/Storkenmaier, CR 2021, 299 Rn. 25; Schefzig/Rothkegel/Cornelius, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. 2021, Kap. 16 Rn. 196; Hellgardt, ZEuP 2022, 7, 33; gegen eine Abtretbarkeit wenig überzeugend AG Hannover BeckRS 2019, 43221; Spittka, IPRB 2021, 24, 26.

durchsetzen und anschließend auskehren (Inkassoession).²⁴⁶⁶ Wie bereits ausgeführt, fällt diese Konstellation unter § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 i. V. m. Abs. 1 S. 2 ZPO. Hierdurch wird auf materiell-rechtlicher Ebene eine Bündelung vorgenommen („unechte Sammelklage“; ähnlich die „Sammelklage österreichischer Prägung“²⁴⁶⁷).²⁴⁶⁸ Als Anspruchsinhaber können die Verbände aus eigenem Recht gegen die Verantwortlichen vorgehen.²⁴⁶⁹ Von Vorteil für den Betroffenen ist, dass sie am Verfahren nicht direkt beteiligt sind.²⁴⁷⁰ Die Frage, ob der Verbrauchergerichtsstand bei einer Abtretung an den Verband erhalten bleibt, wurde bereits an früherer Stelle angesprochen.²⁴⁷¹

Daneben stellt sich die Frage, welche Grenzen das Rechtsdienstleistungsgesetz außergerichtlich einem solchen Vorgehen setzt. Nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG sind Rechtsdienstleistungen erlaubt, die Verbraucherzentralen und andere mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände im Rahmen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs erbringen. Insoweit stellt die Norm keine besonderen Anforderungen an den außergerichtlichen Erwerb einer Forderung durch die Zession des Verbrauchers.²⁴⁷² Die Inkassoession ist damit allenfalls für spezialisierte Dienstleister²⁴⁷³ problematisch, nicht aber als Mittel des Kollektivrechtsschutzes für Verbände nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG.²⁴⁷⁴ Art. 80 Abs. 1 DS-GVO enthält für die dort genannten Verbände im Übrigen eine Erlaubnis nach § 3 RDG.²⁴⁷⁵ Grundsätzlich steht Art. 80 Abs. 1

848

²⁴⁶⁶ Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 253; Althammer, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor §§ 50-58 ZPO Rn. 55; Blagojevic, Die effektive Durchsetzung kapitalmarktrechtlicher Ansprüche mittels Gruppenklage, 2020, S. 33; Heinzke/Storkenmaier, CR 2021, 299 Rn. 16; denkbar ist auch eine Einziehungsermächtigung, vgl. Nordholtz, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 1 Rn. 71.

²⁴⁶⁷ Vgl. § 227 Abs. 1 der österreichischen ZPO („Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie nicht zusammenzurechnen sind (§ 55 JN), in derselben Klage geltend gemacht werden, wenn für sämtliche Ansprüche 1. das Prozessgericht zuständig und 2. dieselbe Art des Verfahrens zulässig ist.“); vgl. Althammer, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 79 ZPO Rn. 8.

²⁴⁶⁸ Kocher, in: Brömmelmeyer, Die EU-Sammelklage, 2013, S. 71, 78; Paulus, NJW 2018, 987, 989; Althammer, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 79 ZPO Rn. 8.

²⁴⁶⁹ Jotzo, ZZPInt 22 (2017), 225, 253.

²⁴⁷⁰ Nordholtz, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 1 Rn. 71.

²⁴⁷¹ → Rn. 186.

²⁴⁷² BGH NJW 2013, 3580 Rn. 43 – Verteilung der Abschlusskosten einer kapitalbildenden Lebensversicherung; Pickenbrock, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltschaftliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2020, § 8 RDG Rn. 18;

Nemitz, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 9.

²⁴⁷³ Vgl. etwa die Europäische Gesellschaft für Datenschutz mbH; hierzu Kremer/Conrady/Penners, ZD 2021, 128, 132.

²⁴⁷⁴ Althammer, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor §§ 50-58 ZPO Rn. 55; Nemitz, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 9; Kremer/Conrady/Penners, ZD 2021, 128, 132 f.; vgl. aber zum Sammelinkasso BGH NJW 2021, 3046 – „Sammelklage-Inkasso“ als Inkasso, hierzu Schwenker, jurisPR-BGHZivilR 19/2021 Anm. 3; Prütting, EWiR 2021, 549; Thole, BB 2021, 2382; Stadler, RDt 2021, 513; Hellgardt, ZEuP 2022, 7, 33; Sesing-Wagenpfeil/Karaz, EWiR 2022, 77; vgl. ebenso den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Rechtsdienstleistungsrechts, BT-Drs. 19/9527; hierzu Stadler, VuR 2021, 123 und das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, BGBl. I 2021 S. 3415; hierzu Petrasincu/Unsel, RDt 2021, 361; Fries, NJW 2021, 2537; Skupin, jM 2021, 404; Kilian, MDR 2021, 1297.

²⁴⁷⁵ → Rn. 106.

DS-GVO einer Inkassoession der Schadensersatzansprüche für die dort genannten Verbände auch nicht im Weg.²⁴⁷⁶

- 849** Als nachteilig erweist sich, wie auch für die Stellvertretung, der für die Inkassoession erforderliche Aufwand der Verbände.²⁴⁷⁷ Diesem Aufwand steht letztlich auch kein finanzieller Vorteil der Verbände gegenüber.²⁴⁷⁸ In der Praxis kommt dieser Möglichkeit zur Beitreibung der Forderungen durch Verbände daher keine besondere Bedeutung zu.²⁴⁷⁹ Anders sieht es hingegen bei spezialisierten Dienstleistern aus, die vermehrt auf diese Weise Ansprüche gegen Provision geltend machen und im Hintergrund von Prozessfinanzierern unterstützt werden.²⁴⁸⁰ Ob sich solche Anbieter im Datenschutzrecht langfristig etablieren werden, bleibt abzuwarten.

3. Musterfeststellungsklage

- 850** Verbraucherverbände haben immer wieder moniert, dass sie zwar Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend machen können, jedoch waren die Möglichkeiten, Schäden der Verbraucher zu liquidieren, sehr beschränkt.²⁴⁸¹ Konkret geht es um Streuschäden, die eine Vielzahl von geschädigten Verbrauchern betreffen.²⁴⁸² Durch die mittlerweile erfolgte Einführung der Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO) soll die Rechtsdurchsetzung entgegen der „rationalen Apathie“ der Geschädigten in diesen Fällen ermöglicht bzw. vereinfacht werden.²⁴⁸³ Von Musterverfahren²⁴⁸⁴ unterscheidet sich die Musterfeststellungsklage dadurch, dass sich die feststellende Bindungswirkung nach Maßgabe des § 613 ZPO auch auf die Rechtsfragen erstreckt und nicht nur die Beweisaufnahme erleichtert wird.²⁴⁸⁵
- 851** Anders als die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten in UKlaG, UWG, GWB und KapMuG ist sie auch nicht auf bestimmte Bereiche des Zivilrechts beschränkt.²⁴⁸⁶

²⁴⁷⁶ Vgl. *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563, 2565; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 1; *Ambrock/Karg*, in: von dem Busche/Voigt, Konzerndatenschutz, 2. Aufl. 2019, Teil 8 Rn. 114; *Mantz/Marosi*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 3 Rn. 248; *Becker*, in: Plath, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 80 DS-GVO Rn. 2; *Pato*, in: Cadiet/Hess/Requejo Isidro, Privatizing Dispute Resolution, 2019, S. 131, 136; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.98.

²⁴⁷⁷ BT-Drs. 19/2439, S. 15; *Osburg*, ZBB 2019, 384, 388; *Keßler*, ZRP 2016, 2, 3; *Metz*, VuR 2018, 281, 281; *Gurkmann*, DJT 2018, Bd. II/1, K9, K11 f.; *Gurkmann*, in: Schäfer, Der Gesetzesentwurf zur „Musterfeststellungsklage“, S. 46, 48 f.

²⁴⁷⁸ *Nordholtz*, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 1 Rn. 72.

²⁴⁷⁹ *Osburg*, ZBB 2019, 384, 388.

²⁴⁸⁰ Vgl. *Blagojevic*, Die effektive Durchsetzung kapitalmarktrechtlicher Ansprüche mittels Gruppenklage,

2020, S. 33; *Gsell*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. K 40; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 299 Rn. 17.

²⁴⁸¹ *Gurkmann*, in: Schäfer, Der Gesetzesentwurf zur „Musterfeststellungsklage“, S. 46, 48.

²⁴⁸² *Osburg*, ZBB 2019, 384, 387; *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7, 31 f.

²⁴⁸³ BT-Drs. 19/2507, S. 1, 13; *Gola/Klug*, NJW 2019, 2587, 2587; ausführlich *Nordholtz*, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 1 Rn. 7 ff.; kritisch *Stadler*, VuR 2018, 83, 84; *Podszan/Busch/Henning-Bodewig*, GRUR 2018, 1004, 1007; zur Frage, ob § 606 ZPO eine Doppelnatur als Aktivlegitimation und Klagebefugnis zukommt *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 137 ff.

²⁴⁸⁴ Vgl. zum Verwaltungsprozessrecht § 93a VwGO

²⁴⁸⁵ *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 312.

²⁴⁸⁶ BT-Drs. 19/2507, S. 15; *Gluding*, Kollektiver und

Speziell im Bereich des Datenschutzrechts findet sie – anders als die Möglichkeit von Geldbußen – derzeit jedoch keinen nennenswerten Widerhall in der Praxis, obwohl die finanziellen Risiken durch die Breitenwirkung der Musterfeststellungsklagen hinsichtlich der Schadensersatzansprüche der Betroffenen nicht unbeachtlich sein können, auch wenn die deutschen Gerichte meist nur zögerlich immaterielle Schäden bei Datenschutzverletzungen bejahen.²⁴⁸⁷

a. Verhältnis der Musterfeststellungsklage zu sonstigen Verbandsklagemöglichkeiten

aa. Datenschutzverbandsklage nach Art. 80 DS-GVO

Nachdem mehrere Möglichkeiten für Verbände bestehen, datenschutzrechtliche Ansprüche nach Art. 80 DS-GVO geltend zu machen, stellt sich die Frage der Abgrenzung. Zu klären ist zunächst, wie sich die Musterfeststellungsklage zur DS-GVO verhält. Soweit Feststellungen im Zusammenhang mit Schadensersatz wegen Datenschutzverstößen begehrt wird, sind die §§ 606 ff. ZPO nach einer Auffassung eine taugliche Ausnutzung der Öffnungsklausel des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO.²⁴⁸⁸ Das liegt auf den ersten Blick aufgrund der notwendigen Anmeldung des Verbrauchers nach § 608 ZPO nahe, denn Art. 80 Abs. 1 DS-GVO setzt ebenso einen Auftrag voraus.²⁴⁸⁹ Dieser Norm kann jedoch nach hier vertretener Auffassung nur eine Regelung zur Prozessvertretung und Postulationsfähigkeit entnommen werden,²⁴⁹⁰ was nicht zur Klage aus eigenem Recht der qualifizierten Einrichtung im Rahmen der Musterfeststellungsklage²⁴⁹¹ passt.

Die Möglichkeit der Verbandsklage wird deshalb auch auf Art. 80 Abs. 2 DS-GVO gestützt.²⁴⁹² Teils wird diametral aus Art. 80 Abs. 2 DS-GVO die Unstatthaftigkeit einer

852

853

überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 125.

²⁴⁸⁷ *Gola/Klug*, NJW 2019, 2587, 2587; *Kühling/Sackmann*, DuD 2019, 347, 347; *Kremer/Conrad/Penners*, ZD 2021, 128, 132; zurückhaltend *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7, 31 f. („eher schwerfälliges Verfahren“).

²⁴⁸⁸ *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 10a.

²⁴⁸⁹ *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 12; *Mantz/Marosi*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 3 Rn. 248; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 10a; wohl auch *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 475, 477.

²⁴⁹⁰ → Rn. 107 ff.

²⁴⁹¹ *Röthemeyer*, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl.

2020, § 606 ZPO Rn. 31.

²⁴⁹² *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 11.99; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 80 DS-GVO Rn. 31 ff.; *Heigl/Normann*, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 2 Rn. 59; wohl auch *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 440; *Amam*, in: DSRITB 2019, S. 101, 108; Möglichkeit der Musterfeststellungsklage jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage ablehnend *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 475, 477, wobei letztere Ansicht die Möglichkeit der unionsrechtskonformen Auslegung zu Unrecht verneinen, vgl. *Keppeler*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 12.

Musterfeststellungsklage bei Schadensersatzansprüchen nach Art. 82 DS-GVO hergeleitet, da die Norm Schadensersatzansprüche nicht erwähne.²⁴⁹³ Letzteres ist jedoch a priori unzutreffend, da unter Art. 80 Abs. 2 DS-GVO auch der Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO als Recht des Betroffenen zu subsumieren ist.²⁴⁹⁴

- 854** Richtigerweise dürfte Art. 80 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 DS-GVO die richtige Grundlage für die Feststellung sein, dass die Musterfeststellungsklage im Datenschutzbereich unproblematisch ist. Hierfür spricht maßgeblich Erwägungsgrund 142 S. 3, wonach Verbänden „unabhängig vom Auftrag einer betroffenen Person nicht gestattet werden [kann], im Namen einer betroffenen Person Schadensersatz zu verlangen.“. Verbände können hiernach also aus eigenem Recht Schadensersatz verlangen (Abs. 2), wenn ein entsprechender Auftrag (Abs. 1) der Betroffenen vorliegt. In der Registrierung der Verbraucher dürfte eine entsprechende Auftragserteilung liegen.²⁴⁹⁵ Aufgrund der Zulässigkeit einer Teilumsetzung können zudem auch bloße Feststellungsklagen hierunter fallen. Der Kreis der im Rahmen einer Musterfeststellungsklage klagebefugten Verbände hat sich folgerichtig unionsrechtskonform an Art. 80 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 DS-GVO zu orientieren.²⁴⁹⁶

bb. Verbandsklage nach dem UWG

- 855** Das Verhältnis der Musterfeststellungsklage zum UWG wurde bisher wenig beleuchtet.²⁴⁹⁷ Als problematisch erweist sich die bisweilen weite Auslegung des Beseitigungsanspruchs aus § 8 Abs. 1 S. 1 Var. 1 UWG, welcher nach umstrittener Auffassung auch direkt auf Rückzahlung unrechtmäßig vereinnahmter Einnahmen aufgrund unwirksamer AGB gerichtet sein kann.²⁴⁹⁸ Das könnte zu einem Konflikt mit der Musterfeststellungsklage führen. Nachdem die Ansprüche aus den §§ 8 ff. UWG ansonsten aber nicht dem individuellen Verbraucher dienen und diese auch Ansprüche aus dem UWG nicht durchsetzen können, scheidet ein Konflikt aus.²⁴⁹⁹ Nichts anderes wird sich aus § 9 Abs. 2 UWG n. F. ergeben, denn hierbei handelt es sich lediglich um einen Schadensersatzanspruch, der keine Breitenwirkung zeitigt.

cc. Verbandsklage nach dem UKlaG und der Verbandsklagen-RL

- 856** Die Verbandsklage nach UKlaG und die Musterfeststellungsklage verfolgen andere Ziele und haben unterschiedliche Voraussetzungen, weshalb auch hier kein Konflikt

²⁴⁹³ Grewe/Stegemann, ZD 2021, 183, 187.

²⁴⁹⁴ → Rn. 162 ff.

²⁴⁹⁵ A. A. Stadler, in: FS Roth, 2021, S. 539, 555.

²⁴⁹⁶ Stadler, in: FS Roth, 2021, S. 539, 555.

²⁴⁹⁷ Heigl/Normann, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 2 Rn. 65.

²⁴⁹⁸ Ausführlich Osburg, ZBB 2019, 384; vgl. auch → Rn. 676 ff.

²⁴⁹⁹ Heigl/Normann, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 2 Rn. 65; Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, Vorbemerkung vor §§ 606-614 Rn. 5; Württenberger/Freischem, GRUR 2017, 1101, 1103; Tamm, in: Tamm/Tonner/Brönneke, Verbraucherrecht, 3. Aufl. 2020, § 24b Rn. 10; vgl. Schneider, BB 2018, 1986, 1988.

anzunehmen ist.²⁵⁰⁰ Die Verbandsklagen nach der noch umzusetzenden Verbandsklagen-RL gehen durch die Abhilfeklagen deutlich über die Musterfeststellungsklage hinaus.²⁵⁰¹ Gleichwohl bleibt nach Art. 1 Abs. 2 Verbandsklagen-RL der Rückgriff auf die Musterfeststellungsklage möglich.²⁵⁰² So sieht Erwägungsgrund 11 S. 3 vor, dass die Bestimmungen der Verbandsklagen-RL die Mitgliedstaaten „nicht daran hindern, Rechtsvorschriften für Klagen zur Erwirkung von Feststellungsentscheidungen durch ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde zu erlassen.“

b. Schwächen der Musterfeststellungsklage

aa. Feststellung als Klageziel

Die größte Schwäche der Musterfeststellungsklage ist selbstredend, dass sie auf ein Feststellungsurteil gerichtet ist.²⁵⁰³ So könnte bei einem datenschutzrechtlichen Schadensersatzanspruch die Feststellung über Grund und Höhe des Bestehens begehrt werden.²⁵⁰⁴ Eine Vollstreckung aus dieser Entscheidung ist nicht möglich, weshalb der geschädigte Verbraucher den nachgelagerten Weg der Individualklage gerichtet auf Leistung beschreiten muss, wenn der Schädiger die Ansprüche nicht von sich aus erfüllt.²⁵⁰⁵ Die adressierte rationale Apathie lässt sich hierdurch nicht befriedigend abbauen, zumal im Folgeprozess neue Einwendungen durch den Beklagten vorgetragen werden könnten.²⁵⁰⁶ Diesen Nachteil adressiert die Verbandsklagen-RL, die nicht auf eine Feststellung, sondern direkt nach Art. 9 Abs. 1 Verbandsklagen-RL auf Abhilfe in Form der Leistung von Schadensersatz, Reparatur, Ersatzleistung, Preisminderung, Vertragsauflösung oder Erstattung des gezahlten Preises gerichtet ist.²⁵⁰⁷ Der Rückgriff auf die Musterfeststellungsklage kann dennoch bei Lebenssach-

857

²⁵⁰⁰ *Rathmann*, in: Saenger, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 606 ZPO Rn. 3; *Heigl/Normann*, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 2 Rn. 64; *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, Vorbemerkung vor §§ 606-614 Rn. 5; *Joachimsthaler/Walker*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 1 UKlaG Rn. 4a; *Waßsmuth/Dörfler* in: Asmus/Waßsmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, Einl. ZPO Rn. 51.

²⁵⁰¹ *Lühmann*, NJW 2019, 570, 572.

²⁵⁰² *Lühmann*, NJW 2019, 570, 572; *Voit*, JR 2022, 77, 78; ein Änderungsbedarf ist freilich zu erkennen, soll die Musterfeststellungsklage den Ansprüchen des Unionsrechts genügen, vgl. *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 292; *Domej*, ZEuP 2019, 446, 449 f.; *Meller-Hannich/Krausbeck*, DAR-Extra 2018, 721, 724; *Scherber*, in: Asmus/Waßsmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 4.

²⁵⁰³ *Osburg*, ZBB 2019, 384, 387; *Grewé/Stegemann*, ZD 2021, 183, 186; *Wambach/Dressel*, ZIP 2021, 1149, 1150; *Hakenberg*, NJOZ 2021, 673, 674; vgl. allgemein *Leipold*, in: FS Roth, 2021, S. 417, 425 f.

²⁵⁰⁴ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 69; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 299 Rn. 35; **a. A.** hinsichtlich der Höhe des Schadensersatzanspruchs *Geissler/Ströbel*, NJW 2019, 3414, 3416 unter Verweis auf BGH NZG 2008, 592; LG Stuttgart BeckRS 2017, 118702.

²⁵⁰⁵ *Osburg*, ZBB 2019, 384, 387; *Meller-Hannich*, NJW-Beil 2018, 29, 31.

²⁵⁰⁶ *Osburg*, ZBB 2019, 384, 387; *Halfmeier*, ZRP 2017, 201, 203; *Althammer*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor §§ 50-58 ZPO Rn. 55; *Meller-Hannich*, NJW-Beil 2018, 29, 30 f.

²⁵⁰⁷ → Rn. 872.

verhalten sinnvoll sein, die zu individuell oder komplex sind, um über die Verbandsklage geltend gemacht zu werden.²⁵⁰⁸ Die Musterfeststellungsklage hat also auch angesichts der Verbandsklagen-RL nicht „ausgedient“²⁵⁰⁹.

bb. Beschränkung auf das Verhältnis B2C

- 858** Eine weitere Einschränkung ist – wie bei der Verbandsklagen-RL – die Begrenzung der Durchsetzungsmöglichkeit auf das B2C-Verhältnis.²⁵¹⁰ Dies war im ursprünglichen Referentenentwurf noch nicht vorgesehen.²⁵¹¹ Amtspflichtverletzungsverfahren fallen dementsprechend nicht unter die §§ 606 ff. ZPO,²⁵¹² obwohl diese im Datenschutzrecht durchaus denkbar sind.
- 859** Problematischer erscheint aber, dass Art. 82 DS-GVO nicht auf ein B2C-Verhältnis abstellt, sondern auf das Verhältnis des Betroffenen zum Verantwortlichen. Der Anwendungsbereich der DS-GVO ist insoweit weiter.²⁵¹³ Das könnte dazu führen, dass nicht sämtliche Ansprüche in einem Verfahren geltend gemacht werden können.²⁵¹⁴ Es gilt jedoch der prozessuale Verbraucherbegriff des § 29c Abs. 2 ZPO: Verbraucher ist jede natürliche Person, die bei dem Erwerb des Anspruchs oder der Begründung des Rechtsverhältnisses nicht überwiegend im Rahmen ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Zwar hat der Gesetzgeber keinen prozessualen Unternehmerbegriff geschaffen, jedoch muss dementsprechend im Rahmen von § 14 BGB auf das Merkmal des Rechtsgeschäfts verzichtet werden.²⁵¹⁵
- 860** Hierdurch werden deliktische Ansprüche in das Musterfeststellungsverfahren einbezogen, wenn nicht der Geschädigte im Zeitpunkt des Anspruchserwerbs gewerblich oder selbstständig beruflich handelte.²⁵¹⁶ Denkbar ist es in diesem Rahmen somit auch, dass rein deliktische Ansprüche über das Musterfeststellungsverfahren

²⁵⁰⁸ *Lühmann*, NJW 2019, 570, 572; *Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 291; ähnlich *Bruns*, NJW 2018, 2753, 2756; vgl. im Bereich des Datenschutzes *Timmermann*, DÖV 2019, 249, 256 f.

²⁵⁰⁹ *Baus/Patzer/Steger*, Verbraucherschutz auf europäische Art, LTO.de v. 9.7.2020.

²⁵¹⁰ *Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 184; *Waßmuth/Dörfler* in: *Asmus/Waßmuth*, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, Einl. ZPO Rn. 21 ff.

²⁵¹¹ Vgl. *Halfmeier*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 13. Aufl. 2021, Vorbemerkung vor § 606 ZPO Rn. 11; *Waßmuth/Dörfler* in: *Asmus/Waßmuth*, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, Einl. ZPO Rn. 23.

²⁵¹² *Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 185.

²⁵¹³ *Schweiger/Vogt*, CB 2019, 279, 283.

²⁵¹⁴ *Halfmeier*, ZRP 2017, 201, 202; *Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 185 f.

²⁵¹⁵ *Halfmeier*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 606 ZPO Rn. 14; *Lutz*, in: *BeckOK ZPO*, 41. Ed. Stand: 1.7.2021, § 606 ZPO Rn. 13; zweifelnd *Schneider*, BB 2018, 1986, 1989; *Kern*, in: *FS Roth*, 2021, S. 407, 412 f.; auf § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG n. F.) abstellend *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 606 ZPO Rn. 17.

²⁵¹⁶ *BT-Drs 19/2507*, S. 20; *Schneider*, BB 2018, 1986, 1989; *Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 187; *Halfmeier*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 606 ZPO Rn. 11; das zurecht kritisierend *Halfmeier*, ZRP 2017, 201, 202.

geltend gemacht werden.²⁵¹⁷ Entsprechend kommt eine Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs nach Art. 82 DS-GVO in Betracht.

Unternehmer in ihrer Eigenschaft als datenschutzrechtlich Betroffene sind auf einen Individualprozess verwiesen, wobei eine Aussetzung nach § 148 Abs. 2 ZPO in Betracht kommt.²⁵¹⁸ Ihnen kann die Entscheidung in der Musterfeststellungsklage damit jedenfalls faktisch zugutekommen.²⁵¹⁹ Angesichts der nicht zwingend anders gelagerten Interessen von Unternehmern und Verbrauchern scheint die Differenzierung des Anwendungsbereichs der Musterfeststellungsklage unpassend.²⁵²⁰

861

cc. Anforderungen an die Verbände

Ein Blick in § 606 Abs. 1 S. 2 ZPO zeigt, dass die Anforderungen an die Verbände um einiges höher sind als die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO. Lediglich hinsichtlich der Verbraucherzentralen und anderer Verbraucherverbände, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, wird gem. § 606 Abs. 1 S. 4 ZPO das Vorliegen der Voraussetzungen unwiderleglich vermutet („praesumptio iuris“). Es steht daher zu befürchten, dass vielfach über formelle Voraussetzungen der Musterfeststellungsklage gestritten wird.²⁵²¹

862

II. Verhältnis von DS-GVO und Verbandsklagen-RL

DS-GVO und Verbandsklagen-RL waren im Entwurfsstadium offensichtlich nicht aufeinander abgestimmt.²⁵²² Es wurde in der Literatur insoweit davon ausgegangen, dass Art. 80 DS-GVO und die Verbandsklagen-RL nebeneinander bestehen bleiben.²⁵²³ Der europäische Gesetzgeber hat das Verhältnis in der finalen Fassung der Verbandsklagen-RL auch in dieser Weise geklärt: Art. 2 Abs. 2 Verbandsklagen-RL sieht vor, dass die Verbandsklagen-RL die in Anhang I genannten Vorschriften des Unionsrechts oder des nationalen Rechts, mit denen den Verbrauchern für Verstöße gemäß Art. 1 Verbandsklagen-RL vertragliche und außervertragliche Abhilfe zur Verfügung gestellt wird, nicht berührt. So sollen nach Erwägungsgrund 15 „weder die in diesen Rechtsakten festgelegten Begriffsbestimmungen geändert oder erweitert noch ein etwa darin enthaltenes Durchsetzungsverfahren ersetzt werden.“²⁵²⁴ So könnten beispielsweise die in der [DS-GVO] festgelegten oder darauf beruhenden

863

²⁵¹⁷ Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 606 ZPO Rn. 11 f.; Lutz, in: BeckOK ZPO, 43. Ed. Stand: 1.12.2021, § 606 ZPO Rn. 12.

²⁵¹⁸ Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 606 ZPO Rn. 15.

²⁵¹⁹ Halfmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 606 ZPO Rn. 15; Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl. 2020, § 148 ZPO Rn. 3.

²⁵²⁰ Halfmeier, ZRP 2017, 201, 202.

²⁵²¹ Geissler/Ströbel, NJW 2019, 3414, 3416 f.; vgl. etwa BGH NJW 2021, 1014.

²⁵²² Vig, DSGVO und Verbandsklage – Eine (zu) klägerfreundliche Kombination?, zpoblog.de

v. 22.07.2018; *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Zusammenfassung der Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Legislativpaket „Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher“, ABl. 2018/C 432/04.

²⁵²³ Uebele, GRUR 2019, 694, 703; Halfmeier/Rott, VuR 2018, 243, 244.

²⁵²⁴ Heinzke/Storkenmaier, CR 2021, 582 Rn. 23; vgl. Scherber, in: Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 7.

Durchsetzungsmechanismen weiterhin für den Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher genutzt werden, sofern sie anwendbar sind.“. Insoweit wurde vom Unionsgesetzgeber letztlich eine Überschneidung hingenommen.²⁵²⁵

- 864** Nachdem in Deutschland eine zulässige Teilumsetzung des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO erfolgt ist,²⁵²⁶ ist dieser Durchsetzungsmechanismus auch weiterhin anwendbar i. S. d. Erwägungsgrund 15. Keine Probleme bereitet auch Art. 80 Abs. 1 DS-GVO, der bis auf die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch Verbände nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten steht und als Verordnungsbestimmung unmittelbar weitertgilt. Insoweit bleibt es also möglich, dass Verbände die Rechte nach Art. 77 ff. DS-GVO geltend machen dürfen. Wie der deutsche Gesetzgeber die Regelungsspielräume des Art. 80 DS-GVO und mit der Umsetzungspflicht der Verbandsklagen-RL abstimmen wird, bleibt abzuwarten. Es steht zu hoffen, dass der Spielraum des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO hinsichtlich des Klagerechts gemäß *Köhlers* Vorschlag²⁵²⁷ umfassend unter Ergänzung einer Verbandsbeschwerde genutzt wird, zumal – was noch zu zeigen ist – Art. 80 Abs. 2 DS-GVO in mancher Hinsicht deutlich über die Verbandsklagen-RL hinausgeht.

III. Klage- bzw. Antragsbefugnis

- 865** Es ist auffällig, dass die Anforderungen an die qualifizierten Einrichtungen im Rahmen von grenzüberschreitenden Verbandsklagen nach Art. 4 Abs. 3 Verbandsklagen-RL anders sind, als die Anforderungen an die Verbände nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO.²⁵²⁸ Es kann daher sein, dass ein Verband nach Art. 80 DS-GVO tätig werden kann, aber an den Voraussetzungen der Verbandsklagen-RL scheitert. Dieser Umstand wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren vom *Europäischen Datenschutzbeauftragten* kritisiert.²⁵²⁹
- 866** Zunächst stellt Art. 80 Abs. 1 DS-GVO auf Einrichtungen, Organisationen oder Vereinigungen ab. Art. 4 Abs. 3 lit. a Verbandsklagen-RL bezieht sich demgegenüber nur auf juristische Personen. Art. 4 Abs. 3 lit. a Verbandsklagen-RL verlangt, dass die Organisation mindestens 12 Monate lang zum Schutz von Verbraucherinteressen öffentlich tätig gewesen sein muss, während Art. 80 Abs. 1 DS-GVO bei der Tätigkeit im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten eine solche zeitliche Grenze nicht vorsieht.

²⁵²⁵ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 68, 84 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

²⁵²⁶ → Rn. 222.

²⁵²⁷ → Rn. 837.

²⁵²⁸ *Kowollik/Jacquemain*, PinG 2021, 178, 180 f.; vgl. allgemein zu den Anforderungen *Wooopen*, JZ 2021, 601,

606 f.

²⁵²⁹ *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Zusammenfassung der Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Legislativpaket „Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher“, ABl. 2018/C 432/04.

Der erforderliche Satzungszweck nach Art. 4 Abs. 3 lit. b Verbandsklagen-RL stellt auf ein legitimes Interesse am Schutz der Verbraucherinteressen gemäß den in Anhang I bestimmten Rechtsvorschriften der Union ab, wohingegen Art. 80 Abs. 1 DS-GVO pauschaler auf ein „öffentliches Interesse“ rekurriert. **867**

Über den Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO hinaus gehen die Bestimmungen in Art. 4 Abs. 3 lit. d bis f Verbandsklagen-RL. Über die Organisation darf hiernach kein Insolvenzverfahren eröffnet und sie darf nicht für insolvent erklärt worden sein (lit. d), sie muss unabhängig sein (lit. e) und muss bestimmte Transparenzvoraussetzungen erfüllen (lit. f). Die Mitgliedstaaten können öffentliche Stellen zudem nach Art. 3 Abs. 7 S. 1 Verbandsklagen-RL als qualifizierte Einrichtung benennen. **868**

Für rein innerstaatliche Verbandsklagen bleibt es demgegenüber bei Art. 4 Abs. 4 Verbandsklagen-RL: Hiernach stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Kriterien, die sie für die Benennung einer Organisation als qualifizierte Einrichtung für die Zwecke der Erhebung innerstaatlicher Verbandsklagen heranziehen, mit den Zielen dieser Richtlinie im Einklang stehen, um ein wirksames und effizientes Funktionieren dieser Verbandsklagen zu gewährleisten. Entsprechend ist es den Mitgliedstaaten erlaubt, weniger strenge Maßnahmen zu treffen.²⁵³⁰ Es sollte daher in Übereinstimmung mit der gerade genannten Kritik des Europäischen Datenschutzbeauftragten seitens des Gesetzgebers insoweit über eine Anlehnung an die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO nachgedacht werden, um die aufgezeigten Inkonsistenzen zu vermeiden. Jedenfalls erscheint es naheliegend, dass die Anforderungen an innerstaatliche Verbandsklagen nicht strenger sein sollten, als die Anforderungen an grenzüberschreitende Verbandsklagen, um ausländische Einrichtungen nicht zu bevorzugen.²⁵³¹ **869**

Nach Art. 4 Abs. 6 Verbandsklagen-RL steht es den Mitgliedstaaten bei innerstaatlichen Verbandsklagen frei, qualifizierte Einrichtungen ad hoc zu benennen.²⁵³² Im Rahmen von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ist das nicht möglich, da die Gerichte im Einzelfall die Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO zu prüfen haben, insbesondere findet dort keine Eintragung in ein Register bzw. Verzeichnis der klagebefugten Verbände statt. **870**

IV. Klage- bzw. Antragsgegner

Eine Teilumsetzung des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO in UWG und UKlaG liegt darin begründet, dass Verbände bei rein hoheitlichen Tätigkeiten keine Rechtsbehelfe einlegen können.²⁵³³ Hieran wird sich auch durch die Verbandsklagen-RL nichts ändern. Der Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt sich auf die Ahndung von bestimm-

²⁵³⁰ *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 29; *Scherber*, in: *Asmus/Waßmuth*, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 11.

²⁵³¹ *Voit*, JR 2022, 77, 78.

²⁵³² *Scherber*, in: *Asmus/Waßmuth*, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 13.

²⁵³³ → Rn. 219 ff.

ten Verstößen durch Unternehmer. Unternehmer ist nach Art. 3 Nr. 2 Verbandsklagen-RL jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob letztere privater oder öffentlicher Natur ist, die selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Die Definition zeigt, dass öffentlich-rechtlich verfasste juristische Personen im Rahmen ihrer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit umfasst sind, aber ein rein hoheitliches Handeln nicht durch die qualifizierten Stellen verfolgbar ist. Insoweit sollte im Rahmen von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO überlegt werden, ob nicht eine Erweiterung der Verbandsklage oder zumindest eine Verbandsbeschwerde eingeführt werden sollte.

