

## **Art. 82 DS-GVO – scharfes Schwert oder zahnlöser Tiger?**

Anmerkungen zur Auslegung des Art. 82 DS-GVO in Rechtsprechung und Literatur

*Benedikt Buchner/Michael Wessels*

*Art. 82 DS-GVO, das schadensrechtliche „Flaggschiff“ der DS-GVO, ist mittlerweile in der datenschutzrechtlichen Literatur und Rechtsprechung omnipräsent. Die Norm bietet viel Raum für die verschiedensten Auslegungsvarianten und entsprechend bunt ist der Strauß an Meinungen und Entscheidungen zu Art. 82 DS-GVO. Mitunter wird die Zuerkennung datenschutzrechtlicher Schadensersatzansprüche sehr großzügig gehandhabt – ganz im Sinne einer effektiven Durchsetzung der Vorgaben der DS-GVO. Immer wieder ist demgegenüber aber auch die Tendenz erkennbar, die praktische Relevanz des Art. 82 DS-GVO weitestmöglich zurückzudrängen. Letztere Tendenz soll im Folgenden kritisch hinterfragt werden.*

### **I. Einleitung**

Art. 82 DS-GVO ist ein schönes Beispiel dafür, wie man im Datenschutzrecht wieder einmal versucht, eine an sich wichtige und sinnvolle Norm wahlweise misszuverstehen, leerlaufen zu lassen oder für sachfremde Zwecke zu instrumentalisieren. Richter- und Anwaltschaft wirken daran ebenso mit wie diejenigen, deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch diese Norm an sich effektiv geschützt werden soll. Mit letzterer Zielsetzung hat es offensichtlich nur wenig zu tun, wenn vermeintlich oder tatsächlich „Verletzte“ einen datenschutzrechtlichen Schadensersatzanspruch in erster Linie dazu nutzen, in einem Prozess eine finanzielle Drohkulisse aufzubauen, um letztlich ganz andere Ansprüche durchzusetzen bzw. abzuwehren. Für Gerichte wiederum liefert diese Taktik zusätzliche Motivation, Ansprüche nach Art. 82 DS-GVO kurz und knapp abzubügeln – wenn die Norm nicht ohnehin schon beiseite geschoben worden ist, weil sie sich nicht in die traditionellen schadensrechtlichen Denkschemata einordnen lässt. Geschäftstüchtigen Anwälten und Prozessfinanzierern wiederum ist es zu verdanken, dass das Anliegen einer effektiven Durchsetzung des Datenschutzrechts zunehmend als fragwürdiges Geschäftsmodell diskreditiert und infrage gestellt wird.

Nachfolgend soll es in erster Linie darum gehen, sich mit denjenigen Argumentationsansätzen kritisch auseinanderzusetzen, die darauf abzielen, die Bedeutung von Art. 82 DS-GVO als ein effektives Sanktionsinstrument zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Vorgaben mehr und

mehr zurückzudrängen. So fragwürdig und unbefriedigend es ist, dass datenschutzrechtliche Schadensersatzansprüche als Geschäftsmodell und prozessuale Drohkulisse missbraucht werden, so wenig lässt es sich gleichwohl rechtfertigen, allein deshalb den Schutz- und Regelungszweck dieser Vorschrift zu ignorieren. Nach Art. 82 DSGVO soll jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften der DS-GVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter geltend machen können. Anders als die Vorgängerregelung des Art. 23 DSRL (RL 95/46/EG) sieht Art. 82 DSGVO ausdrücklich die Ersatzfähigkeit eines immateriellen Schadens vor<sup>1</sup> und ein solcher immaterieller Schaden soll nach der Vorstellung des Verordnungsgebers *im Regelfall* und nicht erst – wie bislang nach deutscher schadensrechtlicher Dogmatik – infolge einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung ersatzfähig sein.<sup>2</sup>

Dessen ungeachtet tendieren Rechtsprechung und Literatur immer wieder dazu, den Anwendungsbereich des Art. 82 DSGVO zurückzudrängen und Schadensersatzansprüche abzulehnen. Gestützt wird dies in erster Linie auf Argumente wie die einer Erheblichkeitsschwelle oder eines Bagatellvorbehalts in Art. 82 DS-GVO – eine Argumentation, die sich mittlerweile eine „verfassungsrechtliche Ohrfeige“<sup>3</sup> durch das BVerfG eingehandelt hat<sup>4</sup> und auf Klärung durch den EuGH harrt.<sup>5</sup> Nicht minder interessant bzw. diskussionswürdig sind andere Argumentationsansätze, die bei der Verletzungshandlung oder beim Schutzzweck des Art. 82 DS-GVO ansetzen, um einen Schadensersatzanspruch ablehnen zu können. Auch diese Ansätze sollen im Folgenden kritisch diskutiert werden.

