

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG



Chefredakteur Gerhard Hopf
Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer
Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,
 Martina Weixelbraun-Mohr
Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

Juli/August 2019

625 – 700

14
15

Aktuelles

Justizgesetzgebung in Zeiten des „freien Spiels der Kräfte“ ➔ 625

Beiträge

**Schadenersatz für Datenschutz-
verletzungen** Martin Spitzer ➔ 629

**Zur Sanierung von Verfahrensmängeln
– zugleich ein Beitrag zu den
Beweisverboten** Eckart Ratz ➔ 654

**Die Bestimmung und Einbringung von Gebühren, Kosten und
Geldstrafen durch Gericht und/oder Justizverwaltung**

Dietmar Dokalik und Diana Seeber-Grimm ➔ 639

Ausgewählte Rechtsprechung des EGMR 2018 Rudolf Thienel ➔ 646

Bestechliche Dolmetscher? Clara Ifsits ➔ 662

Evidenzblatt

Der Kauf von Emissionszertifikaten ➔ 676

**Keine Rechtsschutzdeckung wegen Vorvertraglichkeit bei
fehlerhafter Rücktrittsbelehrung** Bernhard Burtscher ➔ 682

Einziehung trotz Verjährung ➔ 684

Schadenersatz für Datenschutzverletzungen

Zugleich Bemerkungen zum Diskussionsstand zum Ersatz ideeller Schäden

Der Beitrag untersucht die Haftung von Datenschutz-Verantwortlichen nach der DSGVO. Inzident setzt sich der Verfasser mit dem Ersatz ideeller Schäden im österreichischen Recht auseinander.

Von Martin Spitzer

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangspunkt
- B. Herausforderung
 - 1. Methodisch
 - 2. Faktisch
- C. Eindrücke vom Status quo ante: § 33 DSG 2000
- D. Zum Status quo: Art 82 DSGVO
 - 1. Ersatz ideeller Schäden
 - a) Ausgangspunkt und Funktion
 - b) Draufsicht: Der Ersatz ideeller Schäden im österreichischen Recht
 - c) Draufsicht: Der Ersatz ideeller Schäden im europäischen Privatrecht
 - d) Handlungsbedarf
 - 2. Verschuldenshaftung oder Gefährdungshaftung
 - 3. Mehrheit von Haftpflichtigen
- E. Zusammenfassung
 - 1. Haftung für Datenschutzverletzungen
 - 2. Allgemeines zur Haftung für ideelle Schäden

A. Ausgangspunkt

Mit dem neuen Datenschutzrecht sind auch die Rechtsfolgen von Verstößen gegen das neue Regelungsregime in aller Munde. Das liegt vor allem daran, dass die DSGVO im Streben nach Effektivität und wirksamen und abschreckenden Sanktionen aus dem Vollen schöpft und in ihrem Art 83 Strafen in erstaunlicher Höhe vorsieht.¹⁾

Vielleicht von diesem öffentlich-rechtlichen Bedrohungsszenario beeindruckt, ist die Diskussion der privatrechtlichen Seite des neuen Datenschutzrechts bisher eher zu kurz gekommen. Die geringere Aufmerksamkeit bei der Rezeption dürfte indes durchaus auch mit einer geringeren Aufmerksamkeit bei der Ausarbeitung der DSGVO korrespondieren, bei der zivilrechtlicher Geheimnisschutz sichtlich nicht im Vordergrund gestanden ist.

Diese Zivilrechtsvergessenheit ist bei einer Materie wie dem Datenschutz nicht *per se* zu beanstanden. Sie führt allerdings dazu, dass die DSGVO manche sich aufdrängende Fragen wie jene nach Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung gar nicht behandelt

und andere Fragen zwar *prima facie* regelt, freilich ohne dass man *secunda facie* genau weiß, wie.

B. Herausforderung

1. Methodisch

Zu dieser Kategorie der nur scheinbar geregelten Fragen gehören Schadenersatzansprüche wegen Datenschutzverletzungen. An den Schadenersatz als traditionell wichtigstes Mittel privatrechtlicher Verhaltenssteuerung denkt die DSGVO zwar. *Sedes materiae* ist mit Art 82 aber eine Norm, die so schlank und vage ausfällt, dass sie schon in zentralen Fragen und nicht erst auf nachgelagerter Ebene erheblich auslegungs-, aber auch erheblich ergänzungsbedürftig ist. Zur Verdeutlichung soll hier als Ausblick genügen, dass leider nicht geregelt wurde, ob die DSGVO eine Gefährdungs- oder eine Verschuldenshaftung vorsieht.

Die Herausforderung ist also nicht nur, dem ganz rudimentären Art 82 DSGVO den Regelungsgehalt zur Haftung bei Datenschutzverstößen abzurufen, sondern die Verordnungsvorgaben so in einen größeren Zusammenhang einzubetten, dass die Haftung „funktioniert“, und zwar sowohl europarechtlich als auch national. Von allgemeinen (schadenersatzrechtlichen) Prinzipien sollte dabei nicht leichtfertig abgegangen werden, wo es die DSGVO oder die normative Spezifität des geregelten Phänomens nicht verlangen. Dies zu beherzigen, wird dadurch nicht leichter, dass sich der Ordnungsgeber weder allgemeiner Prinzipien noch einer möglichen normativen Spezifität seines Regelungsgegenstands hinreichend bewusst gewesen sein dürfte.

Die daher notwendige Ergänzung der DSGVO und die Vernetzung mit allgemeinen Regeln fällt im sprichwörtlichen „Mehrebenensystem“ des Privatrechts besonders schwer, weil unsicher ist, aus welchem Fundus man sich bedienen darf. Ein belastbares „europäisches Schadenersatzrecht“, das zur Lückenfüllung bei einer europäischen Verordnung natürlich prädestiniert wäre, gibt es jedenfalls nicht. Die einzelnen – oft fallbezogen vom EuGH entwickelten – Mosaiksteine ergeben zusammen kein schlüssiges System genereller Normen. Grundsätzlich unproblematisch ist es daher, wenn europäische Regelungen, die notwendig fragmentarisch sind und nicht in eine gesamte Rechtsordnung eingebettet sind, im Sinne des Äquivalenzprin-

ÖJZ 2019/76

DSGVO;
§§ 1295, 1328 a
ABGB

ideeller Schaden;
Schmerzensgeld;
Persönlichkeitsverletzungen

1) Im ersten halben Jahr nach Inkrafttreten wurden allerdings nur vier Strafen verhängt, Der Standard, 23. 11. 2018, „Bislang vier Strafen wegen DSGVO-Verstößen seit Mai“.

zips durch nationale Regeln ergänzt werden.²⁾ Oft ist das sogar unvermeidlich, schließlich ist es unwahrscheinlich, dass der europäische Gesetzgeber sich etwa Phänomenen wie der Deliktstfähigkeit widmet.

Allerdings ist Vorsicht dabei geboten, einfach das vertraute nationale Privatrecht vom europarechtlich unproblematischen Auffangnetz zur europarechtlich ziemlich sicher problematischen Hängematte zu machen: So klar es nämlich ist, dass die DSGVO ohne flankierende nationale Normen nicht bestehen kann, so sehr ist zu bezweifeln, dass folgenschwere Grundsatfragen wie jene der Rechtsnatur der Haftung rein nach nationalem Gusto gelöst werden dürften.

Dass – wie oft zu hören – die Schuld an diesem Schlamassel der europäische Gesetzgeber trägt, ist ebenso richtig wie nicht weiterführend. Dasselbe gilt auch für die verbreitete Kapitulationserklärung, es müsse dann ohnehin der EuGH sagen, wie die Dinge sind.

Beides kann den Rechtsanwender nicht seiner Verantwortung entheben, sich um ein folgerichtiges System zu bemühen, in dem europäischen Vorgaben so weit wie möglich Rechnung getragen wird, ohne dabei aber ohne Not nationale Systeme zu sprengen. Der wissenschaftliche Diskurs zu Art 82 DSGVO steckt zwar noch in den Kinderschuhen, schon deren bisherige Abdrücke sind aber Anlass genug, um vor der Gefahr zu warnen, im omnipräsenten Streben nach der Maximierung europarechtlicher Effektivität auf allen Ebenen ein Parallelschadenersatzrecht zu erschaffen, das mit herkömmlichen Strukturen nichts mehr zu tun hat.

2. Faktisch

Die methodische Gratwanderung findet noch dazu in einem überaus unklaren tatsächlichen Umfeld statt. Datenschutz und die DSGVO wurden in der Zeit vor der Anwendbarkeit der neuen Regelung vor allem in Endzeitszenarien diskutiert. Das hat zwar die Befürchtungen der betroffenen Verkehrskreise und spiegelbildlich den Beratungsbedarf angefacht, aber nicht für zusätzliche Klarheit darüber gesorgt, worum es eigentlich geht.

Daher fehlt es vielen Nicht-Datenschutzrechtlern – den Verfasser eingeschlossen – zweifellos schon an einem Problembewusstsein, das über die offenbar nicht leichter gewordene Versendung von Newslettern hinausgeht. Jenseits dieser notorischen – aber im Übrigen auch nicht gesicherten³⁾ – Erkenntnis liegt das meiste im Nebel, in dem es intensiver Verständigung der Rechtsgebiete bedürfte. Derzeit macht es nämlich den Eindruck, dass der Schadenersatzrechtler sich nicht nur schwer tut, den datenschutzrechtlichen Ball zu fangen, sondern kaum weiß, wie so ein „Ball“ überhaupt aussieht. Zu warnen ist aber umgekehrt davor, die Zivilrechtsvergessenheit des Verordnungsgebers fortzusetzen und dieses neue und potentiell wirkmächtige Feld zum entlegenen Parallelschauplatz verkommen zu lassen. Zu wichtig und zu zentral sind die Fragen, die sich dort stellen. Vom Schadenersatz ohne Schaden⁴⁾ über die Haftung für ideelle Schäden⁵⁾ bis zur Abschaffung des Mitverschuldens⁶⁾ liegen schon allerlei Vorschläge am Tisch.

