

**Gerichtshof der Europäischen Union**  
Kanzlei  
L - 2925 LUXEMBURG

**Rechtsanwalt**  
RA Dr. Oliver Peschel

**Rechtsanwaltsanwärter**  
Mag. Manuel Schölm

Rotenturmstraße 27/6  
A-1010 Wien

T: +43 1 3919600

office@peschel.at  
www.peschel.at

Wien, am 29.9.2020

**C-300/21**  
**8Cg34/20h**

Klagende Partei:

vertreten durch:

[REDACTED]  
Dr. Oliver Peschel  
Rechtsanwalt  
Rotenturmstraße 27/6  
A-1010 Wien  
Code R116862  
Fax: +43 1 3919600 - 99

Beklagte Partei:

vertreten durch:

Österreichische Post AG Unternehmenszentrale  
Rochusplatz 1, A-1030 Wien  
Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH  
Schubertring 6  
A-1010 Wien  
Fax: +43 1 515 10-2510

wegen:

EUR 17.000,00 s. A.

## ERKLÄRUNG

Vollmacht erteilt einschließlich  
Vollmacht gem. § 8 RAO

## Inhaltsübersicht

<b>Übersicht</b>	<b>1</b>
<b>Zur Frage 3:</b>	<b>1</b>
1. <b>Einleitende Bemerkungen</b>	<b>1</b>
2. <b>Feststellungen des vorlegenden Gerichts zum immateriellen Schaden</b>	<b>1</b>
2.1. Feststellungen im gegenwärtigen Fall („verärgert, erbost und beleidigt“)	1
2.2. Feststellungen des vorlegenden Gerichts im Fall C-446/21 („massiv genervt“)	2
2.3. Übersicht über Sachverhalt und Fragestellung	2
3. <b>Fälschlich angewandte nationale Konzepte zum immateriellen Schadenersatz</b>	<b>3</b>
3.1. Zur Rechtslage in Österreich bis zum 25.5.2018	3
3.2. Zur Rechtslage in Deutschland bis zum 25.5.2018	5
3.3. Die DSGVO ist autonom auszulegen	5
4. <b>Der autonome Schadensbegriff in Art. 82(1) DSGVO</b>	<b>6</b>
4.1. Historie von Art. 82(1) DSGVO	6
4.2. Wortlaut von Art. 82(1) DSGVO	8
4.3. Weiter Schadensbegriff nach Erwägungsgrund 146	8
4.4. Zu den Erwägungsgründen 75 und 85	9
4.5. Zum Schadensbegriff anhand der Ziele und Zwecke der DSGVO	10
4.6. „Sekundärschäden“ an anderen Rechtsgütern (etwa geistige Unversehrtheit und Eigentum) sind vom Primärschaden am Recht auf Datenschutz zu trennen	14
4.7. Anderer immaterieller Schaden im europäischen Recht	14
5. <b>Zur den vermeintlichen „Bagatellverstößen“ im Rahmen der DSGVO</b>	<b>15</b>
5.1. Immaterielle Schäden sind prinzipiell keine Bagatellen	15
5.2. Datenschutzverletzungen sind typischerweise „Streuschäden“	16
5.3. Bagatellverfahren sind Sache des nationalen Verfahrensrechts	16
5.4. Der europäische Gesetzgeber forciert den Zugang zum Recht	16
5.5. Schadenshöhe als natürliches Regulativ für Bagatellschäden	17
6. <b>Grundrechtskonforme Auslegung verlangt immateriellen Schadenersatz</b>	<b>17</b>
6.1. Typischer Rechtsbruch von Rechtsdurchsetzung ausgeschlossen	17
6.2. Zurückliegender Rechtsbruch und das nationale Prozessrecht	17
6.3. Profit durch Rechtsbruch	18
6.4. Ungleichbehandlung von immateriellen Schäden	19
7. <b>Zu den sonstigen Elementen der Vorlage</b>	<b>19</b>
7.1. Strafen nach Art. 83 DSGVO gleichen Rechtsschutzdefizit nicht aus	19
7.2. Vermeintlicher „Strafschadenersatz“	20
7.3. Fehlende Definition der „Erheblichkeit“	20
<b>Zur Frage 2:</b>	<b>20</b>
1. <b>Einleitende Bemerkung</b>	<b>20</b>
2. <b>Bemessung immaterieller Schäden</b>	<b>20</b>
2.1. Effektivität und Äquivalenz	20
2.2. Verhältnismäßigkeit: Kleiner Schaden, kleiner Schadenersatz	21
2.3. Mögliche objektive Elemente einer Bemessung	21
2.4. Praxis zeigt eine Herausbildung von „Tabellen“	21
<b>Zur Frage 1:</b>	<b>22</b>
1. <b>Frage scheint irrelevant für das Ausgangsverfahren</b>	<b>22</b>
2. <b>„Schadenersatz ohne Schaden“ und „Rechtsverletzung per se“ als Strohmann</b>	<b>22</b>
3. <b>Rechtsverletzungen ohne immateriellen Schaden sind auch nach dem weiten Schadensbegriff des Art. 82 DSGVO regelmäßig der Fall</b>	<b>22</b>
<b>Vorgeschlagene Beantwortung der vorgelegten Fragen:</b>	<b>23</b>

## Übersicht

1. Die Vorlage des Obersten Gerichtshofs (OGH) scheint eine Verankerung einer sogenannten „*Erheblichkeitsschwelle*“ für immaterielle Schäden nach Art. 82(1) DSGVO zu bezwecken. Dieses Konzept wurde bisher in der deutschen und österreichischen Literatur und Rechtsprechung vertreten. Die klagende Partei hat sich daher erlaubt, den Hintergrund dieser Frage durch die Darstellung der (nicht mehr anwendbaren) nationalen Rechtsgeschichte zu erläutern und sodann den neuen autonomen und europäischen Schadensbegriff in Art. 82(1) DSGVO im Rahmen der Beantwortung von Frage 3 aufzuarbeiten. Frage 2 und Frage 1 scheinen bei einem korrekt ausgelegten Schadensbegriff teilweise hinfällig.

### Zur Frage 3:

#### **1. Einleitende Bemerkungen**

2. Im Kern schlägt das vorlegende Gericht vor, dem Art. 82(1) DSGVO die Tatbestandselemente „*von zumindest einigem Gewicht*“ und „*über den durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Ärger hinausgeht*“ hinzuzufügen. Die Bestimmung würde damit wie folgt lauten:

(1) Jede Person, die wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller Schaden, oder immaterieller Schaden von zumindest einigem Gewicht, das über den durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Ärger hinausgeht, entstanden ist, hat Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter.

3. Eine solche Ergänzung obliegt jedoch ausschließlich dem europäischen Gesetzgeber, der mit der DSGVO ein sehr detailliertes und die verschiedenen Rechtspositionen abwägendes System geschaffen hat. Auch rechtspolitisch ist diese Ergänzung impraktikabel und widerspricht dem Zweck der DSGVO. Hierzu im Detail:

#### **2. Feststellungen des vorlegenden Gerichts zum immateriellen Schaden**

4. Vorab ist auf die relevanten Tatsachenfeststellungen im Ausgangsverfahren einzugehen:

##### **2.1. Feststellungen im gegenwärtigen Fall („*verärgert, erbost und beleidigt*“)**

5. Das vorlegende Gericht hat festgestellt, dass der Kläger „*über die Speicherung seiner Daten zur Parteilaffinität verärgert [war]. Zusätzlich erbost und beleidigt war der Kläger über die ihm seitens der Beklagten zugeschriebene ‚hohe Affinität‘ zur FPÖ*“ (Rn 4 der Vorlage), die als rechtspopulistische Partei besonders umstritten ist. Das vorlegende Gericht hält fest, dass „*andere, nicht bloß vorübergehende gefühlsmäßige Beeinträchtigungen nicht festgestellt werden [konnten]*“ (Rn 4 der Vorlage). Die Feststellungen entstammen dem Urteil des LG f ZRS Wien (Cg 34/20h-14 vom 14.7.2020). Die sonstigen vom Kläger vorgebrachten Nachteile

(Kreditschädigung, ein hervorgerufenes „großes Ärgernis“, ein „Vertrauensverlust“, eine „gefühlsmäßige Bloßstellung“, der Verlust der „Freiheit [...] seine politischen Daten zu kontrollieren“ und das vorgebrachte „große innere Ungemach“) wurde anhand der Auswirkung auf eine durchschnittliche „Maßfigur“ (OLG Wien, 14 R 143/20g, Seite 15) verworfen.

## 2.2. Feststellungen des vorlegenden Gerichts im Fall C-446/21 („massiv genervt“)

6. Besonders hinzuweisen ist auch darauf, dass derselbe Senat des vorlegenden Gerichts am 23.6.2021 in [6 Ob 56/21k](#) (andere Vorlagefragen zu C-446/21 beim EuGH anhängig) bei einem Kläger, der durch eine verspätete Auskunft nach Art. 15 DSGVO „massiv genervt“ war, einen Schaden von € 500 angenommen hat. Eine Vorlage an den EuGH wurde explizit für nicht notwendig gehalten, da bei „massiv genervt“ die Erheblichkeit jedenfalls gegeben wäre.
7. Hierbei ist zu bedenken, dass die Begriffsinhalte von „massiv genervt“ und „verärgert, erbost und beleidigt“ bereits rein sprachlich schwierig voneinander abzugrenzen sind. Schon aus einer Gegenüberstellung dieser zwei Urteile desselben Senats des vorlegenden Gerichts ist es für den Kläger schwer vorstellbar, wie im europäischen Kontext (mit vielen kulturellen, rechtlichen und nationalen Traditionen) die Gerichte zu einer einheitlichen Rechtsprechung hinsichtlich eines „erheblichen“ immateriellen Schadens gelangen könnten. Es ist zu erwarten, dass die einheitliche Anwendbarkeit der DSGVO gefährden und für Betroffene der Eindruck der Willkür und Rechtszersplitterung entsteht.

