

Rechtsanwälte Dr. Dennis Geissler und Dr. Lukas Ströbel*

Datenschutzrechtliche Schadensersatzansprüche im Musterfeststellungsverfahren

Datenschutzrechtliche Schadensersatzansprüche wurden bislang in Deutschland selten vor Gericht gebracht. Aus Sicht der Geschädigten war das Prozessrisiko regelmäßig zu hoch, um die verhältnismäßig niedrigen Ansprüche durchzusetzen. Die Situation könnte künftig durch das neue Musterfeststellungsverfahren anders aussehen. Dieses dient gerade dazu, in Bagatellfällen mit Streuschäden die Geltendmachung des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs zu erleichtern. Dieser Beitrag stellt die Auswirkungen des Musterfeststellungsverfahrens auf datenschutzrechtliche Schadensersatzansprüche vor und erklärt, wie Unternehmen sich auf dieses Risiko einstellen können.

I. Schadensersatzansprüche nach der DS-GVO

Die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) sieht in Art. 82 DS-GVO eine datenschutzrechtliche Haftungsnorm vor, die selbstständig neben anderen Ansprüchen aus deutschem Recht steht.¹ Danach hat jede Person, die wegen eines Verstoßes gegen die DS-GVO einen materiellen oder immateriellen Schaden erlitten hat, Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verantwortlichen² oder gegen den Auftragsverarbeiter.³ Die betroffenen Personen sollen einen vollständigen und wirksamen Ersatz für den erlittenen Schaden erhalten.⁴ Daneben soll die Norm aber auch präventive Zwecke verfolgen, indem sie Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern einen zusätzlichen Anreiz setzt, datenschutzrechtliche Maßnahmen zu ergreifen, um möglichen Schadensersatzansprüchen zu entgehen.⁵

1. Voraussetzungen des Anspruchs nach Art. 82 DS-GVO

a) *Verstoß gegen die DS-GVO.* Voraussetzung eines Anspruchs nach Art. 82 I DS-GVO ist ein Verstoß gegen die DS-GVO, wobei es nicht auf einen drittsschützenden Charakter der Norm ankommt. Auch Verstöße gegen unter Nutzung der Öffnungsklauseln der DS-GVO erlassene oder die DS-GVO präzisierende nationale Vorschriften können den Tatbestand des Art. 82 I DS-GVO erfüllen.⁶

Es kommt nicht darauf an, dass der Verstoß gegen die DS-GVO schuldhaft ist. Die Haftung ist zur Sicherstellung eines möglichst wirksamen Schadensersatzes als Gefährdungshaftung gestaltet.⁷ Jedoch hat der Anspruchsverpflichtete die Möglichkeit, sich gem. Art. 82 III DS-GVO zu exkulpieren (s. unten unter d).

b) *Anspruchsberechtigung.* Der Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 82 I DS-GVO kann jeder Person zustehen, die wegen eines Verstoßes gegen die DS-GVO einen materiellen oder immateriellen Schaden erlitten hat. Entscheidend ist nicht, ob die Person von der Datenverarbeitung direkt betroffen⁸ ist.⁹ Beispielsweise können Familienangehörige, die im Rahmen eines Identitätsdiebstahls getäuscht werden und finanzielle Verluste erleiden, Anspruch auf Schadensersatz haben. Dafür spricht, dass die DS-GVO an dieser Stelle, anders als im sonstigen Verordnungstext, nicht den Begriff „betroffene Person“ verwendet.

Als Beispiele für mögliche materielle oder immaterielle Schäden nennt Erwägungsgrund 85 den Verlust der Kontrolle der Person über ihre personenbezogenen Daten oder eine Einschränkung ihrer Rechte, Diskriminierung, Identitätsdiebstahl oder -betrug, finanzielle Verluste, unbefugte Aufhebung einer Pseudonymisierung, Rufschädigung, Verlust der Vertraulichkeit von dem Berufsgeheimnis unterliegenden Daten und damit erhebliche wirtschaftliche oder gesellschaftliche Nachteile.¹⁰

c) *Anspruchsverpflichteter.* Die Ansprüche nach Art. 82 I DS-GVO richten sich gegen den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter. Entscheidend ist dabei nicht die jeweili-

* Der Autor *Geissler* ist Partner im Bereich Prozessführung, der Autor *Ströbel* Associate im Bereich Geistiges Eigentum, Medien und Informationstechnologie bei Avocado Rechtsanwälte, Frankfurt a. M.

