

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

6
K&R

Editorial: „Der Teufel steckt in den Umsetzungs-Details“
Prof. Dr. Kerstin Liesem

- 361 Ein Jahr DSGVO – Was bisher geschah
Dr. Thomas Nägele, Dr. Simon Apel, Alexander Stolz und Timo Bosman
- 367 One Year After – Geoblocking-Verordnung:
Fragen und Schnittstellen
Dr. Martin Rothermel und Wolfgang Schulz
- 373 Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2018
Dr. Christian Volkmann
- 377 Rundfunk ist ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst
Prof. Roland Bornemann
- 380 Zur straf- und jugendschutzrechtlichen Zulässigkeit
von NS-Symbolik im Mehrspielermodus · *Raphael Wager*
- 386 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 388 BGH: Kein Löschananspruch gegen Altmeldung zu Strafverfahren
nach 20 Jahren
- 393 BGH: Das beste Netz: Keine Herabsetzung durch humorvollen
Werbevergleich
- 402 BGH: Deutschland-Kombi: Wettbewerbsverstoß durch Vermarktung
von Hörfunkwerbezeiten möglich
- 408 OLG Köln: Unzulässiger Preisvergleich bei Versicherungsportal
- 414 KG Berlin: Unzureichende Datenschutzerklärung und AGB-Verstöße
bei Anbieter von Online-Diensten
- 426 LG München I: Kein Verstoß gegen Kennzeichnungspflichten
durch Influencer-Posts
- 429 VG Ansbach: Kein Anspruch auf Urteilsübersendung mit
minimalen Schwärzungen
mit Kommentar von *Martin W. Huff*

22. Jahrgang

Juni 2019

Seiten 361 – 432



RA Dr. Thomas Nägele, RA Dr. Simon Apel, RA Alexander Stolz, LL.M. und
Ref. iur. Timo Bosman, Mannheim*

Ein Jahr DSGVO – Was bisher geschah

Das Inkrafttreten der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) am 25. 5. 2018 wurde von zwiespältigen Erwartungen begleitet. Einerseits versprach die DSGVO, die informationelle Selbstbestimmung zu stärken und ein „Level Playing Field“ für in der EU tätige Unternehmen. Andererseits schreckt(e) der gravierende Bußgeldrahmen ab. In den meisten Unternehmen wurden große Mühen unternommen, um die Anforderungen der DSGVO umzusetzen. Dies glückte nicht immer. Trotzdem trat der positive Effekt ein, dass das Engagement für den Datenschutz merklich gestiegen ist. Dieser Beitrag zeichnet einige Entwicklungen und Debatten nach, die das erste Jahr DSGVO geprägt haben.

I. Maßnahmen der Datenschutzbehörden: Bußgelder ante portas

Wie einleitend bereits angesprochen, besteht in der Praxis nach wie vor große Unsicherheit hinsichtlich der konkreten Anforderungen und Auswirkungen der DSGVO-Vorgaben. Dieser Befund dürfte die Aufsichtsbehörden dazu bewogen haben, trotz des in der DSGVO zur Verfügung stehenden Arsenal an Sanktionsmöglichkeiten¹ bei der Verfolgung von Datenschutzverstößen anfangs Zurückhaltung walten zu lassen.² Diese inoffizielle „Schonfrist“ scheint vorbei zu sein: „Fehler werden jetzt teuer“.³

1. Erstes Bußgeld in Portugal

Eine der ersten bekannt gewordenen behördlichen Sanktionsentscheidungen zur DSGVO wurde in Portugal getroffen. Ein Krankenhausbetreiber ermöglichte es Unbefugten, auf Patientendaten – als Gesundheitsdaten eine besonders schutzwürdige Kategorie personenbezogener Daten (Art. 9 Abs. 1, Art. 4 Nr. 15 DSGVO) – zuzugreifen: Es gab ein Vielfaches mehr an Zugriffsberechtigungen als im Krankenhaus tätige Ärzte, mitunter für bloße Techniker. Die portugiesische Datenschutzbehörde verhängte aus diesen Gründen im Oktober 2018 ein Bußgeld in Höhe von 400 000 EUR.⁴

2. Österreich ahndet Marginalverstöße

Ende 2018 ahndete die österreichische Datenschutzbehörde mehrere Fälle von unzulässiger Videoüberwachung mit moderaten Geldbußen zwischen 300 und 4800 EUR. Neben Gewerbetreibenden, die einen Teilbereich des öffentlichen Raums überwachten bzw. ihre Kundschaft aufzeichneten, ohne hinreichend darüber zu informieren, war davon auch ein Privatmann betroffen, der eine Dashcam⁵ zur Dokumentation des Straßenverkehrs nutzte.⁶

3. Und Deutschland?

a) Wenig spektakuläre, aber zahlreiche Fälle

Zur Behördenpraxis in Deutschland wurde im abgelauenen Jahr öffentlich eher wenig bekannt. Doch tatsächlich war eine Vielzahl an Verfahren anhängig, von denen in mindestens einer mittleren zweistelligen Zahl von Fällen ein Bußgeld verhängt wurde.⁷ Die größte mediale Resonanz rief der Fall des Social-Media-Anbieters Knuddels hervor. Knuddels speicherte die Passwörter der Plattformnutzer auf dem Unternehmensserver entgegen Art. 32 DSGVO im Klartext ab und wurde dafür vom LfDI Baden-Württemberg mit einer Strafe von 20 000 EUR belegt, nachdem Hacker eine große Anzahl an Benutzernamen, E-Mail-Adressen und Passwörtern veröffentlicht hatten.⁸ Andere Bußgeldbescheide, wie sie etwa die LDI Nordrhein-Westfalen erließ,⁹ fanden dagegen kaum öffentliche Beachtung. Selbst die um ein Vielfaches höhere Geldbuße von 80 000 EUR, die der LfDI Baden-Württemberg wegen der öffentlichen Zugriffsmöglichkeit auf Gesundheitsdaten verhängte,¹⁰ blieb weitgehend unbeachtet.

Die eher verhaltene Informationspolitik der deutschen Datenschutzbehörden mag aus Sicht der von den Sanktionen Betroffenen zu begrüßen sein, ist aber unter generalpräventiven Gesichtspunkten durchaus kritisch zu sehen.¹¹ Mit einer offensiveren Öffentlichkeitsarbeit – natürlich

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 23. 4. 2019.

