

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

1
K&R

- Was uns bewegt – 11. Presserechtsforum
Prof. Dr. Roger Mann
- 1 Die Entwicklung des Presserechts in 2021
Dr. Diana Ettig
- 7 Das neue Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz
Dr. Laura Schulte und **Christina Prowald**
- 13 Neuausrichtung der (europäischen) Marktüberwachung
Dr. Ulrich Becker und **Sinje Maier**
- 19 Hassrede in sozialen Netzwerken
Dr. Philipp Adelberg
- 25 Schadensersatzbemessung bei Datenschutzverstößen
Sebastian Laoutoumai
- 29 Länderreport Schweiz
Lukas Bühlmann
- 33 **EuGH**: Unlautere Verkaufsförderung durch redaktionelle Veröffentlichung mit geldwerter Gegenleistung mit Kommentar von **Christine Libor**
- 37 **EuGH**: Einblendung von Werbenachrichten in E-Mail-Inbox nur mit Einwilligung
- 46 **BGH**: Anspruch auf Löschung einer Gegendarstellung im Presse-Online-Archiv mit Kommentar von **Dr. Lucas Brost**
- 50 **BGH**: Keine Zumutbarkeit der beA-Nutzung bei defektem Faxgerät im Gericht und passiver beA-Nutzungspflicht
- 52 **OLG Dresden**: Eingeschränkter Auskunftsanspruch nach Festplattenzerstörung

Beilage

Jahresregister 2021

25. Jahrgang

Januar 2022

Seiten 1 – 72

der Netzwerke und bürdet ihnen andererseits zum Schutz von Nutzer*innen neue Pflichten zur Ausgestaltung von Verfahren auf. Zu berücksichtigen bleibt aber, dass im Hinblick auf die Wirkmacht der Akteure auf dem Markt sozialer Netzwerke durchaus eine stärkere Grundrechtsbindung der Betreiber vertretbar ist.

V. Fazit

An dem Zustand, dass sich die Betreiber sozialer Netzwerke in einem regulatorischen Spannungsfeld bewegen, ändert sich zunächst nichts. Ihnen wird eine Vielzahl von Pflichten und komplexen grundrechtlichen Abwägungsfragen abverlangt. Hinzu treten die Anforderungen, die der BGH an die Ausgestaltung der Kommunikationsinfrastruktur stellt. Hier kommt zumindest organisatorisch mehr Arbeit auf sie zu. Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass die Kommunikationsdienste, aber auch die Kommunikationsvorgänge selbst schwierig zu regulieren sind. Die

BGH-Entscheidungen haben nun zumindest ein erhöhtes Maß an Rechtsklarheit geschaffen. Solche kann sich auch von dem DSA versprochen werden, der im Einzelnen kritikwürdig ist,⁶⁰ aber immerhin ein umfassendes Regelwerk darstellt, das eine kleinteilige nationale Gesetzgebung obsolet machen würde.

⁶⁰ Vgl. die Übersicht bei *Härting/Adamek*, CR 2021, 165, 169 ff.; s. auch *Rössel*, AfP 2021, 93, 102.



Philipp Adelberg

ist Rechtsanwalt und Associate bei DLA Piper UK LLP in Köln und berät Mandanten zum IT- und Datenschutzrecht. Er studierte in Heidelberg und promovierte anschließend unter Betreuung von Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio zu der Betreiberverantwortlichkeit sozialer Netzwerke im Internet.

RA und FA für IT-Recht Sebastian Laoutoumai*

Schadensersatzbemessung bei Datenschutzverstößen

Zugleich Kommentar zu LG Saarbrücken, Beschluss vom 22. 11. 2021 – 5 O 151/19, K&R 2022, 63 f. (in diesem Heft)

I. Die Entscheidung des LG Saarbrücken

Mit dem LG Saarbrücken legt nach dem BAG ein weiteres deutsches Gericht Fragen zu Art. 82 DSGVO dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Dem Vorabentscheidungsersuchen liegt ein Rechtsstreit zugrunde, bei dem die Parteien darüber streiten, ob die beklagte Partei gegen die Vorgaben der DSGVO verstoßen hat. Die beklagte Partei sprach die klagende Partei dreimal mittels Direktwerbung an. Die Direktwerbung erhielt die klagende Partei dabei jeweils zu einem Zeitpunkt, nachdem diese bereits drei Mal ihren Widerspruch gegen die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für die Zwecke der Direktwerbung erklärt hatte. Die klagende Partei ist daher der Auffassung, dass die beklagte Partei in mindestens drei Fällen personenbezogene Daten der klagenden Partei für die Zwecke der Direktwerbung verarbeitet hat, ohne hierzu berechtigt gewesen zu sein. Die klagende Partei sieht hierin drei eigenständige Verstöße gegen die Vorgaben der DSGVO und ist vor diesem Hintergrund der Auffassung, dass ihr drei Mal Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO zustehen würde.

