

# Enforce *ment*

Datenschutz, Defizit, Dynamik



## Peter Hense

- Rechtsanwalt
- Technologie- und Datenschutzrecht
- Prozessführung



**150 +**Unternehmen und Organisationen in  
Dauerberatung im Datenschutz 2022**30 +**Datenschutz-Verbandsklagen  
seit 2017**300 +**Verfahren vor Datenschutz-Aufsichtsbehörden  
in DE und EU seit 2012**350 +**

Individualklagen im Datenschutzrecht seit 2012

**25 +**

Datenschutz-Folgeabschätzungen (SDM) seit 2018

»» Die inhaltliche Qualität des allgemeinen und bereichsspezifischen Datenschutzniveaus steht in diametralem Gegensatz zu der praktischen Anwendung und Bedeutung. Die Rechte der Nutzer stehen in weiten Teilen nur auf dem Papier.

*Dr. Helmut Bäumler (2000)*

»» Der Tele- und  
Mediendienstedatenschutz ist ein  
zahnloser Tiger.

*Christian Flisek, Rechtsanwalt (2004)*

»» Das datenschutzrechtliche  
Vollzugsdefizit im Bereich der  
Telemedien — ein  
Schreckensbericht.

*Prof. Dr. Jürgen Kühling (2009)*

»» Verstößen gegen die Strafnormen des Datenschutzes wird in der Praxis nicht mit der notwendigen Konsequenz nachgegangen.

*Prof. Dr. Johannes Caspar (HmbBfDI, 2019)*

»» Es hat sich über Jahre ein finanzielles und personelles Defizit aufgebaut, das dazu führte, dass nun immer mehr Beschwerden von Bürgern in der Warteschleife hängen.

*Prof. Dr. Johannes Caspar (HmbBfDI, 2021)*



# Folgen des Vollzugsdefizits

## Unmündigkeit der Bürger


- Behörden suggerieren durch ihre Existenz eine Scheinsicherheit

## Rechtsverletzung als Geschäftsmodell

- Nur eins ist besser als keine Sanktionen: Scheinsanktionen

# *State of the Aufsicht: SWOT-Analyse*

**S**



**STRENGTH**

- Hohes öffentliches Ansehen
- Motivierte Mitarbeiter:innen
- Vernetzung

**W**



**WEAKNESS**

- Überlastung
- Mangelnde Effizienz
- Politische Einflussnahme

**O**



**OPPORTUNITIES**

- Spezialisierung und Konzentration
- Outsourcing
- Klagen für bessere Finanzierung

**T**



**THREATS**

- Partikularinteressen
- Politische Rücksichtnahme
- Fehlender Nachwuchs

Fazit

***Put the A back in Authority***

Industrieller Rechtsbruch

# *Der Elefant im Raum*

»» Facebook cannot be trusted. They are morally bankrupt, pathological liars.

*John Edwards, (NZ Privacy Commissioner, 2019,  
heute Privacy Commissioner der ICO)*

# Streuschäden

## Massenhafter Rechtsbruch auf breiter Front

- Was sind Streuschäden
  - Treten bei einer großen Personenzahl auf
  - Haben vergleichbare Ursachen
  - Höhe zu gering, um sie wirtschaftlich vor Gericht durchzusetzen
- Beispiele: Mogelpackung bei Lebensmitteln, überhöhte KK-Gebühren, Spritpreis-Absprachen, falsche Zinssätze, Rücklastschriftgebühren
- Im Datenschutzrecht?