Ohne ein Bewusstsein für jene Fälle, für die es eigentlich Lösungen braucht, wird die Arbeit aber nicht leichter. Gerade das Schadenersatzrecht hat sich ja immer durch Fälle entwickelt. Niemand hat eines Tages spontan verschuldensunabhängige Gefährdungshaftungen erträumt. Die Idee lag (erst) dann nahe, als die neu erfundene Eisenbahn durch unvermeidbaren und damit nicht schuldhaften Funkenflug ganze Landstriche in Brand gesetzt hat.⁷⁾ An solchem Fallmaterial fehlt es zur neuen DSGVO noch.

C. Eindrücke vom Status quo ante: § 33 DSGVO 2000

Dieser Befund muss allerdings vielleicht relativiert werden, weil es ja schon bisher ein – richtliniendeterminiertes⁸⁾ – Datenschutzrecht mit Verhaltensanforderungen und einer Haftungsnorm gegeben hat. Was lässt sich aus den vergangenen Erfahrungen gewinnen?

In § 33 DSGVO 2000⁹⁾ ging es um eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr. Gelang dem Schädiger also – zivilprozessual gefasst – der Beweis des Gegenteils, nämlich, dass er nicht subjektiv sorgfaltswidrig gehandelt hatte, war er haftungsfrei.

- 2) Vgl *Stöger/Haider in Jaeger/Stöger*, Kommentar zu EUV und AEUV, Art 4 EUV Zu Abs 3 Rz 27 ff (Stand 1. 12. 2012, rdb.at); EuGH C-453/99, *Courage/Crehan*, Rn 29, sowie EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Rn 62: „Mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung ist es jedoch Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln [. . .]“.
- 3) Von namhaften Datenschutzrechtlern wird darauf hingewiesen, dass die Rechtslage sich dabei gar nicht verändert habe.
- 4) Dazu unten D.1.d.
- 5) Dazu ausf unten D.1.c.
- 6) Vgl *Bergt in Kühling/Buchner*, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG² (2018) Art 82 Rz 59; *Krebe in Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung² (2018) Art 82 Rn 20; *Sackmann*, Die Beschränkung datenschutzrechtlicher Schadensersatzhaftung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZIP 2017, 2450 (2453).
- 7) Und sogar dafür war der Weg recht weit, vgl die berühmte Funkenflug-Entscheidung des Oberappellationsgerichts München, das den Eisenbahnbetreiber zum Schadenersatz für Funkenflug einer Dampflokomotive verurteilt und dabei argumentiert hatte, der Bahnbetreiber habe zwar eine Konzession, die ihm das Fahren gestatte, zivilrechtlich sei sein Verhalten aber dennoch eine unerlaubte Handlung. OAG München 16. 4. 1861, *Seuff Arch* 14/208, referiert bei *Deutsch*, Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung, JBl 1981, 449: „Der Betrieb einer Eisenbahn durch Lokomotiven [führt] notwendig und unzertrennlich eine kulpöse Handlungsweise mit sich.“
- 8) RL 95/46/EG vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 1995/281, 31 (DSRL).
- 9) § 33 DSGVO 2000: „(1) Ein Auftraggeber oder Dienstleister, der Daten schuldhaft entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verwendet, hat dem Betroffenen den erlittenen Schaden nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu ersetzen. Werden durch die öffentlich zugängliche Verwendung der in § 18 Abs 2 Z 1 bis 3 genannten Datenarten schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen eines Betroffenen in einer Weise verletzt, die einer Eignung zur Bloßstellung gemäß § 7 Abs 1 des Mediengesetzes, BGBl 1981/314, gleichkommt, so gilt diese Bestimmung auch in Fällen, in welchen die öffentlich zugängliche Verwendung nicht in Form der Veröffentlichung in einem Medium geschieht. Der Anspruch auf angemessene Entschädigung für die erlittene Kränkung ist gegen den Auftraggeber der Datenverwendung geltend zu machen. (2) Der Auftraggeber und der Dienstleister haften auch für das Verschulden ihrer Leute, soweit deren Tätigkeit für den Schaden ursächlich war. (3) Der Auftraggeber kann sich von seiner Haftung befreien, wenn er nachweist, daß der Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, ihm und seinen Leuten (Abs 2) nicht zur Last gelegt werden kann. Dasselbe gilt für die Haftungsbefreiung des Dienstleisters. Für den Fall eines Mitverschuldens des Geschädigten oder einer Person, deren Verhalten er zu vertreten hat, gilt § 1304 ABGB. (4) Die Zuständigkeit für Klagen nach Abs 1 richtet sich nach § 32 Abs 4.“

Der Ersatz immaterieller oder ideeller Schäden, also insb Schäden der Gefühlssphäre, die nicht in Geld messbar sind, setzte eine besonders gefährliche Verwendung besonders sensibler Daten voraus. Dafür lehnte sich § 33 DSGVO an das MedienG an, nach dem immaterielle Schäden dann ersetzt werden, wenn der höchstpersönliche Lebensbereich eines Menschen in einer Weise erörtert oder dargestellt wird, die geeignet ist, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen (§ 8 MedienG).

Mit Blick auf mögliches Fallmaterial, das das dogmatische Bewusstsein schärfen könnte, lässt sich freilich nur ein unbefriedigender rechtstatsächlicher Befund ziehen: Sowohl in Österreich als auch in Deutschland war eine Haftung wegen Datenschutzverstößen weitgehend „totes Recht“.¹⁰⁾ Daran war aber kein Untermaß an Schutz schuld. Vielmehr ist zu bedenken, dass das Datengeheimnis sich natürlich mit allen möglichen anderen Ausprägungen des Persönlichkeitsschutzes überschneidet, die traditioneller und damit für den Rechtsanwender vielleicht auch intuitiver sind. Für viele Fälle hat man das DSGVO daher schlicht nicht gebraucht und wahrscheinlich auch nicht daran gedacht.

Gedacht wurde stattdessen zB eher an die in § 1328a ABGB normierte Verschuldenshaftung für Beeinträchtigungen der Privatsphäre, die bei qualifizierten Umständen auch immaterielle Schäden ersetzt. Aber auch eine Vielzahl anderer Bestimmungen über den Geheimnisschutz und die Privatsphäre hat entweder Schutzgesetzcharakter oder hilft zumindest bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit.¹¹⁾ Dazu gehören Verstöße gegen das Bankgeheimnis (§ 38 BWG), die rezent in Deutschland zu Zusprüchen in beachtlicher Höhe geführt haben,¹²⁾ und andere Berufsgeheimnisse (§ 9 RAO; § 54 ÄrzteG 1998); der Schutz der Privatsphäre durch das Strafrecht im 5. Abschnitt des StGB (§§ 118 ff; Briefgeheimnis, Telekommunikationsgeheimnis, Missbrauch von Aufnahmegeräten); der Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz (§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bzw § 10 AVRAG); Bestimmungen gegen Stalking (§ 107a StGB) usw.

Ganz generell lässt sich außerdem sagen, dass aus § 16 ABGB ein im Ergebnis umfassendes Persönlichkeitsrecht abgeleitet wird. Die dazu immer wieder geführte Diskussion, ob es ein allgemeines Persönlichkeitsrecht gibt, aus dem einzelne Schutzbereiche abgeleitet werden, oder ob es nur einzelne Persönlichkeitsrechte gibt, die zusammen als Mosaik ein Rechtsprinzip ergeben, war dabei nie so interessant und folgenswer, wie sie die Streitparteien empfunden haben mögen.¹³⁾ So oder so müssen die maßgebenden Schutzbereiche erst herausgearbeitet werden, so oder so gibt es einen weitreichenden Schutz der Privatsphäre als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts, zu dem *Mauczka* immerhin schon 1911 den Gedanken eines „*Rechts auf eigene Geheimsphäre*“ gefasst hat.¹⁴⁾

Nimmt man den schadenersatzrechtlichen Schutz in den Blick, so steht die Haftung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen grosso modo – von wichtigen Ausnahmen wie dem MedienG abgesehen – auf dem Boden der Verschuldenshaftung und ist bei ideellen Schäden zurückhaltend, wenn es sich nicht um erhebliche Beeinträchtigungen der Persönlichkeit handelt. Selbst

dann ist aber für den Ersatz oft grobes Verschulden erforderlich, was mit der Weichenstellung der §§ 1323, 1324 ABGB korrespondiert, nach denen volle Genugtuung, die den Ersatz der verursachten Beleidigung inkludiert, nur bei auffallender Sorglosigkeit geleistet wird.

D. Zum Status quo: Art 82 DSGVO

Hier kommt Art 82 DSGVO ins Spiel, der ohne Weiteres eine Haftung für materielle und immaterielle Schäden vorsieht, wenn nicht der Beweis gelingt, „in keiner Weise für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich zu sein“.

Schadenersatzrechtlich wird der DSGVO vor diesem Hintergrund offenbar viel zugetraut. Dabei dürfte die Hoffnung dahin gehen, durch den Ersatz immaterieller Schäden die bisher brachliegende spezifisch datenschutzrechtliche Haftung aufzuwerten, wofür allenthalben das europarechtliche Effektivitätsgebot bemüht wird. In weiterer Folge wird sich zeigen, dass Hoffnung und Begründung dafür gleichermaßen überzogen sind.

Dabei ist zunächst vor allem Vorsicht geboten, dass Wunsch und normative Wirklichkeit nicht durcheinandergeraten. Das gilt etwa, wenn man liest, der „*Abfluss personenbezogener Daten führt in jedem Fall zu einem materiellen und immateriellen Schaden*“.¹⁵⁾ Weder noch. Bei dieser Vermengung von Tat- und Rechtsfrage ist offenkundig der Wunsch Vater des Gedankens: Es soll endlich zünftig gehaftet werden.