1 Vgl. *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113.

2 Verantwortlicher ist gem. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO die natürliche oder juristische Person (...), die allein oder gemeinsam über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.

3 Auftragsverarbeiter ist gem. Art. 4 Nr. 8 DS-GVO die natürliche oder juristische Person (...), die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet.

4 Vgl. Erwägungsgrund 146, S. 6 DS-GVO.

5 Vgl. *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2567); *Schwartzmann/Keppler/Jacquemain* in Heidelberg Kommentar DS-GVO BDSG, 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 1.

6 Vgl. Erwägungsgrund 146, S. 5 DS-GVO.

7 So auch *Wybitul*, ZD 2016, 253 (254). Ob Art. 82 DS-GVO wie hier als Gefährdungshaftung mit Exkulpationsmöglichkeit oder als Verschuldenshaftung mit vermutetem Verschulden, so ua *Nemitz in Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 14, gesehen wird, ist iErg. nicht von Bedeutung, vgl. *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2568).

8 Vgl. zur „betroffenen Person“ im datenschutzrechtlichen Sinne die Definition in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO.

9 So auch *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (114); aA *Kreße* in *Sydow*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 9 ff.

10 Vgl. Erwägungsgrund 85, S. 1 DS-GVO; vgl. auch *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (114).

ge Verantwortlichkeit für den Schaden, sondern ausschließlich die datenschutzrechtliche Zurechnung der entsprechenden Verarbeitung.¹¹ Der Auftragsverarbeiter haftet jedoch für den durch die Verarbeitung verursachten Schaden nur dann, wenn er seinen Pflichten als Auftragsverarbeiter nicht nachgekommen ist oder eine Weisung des Verantwortlichen missachtet hat. Gibt es mehrere Anspruchsverpflichtete, so haften diese gegenüber der betroffenen Person als Gesamtschuldner (Art. 82 IV DS-GVO).

d) *Befreiung von der Haftung.* Gemäß Art. 82 III DS-GVO kann sich der Anspruchsverpflichtete exkulpieren, wenn er nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den schadensauslösenden Umstand verantwortlich ist. Der Begriff der Verantwortlichkeit ist in der deutschen Übersetzung schlecht gewählt, da er mit der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit verwechselt werden kann. Die englische Fassung macht deutlich, dass die DS-GVO hier Verschulden meint.¹²

Das heißt, dass der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter das schadensauslösende Ereignis weder vorsätzlich noch fahrlässig verursacht haben darf. Dafür muss er nachweisen können, dass er alle Sorgfaltsanforderungen der DS-GVO erfüllt hat, die den eingetretenen Schaden hätten verhindern können.¹³ Ausgeschlossen von der Haftung sind Fälle höherer Gewalt oder wenn der Schaden ausschließlich auf einem Fehlverhalten der betroffenen Person oder dem Unternehmen nicht zuzurechnender Dritter beruht (bspw. wenn Informationen über die betroffene Person an Dritte gelangen, weil die betroffene Person ein unsicheres Passwort verwendet oder ihr Passwort Dritten zugänglich gemacht hat). Ein weisungswidriges Verhalten von Mitarbeitern¹⁴ oder Auftragsverarbeitern kann den Verantwortlichen nicht entlasten. Zwar legt Art. 82 IV DS-GVO nahe, dass eine gesamtschuldnerische Haftung nur dann besteht, wenn die Beteiligten „verantwortlich“ sind. Daraus könnte man schließen, dass im Außenverhältnis eine Exkulpation durch den Verantwortlichen möglich sein kann, wenn ausschließlich der Auftragsverarbeiter verantwortlich ist. Dies würde jedoch den von der DS-GVO gewünschten „wirksamen Schadensersatz“ untergraben. Dieses Ergebnis wäre insbesondere deswegen unbefriedigend, weil sich die betroffene Person den Auftragsverarbeiter nicht als Vertragspartner ausgesucht hat; zudem müssten sie das Insolvenzrisiko von Auftragsverarbeitern oder Unterauftragsverarbeitern tragen, das gerade bei größeren Datenschutzfehlern besteht.¹⁵