## II. Schutzzweck des Art. 82 DS-GVO

Die Auszeichnung für den kreativsten Ansatz, Art. 82 DSGVO ins Leere laufen zu lassen, gebührt dem OLG Düsseldorf mit seinem Beschluss vom März 2021.<sup>6</sup> In diesem Beschluss hat das Gericht einen Weg gefunden, sich mit dem offensichtlich lästigen Datenschutzrecht letztlich gar nicht auseinandersetzen zu müssen, weil die zugrundeliegende Fallkonstellation schon

---

<sup>1</sup> Vgl. *Becker*, in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art.82 DSGVO, Rn. 4c; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 1; *Paal/Aliprandi* ZD 2021, 241, 242.

<sup>2</sup> *Paal*, MMR 2020, 14, 17; *Wessels* DuD 2019, 781, 784.

<sup>3</sup> *Korch*, NJW 2021, 978.

<sup>4</sup> *BVerfG* ZD 2021, 266.

<sup>5</sup> S. dazu die Vorlagebeschlüsse von *ÖOGH* (ZD 2021, 631) und *BAG* (NZA 2021, 1713).

<sup>6</sup> *OLG Düsseldorf* Beschl. v. 16.03.2021 – 16 U 269/20 sowie vorgehend *OLG Düsseldorf* Beschl. v. 16.02.2021 – 16 U 269/20.

gar nicht vom Schutzzweck des Art. 82 DS-GVO erfasst sein soll, sondern stattdessen allein nach persönlichkeitsrechtlichen Maßstäben zu beurteilen sei.

In dem vom OLG Düsseldorf zu entscheidenden Sachverhalt ging es um die Veröffentlichung eines psychologischen Gutachtens, welches die Beklagte über die Klägerin in einem familienrechtlichen Verfahren erstellt hatte. Das Gutachten setzte sich vor allem auch mit traumatischen Kindheitserlebnissen der Klägerin wie sexuellen Missbrauchserfahrungen auseinander. In der Folgezeit wurden diese Informationen aus dem Gutachten von Dritten in verschiedenen sog. sozialen Netzwerken – u.a. Facebook – verbreitet.

### **1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung à la OLG Düsseldorf**

Bei unbefangener Betrachtungsweise sollte man meinen, dass das Datenschutzrecht in Gestalt der DS-GVO gerade auch vor solchen gravierenden Eingriffen in die Privat- und Intimsphäre schützen will und die Veröffentlichung von sexuellen Missbrauchserfahrungen via Facebook selbstredend in den datenschutzrechtlichen Anwendungsbereich fällt. Es geht hier um personenbezogene Daten, sogar besonders schutzwürdige Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 DS-GVO, diese Daten werden verbreitet und damit verarbeitet im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DS-GVO und Ausnahmen nach Art. 2 Abs. 2 DS-GVO, insbesondere die sog. Haushalts-Ausnahme, greifen nicht.

Ganz anders aber das OLG Düsseldorf: Nach dessen Überzeugung fällt der geltend gemachte Schaden, konkret die namentliche Verbreitung von Missbrauchserfahrungen über soziale Netzwerke, nicht unter den Schutzzweck des Art. 82 DS-GVO. Nach dem Begriffsverständnis des OLG Düsseldorf soll es sich hier gar nicht um ein datenschutzrechtliches Problem handeln, weil nicht „die Art der Informationserlangung gerügt wird“ oder „der Vorwurf einer intransparenten Datenverarbeitung im Raum steht“. Vielmehr knüpfe die Beeinträchtigung der Klägerin „an das Ergebnis des Kommunikationsprozesses, nämlich die Veröffentlichung und Verbreitung der personenrelevanten Daten, an“, weshalb allein der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen sei und eine Anwendung des Art. 82 DS-GVO nicht in Betracht komme.<sup>7</sup>

Das OLG Düsseldorf offenbart damit ein ganz erstaunliches Verständnis vom europäischen Datenschutzrecht, welches mit dem Grundrecht auf Datenschutz, wie es in Art. 8 GRCh verankert

---

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf Beschl. v. 16.02.2021 – 16 U 269/20, Rn. 15.

ist, nichts mehr zu tun hat. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das OLG für seine Begründung fleißig auf das Bundesverfassungsgericht<sup>8</sup> rekurriert. Stattdessen hätte es schon gereicht, wenn das OLG schlicht und einfach die Grundidee des europäischen Datenschutzrechts ernst genommen hätte, dass der grundrechtlich verankerte Schutz personenbezogener Daten dem Einzelnen die Möglichkeit geben soll, ein Selbstbestimmungsrecht über die eigenen Daten auszuüben, und daher jede Verbreitung dieser Daten durch Dritte einen Eingriff in dieses Recht darstellt.<sup>9</sup>