II. Zum Hintergrund

Art. 82 DSGVO gewährt einen eigenständigen¹ deliktischen Anspruch² auf Schadensersatz, der anders als die Vorgängerregelung der DS-RL bzw. des BDSG unzweifelhaft³ auch einen immateriellen Schaden erfasst. Der Anspruch ist von erheblicher praktischer Bedeutung, weil er nicht nur in Ausnahmefällen greift, wie das in der bisherigen Rechtsprechung zur deliktischen Haftung bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Fall ist.⁴ Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf

Ersatz eines Schadens sind nach dem reinen Wortlaut von Art. 82 Abs. 1 DSGVO dabei überschaubar.⁵ So überschaubar die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Schadensersatz sind, umso zahlreicher sind die Fragen hinsichtlich der Auslegung dieser wenigen Voraussetzungen.⁶ Höchste Zeit also, dass der EuGH etwas mehr Rechtssicherheit schafft und einige Fragen beantwortet.⁷ Eine der vordringlichsten Fragen ist, ob Art. 82 Abs. 1 DSGVO eine sog. Bagatellgrenze kennt, es für die Bejahung eines Schadensersatzanspruches also erforderlich ist, dass der Verstoß eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreitet.⁸

1. Entscheidungspraxis der ordentlichen Gerichte

Die nationalen Instanzgerichte, allen voran aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit, haben zuletzt zahlreiche Klagen auf Zahlung eines Schadensersatzes nach Art. 82 DSGVO unter Hinweis auf eine Bagatellgrenze zurückgewiesen. Dabei wird stets darauf hingewiesen, dass für einen An-

* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags.

¹ *Becker*, in: Plath, DSGVO 3. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 1.

² *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 82 Rn. 1.

³ *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 82 Rn. 1; *Bergt*, in: Kühling/Buchner (Fn. 2), Art. 82 Rn. 2, 5; *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563, 2567.

⁴ *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113, 115.

⁵ Zu den Voraussetzungen ausführlich und im Einzelnen *Ettig/Herbrich*, K&R 2021, Beil. zu H. 6, 27 ff.; *Laoutoumai*, Privacy Litigation, 2021, S. 86 ff.

⁶ Eine Übersicht der bislang ergangenen Entscheidungen findet sich bei *Leibold*, ZD-Aktuell 2021, 05146; *Wybitul*, DSB 2021, 42 ff.

⁷ *Schrey/Copeland*, PinG 2021, 233, 233 stellen hierzu zurecht fest „Vor dem Hintergrund der bisherigen Entscheidungen und den damit verbundenen Unklarheiten sind wegweisende Worte durch den EuGH dringend notwendig.“

⁸ Ausführlich zu dieser Frage *Laoutoumai* (Fn. 5), S. 99 f.

spruch auf Geldentschädigung nach Art. 82 DSGVO eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung eingetreten sein müsse.⁹

Zudem stellt sich die Frage, ob bereits die bloße Rechtsverletzung einen Anspruch auf Schadensersatz begründet oder ob nicht zusätzlich ein eigener Schaden bei dem Betroffenen eingetreten sein muss. So haben unter anderem das LG Karlsruhe,¹⁰ das LG Landshut¹¹ sowie das LG Hamburg¹² einen Anspruch auf Geldentschädigung mit der Begründung verneint, dass allein die Rechtsverletzung nicht ausreicht.

Dem stehen Entscheidungen aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit gegenüber, die den Klägern nicht ganz unerhebliche Schadenssummen zugesprochen haben. So sprach das LG Lüneburg der klagenden Partei ein Schmerzensgeld in Höhe von 1000,00 EUR für einen unrechtmäßigen, negativen Eintrag bei einer Wirtschaftsauskunftei zu.¹³ Das LG Darmstadt sprach der klagenden Partei ebenfalls eine Schadenssumme in Höhe von 1000,00 EUR zu.¹⁴ Die beklagte Partei hatte in einem Bewerbungsverfahren Informationen über die klagende Partei an einen falschen Empfänger weitergeleitet. Das AG Hildesheim verurteilte die beklagte Partei zur Zahlung von 800,00 EUR, nachdem diese personenbezogene Daten der klagenden Partei auf einem retournierten Computer nicht löschte und diese so dem Erwerber dieses Computers zugänglich machte.¹⁵ Mit 4000,00 EUR war die Schadenssumme, die das AG Pforzheim¹⁶ der klagenden Partei zugesprochen hatte, die bislang höchste Schadenssumme eines Gerichts aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Die beklagte Partei hatte hier Gesundheitsdaten unbefugt einem Dritten weitergeleitet und damit gegen die strengen Vorgaben des Art. 9 DSGVO verstoßen. Das LG Mainz hat diese Schadenssumme noch einmal getoppt und der klagenden Partei einen Anspruch in Höhe von 5000,00 EUR zuerkannt.¹⁷