e) *Kausalität.* Eine Haftung besteht nur für kausal auf den Verstoß gegen die DS-GVO beruhende Schäden. Um den von der DS-GVO geforderten vollständigen und wirksamen Schadensersatz sicherzustellen,¹⁶ kann zur Bestimmung der Kausalität die *EuGH*-Rechtsprechung zum Kartellrecht herangezogen werden.¹⁷ Danach genügt jeder „ursächliche Zusammenhang“ zwischen dem Rechtsverstoß und dem Schaden. Der *EuGH* lässt dabei auch eine Mitursächlichkeit ausreichen. Der Schaden muss jedoch für den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter vorhersehbar sein, also nicht auf einer völlig außergewöhnlichen Verkettung von Umständen beruhen.¹⁸

f) *Beweislastverteilung.* Wer Schadensersatzansprüche geltend macht, muss nach den allgemeinen Regeln die haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmale (also den Verstoß gegen die DS-GVO, den Schaden und die Kausalität) beweisen. Im Hinblick auf Schadensersatzansprüche nach Art. 82 DS-GVO gelten jedoch einige Besonderheiten.

So ist dem Verantwortlichen im Hinblick auf den Verstoß gegen die DS-GVO in Art. 5 II DS-GVO eine Rechenschaftspflicht auferlegt. Danach muss der Verantwortliche nachweisen können, dass er die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten einhält. Insoweit besteht also eine Beweislastumkehr.¹⁹

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* zum kartellrechtlichen Schadensersatz (zur entsprechenden Berücksichtigung s. oben unter b) genügt es, dass der Anspruchsberechtigte nachweist, dass der Verstoß zu dem eingetretenen Schaden führen und dem Anspruchsverpflichteten dies nicht verborgen bleiben konnte.²⁰ Dabei ist für den entsprechenden Nachweis regelmäßig ein Einblick in die Datenverarbeitung nötig. Eine Person kann zum Beispiel ohne Einblicke in die IT-Systeme eines Verantwortlichen nicht nachweisen, wie ein Hacker an ihre Daten gelangt ist. Erst recht ist es unmöglich, ohne diese Kenntnisse das Datenleck einer bestimmten nicht eingehaltenen Pflicht des Verantwortlichen zur Sicherung der Daten zuzuordnen.

Im Ergebnis muss der Anspruchsberechtigte somit nur beweisen, dass der Anspruchsverpflichtete als Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter an der datenschutzwidrigen Verarbeitung beteiligt war, dass ein Schaden entstanden ist und dass die Verarbeitung grundsätzlich geeignet war, den Schaden zu bewirken.²¹

2. Haftungsfolgen

Der Anspruchsverpflichtete muss dem Anspruchsberechtigten nach Art. 82 DS-GVO die entstandenen materiellen und immateriellen Schäden ersetzen.

Der Ersatz von entstandenen materiellen Schäden ist dabei vergleichsweise unproblematisch, wird aber voraussichtlich in der Praxis eine untergeordnete Rolle spielen. Es sind wenige Fälle denkbar, in denen durch Verstöße gegen die DS-GVO nachweisbare materielle Schäden entstehen.²²

Deutlich häufiger führen Verstöße gegen die Vorschriften der DS-GVO zu immateriellen Schäden. Auch wenn Art. 82 DS-GVO immaterielle Schäden ausdrücklich erwähnt, gibt es keine klaren Vorgaben zur Höhe derartiger Schäden. Die deutsche Rechtsprechung hat bislang für immaterielle Schäden durch Datenschutzrechtsverletzungen nur bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen Schadensersatz zugesprochen.²³ Auch bei solchen schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen lagen die zugesprochenen Summen im Regelfall nicht höher als 10.000 Euro und damit

11 Vgl. *Schwartmann/Keppeler/Jacquemain* in Heidelberger Kommentar DS-GVO BDSG, Art. 82 DS-GVO Rn. 15.

12 „A controller or processor shall be exempt from liability under paragraph 2 if it proves that it is not in any way responsible for the event giving rise to the damage.“

13 Vgl. *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 54.

14 Eine mit § 831 BGB vergleichbare Möglichkeit der Exkulpation gibt es in der DS-GVO nicht, vgl. *Gola/Piltz* in *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 19.

15 Vgl. *Bergt* in *Kühling/Buchner*, Art. 82 DS-GVO Rn. 55; aA *Gola/Piltz* in *Gola*, Art. 82 Rn. 19.

16 Vgl. Erwägungsgrund 146, S. 6 DS-GVO.

17 Vgl. *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (115f., 117); *Bergt* in *Kühling/Buchner*, Art. 82 DS-GVO Rn. 47.