- 1 Je nach Umfang kann ein Verstoß mit bis zu 10 bzw. 20 Millionen EUR bzw. mit 2 % bzw. 4 % des weltweiten Umsatzes des vorherigen Geschäftsjahres des Unternehmens sanktioniert werden (Art. 83 Abs. 4 und 5 DSGVO). Instrukтив *Faust/Spitka/Wybitul*, ZD 2016, 120 ff.; *Grünwald/Hackl*, ZD 2017, 556 ff.
- 2 Diese Zurückhaltung lag wohl auch daran, dass zumindest einige Datenschutzbehörden nicht den erforderlichen Personalbestand für eine offensivere Handhabung hatten. Mittlerweile haben die Behörden dem Vernehmen nach aber „aufgerüstet“.
- 3 So der LfDI Baden-Württemberg *Brink*, <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/dsgvo-strafen-fehler-werden-jetzt-teuer-a-1249443.html>.
- 4 *Holland*, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/DSGVO-Verstoss-Krankenhaus-in-Portugal-soll-400-000-Euro-zahlen-4198972.html>. Ferner *Brink*, ZD 2019, 141, 142; *Lachenmann/Leibold*, ZD-Aktuell 2019, 06419.
- 5 Eine Dashcam ist eine nahe dem Armaturenbrett („dash“) angebrachte Videokamera („cam“). Zur datenschutzrechtlichen Problematik bei deren Nutzung *Strauß*, NZV 2018, 554 ff.
- 6 *Al-Youssef*, <https://derstandard.at/2000092017999/Erst-vier-Strafen-wegen-DSGVO-seit-Mai>.
- 7 Zur Bußgeldanzahl *Neuerer*, https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/datenschutz-verstoesse-datenschuetzer-kelber-verspricht-mehr-transparenz-bei-dsgvo-bussgeldern/v_detail_tab_print/23886998.html?ticket=ST-2219881-luaZtQelPJvcQ4pSZrpV-ap5. Jüngst wurden weitere Bußgelder gegen eine Privatperson wegen eines offenen E-Mail-Verteilers (ZD-Aktuell 2019, 06490) sowie gegen einen früheren Juso-Landeschef bekannt (*Kuntz*, ZD-Aktuell 2019, 06520).
- 8 Zum Verlauf *Braun*, ZD-Aktuell 2019, 06445; *Brink*, ZD 2019, 141.
- 9 *Neuerer* (Fn. 7).
- 10 LfDI Baden-Württemberg, 34. Tätigkeitsbericht 2018, S. 74.
- 11 *Neuerer* (Fn. 7).

ohne öffentliche Bloßstellung betroffener Unternehmen¹² – könnte der DSGVO-Pflichtentreue womöglich weiterer Vorschub geleistet werden. Verhaltenslenkende Effekte dürften nämlich vor allem dann eintreten, wenn die Verantwortlichen bei Datenpannen jederzeit mit einer behördlichen Maßnahme rechnen müssen. Aus dem gleichen Grund dürfte es auch zuträglich sein, zu vermitteln, dass sich Ermittlungen wegen Datenschutzverstößen nicht auf größere Unternehmen beschränken: In Hamburg beispielsweise erging gegen einen Kleinstbetrieb aus dem Kunst- und Weiterbildungsbereich eine Geldbuße in Höhe von 5000 EUR wegen der unzulässigen Übermittlung personenbezogener Daten an einen externen Dienstleister.¹³ Entgegen Art. 28 DSGVO wurde kein Auftragsverarbeitungsvertrag geschlossen.

b) Behördliche Handreichungen für Verantwortliche

Ungeachtet der Zurückhaltung bei der Bekanntgabe und Kommentierung von Bußgeldentscheidungen haben sowohl die jeweiligen Landesdatenschutzbeauftragten als auch die Datenschutzkonferenz (DSK) eine Reihe von Hinweisen zur Handhabung der DSGVO in der Praxis veröffentlicht. Ihre Darstellung im Einzelnen würde den Rahmen des Beitrags sprengen, auf die Inhalte der DSK-Webseite sei beispielhaft verwiesen.¹⁴

4. Bisher höchste Geldbuße in Frankreich

Mit deutlich härteren Bandagen kämpfte die französische Datenschutzbehörde (CNIL) gegen Datenschutzverstöße der Google LLC. Die CNIL belegte den Suchmaschinenbetreiber mit der bisher höchsten bekannt gewordenen Strafe seit Inkrafttreten der DSGVO in Höhe von 50 Millionen EUR.¹⁵ Zum Vergleich: Das übertrifft die höchstmögliche Geldbuße unter dem Bundesdatenschutzgesetz 2003 („BDSG a. F.“) etwa um das 167-fache. Die CNIL argumentierte, dass Google – erstens – die Einwilligung in die Datenverarbeitung für die Verwender des Betriebssystems Android intransparent und widersprüchlich gestalte. Zweitens sei nicht erkennbar, inwieweit die Einwilligung eine taugliche Rechtsgrundlage bildet, insbesondere für personalisierte Werbung über beteiligte Google-Dienste wie YouTube, Google Maps oder Play Store.

Weniger in der Sache als vielmehr hinsichtlich des Zustandekommens ist die CNIL-Entscheidung kritisch zu sehen. Sie löst insbesondere die Frage nach der Reichweite des One-stop-shop-Prinzips aus, wonach für eine grenzüberschreitende Datenverarbeitung allein die Aufsichtsbehörde am Ort der (europäischen) Hauptniederlassung des Verantwortlichen zuständig ist (Art. 56 Abs. 1 DSGVO). Dies wäre bei Google die irische Datenschutzbehörde. Die CNIL will hiervon eine Ausnahme machen, wenn die EU-Hauptverwaltung keine Entscheidungsgewalt über die konkret gerügte Verarbeitungstätigkeit hat. In der Folge könne die Aufsichtsbehörde eines jeden Mitgliedstaates tätig werden, in dem die Datenverarbeitung erfolgt.¹⁶ Dadurch sind mehrfache Maßnahmen wegen desselben Verstoßes denkbar. Ob die Annahme der CNIL sich – letzten Endes vor dem EuGH – durchsetzen wird, bleibt abzuwarten.¹⁷

Angesichts dieses Verlaufs dürfte es sich für betroffene Unternehmen gleichwohl anbieten, frühzeitig eine Kommunikationsstrategie für den Umgang mit datenschutzbehördlichen Verfahren zu entwickeln. Für die Reputation dürfte es besser sein, durch eigene Pressemitteilungen

Datenschutzverstöße einzuräumen und in Kontext zu stellen, als nur auf behördliches Handeln zu reagieren.

II. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung zum Zwecke der Direktwerbung

Ob und unter welchen Voraussetzungen die DSGVO Direktwerbung (noch) erlaubt, wurde bereits vor ihrem Inkrafttreten intensiv diskutiert.¹⁸ Unternehmen und Dienstleister setzen regelmäßig auf die direkte Kundenansprache, um eigene Angebote oder die Angebote Dritter zu bewerben, Kunden zu akquirieren oder sie zu binden. Vor allem an Kunden versendete Newsletter erfreuen sich großer Beliebtheit. Mit Inkrafttreten der DSGVO sind die vormals anwendbaren §§ 28, 29 BDSG a. F. über die Verarbeitung personenbezogener Daten für werbliche Zwecke (sog. Listenprivileg) entfallen. Die DSK äußerte in einer ersten Orientierungshilfe, dass für die Frage der Zulässigkeit von Direktwerbung nunmehr im Wesentlichen die transparente und umfassende Information der betroffenen Person bzw. ihre „Informiertheit“ den Ausschlag gibt.¹⁹ Diese Leitlinie macht jedoch eine kritische Einzelfallanalyse keineswegs entbehrlich.

1. Gesetzliche Ausgangslage

Dass Direktwerbung datenschutzrechtlich zulässig sein kann, ergibt sich mittels Umkehrschluss aus Art. 21 Abs. 2 DSGVO, der ein Widerspruchsrecht der betroffenen Person gegen die Datenverarbeitung zu Zwecken der Direktwerbung vorsieht.²⁰ Erwägungsgrund (ErwG) 47 der DSGVO belegt, dass die Norm einen besonderen Erlaubnistatbestand gleichwohl nicht bereithält, sodass auf die allgemeinen Regeln zurückzugreifen ist. In Betracht kommen insbesondere die Einwilligung der betroffenen Person (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) oder die Wahrung eines berechtigten Interesses des Werbenden, das die Belange der betroffenen Person überwiegt (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO).²¹

12 *Wybitul*, ZD 2019, 97, 98.