Auch die – wesentlich spärlicher angetretene – Gegenseite verharret bisweilen im Wunschenken, etwa wenn man liest, es wäre sachgerecht, „*einen Schaden zB in Fällen grundsätzlich abzulehnen, in denen es in Unternehmen mit guten Datenschutzmanagement-Strukturen zu kleineren fahrlässigen Datenschutzverstößen kommt*“.¹⁶⁾ So wenig der Verschuldensgrad mit dem Vorliegen eines Schadens zu tun hat und so sehr die Haftung nach der DSGVO noch terra incognita sein mag: Das ist sicher falsch.

Es gibt schadenersatzrechtlich also einiges zu tun, wobei in diesem Beitrag mit drei Fragen, die besonders relevant sind, begonnen werden soll:

- dem Ersatz immaterieller Schäden, dem wohl die meiste Sprengkraft zugetraut wird.
- der Haftungsbefreiung, die spiegelbildlich zur Rechtsnatur der Haftung und zum „deliktischen Pflichtenprogramm“ führt. →

10) Vgl *Knyrim*, MR 2006, 83; s aber unten D.2.b).

11) Vgl *Kamer*, Der zivilrechtliche Schutz von Geheimnissen, Daten und Informationen, in *WiR*, Geheimnisschutz, Datenschutz, Informationsschutz 145 ff.

12) BGH 24. 1. 2006, XI ZR 384/03, *Kirch/Deutsche Bank AG und Breuer*.

13) *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ (2016) 22; ausf *Kamer*, Menschenrechte und Persönlichkeitsschutz in Österreich und Europa, Vienna Law Inauguration Lectures III 27 ff.

14) *Mauczka*, Die Anwendung der Theorie der Interessenskollisionen auf die angeborenen Rechte, in FS zur Jahrhundertwende des ABGB II (1911) 229 (268 ff).

15) *Dickmann*, Nach dem Datenabfluss: Schadenersatz nach Art 82 der Datenschutz-Grundverordnung und die Rechte des Betroffenen an seinen personenbezogenen Daten, r+s 2018, 345 (348).

16) *Wybitil/Neu/Strauch*, Schadenersatzrisiken für Unternehmen bei Datenschutzverstößen, ZD 2018, 202 (205).

→ Mehrheiten von Haftpflichtigen, zu denen sich zwar Regeln in der DSGVO finden, die aber insb vor dem Hintergrund aktueller Rsp des EuGH potentiell wirkmächtig sind.

1. Ersatz ideeller Schäden

a) Ausgangspunkt und Funktion

Dass der Ersatz ideeller Schäden in der DSGVO ein wichtiges Thema ist, wurde schon erwähnt und überrascht auch nicht. Es ist eine alte Weisheit, dass gerade Beeinträchtigungen von Persönlichkeitsrechten nach einer Sanktionsmöglichkeit im ideellen Bereich verlangen, wenn man sie schadenersatzrechtlich überhaupt wirksam sanktionieren will.¹⁷⁾ Materielle Schäden werden oft nicht angerichtet, sodass ein Ersatz nur von Vermögensschäden zu kurz griffe. Überhaupt drohten sonst Schutzdefizite, weil bei Eingriffen in die Persönlichkeit Unterlassungsklagen meist zu spät kommen und auch Beseitigungsansprüche keine wirkliche Abhilfe versprechen.¹⁸⁾ Will man Positionen im ideellen Kernbereich adäquat schützen, ist daher der Ersatz ideeller Schäden ein besonders wichtiger Faktor. Der BGH ist auf diese Linie nicht zufällig (erst) im Auftrag der Art 1 und 2 Bonner Grundgesetz eingeschwenkt¹⁹⁾ und vor dessen Erlassung an der vergleichsweise restriktiveren zivilrechtlichen Rechtslage im BGB gescheitert.²⁰⁾ Das ABGB ist mit § 16 und der Anerkennung der Tilgung der verursachten Beleidigung (§ 1323) bei auffällender Sorglosigkeit (§ 1324) flexibler.

b) Draufsicht: Der Ersatz ideeller Schäden im österreichischen Recht

Grundlehren

Gleichzeitig entspricht der österr ebenso wie der deutschen Tradition aber auch eine tendenzielle Zurückhaltung beim Ersatz ideeller Schäden.²¹⁾ Das zeigt der seit Judikat 184²²⁾ tradierte Satz, dass ideelle Schäden grundsätzlich nur ersetzt werden, wenn der Gesetzgeber dies explizit vorsieht.²³⁾

Diese Zurückhaltung liegt nicht daran, dass immaterielle Güter oder Interessen weniger wichtig sind als materielle Güter. Wer würde etwa beim schuldhaften Verlöbnißbruch (§ 46 ABGB) den Vertrauensschaden „Hochzeitstorte“ als dringlicher empfinden als den Herzschmerz?²⁴⁾ Dass dieser dennoch nicht ersetzt wird, jener aber schon, lässt sich nicht einfach darauf zurückführen, dass der Herzschmerz das allgemeine Lebensrisiko darstellt, weil die Frage ja auf die schuldhaftige Verwirklichung dieses Risikos hinausläuft.

Die Rechtsordnung ist sich aber zweifellos bewusst, dass Geld für ideelle Schäden ganz grundsätzlich ein sehr unkompletter Ersatz ist, weil immaterielle Güter eben gerade dadurch charakterisiert werden, dass sie kein Preisschild haben. Freilich ist unkompletter Ersatz besser als gar keiner. Der Geschädigte kann sich – so die ratio in Kurzform – um das Geld zumindest Annehmlichkeiten verschaffen, die seine Unbill aufwiegen sollen,²⁵⁾ wobei das Preisschild, das der Nachteil bekommt, notwendig willkürlich ist. Die Rsp gewährt etwa für einen Tag starker Schmerzen ca € 350,-²⁶⁾ Das ist ebenso wenig richtig oder falsch, wie es

€ 250,- oder € 1.000,- wären. Richtig oder falsch ergibt sich bei der Bemessung ideeller Schäden daher nur aus der Relation zur bisherigen Judikatur, was wiederum deren Rolle betont.²⁷⁾

Der Hauptgrund für die Zurückhaltung beim Ersatz ideeller Schäden liegt wohl insb darin, dass sich immaterielle Nachteile oft schon dem Grunde nach kaum feststellen lassen und der genauen Höhe nach noch schwieriger. Dabei geht es nicht um die Bewertung, also das fehlende Preisschild, sondern um das zu bewertende Tatsachensubstrat.

Den Schwierigkeiten bei der Feststellung des relevanten Tatsachensubstrats trägt die Rechtsordnung verschiedentlich Rechnung. So wird das Schmerzensgeld im Ergebnis abstrahiert vom konkreten Opfer berechnet. Bei der Bemessung bleiben die finanziellen Verhältnisse des Verletzten außer Betracht, obwohl vor dem Hintergrund seiner Funktionsweise das Schmerzensgeld als „Annehmlichkeitenfinanzierung“ für den Millionär, der mehr oder teureren Spaß gewöhnt ist, vielleicht höher sein müsste als für einen Mindestrentner.²⁸⁾ Das ist keine zynische Relativierung von Leid, sondern eine Relativierung des Maßes der Verteilung von Schmerzensgeld, für das praktisch und pragmatisch auch das konkrete Schmerzempfinden – ist der Geschädigte tapfer oder wehleidig – irrelevant

17) F. Bydliński, Der immaterielle Schaden in der österreichischen Rechtsentwicklung, in FS von Caemmerer 785; Karner/Koziol, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Gutachten für den 15. ÖJT II/1, 35f.

18) F. Bydliński in FS von Caemmerer 785; Karner/Koziol, Gutachten 15. ÖJT II/1, 11f.

19) Art 1 GG: „(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Art 2 GG: „(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“

20) § 253 BGB sah vor der Novellierung durch das 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz (dBGBl I 2002, 2674) noch vor, dass der Ersatz ideeller Schäden „nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen“ gefordert werden kann.

21) Vgl zum Meinungsstand Rabl/Riedler, Schuldrecht BT⁶ (Rz 13/56f).

22) GIUNF 4185, aus historischer Perspektive F. Bydliński, JBl 1965, 178f; Karner/Koziol, Gutachten 15. ÖJT II/1, 18f, die den Einfluss des BGB betonen, der eine Zäsur im Vergleich zur früheren Rsp war.

23) Zu nennen sind hier etwa § 1325 (Schmerzensgeld bei Körperverletzung), § 1328 (angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung bei geschlechtlichem Missbrauch), § 1331 (Wert der besonderen Vorliebe bei Sachschäden), § 16 Abs 2 UWG (Vergütung für erlittene Kränkung oder andere persönliche Nachteile durch unlauteren Wettbewerb), §§ 6 ff MedienG (Entschädigung für erlittene Kränkung durch Veröffentlichung in Massenmedien), § 33 DSGVO (angemessene Entschädigung bei Datenmissbrauch), § 8 Abs 3 MRG (Bedachtnahme auf erlittenes Ungemach bei grob fahrlässigen Verstößen gegen die Pflicht zur möglichsten Schonung des Mietrechts).

24) Vgl zu dem Problembereich Höllwerth, Schadenersatzansprüche im Familienrecht, EF-Z 2016, 290 (291).

25) Strasser, Der immaterielle Schaden im österreichischem Recht (1964) 18f; F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts (2013) 222; Karner/Koziol, Gutachten 15. ÖJT II/1, 25f; Reischauer in Rummel⁶ § 1325 Rz 43.

26) Hartl, Schmerzensgeldsätze in Österreich in Euro – Stand: Februar 2018, RZ 2018, 54.

27) Vgl zur Bemessung des ideellen Schadens: Karner, Quantification of Moral Damages in Personal Injury Cases in a Comparative View, Essays in Honor of Jaap Spier (2016) 120ff.