## 2.3. Übersicht über Sachverhalt und Fragestellung

8. In einer simplen Grafik, lässt sich der Sachverhalt und die Fragestellung wie folgt darstellen, wobei im Ergebnis gefragt wird, ob der grün dargestellte „durch die Rechtsverletzung hervorgerufene Ärger“ weiterhin nach Art. 82(1) zum immateriellen Schadenersatz berechtigt:

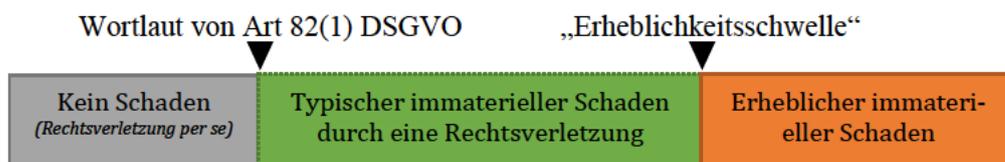


Abb 1: Zwischen dem Fehlen jeden Schadens (links) und einem erheblichen Schaden (rechts), ist der Normalfall eines „typischen“ Schadens bzw. Ärgers nach Art. 82(1) DSGVO anzusiedeln.

9. Laut vorlegenden Gericht liegt „massiv genervt“ wegen einer verzögerten Auskunft im „erheblichen“ orangenen Bereich, jedoch „verärgert, erbost und beleidigt“ über die Zurechnung von (falschen) politischen Präferenzen für eine rechtspopulistische Partei im grünen Bereich.
10. Ganz anders hingegen bei materiellen Schäden: Hier soll schon ab dem ersten Cent ein Schadenersatz nach Art. 82(1) DSGVO möglich sein. Eine Erheblichkeit wird nicht verlangt.

### **3. Fälschlich angewandte nationale Konzepte zum immateriellen Schadenersatz**

11. Im Kern scheint sich das vorlegende Gericht primär mit Unterschieden zwischen den bisherigen nationalen Regelungen zum immateriellen Schadenersatz bei Verletzungen der Privatsphäre in Österreich und Deutschland einerseits und dem neuen, weiten europäischen Schadensbegriff in Art. 82(1) DSGVO andererseits, zu beschäftigen (siehe Rn 9 der Vorlage):

#### **3.1. Zur Rechtslage in Österreich bis zum 25.5.2018**

12. Bei genauerer Durchsicht der vom vorlegenden Gericht in der Vorlage zitierten Quellen endet man durchgehend bei Verweisen auf die vor 25.5.2018 vorhandene nationale Rechtslage in Österreich, die durch Art. 82(1) DSGVO mit 25.5.2018 abgelöst wurde:

##### **3.1.1. Zur „Erheblichkeit“ im österreichischen Schadenersatzrecht**

13. Die relevante österreichische Schadenersatzregelung ([§ 1328a ABGB](#)) differenziert zwischen materiellen und immateriellen Schäden und sieht den Ersatz von immateriellen Schäden an der Privatsphäre nur „*bei erheblicher Verletzung*“ vor. Damit ergibt sich eine strukturelle Schwächung der Durchsetzung von immateriellen Rechten wie dem Recht auf Datenschutz.
14. Mit anderen Worten: Ein materieller Schaden (etwa ein Gewinnentgang) von wenigen Cent ist ersatzfähig, dass der Kläger jedoch infolge einer Verletzung seiner Privatsphäre „*verärger*“, *erbost und beleidigt*“ ist, ist nicht ersatzfähig.<sup>1</sup>
15. Diese nationale Gesetzgebung scheint auch die Inspiration für das nun in der Vorlage vorgeschlagene Element „*von zumindest einigem Gewicht*“ zu sein.
16. Diese „Erheblichkeit“ ist jedoch ein nationales Spezifikum für Verletzungen der Privatsphäre. Schon etwa im vergleichbaren nationalen Medienrecht (§§ 6-7c MedienG) ergibt sich nach der österreichischen Rsp allein aus der Verwirklichung des Tatbestands der Schaden. Es muss vom Geschädigten keine Kränkung behauptet oder nachgewiesen werden.

##### **3.1.2. Über den Rechtsbruch typischerweise hinausgehender Ärger?**

17. Das zweite Element der dritten Frage scheint auf nationalen Entscheidungen zu basieren, denen zufolge ein immaterieller Schaden über den „*durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Ärger bzw. Gefühlsschaden*“ hinausgehen muss (siehe Rn 9 und 17 der Vorlage).
18. Eine Grundlage für diese Formel gibt es weder in der DSGVO noch im nationalen Recht. Sie scheint einem österr. Kommentar<sup>2</sup> zu entspringen, der wiederum auf die Rechtsprechung des vorlegenden 6. Senats des OGH zu Pauschalreisen (OGH in 6 Ob 231/08a) verweist.

---

<sup>1</sup> EGMR zum Abdruck des Namens eines Opfers: Krone Verlag GmbH & Co KG and Krone Multimedia GmbH & Co KG vs Austria, 33497/07 und Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH gegen Österreich, 3401/07.

<sup>2</sup> Schweiger in *Knyrim*, DatKom Art 82 DSGVO, mit Verweis auf *Kodek* (Richter des vorlegenden 6. Senates des OGH), Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche bei Datenschutzverletzungen, in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2019, 97

19. Jene Rechtsprechung des vorliegenden Gerichts basiert wiederum auf der nationalen Umsetzung des nunmehr in Art. 13(5) der Richtlinie (EU) 2015/2302 geregelten Schadenersatzes für „*entgangene Urlaubsfreuden*“, die eine Erheblichkeit explizit verlangt (siehe [§ 31e Abs 3 KSchG idF bis 2017](#)). In der genannten Entscheidung [6 Ob 231/08a](#) hebt das vorliegende Gericht explizit hervor, dass diese Einschränkungen „*zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Gefüge des österreichischen Schadenersatzrechts*“ getroffen wurden.
20. Die Auslegungsmaxime der Einheitlichkeit der österreichischen Rechtsordnung lässt sich jedoch gerade nicht auf die Auslegung von Europarecht und der DSGVO anwenden.

### **3.1.3. Die vorgeschlagenen Einschränkungen schließen immaterielle Schäden bei rechtswidriger Datenverarbeitung großteils aus**

21. Eine Bedingung, dass ein Schaden über den typischerweise von einer DSGVO-Verletzung hervorgerufenen Ärger bzw. Gefühlsschaden hinausgehen muss, würde in Wahrheit einen Schadenersatz nach Art. 82(1) DSGVO per Definition ausschließen:
22. Schon die Formel „*über den an sich durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Ärger bzw. Gefühlsschaden*“ (Rn 17 der Vorlage) schließt jeden Normalfall eines durch eine DSGVO-Verletzung entstandenen immateriellen Schaden aus. Insofern geht das vorliegende Gericht also davon aus, dass nur ein untypischer (also ein über eine typische Rechtsverletzung hinausgehender) immaterieller Schaden überhaupt ersatzfähig ist. Entsprechend wurde die bisherige nationale Schadenersatzregelung in § 33 des bis zum 25.5.2018 anwendbaren österreichischen DSG auch offen als „Totes Recht“ (Spitzer, ÖJZ 2019, 631) bezeichnet.
23. Würde man die Formel „*über den an sich durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Ärger bzw. Gefühlsschaden*“ auf andere Rechtsbereiche umlegen, wären auch Schaden im Zusammenhang mit einer Medienrechtsverletzung oder eines Trauerschadens meist nicht ersetzbar.

### **3.1.4. Widerspruch zwischen nationalem Beweismaß und der Anforderung, dass die Verletzung eine Erheblichkeitsschwelle überschreitet**

24. Zudem will der Kläger noch auf eine problematische Widersprüchlichkeit in der Logik der österreichischen Gerichte hinweisen:
  - Immaterielle Schäden nach Art. 82(1) DSGVO sollen nach den Gerichten anhand einer objektiven und durchschnittlichen „Maßfigur“ (siehe hierzu oben unter 2.1) bestimmt werden. Daraus ergibt sich immer nur ein durchschnittlicher immaterieller Schaden, der für die Rechtsverletzung typisch ist als Beweisergebnis, denn die „Maßfigur“ wird sich immer nur in einer für die jeweilige konkrete Rechtsverletzung typischen Art ärgern.
  - Gleichzeitig verlangen die österreichischen Gerichte einen immateriellen Schaden, der über den typischen und durchschnittlichen Ärger bzw. Gefühlsschaden, der mit der jewei-

ligen Rechtsverletzung einhergeht, hinausgeht, um die vermeintliche „*Erheblichkeitschwelle*“ zu überschreiten – also einen Schaden, der über den von der Maßfigur erlittenen immateriellen Schaden hinausgeht.

25. Folglich ergibt sich in praktisch keinem Fall ein immaterieller Schaden:
- Würde der individuelle Schaden des Betroffenen über den immateriellen Schaden einer Maßfigur bei einer gewissen Rechtsverletzung hinausgehen, wäre er auf Ebene der Beweiswürdigung auszuschließen, weil sich der Betroffene übermäßig viel geärgert hätte.
  - Würde der individuelle Schaden hingegen im Rahmen des Schadens einer Maßfigur verbleiben, hätte der Betroffene sich zu wenig geärgert, um einen Schaden zu erleiden, der „erheblich“ ist und über den für die Rechtsverletzung typischen Schaden hinausgeht.
26. Zusammenfassend ist nach dieser fehlerhaften Logik des vorliegenden Gerichts zu den Voraussetzungen eines immateriellen Schadens ein immaterieller Schadenersatz praktisch immer ausgeschlossen. Es ist nicht möglich, zugleich auf die durchschnittliche Reaktion des Betroffenen auf eine Rechtsverletzung abzustellen und auch einer typischen Rechtsverletzung überschreitenden immateriellen Schaden zu verlangen.

### **3.2. Zur Rechtslage in Deutschland bis zum 25.5.2018**

27. Die österreichische Rechtsprechung ist traditionell von der deutschen Rechtsprechung und Literatur beeinflusst. Gerade in Deutschland gab es lange Widerstand gegen den Ersatz von immateriellen Schäden im Datenschutz, jedoch haben inzwischen Gerichte und Literatur anerkannt, dass die DSGVO mit der Idee einer „Erheblichkeit“ bricht.

