

# Schadenersatz im digitalen Umfeld: Konkurrierende Ansprüche aus dem BGB und der DS-GVO im Fall von Datenschutzverstößen

*Rodrigo Araldi*

**ZUSAMMENFASSUNG:** Datenschutzverstöße können zu konkurrierenden Schadenersatzansprüchen nach dem BGB und der DS-GVO führen. Aufgrund des sehr restriktiven Schadensersatzsystems des BGB ergeben sich Unterschiede zwischen den Ansprüchen hinsichtlich ihrer haftungsgrundenden und haftungsausfüllenden Voraussetzungen, je nachdem, ob sie auf dem BGB oder der DS-GVO beruhen. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit diesen Unterschieden auseinander und diskutiert ferner die deutsche Erfahrung mit der Anerkennung von immateriellen Schäden nach der DS-GVO und der Auslegung des Schadensbegriffs.

**SCHLÜSSELWORTE:** Datenschutzverstöße, Schadenersatz, Bagatellschaden, BGB, DS-GVO

**RESUMEN:** Las violaciones de la protección de datos pueden dar lugar a pretensiones concurrentes por daños y perjuicios con arreglo al Código Civil de Alemania (BGB) y al RGPD. Dado que en Alemania el propio BGB dispone de un sistema de daños y perjuicios muy restrictivo, existen diferencias en las pretensiones dependiendo de si se basan en el BGB o en el RGPD. En este artículo se abordan estas diferencias y se analiza además la experiencia alemana con el reconocimiento de los daños inmateriales en virtud del RGPD y la interpretación del concepto de daños por los tribunales alemanes.

**PALABRAS CLAVE:** violaciones de la protección de datos, compensación por daños y perjuicios, daños de menor importancia, Código Civil de Alemania (BGB), RGPD

## A. *Einleitung*

Eine unzählbare Fülle von Schadensereignissen geschieht jeden Tag. Traditionell werden solche Ereignisse mit Beeinträchtigungen von Interessen

in der physischen Welt in Verbindung gebracht, so zum Beispiel<sup>1</sup> die Verletzung eines Fußgängers oder die Schädigung eines Kraftfahrzeuges bei einem Verkehrsunfall, die Tötung eines Mitarbeiters einer Fabrik infolge eines Stromschlags durch ein defektes Gerät, oder eine Lebensmittelvergiftung aufgrund verdorbener Speisen, die in einem Restaurant serviert werden. Schäden können jedoch nicht nur in der physischen Welt, sondern auch im virtuellen Umfeld auftreten. Auch hier sind die denkbaren Beispiele kaum noch zu überblicken und haben mit der (immer noch) wachsenden Wahrnehmung täglicher Aktivitäten online an Bedeutung gewonnen. Insbesondere hat uns die Corona-Virus-Pandemie deutlich gezeigt, dass eine noch weitergehende Umstellung auf das digitale Leben nicht nur möglich ist, sondern sich sogar nach der Aufhebung der Kontaktbeschränkungen in einem Aufwärtstrend befindet. Schadeneignisse im digitalen Umfeld stellen aufgrund der raschen technologischen Entwicklung eine Herausforderung für die Rechtsordnungen vor allem im Hinblick auf Persönlichkeitsrechte und Datenschutz dar.<sup>2</sup>

Eine Diskussion, die in den letzten Jahren immer mehr an Relevanz gewonnen hat, ist der Schadenersatz wegen Datenschutzverstößen. In Deutschland ist das Thema insofern spannender, als das BGB selbst über ein sehr restriktives Schadenersatzsystem verfügt, vor allem was die Funktion der Entschädigung und die Anerkennung von immateriellen Schäden anbelangt. Dies hat, wie nachfolgend zu sehen sein wird, zu Debatten im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 82 DS-GVO durch die deutschen Gerichte geführt.<sup>3</sup> Der vorliegende Beitrag setzt sich mit diesen Fragen auseinander. Zunächst wird jedoch auf die einschlägigen Schadenersatzansprüche des Geschädigten wegen Datenschutzverstößen kurz eingegangen, die nach der h.M. parallel geltend gemacht werden können.<sup>4</sup> Diese sind (B.I.) vertragliche und vorvertragliche Ansprüche, die sich aus dem

---

1 Vgl. z.B. Wagner, Deliktsrecht, 14. Aufl., Rn. 1, der bereits in seiner Einführung das Schlaglicht auf solche Schadeneignisse wirft.

2 Vgl. EG Nr. 6 DS-GVO.

3 Grds. dazu Korch, NJW 2021, 978 ff.; Wybitul, NJW 2021, 1190 ff.; und Muckel, JA 2021, 430 ff.

4 Die DS-GVO betrifft weitere Schadenersatzansprüche aus dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten nicht. So heißt es imEG Nr. 146 S. 4 DS-GVO, dass „[d]er Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter [...] Schäden, die einer Person aufgrund einer Verarbeitung entstehen, die mit dieser Verordnung nicht im Einklang steht, ersetzen [sollte]. (...) Dies gilt unbeschadet von Schadenersatzforderungen aufgrund von Verstößen gegen andere Vorschriften des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten.“; a.A. Boehm, in: Simitis/Hornung/Spiecker DatenschutzR Art. 82 Rn. 32.