28) SZ 25/268; OGH 1 Ob 32/87; 1 Ob 43/89; aA F. Bydliński, Buchbesprechung zu „Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht“, JBl 1962, 108f; Koziol, HPR¹³ Rz 11/22; Reischauer in Rummel⁶ § 1325 Rz 46.

bleibt. Auch das Prozessrecht nimmt auf diese Problemlage Rücksicht. Während es auf das Überklagen, also das Ansetzen eines zu hohen Streitwerts, an sich mit empfindlichen Kostenfolgen reagiert, ist es im Rahmen des Kostenprivilegs des § 43 Abs 2 ZPO milde, wenn und weil der Klagsbetrag von der Feststellung durch richterliches Ermessen oder von der Ausmittlung durch Sachverständige abhängig ist. Weil man es eben nicht so genau weiß und als Kläger auch nicht so genau wissen kann, ob von den 31 Schmerztagen sieben schwer, zehn mittel und 14 leicht waren oder doch zehn schwer, 17 mittel und vier leicht, kommt die ZPO dem Geschädigten entgegen.

Aus all dem folgt, dass man sich traditionell umso leichter tut, je mehr ein ideeller Schaden mit einer greifbaren und objektivierbaren Beeinträchtigung einhergeht. Ideal sind äußerlich feststellbare Schäden, weil die Kombination von Erfahrungssätzen mit handfestem Anknüpfungspunkt die ganze Sache bewältigbar macht: Deshalb bereitet die Beurteilung des Beinbruchs keine besonderen Schwierigkeiten, was – wahrscheinlich mindestens so sehr wie der Gedanke der Globalbemessung – der Grund dafür ist, warum sich die Praxis gerne auf detaillierte Schmerzengeldtabellen stützt.²⁹⁾

Darin liegt (ua) wohl auch der Grund, warum der Ersatz des ideellen Schadens beim Schockschaden, also der krankheitswertigen Reaktion auf die Tötung oder Verletzung eines Menschen, seit der Judikaturwende des OGH³⁰⁾ überhaupt nicht mehr kontrovers ist, während der Trauerschaden, also der reine Gefühlsschaden ohne Krankheitswert, manchen immer noch suspekt erscheint.³¹⁾ Zwar ist auch der Schockschaden nicht äußerlich feststellbar,³²⁾ die Autorität eines psychiatrischen Gerichtssachverständigen vermittelt aber zumindest den Eindruck von Objektivität. Eine dem Beinbruch vergleichbare Sicherheit wird damit bei „inneren Tatsachen“ natürlich dennoch nicht erreicht: Erinnert sei beispielhaft an den Fall eines Amokfahrers in der Grazer Innenstadt, der, je nachdem, welchen Gerichtsgutachter man gefragt hat, entweder zurechnungsfähig war oder eben nicht, oder an die ganz rezente Neuauflage dieses Dilemmas bei einem aufsehenerregenden Prozess um einen Mord an einem Kind in Wien.³³⁾ Trotzdem ist die psychische Krankheit ein objektiverer Anhaltspunkt, der unkomplizierter ins Gesamtgefüge passt.

Aus zivilrechtlicher Perspektive lässt sich in der Diskussion bisweilen jedenfalls immer noch ein gewisses Unbehagen gegenüber Ersatz ohne greifbare Verletzung konstatieren, etwa wenn man bedenkt, dass der OGH bloßen „Seelenschmerz“ für ein verhindertes Kontaktrecht nicht kompensiert,³⁴⁾ während es für Kontaktrechtsverletzung, die zu einer psychischen Reaktion mit Krankheitswert geführt hat, sehr wohl Schmerzengeld nach § 1325 ABGB geben kann.³⁵⁾ Im recht offensichtlichen Bemühen, den Gefühlsschaden nicht ausfern zu lassen, und im Misstrauen gegenüber dem vergleichsweise immer noch neuen Ersatz solcher Schäden sind sichtlich Einbußen an Kohärenz und Folgerichtigkeit zu verzeichnen.³⁶⁾

Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen

So greifbar wie Körperverletzungen sind Verletzungen von Persönlichkeitsrechten meist nicht. Dennoch ist es

zweifelloso gerechtfertigt, bei qualifizierten Persönlichkeitsrechtsverletzungen den Ersatz ideller Schäden zu gewähren, ist dieser doch ein „*Gradmesser für die Wirksamkeit des Schutzes von Persönlichkeitsrechten*“.³⁷⁾ Auf das sonst drohende Untermaß an Schutz in Anbetracht des häufigen Ausbleibens von Vermögensschäden und der begrenzten Effektivität von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen wurde ebenso bereits hingewiesen wie auf die breite Verankerung des Persönlichkeitsrechts durch § 16 ABGB.

Der OGH hat daher bei einem falschen Eintrag in der Bonitätsdatenbank über die schlechte Zahlungsmoral eines Unternehmensberaters € 750,- an Ersatz für ideelle Schäden nach § 33 DSGVO 2000 gewährt.³⁸⁾ Beim Sexvideo, das seinen Weg ins Internet gefunden hat, konnten € 8.000,- zugesprochen werden.³⁹⁾

Zwischenbilanz

Insgesamt lässt sich die Zwischenbilanz ziehen, dass es eine Tendenz gibt, immateriellen Schadenersatz bei qualifizierten Persönlichkeitsverletzungen zu gewähren, wobei es sich aus österr Perspektive hier eher um eine doppelte Qualifikation handeln muss: Anknüpfungspunkt ist grobes Verschulden einerseits, aber auch eine nicht bloß geringfügige Verletzung⁴⁰⁾ andererseits,⁴¹⁾ wie sich an der – sinnvollen – Ablehnung von Schmerzengeld für ganz geringfügige Verletzungen⁴²⁾ besonders deutlich zeigt. Ob diese beiden Faktoren *de lege lata* die einzigen Zutaten für ein allgemeines Prinzip sind, kann – und muss – hier nicht

29) Vgl etwa *Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek*⁴ § 1325 Rz 90.

30) OGH 2 Ob 45/93 ZVR 1995/46 sowie OGH 2 Ob 99/95 ZVR 1997/75.

31) Rechtsdogmatisch fällt die Anknüpfung an das absolut geschützte Rechtsgut Gesundheit natürlich auch leicht, während als Grundlage des Trauerschadens ja eine breitere Analogie bemüht wird; vgl zu all dem auf *Kamer*, Zur Ersatzfähigkeit von Schock- und Trauerschäden – eine Bilanz, in FS Danzl (2017) 87.

32) Ausnahmen sind denkbar, etwa im Fall der Gesichterschlaffung OGH 2 Ob 7/05 a ZVR 2005/47, 166 (*Kamer*).

33) Die Diskussion zu den Schwächen des Sachverständigenbeweises – gerade wenn es um „innere Tatsachen“ geht – kann hier nicht geführt werden. Vgl dazu jüngst *Spitzer*, Der Sachverständigenbeweis im österreichischen Zivilprozess, ZZP 2018, 25.

34) OGH 8 Ob 133/06 a EF-Z 2007/33 (*Gitschthaler*); 9 Ob 28/14 d ZVR 2015/59 (krit *Kathrein*): „Ansprüche wegen einer durch ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten verursachten konkreten Gesundheitsbeeinträchtigung sind daher durchaus denkbar. Psychische Schäden des Klägers, die Krankheitswert erreichen, konnten aber nicht nachgewiesen werden.“

35) OGH 4 Ob 8/11 x EF-Z 2012/83 (*Reischauer*) = iFamZ 2011/136 (*Thoma-Twaroch*). Zum Problemkreis *Kamer*, Besuchsrechtsverletzung und Schadenersatz – ein Paradigmenwechsel? ÖJZ 2011, 572.

36) Damit ist nicht gesagt, dass jeder immaterielle Schaden kompensiert muss. So wird durch massive Eheverfehlungen zugefügtes Leid – anders als Detektivkosten (RIS-Justiz RS0022959; RS0022943) – nicht ersetzt. OGH 6 Ob 124/02 g; 1 Ob 134/12 f iFamZ 2012/230 (*Deixler-Hübner*). Das ist zwar nicht zwingend, es lässt sich aber durchaus argumentieren, dass das Scheidungsrecht, das ja gerade bei den Scheidungsfolgen auf das Verschulden der beiden Parteien abstellt, diese Frage abschließend regelt.

37) *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 25.

38) OGH 6 Ob 247/08 d.

39) OLG Wien 11 R 119/15y.

40) Dabei spielt dabei nicht nur für die Intensität der Schädigung, sondern auch das beeinträchtigte Rechtsgut eine Rolle.

41) *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 224; *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 5/28.

42) Vgl *Stoll*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag I/Teil 1 (1964) 143, der darauf hinweist, dass ein gewisses Maß an seelischer Erschütterung für die Teilnahme am sozialen Leben in Kauf zu nehmen ist.

abschließend geklärt werden. Die überwiegende Ansicht zum Verlöbnißbruch, aber auch die Rsp zum Trennungsschmerz bei Kontaktrechtsverletzung illustrieren, dass ein solches allgemeines Prinzip jedenfalls nicht allgemeinen Beifall finden würde, weil verbreitet noch eine gesonderte gesetzliche Anordnung gefordert wird.

c) Draufsicht: Der Ersatz ideeller Schäden im europäischen Privatrecht

Auf europäischer Ebene sieht die Sache grundsätzlich anders aus, was sich im Kurzfazit ausdrücken lässt, das Unionsprivatrecht verlange „grundsätzlich den Ersatz auch des immateriellen Schadens“.⁴³⁾

Beispiele gibt es dementsprechend viele, wobei vielleicht nicht immer und überall die mittlerweile hohe Anzahl an Mosaiksteinen und die damit einhergehende Aussagekraft des Mosaiks präsent sind.