Lineare  
Rechtsverfolgung

Zyklischer  
Rechtsbruch

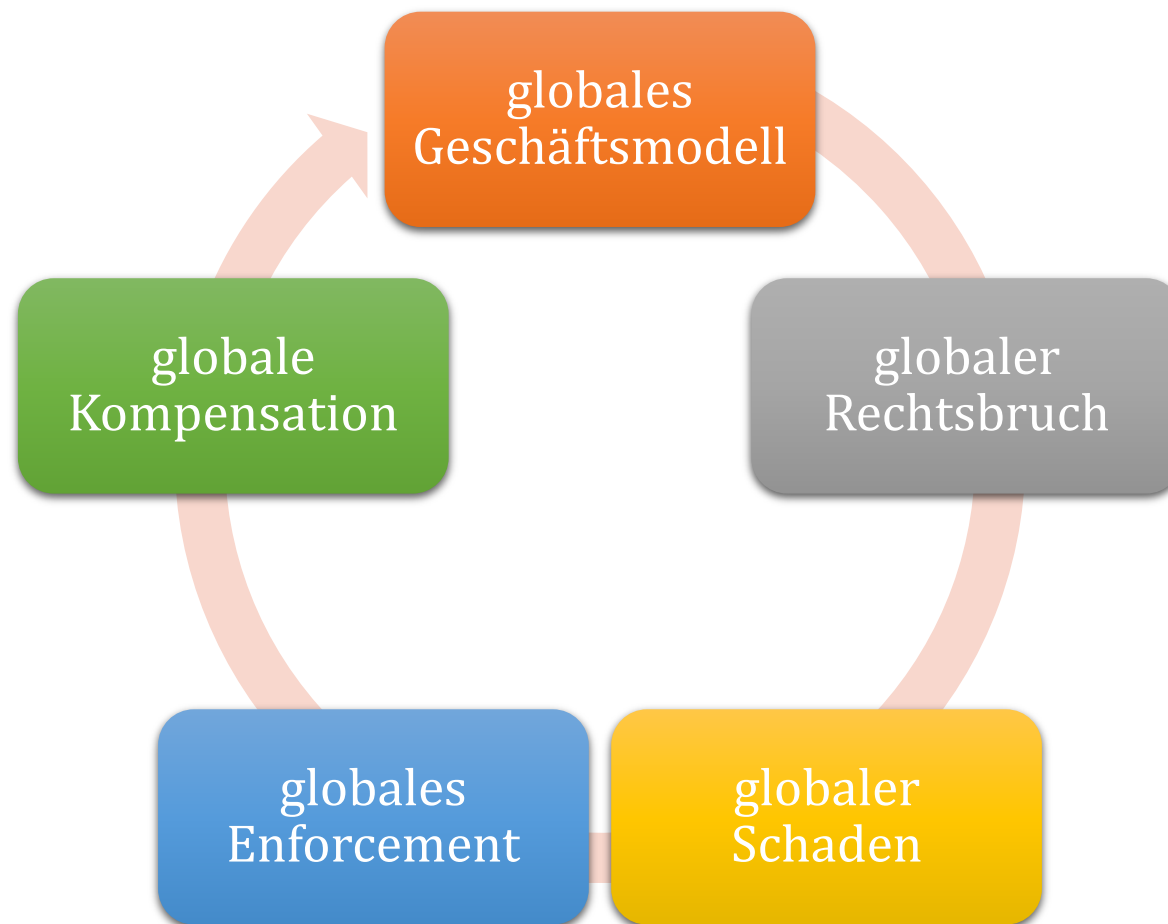


Schadensermittlung

Verfahren

Sanktion / Kompensation

# Globale Probleme erfordern globale Lösungen





Wir sind Europa  
***SOS OSS***

# Enforcement in Europa

## Ungenutzte Chancen

- One Stop Shop (OSS): Totalausfall
- Art. 66 GDPR: Dringlichkeitsverfahren
  - HmbBfDI vs. WhatsApp
  - Garante vs. TikTok
- EDPB Kohärenzverfahren: Flaschenhals
- Nationales Recht: *in camera* statt *coram publico* (CNPD, aber auch DE)
- CJEU C-645/19 Facebook vs. Belgian DPA
  - ePrivacyRL: Potenzial als game changer im Normvollzug

# Enforcement in Europa

## Genutzte Chancen

- **Datatilsynet** Norway zu Transparenz und Infopflichten bei Mowi (Fine & klare Guidance)
- **IMY** Sweden zu Transparenz und Infopflichten bei Klarna (Fine & klare Guidance)
- **AEPD** ♥ Vodafone (et. al.)
- **Hellenic DPA** Cookie Sweep bei Medienunternehmen



Respect

# Safeguards for international data transfers with Google's advertising and analytics products

September 2021

## Enforcement in Europa

Time is of the essence

- “Google welcomes the EU’s new SCCs” (09/2021)
  - *“Please note, however, that **we are not in a position to provide you with legal advice** - this is something only your legal counsel can provide.”*
- CNIL, DSB AT, Liechtenstein DPA do not welcome Google’s explanations (01/2022)
  - *“in addition to **ineffective technical and organizational measures**, the standard contractual clauses concluded with Google do not provide an adequate level of protection”*

# Enforcement in UK/USA

## Genutzte Chancen

- **USA**

- FTC vs. **Everalbum** (2021) und **WW/Kurbo** (2022): Unzulässige Verarbeitung von Daten von Kindern (COPPA)
  - Rohdaten, Arbeitsergebnisse und ML-Modell zu löschen, da auf rechtswidrig genutzten Daten basierend
- FTC vs. **Twitter** (2022): Verstoß gg. Zweckbindung von 2FA-Daten führt zu Bußgeld von USD 150m

- **UK**

- ICO vs. **Clearview AI** (2022): Enforcement notice mit GBP 7,5m sowie Löschanordnung

Trau, schau, wem!