V. Rechtsschutzziel

1. Abhilfe

a. Sachlicher Anwendungsbereich der Abhilfeentscheidung

872 Die Art. 7 Abs. 4 lit. b, 9 Verbandsklagen-RL sehen im Rahmen sog. „Abhilfemaßnahmen“ vor, dass die Mitgliedstaaten für qualifizierte Einrichtungen die Möglichkeit vorsehen müssen, Verbandsklagen zur Erwirkung eines Abhilfebeschlusses erheben zu können. Hierdurch soll der Unternehmer je nach Sachlage verpflichtet werden, unter anderem Schadensersatz, Reparatur, Ersatzleistung, Preisminderung, Vertragsauflösung oder Erstattung des gezahlten Preises zu leisten. Die Aufzählung erscheint abschließend.²⁵³⁴ Nach Art. 9 Abs. 6 Verbandsklagen-RL stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Verbraucher aufgrund einer Abhilfeentscheidung Anspruch darauf haben, dass ihnen die in diesen Abhilfeentscheidungen vorgesehene Abhilfe zugutekommt, ohne eine gesonderte Klage erheben zu müssen, wobei sich dem gerichtlichen Verfahren noch ein Abhilfeverfahren (v. a. zur individuellen Bestimmung der Höhe eines Schadensersatzanspruchs) anschließen kann.²⁵³⁵

b. Abhilfe für Schadensersatz im Bereich Datenschutz

873 Es wäre damit erstmals vorgesehen, dass (objektive) Verbandsklagen direkt auf Schadensersatz gerichtet sind.²⁵³⁶ Somit ist es möglich, den Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO mittels Verbandsklage zu verfolgen.²⁵³⁷ Auch Schadensersatzansprüche aufgrund von Verstößen gegen Umsetzungsvorschriften der ePrivacy-RL

²⁵³⁴ *Vollkommer*, MDR 2021, 129 Rn. 37; *Lühmann*, ZIP 2021, 824, 827; wohl auch *Wambach/Dressel*, ZIP 2021, 1149, 1150; **a. A.** *Röthemeyer*, VuR 2021, 43, 49.

²⁵³⁵ *Vollkommer*, MDR 2021, 129 Rn. 53 ff.; *Röthemeyer*, VuR 2021, 43, 50; *Lühmann*, ZIP 2021, 824, 829 f.; *Hakenberg*, NJOZ 2021, 673, 677.

²⁵³⁶ *D. Baetge*, in: *Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger*, jurisPK-BGB, 9. Aufl. Stand: 24.1.2022, § 1 UKlaG Rn. 20; *Lühmann*, ZIP 2021, 824, 827 f.; *Hakenberg*, NJOZ 2021, 673, 677; *Scherber*, in: *Asmus/Waßmuth*, Kollektive Rechtsdurchsetzung,

2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 24; vgl. auch *Vollkommer*, MDR 2021, 129 Rn. 74.

²⁵³⁷ Vgl. *Halfmeier/Rott*, VuR 2018, 243, 245; *Grewe/Stegemann*, ZD 2021, 183, 184; *Paal/Aliprandi*, ZD 2021, 241, 246; *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 22; *Ruscheimer*, MMR 2021, 942, 944; *Herbrich*, GRUR Int. 2022, 78, 81; *Benecke/Spiecker gen. Döhmann*, in: *Terhechte*, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 23 Rn. 84a.

sind umfasst. Von Bedeutung ist zudem der neue Schadensersatzanspruch für Verbraucher nach § 9 Abs. 2 UWG n. F. Auch wenn dieser Anspruch nicht an alle lauterkeitsrechtlichen Verbote anknüpft (insbesondere nicht § 3a UWG), gibt es zahlreiche Anknüpfungspunkte für originäre Lauterkeitsrechtsverstöße durch Datenschutzverstöße,²⁵³⁸ sodass ein Anspruch der betroffenen Verbraucher auch insoweit für eine Durchsetzung durch eine Verbandsklage in Betracht kommt.²⁵³⁹

c. Abweichungen von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO

Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ermöglicht es demgegenüber nicht, ohne Auftrag der Betroffenen Schadensersatzansprüche durchzusetzen. Ähnliches gilt auch in der Verbandsklagen-RL. Nach Art. 6 Abs. 2 Verbandsklagen-RL muss die qualifizierte Einrichtung dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde gegenüber hinreichende Angaben zu den von der Verbandsklage betroffenen Verbrauchern machen. Daneben haben die Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 2 Verbandsklagen-RL Vorschriften dazu festzulegen, auf welche Weise und in welchem Stadium einer Verbandsklage auf Abhilfeentscheidungen, die einzelnen von einer Verbandsklage betroffenen Verbraucher nach Erhebung der Verbandsklage innerhalb einer angemessenen Frist ausdrücklich oder stillschweigend ihren Willen äußern können. Das gilt auch für die Frage, ob sie durch die qualifizierte Einrichtung im Rahmen der Verbandsklage auf Abhilfeentscheidungen repräsentiert werden und an das Ergebnis der Verbandsklage gebunden sein wollen. Gleichwohl sieht Art. 8 Abs. 5 Verbandsklagen-RL vor, dass nicht in jedem Fall einzelne Verbraucher aufzuführen sind, sondern auch die Festlegung zumindest einer Gruppe von Verbrauchern ausreicht, die einen Anspruch auf Abhilfe hat.

874

2. Unterlassung

Neben einer Abhilfeentscheidung müssen die Mitgliedstaaten auch Unterlassungsentscheidungen vorsehen, Art. 7 Abs. 4 lit. a, 8 Verbandsklagen-RL. Auf ein Verschulden des Unternehmers kommt es nicht an, vgl. Art. 7 Abs. 3 S. 2 Verbandsklagen-RL.²⁵⁴⁰ Entscheidungen müssen im einstweiligen Rechtsschutz getroffen werden können, Art. 7 Abs. 1 lit. a Verbandsklagen-RL.²⁵⁴¹ Ein vorbeugendes Verbot muss möglich sein, denn der Anwendungsbereich umfasst auch Verstöße, welche die Kollektivinteressen zu beeinträchtigen drohen, Art. 2 Abs. 1 S. 1 Verbandsklagen-RL.²⁵⁴² Hiervon spricht auch Erwägungsgrund 40 S. 2, wonach zu den einstweiligen Verfügungen auch Entscheidungen zählen, die darauf abzielen, eine Praktik zu verbieten, die noch nicht durchgeführt wurde, bei der jedoch die Gefahr besteht, dass sie zu

875

²⁵³⁸ → Rn. 572 ff.

²⁵³⁹ Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 76 ff.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 9 UWG n. F. Rn. 2.36; Alexander, GRUR 2021, 1445, 1452 f.; Rauer/Shchavalev, GRUR-Prax 2022, 35, 37 f.

²⁵⁴⁰ Augenhöfer, NJW 2021, 113 Rn. 21; Stadler, in: Müller-Graf, Europäisches Binnenmarkt- und Wirt-

schaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 57; Scherber, in: Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 26.

²⁵⁴¹ Hierzu Henke, VuR 2021, 137.

²⁵⁴² Vgl. Lüthmann, NJW 2019, 570, 571.

schweren oder irreversiblen Schäden für die Verbraucher führen könnte.²⁵⁴³ Keine Probleme bereitet damit – anders als im Rahmen von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO – das Ziel der (vorbeugenden) Unterlassung.²⁵⁴⁴

- 876** Die Mitgliedstaaten können zudem die Verpflichtung vorsehen, die gerichtliche Entscheidung im vollständigen Wortlaut oder in Auszügen in einer vom Gericht oder von der Verwaltungsbehörde für angemessen erachteten Form zu veröffentlichen oder die Verpflichtung, eine berichtigende Erklärung zu veröffentlichen.²⁵⁴⁵ Ein Folgenbeseitigungsanspruch ist damit nicht verbunden,²⁵⁴⁶ sondern letztlich eine Form der Veröffentlichungsbefugnis, vergleichbar mit § 7 UKlaG und § 12 Abs. 2 UWG. Der Rückgriff auf § 8 Abs. 1 S. 1 Var. 1 UWG bleibt jedoch angesichts Art. 1 Abs. 2 Verbandsklagen-RL unberührt.
- 877** Im Unterschied zur Abhilfeentscheidung müssen nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 Verbandsklagen-RL einzelne Verbraucher nicht ihren Willen äußern, sich durch diese qualifizierte Einrichtung repräsentieren zu lassen. Es reicht vielmehr aus, dass die Verstöße Verbraucher betreffen.²⁵⁴⁷ Die qualifizierten Einrichtungen klagen daher aus eigenem Recht.²⁵⁴⁸ Insoweit gleicht die Verbandsklagen-RL dem Art. 80 Abs. 2 DS-GVO, welcher nach zutreffender Auslegung nicht verlangt, dass individuelle Betroffene benannt werden müssen.²⁵⁴⁹

VI. Schutz des Datenschutzrechts

1. Keine umfassende Kontrolle datenschutzrechtlicher Bestimmungen nach DS-GVO und Verbandsklagen-RL

- 878** Art. 80 Abs. 2 DS-GVO beschränkt die kollektive Durchsetzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen in sachlicher Hinsicht auf „die Rechte einer betroffenen Person“.²⁵⁵⁰ Hierunter sind nach der hier vertretenen Auffassung sämtliche Rechtspositionen des Betroffenen – auch außerhalb des Kapitels III der DS-GVO – zu verstehen.²⁵⁵¹ Art. 2 Abs. 1 S. 1 Verbandsklagen-RL stellt demgegenüber darauf ab, ob Verstöße durch Unternehmer „die Kollektivinteressen der Verbraucher beeinträchtigen oder zu beeinträchtigen [sic!] drohen“. Kollektivinteressen werden gem. Art. 3 Nr. 3 Verbandsklagen-RL als das allgemeine Interesse der Verbraucher und, insbesondere im Hinblick auf Abhilfeentscheidungen, die Interessen einer Gruppe von Verbrauchern definiert. Es geht letztlich um das Interesse mehrerer und nicht nur einzelner Verbraucher.²⁵⁵²

²⁵⁴³ Scherber, in: Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 25.

²⁵⁴⁴ → Rn. 174 ff.

²⁵⁴⁵ Halfmeier/Rott, VuR 2018, 243, 244 f. kritisieren, dass die Schaffung dieser Klageziele nur optional ist.

²⁵⁴⁶ → Rn. 823.

²⁵⁴⁷ Hakenberg, NJOZ 2021, 673, 676; Scherber, in: Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 26.

²⁵⁴⁸ Lüthmann, ZIP 2021,824, 827; Hakenberg, NJOZ 2021, 673, 676 f.

²⁵⁴⁹ → Rn. 202 ff.

²⁵⁵⁰ → Rn. 200 f.

²⁵⁵¹ → Rn. 162 ff.

²⁵⁵² Halfmeier/Rott, VuR 2018, 243, 244; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a

Nach Erwägungsgrund 14 S. 1 soll die Verbandsklagen-RL „Verstöße gegen die in Anhang I genannten Bestimmungen des Unionsrechts abdecken, soweit diese Bestimmungen dem Schutz der Interessen der Verbraucher dienen, unabhängig davon, ob diese Verbraucher darin als Verbraucher, als Reisende, Nutzer, Kunden, Kleinanleger, Einzelinvestoren, Datensubjekte oder anderweitig bezeichnet werden.“²⁵⁵³ An der Einschränkung „soweit diese Bestimmungen dem Schutz der Interessen der Verbraucher dienen“ zeigt sich nach hier vertretener Auffassung, dass nicht sämtliche Normen der DS-GVO von der Verbandsklagen-RL umfasst sind.²⁵⁵⁴ Es wäre demnach für jede Norm separat herauszuarbeiten, ob sie dem Schutz der Interessen von Verbrauchern dient. Dabei ist es unerheblich, ob von einer betroffenen Person die Rede ist. Es kommt daher auf die Schnittmenge von Verbraucher- und Betroffeneneneigenschaft an.²⁵⁵⁵

879

Nach anderer, weitergehender Auffassung sei die gesamte DS-GVO möglicher Anknüpfungspunkt für eine Verbandsklage.²⁵⁵⁶ Das wird aus Erwägungsgrund 16 S. 1 der Verbandsklagen-RL abgeleitet, wonach „[z]ur Vermeidung von Unklarheiten [...] der Anwendungsbereich dieser Richtlinie in Anhang I so genau wie möglich gefasst werden [sollte].“²⁵⁵⁷ Nachdem pauschal auf die DS-GVO verwiesen wird, könne keine weitere Einschränkung erfolgen.²⁵⁵⁸ Selbst die Vertreter dieser weiten Auffassung erkennen aber gleichzeitig an, dass Erwägungsgrund 16 im Übrigen selbst zwischen verbraucherschützenden und sonstigen Bestimmungen differenziert, selbst wenn in Anhang I eine pauschale Bezugnahme auf einen Rechtsakt erfolgt.²⁵⁵⁹ Es ist nicht ersichtlich, warum gerade beim Datenschutzrecht etwas anderes gelten soll. Für Verstöße ohne Verbraucherschutzbezug bleibt es daher nach hiesiger Auffassung bei einer Beschwerdemöglichkeit bzw. – nachdem der deutsche Gesetzgeber keine Verbandsbeschwerde i. S. d. Art. 80 Abs. 2 DS-GVO vorsieht – einer Prüfungsanregung der Datenschutzaufsichtsbehörden.

880

In jedem Fall sollten die Rechte der betroffenen Personen i. S. v. Art. 80 DS-GVO als Interesse der Verbraucher anerkannt sein.²⁵⁶⁰ Bei Verstößen gegen Art. 6 Abs. 1 DS-GVO steht den Betroffenen bzw. den Verbänden ein Unterlassungsanspruch nach Art. 79 f. DS-GVO zu, weshalb nichts anderes für die Verbandsklage gelten kann. Ob der Kreis noch weiter zu ziehen ist, ist unklar. Nachdem die Verbandsklagen-RL im

881

UWG Rn. 1.40j; zur Frage, ob eine Mindestanzahl an Verbrauchern betroffen sein muss *Augenhofer*, NJW 2021, 113 Rn. 7; vgl. auch *Gsell*, BKR 2021, 521, 524, die für die Mitgliedstaaten aufgrund des *effet utile* keine autonome Entscheidung für Quoren sieht, anders insoweit *Scherber*, in: *Asmus/Waßmuth*, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 6 für ein Ermessen der Mitgliedstaaten.

²⁵⁵³ Vgl. hierzu *Augenhofer*, NJW 2021, 113 Rn. 12.

²⁵⁵⁴ Ebenso *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG Rn. 1.40j.

²⁵⁵⁵ Vgl. Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 84 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

²⁵⁵⁶ *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 39.

²⁵⁵⁷ *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 39.

²⁵⁵⁸ *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 39.

²⁵⁵⁹ *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 582 Rn. 39 Fn. 35.

²⁵⁶⁰ → Rn. 158 ff.

Rahmen der Abhilfeentscheidungen auch auf Schadensersatz gerichtet ist, sollte jedenfalls im Rahmen des Schadensersatzanspruchs Art. 82 DS-GVO umfasst sein, wenn ein Verbraucher betroffen ist. Im Rahmen dieses Schadensersatzanspruchs ist es unerheblich, aufgrund welchen Verstoßes dem Anspruchsberechtigten ein Schaden entstanden ist.²⁵⁶¹ Damit können auch Schäden durch Verletzung objektiven Datenschutzrechts liquidiert werden.

2. Engerer persönlicher Anwendungsbereich der Verbandsklagen-RL

- 882** Insoweit zeigt sich aber auch, dass die Verbandsklagen-RL im persönlichen Anwendungsbereich, anders als in der DS-GVO, enger gefasst ist, da Unternehmer in ihrer Eigenschaft als natürliche Person nicht geschützt sind.²⁵⁶² Das stellt Erwägungsgrund 14 S. 2 nochmals heraus: „Diese Richtlinie sollte jedoch die Interessen natürlicher Personen, die durch solche Verstöße Schaden erlitten haben oder denen dies droht, nur dann schützen, wenn diese Personen Verbraucher gemäß dieser Richtlinie sind. Verstöße, die natürliche Personen, die gemäß dieser Richtlinie als Unternehmer anzusehen sind, schädigen, sollten nicht unter diese Richtlinie fallen.“
- 883** Unabhängig davon verwehrt die Verbandsklagen-RL es den Mitgliedstaaten aber auch nicht, Verbandsklagen sachlich weitergehend auf andere Bereiche zu erstrecken.²⁵⁶³ Die Mitgliedstaaten sollten – so Erwägungsgrund 18 S. 1 – weiterhin befugt sein, Bestimmungen der Verbandsklagen-RL auf Bereiche anzuwenden, die nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen. Beispielsweise sollten die Mitgliedstaaten nationale Rechtsvorschriften, die den Bestimmungen der Verbandsklagen-RL entsprechen, für Streitigkeiten, die nicht in den Anwendungsbereich von Anhang I fallen, beibehalten oder einführen können, Erwägungsgrund 18 S. 2. Möchten die Mitgliedstaaten also den Anwendungsbereich auf die Verarbeitung von Nichtverbraucherdaten erweitern, steht jedenfalls die Verbandsklagen-RL dem nicht entgegen. Gleichwohl wird in diesem Fall Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zu beachten sein.

VII. Fazit

- 884** Es ist zu erwarten, dass aufgrund der bloßen Teilumsetzung des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO die Verbände – soweit sie die strengeren Anforderungen der Verbandsklagen-RL erfüllen – bevorzugt auf die Umsetzungsbestimmungen der Verbandsklagen-RL zurückgreifen werden, da die Überprüfungsmöglichkeiten im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage ungleich größer sind.²⁵⁶⁴ Gleichwohl eröffnet Art. 80 Abs. 2 DS-GVO über die Verbandsklagen-RL hinausgehende Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung

²⁵⁶¹ → Rn. 239.

²⁵⁶² Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 82, 84 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.; vgl. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a UWG

Rn. 1.40j.

²⁵⁶³ *Scherber*, in: *Asmus/Waßmuth*, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, RL (EU) 2020/1828 Rn. 5.

²⁵⁶⁴ *Uebele*, GRUR 2019, 694, 703; vgl. *noyb*, *noyb* kann Sammelklagen in Belgien einbringen, Pressemitteilung v. 29.10.2020.

durch Verbände. Dieser Spielraum wird derzeit vom deutschen Gesetzgeber nicht erschöpfend genutzt.

Der Unionsgesetzgeber treibt durch diesen Rechtsakt die Verzahnung von Datenschutz-, Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht weiter voran, wie auch Generalanwalt *Richard de la Tour* hervorhebt: „Ich sehe darin ein Zeichen für Komplementarität und Konvergenz des Rechts zum Schutz personenbezogener Daten mit anderen Rechtsgebieten, wie etwa dem Verbraucherschutzrecht und dem Wettbewerbsrecht. Mit dem Erlass dieser Richtlinie hat der Unionsgesetzgeber diese Entwicklung noch weiter vorangebracht, indem er den Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher ausdrücklich mit der Einhaltung der Verordnung 2016/679 verknüpft hat. Die wirksame Anwendung der in dieser Verordnung enthaltenen Vorschriften kann dadurch nur verstärkt werden.“²⁵⁶⁵

885

I. Ergebnis

Der Rückgriff auf §§ 1 und 2 UKlaG als taugliche Teilumsetzung des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO lässt es bereits heute zu, gegen zahlreiche datenschutzrechtliche Verstöße vorzugehen. Das betrifft zum einen unwirksame Datenschutzklauseln sowie verbraucherschutzwidrige Praktiken i. S. v. § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG. Zum Teil kann auch auf die Generalklausel des § 2 Abs. 1 S. 1 UWG zurückgegriffen werden. Unionsrechtliche Bedenken hiergegen verfangen nicht.

886

Rechtspolitisch zweifelhaft sind allerdings die Begrenzungen dieser Öffnungsklausel, die im Rahmen des UKlaG vorgesehen sind.²⁵⁶⁶ So wird die ohnehin enge Beschränkung der Verbandsklage auf die Durchsetzung der „Rechte einer betroffenen Person“ zusätzlich durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11, S. 2 UKlaG eingeschränkt, ohne dass eine Notwendigkeit hierfür zu erblicken wäre.²⁵⁶⁷ Die nochmalige Einschränkung des Kreises potenzieller Verbände ist angesichts der strengen Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO ebenso unangebracht.²⁵⁶⁸ Insgesamt sollte bereits aus Gründen der Normenklarheit eine vollständige Ausschöpfung der Möglichkeiten des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO erfolgen. Hierfür kann auf den Vorschlag *Köhlers* zurückgegriffen werden.²⁵⁶⁹ Ob dies – selbst wenn eine Anpassung geplant wäre – vor der Umsetzung der Verbandsklagen-RL erfolgt, ist indes zweifelhaft. Jedenfalls wird ab deren Umsetzung Art. 80 Abs. 2 DS-GVO einen Teil seiner Bedeutung verlieren.

887

²⁵⁶⁵ Stellungnahme des Generalanwalts *Richard de la Tour* v. 2.12.2021 zur Rechtssache C-319/20 Rn. 84 – Facebook Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

²⁵⁶⁶ *Spindler*, ZD 2016, 114, 116 ff.; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Schwichtenberg*, PinG 2017, 104, 107.

²⁵⁶⁷ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 80 DS-GVO Rn. 13; *Schwichtenberg*,

PinG 2017, 104, 107; *Rofsnagel/Geminn*, Datenschutz-Grundverordnung verbessern, 2020, S. 159; *Rofsnagel/Geminn*, Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung aus Verbrauchersicht, S. 92.

²⁵⁶⁸ *Rofsnagel/Geminn*, Datenschutz-Grundverordnung verbessern, 2020, S. 159.

²⁵⁶⁹ → Rn. 837.

- 888** Ebenso wie das UWG sieht das UKlaG unverständlicherweise nicht die in Art. 80 Abs. 2 DS-GVO vorgesehene Möglichkeit der Verbandsbeschwerde vor.²⁵⁷⁰ Die Verbände könnten sich auf diese Weise ohne Auftrag des Betroffenen gem. Art. 77 Abs. 1 DS-GVO an die Datenschutzaufsichtsbehörden wenden. Angesichts der immer wieder behaupteten missbräuchlichen Abmahnungen und Klagen verwundert es, dass die Verbandsbeschwerde nicht vorgesehen wurde und stattdessen Missbrauchstatbestände angepasst werden. Nachdem eine solche Beschwerdemöglichkeit aufgrund des grundsätzlich bestehenden Auswahlermessens der Aufsichtsbehörde wenig missbrauchsanfällig und ein Missbrauchstatbestand in Art. 57 Abs. 4 DS-GVO vorgesehen ist, sollte eine entsprechende Ergänzung vorgesehen werden.

²⁵⁷⁰ *Roßnagel/Geminn*, Datenschutz-Grundverordnung verbessern, 2020, S. 159; *Schwichtenberg*, PinG

2017, 104, 108.

Kapitel 4: Gesamtergebnis und Ausblick

Mitbewerber und Verbände (ggfs. unter Berücksichtigung von Art. 80 Abs. 2 DS-GVO) können wie bisher aufgrund von Datenschutzverstößen nach dem UWG und UKlaG gegen Rechtsverletzer einschreiten. Geboten ist dabei jedoch eine differenzierte Betrachtung, die keinen Raum für Alles-oder-Nichts-Lösungen lässt. Die aufsichtsbehördliche Durchsetzung des Datenschutzrechts verliert durch Verbands- und Mitbewerberklagen nicht ihre Bedeutung, da nur den Aufsichtsbehörden umfassende Befugnisse an die Hand gegeben wurden. Auch sonst ist lediglich die Aufsichtsbehörde rechtlich in der Lage, gegen sämtliche Datenschutzverstöße einzuschreiten, während Verbände und Mitbewerber teils weitgehende Einschränkungen bei der Rechtsdurchsetzung hinzunehmen haben. Letztlich bleiben damit die Datenschutzaufsichtsbehörden die zentrale Durchsetzungsinstanz, wobei die Verbände und Mitbewerber punktuell und vor allem strategisch bei der Rechtsverwirklichung ergänzend tätig werden können.

889

Aufgrund der derzeit bestehenden, massiven Rechtsunsicherheit in diesem Bereich ist die Entscheidung des EuGH in der Sache „App-Zentrum“ mit Spannung zu erwarten. Der BGH hatte die in dieser Arbeit behandelten Fragen dem EuGH vorgelegt.²⁵⁷¹ Die Verhandlung vor dem EuGH war am 23.9.2021; die Schlussanträge von Generalanwalt *Richard de la Tour* zur Causa wurden am 2.12.22 veröffentlicht. Auch der OGH hat dem EuGH eine entsprechende Vorlagefrage unterbreitet.²⁵⁷² Je nach Lesart der DS-GVO kann der EuGH Mitbewerber- und Verbandsklagen vollständig ausschließen bzw. drastisch einschränken oder umgekehrt im Sinne einer effektiveren Rechtsdurchsetzung nur von wenigen Voraussetzungen abhängig machen. Generalanwalt *Richard de la Tour* plädiert jedenfalls für eine vergleichsweise effektive Durchsetzung durch Verbände.

890

Nicht übersehen werden darf aber der Umstand, dass Datenschutzverstöße in vielfältiger Weise bereits de lege lata auch Unlauterkeitstatbestände des UWG verwirklichen und damit von der DS-GVO unabhängig zu betrachten sind. Auch sind Änderungen der Verbandsklagen-RL im mitgliedstaatlichen Recht notwendig, da die Richtlinie einen kollektiven Rechtsschutz im Bereich des Datenschutzrechts forciert. Art. 80 DS-GVO wird hierbei voraussichtlich einen Teil seiner praktischen Bedeutung einbüßen, bleibt jedoch von ihr rechtlich vollständig unberührt.

891

Der Gesetzgeber sollte die bisher bestehende Zurückhaltung bei der Umsetzung des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO überdenken und den eingeräumten Spielraum bereits aus Gründen der Rechtsklarheit umfassend nutzen. Das betrifft die Art der verfolgbaren Verstöße und die Aktivlegitimation. Hier sieht die DS-GVO bereits hinreichende Schranken zur Missbrauchsverhinderung vor. Auch ein Verbandsbeschwerderecht

892

²⁵⁷¹ BGH WRP 2020, 1182 Rn. 37 – App-Zentrum; anhängig unter C-319/20.

²⁵⁷² OGH WRP 2021, 775; anhängig unter C-701/20; hierzu *Spittka*, GRUR-Prax 2021, 719.

nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO sollte eingeführt werden, da sich dieses als wenig missbrauchsanfällig erweist und im Übrigen bereits heute gestützt auf Art. 80 Abs. 1 DS-GVO unter Zuhilfenahme von „Musterbetroffenen“ Beschwerden koordiniert eingereicht werden.

- 893** Am sinnvollsten erscheint hierzu, auch anlässlich der notwendigen Umsetzung der Verbandsklagen-RL, eine gänzliche Neuregelung, die abgekoppelt vom UKlaG und UWG den Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO entspricht. *Köhler* hat hierzu in seiner Stellungnahme zum 2. DSAnpUG-EU einen Regelungsvorschlag unterbreitet, dem an dieser Stelle uneingeschränkt beigespflichtet werden soll.²⁵⁷³

²⁵⁷³ *Köhler*, Ausschussdrucksache 19(4)187 C, S. 12 f.

Kapitel 5: Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse

A. Datenschutzrecht

1. Mit Geltung der DS-GVO gilt entsprechend Art. 94 Abs. 2 S. 1 DS-GVO ein Gleichlauf der Durchsetzungssysteme von DS-GVO und ePrivacy-RL, so dass die Frage nach der Möglichkeit einer Regelung von Verbands- und Mitbewerberklagen für beide Rechtsakte einheitlich beantwortet werden muss.²⁵⁷⁴ Nichts anderes gilt damit auch für das TTDSG, soweit es die ePrivacy-RL umsetzt.
2. Die Handlungsmöglichkeiten des Verbands nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO sind akzessorisch zu den Handlungsmöglichkeiten des Betroffenen (Art. 77 ff. DS-GVO) ausgestaltet.²⁵⁷⁵ Lediglich die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Verband ist als Öffnungsklausel ausgestaltet. Der Verband kann damit nach Art. 80 Abs. 1 i. V. m. Art. 77 Abs. 1 DS-GVO im Namen des Betroffenen Beschwerden einreichen²⁵⁷⁶ sowie nach Art. 80 Abs. 1 DS-GVO i. V. m. Art. 78 DS-GVO gegen die Aufsichtsbehörde gerichtlich vorgehen, deren Entscheidungen umfassend inhaltlich justizierbar sind²⁵⁷⁷. Art. 80 Abs. 1 i. V. m. Art. 79 DS-GVO eröffnet zuletzt dem Verband die Möglichkeit, die Rechte der Betroffenen gegen den Verantwortlichen oder dessen Auftragsverarbeiter gerichtlich durchzusetzen.²⁵⁷⁸ Die Rechte der betroffenen Person beschränken sich dabei nicht formal auf die in Kapitel III normierten Rechte, sondern materiell auf alle subjektiven Rechtspositionen der DS-GVO (*ubi jus, ibi remedium*).²⁵⁷⁹
3. Datenschutzverbandsklagen sind bei unmittelbarer Anwendung datenschutzrechtlicher Normen bzw. Umsetzungsbestimmungen der ePrivacy-RL zwingend am Maßstab des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zu messen, wenn kein Auftrag der Betroffenen vorliegt. Es ist den Mitgliedstaaten somit verwehrt, anderen Verbänden eine Verbandsklagebefugnis einzuräumen oder für diese umfassendere Handlungsmöglichkeiten vorzusehen.²⁵⁸⁰ Umgekehrt ist – in Ermangelung gegenteiliger Regelungen in der DS-GVO – eine nur teilweise Umsetzung der Verbandsklagebefugnis unionsrechtlich unbedenklich.²⁵⁸¹ Die Datenschutzverbandsklagen nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO sind nur akzessorisch zu den Rechten der betroffenen Person möglich, so dass eine objektive Rechtskontrolle ausgeschlossen ist.²⁵⁸²

²⁵⁷⁴ → Rn. 26 f.

²⁵⁷⁵ → Rn. 158 ff.

²⁵⁷⁶ → Rn. 118 ff.

²⁵⁷⁷ → Rn. 127 ff.

²⁵⁷⁸ → Rn. 152 ff.

²⁵⁷⁹ → Rn. 158 ff.

²⁵⁸⁰ → Rn. 225 ff.

²⁵⁸¹ → Rn. 222.

²⁵⁸² → Rn. 201.

4. Mitbewerberklagen im Falle von Datenschutzverstößen sind auch im Rahmen der DS-GVO nicht ausgeschlossen.²⁵⁸³ Diese Möglichkeit dieser Rechtsdurchsetzung kann nicht und muss auch nicht auf die Öffnungsklauseln der Art. 82 DS-GVO oder Art. 84 DS-GVO gestützt werden.²⁵⁸⁴ Abschließend ausgestaltet ist Kapitel VIII der DS-GVO nur hinsichtlich der Durchsetzung der Rechte der Betroffenen in deren Interesse; Rechtsschutzmöglichkeiten aufgrund Interessenverletzungen Dritter werden und sollen hier nicht berücksichtigt werden.²⁵⁸⁵ Eine Regelung von Mitbewerberklagen bei datenschutzbezogenen Verstößen beeinträchtigt dabei nicht die Wirksamkeit der DS-GVO, sodass sie in den Mitgliedstaaten vorgesehen werden dürfen.²⁵⁸⁶ Die für eine umfassende Sperrwirkung der Art. 77 ff. DS-GVO ins Feld geführten Argumente, insbesondere eine Beeinträchtigung des Harmonisierungsziels der DS-GVO,²⁵⁸⁷ ein Umkehrschluss aus Art. 80 Abs. 2 DS-GVO²⁵⁸⁸ und eine strikte Trennung von Lauterkeits- und Datenschutzrecht,²⁵⁸⁹ sind unbegründet.

B. Lauterkeitsrecht

5. Art. 80 Abs. 2 DS-GVO (ggf. i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL) verlangt im Hinblick auf Verbandsklagen in seinem Anwendungsbereich eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 8 Abs. 3 UWG.²⁵⁹⁰ Soweit die Anforderungen an Art. 80 Abs. 1 DS-GVO gewahrt sind, darf grundsätzlich jeder Verband nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG tätig werden.²⁵⁹¹ Ob das Rechtssubjekt privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich verfasst ist, ist irrelevant.²⁵⁹²
6. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO (ggf. i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL) sind keine Einschränkungen geboten. Das betrifft zum einen die Aktivlegitimation von Verbänden und zum anderen die Beschränkung der Durchsetzung auf subjektive Rechte. Keine Einschränkungen bestehen demnach bei der Durchsetzung von Marktverhaltensregelungen, die nicht im Zusammenhang mit der DS-GVO oder ePrivacy-RL stehen. „Originäres Lauterkeitsrecht“ mit Ausnahme von § 7 UWG (soweit die ePrivacy-RL umgesetzt wird)²⁵⁹³ und eine Klauselkontrolle über § 3a UWG i V. m. § 305 ff. BGB (soweit nicht Datenschutzrecht zum direkten Prüfungsmaßstab gemacht wird)²⁵⁹⁴ sind deshalb nicht zusätzlich an Art. 80 Abs. 2 DS-GVO zu messen. Auch Mitbewerberklagen liegen außerhalb von

²⁵⁸³ → Rn. 235 ff.

²⁵⁸⁴ → Rn. 238 ff. sowie → Rn. 260 ff.

²⁵⁸⁵ → Rn. 304 ff.

²⁵⁸⁶ → Rn. 298 ff.

²⁵⁸⁷ → Rn. 274 ff.

²⁵⁸⁸ → Rn. 301 ff.

²⁵⁸⁹ → Rn. 308 ff.

²⁵⁹⁰ → Rn. 225 ff.

²⁵⁹¹ → Rn. 338 ff.

²⁵⁹² → Rn. 345.

²⁵⁹³ → Rn. 335 ff.

²⁵⁹⁴ → Rn. 513.

Art. 80 Abs. 2 DS-GVO, sodass hieraus keine Einschränkungen für Mitbewerber folgen.²⁵⁹⁵

7. Datenschutzverstöße können in diesem Rahmen grundsätzlich über § 3a UWG verfolgt werden. Datenschutzrechtliche Normen begrenzen auch die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Marktteilnehmer und regeln deshalb das Marktverhalten.²⁵⁹⁶ Das geschieht – mangels bezweckter *par condicio concurrentium* – zwar nur ausnahmsweise im Interesse der Mitbewerber, jedoch werden vielfach Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer in ihrer Entscheidungsfreiheit und ihrem Rechtsgut in Form des Datenschutzes und der Privatsphäre bei ihrer Marktteilnahme geschützt.²⁵⁹⁷ Dieser Schutz ist nicht undifferenziert allein aus dem Grund als Schutzreflex einzustufen, weil primär die Grundrechte der Betroffenen geschützt werden.
8. Taugliche datenschutzrechtliche Marktverhaltensregelungen innerhalb der DS-GVO können insbesondere der Grundsatz der Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO), die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, die Informationspflichten nach Art. 13 DS-GVO mitsamt den Modalitäten des Art. 12 Abs. 1 DS-GVO, das Auskunftsrecht (Art. 15 DS-GVO), das Recht auf Datenportabilität (Art. 20 DS-GVO), die Vorgaben zum Widerspruch (Art. 21 Abs. 2 bis 4 DS-GVO), das Verbot der automatisierten Entscheidungsfindung nach Art. 22 DS-GVO sowie der technisch-organisatorische Datenschutz nach Art. 24 f., 32 DS-GVO darstellen.²⁵⁹⁸ Diese Vorgaben sind allesamt subjektiv-rechtlicher Natur, weshalb Art. 80 Abs. 2 DS-GVO einer Durchsetzung insoweit nicht entgegensteht.
9. Außerhalb der DS-GVO sind für § 3a UWG insbesondere die §§ 9, 25 TTDSG,²⁵⁹⁹ §§ 8a, 8c BStG,²⁶⁰⁰ § 42 Abs. 1 und 2 BDSG²⁶⁰¹ sowie § 19 Abs. 5 SchHwG²⁶⁰² relevant. Diese Normen liegen entweder außerhalb des Anwendungsbereichs der DS-GVO und ePrivacy-RL oder sind subjektiv-rechtlich ausgestaltet, sodass auch hier einer Durchsetzung Art. 80 Abs. 2 DS-GVO nicht im Wege steht.
10. Unabhängig von der Frage, ob datenschutzrechtliche Normen Marktverhaltensregelungen darstellen, können Verstöße gegen die §§ 305 ff. BGB eine Unlauterkeit von Datenklauseln begründen.²⁶⁰³ Von besonderer Bedeutung ist die Kontrolle von Datenklauseln anhand von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Eine umfassende Kontrollfähigkeit von Einwilligungen scheitert nicht an § 307 Abs. 3 BGB, da stets vom Grundsatz

²⁵⁹⁵ → Rn. 304 ff.