Im Zusammenhang mit Geheimnisschutz ist etwa an Art 14 Geschäftsgeheimnis-RL zu denken, der in Abs 2 explizit auch den Ersatz immaterieller Schäden aus dem rechtswidrigen Erwerb, einer rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses vorsieht.⁴⁴⁾ Notorisch ist, dass es schon für leicht fahrlässige, aber zumindest erhebliche Beeinträchtigungen der Urlaubsfreude Ersatz gibt, ursprünglich auf Initiative des EuGH,⁴⁵⁾ mittlerweile auf Anordnung der Pauschalreise-RL.⁴⁶⁾ Auch der Verlust von Reisegepäck berechtigt nach der Rsp des EuGH zum Montrealer Übereinkommen zum Ersatz ideeller Schäden,⁴⁷⁾ wobei in der Lit beruhigt wird, auch der Ersatz des Affektionsinteresses „für jeden verlorenen Teddybären“ führe nicht zur Haftungsausuferung, weil dafür ja Haftungshöchstgrenzen bestünden.⁴⁸⁾ Das ist faktisch richtig, dogmatisch aber für Kritiker des Ersatzes ideeller Schäden wahrscheinlich ebenso wenig beruhigend, wie dass bei der Fluggastrechtverordnung, die pauschale Ausgleichsansprüche für Flugverspätungen und -ausfälle normiert, überhaupt der immaterielle Schaden im Vordergrund stehe.⁴⁹⁾

Auch bei Diskriminierung wird für ideelle Schäden gehaftet, was mit Blick auf den engen Persönlichkeitsbezug einleuchtet. Dass das nach der Rsp des EuGH aber verschuldensunabhängig passieren muss,⁵⁰⁾ ist aus österr Perspektive ebenso eine Überraschung, wie dass der Schadenersatz, den die Enforcement-RL für Immaterialgüterrechte vorsieht, auch immaterielle Schäden umfasst. Die Enforcement-RL nimmt sich den Ersatz dieser Schäden zwar eigens vor⁵¹⁾ und positiviert ihn teilweise auch explizit,⁵²⁾ sie wird aber auch dort, wo das nicht der Fall ist,⁵³⁾ vom EuGH so interpretiert. Das sei durch das hohe Schutzniveau angezeigt, was – wie sich noch zeigen wird – eine beliebte und wirkmächtige Argumentation ist.

d) Handlungsbedarf

Man kann also bei aller Vorsicht sagen, dass zwei Vorstellungen aufeinandertreffen, die sich in ihrem Umgang mit dem ideellen Schaden markant voneinander unterscheiden: ein traditionell restriktiver Zugang, der zwar an allen Ecken und Enden bröckelt, seine Restriktion aber dennoch noch nicht abgelegt hat, einerseits,

ein gänzlich unverkrampfter – bisweilen aber auch er-ratischer und undogmatischer – Zugang andererseits, der das Schadenersatzrecht im Sinn eines *private enforcement* stärker in den Dienst der Effektivierung der Rechtsordnung stellen dürfte.⁵⁴⁾

Um Missverständnissen vorzubeugen: Natürlich kann der EU-Gesetzgeber Ersatz für ideelle Schäden anordnen, wo er das will. Das ist nur eine Frage rechtspolitischer Sinnhaftigkeit, zu der man geteilter Meinung sein kann, für die aber gilt: *Bruxellae locuta, causa finita*. Was aber, wenn *Bruxellae non locuta* oder zumindest *non satis locuta*?

Handlungsbedarf aus österreichischer Perspektive

Dann stellt sich wie bei der rudimentären DSGVO die Frage, wie die nationalen Zivilrechte den Ball aufnehmen sollen. Dazu ist zunächst ein Blick auf das gegenwärtige österr Koordinatensystem zum Ersatz reiner Gefühlsschäden in der Rsp sinnvoll, das im Großen und Ganzen in sich stimmig ist.

Der OGH ersetzte kürzlich etwa € 20.000,- im Fall einer Babyvertauschung im Krankenhaus. Die Familie erkannte 20 Jahre nach der Geburt ihrer vermeintlichen Tochter beim Blutspenden, dass eine Abstammung unmöglich ist. Das Kind war im Krankenhaus vertauscht worden, was nach den Feststellungen dazu geführt hat, dass das gesamte Familiengefüge „in gewisser Art und Weise verschoben“ ist. Die Eltern „bedrängt die Frage, was mit ihrem leiblichen Kind passiert ist.“ Die Tochter „möchte wissen, wer ihre leiblichen Eltern sind.“ Diese Gedanken gehen jeweils mit einer massiven psychischen Belastung – aber ohne Krankheitswert – einher.

€ 5.000,- gab es für das Opfer qualifizierten ein- halbjährigen Stalkings.⁵⁵⁾ Der Beklagte verfolgte die Klägerin mehrmals wöchentlich, suchte ihre Nähe, ging ihr auf der Straße hinterher, filmte und fotografierte sowohl vom Gehsteig als auch von einem Traktor aus in ihr Schlafzimmer und nahm vor ihr an sich geschlechtliche Handlungen vor. Das Opfer empfand ob dieser Nachstellungen Wut und Hilflosigkeit und eine erhebliche Beeinträchtigung der Lebensweise.

Im Sinn einer Globalbemessung sind € 5.000,- ein nicht zu beanstandender, weil stattdlicher Betrag. Be-

43) Heinze, Schadenersatz im Unionsprivatrecht (2017) 596.
 44) ErwGr 7 stellt ausdrücklich fest, es müsse dem oft immateriellen Charakter von Geschäftsgeheimnissen Rechnung getragen werden. ErwGr 30 ergänzt: „In Fällen, in denen es beispielsweise angesichts des immateriellen Charakters von Geschäftsgeheimnissen schwierig wäre, die Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens zu bestimmen, käme als Alternative in Betracht, die Schadenshöhe aus Größen herzuleiten, wie etwa den Lizenzgebühren, die angefallen wären, wenn der Rechtsverletzter um eine Genehmigung zur Nutzung des betreffenden Geschäftsgeheimnisses ersucht hätte.“
 45) EuGH 12. 3. 2002, C-168/00, *Leitner/TUI Deutschland*.
 46) ErwGr 34 Pauschalreise-RL.
 47) EuGH 6. 5. 2010, C-63/09, *Walz*.
 48) Heinze, Schadenersatz im Unionsprivatrecht 475.
 49) Heinze, Schadenersatz im Unionsprivatrecht 596.
 50) EuGH 22. 4. 1997, C-180/95, *Draempaehi*; Art 18 Satz 2 RL 2006/54/EG.
 51) ErwGr 26 Enforcement-RL.
 52) Ersatz nach Art 13 Abs 1 lit a.
 53) Ersatz nach Art 13 Abs 1 lit b.
 54) Vgl jüngst *Fidler*, Private Enforcement – Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit im Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht, JBI 2018, 81 (152); *Spitzer*, Kollektivinteressen im Zivilprozess, in GS Rebhahn (2019) 589.
 55) OGH 8 Ob 129/15 a.

denkt man, wie lang sich das Ganze hingezogen hat, ergibt sich allerdings ein nicht gerade berauschender Tagessatz von ca € 10,- bis € 15,-. Dasselbe gilt für die Zusprüche von Trauerschäden, die über etwa € 20.000,- kaum hinauskommen.⁵⁶⁾

Daraus lässt sich leicht ableiten, dass sich die österr Rechtsordnung und Judikatur mit punktuellen Gefühlsschäden schwertun wird, was eindrucksvoll durch eine Entscheidung des OLG Innsbruck bestätigt wird, das die Todesangst des später verstorbenen Unfallopfers während seines halbständigen Überlebenskampfes mit € 300,- abgegolten hat.⁵⁷⁾

Am unteren Ende der Skala – was die Zeitdauer oder was die Beeinträchtigungintensität anlangt – werden Abstufungen mit dem traditionellen österr Zugang also schwierig. Zu denken ist an den Ersatz für entgangene Urlaubsfreude, der nach der Rsp im Extremfall mit € 100,- pro Tag zu Buche schlägt,⁵⁸⁾ und den Ersatz für unberechtigte Haft, der statt früher € 100,-, im Übrigen rechtsdogmatisch mit Blick auf den Gleichheitssatz ebenso wie rechtspolitisch problematisch, jetzt mit € 20,- bis 50,- beschränkt wird.⁵⁹⁾

Klar ist, dass hier quer über Haftungskategorien verglichen und Verschuldenshaftung neben – letztlich – Erfolgshaftung sowie Vertragshaftung neben Delikt gestellt wird. Aber auch – oder gerade – der Vergleich von Äpfeln und Birnen zeigt, dass die österr Praxis ganz gut für Fälle gravierender Beeinträchtigungen gerüstet ist, wie die Sexfilm-Entscheidung belegt, bei der in der Summe ein sinnvolles Ergebnis herausgekommen ist. Für Bagatellfälle besteht allerdings Nachholbedarf. Soll das rechtswidrige Versenden eines Newsletters so viel wert sein wie ein Tag Schmerzen oder eine Woche unberechtigte Haft? Und wo liegt eigentlich die Schwelle, unter der gar kein Ersatz zugesprochen wird?

Damit stehen Hausaufgaben an, die hier nur angedeutet werden können, weil sie kein Spezifikum des Datenschutzrechts sind, sondern Ausdruck einer grundsätzlichen Unsicherheit im Umgang mit ideellen Schäden im österr Recht, die durch das Europarecht nur zugespitzt wird.

Aus spezifisch österr Perspektive braucht es eine Vergewisserung hinsichtlich der Grundlagen des Ersatzes ideeller Schäden *de lege lata*, auch eine grundsätzliche Positionierung *de lege ferenda* würde nicht schaden. Beide Unterfangen können nur gelingen, wenn dabei einerseits dem Umstand Rechnung getragen wird, dass die Konstellationen, in denen Ersatz gebührt, zugenommen haben, und zwar sowohl autonom als auch europäisch, und andererseits, dass es nicht gelingen wird, hinter die Trauerschadenjudikatur zurückzurudern.