### **3.3. Die DSGVO ist autonom auszulegen**

28. Zusammenfassend scheint die Vorlage daher vor allem durch bisherige nationale Regelungen im deutschsprachigen Raum, die eine „*Erheblichkeit*“ oder eine „*schwere Verletzung*“ verlangten, inspiriert zu sein. Da das europäische Recht jedoch bekanntlich autonom auszulegen ist und die bisherigen Regelungen in einzelnen Mitgliedsstaaten hierbei irrelevant sind, ist daraus keine Einschränkung des weiten Schadensbegriffs in Art. 82(1) DSGVO abzuleiten. In weiterer Folge wird daher allein auf den autonomen Schadensbegriff nach der DSGVO eingegangen, der mit 25.5.2018 die jeweiligen nationalen Regelungen abgelöst hat:

#### **4. Der autonome Schadensbegriff in Art. 82(1) DSGVO**

29. Wie schon vom vorlegenden Gericht ausgeführt, ist der Schadensbegriff nach Art. 82(1) DSGVO autonom und weit auszulegen. Er umfasst insbesondere auch immateriellen Schaden und ist im Kontext der parallelen Rechtsdurchsetzung durch Beschwerden vor Datenschutzbehörden (Art. 77 DSGVO) und zivilrechtlichen Klagen (Art. 79 DSGVO) als elementarer Teil des Rechtsschutzsystems der DSGVO zu sehen. Ebenso ist die Bestimmung im Kontext der Effektivität des Europarechts und im Lichte von Art. 8 und 47 der GRC auszulegen.

##### **4.1. Historie von Art. 82(1) DSGVO**

###### **4.1.1. Gesetzesmaterialien**

30. Mit Art. 82(1) DSGVO wurde durch den europäischen Gesetzgeber klargestellt, dass die für den Datenschutz geradezu typischen immateriellen Schäden abzugelten sind. Zuvor gab es hierzu in den Mitgliedsstaaten unterschiedliche Umsetzungen und Ansichten zu Art. 23 der Richtlinie 95/45/EG, da hier nur von „Schaden“ gesprochen wurde.

###### **• Europäische Kommission**

31. Auch der Vorschlag der Kommission zur DSGVO (2012/0011 (COD) vom 25.1.2012) enthielt im ursprünglichen Art. 77 (der später zu Art. 82 DSGVO wurde) noch keine genaueren Ausführungen ob auch immaterielle Schäden umfasst sein sollten, der Vorschlag sprach nur von „Schaden“ und ließ die Frage des genauen Schadensbegriffs weiter offen.

###### **• Europäisches Parlament**

32. Das Europäische Parlament hat mit dem Änderungsantrag 80 und 186 (A7-0402/2013 „Albrecht-Bericht“ vom 21.11.2013) eine Klarstellung in diesem Punkt erreicht und sich für die Aufnahme der Klausel „Finanzielle oder sonstige Schäden“ im ErwGr 118 und für die Aufnahme der Klausel „auch immaterieller Schaden“ in Art. 77 des Entwurfs (nun Art. 82 DSGVO) ausgesprochen. Diese Position des Parlaments basierte auf zahlreichen entsprechenden Abänderungsanträgen.

###### **• Europäischer Rat**

33. Auch der Europäische Rat hat in seiner „Allgemeinen Ausrichtung“ (9398/15 vom 11.6.2015) auf Seite 2 auf einen vollständigen und wirksamen Schadenersatz gedrängt:

*„Der Vorsitz schlägt vor, Erwgr. 118 zu ändern, um zu präzisieren, dass das übergeordnete Ziel des Artikels 77 und des Erwgr. 118 darin besteht, der betroffenen Person einen vollständigen und wirksamen Schadenersatz für erlittenen Schaden zu gewährleisten.“*

34. In ErwGr 118 des Entwurfs (nun 146 in der DSGVO) hielt nun auch der Rat fest, dass der Begriff des Schadens weit auszulegen ist:

*„Der Begriff des Schadens sollte im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs weit auf eine Art und Weise ausgelegt werden, die den Zielen dieser Verordnung in vol-*

*lem Umfang entspricht. (...) Die betroffenen Personen sollten einen vollständigen und wirksamen Schadenersatz für den erlittenen Schaden erhalten. “*

35. Entsprechend ist auch in Art. 77 des Entwurfs (nun Art. 82(1) DSGVO) eine Klarstellung zu immateriellen Schäden aufgenommen worden:

*„Jede Person, die wegen einer Verarbeitung, die nicht mit dieser Verordnung zu vereinbaren ist und ein materieller oder moralischer Schaden entstanden ist, hat Anspruch auf Schadenersatz gegen den für die Verarbeitung Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter.“*

#### • **Endgültige Version der DSGVO**

36. In der endgültigen Version des Artikels (nun Art. 82 DSGVO) ist diese Klarstellung vom europäischen Gesetzgeber übernommen worden und spricht nun von einer Abgeltung „*materieller oder immaterieller*“ Schäden. Ebenso wurde ErwGr 146 entsprechend angepasst.

#### **4.1.2. Keine Anzeichen für eine „Erheblichkeit“**

37. Die Abänderungen des Europäischen Parlaments sind einheitlich für eine Ausweitung der Definition des Schadenersatzes und einer weiteren Interpretation. Gegenteilige Vorschläge sind nicht aufzufinden. Lediglich in einer Anmerkung der deutschen Delegation findet sich ein Hinweis, dass ein autonomer Schadenersatz den Verhandlern durchaus bewusst war:

*„As a first step, it is necessary to clarify whether Article 77 definitively settles the issue of liability, or whether complementary rights, derived from national legislation on liability (for example, liability for non-pecuniary losses on the basis of section 823 of Germany's Civil Code (BGB)) may exist in parallel.“*

38. Ein Vorschlag, die bisherige deutschsprachige Regelung einer „Erheblichkeit“ auch in Art. 82(1) DSGVO zu übernehmen, ist jedoch in keinen dem Kläger zugänglichen Dokumenten enthalten. Eine solche „*Erheblichkeitsschwelle*“ nun nachträglich über den Weg nationaler Rechtsprechung einzufügen, würde eine unzulässige richterliche Einengung des autonomen Schadensbegriffs der DSGVO darstellen. Der Willen des europäischen Gesetzgebers, einen uneingeschränkten Schadenersatz für immaterielle Schäden in Art. 82(1) DSGVO zu verankern, ohne weitere Voraussetzungen dafür vorzusehen, ist daher evident.

#### **4.1.3. Kommentierung der Verhandlungsführer**

39. Dieses Verständnis ergibt sich auch aus der Kommentierung der Bestimmung durch Jan Philipp Albrecht (den Berichterstatter des europäischen Parlaments), der ausdrücklich von einer Abkehr der bisher in Deutschland geforderten schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung ausgeht (*Jan Philipp Albrecht, Das neue Datenschutzrecht der EU, Seite 121*):

*„Einen solchen Schmerzensgeldanspruch (§ 253 BGB) trug § 7 BDSG bislang nicht und kam deshalb nur bei (schwerwiegenden) Persönlichkeitsrechtsverletzungen nach dem allgemeinen Deliktsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB) in Betracht.“*

40. Ebenso hat der Verhandlungsführer für die Europäische Kommission, *Paul Nemitz in Ehmman/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung (3. Auflage), Art. 82, Rn 13* festgehalten,

dass damit „eine betroffene Person nun mehr für jede Verletzung der DSGVO durch Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten auch ein angemessenes Schmerzensgeld verlangen“ kann. Von einer Erheblichkeitsschwelle geht auch Nemitz nicht aus.

41. Auch daraus lässt sich klar erkennen, dass eine Einschränkung auf bestimmte immaterielle Schäden vom europäischen Gesetzgeber nicht beabsichtigt war.

#### **4.2. Wortlaut von Art. 82(1) DSGVO**

42. Auch aus dem Wortlaut der beschlossenen Bestimmung ergibt sich kein Anzeichen für eine Einschränkung. Die Regelung des Art. 82(1) DSGVO verlangt die klassischen Elemente des Schadenersatzes: die Rechtswidrigkeit („Verstoß“ gegen die DSGVO), einen materiellen oder immateriellen Schaden und mit dem Wort „wegen“ auch eine Kausalität. Die mitunter umstrittene Frage, ob Art. 82(3) DSGVO die Notwendigkeit eines Verschuldens auf Seiten des Schädigers voraussetzt<sup>3</sup> ist für den vorliegenden Fall irrelevant.
43. Weitere Elemente, wie etwa eine „Erheblichkeit“ des Schadens (nach deutscher Tradition), sieht die Bestimmung nicht vor. Die Bestimmung ist vom Wortlaut absolut und vorbehaltlos.
44. Auch das vorlegende Gericht scheint das anzuerkennen (Rn 23 der Vorlage) und hält das Fehlen einer Einschränkung im Unterschied zur Pauschalreisen-RL (2015/2302/EU) fest:

*„Eine entsprechende Einschränkung finden sich im Bereich der DSGVO aber gerade nicht. Der zuvor angesprochene Umstand, dass der Unionsgesetzgeber bewusst auf einer weiten Auslegung des (ohnedies schon weit ausgestalteten) Schadensbegriffs nach Art 82 Abs 1 DSGVO bestanden hat, legt viel mehr den Schluss nahe, dass hier grundsätzlich auch ideelle Nachteile von eher geringem Gewicht Berücksichtigung finden sollen.“*

45. Es scheint daher unstrittig, dass die DSGVO keine Einschränkung auf „erhebliche“ Schäden kennt. Noch weniger zu erkennen wäre, warum immaterielle Schäden „erheblich“ sein müssten, aber materielle Schäden schon ab dem ersten Cent zu ersetzen wären.