²⁵⁹⁶ → Rn. 402 ff.

²⁵⁹⁷ → Rn. 409 ff.

²⁵⁹⁸ → Rn. 435 ff.

²⁵⁹⁹ → Rn. 451 ff. sowie → Rn. 504 ff.

²⁶⁰⁰ → Rn. 494 ff.

²⁶⁰¹ → Rn. 500 f.

²⁶⁰² → Rn. 509.

²⁶⁰³ → Rn. 510 ff.

des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ abgewichen werden soll und sie daher nicht lediglich deklaratorisch wirkt. Ausgehend von Erwägungsgrund 42 S. 3 DS-GVO sind nicht nur die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Einwilligung AGB-rechtlich überprüfbar, sondern es kann grundsätzlich eine umfassende inhaltliche Überprüfung auf missbräuchliche Klauseln bei Einwilligungen stattfinden. Soweit Datenschutzrecht inzident zum direkten Prüfungsmaßstab erhoben wird (etwa über § 307 Abs. 1 S. 2 BGB oder § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), müssen die Anforderungen des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO beachtet werden.²⁶⁰⁴

11. Neben § 3a UWG können geschäftliche Handlungen, die im Zusammenhang mit Datenschutzverstößen stehen, gegen „originäres Lauterkeitsrecht“ nach §§ 3, 4 ff. UWG verstoßen.²⁶⁰⁵ Insoweit entfaltet Art. 80 Abs. 2 DS-GVO keine Einschränkungen; es wird folglich weder die Aktivlegitimation eingeschränkt, noch findet eine Einschränkung auf subjektive Rechte der Betroffenen statt.²⁶⁰⁶ Denkbar sind vielfältige Konstellationen von unlauteren geschäftlichen Handlungen, die sich gegen die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit der sonstigen Marktteilnehmer richten. Sofern keine speziellen Unlauterkeitstatbestände einschlägig sind, kommt der Rückgriff auf die Verbrauchergeneralklausel (§ 3 Abs. 2 UWG) in Betracht, denn Datenschutzverstöße stellen regelmäßig Verstöße gegen die unternehmerische Sorgfalt dar.²⁶⁰⁷
12. Datenschutzverstöße, die zugleich eine unlautere geschäftliche Handlung bedeuten, lösen Ansprüche nach §§ 8 ff. UWG aus.²⁶⁰⁸ Im Rahmen des Beseitigungsanspruchs kommt bei AGB-rechtlichen Verstößen eine „Folgenbeseitigung“ in Betracht.²⁶⁰⁹ Ein Schadensersatzanspruch nach §§ 9 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG setzt nicht voraus, dass die Marktverhaltensregelung das Marktverhalten auch nur mittelbar im Interesse von Mitbewerbern regelt.²⁶¹⁰
13. Der Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG besteht nur bei Verstößen gegen §§ 3 Abs. 1 i. V. m. 3a UWG und damit nicht auch bei Verstößen gegen „originäres Lauterkeitsrecht“.²⁶¹¹ Verwirklichten Datenschutzverstöße sonstige Unlauterkeitstatbestände und damit gleichzeitig ein anders gelagertes Unrecht, besteht für Mitbewerber grundsätzlich weiterhin der Anspruch auf Kostenersatz. Der Ausschluss der Vertragsstrafe nach § 13a Abs. 2 UWG für Sachverhalte nach § 13 Abs. 4

²⁶⁰⁴ → Rn. 513.

²⁶⁰⁵ → Rn. 572 ff.

²⁶⁰⁶ → Rn. 335 ff.

²⁶⁰⁷ → Rn. 649 ff.

²⁶⁰⁸ → Rn. 668 ff.

²⁶⁰⁹ → Rn. 676 ff.

²⁶¹⁰ → Rn. 688 ff.

²⁶¹¹ → Rn. 704 ff.

UWG führt nicht dazu, dass eine einfache Unterlassungserklärung zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr ausreichend wäre.²⁶¹² Die Beschränkung des fliegenden Gerichtsstandes nach § 14 Abs. 2 UWG ist teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass von ihr nur Verstöße umfasst sind, die tatbestandlich ein Handeln im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien voraussetzen.²⁶¹³

14. Die derzeitigen Beteiligungsmöglichkeiten der Datenschutzaufsichtsbehörden an Wettbewerbsverfahren sind rudimentär. Insoweit kann Art. 58 Abs. 5 Var. 3 DS-GVO unmittelbar herangezogen werden, um deren ausreichende Beteiligung und Information an diesen Verfahren sicherzustellen.²⁶¹⁴ Das umfasst mindestens ein Informations- und Stimmrecht.

C. Unterlassungsklagengesetz

15. Die Verbandsklagemöglichkeiten mit Bezug zum Datenschutz sind derzeit nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO grundsätzlich mit Unionsrecht vereinbar. Die Anspruchsberechtigung nach §§ 3 f. UKlaG ist jedoch im Lichte des Art. 80 Abs. 1 DS-GVO unionsrechtskonform einschränkend auszulegen, soweit es um die direkte Durchsetzung von Datenschutzrecht im Rahmen von §§ 1 f. UKlaG geht.²⁶¹⁵
16. Die Anspruchsberechtigung nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG ermöglicht eine umfassende Kontrolle der Datenverarbeitung (Art. 6 Abs. 1 DS-GVO) auf ihre Rechtmäßigkeit.²⁶¹⁶ Hierbei sind alle objektiven Bestimmungen der DS-GVO zu berücksichtigen, die auf die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung ausstrahlen können.²⁶¹⁷ Auch die Vorgaben des TTDSG können grundsätzlich unter § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG gefasst werden, da der Wortlaut hierzu ausreichend offen ist. Zu differenzieren ist bei § 25 TTDSG, da dieser nicht (ausschließlich) dem Datenschutz dient, sondern auch dem Schutz der Privatsphäre: Die Speicherung von und der Zugriff auf personenbezogene Informationen lässt sich unter § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG subsumieren. Soweit Speicherung und Zugriff nichtpersonenbezogene Daten betreffen, handelt es sich bei § 25 TTDSG um ein Verbraucherschutzgesetz i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG.²⁶¹⁸ Bei diesen Rechtspositionen handelt es sich jeweils um subjektiv-rechtliche Rechtspositionen nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO (ggf. i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL), sodass diese durch Verbände durchgesetzt werden können.

²⁶¹² → Rn. 717.

²⁶¹³ → Rn. 721 ff.

²⁶¹⁴ → Rn. 727 ff.

²⁶¹⁵ → Rn. 225 ff.

²⁶¹⁶ → Rn. 765 ff.

²⁶¹⁷ → Rn. 769.

²⁶¹⁸ → Rn. 795.

17. Verstoßen Datenklauseln gegen die §§ 307 bis 309 BGB, so können Ansprüche von Verbänden nach Maßgabe des § 1 UKlaG bestehen.²⁶¹⁹ Werden formularmäßig zwingende datenschutzrechtliche Bestimmungen abbedungen, besteht unabhängig von einem Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB ebenfalls ein Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG. Soweit Datenschutzrecht hierbei inzident unmittelbar als Maßstab herangezogen wird, muss Art. 80 Abs. 2 DS-GVO (ggf. i. V. m. Art. 15 Abs. 2 ePrivacy-RL) beachtet werden; insoweit ist folglich die Aktivlegitimation zu begrenzen und es muss von subjektiven Rechten der Betroffenen abgewichen werden.²⁶²⁰
18. Die umzusetzende Verbandsklagen-RL tritt nicht in Konflikt zu der Bestimmung des Art. 80 DS-GVO.²⁶²¹ Beide Regelungsregime sehen unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen vor und sollten für eine umfassende Durchsetzung des Datenschutzrechts parallel zur Anwendung kommen.

²⁶¹⁹ → Rn. 811 ff.

²⁶²⁰ → Rn. 816 f.

²⁶²¹ → Rn. 863.

Literaturverzeichnis

Alle Links wurden zuletzt am 15.2.2022 abgerufen.

Achilles, Wilhelm-Albrecht, Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsverpflichtungen und AGB-Kontrolle, in: Büscher, Wolfgang et al. (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung, Köln, 2016, S. 3-16, (zitiert: *Achilles*, in: FS Ahrens).

Aden, Hartmut, Transparenz als Datenschutzprinzip – Ansätze und Umsetzungsprobleme, in: Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik Nr. 231/232, 67-76.

Adinolfi, Fabio/ Seidler, Lorenz, 1-Cent-Überweisung mit Werbung im Verwendungszweck „doppelt“ unlauter, in: GRUR-Prax 2021, 758.

Adolff, Johannes/ Langebucher, Katja, Kreditscoring: von Auskunfteien zu künstlicher Intelligenz, in: Hoffmann-Becking, Michael/ Hommelhoff, Peter (Hrsg.), Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München, 2020, S. 1-14, (zitiert: *Adolff/Langebucher*, in: FS Krieger).

Ahlers, Philipp, Verbraucherschutz durch deliktsrechtliche Transformationsnormen, Baden-Baden, 2018.

Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.), Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl. Köln, 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl.).

Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.), Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. Köln, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl.).

Ahrens, Hans-Jürgen, Beseitigung kraft Unterlassungstitel: berechtigter Aufstand gegen den BGH?, in: GRUR 2018, 374-377.

Ahrens, Sönke, Der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, in: IPRB 2019, 153-156.

Akon, Melvin Tjon, The Calculus of Data Disclosure and Price Acceptance, in: EuCML 2021, 228-237.

Alber, Michael, Der fliegende Gerichtsstand – Abschied von einer Institution des Wettbewerbsrechts?, in: IPRB 2021, 112-117.

Alber, Michael, Stärkung des Verbraucherschutzes im UWG, in: IPRB 2021, 283-289.

Albrecht, Jan Philipp, Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung, in: CR 2016, 88-98.

Albrecht, Jan Philipp/ Jotzo, Florian, Das neue Datenschutzrecht der EU, Baden-Baden, 2017.

Alexander, Christian, Das Vorenthalten wesentlicher Informationen im Regelungssystem des UWG, in: Büscher, Wolfgang/ Erdmann, Willi/ Haedicke, Maximilian/ Köhler, Helmut/ Loschelder, Michael (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München, 2014, S. 297-312, (zitiert: *Alexander*, in: FS Bornkamm).

Alexander, Christian, Die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers, in: Rechtsdurchsetzung, in: Büscher, Wolfgang et al. (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung, Köln, 2016, S. 17-30, (zitiert: *Alexander*, in: FS Ahrens).

Alexander, Christian, Die Neufassung von § 5 a UWG, in: WRP 2016, 139-146.

Alexander, Christian, Grundfragen des neuen § 3 UWG, in: WRP 2016, 411-419.

Alexander, Christian, New Deal for Consumers, in: WRP 2019, Nr. 01, I.

Alexander, Christian, Nutzen und Zukunft der Gewinnabschöpfung in der Diskussion, in: WRP 2012, 1190-1197.

Alexander, Christian, Private Rechtsdurchsetzung im Regulierungsrecht, in: Säcker, Franz Jürgen/Schmidt-Preuß, Matthias (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, Baden-Baden, 2015, S. 119-138, (zitiert: *Alexander*, in: Säcker/Schmidt-Preuß, Grundsatzfragen des Regulierungsrechts).

Alexander, Christian, Überblick und Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, in: WRP 2021, 136-145.

Alexander, Christian, Verhaltenskodizes im europäischen und deutschen Lauterkeitsrecht, in: GRUR Int. 2012, 965-973.

Alexander, Christian, Verhältnis des UWG nF zu spezialgesetzlichen Regelungen und individueller Schadensersatz für Verbraucher, in: GRUR 2021, 1445-1453.

Alexander, Christian, Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, in: WRP 2012, 515-523.

Alexander, Christian, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Köln, 2019.

Amam, Anna, Musterfeststellungsklage, Abmahnfähigkeit und DSGVO, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Die Macht der Daten und der Algorithmen – Regulierung von IT, IoT und KI, Edewecht, 2019, S. 101-110, (zitiert: *Amam*, in: DSRITB 2019).

Ambrock, Jens, Befugnisse der nicht-federführenden Aufsichtsbehörde, in: DSB 2021, 235-237.

Amend, Arlette, Datenschutz im Vertriebsrecht – Änderungen durch die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), in: Flohr, Eckhard/ Schmitt, Michael Franz (Hrsg.), Vielfalt des Rechts, Festschrift für Ludwig Gramlich zum 70. Geburtstag, München, 2021, S. 1-22, (zitiert: *Amend*, in: FS Gramlich).

Apel, Simon/ Bosman, Timo, Anmerkung zur Entscheidung des OLG Naumburg, Urteil vom 7.11.2019 (9 U 6/19) – Zum Wettbewerbsverstoß durch Verarbeitung von Gesundheitsdaten ohne Einwilligung, in: K&R 2020, 73-75.

Armgardt, Matthias, Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht: unwirksame AGB-Klauseln im Licht der neueren Rechtsprechung zum UWG und zur UGP-Richtlinie, in: WRP 2009, 122-127.

Arnold, Christian/ Günther, Jens (Hrsg.), Arbeitsrecht 4.0, 2. Aufl. München, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Arnold/Günther, Arbeitsrecht 4.0).

Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242 rev.01, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/wp/20170405_wp242_rev01.pdf.

Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, WP 194, abrufbar unter: https://datenschutz.hessen.de/sites/datenschutz.hessen.de/files/wp194_de.pdf.

Arturo, Claudio, Österreich: Grundrecht auf Datenschutz für juristische Personen, v. 1.9.2020, abrufbar unter: <https://www.haerting.de/neuigkeit/oesterreich-grundrecht-auf-datenschutz-fuer-juristische-personen>.

Askersjö, Inga-Lill/ Söderqvist, Ulrika/ Jonsson, Maria/ Nyman, Jenny, Ny dataskyddslag, SOU 2017:39, Stockholm, Schweden, 2017.

Asmus, Thomas/ Waßmuth, Guido (Hrsg.), Kollektive Rechtsdurchsetzung, München, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung).

Aßhoff, Guido, Die wettbewerbsrechtliche Relevanz von Datenschutzverstößen, in: IPRB 2013, 233-235.

Aßhoff, Guido, Mysterium Abmahnwelle – Der Referentenentwurf zum Schutz vor rechtsmissbräuchlicher Abmahnung und seine Wirksamkeit in der Praxis, in: CR 2018, 720-727.

Auer-Reinsdorff, Astrid/ Conrad, Isabell (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht).

Augenhöfer, Susanne, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht?, in: NJW 2021, 113-118.

Augenhöfer, Susanne, To Answer the Phone or not – Case Note to CJEU, C-266/19 EIS, in: EuCML 2021, 30-33.

Axtmann, Jan/ Staudigel, Andreas, Richtlinienvorschlag zur Verbandsklage – kurzer Überblick, in: ZRP 2020, 80-83.

Babilon, Tobias/ Schönbrunn, Benedikt, Unbedingt erforderliche Cookies i.S.v. Art. 5 Abs. 3 e-Privacy-Richtlinie, in: DSB 2020, 204-206.

Bamberger, Heinz Georg, Gruppenklagen bei Massenschäden – für einen wirksamen kollektiven Rechtsschutz, in: Buschbell-Steeger, Marga/ Schmidt, Hubert/ Jansen, Friedrich/ Leverkinck, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Karl Eichele, Baden-Baden, 2013, S. 19-46, (zitiert: *Bamberger*, in: FS Eichele).

Barth, Günter, Anmerkung zu OLG Naumburg WRP 2020, 114-118 – Medikamentenhandel über Amazon-Marketplace II, in: WRP 2020, 118-120.

Barth, Günter, Wettbewerbsrechtliche Abmahnung von Verstößen gegen das neue Datenschutzrecht, in: WRP 2018, 790-794.

Baukelmann, Peter, Jugendschutz und Lauterkeitsrecht – neue europäische Gesichtspunkte?, in: Ahrens, Hans-Jürgen/ Bornkamm, Joachim/ Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken, 2006, S. 587-598, (zitiert: *Baukelmann*, in: FS Ullmann).

Baumann, Johannes/ Alexiou, Eleni, Cookie-Walls und die Freiwilligkeit von Nutzereinwilligungen, in: ZD 2021, 349-353.

Baumann, Jonas/ Sesing, Andreas, Anforderungen an die Einwilligung bei Online-Werbung („Cookie Einwilligung II“), in: jM 2020, 455-458.

Baumgartner, Ulrich/ Ewald, Konstantin, Apps und Recht, 2. Aufl. München, 2016.

Baumgartner, Ulrich/ Gausling, Tina, Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen, in: ZD 2017, 308-313.

Baumgartner, Ulrich/ Hansch, Guido, Onlinewerbung und Real-Time-Bidding, in: ZD 2020, 435-439.

Baumgartner, Ulrich/ Sitte, Konstantin, Abmahnungen von DS-GVO-Verstößen, in: ZD 2018, 555-560.

Baus, Christoph A./ Patzer, Stefan/ Steger, Christian, Verbraucherschutz auf europäische Art, v. 9.7.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eu-richtlinie-verbandsklage-ueberblick-musterfeststellungsklage-unterschied/>.

Baustian, Oliver, Anmerkung zu OLG Karlsruhe EnWZ 2012, 86 – über Datenschutznormen als Marktverhaltensregeln im Wettbewerb, in: EnWZ 2012, 90-92.

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 10. Tätigkeitsbericht 2020, Juli 2020, abrufbar unter: https://www.lida.bayern.de/media/baylda_report_10.pdf.

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 9. Tätigkeitsbericht 2019, v. 31.1.2020, abrufbar unter: https://www.lida.bayern.de/media/baylda_report_09.pdf.

BayLfD, Orientierungshilfe Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien, Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), Stand: 1.12.2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: BayLfD, Orientierungshilfe Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien, Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG)).

Beater, Axel, Mitbewerber und sonstige unternehmerische Marktteilnehmer, in: WRP 2009, 768-780.

Beater, Axel, Unlauterer Wettbewerb, München, 2002.

Beater, Axel, Unlauterer Wettbewerb, Tübingen, 2011.

Becker, Maximilian, Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte, in: JZ 2017, 170-181.

Becker, Maximilian, Eine Materialisierung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots, in: CR 2021, 230-243.

Behling, Thorsten B./ Abel, Ralf B. (Hrsg.), Praxishandbuch Datenschutz im Unternehmen, Berlin, 2014, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Behling/Abel, Praxishandbuch Datenschutz im Unternehmen).

Beljin, Sasa, Die Zusammenhänge zwischen dem Vorrang, den Instituten der innerstaatlichen Beachtlichkeit und der Durchführung des Gemeinschaftsrechts, in: EuR 2002, 351-376.

Bender, Anouk Marie, Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei unentgeltlichen Dienstleistungen im Internet, Baden-Baden, 2021.

Benecke, Alexander/Wagner, Julian, Öffnungsklauseln in der Datenschutz-Grundverordnung und das deutsche BDSG – Grenzen und Gestaltungsspielräume für ein nationales Datenschutzrecht, in: DVBl 2016, 600-608.

Benedikt, Kristin, Datenportabilität – das neue Recht des Betroffenen, in: RDV 2017, 189-190.

Benedikt, Kristin, Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz – Endlich Rechtsklarheit beim Tracking?, in: DSB 2021, 76-80.

Benedikt, Kristin, Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG), in: ZdiW 2021, 259-263.

Benedikt, Kristin, Wenn die Behörde vor der Tür steht, in: ZdiW 2021, 374-378.

Benedikt, Kristin/Kranig, Thomas, DS-GVO und KUG – ein gespanntes Verhältnis, in: ZD 2019, 4-7.

Berberich, Matthias/Kanschik, Julian, Daten in der Insolvenz, in: NZI 2017, 1-10.

Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Datenschutz- und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2016, v. 7.4.2017, abrufbar unter: <https://www.datenschutz-berlin.de/infothek-und-service/veroeffentlichungen/jahresberichte>.

Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Mängel auf allen Ebenen: Berliner Aufsichtsbehörde konfrontiert Webseiten-Betreibende mit rechtswidrigem Tracking, Pressemitteilung v. 9.8.2021, abrufbar unter: https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/pressemitteilungen/2021/20210809-PM-Tracking-de.pdf.

Bernreuther, Friedrich, Neues zur Telefonwerbung, in: WRP 2009, 390-407.

BEUC, Consumer groups file complaint against WhatsApp for unfairly pressuring users to accept its new policies, Pressemitteilung v.12.07.2021, abrufbar unter: <https://www.beuc.eu/publications/consumer-groups-file-complaint-against-whatsapp-unfairly-pressuring-users-accept-its/html>.

Beyer, Alexander, Kein fliegender Gerichtsstand bei Wettbewerbsverstößen im Internet, in: jurisPR-ITR 6/2021 Anm. 5.

Beyvers, Eva, Like-Button – gefällt dem LG Düsseldorf nicht? Aktuelle Rechtsfragen des Datenschutzes und Wettbewerbsrechts rund um die Entscheidung zu sozialen Plugins, in: RDV 2016, 154-161.

Bien, Florian/ Käseberg, Thorsten/ Klumpe, Gerhard/ Körber, Torsten/ Ost, Konrad (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost*, Die 10. GWB-Novelle).

Bijok, Alexander, Kommerzialisierung personenbezogener Daten, in: ZfDR 2021, 75-96.

Bijok, Alexander, Kommerzialisierungsfester Datenschutz, Baden-Baden, 2020.

Birk, Axel, UWG-Novelle 2022 – Klagerechte für Verbraucher!, in: GRUR-Prax 2020, 605-607.

Birkert, Clemens, Rechtsfragen bei der Öffnung lokaler Internetzugänge, Baden-Baden, 2015.

Bitkom, Stellungnahme zur Positionsbestimmung der DSK vom 26.4.2018 zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25.5.2018, v. 9.5.2018, abrufbar unter: <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/Bitkom-Stellungnahme-Position-DSK-DSGVO-TMG.pdf>.

Blagojevic, Daniel, Die effektive Durchsetzung kapitalmarktrechtlicher Ansprüche mittels Gruppenklage, Baden-Baden, 2020.

Blanquett, Wiebke/ Casser, Chiara, Amicus Curiae in Deutschland, in: KJ 2017, 94-106.

Blekat, Alexander, Die Auslegung des Schadensbegriffs in Art. 82 DS-GVO, in: RDV 2020, 11-13.

BNetzA, Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht für Telefonwerbeeinwilligungen nach § 7a UWG, Stand: 19.10.2021, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Anbieterpflichten/Meldepflicht/Konsultationsfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

Böhler, Christian, Die wesentliche Information in § 5a II UWG, in: GRUR 2018, 886-892.

Böhm, Wolf-Tassilo/ Halim, Valentino, Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt?, in: MMR 2020, 651-656.

Bohme, Daniel, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, Baden-Baden, 2014.

Bonk, Barbara, Technische Möglichkeiten der Datenerhebung und zivilrechtliche Folgen bei Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Informationspflichten, Taunusstein, 2012.

Börnig, Andreas, Der Rechtsmissbrauch im Lauterkeitsrecht, Jena, 2016.

Bornkamm, Joachim, Das Wettbewerbsverhältnis und die Sachbefugnis des Mitbewerbers, in: GRUR 1996, 527-530.

Botta, Jonas, Zwischen Rechtsvereinheitlichung und Verantwortungsdiffusion: Die Prüfung grenzüberschreitender Datenübermittlungen nach "Schrems II", in: CR 2020, 505-513.

Brandt, Alexander, Webshops unter DSGVO und ePrivacy-VO: Tracking, Werbung und Informationspflichten, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformationen, Edewecht, 2018, S. 1-14, (zitiert: *Brandt*, in: DSRITB 2018).

Bräutigam, Peter/Kraul, Torsten (Hrsg.), Internet of Things, München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bräutigam/Kraul, Internet of Things).

Bräutigam, Peter/Rücker, Daniel (Hrsg.), E-Commerce, München, 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce).

Brethauer, Sebastian, Die datenschutzbehördliche Informierung als neuartiges Instrument der Aufsichtsbehörden nach Art. 58 Abs. 2 DS-GVO, in: RDV 2020, 245-248.

Brexl, Oliver, „Gefällt mir“-Button von Facebook wettbewerbsrechtlich nicht relevant, in: GRUR-Prax 2011, 248-249.

Breyer, Patrick, Datenschutz im Internet: Zwangsidentifizierung und Surfprotokollierung bleiben verboten, in: ZD 2018, 302-303.

Brink, Stefan, Die informationelle Selbstbestimmung – umzingelt von Freunden?, in: CR 2017, 433-436.

Brink, Stefan/Vogt, Kira, Auf nach Luxemburg! - Warum nur der Europäische Gerichtshof Klarheit zu Art. 82 DSGVO schaffen kann, in: ZdiW 2021, 397-400.

Brinkmann, Kyra, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, Baden-Baden, 2018.

Brömmelmeyer, Christoph, Belohnungen für gesundheitsbewusstes Verhalten in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung? Rechtliche Rahmenbedingungen für Vitalitäts-Tarife, in: r+s 2017, 225-231.

Brönneke, Tobias/Föhlisch, Carsten/Tonner, Klaus (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Baden-Baden, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht).

Brosch, Christopher, Die Umsetzung der Cookie-Richtlinie, in: AnwZert-ITR 16/2011 Anm. 2.

Brüggemann, Sebastian, Das Recht auf Datenportabilität, in: K&R 2018, 1-5.

Brugger, Fabian, Verhaltenssteuerung durch pönale Elemente im Zivilrecht, in: JR 2021, 239-244.

Bruns, Alexander, Instrumentalisierung des Zivilprozesses im Kollektivinteresse durch Gruppenklagen?, in: NJW 2018, 2753-2757.

Bruns, Ina/Luhn, Sebastian, Verbraucherschutz durch Mitentscheidung bei Online-Verträgen, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Law as a Service (LaaS) – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, Edewecht, 2013, S. 859-874, (zitiert: *Bruns/Luhn*, in: DSRITB 2013).

Buchmann, Felix, Anmerkung zu WRP 2013, 1390 – Strafrechtliche Relevanz rechtsmissbräuchlicher, wettbewerbsrechtlicher Abmahnungen, in: WRP 2013, 1392-1394.

Buchmann, Felix, Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs? Ein Türöffner für unlauteren Wettbewerb!, in: Editorial BB 45/2020.

Buchmann, Felix/Panfili, Chiara, Die praktischen Folgen des neuen UWG auf Wettbewerber im Online-Handel, in: K&R 2021, 20-28.

Buchmann, Felix/Stillner, Benjamin, Wer missbraucht das UWG? - Das neue UWG im (un)fairen Wettbewerb mit private enforcement, Politik und Populismus, in: WRP 2021, 1392-1400.

Buchner, Benedikt, Datensammeln als Marktmachtmissbrauch, in: WRP 2020, 1401-1403.

Buchner, Benedikt, Datenschutz und Kartellrecht, in: WRP 2019, 1243-1248.

Buchner, Benedikt, Facebook zwischen BDSG und UWG, in: Alexander, Christian/ Bornkamm, Joachim/ Buchner, Benedikt/ Fritzsche, Jörg/ Lettl, Tobias (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München, 2014, S. 51-61, (zitiert: *Buchner*, in: FS Köhler).

Buchner, Benedikt, Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DSGVO, in: DuD 2016, 155-161.

Bühler, Jonas/ Straub, Joel, Die pro bono Rechtsberatung durch Studierende (Teil 2): Praktischer Ablauf der Beratung, Haftung und Sanktionsrisiken, in: JURA 2021, 1054-1067.

Bühler, Sonja, Conditional consent as a valid legal ground for data processing - a misbelief?, in: Freilaw 2019, 25-31.

Bull, Hans Peter, Netzpolitik, Baden-Baden, 2013.

Bunnenberg, Jan Niklas, Privates Datenschutzrecht, Baden-Baden, 2020.

Bunte, Hermann-Josef, Folgenbeseitigungsanspruch nach dem UWG bei unzulässigen AGB-Klauseln?, in: ZIP 2016, 956-961.

Bunte, Hermann-Josef, Zum Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch durch Facebook („Facebook II“), in: EWiR 2020, 669-670.

Busch, Christoph (Hrsg.), Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-VO), München, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Busch, P2B-VO).

Büscher, Wolfgang (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. Köln, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Büscher, UWG).

Büscher, Wolfgang, Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit 2015, in: GRUR 2017, 105-120.

Büscher, Wolfgang, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 1), in: WRP 2022, 1-9.

Büscher, Wolfgang, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 2), in: WRP 2022, 132-137.

Bussche, Axel Frhr. von dem/ Voigt, Paul (Hrsg.), Konzerndatenschutz, 2. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: von dem Bussche/Voigt, Konzerndatenschutz).

Busse, Julia, Wechselwirkungen zwischen BDSG und UWG – Auswirkungen auf das Direktmarketing, in: RDV 2005, 260-265.

Büttel, Priska Katharina, Privacy Shield und Standardvertragsklauseln: EuGH-Urteil zu Datenübermittlung in Drittländer hebt EU-US-Abkommen aus, in: jurisPR-ITR 16/2020 Anm. 4.

Büttel, Priska Katharina/ Fischer, Peter, Subjektiver Anspruch von Kunden gegenüber Kreditkartenunternehmen auf sichere Datenverarbeitung?, in: AnwZert ITR 2/2020 Anm. 2.

Büttner, Hermann, Sittenwidrige Wettbewerbshandlung durch Gesetzesverstoß in der neuen Rechtsprechung des BGH, in: Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann, Köln, 2002, S. 545-559, (zitiert: *Büttner*, in: FS Erdmann).

Buxel, Holger, Die Privacy Policy im Internet, in: DuD 2002, 401-405.

Byok, Jan, Informationssicherheit von Kritischen Infrastrukturen im Wettbewerbs- und Vergaberecht, in: BB 2017, 451-455.

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. München, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert, EUV AEUV).

Caspar, Johannes, Ist die EU-DSGVO eine Mogelpackung?, in: Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik Nr. 231/232, 99-116.

Caspar, Johannes, Soziale Netzwerke – Endstation informationelle Selbstbestimmung?, in: DuD 2013, 767-771.

Cepl, Philipp Moritz/ Voß, Ulrike (Hrsg.), Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 2. Aufl. München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Cepl/Voß, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz).

Chrzanowski, Alexander von, Datenschutz in Matrixstrukturen, in: Rethinking Law 6/2021, 17-18.

Cichon, Caroline, Hinweis auf bevorstehende Schufa-Übermittlung, in: GRUR-Prax 2015, 471-472.

Claus, Miriam/ Reif, Yvette, Praxisfälle zum Datenschutzrecht XI: Die Kundenbefragung, in: RDV 2021, 212-214.

Coppel, Philip (Hrsg.), Information Rights, 5. Aufl. Oxford, Großbritannien, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Coppel, Information Rights).

Corbet, Cécile, Praktische Auswirkungen des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs, in: IPRB 2020, 284-287.

Cornils, Matthias, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, Tübingen, 2018.

Czernik, Ilja, Cookie-Hinweis unzulässig, in: GRUR-Prax 2021, 385-386.

Czeszak, Lukas, EuGH: Werbung im Posteingang unlauter, in: ZD-Aktuell 2021, 05577.

Dammann, Ulrich/ Simitis, Spiros, EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden, 1997.

Danwitz, Thomas von, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin, 2008.

Däubler, Wolfgang, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl. Frankfurt a. M., 2019.

Däubler, Wolfgang/ Klebe, Thomas/ Wedde, Peter/ Weichert, Thilo (Verf.), Bundesdatenschutzgesetz, 5. Aufl. Frankfurt a. M., 2016, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG).

Däubler, Wolfgang/ Wedde, Peter/ Weichert, Thilo/ Sommer, Imke (Verf.), EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. Frankfurt a. M., 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG).

Daum, Oliver, Pflichtangaben auf Webseiten, in: MMR 2020, 643-647.

Dauner-Lieb, Barbara/ Langen, Werner (Hrsg.), BGB, Schuldrecht, Bd. 2/1 §§ 241-487, 4. Aufl. Baden-Baden, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/1).

Dauner-Lieb, Barbara/ Langen, Werner (Hrsg.), BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3, §§ 662-853, ProdHaftG, UKlaG, 4. Aufl. Baden-Baden, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Bd. 2/3).

Dauses, Manfred A. (Begr.)/ Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, 54. EL. Stand: Oktober 2021 München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dauses/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts).

De Wachter, Jos/ Peeters, Charlotte, Advocate General Rules on the One-Stop Shop Mechanism, in: EDPL 2021, 129-133.

Degeling, Martin/ Utz, Christine/ Urban, Tobias, Effekte der DSGVO auf Webseiten und die Entwicklung der ePrivacy-Verordnung, in: Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik Nr. 231/232, 77-86.

Dembowski, Jürgen, Kinder und Jugendliche als Werbeadressaten, in: Ahrens, Hans-Jürgen/ Bornkamm, Joachim/ Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken, 2006, S. 599-614, (zitiert: *Dembowski*, in: FS Ullmann).

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit der Freien und Hansestadt Hamburg, Kontaktdaten in Gaststätten vertraulich behandeln! – Erste Bußgeldverfahren wegen offener Kontaktlisten, Pressemitteilung v. 14.8.2020, abrufbar unter: <https://datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen/2020/08/2020-08-14-gaestelisten>.

Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Mecklenburg-Vorpommern, Pressemitteilung des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Mecklenburg-Vorpommern, Zwei Jahre Datenschutz-Grundverordnung, Nr. 20200703, v. 3.7.2020, abrufbar unter: <https://www.datenschutz-mv.de/presse/?id=161622>.

Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, 24. Datenschutz- und Informationsfreiheitsbericht der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, 2019, abrufbar unter: https://www.lfdi.nrw.de/mainmenu_Aktuelles/submenu_Bericht/Inhalt/aktueller_Bericht/24_-DIB-2019.pdf.

Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Länderübergreifende Datenschutz-Prüfung: Sind Tracking-Technologien auf Websites von Zeitungs-Verlagen rechtskonform?, Pressemitteilung v. 19.8.2020, abrufbar unter: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/laenderuebergreifende-datenschutz-pruefung-sind-tracking-technologien-auf-websites-von-zeitungs-verlagen-rechtskonform/>.

Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Rheinland-Pfalz, Datenschutzbericht 2012/2013, v. 22.5.2013, abrufbar unter: <https://www.zaftda.de/tb-bundeslaender/rheinland-pfalz/landesdatenschutzbeauftragter-5/629-24-tb-lfd-rheinland-pfalz-2012-13-16-3569-vom-26-05-2014/file>.