BGB ergeben; (B.II) deliktsrechtliche Ansprüche aus dem BGB und (B.III) deliktsrechtliche Ansprüche aus Art. 82 DS-GVO, die eigenständige Anspruchsgrundlagen darstellen.<sup>5</sup> Im Anschluss werden die Unterschiede der haftungsbegründenden Voraussetzungen solcher Ansprüche erörtert (C.I.). Schließlich wird der Beitrag auf die Diskussionen eingehen, die den immateriellen Schaden im Fall von Datenschutzverstößen betreffen, und sich mit der restriktiven Auslegung des Schadensbegriffs durch die deutschen Gerichte, insbesondere mit der jüngsten Entscheidung des BVerfG<sup>6</sup> zu diesem Thema, beschäftigen (C.II).

## *B. Schadenersatzansprüche wegen Datenschutzverstößen gegenüber dem Unternehmen*

### *I. Vertragliche und vorvertragliche Ansprüche aus dem BGB: Verletzung von Neben- und Schutzpflichten (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)*

(a) *Vertragliche Haftung:* Datenschutzverletzungen können einen vertraglichen Schadenersatzanspruch begründen, wenn personenbezogene Daten zur Durchführung eines Vertrages im Verstoß gegen Datenschutzvorschriften verarbeitet werden. Nehmen wir zur Veranschaulichung der Lage folgendes Beispiel: Aufgrund unzureichender Maßnahmen zur Datensicherheit wird Dritten der Zugriff auf Bankangaben eines Verbrauchers im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs über eine Online Plattform ermöglicht. Dadurch entstehen zu Lasten des Verbrauchers Schäden. Selbst wenn ein Mindestmaß an Datensicherheit nicht Bestandteil der Vertragsbedingungen ist, besteht für die Vertragsparteien aus § 241 Abs. 2 BGB eine wechselseitige Pflicht zur Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen (sog. Neben- und Schutzpflichten).<sup>7</sup> In Frage steht hier vor allem die informationelle Selbstbestimmung<sup>8</sup> der betroffenen Person als zu schützendes Rechtsgut. Da das Unternehmen keine genügende Sicherheit der aufgrund

---

5 BeckOK Datenschutz/Quaas, 40. Ed. 1.5.2022, DS-GVO Art. 82 Rn. 8; Paal/Pauly/Frenzel, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 82 Rn. 19, 20; Strauß/Schweers, DSRITB 2019, 111 ff; und Spindler/Schuster/Spindler/Horváth, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 82 Rn. 4; Taeger/Gabel/Moos/Schefzig, DSGVO BDSG | DS-GVO Art. 82 Rn. 103f.

6 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2021 – 1 BvR 2853/19, NJW 2021, 1005.

7 Eingehend Grigoleit, FS Canaris, 2007, S. 275.

8 Zum Inhalt vgl. BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 u. a. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419; dazu später u. B.II.1.(bb).

des geschlossenen Kaufvertrags erhaltenen personenbezogenen Daten gewährleistet, stellt dies eine Schutzpflichtverletzung dar.<sup>9</sup> Die daraus entstandenen Schäden sind nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB trotz Erbringung der vertraglichen Hauptleistung durch das Unternehmen – in unserem Beispiel, die Übergabe und Übereignung der Kaufsache – zu ersetzen.<sup>10</sup>

(b) *Vorvertragliche Haftung*: Ferner kommt in Deutschland ein quasi-vertraglicher Schadenersatzanspruch in Betracht, wenn die rechtswidrige Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen vorvertraglicher Verhandlungen erfolgt. Denn die genannten Schutzpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB greifen nicht nur nach dem Vertragsschluss, sondern auch wenn ein vorvertragliches Schuldverhältnis gemäß §§ 311 Abs. 2, Abs. 3 BGB vorliegt.<sup>11</sup> Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn Bewerbungsunterlagen des potenziellen Mieters (M) dem Eigentümer einer Wohnung (E) im Kontext von vorvertraglichen Verhandlungen anvertraut und ohne Zustimmung des M an einen Dritten durch E weitergeleitet würden. Hier könnte die betroffene Person einen Schadenersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* nach §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB geltend machen.<sup>12</sup>

(c) Sowohl für die vertragliche als auch für die quasi-vertragliche Haftung muss jenseits von Schaden, Pflichtverletzung und Kausalität Vertretenmüssen vorliegen.<sup>13</sup> Es ist allerdings bereits an dieser Stelle hervorzuheben, dass das Schadenersatzsystem des § 280 BGB gewisse Vorteile für die betroffene Person gegenüber einem möglichen deliktsrechtlichen An-

---

9 Statt vieler Strauß/Schweers, DSRITB 2019, 111 (119 f.).

10 Grds. dazu u.a. BeckOK DatenschutzR/Quaas, 40. Ed. 1.5.2022, DS-GVO Art. 82 Rn. 8; Paal/Pauly/Frenzel, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 82 Rn. 20; Spindler/Schuster/Spindler/Horváth, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 82 Rn. 4.

