



universität  
wien

# DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

„Vertragliche Haftung bei Verarbeitung  
personenbezogener Daten unter besonderer  
Berücksichtigung immaterieller Schäden“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Max Cornelson

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of  
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /  
degree programme code as it appears on the student  
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /  
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M. (Cantab.)

## **Inhaltsverzeichnis**

Inhaltsverzeichnis .....	2
i. Problemstellung: Schadenersatz nach DSGVO und ABGB .....	4
ii. Methodik, Gang der Untersuchung .....	6
A. Rechtliche Einordnung von Daten .....	9
1. Persönlichkeitsrecht .....	9
1.1. § 16 ABGB und <i>leges speciales</i> .....	11
1.2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Abwägung .....	16
1.3. Privatsphäre, Geheimschutz, Lebens- und Charakterbild .....	20
1.4. Informationelle Selbstbestimmung .....	28
2. Vermögensrecht .....	34
2.1. Sachenrecht .....	38
2.2. Persönlichkeitsverwertung und Immaterialgüterrecht .....	42
3. Informationsrecht als eigener Ansatz .....	51
4. Exkurs: Daten als Grundrechtpositionen .....	54
B. Datenverarbeitung kraft Privatautonomie .....	58
1. Treu und Glauben .....	59
1.1. Transparenz .....	68
1.2. Teleologie .....	76
2. Vertragsverhältnis .....	79
2.1. Abgrenzung von Delikt .....	83
2.2. Datenschutzerklärung und AGB .....	90
3. Einwilligung und Vertragsnähe .....	94
4. Exkurs: Bonitätsprüfung bei Verbraucherkreditverträgen .....	105

C.	Schadensbegriff und -berechnung .....	112
1.	Vermögensschaden .....	117
1.1.	Ehre, wirtschaftlicher Ruf.....	120
1.2.	Lizenzanalogie .....	125
2.	Immaterieller Schaden .....	130
2.1.	Begriff der Genugtuung .....	133
2.2.	Objektivierungsansätze .....	136
2.3.	Erheblichkeit-/Geringfügigkeitsschwelle .....	141
3.	Bedeutung des Vertragsverhältnisses .....	144
4.	Exkurs: Diskriminierung.....	147
D.	Haftungsmaßstäbe.....	153
1.	Vertrag und Beweislast .....	156
2.	Einsatz von Technologie; Fahrlässigkeitsbegriff.....	161
3.	Arbeitsteilung und wirtschaftliche Betrachtung .....	169
4.	Schuld und Prävention .....	176
iii.	Zusammenfassung.....	181
	Literaturverzeichnis .....	187
	Abstract (deutsch).....	198
	Abstract (englisch) .....	199

## i. Problemstellung: Schadenersatz nach DSGVO und ABGB

Art 82 DSGVO<sup>1</sup> erklärt materielle und immaterielle Schäden infolge Datenschutzverletzungen für gleichermaßen ersatzfähig. Laut § 1293 ABGB<sup>2</sup> ist ein Schaden „jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“ Das Unionsprivatrecht kennt ferner je nach Materie eigene Schadensbegriffe. § 1295 Abs 1 ABGB unterscheidet zwischen vertraglichem und deliktischem Schadenersatz, indem er erklärt, dass der Schaden „durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrags verursacht worden sein“ kann. Wenngleich Art 82 DSGVO von einer weit verbreiteten Meinung als rein deliktische Norm gesehen wird,<sup>3</sup> finden sich im Wortlaut keine Anhaltspunkte, weshalb sie nicht ebenso auf Verträge angewendet werden sollte, in deren Rahmen Verarbeitung personenbezogener Daten stattfindet.

Es kann nun freilich eingewendet werden, dass die Unterscheidung zwischen Vertrag und Delikt aus Perspektive der Verordnung irrelevant sei, weil es dieser nicht auf heikle Abgrenzungsfragen nationalstaatlicher Zivilrechtsdogmatik, sondern auf die effektive Verwirklichung des Datenschutzes ankommt.<sup>4</sup> Die vorliegende Arbeit geht gerade von letzterer Prämisse aus und nimmt daher an, dass der Schadenersatz aus Art 82 DSGVO je nach Verarbeitungskontext sowohl dem Regime der deliktischen als auch demjenigen der vertraglichen Haftung unterfallen kann. Art 82 ist in diesem Sinne eine einheitliche Norm für den Schadenersatz infolge Datenschutzverletzung und zugleich *in sich differenziert*, indem sie die Ausgestaltung der Haftung an die konkrete Beziehung zwischen Verantwortlichem und betroffener Person anpasst. Sofern ein Verstoß gegen die DSGVO begangen wird, liegt zweifelsfrei deliktisches Unrecht vor; geschieht dies jedoch im Rahmen einer vertraglichen oder sonstigen Sonderbeziehung, ist zugleich von einer Vertragswidrigkeit auszugehen. Stützt sich der geschädigte Kläger darauf, dass die Datenschutzverletzung im Rahmen eines

---

<sup>1</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl L 2017/119, 1 (Datenschutz-Grundverordnung).

<sup>2</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS Nr. 946/1811 idF BGBl. I Nr. 105/2019.

<sup>3</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen. Die Haftung bei Datenschutzverletzungen nach Art 82 DSGVO, § 29 DSG und ABGB (2019), 45 ff, mwN; *Gola/Piltz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup> (2018), Art 82, Rz 1; *Schweiger* in Knyrim, DatKomm Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 1.

<sup>4</sup> Vgl. auch *Gebauer/Teichmann* in Gebauer/Teichmann (Hg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, § 1: Methoden und Formen europäischer Rechtsangleichung, Rz 67.

Vertragsverhältnisses erfolgte, bilden DSGVO und Vertrag gemeinsam eine „einheitliche Anspruchsgrundlage“,<sup>5</sup> einen kombinierten „Normenkomplex“.<sup>6</sup>

Art 82 DSGVO bildet eine „eigene Anspruchsgrundlage“,<sup>7</sup> welche die vertragliche Haftung nicht ausschließt.<sup>8</sup> Dass ihr Verhältnis zu einem der Datenverarbeitung kontextuell zugrundeliegenden Vertrag sich in einem bloßen *Nebeneinander* erschöpfen sollte und die dergestalt konkurrierende vertragliche Haftung dabei lediglich nach nationalem Recht zu beurteilen sei,<sup>9</sup> leuchtet allerdings nicht ein. Einerseits werden die Regeln der DSGVO im Vertragsverhältnis als Nebenpflichten rezipiert;<sup>10</sup> andererseits enthält Art 82 Abs 3 eine weitgehend unbestimmt formulierte Beweislastumkehr, nach welcher der Verantwortliche nachweisen muss, „dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist.“ Der unbestimmte Rechtsbegriff der *Verantwortlichkeit* lässt sich aber nur dann sachnah konkretisieren, wenn man auf die spezielle Beziehung zwischen betroffener Person und Verantwortlichem abstellt. Schließlich wäre es äußerst kontraintuitiv, wenn man eine Datenschutzverletzung ausschließlich nach deliktischen Grundsätzen beurteilen wollte, obwohl sie offensichtlich im Lebenszusammenhang mit einem Vertrag steht.

Gleichwohl die DSGVO unmittelbar anwendbar ist, somit keiner legislativen Umsetzung bedarf, wiederholt § 29 DSG die unionsrechtliche Anordnung und schreibt weiter vor: „Im Einzelnen gelten für diesen Schadenersatzanspruch die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts.“<sup>11</sup> Eine EU-Verordnung ist jedoch prinzipiell *autonom*, also nach den Eigengesetzlichkeiten des Unionsrechts auszulegen, und nur ausnahmsweise verweist ein solcher Rechtsakt auf die Begriffe der nationalen Rechtsordnungen.<sup>12</sup> Die „Herausforderung“ bestehe darin, „die Verordnungsvorgaben so in einen größeren Zusammenhang einzubetten,

---

<sup>5</sup> *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 4/18 ff.

<sup>6</sup> Ebd., Rz 4/20.

<sup>7</sup> *Boehm* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG (2019), Art 82, Rz 6; vgl. *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG<sup>2</sup> (2018), Art 82, Rz 12.

<sup>8</sup> Für viele *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 45 ff.

<sup>9</sup> Vgl. ebd.; *Kreße* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup> (2018), Art 82, Rz 27.

<sup>10</sup> So auch *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 210; *Gola/Piltz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 21.

<sup>11</sup> Dazu differenzierend *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 42 ff.

<sup>12</sup> *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), 376, mwN; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999), 476 ff; 481 f; *Kautz*, Schadenersatz im europäischen Datenschutzrecht. Die Umsetzung von Art. 23 der EG-Datenschutzrichtlinie in Großbritannien und Deutschland (2006), 164.

dass die Haftung „funktioniert“<sup>13</sup>. Idealerweise könnte auf ein einheitliches und umfassendes europäisches Haftpflichtrecht zurückgegriffen werden – ein solches existiert aber (noch) nicht. Deshalb müssen die Bestimmungen der DSGVO „im Sinne des Äquivalenzprinzips durch nationale Regeln ergänzt werden“.<sup>14</sup> Es müsse „das ABGB ergänzend zur Anwendung kommen, wenn Art 82 DSGVO selbst eine Lücke im Haftungsrecht aufweist.“<sup>15</sup> Bejaht wird dies unter anderem hinsichtlich der Problemkreise Beweislast,<sup>16</sup> Kausalität, Schadensbemessung und Mitverschulden.<sup>17</sup> Die Frage der Gehilfenhaftung in den Regeln der DSGVO zur Auftragsverarbeitung ebenfalls nicht abschließend gelöst. Lässt man die Anwendung der Bestimmungen über vertragliche Haftung nach ABGB auf die Beweislast zu, bietet sich mit dessen § 1298 ein auf nationaler Ebene bereits ausführlich durchdachtes und erprobtes System an; Gleiches gilt für § 1313a für die Zurechnung des Auftragsverarbeiters zum Verantwortlichen.

## ii. Methodik, Gang der Untersuchung

Ist die Notwendigkeit einer „systemabhängigen Konkretisierung“ von Begriffen, welche sowohl in EU-Rechtsakten vorkommen als auch in den Mitgliedstaaten Tradition haben, grundsätzlich gegeben,<sup>18</sup> erscheint der methodische Rückgriff auf die nationale Rechtsordnung unentbehrlich. Die rechtsanwendenden Gerichte legen ihrer Entscheidung zwar „einen grundsätzlichen Vollständigkeitsanspruch des nationalen Wertungsrahmens zugrunde“<sup>19</sup> – dieser kann aber durch das Unionsrecht erweitert und modifiziert werden. In diesem Sinne ist die Behandlung eines unionsrechtlich eingesetzten Begriffs im Lichte der mitgliedstaatlichen Tradition einerseits durch den „Erfahrungsschatz der nationalen Gerichte“,<sup>20</sup> welcher dem EuGH als reine Auslegungsinstanz nicht zukommt,<sup>21</sup> und andererseits dadurch indiziert, dass auch unionsrechtliche Begriffe, um justiziabel zu werden,

---

<sup>13</sup> *Spitzer*, Schadenersatz für Datenschutzverletzungen. Zugleich Bemerkungen zum Diskussionsstand zum Ersatz ideeller Schäden, ÖJZ 2019, 629 [629]; vgl. *Gebauer/Teichmann* in *Gebauer/Teichmann*, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, § 1, Rz 69.

<sup>14</sup> Ebd., 629 f; vgl. LG Feldkirch 7.8.2019, 57 Cg 30/19b, Dako 2019, 115 (*Schweiger*).

<sup>15</sup> *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 43, mwN; vgl. *Schweiger* in *Knyrim*, DatKomm Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 2.

<sup>16</sup> Nun auch OGH 27.11.2019, 6 Ob 217/19h.

<sup>17</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 44 f, mwN;

<sup>18</sup> *Grigoleit*, Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, AcP 210, 354 [397].

<sup>19</sup> Ebd., 391.

<sup>20</sup> *Röthel*, Normkonkretisierung, 391.

<sup>21</sup> Vgl. ebd., 330. Siehe auch *Grigoleit*, AcP 210, 354 [390]: Dem EuGH obliege „lediglich die Auslegung, nicht aber die Anwendung des Gemeinschaftsrechts.“

„nach Maßgabe des nationalen Normumfelds“ kontextualisiert werden müssen.<sup>22</sup> Nationale Gerichte und EuGH müssen daher im fachlichen „Konkretisierungsdialog“ des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 267 AEUV zu einem gemeinsamen Ergebnis gelangen,<sup>23</sup> welches sowohl im Mitgliedstaat auf Akzeptanz stößt als auch dem unionsrechtlichen Gebot der Effektivität genügt. Nationale Gerichte haben in einem solchen Konkretisierungsdialog darüber hinaus die Möglichkeit, durch Verbindung der Vorlagefrage mit einem eigenen Auslegungsvorschlag „für die aus nationaler Sicht favorisierte Lösung zu werben“.<sup>24</sup>

Somit verfolgt diese Arbeit das Ziel, die mögliche Ausgestaltung der Haftung nach Art 82 DSGVO anhand der Grundsätze des vertraglichen Schadenersatzes laut § 1295 Abs 1 ABGB darzustellen. Da es sich beim europäischen Datenschutzrecht um ein kompetenzielles Mehrebenensystem handelt,<sup>25</sup> kann auch hinsichtlich des materiellen Rechts davon ausgegangen werden, dass DSGVO und ABGB einander ergänzende, aber prinzipiell verschiedene Regelungsebenen darstellen.

Im Teil A wird ermittelt, welche Rechtsnatur personenbezogenen Daten und dem Recht auf Datenschutz zukommt; dabei werden unter anderem aktuelle Diskussionen über das Persönlichkeitsrecht in der Digitalisierung sowie das Konzept „Dateneigentum“ gewürdigt. Die rechtliche Einordnung von Daten ist einerseits von rein theoretischem Interesse und andererseits Grundlage für die Ausgestaltung der Haftung, weil zu diesem Zweck zuallerst bekannt sein muss, *woran* die betroffene Person denn tatsächlich verletzt wird, wenn der Verantwortliche ihr Recht auf Datenschutz missachtet. Am Rande wird die Grundlagendiskussion um das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ sowie die grundrechtliche Betrachtung des Datenschutz-Zivilrechts angesprochen.

Teil B bearbeitet die Prinzipien der Datenverarbeitung kraft Privatautonomie und beantwortet die Frage, wann vertragliche Haftung für Datenschutzverletzungen gegeben ist. Da ABGB und DSGVO verschiedene Regelungsebenen darstellen, ist die vertragliche Haftung nicht deckungsgleich mit der Rechtsgrundlage des Art 6 Abs 1 lit b DSGVO, welche sich in erster Linie auf die Notwendigkeit der Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags bezieht. In diesem Zusammenhang muss auch behandelt werden, welche Rolle AGB bei der Beurteilung der

---

<sup>22</sup> Ebd., 398.

<sup>23</sup> Dazu ausführlich *Röthel*, Normkonkretisierung, 381 ff.

<sup>24</sup> Ebd., 394.

<sup>25</sup> Vgl. *Wendehorst*, Methodenlehre und Privatrecht in Europa. In: FS Mayer, 827 [832 ff].

Transparenz haben. Von besonderer Bedeutung ist die datenschutzrechtliche Einwilligung,<sup>26</sup> welche teils als Kommerzialisierungsinstrument bezeichnet wird; nach dem hier verfolgten Ansatz ist sie in vielen Fällen einem Vertragsverhältnis nach bürgerlichem Recht zuzuordnen, sodass die einwilligungswidrige Datenverarbeitung dem Regime vertraglicher Haftung unterfällt.

Teil C hat den Begriff des Schadens sowie dessen Bemessungsmethode zum Gegenstand. Ein besonderes Augenmerk wird im Lichte des Persönlichkeitsrechts auf immaterielle Schäden gelegt. Die Sanktion für einen Verstoß gegen Unionsrecht soll „effektiv, verhältnismäßig, abschreckend“<sup>27</sup> sein, was auch für Art 82 DSGVO gilt. Vorgeschlagen wird unter anderem eine objektivierende Betrachtung der Persönlichkeitsbeeinträchtigung. Es wird ferner argumentiert, dass aufgrund des unionsrechtlichen Effektivitätsprinzips nach Art 4 Abs 3 EUV, welches unter anderem die „Gewährleistung von wirksamem Rechtsschutz für Individuen“ gebietet,<sup>28</sup> die Bemessung des materiellen Schadens anhand einer fiktiven Lizenzgebühr in Frage kommt. Dieser Gedankengang wird in A.2.2 dadurch vorbereitet, dass die Doppelnatur des Datenschutzrechts, welches sich je nach Kontext sowohl auf immaterielle als auch auf materielle Interessen beziehen kann, aufgezeigt wird. Als Exkurs wird überlegt, welchen Einfluss das Antidiskriminierungsrecht auf die Haftung infolge Datenschutzverletzung ausüben könnte.

Schließlich wendet sich Teil D den betreffenden Haftungsmaßstäben zu: Es wird das Beweislastregime der vertraglichen Haftung dargestellt und das Verhältnis der Gehilfenhaftung zur Haftung des Verhaltens des Auftragsverarbeiters beleuchtet. Ferner ist zu zeigen, dass im Datenschutzrecht – nicht zuletzt aus dem Grundsatz der Effektivität – ein tendenziell objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff von Relevanz ist. Den Schluss stellen allgemeine Erwägungen über die Bedeutung von Schuld und Prävention im Datenschutzrecht dar, wobei der naturrechtliche, prinzipiell schuldbezogene Ansatz des ABGB in ein widerspruchsfreies Verhältnis zur aktuellen Debatte zum „Regulierungsprivatrecht“<sup>29</sup> gesetzt werden soll.

---

<sup>26</sup> Art 4 Z 11, Art 6 Abs 1 lit a, Art 7 DSGVO.

<sup>27</sup> *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht. Eine vergleichende Untersuchung des *Acquis Communautaire* und der EMRK (2010), 50

<sup>28</sup> *Klamert*, EU-Recht (2015), Rz 109.

<sup>29</sup> Dazu *Wendehorst* in FS Mayer, 827 [829]; *Riesenhuber*, Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung?, AcP 219, 892 [910 ff].

## A. Rechtliche Einordnung von Daten

Was sind personenbezogene Daten? Die rechtliche Einordnung des Begriffes der Daten ist von erheblicher Bedeutung für die Rechtsfolgen allfälliger Datenschutzverletzungen. Bevor festgestellt werden kann, wann ein Schaden im Sinne des Datenschutzrechts vorliege und wie die Ersatzpflicht inhaltlich auszugestalten sei, muss unbedingt geklärt werden, woran man als Rechtssubjekt überhaupt geschädigt werden könne. Da der Begriff der Datenschutzverletzung abstrakt und hinsichtlich des geschützten Rechtsguts oder Interesses eher unspezifisch ist, versteht es sich nicht von selbst, was denn eigentlich geschützt sei, wenn das Datenschutzrecht personenbezogene Daten schützt. Deshalb sind im Folgenden die wesentlichen Anknüpfungspunkte darzustellen, an denen sich die rechtliche Behandlung von personenbezogenen Daten orientieren kann.