Deusch, Florian/ Eggendorfer, Tobias, Durchsetzung und Vollstreckung der Datenübertragbarkeit, in: K&R 2020, 105-111.

DGRI, Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI) e. V. zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, v. 5.10.2018, abrufbar unter: https://www.dgri.de/index.php/fuseaction/download/lrn_file/dgri-stellungnahme_entwurf-eines-gesetzes-zur-staerkung-des-fairen-wettbewerbs.pdf.

Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, LfD Niedersachsen verhängt Bußgeld über 10,4 Millionen Euro gegen notebooksbilliger.de, Pressemitteilung v. 8.1.2021, abrufbar unter: <https://lfd.niedersachsen.de/startseite/infothek/presseinformationen/lfd-niedersachsen-verhangt-bussgeld-uber-10-4-millionen-euro-gegen-notebooksbilliger-de-196019.html>.

Diercks, Nina, Die DSGVO entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber den Rechtsbehelfen aus dem UWG, in: CR 2018, S001.

Diercks, Nina, Einsatz von Google Analytics, in: DSB 2020, 41-43.

Diercks, Nina, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084), v. 21.10.2019, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/664222/617a3c883b5ca1d971f62c8d04acc129/diercks-data.pdf>.

Diercks, Nina, Verhältnis zwischen Datenschutzrecht und UWG aus europarechtlicher Sicht, in: CR 2019, 95-100.

Dieterich, Thomas, Canvas Fingerprinting, in: ZD 2015, 199-204.

Dieterich, Thomas, Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten der DS-GVO, in: ZD 2016, 260-266.

Dissmann, Richard, Zum „fliegenden Gerichtsstand“ bei Internet-Sachverhalten, GRUR-Prax 2021, 268-269.

Dittrich, Tilmann/ Ippach, Jan, Die Beweislast und Darlegungslast bei Ansprüchen nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, in: RDV 2021, 77-82.

Dix, Alexander, Die Regeln der DSGVO zur Zusammenarbeit und Kohärenz der Datenschutzaufsicht, in: Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik Nr. 231/232, 87-98.

Doepner, Ulf, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch – Quo Vadis?, in: Bopp, Thomas/ Tilmann, Winfried (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, Festschrift für Horst Helm zum 65. Geburtstag, München, 2002, S. 47-70, (zitiert: *Doepner*, in: FS Helm).

Doepner, Ulf, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch – Quo vadis?, in: GRUR 2003, 825-832.

Doepner, Ulf, Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Marktzutrittsregelungen?, in: WRP 2003, 1292-1301.

Domej, Tanja, Die geplante EU-Verbandsklagenrichtlinie – Sisypchos vor dem Gipfelsieg?, in: ZEuP 2019, 446-471.

Dönch, Julia, Verbandsklagen bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht – neue Herausforderungen für die Datenschutz-Compliance, in: BB 2016, 962-967.

Dorn, Jenny Katharina, Private und administrative Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht, Baden-Baden, 2017.

Dörr, Oliver, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, Tübingen, 2003.

Douglas, Morton, Art. 13 I und II DS-GVO sind Marktverhaltensregelungen, in: GRUR-Prax 2020, 163.

Dregelies, Max, Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen, Tübingen, 2020.

Dreher, Meinrad/ Ballmaier, Christoph, Die Werbung mit der Rechtsform durch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, in: VersR 2011, 1087-1091.

Dreher, Meinrad/ Kulka, Michael (Hrsg.), Wettbewerbs- und Kartellrecht, 11. Aufl. Köln, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht).

Drewes, Stefan, Was von § 15 Abs. 3 TMG übrig bleibt, in: CR 2020, 602-607.

Dreyer, Heinrich/ Lamm, Christian-Peter/ Müller, Thomas (Verf.), RDG, Berlin, 2009, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dreyer/Lamm/Müller, RDG).

Dröge, Alexander, Der "New Deal for Consumers" – ein Paradigmenwechsel im deutschen UWG, in: WRP 2019, 160-166.

DSK, Konzept der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen v. 14.10.2019, 2019, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/20191016_bu%C3%9Fgeld-konzept.pdf.

DSK, Kurzpapier Nr. 20, Einwilligung nach der DS-GVO, Stand: 22.2.2019, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_20.pdf.

DSK, OH Telemedien 2021, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, Stand: 20. Dezember 2021, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf.

DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, 2019, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmng.pdf.

DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung, Stand: November 2018, abrufbar unter: https://www.datenschutz-bayern.de/dsbk-ent/DSK_96-Werbung.pdf.

DSK, Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25.5.2018, v. 26.4.2018, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/201804_ah_positionsbestimmung_tmng.pdf.

Duchrow, Rebecca, Kritik an der Entscheidung des KG zum Facebook Like-Button, in: MMR-Aktuell 2011, 320091.

Duïn, Anna van, Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC, in: EuCML 2017, 190-198.

Dünkel, Heiko, Kollektiver Rechtsschutz bei Datenschutzrechtsverstößen, in: DuD 2019, 483-487.

Dünkel, Heiko, Zivilrechtliche Verbandsklagen als nötige Ergänzung des öffentlich-rechtlichen Rechtsvollzuges?, in: Brönneke, Tobias/ Willburger, Andreas/ Bietz, Sabine (Hrsg.), Verbraucherrechtsvollzug, Baden-Baden, 2020, S. 347-356, (zitiert: *Dünkel*, in: Brönneke/Willburger/ Bietz, Verbraucherrechtsvollzug).

Dürr-Auster, Heiko, Die Qualifikation als Gruppen oder Verbandskläger im kollektiven Rechtsschutz, Tübingen, 2017.

Düsseldorfer Kreis, Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich am 24./25.11.2010, Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikationsdienste, abrufbar unter: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2013/03/Beschluss-des-D%C3%BCsseldorfer-Kreises-2010-Umsetzung-der-Datenschutzrichtlinie-f%C3%BCr-elektronische-Kommunikationsdienste.pdf>.

Düsseldorfer Kreis, Orientierungshilfe zu den Datenschutzerfordernungen an App-Entwickler und App-Anbieter, Stand: 16.6.2014, abrufbar unter: https://www.la.bayern.de/media/oh_apps.pdf.

Ebers, Martin, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, Tübingen, 2016.

Ebers, Martin/ Steinrötter Björn (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und smarte Robotik im IT-Sicherheitsrecht, Baden-Baden, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ebers/Steinrötter, Künstliche Intelligenz und smarte Robotik im IT-Sicherheitsrecht).

Eckhardt, Jens, Anmerkung zu OLG München ZD 2019, 408 – Datenschutz in elektronischer Kommunikation –Opt-in/Opt-out, in: ZD 2019, 409-410.

Eckhardt, Jens, DSK-Orientierungshilfe Direktwerbung: Alles geklärt?, in: K&R 2019, 289-296.

Eggers, Philippa, Die Zukunft der Cookies: Die Nutzung von Online-Tracking-technologien, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Den Wandel begleiten - IT-rechtliche Herausforderung der Digitalisierung, Edewecht, 2020, S. 161-177, (zitiert: *Eggers*, in: DSRITB 2020).

Ehlers, Dirk/ Schoch, Friedrich (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht).

Ehmann, Eugen, Anmerkung zu LG Hamburg medstra 2017, 373, in: medstra 2017, 376-380.

Ehmann, Eugen, Anspruch eines Arbeitnehmers auf Einschreiten der Datenschutzaufsicht gegen seinen Arbeitgeber, in: jurisPR-ArbR 28/2020 Anm. 3.

Ehmann, Eugen, Bußgelder, behördliche Anordnungen, Verbandsklagen – wie lässt sich Datenschutz am besten durchsetzen?, in: ZD 2014, 493-494.

Ehmann, Eugen/ Helfrich, Marcus, EG-Datenschutzrichtlinie, Köln, 1999.

Ehmann, Eugen/ Selmayr, Martin (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl. München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO).

Eichelberger, Jan, Ersatz immaterieller Schäden bei Datenschutzverstößen, in: Specht-Riemenschneider, Louisa/ Buchner, Benedikt/ Heinze, Christian/ Thomsen, Oliver (Hrsg.), IT-Recht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Jürgen Taeger, Frankfurt a. M., 2020, S. 137-156, (zitiert: *Eichelberger*, in: FS Taeger).

Eichelberger, Jan, Ersatz immaterieller Schäden bei Datenschutzverstößen, in: WRP 2021, 159-167.

Eickhoff, Vera/ Wogner, Hans-Christian, Anmerkung zu BGH ZD 2020, 589 – Befugnis von Verbraucherschutzverbänden zur Verfolgung von Datenschutzrechtsverstößen, in: ZD 2020, 593-594.

Eiden, Joachim/ Walter, Florian, Zur konkludenten Täuschung bei unberechtigtem Abmahnschreiben durch Rechtsanwälte, in: NStZ 2014, 297-305.

Ekey, Friedrich L./ Kippel, Diethelm/ Kotthoff, Jost/ Meckel, Astrid/ Plaß, Gunda (Verf.), Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Heidelberg, 2000, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ekey/Kippel/Kotthoff/Meckel/Plaß, Wettbewerbsrecht).

Elbrecht, Carola/ Schröder, Michaela, Verbandsklagebefugnisse bei Datenschutzverstößen für Verbraucherverbände, in: K&R 2015, 361-366.

Ellger, Reinhard, Konditionenmissbrauch nach § 19 GWB durch Datenschutzverstoß – Der Facebook-Fall des Bundeskartellamts, in: WuW 2019, 446-454.

Elskamp, Gregor, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 2008.

Emmerich, Volker/ Lange, Knut Werner (Verf.), Unlauterer Wettbewerb, 11. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Emmerich/Lange, Unlauterer Wettbewerb).

Engelbrecht, Kai, Datenschutzaufsichtliche Verfahren gegenüber bayerischen öffentlichen Stellen, in: KommunalPraxis Bayern 2019, 334-339.

Engelbrecht, Kai, Die Beschwerde bei der Datenschutz-Aufsichtsbehörde, in: KommunalPraxis Bayern 2019, 372-378.

Engeler, Malte, Das überschätzte Kopplungsverbot, in: ZD 2018, 55-62.

Engeler, Malte/ Marosi, Johannes, Planet49: Neues vom EuGH zu Cookies, Tracking und e-Privacy, in: CR 2019, 707-713.

Engels, Stefan/ Brunn, Beatrice, Ist § 7 II Nr. 2 UWG europarechtswidrig?, in: GRUR 2010, 886-891.

Engert, Andreas, Digitale Plattformen, in: AcP 218 (2018), 304-376.

Engling, Christoph, Zulässigkeit einer Abmahnung nach dem UWG wegen Verstößen gegen die DSGVO, in: DSB 2019, 36-37.

Epiney, Astrid, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: Alexy, Robert/ Kunig, Philip/ Heun, Werner/ Hermes, Georg (Bearb.), Berlin, 2002, S. 362-424, (zitiert: *Epiney*, in: VVDStRL 61 (2002)).

Erdmann, Willi/ Rojahn, Sabine/ Sosnitzka, Olaf (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl. Köln, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitzka, Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz).

Erhardt, David B./ Stoklas, Jonathan, Durchsetzung des Datenschutzrechts durch Private vor dem Hintergrund des aktuellen EU-Rechts, in: Parashu, Dimitrios (Hrsg.), The EU and the Matter of Concerted Acting, Baden-Baden, 2019, S. 135-164, (zitiert: *Erhardt/Stoklas*, in: Parashu, The EU and the matter of concerted acting).

Erman, Walter (Begr.)/ Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg/ Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. Köln, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman, BGB).

Ernst, Stefan, Abmahnungen auf Grund von Normen außerhalb des UWG, in: WRP 2004, 1133-1137.

Ernst, Stefan, Cookies nach der EuGH-Entscheidung "Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49", in: WRP 2020, 962-970.

Ernst, Stefan, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung, in: ZD 2017, 110-114.

Ernst, Stefan, Inbox-Advertising als unlautere Direktwerbung („StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz“), in: EWiR 2022, 27-28.

Ernst, Stefan, Lauterkeitsrechtliche Abmahnung nach Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften, in: jurisPR-WettbR 8/2013 Anm. 4.

Ernst, Stefan, Zum immateriellen Schaden wegen der Verletzung datenschutzrechtlicher Auskunftsansprüche durch den Arbeitgeber, in: BB 2020, 2164-2169.

Ernst, Stefan, Zur Einwilligung in das Setzen von Web-Cookies für Werbung und Marktforschung („Cookie-Einwilligung II“), in: EWiR 2020, 635-636.

Ernst, Stefan, Zur Unwirksamkeit von AGB bei Überschreitung eines vertretbaren Umfangs („PayPal-AGB“), in: EWiR 2020, 273-274.

Eßler, Martin/ Kramer, Phillip/ Lewinski, Kai von (Hrsg.), DSGVO BDSG, 7. Aufl. Köln, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Eßler/Kramer/v. Lewinski, DS-GVO BDSG).

Ettig, Diana, Direktwerbung unter der DSGVO - Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden, in: DSB 2019, 7-8.

Ettig, Diana/ Herbrich, Tülman, Wird's besser, wird's schlimmer? – Das Online-Marketing zwei Jahre nach dem Wirksamwerden der DSGVO, in: K&R 2020, 719-726.

Europäischer Datenschutzausschuss, EDPB adopts Art. 65 decision regarding WhatsApp Ireland, Pressemitteilung v. 28.7.2021, abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/news/news/2021/edpb-adopts-art-65-decision-regarding-whatsapp-ireland_en.

Europäischer Datenschutzausschuss, EDSA nimmt ersten Beschluss gemäß Artikel 65 an, Pressemitteilung v. 10.11.2020, abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/news/news/2020/edpb-adopts-first-art-65-decision_de.

Europäischer Datenschutzausschuss, Stellungnahme des EDSA nach dem Artikel 64 DSGVO: Stellungnahme 5/2019 zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden, angenommen am 12.3.2019, abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/201905_edpb_opinion_eprivacydir_gdpr_interplay_en_de.pdf.

Eyermann, Erich (Begr.)/Happ, Michael et al. (Bearb.), Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Eyermann, VwGO).

Faust, Florian, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: NJW-Beil 2016, 29-33.

Faust, Sebastian/ Spittka, Jan / Wybitul, Tim, Milliardenbußgelder nach der DS-GVO? Ein Überblick über die neuen Sanktionen bei Verstößen gegen den Datenschutz, in: ZD 2016, 120-125.

Feddersen, Jörn, Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs: Neuerungen bei Vertragsstrafe und Gerichtsstand, in: WRP 2021, 713-718.

Feddersen, Jörn, Konturen der Erstbegehungsgefahr, in: Ahrens, Hans-Jürgen/ Büscher, Wolfgang/ Goldmann, Michael/ McGuire, Mary-Rose (Hrsg.), Praxis des Geistigen Eigentums, Festschrift für Henning Harte-Bavendamm zum 70. Geburtstag, München, 2020, S. 493-500, (zitiert: *Feddersen*, in: FS Harte-Bavendamm).

Feddersen, Jörn, Unterlassen durch Beseitigen: Beseitigungshandlungen als Bestandteil des Unterlassungsanspruchs, in: Ahrens, Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Büscher, Köln, 2018, S. 471-482, (zitiert: *Feddersen*, in: FS Büscher).

Feiler, Lukas/ Forgó, Nikolaus, EU-DSGVO, Wien, Österreich, 2017.

Fetzer, Thomas/ Scherer, Joachim/ Graulich, Kurt (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. Berlin, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG).

Fezer, Karl-Heinz, Die Generalklausel - eine Sternstunde des Lauterkeitsrechts in der Europäischen Union, in: Ahrens, Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Büscher, Köln, 2018, S. 297-310, (zitiert: *Fezer*, in: FS Büscher).

Fezer, Karl-Heinz, Lebensmittelimitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-Standards als Gegenstand des Informationsgebots im Sinne des Art. 7 UGP-RL, in: WRP 2010, 577-585.

Fezer, Karl-Heinz/ Büscher, Wolfgang/ Obergfell, Eva Inés (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. München, 2016, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG).

Fischer, Peer, Zur Abgrenzung von privatem und unternehmerischem Handeln auf Auktionsplattformen im Internet, in: WRP 2008, 193-200.

Föhlisch, Carsten, Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs – weder Fluch noch Segen, in: CR 2020, 796-802.

Föhlisch, Carsten, Studie von Trusted Shops: Abmahnnumfrage 2019, 2019, abrufbar unter: https://wortfilter.de/wp-content/uploads/2019/12/1111_TrustedShops_Abmahnnumfrage_2019_.pdf.

Föhlisch, Carsten/Löwer, Daniel, DSGVO und Lauterkeitsrecht, in: VuR 2019, 37-39.

Forgó, Nikolaus/ Helfrich, Marcus/ Schneider, Jochen (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz).

FRA, Access to data protection remedies in EU Member States, Luxemburg, Luxemburg, 2013.

Franck, Lorenz, Altverhältnisse unter DS-GVO und neuem BDSG, in: ZD 2017, 509-513.

Franck, Lorenz, Das System der Betroffenenrechte nach DS-GVO, in: Lepperhoff, Niels/Müthlein, Thomas (Hrsg.), Leitfaden zur Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. Frechen, 2018, S. 223-240, (zitiert: *Franck*, in: Lepperhoff/Müthlein, Leitfaden zur Datenschutz-Grundverordnung).

Franck, Lorenz, Schadensersatz nach Art. 82 DS-GVO wegen Auskunftsfehlern, in: ZD 2021, 680-685.

Franck, Lorenz, System der Betroffenenrechte im Datenschutz, in: RDV 2015, 137-141.

Franzen, Martin/ Gallner, Inken/ Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. München, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht).

Frenzel, Christian-Ulrich, Der Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG unter besonderer Berücksichtigung der "berichtigenden Aufklärung" (§ 8 Abs. 1 S. 1 UWG), in: WRP 2013, 1566-1570.

Frenzel, Sten, Die Unlauterkeit anwaltlicher Berufsrechtsverstöße, Bonn, 2005.

Frenzel, Sten, Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestands abgeschlossen, in: WRP 2004, 1137-1142.

Frieling Tino, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, Tübingen, 2017.

Fries, Martin, De minimis curat mercator: Legal Tech wird Gesetz, in: NJW 2021, 2537-2540.

Fries, Martin, Europäische Verbandsklage: Erkenntnis inter partes, Vollstreckung erga omnes?, in: ZZP 134 (2021), 433-454.

Fries, Martin, Verbraucherrechtsdurchsetzung, Tübingen, 2016.

Fritzsche, Jörg, Endlich: Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, in: WRP 2020, 1367-1378.

Fritzsche, Jörg, Folgenbeseitigungsansprüche im Zivilrecht?, in: WRP 2019, Nr. 03, I.

Fritzsche, Jörg/ Münker, Reiner/ Stollwerck, Christoph (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 14. Ed. Stand: 1.12.2021 München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK UWG).

Funke, Andreas, Umsetzungsrecht, Tübingen, 2010.

Funke, Michael, Tracking: Zur Sinnhaftigkeit der Einwilligung als Rechtsgrundlage, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Den Wandel begleiten - IT-rechtliche Herausforderung der Digitalisierung, Edewecht, 2020, S. 179-197, (zitiert: *Funke*, in: DSRITB 2020).

Gaier, Reinhard/ Wolf, Christian/ Göcken, Stephan (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. Köln, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht).

Galetzka, Christian, Datenschutz und unlauterer Wettbewerb – Sind Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften wettbewerbsrechtlich abmahnfähig?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Big Data & Co - Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, Edewecht, 2014, S. 485-501, (zitiert: *Galetzka*, in: DSRITB 2014).

Galetzka, Christian, Datenschutz und unlauterer Wettbewerb, in: K&R 2015, 77-83.

Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., Datenschutz und Wettbewerbsrecht, in: GRUR 1996, 574-579.

Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. Köln, 1993.

Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 1. Halbbd., 5. Aufl. Köln, 1987.

Gansmeier, Johannes/ Kochendörfer, Luca, Digitales Vertragsrecht Anwendungssystematik, Regelungsprinzipien und schuldrechtliche Integration der §§ 327 ff. BGB, in: ZfPW 2022, 1-40.

Gantschacher, Martina/ Jelinek, Andrea/ Schmidl, Matthias/ Spanberger, Barbara (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Wien, Österreich, 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger, DSGVO).

Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen, 2. Aufl. Köln, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Gärditz, VwGO).

Gärtner, Anette/ Heil, Ulf, Kodifizierter Rechtsbruchtatbestand und Generalklausel, in: WRP 2005, 20-24.

Gebauer, Martin/ Wiedmann, Thomas (Hrsg.), Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht).

Gedert, Ulrike, Wettbewerbswidrigkeit datenschutzrechtlicher Verstöße, in: Hammermeister, Jörg/ Reich, Bettina/ Rose, Edgar (Hrsg.), Information - Wissen – Kompetenz, Oldenburg, 2004, S. 17-34, (zitiert: *Gedert*, in: Hammermeister/Reich/Rose, Information - Wissen – Kompetenz).

Geiger, Caroline, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Tübingen, 2015.

Geissler, Dennis/ Ströbel, Lukas, Datenschutzrechtliche Schadensersatzansprüche im Musterfeststellungsverfahren, in: NJW 2019, 3414-3418.

Gerhard, Torsten, Vereinbarkeit einer Verbandsklage im Datenschutzrecht mit Unionsrecht, in: CR 2015, 338-344.

Gerhold, Maximilian, Anmerkungen EuGH Urt. v. 15.6.2021: Grenzüberschreitende Verarbeitung personenbezogener Daten – Zuständige Aufsichtsbehörde zur Ahndung von Verstößen und Klagerecht, in: NVwZ 2021, 1133-1135.

Gerhold, Maximilian, Europäisches Datenschutzrecht ohne den EuGH, in: EuZW 2020, 849-854.

Gerlach, Carsten, Rechtmäßigkeit der Telemetriedatenverarbeitung, in: CR 2020, 165-173.

Gerpott, Torsten J./ Mikolas, Tobias, Lesbarkeit von Datenschutzerklärungen großer Internethändler in Deutschland, in: MMR 2021, 936-941.

Gerpott, Torsten J./ Mikolas, Tobias, Verbraucherinformationen zu algorithmenbasierten Preisbildungsverfahren bei Online-Käufen, in: InTeR 2021, 122-132.

Gersdorf, Hubertus/ Paal, Boris P. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 34. Ed. Stand: 1.11.2021 München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK Info-MedienR).

Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V., GDD-Praxishilfe - Das neue Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) im Überblick, Stand: Juni 2021, abrufbar unter: <https://www.gdd.de/downloads/praxishilfen/prax-praxishilfen-neustrukturierung/gdd-praxishilfe-ttdsg-im-ueberblick>.

Gierschmann, Sibylle, Anmerkung zu BGH MMR 2020, 609 – Verwendung personenbezogener Daten – Cookie-Einwilligung II, in: MMR 2020, 613-617.

Gierschmann, Sibylle, Gestaltungsmöglichkeiten bei Verwendung von personenbezogenen Daten in der Werbung, in: MMR 2018, 7-12.

Gierschmann, Sibylle, Positionsbestimmung der DSK zur Anwendbarkeit des TMG, in: ZD 2018, 297-301.

Gierschmann, Sibylle/Schlender, Katharina/Stentzel, Rainer/Veil, Winfried (Hrsg.), Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, Köln, 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO*).

Glöckner, Jochen, Ausgestaltung der Individualansprüche von Verbrauchern bei Lauterkeitsverstößen, in: GRUR 2021, 919-929.

Gloy, Wolfgang (Begr.)/Loschelder, Michael/Danckwerts, Rolf (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter* in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts*).

Glüding, Katja Viktoria, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, Baden-Baden, 2020.

Göckler, Till, Die Klagebefugnis vertikaler Wirtschaftsverbände, in: WRP 2016, 434-439.

Goebel, Frank-Michael, Das ändert sich bei urheberrechtlichen Abmahnungen, in: FMP 2019, 115-119.

Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, §§ 1-75 AktG, 5. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MüKoAktG, Bd. 1*).

Gola, Peter (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Gola, DS-GVO*).

Gola, Peter, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl. Frechen, 2019.

Gola, Peter, Verbandsklagen – ein neues Schwert des Datenschutzes?, in: RDV 2016, 17-22.

Gola, Peter/Klug, Christoph, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im ersten Halbjahr 2019, in: NJW 2019, 2587-2590.

Gola, Peter/Reif, Yvette, Datenschutzrelevante Aspekte des novellierten UWG, in: RDV 2009, 104-112.

Gola, Peter/Wronka, Georg, Datenschutzrecht im Fluss, in: RDV 2015, 3-10.

Golla, Sebastian J., Die Straf- und Bußgeldtatbestände der Datenschutzgesetze, Berlin, 2015.

Golla, Sebastian J., Säbelrasseln in der DS-GVO: Drohende Sanktionen bei Verstößen gegen die Vorgaben zum Werbedatenschutz, in: RDV 2017, 123-129.

Golland, Alexander, Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung, in: MMR 2018, 130-135.

Golland, Alexander, Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz, in: NJW 2021, 2238-2242.

Golland, Alexander, Dynamic Pricing: Algorithmen zwischen Ökonomie und Datenschutz, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Die Macht der Daten und der Algorithmen – Regulierung von IT, IoT und KI, Edewecht, 2019, S. 61-70, (zitiert: Golland, in: DSRITB 2019).

Gommlich, Alexander, Die Beseitigungsansprüche im UWG, Berlin, 2001.

Götting, Horst-Peter/ Meyer, Justus/ Vormbrock, Ulf (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. Baden-Baden, 2020, (zitiert: Bearbeiter, in: Götting/Meyer/Vormbrock, Gewerblicher Rechtsschutz).

Götting, Horst-Peter/ Nordemann, Axel (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. Baden-Baden, 2016, (zitiert: Bearbeiter, in: Götting/Nordemann, UWG).

Grabitz, Eberhard (Begr.)/ Hilf, Meinhard (Fortgef.)/ Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 74. EL Stand: September 2021, München, 2021, (zitiert: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union).

Grages, Jan-Michael, Rechtfertigung und Zweckänderung im Spannungsverhältnis von DSGVO und TTDSG, in: CR 2021, 834-840.

Gramespacher, Thomas Ch., Autoreply-E-Mails mit Werbezusätzen als rechtswidrige, unzumutbare Belästigung des Empfängers: Ja? Nein? Vielleicht? in: WRP 2016, 495-497.

Grentzenberg, Verena/ Spittka, Jan, Die Klagebefugnis Privater bei Datenschutzverstößen, in: GRUR-Prax 2020, 539-542.

Grewe, Max/ Stegemann, Lea, EU-Verbandsklagerichtlinie, in: ZD 2021, 183-187.

Groeben, Hans von der/ Schwarze, Jürgen/ Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Bd. 1., 7. Aufl. Baden-Baden, 2015, (zitiert: Bearbeiter, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 1).

Grüneberg, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 81. Aufl. München 2022 (zitiert: Bearbeiter, in: GrünHome Teil III).

Gsell, Beate, Europäische Verbandsklagen zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen – Königs- oder Holzweg?, in: BKR 2021, 521-529.

Gsell, Beate/ Krüger, Wolfgang/ Lorenz, Stephan/ Reymann, Christoph (GesamtHrsg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR für das Zivilrecht, München, 2021, (zitiert: Bearbeiter, in: BeckOGK).

Gsell, Beate/ Rübbeck, Johannes, Beseitigung als Folgenbeseitigung? – Kollektivklagen der Verbraucherverbände auf Rückzahlung unrechtmäßig erzielter Gewinne, in: ZfPW 2018, 409-430.

Guckelberger, Annette, Deutsches Verwaltungsprozessrecht unter unionsrechtlichem Anpassungsdruck, Baden-Baden, 2017.

Guilliard, Simon, Die Tätigkeiten der öffentlichen Hand als geschäftliche Handlung im UWG, in: GRUR 2018, 791-801.

Güngör, Volkan, Eine unzureichende Datenschutzerklärung auf der Homepage ist ein Wettbewerbsverstoß, in: GWR 2018, 417.

Gurkmann, Jutta, Die Musterfeststellungsklage: Anmerkungen zu Lücken im kollektiven Rechtsschutz und dem Gesetzentwurf des BMJV zur Einführung der Musterfeststellungsklage, in: Schäfer, Matthias (Hrsg.), Der Gesetzesentwurf zur „Musterfeststellungsklage“, 2018, S. 46-75, abrufbar unter: https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_52906_1.pdf/d72519a6-44e2-acd4-2699-5ec851ffe6dc?version=1.0&t=1539647268142.

Gurkmann, Jutta, Die Musterfeststellungsklage: Ein Meilenstein im kollektiven Rechtsschutz, aber noch nicht das Ziel, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages – Leipzig 2018, Band II/1: Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, München, 2019, K 9-19, (zitiert: Gurkmann, in: DJT 2018, Bd. II/1).

Hacker, Philipp, Daten als Gegenleistung. Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, in: ZfPW 2019, 148-197.

Hacker, Philipp, Datenprivatrecht, Tübingen, 2020.

Hager, Thomas, Streuschäden im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 2011.

Hakenberg, Michael, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie der Europäischen Union, in: NJOZ 2021, 673-679.

Halder, Christoph, Aktuelle Entwicklungen im Lauterkeitsrecht (Teil 1): Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (hier: Aktivlegitimation und Missbrauch), in: AnwZert-ITR 9/2021 Anm. 3.

Halder, Christoph, Aktuelle Entwicklungen im Lauterkeitsrecht (Teil 2): Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (hier: Abmahnung), in: AnwZert-ITR 10/2021 Anm. 3.

Halder, Christoph, Aktuelle Entwicklungen im Lauterkeitsrecht (Teil 3): Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (hier: Vertragsstrafe und gerichtliche Zuständigkeit), in: AnwZert-ITR 11/2021 Anm. 3.

Halder, Christoph, Art. 79 DSGVO steht Unterlassungsanspruch des Betroffenen wegen datenschutzwidriger Datenverarbeitung nicht entgegen, in: jurisPR-ITR 4/2021 Anm. 5.

Halder, Christoph, Auslegung des immateriellen Schadens in Art. 82 DSGVO und Nichtvorlage als Entzug des gesetzlichen Richters, in: jurisPR-ITR 13/2021 Anm. 5.

Halder, Christoph, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Veröffentlichung von Begünstigten der EU-Landwirtschaftsförderung, in: jurisPR-ITR 4/2020 Anm. 3.

Halder, Christoph, Deaktivierungsanordnung zu Facebook-Fanpage: Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen gemeinsam Verantwortliche, in: jurisPR-ITR 10/2020 Anm. 5.

Halder, Christoph, Kein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über Beschwerde nach Art. 77 Abs. 1 DSGVO, in: jurisPR-ITR 16/2020 Anm. 6.

Halder, Christoph, Rechtsschutz gegen ablehnende Entscheidung über Beschwerde nach Art. 78 DSGVO, in: jurisPR-ITR 7/2021 Anm. 3.

Halder, Christoph, Telefonwerbung: Zwischen DSGVO und UWG, in: jurisPR-ITR 6/2020 Anm. 4.

Halder, Christoph, Zur formularmäßigen Überwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter bei renoviertem Mietraum, in: ZJS 2017, 719-726.

Halder, Christoph, Zur Klagebefugnis von Verbänden nach Geltung der DSGVO - zugleich Anm. zu Schlussanträgen v. 02.12.2021 - C-319/20 A, in: jurisPR-ITR 1/2022 Anm. 2.

Halder, Christoph/Gilde, Julia, Anspruch auf Einschreiten der Datenschutzaufsichtsbehörde (Teil 1): Rechtsbehelfe des Betroffenen, in: AnwZert-ITR 7/2020 Anm. 2.

Halder, Christoph/Gilde, Julia, Anspruch auf Einschreiten der Datenschutzaufsichtsbehörde (Teil 2): Gerichtliche Kontrolldichte, in: AnwZert-ITR 8/2020 Anm. 3.

Halder, Christoph/Heß, Florian, nur eingeschränkte gerichtliche Kontrolle einer abgelehnten Beschwerde nach Art. 78 DSGVO, in: jurisPR-ITR 14/2021 Anm. 6.

Halder, Christoph/ Ittner, Thomas, Die unzutreffende Annahme einer Entscheidungskompetenz als Entzug des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, in: ZJS 2018, 275-284.

Halder, Christoph/ Ittner, Thomas, Quo vadis Schleierfahndung? – Zu den Voraussetzungen der Unionsrechtskonformität der Schleierfahndung, in: ZJS 2018, 308-320.

Halder, Christoph/ Johanson, Aron, Datenschutz in studentischen Rechtsberatungen – Teil 1, in: NJOZ 2019, 1425-1433.

Halder, Christoph/ Johanson, Aron, Datenschutz in studentischen Rechtsberatungen – Teil 2, in: NJOZ 2019, 1457-1465.

Halder, Christoph/ Walker, Michael, Anmerkung zu VG Regensburg ZD 2020, 601 – Unterlassungsanspruch gegen Videoüberwachung einer städtischen Parkanlage, in: ZD 2020, 605-606.

Halfmeier, Axel, Anmerkung zu BGH VuR 2018, 188 – Folgenbeseitigungsanspruch bei unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: VuR 2018, 195-197.

Halfmeier, Axel, Die neue Datenschutzverbandsklage, in: NJW 2016, 1126-1129.

Halfmeier, Axel, Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nichts, in: ZRP 2017, 201-204.

Halfmeier, Axel, Orwell revisited: Das „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“, in: VuR 2020, 441-443.

Halfmeier, Axel, Popularklagen im Privatrecht, Tübingen, 2006.

Halfmeier, Axel/ Rott, Peter, Verbandsklage mit Zähnen? – Zum Vorschlag einer Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, in: VuR 2018, 243-250.

Hanloser, Stefan, 25. Mai 2018 und keine ePrivacy-Verordnung: Füllt das TMG die Lücke?, beck-community v. 10.7.2017, abrufbar unter: <https://community.beck.de/2017/07/10/25-mai-2018-und-keine-epriacy-verordnung-fuellt-das-tmg-die-luecke>.

Hanloser, Stefan, Anmerkung BGH MMR 2010, 138 – Opt-out durch Streichen der Einwilligungsklausel – HappyDigits, in: MMR 2010, 140-141.

Hanloser, Stefan, Anmerkung zu BGH BB 2020, 1679 – Cookie-Consent-Erfordernis zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung – Cookie-Einwilligung II – Planet49, in: BB 2020, 1683-1684.

Hanloser, Stefan, Die BDSG-Novelle II: Neuregelungen zum Kunden- und Arbeitnehmerdatenschutz, in: MMR 2009, 594-599.

Hanloser, Stefan, Geräte-Identifizierung im Spannungsfeld von DS-GVO, TMG und ePrivacy-VO, in: ZD 2018, 213-218.

Hanloser, Stefan, Schutz der Geräteintegrität durch § 25 TTDSG, in: ZD 2021, 399-403.

Hanloser, Stefan, Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz, in: ZD 2021, 121-122.

Hanloser, Stefan, Umsetzungslücken bei der ePrivacy-RL – Planet49, in: ZD 2019, 264-266.

Hansch, Guido, Ein Jahr DSGVO in der Unternehmenspraxis: War die Angst berechtigt?, in: DSB 2019, 153-155.

