

## THEMA

Dr. Bernhard Burtscher

# Haftung für Datenschutzverletzungen: ein Fall für den EuGH!

» Zak 2021/364

Art 82 DSGVO sieht für Datenschutzverstöße den Ersatz ideeller Schäden vor. Fraglich ist aber, ob Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch neben der Pflichtverletzung auch ein spürbarer Nachteil beim Betroffenen ist. Diese Frage hat der OGH dem EuGH vorgelegt.

### 1. Ausgangspunkt

Seit Inkrafttreten der DSGVO wird kaum eine datenschutzrechtliche Frage so kontrovers diskutiert wie der Ersatz ideeller Schäden.<sup>1</sup> Art 82 DSGVO gewährt „jeder Person“, der wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO „ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden“ ist, einen Schadenersatzanspruch. Diese Bestimmung spaltet das Schrifttum in zwei Fraktionen.

Die eine Seite betont, man könne „für jede Verletzung der DSGVO ein angemessenes Schmerzensgeld verlangen“,<sup>2</sup> da mit einer Datenschutzverletzung „letztlich immer ein immaterieller Schaden einher[gehe]“.<sup>3</sup> Begründet wird das mit dem Präventionszweck des Schadenersatzrechts und dem europarechtlichen *effet utile*.<sup>4</sup> Die andere Seite warnt hingegen davor, schon aus der Pflichtverletzung den Schaden abzuleiten. Trotz Pflichtverletzung gebe es ohne Schaden auch keinen Schadenersatz, weil man Art 82 DSGVO sonst Strafcharakter beimessen würde.<sup>5</sup> Das entspricht der traditionellen deutschsprachigen Dogmatik,

die seit jeher die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts in den Mittelpunkt rückt.<sup>6</sup>

Es war nur eine Frage der Zeit, bis diese Grundsatzfrage auch bei den Gerichten auftreten musste.<sup>7</sup> Der OGH hat dem EuGH nun in 6 Ob 35/21x = Zak 2021/292, 163 die Frage vorgelegt, wie der autonom auszulegende Art 82 DSGVO zu verstehen ist. Dieser Vorlagebeschluss bietet einen Anlass für eine Standortbestimmung.

### 2. Österreichischer Zwischenstand

In der österr. Judikatur werden beide eingangs skizzierten Grundpositionen vertreten. So bejaht das OLG Wien einen Schadenersatzanspruch des Datenschützers *Max Schrems* gegen Facebook. Es genüge, dass der Kläger von Facebooks Verhalten nach den Feststellungen „massiv genervt“ sei; eine psychische Beeinträchtigung sei nicht erforderlich.<sup>8</sup>

Das OLG Innsbruck verneint hingegen einen Schadenersatzanspruch eines Klägers, dessen vermeintliche Affinität für bestimmte politische Parteien von der Österreichischen Post ausgewertet und kommerziell verwertet wurde. Der Kläger brachte im Verfahren vor, dass ihn diese Datenverarbeitung „störe“, was dem OLG Innsbruck zu wenig ist: Der Kläger habe nicht dargelegt, inwiefern die rechtswidrige Datenverarbeitung seine Persönlichkeit beeinträchtige.<sup>9</sup>

Die Datenverarbeitung der Post ist auch Anlass für den nunmehrigen Vorlagebeschluss des OGH.<sup>10</sup> In der Begründung der Vorlagefragen spricht sich der OGH dafür aus, den vom OLG Innsbruck eingeschlagenen Weg fortzusetzen. Die Rechtsverletzung per se stelle noch keinen immateriellen Schaden dar. Voraussetzung eines Schadenersatzanspruchs sei vielmehr ein „spürbarer“ ideeller Nachteil, der über den durch die Pflichtverletzung gewöhnlich hervorgerufenen Ärger hinausgehe. Gewährte man

1 Grundlegend *Spitzer*, Schadenersatz für Datenschutzverletzungen: Zugleich Bemerkungen zum Diskussionsstand zum Ersatz ideeller Schäden, ÖJZ 2019, 629; statt aller siehe auch *Burtscher*, DSGVO und immaterielle Schäden: erste internationale Entwicklungen, ZEuP 2021/3 (in Druck); *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen (2019) 74 ff; *Wybitul/Haß/Albrecht*, Abwehr von Schadenersatzansprüchen nach der Datenschutz-Grundverordnung, NJW 2018, 113.