Insgesamt ist eine Tendenz zu erkennen, dass die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit Art. 82 DSGVO streng auslegen und nur sehr zurückhaltend einen Anspruch auf Geldentschädigung bejahen.¹⁸

2. Entscheidungspraxis der Arbeitsgerichte

Während die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit bei Klagen nach Art. 82 DSGVO noch Zurückhaltung üben, sind die Arbeitsgerichte deutlich großzügiger.¹⁹ Das LAG Köln sprach einer klagenden Partei ein Schmerzensgeld in Höhe von 300,00 EUR zu, weil die Arbeitgeberin eine Datei mit Informationen zur klagenden Partei nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses nicht nach Art. 17 DSGVO löschte.²⁰ Das ArbG Neumünster sprach der klagenden Partei einen Schadensersatz in Höhe von 1500,00 EUR zu, weil die beklagte Partei nicht rechtzeitig ihrer Auskunftspflicht aus Art. 15 DSGVO nachgekommen ist.²¹ Es sei gerechtfertigt, so die Arbeitsrichter, für jeden Monat der nicht erteilten Auskunft einen Betrag von 500,00 EUR anzusetzen. Das ArbG Dresden verurteilte die Beklagte zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 1500,00 EUR, nachdem sie unbefugt Gesundheitsdaten der klagenden Partei an eine andere Behörde weitergeleitet hatte.²² Mit 5000,00 EUR hatte das ArbG Düsseldorf das bislang höchste Schmerzensgeld zugesprochen.²³ Mit seiner Entscheidung vom 25. 3. 2021, also gut ein Jahr nach der Entscheidung des ArbG Düsseldorf, ist das ArbG Münster mit dem ArbG Düsseldorf gleichgezogen und hat der klagenden Partei ebenfalls ein Schmerzensgeld in Höhe von 5000,00 EUR zugesprochen.²⁴

3. BVerfG stellt Pflicht zur Vorlage zum EuGH fest

Aufgrund der divergierenden Entscheidungen ist es evident, dass für eine einheitliche Auslegung von Art. 82 DSGVO eine Vorlage wesentlicher Fragen an den EuGH zwingend war. Gleichwohl legen die Gerichte eine gewisse Scheu an den Tag, den EuGH zu fragen. Auch das AG Goslar²⁵ legte dem EuGH die Frage nach dem Vorliegen einer Bagatellgrenze nicht zur Vorabentscheidung vor, obwohl gegen die Entscheidung des AG kein Rechtsmittel mehr möglich war. Der Kläger legte gegen die Entscheidung des AG Verfassungsbeschwerde ein, worauf das BVerfG dem AG in Goslar erklären musste, dass ein Verstoß gegen das Recht auf einen gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorliegt, wenn das letztinstanzliche Gericht nicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegt, obwohl eine entscheidungserhebliche Frage nicht abschließend geklärt sei.²⁶ Die Frage, ob Art. 82 DSGVO eine Bagatellgrenze kennt, sei eine solche, nicht abschließend geklärte Frage, sodass für das AG Goslar eine Pflicht bestand, diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.²⁷

4. Vorlage durch ÖOGH

Mit Beschluss vom 15. 4. 2021²⁸ – 60 b 35/21 x legte nun der Oberste Gerichtshof der Republik Österreich (OGH) dem EuGH Fragen zur Auslegung von Art. 82 DSGVO zur Vorabentscheidung vor. Die Beklagte des Verfahrens war zehn Jahre als Adresshändlerin tätig. Dabei verfolgte sie das Ziel, ihren werbetreibenden Kunden den zielgerichteten Versand von Werbung zu ermöglichen. 2017 erhob sie Informationen zur Parteiaffinität der gesamten österreichischen Bevölkerung. Hierzu wurden anonyme Umfragen unter anderem zum Interesse an Wahlwerbung durchgeführt. Die Ergebnisse dieser Umfragen wurden von der Beklagten mit Statistiken aus Wahlergebnissen kombiniert. Aus dieser Kombination und mit Hilfe eines Algorithmus wurden Zielgruppenadressen nach soziodemografischen Merkmalen definiert und unter anderem mehreren Marketingklassifikationen zugeordnet.

9 Vgl. OLG Dresden, 12. 1. 2021 – 4 U 1600/20; OLG Dresden, 20. 8. 2020 – 4 U 784/20; AG Frankfurt a. M., 10. 7. 2020 – 385 C 155/19; AG Hannover, 9. 3. 2020 – 531 C 10952/19.