Hansen, Hauke/ Bormann, Clara, LG Würzburg: Unzureichende Datenschutzerklärung stellt abmahnfähigen Wettbewerbsverstoß dar, in: IPRB 2018, 273-275.

Hansen, Hauke/ Brechtel, Sandra, KUG vs. DS-GVO: Kann das KUG anwendbar bleiben?, in: GRUR-Prax 2018, 369-370.

Hansen, Marit/ Polenz, Sven, in: Brönneke, Tobias/ Willburger, Andreas/ Bietz, Sabine (Hrsg.), Rechtsvollzug durch die Datenschutzaufsichtsbehörden – ein Überblick, in: Verbraucherrechtvollzug, Baden-Baden, 2020, S. 331-346, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Brönneke/Willburger/ Bietz, Verbraucherrechtvollzug).

Hansen, Marit/ Polenz, Sven, Verbandsklagen bei Datenschutzverstößen, in: DRiZ 2016, 19.

Harte-Bavendamm, Henning/ Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4. Aufl. München, 2016, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016).

Harte-Bavendamm, Henning/ Henning-Bodewig, Frauke/ Goldmann, Michael/ Tolkmitt, Jan (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5. Aufl. München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann/Tolkmitt, UWG, 5. Aufl. 2021).

Hartge, Dagmar/ Herbort, Nina Elisabeth, Der beste Weg im aufsichtsbehördlichen Verfahren?, in: DSB 2020, 184-186.

Härtig, Niko, Cookie-Fenster sind nicht alternativlos, in: WRP 2020, Nr. 10, I.

Härtig, Niko, Datenschutz-Grundverordnung, Köln, 2016.

Härtig, Niko, Datenschutz-Grundverordnung: Privatrecht, Verbraucherrecht, Wettbewerbsrecht, in: IPRB 2016, 141-143.

Härtig, Niko, Internetrecht, 6. Aufl. Köln, 2017.

Härtig, Niko, Kein Unterlassungsanspruch: Warum § 1004 BGB auf Datenschutzverstöße nicht anwendbar ist, v. 30.9.2019, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2019/09/30/kein-unterlassungsanspruch-warum-%C2%A7-1004-bgb-auf-datenschutzverstoesse-nicht-anwendbar-ist/>.

Härtig, Niko, Neuer Gesetzesentwurf aus dem BMWi: Cookie-Einwilligung per Browsereinstellung und Cookie-Einsatz auf vertraglicher Grundlage, v. 3.8.2020, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2020/08/03/neuer-gesetzesentwurf-aus-dem-bmwi-cookie-einwilligung-per-browsereinstellung-und-cookie-einsatz-auf-vertraglicher-grundlage/>.

Härtig, Niko/ Dag, Seda, Ist ein DSGVO-Verstoß eigentlich wettbewerbswidrig?, in: IPRB 2018, 253-255.

Härtig, Niko/ Flisek, Christian/ Thiess, Lars, DSGVO: Der Verwaltungsakt wird zum Normalfall, in: CR 2018, 296-300.

Härtig, Niko/ Strubel, Michael, Datenschutz und Wettbewerbsrecht, in: IPRB 2011, 231-233.

Härtig, Niko/ Thiess, Lars, Datenschutz und Wettbewerbsrecht, Update: Die wettbewerbsrechtliche Sanktionierung von Datenschutzverletzungen, in: IPRB 2014, 275-277.

Hartmann, Fabian, Prozessuale Waffengleichheit? – Aus Karlsruhe nichts Neues, in: K&R 2021, 229-232.

Hartmann, Marc, Zivilrechtliche Anspruchskonkurrenz - Unlautere AGB als Gegenstand von § 3a UWG und § 1 UKlaG, Bielefeld, 2020.

Hasselblatt, Gordian N. (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. München, 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz).

Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 59. Ed. Stand: 1.8.2021, München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB).

Heermann, Peter W./ Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, Grundlagen: Grundlagen des Lauterkeitsrechts, internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, das Unionsrecht und die UGP-Richtlinie, Vorabentscheidungsverfahren, §§ 1-7 UWG, 3. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2020).

Heermann, Peter W./ Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, Grundlagen: Grundlagen des Lauterkeitsrechts, internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, unionsrechtlicher Rahmen, Vorabentscheidungsverfahren, §§ 1-4 UWG, 2. Aufl. München, 2014, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoUWG, Bd. 1, 2. Aufl. 2014).

Heermann, Peter W./ Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 2, §§ 5-20 UWG, 2. Aufl. München, 2014, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoUWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2014).

Heermann, Peter W./ Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 2, §§ 8-20 UWG, 3. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoUWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2020).

Hefendehl, Roland/ Hohmann, Olaf (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, §§ 263-358 StGB, 3. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoStGB).

Heidemann-Peuser, Heike, Rechtskonforme Gestaltung von Datenschutzklauseln, in: DuD 2002, 389-394.

Heinze, Christian/ Warmuth, Cara, Das Sonderprozessrecht der Datenschutz-Grundverordnung, in: ZZPInt 21 (2016), 175-198.

Heinzke, Philippe/ Storkenmaier, Julia, Die kollektive Rechtsdurchsetzung bei Verletzungen des Datenschutzrechts, in: CR 2021, 299-307.

Heinzke, Philippe/ Storkenmaier, Julia, Die kollektive Rechtsdurchsetzung bei Verletzungen des Datenschutzrechts – Teil 2, in: CR 2021, 582-588.

Helberger, Natali/ Borgesius, Frederik Zuiderveen/ Reyna, Augstin, The perfect match? A closer look at the relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law, in: CMLR 54 (2017), 1427-1466.

Helfrich, Marcus, DSAnpUG-EU: Ist der sperrige Name hier schon Programm?, in: ZD 2017, 97-98.

Hellgardt, Alexander, Die Schadensersatzhaftung für Datenschutzverstöße im System des unionalen Haftungsrechts, in: ZEuP 2022, 7-43.

Henke, Hannes, Kollektiver Verbraucherschutz durch einstweilige Verfügungen nach der Verbandsklagen-RL, in: VuR 2021, 137-143.

Hennemann, Moritz, Datenportabilität, in: PinG 2017, 5-8.

Hennemann, Moritz, Die personalisierte Vertragsanbahnung, in: AcP 219 (2019), 818-854.

Hennigs, Stefan, Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln, Baden-Baden, 2017.

Henning-Bodewig, Frauke, Die Regelung der zivilrechtlichen Sanktionen im UWG – Ein Irrgarten, in: Straus, Joseph (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums,

Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag, Köln, 1996, S. 521-534, (zitiert: *Henning-Bodewig*, in: FS Beier).

Henning-Bodewig, Frauke, UWG und Geschäftsethik, in: WRP 2010, 1094-1105.

Henrich, Jan, German Unfair Competition Law and the GDPR – Courts Are Indecisive about Parallel Remedies, in: EDPL 2018, 515 – 519.

Hense, Peter, Verantwortung für arbeitsteiliges Handeln an der Schnittstelle von Zivil-, Straf-, Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, in: DSB 2020, 236-238.

Herberger, Maximilian/ Martinek, Michael/ Rüßmann, Helmut/ Weth, Stephan/ Würdinger, Markus (Hrsg.), *Juris PraxisKommentar BGB*, 9. Aufl. Saarbrücken, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB*).

Herbrich, Tilman, Case note on: Exceptions to the One-Stop-Shop Rule of the GDPR - Facebook v Gegevensbeschermingsautoriteit, in: GRUR Int. 2022, 78-81.

Herbrich, Tilman, Sperrwirkung der Rechtsbehelfe der DSGVO im Zusammenhang mit Videoüberwachung zur Gefahrenabwehr, in: jurisPR-ITR 19/2020 Anm. 5.

Herbrich, Tilman, Unterlassungsanspruch hinsichtlich einer mit Gewinnspiel verbundenen Werbung für Inkontinenzhilfsmittel und erfolgter Einholung einer Einwilligung für E-Mail-Werbung, in: jurisPR-ITR 23/2020 Anm. 5.

Herbrich, Tilman/ Buchartowski, Rosa, Mammutaufgabe: Erfüllung der Informationspflicht, in: DSB 2019, 163-164.

Herbrich, Tilman/ Niekrenz, Elisabeth, Privacy Litigation Against Real-Time Bidding, in: CRi 2021, 129-141.

Herdas, Daniela, KI im Bewerbungsprozess – datenschutzrechtliche Herausforderungen, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), *Die Macht der Daten und der Algorithmen – Regulierung von IT, IoT und KI*, Edewecht, 2019, S. 71-90, (zitiert: *Herdas*, in: DSRITB 2019).

Herfurth, Constantin, Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO, in: ZD 2018, 514-520.

Herresthal, Carsten, Nachwirkende Leistungstreue- und Rücksichtnahmepflichten, in: Arnold, Stefan/ Lorenz, Stephan (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Hannes Unberath*, München, 2015, S. 179-210, (zitiert: *Herresthal*, in : GS Unberath).

Hess, Burkhard, A Coherent Approach to European Collective Redress, in: Fairgrieve, Duncan/ Lein, Eva (Hrsg.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford, Großbritannien, 2012, S. 107-118, (zitiert: *Hess*, in: Fairgrieve/Lein, *Extraterritoriality and Collective Redress*).

Hess, Burkhard, Die EU-Datenschutzgrundverordnung und das europäische Prozessrecht, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), *Fairness Justice Equity*, Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag, München, 2017, S. 255-265, (zitiert: *Hess*, in: FS Geimer).

Hess, Burkhard, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2 Aufl. Berlin, 2021.

Hettenbach, Dieter, Schadensersatz wegen Datenübermittlung an Schufa bei nur geringfügiger Überziehung des Dispositionskredits, in: EWiR 2021, 451-452,

Hidar, Síham, *Rechtliche Grenzen smarterer Preisgestaltung*, Baden-Baden, 2021.

Hilgert, Sebastian/ Hilgert, Peter, Mehr Privatsphäre durch Einwilligungsvorbehalt?, in: jM 2020, 97-100.

Himmels, Sabine, Behavioural Targeting im Internet – Datenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, Frankfurt a. M., 2013.

Hoeren, Thomas, BGH: Drohung mit Schufa-Mitteilung – Schufa-Hinweis, in: LMK 2015, 374545.

Hoeren, Thomas, Cookies nur mit aktiver Zustimmung („Planet49“), in: EWiR 2020, 93-94.

Hoeren, Thomas, Datenschutz und Wettbewerbsvorteil – Überlegungen zur aktuellen Facebook-Diskussion, in: Greipl, Erich/ Münker, Reiner (Hrsg.), 100 Jahre Wettbewerbszentrale, Frankfurt a. M., 2012, S. 135-146, (zitiert: *Hoeren*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale).

Hoeren, Thomas/ Lüttkemeier, Sven, Unlauterer Wettbewerb durch Datenschutzverstöße, in: Sokol, Bettina (Hrsg.), Neue Instrumente im Datenschutz, Düsseldorf, 1999, S. 107-123, (zitiert: *Hoeren/Lüttkemeier*, in: Sokol, Neue Instrumente im Datenschutz).

Hoeren, Thomas/ Sieber, Ulrich/ Holznagel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 57. EL Stand: September 2021 München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Handbuch Multimedia-Recht).

Hoffmann, Raphael, Profilbildung unter der DSGVO, Baden-Baden, 2020.

Hofmann, Franz, Der maßgeschneiderte Preis, in: WRP 2016, 1074-1081.

Hofmann, Franz, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Tübingen, 2017.

Hofmann, Franz, Versteckte Haftungsfälle im neuen UWG bei der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs durch Mitbewerber?, in: WRP 2021, 1-4.

Hofmann, Johanna M., Drohung mit SCHUFA-Mitteilung, in: VuR 2016, 67-69.

Hofmann, Johanna M., Dynamische Zertifizierung, Baden-Baden, 2019.

Hohlweck, Martin, Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs - Heilmittel oder Placebo?, in: WRP 2020, 266-273.

Hohlweck, Martin, Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs 2020 – Auswirkungen der Neuregelungen in der ersten und zweiten Instanz, in: WRP 2021, 719-725.

Holländer, Corinna, Bußgeld-Apokalypse und Zeitenwende, Wohin bewegt sich die Sanktionspraxis deutscher Datenschutzaufsichtsbehörden unter der Datenschutz-Grundverordnung?, in: Lachmayer, Konrad/ Lewinski, Kai von (Hrsg.), Datenschutz im Rechtsvergleich, Baden-Baden, 2019, S. 201-218, (zitiert: *Holländer*, in: Lachmayer /v. Lewinski, Datenschutz im Rechtsvergleich).

Holtz, Hajo Michael, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 2010.

Hornung, Gerrit/ Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. Berlin, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hornung/Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media).

Hornung, Gerrit/ Schallbruch, Martin (Hrsg.), IT-Sicherheitsrecht, Baden-Baden, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hornung/Schallbruch, IT-Sicherheitsrecht).

Hosser, Marcus A., Verbesserung des Teledienstedatenschutzes im nicht öffentlichen Bereich durch die Ansprüche nach § 2 UKlaG, §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG, Frankfurt a. M., 2008.

Hötzel, Gerrit, Kein Nachweis der Einwilligung allein über ein vom Verantwortlichen gesetztes Häkchen/Kreuzchen, in: DSB 2020, 316-318.

Hrube, Mandy, Keine Abmahnung von Verstößen gegen DSGVO durch Mitbewerber, in: jurisPR-ITR 1/2019 Anm. 4.

Huber, Christopher, Wortlaut und „Wille des Gesetzgebers“ im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung. Zu den nationalen contra-legem-Grenzen bei der richtlinienkonformen

Interpretation beurteilt anhand der Entscheidung Cookie-Einwilligung II des BGH vom 28.05.2020, I ZR 7/16, in: EuR 2021, 696-720.

Hullen, Nils, Anmerkung zu LG Berlin MMR 2011, 387 – Kein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch bei datenschutzwidriger Verwendung des „Like“-Buttons, in: MMR 2011, 387-389.

Huppertz, Peter/ Ohrmann, Christoph, Wettbewerbsvorteile durch Datenschutzverletzungen?, in: CR 2011, 449-454.

Ihde, Rainer, Cookies – Datenschutz als Rahmenbedingung der Internetökonomie, in: CR 2000, 413-424.

Ihwas, Saleh R., Das neue Datenschutzstrafrecht – Bußgeldrisiken für Unternehmen nach der DSGVO und Strafbarkeitsrisiken für Individualpersonen nach dem BDSG, in: NZWiSt 2021, 289-296.

Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim (Begr.)/ Körber, Torsten/ Schweitzer, Heike/ Zimmer, Daniel (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 6. Aufl. München, 2020, (zitiert: Bearbeiter, in: Immenga/Mestmäcker, GWB).

Imping, Andreas, Zur Anwendung des AGBG auf vorformulierte rechtsgeschäftliche Erklärung und zur Wirksamkeit eines formularmäßigen Einverständnisses mit einer Telefonwerbung, in: MDR 1999, 857-858.

Indenhuck, Moritz/ Strobl, Henrike, Freunde finden: Zulässige Ausgestaltung vom Empfehlungsfunktionen, in: ITRB 2016, 251-256.

Irish Council for Civil Liberties, Europe's enforcement paralysis ICCL's 2021 report on the enforcement capacity of data protection authorities, 2021, abrufbar unter: <https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2021/09/Europes-enforcement-paralysis-2021-ICCL-report-on-GDPR-enforcement.pdf>.

Isele, Jan-Felix, "Wegfall des fliegenden Gerichtsstandes für im Internet begangene Wettbewerbsverstöße", Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf vom 16.02.2021, 20 W 11/21, in: MMR 2021, 334-336.

Isele, Jan-Felix, Von der "Wettbewerbshandlung" zur "geschäftlichen Handlung": Hat die "Änderung der Voreinstellung" ausgedient?, in: GRUR 2009, 727-730.

Jacobs, Rainer/ Lindacher, Walter/ Teplitzky, Otto (Begr.)/ Peifer, Karl-Nikolaus (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Großkommentar, Bd. 1, §§ 1-3, 2. Aufl. Berlin, 2014, (zitiert: Bearbeiter, in: GK-UWG, Bd. 1, 2. Aufl.).

Jacobs, Rainer/ Lindacher, Walter/ Teplitzky, Otto (Begr.)/ Peifer, Karl-Nikolaus (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Großkommentar, Bd. 1, §§ 1-3, 3. Aufl. Berlin, 2021, (zitiert: Bearbeiter, in: GK-UWG, Bd. 1, 3. Aufl.).

Jacobs, Rainer/ Lindacher, Walter/ Teplitzky, Otto (Begr.)/ Peifer, Karl-Nikolaus (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Großkommentar, Bd. 2 §§ 3a-7, 3. Aufl. Berlin, 2020, (zitiert: Bearbeiter, in: GK-UWG, Bd. 2, 3. Aufl.).

Jacobs, Rainer/ Lindacher, Walter/ Teplitzky, Otto (Begr.)/ Peifer, Karl-Nikolaus (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Großkommentar, Bd. 2 §§ 4-7, 2. Aufl. Berlin, 2013, (zitiert: Bearbeiter, in: GK-UWG, Bd. 2, 2. Aufl.).

Jacobs, Rainer/ Lindacher, Walter/ Teplitzky, Otto (Begr.)/ Peifer, Karl-Nikolaus (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Großkommentar, Bd. 3, §§ 8-20, 3. Aufl. Berlin, 2022, (zitiert: Bearbeiter, in: GK-UWG, Bd. 3, 3. Aufl.).

Jacquemain, Tobias, Der deliktische Schadensersatz im europäischen Datenschutzprivatrecht, Baden-Baden, 2017.

Jacquemain, Tobias, Haftung privater Stellen bei Datenschutzverstößen, in: RDV 2017, 227-235.

Jahnel, Dietmar (Hrsg.), Datenschutzrecht Jahrbuch 2019, Wien, Österreich, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in : Jahnel, Datenschutzrecht Jahrbuch 2019).

Jahnel, Dietmar (Hrsg.), DS-GVO, Salzburg-Elsbethen, Österreich, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in : Jahnel, DS-GVO).

Jandt, Silke, Gesetzentwurf für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG-E), in: DSB 2021, 66-69.

Jandt, Silke, Spezifischer Datenschutz für Telemedien und die DS-GVO, in: ZD 2018, 405-408.

Jandt, Silke, Weiterhin keine Rechtsklarheit für Cookies auf Webseiten, in: ZD 2020, 551-555.

Jandt, Silke/ Steidle, Roland (Hrsg.), Datenschutz im Internet, Baden-Baden, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jandt/Steidle, Datenschutz im Internet).

Jänich, Volker Michael, Lauterkeitsrecht, München, 2019.

Jansen, Richard/ Radtke, Tristan, Klagebefugnis von Verbänden wegen Datenschutzverletzungen, in: JR 2021, 327-329.

Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. München, 2021.

Jarass, Hans D., Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, Köln, 1994.

Jarass, Hans D./ Beljin, Sasa, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, in: NVwZ 2004, 1-11.

Jaschinski, Martin, Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BT-Drucks. 19/12084), 2019, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/664216/e419385c9de2e92%20f9d7baaec334f7f84/jaschinski-data.pdf>.

Jaschinski, Martin/ Piltz, Carlo, Das Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, in: WRP 2016, 420-427.

Jäschke, Marvin, BGH: Zur Klagebefugnis von Verbraucherschutzverbänden im Datenschutzrecht, in: CR 2020, R77.

Jaspers, Andreas/ Reif, Yvette, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte nach der geplanten EU-Datenschutz-Grundverordnung – ein Vergleich mit dem BDSG, in: RDV 2012, 78-84.

Jauernig, Othmar (Begr.), Stürner, Rolf (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB).

Jenkouk, Nasim, Der Referentenentwurf zur Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, in: ZdiW 2021, 133-136.

Johannes, Paul C./ Weinhold, Robert, Das neue Datenschutzrecht bei Polizei und Justiz, Baden-Baden, 2018.

Johne, Marc, Verdeckte Verbraucherprofile, Erfurt, 2016.

Jotzo, Florian, Die internationale Durchsetzung der europäischen Datenschutzregeln vor deutschen Zivilgerichten durch Verbände, in: ZZPInt 22 (2017), 225-254.

Jülicher, Tim/ Rötgen, Charlotte/ Schönfeld, Max von, Das Recht auf Datenübertragbarkeit, in: ZD 2016, 358-362.

Jung, Ingmar, Anm. OLG Düsseldorf, 16.02.2021 - 20 W 11/21: Gerichtsstand bei Werbung in Telemedien - internetspezifische Kennzeichnungsvorschriften, in: GRUR 2021, 984-986.

Jüttner, Roberto, Der Anwendungsbereich der UGP-RL und seine Ausnahmereiche, in: WRP 2021, 863-872.

Jüttner, Roberto, Lauterkeitsrechtliche Durchsetzung von Corona-Maßnahmen, in: WRP 2020, 1119-1127.

Kadelbach, Stefan, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Tübingen, 1999.

Kahl, Thomas, Wer haftet denn jetzt wofür, wem und woraus?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Recht 4.0 - Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, Edewecht, 2017, S. 101-114, (zitiert: *Kahl*, in: DSRTB 2017).

Kahl, Wolfgang/ Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts, Heidelberg, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts).

Kahl, Wolfgang/ Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts, Heidelberg, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts).

Kahlert, Henning, Unlautere Werbung mit Selbstverpflichtungen, in: DuD 2003, 412-416.

Kamlaß, Dietrich, Zum Konkurrenzverhältnis des UWG zum UKlaG, in: WRP 2006, 33-37.

Kamlaß, Wulf/ Hoke, Svenja, Datenschutz und UWG - Unterlassungsansprüche bei Datenschutzverstößen, in: RDV 2008, 226-231.

Kartheuser, Ingemar, Abmahnbarkeit von DSGVO-Verstößen durch Mitbewerber, in: ITRB 2018, 278-279.

Kartheuser, Ingemar/ Klar, Manuel, Wirksamkeitskontrolle von Einwilligungen auf Webseiten, in: ZD 2014, 500-505.

Kaulartz, Markus/ Braegelman, Tom (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kaulartz/Braegelman, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning).

Keck, Stefan, Wettbewerbsverstöße durch Rechtsbruch, Regensburg, 2005.

Kenning, Peter/ Zimmermann-Janssen, Vita E. M., Verbraucherschutz und Digitalisierung: Ausgewählte Problemfelder und aktuelle Themen in der digitalen Welt, in: ZWeR 2021, 62-77.

Keppeler, Lutz Martin, Was bleibt vom TMG-Datenschutz nach der DS-GVO?, in: MMR 2015, 779-783.

Kerber, Wolfgang/ Specht-Riemenschneider, Louisa, in: vzbv e.V. Synergies between Data Protection Law and Competition Law, 2021, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/2021-11/21-11-10_Kerber_Specht-Riemenschneider_Study_Synergies_Betwen_Data%20protection_and_Competition_Law.pdf.

Kern, Christoph A., Zum Verbraucherbegriff im Zivilprozess, in: Althammer, Christoph/ Schärfl, Christoph (Hrsg.), Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2021, S. 407-416, (zitiert: *Kern*, in: FS Roth).

-
- Kern, Christoph/ Diehm, Dirk (Hrsg.)*, ZPO, 2. Aufl. Berlin, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kern/Diehm, ZPO).
- Keßler, Jürgen*, Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, in: ZRP 2016, 2-4.
- Kibler, Cornelia*, Datenschutzaufsicht im europäischen Verbund, Tübingen, 2021.
- Kibler, Cornelia*, Datenschutzaufsichtsbehörden und ihre Stellung im europäischen Verwaltungsraum, in: NVwZ 2021, 1676-1680.
- Kilian, Matthias*, Das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Rechtsdienstleistungsangebote und die Anwaltschaft, in: MDR 2021, 1297-1304.
- Kingreen, Thorsten/ Kühling, Jürgen*, Weniger Schutz durch mehr Recht: Der überspannte Parlamentsvorbehalt im Datenschutzrecht, in: JZ 2015, 213-221.
- Kiparski, Gerd*, Ein neues Datenschutz-Stammgesetz für den Telekommunikations- und Telemedien-Datenschutz: Das TTDSG, CR-online.de Blog v. 6.8.2020, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2020/08/06/ein-neues-datenschutz-stammgesetz-fuer-den-telekommunikations-und-telemedien-datenschutz-das-ttdsg/>.
- Kiparski, Gerd*, Wiederaufleben des fliegenden Gerichtsstandes, CR-online.de Blog v. 18.1.2021, abrufbar unter: <https://www.cr-online.de/blog/2021/01/18/wiederaufleben-des-fliegenden-gerichtsstandes/>.
- Kiparski, Gerd/ Sassenberg, Thomas*, DSGVO und TK-Datenschutz – Ein komplexes europarechtliches Geflecht, in: CR 2018, 324-330.
- Kipker, Dennis-Kenji (Hrsg.)*, Cybersecurity, München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kipker, Cybersecurity).
- Kipker, Dennis-Kenji*, Neues vom IT-SiG 2.0 – Meilensteine des aktuellen zweiten Referentenentwurfs, in: DSB 2020, 172-174.
- Kipker, Dennis-Kenji/ Voskamp, Friederike (Hrsg.)*, Sozialdatenschutz in der Praxis, Baden-Baden, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kipker/Voskamp, Sozialdatenschutz in der Praxis).
- Kirchner, Hildeberg (Begr.)/ Böttcher, Eike (Bearb.)*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. Berlin/Boston, 2021.
- Klausch, Johannes/ Mentzel, Moritz*, Datenschutz im Unternehmenskauf, in: BB 2020, 1610-1617.
- Klein, Susanne*, Immaterieller Schadensersatz nach der DS-GVO, in: GRUR-Prax 2020, 433-435.
- Klimke, Domini*: Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung, in: r+s 2015, 217-226.
- Klink-Straub, Judith*, Do ut des data – Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht, in: NJW 2021, 3217-3222.
- Klocke, Daniel Matthias*, Rechtsfortbildung im und am Unterlassungsklagegesetz, in: VuR 2013, 203-208.
- Kloepfer, Michael*, Verfassungsrecht, Bd. 2, München, 2010.
- Knack, Hans Joachim (Begr.)/ Henneke, Hans-Günter (Hrsg.)*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Aufl. Köln, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Knack/Henneke, VwVfG).
- Knops, Kai-Oliver*, Die Unanwendbarkeit unionsrechtswidriger Normen in Privatrechtstreitigkeiten, in: NJW 2020, 2297-2302.
-

Knops, Kai-Oliver, Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinzugs, in: *RabelsZ* 85 (2021), 505-543.

Knyrim, Rainer (Hrsg.), *Der DatKomm*, 16. Lfg. Wien, Österreich, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Knyrim, Der DatKomm*).

Koch, Harald, *Verbraucherprozessrecht*, 2. Aufl. Baden-Baden, 2019.

Kochendörfer, Mathias, Die Neufassung des Rechtsmissbrauchs – Was ändert sich?, in: *WRP* 2020, 1513-1519.

Kocher, Eva, Kollektiver Rechtsschutz: Effektivität und Erforderlichkeit im Verbraucherrecht, in: *Brömmelmeyer, Christoph* (Hrsg.), *Die EU-Sammelklage*, Baden-Baden, 2013, S. 71-90, (zitiert: *Kocher*, in: *Brömmelmeyer, Die EU-Sammelklage*).

Köhler, Christian, Conflict of law issues in the 2016 data protection regulation of the European union, in: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2016, 653-675.

Köhler, Christian, Rückbau der Mosaiklösung: Zur internationalen Zuständigkeit bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts von Unternehmen im Internet, in: *IPRax* 2021, 428-431.

Köhler, Helmut, „Wettbewerbsbehandlung“ und „Geschäftspraktiken“, in: *WRP* 2007, 1393-1397.

Köhler, Helmut, Anmerkung zu BGH WRP 2013, 1461 – Telefonwerbung für DSL-Produkte, in: *WRP* 2013, 1464-1465.

Köhler, Helmut, Anmerkung zu OGH – Psychotherapeuten-Liste, in: *WRP* 2020, 340-341.

Köhler, Helmut, Anmerkung zu OLG Hamburg WRP 2018, 1510 – Wettbewerbsverstoß durch Verarbeitung von Patientendaten ohne Einwilligung?, in: *WRP* 2018, 1517-1518.

Köhler, Helmut, Behördliche Rechtsdurchsetzung – auch im Lauterkeitsrecht?, in: *WRP* 2020, 803-808.

Köhler, Helmut, Datenschutz – eine neue Aufgabe für das Wettbewerbsrecht?, in: *ZD* 2019, 285-286.

Köhler, Helmut, Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG, in: *GRUR* 2004, 381-389.

Köhler, Helmut, Der Schadensersatzanspruch der Verbraucher im künftigen UWG, in: *WRP* 2021, 129-136.

Köhler, Helmut, Der Schutz von Kollektivinteressen und Individualinteressen im UWG, in: *Ahrens, Hans-Jürgen et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Büscher*, Köln, 2018, S. 333-346, (zitiert: *Köhler*, in: *FS Büscher*).

Köhler, Helmut, Der wettbewerbsrechtliche Beseitigungsanspruch – ein Folgenbeseitigungsanspruch?, in: *WRP* 2019, 269-276.

Köhler, Helmut, Die DS-GVO – eine neue Einnahmequelle für gewerbsmäßige Abmahner?, in: *ZD* 2018, 337-338.

Köhler, Helmut, Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland - eine kritische Analyse, in: *GRUR* 2012, 1073-1082.

Köhler, Helmut, Die Verbote der unerbetenen Telefon-, Fax- und E-Mail-Werbung: Geschützte Personen, Schutzzwecke und Durchsetzung, in: *WRP* 2017, 1025-1033.

Köhler, Helmut, Die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln: ein Fall für das UWG, in: *GRUR* 2010, 1047-1053.

Köhler, Helmut, Durchsetzung der DS-GVO – eine Aufgabe auch für Mitbewerber oder zumindest für Verbraucherverbände?, in: *WRP* 2019, 1279-1286.

Köhler, Helmut, Durchsetzung der DS-GVO mittels UWG und UKlaG?, in: WRP 2018, 1269-1277.

Köhler, Helmut, Einheitlicher, gespaltener oder funktionaler Mitbewerberbegriff im UWG?, in: GRUR 2021, 426-434.

Köhler, Helmut, Ist die Regelung der Telefonwerbung im UWG richtlinienkonform?, in: WRP 2012, 1329-1335.

Köhler, Helmut, Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen?, in: NJW 2008, 177-181.

Köhler, Helmut, Minderjährigenschutz im Lauterkeitsrecht, in: Ahrens, Hans-Jürgen/ Bornkamm, Joachim/ Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken, 2006, S. 685-700, (zitiert: *Köhler*, in: FS Ullmann).

Köhler, Helmut, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, in: WRP 2019, 1550-1556.

Köhler, Helmut, Stellungnahme zum Thema „Durchsetzung des Datenschutzrechts mit den Instrumenten des Wettbewerbs- und Verbraucherschutzes“, Ausschussdrucksache 19(4)187 C, 2018, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/583080/4ab7082696791f1014fe93f25c4c3c3a/a-drs-19-4-187-c-data.pdf>.

Köhler, Helmut, Verbandsklagen gegen unerbetene Telefon-, Fax- und E-Mail-Werbung: Was sagt das Unionsrecht?, in: WRP 2013, 567-571.

Köhler, Helmut, Vertragsstrafe und Schadensersatz, in: GRUR 1994, 260-263.

Köhler, Helmut, Wettbewerbsrechtliche Grenzen des Mitgliederwettbewerbs der gesetzlichen Krankenkassen, in: WRP 1997, 373-382.

Köhler, Helmut, Zum "Bagatellverstoß" im Lauterkeitsrecht, in: WRP 2020, 1378-1382.

Köhler, Helmut, Zur "geschäftlichen Relevanz" unlauterer geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, in: WRP 2014, 259-267.

Köhler, Helmut, Zur Begrenzung wettbewerbsrechtlicher Schadensersatzansprüche durch den „Schutzzweck der Norm“, in: Ahrens, Hans-Jürgen/ Büscher, Wolfgang/ Goldmann, Michael/ McGuire, Mary-Rose (Hrsg.), Praxis des geistigen Eigentums, Festschrift für Henning Harte-Bavendamm zum 70. Geburtstag, München, 2020, S. 355-366, (zitiert: *Köhler*, in: FS Harte-Bavendamm).

Köhler, Helmut, Zur Mitbewerberklage gegen die Verwendung unwirksamer AGB, in: WRP 2012, 1475-1478.

Köhler, Helmut, Zur richtlinienkonformen Auslegung und Neuregelung der „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, in: WRP 2008, 10–15.

Köhler, Helmut, Zur territorialen Reichweite wettbewerbsrechtlicher Unterlassungstitel, in: Büscher, Wolfgang et al. (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung, Köln, 2016, S. 111-120, (zitiert: *Köhler*, in: FS Ahrens).

Köhler, Helmut/ Alexander, Christian, Fälle zum Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. München, 2021.

Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim/ Feddersen, Jörn/ Alexander, Christian (Bearb.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Aufl. München, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Köhler/ Bornkamm/ Feddersen, UWG).

Köhler, Helmut/ Piper, Henning (Verf.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. München, 2002, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Köhler/ Piper, UWG).

- Köhler, Klaus*, Wettbewerbsrecht im Wandel – Die neue Rechtsprechung zum Tatbestand des Rechtsbruchs, in: NJW 2002, 2761-2763.
- Kollmar, Frederike/ Schirmbacher, Martin*, Anmerkung zu BGH WRP 2020, 1009-1015 – Cookie-Einwilligung II, in: WRP 2020, 1015-1017.
- König, Franz*, Haftung für Cyberschäden, in: AG 2017, 262-271.
- Koós, Clemens/ Englisch, Bastian*, Eine „neue“ Auftragsdatenverarbeitung?, in: ZD 2014, 276-285.
- Köpernik, Kristin*, Zur Notwendigkeit einer Verbandsklage bei Datenschutzverstößen, in: VuR 2014, 240-242.
- Korch, Stefan*, Vertragsrecht in der Datenökonomie Datenprivatrecht zwischen europäischem Datenschutz und technischer Realität, in: ZEuP 2021, 792-820.
- Koreng, Ansgar/ Lachenmann, Matthias (Hrsg.)*, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 3. Aufl. München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht).
- Körner, Anne/ Leithener, Stephan/ Mutschler, Bernd/ Rolfs, Christian (Hrsg.)*, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, EL 116. Stand: September 2021 München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht).
- Kort, Michael*, Arbeitnehmerdatenschutz gemäß der EU-Datenschutz-Grundverordnung, in: DB 2016, 711-716.
- Kort, Michael*, Was ändert sich für Datenschutzbeauftragte, Aufsichtsbehörden und Betriebsrat mit der DS-GVO?, in: ZD 2017, 3-7.
- Kothe, Wolfhard*, Die Durchführung und Abwicklung von Verträgen im Blickfeld des Lauterkeitsrechts, in: VuR 2017, 403-406.
- Kowollik, Eva-Maria/ Jacquemain, Tobias*, Effektivierung der Rechtsdurchsetzung im Datenschutz durch kollektiven Rechtsschutz, in: PinG 2021, 178-181.
- Krahmer, Utz (Hrsg.)*, Sozialdatenschutzrecht, 4. Aufl. Baden-Baden, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Krahmer, Sozialdatenschutz).
- Krämer, Walter*, Die Rechtmäßigkeit der Nutzung von Scorewerten, in: NJW 2020, 497-502.
- Krämer, Walter*, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Inkassounternehmen und Auskunftfeien nach der DS-GVO, in: NJW 2018, 347-352.
- Kranenberg, Sonja*, Folgen der gemeinsamen Verantwortlichkeit für Maßnahmen der Aufsichtsbehörden, in: ITRB 2019, 229-233.
- Kranig, Thomas*, Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts“, v. 6.5.2015, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/373528/93c6f745f17d08c40c2252c0d756e36c/kranig-data.pdf>.
- Krbetschek, Clemens/ Schlingloff, Jochen*, Bekämpfung von Rechtsmissbrauch durch Streitwertbegrenzung?, in: WRP 2014, 1-7.
- Kremer, Michael J.R. / Conrady, Jan/ Penners, Anja*, Data Privacy Litigation, in: ZD 2021, 128-133.
- Kremer, Sascha*, Plugins nach dem EuGH: Cookie Consent und Joint Controller überall?, in: CR 2019, 676-688.