Vorzustellen ist lediglich, dass das Datum nach geläufiger Definition eine „re-interpretable Repräsentation von Information in formalisierter Weise, geeignet für Kommunikation, Interpretation und Verarbeitung“,<sup>30</sup> darstellt. *Zech* bestimmt es als „maschinenlesbar codierte Information“<sup>31</sup> sowie als „Information in Form einer Menge von Zeichen, die durch Informationstechnik verarbeitet werden kann.“<sup>32</sup>

### 1. Persönlichkeitsrecht

Es liegt nahe, zuallererst einen Blick auf das Persönlichkeitsrecht zu werfen, zumal die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) wie auch ältere Regelwerke zu dieser Materie ausschließlich *personenbezogene* Daten natürlicher Personen schützt. Ein solcher Personenbezug ist nach der Legaldefinition des Art 4 Z 1 immer dann gegeben, wenn sich Daten „auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen“, der Begriff des personenbezogenen Datums ist mithin semantisch denkbar weit:

„[A]ls identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann“.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> ISO/IEC 2382:2015. Übersetzung M.C.

<sup>31</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand (2012), 32; *ders.*, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“, CR 2015, 137 [138].

<sup>32</sup> Ebd.

<sup>33</sup> Art 4 Z 1 DSGVO; weite Auslegung nach EuGH 19.10.2016, C-582/14 (Breyer); DSB 14.01.2019, DSB-D123.224/0004-DSB/2018.

Der Personenbezug des Datums ergibt sich aus dem semantischen Aspekt der Information, also aus deren *Bedeutung*.<sup>34</sup> Neben der Semantik unterscheidet die Semiotik, die Wissenschaft von Zeichen, zwischen Syntax und Pragmatik, wobei sich erstere auf die Zusammensetzung der Zeichen und letztere auf deren Wirkung im Kommunikationsprozess bezieht.<sup>35</sup> „Eine der wichtigsten Eigenschaften semantischer Information besteht darin, dass sie richtig oder falsch sein kann.“<sup>36</sup> Behandelt man Information unter semantischen Gesichtspunkten, so erscheint sie als Information *über etwas*, stellt zumindest etwas dar; beispielsweise kann eine Information über Person X etwas über deren Kreditwürdigkeit oder Konsumpräferenzen aussagen,<sup>37</sup> mag die Aussage nun der Realität entsprechen oder nicht. *Zech* räumt ein, dass zwischen dem Schutz personenbezogener Information – wie auch immer er auszugestalten sei – und dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht ein enger Zusammenhang besteht.<sup>38</sup> *Berka* geht noch weiter: „Datenschutz ist Persönlichkeitsschutz“.<sup>39</sup> Es ist nun näher zu beschreiben, welcher Zusammenhang zwischen Daten und der menschlichen Persönlichkeit besteht, insbesondere welchem Aspekt der Persönlichkeit Daten als Gegenstände am besten zugeordnet werden können und ob personenbezogene Daten überhaupt in der Lage seien, ein von der Persönlichkeit selbst losgelöstes rechtliches Dasein zu führen. Zuerst wird die Dogmatik des österreichischen Rechts zu diesem Themenfeld dargestellt, danach wird der Frage nachgegangen, inwieweit eine konkrete Rechtsposition aus dem abstrakten „allgemeinen“ Persönlichkeitsrecht abgeleitet werden kann, wobei auch auf die deutsche Lehre im Anschluss an *Hubmann*<sup>40</sup> einzugehen sein wird. Daraufhin wird der Versuch unternommen, die Problematik personenbezogener Daten in eine wesentliche Beziehung mit besonders einschlägig erscheinenden Aspekten des Persönlichkeitsrechts zu setzen. Insbesondere soll geklärt werden, ob es sich beim Recht an den personenbezogenen Daten um eine Position handle, deren Verletzung unmittelbar einen Vermögensschaden bedeuten kann, ob also dem subjektiven Datenschutzrecht ein vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt zukomme.

---

<sup>34</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 133.

<sup>35</sup> Vgl. ebd., 25 f.

<sup>36</sup> Ebd., 27.

<sup>37</sup> Vgl. ebd., 53.

<sup>38</sup> Vgl. ebd., 133, 207.

<sup>39</sup> *Berka*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, 18. ÖJT, Band I/1 (2012), 83. Dort mit Hervorhebung.

<sup>40</sup> *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht<sup>2</sup> (1967).

## 1.1. § 16 ABGB und *leges speciales*

„Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.“ – Dies ist der Wortlaut des Rechts „[a]us dem Charakter der Persönlichkeit“ in § 16 ABGB, derjenigen Vorschrift, welche von der Rechtsprechung als „Zentralnorm unserer Rechtsordnung“ bezeichnet und als Garantie für die *Menschenwürde* gelesen wird.<sup>41</sup> Der zitierte Paragraph ist insofern die Grundlegung der gesamten Privatrechtsordnung, als in ihm die Rechtsfähigkeit bzw. Rechtssubjektivität des Menschen zum Ausdruck kommt.<sup>42</sup> Es handelt sich um einen *Grundwert*.<sup>43</sup> Ganz klar steht diese Gesetzesstelle in der Tradition des Vernunftrechts, das von naturgegebenen Rechten ausgeht.<sup>44</sup> Nach heutiger Judikatur ist das Persönlichkeitsrecht ein absolut geschütztes Rechtsgut,<sup>45</sup> dessen prozessuale Geltendmachung das Gericht zu „umfassender Interessenabwägung“<sup>46</sup> verpflichtet. Im Wege „systematischer Interpretation“ dürfen und sollen dabei verfassungsrechtliche gewährleistete Rechte als maßgebliche Wertungen der Gesamtrechtsordnung herangezogen werden.<sup>47</sup> § 16 ABGB zielt ab „auf Achtung, auf Nichtverletzung u[nd] auf freie Entfaltung der Person“.<sup>48</sup> *Zeiller* definiert das „Recht der Persönlichkeit“ als „das Recht, die Würde eines vernünftigen, freihandelnden Wesens zu behaupten“ bzw. als Freiheit „zu allen, aber auch nur zu denjenigen Handlungen, bei denen ein geselliger Zustand freihandelnder Wesen Statt finden kann.“<sup>49</sup> Philosophische Fundierung findet das Persönlichkeitsrecht in der von *Kant* dargestellten praktischen Vernunft,<sup>50</sup> wobei der Autor auf eine von Natur aus einleuchtende Achtung vor der Person verweist:

„Diese Achtung erweckende Idee der Persönlichkeit, welche uns die Erhabenheit unserer Natur (ihrer Bestimmung nach) vor Augen stellt, indem sie uns zugleich den Mangel der Angemessenheit unseres Verhaltens in Ansehung derselben bemerken

---

<sup>41</sup> RS0008993, seit OGH 27.02.1990, 10 Obs 40/90.

<sup>42</sup> Vgl. *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 3 ff; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup>, § 16 (Stand 1.3.2017), Rz 6 ff.

<sup>43</sup> RS0008993.

<sup>44</sup> Vgl. *Meissel*, Verfassungsrechtliche Aspekte des § 16 ABGB. In: FS Mayer (2011), 371.

<sup>45</sup> RIS-Justiz RS0008999.

<sup>46</sup> RIS-Justiz RS0022917.

<sup>47</sup> *Meissel* in FS Mayer, 371 [389]; vgl. schon OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78, wo ein „die Gesamtrechtsordnung berücksichtigendes Werturteil“ angesprochen ist; RIS-Justiz RS0009004.

<sup>48</sup> *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 17; zur Entfaltung auch *Meissel* in FS Mayer, 371 [373, 376].

<sup>49</sup> *Zeiller*, Das natürliche Privatrecht<sup>2</sup> (1808), § 40. Rechtschreibung modernisiert.

<sup>50</sup> Vgl. *Meissel* in FS Mayer, 371 [376, 387 f].

läßt, und dadurch den Eigendünkel niederschlägt, ist selbst der gemeinsten Menschenvernunft natürlich und leicht bemerklich.“<sup>51</sup>

Es folgt daraus, dass ein Mensch „niemals bloß als Mittel“ behandelt werden darf, sondern „jederzeit zugleich als Zweck“.<sup>52</sup> Dementsprechend ist in der datenschutzrechtlichen Literatur die Rede davon, dass das betroffene Individuum niemals zum bloßen „Informationsobjekt“ degradiert werden darf.<sup>53</sup>

In Österreich ist es allerdings umstritten, ob es so etwas wie ein *allgemeines* Persönlichkeitsrecht gebe.<sup>54</sup> Dies liegt daran, dass die relevantesten Aspekte der Persönlichkeit ohnehin durch ausdrücklich normierte *besondere* Persönlichkeitsrechte<sup>55</sup> als *leges speciales* geschützt sind: So deckt beispielsweise § 43 ABGB das Namensrecht,<sup>56</sup> § 1325 f die körperliche Integrität, § 1328 die geschlechtliche Selbstbestimmung, § 1328a die Privatsphäre, § 1319 die persönliche Freiheit, § 1330 die Ehre sowie den guten Ruf, § 77 UrhG vertrauliche Aufzeichnungen und § 78 das Bildnis der natürlichen Person; besondere Vorschriften gelten für Fälle medialer Veröffentlichung nach §§ 6 ff MedienG; ferner finden sich im Immaterialgüterrecht das Urheberpersönlichkeitsrecht nach §§ 19 ff UrhG als „Schutz geistiger Interessen“ und die sogenannte Erfinderehre nach § 20 PatG; schließlich wird § 1 DSGVO im Lichte des Persönlichkeitsrechts gedeutet.<sup>57</sup> Nun sind mit den genannten Tatbeständen durchaus Interessen gedeckt, welche im Rahmen einer Datenverarbeitung berührt sein können, wobei sich § 1 DSGVO direkt auf die Datenverarbeitung als solche bezieht und auf Geheimhaltung sowie Privat- und Familienleben als geschützte Interessen verweist.

---

<sup>51</sup> *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft<sup>8</sup> (1788, 2014), A 156. Eine eher intersubjektiv angelegte Lesart findet sich später bei *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse<sup>14</sup> (1821, 2015), § 36: „[S]ei eine Person und respektiere die anderen als Personen.“ (Hervorhebung nach Original)

<sup>52</sup> *Ders.*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten<sup>8</sup> (1785, 2014), BA 66 f.

<sup>53</sup> Vgl. *Simitis*, Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398 [399]; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (2006), 130.

<sup>54</sup> Vgl. *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 16; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup>, § 16 (Stand 1.3.2017), Rz 12; *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup>, § 16 (2018), Rz 13; *Meissel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-ABGB<sup>3</sup> (2014), § 16, Rz 59; *Karner*, Menschenrechte und Schutz der Persönlichkeit im Zivilrecht, ÖJZ 2013, 906 [908].

<sup>55</sup> Vgl. *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup>, § 16, Rz 17 ff.

<sup>56</sup> Offensichtliches klarstellend RIS-Justiz RS0114462.

<sup>57</sup> Vgl. *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 40; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup>, § 16 (Stand 1.3.2017), Rz 11; *Meissel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-ABGB<sup>3</sup>, § 16, Rz 143 ff. *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup>, § 16, Rz 41 ff; *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 28.

Für *Resch* ist es eindeutig, dass der Schutz der *Privatautonomie* in der österreichischen Rechtsordnung aus dem Persönlichkeitsrecht folgt.<sup>58</sup> Das „Selbstbestimmungsrecht und daran anknüpfend die Privatautonomie als Grundprinzip“ gehören „zu den zentralen angeborenen Rechten des Menschen“ im Sinne des § 16 ABGB, „da sich darin erst die eigenverantwortliche Existenz des Menschen im Rechtsverkehr verwirklicht.“<sup>59</sup> Die Privatautonomie sei „zentrales Medium für die Verwirklichung der Grund- und Freiheitsrechte, sie umspannt daher geradezu den Grundrechtskatalog.“<sup>60</sup> Es genüge jedoch nicht, das Selbstbestimmungsrecht isoliert zu betrachten, vielmehr sei es „transparent“, insofern „dahinter [...] das verletzte Rechtsgut“ stehe.<sup>61</sup> Dies leuchtet ein, wenn man sich vor Augen hält, dass das Recht in erster Linie nicht die Selbstbestimmung *in abstracto*, sondern die Selbstbestimmung *zu* etwas oder *gegen* etwas schützt, sich somit auf materielle Inhalte eines möglichen Willens richtet. *Bydlinski* erblickt das Minimum der von der Rechtsordnung zu gewährleistenden Selbstbestimmung in der „Einräumung der Möglichkeit, durch selbstbestimmte Willensakte Rechtsfolgen zu begründen oder zu verhindern.“<sup>62</sup> Hierin wird Selbstbestimmung wesentlich als Privatautonomie, das heißt als die Befugnis zur rechtsgeschäftlichen Selbstbindung erfasst. Selbstbestimmung als Persönlichkeitsrecht heißt aber zugleich, dass die Person gerade gegen nachteilige Geschäfte geschützt werden muss, wenn eine krasse Zwangslage, eine grobes Machtungleichgewicht zwischen den Parteien oder eine sonstige Trübung der freien Entscheidung, somit erhebliche Gefahr der Fremdbestimmung besteht.<sup>63</sup> Diese Faktoren können schließlich vor allem zur „Unwirksamkeit von Verträgen, die in die höchst persönliche Sphäre eingreifen“, führen.<sup>64</sup> Materielle Selbstbestimmung bedeutet im radikalen Sinn, dass der „Willensentschluß auf vollständiger gründlicher Überlegung und auf fehlerfreier Kenntnis aller für die Entscheidung maßgebenden tatsächlichen Umständen beruht.“<sup>65</sup> Genau dieser Gedanke ist Ratio der datenschutzrechtlichen Einwilligung, welche nach Art 4 Z 11 DSGVO „freiwillig für den

---

<sup>58</sup> Vgl. *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997), 64 ff.

<sup>59</sup> Ebd., 68. Im Original mit Hervorhebungen.

<sup>60</sup> Ebd., 51. Dort hervorgehoben.

<sup>61</sup> Ebd., 64, mwN. Dort hervorgehoben. Vgl. ebd., 117; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 272 f.

<sup>62</sup> *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967), 127.

<sup>63</sup> Vgl. ebd., 169; vgl. RIS-Justiz RS0016745; RS0048312, wo im Zusammenhang mit der Kreditsicherung durch Angehörige des Schuldners von der „Verbindung der strukturell ungleich größeren Verhandlungsstärke der Gläubigerbank“ als einer der Voraussetzungen für die Nichtigkeit des Geschäfts die Rede ist.

<sup>64</sup> *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 171; vgl. *dens.*, Die Grundrechte in Relation zur richterlichen Gewalt, RZ 1965, 67/85 [85].

<sup>65</sup> *Ders.*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 130, mwN. Dort mit Hervorhebungen.

bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich“ erteilt wird, nach Art 7 Abs 3 jederzeit widerruflich ist und nach Abs 4 bei sonstiger Nichtigkeit nicht durch Inaussichtstellung von nicht unmittelbar im Zusammenhang stehenden Vor- oder Nachteilen herbeigeführt werden darf.<sup>66</sup> So erwähnt auch ErwGr 43 DSGVO in diesem Zusammenhang „ein klares Machtungleichgewicht“ zwischen dem Verarbeitenden und der betroffenen Person; ErwGr 42 verlangt für die Freiwilligkeit der Einwilligung entsprechend eine „echte und freie Wahl“ und folglich die „Kenntnis der Sachlage“ seitens des Einwilligenden.

Der OGH stützt das Verbot der *Diskriminierung* durch den Inhaber einer „monopolartige[n] Stellung“ auf § 16 ABGB,<sup>67</sup> sodass man die Norm bis zu einem gewissen Grad als Gleichbehandlungsgebot deuten kann.<sup>68</sup> *Meissel* befürwortet verallgemeinernd die Anwendbarkeit des Persönlichkeitsrechts in Situationen der „Waffenungleichheit“, die zT auch unter Privaten besteht“.<sup>69</sup> ErwGr 75, 85 DSGVO führen die Diskriminierung ausdrücklich als typischen *Schaden* an, der im Zusammenhang mit der Datenverarbeitung entstehen kann. Diskriminierendes Verhalten ist zweifelsohne ein Eingriff in das Interesse, als Person respektiert zu werden. Im hier behandelten Kontext kann Diskriminierung auf zwei Arten auftreten: Einerseits kann die Datenverarbeitung selbst diskriminierend sein, andererseits können verarbeitete Daten zur Grundlage einer diskriminierenden Geschäftsentscheidung gemacht werden.<sup>70</sup> Im EU-Privatrecht wird dem unter anderem in Art 21 GRC positivierten Gleichheitssatz bzw. Diskriminierungsverbot teils eine methodische „Schlüsselfunktion“<sup>71</sup> zugeschrieben, während es *Basedow* bei einem „hermeneutische[n] Prinzip“ ohne „eigenständige operative Bedeutung im europäischen Privatrecht“ bewenden lässt.<sup>72</sup> Das Problem ist differenziert zu betrachten: Einerseits anerkennt das Zivilrecht die grundsätzliche Willkürfreiheit,<sup>73</sup> andererseits ist auch bei einer bodenlos willkürlichen Entscheidung rücksichtlich der „Absicht der Parteien“, der „Übung des redlichen Verkehrs“<sup>74</sup>

---

<sup>66</sup> Zum sog. „Kopplungsverbot“ *Kastelitz* in Knyrim, DatKomm, Art 7 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 33 ff; *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung (WP259rev.01), 8 ff, 12 f; *Ingold* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 30 ff; *Schulz* in Gola, DSGVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 24, 27 ff.

<sup>67</sup> RIS-Justiz RS0008991, erstmals OGH 14.07.1986, 1 Ob 554/86.

<sup>68</sup> Vgl. *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup>, § 16, Rz 5.

<sup>69</sup> *Meissel* in FS Mayer, 371 [389].

<sup>70</sup> Dazu näher unten, C.4.

<sup>71</sup> *Wendehorst* in FS Mayer, 827 [832].

<sup>72</sup> *Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230 [244].

<sup>73</sup> Vgl. *Bydlinski*, RZ 1965, 67/85 [88].

<sup>74</sup> § 914 ABGB.

sowie der „guten Sitten“<sup>75</sup> nicht davon auszugehen, dass die betreffende Person in eine Benachteiligung allein aufgrund des Geschlechts, Alters, der Religion, Ethnie, sozialen Stellung oder Gesinnung etc. eingewilligt habe, dass also eine diskriminierende Behandlung Inhalt des Rechtsgeschäfts geworden sei. Dies gilt insbesondere im Datenschutzrecht, wo es in erster Linie nicht um – sei es subjektive oder objektive – Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, sondern um den Schutz unmittelbar die Persönlichkeit berührender Daten zu tun ist. Untermauern lässt sich dieser Gedanke beispielsweise mit den Grundsätzen der Zweckbindung nach Art 5 Abs 1 lit b DSGVO und der Verarbeitung nach Treu und Glauben gemäß lit a. Werden personenbezogene Daten einer in Bezug auf Geschlecht oder Ethnie diskriminierenden Entscheidung zugrundegelegt, sind überdies unter Umständen §§ 30 ff GIBG anwendbar, welche die Diskriminierung „außerhalb eines Rechtsverhältnisses beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum“, verbieten.<sup>76</sup>

Im österreichischen Recht wird mitunter davon ausgegangen, dass die „Herausbildung einzelner konkreter Persönlichkeitsrechte“ für einen umfassenden Persönlichkeitsschutz hilfreicher sei als die Heranziehung einer „uferlose[n] Generalklausel“; § 16 ABGB wird dabei gerade nicht als Generalklausel, sondern als dogmatische „Grundlage für die einzelnen, anerkannten Persönlichkeitsrechte“ verstanden,<sup>77</sup> welcher allerdings zuweilen eine „Auffangfunktion“ zugeschrieben wird.<sup>78</sup> Es stellt sich die Frage, ob der zivilrechtliche Schutz gegen unrechtmäßige Datenverarbeitungen allein aus Spezialvorschriften konstruiert werden könne oder ob ergänzend ein *allgemeines* Persönlichkeitsrecht herangezogen werden solle. Im Datenschutzrecht ist ein solches Bedürfnis dann nachvollziehbar, wenn zu Tage tritt, dass es in der Datenverarbeitung berührte schutzwürdige Interessen gibt, für welche die bestehenden besonderen Persönlichkeitsrechte mit Blick auf Schadenersatz auch in analoger<sup>79</sup> Anwendung keine zufriedenstellende Handhabe bieten.