13 Vgl. *Heidrich*, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/DSGVO-5000-Euro-Bussgeld-fuer-fehlenden-Auftragsverarbeitungsvertrag-4282737.html?view=print>.

14 Abrufbar unter www.datenschutzkonferenz-online.de. Die Behörden führen überdies verstärkt mittels Fragebögen Erhebungen zur DSGVO-Compliance durch, *Lachenmann/Leibold*, ZD-Aktuell 2019, 06419.

15 Dazu und zum Folgenden *Wybitul*, ZD 2019, 97 f.

16 „As the „one-stop-shop mechanism“ was not applicable, the CNIL was competent to take any decision regarding processing operations carried out by GOOGLE LLC, as were the other DPA“, siehe Pressemitteilung der CNIL, <https://www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc>.

17 Richtig ist, dass die Hauptverwaltung nur dann Hauptniederlassung i. S. v. Art. 56 Abs. 1 DSGVO ist, wenn sie selbst über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet, vgl. Art. 4 Nr. 16 lit. a DSGVO. Geschieht dies in einer anderen Niederlassung, ist die dortige Aufsichtsbehörde – nicht aber gleichzeitig jede andere – zuständig, Art. 4 Nr. 16 lit. a a. E. DSGVO. Ausnahmen gelten nur für „örtliche Fälle“ nach Art. 56 Abs. 2 DSGVO und ErwG 127; vgl. *Wagner/Ruhmann*, ZD-Aktuell 2019, 06546.

18 Z. B. *Ernst*, ZD 2017, 110 ff.; *Weidert/Klar*, BB 2017, 1858, 1859 f.; *Gierschmann*, MMR 2018, 7 ff. Werbung ist im unionsrechtlichen Kontext „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern“ (Art. 2 lit. a Werbe-RL 2006/114/EG). Direktwerbung liegt vor, wenn der Werbende unmittelbaren Kontakt zum Werbeempfänger herstellt, etwa durch persönliche Ansprache, Briefsendungen, Telefon, E-Mail.

19 DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 4 und 8; *Plath/Grages*, CR 2018, 770, 782.

20 *Brendle-Weith*, VuR 2018, 331, 334.

21 Zum Verhältnis der Erlaubnistatbestände DSK, Kurzpapier Nr. 20: Einwilligung nach der DSGVO, S. 3; *Veil*, NJW 2018, 3337, 3341 f.

2. Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung

Für die Einwilligung der betroffenen Person ist eine freiwillige, informierte, unmissverständliche und auf den konkreten Einzelfall bezogene Willenserklärung in Form einer bestätigenden Handlung vonnöten, mit der sie klar zu erkennen gibt, dass sie mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zum Zwecke der Direktwerbung einverstanden ist (Art. 4 Nr. 11 DSGVO). Die DSGVO sieht zwar keine Formerfordernisse vor; für die Einwilligungserklärung empfiehlt sich aber wegen der Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO Schrift- oder Textform.²² Soll die Einwilligung elektronisch erteilt werden, dient das sog. Double-opt-in-Verfahren dazu, den erforderlichen Nachweis zu führen. Die betroffene Person kreuzt dabei im Regelfall ein Auswahlkästchen mit der entsprechenden Erklärung aktiv an und folgt einem Hyperlink in der daraufhin an ihn versendeten Bestätigungs-E-Mail. Ist das Kästchen bereits vorangekreuzt (Opt-out), fehlt es an einer eindeutigen bestätigenden Handlung und damit an einer wirksamen Einwilligung.²³ Verifiziert sich die betroffene Person nicht über das angegebene E-Mail-Konto, lässt das die Wirksamkeit der Einwilligung unberührt. Der Verantwortliche kann jedoch normalerweise nicht nachweisen, dass der Erklärende mit dem Anschlussinhaber identisch ist.²⁴

Die betroffene Person bedarf der Fähigkeit, Bedeutung und Reichweite der Datenverarbeitung zu überblicken.²⁵ Eine wirksame Einwilligung kann sie daher nur dann „für den bestimmten Fall, in informierter Weise“ erteilen, wenn ihr zuvor das werbende Unternehmen, der Werbezweck der Datenverarbeitung und das Werbemedium bekannt sind.²⁶ Wurden die Daten ursprünglich zu einem anderen Zweck erhoben, schließt dies die werbliche Nutzung nicht aus, wenn beide Zwecke miteinander vereinbar sind (Art. 6 Abs. 4 DSGVO).²⁷

Die Freiwilligkeit einer Einwilligung ist unter dem Stichwort des „Kopplungsverbots“ zu diskutieren, wenn der Verantwortliche mehrere Prozesse durch eine gemeinsame Einwilligung abdecken möchte oder nur dann zu leisten bereit ist, wenn die betroffene Person in eine Datenverarbeitung einwilligt, die im konkreten Fall nicht erforderlich ist (vgl. ErwG 43 a. E.; Art. 7 Abs. 4 DSGVO).²⁸ In diesen Fällen sind die Interessen des Verantwortlichen mit denen der betroffenen Person abzuwägen.²⁹ Ermöglichen beispielsweise soziale Netzwerke eine kostenlose Nutzung nur dann, wenn die betroffene Person der Auswertung von Seitenaufrufen und Kommunikationsinhalten zu Werbezwecken zustimmt und machen sie dies nicht transparent, ist die Einwilligung unwirksam.³⁰

Eine nach der DSGVO wirksam erteilte Einwilligung besteht grundsätzlich – zu einem möglichen „Verfall“ sogleich unter 3. – bis zu ihrem Widerruf fort.³¹ Entspricht eine Einwilligung nach alter Rechtslage den Bedingungen der DSGVO, kann der Verantwortliche die Datenverarbeitung auf dieser Grundlage fortsetzen (ErwG 171 S. 3). Dies ist aber nur bei entsprechender Dokumentation der Einwilligung ratsam. Um nachzuweisen, dass die betroffene Person „informiert“ ist, können die Mitteilungen nach Art. 13, 14 und 21 Abs. 4 DSGVO nachzuholen sein.³² Der Verantwortliche muss daneben stets gewährleisten, dass die betroffene Person ihre Einwilligung jederzeit widerrufen kann.³³

3. Datenverarbeitung auf Grundlage einer Interessenabwägung

Eine Rechtfertigung der Datenverarbeitung über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist nur möglich, wenn sie einem

berechtigten (ideellen, rechtlichen oder wirtschaftlichen) Interesse dient, zur Wahrung dieses Interesses erforderlich ist und sofern nicht überwiegende datenschutzrelevante Grundrechte der betroffenen Personen entgegenstehen. Das beurteilt sich anhand einer Abwägung im konkreten Einzelfall, in die die Leistungs- und Umsatzinteressen des Verantwortlichen oder eines Dritten einerseits und das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person andererseits einzustellen sind.³⁴ Dabei enthält ErwG 47 eine eher werbefreundliche Tendenz:³⁵ Er geht im Ausgangspunkt von einem berechtigten Interesse an der Datenverarbeitung zum Zwecke der Direktwerbung aus, stellt letztlich aber darauf ab, ob die betroffene Person die konkrete Verarbeitung zu Werbezwecken vernünftigerweise erwarten darf.