10 LG Karlsruhe, 9. 2. 2021 – 4 O 67/20.

11 LG Landshut, 6. 11. 2020 – 51 O 513/20.

12 LG Hamburg, 4. 9. 2020 – 324 S 9/19, K&R 2020, 769 ff.

13 LG Lüneburg, 14. 7. 2020 – 9 O 145/19.

14 LG Darmstadt, 26. 5. 2020 – 13 O 244/19.

15 AG Hildesheim, 5. 10. 2020 – 43 C 1046/20.

16 AG Pforzheim, 25. 3. 2020 – 13 C 160/19.

17 LG Mainz, 12. 11. 2021 – 3 O 12/21.

18 Ein gutes Bild liefert hier die Übersicht zu den bislang veröffentlichten Gerichtsentscheidungen zu Art. 82 DSGVO von *Leibold*, ZD-Aktuell 2021, 05146.

19 Vgl. Übersicht von *Leibold*, ZD-Aktuell 2021, 05146.

20 LAG Köln, 14. 9. 2020 – 2 Sa 358/20, K&R 2021, 366 ff.

21 ArbG Neumünster, 11. 8. 2020 – 1 Ca 247 c/20.

22 ArbG Dresden, 26. 8. 2020 – 13 Ca 1046/20.

23 ArbG Düsseldorf, 5. 3. 2020 – 9 Ca 6557/18.

24 ArbG Münster, 25. 3. 2021 – 3 Ca 391/20.

25 AG Goslar, 27. 9. 2019 – 28 C 7/19.

26 BVerfG, 14. 1. 2021 – 1 BvR 2853/19, K&R 2021, 644.

27 Prozessual bestünde für das AG Goslar die Möglichkeit im Rahmen der erneuten Entscheidung die Berufung gegen das eigene Urteil ausdrücklich zuzulassen. Das hatte das AG Goslar zunächst ausdrücklich ausgeschlossen, wodurch es erst zum letztinstanzlichen Gericht wurde und nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage verpflichtet gewesen wäre. Ist ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung noch statthaft, besteht nach Art. 267 Abs. 2 AEUV für das AG Goslar nur noch die Möglichkeit, die entscheidungserheblichen Fragen dem EuGH nach eigenem Ermessen vorzulegen. Eine Pflicht besteht in dieser Konstellation hingegen nicht mehr.

28 OGH, 15. 4. 2021 – 60 b 35/21 x, ZD 2021, 631 ff, m. Anm. *Leibold/Laoutoumai*.

Der Kläger, über den ebenfalls in diesem Kontext Informationen gesammelt und ausgewertet wurden, hatte hierzu allerdings keine Einwilligung erteilt und war über die Speicherung seiner Daten zur Parteilaffinität verärgert. Seine Verärgerung war umso größer, weil ihm eine hohe Affinität zu einer am rechten Rand befindlichen Partei zugeschrieben wurde. Vor diesem Hintergrund begehrte der Kläger Unterlassung und die Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 1000,00 EUR. Hierzu begründete er, dass ihm ein Sympathisieren mit Parteien des rechten Randes fern liege, weshalb die ihm zugeordnete Parteilaffinität eine Beleidigung und beschämend sowie im höchsten Maß kreditschädigend sei. Die Zahlungsklage blieb über die Instanzen jedoch erfolglos, sodass die Angelegenheit vom OGH zu entscheiden war. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung setzte dieser allerdings das Verfahren aus, und legte dem EuGH die nachfolgenden Fragen zur Vorabentscheidung vor:

- Erfordert der Zuspruch von Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO [...] neben einer Verletzung von Bestimmungen der DSGVO auch, dass der Kläger einen Schaden erlitten hat, oder reicht bereits die Verletzung von Bestimmungen der DSGVO als solche für die Zuerkennung von Schadensersatz aus?
- Bestehen für die Bemessung des Schadensersatzes neben den Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz weitere Vorgaben des Unionsrechts?
- Ist die Auffassung mit dem Unionsrecht vereinbar, dass Voraussetzung für den Zuspruch immateriellen Schadens ist, dass eine Konsequenz oder Folge der Rechtsverletzung von zumindest einigem Gewicht vorliegt, die über den durch die Rechtsverletzung hervorgerufenen Ärger hinausgeht?

Durch die Vorlage des OGH wird unter anderem die für die Praxis relevante Frage nach dem Vorliegen einer Bagatellgrenze vom EuGH zu beantworten sein.

5. Vorlage des BAG

Mit Beschluss vom 26.8.2021 hat auch das BAG dem EuGH Fragen zur Auslegung von Art. 82 DSGVO vorgelegt.²⁹ Der Senat möchte vom EuGH unter anderem die nachfolgenden Fragen zu Art. 82 DSGVO beantwortet haben:

- Hat Art. 82 Abs. 1 DSGVO spezial- bzw. generalpräventiven Charakter und muss dies bei der Bemessung der Höhe des zu ersetzenden Schadens auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 1 DSGVO zulasten des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters berücksichtigt werden?
- Kommt es bei der Bemessung der Höhe des zu ersetzenden immateriellen Schadens auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 1 DSGVO auf den Grad des Verschuldens des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters an? Insbesondere, darf ein nicht vorliegendes oder geringes Verschulden auf Seiten des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters zu dessen Gunsten berücksichtigt werden?