11 MüKoBGB/Bachmann, 8. Aufl. 2019, BGB § 241 Rn. 117. Zur Entwicklung der c.i.c. in Deutschland vgl. ohne Anspruch auf Vollständigkeit Kreuzer, Culpa in contrahendo und Verkehrspflichten – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht, Hab.-Schr. Freiburg 1971, S. 12 ff.; eingehend Benedict, Culpa in Contrahendo, Bd. I, Tübingen 2018, S. 17 ff.; Nüßlein, Die Integration der culpa in contrahendo in das BGB nach der Schuldrechtsreform, Berlin 2018, S. 65 ff. und über die Normierung nach der Schuldrechtsreform S. 21 ff.; und Nunes Fritz, Die culpa in contrahendo im detuschen und brasilianischen Recht, Berlin 2018, S. 10 ff.

12 Statt vieler Spindler/Schuster/Spindler/Horváth, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 82 Rn. 4.

13 Vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

spruch aus §§ 823 ff. BGB bietet. Dies betrifft vor allem (aa) die Beweislast zugunsten des Geschädigten und (bb) die Gehilfenhaftung.

(aa) Erstens sieht § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Vertretenmüssens vor. Wenn im Rahmen eines Schuldverhältnisses Pflichtverletzung, Schaden und Kausalität feststehen, muss der Schuldner bzw. der datenschutzrechtliche Verantwortliche nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB beweisen, dass er den Datenschutzverstoß nicht zu vertreten hat (sog. Exkulpationsmöglichkeit).<sup>14</sup> Inwieweit dies in der Praxis tatsächlich von Bedeutung ist, wird in der Literatur insofern bestritten, als der Gläubiger bzw. der Geschädigte die Beweislast für das Vorliegen einer Schutzpflichtverletzung trägt, was „regelmäßig den Nachweis eines objektiven Sorgfaltsverstoßes erfordert“<sup>15</sup>. Dies wäre grundsätzlich der Fall in unserem Beispiel des Verbrauchsgüterkaufs. Damit eine Schutzpflichtverletzung überhaupt vorliegt, muss der Verantwortliche in erster Linie unzureichende Datensicherheit gewährleistet haben. Da die mangelnde Sicherheit insofern den Tatbestand der Pflichtverletzung bildet,<sup>16</sup> trage der Geschädigte – und nicht der Verantwortliche – grundsätzlich die Beweislast diesbezüglich. Der BGH hat allerdings in mehreren Fällen auch eine Beweislastumkehr für das Vorliegen einer Pflichtverletzung zugunsten des Geschädigten bejaht: Der Schuldner hat sich dem BGH zufolge über den Wortlaut des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB hinaus „nicht nur hinsichtlich seines Verschuldens zu entlasten, sondern er muss auch darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass ihn keine Pflichtverletzung trifft, wenn die für den Schaden in Betracht kommenden Ursachen allein in seinem Gefahrenbereich liegen“.<sup>17</sup>

(bb) Von größerer Bedeutung allerdings sind die unterschiedlichen Haftungsregime des datenschutzrechtlichen Verantwortlichen für das schädigende Verhalten eines Erfüllungsgehilfen.<sup>18</sup> Während im Rahmen des vertraglichen Schuldverhältnisses der Schuldner das Verschulden seiner Hilfsperson gemäß § 278 S. 1 BGB wie eigenes Verschulden zu vertreten hat, besteht im Deliktsrecht eine Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>19</sup>. Dementsprechend tritt die Ersatzpflicht für das von der Hilfsperson begangene Unrecht nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Aus-

14 Allgemein zum Thema MüKoBGB/*Ernst*, 8. Aufl. 2019, BGB § 280 Rn. 32-34.

15 BeckOK BGB/*Lorenz*, 59. Ed. 1.8.2021, BGB § 280 Rn. 15.

16 BT-Drucks. 14/6040 S. 136.

17 BGH NJW-RR 2017, 635; vgl. auch MüKoBGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 102, 103.

18 MüKoBGB/*Bachmann*, 8. Aufl. 2019, BGB § 241 Rn. 115.

19 Zum Streit um die Gehilfenhaftung MüKoBGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, BGB § 831 Rn. 1.

wahl, Überwachung und Anleitung der Hilfsperson „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ beachtet hat.<sup>20</sup>