Über die „Erwartungshaltung“ entscheidet in erster Linie, ob der Verantwortliche die betroffene Person rechtzeitig umfassend und transparent über die geplanten Datenverarbeitungsprozesse und deren Werbezwecke informiert hat (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b, 14 Abs. 2 lit. d DSGVO).³⁶ Ergänzend ist auf die Art und Intensität der Geschäftsbeziehung abzustellen: So wird Werbung in B2B-Verhältnissen eher zulässig sein;³⁷ auch Bestandskunden rechnen tendenziell stärker mit einer Datenverarbeitung zum Zwecke der Werbung,³⁸ bei ehemaligen oder bloß potentiellen Kunden ist eine differenziertere Betrachtung im Einzelfall erforderlich.

Dies führt zur Frage der Dauer der Nutzbarkeit von Kontaktdaten zu Werbezwecken. Liegt der letzte Geschäftskontakt bereits geraume Zeit zurück, entspricht es regelmäßig nicht (mehr) der Erwartung der betroffenen Person, dass ihre Kontaktdaten weiterhin zur direkten Werbeansprache genutzt werden; das Interesse des Verantwortlichen an der Reaktivierung eines Geschäftspart-

22 Für Einwilligungen von Beschäftigten schreibt § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG im Regelfall die Schriftform vor. Im Kontext von AGB muss die Einwilligungserklärung besonders hervorgehoben sein (Art. 7 Abs. 2 DSGVO). Stets ist auf das Widerrufsrecht hinzuweisen (Art. 7 Abs. 3 DSGVO).

23 DSK (Fn. 19), S. 1; dazu auch ErwG 32 zur DSGVO.

24 Bei der Einwilligung per Double-opt-in wird die Personenidentität bis zum Gegenbeweis vermutet, BGH, 10. 2. 2011 – I ZR 164/09, K&R 2011, 587 – Double-opt-in-Verfahren; zur Diskussion um die (zu bejahende) Zulässigkeit von Double-opt-in-Mails unter § 7 UWG nur *Apel/Henn*, K&R 2016, 236, 237 f.; *Ernst*, WRP 2013, 160.

25 *Klement*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmann* (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 49.

26 DSK (Fn. 21), S. 8.

27 Hierzu z. B. im Kontext des Adresshandels für Werbezwecke *Brendle-Weith*, *VuR* 2018, 331, 335 f.

28 Ausführlich zum Kopplungsverbot *Engeler*, *ZD* 2018, 55 ff.; *Golland*, *MMR* 2018, 130 ff.

29 Es ist eine vollständige Interessenabwägung vorzunehmen, die sich nicht auf das zur Erbringung der Leistung Erforderliche beschränkt, *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DSGVO BDSG*, 2. Aufl. 2018, Art. 7 DSGVO Rn. 8; kritisch zum Begriff des Kopplungsverbots daher *Plath/Grages*, *CR* 2018, 770, 780 f.

30 *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 29), Art. 7 DSGVO Rn. 51.

31 BGH, 1. 2. 2018 – III ZR 196/17, K&R 2018, 245, 249; *Frenzel*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), *DSGVO BDSG*, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 11.

32 Zu den Voraussetzungen DSK (Fn. 19), S. 2 f.; *Remmert*, *GRUR-Prax* 2018, 254, 255.

33 DSK (Fn. 21), S. 2.

34 Ausführlich *Gierschmann*, *MMR* 2018, 7, 9 ff.; *Brendle-Weith*, *VuR* 2018, 331, 333 f.; *Remmert*, *GRUR-Prax* 2018, 254 f.; *Weidert/Klar*, *BB* 2017, 1858, 1859 ff.

35 Die Erwägungen des Ordnungsgebers (vgl. Art. 296 S. 2 AEUV) sind zwar nicht verbindlich und begründen keine Rechte und Pflichten, dienen aber als Auslegungshilfe, *Brendle-Weith*, *VuR* 2018, 331, 333; *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 29), *Einf. Rn.* 84.

36 DSK, Kurzpapier Nr. 3: Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung, S. 1; vgl. auch Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 217, S. 32; *Gierschmann*, *MMR* 2018, 7, 10; *Brendle-Weith*, *VuR* 2018, 331, 335 (zugleich mit Recht kritisch zur damit ggf. einhergehenden „Informationsflut“, die wiederum zur Intransparenz führen kann).

37 *Gierschmann*, *MMR* 2018, 7, 11.

38 *Weidert/Klar*, *BB* 2017, 1858, 1862.

ners steht also in Wechselwirkung mit dem Zeitablauf. Die DSK bemüht sich – da die DSGVO keine konkrete Höchstfrist vorsieht – um eine Analogie zu Gerichtsentscheidungen, wonach Werbeeinwilligungen ihre Rechtfertigungswirkung nach gewisser Zeit (ca. 1,5 Jahre) verlieren.³⁹ Dies entspricht der Linie des BGH, der festgestellt hat, dass eine Einwilligung zumindest für einen „überschaubaren Zeitraum“ nach Vertragsende aktuell bleibt.⁴⁰ Dieser ist nicht zu kurz zu bemessen: Bei der Interessenabwägung ist zugunsten des Verantwortlichen zu berücksichtigen, dass die betroffene Person ihr Widerspruchsrecht nach Art. 21 Abs. 2 DSGVO jederzeit ausüben kann. Kurz bemessenen Fristen wird zudem entgegengehalten, sie erhöhten faktisch die Ansteuerungsfrequenz, um einen neuen Fristanlauf zu bewirken.⁴¹ Es wird auch zu beachten sein, ob der frühere Geschäftsgegenstand besonders wertvoll, selten oder langlebig war. Letztlich entscheidet die Gesamtheit aller Umstände des Einzelfalls.

Relevant sind ferner die Menge und die Sensibilität der verarbeiteten Daten sowie der Einsatz von neuartigen Technologien.⁴² Hier rücken Maßnahmen zur selektiven, bedarfsgerechten Werbung ins Blickfeld. Auf Seiten der Werbenden besteht ein Interesse daran, das künftige Konsum- und Nutzungsverhalten des Adressaten einzuschätzen und ein Kundenprofil zu bilden (Werbescoring). Da die betroffene Person durch diese Art der Auswertung ihrer personenbezogenen Daten, etwa der Bestellhistorie oder der Seitenaufrufe, nicht einer auf einer ausschließlich automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen wird, liegt ein Fall von Art. 22 DSGVO nicht vor.⁴³ Die Maßnahme kann somit womöglich auf eine Interessenabwägung gestützt werden.⁴⁴ Je detailreicher das Profil angelegt wird, desto weiter rückt jedoch das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person in den Vordergrund.