18 Vgl. *Bergt* in *Kühling/Buchner*, Art. 82 DS-GVO Rn. 45.

19 Vgl. *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (116); *Bergt* in *Kühling/Buchner*, Art. 82 DS-GVO Rn. 46.

20 Vgl. *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (117).

21 Vgl. *Neum/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2568).

22 Vgl. zu einer Sammlung von derartigen Fällen *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (114).

23 So bspw. das *OLG Karlsruhe*, ZD 2017, 238.

vergleichsweise niedrig.²⁴ Unklar ist, inwiefern die Gerichte vor dem Hintergrund des europarechtlichen Effektivitätsprinzips künftig höhere Schadensersatzansprüche gewähren werden.²⁵ Voraussichtlich wird ein Anstieg der verhängten Summen, wenn überhaupt, nur langsam vonstatten gehen. So sah das AG *Diez* wegen einer DS-GVO-widrig erhaltenen E-Mail einen Schaden von mehr als 50 Euro als nicht gegeben an.²⁶ Auch der EGMR scheint höchstens einen maßvollen Anstieg zu befürworten. So sprach er kürzlich zwei Professoren aus Montenegro als Ersatz immaterieller Schäden für eine nicht gerechtfertigte Videoüberwachung eines Hörsaals einen Schadensersatz von je 1.000 Euro zu.²⁷

Im Ergebnis bleibt der Schadensersatz nach Art. 82 DS-GVO für viele potenziell Anspruchsberechtigte unattraktiv, da die in Aussicht stehenden immateriellen Schadensersatzansprüche vergleichsweise niedrig sind und das damit verbundene Prozessrisiko oft nicht rechtfertigen. Gleichzeitig sind von Schäden durch Verletzungen datenschutzrechtlicher Vorschriften regelmäßig sehr viele Menschen betroffen. Eine rechtswidrige Videoüberwachung im Betrieb verletzt regelmäßig alle dort Beschäftigten in ihren Rechten, genauso wie der Zugriff auf Informationen über Gäste einer Hotelkette wegen eines datenschutzrechtswidrig betriebenen Servers eine sehr große Anzahl an Hotelgästen betreffen kann.²⁸ Vor diesem Hintergrund kann die Musterfeststellungsklage neue Möglichkeiten bieten.

II. Die Musterfeststellungsklage aus datenschutzrechtlicher Sicht

Ein Grundprinzip des deutschen Zivilprozessrechts ist es, dass zur Vermeidung von Popularklagen jeder individuell seine Rechte geltend macht und Prozesse führt.²⁹ Kumuliert konnten Ansprüche vor der Einführung der §§ 606 ff. ZPO (Musterfeststellungsklage) nur im Wege subjektiver Streitgenossenschaft geltend gemacht werden.³⁰ Konkret bestand für Verbraucherverbände lediglich die Möglichkeit, Unterlassungsansprüche gem. §§ 1–4 a UKlaG bei Verstößen gegen Verbraucherrechte durchzusetzen.³¹ Die DS-GVO selbst sieht in Art. 80 DS-GVO zwar datenschutzrechtliche Verbandsklagen vor, hat die Umsetzung jedoch den Mitgliedsstaaten überlassen. Im deutschen nationalen Recht ist keine entsprechende Umsetzung erfolgt oder vorgesehen.

Dies hätte in der Praxis zur Folge, dass Privatpersonen aufgrund des hohen Kostenrisikos und des ungewissen Prozessausgangs ihre Rechte nicht verfolgen. Dies gilt besonders, wenn wegen Streu- oder Bagatellschäden die im Raum stehenden Ansprüche vergleichsweise niedrig sind,³² wie regelmäßig bei datenschutzrechtlichen Schadensersatzansprüchen. Der durch dieses rationale Desinteresse erzielte Gewinn soll nicht bei den Anspruchsverpflichteten bleiben, da dadurch ein Wettbewerbsvorteil gegenüber rechtstreuen Wettbewerbern entstehen würde.³³ Deshalb hat der Gesetzgeber zum 1.11.2018 die Musterfeststellungsklage eingeführt.³⁴

Gegenstand der Musterfeststellungsklage ist die grundsätzliche Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen (Feststellungsziele) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmen. Zulässigkeitsvoraussetzung ist dabei, dass ein Quorum von mindestens zehn Verbrauchern gebildet wurde, deren Ansprüche von den Feststellungszielen abhängen (§ 606 ZPO). Zudem sieht § 606 III Nr. 6 ZPO vor, dass zwei Monate nach öffentlicher Bekanntmachung der

Musterfeststellungsklage mindestens 50 Verbraucher ihre Ansprüche oder Rechtsverhältnisse zum Klageregister wirksam angemeldet haben müssen.