## II. Deliktsrechtliche Ansprüche aus dem BGB

Datenschutzverstöße können darüber hinaus deliktsrechtliche Haftung nach nationalem deutschem Recht begründen. Hier kommen die Ansprüche aus (II.1.) § 823 Abs. 1 BGB; (II.2.) aus § 823 Abs. 2 BGB; und (III.3.) § 826 BGB in Betracht. Zunächst allerdings erweisen sich ein paar Worte über das deutsche Deliktsrecht für den nachfolgenden Vergleich zwischen den Ansprüchen aus dem BGB und der DSGVO als zielführend: Im Gegensatz zu den meisten Rechtsordnungen römisch-germanischer Tradition<sup>21</sup> enthält das „Grundmodell des deutschen Zivilrechts“ keine „große“ deliktsrechtliche Generalklausel. Vielmehr wird es – wie von *Canaris* beschrieben – durch zwei Hauptcharakteristika geprägt: „Das erste besteht darin, dass das BGB die Deliktshaftung als Einstandspflicht für schuldhafte Unrecht konzipiert, das zweite darin, dass in drei „kleinen“ Generalklauseln tatbestandlich präzisiert wird, was Unrecht ist.“<sup>22</sup>. Zusammengefasst sind diese (a) die Verletzungen von absolut geschützten Rechtsgütern (§ 823 Abs. 1 BGB); (b) die Verletzungen von Schutzgesetzen, also des objektiven Rechts (§ 823 Abs. 2 BGB); und (c) die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB). Die Frage, inwieweit ein solches Grundmodell

---

20 BeckOK BGB/Förster, 59. Ed. 1.8.2021, BGB § 831 Rn. 42.

21 Vgl. u.a. in Brasilien Art. 186 und 927 brasZGB: „Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.“ | „Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.“; in Österreich § 1295 Abs. 1 ABGB: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“; in Frankreich Art. 1382 CC: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.“; in Spanien Art. 1902 spaCC: „El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.“; in Portugal Art. 483º Abs. 1 porZGB: „Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.“; in der Schweiz Art. 41 Abs. 1 OR: „Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet“.

22 *Canaris*, VersR 2005, 577.

gegenüber denjenigen, die über eine deliktsrechtliche große Generalklausel verfügen, Vor- oder Nachteile aufweist, wird in dem vorliegenden Beitrag nicht erörtert. Man möge allerdings in Anlehnung an *Canaris* wohl eingestehen, dass die Lösung des BGB für das Problem der tatbestandlichen Präzisierung des Unrechts besser ist als ihr Ruf.<sup>23</sup>

### *1. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG*

(aa) Der Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB setzt die Verletzung eines absoluten Rechtsguts voraus, d.h. die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums oder eines sonstigen Rechts. Zwar war der Schutz von Persönlichkeitsrechten im deutschen Deliktsrecht in seiner ursprünglichen Konzeption sehr limitiert, was Zweifel daran aufkommen ließ, inwieweit Ansprüche gegen die Verletzungen solcher Rechte nach § 823 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden konnten.<sup>24</sup> Die Entwicklung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die deutsche Rechtswissenschaft und seine Anerkennung durch die Rechtsprechung in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts haben jedoch das Anfangsdefizit des BGB wettgemacht. Der BGH hat 1954 in der sogenannten Leserbrief-Entscheidung erstmals das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein von Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG her konstituiertes Grundrecht anerkannt und sogleich bestimmt, dass es als „sonstiges Recht“ von § 823 Abs. 1 BGB umfasst war.<sup>25</sup> Ein Konkretisierungsversuch der Schutztatbestände erfolgte in den nachfolgenden Jahren durch die Wissenschaft und die Rechtsprechung, bleibt allerdings weiterhin Gegenstand von Debatten.<sup>26</sup>

(bb) Für die in diesem Beitrag vorgeschlagene Diskussion – da es genau Datenschutzverstöße betrifft – ist das sogenannte informationelle Selbstbestimmungsrecht von Bedeutung, das bereits 1983 vom BVerfG

23 *Canaris*, VersR 2005, 577 (584).

24 Zur Dogmatik des Persönlichkeitsrechts: *Hager*, FS *Canaris* 2017, S. 569ff.; vgl. auch zu diesbezüglichen Defiziten *Canaris*, VersR 2005, 577 (582f.).

25 BGHZ 13, 334 (338) = NJW 1954, 1404: „Nachdem nunmehr das GG das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 GG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden“; s. auch *Schertz*, NJW 2013, 721 (722).

26 *Schertz*, NJW 2013, 721 (722) zu den verschiedenen Fallgruppen.

als wesentliche Ausprägung des Persönlichkeitsrechts anerkannt worden ist.<sup>27</sup> Dabei handelt es sich grundsätzlich um das Recht des Einzelnen, selbst zu entscheiden, ob und in welchem Umfang eigene Daten veröffentlicht und weitergegeben werden dürfen.<sup>28</sup> Dem BVerfG zufolge sei dieses Grundrecht mit einer Gesellschaftsordnung und einer diese ermöglichen- den Rechtsordnung nicht vereinbar, wenn „die Bürger nicht mehr wissen können, wer, was, wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß“.<sup>29</sup> Somit setze die freie Entfaltung der Persönlichkeit „unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus“.<sup>30</sup> Gleichwohl hat das BVerfG zu Recht betont, dass dies nicht schrankenlos gilt. Auch personenbezogene Informationen würden „ein Abbild sozialer Realität“ darstellen, welches nicht ausschließlich dem Betroffenen zustehe.<sup>31</sup> Dementsprechend sei die Abwägung vom informationellen Selbstbestimmungsrecht und Allgemeininteresse erforderlich.