Zur Begründung führt der Senat aus, dass Art. 82 DSGVO unionsautonom auszulegen sei. Bei der Bemessung der Höhe des Schadensersatzes könne es darauf ankommen, dass die Höhe eines immateriellen Schadens der Schwere des mit ihm geahndeten Verstoßes gegen die DSGVO entspricht, wobei allerdings auf der einen Seite eine gewisse Abschreckfunktion auf der anderen Seite aber auch der

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen seien.

Hinsichtlich der letzten Vorlagefrage stellte sich dem Senat die Frage, ob zugunsten des Verantwortlichen ein nicht vorliegendes oder ein zumindest geringes Verschulden berücksichtigt werden kann. Das BAG geht davon aus, dass die Haftung des Verantwortlichen nach Art. 82 DSGVO verschuldensunabhängig sei. Aus Art. 82 Abs. 3 DSGVO ergebe sich auch nichts Abweichendes. Die Möglichkeit zur Exkulpation in Art. 82 Abs. 3 DSGVO betreffe vielmehr nicht das Verschulden im Sinne eines „Vertretenmüssens“.

III. Bewertung des Vorabentscheidungsersuchen des LG Saarbrücken

1. Bewertung der ersten Frage an den EuGH

Die erste Frage adressiert die noch nicht abschließend geklärte Streitfrage, ob bereits in dem Verstoß gegen eine Vorgabe aus der DSGVO zugleich auch schon der ersatzfähige Schaden bei der betroffenen Person liegt. Der Wortlaut von Art. 82 Abs. 1 DSGVO („wegen“) lässt darauf schließen, dass mit dem „Verstoß“ und dem „Schaden“ zwei voneinander getrennte Anforderungen erfüllt werden müssen. Hiernach führt der bloße Verstoß gegen eine Vorgabe aus der DSGVO nicht zwangsläufig auch zu einem Schaden bei der betroffenen Person. Gestützt wird dieses erste Auslegungsergebnis auch durch den Wortlaut in Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO, danach haftet jeder an einer Verarbeitung beteiligte Verantwortliche für den Schaden, der *durch* eine nicht dieser Verordnung entsprechende Verarbeitung verursacht wurde. Auch die englische Fassung von Art. 82 Abs. 1 DSGVO spricht dafür, von zwei getrennten Anforderungen auszugehen („as a result of an infringement of this Regulation“).³⁰ Dabei schließt diese am Wortlaut orientierte Auslegung nicht zwangsläufig solche Sachverhalte aus, in denen sich unmittelbar durch den Verstoß gegen eine Vorschrift der DSGVO auch direkt ein Schaden bei der betroffenen Person realisiert. Zwingend ist ein solches Zusammenfallen aber nicht. Ein solches faktisches Zusammenfallen von „Verstoß“ mit „Schaden“ kann allenfalls dann angenommen werden, wenn man mit dem BVerfG³¹ davon ausgeht, dass der Entschädigungsanspruch als Minus zu einem Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch jedenfalls in den Konstellationen greift, wenn der Verstoß in der Vergangenheit mithilfe der Ansprüche aus der DSGVO hätte beseitigt werden können, wenn man ihn zu dem Zeitpunkt gekannt hätte. Anderenfalls bliebe ein Grundrechtseingriff bzw. ein Eingriff in das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 8 GRCh sanktionslos, wenn eine Beseitigung jetzt nicht mehr möglich ist. Würde man für diese Konstellation die Rechtsprechung des BVerfG auf Datenschutzverstöße übertragen, könnte bereits der bloße Verstoß einen Anspruch auf Geldentschädigung rechtfertigen, ohne dass ein zusätzlicher Schaden dargelegt werden müsste. Sollte der EuGH die erste Vorlagefrage des LG Saarbrücken mit „Nein“ beantworten, bliebe weiterhin unbeantwortet, was zusätzlich hinzutreten muss, um einen Anspruch auf Geldentschädigung gegenüber einem Verantwortlichen durchsetzen zu können. Insoweit erscheint die erste Vorlagefrage des LG nicht

²⁹ BAG, 26. 8. 2021 – 8 AZR 253/20 (A).

³⁰ So auch OLG Stuttgart, 31. 3. 2021 – 9 U 34/21, K&R 2021, 748.

³¹ BVerfG, 18. 11. 2020 – 2 BvR 477/17; in Rn. 25 führt der Senat hierzu unter anderem aus: „Ohne grundrechtlich radierte Sekundäransprüche blieben die Verletzungen grundrechtlich geschützter Interessen häufig sanktionslos.“

ausdifferenziert genug, um das hinter der Frage stehende Problem erschöpfend durch den EuGH beantworten zu lassen. Nach der Begründung zur ersten Vorlagefrage soll mit dieser zudem geklärt werden, ob Art. 82 DSGVO eine Bagatellgrenze kennt.