#### **4.3. Weiter Schadensbegriff nach Erwägungsgrund 146**

46. Der relevante Erwägungsgrund zu Art. 82 DSGVO ist ErwGr 146. Dies ergibt sich schon aus den Materialien (siehe oben unter 4.1.1), aus dem Wortlaut und der systematischen Abfolge der Erwägungsgründe (die sich an den Artikeln der DSGVO orientieren).
47. Wie vom vorlegenden Gericht hervorgehoben, geht ErwGr 146 von einer unbeschränkten und jeglichen immateriellen Schaden umfassenden weiten Interpretation des Schadensbegriff aus:

*„Der Begriff des Schadens sollte im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs weit auf eine Art und Weise ausgelegt werden, die den Zielen dieser Verordnung in vollem Umfang entspricht.“ Und „Die betroffenen Personen sollten einen vollständigen und wirksamen Schadenersatz für den erlittenen Schaden erhalten.“*

---

<sup>3</sup> Siehe etwa BeckOK DatenschutzR/Quaas, 37. Auflage vom 1.8.2021, DS-GVO, Art. 82, Rn 17.1

48. Besonders relevant scheint, dass die englischen und französischen Versionen des ErwGr 146 diesen uneingeschränkten Schadensbegriff noch weiter verdeutlichen, indem sie statt bloß von „Schäden“, von „*any damage*“ („jeder Schaden“) und „*tout dommage*“ („alle Schäden“ oder „jegliche Schäden“) sprechen.
49. Auch der relevante ErwGr 146 unterstreicht damit die Intention des Gesetzgebers, einen weiten Begriff des immateriellen Schadens zu verankern, der jeglichen Nachteil durch Verstöße gegen die DSGVO ausgleichen soll. Dies steht auch mit dem Wortlaut und dem politischen Ziel der DSGVO im Einklang. Auch Rn 23 der Vorlage scheint dies anzuerkennen.

#### **4.4. Zu den Erwägungsgründen 75 und 85**

50. Teile der deutschsprachigen Literatur und auch das vorlegende Gericht ziehen mitunter ErwGr 75 und 85 für eine einschränkende Interpretation des immateriellen Schadens in Art. 82(1) heran. Die Vorlage geht sogar so weit, dass es aus ErwGr 75 und 85 schließt, dass der Unionsgesetzgeber „minimale“ Auswirkungen von Art. 82(1) DSGVO ausschließen wollte (Rn 26 der Vorlage). Bei genauerer Betrachtung scheint dies nicht überzeugend:

##### **4.4.1. ErwGr 75 zum Kapitel IV der DSGVO**

51. Zuerst ist anzumerken, dass ErwGr 75 eine generelle Einleitung zum Kapitel IV der DSGVO („*Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter*“) darstellt und programmatisch erklärt, warum ein Verantwortlicher die Pflichten nach der DSGVO ernst nehmen soll. Wie bereits oben unter 4.3 ausgeführt, orientieren sich die Erwägungsgründe an der Abfolge der Artikel der DSGVO. Es besteht kein Zusammenhang zwischen ErwGr 75 und Art. 82(1) DSGVO.
52. Inhaltlich nennt der ErwGr 75 eine lange Liste von besonders groben Nachteilen bei Verstößen gegen die DSGVO. Die Aufzählung ist demonstrativ („*insbesondere*“) und umfasst verschiedene Arten besonders problematischer Datenverarbeitungen, die aus anderen Teilen der DSGVO bekannt sind und deren mögliche Risiken und Konsequenzen.
53. Die Aufzählung der besonders krassen Nachteile ist offensichtlich zur Veranschaulichung besonders problematischer Situationen gedacht. Die Aufzählung von Extremen in ErwGr 75 ist daher keine taugliche Basis für eine einschränkende Interpretation von Art. 82(1) DSGVO.
54. Doch selbst wenn man ErwGr 75 - wie das vorlegende Gericht - einschränkend heranziehen möchte, so ist der vorliegende Fall sogar klar von der Aufzählung umfasst:

*„wenn personenbezogene Daten, aus denen die ... politische Meinungen ... hervorgehen ... verarbeitet werden“ und „wenn persönliche Aspekte bewertet werden, insbesondere, wenn Aspekte, die ... persönliche Vorlieben oder Interessen ... prognostiziert werden, um persönliche Profile zu erstellen.*

Damit ist davon auszugehen, dass der vorliegende Fall auch unter einem eingeschränkten Schadensbegriff nach Art. 82(1) DSGVO zu subsumieren wäre.

#### **4.4.2. ErwGr 85 zu „Data Breach Notifications“**

55. Auch ErwGr 85 hat einen völlig anderen Kontext und erklärt generell warum der Verantwortliche bei einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten iSd Art. 4(12) DSGVO („Data Breach“) nach Art. 33 DSGVO die Aufsichtsbehörden verständigen muss.
56. Ein Data Breach (zumeist verursacht durch illegales „Hacking“, menschliche Fehler oder völlig unzureichende Datensicherheitsmaßnahmen) ist jedoch ebenfalls ein Extremereignis im Vergleich zu einer „normalen“ rechtswidrigen Datenverarbeitung.
57. Obwohl sich ErwGr 85 mit einem Extremereignis beschäftigt, erwähnt er schon allein den „*Verlust der Kontrolle über ihre personenbezogenen Daten*“ als Schaden für den Betroffenen. Der Kontrollverlust (siehe hierzu unter 4.5.2) ist dabei insofern eine interessante Art des Schadens, da es sich hier schon um das Gefühl einer Machtlosigkeit über die eigenen Daten handelt. Einen Missbrauch von personenbezogenen Daten verlangt der ErwGr 85 nicht.

#### **4.4.3. Zur unzulässigen Einschränkung anhand von ErwGr 75 und 85**

58. Auch wenn es für den Anlassfall irrelevant erscheint (da der Fall von den in ErwGr 75 und 85 beschriebenen Situationen umfasst ist), ist nach Ansicht des Klägers eine Einschränkung des weiten Schadensbegriffs in Art. 82(1) DSGVO anhand der programmatischen Erläuterungen zur Verantwortlichkeit von Unternehmen in ErwGr 75 oder zum Extremfall eines Data Breaches in ErwGr 85 jedenfalls unzulässig.
59. Schon aus dem systematischen Kontext der Erwägungsgründe ergibt sich, dass hier besonders drastische Konsequenzen angeführt werden (ähnlich einem Elternteil das ein Kind ermahnt nicht zu zündeln, da das Haus abbrennen könnte), um dem Verantwortlichen die Wichtigkeit der Bestimmungen im Kapitel IV und in Art. 33 vor Augen zu führen. Es fehlt jede konkrete Verbindung zu Art. 82 DSGVO. Der relevante Erwägungsgrund ist klar ErwGr 146.

#### **4.5. Zum Schadensbegriff anhand der Ziele und Zwecke der DSGVO**

60. Neben dem Text der DSGVO sind Ziel und Zweck der Verordnung, das Grundrecht auf Datenschutz in Art. 8 der GRC umzusetzen (ErwGr 1) und ein „*hohes Datenschutzniveau*“ sicherzustellen (ErwGr 6) zu betrachten. Siehe hierzu auch stRsp des EuGHs zB in C-212/13 *Ryneš*, Rn 27 oder C-210/16 *ULD Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, Rn 26.
61. Einer Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz und der Rechte nach der DSGVO folgt dabei geradezu typischerweise ein immaterieller Schaden. Ein materieller Schaden tritt bei rechtswidriger Datenverarbeitung zumeist erst nachgelagert auf, indem in ein anderes Rechtsgut eingegriffen wird (siehe unten unter 4.6 zu „Sekundärschäden“).
62. Die Rechtsgüter „*Privatsphäre*“, „*Datenschutz*“ oder „*informationelle Selbstbestimmung*“ sind üblicherweise nicht von wirtschaftlicher Natur. Die DSGVO und Art. 8 der GRC entziehen in der Regel geradezu personenbezogene Daten der Logik der Wirtschaft, anerkennen

einen Schutzbereich und eine Verfügungsmacht des Betroffenen, der letztlich dem Konzept der Menschenwürde entstammt. Eine Verletzung dieser immateriellen Rechtsgüter bedeutet daher zumeist keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Nachteil. Eine Auslegung, die gerade die typische Art von Schäden, die durch die DSGVO geschützt werden sollen, zu einem großen Teil ausschließt, wäre mit dem Ziel und Zweck der Verordnung nicht in Einklang zu bringen:

#### **4.5.1. Immaterieller Schaden ist typischerweise nicht einfach zu bestimmen**

63. Es ist unbestritten, dass unmittelbare Verletzungen des Grundrechts auf Datenschutz nach Art. 8 der GRC und die Konsequenzen einer rechtswidrigen Verarbeitung von personenbezogenen Daten nach der DSGVO einen mitunter schwer fassbaren Charakter haben.
64. Die schwere Fassbarkeit ist jedoch jedem immateriellen Schadenersatz immanent und ist kein Spezifikum von Art. 82(1) DSGVO: So hat Generalanwalt Wahl in den Schlussanträgen zu C-150/17 P, Rn 106 schon festgehalten:

*„In den meisten Rechtsordnungen bezeichnet [der Begriff immateriellen Schäden], denen ein wirtschaftlicher Wert schwer zuzuordnen ist, da es streng genommen keinen Marktwert für sie gibt. Typische Beispiele solcher Schäden sind Schmerzen oder Leiden, seelisches Leid, Beeinträchtigung der Lebensqualität oder Beeinträchtigung von Beziehungen.“*

65. Eine abschließende Auflistung möglicher immaterieller Schäden infolge einer Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz gestaltet sich naturgemäß schwierig. Zur Illustration können aber hoffentlich die folgenden typischen Beispiele beitragen:

#### **4.5.2. Unwohlsein, Schamgefühle und Privatsphäre**

66. Es ist dem Menschen eigen, dass gewisse Themen als persönlich oder gesellschaftlich „privat“ gesehen werden. Diese Privatsphäre ist nach Art. 7 und 8 der GRC geschützt.
67. Mitunter ist die Idee der Privatsphäre nicht rational erklärbar und trotzdem gemeinhin anerkannt: So werden etwa Sexualität und Beziehungsleben oder (physische und psychische) Gesundheitsbeeinträchtigungen allgemein als private Themen eingestuft, auch wenn sie legal und gesellschaftlich anerkannt sind. Andere Themen mögen individuell oder kulturell verschiedenes Schamgefühl auslösen. Einigen Personen ist es unangenehm, wenn ihre beengten finanziellen Verhältnisse bekannt werden, andere wollen ihren Reichtum geheim halten (etwa um nicht aufzufallen). Einigen ist es unangenehm im Schwimmbad mit nacktem Oberkörper fotografiert zu werden, andere stellen solche Fotos online. Angesichts des individuellen Schamgefühls und dem Recht der Aufgabe der Privatsphäre bezüglich individueller Themen („Einwilligung“), ist eine abschließende Definition des Schutzbereichs schwer möglich.