---

<sup>75</sup> § 879 ABGB.

<sup>76</sup> Der „Faktor Geschlecht“ darf zudem im Versicherungsbereich nach § 1c VersVG und § 91 Abs 2 VAG nicht „zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen für Frauen und Männer führen.“

<sup>77</sup> Bydlinski, RZ 1965, 67/85 [69].

<sup>78</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 16 (Stand 1.3.2017), Rz 11; Frick, Persönlichkeitsrechte. Rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitsschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein (1991), 25.

<sup>79</sup> Vgl. Bydlinski, RZ 1965, 67/85 [69 f].

## 1.2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Abwägung

Die Konzeption eines *allgemeinen* und zugleich unmittelbar einklagbaren Persönlichkeitsrechts ist vor allem in Deutschland ein wichtiges Thema der Zivilrechtsdogmatik.<sup>80</sup> Dort hat der BGH in der Nachkriegszeit mit Blick auf die damalige „gesellschaftliche und technische Entwicklung“<sup>81</sup> den „Schutz der Gesamtpersönlichkeit im Privatrechtsverkehr einer dynamischen Gesellschaft“<sup>82</sup> statuiert. Insbesondere fielen dabei Erwägungen über die Privatsphäre ins Gewicht.<sup>83</sup> Bewusst hat man sich für eine äußerst generalklauselartige Formulierung entschieden, sollte doch der Schutzbereich dieses Rechts „seinen Gewährleistungsgehalt an unerwartete Entwicklungen anpassen und neuen Erkenntnissen gerecht werden“ können.<sup>84</sup> So plädiert *Ramelow* für die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Mutter- oder Quellrecht, dem spontan neue Schutzpositionen erwachsen können, „wenn ein Rechtsschutzbedürfnis für ein neues Persönlichkeitsgut oder gegen einen Angriff durch bisher unbekannte technische Mittel besteht.“<sup>85</sup> Demgemäß spricht die Lehre von § 16 ABGB als einem „Rahmenrecht“, das als Grundlage für die Schaffung neuer spezieller Persönlichkeitsrechte fungieren kann;<sup>86</sup> von dieser Möglichkeit hat denn auch der OGH mehrfach Gebrauch gemacht, beispielsweise bei der Anerkennung des Rechts am gesprochenen Wort<sup>87</sup> und des Rechts auf Namensanonymität.<sup>88</sup> Gerade dies trifft aber nicht den tiefliegenden Kern des Persönlichkeitsrechts, insoweit es ein „lediglich abstrakt umschriebenes immaterielles Interesse“<sup>89</sup> schützt, anstatt sich auf „gegenständlich verdichtete Verkörperungen“<sup>90</sup> zu beschränken. Um der Richtssicherheit willen<sup>91</sup> muss eine solche Beschränkung im allgemeinen Zivilrecht vorgenommen werden, wobei unter anderem die Offenkundigkeit des

---

<sup>80</sup> Vgl. *Meissel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-ABGB<sup>3</sup>, § 16, Rz 60.

<sup>81</sup> *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts (1997), 12.

<sup>82</sup> Ebd., 14.

<sup>83</sup> Vgl. ebd., 12 f.

<sup>84</sup> Ebd., 13.

<sup>85</sup> *Ramelow*, Der Lebensbildschutz im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (1963), 46; vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 174; *Brossette*, Der Wert der Freiheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Ein Beitrag zum zivilrechtlichen Ehren-, Persönlichkeits- und Datenschutz (1991), 114 ff; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung (2007), 21 f.

<sup>86</sup> *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 18; *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup>, § 16, Rz 14; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 16 (Stand 1.3.2017), Rz 12 f.

<sup>87</sup> Vgl. OGH 09.11.2004, 4 Ob 227/04t.

<sup>88</sup> Vgl. OGH 22.10.1986, 1 Ob 36/86, RIS-Justiz RS0008998.

<sup>89</sup> *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 217.

<sup>90</sup> Ebd., 216; vgl. ebd., 89 f, speziell zum Datenschutz ebd., 364 f.

<sup>91</sup> Vgl. *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 25.

Interesses für dessen Schutzwürdigkeit ausschlaggebend ist<sup>92</sup> – soll allerdings das Datenschutzrecht persönlichkeitsrechtlich begründet werden, muss eine ganzheitliche Betrachtung der Persönlichkeit, insbesondere im Hinblick auf die immateriellen Aspekte, stattfinden. Die DSGVO schützt nämlich unter der Voraussetzung, dass Daten auf bestimmte Weise verarbeitet werden,<sup>93</sup> jedes erdenkliche personenbezogene Datum.<sup>94</sup> Zwar ist das Datenschutzrecht gegenüber § 16 ABGB *lex specialis*, da es sich nur auf mehr oder weniger technische Verarbeitungsvorgänge bezieht – der Persönlichkeitsschutz der DSGVO ist jedoch im wahrsten Sinne des Wortes allgemein, insofern die Verordnung keinerlei Beschränkung auf einzelne oder besondere Persönlichkeitsaspekte kennt.<sup>95</sup>

Da es einem vollkommen allgemeinen Tatbestand naturgemäß an hinreichend scharfen Konturen fehlt,<sup>96</sup> stellt sich umso schwieriger die Frage nach der Anwendbarkeit im einzelnen Fall. Häufig steht im Rechtsstreit das Persönlichkeitsrecht des einen dem Persönlichkeitsrecht des anderen gegenüber,<sup>97</sup> sodass ein Interesse dem anderen bei Fehlen einer privatautonomen oder hinreichend präzisen gesetzlichen Regelung oft nicht *a limine* übergeordnet werden kann.<sup>98</sup> Für solche Fälle verweist nun Art 6 Abs 1 lit f DSGVO auf das überwiegende berechtigte Interesse des Verarbeitenden oder eines Dritten, ordnet also als Auffangtatbestand<sup>99</sup> eine Interessenabwägung an. ErwGr 47 stellt in diesem Zusammenhang auf die „vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person“ oder auf „eine maßgebliche und angemessene Beziehung“ zwischen den Beteiligten ab. Nach Ansicht der *Art-29-Datenschutzgruppe* muss es sich nicht um ein im strengen Sinne rechtliches, sondern bloß um ein rechtlich zulässiges Interesse handeln.<sup>100</sup> Bei der Beurteilung des Interesses sei ergänzend auf „[k]ulturelle und gesellschaftliche Erwartungen“ Bedacht zu nehmen.<sup>101</sup> Legitim seien in

---

<sup>92</sup> Vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>: Haftung für eigenes und fremdes Fehlverhalten (2018), A/2/17.

<sup>93</sup> Vgl. Art 2 Abs 1 iVm Art 4 Z 2 DSGVO.

<sup>94</sup> Vgl. Art 4 Z 1 DSGVO.

<sup>95</sup> Dass die Verarbeitung sensibler Daten in Art 9 zusätzlich einem strengeren Regime unterworfen ist, tut der prinzipiellen Allgemeinheit des Schutzes personenbezogener Daten nicht Eintrag.

<sup>96</sup> Vgl. *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup>, § 16, Rz 13; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/17.

<sup>97</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0116695; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 159. „Die Persönlichkeitssphären müssen aufeinanderprallen und sich überschneiden wie die Kreise im Wasser, wenn mehrere Steine hineingeworfen werden.“ (ebd., 63)

<sup>98</sup> Vgl. ebd., 164; *Alexy*, Theorie der Grundrechte<sup>8</sup> (1985, 2018), 138 ff.

<sup>99</sup> Überhaupt gegen die Interessenabwägungsklausel *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 256.

<sup>100</sup> Vgl. *Art-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG (WP217), 32.

<sup>101</sup> Ebd., 46.

diesem Rahmen auch rein wirtschaftliche Interessen.<sup>102</sup> In der Rechtsprechung zum Schutz des guten Rufes ist ein Interesse an der Mitteilung von personenbezogenen Tatsachen dann berechtigt, wenn sie „für die persönlichen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen und Verhältnisse von Bedeutung ist“, wobei Auskunfteien ein solches Interesse zukomme.<sup>103</sup>

Von herausragender Relevanz im Privatrecht ist die Interessenabwägung im Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. *Hubmann* schreibt der Abwägung im Einzelfall eine „doppelte Bedeutung“ zu, da sie erstens der Abgrenzung des Schutzbereichs und zweitens der Feststellung der Rechtmäßigkeit eines Eingriffs zugrunde zu legen sei.<sup>104</sup> In Deutschland erfreut sich die *Sphärentheorie* großer Beliebtheit; sie unterscheidet zwischen einer öffentlichkeitsgeneigten Individual- oder Sozialsphäre, einer in der Mitte liegenden Privatsphäre und einer tendenziell intimen Geheimsphäre.<sup>105</sup> Der OGH geht in diesem Sinne von einem „höchstpersönliche[n] Lebensbereich“ aus, der einer „rechtfertigenden Interessenabwägung regelmäßig nicht zugänglich“ ist.<sup>106</sup> Eine solche Abgrenzung ist zwar weder für den Anwendungsbereich noch für die Erlaubnistatbestände der DSGVO von Bedeutung, könnte aber hilfreich sein für die normative Beschreibung von Schäden, die möglicherweise bei der Datenverarbeitung auftreten, darüber hinaus auch für Bestimmung etwaiger materieller Grenzen der Einwilligung.<sup>107</sup> Die in Art 9 DSGVO genannten besonderen Kategorien personenbezogener Daten sind über alle drei Sphären gestreut, da Gewerkschaftszugehörigkeit, Weltanschauung und Sexualleben gleichsam in einem Atemzug genannt sind. Wenn solche Daten „sensibel“ genannt werden, ist offensichtlich nicht der herausragende Grad ihrer Persönlichkeitsnähe, sondern das Risikopotenzial der Verarbeitung gemeint. Aus diesem Grund ist ihre Verarbeitung an strengere Voraussetzungen geknüpft, wobei das überwiegende Interesse als Grundlage nicht angeführt ist.

Das Persönlichkeitsrecht bedeutet eine absolut geschützte Position,<sup>108</sup> wobei ein Eingriff Rechtswidrigkeit indiziert,<sup>109</sup> aber nicht ohne Weiteres voraussetzt,<sup>110</sup> es bedarf mithin einer

---

<sup>102</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0131021; zu den Grenzen EuGH 13.05.2017, C-131/12 (Google Spain und Google), Rz 81.

<sup>103</sup> RIS-Justiz RS0031992.

<sup>104</sup> *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 159; vgl. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 156 f.

<sup>105</sup> Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 268 ff; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 327 ff; kritisch *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 180 ff; *Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats<sup>6</sup> (1992, 2017), 480 ff.

<sup>106</sup> RIS-Justiz RS0122148.

<sup>107</sup> Dazu unten, C.3.

<sup>108</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0008999.

<sup>109</sup> Vgl. zum Ehrenschatz RIS-Justiz RS0031657.

„umfassenden Interessenabwägung“<sup>111</sup>. „Eine Überspannung des Schutzes der Persönlichkeitsrechte würde zu einer unerträglichen Einschränkung der Interessen anderer und jener der Allgemeinheit führen“, sodass unter wertender Betrachtung ein Ausgleich gefunden werden muss.<sup>112</sup> Interessanterweise spricht das OLG Wien bei der Vornahme einer datenschutzrechtlichen Interessenabwägung ausdrücklich vom „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“.<sup>113</sup> Die DSGVO lässt den Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts allerdings unberührt, wenn sie die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verarbeitung personenbezogener Daten regelt: Art 6 Abs 1 enthält Erlaubnistatbestände, aber keine bestimmte Aussage über Persönlichkeitsgüter oder -interessen.<sup>114</sup> – Diese müssen im Wege der tradierten Bestimmungen des Zivilrechts ermittelt werden, wobei Inhalt und Kontext der Datenverarbeitung maßgeblich sind. Die Annahme, aus dem datenschutzrechtlichen Regime folgte zwingend ein allgemeines Persönlichkeitsrecht gleich welcher Gestalt, hieße, den Unterschied der Regelungsebenen zu verkennen.

Die Abwägung erübrigt sich weitgehend, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verarbeitenden ein auf privatautonomer Setzung oder gesetzlicher Pflicht beruhendes Sonderrechtsverhältnis besteht.<sup>115</sup> In diesem Fall beschränkt sich der Fokus auf die Prüfung der *Erforderlichkeit* der Verarbeitung<sup>116</sup> bzw. der Mangelfreiheit der Einwilligung<sup>117</sup> und der Einhaltung der Transparenzbestimmungen.<sup>118</sup> *Canaris* kommt darüber hinaus im Zuge einer „Schutzbereichsanalyse“<sup>119</sup> zum Schluss, dass das Persönlichkeitsrecht generell den „Schutz vor Unwahrheit“ in sich schließe<sup>120</sup> und eine Interessenabwägung bei Verbreitung falscher Tatsachen grundsätzlich obsolet sei: In solchen Situationen „gibt es nichts ‚abzuwägen‘“. <sup>121</sup> Dies geht damit einher, dass der Autor den Persönlichkeitsschutz verhaltensbezogen versteht, also den Schutzbereich an „Verletzungshandlungen wie Verfälschung, Herabsetzung, kommerzielle Ausnutzung, Erlangung von Informationen durch unlautere Mittel, grundlose

---

<sup>110</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0022939.

<sup>111</sup> RIS-Justiz RS0022656, RS0022917, RS0125721, speziell zum Datenschutz RS0107203.

<sup>112</sup> RIS-Justiz RS0008990.

<sup>113</sup> OLG Wien 12.01.2007, 7 Ra 3/07y, RIS-Justiz RW0000357.

<sup>114</sup> Insofern ist die Verordnung eher als Schutznormenkomplex im Sinne des § 1311 ABGB zu verstehen; dazu *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 207 f, mwN.

<sup>115</sup> Dazu ausführlich unten, B.

<sup>116</sup> Vgl. Art 5 Abs 1 lit c iVm Art 6 Abs 1 lit b, c DSGVO.

<sup>117</sup> Vgl. Art 4 Z 11 iVm Art 6 Abs 1 lit a iVm Art 7, ggf. Art 9 Abs 2 lit a DSGVO.

<sup>118</sup> Vgl. Art 5 Abs 1 lit a iVm Art 12 ff DSGVO.

<sup>119</sup> *Canaris*, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBl 1991, 205 [207].

<sup>120</sup> Ebd., 208.

<sup>121</sup> Ebd.

Verbreitung wahrer Tatsachen usw.“<sup>122</sup> knüpft. Unabhängig davon steht die strengere Behandlung falscher Aussagen jedenfalls im Einklang mit dem Prinzip der Datenrichtigkeit nach Art 5 Abs 1 lit d DSGVO, wonach Daten „sachlich richtig und erforderlichenfalls auf dem neuesten Stand sein“ müssen,<sup>123</sup> und dem Recht auf Berichtigung nach Art 16.

Es schadet aus systematischen Gründen nicht, ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anzuerkennen; die Herausarbeitung einzelner Schutzpositionen bietet jedoch eine „solide Grundlage für die Rechtsfindung im Einzelfall“,<sup>124</sup> was auch im Bereich des Datenschutzes gelten muss. Es sind nun einige konkrete Persönlichkeitsrechte skizzieren, welche für den hier behandelten Zusammenhang von Bedeutung sein könnten. Der OGH gibt dazu folgende Anleitung:

„Bei der Beurteilung über Bestand und Umfang eines Persönlichkeitsrechtes im konkreten Fall muß stets ein die Gesamtrechtsordnung berücksichtigendes Werturteil gefällt werden, ob und wie weit ein subjektives Recht bezüglich einzelner Ausstrahlungen der Person besteht.“<sup>125</sup>

### **1.3. Privatsphäre, Geheimschutz, Lebens- und Charakterbild**

Worin besteht nun die konkrete Schutzrichtung des Rechts auf Datenschutz? Es handelt sich freilich um eine komplexe Frage, für deren Beantwortung verschiedene Kontexte, Sphären und Hintergründe zu beleuchten sind. Denn dass im Datenschutzrecht personenbezogene Daten geschützt sind, ist tautologisch; fragt man hingegen, warum gerade Daten in besonderer, vom traditionellen System des Persönlichkeitsrechts abweichender Weise schutzwürdig sind, bedarf es für das Verständnis und die Rechtfertigung der DSGVO im Zivilrecht zusätzlicher Argumente. Die pauschale Aussage, „Intimität“ brauche „Schutz vor Publizität“<sup>126</sup> kann in diesem Zusammenhang jedenfalls nicht genügen. Gerade im Zivilrecht ist es offenkundig, dass häufig nicht Öffentlichkeit, sondern private Macht eine Gefahr für die betroffene Person darstellt.

---

<sup>122</sup> Ebd., 209; so auch *Peifer*, Individualität im Zivilrecht (2001), 228 ff; vgl. *Karner*, Der zivilrechtliche Schutz von Geheimnissen, Daten und Informationen. In: *WiR* (Hg.), Geheimnisschutz – Informationsschutz – Datenschutz (2008), 135 [138]; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/17.

<sup>123</sup> Vgl. *Roßnagel* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 5, Rz 136; *Dix* ebd., Art 16, Rz 11.

<sup>124</sup> *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 204.

<sup>125</sup> OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78, RIS-Justiz RS0009004.

<sup>126</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, 429.

