

der Vorschlag einer EU-DatenschutzVO sieht lediglich die Umkehr der Beweislast vor, bleibt aber hier weitgehend unvollständig.<sup>819</sup>

Ein pauschalierter Schadensersatzanspruch,<sup>820</sup> der mit Mindest-, gleichzeitig aber auch Höchstbeträgen arbeiten müsste, erscheint zudem zu unflexibel, zum anderen angesichts der weitgefächerten Kasuistik der Rechtsprechung im Persönlichkeitsrecht auch als unnötig. Hier sollte eine Klarstellung genügen, dass ein Schadensersatz nach § 253 BGB auch für leichte Persönlichkeitsrechtsverletzungen verlangt werden kann;<sup>821</sup> die weitere Ausformung kann der Rechtsprechung überlassen bleiben. Dabei können aber auch Richtlinien unter Beteiligung der interessierten Verbände von den Aufsichtsbehörden entwickelt werden, ähnlich der Selbstregulierung, um Anhaltspunkte für die Rechtsprechung zu entwickeln, vergleichbar den Schmerzensgeldtabellen der Praxis.<sup>822</sup> Dabei sollten auch die von der Rechtsprechung für andere Medien akzeptierten Präventiveffekte<sup>823</sup> Eingang finden.

Wenig diskutiert ist bislang der Vorschlag eines Folgenbeseitigungsanspruchs, nach dem die datenverarbeitende Stelle auch alle negativen Folgen bei Dritten beseitigen soll.<sup>824</sup> Indes gilt auch hier der Grundsatz *ultra posse nemo obligatur*, so dass nur zumutbare Anstrengungen des Diensteanbieters verlangt werden können, keinesfalls jedoch eine Art Einstandshaftung für das Verhalten Dritter, die eine Löschung ablehnen.

Bislang in Deutschland wenig behandelt und umgesetzt ist das sog. „corporate shaming“, das den verletzenden Diensteanbieter quasi an den Pranger stellt, etwa nach § 40b WpHG.<sup>825</sup> Diese Möglichkeit des „naming and shaming“ aus dem angloamerikanischen Recht<sup>826</sup> entfaltet sowohl eine abschreckende (präventive) also auch eine strafende (repressive) Wirkung,<sup>827</sup> darf allerdings nur dann er-

<sup>819</sup> Art. 77 Abs. 3 Proposal for a Regulation (o. Fn. 623); krit. insoweit zu Recht *Härtling*, BB 2012, 459, 461.

<sup>820</sup> So Konferenz der Datenschutzbeauftragten 2010 (o. Fn. 625), S. 32.

<sup>821</sup> *Kühling/Bohnen*, JZ 2010, 600, 609.

<sup>822</sup> So etwa die von *Hacks/Wellner/Häcker*, Schmerzensgeldbeträge (ADAC-Tabelle), 30. Aufl., 2011; *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld, 6. Aufl., 2011; *Slizyk*, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 8. Aufl., 2012.

<sup>823</sup> BGHZ 128, 1, 15 f. – Caroline von Monaco I; BGH NJW 1996, 984, 985 – Caroline von Monaco II; BGH NJW 1997, 1148, 1150 – Stern TV; weitere Nachweise bei *Spindler* in: *Bamberger/Roth* (o. Fn. 238), § 253 Rn. 17 ff.

<sup>824</sup> Konferenz der Datenschutzbeauftragten 2010 (o. Fn. 625), S. 32.

<sup>825</sup> *Zimmer/Cloppenburg* in: *Schwark/Zimmer* (Hrsg.), WpHG, 4. Aufl., 2010, § 40b Rn. 3; *Vogel* in: *Assmann/Schneider* (Hrsg.), WpHG, 5. Aufl., 2009, § 40b Rn. 5.

<sup>826</sup> *Waßmer* in: *Fuchs* (Hrsg.), WpHG, 2009, § 40b Rn. 4; *Altenhain* in: *Köln-KommWpHG*, 2007, § 40b Rn. 7 f.