## **2. Die Sorge des OLG um andere Freiheitsrechte**

Abgesehen davon meint das OLG Düsseldorf, den Anwendungsbereich der DS-GVO auch deshalb zurückdrängen zu müssen, weil eine zu weitreichende Geltung des Datenschutzrechts mit seinen strengen Sanktion- und Durchsetzungsmechanismen „mit der Vorstellung eines modernen, freiheitlichen Presserechts kaum vereinbar“ wäre und zu „gravierenden Einschränkungen grundlegender Freiheitsrechte“ wie Kunst- und Wissenschaftsfreiheit führen würde.<sup>10</sup> Das sind durchaus schwere argumentative Geschütze, die das OLG hier aufführt – Argumente allerdings, die hier gar nicht nötig bzw. passend sind. Die Angst vor den „gravierenden Einschränkungen grundlegender Freiheitsrechte“ durch die DS-GVO kann man dem OLG auch so leicht wieder nehmen, dafür hätte das Gericht nur einen Blick auf Art. 85 DS-GVO werfen müssen, der eben diesen Ausgleich zwischen Datenschutz und anderen Freiheitsrechten adressiert. Davon unabhängig ist auch schon nicht nachvollziehbar, warum sich das OLG Düsseldorf ausgerechnet in einer Fallkonstellation wie hier, in der es dem Grunde nach um eine online ausgetragene Privatstreitigkeit geht, um die Presse-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit sorgt, die hier nicht einmal ansatzweise betroffen sind.

Insgesamt spricht daher alles dafür, dass es sich bei dem Beschluss des OLG Düsseldorf um einen singulären Ausreißer handelt, der nicht weiter Schule machen wird. Ansonsten müsste man sich die Frage stellen, wovor das Recht auf Datenschutz überhaupt noch schützen soll bzw. kann, wenn selbst eine solch gravierende Verletzung der Vertraulichkeit

---

<sup>8</sup> BVerfG NJW 2020, 300.

<sup>9</sup> St. Rspr., siehe nur *EuGH* ZD 2013, 608 Rn. 25 ff., sowie aus der Lit. *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 8 GRCh Rn. 10.

<sup>10</sup> *OLG Düsseldorf* Beschl. v. 16.02.2021 – 16 U 269/20, Rn. 16.

höchstpersönlicher Informationen – noch dazu in der digitalen Welt, die nichts vergisst – vom Schutzzweck der DS-GVO nicht erfasst sein soll.

### III. Haftungsbegründende Verletzungshandlung

Nicht ganz so radikal, jedoch nicht minder kreativ als das OLG Düsseldorf hat auch das LG Bonn einen Weg raus aus Art. 82 DSGVO gesucht und gefunden.<sup>11</sup> Um dessen Anwendungsbereich kleinzuhalten, setzt das LG Bonn bei der Verletzungshandlung an: Eine Haftung nach Art. 82 DS-GVO sollen nach Ansicht des Gerichts nur solche Datenschutzverstöße begründen, die „durch die Verarbeitung selbst“ verursacht worden sind. Haftungsrechtlich irrelevant sollen demgegenüber Verstöße sein, die „nicht durch eine der DSGVO zuwiderlaufende Verarbeitung verursacht worden sind“, wozu das LG etwa die „bloße“ Verletzung der Betroffenenrechte nach Art. 12 bis 15 DS-GVO zählt.<sup>12</sup>

#### 1. Rechtsverstoß im Sinne des Art. 82 DS-GVO

Überraschend ist dieser Ansatz des LG Bonn zunächst einmal deshalb, weil Art 82 Abs. 1 DSGVO schlicht einen „Verstoß gegen diese Verordnung“ verlangt und damit äußerst weit gefasst ist.<sup>13</sup> Entsprechend geht auch die Literatur<sup>13</sup> davon aus, dass die Anzahl der Haftungsmöglichkeiten unter der DSGVO denkbar groß ist,<sup>14</sup> ein Verstoß in verschiedenen Erscheinungsformen durch Tun oder Unterlassen begangen werden kann<sup>15</sup> und es noch nicht einmal auf einen drittschützenden Charakter der verletzen Vorschrift ankommt.<sup>16</sup> Nach dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 DSGVO könne jeder noch so kleine Verstoß<sup>17</sup> gegen die Vorgaben der Verordnung eine Schadensersatzpflicht auslösen, inklusive der Grundsätze aus Art. 5 DSGVO, der Betroffenenrechte aus Art. 12 ff. DSGVO, der Verpflichtung zur Schaffung einer angemessenen IT-Sicherheit gemäß Art. 32 DSGVO etc.<sup>18</sup>

Das LG Bonn hält sich mit Abs. 1 allerdings nicht weiter auf, sondern richtet seinen Blick sogleich auf den Wortlaut des Abs. 2 der Vorschrift. Dort ist in der Tat die Rede von einer Haftung

---

<sup>11</sup> *LG Bonn* ZD 2021, 586.

<sup>12</sup> *LG Bonn* ZD 2021, 586, 587.

<sup>13</sup> Vgl. *Kohn*, ZD 2019, 498, 500; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 9.

<sup>14</sup> *Rüpke/von Lewinski/Eckhardt*, 1. Aufl. 2018, Datenschutzrecht, § 23 Rn. 24; *Wessels* DuD 2019, 781, 782.