Das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 Abs 1 DSG, welches nach geläufiger Auffassung „unmittelbare Drittwirkung“ entfaltet,<sup>127</sup> ist bereits in seiner Formulierung vielschichtig:

„Jedermann hat, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines *Privat- und Familienlebens*, Anspruch auf *Geheimhaltung* der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges *Interesse* daran besteht.“<sup>128</sup>

Nun ist damit noch kaum etwas über die richtige Anwendung Datenschutzrechts im Detail zwischen formal gleichrangigen Privaten ausgesagt. Zudem sind auf einfachgesetzlicher bzw. unionsrechtlicher Ebene nicht nur Daten von speziell „schutzwürdigem Interesse“ erfasst, sondern gemäß Art 1 Abs 1 iVm Art 4 Z 1 DSGVO ohne Einschränkungen alle denkbaren personenbezogenen Daten. Das grundsätzliche Bestehen einer schützbaren Rechtsposition ist bereits in der Feststellung des Personenbezugs impliziert, ohne dass eine Interessen- oder Güterabwägung voranzugehen hätte. Um jedoch dem Datenschutz im Zivilrecht insbesondere im Hinblick auf Haftungsfragen eine Handhabe zu bieten, müssen die hinter den Daten stehenden konkreten Interessen der betroffenen Person untersucht werden – zu abstrakt wäre die schlichte Berufung auf eine „Datenschutzverletzung“, als dass daraus in Inhalt und Höhe bestimmte Ansprüche abgeleitet werden könnten. Vielmehr ist zu ermitteln, welche Folgen eine rechtswidrige Datenverarbeitung auf das Leben und folglich auf die Rechtsposition der Person habe. So gibt es ungeachtet lebensweltlicher Interdependenzen Konstellationen, in denen sich Datenmissbrauch direkt auf das Intimleben auswirken kann, während in anderen Kontexten in erster Linie wirtschaftliche Chancen gefährdet sind.<sup>129</sup> Die Qualifikation von Daten als sensibel im Sinne des Art 9 DSGVO hat nicht notwendig deren Zugehörigkeit zum höchstpersönlichen Lebensbereich zur Folge;<sup>130</sup> vielmehr handelt es sich bei den dort genannten „besondere[n] Kategorien personenbezogener Daten“ um eine „Pauschalisierung“, welche eine besondere persönlichkeitsrechtliche Schutzwürdigkeit indiziert, aber nicht voraussetzt.<sup>131</sup>

Im Einklang mit der Formulierung des § 1 Abs 1 DSG wird das subjektive Datenschutzrecht als Privatsphären- und Geheimschutz interpretiert; es handle sich um ein Tochtergrundrecht

---

<sup>127</sup> VfSlg 12.194/1989; *Berka*, Bundesverfassungsrecht (2016), Rz 1409; *Lachmayer* in *Knyrim*, *DatKomm* (Stand 01.10.2018), Art 1 DSGVO, Rz 18, 56, 73, 88, 94-98, 113; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, *DSG<sup>2</sup>*, § 1 (Stand 26.11.2015), Anm. 2.

<sup>128</sup> Hervorhebung M.C.

<sup>129</sup> Bei Vermögensschäden kann ferner gefragt werden, ob sie bloße Folgeschäden darstellen oder bereits unmittelbar durch die Verarbeitung entstehen; dazu unten, C.1.

<sup>130</sup> Vgl. OGH 17.12.2009, 6 Ob 247/08d.

<sup>131</sup> *Weichert* in *Kühling/Buchner*, *DSGVO/BDSG<sup>2</sup>*, Art 9, Rz 20.

des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens.<sup>132</sup> In der deutschen Lehre bezieht *Peifer* dieses Recht auf die Notwendigkeit von privaten „Rückzugsräumen“.<sup>133</sup> Dass privatistische Abschottung<sup>134</sup> allerdings weder möglich noch erwünscht ist, betont *Berka*, wenn er das Datenschutzrecht in der „Komplexheit der sozialen Beziehungen“<sup>135</sup> verortet und nach „vielfältig abgestuften Sozialkontakten“<sup>136</sup> differenzierend auf die „autonome Selbstentfaltung in gesellschaftlichen Bezügen“<sup>137</sup> richtet. Das Individuum hat in diesem Sinne „keine totale ‚Informationsherrschaft‘“.<sup>138</sup> Dass andere etwas über einen wissen bzw. denken, dass sie Informationen verarbeiten und Schlüsse daraus ziehen, ist Bestandteil alltäglicher Kommunikation im Kontext zwischenmenschlichen Lebens.<sup>139</sup> Gleichwohl räumt die DSGVO Betroffenen vielfältige und weitreichende privatautonome Gestaltungsspielräume ein, insbesondere durch das Instrument der freiwilligen und jederzeit widerrufbaren Einwilligung nach Art 6 Abs 1 lit a; ferner besteht die Möglichkeit, die Wahrheit der verarbeiteten Daten mittels des Rechts auf Berichtigung und Vervollständigung nach Art 16 in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Datenrichtigkeit nach Art 5 Abs 1 lit d zu erzwingen. Primär intendiert ist dabei nicht die Abgrenzung der Privatsphäre, sondern persönliche Selbstbestimmung.<sup>140</sup>

Nichtsdestoweniger ist für die Zwecke der haftungsrechtlichen Schadensbestimmung und Anspruchsausfüllung ein Blick auf den traditionellen zivilrechtlichen Privatsphärenschutz zu werfen. Diesem kommt „im Lichte der neuen Technologien und der Allgegenwärtigkeit elektronischer und sonstiger Medien in der heutigen Informationsgesellschaft besondere Bedeutung“ zu.<sup>141</sup> In der die Privatsphäre als „eigenständiges Persönlichkeitsrecht“<sup>142</sup> schützenden Vorschrift des § 1328a ABGB, deren Einhaltung im Hinblick auf personenbezogene Daten sogar durch einstweilige Verfügung nach § 382g Abs 1 Z 4, 5 EO

---

<sup>132</sup> Vgl. *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 70; Art 8 EMRK, Art 7 GRC.

<sup>133</sup> *Peifer*, Persönlichkeitsschutz und Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung, JZ 2012, 851 [854]; vgl. *dens.*, Persönlichkeitsrechte im 21. Jahrhundert – Systematik und Herausforderungen, JZ 2013, 853 [854 f].

<sup>134</sup> Vgl. *Brossette*, Wert der Wahrheit, 216.

<sup>135</sup> *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 94,

<sup>136</sup> Ebd., 93.

<sup>137</sup> Ebd., 94.

<sup>138</sup> Ebd., 95.

<sup>139</sup> Vgl. *Nettesheim* in Grabenwarter (Hg.), Europäischer Grundrechtsschutz (2014), § 9: Privatleben und Privatsphäre, Rz 75.

<sup>140</sup> Vgl. zum Unterschied zwischen Daten- und Privatsphärenschutz *Mayer-Schönberger*, Information und Recht – Vom Datenschutz bis zum Urheberrecht: Praxisbezogene Perspektiven für Österreich, Deutschland und Schweiz (2001), 151 f.

<sup>141</sup> *Meissel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-ABGB<sup>3</sup>, § 16, Rz 114.

<sup>142</sup> *Hinteregger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1328a (Stand 1.4.2018), Rz 1.

gesichert werden kann, ist der Begriff der Privatsphäre selbst allerdings nicht definiert. Es wird lediglich angeordnet, dass der Eingriff als solcher oder das Offenbaren und Verwerten bestimmter Umstände zu Schadenersatz verpflichtet. In der Literatur wird die Privatsphäre bestimmt als derjenige „persönliche Lebensbereich eines Menschen, der üblicherweise nicht einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.“<sup>143</sup>

„Dies gilt für Umstände der Sexualsphäre, des Familienlebens, des Wohn- und Freizeitbereichs, des privaten Telefon-, Brief- und E-Mail-Verkehrs, für die Gesundheitsdaten und auch die persönliche Lebensgeschichte eines Menschen.“<sup>144</sup>

Verboten ist in diesem Sinn das Ausforschen bestimmter Tatsachen, das Belauschen von Gesprächen, die Beobachtung bestimmter Begebenheiten sowie „die Störung der Beziehungen zwischen Eltern u[nd] Kindern“.<sup>145</sup> Geschützt sind darüber hinaus der „Werdegang oder die Entwicklung der Person“, beispielsweise unter Bezugnahme auf Schulzeugnisse, Krankengeschichten und Strafregistereinträge,<sup>146</sup> aber auch „persönliche Interessen und Neigungen“.<sup>147</sup> Ebenfalls erfasst sei das Konsumverhalten.<sup>148</sup> Das Recht auf Privatsphäre gewährt fernerhin Schutz gegen Belästigungen ab einem gewissen Intensitätsgrad.<sup>149</sup> Es wird allgemein eine Erheblichkeits- bzw. Geringfügigkeitsschwelle anerkannt.<sup>150</sup> Die Überwachung per Videokamera stellt jedenfalls dann einen Eingriff dar, wenn sie *systematisch* geschieht.<sup>151</sup> Gleichwohl Öffentlichkeit grundsätzlich als das Gegenteil der Vertraulichkeit angesehen wird,<sup>152</sup> lässt sich die pauschale Aussage, dass die faktische Öffentlichkeit von Informationen deren Zugehörigkeit zur Privatsphäre ausschliesse, durch den von der Rechtsprechung anerkannten medienrechtlichen Begriff der *Privatöffentlichkeit* relativieren:

„Der Begriff „Privatöffentlichkeit“ umschreibt *privates Handeln in öffentlichen Räumen*, das gleichwohl in abgegrenzten Bereichen stattfindet, die eine gewisse *Vertraulichkeit* vermitteln und die bei objektiver Betrachtung nicht für die Anteilnahme einer unbegrenzten Öffentlichkeit bestimmt sind.“<sup>153</sup>

---

<sup>143</sup> Ebd., Rz 2, mwN; RIS-Justiz RS0125721.

<sup>144</sup> Ebd.; zum weitgehend abwägungsfesten „höchstpersönlichen Lebensbereich“ RIS-Justiz RS0122148.

<sup>145</sup> Vgl. *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1328a (Stand 1.1.2004), Rz 3.

<sup>146</sup> Ebd.; ErlRV 173 BlgNR XXII. GP, 17.

<sup>147</sup> *Wittwer* in Schwimann/Neumayr, ABGB-Taschenkommentar<sup>4</sup> (2017), § 1328a, Rz 3.

<sup>148</sup> Vgl. *Gerhartl*, Ersatzfähigkeit von Gefühlsschäden, *ecolex* 2017, 839 [840].

<sup>149</sup> *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1328a (Stand 1.1.2004), Rz 6.

<sup>150</sup> Ebd., Rz 7; dazu auch unten, C.2.3.

<sup>151</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0127583, RS0120422.

<sup>152</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0031906, RS0126874.

<sup>153</sup> RIS-Justiz RS0125179. Hervorhebung M.C. Vgl. RIS-Justiz RS0125180, RS0122148 (T4), RS0126881; vgl. zum Datenschutzrecht OGH 03.09.2002, 11 Os 109/01, RIS-Justiz RS0116746.

Die Subsumtion unter diesen Begriff bietet sich beispielsweise bei privat genutzten sozialen Medien an: Zwar möchte sich die betroffene Person durch Anlegung eines Nutzerprofils, Angabe von persönlichen Merkmalen, Erzählung von Erlebnissen und teils nach außen sichtbare Kommunikation anderen mitteilen – dass dergleichen Daten von Dritten für kommerzielle Interessen weiterverwendet werden, wird von ihr in der Regel aber nicht gewollt sein.

Wohl in Widerspruch zum Schutzzweck der DSGVO stehen die Erläuterungen der Regierungsvorlage zu § 1328a ABGB:

„Für Eingriffe in die Privatsphäre aufgrund eines *unabwendbaren technischen Gebrechens einer EDV-Anlage* (etwa wenn aufgrund eines technischen Defekts geheime Daten einer Person anderen unbefugten Personen zugänglich gemacht werden) soll der für diese Anlage verantwortliche Betreiber nicht haften, sofern ihm oder seinen Gehilfen *wegen des technischen Fehlers kein Vorwurf* gemacht werden kann.“<sup>154</sup>

Dies ist allerdings für den hier interessierenden Zusammenhang unproblematisch, da § 1328a Abs 2 ABGB eine Subsidiaritätsanordnung enthält, sodass datenschutzrechtliche Sachverhalte ausschließlich nach den Datenschutzvorschriften zu beurteilen sind und § 1328a allenfalls als Interpretationshilfe bei der Schadensbemessung fungieren kann. Das aktuelle Datenschutzrecht gilt nach Art 2 Abs 1 DSGVO insbesondere für die „ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten“, kann also unmöglich ausgerechnet IT-Sachverhalte privilegieren. Es sei ganz im Gegenteil „entstehungsgeschichtlich eine Reaktion auf den Computer“, richte sich „gegen besondere Operationen der Informationsbeschaffung“, und folglich „qualifizieren“ die entsprechenden Vorschriften „das Informationsmittel.“<sup>155</sup> Wiederum ist jedoch nach Art 82 Abs 3 DSGVO derjenige haftungsbefreit, der beweist, „dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist.“

Mitunter fällt im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsrecht der Begriff der *Geheimsphäre*.<sup>156</sup> In dieser Formulierung kommt das *Diskretionsinteresse*<sup>157</sup> des Individuums

---

<sup>154</sup> ErlRV 173 BlgNR XXII. GP, 15. Hervorhebungen M.C.

<sup>155</sup> *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts (1995), 388. Im Original mit Hervorhebungen. Vgl. OGH 20.12.2018, 6 Ob 131/18k; RIS-Justiz RS0132574, RS0113740; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83 („Volkszählungsurteil“; [http://www.bverfg.de/e/rs19831215\\_1bvr020983.html](http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html); abgerufen 01.07.2019), Rz 145; nun auch ErwGr 6 DSGVO.

<sup>156</sup> Vgl. OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78; RIS-Justiz RS0009003, RS0116695, RS0009000, RS0107155, RS0008986, RS0120422; ErlRV 173 BlgNR XXII. GP, 5; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1328a (Stand 1.1.2004), Rz 3; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 36 ff; *Posch* in

zum Ausdruck. Das Datenschutzrecht trägt dem Gedanken der Geheimhaltung insofern Rechnung, als Art 5 Abs 1 lit f DSGVO zu *Vertraulichkeit* im Umgang mit personenbezogenen Daten verpflichtet. Die Geheimsphäre wird teilweise mit der Intimsphäre gleichgesetzt, weshalb sie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht umfasst.<sup>158</sup> Um ein Geheimnis im Rechtssinn handelt es sich dann, wenn die betreffende Information faktisch geheim bzw. nicht zugänglich ist, ein erkennbares Geheimhaltungsinteresse besteht und eine Informationsschranke vorhanden ist.<sup>159</sup> *Buchner* betrachtet in seiner Konzeption der informationellen Selbstbestimmung das „Leitbild des Datengeheimnisses“ skeptisch;<sup>160</sup> nichtsdestoweniger normiert § 6 DSG ausdrücklich das Datengeheimnis. *Druey* befürwortet einen objektiv-funktionalen Geheimnisschutz, der sich an systemischen Gesichtspunkten orientiert und durch die Notwendigkeit der unbeeinträchtigten Ausübung bestimmter gesellschaftlicher Rollen zu rechtfertigen sei;<sup>161</sup> ein solcher Ansatz ist der stark subjektiv-rechtlich geprägten DSGVO jedoch kaum, jedenfalls nicht vorrangig zu entnehmen.

Mehrmals ist in den Erwägungsgründen der DSGVO die Rede davon, dass mittels Datenverarbeitung Persönlichkeitsprofile generiert werden.<sup>162</sup> Dies dient in der Praxis vor allem der Bewertung der Bonität von Kreditwerbern, der Risikoneigung von Versicherungsnehmern, der Konsumvorlieben von Werbungsadressaten und der Eignung von Bewerbern für bestimmte Arbeitsstellen.<sup>163</sup> Bei zahlreichen Internet-Plattformen ist die Anlegung eines Nutzerprofils ausdrücklich Teilnahmevoraussetzung. *Profiling* ist nach der Legaldefinition des Art 4 Z 4 DSGVO eine besondere Datenverarbeitung, welche durchgeführt wird, „um bestimmte *persönliche Aspekte*, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu *bewerten*, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten,

---

Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup>, § 16, Rz 38 ff; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 16 (Stand 1.3.2017), Rz 18 f; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 268 ff, 325 ff.

<sup>157</sup> Vgl. *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts vor und nach dem Tode (2005), 31 ff, 104 ff; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 400 ff.

<sup>158</sup> Vgl. ErlRV 173 BlgNR XXII. GP, 18; *Harrer/Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup>, § 1328a (2016), Rz 1c; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1328a (Stand 1.1.2004), Rz 3; *Hinteregger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1328a (Stand 1.4.2018), Rz 2.

<sup>159</sup> Vgl. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 405 ff; *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 255 ff; *Thiele* in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup>, § 11 (Stand 1.5.2016), Rz 24 ff; RIS-Justiz RS0065977.

<sup>160</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 126 f, 141 ff.

<sup>161</sup> Vgl. *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 270 ff.

<sup>162</sup> Vgl. ErwGr 24, 30, 38, 73, 75 DSGVO; vgl. dazu *Specht*, Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, GRUR Int. 2017, 1040 [1041]; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 106 f (Profilerstellung und Verhaltensprognose mittels „Data Warehouse“).

<sup>163</sup> Vgl. dazu *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679 (WP251rev.01), *passim*.

Aufenthaltort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“.<sup>164</sup> Vor dem Hintergrund, dass die auf Ausforschung intimer Persönlichkeitsdetails basierende Verhaltensvorhersage als außerordentlich invasiv empfunden wird, ist es vollends nachvollziehbar, dass Art 22 DSGVO „[a]utomatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling“ strengeren Kriterien unterwirft als gewöhnliche Datenverarbeitungen. Diese Norm deckt allerdings nicht alle Probleme und Gefährdungslagen ab, die bei der Profilerstellung und Verhaltensvorhersage auftreten, da sie sich nur auf die *automatisierte Entscheidung* bezieht, welche der betroffenen Person „gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“ – es ist somit weder die bloße Profilerstellung noch eine darauf gründende autonom menschliche Entscheidung erfasst,<sup>165</sup> was in Bezug auf haftungsrechtliche Fragen eine Lücke darstellt, die durch das geltende allgemeine Vertrags- und Schadenersatzrecht auszufüllen ist. Schließlich stellt die Verhaltensvorhersage und Persönlichkeitsbewertung dann, wenn aufgrund des technologischen Vorsprungs des Beurteilenden gegenüber dem Beurteilten eine Informations- und Machtasymmetrie besteht,<sup>166</sup> eine Instrumentalisierung und Herabwürdigung des letzteren dar, da das Verfahren überwiegend nicht mehr im zwanglosen Kontakt zwischen freien Menschen besteht, sondern in einem auf technologisches Gerät ausgelagerten Kalkül:

„Es beruht auf der Prämisse, dass sich das künftige Verhalten einzelner Personen mathematisch aus Handlungsmustern der Vergangenheit ableiten lässt.“<sup>167</sup>

Eine „faire und transparente Verarbeitung“<sup>168</sup> ist jedenfalls nur dann gewährleistet, wenn zwischenmenschlicher Kontakt nicht vollends durch Technologieeinsatz verdrängt wird. Dass die technologiebasierte Profilerstellung zweifelsohne eine heikle Frage ist, erhellt daraus, dass die analytische Durchleuchtung und Beurteilung der Persönlichkeit eines Menschen auch dann vielfach problematisiert wird, wenn keine automatisierte Datenverarbeitung stattfindet. So wurden in der Literatur schon früh Lügendetektoren, Persönlichkeitstests, graphologische oder gar psychoanalytische Gutachten gerügt,<sup>169</sup> welche „auf die Offenlegung der

---

<sup>164</sup> Hervorhebung M.C.

<sup>165</sup> Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz (2019), 173.

<sup>166</sup> Vgl. *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 95; *dens.*, Aktuelle Bedrohungen des Grundrechts auf Privatsphäre, ÖJZ 2018, 755 [756, 759].

<sup>167</sup> *Martini*, Blackbox Algorithmus, 30.