#### **4.5.3. Kontrollverlust und Selbstbestimmtheit**

68. Ziel der DSGVO ist es, dem Betroffenen ausreichend Kontrolle über die ihn betreffenden personenbezogenen Daten zu geben. Hiermit soll dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben werden, die Abgrenzung seiner Privatsphäre selbstbestimmt vorzunehmen.

69. Mit Geboten, Verboten, Information und Gestaltungsrechten (z.B. Auskunft, Widerspruch oder Einwilligung und deren Widerruf) soll der Betroffene in die Lage gebracht werden, über die Verarbeitung seiner Daten jederzeit Bescheid zu wissen und darauf Einfluss zu nehmen.
70. Als Kontrollverlust (siehe ErwGr 85) bezeichnet man schon allein das Fehlen von selbstbestimmter Kontrolle über personenbezogene Daten, und nicht etwa nur den Abfluss von Daten an einen unbekanntem Dritten (wie in Rn 20 der Vorlage vermutet).
71. Durch die fremdbestimmte Verarbeitung von Daten ist der Betroffene dem Gutdünken eines Dritten ausgeliefert, – auch wenn dieser Dritte die relevanten personenbezogenen Daten nicht aktiv missbraucht. So besteht – je nach Art der Daten – schon allein ein starkes Gefühl der Abhängigkeit und Machtlosigkeit, wenn Daten von jemanden anderen verarbeitet werden.
- Beispiel: Besitzt etwa ein Dritter intime Informationen oder besitzt dieser Zugriff auf das E-Mail-Postfach oder Computersystem eines Betroffenen, so entsteht typischerweise ein psychischer Druck allein durch den möglichen Missbrauch von Daten. Ein tatsächlicher Missbrauch der Daten (etwa eine Veröffentlichung) ist nicht notwendig, um beim Betroffenen ein Gefühl der Hilflosigkeit zu generieren („Kontrollverlust“).
72. So hat der EuGH schon in den Rechtssachen C-293/12 und C-594/12 *Digital Rights Ireland*, Rn 37 festgehalten, dass allein schon die Speicherung von personenbezogenen Daten auf Vorrat (ohne einer tatsächlichen Nutzung oder gar einen Missbrauch) „*das Gefühl ... erzeugt, dass ihr Privatleben Gegenstand einer ständigen Überwachung ist.*“
73. Der Kontrollverlust ist damit der tatsächlichen missbräuchlichen Datenverarbeitung vorgelagert – und besteht selbst dann, wenn diese niemals stattfinden. Hierbei ist insbesondere auf sogenannte „Chilling Effects“ zu verweisen: Der EuGH hat hierzu in Rn 28 des eben genannten Urteils auch einen Eingriff etwa in das Recht auf Meinungsfreiheit verwiesen, da Betroffene sich regelmäßig schon beim Gefühl der Überwachung selbst zensieren.
74. Ebenso hielt der EuGH in C-364/14 und C-311/18 *Schrems I und II* fest, dass allein schon die Übermittlung in ein Drittland in dem der Betroffene keinen rechtlichen Schutz seiner Daten genießt, unabhängig von einem konkreten Missbrauch, ein Eingriff in den Kernbereich von Art. 7, 8 und/oder 47 der GRC bedeutet – hier ist insbesondere der Kontrollverlust durch die fehlende Auskunftsmöglichkeit und den fehlenden rechtlichen und gerichtlichen Schutz.

#### **4.5.4. Zeit und Mühe**

75. In der Praxis folgt dem Kontrollverlust oft der Verlust von viel Zeit und Mühe, um sich über die Verarbeitung der eigenen Daten durch Dritte zu informieren und die Kontrolle über unrechtmäßig verarbeitete Daten wiederzuerlangen. Das erkennt auch Rz 21 der Vorlage an.
76. Betroffene erreichen oft erst nach langwierigen Diskussionen und umfangreicher Korrespondenz mit Verantwortlichen ihre Rechte geltend machen. Oft sind auch Beschwerden nach Art. 77 bei überlasteten Datenschutzbehörden oder Klagen nach Art. 78 und 79 DSGVO not-

wendig. Die zivilrechtliche Durchsetzung mit beträchtlichen Kostenrisiko verbunden. Dies verursacht bei den Betroffenen erheblichen Arbeitsaufwand durch rechtswidrige Datenverarbeitung, die wiederum zu weiteren Gefühlen des Kontrollverlusts führt.

#### **4.5.5. Unmut und Ärger**

77. Mangelnde Herrschaft und Dispositionsmöglichkeit über die eigenen Daten und langwierige Auseinandersetzungen mit Verantwortlichen führen regelmäßig zu einem Gefühl der Fremdbestimmtheit. Betroffene haben das Gefühl, zu einem Objekt degradiert zu werden, was heftigen Unmut und Ärger zu Folge haben kann. Gerade dieses Gefühl der Entmenschlichung soll das Grundrecht auf Datenschutz (dass der Menschenwürde entspringt) schützen.

#### **4.5.6. Schaden durch verspätete Einhaltung der DSGVO**

78. Die DSGVO sieht für die Befolgung von Anträgen durch Betroffene regelmäßig eine unverzügliche Reaktion oder eine Frist (oft maximal ein Monat nach Art. 12(3) DSGVO) vor.
79. Wie auch im Ausgangsverfahren werden in der Realität die Daten der Betroffenen jahrelang rechtswidrig verarbeitet und oft erst im Verfahren gelöscht. Schon geschehene rechtswidrige Verarbeitung können durch einen Unterlassungsanspruch nicht mehr ausgeglichen werden, da diese naturgemäß nur zukünftige Verarbeitung betreffen (siehe hierzu auch unter 6.2).
80. Die abgeschlossene rechtswidrige Verarbeitung (im Ausgangsverfahren die jahrelange Berechnung von politischen Vorlieben der gesamten Wohnbevölkerung) oder Verzögerung in der Informationserteilung wäre gänzlich ohne Konsequenzen, wenn die bereits abgeschlossene Rechtsverletzung nicht über das Instrument des Schadenersatzes kompensiert würde. Hier könnte die Rechtsprechung zur Ungewissheit bei überlangen Verfahrensdauern vor Europäischen Behörden eine gewisse Relevanz haben (siehe T-479/14 Kendrion und T-275/17 Curto mit jeweils € 6.000 und € 10.000 emotionalen Schadenersatz).

#### **4.5.7. Offener Missbrauch von Daten**

81. Der Schutzbereich der DSGVO setzt schon weit vor dem Missbrauch von personenbezogenen Daten an und verbietet mitunter schon allein die bloße Erhebung oder Speicherung von personenbezogenen Daten (siehe Definition von „Verarbeiten“ in Art. 4(2) DSGVO).
82. Vergleichsweise selten wird daher ein offener Missbrauch von personenbezogenen Daten (etwa durch rechtswidrige Weitergabe oder Veröffentlichung, siehe etwa „online shaming“) Gegenstand einer Schadenersatzklage nach Art. 82(1) DSGVO.
83. Üblicherweise stellen derartige Fälle auch schon massive Eingriffe in andere Rechtsgüter (dazu sogleich) dar, womit ohnehin parallel anwendbare Regelungen für den Schutz der psychischen Gesundheit, der Reputation oder des Eigentums eingreifen und eine eigenständige Anwendbarkeit von Art. 82(1) DSGVO irrelevant wird. Eine Einschränkung auf diese Fälle würde damit Art. 82(1) DSGVO zum toten Recht werden lassen.

#### 4.6. „Sekundärschäden“ an anderen Rechtsgütern (etwa geistige Unversehrtheit und Eigentum) sind vom Primärschaden am Recht auf Datenschutz zu trennen

84. Der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz nach Art. 8 der GRC ist ein (vergleichsweise neues) Grundrecht mit einem eigenständigen Schutzbereich. Trotzdem wird in Literatur und Rechtsprechung regelmäßig nicht trennscharf zwischen (A) dem Grundrecht auf Datenschutz und dem Schutzbereich der DSGVO einerseits und (B) von anderen Schutzgütern abstammenden Rechten des Betroffenen andererseits unterschieden.
85. Vom Schutzbereich der DSGVO zu unterscheiden sind diverse „Sekundärschäden“ an anderen Grundrechten wie dem Recht auf geistige Unversehrtheit in Art. 3(1), das Recht auf Eigentum in Art. 17 oder etwa der Schutz vor Diskriminierung in Art. 21 der GRC.
86. Wenn das vorliegende Gericht festhält, dass „*Ängste, Stress oder Leidenszustände*“, eine „*Bloßstellung, Diskriminierung oder Ähnlichem*“ zu einem immateriellen Schadenersatz führen würden, ist anzumerken, dass es sich hierbei um zusätzliche Schäden („Sekundärschäden“) an anderen Grundrechten handelt, die nach den einschlägigen Schadenersatznormen ohnehin regelmäßig zu einem immateriellen Schadenersatz führen – und zwar selbst dann, wenn überhaupt keine Datenschutzverletzung vorläge.

Beispiel: Eine Betriebsärztin legt rechtswidrig gesundheitliche Probleme eines Mitarbeiters dem Arbeitgeber offen (Schädigung des Rechts auf Datenschutz), was zu einer Kündigung durch den Arbeitgeber führt („Sekundärschaden“).

87. Wäre ein solcher zusätzlicher Schaden an anderen grundrechtlich geschützten Gütern eine Vorbedingung für einen Schadenersatz nach Art. 82(1) DSGVO, gäbe es für einen immateriellen Schadenersatz für Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz praktisch keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr. Ein Schaden nach Art. 82(1) DSGVO wäre vom bestehenden Schadenersatzrecht konsumiert und hätte keine eigenständige praktische Bedeutung. Eine derartige Intention kann man dem europäischen Gesetzgeber nicht unterstellen.
88. Besonders problematisch ist in der Praxis auch der Nachweis, dass ein Sekundärschaden (etwa eine Kündigung) kausal von einer DSGVO-Verletzung herrührt.

#### 4.7. Anderer immaterieller Schaden im europäischen Recht

89. Schlussendlich ist bei der Auslegung von Art. 82(1) DSGVO und dem explizit weiten Schadensbegriff (ErwGr 143) auch ein Wertungswiderspruch mit sonstigem Europarecht zum Verbraucherschutz zu vermeiden. So ist etwa Folgendes zu bedenken:
- Nach Art. 6 und 7 der „Fluggastrechte“-VO (EG) 261/2004 gebührt für eine Flugverspätung von drei Stunden eine Entschädigung von bis zu € 600.
  - Verzögerungen in Verfahren wurden ebenso als immaterielle Schäden anerkannt (siehe T-479/14 *Kendrion* und T-275/17 *Curto*).