<sup>15</sup> *Kohn*, ZD 2019, 498, 500.

<sup>16</sup> *Paal*, MMR 2020, 14, 16.

<sup>17</sup> *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 23.

<sup>18</sup> Vgl. *Rüpke/von Lewinski/Eckhardt*, 1. Aufl. 2018, Datenschutzrecht, § 23 Rn. 24; *Schwartmann/Kepler/Jacquemain*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 4.

„für den Schaden, der durch eine nicht dieser Verordnung entsprechende *Verarbeitung* verursacht worden ist“ (Hervorhebung durch d. Verf.). Man kann daher sicherlich überlegen, ob und inwieweit diese Konkretisierung des Abs. 2 auch im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zu berücksichtigen ist. In diese Richtung geht teils auch die Literatur, wenn diese aus systematischer Sicht auf eine Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals mit Blick auf EG 146 S. 1, Art. 82 Abs. 2 und 4 verweist.<sup>19</sup> In Anlehnung an den ursprünglichen Wortlaut des Kommissionsentwurfs setzen diese Bestimmungen voraus, dass der Schaden im Zusammenhang mit einer Datenverarbeitung entstanden sein muss. Auch mit dieser Konkretisierung geht aber nicht einher, dass das vorwerfbare Verhalten stets *in der Datenverarbeitung an sich* liegen muss. Haftungsbegründend kann eine Datenverarbeitung vielmehr auch dann sein, wenn dem eigentlichen Verarbeitungsvorgang vor- oder nachgelagerte Pflichten verletzt werden, etwa die Verpflichtung zu technisch-organisatorischen Schutzmaßnahmen oder zur Umsetzung der Betroffenenrechte gegenüber den von einer Datenverarbeitung betroffenen Personen. Auch solcherlei Pflichtverstöße können eine Schadensersatzpflicht begründen, wenn diese im Zusammenhang mit einer Datenverarbeitung stehen – und dies letztlich zu einem Schaden auf Seiten der betroffenen Person geführt hat.<sup>20</sup>

## **2. Schaden *aufgrund* einer rechtswidrigen Verarbeitung**

Selbst bei einem weiten Verständnis der haftungsbegründenden Verletzungshandlung heißt dies allerdings nicht, dass mit jedem Verstoß gegen Vorgaben der DS-GVO auch eine Schadensersatzpflicht einhergeht. Wird etwa gegen die Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten<sup>21</sup> oder gegen Meldepflichten<sup>22</sup> verstoßen, kann dies zwar, muss dies aber nicht zwangsläufig eine Schadensersatzpflicht begründen. Entscheidend ist vielmehr, ob dieser Verstoß auch die Ursache für den erlittenen Schaden ist. Art. 82 Abs. 1 DS-GVO spricht vom materiellen oder immateriellen Schaden „wegen“ eines Verstoßes gegen die DS-GVO, ebenso ist in EG 146 von Schäden „aufgrund“ einer rechtswidrigen Datenverarbeitung die Rede. Aufgrund dieses Kausalitätserfordernisses besteht daher nicht in jedem Fall, wenn etwa ein

---

<sup>19</sup> *Schwartzmann/Keppler/Jacquemain*, in: *Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 4.

<sup>20</sup> Vgl. *Boehm*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 10.

<sup>21</sup> *Schwartzmann/Keppler/Jacquemain*, in: *Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 6.

<sup>22</sup> *Wybitul/Haß/Albrecht* NJW 2018, 113, 113.

Datenschutzbeauftragter nicht bestellt oder eine Meldepflicht nicht erfüllt worden ist, auch ein Schadensersatzanspruch.

In die falsche Richtung geht daher etwa auch die Entscheidung des LG Essen zum immateriellen Schadensersatzanspruch wegen des Verlusts eines USB-Sticks mit personenbezogenen Daten.<sup>23</sup> Das LG Essen lässt es insoweit für einen Schadensersatzanspruch „dem Grunde nach“ ausreichen, dass dem beklagten Unternehmen ein formaler Verstoß gegen die Meldepflicht nach Art. 33 Abs. 1 DS-GVO zur Last zu legen ist, weil dieses nicht der Aufsichtsbehörde den Verlust gemeldet hatte. Im Ergebnis soll dann allerdings ein Schadensersatzanspruch des Klägers nach Auffassung des LG daran scheitern, dass mangels „spürbarer“ oder „ernsthafter“ Beeinträchtigung überhaupt kein Schaden angenommen werden kann.