Krempf, Stefan, DSGVO-Verstöße: Schuhversand Spartoo muss 250.000 Euro zahlen, v. 5.8.2020, abrufbar unter: <https://www.heise.de/news/DSGVO-Verstoesse-Schuhversand-Spartoo-muss-250-000-Euro-zahlen-4863919.html>.

Kreutz, Oliver, Der Webseitenutzungsvertrag – Fiktion oder unbekanntes Rechtsgeschäft?, in: ZUM 2018, 162-168.

Kriegesmann, Torben, Unterlassungsanspruch gegen Suchmaschinenbetreiber wegen Verarbeitung von Gesundheitsdaten, in: DSB 2019, 17-18.

Krimphove, Dieter/ Michel, Julia, Cookies zu Werbezwecken im Vertrieb, in: ZVertriebsR 2017, 149-154.

Krohm, Niclas, Abschied vom Schriftformgebot der Einwilligung, in: ZD 2016, 368-373.

Krohm, Niclas, Anreize für Selbstregulierung nach der Datenschutz-Grundverordnung, in: PinG 2016, 205-210.

Krohm, Niclas/ Müller-Peltzer, Philipp, Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung, in: ZD 2017, 551-556.

Krüger, Wolfgang/ Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, §§ 1-354, 6. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoZPO, Bd. 1).

Krüger, Wolfgang/ Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, §§ 946-1117, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl. München, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoZPO, Bd. 3).

Kruis, Ferdinand, Beseitigungsanspruch nach § 8 UWG statt Musterfeststellungsklage? – Hard cases make bad law, in: ZIP 2019, 393-403.

Krupna, Karsten, Mangelhafte Datenschutzerklärung wettbewerbsrechtlich angreifbar, in: GRUR-Prax 2013, 345-346.

Kühling, Jürgen/ Bohnen, Simon, Zur Zukunft des Datenschutzrechts – Nach der Reform ist vor der Reform, in: JZ 2010, 600-610.

Kühling, Jürgen/ Buchner, Benedikt (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung BDSG, 2. Aufl. München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 2. Aufl.).

Kühling, Jürgen/ Buchner, Benedikt (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung BDSG, 3. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl.).

Kühling, Jürgen/ Martini, Mario et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, Münster, 2016.

Kühling, Jürgen/ Martini, Mario, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, in: EuZW 2016, 448-454.

Kühling, Jürgen/ Sackmann, Florian, Anmerkung zu BVerwG NJW 2019, 2556 – Unzulässige Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume einer Arztpraxis, in: NJW 2019, 2562-2565.

Kühling, Jürgen/ Sackmann, Florian, Datenschutzordnung 2018 – nach der Reform ist vor der Reform?!, in: NVwZ 2018, 681-686.

Kühling, Jürgen/ Sackmann, Florian, Die Musterfeststellungsklage nach Datenschutzverstößen – ein unkalkulierbares Risiko für Unternehmen?, in: DuD 2019, 347-352.

Kühling, Jürgen/ Sauerborn, Cornelius, TTDSG-Kabinettsentwurf und Art. 95 DSGVO, in: CR 2021, 271-280.

Kühling, Michael/ Klar, Manuel/ Sackmann, Florian, Datenschutzrecht, Heidelberg, 4. Aufl. 2018.

Kühling, Michael/ Klar, Manuel/ Sackmann, Florian, Datenschutzrecht, Heidelberg, 5. Aufl. 2021.

Kumkar, Lea Katharina, Herausforderungen eines Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter, in: ZfPW 2020, 306-333.

Kümmel, Dennis, Deutsches Datenschutzrecht für irisches Unternehmen, in: ITRB 2013, 130.

Kuner, Christopher/ Bygrave, Lee A./ Docksey, Christopher/ Drechsler, Laura (Hrsg.), The EU General Data Protection Regulation (GDPR), Oxford, Großbritannien, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Kuner/Bygrave/Docksey*, GDPR).

La Quadrature du Net, Amazon Fined 746 Million Euros Following Our Collective Legal Action, Pressemitteilung v. 30.7.2021, abrufbar unter: <https://www.laquadrature.net/en/2021/07/30/amazon-fined-746-million-euros-following-our-collective-legal-action/>.

La Quadrature du Net, First sanction against Google following our collective complaints, Pressemitteilung v. 21.1.2019, abrufbar unter: <https://www.laquadrature.net/en/2019/01/21/first-sanction-against-google-following-our-collective-complaints/>.

Lach, Kevin Philipp, Schmerzensgeld für jeden Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)?, in: jurisPR-ITR 5/2019 Anm. 3.

Lachenmann, Matthias, Anmerkung zu BVerwG ZD 2019, 372 – Videoüberwachung in einer Zahnarztpraxis, in: ZD 2019, 374-375.

Lachenmann, Matthias, Neue Anforderungen an die Videoüberwachung, in: ZD 2017, 407-411.

Lang, Markus, Anmerkung zu BGH K&R 2020, 611 – Cookie-Einwilligung II: Keine wirksame Einwilligung bei voreingestellten Häkchen, in: K&R 2020, 615-618.

Lang, Markus, Rechtskonformer Einsatz von Cookies, in: K&R 2019, 698-702.

Lang, Markus, TTDSG – Neuregelung des Datenschutzes in den Bereichen Telekommunikation und Telemedien geplant, in: K&R 2020, 714-719.

Langen, Eugen/ Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. Köln, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht Bd. 1).

Laoutoumai, Sebastian, Anmerkung zu einer Entscheidung des LG Düsseldorf, Beschluss vom 26.02.2021 (38 O 19/21) - Zur Reichweite der örtlichen Zuständigkeit nach § 14 Abs. 2 S. 2 UWG (in der Fassung vom 16.11.2020), in: CR 2021, 343-346.

Laoutoumai, Sebastian, LG Frankfurt am Main: Verstoß gegen DSGVO rechtfertigt einen Unterlassungsanspruch, v. 15.11.2020, abrufbar unter: <https://rechtdigital.blog/2020/11/15/lg-frankfurt-am-main-verstos-gegen-dsgvo-rechtfertigt-einen-unterlassungsanspruch/>.

Laoutoumai, Sebastian, Privacy Litigation, Frankfurt a. M., 2021.

Laoutoumai, Sebastian, Schadensersatzbemessung bei Datenschutzverstößen, in: K&R 2022, 25-29.

Laoutoumai, Sebastian, Zu den Voraussetzungen eines Anspruchs auf Ersatz immaterieller Schäden nach Art. 82 DSGVO, in: jurisPR-ITR 23/2020 Anm. 4.

Laoutoumai, Sebastian/ Hoppe, Adrian, Setzt die DSGVO das UWG Schachmatt?, in: K&R 2018, 533-537.

Laoutoumai, Sebastian/Sanli, Orcun, Anmerkung zu LG Frankfurt K&R 2016, 530 – Informationspflicht zu Datenübermittlung beim Vertrieb von Smart-TV, in: K&R 2016, 535-536.

Lapp, Thomas, Missbräuchliche Abmahnung von Bagatellverstößen, in: jurisPR-ITR 3/2021 Anm. 3.

Lauber-Rönsberg, Anne, Zum Verhältnis von Datenschutzrecht und zivilrechtlichem Außenrecht, in: AfP 2019, 373-383.

Laue, Philip/Kremer, Sascha (Verf.), Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2. Aufl. Baden-Baden, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis).

Laue, Philip/Nink, Judith, Anmerkung zu LG Frankfurt a. M. CR 2014, 266 – Einsatz von Trackingtools als Wettbewerbsverstoß – Piwik, in: CR 2014, 269-271.

Lederer, Beatrice, Ein Internet - Ein Verbraucher - Ein Leitbild?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Die Welt im Netz - Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, Edewecht, 2011, S. 3-18, (zitiert: *Lederer* in: DSRITB 2011).

Leeb, Christina-Maria/Liebhaber, Johannes, Grundlagen des Datenschutzrechts, in: JuS 2018, 534-538.

Lehmann, Matthias/Wanke, Anselm-Leander, Abtretung von Darlehensforderungen und Datenschutz - Neues zu einer problematischen Beziehung, in: WM 2019, 613-620.

Lehmmler, Lutz, UWG, Neuwied, 2007.

Leibold, Kevin, Führt ein DSGVO-Verstoß zur Nichtigkeit eines Vertrages?, in: DSB 2021, 2-4.

Leibold, Kevin, Gerichtliche Entscheidungen zum Schadensersatz nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO, in: ZD-Aktuell 2021, 05213.

Leibold, Kevin/Kamm, Kristof, Bestätigung von Datenschutzhinweisen?, in: ZD-Aktuell Heft 13/2021, 1-3.

Leibold, Kevin/Laoutoumai, Sebastian, Unterlassungsanspruch unter der DS-GVO?, in: ZD-Aktuell 2021, 05583.

Leipold, Dieter, Die Feststellungsziele des Kapitalanleger-Musterverfahrens und der Musterfeststellungsklage, in: Althammer, Christoph/Schärtl, Christoph (Hrsg.), Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2021, S. 417-428, (zitiert: *Leipold*, in: FS Roth).

Leiser, M. R./Caruana, Mireille M., Dark Patterns: Light to be Found in Europe's Consumer Protection Regime, in: EuCML 2021, 237-252.

Leistner, Matthias/Antoine, Lucie/Sagstetter, Thomas, Big Data, Tübingen, 2021.

Lejeune, Mathias, Datentransfer personenbezogener Daten in die USA vor dem Aus?, in: CR 2020, 522-529.

Lerach, Mark, Einschränkende Auslegung von § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG n.F., in: jurisPR-WettbR 2/2021 Anm. 5.

Lerach, Mark, Kein fliegender Gerichtsstand bei rein virtuellen Sachverhalten, in: jurisPR-WettbR 1/2022 Anm. 3.

Lerach, Mark, Reichweite von § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG n.F. bei Lauterkeitsverstößen im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien, in: jurisPR-WettbR 3/2021 Anm. 5.

Lettl, Tobias, Art. 102 AEUV, § 19 GWB und Rechtsbruch, insbesondere Verstöße gegen AGB-Recht und Datenschutzrecht, in: WRP 2020, 1391-1400.

Lettl, Tobias, Der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, in: WM 2019, 289-294.

Lettl, Tobias, Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), in: WM 2018, 1149-1157.

Lettl, Tobias, Die geschäftliche Relevanz nach §§ 3 Abs. 2, 3a, 4a Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 und 5a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UWG, in: WRP 2019, 1265-1275.

Lettl, Tobias, Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. München, 2021.

Leuschner, Lars (Hrsg.), AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr).

Lewinski, Kai von, Datenschutzaufsicht in Europa als Netzwerk, in: NVwZ 2017, 1483-1490.

Lewinski, Kai von, Die Matrix des Datenschutzes, Tübingen, 2014.

Lewinski, Kai von, Privacy Policies – Unterrichtungen und Einwilligung im Internet, in: DuD 2002, 395-400.

Lewinski, Kai von, Zwischen rationaler Apathie und rationaler Hysterie – Die Durchsetzung des Datenschutzes, in: PinG 2013, 12–17.

Lewinski, Kai von/ Herrmann, Christoph, Vorrang des europäischen Datenschutzrechts gegenüber Verbraucherschutz- und AGB-Recht, in: PinG 2017, 209-216.

Lewinski, Kai von/ Herrmann, Christoph, Vorrang des europäischen Datenschutzrechts gegenüber Verbraucherschutz- und AGB-Recht – Teil 1, in: PinG 2017, 165-172.

Leyens, Patrick C./ Eisenberger, Iris/ Niemann, Rainer (Hrsg.), Smart Regulation, Tübingen, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Leyens/Eisenberger/Niemann, Smart Regulation).

LfDI Thüringen, 3. Tätigkeitsbereich zum Datenschutz nach der DS-GVO, v. Oktober 2021, abrufbar unter: https://www.tlfdi.de/fileadmin/tlfdi/datenschutz/Wir_ueber_uns_-_Musterformulare/Taetigkeitsberichte_ab_2020/3.taetigkeitsbericht_2021.pdf.

Lindacher, Walter F., Zur Feststellung der Nichtigkeit missbräuchlicher AGB-Klauseln („Invitel“), in: EWIR 2012, 677-678.

Lindacher, Walter F./ Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), AGB-Recht, 7. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht).

Lindhorst, Matthias, Sanktionsdefizite im Datenschutzrecht, Frankfurt a. M., 2010.

Lindhorst, Matthias, Wettbewerbsrecht und Datenschutz, in: DuD 2010, 713-715.

Linke, Hartmut/ Hau, Wolfgang, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8 Aufl. Köln, 2021.

Linsenbarth, Martin/ Schiller, Anne-Kristin, Datenschutz und Lauterkeitsrecht – Ergänzender Schutz bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht durch das UWG?, in: WRP 2013, 576-583.

Löffel, Oliver, Gerichtsstand bei UWG-Verstößen in Telemedien, in: GRUR-Prax 2021, 158.

Lohse, Andrea, Das Bundeskartellamt und die off-Facebook-Daten: Ein Fall für die Missbrauchsaufsicht, in: Klose, Tobias/ Klusmann, Martin/ Thomas, Stefan (Hrsg.), Das Unternehmen in der Wettbewerbsordnung, Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, München, 2020, S. 373-388, (zitiert: *Lohse*, in: FS Wiedemann).

Lommatzsch, Jutta/ Albrecht, Rolf, Gesetz für faire Verbraucherverträge – Neue Herausforderung für Unternehmen und Vorteil für Verbraucher?, in: GWR 2021, 363-366.

Loschelder, Michael, Die Wirkung der Drittunterwerfung bei gesetzlichen Unterlassungsansprüchen, in: Ahrens, Hans-Jürgen/ Büscher, Wolfgang/ Goldmann, Michael/ McGuire, Mary-Rose (Hrsg.), Praxis des Geistigen Eigentums, Festschrift für Henning Harte-

Bavendamm zum 70. Geburtstag, München, 2020, S. 519-532, (zitiert: *Loschelder*, in: FS Harte-Bavendamm).

Loy, Carolin/ Baumgartner, Ulrich, Consent-Banner und Nudging, in: ZD 2021, 404-408.

Lüdemann, Volker/ Pokrant, Patrick, Die Einwilligung beim Smart Metering, in: DuD 2019, 365-370.

Ludwigs, Markus, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, in: NVwZ 2018, 1417-1422.

Ludwigs, Markus, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht – Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, in: NVwZ 2015, 1327-1334.

Ludyga, Hannes, Zur Rechtsstellung einer Leiche, in: Omlor, Sebastian (Hrsg.), Weltbürgerliches Recht, Festschrift für Michael Martinek zum 70. Geburtstag, München, 2020, S. 417-428, (zitiert: *Ludyga*, in: FS Martinek).

Lühmann, Tobias B., Anforderungen und Herausforderungen der RL (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen von Verbrauchern, in: ZIP 2021, 824-836.

Lühmann, Tobias B., Der Vorschlag einer europäischen Verbandsklage, in: NJW 2019, 570-575.

Lundstedt, Lydia, International Jurisdiction over Cross-border Private Enforcement Actions under the GDPR, in: Wahlgren, Peter (Hrsg.), 50 years of law and IT, Stockholm, Schweden, 2018, S. 213-256, (zitiert: *Lundstedt*, in: Wahlgren, 50 years of law and IT).

Lurtz, Helmut, Die Vorkehrungen für die „Abmahnwelle“, in: ZD-Aktuell 2018, 06292.

Lurtz, Helmut/ Schindler, Stephan, Anmerkung zu EuGH VuR 2019, 468 – Gemeinsame Verantwortlichkeit des Websitebetreibers bei Social-Plug-Ins, in: VuR 2019, 471-475.

Lütkemeier, Sven, Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb und Grundlage wettbewerbsrechtlicher und verbraucherschutzrechtlicher Verbandsklagen, Berlin, 2003, (zitiert: Datenschutzverstöße als unlauterer Wettbewerb).

Lütringhaus, Jan D., Das internationale Datenprivatrecht: Baustein des Wirtschaftskollisionsrechts des 21. Jahrhunderts, in: ZVglRWiss 117 (2018), 50-82.

Maaßen, Stefan, UWG-Ansprüche für Verbraucher – zu § 9 II UWG-E, in: GRUR-Prax 2021, 7-10.

Maier, Natalie/ Pawlowska, Ilona M./ Lins, Sebastian/ Sunyaev, Ali, Die Zertifizierung nach der DS-GVO, in: ZD 2020, 445-450.

Maisch, Michael Marc, Anwendbarkeit des deutschen AGB-Rechts auf "Apple Datenschutzrichtlinie", in: jurisPR-ITR 13/2013 Anm. 2.

Mann, Rüdiger, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: WRP 2007, 1035-1044.

Manthey, Benjamin, Das datenschutzrechtliche Transparenzgebot, Baden-Baden, 2020.

Mantz, Reto, Konkretisierung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit durch das BVerfG, in: NJW 2020, 2007-2009.

Marosi, Johannes, One (smart) size fits all? – Das (Datenschutz-)TMG heute – und morgen?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Smart World – Smart Law? Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, Edewecht, 2016, S. 435-452, (zitiert: *Marosi*, in: DSRITB 2016).

Martini, Maria/ Drews, Christian/ Seeliger, Paul/ Weinzierl, Quirin, Dark Patterns, in: ZfDR 2021, 47-74.

Martini, Mario, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Berlin, 2019.

Martini, Mario, Do it yourself im Datenschutzrecht, in: NVwZ–Extra 6/2016, 1-13.

Martini, Mario/Wagner, David/Wenzel, Michael, Das neue Sanktionsregime der DSGVO – ein scharfes Schwert ohne legislativen Feinschliff – Teil 2 –, in: VerwArch 2018, 296-335.

Martini, Mario/Weinzierl, Quirin, Mandated Choice: der Zwang zur Entscheidung auf dem Prüfstand von Privacy by Default (Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO), in: RW 2019, 287-316.

Martini, Mario/Wenzel, Michael, „Gelbe Karte“ von der Aufsichtsbehörde: die Verwarnung als datenschutzrechtliches Sanktionenhybrid, in: PinG 2017, 92-96.

Mattke, Andreas, Adressenhandel, Frankfurt a. M., 1995.

Max, Maximilian A., Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs und seine Auswirkungen auf die Verbraucherverbände, in: VuR 2021, 129-136.

McColgan, Peter, Die Inhaltskontrolle von Datenschutzerklärung ist keine Inhaltskontrolle, in: AcP 221 (2021), 695-731.

McCullagh, Karen/Tambou, Olivia/Bourton, Sam, National Adaptions of the GDPR, Luxemburg, Luxemburg, 2019.

McGuire, Mary-Rose, Fliegender v. allgemeiner Gerichtsstand: Über Wertungswidersprüche und Regelungsalternativen im Zuständigkeitsrecht, in: Ahrens, Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Büscher, Köln, 2018, S. 525-542, (zitiert: *McGuire*, in: FS Büscher).

Meinhardt, Lars, Aktuelles Wettbewerbsverfahrensrecht (Teil 1) – In 2018 veröffentlichte Entscheidungen, in: WRP 2020, 150-159.

Meinhardt, Lars, Aktuelles Wettbewerbsverfahrensrecht 2019 (Teil 1), in: WRP 2020, 1106-1119.

Meller-Hanich, Caroline/Höland, Armin, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011, abrufbar unter: https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/AnWis/Heft523.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

Meller-Hannich, Caroline, Anmerkung zu BGH JZ 2018, 623, in: JZ 2018, 629-632.

Meller-Hannich, Caroline, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, in: NJW-Beil 2018, 29-32.

Meller-Hannich, Caroline/Krausbeck, Elisabeth, Kollektiver Rechtsschutz in der EU – Die Entwicklung der letzten Jahre, der "New Deal for Consumers" und die deutsche Musterfeststellungsklage, in: DAR-Extra 2018, 721-725.

Metz, Rainer, Musterfeststellungsklage: Endlich!, in: VuR 2018, 281-283.

Metzger, Axel, Die Entwicklung des Rechtsbruchtatbestands nach der Umsetzung der UGP-Richtlinie – ein Zwischenbericht, in: GRUR Int. 2015, 687-692.

Metzger, Axel, Mehr Freiheit wagen auf dem Markt der Daten. Voraussetzungen und Grenzen eines Marktmodells für „big data“, in: Dutta, Anatol/Heinze, Christian (Hrsg.), "Mehr Freiheit wagen", Tübingen, 2018, S. 131-152, (zitiert: *Metzger*, in: Dutta/Heinze, „Mehr Freiheit wagen“).

Meurer, Felix, Neue gesetzliche Pflichten bei Telefonwerbung, in: DSB 2021, 348-349.

Meurer, Felix/Fandler, Lilian, Datenschutzrechtliche Implikationen bei Verträgen über digitale Produkte, in: DSB 2021, 296-299.

Meyer, Laurin, Bund beendet Finanzierung der Stiftung Warentest, Welt.de v. 22.1.2022, abrufbar unter: <https://www.welt.de/finanzen/article236392631/Bundesmittel-mehr-Geld-fuer-Verbraucherzentralen-weniger-fuer-die-Stiftung-Warentest.html>.

Meyer, Sebastian, Anmerkung zu OLG Düsseldorf MMR 2017, 254 – Einbindung des Facebook-„Gefällt mir“-Buttons, in: MMR 2017, 256-258.

Meyer, Sebastian, Cookies & Co – Datenschutz und Wettbewerbsrecht, in: WRP 2002, 1028-1035.

Meyer, Sebastian, Facebook: Freundefinder und AGB rechtswidrig, in: K&R 2012, 309-312.

Meyer, Sebastian, Google: AGB sind immer noch unwirksam, in: K&R 2014, 90-93.

Meyer, Sebastian, Prüfungsmaßstab für Datenschutzerklärung und Sanktionierung bei Unwirksamkeit, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), IT und Internet - mit Recht gestalten, Edeweicht, 2012, S. 643-656, (zitiert: Meyer, in: DSRITB 2012).

Meyer-Ladewig, Jens/ Nettesheim, Martin/ Raumer, Stefan von (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. Baden-Baden, 2017, (zitiert: Bearbeiter, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK).

Micklitz, Hans-W./ Reich, Norbert, AGB-Recht und UWG – (endlich) ein Ende des Kästchendenkens nach EuGH Perenicová und Invitel?, in: EWS 2012, 257-264.

Micklitz, Hans-W./ Reich, Norbert, Von der Klausel- zur Marktkontrolle, in: EuZW 2013, 457-460.

Mišćenić, Emilia/ Hoffmann, Anna-Lena, Öffnungsklauseln in der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO): Harmonisierungsmassnahme oder Harmonisierungshemmer im EU Binnenmarkt?, in: Sander, Gerald G./ Poščić, Ana/ Martinović, Adrijana, (Hrsg.), Exploring the Social Dimension of Europe, Essays in Honour of Nada Bodiroga-Vukobrat Hamburg, 2021, S. 231-248, (zitiert: Mišćenić/ Hoffmann, in: GS Bodiroga-Vukobrat).

Mišćenić, Emilia/ Hoffmann, Anna-Lena, The Role of Opening Clauses in Harmonization of EU Law: Example of the EU's General Data Protection Regulation (GDPR), in: ECLIC 2020, 44-61.

Mischau, Lena, Daten als "Gegenleistung" im neuen Verbrauchervertragsrecht, in: ZEuP 2020, 335-365.

Moll, Wilhelm (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. München, 2021, (zitiert: Bearbeiter, in: Moll, MAH Arbeitsrecht).

Möller, Carl Christoph, EuGH-Vorlage zur „Parallelhaltung“ von Daten aus öffentlichen Registern durch private Auskunftfeien, in: DSB 2021, 330-332.

Möller, Mirko, Die aktuellen Entwicklungen im Lauterkeitsrecht, in: NJW 2020, 3358-3363.

Möllers, Thomas M. J., Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. München, 2021.

Möllnitz, Christina, Irreführung durch Rechtsverteidigung, in: VuR 2020, 411-416.

Moos, Flemming (Hrsg.), Datenschutz- und Datennutzung, 3. Aufl. Köln, 2021, (zitiert: Bearbeiter, in: Moos, Datenschutz- und Datennutzung, 3. Aufl. 2021).

Moos, Flemming (Hrsg.), Datenschutz- und Datennutzungsverträge, 2. Aufl. Köln, 2018, (zitiert: Bearbeiter, in: Moos, Datenschutz- und Datennutzungsverträge, 2. Aufl. 2018).

Moos, Flemming, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2015, in: K&R 2016, 220-227.

Moos, *Flemming*, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2019, in: K&R 2020, 569-577.

Moos, *Flemming*, Unmittelbare Anwendbarkeit der Cookie-Richtlinie – Mythos oder Wirklichkeit?, in: K&R 2012, 635-640.

Moos, *Flemming*, Update Datenschutz, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Die Macht der Daten und der Algorithmen – Regulierung von IT, IoT und KI, Edewecht, 2019, S. 189-208, (zitiert: *Moos*, in: DSRITB 2019).

Moos, *Flemming*, Update Datenschutz, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), IT und Internet - mit Recht gestalten, Edewecht, 2012, S. 717-732, (zitiert: *Moos*, in: DSRITB 2012).

Moos, *Flemming*, Update Datenschutz, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Law as Service (LaaS) – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, Edewecht, 2013, S. 235-250, (zitiert: *Moos*, in: DSRITB 2013).

Moos, *Flemming*, Update Datenschutz, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Smart World – Smart Law? Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, Edewecht, 2016, S. 621-632, (zitiert: *Moos*, in: DSRITB 2016).

Moos, *Flemming/Rothkegel, Tobias*, Anmerkung zu EuGH MMR 2019, 723 – Setzen von Cookies erfordert aktive Einwilligung des Internetnutzers – Planet49, in: MMR 2019, 736-740.

Moos, *Flemming/Rothkegel, Tobias*, Nutzung von Scoring-Diensten im Online-Versandhandel, in: ZD 2016, 561-568.

Moos, *Flemming/Schefzig, Jens/Arning, Marian* (Hrsg.), Praxishandbuch DS-GVO, 2. Aufl. Berlin, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DS-GVO).

Moos, *Flemming/Strassemeyer, Laurenz*, Der gestalterische Spielraum für Einwilligungserklärungen nach BGH Cookie-Einwilligung II, in: DSB 2020, 207-210.

Mörger, *Malte*, Ausgewählte Probleme im neuen UWG: Fortfall der Wiederholungsgefahr ohne Vertragsstrafeversprechen?, in: WRP 2021, 885-888.

Moritz, *Hans-Werner/Dreier, Thomas* (Hrsg.), Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. Aufl. Köln, 2005, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce).

Mörsdorf, *Oliver*, Im Bermudadreieck zwischen Datenschutz und Kartellrecht – Das Geschäftsmodell der digitalen Plattformökonomie auf dem Prüfstand, in: ZIP 2020, 2259-2271.

Möstl, *Markus/Wolff, Heinrich Amadeus* (Hrsg.), Datenschutz in der betrieblichen Praxis, Jena, 2016, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Möstl/Wolff, Datenschutz in der betrieblichen Praxis).

Motejl, *Christina/Rosenow, Jörg*, Entstehungsgeschichte, Zweck und wesentlicher Inhalt des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, in: WRP 2021, 699-704.

Müller-Broich, *Jan Dominik*, Telemediengesetz, Baden-Baden, 2012.

Müller-Graf, *Peter-Christian* (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. Baden-Baden, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Müller-Graf, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht).

Münker, *Reiner/Gillner Ulrike*, 100 Jahre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., in: Greipl, Erich/ Münker, Reiner (Hrsg.), 100 Jahre Wettbewerbszentrale, Frankfurt a. M., 2012, S. 59-114, (zitiert: *Münker/Gillner*, in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale).

Musielak, *Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 17. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, ZPO).

Nagel, Heinrich (Begr.)/ Gottwald, Peter (Fortgef.), Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. Köln, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht).

Nagel, Stephan Manuel/ Horn, Stefan, Die Facebook-Entscheidung des BGH - ein neuer Kompass für die Missbrauchskontrolle?, in: ZWeR 2021, 78-119.

Nägele, Thomas/ Apel, Simon (Hrsg.), Beck'sche Online-Formulare IT- und Datenrecht, 9. Ed. Stand: 1.11.2021, München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Beck'sche Online-Formulare IT- und Datenrecht).

Nägele, Thomas/ Apel, Simon/ Stolz, Alexander/ Bosman, Timo, Ein Jahr DSGVO – Was bisher geschah, in: K&R 2019, 361-367.

Nägele, Thomas/ Apel, Simon/ Stolz, Alexander/ Pohl, Thomas, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im dritten Jahr der DSGVO (Teil 2), in: DB 2021, 1998- 2009.

Nägele, Thomas/ Apel, Simon/ Stolz, Alexander/ Thiele, Malte, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im zweiten Jahr der DSGVO (Teil 1), in: DB 2020, 1498-1503.

Nägele, Thomas/ Dilbaz, Serpil, Anmerkung zu VG Saarlouis K&R 2020, 386 – Nachweisbarkeit einer Einwilligung in Telefonwerbung, in: K&R 2020, 391-393.

Nardone, Sebastian, IT-Sicherheitsgesetz 2.0: Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse, in: ITRB 2022, 17-23.

Nebel, Jens, Werbe-Tracking nach Inkrafttreten des TTDSG, in: CR 2021, 666-673.

Nebel, Maxi/ Richter, Philipp, Datenschutz bei Internetdiensten nach der DS-GVO, in: ZD 2012, 407-413.

Nettesheim, Martin, Datenschutz und Meinungsäußerungsfreiheit – Zur Reichweite der Freistellung allgemeiner Meinungsäußerungen nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO, in: AfP 2019, 473-481.

Neun, Andreas/ Lubitzsch, Katharina, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung – Rechtsschutz und Schadensersatz, in: BB 2017, 2563-2569.

Niebling, Jürgen, AGB-Recht – Aktuelle Entwicklungen bei einzelnen Vertragstypen und – klauseln, in: MDR 2019, 907-919.

Niebling, Jürgen, AGB-Recht – Aktuelle Entwicklungen zu Einbeziehung, Inhaltskontrolle und Rechtsfolgen, in: MDR 2019, 844-851.

Niebling, Jürgen, Aktuelle Fragen des UKlaG im AGB-Recht, in: MDR 2012, 1071-1077.

Niedersachsen Digital, DatenBEWUSST Niedersachsen: Gütesiegel für gelebten Datenschutz, v. 23.10.2020, abrufbar unter: <https://niedersachsen.digital/datenbewusst-niedersachsen-gestartet/>.

Nielebock, Helga, Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO wegen unberechtigter Weitergabe von Gesundheitsdaten durch Arbeitgeber, in: jurisPR-ArbR 5/2021 Anm. 4.

Niemann, Fabian/ Karniyevich, Natallia, Das IT-Sicherheitsgesetz 2.0, in: K&R 2021, 441-448.

Nietsch, Thomas, Zur Überprüfung der Einhaltung des Datenschutzrechts durch Verbraucherverbände, in: CR 2014, 272-278.

Nissen, Raoul Moritz, Der monetäre Wert von Daten im Privatrecht, Tübingen, 2021.

Nolde, Malaika, Sanktionen nach DSGVO und BDSG-neu: Wem droht was warum?, in: PinG 2017, 114-122.

Nord, Jantina/ Manzel, Martin, "Datenschutzerklärungen" – misslungene Erlaubnisklauseln zur Datennutzung, in: NJW 2010, 3756-3758.

Nordemann, Jan Bernd, Verhaltenskodizes und Wettbewerbsregeln - Die kartellrechtliche Zulässigkeit selbstregulierender Abreden nach Art. 101 AEUV und §§ 1, 2 GWB, in: Büscher, Wolfgang et al. (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung, Köln, 2016, S. 121-134, (zitiert: *Nordemann*, in: FS Ahrens).

Nordholtz, Christian/ Mekat, Martin (Hrsg.), Musterfeststellungsklage, Baden-Baden, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage).

noyb, 101 Beschwerden zu EU-US Transfers eingereicht, Pressemitteilung v. 17.8.2020, abrufbar unter: <https://noyb.eu/de/101-beschwerden-zu-eu-us-transfers-ingereicht>.

noyb, Erste Entscheidung zu den Streaming-Beschwerden von noyb – nach über eineinhalb Jahren, Pressemitteilung v. 16.9.2020, abrufbar unter: <https://noyb.eu/de/erste-entscheidung-zu-den-streaming-beschwerden-von-noyb-nach-ueber-eineinhalb-jahren>.

noyb, noyb kann Sammelklagen in Belgien einbringen, Pressemitteilung v. 29.10.2020, abrufbar unter: <https://noyb.eu/de/noyb-kann-sammelklagen-belgien-einbringen>.

noyb, noyb reicht 422 formelle DSGVO-Beschwerden gegen Cookie-Banner-Wahnsinn ein, Pressemitteilung v. 10.8.2021, abrufbar unter: <https://noyb.eu/de/noyb-reicht-422-formelle-dsgvo-beschwerden-gegen-cookie-banner-wahnsinn-ein>.

noyb, noyb reicht Beschwerden gegen den "IDFA" Tracking-Code von Apple ein, Pressemitteilung v. 16.11.2020, abrufbar unter: <https://noyb.eu/de/noyb-reicht-beschwerden-gegen-apples-tracking-code-idfa-ein>.

noyb, noyb setzt dem Cookie-Banner-Wahnsinn ein Ende, Pressemitteilung v. 31.5.2021, abrufbar unter: <https://noyb.eu/de/noyb-setzt-dem-cookie-banner-wahnsinn-ein-ende>.

noyb, Update zu noybs 101 Beschwerden zu EU-US Datentransfers-nur ein Land sticht positiv hervor, Pressemitteilung v. 22.9.2020, abrufbar unter: <https://noyb.eu/de/update-zu-noybs-101-beschwerden-ueber-eu-us-datentransfer>.

noyb, Wizz Air: 1€ für einen Flug, 35€ für deine DSGVO Rechte, Pressemitteilung v. 21.10.2020, abrufbar unter: <https://noyb.eu/de/wizz-air-1eu-fuer-einen-flug-35eu-fuer-deine-dsgvo-rechte>.

o. A., Datenschutzbehörden stark belastet, in: ZD-Aktuell 2018, 06265.