<sup>827</sup> *Waßmer* in: *Fuchs* (Hrsg.), WpHG, 2009, § 40b Rn. 4.

folgen, wenn dies zu keinem unverhältnismäßigen Schaden bei dem Betroffenen führt.<sup>828</sup> Entsprechende Sanktionen wären auch im Bereich des Medien- bzw. Datenschutzrechts denkbar, um den Präventiveffekt besser auszugestalten; aufgrund des Richtervorbehalts wäre eine entsprechende Abwägung der Interessen gesichert. Gleiches gälte für einen zivilrechtlichen Anspruch auf Veröffentlichung eines Urteils entsprechend § 12 Abs. 3 UWG.<sup>829</sup>

## b) Verbands- und Wettbewerbsklagen

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bietet sich aufgrund der häufig nur geringen Schäden die Einführung von Verbandsklagen nach den Vorbildern des UKlaG sowie des UWG an. Entsprechende Anregungen hat die EU breitflächig aufgenommen,<sup>830</sup> auch im Bereich des Datenschutzrechts,<sup>831</sup> sie finden sich allerdings im neuen Vorschlag einer EU-Datenschutz-VO nur noch außerhalb des Schadensersatzes.<sup>832</sup> Insbesondere wenn auch Gewinnabschöpfungsansprüche für die Verbände einklagbar sind, § 10 Abs. 1 UWG folgend, ist ein entsprechender Präventiveffekt anzunehmen. Alle Argumente, die für die Einführung von Verbandsklagen bzw. „class actions“ ähnlichen Instrumenten in anderen Rechtsbereichen entwickelt wurden,<sup>833</sup> verfangen auch hier.<sup>834</sup>

<sup>828</sup> Zimmer/Cloppenburg in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), WpHG, 4. Aufl., 2010, § 40b Rn. 3; Altenhain in: KölnKommWpHG, 2007, § 40b Rn. 14.

<sup>829</sup> Damm/Rehbock (o. Fn. 93), Rn. 833 ff. Köhler in: Köhler/Bornkamm (o. Fn. 550), § 12 UWG, Rn. 4.4 ff., je mwN.

<sup>830</sup> Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen öffentlicher Konsultation: Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz v. 4. 2. 2011, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/dgs\\_consultations/ca/docs/cr\\_consultation\\_paper\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/cr_consultation_paper_de.pdf); die zahlreichen Stellungnahmen hierauf sind abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/dgs\\_consultations/ca/replies\\_collective\\_redress\\_consultation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/replies_collective_redress_consultation_en.htm); Micklitz/Stadler in: Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft (Hrsg.), Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, 2005, S. 37.

<sup>831</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union v. 4. 11. 2010, KOM (2010) 609 end., S. 10 ff., abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0006/com\\_2010\\_609\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_de.pdf).

<sup>832</sup> Art. 76 Abs. 1, der nicht auf Art. 77 (Schadensersatz) verweist, Proposal for a Regulation (o. Fn. 623).

<sup>833</sup> Zur Verbandsklage nach dem UKlaG: Schlosser in: Staudinger, BGB, 2006, Einl. zum UKlaG Rn. 1 ff.; Micklitz in: MünchKommZPO, Bd. 3, 3. Aufl., 2008, Vorb. UKlaG Rn. 1 ff.; zum UWG: Bergmann in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 2. Aufl., 2009, § 8 Rn. 257 ff.; zum Gewinnabschöpfungsanspruch im UWG: Wimmer-Leonhardt, GRUR 2004, 12 ff.

<sup>834</sup> Dreier/Spiecker gen. Döhmman (o. Fn. 251), S. 124.

Schließlich sollte in diesem Zusammenhang auch klargestellt werden, dass Verstöße gegen die Einhaltung von Datenschutzerklärungen ebenso wie von Kodices den Tatbestand der Irreführung von Verbrauchern nach § 5 UWG erfüllen, so dass auch hier entsprechende Klagen selbst von Wettbewerbern möglich sind.<sup>835</sup> Generell kann im BDSG oder UWG zudem klargestellt werden,<sup>836</sup> welche Datenschutznormen marktregulierenden und verbraucherschützenden Charakter haben, was auch Wettbewerbern die Möglichkeit der Klage einräumen würde.<sup>837</sup>

## 12. Organisationsstrukturen

Die Stärkung der europäischen Koordination der Datenschutzaufsichtsbehörden der jeweiligen Mitgliedstaaten im Rahmen des Vorschlag einer neuen EU-DatenschutzVO ist zu begrüßen,<sup>838</sup> verbunden mit den (üblichen) Pflichten zur Zusammenarbeit,<sup>839</sup> zusätzlich verstärkt aber durch einen „Consistency“-Mechanismus, der ausdrücklich den „European Data Protection Board“ (als Ausbau der Artikel-29-Datenschutzgruppe<sup>840</sup>) ebenso wie die Kommission einbezieht<sup>841</sup> – was zum Abbau der Rechtsunsicherheiten und der Zersplitterung führt. Hinzu kommt die bereits angesprochene Standardsetzung, die auch im Verfahren der Komitologie<sup>842</sup> stattfinden kann.