Unklar ist, ob Feststellungen zum Mindestschaden oder über die Kausalität eines Datenschutzverstößes taugliches Feststellungsziel iSd § 607 ZPO sein können. Was taugliches Feststellungsziel sein kann, soll nach der im Zusammenhang mit dem KapMuG ergangenen Rechtsprechung auf der Grundlage der Norm zu ermitteln sein, aus der ein Schadensersatz bzw. Erfüllungsanspruch abgeleitet wird.³⁵ Nicht feststellungsfähig soll allerdings die Höhe des Schadensersatzes selbst sein.³⁶

Auch erste Gerichte haben haftungsausfüllende Elemente nicht zum Gegenstand der laufenden Musterfeststellungsklagen gemacht. Zwar hat das OLG *Braunschweig*³⁷ im Zusammenhang mit dem VW-Abgasskandal den Antrag, im Rahmen einer Musterfeststellungsklage festzustellen, dass Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB erfüllt wurden, zumindest nicht als unzulässig verworfen.³⁸ Jedoch bezog sich auch dieser Antrag im Ergebnis nicht auf die haftungsausfüllenden Elemente. Auch das LG *Stuttgart*³⁹ legte dem OLG *Stuttgart* in diesem Zusammenhang als Feststellungsziel zur Herbeiführung eines Musterentscheids gem. § 6 I 1 KapMuG ausschließlich Fragen zum Rechtsgrund vor, nicht aber Fragen hinsichtlich des Schadens aus etwaigen Verstößen gegen Ad-Hoc-Mitteilungspflichten. Nach alledem ist § 606 I 1 ZPO wohl dahingehend zu verstehen, dass lediglich der Verstoß und der Tatbestand einzelner Anspruchsnormen Gegenstand der Musterfeststellungsklage sein können.

1. Klagebefugnis qualifizierter Einrichtungen

Nur „qualifizierte Einrichtungen“ sind gem. § 607 ZPO klagebefugt und damit berechtigt, die Interessen betroffener Verbraucher zu vertreten. Das sind solche Verbände, die mindestens vier Jahre in der Liste qualifizierter Einrichtun-

24 Siehe zu einem Überblick zu verhängten Geldentschädigungen wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen *Hofmann/Fries*, NJW 2017, 2369 (2370); vgl. *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (115).

25 *Bergt* in *Kühling/Buchner*, Art. 82 DS-GVO Rn. 18 rechnet mit einem Anstieg auf bis dato unbekannte Beträge.

26 Die Beklagte hatte den Anspruch iHv 50 Euro bereits anerkannt. Das AG *Diez* (ZD 2019, 85) erweckt in der Urteilsbegründung den Eindruck, dass es für den „Bagatelverstoß“ selbst diesen Betrag nicht zugesprochen hätte.

27 EGMR, NLMR 2017, 550.

28 So hatten Hacker Medienberichten zufolge jahrelang Zugriff auf bis zu 500 Mio. Datensätze von Gästen der Hotelkette Marriott, s. <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/marriott-daten-von-bis-zu-500-millionen-kunden-gestohlen-a-1241304.html> (zuletzt abgerufen am 28.10.2019).

29 *Weth* in *Musielak/Voit*, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 51 Rn. 14.

30 *Kilian*, ZRP 2018, 72.

31 Echter kollektiver Rechtsschutz ist aktuell nur nach dem KapMuG möglich, wobei sich dieser auf Fragen der Prospekthaftung gem. § 1 I KapMuG beschränkt; s. auch *Geissler*, *SchiedsVZ* 2018, 344.

32 Vgl. *Merkt/Zimmermann*, *VuR* 2018, 363 (364).

33 Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/2507, 1.