<sup>168</sup> ErwGr 39, 60, 71; Art 13 Abs 2, Art 14 Abs 2, Art 40 Abs 2 lit a DSGVO.

<sup>169</sup> Vgl. *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 48.

Grundstruktur der Persönlichkeit gerichtet“<sup>170</sup> sind. Die betroffene Person wird dabei nicht nur in ihrer Privatsphäre bedrängt, sondern auch typisierenden Erfahrungswerten zugeordnet. In Deutschland wird das Problem unter dem Titel *Charakterbild* behandelt, für welches das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Anspruch genommen wird.<sup>171</sup> Das Recht am Charakterbild sei dem „Schutz informationeller Selbstbestimmung [...] zuzuordnen“<sup>172</sup> und richte sich auf die „seelische Eigenart“<sup>173</sup> des Individuums. Nach *Baston-Vogt* schützt es gegen die „[e]igenmächtige Erforschung der Persönlichkeit“<sup>174</sup> durch andere, allerdings nur innerhalb der „freiheitswahrenden Schranke des persönlichkeitsrechtlichen Schutzes“.<sup>175</sup> Ein Eingriff liege sonach nur dann vor, wenn bestimmte Faktoren zusammentreffen, beispielsweise „Intensität, Häufigkeit, Planmäßigkeit sowie der Ort der Verhaltensbeobachtung, die bewußte Beeinflussung des beobachteten Verhaltens, der Einsatz von Hilfsmitteln und die Überwindung etwaiger Informationsschranken.“<sup>176</sup>

Eine allzu strenge „Schutzobergrenze“<sup>177</sup> ist allerdings abzulehnen: Wenn ein Kreditinstitut zwecks Bonitätsprüfung ein im Rahmen eines sozialen Netzwerks angelegtes Profil auf die Freizeitaktivitäten, Freundeszahl, Familienstand, Rechtschreibung,<sup>178</sup> Gesinnung, Religion und dergleichen untersucht,<sup>179</sup> greift es durch solche Erhebungen über den Charakter des Betroffenen in dessen Persönlichkeitsrecht ein. Solche Methoden sind für die Kreditwürdigkeitsprüfung überschießend und somit unzulässig, da ein Blick in Bonitätsbanken ausreicht und entsprechend dem in Art 5 Abs 1 lit c DSGVO verankerten Prinzip der Datenminimierung nur Daten herangezogen werden dürfen, die unmittelbar für das Kreditverhältnis relevant sind.<sup>180</sup> Art 6, 9 DSGVO unterwerfen die Datenverarbeitung

---

<sup>170</sup> *Ostheim*, Die Weisung des Arbeitgebers als arbeitsrechtliches Problem, 4. ÖJT, Band I/4 (1970), 105.

<sup>171</sup> Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 306 ff; *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 166 ff.

<sup>172</sup> *Peifer*, Individualität, 222; ebd., 223, wird auf den „Marketingbereich“ Bezug genommen; vgl. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 350, mwN.

<sup>173</sup> *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 149.

<sup>174</sup> *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 370.

<sup>175</sup> Ebd., 371.

<sup>176</sup> Ebd., 372.

<sup>177</sup> Ebd.

<sup>178</sup> Vgl. *Konsument*. Bonitätsprüfung online – Kredit dank vollem Akku (22.11.2018; <https://www.konsument.at/geld-recht/bonitaetsbewertung-online>; abgerufen 18.11.2019).

<sup>179</sup> Dazu *Sixt*, Scoring – Implikationen für Individuum und Gesellschaft. In: Burk et al. (Hg.), *Privatheit in der digitalen Gesellschaft* (2018), 289 [292].

<sup>180</sup> „Stellt sich [...] heraus, dass die Maßnahme nicht das schonendste Mittel war, erübrigt sich die Vornahme einer Interessenabwägung.“ (RIS-Justiz RS0120423) § 152 Abs 1 GewO normiert für Auskunfteien im Speziellen das Verbot der „Erteilung von Auskünften über private Verhältnisse, die mit der Kreditwürdigkeit in keinem Zusammenhang stehen“.

strengen Zulässigkeitsanforderungen; dies rechtfertigt sich aus der wirtschaftlich-technologischen Asymmetrie zwischen den Beteiligten.<sup>181</sup>

Eine verwandte Position stellt das Recht am *Lebensbild* dar, dessen Ableitung der Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedürfe.<sup>182</sup> Es schützt die „die Gesamtheit des Lebensablaufs einer Person oder einen wesentlichen Abschnitt daraus.“<sup>183</sup> Das Lebensbild sei „eine Botschaft mit ethisch-moralischer Intention“,<sup>184</sup> ein „[s]elbst definierter sozialer Geltungsanspruch“,<sup>185</sup> sei allerdings wesentlich öffentlichkeitsbezogen,<sup>186</sup> sodass die entsprechende Rechtsposition vor allem im Zusammenhang mit Prominenten und Personen der Zeitgeschichte diskutiert wird.<sup>187</sup> Die „umfassende Kombination individueller Daten“ sei eine „Lebensgeschichte“,<sup>188</sup> die jedoch nicht dasselbe ist wie das Lebensbild im genannten Sinn.

#### 1.4. Informationelle Selbstbestimmung

Die ursprüngliche Ausprägung von rechtlich abgesicherter Selbstbestimmung<sup>189</sup> überhaupt findet sich im österreichischen Zivilrecht in den §§ 870, 874 ABGB, welche einen unter Einwirkung von Gewalt oder Täuschung entstandenen Vertrag für anfechtbar erklären und den die Freiheit des Gegenübers missachtenden Vertragspartner zum Schadenersatz in Form der „Genugthuung“<sup>190</sup> verpflichten; das in seiner freien Willensbildung getrübtete Rechtssubjekt, das „durch List oder durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Verträge veranlaßt worden, ist ihn zu halten nicht gebunden.“ Naheliegenderweise wird das hier zum Ausdruck kommende Recht auf Willensbildungsfreiheit auf § 16 ABGB zurückgeführt.<sup>191</sup>

In der deutschen Dogmatik des allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist man sich indessen diesbezüglich nicht ganz einig. *Hubmann* bejaht in seiner weitläufigen Konzeption des

---

<sup>181</sup> Vgl. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 361.

<sup>182</sup> Vgl. *Ramelow*, Lebensbildschutz, 42 f.

<sup>183</sup> *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 303.

<sup>184</sup> *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 148.

<sup>185</sup> *Baston-Vogt*, 375 ff.

<sup>186</sup> Vgl. ebd., 373 ff.

<sup>187</sup> Vgl. *Ramelow*, Lebensbildschutz, 105 ff; *Peifer*, Individualität, 219 ff; *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 160.

<sup>188</sup> *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 138.

<sup>189</sup> Vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/32; *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 96 ff.

<sup>190</sup> Vgl. §§ 1323 f ABGB.

<sup>191</sup> Vgl. *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 21; *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup>, § 16 (2018), Rz 20; *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-ABGB<sup>3</sup>, § 16, Rz 88.

allgemeinen Persönlichkeitsrecht freilich die Einbeziehung der freien Willensbildung in dessen Schutzbereich: „Neben dem Geist“, verstanden als geistiges Eigentum rechtfertigende Schöpferkraft,<sup>192</sup> „steht als gleichwertige Seelenkraft der Wille. Er befähigt den Menschen, sich selbst zu bestimmen, sittliche Entscheidungen zu treffen und die Umwelt zu gestalten.“<sup>193</sup> *Baston-Vogt* hingegen lehnt es ab, die freie Willensbildung als solche innerhalb des sachlichen Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu betrachten. Sie bezieht sich dabei allerdings um die bloße, allenfalls invasive Beeinflussung durch Mitmenschen:

„Es ist grundsätzlich legitim, den Willen eines Mitmenschen zu beeinflussen, ihn von etwas zu überzeugen, ihn womöglich auch zu etwas zu überreden. [...] Zu bewahren ist er allein vor verwerflichen Formen der Willensbeeinflussung, wie zum Beispiel bewußter Manipulation, Täuschung, Nötigung oder auch bestimmten Arten von Suggestion.“<sup>194</sup>

Damit gehe beispielsweise einher, dass Werbung nicht per se missbilligenswert sei und kein genereller Schutz der individuellen Persönlichkeit gegen Werbemaßnahmen bestehe.<sup>195</sup> Stattdessen verortet die Autorin den Schutz des freien Willens im Recht der „Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten“,<sup>196</sup> welche nicht die Integrität von Persönlichkeitsgütern selbst, sondern die „Bestimmungskompetenz des Betroffenen bezüglich dieser Güter“ schützt.<sup>197</sup> In erster Linie sei dabei nur „die natürliche, dem Recht vorgegebene Beziehung des Rechtsträgers zu sich selbst“ geschützt.<sup>198</sup> Eigene Angelegenheiten seien unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass sie die „Person in ihrer Unverwechselbarkeit widerspiegeln“ oder „unmittelbare Rückschlüsse auf sie zulassen“:<sup>199</sup>

„Die persönlichkeitsrechtliche Bestimmungsbefugnis erstreckt sich demnach von vornherein nur auf solche Angelegenheiten, die dem Menschen nach *natürlicher* Anschauung *unmittelbar zugehörig* und somit als Teil seines Selbst anzusehen sind.“<sup>200</sup>

In die „Auswahl der Persönlichkeitsdetails“,<sup>201</sup> die in den Genuss einer solchen Qualifikation kommen, fallen auch personenbezogene Daten.<sup>202</sup> Einschlägig ist hier das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, welches vom BVerfG 1983 im Volkszählungsurteil aus

---

<sup>192</sup> Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 233 ff.

<sup>193</sup> Ebd., 253.

<sup>194</sup> *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 466; vgl. ebd., 219.

<sup>195</sup> Vgl. ebd., 467.

<sup>196</sup> Ebd., 214 ff.

<sup>197</sup> Ebd., 220.

<sup>198</sup> Ebd.

<sup>199</sup> Ebd., 221.

<sup>200</sup> Ebd. Hervorhebung nach Original.

<sup>201</sup> Ebd.

<sup>202</sup> Vgl. ebd., 339 ff.

dem Persönlichkeitsrecht abgeleitet wurde.<sup>203</sup> Es ist nach *Simitis* „normative Barriere gegen alle Tendenzen, den einzelnen immer mehr und immer konsequenter in ein bloßes Informationsobjekt zu verwandeln.“<sup>204</sup>

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist allerdings keinesfalls mit einem umfassenden güterbezogenen „Recht am eigenen Datum“ zu verwechseln.<sup>205</sup> Die „Vorstellung vom informationellen Selbstbestimmungsrecht als einem privatistischen Herrschafts- und Verfügungsrecht“<sup>206</sup> sei nicht vom Datenschutzrecht intendiert. Stattdessen biete sich vordergründig eine Lesart zugunsten der *Privatautonomie* an.<sup>207</sup> Diese ist im Lichte eines Verständnisses des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu betrachten, nach welchem dieses darauf ausgerichtet ist, „dem einzelnen eine selbstbestimmte Teilnahme an Kommunikationsprozessen und dadurch die Entfaltung seiner Persönlichkeit zu ermöglichen.“<sup>208</sup> Laut *Specht* wurde im Volkszählungsurteil allerdings noch keine „pauschale Entscheidung über die (fehlende) Herrschaft des Einzelnen über seine Daten getroffen“, sodass eigentumsähnliche bzw. ausschließliche Rechte nicht kategorisch ausgeschlossen seien.<sup>209</sup>

Wörtlich hat das Bundesverfassungsgericht damals ausgesprochen, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen die Kompetenz einräumt, „grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“;<sup>210</sup> dies schließt freilich die Notwendigkeit in sich, dass die betreffende Person darüber in Kenntnis gesetzt wird, „wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.“<sup>211</sup> Informationelle Asymmetrie sei mithin eine ernsthafte Gefährdung der persönlichen Autonomie und Entfaltungsfreiheit:

„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

---

<sup>203</sup> Ebd., 351; vgl. BVerfG, 1 BvR 209/83, Rz 1.

<sup>204</sup> *Simitis*, NJW 1984, 389 [399].

<sup>205</sup> Vgl. ebd., 400; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 354, mwN; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 219; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 206.

<sup>206</sup> Ebd.

<sup>207</sup> Vgl. ebd., 101 f.

<sup>208</sup> *Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 1998, 513 [521].

<sup>209</sup> *Specht*, Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen. Eine Erläuterung des gegenwärtigen Meinungsstands und Gedanken für eine zukünftige Ausgestaltung, CR 2016, 288 [293]; dazu unten, A.2.

<sup>210</sup> BVerfG, 1 BvR 209/83, Rz 144.

<sup>211</sup> Ebd., Rz 146.

vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.“<sup>212</sup>

Eine oftmals rhetorisch heraufbeschworene Bedrohung besteht darin, dass das Individuum in einer zusehends digitalisierten Umwelt und im Kontext vermeintlich permanenter Überwachung einem unverhältnismäßig hohen Konformitätsdruck preisgegeben sei.<sup>213</sup> Dies wird teils verbunden mit der Aussage, dass eine in die Geheimsphäre hineinreichende „Verhaltenssteuerung“ einen besonders gravierenden Eingriff darstelle.<sup>214</sup> In eine ähnliche Richtung zielt der Topos der *informationellen Gewalt*,<sup>215</sup> so warnt *Berka* vor „Verhaltenssteuerung durch Informationsmacht“,<sup>216</sup> wobei er diese als „Ausübung von Kontrolle über andere“ definiert.<sup>217</sup> Hingegen erwägt *Bucher*, ob „Konformitätsdruck“ nicht doch „als willkommener Nebeneffekt“ zu betrachten sei. Dieser als positiv zu wertende Druck könne beispielsweise im „wirtschaftlichen Anreiz zur Offenlegung günstiger Daten“ gegenüber Banken, Versicherungen, Arbeitgebern etc. zum Ausdruck kommen: Wer sich angepasst verhält, erhalte gegen Angabe diesbezüglicher Daten eine „Eintrittskarte für die Teilnahme am modernen Wirtschaftsverkehr.“<sup>218</sup>

Dass richtiges Verhalten prinzipiell belohnenswert ist, ist geradezu tautologisch – die vom heutigen Datenschutzrecht wahrgenommene Gefahr besteht jedoch nicht im Umgang mit personenbezogenen Daten an sich, sondern im möglichen Missbrauch derselben, in unverantwortlicher Verarbeitung, im Zuge deren Informationen selektiv entstellt oder verzerrt, an unbefugte Dritte weitergegeben oder gar veröffentlicht, unterdrückt oder gelöscht, intransparenten algorithmischen Entscheidungen zugrunde gelegt oder manipulativ gegen den Betroffenen eingesetzt werden können. Nicht zuletzt liegt das spezifische Risiko automatisierter Datenverarbeitung in der grundsätzlichen Fehleranfälligkeit von Informationstechnologien. Darüber hinaus besteht wie in allen sonstigen Kommunikationsvorgängen die Möglichkeit von Missverständnissen oder Vorurteilen, welche sich im hier interessierenden Bereich vor allem in der Problematik der Verarbeitung

---

<sup>212</sup> Ebd.

<sup>213</sup> Vgl. *Simitis*, NJW 1984, 398 [400]; aber auch BVerfG, 1 BvR 209/83, Rz 145.

<sup>214</sup> Vgl. *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 31.

<sup>215</sup> Vgl. *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 37 f.

<sup>216</sup> *Berka*, ÖJZ 2018, 755 [759]; vgl. *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR 2017, 1 [11 ff].

<sup>217</sup> *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 95.

<sup>218</sup> *Bucher*, Informationelle Selbstbestimmung, 190 f; vgl. *Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung: Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels (2012), 96 f; siehe auch unten, C.1.1.

falscher Daten niederschlägt.<sup>219</sup> Aber auch in der unautorisierten, jedoch ansonsten fehlerfreien und vorgeblich für den Betroffenen vorteilhaften Datenverarbeitung gilt die Wertung des § 1035 ABGB, dass man „der Regel nach sich in das Geschäft eines andern nicht mengen“ soll.<sup>220</sup> *Buchner* liefert eine intuitive Beschreibung der Situation informationeller Fremdbestimmung:

„Es ist dieses Gefühl des Ausgeliefertseins, das Gefühl, ungerecht behandelt zu werden und sich nicht wehren zu können, das den Einzelnen zum Objekt der Datenverarbeitung degradiert.“<sup>221</sup>

Nach Ansicht des Autors steht das Datenschutz vor der Alternative, einerseits „durch gewisse prozedurale Spielregeln ein Mindestmaß an Gleichgewicht zwischen den Marktteilnehmern zu gewährleisten“ oder – der wirtschaftlichen Verkehrsübung nötigenfalls gegenläufige – „ethische Maßstäbe zu setzen“.<sup>222</sup> Dies muss freilich nicht als Entweder-Oder verstanden werden; nichtsdestominder tendiert *Buchner* in Richtung der ersten Alternative, insoweit er im Sinne einer „staatlichen Infrastruktur- und Gewährleistungsverantwortung“ der Verfahrens- gegenüber einer „inhaltlich fixierten Ergebnissgerechtigkeit“ den Vorzug gibt.<sup>223</sup> Mittlerweile ist es geläufige Auffassung, insbesondere das Datenschutzrecht prozeduralistisch als „Datenverkehrsordnung“<sup>224</sup> zu begreifen, was vor allem auf die Art 12 ff DSGVO zu „Transparenz und Modalitäten“ hinsichtlich der Betroffenenrechte zutrifft.<sup>225</sup> Diese Vorschriften zu den Rechten auf Belehrung und Auskunft gewährleisten in Ausführung des Transparenzgrundsatzes nach Art 5 Abs 1 lit a DSGVO „Information und Transparenz“ als „Basis der informationellen Selbstbestimmung“.<sup>226</sup> Das Regime des Datenschutzes soll die betroffene Person nach *Buchner* in den Stand setzen, „als unverzichtbarer Kommunikations- und Vertragspartner“<sup>227</sup> des Verarbeitenden seine Rechte wahrzunehmen, mithin „im Zentrum

---

<sup>219</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 123 ff.

<sup>220</sup> Vgl. dazu *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 361; *Simitis*, NJW 1984, 398 [399 f]. Die nachfolgenden §§ 1036 ff ABGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag finden ihre datenschutzrechtliche Entsprechung *cum grano salis* in Art 6 Abs 1 lit d DSGVO, welcher die Verarbeitung zugunsten „lebenswichtige[r] Interessen der betroffenen Person“ erlaubt, allerdings restriktiv auszulegen ist (vgl. *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 107).

<sup>221</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 130. Die hier zitierten Textstellen beziehen sich auf das Kredit- und Versicherungswesen.

<sup>222</sup> Ebd., 186; vgl. ebd., 113.

<sup>223</sup> Ebd., 118; vgl. ebd., 234.

<sup>224</sup> Ebd., 130; *Simitis*, NJW 1984, 398 [400].

<sup>225</sup> Vgl. *Bäcker* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 12, Rz 25 ff: „Verfahrensregelungen“;

<sup>226</sup> *Dix* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 12, Rz 1 ff; vgl. *Specht* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 15, Rz 1.