Obergfell, Eva Inés, Personalisierte Preise im Lebensmittelhandel – Vertragsfreiheit oder Kundenbetrug?, in: ZLR 2017, 290-301.

Oelschlägel, Kay/Scholz, Jochen (Hrsg.), Rechtshandbuch Online-Shop, 2. Aufl. Köln, 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Oelschlägel/Scholz, Rechtshandbuch Online-Shop).

Ohly, Ansgar, Die Haftung von Internet-Dienstleistern für die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten, in: GRUR 2017, 441- 450.

Ohly, Ansgar, UWG-Rechtsschutz bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung?, in: GRUR 2019, 686-693.

Ohly, Ansgar, Vom abstrakten zum konkreten Verbraucherschutz im Rahmen des Rechtsbruchtatbestands, in: Alexander, Christian/ Bornkamm, Joachim/ Buchner, Benedikt/ Fritzsche, Jörg/ Lettl, Tobias (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München, 2014, S. 507-517, (zitiert: in: *Ohly*, FS Köhler).

Ohly, Ansgar/ Sosnitza, Olaf (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6. Aufl. München, 2014, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014).

Ohly, Ansgar/ Sosnitza, Olaf (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. München, 2016, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016).

Ohrtmann, Jan-Peter/Möller, Carl Christoph, BGH entscheidet zu „Planet 49“: „Werbe-Cookies erfordern grundsätzlich eine Einwilligung“ (Urteil vom 28.05.2020, I ZR 7/16), in: DSB 2020, 188-190.

Olzen, Dirk, Offene Fragen um den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, in: JR 2002, 45-51.

Omsels, Hermann-Josef, Die geschäftliche Entscheidung, in: WRP 2016, 553-561.

Omsels, Hermann-Josef, Ist der Besuch eines beworbenen Verkaufsportals ("MeinPaket.de") eine geschäftliche Entscheidung?, in: jurisPR-WettbR 4/2016 Anm. 2.

Omsels, Hermann-Josef/ Zott, Christian, Ausgewählte Probleme im neuen UWG, in: WRP 2021, 278-287.

Oppermann, Bernd H./ Müller, Sandra, Wie verbraucherfreundlich muss das neue UWG sein?, in: GRUR 2005, 280-289.

Osburg, Clemens, Folgenbeseitigungsanspruch aus § 8 UWG? – Eine kritische Betrachtung, in: ZBB 2019, 384-393.

Ostendorf, Patrick, Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung, in: JuS 2015, 977-981.

Overbeck, Alice, Datenschutz und Verbraucherschutz bei Bonitätsprüfungen durch Wirtschaftsauskunfteien mittels Scoring, Münster, 2017.

Paal, Boris P., Datenschutz – Regulierung – Wettbewerb: Online-Plattformen als Referenzgebiet, in: Körber, Torsten/ Kühling, Jürgen (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, Baden-Baden, 2017, S. 143-164, (zitiert: *Paal*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation).

Paal, Boris P., Marktmacht im Daten(schutz)recht, in: ZWeR 2020, 215-245.

Paal, Boris P., Schadensersatzansprüche bei Datenschutzverstößen, in: MMR 2020, 14-19.

Paal, Boris P./Hennemann, Moritz, Big Data im Recht, in: NJW 2017, 1697-1701.

Paal, Boris P./ Pauly, Daniel (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG).

Paal, Boris, Scoring im Spannungsfeld von DS-GVO und BDSG, in: Specht-Riemenschneider, Louisa/ Buchner, Benedikt/ Heinze, Christian/ Thomsen, Oliver (Hrsg.), IT-Recht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Jürgen Taeger, Frankfurt a. M., 2020, S. 331-349, (zitiert: *Paal*, in: FS Taeger).

Paal, Boris/ Aliprandi, Claudio, Immaterieller Schadensersatz bei Datenschutzverstößen, in: ZD 2021, 241-246.

Paschke, Anne/ Halder, Christoph, Auskunftsansprüche bei digitalen Persönlichkeitsrechtsverletzungen, in: MMR 2016, 723-727.

Paschke, Anne/ Halder, Christoph, Fortgeltung der Privilegierung für Journalisten nach dem KUG, in: jurisPR-ITR 15/2018 Anm. 3.

Paschke, Marian/ Berlüt, Wolfgang/ Meyer, Claus/ Kröner, Lars (Hrsg.), Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl. Baden-Baden, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Paschke/Berlüt/Meyer/Kröner, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht).

Pato, Alexia, The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights in the EU, in: Cadiet, Loic/ Hess, Burkhard/ Requejo Isidro, Marta (Hrsg.), Privatizing Dispute Resolution,

Baden-Baden, 2019, S. 131-154, (zitiert: *Pato*, in: Cadiet/Hess/Requejo Isidro, Privatizing Dispute Resolution).

Paulus, David, Keine unechten Sammelklagen in Verbrauchersachen, in: NJW 2018, 987-991.

Peifer, Karl-Nikolaus, Persönlichkeitsschutz und Internet - Anforderungen und Grenzen einer Regulierung, in: JZ 2012, 851-859.

Peifer, Karl-Nikolaus, Verhaltensorientierte Nutzeransprüche – Tod durch Datenschutz oder Moderation durch das Recht?, in: K&R 2011, 543-547.

Petrasincu, Alex/ Unseld, Christopher, Die Bedeutung der RDG-Novelle für das abtretungsbasierte Sammelinkasso, in: RDl 2021, 361-370.

Piltz, Carlo, Anm. EuGH, 15.06.2021 - C-645/19: Erweiterte Befugnisse für nicht „federführende“ Aufsichtsbehörden, in: NJW 2021, 2504-2505.

Piltz, Carlo, Anmerkung zu OLG Düsseldorf ZD 2017, 334 – Einbindung des Facebook-„Gefällt mir“-Buttons, in: ZD 2017, 336-338.

Piltz, Carlo, Anspruch Betroffener auf bestimmte Maßnahmen der Datenschutzbehörden – ein Überblick zur Rechtsprechung, in: DSB 2020, 68-70.

Piltz, Carlo, BDSG, Frankfurt a. M., 2018.

Piltz, Carlo, Das neue TTDSG aus Sicht der Telemedien, in: CR 2021, 555-565.

Piltz, Carlo, Die Datenschutz-Grundverordnung, in: K&R 2016, 557-567.

Piltz, Carlo, EU Kommission: Geltendmachung von Rechtsbehelfen Betroffener ist in der DSGVO abschließend geregelt, v. 1.11.2018, abrufbar unter: <https://www.delegedata.de/2018/11/eu-kommission-geltendmachung-von-rechtsbehelfen-betroffener-ist-in-der-dsgvo-abschliessend-geregelt/>.

Piltz, Carlo, Justizministerium veröffentlicht Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte – Vom „Zahlen mit Daten“ und der Vertragsnichtigkeit bei DSGVO-Verstößen, v. 10.11.2020, abrufbar unter <https://www.delegedata.de/2020/11/justizministerium-veroeffentlicht-referentenentwurf-zur-umsetzung-der-richtlinie-ueber-digitale-inhalte-vom-zahlen-mit-daten-und-der-vertragsnichtigkeit-bei-dsgvo-verstoess/>.

Piltz, Carlo/ Zwerschke, Johannes, Die Ausnahme von der Einwilligungspflicht nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG, in: PinG 2021, 218-223.

Plath, Kai-Uwe (Hrsg.), BDSG, Köln, 2013, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Plath, BDSG).

Plath, Kai-Uwe (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. Köln, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Plath, DSGVO BDSG).

Plath, Kai-Uwe/ Grages, Jan-Michael, "Let's Stay in Touch" – Direktwerbung unter der DSGVO, in: CR 2018, 770-782.

Platzer, Matthias, Die Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle, Hamburg, 2019.

Podehl, Jörg, Internetportale mit journalistisch-redaktionellen Inhalten - Anbieterpflichten und Haftungsrisiken, in: MMR 2001, 17-22.

Podszun, Rupprecht/ Busch, Christoph/ Henning-Bodewig, Frauke, Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde?, in: GRUR 2018, 1004-1011.

Podszun, Rupprecht/ de Toma, Michael, Die Durchsetzung des Datenschutzes durch Verbraucherrecht, Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, in: NJW 2016, 2987-2994.

Podszun, Rupprecht/ Deuschle, Adrian, Schadensersatz bei Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung, in: WRP 2019, 1102-1110.

Poelzig, Dörte, Normdurchsetzung durch Privatrecht, Tübingen, 2012.

Pohl, Dirk, Durchsetzungsdefizite der DSGVO?, in: PinG 2017, 85-91.

Polenz, Sven, Die Datenverarbeitung durch und via Facebook auf dem Prüfstand, in: VuR 2012, 207-213.

Posser, Herbert/ Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 60. Ed. Stand: 1.1.2022, München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK VwGO).

Prokant, Günther, Druckausübung auf Schuldner durch Drohen mit einer Datenübermittlung an die SCHUFA, in: Ahrens, Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Büscher, Köln, 2018, S. 347-356, (zitiert: *Prokant*, in: FS Büscher).

Prütting, Hanns, Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos, in: EWiR 2021, 549-551.

Prütting, Hanns/ Gehrlein, Markus (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 13. Aufl. Köln, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO).

Quiel, Philipp, Durchsetzbare Rechte und wirksame Rechtsbehelfe, in: DSB 2020, 229.

Raab, Johannes, Die Harmonisierung des einfachgesetzlichen Datenschutzes, Münster, 2015.

Radeideh, Malek, Kollektiver Rechtsschutz in der Verbraucherpolitik, in: Schmidt-Kessel, Martin/ Strünck, Christoph/ Kramme, Malte (Hrsg.), Im Namen der Verbraucher?, Jena, 2015, S. 11-22, (zitiert: *Radeideh*, in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher?).

Radlanski, Philip, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, Tübingen, 2016.

Radtke, Tristan, Schufa und dieDSGVO, Betroffenenenschutz (nicht) um jeden Preis?, v. 2.11.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/schufa-dsgvo/>.

Rastemborski, Philipp, Gerichtsstand bei UWG-Verstoß in Telemedien, in: GRUR-Prax 2022, 62.

Rataj, Diane, Einfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf den einfachgesetzlichen Datenschutz, Wiesbaden, 2017.

Rätze, Martin, Gesetz zur Stärkung des (un)fairen Wettbewerbs, in: WRP 2020, 1519-1525.

Rauer, Nils/ Bibi, Alexander, Das Aus für Cookie-Banner – Ein Schritt zur zwangsweisen Harmonisierung des EU-Rechts – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.5.2020 – IZR 7/16 – Cookie-Einwilligung II, in: ZUM 2020, 887-890.

Rauer, Nils/ Ettig, Diana, Aktuelle Entwicklungen zum rechtskonformen Einsatz von Cookies, in: ZD 2016, 423-427.

Rauer, Nils/ Ettig, Diana, Rechtskonformer Einsatz von Cookies, in: ZD 2015, 255-259.

Rauer, Nils/ Shchavelev, Alexander, Der neue Verbraucherschadensersatz, in: GRUR-Prax 2022, 35-38.

Rauscher, Thomas (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. 1 Brüssel I-VO, 5. Aufl. Köln, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht).

Redeker, Helmut, Brauchen wir ein virtuelles Hausrecht?, in: ITRB 2021, 279-282.

Redeker, Helmut, IT-Recht, 7. Aufl. München, 2020.

Redeker, Helmut, Transparenzanforderungen im Datenschutz vor und nach der DSGVO, in: ITRB 2018, 96-99.

Reich, Christoph, Überblick über Betroffenenrechte nach der Datenschutz-Grundverordnung und dem Bundesdatenschutzgesetz (neu), in: VuR 2018, 293-297.

Reimer, Philipp, Verwaltungsdatenschutzrecht, Baden-Baden, 2019.

Reinhard, Tim/Pohl, Lorenz/Capellaro, Hans-Christoph (Hrsg.), IT-Sicherheit und Recht, Berlin, 2007, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Reinhard/Pohl/Capellaro, IT-Sicherheit und Recht).

Reisener, Nico, Der datenschutzrechtliche konforme Verkauf von Kundendaten, in: InsbÜO 2020, 393-398.

Rempe, Christoph, Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Smart World – Smart Law? Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, Edewecht, 2016, S. 187-198, (zitiert: *Rempe*, in: DSRITB 2016).

Rengeling, Hans-Werner/ Middeke, Andreas/ Gellermann, Martin (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. München, 2014, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union).

Rentsch, Bettina, Kollektiver Rechtsschutz unter der EU-Verbandsklagerichtlinie, in: EuZW 2021, 524-533.

Revolidis, Ioannis, Judicial Jurisdiction over Internet Privacy Violations and the GDPR: a Case of "Privacy Tourism"?, in: MJLT 2017, 7-38.

Richter, Philipp, Datenschutz durch Technik und die Grundverordnung der EU-Kommission, in: DuD 2012, 576-580.

Riehm, Thomas/ Meier, Stanislaus, Rechtliche Durchsetzung von Anforderungen an die IT-Sicherheit, in: MMR 2020, 571-576.

Rieken, Christoph, Zur Haftung von Webseitenbetreibern bei fehlerhaften Cookie-Einstellungen, in: GRUR-Prax 2022, 25.

Ringer, Matthias/ Wiedemann, Dirk, Ein Jahr neuer fliegender Gerichtsstand im UWG – Zusammenfassung und Ausblick, in: GRUR-Prax 2021, 732-735.

Ritter, Franziska/ Schwichtenberg, Simon, Die Reform des UKlaG zur Eliminierung des datenschutzrechtlichen Vollzugsdefizits – neuer Weg, neue Chancen?, in: VuR 2016, 95-102.

Ritter, Steve, IT-Sicherheitsgesetz 2.0 – Das Warten hat ein Ende, in: K&R 2021 Heft 6 Editorial.

Robak, Markus, Neue Abmahnrisiken im Datenschutzrecht, in: GRUR-Prax 2016, 139-141.

Rodi, Daniel, Die Sanktionsklausel des neuen Art. 8 b der Klauselrichtlinie, in: EuZW 2021, 108-112.

Röhricht, Volker/ Westphalen, Friedrich Graf von/ Haas, Ulrich (Hrsg.), HGB, 5. Aufl. Köln, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB).

Römermann, Volker, Unzulässige Datenverwendung zur Mandatsakquise, in: GRUR-Prax 2014, 242.

Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, München, 2013, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Roßnagel, Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste).

Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht, Baden-Baden, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht*).

Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung, Baden-Baden, 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung*).

Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München, 2003, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht*).

Roßnagel, Alexander, Datenschutzaufsicht nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung, Wiesbaden, 2017.

Roßnagel, Alexander, Datenschutzgrundsätze – unverbindliches Programm oder verbindliches Recht?, in: *ZD* 2018, 339-344.

Roßnagel, Alexander, Der Anwendungsvorrang der eIDAS-Verordnung, in: *MMR* 2015, 359-364.

Roßnagel, Alexander, Kein "Verbotssprinzip" und kein "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" im Datenschutzrecht, in: *NJW* 2019, 1-5.

Roßnagel, Alexander/ Geminn, Christian, Datenschutz-Grundverordnung verbessern, Baden-Baden, 2020.

Roßnagel, Alexander/ Geminn, Christian, Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung aus Verbrauchersicht, Kassel, 2020.

Rost, Maria Christina/ Fischer, Stefanie, Der funktionale Unternehmensbegriff im Bußgeldverfahren nach DS-GVO - nationale Identität im Spannungsfeld europäischer Erfüllungspflichten, in: *RDV* 2021, 253-257.

Röthemeyer, Peter, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie, in: *VuR* 2021, 43-53.

Röthemeyer, Peter, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl. Baden-Baden, 2020.

Rothkopf, Matthias, Wettbewerbsrechtlicher Rechtsbruchtatbestand und Produktsicherheitsrecht, Hamburg, 2016.

Rott, Peter, Data protection law as consumer law – How consumer organisations can contribute to the enforcement of data protection law, in: *EuCML* 2017, 113-119.

Rücker, Daniel/ Kugler, Tobias (Hrsg.), New European general data protection regulation, München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Rücker/Kugler, New European General Data Protection Regulation*).

Rüpke, Giselher/ Lewinski, Kai von/ Eckhardt, Jens (Verf.), Datenschutzrecht, München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt, Datenschutzrecht*).

Ruscheimer, Hannah, Kollektiver Rechtsschutz und strategische Prozessführung gegen Digitalkonzerne, in: *MMR* 2021, 942-946.

Russlies, Stephan, Die Abmahnung im gewerblichen Rechtsschutz, München, 2021.

Rüther, David, Die Einschränkung des fliegenden Gerichtsstandes durch § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG, in: *WRP* 2021, 726-732.

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Sachs, GG*).

Sachs, Michael, Verfassungsrecht Bd. 2, 3. Aufl. Berlin, 2017.

Sack, Rolf, Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs, in: *GRUR* 2004, 625-635.

Sack, Rolf, Gesetzswidrige Wettbewerbshandlungen nach der UWG-Novelle, in: *WRP* 2004, 1307-1320.

- Säcker, Franz Jürgen*, Freiheit durch Recht, Baden-Baden, 2016.
- Säcker, Franz Jürgen/ Meier-Beck, Peter/ Bien, Florian/ Montag, Frank* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 2, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 1-96, 185, 186, Verfahren vor den europäischen Gerichten, 3. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoWettbR Bd. 2).
- Säcker, Franz-Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, Bd. 1).
- Säcker, Franz-Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I, 8. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, Bd. 2).
- Säcker, Franz-Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, Schuldrecht - Besonderer Teil IV, 8. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, Bd. 7).
- Säcker, Franz-Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Schuldrecht Allgemeiner Teil II, 8. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, Bd. 3).
- Sackmann, Florian*, Die Beschränkung datenschutzrechtlicher Schadensersatzhaftung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: ZIP 2017, 2450-2454.
- Saenger, Ingo* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 9. Aufl. Baden-Baden, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Saenger, ZPO).
- Sander, Stefan*, DS-GVO vs. PSD 2: Was dürfen die Betreiber von Kontoinformationsdiensten?, in: BKR 2019, 66-76.
- Sander, Stefan*, Schadensersatz für Werbemailings – Landgericht Saarbrücken legt dem EuGH vier Fragen zu Art. 82 DSGVO vor, in: PinG 2022, 37-39.
- Sandhu, Aqilah*, Grundrechtsunitarisierung durch Sekundärrecht, Tübingen, 2021.
- Sassenberg, Thomas/ Faber, Tobias* (Hrsg.), Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things).
- Sattler, Andreas*, Urheber- und datenschutzrechtliche Konflikte im neuen Vertragsrecht für digitale Produkte, in: NJW 2020, 3623-3629.
- Sauer, Heiko*, Horizontalwirkungen von Richtlinien und Unionsgrundrechten, in: Jura 2021, 387-400.
- Saurer, Johannes*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen, 2014.
- Schäfers, Dominik*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit im Zeitalter von Digitalisierung, Big Data und Künstlicher Intelligenz, in: AcP 221 (2021), 32-67.
- Schaffert, Wolfgang*, Der durch § 4 Nr. 11 UWG bewirkte Schutz der Mitbewerber, in: Ahrens, Hans-Jürgen/ Bornkamm, Joachim/ Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ulmann, Saarbrücken, 2006, S. 845-860, (zitiert: *Schaffert*, in: FS Ullmann).
- Schaffert, Wolfgang*, Ist die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln durchsetzbar?, in: Büscher, Wolfgang/ Erdmann, Willi/ Haedicke, Maximilian/ Köhler, Helmut/ Loschelder, Michael (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München, 2014, S. 463-475, (zitiert: *Schaffert*, in: FS Bornkamm).

Schaffert, Wolfgang, Ist die Regelung der Telefonwerbung im deutschen Lauterkeitsrecht unionsrechtskonform?, in: Alexander, Christian/Bornkamm, Joachim/Buchner, Benedikt/Fritzsche, Jörg/ Lettl, Tobias (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München, 2014, S. 585-591, (zitiert: *Schaffert*, in: FS Köhler).

Schallbruch, Martin, Das IT-Sicherheitsgesetz 2.0 – neue Regeln für Unternehmen und IT-Produkte, in: CR 2021, 450-458.

Schallbruch, Martin, Mehr Unabhängigkeit für das BSP?, in: DuD 2021, 229-233.

Schall-Riauour, Georg Graf von, Wettbewerbsverstöße durch Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen, München, 1968.

Schantz, Peter, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, in: NJW 2016, 1841-1847.

Schantz, Peter/Wolff, Heinrich Amadeus (Verf.), Das neue Datenschutzrecht, München, 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht).

Schätzle, Daniel, Die Abmahnung von DSGVO-Verstößen, in: PinG 2019, 95-96.

Schätzle, Daniel, Ein Recht auf die Fahrzeugdaten, in: PinG 2016, 71-75.

Schaub, Renate, Verletzung von Datenschutzregeln als unlauterer Wettbewerb?, in: WRP 2019, 1391-1397.

Schembecker, Frank, Die Neuregelungen zur Vertragsstrafe im UWG, in: GRUR-Prax 2021, 365-367.

Schemmel, Frank, Datenschutzbeauftragte sind gut beraten, wenn sie bei Fragen der werblichen Ansprache auch Spezialisten des Lauterkeitsrechts hinzuzuziehen, in: BB 2021, 723-724.

Scherer, Inge, Das Chamäleon der Belästigung – Unterschiedliche Bedeutungen eines Zentralbegriffs des UWG, in: WRP 2017, 891-896.

Scherer, Inge, Die Neuregelung der aggressiven geschäftlichen Handlungen in § 4 a UWG, in: GRUR 2016, 233-242.

Scherer, Inge, Irreführung durch Rechtsverfolgung bei nicht bestehender Forderung, in: WRP 2021, 1400-1406.

Scherer, Inge, Lauterkeitsrechtliche Grenzen bei Zahlungsaufforderungen durch Mahnschreiben, in: NJW 2018, 3609-3614.

Scherer, Inge, Marktverhaltensregeln im Interesse der Marktbeteiligten – Funktionsorientierte Ausrichtung des neuen Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG, in: WRP 2006, 401-406.

Scherer, Inge, Verbraucherschadensersatz durch § 9 Abs. 2 UWG-RegE als Umsetzung von Art. 3 Nr. 5 Omnibus-RL – eine Revolution im Lauterkeitsrecht, in: WRP 2021, 561-567.

Scheurle, Klaus-Dieter/ Mayen, Thomas (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Scheurle/Mayen, TKG).

Schild, Hans Hermann, Anm. EuGH, 13.01.2021 - C-645/19: Zuständigkeit nationaler Datenschutzbehörden, in: ZD 2021, 203-204.

Schindler, Stephan, Ahndung von Datenschutzverstößen über das UWG und das UKlaG? – Vorlage des BGH an den EuGH, in: ZD-Aktuell 2020, 07283.

Schirnbacher, Martin, Anpassung des bereichsspezifischen Datenschutzes an EU-Recht – ein notwendiger, aber nicht hinreichender Schritt, in: GmbHR 2019, R296-R298.

Schladebach, Marcus, Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, in: NVwZ 2018, 1241-1248.

Schläger, Uwe/ Thode, Jan-Christoph (Hrsg.), Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit, 2. Aufl. Berlin, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schläger/Thode, Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit).

Schleipfer, Stefan, Datenschutzkonformes Webtracking nach Wegfall des TMG, in: ZD 2017, 460-466.

Schloßer, Philipp, Unlautere Werbung durch Stellenanzeigen, in: WRP 2004, 145-153.

Schmidt, Bernd/ Babilon, Tobias, Anforderungen an den Einsatz von Cookies, Browser-Fingerprinting und ähnliche Techniken im deutschen Recht, in: K&R 2016, 86-91.

Schmidt, Kirsten Johanna, Datenschutz als Vermögensrecht, Wiesbaden, 2020.

Schmidt, Lukas, Der Einsatz von Dritt-Plug-Ins auf Webseiten: Klärung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit, in: jurisPR-ITR 22/2019 Anm. 5.

Schmidt, Maximilian, Datenschutz für "Beschäftigte", Baden-Baden, 2016.

Schmidt-Wudy, Florian, Anmerkung zu OLG Naumburg PharmR 2020, 41 – Wettbewerbsverletzung durch Verkauf von rezeptfreien, apothekenpflichtigen Medikamenten über Amazon, in: PharmR 2020, 45-46.

Schmitt, Christian, Datenschutzverletzungen als Wettbewerbsverstöße?, in: WRP 2019, 27-33.

Schmitt, Florian, Die Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters für Datenschutzverstöße, in: ZGR 2021, 559-607.

Schneider, Adrian, Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, Telemedicus v. 11.2.2014, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/die-stellungnahme-der-bundesregierung-zur-cookie-richtlinie/>.

Schneider, Burkhard, Die zivilprozessuale Musterfeststellungsklage, in: BB 2018, 1986-1998.

Schneider, Jochen (Verf.), Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. Köln, 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schneider, Handbuch EDV-Recht).

Schneider, Jochen, Anmerkung zu OLG Karlsruhe NJW 2012, 3312 – Rückgewinnung von Stromkunden – Datenschutzvorschriften als Marktverhaltensregeln, in: NJW 2012, 3315-3316.

Schneider, Jochen, Datenschutz, 2. Aufl. München, 2019.

Schneider, Mathias, Das Rückgriffsverbot im Datenschutz – kein "best of both worlds"?, in: CR 2017, 568-573.

Schneider, Ruben, Gemeinsame Verantwortlichkeit, Wiesbaden, 2021.

Schnider, Alexander, Österreich: Daten juristischer Personen trotz DSGVO noch immer geschützt?, in: PinG 2018, 119-120.

Scholl, Bernd, Die Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff. ZPO – Eine kritische Würdigung mit Bezügen zum französischen, niederländischen und US-amerikanischen Recht, in: ZfPW 2019, 317-355.

Scholz, Ulrich, Mißbrauch der Verbandsklagebefugnis – der neue § 13 Abs 5 UWG, in: WRP 1987, 433-439.

Schönefeld, Jana/ Thomé, Sarah, Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung auf die Sanktionierungspraxis der Aufsichtsbehörden, in: PinG 2017, 126-128.

Schönke, Adolf (Begr.)/ Schröder, Horst (Fortgef.)/ Eser, Albin (Gesamtr.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB).

Schöttle, Hendrik, Anmerkung zu LG Würzburg Abmahnung einer Anwältin wegen Verstoß gegen die DSGVO, in: BRAK-Mitt. 2018, 315-316.

Schöttle, Hendrik, Die Schwarze Liste – Übersicht über die neuen Spezialtatbestände des Anhangs zu § 3 Abs 3 UWG, in: WRP 2009, 673-683.

Schramm, Alexander, Privatrechtliche Wirkungen unternehmerischer Selbstverpflichtungen zur Einhaltung der Menschenrechte, Baden-Baden, 2020.

Schreiber, Kristina, Gemeinsame Verantwortlichkeit gegenüber Betroffenen und Aufsichtsbehörden, in: ZD 2019, 55-60.

Schreiber, Kristina, Personenbezogene Daten als Währung. Neue Vorschriften für das „Bezahlen mit Daten“, in: ZdiW 2021, 93-98.

Schreiber, Marlene, Wettbewerbsrechtliche Abmahnung von Konkurrenten wegen Verstößen gegen DS-GVO, in: GRUR-Prax 2018, 371-372.

Schreiber, Marlene/ Schirmbacher, Martin, UWG-Abmahnung wegen Verstößen gegen die DS-GVO? Zum Stand der Dinge, in: GRUR-Prax 2021, 435-437.

Schrems, Maximilian, Zum Beitrag von Datenschutzorganisationen zur individuellen und kollektiven Rechtsdurchsetzung im Datenschutz, in: Nunner-Krautgasser, Bettina/ Garber, Thomas/ Klauser, Alexander (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018, Wien, Österreich, 2019, S. 37-41, (zitiert: *Schrems*, in: Nunner-Krautgasser/Garber/Klauser, Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018).

Schrey, Joachim/ Copeland, Victoria, Der Anspruch auf immateriellen Schadensersatz gemäß Art. 82 DSGVO - es bleibt spannend, in: PinG 2021, 233-241.

Schricker, Gerhard, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München, 1970.

Schröder, Georg F., Datenschutzrecht für die Praxis, 4. Aufl. München, 2021.

Schröder, Markus, Anmerkung zu OLG Hamburg ZD 2013, 511 – Fehlender Datenschutzhinweis als Wettbewerbsverstoß, in: ZD 2013, 512-513.

Schröder, Markus, Anmerkung zu OLG München ZD 2012, 330 – Datenschutznormen sind keine Marktverhaltensregelungen, in: ZD 2012, 331-332.

Schröder, Markus, Werbeeinwilligung ist für mehrere Kontaktkanäle zulässig, in: DSB 2019, 116-118.

Schröder, Meinhard (Hrsg.), Bayerisches Datenschutzgesetz, Baden-Baden, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schröder, BayDSG).

Schröder, Meinhard, „Paradigm Shift“ im Datenschutzrecht? Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Instrumente in der Datenschutz-Grundverordnung, in: Krönke, Christoph (Hrsg.), Regulierung in Zeiten der Digitalwirtschaft, Tübingen, 2019, S. 13-28, (zitiert: *Schröder*, in: Krönke, Regulierung in Zeiten der Digitalwirtschaft).

Schubert, Tobias, Wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft - Bestandsaufnahme nach dem GWBDigitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle), ZdiW 2021, 167-173.

Schulte, Laura/ Prowald, Christina, Das neue Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz, in: K&R 2022, 7-13.

-
- Schultheiß, Tilman*, Der Folgenbeseitigungsanspruch bei unwirksamen AGB, in: WM 2019, 9-16.
- Schulz, Sebastian*, Cookies, Schrems & Co. – Webseitengestaltung zwischen rechtlichen Vorgaben und Businessperspektive, in: RDV 2020, 302-308.
- Schulz, Sebastian*, Datenschutz als überindividuelles Interesse?, in: ZD 2014, 510-514.
- Schumacher, Pascal/ Sydow, Lennart/ Schönfeld, Max von*, Cookie Compliance, quo vadis?, in: MMR 2021, 603-609.
- Schürmann, Kathrin/ Günther, Lucas*, Werbung über mobile Push-Dienste als unzumutbare Belästigung? - Wettbewerbsrechtliche Einordnung von Push-Nachrichten, in: MMR 2015, 419-422.
- Schuschke, Winfried/ Walker, Wolf-Dietrich/ Kessen, Martin/ Thole, Christoph (Hrsg.)*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Aufl. Köln, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schuschke/Walker/Kessen/Thole, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz).
- Schüßler, Lennart*, Kein Wettbewerbsverstoß durch fehlende datenschutzrechtliche Unterrichtung des Webseitennutzers zu "Gefällt mir"-Button von Facebook, in: jurisPR-ITR 12/2011 Anm. 2.
- Schuster, Fabian/ Grützmaker, Malte (Hrsg.)*, IT-Recht Kommentar, Köln, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schuster/Grützmaker, IT-Recht).
- Schutt, Timo*, Die Rechtsprechung zum immateriellen Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO: Wann haben Betroffene einen Anspruch auf Geldentschädigung?, in: AnwZert-ITR 24/2020 Anm. 2.
- Schutt, Timo*, Nudging bei Consent-Bannern: Zur Zulässigkeit der Verhaltensbeeinflussung bei Cookie-Einwilligungen, in: AnwZert-ITR 5/2021 Anm. 2.
- Schütze, Bernd (Hrsg.)*, SGB X, 9. Aufl. München, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schütze, SGB X).
- Schwartmann, Rolf/ Benedikt, Kristin*, Einwilligungsmanagementsysteme nach dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG) - Lösungen und Chancen für einen fairen Onlinedatenschutz, in: RDV 2021, 248-253.
- Schwartmann, Rolf/ Benedikt, Kristin*, Löschen und Sperren als Schaden nach Art. 82 DSGVO, in: ZD 2021, 603-607.
- Schwartmann, Rolf/ Benedikt, Kristin/ Reif, Yvette*, Datenschutz bei Websites – aktuelle Rechtslage und Ausblick auf das TTDSG, in: RDV 2020, 231-236.
- Schwartmann, Rolf/ Benedikt, Kristin/ Reif, Yvette*, Entwurf zum TTDSG: Für einen zeitgemäßen Online-Datenschutz?, in: MMR 2021, 99-102.
- Schwartmann, Rolf/ Burkhardt, Lucia*, Proaktiver Bußgeldschutz vor Verwaltungsgerichten im Datenschutzrecht - Rechtssicherheit durch die vorbeugende Feststellungsklage, in: RDV 2021, 65-70.
- Schwartmann, Rolf/ Jacquemain, Tobias*, UWG trifft DS-GVO – Abmahndeckel, fliegender Gerichtsstand etc., in: ZRP 2018, 126-129.
- Schwartmann, Rolf/ Jacquemain, Tobias*, UWG trifft DS-GVO – Abmahndeckel, fliegender Gerichtsstand etc., in: ZRP 2018, 126-129.
- Schwartmann, Rolf/ Jaspers, Andreas/ Thüsing, Gregor/ Kugelmann, Dieter (Hrsg.)*, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. Heidelberg, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO/BDSG).
-

Schweiger, Matthias M./ Vogt, Mona Marie, Aktuelle Rechtsentwicklung bei Unterlassungs- und Musterfeststellungsklagen in Verbrauchersachen – Teil 1, in: CB 2019, 279-284.

Schweitzer, Heike, Missbrauch von Marktmacht durch Datenzugriff: Kartellrechtliche Vorgaben für den Umgang digitaler Plattformen mit Nutzerdaten, in: JZ 2022, 16-27.

Schweitzer, Heike, Neue Machtlagen in der digitalen Welt? Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen, in: Körber, Torsten/ Kühling, Jürgen (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, Baden-Baden, 2017, S. 269-306, (zitiert: *Schweitzer*, in: Körber/Kühling, Regulierung – Wettbewerb – Innovation).

Schwenke, Thomas, Direktmarketing: Zulässigkeit der Messung von Öffnungs- und Klickraten sowie der Bildung von Empfängerprofilen, in: DSB 2021, 7-11.

Schwenker, Hans Christian, Inkassodienstleistungen, in: jurisPR-BGHZivilR 19/2021 Anm. 3.

Schwichtenberg, Simon, „Doppeltes Netz“ im Datenschutz?, in: PinG 2017, 104-108.

Seelig, Geert Johann, Äußerung von Rechtsansichten ist keine wettbewerbsrechtliche Irreführung, in: IPRB 2021, 237-239.

Seichter, Dirk (Hrsg.)/Ullmann, Eike (Begr.), Juris Praxiskommentar UWG, 5. Aufl. Saarbrücken, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Seichter, jurisPK-UWG).

Seichter, Dirk, Buchpreisbindung über alles?, in: jurisPR-WettbR 5/2016 Anm. 3.

Seichter, Dirk/ Witzmann, Jan, Die Einwilligung in die Telefonwerbung, in: WRP 2007, 699-708.

Seidl, Alexander, Bye bye DSGVO, hello Zivilrecht für abgeschaltete Videokameras und Kameraattracten?, in: jurisPR-ITR 19/2021 Anm. 3.

Seidl, Alexander, Datenschutz beim Einsenden von informationstechnischen Geräten mit darauf enthaltenen personenbezogenen Daten im Rahmen von Gewährleistung und Garantie, in: jurisPR-ITR 22/2021 Anm. 3.