34 BGBl. 2018 I 1151.

35 BGHZ 177, 88 = NZG 2008, 592.

36 BGHZ 177, 88 = NZG 2008, 592; LG *Stuttgart*, WM 2017, 1451 = BeckRS 2017, 118702.

37 OLG *Braunschweig*, Beschl. v. 23.11.2018 – 4 MK 1/18, BeckRS 2018, 30499.

38 ZB „Es wird festgestellt, dass der Abschluss eines Kaufvertrags über ein Fahrzeug mit dem Motor EA189, in dem eine von dem Kraftfahrt-Bundesamt oder einer vergleichbaren Genehmigungsbehörde in Europa als unerlaubt eingestufte Abschaltvorrichtung verbaut ist und deshalb einem amtlichen Rückruf unterliegt, jedoch spätestens die Entrichtung des Kaufpreises für dieses Fahrzeug einen Vermögensschaden bzw. eine Vermögensgefährdung iSd § 263 StGB darstellt.“

39 LG *Stuttgart*, WM 2017, 1451 = BeckRS 2017, 118702.

gen eingetragen sind und mindestens zehn Verbände, die im gleichen Aufgabenbereich tätig sind, oder 350 natürliche Personen zu ihren Mitgliedern zählen (§ 606 I Nr. 1 ZPO).⁴⁰ Große praktische Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie Verbraucher eigentlich erkennen sollen, ob eine qualifizierte Einrichtung diese Voraussetzungen erfüllt, also wie sie etwa feststellen können, ob die Einrichtung die notwendige Mitgliederzahl hat oder welche Zwecke sie mit der Musterfeststellungsklage verfolgt.

Eine erste Musterfeststellungsklage vor dem *OLG Stuttgart* ist bereits an solch formellen Fragen gescheitert.⁴¹ Der klagenden Schutzgemeinschaft für Bankkunden ist es nicht gelungen, das notwendige Quorum von mindestens 350 Mitgliedern vorzuweisen. Sie hat zwar 424 Mitglieder, davon jedoch nur 153 zahlende Vollmitglieder sowie 271 Mitglieder ohne Stimmrecht. Auch konnte die Klägerin nicht belegen, nicht gewerbsmäßig aufklärende oder beratende Tätigkeiten wahrzunehmen und die Musterfeststellungsklage nicht zum Zwecke der Gewinnerzielung erhoben zu haben. Auch das *OLG Braunschweig*⁴² äußerte Zweifel an der Relevanz stimmrechtsloser Mitglieder für das nötige Quorum. Im Ergebnis stellte das Gericht jedoch auf § 606 I 4 ZPO ab. Danach wird unwiderleglich vermutet, dass überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierte und in das Register des § 3 I Nr. 1 UklG eingetragene Verbraucherverbände aktiv legitimiert sind.⁴³ Sind die Voraussetzungen des § 606 I 4 ZPO indes nicht erfüllt, kommt es bei der Bewertung der Voraussetzungen von § 606 I 2 ZPO auf das Gesamtbild der klagenden Institution und die Mitgliederstruktur an.⁴⁴

2. Öffentliche Bekanntmachung

Im Gegensatz zum Diskussionsentwurf vom 31.7.2017⁴⁵ sieht das letztlich verabschiedete Gesetz keine vorgeschaltete Anhörung des beklagten Unternehmens vor. Die „qualifizierten Einrichtungen“ können das mit der Musterfeststellungsklage verbundene Drohszenario ohne Vorwarnung durchsetzen. Das angerufene Gericht hat – sofern die Voraussetzungen des § 606 II 1 ZPO erfüllt sind – innerhalb von 14 Tagen nach Erhebung der Musterfeststellungsklage die öffentliche Bekanntmachung zu veranlassen (§ 607 II ZPO). Im weiteren Verlauf informiert das Gericht auch über jeden anberaumten Termin, Hinweisbeschluss und sonstigen verfahrensrelevanten Schritt öffentlich. Auch der Zeitpunkt, bis zu dem Verbraucher nach dem „Opt-In“-Prinzip eigene Ansprüche anmelden können, hat sich zu dem ursprünglichen Diskussionsentwurf verkürzt. Der Diskussionsentwurf sah noch vor, dass eine Anmeldung noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung der ersten Instanz oder bis zur öffentlichen Bekanntmachung eines Vergleichs möglich sein sollte. Nach § 608 I ZPO kann eine Anmeldung nur noch bis zu dem Tag vor der ersten mündlichen Verhandlung erfolgen und gem. § 608 III ZPO nur noch bis zum Ablauf des Tages des Beginns der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz zurückgenommen werden.