2 *Nemitz in Ehmann/Selmayr*, Datenschutz-Grundverordnung<sup>2</sup> (2018) Art 82 Rz 13.

3 *Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG<sup>3</sup> (2020) Art 82 Rz 18a.

4 *Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG<sup>3</sup> Art 82 Rz 17 ff.

5 *Eichelberger*, Ersatz immaterieller Schäden bei Datenschutzverstößen, FS Taeger (2020) 137 (146 f); *Frenzel in Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG<sup>2</sup> (2018) Art 82 Rz 10; *Jacquemain*, Der deliktische Schadenersatz im europäischen Datenschutzprivatrecht (2017) 159, 164, 212, 331; *Kodek*, Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche bei Datenschutzverletzungen, in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht (2019) 97 (100); *Spittka*, Die Kommerzialisierung von Schadenersatz unter der DS-GVO, GRUR-Prax 2019, 475 (476); *Spitzer*, ÖJZ 2019, 629 (635 f).

6 *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) 75 ff mwN; kritisch *Wagner in MüKo*, BGB<sup>8</sup> (2020) Vor § 823 RN 43 ff.

7 *Burtscher*, ZEuP 2021/3; *Gerhartl*, Immaterieller Schadenersatz bei Datenschutzverletzung, ZVR 2020, 392; *Wybitul*, Immaterieller Schadenersatz wegen Datenschutzverstößen – Erste Rechtsprechung der Instanzgerichte, NJW 2019, 3265.

8 OLG Wien 11 R 153/20f.

9 OLG Innsbruck 1 R 182/19b = Zak 2020/295, 183 = MR 2020, 81; vgl auch *Jacquemain*, Schadenersatz 335 f.

10 6 Ob 35/21x = Zak 2021/292, 163.

Ersatz auch für „vernachlässigbare Gefühlsregungen“, liefe dies nämlich auf einen unerwünschten Strafschadenersatz hinaus.

An diesen überzeugenden Überlegungen kann auch der *effet utile* und der (nicht zu bestreitende) Präventionszweck des Schadenersatzrechts nichts ändern. Zu Recht warnt der OGH im Anschluss an *Spitzer* vor einer „Effektivitätsspirale“:<sup>11</sup> Die DSGVO sieht derart hohe Verwaltungsstrafen vor, dass an ihrer Effektivität kein Zweifel besteht.<sup>12</sup> Das zeigt gerade das Strafverfahren gegen die Post, in dem die Datenschutzbehörde eine Rekordgeldbuße iHv 18 Mio € verhängte.<sup>13</sup> Wenngleich das BVerwG dieses Straferkenntnis mittlerweile wegen eines Formfehlers kassiert hat,<sup>14</sup> zeigt die schiere Höhe der Geldbuße eindrücklich das Abschreckungspotential des Verwaltungsstrafrechts. Es bedarf daher keines „systemfremden und willkürlichen Anziehen[s] sämtlicher Schrauben“ auch im Schadenersatzrecht.<sup>15</sup>

Auch nach der Judikatur des EuGH ist der immaterielle Schaden nur zu ersetzen, wenn er vom Kläger tatsächlich erlitten und nachgewiesen wird; Strafschadenersatz für Verstöße gegen das Unionsrecht verlangt der EuGH gerade nicht.<sup>16</sup> In diesem Sinn spricht auch Art 82 DSGVO vom durch die Pflichtverletzung „entstandenen“ Schaden bzw in der englischen Sprachfassung noch deutlicher vom „non-material damage as a result of an infringement“. Dieses Tatbestandsmerkmal des Schadens wäre obsolet, wenn man schon aus dem üblichen Unmut über die Pflichtverletzung den Schaden ableiten wollte.<sup>17</sup> Erleidet der Betroffene keinen Schaden, bleiben ihm immer noch Unterlassungsansprüche.

Das schließt es keineswegs aus, ideelle Schäden großzügiger zu ersetzen als bisher. Art 82 DSGVO verlangt nämlich keine schwerwiegende Verletzung der Persönlichkeit und – anders als noch § 33 DSGVO – keine öffentliche Bloßstellung des Betroffenen.<sup>18</sup> Die Bandbreite denkbarer Datenschutzverstöße reicht aber von heimlichen Nacktaufnahmen in der Umkleidekabine einer Damenfußballmannschaft durch den Fußballtrainer<sup>19</sup> über die öffentliche Bloßstellung mit der Diagnose einer psychischen Erkrankung<sup>20</sup> bis zum rechtswidrigen Versenden eines Newsletters.<sup>21</sup> Es erscheint nicht sachgerecht, diese Fälle über einen Kamm zu scheren. Es

macht für einen normalen Menschen einen ganz erheblichen Unterschied, ob man in der Umkleidekabine gefilmt wird oder einen Newsletter zugeschickt bekommt.<sup>22</sup> Wenngleich dabei Grauzonen verbleiben, kann man daher immaterielle Nachteile großzügiger ersetzen als bisher, ohne gleich einen Strafschadenersatz einzuführen.