Seiler, David, EU-US-Privacy-Shield ungültig und Standardvertragsklauseln nur mit Einzelfallprüfung – zugleich Anm. zu EuGH, Urt. v. 16.7.2020 - C-311/18, in: jurisPR-BKR 8/2020 Anm. 1.

Sesing-Wagenpfeil, Andreas/ Kanz, Katharina, Kein Verstoß gegen RDG durch digitalen Rechtsdokumentengenerator („Vertragsdokumentengenerator“), in: EWiR 2022, 77-79.

Sharma, Sanjay/ Menon, Pranav, Data Privacy and GDPR Handbook, Hoboken, New Jersey, USA, 2020.

Shindova, Dimitrina/ Schneider, Adrian, Apple-Datenschutzrichtlinie teilweise rechtswidrig, in: DSB 2019, 84-85.

Simitis, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. Baden-Baden, 2014, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Simitis, BDSG).

Simitis, Spiros/ Hornung, Gerrit/ Spiecker genannt Döhmann, Indra (Hrsg.), Datenschutzrecht, Baden-Baden, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht).

Skupin, Florian, Das Legal-Tech-Gesetz: Überblick über die Neuerungen, in: jM 2021, 404-409.

Skupin, Florian, Schadensersatzansprüche nach Art. 82 DS-GVO sind abtretbar, in: GRUR-Prax 2021, 687.

Sodan, Helge/Ziekow, Jan (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. Baden-Baden, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sodan/Ziekow, VwGO).

Soergel, Hans Theodor (Begr.)/ Fritzsche/ Jörg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 4, Schuldrecht 2, §§ 305-310, UKlaG, 13. Aufl. Stuttgart, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel, BGB, Schuldrecht 2).

Solmecke, Christian/ Kocatepe, Sibel, Anmerkung zu BGH ZD 2016, 484 – Rechtswidrige Facebook-Funktion – Freunde finden, in: ZD 2016, 489-491.

Sosnitzer, Olaf, Wettbewerbsprozessuale Fragen nach dem „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“, in: GRUR 2021, 671-678.

Specht, Louisa/ Mantz, Reto (Hrsg.), Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht).

Specht-Riemenschneider, Louisa/ Schneider, Ruben, Stuck Half Way: The Limitation of Joint Control after Fashion ID, in: GRUR Int. 2020, 159-163.

Specht-Riemenschneider, Louisa/ Werry, Nikola/ Werry, Susanne (Hrsg.), Datenrecht in der Digitalisierung, Berlin, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Specht-Riemenschneider/Werry/Werry, Datenrecht in der Digitalisierung).

Sperlich, Tim, Das Recht auf Datenübertragbarkeit, in: DuD 2017, 377.

Sperlich, Tim, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, Frankfurt a. M., 2021.

Spiegel, Johanna, Machen Verbraucherschützer nun auf Datenschutz?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Den Wandel begleiten - IT-rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung, Ede- wecht, 2020, S. 381-390, (zitiert: *Spiegel* in: DSRITB 2020).

Spindler, Gerald, IT-Sicherheitsgesetz und zivilrechtliche Haftung, in: CR 2016, 297-312.

Spindler, Gerald, Klarheit für Cookies, in: NJW 2020, 2513-2517.

Spindler, Gerald, Persönlichkeitsschutz im Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages – München 2012, Band I: Gutachten, München 2012, F 1-136, (zitiert: *Spindler*, in: DJT 2012, Bd. 1).

Spindler, Gerald, Selbstregulierung und Zertifizierungsverfahren nach der DS-GVO, in: ZD 2016, 407-414.

Spindler, Gerald, Verbandsklagen und Datenschutz – das neue Verbandsklagerecht, in: ZD 2016, 114-119.

Spindler, Gerald, Verträge über digitale Inhalte – Haftung, Gewährleistung und Portabilität, in: MMR 2016, 219-224.

Spindler, Gerald/Schmitz, Peter/Liesching, Marc (Verf.), Telemediengesetz, 2. Aufl. München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schmitz, TMG).

Spindler, Gerald/ Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. München, 2015, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl.).

Spindler, Gerald/ Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4 Aufl.).

Spindler, Gerald/ Wiebe, Andreas (Hrsg.), Internet-Auktionen und elektronische Marktplätze, 2. Aufl. Köln, 2005, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und elektronische Marktplätze).

Spittka, Jan, Abwehr von DSGVO-Bußgeldern, in: DSB 2021, 264-267.

Spittka, Jan, Anmerkungen zu EuGH, 25.11.2021 - C-102/20: Unzulässige Einblendung von Werbenachrichten in E-Mail-Postfächern - StWL/eprimo [Inbox-Werbung], in: GRUR 2022, 91-92.

Spittka, Jan, Bußgeld wegen Telefonwerbung ohne Einwilligung, in: GRUR-Prax 2021, 578.

Spittka, Jan, Datenschutzverstoß im Einzelfall auch unter DS-GVO abmahnfähig, in: GRUR-Prax 2018, 561.

Spittka, Jan, Die Kommerzialisierung des Schadensersatzes unter der DSGVO, in: IPRB 2021, 24-28.

Spittka, Jan, Die Kommerzialisierung von Schadensersatz unter der DS-GVO, in: GRUR-Prax 2019, 475-477.

Spittka, Jan, DS-GVO-Schadensersatz muss vor den EuGH, GRUR-Prax 2021, 151.

Spittka, Jan, DS-GVO-Schadensersatz wird Fall für den EuGH, in: GRUR-Prax 2021, 417.

Spittka, Jan, Dürfen nicht betroffene Private bei Datenschutzverstößen klagen?, in: GRUR-Prax 2020, 384.

Spittka, Jan, Erfordert der Einsatz von Cookies immer eine Einwilligung?, in: DB 2019, 2850-2855.

Spittka, Jan, Können Verbraucherschützer wegen DS-GVO-Verstößen klagen?, in: GRUR-Prax 2019, 272-274.

Spittka, Jan, Können Wettbewerber wegen DS-GVO-Verstößen abmahnen?, in: GRUR-Prax 2019, 4-6.

Spittka, Jan, Unterlassungsansprüche bei websiteübergreifendem Online-Tracking, in: GRUR-Prax 2020, 626.

Spittka, Jan, Verbandsklage im Datenschutz muss auch in Österreich vor den EuGH, in: GRUR-Prax 2021, 719.

Spittka, Jan, Verbraucherschützer dürfen bei DS-GVO-Verstößen klagen, in: GRUR-Prax 2022, 19.

Spittka, Jan/ Bunnenberg, Jan Niklas, Die aufsichtsbehördliche Klagebefugnis unter der DSGVO, in: K&R 2021, 560-563.

Spitz, Klaus, Bemessungskriterien zur Ermittlung der Schadenshöhe beim immateriellen Schadensersatzanspruch aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO, in: jurisPR-ITR 20/2021 Anm. 2.

Spoenle, Jan, Totgesagte leben länger: Der fliegende Gerichtsstand bei Wettbewerbsverstößen im Internet, in: jurisPR-ITR 8/2021 Anm. 5.

Stadler, Astrid, Kompensation ohne Schaden? - zugleich ein Beitrag zur Schadensschätzung nach § 287 ZPO, in: Althammer, Christoph/ Schärfl, Christoph (Hrsg.), Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2021, S. 539-588, (zitiert: *Stadler*, in: FS Roth).

Stadler, Astrid, Musterfeststellungsklagen im deutschen Verbraucherrecht?, in: VuR 2018, 83-89.

Stadler, Astrid, Verbraucherschutz durch die erneute Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes, in: VuR 2021, 123-129.

Stadler, Astrid, Zulässigkeit von Inkasso-Bündelungs- und Finanzierungsmodellen nach RDG, in: RDi 2021, 513-517.

Stamenov, Yavor, Beweislast für Schadensersatzansprüche nach Art. 82 DS-GVO, in: RDi 2021, 410-412.

Staudinger, Julius von (Begr.) / Coester-Waltjen, Dagmar et al. (Bearb.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310, UKLaG, Neubearbeitung 2019 Berlin, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB).

Staudinger, Julius von (Begr.) / Herresthal, Carsten / Kaiser, Dagmar / Stoffels, Markus (Hrsg.), Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Neubearbeitete Aufl. Berlin, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts).

Stefanelli, Justine N., Parallel Litigation and Cross-Border Collective Actions under the Brussels I Framework: Lessons from Abroad, in: Fairgrieve, Duncan / Lein, Eva (Hrsg.), Extraterritoriality and Collective Redress, Oxford, Großbritannien, 2012, S. 143-170, (zitiert: *Stefanelli*, in: Fairgrieve / Lein, Extraterritoriality and Collective Redress).

Steinbach, Kathrin, Regulierung algorithmenbasierter Entscheidungen, Berlin, 2021.

Steinrötter, Björn, Anforderungen an die Einwilligung des Internetnutzers beim Setzen und Auslesen von Cookies, in: GPR 2020, 106-111.

Stelkens, Paul / Bonk, Heinz Joachim (Begr.) / Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Stelkens / Bonk / Sachs, VwVG).

Stelkens, Ulrich, Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten – zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 290 und Art. 291 AEUV, in: EuR 2012, 511-546.

Stender-Vorwachs, Jutta / Steege, Hans, Das Aus für Cookie-Banner – Ein Schritt zur zwangsweisen Harmonisierung des EU-Rechts – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.5.2020 – I ZR 7/16 – Cookie-Einwilligung II, in: ZUM 2020, 885-887.

Stern, Klaus / Becker, Florian (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. Köln, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Stern / Becker, Grundrechte-Kommentar).

Stickelbrock, Barbara, Mehrfachverfolgung von Wettbewerbsverstößen durch konzernmäßig verbundene Unternehmen, in: WRP 2001, 648-660.

Stiftung Datenschutz, Praktische Umsetzung des Rechts auf Datenübertragbarkeit, 3. Aufl. Leipzig, 2018, abrufbar unter: https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Datenportabilitaet/stiftungdatenschutz_abschlussbericht_Hyperlinks_20180124_01_web.pdf.

Stillner, Benjamin, Irreführung über Verbraucherrechte – Das Aus für die "Flucht in die Rechtsauffassung", in: WRP 2015, 438-442.

Stoffels, Markus, ABG-Recht, 4. Aufl. München, 2021.

Stögmüller, Thomas, Anmerkung zu BGH CR 2020, 557 – Gewinnspiel-AGB mit voreingestellten Ankreuzkästchen – Cookie-Einwilligung II, in: CR 2020, 562-564.

Stoklas, Jonathan, Anwendbarkeit des neuen TTDSG auf die Reichweitenmessung ohne Cookies – das Ende des Online-Trackings?, in: ZD-Aktuell 2022, 00017.

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV /AEUV, 3. Aufl. München, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Streinz, EUV AEUV).

Streinz, Rudolf, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, Alexy, Robert/ Kunig, Philip/ Heun, Werner/ Hermes, Georg (Bearb.), Berlin 2002, S. 300-361, (zitiert: *Streinz*, in: VVDStRL 61 (2002)).

Stroscher, Jan-Philipp, IT-Sicherheitsgesetz 2.0 – Was gibt´s Neues?, in: ZD-Aktuell 2021, 05098.

Stroscher, Jan-Philipp, Telekommunikations-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG) – Was gibt es Neues?, in: ZD-Aktuell 2021, 05222.

Stück, Volker, Anmerkung OLG Frankfurt CCZ 2019, 98 – Recht auf Vergessenwerden bzw. Löschung nach DSGVO, in: CCZ 2019, 100.

Stürner, Michael, Europäisches Vertragsrecht, Hamburg, 2021.

Sundermann, Steffen, Sperrt Art. 79 Abs. 1 DS-GVO Unterlassungsklagen gegen Verantwortliche?, in: RDV 2020, 317-320.

Swire, Peter/ Lagos, Yianni, Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique, in: Maryland Law Review (2013), 335-380.

Sydow, Gernot (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sydow, BDSG).

Sydow, Gernot (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. Baden-Baden, 2018, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sydow, EU-DSGVO).

Sydow, Gernot, Kohärenz des datenschutzrechtlichen Rechtsschutzes auf nationaler und europäischer Ebene, in: ZG 2016, 237-252.

Sydow, Gernot/ Wittreck, Fabian, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. München, 2020.

Synatschke, Dagmar/ Wölber, Jill/ Nicolai, Jakob, Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie ins nationale Recht, in: ZRP 2021, 197-201.

Taeger, Jürgen, Kundenprofile im Internet, in: K&R 2003, 220-227.

Taeger, Jürgen/ Gabel, Detlev (Hrsg.), DSGVO – BDSG, 3. Aufl. Frankfurt a. M., 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Taeger/ Gabel, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2019).

Taeger, Jürgen/ Gabel, Detlev (Hrsg.), DSGVO – BDSG, 4. Aufl. Frankfurt a. M., 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Taeger/ Gabel, DS-GVO BDSG, 4. Aufl. 2022).

Taeger, Jürgen/ Gabel, Detlev (Hrsg.), Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, 2. Aufl. Frankfurt a. M., 2013, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Taeger/ Gabel, BDSG).

Taeger, Jürgen/Kremer, Sascha, Recht im E-Commerce und Internet, 2. Aufl. Frankfurt a. M., 2021.

Tamm, Marina, Verbraucherschutzrecht, Tübingen, 2011.

Tamm, Marina/ Tonner, Klaus/ Brönneke, Tobias (Hrsg.), Verbraucherrecht, 3. Aufl. Baden-Baden, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tamm/Tonner/Brönneke, Verbraucherrecht).

Tavanti, Pascal, Datenverarbeitung zu Werbezwecken nach der Datenschutz-Grundverordnung (Teil 2), RDV 2016, 295-306.

Teplitzky, Otto (Begr.)/Bacher, Klaus (Hrsg.), Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. Köln, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren).

Teplitzky, Otto, Die Regelung der Abmahnung in § 12 Abs. 1 UWG, ihre Reichweite und einige ihrer Folgen, in: Ahrens, Hans-Jürgen/Bornkamm, Joachim/Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ulmann, Saarbrücken, 2006, S. 999-1012, (zitiert: *Teplitzky*, in: FS Ullmann).

Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. Baden-Baden, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union).

Theobald, Christian/ Kühling, Jürgen (Hrsg.), Energierecht, 112. EL Stand: Juni 2021 München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Theobald/Kühling, Energierecht).

Thiel, Barbara, Zusammenarbeit der Datenschutzaufsicht auf europäischer Ebene, in: ZD 2021, 467-471.

Thienemann, Werner, Änderungen des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, in: CB 2021, 225-231.

Thole, Christoph, Besprechung des BGH-Urteils vom 13.7.2021 - II ZR 84/20, in: BB 2021, 2382-2387.

Tietjen, Daniel/ Flöter, Benedikt F., Dynamische und personalisierte Preise: Welche lauterkeitsrechtlichen Schranken gelten für Unternehmen?, in: GRUR-Prax 2017, 546-548.

Tüllmann, Tristan Julian/ Vogt, Verena, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, in: VuR 2018, 447-454.

Tülp, Helmut, Das Recht der Vertragsstrafe, in: Jura 2001, 441-446.

Timmermann, Daniel, Datenschutz im Wandel der Zeit – Eine Analyse der Entwicklung der Rechtstatsachen, des Rechtsrahmens und der Judikatur –, in: DÖV 2019, 249-260.

Tinnefeld, Marie-Theres/ Buchner, Benedikt/ Petri, Thomas/ Hof, Hans-Joachim (Verf.), Einführung in das Datenschutzrecht, 7. Aufl. Berlin, 2020, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof, Einführung in das Datenschutzrecht).

Tinnefeld, Marie-Theres/ Conrad, Isabell, Die selbstbestimmte Einwilligung im europäischen Recht, in: ZD 2018, 391-398.

Tischendorf, Michael, Theorie und Wirklichkeit der Integrationsverantwortung deutscher Verfassungsorgane, Tübingen, 2017.

Tochtermann, Lea, Datenschutz durch Lauterkeitsrecht beim Tracking durch Cookies & Co., in: ZdiW 2021, 303-309.

Tonner, Klaus/ Reich, Anke, Die Entwicklung der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Telefonwerbung, in: VuR 2009, 95-103.

Tribess, Alexander, Datenzugangsrechte in der Plattformökonomie, in: ZD 2020, 440-444.

Tschöpe, Ulrich (Begr.), Arbeitsrecht Handbuch, 12. Aufl. Köln, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch).

Tüngler, Stefan/ Ruess, Peter, In welchem Verhältnis stehen die Schutzvorschriften des AGB-Rechts zu den Bestimmungen des UWG?, in: WRP 2009, 1336-1343.

Tyra, Frank, BVerfG-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die rechtsanwaltliche Praxis, in: WRP 2020, 1525-1533.

Uebele, Fabian, Anmerkung zu BGH WRP 2020, 1182 – App-Zentrum, in: WRP 2020, 1187-1189.

Uebele, Fabian, Datenschutzrecht vor Zivilgerichten, in: GRUR 2019, 694-703.

Uebele, Fabian, Die Grenzen der Durchsetzung eines europäisierten Datenschutzrechts, in: WRP 2021, 11-15.

Ullmann, Elke, Erstbegehungsgefahr durch Vorbringen im Prozeß?, in: WRP 1996, 1007-1011.

Ulmer, Peter/ Brandner, Hans Erich/ Hensen, Horst-Dieter (Hrsg.), AGB-Recht, 12. Aufl. Köln, 2016, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*).

Ulrici, Bernhard, Einstweilige Verfügung im Kollektiven Verbraucherschutz, in: WRP 2002, 399-403.

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, Datenschutzrechtliche Bewertung der Reichweitenanalyse durch Facebook, v.19.8.2011, abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/uploads/facebook/facebook-ap-20110819.pdf>.

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, Länderübergreifende Datenschutz-Prüfung von Medien-Webseiten: Nachbesserungen nötig, v. 30.6.2021, abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/artikel/1377-Laenderuebergreifende-Datenschutz-Pruefung-von-Medien-Webseiten-Nachbesserungen-noetig.html>.

Vahle, Jürgen, Wettbewerbsrechtliche Abmahnung wegen Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung, in: DSB 2018, 261-262.

Vander, Sascha, Das Bundesverfassungsgericht und die DSGVO: Immaterieller Schadensersatz am Scheideweg, in: DSB 2021, 124-126.

Vander, Sascha, Garantiewerbung im Fernabsatz, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Digitale Evolution - Herausforderungen für das Informations- und Medienrecht, Edewecht, 2010, S. 567-582, (zitiert: *Vander* in: DSRITB 2010).

Vander, Sascha, Kundenrückgewinnung - Lauterkeits- und datenschutzrechtliche Grenzen, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), IT und Internet - mit Recht gestalten, Edewecht, 2012, S. 613-634, (zitiert: *Vander* in: DSRITB 2012).

Vander, Sascha, Telefonmarketing auf Basis elektronischer Einwilligungen - Ein Auslaufmodell?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Die Welt im Netz - Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft, Edewecht, 2011, S. 511-528, (zitiert: *Vander* in: DSRITB 2011).

Veil, Winfried, Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider, in: NVwZ 2018, 686-696.

Veil, Winfried, Einwilligung oder berechtigtes Interesse? – Datenverarbeitung zwischen Skylla und Charybdis, in: NJW 2018, 3337-3344.

Vig, Zsofia, DSGVO und Verbandsklage – Eine (zu) klägerfreundliche Kombination?, v. 22.7.2018, abrufbar unter: <https://www.zpoblog.de/new-deal-dsgvo-datenschutz-verbandsklage/>.

Vogt, Niklas, Das dänische Bußgeldmodell: Ein Vorbild für Deutschland?, in: DSB 2021, 142-145.

Voigt, Paul, IT-Sicherheitsrecht, 2. Aufl. Köln, 2022.

Voigt, Paul, IT-Sicherheitsrecht, Köln, 2018.

Voigt, Paul, Praxisprobleme im Zusammenhang mit den EU-Standardvertragsklauseln zur Auftragsverarbeitung - mehr als "nur" Schrems II, in: CR 2020, 513-522.

Voigt, Paul/ Bussche, Axel von dem (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), Berlin, 2018.

Voit, Moritz, Musterfeststellungsklage: Die Klagebefugnis der Verbände und die Sorge vor der Klageindustrie, in: JR 2022, 77-78.

Vollkommer, Gregor, Ein Überblick über die Regelungen der Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher sowie ihre mögliche Umsetzung in deutsches Recht, in: MDR 2021, 129-138.

Volmar, Maximilian, Digitale Marktmacht, Baden-Baden, 2019.

Vorwerk, Volkert/ Wolf, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 41. Ed. Stand: 1.7.2021 München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK ZPO).

Vrbljanac, Danijela, International Jurisdiction for Violations of Data Protection, in: Sander, Gerald G./Pošćić, Ana/Martinović, Adrijana, (Hrsg.), Exploring the Social Dimension of Europe, Essays in Honour of Nada Bodiroga-Vukobrat Hamburg, 2021, S. 249-258, (zitiert: *Vrbljanac*, in: GS Bodiroga-Vukobrat).

vzbv e. V., Forderungen zur Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes beim Datenschutz, in: MMR 01/2009.

vzbv e. V., Jahresbericht 2019, 2020, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/2021-07/VZBV_Jahresbericht_2019_web.pdf.

vzbv e. V., Zu einem fairen Wettbewerb gehört auch der Datenschutz, v. 10.12.2018, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/12/10/18-12-07-vzbv_stellungnahme_dsgvo_uwg_final.pdf.

Wagner, Gerhard, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht - Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages – Stuttgart 2006, Band I: Gutachten, München 2006, A 1-135, (zitiert: *Wagner*, in: DJT 2006, Bd. I).

Wagner, Kristina/ Kefferpütz, Martin, Das Wettbewerbsrecht im Generalverdacht des Rechtsmissbrauchs, in: WRP 2021, 151-159.

Wahl, Peter, Die Einwilligung des Verbrauchers in Telefonwerbung durch AGB, in: WRP 2010, 599-605.

Walker, Wolf-Dietrich, Unterlassungsklagengesetz, Baden-Baden, 2016, (zitiert: *Walker*, U-KlaG).

Walree, Tim F./ Wolters, Pieter T. J., The right to compensation of a competitor for a violation of the GDPR, in: IDPL 2020, 346-355.

Walter, Axel von, Datenschutz-Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten? Zum Verhältnis des Lauterkeitsrechts zum Datenschutzrecht, in: Alexander, Christian/ Bornkamm, Joachim/ Buchner, Benedikt/ Fritzsche, Jörg/ Lettl, Tobias (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München, 2014, S. 771-783, (zitiert: *v. Walter*, in: FS Köhler).

Walter, Axel von, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, Tübingen, 2007.

Walter, Laura-Sophie, Cookies & Co. in Zeiten von DSGVO und e-Privacy-VO, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformationen - Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht, Edeweck, 2018, S. 15-26, (zitiert: *Walter* in: DSRITB 2018).

Walter, Stefan, Einmeldeklagen unter der DSGVO – wie ist die aktuelle Rechtslage?, in: zfm 2019, 179-185.

Walzel, Daisy, Anmerkungen zu BGH CR 2020, 660 – Ausnutzung marktbeherrschender Stellung beim Konditionenmissbrauch in Plattformmärkten – Facebook, in: CR 2020, 673-676.

Wambach, Thomas/ Dressel, Felix, Die neue europäische Verbandsklage als Ende des Kapitalanlegermusterverfahrens?, in: ZIP 2021, 1149-1154.

Wandtke, Artur-Axel, Ostendorff, Saskia, Urheberrecht, 8. Aufl. Berlin, 2021.

Wassermann, Peter, Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Werbezusätzen in privaten E-Mails, in: Ahrens, Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Büscher, Köln, 2018, S. 401-410, (zitiert: Wassermann, in: FS Büscher).

Weber, Christoph Andreas, Der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG in Anwendung auf öffentlich-rechtliche Primärnormen, in: GRUR 2019, 905-912.

Wegener, Bernhard W. (Hrsg.), Europäische Querschnittpolitiken, 2. Aufl. Baden-Baden, 2021, (zitiert: Bearbeiter, in: Wegener, Europäische Querschnittpolitiken).

Weichert, Thilo, Datenschutz als Verbraucherschutz, in: DuD 2001, 264-270.

Weichert, Thilo, Datenschutz im Wettbewerbs- und Verbraucherrecht, in: VuR 2006, 377-383.

Weichert, Thilo, Datenschutz und Europa, in: CR 1990, 80-82.

Weichert, Thilo, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Verbraucher-Kredit-Scoring, in: DuD 2005, 582-587.

Weichert, Thilo, Datenschutzrechtliche Probleme beim Adressenhandel, in: WRP 1996, 522-534.

Weichert, Thilo, Verbraucherverbandsklage bei Datenschutzverstößen nach DSGVO, in: DSB 2017, 79-80.

Weichert, Thilo, Verbraucherverbandsklage bei Datenschutzverstößen, v. 20.3.2017, abrufbar unter: https://www.netzwerk-datenschutzexpertise.de/sites/default/files/gut_2017_dsverbandsklage_final.pdf.

Weichert, Thilo, Verbraucherverbandsklage bei Datenschutzverstößen, in: DANA 2017, 4-10.

Weichhaus, Bernd, Ansprüche des Verbandsklägers wegen unzulässiger Klauselersetzung, in: GRUR-Prax 2018, 132.

Weiden, Henrike, Neue Informationspflichten im Namen des Verbraucherschutzes, in: NJW 2021, 2233-2237.

Weidert, Stefan, Vorsprung durch Technik oder Vorsprung durch Rechtsbruch? – Zur Fallgruppe des Rechtsbruchs im E-Commerce, in: Bopp, Thomas/ Tilmann, Winfried (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, Festschrift für Horst Helm zum 65. Geburtstag, München, 2002, S. 123-150, (zitiert: Weidert, in: FS Helm).

Weidert, Stefan/ Klar, Manuel, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, in: BB 2017, 1858-1864.

Weidlich-Flatten, Eva, Verbraucherschutzverbände als Heilsbringer für den Datenschutz?, in: ZRP 2014, 196-198.

Weinhold, Robert, Anmerkung zu LG Düsseldorf VuR 2016, 230 – Gericht „disliked“ den Like-Button von Facebook, in: VuR 2016, 232-233.

Weinzierl, Quirin, Dark Patterns als Herausforderung für das Recht – Rechtlicher Schutz vor der Ausnutzung von Verhaltensanomalien, in: ZD-Aktuell 2020, 04419.

Weinzierl, *Quirin*, Dark Patterns als Herausforderung für das Recht, in: NVwZ 2020, 1087-1089.

Weiß, *Christian/Reisener, Nico*, Datenschutz in der Insolvenzkanzlei, 2. Aufl. Köln, 2020.

Weiß, *Eva-Maria*, Datenschutz-Richtlinien bei sozialen Netzwerken: Bis zu 104 Minuten Lesedauer, heise online v. 1.12.2020, abrufbar unter: <https://www.heise.de/news/Datenschutz-Richtlinien-bei-sozialen-Netzwerken-Bis-zu-104-Minuten-Lesedauer-4976651.html>.

Wendehorst, *Christiane*, Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte, in: NJW Sonderausgabe: Neues Schuldrecht, 2021, 17-23.

Wendehorst, *Christiane/Westphalen, Friedrich Graf von*, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, in: NJW 2016, 3745-3750.

Wenn, *Matthias*, Zur Klagebefugnis von Verbraucherschutzverbänden bei Datenschutzverstößen („App-Zentrum“), in: jurisPR-ITR 17/2020 Anm. 3.

Werry, *Susanne/Knoblich, Sarah*, Die neue europäische Datenschutz-Grundverordnung - Inhalte und akuter Handlungsbedarf für Pharma- und Medizinprodukteunternehmen, in: MPR 2017, 1-11.

Westerholt, *Hartwig Graf von*, Wettbewerbsrecht und Datenschutzrecht - Ein ungeklärtes Verhältnis, in: Straus, Joseph (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums, Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag, Köln, 1996, S. 561-574, (zitiert: v. *Westerholt*, in: FS Beier).

Westphalen, *Friedrich Graf von*, Hinreichende nationale Sanktionen gegen unwirksame Klauseln in Verbraucherverträgen?, in: ZIP 2012, 2469-2478.

Westphalen, *Friedrich Graf von*, Nutzungsbedingungen von Facebook - Kollision mit europäischem und deutschem AGB-Recht, in: VuR 2017, 323-332.

Westphalen, *Friedrich Graf von*, Telefonwerbeklauseln in Kontoeröffnungsformularen - Verstoß gegen § 9 AGBG?, in: BB 1999, 1130-1132.

Weth, *Stephan/Herberger, Maximilian/Wächter, Michael/Sorge, Christoph* (Hrsg.), Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. München, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Weth/Herberger/Wächter/Sorge, Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis).

Wettig, *Steffen/Kiparski, Gerd*, Wiederaufleben des fliegenden Gerichtsstandes contra legem!?, in: CR 2021, 177-182.

Wiebe, *Andreas/Helmschrot, Céline*, Untersuchung der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) durch Online-Dienste, v. 30.9.2019, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/112919_DSGVO_Studie.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

Wieczorek, *Mirko Andreas*, Facebook: "Freunde-Finder" und Teile der AGB rechtswidrig, in: WRP 2012, 539-542.

Wielsch, *Dan*, Private Law Regulation of Digital Intermediaries, in: ERPL 2019, 197-220.

Wilfinger, *Alexander*, Verwaltungsakt als gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), in: AcP 220 (2020), 956-1001.

Wilfling, *Sebastian*, Die datenschutzrechtlichen Anforderungen an Cookie Einwilligungen - Das Ende der Cookie Banner?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Die Macht der Daten und der Algorithmen - Regulierung von IT, IoT und KI, Edewecht, 2019, S. 301-312, (zitiert: *Wilfling*, in: DSRITB 2019).

Will, Michael, Vermittelt die DS-GVO einen Anspruch auf aufsichtsbehördliches Einschreiten?, in: ZD 2020, 97-99.

Wilmes-Horváth, Julien, Auskunft über Facebook-Daten: § 14 TMG wird nicht von DS-GVO verdrängt, in: GRUR-Prax 2021, 33.

Wintermeier, Martin, Rechtskonforme Erstellung einer Datenschutzerklärung, in: ZD 2013, 21-24.

Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Abmahnungen im Datenschutzrecht, WD 7 -3000 - 116/18, v. 13.6.2018, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/565438/6c2433d7b0b7a4344f2022ec824fbd0c/WD-7-116-18-pdf-data.pdf>.

Woitkewitsch, Christopher, Konkurrentenabmahnung wegen fehlerhafter AGB, in: GRUR-RR 2007, 257-258.

Woitkewitsch, Christopher, Verbraucherschutz im AGB-Recht. Aktuelle Rechtsprechung zum Verbandsklageverfahren, in: VuR 2007, 252-257.

Wolff, Heinrich Amadeus, UWG und DS-GVO: Zwei separate Kreise?, in: ZD 2018, 248-252.

Wolff, Heinrich Amadeus/ Brink, Stefan (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 38. Ed. München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK DatenschutzR).

Woopen, Herbert, Kollektiver Rechtsschutz – Chancen der Umsetzung, in: JZ 2021, 601-611.

Wulf, Alexander J./ Seizov, Ognyan, Die Transparenz rechtlicher Verbraucherinformationen im Internet, in: VuR 2021, 363-372.

Württemberg, Gert/ Freischem, Stephan, Stellungnahme der GRUR zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage, in: GRUR 2017, 1101-1103.

Württemberg, Gert/ Freischem, Stephan, Stellungnahme der GRUR zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, in: GRUR 2019, 59-65.

Wurzel, Gabriele/ Schraml, Alexander/ Gaß (Hrsg.), *Andreas*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. München, 2021, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen).

Wüstenberg, Dirk, Zur Zweckbestimmung der Marktverhaltensregeln, in: WRP 2017, 396-402.

Wuttke, Tobias, Die Bedeutung der Schutzzwecke für ein liberales Wettbewerbsrecht (UWG), in: WRP 2007, 119-127.

Wybitul, Tim (Hrsg.), Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung, Frankfurt a. M., 2017, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wybitul, Handbuch EU-Datenschutz-Grundverordnung).

Wybitul, Tim, DSGVO-Schadensersatzabelle gibt schnellen Überblick über aktuelle Rechtsprechung und Schadenssummen, in: DSB 2021, 42-46.

Wybitul, Tim/ Brams, Isabelle, Neues zum immateriellen Schadensersatz wegen Datenschutzverstößen, in: CR 2020, 571-575.

Wybitul, Tim/ Fladung, Armin, EU-Datenschutz-Grundordnung – Überblick und arbeitsrechtliche Betrachtung des Entwurfs, in: BB 2012, 509-515.

Wybitul, Tim/ Haß, Detlef/ Albrecht, Jan Philipp, Abwehr von Schadensersatzansprüchen nach der Datenschutz-Grundverordnung, in: NJW 2018, 113-118.

Wybitul, Tim/ Neu, Leonie/ Strauch, Martin, Schadensersatzrisiken für Unternehmen bei Datenschutzverstößen, in: ZD 2018, 202-207.

Wybitul, Tim/ Rauer, Nils, EU-Datenschutz-Grundverordnung und Beschäftigtendatenschutz, in: ZD 2012, 160-164.

Wybitul, Tim/Sörup, Thorsten/Pöppers, Stephan, Betriebsvereinbarungen und § 32 BDSG: Wie geht es nach der DS-GVO weiter?, in: ZD 2015, 559-564.

Zander-Hayat, Helga/Reisch, Lucia A./Steffen, Christine, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, in: VuR 2016, 403-409.

Zech, Herbert, Durchsetzung von Datenschutz mittels Wettbewerbsrecht?, in: WRP 2013, 1434-1436.

Zelger, Bernadette, Der Begriff des „Unternehmens“ im europäischen Datenschutzrecht – Vorbild europäisches Kartellrecht?, in: EuR 2021, 478-493.

Zentgraf, Clarissa Katharina Julia, Abmahnung von DSGVO-Verstößen: Rechtsunsicherheit hält an, in: DVBl 2020, 167-172.

Zeppernick, Jens Martin, Vorsprung durch Rechtsbruch, Köln, 2002.

Ziebarth, Lennart/ Elsaß, Lennart, Neue Maßstäbe für die Rechtmäßigkeit der Nutzung von Personenbildnissen in der Unternehmenskommunikation?, in: ZUM 2018, 578-585.

Zilkens, Martin/ Gollan, Lutz (Hrsg.), Datenschutz in der Kommunalverwaltung, 5. Aufl. Berlin, 2019, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Zilkens/Gollan, Datenschutz in der Kommunalverwaltung).

Zinke, Michaela, Eine Erweiterung der Verbandsklagebefugnisse auf datenschutzrechtliche Verstöße stärkt den Datenschutz in Zeiten von Big Data, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Big Data & Co – Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, Edewecht, 2014, S. 161-170, (zitiert: *Zinke*, in: DSRITB 2014).

Zipfel, Valentin, Unterlassungsanspruch wegen rechtswidriger Videoüberwachung im Supermarkt, in: GRUR-Prax 2021, 641.

Zöller, Richard (Begr.)/ Althammer, Christoph et al. (Bearb.), Zivilprozessordnung, 34. Aufl. Köln, 2022, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Zöller, ZPO).

Zuck, Rüdiger, Amicus curiae – der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG, in: NVwZ 2016, 1130-1135.

Zurth, Patrick, Personalisierte Preise, in: AcP 221 (2021), 514-554.