3. Rechtskraft und Vollstreckung

Ein rechtskräftiges Musterfeststellungsurteil soll für das zur Entscheidung einer Streitigkeit zwischen einem Anmelder und dem beklagten Unternehmen berufene Gericht gem. § 613 ZPO Bindungswirkung entfalten. Stellt das für die Musterfeststellungsklage zuständige Gericht einen generellen Datenschutzverstoß fest, ist diese Feststellung für andere Gerichte bindend, etwa bei der Feststellung der Höhe etwaiger Einzelschäden. Gleiches gilt für Feststellungen über die Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale oder einer Haftungs-

norm. Nach einer erfolgreichen Musterfeststellung müssen die betroffenen Verbraucher gegen die jeweiligen Beklagten Leistungsklagen erheben. Dies ist auch weiterhin erforderlich, um die individuell eingetretenen Schäden geltend machen zu können, wobei im Folgeverfahren der Schaden einer Schätzung durch das Gericht zugänglich ist (§ 287 ZPO). Das Prozessrisiko für die Anmelder in den Folgeverfahren ist damit gering.

4. Vergleichsmöglichkeiten im Musterfeststellungsverfahren

Wesentlicher Bestandteil der Musterfeststellungsklage ist die nach § 611 ZPO bestehende Möglichkeit, Vergleiche zwischen den am Schiedsverfahren beteiligten Parteien mit Bindungswirkung für die angemeldeten Verbraucher abzuschließen.

Ein Vergleich muss alle auszutauschenden Leistungen gezielt regeln. Dabei können Vergleiche abweichend von den ursprünglichen Feststellungszielen auch finanzielle Abgeltungsregelungen enthalten. Daneben ist eine Kostenregelung aufzunehmen (§ 611 II ZPO), welche die angemeldeten Verbraucher weder direkt noch indirekt belastet.⁴⁶ Für die Praxis ausgeschlossen sind damit Vergleiche, welche die Rücknahme der Musterfeststellungsklage bei Kostenübernahme durch die Verbraucher vorsehen; nicht hingegen Vergleiche, die eine Kostenübernahme durch die qualifizierte Einrichtung vorsehen. Um die Einhaltung dieser Vorgaben sicherzustellen, bedarf jeder Vergleich der Genehmigung in Form eines unanfechtbaren Beschlusses durch das zuständige OLG (§ 611 III 1 ZPO) und einer anschließenden Bekanntmachung. Der Vergleich wird dann wirksam, wenn er von mehr als 70 % der angemeldeten Verbraucher mitgetragen wird.

Für Unternehmen besteht damit die Möglichkeit, eine Vielzahl von Fällen kurzfristig, abschließend und im besten Fall ohne Negativpresse zu regeln⁴⁷ und so die generelle Feststellung einer Pflichtverletzung zu verhindern.

III. Verteidigungsstrategien für Unternehmen

Unternehmen sollten das Szenario, sich als Antragsverpflichteter einem datenschutzrechtlichen Massenfeststellungsverfahren gegenüber zu sehen, in ihrer Risikobewertung berücksichtigen und möglichst frühzeitig Verteidigungsstrategien entwickeln. Dabei sollten sie ihr Datenschutz-Managementsystem bereits auf die Verteidigung in möglichen Massenfeststellungsverfahren vorbereiten. Zudem sollten Unternehmen möglichst bereits vor dem Ernstfall einen Plan haben, wie sie in einem solchen Verfahren reagieren wollen.

40 „Qualifizierte Einrichtungen“ dürften zudem weitgehend keine gewerbsmäßigen beratende Tätigkeiten wahrnehmen (§ 606 I Nr. 3 ZPO), Musterfeststellungsklagen nicht zum Zwecke der Gewinnerzielung erheben (§ 606 I Nr. 4 ZPO) und nicht mehr als 5 % ihrer finanziellen Mittel durch Zuwendungen von Unternehmen beziehen (§ 606 I Nr. 5 ZPO).

41 Vgl. *OLG Stuttgart*, BKR 2019, 298 (nrkr) mAnm *Röthemeyer*, BKR 2019, 301.

42 *OLG Braunschweig*, Beschl. v. 23.11.2018 – 4 MK 1/18, BeckRS 2018, 30499.

43 S. auch BeckOK ZPO/Lutz, 31. Ed. 1.12.2018, § 606 Rn. 36.

44 Betreffend den ADAC e. V. *BGH*, NJW 1985, 1032 (1033) = GRUR 1985, 58.

45 Abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Musterfeststellungsklage.pdf;jsessionid=A10CB0CC661COBBA9BD7E32A35299ACA.2_cid289?__blob=publicationFile&c&v=3.