Der Regelung des Art. 82 DS-GVO wird dieser Ansatz des Gerichts aus zweierlei Gründen nicht gerecht: Zum einen wäre im konkreten Fall durchaus ein Schaden zu bejahen gewesen, weil es infolge des Verlusts des USB-Sticks zu einem immateriellen Schaden in Gestalt eines befürchteten Kontrollverlusts gekommen ist (s. näher dazu sogleich III 2). Zum anderen hätte das Landgericht die Klage aber aus einem ganz anderen Grunde ablehnen müssen und zwar mangels Kausalität zwischen Rechtsverstoß und Schaden. Im konkreten Fall war es für den bereits eingetretenen Schaden des Klägers ohne Relevanz, ob der Verlust noch pflichtgemäß gemeldet wurde oder nicht. Der USB-Stick war ohnehin schon verloren und es sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass aufgrund der Meldung an die Aufsichtsbehörde die Schadensfolgen irgendwie hätten reduziert werden können. Als – für den Schaden kausaler – Rechtsverstoß wäre im konkreten Fall allein ein Verstoß gegen die Vorgaben der Datensicherheit nach Art. 24, 25 Abs. 1, 32 DS-GVO in Betracht gekommen, weil der USB-Stick mit einfacher Post versandt wurde und dann verloren ging. Eben einen solchen Verstoß lehnt das LG Essen aber nach ausführlicher Prüfung ab – womit es dann aber auch an einer für den Schaden kausalen Pflichtverletzung fehlt und das LG *aus diesem Grund* einen Schadensersatzanspruch hätte ablehnen müssen.

### **3. Beweislast**

Noch nicht abschließend geklärt ist, wer hinsichtlich der Kausalität des Verstoßes für den Schaden die Beweislast trägt. Die DS-GVO regelt diese Frage nicht ausdrücklich. Gute Gründe

---

<sup>23</sup> LG Essen ZD 2022, 50.

sprechen allerdings dafür, von einer Beweislastumkehr zulasten des Schädigers dergestalt auszugehen, dass die betroffene Person nur beweisen muss, dass der Anspruchsgegner an der streitigen Datenverarbeitung beteiligt war, dass diese *grundsätzlich geeignet* war, den konkreten Schaden auszulösen und dass kein atypischer Kausalverlauf vorlag.<sup>24</sup> Für einen solchen Ansatz spricht nicht nur der Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH zum Kausalitätsnachweis beim kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch,<sup>25</sup> sondern auch die Erwägung, dass es einer Beweislastverteilung nach Verantwortungssphären schon deshalb bedarf, da die betroffene Person regelmäßig keine Kenntnisse von den internen Verarbeitungsvorgängen beim Verantwortlichen hat.<sup>26</sup>

Das LG Köln geht demgegenüber in einer Entscheidung vom August 2021<sup>27</sup> davon aus, dass der Regelung des Art. 82 DS-GVO eine Beweislastumkehr nur hinsichtlich des Verschuldens zu entnehmen sei. Hinsichtlich der Kausalität treffe dagegen den Kläger als Geschädigten die Beweislast. Dies sei auch „interessengerecht“, da „die Beklagte ... genauso wenig wie der Kläger wissen“ könne, wer sonst noch Kenntnis von den personenbezogenen Daten erlangt hatte, die die Beklagte rechtswidrig weitergegeben hatte. Fragwürdig ist dieser Ansatz schon deshalb, weil damit das LG Köln letztlich dem Geschädigten den – regelmäßig nicht zu führenden – Nachweis aufbürdet, dass alle anderen denkbaren Kausalverläufe, die theoretisch auch zu dem Schaden hätten führen können, im konkreten Fall ausgeschlossen sind. Ohnehin möchte sich das LG Köln mit dieser Kausalitätsfrage aber nicht allzu lange aufhalten, sondern vermengt diesen Aspekt mit dem Standardeinwand eines bloßen Bagatellschadens. Fragen der Kausalität und des Schadens werden ohne erkennbare Systematik miteinander verknüpft – mit dem deutlich erkennbaren Ziel vor Augen, der „Gefahr einer nahezu uferlosen Häufung der Geltendmachung von Ansprüchen“ entgegenzuwirken, da dies „nicht Sinn und Zweck von Art. 82 DS-GVO entsprechen“ könne.

---

<sup>24</sup> *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 47 f. m.w.N.

<sup>25</sup> *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 47; *Geissler/Ströbel* NJW 2019, 3414, 3415; *Wessels* DuD 2019, 781, 783.

<sup>26</sup> *Nemitz*, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 21; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 47.

<sup>27</sup> *LG Köln* ZD 2022, 52.



### III. Schaden

Nach wie vor ganz im Zentrum der Diskussion um Art. 82 DS-GVO steht die Fragestellung, welchen Anforderungen ein immaterieller Schaden genügen muss, um einen Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO begründen zu können.