***Supply chain ist kein  
Modeschmuck***



Der Nachweis hinreichender Garantie für die Einhaltung der DSGVO ist Mindestanforderung für die Beschaffung von Leistungen der öffentlichen Hand.

Diese Anforderungen hat der Auftraggeber zu prüfen und der Auftragnehmer nachzuweisen.

Angebote, die den Mindeststandard nicht aufweisen, sind unzulässig.

*Conseil d'État, 6.5.2022 (A. 235.924/VI-22.254)*

# Tech Supply Chain Management

## Privacy by Design in der Beschaffung

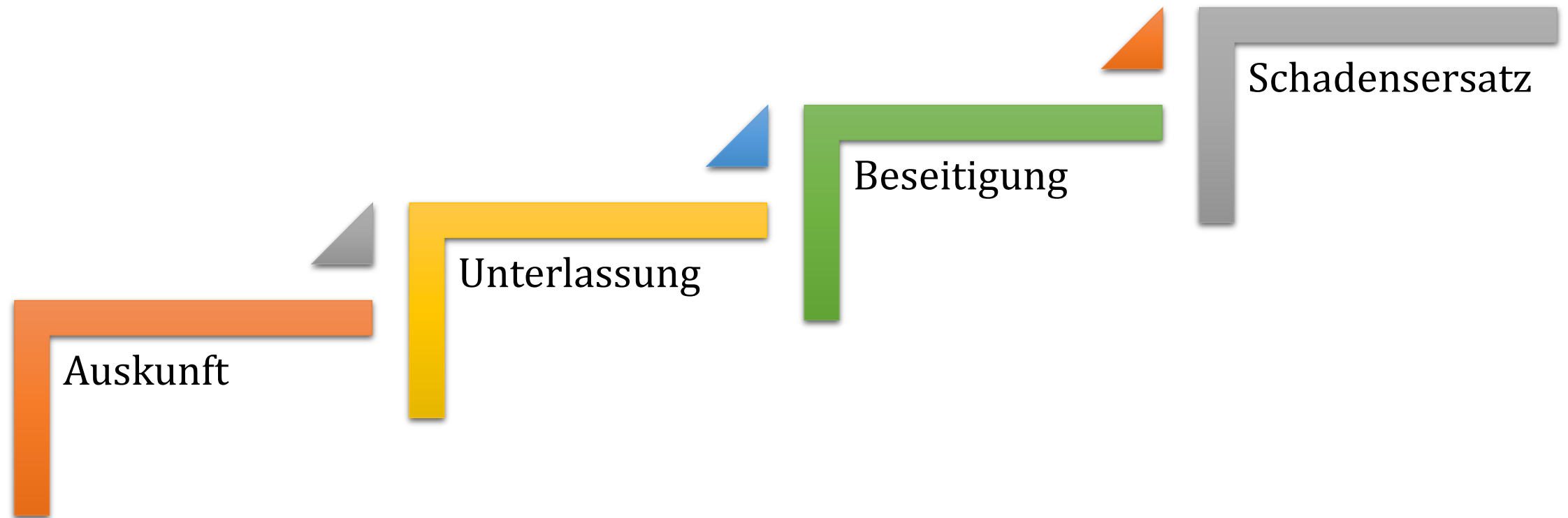
- Privacy by Design & Privacy by Default
  - Systeme müssen **minimalinvasiv konfigurierbar** und im Auslieferungszustand **so konfiguriert** sein
- Rechtsprechung:
  - Einhaltung von **Privacy by Design** ist Teil der **Beweislast** nach Art. 5.2 GDPR
  - Darlegung des Entscheidungspfades bis hin zur Konfiguration



Wer will was von wem woraus?

# *Private Enforcement*

# Typische Rechtsschutzziele im Datenschutzrecht



»» Der Gesetzgeber könnte die Höhe der Anwaltsgebühren für derartige Verfahren so deckeln, dass sie für Anwälte nicht lukrativ sind.

*Prof. Dr. Schwartzmann, Handelsblatt, 5.7.2021*

# Money talks

Schadenersatzklagen? Unattraktiv!