<sup>835</sup> Peifer, K&R 2011, 543, 547.

<sup>836</sup> Hierfür würden auch Ausführungen in einer Gesetzesbegründung genügen.

<sup>837</sup> S. zum Instrumentarium bereits de lege lata Weichert, VuR 2006, 377, 380 ff.

<sup>838</sup> So spricht Art. 50 Abs. 2, Recital No. 82 f., des ersten veröffentlichten Entwurfs eines Proposal for a Regulation, Version 56 v. 29. 11. 2011 (o. Fn. 726) noch von einer Anwendung der Regeln der gegenseitigen Unterstützung, wohingegen Art. 51 Abs. 2 des aktuellen Entwurfs (o. Fn. 623) nur noch bestimmt, dass die Vorschriften der gegenseitigen Unterstützung von Art. 51 Abs. 2 unberührt bleiben. Dabei kommt es nicht auf die Belegenheit der technischen Geräte, sondern auf den Ort an, wo Entscheidungen getroffen werden, Recital No. 27 des aktuellen Entwurfs; zuvor schon der Vorschlag der Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 8/2010, WP 179 (o. Fn. 551), S. 38 f.; krit. dazu wegen zu großem Bürokratismus und Aufsichtsstrukturen, Härting, BB 2012, 459, 460 ff.

<sup>839</sup> Art. 55 Proposal for a Regulation (o. Fn. 623).

<sup>840</sup> Art. 64 ff. Proposal for a Regulation (o. Fn. 623). Nach Art. 63 Abs. 2 des Proposal sollen die Mitglieder die Vorsitzenden der Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten sein.

<sup>841</sup> Einzelheiten in Art. 58 ff. Proposal for a Regulation (o. Fn. 623).

<sup>842</sup> Zur Komitologie: Schoo in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl., 2003, Art. 251 EG Rn. 58 f.; Schlob in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 29. EL, 2011, A. II. Rn. 299 ff.; Beschluss des Rates v. 28. 6. 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertra-

Ob allerdings der Kommission tatsächlich eine so weitgehende, einer näheren Kontrolle weitgehend entzogene Machtbefugnis eingeräumt werden sollte, erscheint fraglich.<sup>842a</sup>

---

genen Durchführungsbefugnisse (1999/468/EG), ABl. EG Nr. L 184 v. 17. 7. 1999, S. 23 ff., sowie Beschluss des Rates v. 17. 6. 2006, zur Änderung des Beschlusses 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (2006/512/EG), ABl. EU Nr. L 200 v. 22. 7. 2006, S. 11 ff.

<sup>842a</sup> Statt vieler krit. *Hornung*, ZD 2012, 99, 105 f.

## Thesen

1. Grundsätzlich ist auch für das Persönlichkeitsrecht und das Datenschutzrecht von der Privatautonomie der Individuen auszugehen. Im Prinzip ist daher nach wie vor die Möglichkeit einzuräumen, unentgeltliche Dienste für die – kontrollierte – Preisgabe von eigenen Informationen zu nutzen. Die Einwilligung bleibt daher ein zentrales Instrument.
2. Selbstregulierungen sind zu begrüßen und zu fördern, können aber angesichts der berührten Grundrechte nicht gesetzliche Vorgaben ersetzen, sondern sie nur flankieren.
3. Für das Internet als neues Medium, das zwischen Individual- und Massenkommunikation steht, ist ein „Internet-Grundrecht“ im Sinne eines der Presse und dem Rundfunk ähnliches Institutsgrundrechts anzuerkennen. Datenschutz und Meinungsfreiheit sind in Balance zu bringen.
4. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Zivilrecht ist aufgrund seines offenen Tatbestandes flexibel genug, um auch den neuen Phänomenen der Internetkommunikation Rechnung zu tragen.
5. Die Einwilligung sollte grundsätzlich rechtsgeschäftlichen Anforderungen unterworfen und nur bei entsprechend klar verständlichen und transparenten Informationen angenommen werden – mit entsprechenden Folgen im Minderjährigenschutz.
6. Die zeitliche Gültigkeit einer Einwilligung sollte periodisch erneuert werden, in aller Regel alle zwei bis vier Jahre.
7. Das Recht am eigenen Bild sollte in § 23 KUG um eine Interessenabwägungsklausel ergänzt werden, die die sozialadäquate Veröffentlichung von Bildern erlaubt.
8. Gegendarstellungsansprüche sollten auf meinungsbildende Telemedien bzw. Angebote beschränkt bleiben, wobei bei entsprechender meinungsbildender Kraft auch Blogs etc. einzubeziehen sind.
9. Grundsätzlich ist ein Auskunftsanspruch des Betroffenen gegenüber Providern analog zu § 101 UrhG zu verankern.
10. Einer Neuregelung der Verantwortlichkeit nach Art. 12ff. ECRL bedarf es nicht. Grundsätzlich sollten auch im Rahmen der Störerhaftung (neutrale) Diensteanbieter nur subsidiär haften, wenn Urheber rechtswidriger Äußerungen oder Aktivitäten nicht feststellbar sind.