#### 1. Rechtsprechung

Klare Rechtsprechungsrichtlinien zu dieser Frage werden zumindest so lange auf sich warten lassen, bis der EuGH im Zuge der ersten Vorabentscheidungsverfahren grundsätzliche Fragen zu den Anforderungen an einen ersatzfähigen immateriellen Schaden geklärt hat. Bislang werden die verschiedensten Ansätze vertreten. Unterschiede lassen sich hierzulande insbesondere zwischen den verschiedenen Instanzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und den Arbeitsgerichten feststellen. Letztere tendieren dazu, es für einen ersatzfähigen immateriellen Schaden ausreichen zu lassen, dass die betroffene Person um ihre Rechte und Freiheiten gebracht oder daran gehindert ist, die sie betreffenden personenbezogenen Daten zu kontrollieren.<sup>28</sup> Grundsätzlich soll ein immaterieller Schadensersatz auch unabhängig vom Erreichen einer Erheblichkeitsschwelle in Betracht kommen. Um die Regelungen der DSGVO effektiv durchzusetzen, müsse auf eine abschreckende Wirkung des Schadensersatzes abgestellt werden.<sup>29</sup> Demgegenüber urteilen die ordentlichen Gerichte oft sehr restriktiv, wenn sie – ebenso wie auch Teile der Literatur – mit Argumenten wie einer „Erheblichkeitsschwelle“ oder „Bagatellschäden“ operieren und einen Schadensersatz bei geringen und damit nicht „spürbaren“ Verstößen ablehnen.<sup>30</sup>

#### 2. Das Wesen immaterieller Schäden

All diejenigen, die für die Ersatzfähigkeit eines immateriellen Schadens darauf abstellen wollen, ob dieser „spürbar“, „erheblich“ oder „ernsthaft“ ist, verkennen, dass es einen immateriellen Schaden gerade auszeichnet, dass er eben auch „unerheblich“ ausfallen oder eine „bloße Bagatelle“ darstellen kann. Sicherlich ist beispielsweise der unerwünschte Erhalt einer

---

<sup>28</sup> ArbG Dresden ZD 2021, 54; ArbG Düsseldorf NZA 2020, 409; ArbG Lübeck ZD 2020, 422; ArbG Neumünster ZD 2021, 171; LAG Niedersachsen ZD 2022, 61; LAG Hamm NZA-RR 2021,517.

<sup>29</sup> LAG Niedersachsen ZD 2022, 61, 63.

<sup>30</sup> AG Diez ZD 2019, 85, 86; AG Hannover ZD 2021, 176; AG Frankfurt ZD 2021, 47; AG Goslar Ur. v. 27.09.2019 – 28 C 7/19; LG Hamburg ZD 2021, 99; LG Landshut ZWE 2021, 226; LG Köln ZD 2021, 47; LG Frankfurt ZD 2020, 639; LG Lübeck ZD 2020, 255; OLG Dresden ZD 2020, 413; OLG Dresden ZD 2019, 567; OLG Dresden ZD 2021, 93; a.A. LG Lüneburg ZD 2021,275; OLG Wien ZD 2021,635.

(einzigen) Werbe-E-Mail<sup>31</sup> nach objektiven Maßstäben kein „erheblicher“ Schaden, sondern nur ein Ärgernis, das je nach subjektiver Empfindlichkeit als größer oder kleiner empfunden wird. Aber es sind eben diese subjektiven Empfindlichkeiten und Gefühle, die typisch für einen *immateriellen* Schaden sein können und deshalb nicht einfach – wie hier im konkreten Beispiel – vom AG Goslar als „nicht ersichtlich“ beiseite gewischt werden können. Immaterielle Schäden sind gerade auch solche Schäden, die wir herkömmlich als *nicht* ersatzfähig einordnen würden, weil sie auf subjektiven oder auch irrationalen Gefühlen, Begehrlichkeiten etc. basieren.

Aufschlussreich ist insoweit ein Blick auf die deutsche schadensrechtliche Dogmatik, welche die Kategorie des immateriellen Schadens just für diejenigen Schadensposten vorsieht, die selbst bei einem großzügigen Kommerzialisierungsgedanken nicht mehr als „materiell“ und damit ersatzfähig eingeordnet werden sollen. Der schadensrechtliche Umgang mit dem sog. Nutzungsausfallschaden ist hierfür ein gutes Beispiel: Aussortiert als bloß immaterieller Schaden werden hier die Konstellationen, in denen es sich nur noch um eine „individuelle Genussschmälerung“<sup>32</sup> handelt, weil sich eine Nutzungseinbuße anhand objektiver Maßstäben überhaupt nicht mehr bemessen lässt – so etwa im viel zitierten Beispiel des Pelzmantels die Enttäuschung darüber, dass man diesen nicht tragen kann, weil ihm eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.<sup>33</sup>

Auf dem gleichen Niveau wie diese „individuelle Genussschmälerung“ im Fall des Pelzmantels ist auch der Ärger über eine ungewollte E-Mail zu verorten – oder im Fall eines verloren gegangenen USB-Sticks mit personenbezogenen Daten das Gefühl eines Kontrollverlusts, weil man nicht weiß, ob und wer möglicherweise diesen (unverschlüsselten) USB-Stick in den Händen hält und Informationen einsehen kann.<sup>34</sup> Entgegen dem LG Essen reicht es im letzteren Fall sehr wohl aus, wenn die betroffene Person ein „ungutes Gefühl“ hat.<sup>35</sup> Es kann nicht angehen, dass darüber hinaus ein „spürbarer Nachteil“ und eine „objektiv nachvollziehbare, mit gewissem Gewicht erfolgte Beeinträchtigung“ verlangt wird und dem Kläger entgegengehalten wird, es sei „völlig unklar“, ob der USB-Stick in die Hände eines Dritten gelangt ist. Eben

---

<sup>31</sup> So die Fallkonstellation beim *AG Goslar* Urt. v. 27.09.2019 – 28 C 7/19.