- Nach der nationalen Rechtsprechung zur „Pauschalreise“-RL (EU) 2015/2302 wurden sogar das Fehlen eines Sandstrands<sup>4</sup> in einem Hotel oder eine etwas zu kalt eingestellte Klimatisierung<sup>5</sup> als (sogar „erhebliche“) immaterielle Schäden anerkannt.

90. Wenn gerade im Bereich des Grundrechts auf Datenschutz nach Art. 8 GRC, angesichts des weiten Schadensbegriffs, ein höherer Maßstab als an sonstige Verbraucherrechte angesetzt würde, ergäbe sich entsprechend auch ein Wertungswiderspruch: Das „Recht auf Sandstrand“, das „Recht auf wohltemperierte Hotelzimmer“ oder eine Wartezeit von drei Stunden wäre ersatzfähig, eine Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz jedoch nicht – obwohl etwa die RL (EU) 2015/2302 explizit eine „Erheblichkeit“ verlangt, die DSGVO jedoch nicht.

### **5. Zur den vermeintlichen „Bagatellverstößen“ im Rahmen der DSGVO**

91. Die deutschsprachige Literatur und Rechtsprechung scheint vor allem von der Idee getragen zu sein, sogenannte „Bagatellverstöße“ den Weg zur gerichtlichen Klärung zu verwehren.
92. Einerseits ist das Problem von Bagatellverstößen kein Spezifikum des Datenschutzes oder der DSGVO. Auch eine unbezahlte Rechnung von einem Cent kann gerichtlich geltend gemacht werden, ebenso wie die Entwendung einer € 1-Münze. Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 der GRC kennt keine Untergrenze.
93. Würde eine „Erheblichkeit“ verlangt werden, würde diese Ausnahme die Regel verdrängen, wie es aktuell in der deutschsprachigen Rechtsprechung zu beobachten ist: Hier weisen Gerichte reihenweise Schadenersatzklagen nach Art. 82(1) DSGVO ab, da anscheinend fast kein praktisch relevanter Fall von rechtswidriger Datenverarbeitung als „erheblich“ beurteilt wird.<sup>6</sup>

#### **5.1. Immaterielle Schäden sind prinzipiell keine Bagatellen**

94. Gerade dass im Rahmen eines rechtswidrigen Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz der gesamten österreichischen Wohnbevölkerung durch eine Hochrechnung ihrer politischen Einstellungen von „Bagatellverstößen“ (Rn25 der Vorlage) gesprochen wird, scheint für den Kläger exemplarisch für das Problem einer „Erheblichkeitsschwelle“: Nach den Erfahrungen rund um Cambridge Analytica und den durch derartige politische Hochrechnungen beeinflussten „Brexit“ ist es etwa für den Kläger absolut nicht nachvollziehbar, dass die nationalen Gerichte hier einen „Bagatellverstoß“ erkennen mögen. Damit ist der vorgelegte Fall auch ein Beispiel, wie ein umfangreicher Verstoß gegen die DSGVO schnell als „unerheblich“ oder

---

<sup>4</sup> OGH, [6 Ob 231/08a](#), Rn 8.1

<sup>5</sup> OGH, [2 Ob 45/10x](#) – „Die Klimaanlage im Zimmer des Paares war insofern defekt, als die Temperatur nicht regelbar und für das Paar etwas zu kalt eingestellt war und von ihr ein unangenehmer Geruch ausging.“

<sup>6</sup> Siehe auszugsweise: LG Köln, Urteil vom 7.10.2020 – 28 O 71/20 (Bagatellfall), OLG Dresden, Urteil vom 20.8.2020 – 4 U 784/20 (Sperrung des Kontos hat „Bagatelldarakter“), LG Landshut, Endurt. v. 6.11.2020 – 51 O 513/20 (Mangelnde Schwärzung von Daten, „Bagatellverstoß“) oder AG Hamburg-Bergedorf Ur. v. 7.12.2020 – 410d C 197/20 (Beeinträchtigung muss über bloßen Ärger oder die individuell empfundene Unannehmlichkeit des Verstoßes hinausgehen). Hinzu kommen zahlreiche Urteile bei denen die Betroffenen mit dem Beweis des Schadens gescheitert sind.

„Bagatelle“ abgetan werden kann, solange kein (für die DSGVO völlig untypischer) materieller oder sonstiger Sekundärschaden entstanden ist.

## **5.2. Datenschutzverletzungen sind typischerweise „Streuschäden“**

95. Durch die Struktur der heutigen Datenverarbeitung, bei der wenige Unternehmen die Daten von mitunter Millionen Europäern zentral und einheitlich verarbeiten, ergeben sich typischerweise sogenannte „Streuschäden“. Dabei bestehen zentrale (iSv hinsichtlich aller Betroffenen gleichgelagerter) und bisweilen massive Rechtsbrüche (hier etwa die rechtswidrige Berechnung der politischen Vorlieben der gesamten Wohnbevölkerung), die in die Grundrechte von Millionen Betroffenen eingreifen. Auf Seite der Unternehmen werden dabei massive Profite durch Rechtsbruch erwirtschaftet. Auf Seite der Betroffenen ist jedoch im Einzelfall mitunter ein überschaubarer Schaden eingetreten (hier: *„verärgert, erbost und beleidigt“*), auch wenn die Summe solcher Rechtsbrüche durch verschiedene Unternehmen erheblich ist.
96. Durch die richterliche Einführung einer „Erheblichkeitsschwelle“ würden gerade die infolge massenhafter Datenverarbeitung üblichen „Streuschäden“ praktisch vom Recht auf Schadenersatz nach Art. 82(1) DSGVO ausgeschlossen und dem Profit durch Rechtsbruch Tür und Tor geöffnet. Der Verantwortliche müsste – bildlich gesprochen – den Schaden, der durch rechtswidrige Datenverarbeitung entsteht, nur durch genügend Betroffene „teilen“, damit der Schaden jeder einzelnen Rechtsverletzung individuell „unerheblich“ und ein Schadenersatz nach Art. 82(1) DSGVO unmöglich wird. Die Betroffenen würden zwar mitunter hundertfach von rechtswidrigen Datenverarbeitungen getroffen, jedoch wären die Einzelschäden wohl nicht zu summieren um die vermeintliche „Erheblichkeitsschwelle“ zu erreichen. Gerade im Rahmen der ohnehin komplizierten und grenzüberschreitenden Durchsetzung solcher Ansprüche würde damit die Wahrnehmung des Grundrechts auf Datenschutz verunmöglicht.

## **5.3. Bagatellverfahren sind Sache des nationalen Verfahrensrechts**

97. Der Kläger erkennt natürlich an, dass es ein öffentliches Interesse gibt, die Gerichte nicht mit belanglosen Streitigkeiten zu belasten. Das ist jedoch keine Frage die im Rahmen des materiellen Schadensbegriffs nach Art. 82(1) DSGVO zu lösen ist. Es ist viel mehr Sache des nationalen Prozessrechts einerseits den Zugang zu einem wirksamen Rechtsbehelf zu garantieren und ggf. mit dämpfenden Faktoren wie Gerichtsgebühren für eine Balance zu sorgen.

## **5.4. Der europäische Gesetzgeber forciert den Zugang zum Recht**

98. Mitunter sind diese dämpfenden Faktoren jedoch beinahe unüberwindbar und werden vom europäischen Gesetzgeber eher beseitigt als neu eingezogen. So sieht etwa die EU-Bagatell-Verordnung (EG) 861/2007 gerade eine Erleichterung der Durchsetzung von geringfügigen Forderungen vor. Ebenso ist von der kommenden Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828

(die in Anhang I, Ziffer 56 explizit auch Verletzungen der DSGVO umfasst) gerade bei „Streuschäden“ bei denen individuelle Rechtsdurchsetzung nicht effektiv ist, eine Erleichterung des Zugangs zum Recht vorgesehen.

99. Es würde sich hier ein offensichtlicher Wertungswiderspruch ergeben, wenn das europäische Recht „Streuschäden“ und geringfügige Forderungen als gegeben annimmt und für diese sogar Regeln einer vereinfachten Durchsetzung bereitstellt, Schadenersatzansprüche gemäß Art. 82 DSGVO unterhalb einer frei erfundenen „Erheblichkeitsschwelle“ aber negiert und vom Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf ausgeschlossen werden.

### **5.5. Schadenshöhe als natürliches Regulativ für Bagatellschäden**

100. Die Frage ob „Bagatellschäden“ verfolgt werden, ergibt sich in der Praxis aus der zugesprochenen Schadenshöhe. Bei geringfügigen Forderungen verzichten Kläger zumeist auf die gerichtliche Durchsetzung – ganz einfach, weil der zu betreibende außergerichtliche und gerichtliche Aufwand außer Verhältnis zu der erreichbaren Wiedergutmachung steht.
101. Falls das vorliegende Gericht daher davon ausgeht, dass der immaterielle Schaden gering ist, ist ein sachgerechter Ausgleich über eine geringere Schadenshöhe zu finden und nicht bereits das Bestehen eines Schadens an sich zu verneinen. Zur Schadenshöhe siehe zur Frage 2.

## **6. Grundrechtskonforme Auslegung verlangt immateriellen Schadenersatz**

102. Schlussendlich verlangen auch Art. 8 iVm 47 der GRC einen Ersatz immaterieller Schäden bei Verletzungen der DSGVO, da sonst offensichtliche Rechtsschutzlücken entstehen würden:

### **6.1. Typischer Rechtsbruch von Rechtsdurchsetzung ausgeschlossen**

103. Eine Interpretation, die einen für eine Verletzung der DSGVO typischen immateriellen Schaden mit der Formel „über den durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Ärger hinausgeht“ geradezu ausschließt, scheint schon an sich dem Art. 47 der GRC zu widersprechen:

*„Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht ... einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.“*

104. Eine Erheblichkeitsschwelle würde gerade für typischen Schäden nach der DSGVO jeden wirksamen Rechtsbehelf ausschließen. Übrigbleiben würde maximal eine Feststellung für vergangene illegale Datenverarbeitung und eine Unterlassung für die Zukunft, was meist außer Verhältnis zu den Kosten und Mühen einer Durchsetzung steht.