(cc) Insgesamt besteht nach heutiger Rechtslage keinen Zweifel daran, dass Datenschutzverstöße auch einen Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG (Verletzung der informa-

---

27 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 u. a. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419. Aus der Lehre eingehend Albers, Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2005, S. 149 ff.; ders., in: Friedewald/Lamla/Roßnagel (Hrsg.), Informationelle Selbstbestimmung im digitalen Wandel, Wiesbaden 2017, S. 11 ff.; Frenz, DVBl 2009, 333 ff.; Geiger, NVwZ 1989, 35 ff., insb. über Einwilligung und Recht auf informationelle Selbstbestimmung (36 ff.); Kunig, Jura 1993, 595 ff.; etwas krit. in Bezug auf die dogmatische Konstruktion des Instituts Ladeur, DÖV 2009, 45 ff.

28 Vgl. dazu u.a. Strauß/Schweers, DSRITB 2019, 111 (117f.).

29 BVerfGE, NJW 1984, 419 (422).

30 BVerfGE, NJW 1984, 419 (422). „Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“

31 BVerfGE, NJW 1984, 419 (422): „Der einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über “seine” Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit.“ So z.B. bedürfe diese Beschränkungen „nach Art. 2 I GG - wie in § 6 I des Bundesstatistikgesetzes auch zutreffend anerkannt worden ist - einer (verfassungsmäßigen) gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht“. Aus der Lehre u.a. Caspar, NVwZ 2010, 1451 ff. (insb. 1455 ff.) über das Spannungsverhältnis zwischen Kommunikationsfreiheit und informationeller Selbstbestimmung; Simitis/Fuckner, NJW 1990, 2713 ff. über den Vorrang des „staatlichen Geheimhaltungsinteresses“; Frenz, JA 2013, 840 ff.

tionellen Selbstbestimmung) begründen können. Inwieweit ein solcher Anspruch allerdings dem Geschädigten Vorteile gegenüber dem unmittelbaren Anspruch aus Art. 82 DS-GVO aufweist, wird Gegenstand nachfolgender Überlegungen sein.<sup>32</sup>

## 2. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. DS-GVO

Des Weiteren kann sich ein Schadenersatzanspruch wegen Datenschutzverstößen aus der zweiten „kleinen“ Generalklausel des § 823 Abs. 2 BGB ergeben. Dafür muss gegen ein Schutzgesetz verstößen werden. In Betracht kommt hier vor allem die DS-GVO. Ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB ist jede Rechtsnorm – d.h. nicht nur nationale Gesetze –, die „dem Schutz von Individualinteressen“ dient.<sup>33</sup> Dementsprechend können auch EU-Verordnungen umfasst werden, sofern deren Vorschriften den Schutz von Individualinteressen bezeichnen.<sup>34</sup> Obwohl sich die deutsche Rechtsprechung bislang mit der Frage der Schutzgesetzeigenschaft der DS-GVO i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB nicht beschäftigt hat<sup>35</sup> – insbesondere aufgrund ihrer geringeren Praxisrelevanz gegenüber einem direkten Schadenersatzanspruch aus Art. 82 DS-GVO<sup>36</sup> –, wird der Individualschutzzweck der DS-GVO ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 und 2 DS-GVO hervorgehoben. Sie enthält Vorschriften „zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Verkehr solcher Daten“<sup>37</sup> und schützt „die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten.“<sup>38</sup> Insoweit sollte die Schutzgesetzeigenschaft der DS-GVO keine Subsumtionschwierigkeiten für die deutschen Gerichte darstellen. Entscheidet sich der Geschädigte allerdings dafür, einen Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB geltend zu machen, muss das Verschulden positiv festgestellt werden, selbst wenn das verletzte Schutzgesetz eine Ersatzpflicht ohne Verschulden ermöglicht.<sup>39</sup>

---

32 Vgl. u. C.

33 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 562.

34 Statt vieler BeckOGK/Spindler, 1.5.2021, BGB § 823 Rn. 256.

35 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 547.

36 Dazu später u. C.

37 Art. 1 Abs. 1 DS-GVO.

38 Art. 1 Abs. 2 DS-GVO.

39 § 823 Abs. 2 S. 2 BGB.

### 3. Anspruch aus § 826 BGB

§ 826 BGB enthält die dritte „kleine“ Generalklausel des deutschen Deliktsrechts. Demensprechend ist derjenige, der einer anderen Person gegen die guten Sitten vorsätzlich einen Schaden zufügt, ersatzpflichtig. Die ursprüngliche *ratio* dieser Norm war es, den sachlichen Schutzbereich des Deliktsrechts des BGB insofern zu erweitern, als sie im Gegensatz zu den ersten zwei kleinen Generalklauseln weder die Verletzung eines Rechtsguts noch einen Verstoß gegen das positive Recht voraussetzt. Vielmehr sollte sie als eine „breitere“ Haftungsnorm auch die Ersatzpflicht für reine Vermögensschäden und immaterielle Persönlichkeitsinteressen ermöglichen.<sup>40</sup> Wie jedoch bereits erwähnt,<sup>41</sup> hat die deutsche Rechtsprechung in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts das sog. allgemeine Persönlichkeitsrecht, das auch Datenschutzverstöße umfasst<sup>42</sup>, anerkannt und dieses als ein von § 823 Abs. 1 BGB erfasstes absolutes Rechtsgut eingeordnet.<sup>43</sup> Da bei § 826 BGB der Geschädigte Vorsatz und Sittenwidrigkeit zu beweisen hat, spielt diese Vorschrift als Anspruchsgrundlage bei Datenschutzverstößen in der Praxis eher eine geringe Rolle.