Die betroffene Person hat schließlich nicht mit Datenverarbeitungen zu rechnen, die das einschlägige geltende Recht verletzen.⁴⁵ Demzufolge wäre etwa die Nutzung von Kontaktdaten eines Verbrauchers für eine Werbung, die als solche nicht zu erkennen ist (§ 5 a Abs. 6 UWG), irreführende Angaben enthält (§ 5 UWG) oder eine unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG) darstellt, nicht gedeckt. Ob Letzteres absolut gelten kann, wird indes zu Recht bezweifelt.⁴⁶ Denn auch hier entscheiden die Umstände des Einzelfalls: Der Gesetzesverstoß muss tatsächlich auf die Erwartung einer Datenverarbeitung zu Werbezwecken negativ „durchschlagen“.⁴⁷ Für den wichtigen Fall des Newsletters lässt es die DSK dann auch genügen, dass der Adressat bereits ein Produkt oder eine Dienstleistung vom Verantwortlichen bezogen hat (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 UWG) und der Werbezweck der Datenspeicherung transparent dargelegt wurde (Art. 13 Abs. 1 lit. c DSGVO).⁴⁸ Es wird hingegen nicht ausdrücklich gefordert, dass der Verantwortliche die Daten nur dazu verwendet, ähnliche Produkte oder Dienstleistungen zu bewerben (so aber § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG). Dies macht auch deutlich, dass die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit von Direktwerbung aufgrund der unterschiedlichen Schutzzwecke von DSGVO und (dem insofern strikteren) UWG gesondert zu prüfen ist.⁴⁹

III. Die wettbewerbsrechtliche Abmahnfähigkeit von DSGVO-Verstößen

Noch immer ist offen, ob Verstöße gegen die DSGVO über den lauterkeitsrechtlichen Rechtsbruchtatbestand verfolgt werden können. Nach § 3 a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen (außer-wettbewerbsrechtlichen) Vor-

schrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. § 3 a UWG findet jedoch nur dann Anwendung, wenn das betreffende Gesetz eine Marktverhaltensregel enthält, die zivilrechtliche Ansprüche von Mitbewerbern nicht abschließend regelt.⁵⁰

1. Meinungsstand in der Literatur

a) Anwendbarkeit des UWG

Im Kern⁵¹ betrifft die Frage nach der Anwendbarkeit des UWG die Interpretation von Art. 80 Abs. 2 DSGVO. Danach sind bestimmte Einrichtungen, Organisationen oder Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht dazu berechtigt, nach nationalem Recht gegen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter wegen Rechtsverletzungen vorzugehen. Daraus lasse sich nach Teilen der Literatur im Umkehrschluss ableiten, ein Mitbewerber sei nicht befugt, datenschutzrechtliche Verfehlungen nach UWG abzumahnern.⁵² Eine gegenteilige Auslegung bedürfe wegen der angestrebten Vollharmonisierung des Datenschutzrechts besonderer Anhaltspunkte, an denen es fehle.⁵³ Der Verordnungsgeber habe bewusst darauf verzichtet, eine dem Art. 11 Abs. 1 der UGP-RL 2005/29/EG vergleichbare Formulierung zu wählen und so den Mitbewerber zu berücksichtigen.⁵⁴

Der Gegenmeinung nach benennt Art. 80 DSGVO die Anspruchsberechtigten nicht abschließend und lässt daher einen belastbaren Umkehrschluss nicht zu.⁵⁵ Der Verordnungsgeber habe lediglich die unter der Datenschutz-RL 95/46/EG streitige Frage klären wollen, ob Verbände befugt sind, Persönlichkeitsrechtsverletzungen der betroffenen Personen geltend zu machen.⁵⁶ Darüber hinaus habe er aber nicht entschieden, ob Verstöße gegen die DSGVO – und erst recht solche, die sich faktisch auf den Wettbewerb auswirken – abmahnfähig sein sollen.⁵⁷ Art. 80 DSGVO regele einen anderen Fall.⁵⁸ Diese Auffassung hat für sich, dass die DSGVO nur die Rechtsverhältnisse der Verantwortlichen, der Auftragsverarbeiter und der Betroffenen

39 DSK (Fn. 19), S. 10; LG München I, 8. 4. 2010 – 17 HK O 138/10, BeckRS 2011, 14109; LG Berlin, 9. 12. 2011 – 15 O 343/11, WRP 2012, 610, 611.

40 BGH, 1. 2. 2018 – III ZR 196/17, K&R 2018, 245, 249; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 7 Rn. 148; eher kritisch Schneider, K&R 2019, 8 ff.

41 So etwa Plath/Grages, CR 2018, 770, 774.

42 Gierschmann, MMR 2018, 7, 11.

43 Martini, in: Paal/Pauly (Fn. 31), Art. 22 Rn. 23; Gierschmann, MMR 2018, 7, 11; ausführlich Abel, ZD 2018, 304 ff.

44 Dazu auch Gierschmann, MMR 2018, 7, 11; Ettig, K&R 2018, 669, 674.

45 DSK (Fn. 36), S. 2. Dann überwiegen auch stets die Belange der betroffenen Personen, Brendle-Weith, VuR 2018, 331, 333.

46 Schulz, in: Gola (Hrsg.), DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 73; Plath/Grages, CR 2018, 770, 776.

47 Verneinend für den fehlenden Hinweis auf die Übermittlungskosten nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG Plath/Grages, CR 2018, 770, 776.

48 DSK (Fn. 21), S. 6. Dazu auch Ettig, K&R 2018, 669, 674 f.

49 Die parallele Anwendung der Vorschriften verdeutlicht Art. 95 DSGVO, Gierschmann, MMR 2018, 7, 9.

50 BGH, 7. 2. 2006 – KZR 33/04, GRUR 2006, 773, 774 – Probeabonnement.

51 Zu den „Nebenschauplätzen“ (Art. 77 Abs. 1, Art. 82 Abs. 1, Art. 84 DSGVO) Wolff, ZD 2018, 248, 251 f.; Diercks, CR 2019, 95, 99; Köhler, ZD 2018, 337, 338; Köhler, WRP 2018, 1269, 1272; Spittka, GRUR-Prax 2019, 4, 5.

52 Barth, WRP 2018, 790, 792; Köhler, ZD 2018, 337, 338; Baumgärtner/Sitte, ZD 2018, 555, 557.

53 Köhler, WRP 2018, 1269, 1273.

54 Köhler, ZD 2018, 337, 338.

55 Diercks, CR 2019, 95, 99; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 535 f.

56 Wolff, ZD 2018, 248, 251; Diercks, CR 2019, 95, 99.

57 Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 373; Diercks, CR 2019, 95, 98 f.

58 Schreiber, GRUR-Prax 2018, 371, 373; Laoutoumai/Hoppe, K&R 2018, 533, 535.

vor Augen hat und daher auch nur deren datenschutzrechtliche Rechte und Pflichten sowie die mit diesen verbundenen Ansprüche „wegen Datenschutzrechtsverletzung“ regelt.⁵⁹ Es liegt fern, dass der Ordnungsgeber auch den Schutz aller anderen Rechtsgüter, die durch eine Verletzung des Datenschutzrechts (mit-)betroffen sein können, auf die Instrumentarien der DSGVO beschränken wollte – zumal er diese nicht vollständig überblicken konnte. Da das UWG nicht den Schutz personenbezogener Daten, sondern des lautereren Wettbewerbs im Interesse von Wettbewerbern, Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und der Allgemeinheit bezweckt, bleibt ein datenschutzrechtlicher Verstoß, der gleichzeitig diese Interessen verletzt und hierdurch einen Tatbestand des UWG erfüllt, sanktionierbar.