Das bringt der OGH mit der Formulierung auf den Punkt, dass eine besonders schwerwiegende („erhebliche“) Beeinträchtigung der Gefühlswelt zwar nicht Voraussetzung für einen Ersatzanspruch nach Art 82 DSGVO ist, dass der ideelle Nachteil aber tatsächlich eingetreten, somit in irgendeiner Form „spürbar“ sein muss. Dass der OGH dennoch nicht von einem *acte claire* ausgeht und die Frage dem EuGH vorlegt, liegt auch daran, dass die Judikatur aus internationaler Perspektive keineswegs einheitlich ist.

### 3. Blick über die Grenze

Ein hochkarätiges und anschauliches Beispiel dafür bietet die *Rs Lloyd v Google*, die derzeit die englischen Zivilgerichte beschäftigt.<sup>23</sup> Der Kläger vertritt dort rund 4,4 Mio iPhone-Benutzer, deren Nutzerverhalten ohne ihr Einverständnis von Google ausgewertet und kommerziell verwertet wurde. Außer Frage steht, dass Google damit gegen das Datenschutzrecht verstoßen hat; gegen das Unternehmen wurden deshalb Verwaltungsstrafen in Millionenhöhe verhängt. Vor den Zivilgerichten machen die Kläger Ersatzansprüche in Milliardenhöhe geltend;<sup>24</sup> freilich ohne ihren Schaden näher zu spezifizieren.

Der *High Court of Justice* wies die Klage daher in erster Instanz ab, weil man nicht von der Pflichtverletzung auf den Schaden schließen dürfe, der wiederum in der Pflichtverletzung bestehe.<sup>25</sup> Der *Court of Appeal* gibt hingegen den Klägern recht: Ihnen müsse ein „effective remedy“<sup>26</sup> zustehen, damit die schwerwiegende Datenschutzverletzung nicht sanktionslos („unremedied“) bleibe. Der Fall, der mittlerweile beim *Supreme Court* liegt, zeigt, dass die englische Judikatur zwischen Ausgleichs- und Präventionsgedanken hin- und hergerissen ist.

Den gleichen Eindruck vermittelt zunehmend auch die deutsche Judikatur. In den meisten Entscheidungen überwiegt derzeit noch die Auffassung, dass nicht jede Pflichtverletzung „allein aus generalpräventiven Gründen zu einer Ausgleichspflicht“ führen müsse.<sup>27</sup> So gibt es keinen Ersatz für das rechtswidrige Zusenden einer Einverständniserklärung für einen Newsletter,<sup>28</sup> einen falschen Eintrag bei einer Auskunft<sup>29</sup> oder die rechtswidrige drei-

11 *Spitzer*, ÖJZ 2019, 629 (638).

12 *Eichelberger*, FS Taeger 137 (146 f); *Franzen in Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2020) Art 82 DSVO Rz 22; *Kodek in Leupold*, Forum Verbraucherrecht 97 (100); *Spitzer*, ÖJZ 2019, 629 (636).

13 Der Standard vom 29. 10. 2019, Nach Datenskandal: Post soll 18 Millionen € Strafe zahlen, <https://www.derstandard.at/story/2000110446338/nach-datenskandal-post-muss-18-millionen-euro-strafe-zahlen> (25. 6. 2021).

14 BVerwG W258 2227269-1.

15 *Spitzer*, ÖJZ 2019, 629 (636); aA *Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG<sup>3</sup> Art 82 Rz 18a.

16 EuGH C-99/15, *Liffers/Mandarina*, Rz 17; ausführlich *Eichelberger*, FS Taeger 137 (142 ff).

17 *Burtscher*, ZEuP 2021/3.

18 OLG Innsbruck 1 R 182/19b = Zak 2020/295, 183; OLG München GRUR-RS 2020, 34322; *Paal*, Schadenersatzansprüche bei Datenschutzverstößen, MMR 2020, 14 (16 f); unzutreffend daher AG Frankfurt a.M. BeckRS 2020, 22861; *Kohn*, Der Schadenersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO, ZD 2019, 498 (500).