### III. Anspruch aus Art. 82 DS-GVO

Art. 82 Abs. 1 DS-GVO begründet eine eigenständige unionsrechtliche Anspruchsgrundlage im Fall von Datenschutzverstößen. Demnach kann jede Person, der wegen der Verletzung von Vorschriften der DS-GVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, Schadenersatz von dem Verantwortlichen oder dessen Auftragsverarbeiter verlangen. Hier kommen beispielsweise Schadenersatzansprüche wegen unzureichender Datensicherheit gem. Art. 32 DS-GVO oder Verstößen gegen Auskunftspflichten nach Art. 15 DS-GVO in Betracht.<sup>44</sup>

Vor dem Vergleich von haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Voraussetzungen der Ansprüche aus dem BGB gegenüber denjenigen aus dem Art. 82 DS-GVO<sup>45</sup> ist zunächst hervorzuheben – selbst wenn sich dies als etwas offensichtlich erweist –, dass eine Konkurrenz zum BGB nur

---

40 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 1.

41 Vgl. B.II.1.

42 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 u. a. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419.

43 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 2.

44 Wybitul, NJW 2021, 1190 (1191) auch für konkrete Beispiele.

45 Vgl. u. C.

dann besteht, wenn der persönliche Anwendungsbereich des Art. 82 DS-GVO erfüllt ist und er somit greift. Hinsichtlich des Anspruchsberechtigten bedeutet dies, dass Schäden, die juristischen Personen zugefügt werden, einen Anspruch nach Art. 82 DS-GVO nicht begründen können. Juristische Personen werden sich dementsprechend notwendigerweise auf das BGB stützen müssen.<sup>46</sup> Was die Passivseite des Schuldverhältnisses anbelangt, dürfen nach Art. 82 DS-GVO nur der Verantwortliche und dessen Auftragsverarbeiter Anspruchsgegner sein. Ansprüche gegen weitere Personen (z.B. gegen den Datenschutzbeauftragten) können ausschließlich nach dem BGB geltend gemacht werden.<sup>47</sup>

### C. Vergleich von Ansprüchen aus dem BGB und dem Art. 82 DS-GVO und die Diskussion über immaterielle Schäden

Im Folgenden werden einige Gedanken zu den Vor- und Nachteilen der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem deutschen nationalen Recht und der DS-GVO dargelegt. Dabei sollen insbesondere drei Punkte erörtert werden: (I.) Verschulden, (II.) Beweislast und (III.) immaterieller Schaden.

#### I. Verschulden und Beweislast

(a) Bei vertraglichen und quasi-vertraglichen Schadenersatzansprüchen wegen Datenschutzverstößen hat der Schädiger gem. § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Zugunsten des Geschädigten stellt § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr dar. Dementsprechend muss der Schädiger nachweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (die sog. Exkulpationsmöglichkeit).<sup>48</sup> Der Geschädigte trägt allerdings die Beweislast für das Vorliegen einer Pflichtverletzung, was nicht selten „den Nachweis eines objektiven Sorgfaltsverstoßes erfordert“<sup>49</sup>. Diese Beweislast wird allerdings nach ständiger Rechtsprechung des BGH erleichtert, wenn „die Schadensursache aus dem Gefahren- und Verantwortungsbereich des Schädigers hervorgegangen ist und überdies die Sachlage den Schluss auf

---

46 Paal, MMR 2020, 14.

47 Zur Diskussion Paal, MMR 2020, 14.

48 Vgl. Fn. 14.

49 BeckOK BGB/Lorenz, 59. Ed. 1.8.2021, § 280 Rn. 15.

einen Sorgfaltspflichtverstoß erlaubt<sup>50</sup>. Von einer uneingeschränkt günstigeren Beweisregel kann insofern nicht ausgegangen werden.

(b) Was die deliktsrechtlichen Ansprüche des § 823 Abs. 1 und des § 823 Abs. 2 BGB anbelangt, haftet der Schädiger ebenfalls in den Fällen, in denen er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat; bei § 823 Abs. 2 BGB sogar, wenn das verletzte Schutzgesetz die Ersatzpflicht ohne Verschulden ermöglicht.<sup>51</sup> Der Geschädigte trägt hierfür die Beweislast.<sup>52</sup> Noch strenger ist das vom Geschädigten nachzuweisende Verschulden bei § 826 BGB, der Vorsatz voraussetzt.