11. Grenzüberschreitende onlinespezifische Schiedsverfahren über die Mediation hinaus sind zu entwickeln.
12. Das derzeitige Datenschutzrecht ist für moderne Kommunikationsanwendungen, insbesondere das Internet, nur noch bedingt tauglich, da es primär die Welt der Großrechner etc. vor Augen hat. Eine Anpassung ist dringend erforderlich.
13. Angesichts der Globalität des Internets ist mindestens auf europäische Regelungen zu dringen; nationale Alleingänge bergen das Risiko der Inzellösungen und nachteiliger Wirkungen für heimische Anbieter.
14. Hinsichtlich der internationalen Anwendbarkeit des europäischen (wie deutschen) Datenschutzrechts sollte für Drittstaatenanbieter deutlich das Marktortprinzip verankert werden.
15. Bei der Frage, ob personenbezogene Daten vorliegen, ist gesetzgeberisch klarzustellen, dass der erforderliche Aufwand für eine verarbeitende Stelle maßgeblich ist, der nötig ist, um den Personenbezug herzustellen.
16. Um spätere Rekombinationen und die Herstellung von Personenbezügen zu erfassen, müssen verarbeitende Stellen verpflichtet werden (im Rahmen ihrer datensichernden und -schützenden Organisation), regelmäßige Prüfungen darauf hin durchzuführen.
17. Das bisherige Konzept des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt sollte beibehalten werden, allerdings mit einem wesentlich erweiterten Erlaubnistatbestand für Internetveröffentlichungen und -kommunikationsbeziehungen.
18. Die Einwilligung sollte als Erlaubnistatbestand beibehalten werden, aber stärker als bisher rechtsgeschäftlichen Regelungen unterworfen werden.
19. Die Einwilligung bedarf einer zeitlichen Beschränkung.
20. Ein absolutes Koppelungsverbot von angebotenen Diensten und Einwilligung in die Verwendung von personenbezogenen Daten für sämtliche Dienste ohne Rücksicht auf deren Marktmacht ist abzulehnen.
21. Für Dienste, bei denen eine vorherige Einwilligung nicht erreicht werden kann, etwa bei Geodaten-Diensten, muss an die Stelle der Einwilligung eine leicht zugängliche Widerspruchsmöglichkeit treten.
22. Die elektronische Einwilligung, wie in § 13 Abs. 2 TMG geregelt, sollte verallgemeinert werden.
23. Das Medienprivileg des § 41 BDSG ist auf Internetportale und -dienste mit meinungsbildender Wirkung zu erweitern.
24. Die Ausnahmen für familiäre und private Inhalte sollten auf Internetsachverhalte angepasst werden, indem der enge Begriff der

Nichtöffentlichkeit auf virtuelle Kreise, die nicht allen zugänglich sind, erstreckt wird.