<sup>32</sup> St. Rspr. – s. nur *BGH* Urt. v. 23.1.2018 – VI ZR 57/17, Rn. 6 m.w.N.

<sup>33</sup> So das viel zitierte Beispiel aus *BGH NJW* 1975, 733.

<sup>34</sup> *LG Essen ZD* 2022, 50.

<sup>35</sup> *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 18b.

deshalb macht der Kläger ja einen immateriellen Schaden in Gestalt eines Kontrollverlusts geltend, weil er nicht überblicken kann, ob und wer was möglicherweise über ihn weiß.<sup>36</sup>

Diese beiden und viele weitere Beispiele, die von der Rspr. als Bagatellen abgetan werden, mögen vielleicht nach objektiven Maßstäben nicht spürbar oder ernsthaft sein. Aber eben deshalb sind es *immaterielle* Schäden – und sicherlich kann man diese auch mit guten Gründen wie im deutschen Schadensrecht als grundsätzlich nicht ersatzfähig einordnen. Wenn nun aber mit Art. 82 DSGVO eine europarechtliche Norm existiert, die individuellen Gefühlen und Befindlichkeiten entgegen der deutschen Grundüberzeugung eine normative Anerkennung zollt, ist dies auch hierzulande zu akzeptieren und es kann nicht die deutsche Aversion gegen die Ersatzfähigkeit eines immateriellen Schadens dadurch ins europäische Recht hinübergerettet werden, dass der immaterielle Schaden i.S.d. Art. 82 DS-GVO einfach entsprechend restriktiv ausgelegt wird. Der Begriff des Schadens ist vielmehr autonom auszulegen und offene Auslegungsfragen sind gemäß Art. 267 AEUV vom EuGH zu klären.<sup>37</sup>

### **3. Kein Schadensersatz ohne Schaden**

Ist somit einerseits der Begriff des immateriellen Schadens weit auszulegen, würde es andererseits zu weit gehen, bereits einen Verstoß gegen die DS-GVO als solchen für einen Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO ausreichen zu lassen. Eine Gleichsetzung der Tatbestandsmerkmale Verstoß und Schaden lässt sich aus der Vorschrift des Art. 82 DS-GVO nicht herauslesen und ist auch vom Ergebnis her nicht gewollt, da dies zu einem nahezu voraussetzungslosen Schadensersatzanspruch führen würde. Allein ein Verstoß gegen die DS-GVO begründet noch keine Haftung nach Art. 82 DS-GVO.<sup>38</sup> Von Relevanz ist diese Einschränkung in all den Fällen, in denen lediglich gegen formale Pflichten der DS-GVO verstoßen wird, die regelmäßig keinen Schaden, auch keinen immateriellen, nach sich ziehen, da es sich hierbei um Verstöße handelt, die nicht nachteilig in die Grundrechtsposition einer betroffenen Person eingreifen.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Ganz im Sinne des *BVerfG* (NJW 1984, 419, 422 – Volkszählungsurteil): „Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.“

<sup>37</sup> *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 17.

<sup>38</sup> *Becker*, in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 82 DSGVO, Rn. 4d; *Wybitul*, NJW 2019, 3265, 3266.

<sup>39</sup> Vgl. *Becker*, in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 82 DSGVO, Rn. 4d.

Wenn das BAG demgegenüber in seinem Vorlagebeschluss vom August 2021 davon spricht, dass nach seiner Auffassung „bereits die Verletzung der DS-GVO selbst zu einem auszugleichenden immateriellen Schaden“ führt,<sup>40</sup> ist dies nur scheinbar ein Widerspruch zu dem gerade eben Gesagten. Denn das BAG hat von Anfang keine bloß formalen Verstöße gegen die DS-GVO vor Augen, sondern solche Verstöße, die bei der von der Datenverarbeitung betroffenen Person zu einem Eingriff in deren subjektive Rechte und damit auch zu einem immateriellen Schaden (in irgendeiner Form des Verlusts an informationeller Selbstbestimmung) führen. Insoweit geht das BAG dann zutreffend davon aus, dass die betroffene Person über diese Rechtsverletzung hinaus nicht zusätzlich noch einen (weiteren) von ihr erlittenen immateriellen Schaden darlegen muss und sie insbesondere keine Konsequenz „von zumindest einigem Gewicht“ o.Ä. mehr darlegen muss.<sup>41</sup>