(c) Art. 82 Abs. 3 DS-GVO sieht ebenfalls eine Beweislastumkehr vor. Diese ist allerdings sehr eingeschränkt. Der Verantwortliche oder dessen Auftragsverarbeiter kann von der Haftung befreit werden, wenn er nachweist, dass er „in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist“. Dementsprechend genügt es, wenn eine einfache Fahrlässigkeit vorliegt.<sup>53</sup> Der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter wird in der Regel eine umfassende Datenschutzdokumentation vorlegen, um nachweisen zu können, dass er den Schaden in keinerlei Hinsicht zu verantworten hat.<sup>54</sup> Das Mitverschulden des Geschädigten oder die Mitverantwortung Dritter genügen für die Exkulpation nach der h.M. nicht.<sup>55</sup> Kann sich der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter nach Art. 82 Abs. 3 DS-GVO nicht exkulpieren, steht dem Betroffenen einen Anspruch auf Schadenersatz zu.

(d) Im Ergebnis stellt die vielfach eingeschränkte Exkulpationsmöglichkeit des Art. 82 Abs. 3 DS-GVO einen Vorteil für den Geschädigten im Vergleich zu den einschlägigen vertraglichen und deliktsrechtlichen Ansprüchen aus dem BGB dar.

---

50 MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 102, 103.

51 Vgl. o. B.II.2, insb. Fn. 38.

52 Grds. dazu: MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 89.

53 Kühling/Buchner/Bergt, Datenschutz-Grundverordnung – Kommentar, 3. Aufl. 2020, Rn. 54 m.w.N.

54 Strauß/Schweers, DSRITB 2019, 111 (116).

55 Kühling/Buchner/Bergt, Datenschutz-Grundverordnung – Kommentar, 3. Aufl. 2020, Rn. 54 m.w.N.

## II. Immaterielle Schäden

Wie bereits erwähnt,<sup>56</sup> verfügt das BGB über ein sehr restriktives Schadenersatzsystem, insbesondere was die Ersatzfähigkeit und Bemessung von immateriellen Schäden anbelangt. Dies ist einer der wichtigsten Faktoren, der den Anspruch aus der DS-GVO für Geschädigte vorteilhafter macht als diejenigen aus dem BGB. Aber gerade der auf diesem restriktiven System basierende Rechtsgedanke hat die deutschen Gerichte auch bei der Auslegung des Schadensbegriffs und der Bemessung von immateriellen Schäden auf der Grundlage von Art. 82 DS-GVO beeinflusst und zu Rechtsunsicherheit geführt. Um die Diskussion anzusprechen, wird zunächst die Erstattfähigkeit von immateriellen Schäden nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO und § 253 BGB erörtert (II.1). Im Anschluss werden die verschiedenen Funktionen für die Bemessung von immateriellen Schäden gem. der DS-GVO dargelegt (II.2) und die deutsche Erfahrung mit solchen Fragen analysiert (II.3).

### 1. Ersatzfähigkeit von immateriellen Schäden

Die Ersatzfähigkeit von immateriellen Schäden im Falle von Datenschutzverstößen wird ausdrücklich in Art. 82 Abs. 1 DS-GVO vorgesehen. Anders ist die Lage allerdings, wenn der Geschädigte sich auf einen Schadenersatzanspruch aus dem BGB beruft. Gemäß § 253 Abs. 1 BGB können immaterielle Schäden in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. § 253 Abs. 2 BGB enthält dementsprechend eine abschließende Liste<sup>57</sup> solcher Fälle. Diese sind die Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung. Folglich ist die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nach dem BGB für immaterielle Schäden wegen Datenschutzverstößen grundsätzlich nicht möglich.<sup>58</sup> Ein Sonderfall im nationalen Recht bildet allerdings § 83 Abs. 2 BDSG<sup>59</sup>, der als *lex specialis* greift.

<sup>56</sup> Vgl. A. und B.II. über das deutsche Deliktsrecht.

<sup>57</sup> BAG, NZA 2013, 955 Rn. 32: „Bei § 253 II BGB handelt es sich, wie bereits § 253 I BGB klarstellt, um eine abschließende Aufzählung. § 253 I BGB statuiert ein Analogieverbot“; vgl. auch BeckOK BGB/ Spindler, 61. Ed. 1.2.2022, § 253 Rn. 25; MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, Rn. 27; BeckOGK/Brand, 1.3.2023, Rn. 32

<sup>58</sup> Vgl. MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, BGB § 253 Rn. 27.

