

Digital Vulnerability und Digital Liability

Dr.ⁱⁿ PETRA LEUPOLD

VbR 2023/30

Mit einem *Two-tier-Enforcement-Modell* und hohen Strafdrohungen hatten die EU-Co-Gesetzgeber der Non-Compliance-Kultur im Datenschutzbereich 2018 den Kampf angesagt. Erklärtes Ziel war es, die Rechtsdurchsetzung zu stärken. Zum fünfjährigen Jubiläum der DSGVO fällt die Zwischenbilanz ernüchternd aus. Zwar verhängte die irische Datenschutzbehörde vor kurzem eine „Rekordstrafe“ iHv 1,2 Mrd Euro gegen Meta für die Übermittlung personenbezogener Daten an die USA. Als Beleg für die Schlagkraft der behördlichen Rechtsdurchsetzung im Datenschutz lässt sich die Entscheidung aber schwerlich anführen. Der Verlauf des Verfahrens zeigt vielmehr exemplarisch die Schwächen des behördlichen Aufsichtssystems auf: Die DPAs können sich nicht auf eine einheitliche Verfahrensordnung stützen, die mitgliedstaatlichen Verfahrensrechte sind inhomogen, Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien mitunter dürftig, und *One-Stop-Shop-Principle* und *Country-of-origin-Approach* zeigen die Grenzen grenzüberschreitender Behördenkooperation auf.

Damit rückt die **private Rechtsdurchsetzung** in den Fokus. Mit dem Urteil in der Rs *Österr Post* (C-300/21 VbR 2023/47) vom 4. 5. 2023 liegt eine erste Entscheidung zum **Ersatz immaterieller Schäden** nach Art 82 DSGVO vor, der für den Bereich der Data Privacy Litigation richtungsweisende Bedeutung zukommt. So gehen mit DSGVO-Verstößen oft keine Vermögensschäden einher, unterinstanzliche Entscheidungen in Deutschland und Österreich haben Ansprüche auf Ersatz immaterieller Schäden zuletzt aber unter Verweis auf deren mangelnde „Erheblichkeit“ abgewiesen. Der EuGH stellt klar, dass Art 82 DSGVO autonom auszulegen ist und der bloße Verstoß gegen die DSGVO nicht ausreicht, um einen Schadenersatzanspruch zu begründen. Für den Ersatz immaterieller Schäden darf aber keine Erheblichkeitsschwelle eingezogen werden, immaterielle Schäden sind unabhängig von ihrer Schwere zu ersetzen. Das ist in Hinblick auf den Vollharmonisierungscharakter, den klaren Wortlaut und das Telos von Art 82 an sich wenig überraschend, war aber vor allem deshalb mit Spannung erwartet worden, weil der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen eine De-minimis-Schwelle für die Ersatzfähigkeit ideeller Schäden noch als unionsrechtskonform angesehen hatte (VbR 2022/95).

Das Urteil ist das erste aus einer Reihe weiterer Vorlageverfahren zur Auslegung von Art 82 DSGVO. Es enthält wesentliche Klarstellungen, lässt aber auch wesentliche Fragen offen. So unterliegen Schadensnachweis, Bemessung und Höhe des Ersatzanspruchs dem nationalen Recht, müssen aber einen „vollständigen

und wirksamen Schadenersatz für den erlittenen Schaden“ sicherstellen und den **unionsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz** genügen. Nähere Kriterien dazu lässt der EuGH freilich vermissen. Damit bleibt jedenfalls vorerst eine signifikante unionsweite Fragmentierung von Haftungsansprüchen bestehen. Abzuwarten bleibt, ob der EuGH in Folgeentscheidungen seine Rechtsprechung im Verbraucherrecht aufgreifen und für die „Modalitäten“ des Ersatzanspruchs im Datenschutzrecht vergleichbar strenge *effet-utile*-Vorgaben implementieren wird. Aufhorchen lässt hier insbesondere der Verweis auf den kartellrechtlichen *leading case* in der Rs *Manfredi et al* (C-295/04).

Große Bedeutung hat das Urteil nicht zuletzt für die ab 25. 6. 2023 mögliche **kollektive Rechtsdurchsetzung** nach der Verbandsklagen-RL 1828/2020, deren Umsetzung in Österreich derzeit noch aussteht. Die Verbandsklagen-RL kann zur Effektivität der Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nicht zuletzt durch ihren **intradisziplinären, verschränkten Enforcement-Ansatz** beitragen, der ein Aufgreifen von Verstößen gegen mehrere Regelwerke in einer Klage ermöglicht und so dem nicht unbeträchtlichen Overlap zwischen Datenschutz-, Verbraucher(vertrags)recht und Lauterkeitsrecht Rechnung trägt.

Ein prominentes Beispiel dafür sind sog. **„dark patterns“**, die Untersuchungen zufolge etwa dazu führen, dass rund 90% mehr Nutzer in Cookies einwilligen als bei rechtskonformer Gestaltung. Nachdem die EU-Kommission das Phänomen 2020 in ihre neue Verbraucheragenda aufgenommen hat, liegt mit **Art 25 DSA 2022/2065** nun eine explizite Verbotsregelung vor. Danach dürfen Online-Plattformen „ihre Online-Schnittstellen nicht so konzipieren, organisieren oder betreiben, dass Nutzer getäuscht, manipuliert oder anderweitig in ihrer Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen, maßgeblich beeinträchtigt oder behindert werden“. Dass die Anwendung manipulativer Techniken und das Ausnutzen kognitiver Verzerrungen insb durch *Bait-and-switch*-, *Countdown*- und *Scarcity*-Techniken, *nagging* oder *confirm shaming* unlautere Geschäftspraktiken iSd UGP-RL darstellen und unter die DSGVO fallen können, war bereits bislang herrschend und wird nun durch Art 25 Abs 2 DSA ausdrücklich bestätigt. Die darin geregelte Verbotsausnahme für Praktiken, die unter die UGP-RL oder die DSGVO fallen, ist freilich insofern unschön, als sie ohne ersichtlichen Grund mit der bisherigen Tradition verbraucherrechtlicher Gesetzgebung bricht und die Rechtspraxis vor potentiell komplexe Abgrenzungsfragen stellt. Zumindest der Effektivität der Rechtsdurchsetzung durch Verbandsklagen dürfte dies aber im Ergebnis keinen Abbruch tun: Der Annex der Verbandsklagen-RL wird nach Art 90 DSA entsprechend ergänzt.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!