b) Vorschriften der DSGVO als Marktverhaltensregeln

Nach den Befürwortern der lauterkeitsrechtlichen Abmahnfähigkeit ist diese Wirkung auf den Markt kein bloßer Reflex, da die DSGVO auch den Verkehr personenbezogener Daten regeln soll (vgl. Art. 1 Abs. 1 DSGVO; ErwG 9).⁶⁰ So sei es auch zu erklären, dass der räumliche Anwendungsbereich nach Art. 3 Abs. 2 DSGVO an den Markttort anknüpft.⁶¹ Marktverhaltensregelnd wirke insbesondere Art. 20 DSGVO, der die betroffene Person berechtigt, sie betreffende Daten in einem portablen Format herauszuverlangen, um sie einem anderen Verantwortlichen zu übermitteln. Damit werde bezweckt, dass Anbieter frei um Kunden konkurrieren.⁶² Auch die mögliche Anknüpfung der datenschutzrechtlichen Sanktionen an den Jahresumsatz des Verantwortlichen spreche als typisches wettbewerbsrechtliches Instrument dafür, einzelne Regelungen der DSGVO als Marktverhaltensregeln zu begreifen. So werde verhindert, dass finanzstarke Unternehmen kalkulieren, ab wann Datenschutzverstöße den Umsatz soweit steigern, dass trotz möglicher Geldbuße die Gewinnschwelle überschritten wird.⁶³

Dem wird entgegengesetzt, dass die umsatzorientierte Bemessung eines Bußgeldes der abschreckenden Wirkung der Maßnahme dient (Art. 83 Abs. 1 DSGVO).⁶⁴ Gleiches gelte für das Marktortprinzip, das den Schutzbereich räumlich erweitern solle.⁶⁵ Art. 20 DSGVO sei als „Fremdkörper“ anzusehen, der keine verallgemeinernde Aussage zuließe.⁶⁶ Abgesehen davon, dass die Anwendung des UWG ohnehin gesperrt sei, führten die in Art. 1 Abs. 1 DSGVO und ErwG 9 angelegten wettbewerbsrechtlichen Bezüge nicht ohne Weiteres dazu, dass es sich bei den DSGVO-Vorschriften um Marktverhaltensregeln handelt.⁶⁷

2. Einschätzung der Gerichte

Die deutschen Gerichte beurteilen die wettbewerbsrechtliche Abmahnfähigkeit von DSGVO-Verstößen uneinheitlich. Während das LG Bochum und das LG Wiesbaden die Anwendbarkeit des UWG ablehnen, da die Art. 77–84 DSGVO ein abschließendes System bildeten und eine Rechtsschutzlücke nicht erkennen ließen,⁶⁸ nimmt das OLG Hamburg an, dass eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung im Einzelfall zulässig sein kann.⁶⁹ Es sei insbesondere zu prüfen, ob die konkrete Vorschrift der DSGVO tatsächlich den Schutz von Marktteilnehmern (mit-)bezwecke.⁷⁰

3. Aktuelle Gesetzesvorhaben

Im Juni 2018 brachte Bayern einen Gesetzesvorschlag in den Bundesrat ein, in § 3 a UWG einen Satz einzufügen,

der die DSGVO und die ihrer Durchführung dienenden Regelungen vom Anwendungsbereich ausnimmt.⁷¹ Ein Datenschutzverstoß wäre dann per se nicht abmahnfähig. Dieser Ansatz ist zweifelhaft, weil er dazu führen könnte, dass § 3 a UWG künftig mit weiteren ausdrücklichen Ausnahmen versehen wird, was den Zweck der offen gestalteten UWG-Bestimmungen konterkarieren würde. Besser wäre es, die Frage, welche Normen der DSGVO als Marktverhaltensregeln zu sehen sind, der Rechtsprechung und ihren bewährten Kriterien hierfür zu überlassen.⁷²

Ein im September 2018 vom Bundesjustizministerium vorgelegter Gesetzesentwurf⁷³ lässt die Frage nach der Abmahnfähigkeit von Datenschutzverstößen nach dem UWG ungeklärt. Auf Rechtsfolgenseite begegnet er den Bedenken der Abmahngegner aber damit, dass die finanziellen Anreize verringert und die Position des Abgemahnten gegenüber missbräuchlichen Abmahnungen gestärkt wird. Dies betrifft insbesondere Zuwiderhandlungen gegen das UWG, die die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigen. Erstens soll bei derartigen Zuwiderhandlungen der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen ausgeschlossen sein (§ 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UWG-E). Zweitens soll dies nicht über eine Vertragsstrafe ausgehebelt werden können; diese dürfe maximal 1000 EUR betragen (§ 13 a Abs. 2 UWG-E). Drittens mindert sich der Streitwert (und damit die Gerichtskosten) in angemessener Höhe (§ 51 Abs. 3 S. 3 GKG-E). Darüber hinaus soll für diese und alle sonstigen Zuwiderhandlungen gegen das UWG das Gericht zuständig sein, in dessen Bezirk der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 14 UWG-E). Der fliegende Gerichtsstand wäre insoweit abgeschafft.⁷⁴

IV. Das Verhältnis zwischen der DSGVO und dem Kunsturhebergesetz (KUG)

Ein weiteres Beispiel dafür, dass ein Harmonisierungsprojekt wie die DSGVO zu Friktionen mit dem nationalen Recht führt, ist, ob und inwieweit ein Anwendungsbereich für § 23 KUG verbleibt.⁷⁵ Diese Frage hat insbesondere in Kindergärten, Schulen und Vereinen zu großer Aufregung

59 Ähnlich *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 535.

60 *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 372; *Wolff*, ZD 2018, 248, 250.

61 *Wolff*, ZD 2018, 248, 251.

62 *Wolff*, ZD 2018, 248, 250.

63 *Wolff*, ZD 2018, 248, 251.

64 *Baumgärtner/Sitte*, ZD 2018, 555, 557.

65 *Baumgärtner/Sitte*, ZD 2018, 555, 557.

66 *Baumgärtner/Sitte*, ZD 2018, 555, 557.

67 *Köhler*, ZD 2018, 337, 338; *Barth*, WRP 2018, 790, 792.

68 LG Bochum, 7. 8. 2018 – I-12 O 85/18, K&R 2018, 737 – Datenschutzinformation; LG Wiesbaden, 5. 11. 2018 – 5 O 214/18, K&R 2019, 281, 282 – Branchenscore.

69 OLG Hamburg, 25. 10. 2018 – 3 U 66/17, K&R 2019, 52, 54 f. – Allergenbestellbögen.

70 OLG Hamburg, 25. 10. 2018 – 3 U 66/17, K&R 2019, 52, 55 – Allergenbestellbögen; für Art. 5 Abs. 1 lit. f, Art. 32 Abs. 1 lit. a DSGVO als Marktverhaltensregeln LG Würzburg, 13. 9. 2018 – 11 O 1741/18 UWG, K&R 2018, 736 – Kontaktformular.

71 Freistaat Bayern, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung zivilrechtlicher Vorschriften an die Datenschutz-Grundverordnung (BR-Drs. 304/18), https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2018/0301-0400/304-18.pdf?__blob=publicationFile&v=1. Dazu *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 536 f.

72 Kritisch *Laoutoumai/Hoppe*, K&R 2018, 533, 537.

73 Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (Referentenentwurf), https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_fairerWettbewerb.pdf?__blob=publicationFile&v=1. Dazu *Lettl*, WM 2019, 289 ff.; *Möller*, ZRP 2018, 200 ff.

74 *Lettl*, WM 2019, 289, 293; *Buchmann*, NJW-Spezial 2018, 766.