2. Bewertung der zweiten Frage an den EuGH

Mit der zweiten Vorlagefrage will das LG Saarbrücken feststellen lassen, welche Anforderungen an eine Exkulpation nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO zu stellen sind. Gerade in einer arbeitsteilig organisierten Umgebung erlangt diese Frage besondere praktische Relevanz, weil in der Regel nicht der originär Verantwortliche handelt. Kann sich der Verantwortliche bereits dadurch nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO exkulpieren, indem er vorträgt, der Datenschutzverstoß beruhe auf einem einmaligen Versagen eines Mitarbeiters, würde dies nach dem LG Saarbrücken zu einer nicht gewollten Einschränkung eines Anspruches aus Art. 82 DSGVO führen.³² Dem ist insoweit zuzustimmen, dass der pauschale Hinweis auf ein Mitarbeiterversagen nicht ausreichen kann. Kann der Verantwortliche allerdings darlegen und nachweisen, dass er seine Organisation datenschutzkonform strukturiert hat und dies engmaschig, also in regelmäßigen Abständen kontrolliert, muss dies zugunsten des Verantwortlichen auch schon im Rahmen von Art. 82 Abs. 3 DSGVO berücksichtigt werden.

3. Bewertung der dritten Frage an den EuGH

Die dritte Vorlagefrage des LG Saarbrücken befasst sich mit dem Problem, dass der Wortlaut von Art. 82 DSGVO den Anspruch auf Schadensersatz nur dem Grunde nach regelt. Art. 82 DSGVO beantwortet hingegen nicht, wie der Schadensersatz konkret zu bemessen ist. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob für die Bemessung der Schadenshöhe die Kriterien aus Art. 83 DSGVO herangezogen werden können. Hierfür spricht, dass eine an Art. 83 Abs. 2 DSGVO orientierte Bemessung des immateriellen Schadens unionsweit einheitliche Bemessungskriterien ermöglicht.³³ Würde für die Bemessung der Schadenshöhe ein Rückgriff auf die nationalen Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedsstaaten möglich bleiben, würde dies zu einer Zersplitterung führen.

4. Bewertung der vierten Frage an den EuGH

Die Beantwortung der vierten Vorlagefrage hat eine besondere praktische Bedeutung für die verantwortlichen Unternehmen. Kommt es hintereinander zu mehreren vergleichbaren Verstößen, zum Beispiel mehrfacher Versand einer Werbenachrichtigung trotz (mehrfach) erklärtem Widerspruch, stellt sich die Frage, ob sich der Umstand, dass es sich um gleichartige Verstöße handelt, schadensmindernd auf die Höhe des Schadensersatzes auswirkt. Ist der Abstand zwischen den einzelnen Verstößen groß und wird jeder einzelne Verstoß jeweils umgehend geahndet, dürfte klar sein, dass sich der Umstand, dass sich das verantwortliche Unternehmen in der Vergangenheit bereits datenschutzwidrig verhalten hat, gerade nicht schadensmindernd auswirkt. Das Gegenteil dürfte sogar der Fall sein. Begeht ein Unternehmen einen Verstoß gegenüber derselben betroffenen Person mehrfach, dokumentiert es hierdurch, dass es entweder organisatorisch nicht in der Lage oder nicht gewillt ist, seine Verarbeitungsprozesse datenschutzkonform zu gestalten. Greift man für die Bemessung der Schadenshöhe sodann auf die Kriterien in Art. 83 Abs. 2 DSGVO zurück,³⁴ stellt man fest, dass der wiederholte Verstoß bei der Bemessung eines Bußgeldes entsprechende

Berücksichtigung findet, nämlich unter Art. 83 Abs. 2 lit. e DSGVO. In Art. 83 Abs. 2 lit. c DSGVO wird zudem berücksichtigt, welche Maßnahmen getroffen wurden, um einen Schaden bei der betroffenen Person zu minimieren oder zu vermeiden. Tritt ein Verstoß allerdings zeitversetzt ein weiteres Mal auf, spricht zunächst einiges dafür, dass keine oder jedenfalls keine geeigneten Maßnahmen getroffen wurden. Streng genommen kann dies zu einer schrittweisen Erhöhung des geschuldeten Schadensersatzes führen. Allerdings dient der Schadensersatz nicht der Bestrafung des verantwortlichen Unternehmens,³⁵ sondern lediglich dem Ausgleich der tatsächlich von der betroffenen Person erlittenen Schäden. Der wiederholte Verstoß führt also zunächst nicht zu einer Erhöhung des Schadensersatzes, wenn nicht zugleich bei der betroffenen Person durch die erneute Verletzung ein höherer Schaden entstanden ist.