25. Für Kommunikationsinhalte sollte im Rahmen der gesetzlichen Erlaubnistatbestände statt der auf Datenübermittlung abstellenden Tatbestände eine auf Internetveröffentlichungen (Telemedien) als neue Verarbeitungsform bezogene Generalklausel eingeführt werden, die Raum für eine Interessenabwägung unter gewichtiger Einbeziehung der Meinungs- und Kommunikationsfreiheit lässt.
26. Profilbildungen sollten nur innerhalb eines Dienstes und nur bei Pseudonymisierung – wie in § 15 Abs. 3 TMG vorgesehen – zugelassen werden, eine Weitergabe an Dritte nur aufgrund ausdrücklicher, freiwilliger Einwilligung möglich sein. Profilbildungen über Dienste außerhalb einer Plattform („third-party“) sollten nur für gruppenbezogene Profile zugelassen werden.
27. Eine Veröffentlichung von Profilen sollte grundsätzlich nur mit einer ausdrücklichen, freiwillig erteilten Einwilligung möglich sein. Ausgenommen von der Veröffentlichung von Profilen sind besonders sensible Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 BDSG.
28. Abgesehen von den Anforderungen an eine wirksame Einwilligung sollte ein Verbot des öffentlichen Zugänglichmachens sowie der Indexierung durch Suchmaschinen von Informationen, die Jugendliche zur Verfügung stellen, eingeführt und die Betreiber von relevanten Diensten verpflichtet werden, das Alter der Nutzer zu verifizieren und Vorkehrungen zu deren Schutz zu treffen. Derartige Pflichten können jedoch dem Vorbild des Jugendmedienschutzes und den Kategorisierungsmöglichkeiten auf Dienste beschränkt werden, die für Jugendliche besonders relevant sind.
29. Für die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit sollte auf die tatsächliche und/oder rechtliche Beherrschbarkeit der Datenverarbeitungsprozesse abgestellt werden, auch für komplexe Netzwerke (Cloud Computing).
30. Auch bei sozialen Netzwerken kann eine verteilte Verantwortlichkeit angenommen werden zwischen Betreibern von öffentlichen Inhalten (Fanpages z.B.) und den Betreibern des Netzwerks selbst. Einer eigenständigen Regelung bedarf es nicht.
31. Die Regelungen über die Auftragsdatenverarbeitung sollten im Hinblick auf die EU-Standardvertragsklauseln im Rahmen von § 3 Abs. 8 BDSG ergänzt werden, indem auch die Einhaltung dieser Standardverträge den Anforderungen des deutschen Rechts genügt.
32. Das Recht auf Pseudonymität des § 13 Abs. 6 TMG sollte verallgemeinert und als nicht abdingbar ausgestaltet werden.

33. Dagegen ist ein Recht auf Anonymität im Hinblick auf die Rechte Dritter nicht anzuerkennen; § 13 Abs. 6 TMG ist im Hinblick auf die Anonymität einzuschränken.
34. Das Recht auf Widerruf der Einwilligung und der Anspruch auf Löschung sämtlicher Daten bei einem Anbieter sollte in einer europäischen Lösung verankert werden. Die Informationspflichten des Betreibers sollten um einen Hinweis auf das Recht zur Löschung ergänzt werden, ebenso sollte ein Recht implementiert werden, die Löschung ohne Medienbruch verlangen zu können („Löschen“-Button).
35. Im Rahmen der Entwicklung, Herstellung und Auswahl von Hard- und Software sind vergleichbar dem Produktsicherheitsrecht, Verfahren zu implementieren, die eine Zertifizierung von Produkten ermöglichen. Zertifizierte Betreiber sollten in den Genuss einer (im Einzelfall aber widerlegbaren) Vermutung kommen, dass sie datenschutzrechtliche Vorgaben einhalten. Alternative Konzepte müssen vom Betreiber dargelegt und bewiesen werden. „Privacy Enhancing Technologies“ sind auf der Ebene von technischen Standards im Verfahren der regulierten Selbstregulierung zu entwickeln.
36. Ähnlich dem Produkthaftungs- und -sicherheitsrecht sind Entwickler und Dienstbetreiber zur kontinuierlichen Beobachtung der Produkte im Hinblick auf Datensicherheit und -schutz zu verpflichten.
37. Für automatisierte Datensammeldienste (Suchmaschinen, Cookies etc.) müssen Widerspruchsregister eingeführt werden.
38. Über § 9 BDSG hinaus sind Pflichten für ein Datenschutzmanagementsystem einzuführen, die auch im Rahmen von Auditierungen geprüft und zertifiziert werden können.
39. Für zivilrechtliche Ansprüche ist ein Verbandsklagerecht einzuführen, das auch Gewinnabschöpfungsansprüche durchsetzen kann.
40. Eine pauschalierte Haftung für immaterielle Schäden ist abzulehnen; vielmehr sollte es der Rechtsprechung überlassen bleiben, geeignete Fallgruppen unter Einbeziehung von Präventiveffekten und Leitlinien für die Schmerzensgeldbemessung zu entwickeln.