Daraus folgt nahtlos die Frage, wie stark die Spannungslinien werden dürfen und welche Wertungswidersprüche wir zu akzeptieren bereit sind; wie sehr uns etwa stört, dass es für verlorene Koffer immateriellen Schadenersatz ohne Weiteres gibt, für verlorene Kinder die Lage aber unsicher ist: Der Versuch, die Kindesvertauschung als Variation des Trauerschadens zu inszenieren, war ja von vornherein irreführend. Der eigentliche Streitpunkt in diesem Fall war recht offensichtlich, ob ideelle Schäden in einer Sonderrechtsbe-

ziehung⁶⁰⁾ auch dann ersetzt werden sollen, wenn den Schädiger nur leichtes Verschulden trifft.⁶¹⁾

Dass es darauf keine mehrheitsfähige Antwort in die eine oder andere Richtung gibt, ist eine wichtige Erkenntnis. Sie gilt es schon deshalb festzuhalten, weil so die angesprochene Unsicherheit über die Grundlagen illustriert wird, die auch dadurch befördert wird, dass der Eindruck entstehen könnte, hier werde ein Schulenstreit ausgetragen, die „Immer-schon-Befürworter“ gegen die „Immer-schon-Gegner“. Insgesamt werden in der Diskussion teilweise alte Vorbehalte gegen die Rsp vom Trauerschaden mitgeschleppt, die den Blick auf neue Herausforderungen unabhängig davon verstellen, ob man den Trauerschaden mag oder nicht.

Sicher ist, dass ideelle Schäden in Zukunft – nicht nur durch die DSGVO – häufiger und niedrigschwelliger ersetzt werden müssen als bisher. Dazu empfiehlt sich Konsistenz über Rechtsgebiete hinweg und – nicht nur aus datenschutzrechtlicher Perspektive – verstärkte Überlegungen zum niedrigschwelligen Bereich, in dem Erfahrungen am meisten fehlen.

Konsequenzen für Datenschutzverletzungen

Erkennt man, dass die ideelle Beeinträchtigung fallspezifisch ist, führt das nahtlos und zwingend zur Bildung von Fallgruppen. Auf das Thema des Schadenersatzes bei Datenschutzverletzungen gemünzt: Welcher Daten werden welchem Personenkreis publik? Nicht jede Fallgruppe wird dabei zum Ersatz ideeller Schäden führen, wenn man sich nicht des Tricks bedienen will, den Schaden in der „Reduzierung des Menschen auf ein Datenverarbeitungsobjekt“ zu sehen.⁶²⁾ In manchen Fällen wird es vielmehr einfach keinen Schaden und dementsprechend auch keinen Ersatz geben. In manchen Fällen wird der Schaden so geringfügig sein, dass es – wie bei ganz geringfügigen Schmerzen – keinen Grund für einen Ersatz gibt. All das ist kein Grund für ein schlechtes Gewissen und noch weniger dafür, den Weg in eine Effektivitätsspirale einzuschlagen.

Eine solche Spirale ist im europäisch determinierten Bereich eine allgegenwärtige Gefahr. Oft ist zu hören, wie abschreckend der Ersatz für ideelle Schäden bei Datenschutzverletzungen sein soll. Aber diese Wirksamkeit und Abschreckung setzt in erster Linie voraus, dass es einen eingetretenen Schaden gibt. Wenn es heißt, man könne „für jede Verletzung der DSGVO ein angemessenes Schmerzensgeld verlangen“,⁶³⁾ stimmt das daher schlicht nicht. →

56) Vgl zu vom OGH bei Trauerschäden zuerkannten Beträge die Übersicht von *Kamer* in FS Danzl 115.

57) OLG Innsbruck 3 R 174/05 w. Die Entscheidung ist zweifellos ein Ausreißer (vgl OGH 7 Ob 43/09 p), der aber zeigt, wie schwierig es sein kann, ohne Erfahrungswerte das richtige Maß zu finden.

58) OLG Wien 4 R 153/06 h.

59) § 5 Abs 2 StEG.

60) Dass nicht alle betroffenen Opfer in einem Vertragsverhältnis mit dem Krankenhaus standen, ändert daran nichts.

61) In konkreten Fall kam natürlich erschwerend dazu, dass es eine sehr spezielle Sonderrechtsbeziehung mit Pflichten war, die ganz auf den Schutz der Familie gerichtet waren.

62) *Wybituul/Haß/Albrecht*, Abwehr von Schadenersatzansprüchen nach der Datenschutz-Grundverordnung, NJW 2018, 113 (114).

63) *Nemitz in Ehmann/Selmayr*, Datenschutz-Grundverordnung² (2018) Art 82 Rz 13.

Das ist nicht, was die österr Rechtsordnung vorgibt,⁶⁴ die den Schadensausgleich als primäre Aufgabe des Haftpflichtrechts sieht, und nicht die Sanktion von Verhalten, das sich nicht ausgewirkt hat. Das ist aber auch nicht, was die DSGVO verlangt. Europarechtliche Effektivität kann vielmehr nur mit den richtigen Mitteln und darf nur für die richtigen Zwecke verfolgt werden. Am effektivsten wäre es bestimmt, jedem Datenopfer einfach € 100.000,- in die Hand zu drücken. Dass das nichts mit Schadenersatz zu tun hat, ist kein chauvinistisches Festhalten am goldenen ABGB gegen europäische Vorgaben, weil ein solcher Ersatz auch mit europäischen Vorgaben nichts zu tun hätte.

Anschaulich zeigt das die Rs *Liffers*,⁶⁵ mit der der EuGH die Bedeutung des Ersatzes immaterieller Schäden in der Enforcement-RL betont hat. Dort betont der EuGH aber gleichzeitig auch, dass es dabei um einen angemessenen Ausgleich des tatsächlichen ideellen Schadens gehe, also nicht um Strafe, sondern um „*Ausgleichsentschädigung*“.⁶⁶ Daraus folgert er, dass der immaterielle Schaden ein Teil des tatsächlich erlittenen Schadens ist, „*sofern sein Vorliegen bewiesen wird*“.⁶⁷

Auf dieser Basis kann man arbeiten und so bleibt auch aus österr Perspektive die Einheit der Rechtsordnung gewahrt, die man nicht ohne Not aufgeben sollte, nur um irgendeinem, noch dazu vermeintlichen Ziel nachzulaufen. Wenn das Ziel nämlich Effektivität ist, darf nicht übersehen werden, dass an der Effektivität der DSGVO wenig Zweifel bestehen. Alle fürchten sich. Dass diese Furcht nicht vor den Schadenersatzpflichten, sondern vor den Strafen besteht, ist belanglos. Für Effektivität ist damit nämlich gesorgt, sodass kein Grund besteht, sich wechselseitig zu überbieten und durch systemfremdes und willkürliches Anziehen sämtlicher Schrauben einen „Superschutz“ zu kreieren, der im Ergebnis nicht gerechtfertigt ist.

So entspricht man auch dem Äquivalenzprinzip. Sind die Anforderungen der DSGVO einmal erfasst, stellt sich heraus, dass niemand von den Mitgliedstaaten verlangt, ihre Rechtsordnung umzukrempeln. Für Österreich wird es im Bereich des Ersatzes ideeller Schäden unmittelbar genügen, die Ersatzfähigkeit nach der DSGVO zu beherzigen. Die angesprochene Verge-wisserung hinsichtlich der Grundlagen wird uns aber *de lege lata et ferenda* nicht erspart bleiben, wenn die Spannungslinien nicht zu groß werden sollen und wenn Folgerichtigkeit und Systemdenken wichtig sind.

Handlungsbedarf aus europäischer Perspektive

Es gibt allerdings nicht nur österr Hausaufgaben, sondern auch europäische, auch wenn sie in Anbetracht des Adressaten wie ein Wunschzettel ans Christkind wirken mögen.

Gibt es irgendeine Richtlinie, die sich kein hohes Schutzniveau vornimmt? Und tatsächlich kann man sich auch lebhaft vorstellen, dass die jeweils betroffenen Verkehrskreise nicht gerade begeistert wären, wenn gerade „ihre“ Richtlinie nur ein mittleres oder niedriges Schutzniveau bekäme. Wenn im Ergebnis aber alles auf einem hohen Schutzniveau stattfindet, kann man wichtig nicht mehr von unwichtig unterscheiden und Heiligtümer nicht mehr von Banalitäten. Wo alles besonders wichtig ist, ist nichts besonders wichtig.

Die Höhe des Schutzniveaus lässt sich daher nur gemessen am Schutzgut und gemessen an anderen Standards beurteilen und ist damit notwendig relativ. Ohne Bezugspunkte eignet sich ein „hohes Schutzniveau“ daher nicht zur Deduktion für konkrete Probleme. Das Bewusstsein dafür wäre schon im Normsetzungsprozess wichtig.

2. Verschuldenshaftung oder Gefährdungshaftung

Konkrete gesetzgeberische Aktivität kann erst recht nicht durch partikuläre Leerformeln wie jene vom Schutzniveau ersetzt werden. Dem EU-Gesetzgeber ist es etwa nicht geglückt, die eigentlich recht einfache Frage zu beantworten, ob die Haftung nach Art 82 DSGVO verschuldensabhängig oder verschuldensunabhängig ist.

Viele Anhaltspunkte gibt es nicht. Art 82 DSGVO verrät nämlich nur, dass nicht haftet, wer beweist, dass er in keiner Weise für den Umstand verantwortlich ist, durch den der Schaden eingetreten ist. Damit weiß man immerhin, wer die Beweislast trägt, aber leider nicht wofür. Geht es um die Entlastung von einer Gefährdungshaftung oder eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr dahin, dass man sich sorgfältig verhalten hat?

Das mag instinktiv vielleicht wie ein Streit um des Kaisers Bart wirken. Die Rechtsnatur der Bauwerkehaftung des § 1319 ABGB ist etwa seit jeher umstritten,⁶⁸ meist wird heute – wie auch beim Tierhalter (§ 1320 ABGB)⁶⁹ – von einer Haftung für objektive Sorgfalts-widrigkeit⁷⁰ samt Beweislastumkehr ausgegangen. In § 1319 ABGB heißt es aber, der Gebäudehalter hafte, wenn er nicht beweist, dass er alle zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt angewendet hat. Dass sich dort somit keine nennenswerten Unterschiede zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung identifizieren lassen, liegt daher am klaren Zuschnitt der Haftungsbe-freiung: Wer alle Sorgfalt eingehalten hat, haftet als Bau-werkehalter nicht, egal ob er dadurch den Verschuldens-vorwurf entkräftet oder sich von der Gefährdungshaf-tung freikaufte. Immer wird nämlich auf sein Verhalten, seine Sorgfalt, abgestellt, sodass im Ergebnis für nicht Erkennbares nicht⁷¹ und für Dritte nur deliktisch gehaf-tet wird. Der Kern der Problematik der DSGVO ist da-her nicht die Rechtsnatur – Verschuldens- oder Gefähr-

64) Dasselbe gilt für die deutsche Rechtsordnung, zu der die meisten zitierten Quellen Stellung nehmen.