### **6.2. Zurückliegender Rechtsbruch und das nationale Prozessrecht**

105. Insbesondere in Fällen zurückliegender, „abgeschlossener“ Rechtsverletzungen und der verschleppten Umsetzung von Ansprüchen nach der DSGVO ist eine finanzielle Wiedergutmachung oft die einzige Möglichkeit, den erlittenen Schaden auszugleichen:
- So ist etwa die verlorene Zeit und die anhaltende Unkenntnis über den Verbleib der eigenen Daten bei einer jahrelang verschleppten Auskunft nach Art. 15 DSGVO die nach

Art. 12(3) DSGVO „unverzüglich“ erfolgen hätte müssen außer durch einen Geldersatz nicht mehr anders ausgleichbar.

- Ebenso ist etwa die nicht erfolgte Löschung oder Berichtigung von Daten (siehe Art. 16 und 17 DSGVO) und damit die dauerhafte rechtswidrige Verarbeitung ohne immateriellen Schadenersatz nicht mehr ausgleichbar.
- Eine unter Verletzung der Bestimmungen des Kapitels V DSGVO erfolgte Datenübermittlung in ein unsicheres Drittland, lässt sich meist nicht rückgängig machen.
- Selbiges gilt für die Veröffentlichung personenbezogener Daten (etwa im Internet) ohne Rechtsgrundlage gemäß Art. 6(1) DSGVO. Die Daten wurden von einem unbestimmten Empfängerkreis eingesehen, lassen sich nicht mehr „einfangen“ und wurden womöglich auf einer Vielzahl von Datenträgern gespielt.

106. Dazu kommt, dass das nationale Prozessrecht für Verfahren vor Gerichten und Aufsichtsbehörden zum Teil großzügige Regelungen zur Streitbeilegung kennt, die bei einer nachträglichen Beseitigung des rechtswidrigen Verhaltens erlauben, Verfahren formlos einzustellen.

107. Oft kann dies einfach durch Löschen der Daten oder des Nutzerkontos geschehen (ähnlich einer „Aussperrung“ von Arbeitnehmern bei Arbeitskonflikten): Damit wird zwar im Einzelfall die „Verarbeitung“ nach Art. 4(2) DSGVO und damit auch die Rechtsverletzung eingestellt. Der Betroffene verliert damit jedoch trotz jahrelanger rechtswidriger Datenverarbeitung seine Ansprüche und wird sogar noch von der Teilnahme am digitalen Leben ausgeschlossen.

### **6.3. Profit durch Rechtsbruch**

108. Dem Konzept des Schadenersatzes liegt auch das Ziel des Ausgleichs zwischen dem Schädiger („Täter“) und dem Geschädigten („Opfer“) einer rechtswidrigen Handlung zugrunde. Beim Fehlen des immateriellen Schadenersatzes als typische Konsequenz einer Verletzung der DSGVO würde der Rechtsbruch ohne Konsequenzen bleiben. Es würde sich damit zu meist wirtschaftlich rechnen, jahrelang Daten rechtswidrig aber profitabel zu verarbeiten, wenn die einzige Konsequenz eine Unterlassung der rechtswidrigen Datenverarbeitung zu einem späteren Zeitpunkt ist. Gerade dieser Trend ist in der Praxis leider omnipräsent:

109. Selbst wenn ein Gericht oder eine Aufsichtsbehörde rechtskräftig entscheidet, dass ein Verantwortlicher einer bestimmten Branche (z.B. Social-Media, Kreditauskunfteien, Online-Werbenetzwerke mit Real-Time-Bidding, Adresshändler) gegen die DSGVO verstößt, muss der Verantwortliche nur die inkriminierte Datenverarbeitungspraxis anpassen oder einstellen. Der bis dahin lukrierte Gewinn verbleibt ihm. Die betroffenen Personen, deren Daten rechtswidrig verarbeitet wurden, um diesen Gewinn zu erzielen, erhalten hingegen keinerlei Ausgleich, weil ihr Schaden die vermeintliche „Erheblichkeitsschwelle“ nicht erreicht. Dieses Vorgehen zeigt sich auch im Ausgangsverfahren.

#### **6.4. Ungleichbehandlung von immateriellen Schäden**

110. Weiters scheint es problematisch, dass das vorliegende Gericht eine Einschränkung nur für Betroffene vorschlägt, die einen immateriellen Schaden erlitten haben. Damit ergäbe sich eine unsachliche Differenzierung zwischen Personen, die einen geringfügigen materiellen Schaden und Personen, die einen geringfügigen immateriellen Schaden erlitten haben.
111. Da Art. 8 und 47 der GRC explizit „jede Person“ umfasst und nach Art. 20 der GRC die Gleichheit vor dem Gesetz festgeschrieben ist, scheint eine einseitige Einschränkung nur (für die DSGVO typische) immaterieller Schäden mit den Prinzipien der GRC nicht vereinbar.

#### **7. Zu den sonstigen Elementen der Vorlage**

112. In aller Kürze möchte der Kläger zu folgenden Elementen der Vorlage Stellung nehmen:

##### **7.1. Strafen nach Art. 83 DSGVO gleichen Rechtsschutzdefizit nicht aus**

113. Das vorliegende Gericht verweist auf eine angeblich drohende „Effektivitätsspirale“ um den europarechtlich gebotenen Effektivitätsgrundsatz unangewendet zu lassen und die Bestrafung nach Art. 83 DSGVO, statt einem Schadenersatz zu favorisieren (Rz 18 der Vorlage).
114. Erstens verkennt dieser Ansatz die parallelen aber unabhängigen Funktionen von hoheitlichem Verwaltungsstrafrecht und zivilem Schadenersatzrecht:
- Das hoheitliche Verwaltungsstrafrecht ist ein von einem Schaden unabhängiger Anspruch des Staates bzw. der Union, seine Regelungen durchzusetzen („Strafanspruch“).
  - Das zivilrechtliche Schadenersatzrecht ist im liberalen Rechtsstaat ein Anspruch jedes Menschen, seine Rechte selbstständig durchzusetzen und einen Ausgleich für Eingriffe seiner Rechte zu verlangen („Ausgleichsfunktion“).
115. Zweitens zeigt schon die bestehende Evidenz im konkreten Vorlagefall, wie auch im breiteren europäischen Kontext, dass eine breite Durchsetzung der DSGVO durch die zuständigen Datenschutzbehörden nicht erfolgt und auch nicht absehbar ist:
- Im vorliegenden Fall hat die Datenschutzbehörde zwar eine Strafe von € 18 Mio verhängt, diese wurde jedoch aus prozessrechtlichen Gründen von einem Verwaltungsgericht aufgehoben.<sup>7</sup> Das ist jedoch kein Einzelfall:
  - Im europäischen Kontext ist ebenso evident, dass Behörden den Großteil aller Verletzungen nicht bestrafen. So hat der EDSA in einer Statistik zwar 108.646 Beschwerden und 2.294 amtswegigen Verfahren, jedoch nur 917 Strafen nach der DSGVO im Jahr 2020 ausgewiesen (das sind 2% der Verfahren). In zehn Mitgliedsstaaten wurden weniger als zehn Strafen erlassen und 76% aller Strafen lagen unter €10.000.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> BVwG in [W258 2227269-1](#)

<sup>8</sup> [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-08/edpb\\_report\\_2021\\_overviewsaressourcesandenforcement\\_v3\\_en\\_0.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-08/edpb_report_2021_overviewsaressourcesandenforcement_v3_en_0.pdf), siehe insb. Seite 10 zur Zahl der Beschwerden, Seite 12 zu amtswegigen Verfahren, Seite 17 zur Anzahl der Strafen und Seite 19 zur Höhe der Strafen.

116. Eine optionale (und statistisch höchst unwahrscheinliche) Bestrafung nach Art. 83 DSGVO, kann daher kein Grund sein, einen zivilrechtlichen Schadenersatz für typische Datenschutzverletzungen zu verweigern. Von einer „Effektivitätsspirale“ ist die DSGVO weit entfernt.

### **7.2. Vermeintlicher „Strafschadenersatz“**

117. Die Vorlage sieht in dem Ersatz von vermeintlichen „Bagatelverstößen“ (hier die rechtswidrige Hochrechnung der politischen Meinung der gesamten Wohnbevölkerung) sogar einen „Strafschadenersatz“, da ein Ersatz der Beeinträchtigung überschießend wäre. Der Kläger hat dies jedoch zu keinem Zeitpunkt beantragt. Vielmehr wird nur ein Ausgleich der festgestellten Beeinträchtigung („*verärgert, erbozt und beleidigt*“) verlangt, nicht mehr und nicht weniger. Bei einer korrekten Bewertung durch die nationalen Gerichte (siehe oben 5.5) ist auch ein ungerechtfertigt hoher Schadenersatz ausgeschlossen.

### **7.3. Fehlende Definition der „Erheblichkeit“**

118. Schlussendlich müsste der EuGH auch die Erheblichkeit einer immateriellen Verletzung nach Art. 82(1) DSGVO europaweit einheitlich festlegen. Eine klare Definition findet sich weder in der DSGVO noch in der Vorlage, noch lässt sie sich durch Interpretation der DSGVO oder sonstigen Unionsrechts herausarbeiten. Es ist damit zu befürchten, dass nationale Gerichte völlig uneinheitliche Maßstäbe für eine Erheblichkeit ansetzen, wenn selbst schon derselbe Senat des vorlegenden Gerichts innerhalb von wenigen Monaten zwei unterschiedliche Entscheidungen in ähnlichen Fällen gefällt hat (siehe dazu oben 2.2 zu „*massiv genervt*“).

## **Zur Frage 2:**

### **1. Einleitende Bemerkung**

119. Nach Ansicht des Klägers ist die Frage des vorlegenden Gerichts inhaltlich sehr breit und offen, jedoch von der Formulierung auch sehr eng („Vorgaben“) weswegen sie als unzulässig gesehen werden könnte oder aber mit dem Hinweis auf das Fehlen konkreter Vorgaben beantwortet werden könnte. Im Falle einer Beantwortung scheinen folgende Elemente relevant:

### **2. Bemessung immaterieller Schäden**

120. Nach Ansicht des Klägers muss die Bemessung eine Einzelfallentscheidung sein, zu der sich wohl eine Rechtsprechung erst entwickeln muss. Im Rahmen der DSGVO könnte man jedoch bestimmte Elemente zur Bemessung heranziehen (siehe 2.3).