Im Falle einer natürlichen Handlungseinheit stellt sich allerdings die Frage, ob mehrere Einzelverstöße zu einem Verstoß zusammengefasst werden können, mit der Folge, dass mit Blick auf den Schadensersatz dieser auch nur einmal geltend gemacht werden kann. Eine natürliche Handlungseinheit liegt vor, wenn aufgrund ihres räumlich-zeitlichen Zusammenhanges die Einzelverstöße so eng miteinander verbunden sind, dass sie bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches, zusammengehörendes Tun erscheinen.³⁶ Eine natürliche Handlungseinheit scheidet immer dann aus, wenn bei natürlicher Betrachtungsweise angenommen werden kann, dass der Schuldner jeweils einen neuen Entschluss zum Verstoß gegen eine bspw. Unterlassungsverpflichtung gefasst oder einen bereits gefassten Entschluss bewusst bekräftigt hat.³⁷ Eine solche Differenzierung erscheint auch bei der Bewertung von Datenschutzverletzungen angemessen. Liegen mehrere gleichartige Datenschutzverstöße räumlich und zeitlich erkennbar auseinander, wäre es unbillig, dem Verletzer gleichsam einen Rabatt für jeden weiteren Verstoß zu geben. Andererseits wäre es mit dem Bereicherungsverbot des Schadensrechts nicht vereinbar, der betroffenen Person für jeden Einzelverstoß pauschal einen eigenen Schadensersatzanspruch zu gewähren, obwohl die Einzelverstöße räumlich und zeitlich so nah beieinander waren, dass der betroffenen Person kein zusätzlicher Schaden je Einzelverstoß entstanden ist.

IV. Ausblick für die Praxis

Zunächst ist es zu begrüßen, dass nach dem OGH und dem BAG ein weiteres deutsches Gericht – obwohl es hierzu nach Art. 267 Abs. 2 AEUV nicht verpflichtet ist – dem EuGH wesentliche Auslegungsfragen mit Blick auf die Anwendung von Art. 82 DSGVO vorlegt. Die bisherige Entscheidungspraxis der deutschen Gerichte ist zu uneinheitlich, trotz teilweise vergleichbarer Sachverhaltskonstellationen. Die vor allem von den ordentlichen Gerichten hochgehaltene Bagatellgrenze ist ebenso ein Bollwerk gegen Massenklagen nach einem Datenschutzvorfall, wie das Erfordernis nach einem konkreten Schaden, der über die bloße Feststellung des Verstoßes hinausgeht. Reißt der EuGH dieses Bollwerk zugunsten der betroffenen Personen ein, bedeutet jeder Datenschutzvorfall ein erhebliches zusätzliches Haftungsrisiko. Umso wichtiger wird es für Unternehmen also sein, sämtliche Verarbeitungsvorgänge

32 LG Saarbrücken, 22. 11. 2021 – 5 O 151/19, K&R 2022, 63 f.

33 So auch das LG Saarbrücken, 22. 11. 2021 – 5 O 151/19, K&R 2022, 63 f.

34 Siehe hierzu unter III. 2.

35 Ertig/Herbrich, K&R 2021, H. 6, Beil. S. 27 ff.

36 So zuletzt BGH, 17. 12. 2020 – I ZB 99/19.

37 BGH, 17. 12. 2020 – I ZB 99/19.

auf den Prüfstand zu stellen, nachzujustieren, wenn Schwachstellen erkannt werden, und alles bereits für einen hypothetischen Haftungsprozess zu dokumentieren. Nur wer sich bereits im Vorfeld auf einen potenziellen Haftungsprozess durch entsprechende Maßnahmen vorbereitet hat und auch Maßnahmen zur Schadensminderung ergriffen hat, hat überhaupt die Chance, diesen zu gewinnen.



Sebastian Laoutoumai

RA und Fachanwalt für IT-Recht bei Löffel Abrar Rechtsanwälte in Düsseldorf. Ein besonderer Schwerpunkt liegt bei der rechtlichen Begleitung von Werbekonzepten, Online-Marketingmaßnahmen und neuen Vertriebsstrukturen. Ein weiterer Schwerpunkt liegt im Prozessrecht, dort insbesondere bei datenschutzrechtlichen Streitigkeiten.

RA Lukas Bühlmann, lic. iur., LL.M.*

Länderreport Schweiz

Kurz und Knapp

Datenschutzrecht bleibt noch immer ein bestimmendes Thema. Die Revision des Schweizer Datenschutzgesetzes (DSG) ist zwar beendet und wird voraussichtlich im vierten Quartal 2022 in Kraft treten. Kürzlich wurden der Vorentwurf der Datenschutzverordnung zum neuen DSG präsentiert, neue Guidelines zum internationalen Datentransfer veröffentlicht und eine wichtige Abgrenzungsfrage zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Datenschutz (vorerst) gerichtlich geklärt. Neben dem Datenschutz gab es Neuerungen im Wettbewerbsrecht – so soll die „Hochpreisinsel Schweiz“ ab 2022 Geschichte werden.