<sup>59</sup> § 83 Abs. 2 BDSG: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann die betroffene Person eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.“

## 2. Schadenbemessung

Es besteht ferner Unterschiede zwischen dem BGB und der DS-GVO hinsichtlich der Bemessung von immateriellen Schäden. § 249 Abs. 1 BGB besagt, dass wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.<sup>60</sup> Im Rahmen des Anspruchs aus dem Art. 82 DS-GVO, sieht der Erwägungsgrund 146 S. 3 DS-GVO allerdings vor, dass der Schadensbegriff weit „im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs“ zu verstehen ist. Es wird dementsprechend nach der h.M. auf die Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsätze verwiesen, wonach der Schadensersatz nicht nur der Kompensation, sondern auch der Prävention dienen soll.<sup>61</sup> Mit anderen Worten soll der Schadensersatz eine abschreckende Wirkung aufweisen. Die konkreten Kriterien für die Bemessung der Entschädigungshöhe werden in der DS-GVO allerdings nicht geregelt. Das deutsche positive Recht hilft dabei auch wenig, bestimmt in § 287 ZPO jedoch, dass das zuständige Gericht im Einzelfall entscheiden soll.<sup>62</sup>

## 3. Die deutsche Erfahrung mit der Anerkennung und Bemessung von immateriellen Schäden nach der DS-GVO

Die Erfahrung mit der Anwendung des Art. 82 DS-GVO hat sich in Deutschland als problematisch erwiesen.<sup>63</sup> Obwohl die DS-GVO den Schadensbegriff nicht einschränkt, vertritt ein Teil der deutschen Rechtsprechung die Ansicht, dass in Fällen von geringfügigen Schäden keine Verpflichtung zur Entschädigung besteht.<sup>64</sup> So hat das LG Köln entschieden, dass „eine einmalige und erstmalige Übersendung eines wenige Blätter umfassenden Kontoauszugs an einen falschen Empfänger“ einen bloßen

---

60 Zu den Funktionen s. BeckOK BGB/W. Flume, 61. Ed. 1.2.2022, § 249 Rn. 1-4.

61 Statt vieler Nemitz, in: Beck'sche Kurz-Kommentare DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 18; a.A. Eichelberger, FS Taeger, S. 144 f..

62 Strauß/Schweers, DSRITB 2019, 111 (113).

63 Überblick bei Wybitul, NJW 2021, 1190ff.

64 OLG Dresden NJW-RR 2020, 426; LG Leipzig, Urteil vom 23. Dezember 2021 – 03 O 1268/21, BeckRS 2021, 42004, Rn. 110; a.A. LAG Hannover, Urteil vom 22. Oktober 2021 – 16 Sa 761/20, BeckRS 2021, 32008, Rn. 196: „Die Kammer folgt den Erwägungen, wonach unabhängig von dem Erreichen einer Erheblichkeitsschwelle bei Verstößen gegen Regelungen der DS-GVO ein immaterieller Schadensersatz in Betracht kommt.“

Bagatellschaden darstellt, wobei auch „unter Berücksichtigung der weiteren Umstände des Einzelfalls die Zuerkennung eines Schmerzensgelds“ ausgeschlossen werden kann.<sup>65</sup> Für diese Auffassung spreche das Argument, dass der Erwägungsgrund 85 S. 1 DS-GVO nach der Auflistung von Beispielen von immateriellen Schäden folgende Bestimmung enthält: „oder andere erhebliche wirtschaftliche oder gesellschaftliche Nachteile für die betroffene natürliche Person.“<sup>66</sup> Unerhebliche Schäden sollten somit nicht berücksichtigt werden. Allerdings ist dies insofern problematisch, als eine restriktive Auslegung des Schadensbegriffes dem EuGH vorgelegt werden muss.<sup>67</sup> Dies hat das BVerfG bestätigt. Demzufolge sei es mit dem Gebot auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) unvereinbar, wenn ein Gericht im Sinne des Art. 257 Abs. 3 AEUV die auf Art. 82 DS-GVO gestützte Klage auf Zahlung eines Schmerzensgeldes wegen Fehlens eines erheblichen Schadens abweist, ohne zuvor eine Entscheidung des EuGH zur Auslegung des Schadensbegriffs in Art. 82 Abs. 1 DS-GVO einzuholen.<sup>68</sup> Der OGH Österreich hat dem EuGH gem. Art. 267 AEUV die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob Art. 82 DS-GVO neben einer Verletzung von Vorschriften der DS-GVO auch einen Schaden erfordert.<sup>69</sup>

#### D. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass selbst wenn konkurrierende Ansprüche aus dem BGB und dem Art. 82 DS-GVO vorliegen, Letzterer in der Praxis Vorrang hat, da er Vorteile für den Anspruchsinhaber bereit hält. Als problematisch hat sich allerdings die Konkretisierung des Schadensbegriffs gem. Art. 82 DS-GVO erwiesen. Obwohl ein Teil der deutschen Rechtsprechung eine Erheblichkeitsschwelle als Voraussetzung für einen Anspruch aus Art. 82 DSGVO gesetzt hat, muss nun diese Auslegungsfrage durch den EuGH geklärt werden.

---

65 LG Köln, ZD 2021, 47.

66 Vgl. *Wybitul*, NJW 2021, 1190 (1993).

67 Kühling/Buchner/Bergt, Datenschutz-Grundverordnung – Kommentar, 3. Aufl. 2020, Rn. 18a.

68 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2021 – 1 BvR 2853/19, NJW 2021, 1005.

69 ÖOGH, Beschluss vom 15.4.2021 – 6 Ob 35/21x, ZD 2021, 631. Vgl. auch BeckOK Datenschutz/Quaas, 40. Ed. 1.5.2022, DS-GVO Art. 82 Rn. 25b.