#### **2.1. Effektivität und Äquivalenz**

121. Es ist zu begrüßen, dass die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität vom vorlegenden Gericht bereits als maßgeblich anerkannt wurden. So ist etwa auf eine Entscheidung des vorlegenden Gerichts zu verweisen, der zufolge eine falsche Eintragung bei einer Kreditauskunftei einen Schadenersatz von € 750 nach sich gezogen hat ([6 Ob 247/08d](#)). Ein Schaden nach Art. 82(1) DSGVO darf dem nationalen Recht nicht nachstehen.

## 2.2. Verhältnismäßigkeit: Kleiner Schaden, kleiner Schadenersatz

122. Auch in Hinblick auf die zweite Vorlagefrage, ist zusätzlich zur Effektivität und Äquivalenz der europäische Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hervorzuheben.
123. Ein kleinerer Schaden ist eben mit entsprechend kleinerem Schadenersatz zu bedenken – und andersrum (siehe oben 5.5). So hat das LG Lüneburg in Abwendung von der bisherigen deutschen Rechtsprechung eine autonome europäischen Interpretation von Art. 82(1) vorgenommen; Urteil vom 14.07.2020, 9 O 145/19, Rn 79:

*„Vielmehr ist der immaterielle Schaden umfassend zu ersetzen. Eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung würde jedoch regelmäßig zu einem hohen Schmerzensgeld führen (Quaas, in: BeckOK DatenschutzR, 31. Ed. 1.2.2020, DS-GVO Art. 82 Rn. 31, 32). Insbesondere bei der Zugänglichmachung von Daten einer betroffenen Person für Dritte ohne ihr Einverständnis, wird ein Schadensersatzanspruch auch einen immateriellen Schaden abzudecken haben, der diese öffentliche „Bloßstellung“ kompensiert (Ehmann/Selmayr/Nemitz, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 82 Rn. 13).“*

124. Damit ist auch der Befürchtung eines „Strafschadenersatzes“ (Rn 26 der Vorlage) leicht zu begegnen, da eben ein kleiner Schaden auch nicht überkompensiert werden darf. Die konkrete Bemessung eines Schadenersatzes im Einzelfall ist Sache der nationalen Gerichte, während die Entscheidung über Bemessung und Höhe von Strafen gemäß Art. 58(2)(i) DSGVO den Aufsichtsbehörden obliegt.

## 2.3. Mögliche objektive Elemente einer Bemessung

125. Betrachtet man die typischen Konstellationen von Verletzungen der DSGVO und zieht andere Szenarien heran, die zu immateriellen Schäden führen, könnten die folgenden Elemente herangezogen werden, die insbesondere für einen hohen Schadenersatz sprechen:
- (a) Die Art der zur Verletzung führenden Verarbeitung (etwa einerseits Weitergabe an Dritte, Übermittlung in Drittländer, Profilbildung, Online Tracking)
  - (b) Der Zweck der Verarbeitung (etwa Gesundheitsdaten oder Kreditwürdigkeit)
  - (c) Die Art der Daten (etwa Daten nach Art. 9 und 10 DSGVO oder etwa besonders kompromittierende Informationen, Finanzdaten, Zugangsdaten, etc.)
  - (d) Der Umfang und die Dauer der Verletzung (Umfang der Daten zu einer Person, etc.)
  - (e) Das Motiv und die subjektive Tatseite (Gewinnerzielung, Rache, Cyberbullying, etc.)
126. Genauere Ausführungen hierzu konnten aufgrund der Textlänge nicht erfolgen.

## 2.4. Praxis zeigt eine Herausbildung von „Tabellen“

127. In der Praxis hat sich bei anderen immateriellen Schäden, wie etwa bei Körperverletzungen, Persönlichkeitsrechtsverletzungen, entgangenen Urlaubsfreuden oder im Medienrecht schnell eine gewisse Rechtsprechung herausgebildet.

128. So ist etwa für entgangene Urlaubsfreuden in Deutschland und Österreich die sogenannte „Frankfurter Tabelle“<sup>9</sup> von Gerichten immer wieder herangezogen worden, ebenso gibt es Tabellen zum Schmerzensgeld bei Körperverletzung.<sup>10</sup>
129. Auch im Rahmen der DSGVO gibt es erste Versuche, die nationale Rechtsprechung zu sammeln und damit einer einheitlichen und verhältnismäßigen Rechtsprechung zuzuführen.<sup>11</sup> Der Kläger hat keine Bedenken, dass sich dadurch – wie auch bei anderen immateriellen Schäden – schnell eine einheitliche Rechtsprechung herausbildet.

### **Zur Frage 1:**

#### **1. Frage scheint irrelevant für das Ausgangsverfahren**

130. Der Kläger hat zu keinem Zeitpunkt einen Schadenersatz für eine reine Verletzung einer Bestimmung der DSGVO verlangt. So hält auch die Vorlage in Rn 16 bereits fest, dass „*Eignigkeit besteht (...), dass ein (ideeller) Schaden tatsächlich eingetreten ist*“. Es ist somit unstrittig, dass neben der Rechtsverletzung eine Konsequenz oder Folge entstanden sein muss.
131. Strittig scheint im Ausgangsverfahren lediglich, ob zusätzlich eine „Erheblichkeitsschwelle“ überschritten werden muss. Nach einer korrekten Beantwortung der dritten Frage, scheint die erste Frage des vorliegenden Gerichts daher für das Ausgangsverfahren irrelevant.

#### **2. „Schadenersatz ohne Schaden“ und „Rechtsverletzung per se“ als Strohmann**

132. In der deutschen Literatur wurde als vermeintliches Gegenstück zum Konzept der „Erheblichkeitsschwelle“ das Schreckgespenst eines Schadens durch die „Rechtsverletzung per se“ (Vorlage in Rn 17) oder gar eines „Strafschadenersatzes“ (Vorlage Rn 19) bemüht. Wie schon eingangs unter Frage 3, Punkt 2.3 graphisch dargestellt, gibt es zwischen keinem Schaden und einem erheblichen Schaden den in der Praxis relevanten Bereich eines „normalen“ Schadens.
133. Angesichts der Ausführungen zu Frage 3 und 2 ist klar, dass der weite Schadensbegriff des Art. 82(1) DSGVO einen Mittelweg zwischen den Extrempositionen („Schadenersatz ohne Schaden“ und „nur erhebliche Schäden“) einschlägt und auch einen „normalen“ oder für die Verletzung der DSGVO typischen immateriellen Schaden als ersatzfähig betrachtet.

#### **3. Rechtsverletzungen ohne immateriellen Schaden sind auch nach dem weiten Schadensbegriff des Art. 82 DSGVO regelmäßig der Fall**

Abschließend ist klarzustellen, dass auch bei Anwendung des weiten Schadensbegriffs des Art. 82(2) DSGVO weiterhin viele Fälle gibt in denen ein rechtswidriger Verstoß gegen die DSGVO zu keinem Schadenersatz führt – weil der Betroffene überhaupt keinen Schaden er-

---

<sup>9</sup> Siehe [https://www.wko.at/branchen/tourismus-freizeitwirtschaft/reisebueros/Frankfurter\\_Tabelle.pdf](https://www.wko.at/branchen/tourismus-freizeitwirtschaft/reisebueros/Frankfurter_Tabelle.pdf)

<sup>10</sup> Siehe zB <https://www.advocado.de/ratgeber/schmerzensgeldrecht/einforderung/schmerzensgeld-bei-koerperverletzung.html>

<sup>11</sup> Siehe zB <https://de.lw.com/thoughtLeadership/Latham-DSGVO-Schadenersatztabelle>

leidet. So etwa bei der Verletzung rein öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen (etwa Bestellung eines Datenschutzbeauftragten, führen eines Verarbeitungsverzeichnisses, etc). Ebenso ist es möglich, dass ein Betroffener auch eine rechtswidrige Verarbeitung subjektiv begrüßt oder diese ihm zumindest egal ist. Auch hier ist mangels jeglichen immateriellen Schadens im Einzelfall auch bei einer bestehenden Rechtswidrigkeit kein Schaden eingetreten. Auch wird beispielsweise die mangelnde Auskunft nach Art. 15 DSGVO zu Daten die dem Betroffenen bereits aus anderen Quellen vorliegen, schwerlich einen Nachteil oder gar Schaden darstellen.

134. Es ist daher Sache der nationalen Gerichte festzustellen, ob der jeweilige Betroffene einen immateriellen Schaden erlitten hat. Im Ausgangsverfahren haben die nationalen Gerichte festgestellt, dass der Kläger zumindest „*verärgert, erbost und beleidigt*“ ist und damit ein Schaden jedenfalls als gegeben angenommen.

#### **Vorgeschlagene Beantwortung der vorgelegten Fragen:**

Entsprechend schlägt der Kläger vor, die dritte Frage des vorliegenden Gerichts wie folgt zu beantworten:

- (1) Der Zuspruch von Schadenersatz nach Art 82 DSGVO verlangt neben einer Verletzung von Bestimmungen der DSGVO auch, dass der Kläger einen Schaden erlitten hat.**
- (2) Die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes erfolgt anhand des tatsächlich erlittenen Nachteils des Betroffenen. Das Ausmaß des Nachteils kann insbesondere anhand der Art der Verletzung und Verarbeitung, dem Zweck der Verarbeitung, der Art der verarbeiteten Daten, sowie dem Umfang und der Dauer der Verletzung bestimmt werden. Es ist Sache des nationalen Prozessrechts, diesen Nachteil und den infolgedessen gebührenden angemessenen Schadenersatzanspruch im Rahmen der zur Verfügung stehenden Beweismittel festzustellen.**
- (3) Es ist nicht mit Art. 82(2) DSGVO vereinbar, dass Voraussetzung für den Zuspruch immateriellen Schadens ist, dass eine Konsequenz oder Folge der Rechtsverletzung zumindest einiges Gewicht haben muss, die über den durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Ärger hinausgeht.**