19 DSB-D550.185/0002-DSB/2019.

20 AG Pforzheim BeckRS 2020, 27380.

21 BVerfG 1 BvR 2853/19.

22 *Burtscher*, ZEuP 2021/3.

23 Ausführlich *Burtscher*, ZEuP 2021/3: Der Anlassfall betrifft freilich noch die Datenschutzrichtlinie.

24 *Richard Lloyd v Google LLC* [2018] EWHC 2599 (QB), 2018 WL 04853723, Rz 4.

25 *Richard Lloyd v Google LLC* [2018] EWHC 2599 (QB), 2018 WL 04853723, Rz 58.

26 *Richard Lloyd v Google LLC* [2019] EWCA Civ 1599, 2019 WL 04804855, Rz 70.

27 LG Karlsruhe BeckRS 2019, 17459; *Eichelberger*, FS Taeger 137 (156); siehe auch *Wybitul*, NJW 2019, 3265 (3268).

28 AG Diez ZD 2019, 85.

29 LG Karlsruhe BeckRS 2019, 17459; LG Frankfurt a. M. NZI 2019, 342; kritisch *Bergt in Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG<sup>3</sup> Art 82 Rz 18c.

tägige Sperre eines Facebook-Accounts.<sup>30</sup> Ein bloßes „Gefühl des Unbehagens“ reiche für einen Schadenersatzanspruch nicht aus;<sup>31</sup> für bloße „Bagatelverletzungen“<sup>32</sup> gebe es keinen Ersatz.

Dagegen wendet sich aber eine im Vordringen begriffene Judikaturlinie, die sich vom Schaden löst. Paradigmatisch dafür ist eine Entscheidung des ArbG Düsseldorf, das einem Arbeitnehmer Schadenersatz gewährt, weil dessen Arbeitgeberin ihrer Auskunftspflicht nach Art 12 Abs 3 iVm Art 15 DSGVO nicht nachkam. Das ArbG Düsseldorf kreiert dabei einen umsatzabhängigen Strafschadenersatz: Zwar hatte der Kläger keinen Schaden substantiiert; in Anbetracht des hohen Umsatzes der Arbeitgeberin müsse die Verletzung eines zentralen Betroffenenrechts aber mit einem entsprechend hohen Schadenersatz sanktioniert werden.<sup>33</sup> In dieselbe Kerbe schlägt das LG Darmstadt, indem es einem Kläger Schadenersatz zuspricht, obwohl dieser „konkrete Nachteile nicht vorgetragen“ hat.<sup>34</sup>

Schon ein kurzer Blick über die Grenze zeigt somit, dass die europäische Judikatur noch um eine eindeutige Position ringt. Zwei Judikaturlinien, von denen die eine mit Blick auf den Ausgleichszweck den Schaden von der Pflichtverletzung trennt und die andere im Streben nach Prävention aus der Pflichtverletzung auf den Schaden schließt, stehen sich gegenüber.

#### 4. Neuordnung durch das BVerfG?

Dem hat das BVerfG eine verfassungsrechtliche Tangente angefügt. Vermeintlich harmloser Anlassfall war eine an die berufliche E-Mail-Adresse des Klägers versandte Werbe-E-Mail.

Das zuständige Zivilgericht wies die Schadenersatzklage ab, weil der Kläger durch die (einmalige!) Zusendung der Werbe-E-Mail keinen „erheblichen“ Schaden erlitten habe. Das BVerfG sieht darin einen Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art 101 I 2 GG). Die Einschränkung von Ersatzansprüchen auf „erhebliche“ Schäden finde in der DSGVO keine Deckung. Die deutschen Zivilgerichte dürften Ersatzansprüche daher nicht auf „erhebliche“ Schäden beschränken, ohne diese Frage dem EuGH vorzulegen.<sup>35</sup>

Manche meinen, das BVerfG habe damit die „Notbremse“ gezogen und der auch hier befürworteten Ansicht, wonach der übliche Unmut über eine rechtswidrige Datenverarbeitung noch keinen Schadenersatzanspruch auslöse, den Boden entzogen.<sup>36</sup> Denkbar erscheint aber auch, dass ein Missverständnis zwischen Zivil- und Verfassungsgerichtsbarkeit vorliegt. Das BVerfG rügt zu Recht, dass die Einschränkung auf „erhebliche“ Schäden in der DSGVO keine

Deckung findet. Das zuständige Zivilgericht könnte mit seiner Formulierung aber schlicht gemeint haben, dass ein Schadenersatzanspruch einen in irgendeiner Form spürbaren Schaden voraussetzt, wovon Art 82 DSGVO seinem Wortlaut nach sehr wohl ausgeht.