75 Früh hierzu *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057 ff.

und teilweise drastischen Auswüchsen geführt (Schwärzen von Gesichtern, ausufernde Einwilligungserklärungen etc.). Bekanntlich weicht § 23 KUG für die in Abs. 1 Nr. 1 bis 4 genannten Fälle vom grundsätzlich geltenden Einwilligungsvorbehalt bei der Verwendung von Personenbildnissen (§ 22 S. 1 KUG) zugunsten einer Interessenabwägung im Einzelfall ab (§ 23 Abs. 2 KUG).⁷⁶ Besondere Bedeutung hat die Bestimmung im Bereich der journalistischen Arbeit, da dort die Verbreitung von Personenbildnissen regelmäßig in Zusammenhang mit einem Ereignis der Zeitgeschichte erfolgt (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG). Da Personenbildnisse aber personenbezogene Daten darstellen,⁷⁷ ist zu klären, ob sich eine solche Verbreitung künftig nach den Erlaubnistatbeständen der DSGVO richtet oder ob es bei den bekannten Regelungen des KUG bleibt. Die Anfertigung eines Personenbildnisses wird hingegen nicht von den §§ 22 f. KUG erfasst, sodass dieser Akt schon mangels Normkonkurrenz nach der DSGVO zu behandeln ist.⁷⁸

Art. 85 Abs. 2 DSGVO eröffnet dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, Abweichungen von der DSGVO vorzusehen, wenn und soweit diese erforderlich sind, „um das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“. Angestrebt ist demnach keine Vollharmonisierung, sondern lediglich eine praktische Konkordanz.⁷⁹ Nach überzeugender und von erster Rechtsprechung⁸⁰ geteilter Auffassung ist § 23 KUG im journalistischen Kontext eine solche abweichende Norm.⁸¹ Ob dies auch für den nicht-journalistischen Bereich gilt, ist neben weiteren Streitfragen in diesem Zusammenhang noch offen.⁸² Die besseren Argumente sprechen gleichwohl dafür: Art. 85 Abs. 1 DSGVO stellt eine allgemeine Öffnungsklausel dar, die in Abs. 2 lediglich für den besonders wichtigen Bereich der Kunst- und Meinungsfreiheit spezifiziert wird.⁸³ Da das Anfertigen eines Bildnisses nicht berechtigten Interessen des Betroffenen widersprechen kann, wenn dessen Verbreitung unter dem KUG rechtmäßig ist, greift regelmäßig Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO (berechtigtes Interesse) ein.⁸⁴

V. Weitere Entwicklungen

1. DSGVO und Telemediengesetz (TMG)

Das Verhältnis der DSGVO zur elektronischen Kommunikation ist dadurch getrübt, dass die explizit auf diesen Bereich bezogene E-Privacy-VO bis heute nicht verabschiedet wurde.⁸⁵ Folglich stellt sich insbesondere die Frage, in welchem Verhältnis die DSGVO zu den datenschutzrechtlichen TMG-Vorschriften steht.⁸⁶ Teils versteht man insbesondere die §§ 12, 13, 15 TMG als Umsetzung der E-Privacy-RL 2002/58/EG in der Fassung der Cookie-RL 2009/136/EG, sodass diese Regelungen aufgrund der Kollisionsregel in Art. 95 DSGVO anwendbar blieben.⁸⁷ Die gegenteilige Auffassung steht hingegen auf dem Standpunkt, dass die Cookie-RL 2009/136/EG nicht hinreichend in das deutsche Recht umgesetzt wurde und daher die DSGVO seit ihrem Inkrafttreten den datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TMG vorgeht.⁸⁸ Der BGH hat die Frage, ob Art. 15 Abs. 3 TMG (Opt-out-Lösung für das Setzen von Cookies) europarechtskonform ist, dem EuGH zur Klärung vorgelegt und hierbei durchblicken lassen, dass er der erstgenannten Ansicht zuneigt.⁸⁹ Der Generalanwalt hat sich hingegen der Auffassung angeschlossen, die ein Opt-out für unzureichend hält.⁹⁰ Dies entspricht auch der Meinung der DSK.⁹¹ Wenn

der EuGH dem Generalanwalt folgt, wird sich der Umgang mit Cookies in Deutschland signifikant ändern. Anstelle des relativ bequemen Opt-out werden Webseitenbetreiber eine Einwilligung der Nutzer einholen müssen, wenn nicht ausnahmsweise ein anderer Rechtfertigungsgrund (insbesondere Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO) vorliegt.⁹²

2. DSGVO und soziale Netzwerke

Für viel Aufsehen hat die noch zu Art. 2 lit. d Datenschutz-RL 95/46/EG ergangene Entscheidung des EuGH gesorgt, wonach der Betreiber einer sog. Fanpage bei Facebook datenschutzrechtlich gemeinsam mit Facebook für diese verantwortlich ist (heute Art. 26 DSGVO).⁹³ Diese Fanpages, die im Wesentlichen Werbezwecken von Unternehmen dienen, ermöglichen es den Betreibern, von Facebook gewisse statistische Informationen über die Nutzer der Seite zu erhalten („Seiten-Insights“). Auch wenn diese Informationen anonymisiert sind, hat der EuGH die Zusammenstellung dieser Daten nach den Vorgaben des Fanpage-Betreibers aus dem Pool der bei Facebook vorhandenen Daten als ausreichend angesehen, um eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Facebook und dem Fanpage-Betreiber zu begründen.⁹⁴ Facebook hat hierauf reagiert und Ergänzungen zu den AGB für Fanpage-Betreiber veröffentlicht, die eine Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO darstellen sollen.⁹⁵ Es ist indes mehr als fraglich, ob diese ausreichend sind, um den datenschutzrechtskonformen Betrieb einer Fanpage zu ermöglichen. Die DSK lehnt dies ab, u. a. weil immer noch nicht klar werde, welcher Verantwortliche welche Verarbeitungsvorgänge verantwortete.⁹⁶ Interessant ist, dass die Diskussion sich ausschließlich

76 Zum abgestuften Schutzkonzept der §§ 22, 23 KUG BGH, 3. 7. 2007 – VI ZR 164/06, WRP 2007, 1216 ff. – Abgestuftes Schutzkonzept II.

77 Etwa *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4.

78 *Hoeren*, ZD 2018, 435, 436; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 80.

79 Vgl. *ErwG* 153; *Lauber-Rönsberg*, UFITA 2018, 398, 425.

80 OLG Köln, 18. 6. 2018 – 15 W 27/18, ZD 2018, 434, 435 – Fernsehbeitrag (Verfügungsverfahren); es bleibt abzuwarten, wie dies andere Gerichte in Hauptsacheverfahren sehen werden, *Hoeren*, ZD 2018, 435 f.

81 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76; *Lauber-Rönsberg*, UFITA 2018, 398, 425 f.; *Ory*, UFITA 2018, 131, 154; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369 f.

82 Zur Frage, ob das KUG die Betroffenenrechte der DSGVO „abschneidet“, bejahend, aber kritisch *Lauber-Rönsberg*, UFITA 2018, 398, 426; a. A. *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 6.

83 Eingehend *Lauber-Rönsberg*, UFITA 2018, 398, 421 f. m. w. N.

84 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 80; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370.

85 Knapp zum Stand und skeptisch zur zeitnahen Realisierung *Mitterer/Wiedemann/Zwissler*, BB 2019, 3, 5 f.

86 Überblick bei *Gierschmann*, ZD 2018, 297.