- Klage auf EUR 100 Schadensersatz
  - 1,3 Verfahrensgebühr EUR 63,70 netto
  - 1,2 Terminsgebühr EUR 58,80 netto
  - Auslagenpauschale EUR 20,00 netto
  - Summa: *[Kopfrechnen lohnt sich fast nicht]*
- Stundensatz Litigation (blended): EUR 270,00 netto

# “Fiktive Individualprozesse”

## Canary testing

- Tausende Prozesse zu Abgasmessungsbetrug oder Fluggastrechten überlasten die Gerichte
- Reformvorschläge:
  - Begrenzung auf eine Tatsacheninstanz
  - Vorabentscheidung BGH
  - Entscheidung trotz Rücknahme der Revision
- Warum nicht mehr Kollektivverfahren?

# Kollektiver Rechtsschutz

## Verbraucherdatenschutzrecht

- § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG
  - Unterlassung
  - Beseitigung
- Materiell Datenschutzverstöße im Bereich B2C
  - DSGVO/TTDSG
  - BDSG (z.B. Strafnormen)
  - APR/GGVIS
- § 1 Abs. 2 UKlaG
  - **Beauftragtenhaftung** (wie UWG, MarkenG, UrhG)
  - ohne Verschulden oder Kenntnis

# EuGH: Wir machen den Weg frei

C-319/20 – Facebook App Zentrum

- Generalanwalt und EuGH fordern **Verzahnung** von Datenschutz, Verbraucherschutz und Kartellrecht
- Jedes Rechtsgebiet dient dem anderen, sie ergänzen einander
- DSGVO fordert ein **hohes Schutzniveau**
- Bibliotheken zur angeblichen Sperrwirkung werden Makulatur



# Verbandsklagerichtlinie 2020/1828

Umsetzungsfrist: 25.12.2022

- Auch **grenzüberschreitende** Verbandsklagen
- Anerkennung von DSGVO und ePrivacy-RL als Verbrauchergesetze
- Aktivlegitimation für qualifizierte Einrichtungen
- Opt-in/opt-out (nationale Entscheidung)
- Anspruch für Verbraucher auf “Abhilfe“ ohne gesonderte Klageerhebung wie bei MusterFSK derzeit
- Abhilfe: Leistung, Gewährleistung, Unterlassung, Schadensersatz



# Internationale Perspektive

## Europa und USA

- Klagen in Europa:
  - Niederlande: Salesforce/TikTok
  - UK: Experian
  - Belgien: [...]
- Klagen in den USA:
  - GDPR ist anwendbares materielles Recht
  - Vertraglicher Gerichtsstand
  - Private right of action in den USA

Was schmerzt schlimmer

***Unterlassung oder Bußgeld?***

# Unterlassung? Ois ned so schlimm!

Füße stillhalten reicht nicht

- Unterlassungsklagen im Datenschutzrecht seit jeher möglich
- **BGH** (VI ZR 721/15 – Verdeckte Generaleinwilligung):

*„Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung durch die ein fortdauernder Streitfall geschaffen wurde, erschöpft sich nicht in bloßem Nichtstun“*

- **Unterlassung** ist Verpflichtung zur **Folgenbeseitigung**



# Datenschutzrechtliche Weiterfresserschäden

Unkalkulierbar, unheilbar, unfassbar

- Bericht aus der Praxis (TK Anbieter vor Gericht):
  - Rechtswidrige Verarbeitung und Weitergabe der Daten an 30 Werbepartner
  - Urteil: Unterlassung der Datenverarbeitung
  - Vollstreckung: Löschung aller Kundendaten bei Beklagten und 30 „Partnern“ (470.000 Kundendaten x 30)
- Neues Feld: **Data Supply Chain Litigation**
- Mitigation: Due Diligence

# Due Diligence

„No reason to believe“ / Fahrlässigkeit

- Haftungsmaßstab national Fahrlässigkeit
- Haftungsmaßstab USA (CA)
  - Whether a business **conducts due diligence** of its service providers and contractors factors into whether the business has **reason to believe** that a service provider or contractor is using personal information in violation of the CCPA and these regulations.

Normvollzug ist Gemeinschaftsaufgabe

***Wir stehen am Anfang vom Anfang***

Was nun, was tun?  
***Fragerunde***

# Kontakt

**Peter Hense**

[peter.hense@spiritlegal.com](mailto:peter.hense@spiritlegal.com)

[www.spiritlegal.com](http://www.spiritlegal.com)