I. Datenschutz

1. DSG-Revision: Bundesrat veröffentlicht Ausführungsvorschriften im Entwurf der VDSG

Schon in der Ausgabe vom Januar 2021 widmete sich der Länderreport Schweiz der Revision des Datenschutzgesetzes (DSG). Gemeinsam mit dem vollkommen überarbeiteten DSG (im Folgenden nDSG) soll in der zweiten Jahreshälfte 2022 die neue Datenschutzverordnung (VDSG) in Kraft treten. Im Sommer 2021 präsentierte der Bundesrat den Entwurf der aktualisierten Datenschutzverordnung (Im Folgenden E-VDSG), welche die gesetzlichen Bestimmungen des nDSG konkretisieren soll.

Bevor im Folgenden näher auf den Verordnungsentwurf eingegangen wird, erscheint zunächst ein kurzer Blick auf das nDSG sinnvoll. Nach knapp vierjährigem Gesetzgebungsprozess verabschiedete das Parlament im Herbst 2020 die Revision des Schweizer Datenschutzrechts. Dabei wurde das Schweizer Datenschutzrecht grundlegend überarbeitet und zu einem großen Teil an die DSGVO angeglichen.

Trotz der begrifflichen Nähe zur DSGVO bleibt das nDSG der grundsätzlichen Konzeption der geltenden Schweizer Rechtslage treu. Für Datenbearbeitungen¹ im privaten Bereich gilt – anders als in der Europäischen Union – kein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Das bedeutet, dass nicht jede Bearbeitung einer gesetzlichen Grundlage bedarf, solange sie im Einklang mit den Bearbeitungsgrundsätzen erfolgt,² die betroffene Person der Datenbearbeitung nicht widersprochen hat³ oder einem Dritten besonders schüt-

zenswerte Personendaten weitergegeben⁴ werden sollen.⁵ Trotz systematischer Unterschiede wird die DSGVO wohl einen wichtigen Einfluss auf die Auslegung des neuen Schweizer Datenschutzrechts haben. Insbesondere der Rechtsprechungspraxis des EuGH wird große Bedeutung beigemessen, da die DSGVO schon seit Mai 2018 in Kraft ist und daher mehr Erfahrungswerte vorhanden sind, auf welche sich unter Umständen auch Schweizer Behörden und Gerichte beziehen könnten.⁶ Darüber hinaus gibt es vor allem in Deutschland schon eine Fülle an relevanten Lehrmeinungen, die auch Strahlkraft in der Schweiz entfalten könnten.

Die E-VDSG beinhaltet – wie bereits erwähnt – die Ausführungsbestimmungen zum nDSG, so enthält der Entwurf z. B. Regelungen zu den Mindestanforderungen an die Datensicherheit, zu den Modalitäten des Auskunftrechts und der Informationspflicht oder zur Ausnahme von der Pflicht zur Führung eines Verzeichnisses der Bearbeitungstätigkeiten. Nach allgemeiner Auffassung unter Schweizer Datenschutzexperten ist der erste Entwurf der VDSG – auch nach der hier vertretenen Ansicht – erstaunlich mangelhaft ausgefallen. Diese Haltung hat sich in der Vernehmlassung bestätigt, es ist nun mit einer weitreichenden Überarbeitung zu rechnen. Dennoch lohnt es sich einen Blick auf die wichtigsten Bestimmungen des Entwurfs zu werfen, da sich diese zumindest in den Grundzügen wohl nicht mehr grundsätzlich ändern dürfte:

Mindestanforderungen an die Datensicherheit: Die gesetzliche Verpflichtung zur Festlegung von Mindestanforderungen an die Datensicherheit des Art. 8 Abs. 3 nDSG, soll durch die VDSG umgesetzt werden. Diese Bestimmung dient insbesondere dazu Kompatibilität mit der DSGVO herzustellen. Der Umfang der notwendigen Datensicherheitsvorkehrungen soll dabei vom jeweiligen Risiko der Datenbearbeitung abhängig sein. Beispiele der genannten Maßnahmen sind die zweckgebundene Zugriffsbeschrän-

* Der Autor dankt Max Königseder, LL.M. (WU) LL.M. (IT-Law) für seine Unterstützung in diesem Beitrag. Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 9. 12. 2021.

1 Im Schweizer Datenschutzrecht spricht man von der „Bearbeitung“ von „Personendaten“ im Gegensatz zu der Verarbeitung von personenbezogenen Daten; Art. 3 lit. e DSG bzw. Art. 5 lit. d nDSG.

2 Art. 6 und 8 nDSG.

3 Art. 30 Abs. 2 lit. b nDSG.

4 Art. 30 Abs. 2 lit. c nDSG.

5 Rosenthal, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. 11. 2020, Rn. 7.

6 Rosenthal, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. 11. 2020, Rn. 10.