87 Etwa *Breyer*, ZD 2018, 302; *Gierschmann*, ZD 2018, 297; a. A. DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörde für Anbieter von Telemedien, S. 4, wonach §§ 12 und 15 Abs. 1 TMG eine Umsetzung von Art. 7 Datenschutz-RL 95/46/EG darstellen, deren Wirkung Art. 94 Abs. 1 DSGVO aufhebe.

88 Unter Verweis auf die unzureichende Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-RL 2002/58/EG DSK (Fn. 87), S. 5; i. E. auch *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 29), Art. 85 Rn. 7.

89 BGH, 5. 10. 2017 – I ZR 7/16, K&R 2018, 54 ff. – Cookie-Einwilligung; beim EuGH ist die Sache als Rs. C-673/17 anhängig.

90 ZD-Aktuell 2019, 06555.

91 DSK (Fn. 87), S. 5.

92 Für eine Rechtfertigung über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO etwa *Ettig*, K&R 2018, 669, 671; *Remmert*, GRUR-Prax 2018, 254.

93 EuGH, 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, 475 – ULD Schleswig-Holstein/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein. Dazu *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 ff.

94 Mit Recht kritisch hierzu *Klein*, IWRZ 2018, 224, 225; *Moos/Rothkegel*, MMR 2018, 591, 598; *Schulz*, ZD 2018, 357, 362.

95 Siehe https://www.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum?hc_location=ufi.

96 DSK, Positionierung zur Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht bei Facebook-Fanpages sowie der aufsichtsbehördlichen Zuständigkeit, 1. 4. 2019, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405_positionierung_facebook_fanpages.pdf.

auf Facebook konzentriert. Sie wird jedoch auf andere soziale Netzwerke und Plattformen mit vergleichbaren Funktionen übertragbar sein.⁹⁷

3. Datenschutzhinweise und AGB-Kontrolle

In der Praxis ist oft zu beobachten, dass Datenschutzhinweise, die der Erfüllung der DSGVO-Informationspflichten (Art. 12 ff. DSGVO) dienen, mit vertraglichen Regelungen in AGB vermischt werden. Nicht nur aus Sicht der DSGVO⁹⁸ birgt dies Risiken. Im Verfahren einer Verbraucherschutzorganisation gegen Apple entschied das KG Berlin jüngst, dass auch Datenschutzhinweise an den §§ 305 ff. BGB zu messen sind, wenn der Adressat in ihnen nicht nur datenschutzrechtliche Informationen, sondern Vertragsbedingungen erblickt. In diesem Fall sind Datenschutzhinweise nicht nur (möglicherweise) DSGVO-widrig,⁹⁹ sondern auch vertragsrechtlich unwirksam, wenn sie den unzutreffenden Eindruck hervorrufen, der Verwender sei auch ohne (tatsächlich erforderliche) Einwilligung des Betroffenen zur Verarbeitung personenbezogener Daten berechtigt.¹⁰⁰ Es empfiehlt sich also zur Meidung AGB-rechtlicher Risiken, Datenschutzhinweise nicht mit vertraglichen Bestimmungen zu verweben.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Auch wenn es – wie bei einer neuen Regelung üblich – zahlreiche offene Fragen gibt, war die Aufregung um die DSGVO überzogen. Sie bietet im Wesentlichen einen durchaus tragfähigen rechtlichen Rahmen zum Schutz persönlicher Daten und zur Stärkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Datenschutz-Compliance ist, wenn auch mit einigem Aufwand, möglich. Ernsthafte Bemühungen zur Einrichtung eines solchen Systems werden die Datenschutzbehörden wohl auch in Zukunft mit einer gewissen Nachsicht honorieren. Dies dürfte sich dann auch in der Sanktionspraxis widerspiegeln, ebenso wie umgekehrt die bisher bekannt gewordenen Behördenentscheidungen zeigen, dass diese einen weiterhin nachlässigen Umgang mit Betroffenenendaten nicht hinnehmen,

sondern ggf. empfindlich sanktionieren werden. Auch Wettbewerber werden – zu Recht – ein Auge auf die datenschutzrechtliche Praxis der Konkurrenz haben; es besteht kein Anlass, hier sinnvolle und bewährte Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung durch politischen oder gesetzgeberischen Aktionismus zu beschneiden. In einzelnen Bereichen (z. B. Direkt-Marketing) wurden bereits Leitlinien für eine datenschutzkonforme Handhabung veröffentlicht, die anhand von weiteren Praxisfällen ausdifferenziert werden. Eine noch nicht angesprochene Herausforderung werden die Betroffenenrechte sein, deren praktische Umsetzung teils noch unklar ist (z. B. im Hinblick auf das Recht auf Datenportabilität, Art. 20 DSGVO). Zur Auskunftspflicht gibt es bereits spektakuläre Entscheidungen: So hat das LAG Baden-Württemberg einem Arbeitnehmer das Recht zugesprochen, über die DSGVO weitreichend Auskunft über die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten im Rahmen einer internen Ermittlung zu erhalten.¹⁰¹ Dass dies für Unternehmen sehr brisant ist, muss nicht gesondert betont werden. Dies gilt umso mehr, als solche weitreichenden Auskunftsansprüche künftig mit der nahenden Whistleblower-Richtlinie¹⁰² und ihren Privilegierungen für Hinweisgeber einige Sprengkraft bergen.

97 Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 26 Rn. 9; Kartheuser/Nabulsi, MMR 2018, 717, 719.

98 Siehe Fn. 22.

99 Gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 1 DSGVO sind alle Pflichtinformationen in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln.

100 KG Berlin, 27. 12. 2018 – 23 U 196/13, K&R 2019, 274 – Datenschutzhinweise; hierzu Berberich, GRUR-Prax 2019, 170. Unverständlich ist indes, dass der Senat den Tatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ohne nähere Begründung ablehnt. Es liegt zwar angesichts der weiteren Urteilsgründe nahe, dass die Belange des Betroffenen wegen der irreführenden Unterrichtung überwiegen. Allerdings wären entsprechende Erörterungen angezeigt gewesen.

101 LAG Baden-Württemberg, 20. 12. 2018 – 17 Sa 11/18, BeckRS 2018, 39584.

102 Dazu Newsdienst Compliance 2019, 31003. Ausführlich zum Richtlinien-Inhalt Wiedmann/Seyfert, CCZ 2019, 12 ff.; Groß/Platzer, NZA 2018, 913 ff.

RA Dr. Martin Rothermel und Wolfgang Schulz B.Sc., München*

One Year After – Geoblocking-Verordnung: Fragen und Schnittstellen

Die Geoblocking-VO wurde am 28. 2. 2018 von der Europäischen Union verabschiedet und trat am 23. 3. 2018 in Kraft. Der Beitrag knüpft an den Beitrag Rothermel/Schulz, K&R 2018, 444 ff. an, in dem Grundlagen und damalige Probleme besprochen wurden. Ein Jahr später bietet die Verordnung noch immer täglich neuen Gesprächsstoff. Dieser Beitrag soll daher einerseits „alte Probleme“ in den aktuellen Kontext setzen. Andererseits sollen gänzlich neue Aspekte wie die Umsetzung der Strafen im TKG sowie Maßnahmen der Kommission und natürlich auch der Brexit beleuchtet werden.

I. Geoblocking-VO und der Digital-Single-Market (DSM)

Die Geoblocking-VO¹ ist tatsächlich Teil einer ambitionierten Strategie der Europäischen Union (EU), einen

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 29. 3. 2019.

1 VO (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. 2. 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts, ABl. EU L 60 I/1.