46 *Waclawik*, NJW 2018, 2921 (2924).

47 BeckOK ZPO/Augenhofer, § 611 Rn. 3 f.

Die beste Verteidigung gegen mögliche datenschutzrechtliche Schadensersatzforderungen ist – wenig überraschend – die möglichst vollständige Umsetzung der Anforderungen aller datenschutzrechtlicher Anforderungen. Angesichts der umfangreichen und teilweise (noch) unbestimmten Anforderungen der DS-GVO entscheiden sich die meisten Unternehmen dafür, bei der Umsetzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen (zumindest vorläufig) einen risikobasierten Ansatz zu wählen. Dementsprechend legen diese Unternehmen meist den Schwerpunkt darauf, die „sichtbaren“ datenschutzrechtlichen Anforderungen umzusetzen, beispielsweise die Erfüllung der Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DS-GVO. Angesichts möglicher datenschutzrechtlicher Massenfeststellungsverfahren kann es künftig für Unternehmen sinnvoll sein, auch die Umsetzung solcher datenschutzrechtlichen Anforderungen höher zu priorisieren, die im Ernstfall zu Schadensersatzansprüchen einer großen Zahl von betroffenen Personen führen könnten. Zu nennen sind hier insbesondere die Anforderungen aus Art. 32 DS-GVO zur Datensicherheit. Aber auch Fehler im Bereich des Beschäftigten-datenschutzes, wie eine rechtswidrige Überwachung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, können unter Umständen ein datenschutzrechtliches Massenfeststellungsverfahren auslösen.

Zusätzlich sollten Unternehmen bereits im Vorfeld Maßnahmen treffen, die eine mögliche Exkulpation gem. Art. 82 III DS-GVO erleichtern. Das erfordert insbesondere eine umfassende Dokumentation des gesamten Prozesses zur Umsetzung der Anforderungen der DS-GVO. Im besten Fall sollte diese Dokumentation mit möglichst wenig Aufwand in Schriftsätze übertragbar sein. Datenschutzrechtliche Zertifizierungen allein reichen für eine Exkulpation voraussichtlich nicht aus,⁴⁸ können jedoch ein wertvoller Bestandteil der entsprechenden Dokumentation sein.

Im Musterfeststellungsverfahren selbst sollten Unternehmen zunächst sorgfältig prüfen, inwiefern die Musterfeststellungsklage überhaupt zulässig ist. Insbesondere die Anforderungen des § 606 III ZPO können Beklagte angreifen. Gegebenenfalls sollten Unternehmen auch frühzeitig über die Möglichkeit eines Vergleichs nachdenken. Unter Umständen können sie in aussichtslosen Fällen durch einen frühen Vergleich eine sehr lange, teure und reputationsschädigende Verfahrensdauer deutlich abkürzen.

IV. Fazit und Ausblick

Darüber, ob sich die datenschutzrechtliche Musterfeststellungsklage zu einer realen Gefahr für Unternehmen entwickeln wird, kann im Moment nur spekuliert werden. Derzeit ist eine größere Anzahl weder von datenschutzrechtlichen Schadensersatzklagen noch von Musterfeststellungsprozessen bekannt. Vielleicht warten qualifizierte Einrichtungen auch noch die Entwicklung in Bezug auf die geplante europäische Sammelklage ab, welche unter Umständen weitere Möglichkeiten der Verbandsklage eröffnet.

Bislang müssen Unternehmen keine allzu große Angst vor datenschutzrechtlichen Massenfeststellungsklagen haben. Die größte Gefahr für Unternehmen, welche die datenschutzrechtlichen Anforderungen der DS-GVO nicht umgesetzt haben, bleiben kurzfristig Maßnahmen von datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden. Es wäre jedoch sehr fahrlässig von Unternehmen, die durch das Massenfeststellungsverfahren gestiegene Gefahr von datenschutzrechtlichen Schadensersatzklagen bei der risikobasierten Umsetzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen zu ignorieren. Nur wer gut vorbereitet ist, kann in einem solchen Verfahren gewinnen oder zumindest einen günstigen Vergleich aushandeln. ■

48 Vgl. *Bergt* in *Kühling/Buchner*, Art. 82 DS-GVO Rn. 50.