<sup>227</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 131.

der Datenverarbeitung“<sup>228</sup> aufzutreten, anstatt peripher „als außenstehender Dritter“<sup>229</sup> behandelt zu werden. Das starre „Leitbild des Datengeheimnisses“,<sup>230</sup> wie es § 6 DSG zumindest dem Namen nach enthält, müsse dabei tendenziell einem flexibleren Modell weichen, welches den Fokus auf die *Partizipationsmöglichkeiten* der betroffenen Person im Sinne der „echte[n] Selbst- und Mitbestimmung“<sup>231</sup> bei der Entscheidungsfindung rückt.<sup>232</sup> Die Gefahr sieht der Autor beispielsweise darin, dass ein Kreditinstitut bzw. eine Auskunftsei im Zusammenhang mit der Bonitätsprüfung durch strategisch angelegte Intransparenz den Kreditwerber von vornherein von jeder Diskussionsmöglichkeit abschneidet.<sup>233</sup> Insgesamt ist das Betrachtungsweise der zivilrechtlichen Datenschutzes im Lichte materieller Privatautonomie zu befürworten.<sup>234</sup> Ziel der DSGVO ist es demnach unter anderem, „einen gerechen Aushandlungsprozess zwischen Wirtschaft und Konsumenten zu gewährleisten.“<sup>235</sup> Als das zentrale Instrument zur Regelung des Datenverkehrs zwischen Privaten muss daher die Einwilligung nach Art 4 Z 11 iVm Art 7 iVm Art 6 Abs 1 lit a DSGVO angesehen werden.<sup>236</sup>

Im Kontext der informationellen Selbstbestimmung ist gleichermaßen Art 16 – Recht auf Berichtigung, Vervollständigung und Aktualisierung<sup>237</sup> des Datensatzes – sowie Art 17 DSGVO – Recht auf Löschung bzw. Vergessenwerden<sup>238</sup> – zu nennen. Die betroffene Person hat als menschliches Individuum im dynamischen Lebensprozess<sup>239</sup> naturgemäß ein „Interesse, sie selbst zu sein“.<sup>240</sup> Sie hat insofern „nicht nur die Freiheit, sich zu ändern, sondern [...] auch das Recht auf Anerkennung dieser Veränderungen.“<sup>241</sup>

---

<sup>228</sup> Ebd., 130.

<sup>229</sup> Ebd., 119 ff.

<sup>230</sup> Ebd., 126; vgl. ebd., 141 ff.

<sup>231</sup> Ebd., 131.

<sup>232</sup> Vgl. ebd., 135 ff.

<sup>233</sup> Vgl. ebd., 129.

<sup>234</sup> Vgl. ebd., 101 f, 111 ff.

<sup>235</sup> Ebd., 112.

<sup>236</sup> Vgl. ebd., 255 f.

<sup>237</sup> Vgl. *Peuker* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 16, Rz 23; *Reif* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 16, Rz 12 f, für die Relevanztheorie; aA *Dix* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 16, Rz 11.

<sup>238</sup> Vgl. EuGH 14.05.2014, C-131/12 (Google Spain und Google).

<sup>239</sup> Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 60.

<sup>240</sup> *Peifer*, Individualität, 228

<sup>241</sup> Ebd., 229.

## 2. Vermögensrecht

Es wird aufgrund der ökonomischen Bedeutung von Daten anerkannt, dass diese potenzielle Vermögenswerte darstellen.<sup>242</sup> Personenbezogene Daten fungieren im Wirtschaftsleben, das sich am „System der flexiblen Produktion“<sup>243</sup> orientiert, häufig als Glieder in Wertschöpfungsketten.<sup>244</sup> Daran anschließend stellt sich die Frage, ob Daten auch als Gegenstände von Vermögensrechten gelten können.<sup>245</sup> Die Unterscheidung des § 1293 ABGB zwischen Vermögen, Rechten und Person legt die plausible Auffassung nahe, dass die Persönlichkeit als solche kein Vermögensgegenstand ist; zugleich ist es freilich Allgemeinwissen, dass aus der Persönlichkeit selbst heraus wirtschaftlicher Wert generiert werden kann, der dann auch als Vermögenswert betrachtet wird – man spricht in diesem Zusammenhang vom „sich Verkaufen“ oder „sich Vermarkten“. Im Folgenden ist zuerst anhand *Zechs* Arbeit zu untersuchen, ob personenbezogene Daten überhaupt als Objekte der Außenwelt angesehen werden können und welche rechtlichen Ausgestaltungen sich zugunsten der betroffenen Person anbieten; danach ist der Frage nachzugehen, ob und inwieweit die Qualifikation von Daten als Sachen im Sinne des § 285 ABGB und folglich eine tendenziell<sup>246</sup> sachenrechtliche Behandlung für die Zwecke des vertraglichen Haftungsrechts sinnvoll sei; zuletzt ist zu prüfen, ob die immaterialgüterrechtsanaloge Behandlung von personenbezogenen Daten im Kontext der Verwertung von Persönlichkeitsrechten für das hier behandelte Thema zweckmäßig sei.

*Zech* beschäftigt sich eingehend mit der Unterscheidung von Ausschließlichkeitsrechten, welche „eine güterzuordnende Funktion“<sup>247</sup> aufweisen, und bloßen Abwehrrechten, „die zwar vor bestimmten Beeinträchtigungen schützen, darüber hinaus jedoch keine Güterzuweisung vornehmen.“<sup>248</sup> Seine Arbeit hat generell unkörperliche Güter zum Gegenstand, wobei er auf die Qualifikation als „vorrechtliche Gegenstände“ abstellt, um Information als potenzielles Rechtsgut abzugrenzen.<sup>249</sup> Das Informationsgut wird dabei definiert als „jede Information, die

---

<sup>242</sup> Vgl. für viele *Dürager*, Sind Daten ein schutzfähiges Gut?, ÖBl 2018, 260 [262]; *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 132 ff.

<sup>243</sup> Ebd., 132.

<sup>244</sup> Vgl. *Dürager*, ÖBl 2018, 260 [261]; *Bull*, Wie viel sind „meine Daten“ wert? Die Vermarktung von Kundendaten durch den Betroffenen stärkt den individuellen Datenschutz nicht, CR 2018, 425 [429].

<sup>245</sup> Vgl. *Staudegger*, Datenhandel – ein Auftakt zur Diskussion. Zur Zulässigkeit des Handels mit Daten aus Anlass der Weitergabe von "Gesundheitsdaten", ÖJZ 2014, 107 [115].

<sup>246</sup> Vgl. *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 97, 359 f.

<sup>247</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 96.

<sup>248</sup> *Ders.*, CR 2015, 137 [140]; vgl. *dens.*, Information als Schutzgegenstand, 78 ff.

<sup>249</sup> Vgl. ebd., 35 ff, 46 ff, 102 ff.

im Alltag als einheitliches Gut wahrgenommen wird“,<sup>250</sup> und somit in erster Linie ökonomisch betrachtet; demgemäß sei auch die Nützlichkeit neben der Existenz „außerhalb der Person“<sup>251</sup> eine „wesentliche Eigenschaft eines Gutes“.<sup>252</sup> Nach einer herrschenden Bestimmungsweise seien Gegenstände überhaupt „individualisierbare, vermögenswerte Objekte der natürlichen Welt“.<sup>253</sup> Die Qualifikation als Vermögenrecht ergebe sich aus der Verwertbarkeit des Ausschließlichkeitsrechts.<sup>254</sup> Vorrechtliche Gegenstände zeichnen sich durch ihre Abgrenzungs-, Publizitäts- und Übertragungsfunktion aus.<sup>255</sup> Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob personenbezogene Daten überhaupt Güter bzw. Gegenstände seien. Da personenbezogene Daten zweifelsohne mit der von § 16 ABGB geschützten Persönlichkeit verbunden sind, ist ein gänzlich von dieser abgelöstes, rechtlich vollkommen selbständiges Dasein nicht denkbar; es ist lediglich vorstellbar, Daten im Sinne der DSGVO als „abtrennbare Persönlichkeitsgüter“ zu begreifen.<sup>256</sup> Darauf wird noch im Abschnitt über die Verwertung von Persönlichkeitsrechten zu sprechen zu kommen sein. Legt man den „formalen Gegenstandsbegriff“ zugrunde, nach dem jede „Erscheinung des Alltags“ Gegenstand des Rechts ist,<sup>257</sup> sind Daten auch als personenbezogene unzweifelhaft solche Gegenstände.

Parallel zu *Ohly's* „Stufenleiter der Gestattungen“<sup>258</sup> führt *Zech* eine „Stufenleiter der Güterzuordnung“<sup>259</sup> ein, die nach der Intensität des jeweiligen Zuweisungsgehalts abgestuft ist. Die Stufenleiter unterteilt sich in 1) die „übertragbare Zuweisung“,<sup>260</sup> 2) die „nicht übertragbare Zuweisung“,<sup>261</sup> 3) die „Zuweisung mit Abwägungsvorbehalt“<sup>262</sup> – paradigmatisch wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht genannt – und 4) bloße Abwehrrechte, denen keine Zuweisung korrespondiert.<sup>263</sup> Letztere Kategorie ist zugleich von der Wirkung *erga omnes* ausgeschlossen, welche die zentrale Bedeutung von

---

<sup>250</sup> Ebd., 49. Dort kursiv.

<sup>251</sup> Ebd., 47 ff.

<sup>252</sup> Ebd., 47. „Wegen der Nützlichkeit für Unternehmen handelt es sich bei personenbezogenen Daten jedenfalls um ein Gut.“ (ebd., 216)

<sup>253</sup> Ebd., 95. Dort kursiv; vgl. *Wendehorst*, Rechtsobjekte. In: Alexy (Hg.), *Juristische Grundlagenforschung* (2005), 71 [73].

<sup>254</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 84.

<sup>255</sup> Vgl. ebd., 91 f.

<sup>256</sup> Vgl. ebd., 47 ff; *Peifer*, Individualität, 146 ff.

<sup>257</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 92.

<sup>258</sup> *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht (2002), 141 ff.

<sup>259</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 85 ff.

<sup>260</sup> Ebd., 86.

<sup>261</sup> Ebd., 86 f.

<sup>262</sup> Ebd., 87.

<sup>263</sup> Ebd., 89.

Ausschließlichkeitsrechten ist,<sup>264</sup> deren intensivste Ausprägung und „Prototyp“ das dingliche Recht an körperlichen Gegenständen im Sinne der ersten Kategorie darstellt.<sup>265</sup> Hindernis für die Qualifikation von Rechten an Daten als Ausschließlichkeitsrechte ist deren fehlende *Rivalität*.<sup>266</sup> Daten können „im Gegensatz zu körperlichen Dingen ohne Substanzverlust nach Belieben unterteilt werden“,<sup>267</sup> es besteht bei Daten als Informationen also problemlos eine Vervielfältigungsmöglichkeit.<sup>268</sup> Nicht anders verhält es sich aber mit geistigen Leistungen wie Werken oder Erfindungen, wenn man nur vom Urheberrecht und gewerblichen Schutzrechten abstrahiert – dem Immaterialgüterrecht kommt gerade die Rolle zu, solche Erzeugnisse „künstlich“ für rival zu erklären. Zunächst stellen Daten also keine Gegenstände ausschließlicher Schutzpositionen dar; es sei allerdings im Wege sowohl der Gesetzgebung als auch der Rechtsprechung<sup>269</sup> möglich, neuartige dingliche Rechtspositionen zu schaffen, zumal kein *numerus clausus* der Ausschließlichkeitsrechte bestehe.<sup>270</sup> Eine solche Kreation dinglicher Positionen nennt *Zech* „Verdinglichung“:

„Die Abhängigkeit des Rechts vom Gegenstand in Bestehen, Inhalt und Umfang lässt sich als *Dinglichkeit* bezeichnen, die Abgrenzung und ggf. Schaffung von Gegenständen durch das Recht als *Verdinglichung*. Diese Wechselbeziehung hat Grenzen, so kann das Recht nicht beliebig neue Güter schaffen, ist aber auch nicht an vorrechtliche Verhältnisse gebunden.“<sup>271</sup>

Welche Relevanz hat diese Problematik für das Haftungsrecht? Die Unterscheidung zwischen Ausschließlichkeitsrechten und bloßen Abwehrrechten ist in Deutschland für den deliktischen Schadenersatz nach § 823 BGB bedeutsam,<sup>272</sup> dessen Abs 1 einen Katalog von ersatzfähigen Rechtsgütern samt Auffangklausel „sonstiges Recht“ vorsieht und dessen Abs 2 sonstige Schäden nur bei Verstößen gegen Schutzgesetze für ersatzfähig erklärt.<sup>273</sup> Indessen definiert die österreichische Rechtsordnung in § 1293 ABGB den Schaden allgemein als *Nachteil* an „Vermögen, Rechten oder [] Person“ und dehnt in § 1311 den Ersatzanspruch im Falle einer

---

<sup>264</sup> Ebd., 66 f.

<sup>265</sup> Vgl. ebd., 105 f.

<sup>266</sup> Vgl. ebd., 118, 328 f; *Hoeren*, Datenbesitz statt Dateneigentum. Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, MMR 2019, 5; *Klammer*, Dateneigentum. Das Sachenrecht der Daten (2019), Rz 191 ff, 211 ff.

<sup>267</sup> Ebd., Rz 191.

<sup>268</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 118.

<sup>269</sup> Vgl. *Fezer*, Dateneigentum der Bürger. Ein originäres Immaterialgüterrecht sui generis an verhaltensgenerierten Informationsdaten der Bürger, ZD 2017, 99 [103].

<sup>270</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 158 f; vgl. *Wendehorst* in *Alexy*, Juristische Grundlagenforschung, 71 [82].

<sup>271</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 96. Hervorhebung nach Original. Vgl. ebd., 105 f.

<sup>272</sup> Vgl. ebd.; zum Datenschutzrecht ebd., 218.

<sup>273</sup> Vgl. *Teichmann* in *Jauernig*, BGB<sup>17</sup> (2018), § 823, Rz 40-46; *Wagner* in *Münchener Kommentar zum BGB*<sup>7</sup> (2017), § 823, Rz 475.

Schutzgesetzübertretung auf reine Vermögensschäden aus.<sup>274</sup> „Dem ABGB liegt ein weiter, naturrechtlicher Schadensbegriff zugrunde.“<sup>275</sup> – Es wird dabei nicht zwischen Abwehr- und Ausschließlichkeitsrechten differenziert, zumal auch § 1294 ABGB, in seinem Wortlaut gleichgültig gegenüber der Schutzgesetzproblematik, schlicht auf widerrechtliches Verhalten abstellt. Nichtsdestoweniger ist die genannte Unterscheidung für die rechtliche Einordnung von Daten hilfreich, wenn man von der Perspektive des Sachenrechts ausgeht.

Stark vereinfachend kann im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts vom allgemeinen subjektiven Datenschutzrecht des Betroffenen als einem *Rechtebündel*<sup>276</sup> gesprochen werden, bestehend unter anderem aus der Verfügungsmacht kraft Privatautonomie, Ansprüchen auf Auskunft, Berichtigung, Löschung und „Übertragung“ (= Portabilität nach Art 20 DSGVO) sowie auf Schadenersatz. Am Beispiel des Urheberrechts, das nicht abschließend aufgezählte spezielle Rechte umfasse, zeige sich, dass der Übergang von der „Zuweisung von Befugnissen“ zu bloßen „einzelnen Handlungsverboten“ fließend ist und „nur noch ein gradueller Unterschied“ bestehe,<sup>277</sup> wesentlich seien schlichtweg „Kompetenzen bei der Nutzung von Ressourcen“.<sup>278</sup>

„Im wirtschaftlichen Denken kommt es nicht darauf an, ob einem ein Gegenstand gehört, sondern welche (ausschließlichen) Befugnisse man im Umgang mit dem Gegenstand hat.“<sup>279</sup>

Nach *Zech* gewährleistet das Datenschutzrecht „eine semantische Zuweisung von Befugnissen.“<sup>280</sup> Dies wird einleuchtend damit begründet, dass das personenbezogene Datum „als kleinstmögliche Einheit semantischer Information über eine Person“<sup>281</sup>, somit als Aussage über eine Person nicht von dieser trennbar sei.<sup>282</sup> Gleichwohl stelle die semantische Zuweisung aufgrund der „besondere[n] Freiheitsrelevanz des Umgangs mit semantischer

---

<sup>274</sup> Vgl. *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup>, § 1311 (Stand 1.3.2019), Rz 5.

<sup>275</sup> *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1293 (Stand 1.1.2018), Rz 1; RIS-Justiz RS0022537.

<sup>276</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 97 ff; *Amstutz*, Dateneigentum. Funktion und Form, AcP 218, 438 [483 ff].

<sup>277</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 81.

<sup>278</sup> Ebd., 100

<sup>279</sup> Ebd.

<sup>280</sup> Ebd., 215; differenzierend nach einem „beweglichen System“ *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 54 ff, 59 ff.

<sup>281</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 215.

<sup>282</sup> Vgl. ebd., 207.

Information“<sup>283</sup> immer einen erheblichen „Eingriff in die Kommunikation“ dar:<sup>284</sup> „Die Nutzung von Kenntnissen gehört zu den Grundverhaltensweisen des Menschen.“<sup>285</sup>

## 2.1. Sachenrecht

In den letzten Jahren sind zahlreiche Publikationen zum Thema „Daten als Sachen“ erschienen, welches vor allem die Komplexe Dateneigentum und Datenbesitz umfasst;<sup>286</sup> die Texte reichen dabei teilweise in die Rechtstheorie hinein und argumentieren oftmals unter ökonomischen Gesichtspunkten, wobei bereits umstritten ist, ob es überhaupt einen Markt für Informationen geben könne.<sup>287</sup> In dieser Arbeit sollen sachenrechtliche Fragen in Bezug auf Daten allerdings nur überblicksmäßig, und zwar insoweit behandelt werden, als sie für das Schadenersatzrecht – insbesondere für das vertragliche – relevant sind.

In Österreich lassen sich alle Arten von Daten problemlos unter den weiten Sachbegriff des § 285 ABGB subsumieren, weil sie einerseits „von der Person unterschieden“ sind und andererseits „zum Gebrauche der Menschen“ dienen.<sup>288</sup> Etwas dient dann dem Gebrauch der Menschen, wenn es „zur Befriedigung irgendeines menschlichen Interesses geeignet ist“.<sup>289</sup> Das Bedürfnis, sich über etwas oder jemanden zu informieren, ist unzweifelhaft ein menschliches Interesse; Daten dienen ihrer Bestimmung nach dazu, dieses Bedürfnis zu befriedigen. Daten unterscheiden sich somit von Seelenzuständen und menschlichen Eigenschaften.<sup>290</sup> Das Datum selbst als unkörperliche Sache im Sinne des § 292 ABGB<sup>291</sup> ist vom Datenträger und der Datenverkörperung, welche beide körperlich sind,<sup>292</sup> zu unterscheiden. *Klammer* veranschaulicht dies anhand einer Analogie zur elektrischen Energie:

„Daten sind vergleichbar mit den theoretischen Gedanken der Physik zum Strom und dem technischen Know-how über die Funktionsweise des Stroms. Eine Datenverkörperung ist wiederum mit dem fließenden, elektrischen Strom vergleichbar.“

---

<sup>283</sup> Ebd., 217; vgl. ebd., 202.

<sup>284</sup> Ebd.; vgl. ebd., 146.

<sup>285</sup> Ebd., 202; vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 86.