#### **IV. Fazit**

Ein weites Verständnis des Anspruchs auf immateriellen Schadensersatz nach Art. 82 DS-GVO birgt ohne Zweifel die eingangs angesprochene Gefahr, dass dieses zentrale Sanktionsinstrument der DS-GVO von Anwälten, Prozessfinanzierern etc. als lukratives Geschäftsmodell zweckentfremdet wird.<sup>42</sup> Zu begegnen ist dieser Gefahr allerdings nicht durch eine restriktive Auslegung des Art. 82 DS-GVO. Anzusetzen ist vielmehr an anderen Stellschrauben, zuvorderst an denjenigen, die überhaupt eine Motivationsgrundlage dafür liefern, ein datenschutzrechtliches Instrument für ganz andere, kommerzielle Zwecke zu missbrauchen. Ein Lösungsansatz, der in diese Richtung geht, ist etwa der Vorschlag, bei den Anwaltsgebühren anzusetzen und diese in ihrer Höhe so auszugestalten, dass Schadensersatzverfahren bei geringfügigen Datenschutzverstößen von vornherein nicht mehr finanziell attraktiv sind.<sup>43</sup>

Ein weiterer möglicher Ansatzpunkt ist die Frage der Abtretbarkeit immaterieller Schadensersatzansprüche: So könnte insbesondere den Abtretungsmodellen diverser Rechtsdienstleister durch eine Nicht-Abtretbarkeit immaterieller Schadensersatzansprüche nach Art. 82 DS-GVO entgegengewirkt werden. Für Schmerzensgeldansprüche wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts wird eine solche Nicht-Abtretbarkeit schon länger diskutiert. Argumentative

---

<sup>40</sup> BAG ZD 2022, 56, 59.

<sup>41</sup> BAG NZA 2021, 1713 Rn. 33.

<sup>42</sup> Vgl. *Wybitul* NJW 2021, 1190.

<sup>43</sup> So der Vorschlag von *Schwartmann*, siehe: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/recht-und-steuern-schmerzensgeld-gemaess-datenschutz-grundverordnung-wirtschaft-fuerchtet-klagen/27381666.html> (zuletzt aufgerufen am 21.12.2021).

Grundlage hierfür ist die Erwägung, dass bei Geldentschädigungsansprüchen wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen der Genugtuungsgedanke ganz im Vordergrund steht und daher der Anspruch untrennbar mit der Person des Geschädigten verknüpft ist.<sup>44</sup> Auf den immateriellen Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO lässt sich diese Erwägung allerdings nicht ohne weiteres übertragen, da hier auch der Präventionsgedanke eine wichtige Rolle spielt.<sup>45</sup> Aber wie auch immer man sich in dieser Rechtsfrage positioniert: In jedem Fall sollte sich die Diskussion hierzulande auf derlei Lösungsansätze konzentrieren, anstatt zu versuchen, Vorgaben des europäischen Datenschutzrechts mittels liebgewonnener Auslegungsgrundsätze aus der deutschen Jurisprudenz zu entwerfen.

Schlagwörter: immaterieller Schaden, Kontrollverlust, Bagatellschaden, Erheblichkeitsschwelle, Kausalität, Beweislast

Schnell gelesen:

1. Art. 82 DS-GVO wird von Rechtsprechung und Literatur immer wieder restriktiv ausgelegt wird. Viele Begründungsansätze können insoweit nicht überzeugen, insbesondere wenn auf eine Erheblichkeitsschwelle oder einen Bagatellverstoß verwiesen wird.
2. Im Fall einer rechtswidrigen Verarbeitung personenbezogener Daten kann ein Anspruch aus Art. 82 DS-GVO nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die konkrete Konstellation sei allein anhand persönlichkeitsrechtlicher Maßstäbe zu beurteilen.
3. Die haftungsbegründende Verletzungshandlung i.S.d. Art. 82 DS-GVO ist weit zu verstehen, das vorwerfbare Verhalten muss nicht unbedingt *in der Datenverarbeitung an sich* liegen. Voraussetzung für einen Anspruch nach Art. 82 DS-GVO ist jedoch stets, dass gerade der Rechtsverstoß auch für den eingetretenen Schaden ursächlich gewesen ist.
4. Auch ein befürchteter Kontrollverlust hinsichtlich der eigenen personenbezogenen Daten und das damit verbundene ungute Gefühl können schon einen ersatzfähigen

---

<sup>44</sup> BGH NJW-RR 2020, 995, 997 f.

<sup>45</sup> Gleichwohl für eine Nicht-Abtretbarkeit *Klein GRUR-Prax 2020, 433*; das *LG Essen (ZD 2022, 50, 51)* hat demgegenüber eine Abtretbarkeit auch des Art. 82-Anspruchs bejaht, ist dabei jedoch – zu pauschal – davon ausgegangen, dass jede Forderung abtretbar sei und „insbesondere auch Schmerzensgeldansprüche“.

immateriellen Schaden begründen. Ein darüberhinausgehender spürbarer Nachteil oder eine objektiv nachvollziehbare Beeinträchtigung sind nicht erforderlich.