Eine sorgfältigere Formulierung hätte den Zivilgerichten daher womöglich die Rüge des BVerfG erspart. Dennoch ist eine Vorlage an den EuGH unausweichlich geworden, wobei der Beschluss des BVerfG zeigt, welche Bedeutung im Dialog von Zivil- und Verfassungsgerichten der richtigen Formulierung der Vorlagefrage zukommt.<sup>37</sup>

#### 5. Vorlage an den EuGH

Der OGH hat diese Aufgabe in seinem Vorlagebeschluss ausgesprochen weitsichtig bewältigt. Der OGH arbeitet heraus, dass ein Schadenersatzanspruch nach Art 82 DSGVO gerade keinen „erheblichen“ Schaden voraussetze. Wolle man nicht Strafschadenersatz zusprechen, komme man aber nicht umhin, ersatzfähige ideelle Nachteile „von gänzlich unbeachtlichen Unannehmlichkeiten abzugrenzen, die mit der Rechtsverletzung geradezu typisch einhergehen“.

Der OGH spitzt daher die Frage zu: Setzt der Zuspruch von Schadenersatz neben einer Pflichtverletzung auch voraus, dass der Kläger einen Schaden erlitten hat, oder reicht bereits der Verstoß gegen die DSGVO als solcher für einen Ersatzanspruch aus? Und darf ein nationales Gericht für Schadenersatzansprüche eine Beeinträchtigung von zumindest einigem Gewicht verlangen, die über den durch die Pflichtverletzung hervorgerufenen Ärger hinausgeht?

Damit ist der EuGH gefordert, Farbe zu bekennen, ob er für Verstöße gegen die DSGVO Schadenersatz ohne Schaden – und damit letztlich Strafschadenersatz – verlangt, was das heimische Schadenersatzrecht „auf den Kopf stellen“ würde.<sup>38</sup> Es bleibt aber zu hoffen, dass die sorgsame Formulierung der Vorlagefragen durch den OGH dem Schadenersatzrecht eine solche Umwälzung ersparen wird.

<sup>37</sup> Vgl. Spitzer, Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761 (765 f).

<sup>38</sup> Wybitul, Data Privacy Litigation und kein Ende? ZD 2021, 177 (178).

<sup>30</sup> OLG Dresden BeckRS 2019, 12941; vgl. auch OLG Dresden GRUR-RS 2020, 22896: 30-tägige Sperre.

<sup>31</sup> AG Frankfurt a. M. BeckRS 2020, 22861.

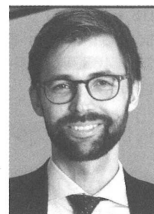
<sup>32</sup> OLG Dresden GRUR-RS 2020, 22896; krit. Bergt in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG<sup>3</sup> Art 82 Rz 18a.

<sup>33</sup> ArbG Düsseldorf NZA-RR 2020, 409 (zust. Möllenkamp) = ArbAktuell 2020, 367 (Fuhlrott); siehe auch Fuhlrott/Oltmanns, Immaterieller Schadenersatz wegen Datenschutzverstoß: Höhe und Bemessungsfaktoren, ArbAktuell 2020, 565 (566); dagegen 6 Ob 9/88 = wbl 1989, 66; Burtscher, ZEuP 2021/3.

<sup>34</sup> LG Darmstadt BeckRS 2020, 2578.

<sup>35</sup> BVerfG 1 BvR 2853/19.

<sup>36</sup> Korch, Schadenersatz für Datenschutzverstöße, NJW 2021, 978.



#### Der Autor:

Dr. Bernhard Burtscher ist Universitätsassistent (tenure track) am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

#### Ausgewählte Publikationen:

DSGVO und immaterielle Schäden: erste internationale Entwicklungen, ZEuP 2021/3; Schadensabwicklung durch den Kfz-Versicherer (2020); gemeinsam mit Martin Spitzer; Voraussetzungen, Grenzen und Folgen des „ewigen Widerrufsrechts“ in der Lebensversicherung nach Rust-Hackner, EuZW 2020, 317; Haftung bei Multiorganschaft (2019).

✉ bernhard.burtscher@wu.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Burtscher/Bernhard