<sup>286</sup> Als einer der Ersten *Hoeren*, Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, 486.

<sup>287</sup> Bejahend *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 4 ff; *Dürager*, ÖBl 2018, 260 [265, 267]; *Fezer*, ZD 2017, 99 [101]; verneinend *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 89 ff; *Zöllner*, Informationsordnung und Recht (1990), 14 f; kritisch *Bull*, CR 2018, 425 [431].

<sup>288</sup> Vgl. *Klammer*, Dateneigentum, Rz 197; *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 285 (Stand 1.7.2016), Rz 4.

<sup>289</sup> *Stabentheiner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-ABGB<sup>3</sup>, § 285, Rz 10.

<sup>290</sup> Vgl. *Klammer*, Dateneigentum, Rz 172 ff.

<sup>291</sup> Vgl. *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 285 (Stand 1.7.2016), Rz 4; *dens.* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup>, § 353 (Stand 1.4.2018), Rz 1; *Helmich* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup>, § 292 (Stand 1.7.2018), Rz 6.

<sup>292</sup> Vgl. zu Datenverkörperungen *Klammer*, Dateneigentum, Rz 304 ff.

[...] Der Datenträger ist wiederum mit der Stromleitung vergleichbar: Sowohl der Datenträger als auch die Stromleitung stellen die gesamte physische Masse dar.<sup>293</sup>

Das Datum ist zunächst etwas rein Geistiges,<sup>294</sup> Immaterielles, „nur in den menschlichen Vorstellungen“ Existierendes,<sup>295</sup> nicht „in die Sinne fallende“<sup>296</sup> Bedeutung,<sup>297</sup> gegebenenfalls Bewusstseinsinhalt.<sup>298</sup> Dagegen ist die Datenverkörperung „physische Manifestation“<sup>299</sup> des an sich unkörperlichen Datums, gewissermaßen durch manuelle oder informationstechnische Verarbeitung herbeigeführte Reifikation.<sup>300</sup> Für *Klammer* ist die Datenverkörperung „die analoge wie digitale Speicherung von Daten“,<sup>301</sup> wohingegen nach *Zech* der Begriff des Datums bereits eine maschinenlesbare Codierung voraussetzt,<sup>302</sup> wobei vermittels dieser syntaktische Information geschaffen werde.<sup>303</sup> Entsprechend hat der Begriff des Datums in der Alltagssprache zwei Bedeutungen: Primär ist das Datum eine Art von Information über oder in Bezug auf etwas, sekundär setzt man damit Aufzeichnung, Speicherung, Auswertung von Informationen in Verbindung. Dem immateriell ausgerichteten Verständnis ist dabei der Vorzug zu geben: Wäre das Datum etwas, was begrifflich bereits die mehr oder weniger körperliche Verarbeitung impliziert, wäre der zentrale Ausdruck der DSGVO – „Verarbeitung personenbezogener Daten“ – ein Pleonasmus.

Dingliche Rechte lassen sich generell unter anderem durch die Arbeits- oder die Okkupationstheorie rechtfertigen.<sup>304</sup> Dies gilt auch für Informationen und Daten im Besonderen. Die genannten naturrechtlichen Ansätze legitimieren die rechtliche Sanktion des Erwerbs und der Wahrung von Eigentum durch Schöpfung,<sup>305</sup> Verarbeitung,<sup>306</sup> naturwüchsige Zueignung<sup>307</sup> oder Erfindung<sup>308</sup> seitens des Berechtigten. Darüber hinaus bestehen ökonomische Theorien, welche im Zusammenhang der Verknappung von Ressourcen mit

---

<sup>293</sup> Ebd., Rz 30; vgl. *Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609 [2610 f].

<sup>294</sup> Vgl. *Druery*, Information als Gegenstand des Rechts, 77 ff.

<sup>295</sup> *Klammer*, Dateneigentum, Rz 146; vgl. ebd., Rz 302.

<sup>296</sup> § 292 ABGB.

<sup>297</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 24 ff.

<sup>298</sup> Vgl. ebd., 28 ff.

<sup>299</sup> *Klammer*, Dateneigentum, Rz 29; vgl. ebd., 304 ff, 975; zur im Software-Recht entwickelten „Verkörperungstheorie“ *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup>, § 292 (Stand 1.7.2018), Rz 7; *Kisslinger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-ABGB<sup>3</sup>, § 292, Rz 15 ff; RIS-Justiz RS0108706.

<sup>300</sup> Vgl. *Druery*, Information als Gegenstand des Rechts, 97 f.

<sup>301</sup> *Klammer*, Dateneigentum, Rz 26.

<sup>302</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 32; *dens.*, CR 2015, 137 [138]

<sup>303</sup> Vgl. ebd., 42, 141 f.

<sup>304</sup> Vgl. ebd., 151 f, 313 ff.

<sup>305</sup> Vgl. § 10 Abs 1 UrhG.

<sup>306</sup> Im österreichischen Recht bei unbeweglichen Sachen nicht voll verwirklicht in §§ 414 f ABGB.

<sup>307</sup> Vgl. § 381 ABGB, kraft der „angeborenen Freiheit“.

<sup>308</sup> Vgl. § 4 Abs 1 PatG.

Anreizmechanismen argumentieren und im Ganzen auf das allgemeine Beste im Sinne der Wohlfahrt zielen.<sup>309</sup> Auf rechtsphilosophische bzw. -politische Aspekte ist hier allerdings nicht näher einzugehen.

§ 353 ABGB ordnet an: „Alles, was jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum.“ Da geklärt ist, dass Daten Sachen sind, bleibt nur noch zu fragen, ob sie jemandem zugehören können. Nun lässt sich einfach argumentieren, dass personenbezogene Daten der betroffenen Person zugehören, weil sie auf diese verweisen; dies ist allerdings kein sachenrechtliches, sondern ein genuin persönlichkeitsrechtliches Kriterium.<sup>310</sup> *Klammer* räumt ausdrücklich ein, dass die Eigentumsordnung von der DSGVO unberührt bleibt.<sup>311</sup> Zwar thematisiert *Specht* im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht nach Art 15 DSGVO einen „Herausgabeanspruch“,<sup>312</sup> doch ist dem Wortlaut des Abs 3 zu entnehmen, dass es sich vielmehr um einen schuldrechtlichen Auskunftsanspruch handelt, der im Wege der Bereitstellung einer Kopie der Daten zu erfüllen ist. Nach herrschender Auffassung gibt es kein Eigentum an Daten, welches dem Eigentum an körperlichen Sachen vergleichbar wäre.<sup>313</sup> Versteht man das Sachenrecht als „Regime der rivalen Nutzungen“,<sup>314</sup> sind Daten daraus von vornherein ausgeschlossen, da sie nicht rival sind<sup>315</sup> und somit keinem „faktischen Eingriff ausgesetzt sein können“,<sup>316</sup> man müsste die Rivalität erst *de lege ferenda* künstlich herbeiführen, wie es beispielsweise beim geistigen Eigentum geschehen ist.<sup>317</sup> Darüber hinaus wäre ein „eigentumsanaloges Informationsbeherrschungsrecht“<sup>318</sup> mit Blick auf die Informations- und Kommunikationsfreiheit überschießend.<sup>319</sup>

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verarbeitenden personenbezogener Daten und der betroffenen Person ist durch die DSGVO, subsidiär von Persönlichkeitsrechten bestimmt. Hinsichtlich des Schutzes des ersteren gegen Dritte argumentiert *Zech* zugunsten eines Rechts

---

<sup>309</sup> Vgl. für viele *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 152 ff, 316 ff.

<sup>310</sup> Vgl. die doppelte „Subjekt-Objekt-Relation“ bei *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 54 ff, 142 f.

<sup>311</sup> Vgl. *Klammer*, Dateneigentum, Rz 759 ff.

<sup>312</sup> Vgl. *Specht* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 15, Rz 18 f.

<sup>313</sup> Vgl. *Holzner* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 285 (Stand 1.7.2016), Rz 4; für die deutsche Lehre z.B. *Hoeren*, MMR 2019, 5 [5 f]; *Heymann*, Rechte an Daten. Warum Daten keiner eigentumsrechtlichen Logik folgen, CR 2016, 250.

<sup>314</sup> *Zech*, CR 2015, 137 [142]; *ders*, Information als Schutzgegenstand, 276 ff.

<sup>315</sup> Vgl. für viele *Hoeren*, MMR 2019, 5 [6].

<sup>316</sup> *Klammer*, Dateneigentum, Rz 212.

<sup>317</sup> Vgl. *dens.*, Rz 231; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 146.

<sup>318</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 206.

<sup>319</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 146 f.

des Codierenden<sup>320</sup> sowie einer besitzähnlichen Position des Speichernden.<sup>321</sup> Bejaht man, dass Daten gemäß § 311 ABGB „Gegenstand des rechtlichen Verkehres sind“, ist zugleich ihre Besitzfähigkeit zugestanden. So erwähnt auch der OGH in einer rezenten Entscheidung einen „Besitz an Daten“ über die Klägerin seitens des Beklagten, der nachfolgend zur Löschung verpflichtet wird.<sup>322</sup> Die deutsche Lehre knüpft diesbezüglich vom Strafrecht ausgehend an einen „Skripturakt“ an: „Allein die tatsächliche Schaffung des Datenbestands ist entscheidend.“<sup>323</sup> Für *Klammer* kann an Datenverkörperungen sogar Eigentum begründet werden;<sup>324</sup> der Inhaber des erforderlichen Passworts könne zudem Datenbesitzer sein, wenn sich die Daten auf dem Datenträger eines anderen befinden.<sup>325</sup> Nach § 309 ABGB ist Besitzer derjenige, der die „Sache in seiner Macht oder Gewahrsame“ hat, mit dem „Willen, sie als die seinige zu behalten“. Ob die Position des Verarbeitenden nun als Eigentum oder als schützenswerter Besitz zu qualifizieren sei – es handelt sich bei personenbezogenen Daten jedenfalls um ein durch die vielfältigen Betroffenenrechte der DSGVO *belastetes Recht*,<sup>326</sup> sodass auch eine dingliche Rechtsposition immer unter dem Vorbehalt der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen steht. Es wird dem Verarbeitenden nicht ohne Weiteres erlaubt sein, im Sinne des § 354 ABGB „mit der Substanz und den Nutzungen“ personenbezogener Daten „nach Willkür zu schalten“ und den Betroffenen „davon auszuschließen“. Der sachenrechtliche Schutz des Verarbeitenden wird sich somit allenfalls gegen Dritte richten, keinesfalls aber gegen die betroffene Person.

Die sachenrechtliche Problematik war hier zu behandeln, weil aufgrund der *Rechtsfortwirkungstheorie* der Zuweisungsgehalt dinglicher Rechte zur Begründung und Ausfüllung schadenersatz- und bereicherungsrechtlicher Ansprüche herangezogen wird.<sup>327</sup> Jedoch sei eine sachenrechtliche Zuordnung für den Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB nicht notwendig, weil es hierbei lediglich auf den vermögensrechtlichen

---

<sup>320</sup> Vgl. ebd., 367 ff, 421 ff; *dens.*, CR 2015, 137 [142 ff].

<sup>321</sup> Vgl. ebd.; *dens.*, Information als Schutzgegenstand, 385 ff, 434 ff.

<sup>322</sup> OGH 20.12.2018, 6 Ob 131/18k.

<sup>323</sup> *Hoeren*, MMR 2019, 5 [8]; vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 391 f, 395 f, 399.

<sup>324</sup> Vgl. *Klammer*, Dateneigentum, Rz 497 ff, 976 f.

<sup>325</sup> Vgl. ebd., 439.

<sup>326</sup> Vgl. *Specht*, CR 2016, 288 [289]; zum Vorrang der semantischen Zuweisung *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 405.

<sup>327</sup> Erstmals bei *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau (1934), 73 ff, 114, 122 ff; vgl. *dens.*, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163, 346 [347]; *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht. Ein Beitrag zum Verhältnis zwischen Sonderprivatrecht und allgemeinem Zivilrecht (2018), 91 ff; eine „im Deliktsrecht angeführte Eigentumsähnlichkeit“ erblickt *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 79 f; vgl. RIS-Justiz RS0019945 (T3); näher unten, C.1.2.

Zuweisungsgehalt ankomme, sodass auch bei Persönlichkeitsverletzungen mit unmittelbarem Geldwert die Lizenzanalogie bzw. ein fiktives Entgelt in Erwägung zu ziehen sei.<sup>328</sup>

## 2.2. Persönlichkeitsverwertung und Immaterialgüterrecht

Nach einem gewichtigen Teil der Lehre schützt das Persönlichkeitsrecht primär ideelle Interessen und ist somit grundsätzlich kein Vermögensrecht.<sup>329</sup> Unter ökonomischer Betrachtung tritt allerdings sogleich die Faktizität des Wirtschaftslebens<sup>330</sup> in den Vordergrund: Die menschliche Persönlichkeit im Allgemeinen und personenbezogene Daten im Besonderen<sup>331</sup> werden *de facto* ökonomisch genutzt und sind insoweit Gegenstand des wirtschaftlichen Verkehrs. Dies hat schon *Hubmann* gesehen: „In der Tat werden Persönlichkeitsgüter vielfach im Verkehrsleben ausgewertet.“<sup>332</sup> Ob es sich personenbezogenen Daten wirklich um Persönlichkeitsgüter handle, wird noch zu besprechen sein. Jedenfalls ist das kontinentaleuropäische Datenschutzrecht stark persönlichkeitsrechtlich geprägt.<sup>333</sup>

Der Faktizität der Persönlichkeitsverwertung trägt bereits auf gesetzlicher Ebene § 1328a ABGB Rechnung, nach dem unter anderem derjenige, der „Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet“, zum Schadenersatz verpflichtet ist. Der kommerzielle Aspekt der Persönlichkeit wird zusätzlich dadurch betont, dass in erster Linie der Vermögensschaden und nur bei „erheblichen Verletzungen“ der immaterielle Schaden, d.h. die „erlittene persönliche Beeinträchtigung“ ersatzfähig ist. Das schadenersatzrechtliche Haftungsregime des Art 82 DSGVO berücksichtigt materielle und immaterielle Schäden gleichermaßen. Es ist mit diesen Regelungen jedoch noch nichts über den wirtschaftlichen Wert des angerührten Persönlichkeitsdetails selbst ausgesagt, kann doch der Vermögensschaden ebenso ausschließlich als Folgeerscheinung der Verletzung entstehen, wie es beispielsweise bei der Ehrverletzung oder Kreditschädigung nach § 1330 ABGB der Fall

---

<sup>328</sup> Vgl. *Dürager*, ÖBl 2018, 260 [265 f]; *Koziol*, Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter?, FS Wiegand (2005), 449; RIS-Justiz RS0019890, RS0019971.

<sup>329</sup> Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 133 ff; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 252 f und *passim*; *Peifer*, Individualität, 291 ff; *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 28, 68; kritisch *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 69 ff.

<sup>330</sup> Vgl. *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 22 ff, 44 ff; *Peukert*, Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte?, ZUM 2000, 710 [713]; *Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen (2002), 406: „Was vermögenswert ist, wird durch ökonomische Realitäten bestimmt, die vom Recht nicht kontrolliert werden können.“

<sup>331</sup> Vgl. *Dürager*, ÖBl 2018, 260 [262]; *Bull*, CR 2018, 425; *Weichert*, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463; *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 132 ff.

<sup>332</sup> *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 135.

<sup>333</sup> Vgl. *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 136.

ist: Kompensiert wird nicht die Verletzung an sich – sei es in materieller oder ideeller Hinsicht –, sondern die nachteilige Konsequenz, dass ein „wirklicher Schade oder Entgang des Gewinnes“ entsteht bzw. der Kredit, Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten gefährdet wird. Das Schmerzgeld nach § 1325 ABGB dient überhaupt nicht dem wirtschaftlichen Ausgleich, sondern fungiert vielmehr als Trost für den am Körper Verletzten.

Art 1 Abs 3 DSGVO, nach dem der „freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union [...] aus Gründen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“ über das Schutzniveau der DSGVO hinaus „weder eingeschränkt noch verboten werden“ darf, ist möglicherweise die Anerkennung personenbezogener Daten *ex lege* „sowohl als selbständiges Wirtschaftsgut als auch als Voraussetzung für viele weitere wirtschaftliche Aktivitäten“<sup>334</sup> zu entnehmen. Unter dem Vorzeichen des Persönlichkeitsrechts kann es sich dabei allerdings nicht *nur* um Wirtschaftsgüter handeln. Denn „Information über Personen kann von diesen Personen nicht getrennt werden“;<sup>335</sup> diese sind wiederum als solche Selbstzweck und kein möglicher Gegenstand des Handelsverkehrs. Will man einerseits der Würde des Menschen, andererseits den Imperativen wirtschaftlicher Effizienz Rechnung tragen, wird demnach eine differenzierte Betrachtungsweise essenziell sein.

Zunächst ist ein Blick auf die *Faktizität* der Datenverarbeitung und -verwertung zu werfen. Die private Verarbeitung personenbezogener Daten einschließlich Profilbildung erfreut sich vor allem im Bank-, Versicherungs- und Marketingsektor großer Beliebtheit.<sup>336</sup> Einen relativ neuen Kontext stellt das sogenannte „Internet der Dinge“ dar, das unter anderem vermittelt der Vernetzung von Haushaltsgeräten mit eingebauten Sensoren funktioniert. Die *Personalisierung* von Diensten, das „Geschäft mit der Individualisierung“<sup>337</sup> ist auf den „weitgehenden und umfassenden Informationsfluss vom Konsumenten zum Produzenten“<sup>338</sup> angewiesen. Dabei ist der Begriff der Personalisierung ambivalent: Hinsichtlich des Angebots bedeutet sie einen angemessenen Zuschnitt auf die individuellen Bedürfnisse des jeweiligen Verbrauchers – hinsichtlich der kommerziellen Werbung wird sie wohl häufig und in erster Linie als Belästigung empfunden. Angesichts der Bonitätsprüfung im Kreditgeschäft kann

---

<sup>334</sup> *Hornung/Spieker gen. Döhmman* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 1 DSGVO, Rz 41; vgl. ErwGr 13 DSGVO.

<sup>335</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 207.

<sup>336</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 119 ff; 137 ff; 147 ff.

<sup>337</sup> *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 144.