65) EuGH 17. 3. 2016, C-99/15, *Liffers*.

66) ErwGr 26 EnforcementRL 2004/48/EG.

67) EuGH 17. 3. 2016, C-99/15, *Liffers*, Rn 17.

68) So handelte es sich nach älterer Rsp (RIS-Justiz RS0023525) etwa um eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr, nach neuer Rsp (RIS-Justiz RS0116783) und einem Teil der Lit (vgl *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1319 Rz 11) hingegen um eine auf einen objektiven Sorgfaltsmaßstab abstellende Gefährdungshaftung oder auch um einen Kompromiss aus beidem (so *Reischauer* in *Rummel*⁵ § 1319 Rz 15).

69) OGH 2 Ob 211/09 g.

70) Dieser Zugang ist auch rechtsvergleichend zu beobachten, wo die österr Konzentration auf ein subjektives Verschulden die Ausnahme ist.

71) Vgl OGH 5 Ob 150/06 d; RIS-Justiz RS0023525 [T 14]; RS0030135 [T 2].

dungshaftung –, sondern das unklare Gesamtpaket. Wofür haftet man und wann haftet man nicht?

Die DSGVO stellt anders als die Bauwerkehaftung nicht eindeutig auf ein Verhalten ab, sondern darauf, dass man in keiner Weise verantwortlich – not in any way responsible – ist, und das kann viel heißen. Ist man in keiner Weise verantwortlich, wenn man sorgfältig war? Wenn man also alle vorhersehbaren Gefahren abzuwenden versucht hat? So ist das beim Gebäudehalter in § 1319 ABGB, der nicht haftet, wenn die Dachkonstruktion zusammenbricht, die der sorgfältig ausgesuchte Dachdeckermeister errichtet hat. Oder ist man nur dann in keiner Weise verantwortlich, wenn man nicht kausal war? Auch das ist kein unerhörtes Konzept. Im EKHG führt ein Versagen der Bremsen ebenso zur Haftung, wie wenn das Kraftfahrzeug durch einen äußeren Umstand – etwa eine Ölspur – trotz aller Sorgfalt des Fahrers ins Schleudern kommt und sogar wenn das angehaltene Fahrzeug von einem Auffahrenden aufgeschoben wird.⁷²⁾ Die hinlänglich bekannte ratio liegt darin, dass das Risiko der besonders gefährlichen Tätigkeit – jedenfalls unter besonders gefährlichen Umständen wie bei außergewöhnlicher Betriebsgefahr – der Halter tragen soll.

Die Entscheidung in der DSGVO fällt schwer und es ist auch kein endgültig überzeugender Ausweg aus dem Dilemma, wenn man versucht, die Wendung „Verantwortung“ oder „responsibility“ wertend aufzuladen („Verantwortlichsein setzt Handeln voraus“ oÄ), weil dadurch der Zirkelschluss vorprogrammiert ist.⁷³⁾ Dementsprechend werden zur Haftung nach der DSGVO alle Ansichten vertreten.⁷⁴⁾ Eine isolierte Auslegung der DSGVO aus sich heraus stößt also auf manche Hürden und Grenzen, die nicht durch die Berufung auf ein hohes Schutzniveau oder eine isolierte teleologische Betrachtung überwunden werden können. Es geht ja immer um eine strenge Haftung, die Frage ist nur, wie streng sie ausfallen soll.

Die Grundregel der Haftung ist der DSGVO also einfach missglückt, ein Missgeschick mit handfesten Auswirkungen. Was gilt etwa, wenn die vom seriösen Drittanbieter zugekaufte Datenbanksoftware fehlerhaft ist und dadurch ein Datenleck verursacht? Der Gebäudehalter würde hier nicht haften (alle erforderliche Sorgfalt aufgewendet), der Kfz-Halter schon (kein unabwendbares Ereignis bei Fehlern in der Beschaffenheit oder der Einrichtungen). Was gilt, wenn unter Einhaltung aller Sicherheitsmaßnahmen ein Hackerangriff Erfolg hat?

Führt isolierte Betrachtung der VO nicht ans Ziel, liegt eine Vergewisserung über das normative Umfeld nahe, allerdings fällt es auch auf europaprivatrechtlicher Ebene schwer, einen allgemeinen Haftungsstandard zu erkennen. Die Diskussion um „*Schadenersatz im Unionsprivatrecht*“, der sich eine rezente Habilitationsschrift widmet, kann hier nicht geführt werden. Ihr Fazit, dass das Unionsprivatrecht ein uneinheitliches Bild biete,⁷⁵⁾ trifft aber sicher zu.

Zweifellos kennt das Unionsprivatrecht weniger Berührungspunkte mit verschuldensunabhängiger Haftung als das autonome österr. Recht. *Gerhard Wagner* konstatiert etwa, „im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zu privatrechtlichen Schadensersatzansprüchen

im Bürger/Bürger-Verhältnis spricht viel dafür, von einer Haftung für objektive Pflichtverletzung auszugehen, die weder einen über die Pflichtverletzung hinausgehenden Vorwurf (Verschulden) noch einen qualifizierten Verstoß voraussetzt“.⁷⁶⁾ Dies korrespondiert mit den österr. Regelungen zur Gebäudehalterhaftung und zur Tierhalterhaftung.

Allerdings gibt es auch alle möglichen Beispiele für eine subjektive Verschuldenshaftung, darunter die Enforcement-RL⁷⁷⁾, die Haftung von Ratingagenturen⁷⁸⁾ oder die Haftung für Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen.⁷⁹⁾

Die (objektiv oder subjektiv geprüfte) Haftung für Sorgfaltswidrigkeit ist auch rechtsvergleichend das Standardmodell der außervertraglichen Haftung, während Gefährdungshaftungen die Ausnahme sind. Als Arbeitshypothese erscheint es daher durchaus naheliegend, dass, wo eine Gefährdungshaftung nicht hinreichend deutlich angeordnet ist, von einer Verschuldenshaftung auszugehen ist. Dieser Zugang gründet nicht darauf, dass das österr. Recht von einem solchen Regel-Ausnahme-Verhältnis ausgeht, sondern dass das „europäische Kulturgut“ der Struktur des Schadenersatzrechts im Zweifel nicht außer Acht gelassen werden darf, sondern vielmehr fruchtbar zu machen ist.

Die eigentlich relevante Frage nach der Haftungsbefreiung ist mit einer Einordnung als auf menschliches Verhalten abstellende Haftung für Sorgfaltsverstöße mitgelöst. Wer jede Sorgfalt eingehalten hat, haftet nicht, er ist dann in keiner Weise verantwortlich für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist.⁸⁰⁾ Ob sich der EuGH wenn man ihn fragt, in solchem judicial restraint übt, ist eine andere Frage.

Ein Untermaß der Haftung ist im hier vertretenen Konzept jedenfalls nicht zu befürchten, ein Übermaß der Haftung im umgekehrten Fall schon. Das erhellt

72) Zum Auffahrunfall s. *Kletečka*, Tauerntunnelkatastrophe: Haftung nach dem EKHG, ZVR 2001, 219.

73) Das gilt mE trotz der Textierung anderer RL, die das Verschulden deutlich ansprechen; vgl. dazu noch unten Text bei FN 77 ff.

74) Gefährdungshaftung: *Frenzel in Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG² (2018) Art 82 Rz 6; *Wybitul*, DS-GVO veröffentlicht – Was sind die neuen Anforderungen an die Unternehmen? ZD 2016, 253; *Tretzmüller*, Private Enforcement – Immaterieller Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, in *Jahnel*, Datenschutzrecht (2017) 199 (214); Verschuldenshaftung: *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO Art 82 Rz 1; *Nemitz in Ehmann/Selmayr*, Art 82 DSGVO Rz 14; *Weiss*, Rechtsbeihilfe und Klagen, in *Knyrim*, Datenschutz-Grundverordnung 325; *Gola/Piltz*, Datenschutz-Grundverordnung² (2018) Art 82 Rz 18; *Härtig*, Datenschutz-Grundverordnung, Rz 234; *Bergt in Kühling/Buchner*, Art 82 Rz 51; *Zankl*, Unklare DSGVO-Haftung, *ecolex* 2017, 1150.

75) *Heinze*, Schadenersatz im Unionsprivatrecht 573.

76) *Wagner*, Rezension von *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, AcP 214 (2014) 602 (605). Dies entspricht durchaus dem gemeineuropäischen Standard, weil die Verschuldenshaftung in den allermeisten europäischen Rechtsordnungen objektiv geprüft wird, vgl. schon FN 70.

77) Art 13 Abs 1: Haftung des Verletzers, „der wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass er eine Verletzungshandlung vornahm“.

78) Art 35 a Abs 1 VO (EG) 462/2013: Haftung der Ratingagentur, die „vorsätzlich oder grob fahrlässig“ gehandelt hat.

79) Art 14 Abs 1 Geschäftsgeheimnis-RL: Haftung des Rechtsverletzers, „der wusste oder hätte wissen müssen, dass er einen rechtswidrigen Erwerb oder eine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses vornahm“.

80) Umgekehrt, also bei der Annahme einer Gefährdungshaftung, bleibt die Frage nach der Haftungsbefreiung hingegen offen.

die Kontrollüberlegung, was bei mehreren Haftpflichtigen gelten soll.

3. Mehrheit von Haftpflichtigen

Auch damit beschäftigt sich die DSGVO. Im Zentrum steht der Verantwortliche, der Adressat allerlei datenschutzrechtlicher Pflichten und als Kehrseite auch Adressat der Haftung ist. Jeder Verantwortliche für eine Datenverarbeitung haftet nach Art 82 Abs 2 für Schäden, die durch verordnungswidrige Verarbeitungen verursacht wurden. Abs 4 ergänzt, dass, wenn mehr als ein Verantwortlicher beteiligt und für einen Schaden „verantwortlich“ ist, eine Solidarhaftung aller Verantwortlichen auf den „gesamten Schaden“ besteht.⁸¹⁾

Die Unsicherheit über die Haftungsgrundlagen schleppt sich hier natürlich fort. Wer nicht weiß, was für die Haftung des Einzelnen erforderlich ist, tut sich bei der Solidarhaftung mehrerer auch nicht leichter.

Die Annahme einer weitreichenden Gefährdungshaftung wäre mit Blick auf mehrere Verantwortliche schon deshalb mit Vorsicht zu genießen, weil der EuGH den Verantwortlichen – wengleich (noch) nicht im schadenersatzrechtlichen Kontext – extensiv auslegt. Mit anderen Worten: Verantwortlicher ist man bald einmal.

Die DSGVO definiert den Verantwortlichen in Art 4 Z 7 als denjenigen, der „allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Der EuGH greift zur Vorgängerregelung⁸²⁾ in der Rs *Google Spain*⁸³⁾ – und dort durchaus zutreffend – ins Repertoire: Es brauche eine „weite Bestimmung des Begriffs des ‚Verantwortlichen‘“, um „einen wirksamen und umfassenden Schutz der betroffenen Personen zu gewährleisten“. ⁸⁴⁾ Diesen Zugang bestätigt die Folgejudikatur.⁸⁵⁾ Die Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein betrieb eine Facebookseite und erhielt von der Datenschutzbehörde den Auftrag, die Seite zu deaktivieren, weil „weder die Wirtschaftsakademie noch Facebook die Besucher der Fanpage darauf hinwies, dass Facebook personenbezogene Daten erhebe und danach verarbeite“. ⁸⁶⁾ Das deutsche Bundesverwaltungsgericht ging davon aus, dass die Wirtschaftsakademie nicht Verantwortlicher ist, zweifelte aber und entschied sich zur Vorlage an den EuGH, wobei der weitere Verlauf niemanden überraschen wird: Der EuGH weist darauf hin, dass die RL „ein hohes Niveau des Schutzes“ beabsichtigt,⁸⁷⁾ und ab da ergibt eins das andere. Der Betreiber einer Facebook-Fanpage sei an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung der Daten seiner Fans beteiligt. Daher sei er gemeinsam mit Facebook für diese Verarbeitung verantwortlich.

Kombiniert man nun eine weitreichende Gefährdungshaftung mit einer extensiv bestimmten Verantwortlichenstellung, sind alle Zutaten für eine schneidige, aber auch willkürliche Haftung beisammen: Die Mittäterhaftung der DSGVO könnte dem Wortlaut nach mangels Abgrenzung nach Verantwortungsbereichen nicht verhindern, dass ein Datenleck bei Facebook zur Haftung der Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein führt.⁸⁸⁾ Das mehrfach angesprochene Anziehen verschiedener Effektivitätsschrauben führte

also geradewegs in eine Effektivitätsspirale, bei der die Möglichkeit des Regresses nach dem „Anteil an der Verantwortung für den Schaden“ (Art 82 Abs 5 DSGVO) nur ein schmaler Trost wäre. Die Rechtfertigung einer so weitreichenden Solidarhaftung erschiene zweifelhaft, weil der Verantwortliche durch die extensive Auslegung aus Ingerenzzusammenhängen gelöst wird, die für Gefährdungshaftungen charakteristisch sind.

Geht man stattdessen wie hier von einer Verschuldenshaftung aus, relativiert sich das Problem, weil die Solidarhaftung nach Abs 4 eine Haftung voraussetzt, also dass ein Verantwortlicher iSd Art 4 Z 7 DSGVO verantwortlich iSd Art 82 DSGVO ist. Auch hier müsste eine notwendig punktuelle und ergebnisorientierte Regelung um ein normatives Umfeld ergänzt werden. Mit einer solchen Einbettung der Regelung in einen größeren Zusammenhang ist aber ein schlüssiges Haftpflichtkonzept möglich, weil die Haftung bei Tätermehrheiten nach allgemeinen Regeln erfolgen könnte.

E. Zusammenfassung

1. Haftung für Datenschutzverletzungen

Die Haftung für Datenschutzverletzungen ist in Art 82 DSGVO nur ungenügend geregelt. Die schwierige Aufgabe für den Rechtsanwender ist die Ergänzung um und Einbettung in allgemeine Regeln, die von einem „gemeineuropäischen“ Schadenersatzrecht vorgegeben werden könnten, die sich rechtsvergleichend aus den europäischen Schadenersatzrechten ergeben könnten oder die im Sinne des Äquivalenzprinzips im jeweiligen nationalen Recht zu finden sein könnten.

Der Ersatz ideeller Schäden ist in der DSGVO grundsätzlich angeordnet. Ideelle Schäden werden nach der DSGVO dann ersetzt, wenn ideelle Schäden eingetreten sind. Die DSGVO spricht hier eine klare Sprache, sämtliche Missverständnisse sind auf die Lehre zurückzuführen. Nichts spricht dafür, diese Norm zur Effektivitätsmaximierung zu überhöhen.

Für Österreich wird der Ersatz vergleichsweise geringfügiger ideeller Schäden insofern eine Herausforderung, als es für den Ersatz üblicherweise qualifizierter Schädigungen bedarf, und zwar gleichermaßen bei Sorgfaltswidrigkeit und Schaden. Für geringfügige ideelle Schäden, wie sie bei vielen Datenschutzverletzungen zu erwarten sind, bedarf es daher erst einer Orientierung, für die die Bildung von Fallgruppen hilfreich sein kann.

Ob die DSGVO eine Verschuldens- oder eine Gefährdungshaftung vorsieht, ist weniger bedeutend als die Haftungsbefreiung. Die Reichweite der Haftung ist der DSGVO ebensowenig zu entnehmen wie einem gemeineuropäischen Standard. Es spricht daher viel

81) Dies gilt auch für Kombinationen von Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern.

82) Art 2 lit d DSRL.

83) EuGH C-131/12, *Google Spain*.

84) EuGH C-131/12, *Google Spain*, Rn 32.

85) EuGH C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*.

86) EuGH C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, Rn 16.

87) EuGH C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, Rn 26.

88) Das wäre im konkreten Fall, in dem der User sich beide Verantwortlichen ausgesucht hat, also die Wirtschaftsakademie, aber natürlich auch Facebook, besonders wenig überzeugend.

dafür, das Standardmodell der außervertraglichen Haftung in allen europäischen Rechtsordnungen, die Verschuldenshaftung, anzuwenden und den Verantwortlichen einer Datenverarbeitung dann haften zu lassen, wenn er sich nicht durch die Einhaltung jeder Sorgfalt freibeweist. Eine solche Haftung ist auch der österr Rechtsordnung nicht fremd, wie § 1319 ABGB über Bauwerke zeigt.

Geht man von einer Verschuldenshaftung mit der Möglichkeit des Freibeweises aus, ist auch die Haftung mehrerer Verantwortlicher nicht besorgniserregend. Umgekehrt hätte eine weitreichende Gefährdungshaftung in Anbetracht der weiten Auslegung des haftpflichtigen „Verantwortlichen“ durch den EuGH das Potential, diesen Verantwortlichen aus Ingerenzzusammenhängen zu lösen, die für Gefährdungshaftungen charakteristisch sind.

2. Allgemeines zur Haftung für ideelle Schäden

Die Haftung für ideelle Schäden ist in Österreich seit langem ein umstrittenes Thema. Die Anerkennung

des Trauerschadens durch den OGH war die letzte größere Entwicklung auf diesem Gebiet, die allerdings noch nicht verdaut sein dürfte. Vorbehalte gegen den Ersatz reiner Gefühlsschäden finden sich im Gesetzesrecht (wie beim Schadenersatz beim Verlöbnisbruch), aber auch in der Rsp (wie beim Schadenersatz bei Besuchsrechtsvereitelung) und bei Teilen der Lehre.

Die österr Zurückhaltung trifft auf eine enorme europarechtliche Großzügigkeit beim Ersatz ideeller Schäden.

Schon dadurch – aber auch im rein autonomen Bereich – werden die Spannungen in der Rechtsordnung größer. Kasuistik geht vor Kohärenz, Versuche der Eindämmung des Ersatzes vor Folgerichtigkeit. Es bedarf daher einer Vergewisserung über die Grundlagen des Ersatzes ideeller Schäden *de lege lata* und einer Positionierung *de lege ferenda*, weil unbefangenen Normunterworfenen nur schwer zu erklären ist, warum für vertauschte Koffer ideelle Schäden unproblematisch ersetzt werden, bei vertauschten Kindern ein solcher Ersatz aber nicht zustehen sollte.

→ In Kürze

Die Haftung für Datenschutzverletzungen nach Art 82 DSGVO ist in zentralen Fragen auslegungsbedürftig. Der Beitrag beantwortet grundsätzliche Fragen der Rechtsnatur und des Pflichtenprogramms.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Martin Spitzer ist Universitätsprofessor am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Kontaktadresse: Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, AD, 1020 Wien. Tel: +43 (0)1 313 36-5666, E-Mail: lehrstuhl.spitzer@wu.ac.at
Internet: www.wu.at/spitzer

Vom selben Autor erschienen:

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵;
Kollektivinteressen im Zivilprozess, in GS Rebhahn (2019) 573;
Burtscher/Spitzer, Haftung für Klimaschäden, ÖJZ 2017, 945;
Eberhard/Spitzer, Verbraucherschutz und Verfassungsrecht, ÖJZ 2017, 308.