<sup>338</sup> *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 133.

jedoch vorgebracht werden, dass sie gerade für den Kreditwerber vorteilhaft sei, da er dadurch vor einem letztlich für ihn selbst nachteiligen Vertragsschluss bewahrt wird.<sup>339</sup>

„Information ist der Stoff, aus dem Entscheidungen gemacht werden können.“<sup>340</sup> – Was hier allerdings interessiert, ist der Vermögenswert der personenbezogenen Daten selbst, und zwar unabhängig von der Relevanz für eine konkrete Entscheidung. Da wir in einem Umfeld nahezu omnipräsenter Datenverarbeitung leben,<sup>341</sup> sind Datensätze über Personen ganz allgemein „in der Wahrnehmung der Menschen auf dem Markt maßgeblich und damit auch bestimmend für deren emotionales und soziales Leben.“<sup>342</sup> Datenverarbeitungen sind folglich nicht nur anlässlich der Vorbereitung konkreter Entscheidungen relevant, sondern bestimmen die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Chancen einer Person überhaupt. Blendet man konsequent normative Gesichtspunkte aus, so lässt sich von Daten sagen, dass sie den Wert eines Menschen als „Humankapital“ festlegen. Es lässt sich jedenfalls sachlich adäquat seitens des Verarbeitenden von „Datenkapital“<sup>343</sup> und seitens des Betroffenen von „Verhandlungskapital“<sup>344</sup> sprechen. Angesichts der Tatsache, dass Daten im Zuge der Verarbeitung von der betreffenden Person selbst zunehmend entfremdet werden<sup>345</sup> – dass sie vom konkreten Menschen sowie der persönlichen Begegnung und Verständigung abgekoppelt, objektiviert werden – ist man schnell versucht, personenbezogene Daten anhand der im Immaterialgüterrecht angewendeten „Kriterien der Verkehrsfähigkeit und Ablösbarkeit“<sup>346</sup> zu selbstständigen Wirtschaftsgütern zu erklären. *Peifer* führt in diesem Zusammenhang als Antithese den „Unterschied zwischen faktischer Verfügbarkeit und rechtlicher Handelbarkeit von Gütern“<sup>347</sup> ins Treffen. Dass es einen Markt für Organe und Genmaterial gibt, impliziert keinesfalls ohne Weiteres die Anerkennung durch die Rechtsordnung.<sup>348</sup> Es handelt sich im Kern um das allgemeine Problem der im Recht angelegten Dialektik zwischen seiner affirmativ „dienende[n] Funktion gegenüber der Wirklichkeit“ und seiner „gestaltende[n] Funktion“.<sup>349</sup>

---

<sup>339</sup> Dies gilt insbesondere im Verbraucherkreditrecht; dazu unten, B.4.

<sup>340</sup> *Steinbuch*, Über den Wert von Informationen, GRUR 1987, 579 [581].

<sup>341</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 166 ff; *Fezer*, ZD 2017, 99 [105].

<sup>342</sup> *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1469].

<sup>343</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 156. Dort in Bezug auf Adressverlage.

<sup>344</sup> Ebd., 129, im Hinblick auf die Kreditwürdigkeitsbewertung.

<sup>345</sup> Vgl. *Bull*, CR 2018, 425 [427 f].

<sup>346</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 209, mwN.

<sup>347</sup> *Peifer*, Individualität, 145.

<sup>348</sup> Vgl. ebd., 146.

<sup>349</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 212; vgl. ebd., 185 ff; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 535, spricht von der „dem Recht innewohnende[n] Spannung“.

*Specht* hat sich bereits eingehend mit dem Phänomen des Datenhandels und im Speziellen mit sogenannten Datenüberlassungsverträgen<sup>350</sup> beschäftigt. Sie kommt zu dem Schluss, dass die Qualifikation solcher Vereinbarungen als Kauf-, Werk- oder Pachtverträge denkbar sei.<sup>351</sup> *Buchner* entwickelt in diesem Zusammenhang die Rechtsfigur der Datentreuhand.<sup>352</sup> Dabei werden „Infomediäre“, vergleichbar mit „Verwertungsgesellschaften im Urheberrecht“,<sup>353</sup> im Rahmen eines „Wahrnehmungsvertrags“ mit dem Betroffenen betraut.<sup>354</sup> Aus diesen Untersuchungen folgt, dass Daten als wirtschaftliches Gut zweifelsfrei eine bedeutende Rolle spielen und sich als Gegenstände von Verträgen anbieten. Faktisch werden Daten kommerzialisiert, normativ wäre es mit Blick auf die Privatautonomie<sup>355</sup> auf der einen und die Funktionsfähigkeit der Wirtschaftsordnung auf der anderen Seite „weltfremd, systemfremd und grundrechtsfremd“,<sup>356</sup> Transaktionen über personenbezogene Daten rechtlich gar nicht anzuerkennen; folgt doch bereits aus dem Recht auf Selbstbestimmung, dass dieselbe nicht von außen auf „vernünftige“ Entscheidungen beschränkt werden dürfe.<sup>357</sup> Es ist mithin durchaus vorstellbar, „der Vertragsfreiheit relativ freien Lauf zu lassen“<sup>358</sup> und die weitere Entwicklung einfach abzuwarten. Dies steht im Einklang mit der liberalen Auffassung, dass die Rechtsordnung „grundsätzlich an die durch den Markt erfolgte Zuordnung gebunden“<sup>359</sup> sei.

*Weichert* warnt vor der „Kommerzialisierung der Menschen“ durch „Informationsmuster“, die „potenziell persönlichkeitsumfassend“ sind.<sup>360</sup> Dagegen wendet *Bull* ein, dass die Person nicht in ihrer Gesamtheit kommerzialisiert wird, sondern nur ihre „sonstigen Charakteristika“ in Bezug auf „ihre Rolle als mögliche Kunden“,<sup>361</sup> übersieht dabei aber möglicherweise, dass gerade diese Charakteristika persönlichkeitsrelevant sind und dass deren Vermarktung empfindliche Folgen für die betroffene Person haben kann. Richtigerweise ist zwischen Daten überhaupt und Daten mit Bezug auf die betroffene Person zu unterscheiden, wobei letztere

---

<sup>350</sup> Vgl. *Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung, 119 ff. Siehe dazu auch *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 267 ff.; *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1467].

<sup>351</sup> Vgl. *Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung, 253.

<sup>352</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 277 ff.

<sup>353</sup> Ebd., 278.

<sup>354</sup> Vgl. ebd., 290 f.

<sup>355</sup> Vgl. *Bull*, CR 2018, 425 [431]; *Ahrens*, Verwertung, 369.

<sup>356</sup> *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1467].

<sup>357</sup> Vgl. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 217 ff.

<sup>358</sup> *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1468].

<sup>359</sup> *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 44, 82, bezugnehmend auf *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte (1995), 54.

<sup>360</sup> *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1469].

<sup>361</sup> *Bull*, CR 2018, 425 [428].

auch dann vom Schutzbereich der DSGVO erfasst sind, wenn „sie noch so banal, harmlos und „öffentlichkeitsgeneigt“<sup>362</sup> sind. Der Personenbezug ist jedoch nicht pauschal mit dem „informationellen Mehrwert“<sup>363</sup> gleichzusetzen, der im Wege der Verarbeitung generiert wird. Zwar begründet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung normativ die Möglichkeit der eigenen wirtschaftlichen Entscheidung über personenbezogene Daten, doch wäre die unmittelbare Annahme eines umfassenden Gewinnbeteiligungsmodells<sup>364</sup> zugunsten der Betroffenen übereilt. Nach *Lichtenstein* ist die „formale Sichtweise, über das Erkennungsmerkmal den Bezug zum Rechtsträger herzustellen“, angemessen:<sup>365</sup>

„Dabei wird nicht die gesamte unzulässige Datenverarbeitung zum Streitgegenstand, sondern nur die jeweils unzulässige Verarbeitung bezüglich der Person des Anspruchstellers.“<sup>366</sup>

Es handelt sich hier freilich um eine stark persönlichkeitsrechtlich determinierte Anschauung. Doch auch dann, wenn man die Unanständigkeit personenbezogener Daten aus klassischen Argumenten der Menschenwürde ablehnt, ist der Personenbezug von erheblicher Bedeutung. Dies erhellt sogar aus der ökonomischen Analyse des Rechts, zu deren maßgeblichen Topoi der *Anreizmechanismus* zählt. Grundvoraussetzung einer effizient funktionierenden Wirtschaftsordnung ist die materielle Freiheit des Individuums zur rationalen und autonomen Entscheidung. Nun schafft eine ausschließliche Zuweisung personenbezogener Daten an die betroffene Person „einen Anreiz zur Herausbildung der eigenen, authentischen Individualität“,<sup>367</sup> ist der selbstbestimmten Entfaltung des Individuums förderlich und begünstigt insofern wirtschaftlich sinnvolle Entscheidungen. Wird das Ausschließlichkeitsrecht als übertragbares, eigentumsähnliches Recht ausgestaltet und damit zugleich die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlich bindenden Entäußerung von Persönlichkeitsdetails eingeräumt, ließe sich womöglich die als positiv beurteilte Wirkung erwarten, dass sich die betroffene Person bestimmte Verfügungen über Daten doppelt überlegen und in diesem Sinne behutsamer handeln werde.<sup>368</sup> *Buchner* hat bereits die Notwendigkeit der Zuweisung von Daten an Betroffene für die effiziente Allokation von

---

<sup>362</sup> Ebd.

<sup>363</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 289; anschaulich ist in vergleichbarem Zusammenhang die Rede von „Fruchtziehung“ bei *Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung, 166 ff.

<sup>364</sup> Vgl. *dies.*, GRUR Int. 2017, 1040 [1042].

<sup>365</sup> *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 143.

<sup>366</sup> Ebd., 144, mit Verweis auf *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1466].

<sup>367</sup> *Peifer*, Individualität, 293 f.

<sup>368</sup> Vgl. *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 221.

Ressourcen und Minimierung von Transaktionskosten sorgfältig herausgearbeitet.<sup>369</sup> „Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten sorgt damit für eine ebenso effiziente wie differenzierte Informationsverteilung.“<sup>370</sup> Die angesprochenen kulturell-wirtschaftlichen Argumente mögen richtig und erbaulich sein, doch sind sie nicht rechtlicher Art und vermögen schon gar nichts über das hier interessierende Problem auszusagen, ob es sich bei personenbezogene Daten *de lege lata* um selbstständig verwertbare Vermögensrechte handle.

An dieser Stelle bietet sich die Subsumtion personenbezogener Daten unter den Begriff der Immaterialgüterrechte an.<sup>371</sup> Eine konzise Lehrbuchdefinition dieser Rechte lautet:

„Juristisch sind die Immaterialgüterrechte als *Vermögensrechte* an verselbständigten geistigen Gütern ausgestaltet. Sie sind subjektive Rechte und geben ihrem Inhaber damit eine Berechtigung an der Verwertung des immateriellen Guts, die dinglicher Natur ist. Sie sind außerdem absolute Rechte, verleihen ihrem Inhaber also sowohl die positive Nutzungsbefugnis als auch das negative Abwehrrecht.“<sup>372</sup>

Nun fällt beim Urheberrecht auf, dass es nach § 23 Abs 3 UrhG als solches nicht übertragbar ist, sondern nur die Rechtsfiguren der Werknutzungsbewilligung und des Werknutzungsrechts hinsichtlich der „dem Urheber vorbehaltenen Verwertungsarten“ gemäß § 24 UrhG zur Auswahl stehen. Dies scheint den Bedürfnissen der Kommerzialisierung personenbezogener Daten angemessen zu sein:<sup>373</sup> Einerseits ließe sich mit den Daten handeln und sie dabei unter dem Aspekt der Verwertungsrechte behandeln, andererseits bliebe der Personenbezug selbst unter dem Aspekt des Persönlichkeitsrechts unveräußerlich. In diesem Sinne schreibt *Buchner*, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung „sowohl ideelle wie materielle Interessen umfasst“.<sup>374</sup> In Kontinentaleuropa wird das Urheberrecht als monistisches Konzept betrachtet,<sup>375</sup> auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird teilweise als Einheit von ideellen

---

<sup>369</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 175 ff.

<sup>370</sup> Ebd., 183.

<sup>371</sup> Vgl. *Riechert*, Dateneigentum – ein unauflösbarer Interessenkonflikt?, DuD 2019, 353 [355]; *Dürager*, ÖBl 2018, 260 [263]; insbesondere *Fezer*, ZD 2017, 99; *Wandtke*, Ökonomischer Wert von persönlichen Daten. Diskussion des „Warencharakters“ von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht, MMR 2017, 6 [10]; *Zech*, CR 2015, 137 [138 f].

<sup>372</sup> Vgl. *Wiebe*, Erster Abschnitt: Einführung. In: ders. (Hg.), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht<sup>3</sup> (2016), 23 [27]. Hervorgehobenes im Original fett gedruckt.

<sup>373</sup> Vgl. *Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung, 105 f; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 212.

<sup>374</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 219; vgl. ebd., 217, 220 f; vgl. *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 142.

<sup>375</sup> *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 10, spricht von „Mischformen“; vgl. *Peifer*, Individualität, 74, 128; ebd., 57, wird zwischen der „Eigentümer- und Authentifizierungsfunktion“ unterschieden; *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 169: „Eine klare Trennung materieller und ideeller Interessen ist kaum möglich.“ Vgl. auch *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 72 ff; *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 100 f, 236 ff.

und materiellen Positionen gesehen.<sup>376</sup> Der OGH hat hinsichtlich des am eigenen Bild nach § 78 UrhG einen „geldwerten Bekanntheitsgrad“ anerkannt;<sup>377</sup> Gleiches gilt für das Namensrecht.<sup>378</sup> Dass aber irgendeine Form der Selbstbestimmung an sich veräußerlich sein könne, ist denkunmöglich.<sup>379</sup> Nun sind personenbezogene Daten nicht mit der informationellen Selbstbestimmung der betroffene Person gleichzusetzen, denn es handelt sich bei ihnen um der Person äußerliche Gegenstände.

Die Qualifikation personenbezogener Daten als Immaterialrechtsgüter zöge die rechtliche Verwertungsmöglichkeit durch *Lizenz* nach sich. Dabei wird zwischen der translativen, die dem ausschließlichen, (quasi-)dinglichen Werknutzungsrecht, und der konstitutiven Übertragung,<sup>380</sup> die der schuldrechtlichen Werknutzungsbewilligung entspricht,<sup>381</sup> unterschieden. Befürwortet wird im Datenrecht allenfalls die konstitutive Übertragung, welche „ein Tochterrecht zur Entstehung bringt“,<sup>382</sup> während das „Mutterrecht“<sup>383</sup> als grundsätzliche „Rechtszuständigkeit“<sup>384</sup> beim Übertragenden verbleibt.<sup>385</sup> Die Annahme einer Übertragbarkeit personenbezogener Daten seitens des Betroffenen ist nach der durch die DSGVO geschaffene Rechtslage schon deshalb problematisch, weil die datenschutzrechtliche Einwilligung nach Art 6 Abs 1 lit a iVm Art 4 Z 11 als primäres Verwertungsinstrument<sup>386</sup> in Art 7 Abs 3 ausdrücklich und unmissverständlich für *jederzeit widerruflich* erklärt wird. Auch die Erlaubnis der Datenverarbeitung aufgrund eines Vertrags gemäß Art 6 Abs 1 lit b dient nicht als Grundlage für die privatautonome Übertragung von Rechten an Daten, da die Verarbeitung nicht als eigentlicher Vertragsinhalt, sondern nur als Instrument für die „Erfüllung eines Vertrags“ im Rahmen des Erforderlichen zugelassen wird.

---

<sup>376</sup> Vgl. *Hofmarcher*, Persönlichkeitsrechte als Immaterialgüter(ähnliche)rechte?, ÖJZ 2013, 543 [543]; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 76 ff, 80 f; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 138 f; *Peukert*, ZUM 2000, 710 [719 ff], spricht von der „Doppelnatur“ und „Persönlichkeitsverwertungsrechten“; *Ohly*, Einwilligung, 156 ff, mwN; *G. Wagner*, Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, ZEuP 2000, 200 [228].

<sup>377</sup> OGH 07.11.2007, 6 Ob 57/06k; RIS-Justiz RS0019890, RS0125855; vgl. *Staudegger*, ÖJZ 2014, 107 [115]; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 30; *Kodek* in Kucsko/Handig, urheber.recht<sup>2</sup>, § 78 UrhG (Stand 1.4.2017), Rz 110; *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 111 ff.

<sup>378</sup> Vgl. ebd., 65 ff; RIS-Justiz RS0126118, RS0114462.

<sup>379</sup> Vgl. *Zeiller*, Das natürliche Privatrecht, § 49.

<sup>380</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 281 ff; *Ohly*, Einwilligung, 147 ff.

<sup>381</sup> Vgl. *Büchtele* in Kucsko/Handig, urheber.recht<sup>2</sup>, § 24 UrhG (Stand 1.4.2017), Rz 7 ff.

<sup>382</sup> *Ohly*, Einwilligung, 148.

<sup>383</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 282.

<sup>384</sup> *Ohly*, Einwilligung, 147.

<sup>385</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 281 ff; kritisch *Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung, 107 ff, 253.

<sup>386</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 255 f, 135.

Ein weiteres – womöglich das entscheidende – Argument ergibt sich aus dem *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte,<sup>387</sup> welches mit dem „Prinzip der Gemeinfreiheit von Informationen“<sup>388</sup> einhergeht. Es steht demzufolge nicht an, Güter privatautonom für eigentumsfähig zu erklären, da dies dem Gesetzgeber vorbehalten ist.<sup>389</sup> Der Unionsgesetzgeber habe wesentlich den „Persönlichkeitsschutz“ und gerade „kein[en] Sachenschutz oder Urheberrecht“ vorgesehen.<sup>390</sup> Die Einordnung personenbezogener Daten zugunsten des Betroffenen ins Urheberrecht verbietet sich schon deshalb, weil dieses in der Sprache *Zechs* in erster Linie syntaktische Informationen schützt,<sup>391</sup> wohingegen Daten semantische Informationen seien.<sup>392</sup>

„Das persönliche Datum ist kein Immaterialgut, d.h., es beruht nicht auf der geistigen Leistung einer Person, sondern stellt eine bloße Aussage über diese dar.“<sup>393</sup>

Der Betroffene ist gerade nicht Schöpfer der Daten, sondern nur deren Gegenstand. Die Generierung von Daten knüpft zwar an Eigenschaften, Verhältnissen und Verhalten<sup>394</sup> des Subjekts an, liegt aber in der Sphäre des Verarbeitenden.<sup>395</sup> Zudem wird der erforderliche individuelle Schöpfungscharakter<sup>396</sup> in vielen Verarbeitungskontexten zu verneinen sein;<sup>397</sup> das Datenschutzrecht erfasst als Privatsphärenschutz dagegen das „Allgemeinmenschliche“,<sup>398</sup> bezieht sich also problemlos ebenso auf banale Daten.<sup>399</sup>

Es folgt somit aus mehreren Argumenten, dass personenbezogene Daten keine immaterialgüterrechtliche Position begründen und aufgrund des Regimes der DSGVO nicht im eigentlichen Sinn übertragbar sind. Zwar fungieren sie als von der Person gewissermaßen abgelöste Güter des Wirtschaftsverkehrs, doch sprechen auf juristischer Ebene die meisten Gründe für eine persönlichkeitsakzessorische Betrachtung: Im Zentrum stehen nicht Daten als Handelsgut, sondern Daten über Menschen. Dadurch ist allerdings das Tor zu einer

---

<sup>387</sup> Peifer, Individualität, 273; vgl. Riechert, DuD 2019, 353 [354]; Druey, Information als Gegenstand des Rechts, 100 f.

<sup>388</sup> Wiebe in: ders., Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, 23 [27];

<sup>389</sup> Vgl. Peifer, Individualität, 286, 316.

<sup>390</sup> Lachmayer in Knyrim, DatKomm, Art 1 (Stand 1.12.2018), Rz 32, mit Verweis auf Pötters in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 1, Rz 8.

<sup>391</sup> Vgl. Zech, Information als Schutzgegenstand, 246 ff, 352 ff.

<sup>392</sup> Vgl. ebd., 215 ff.

<sup>393</sup> Ebd., 216; vgl. dens., CR 2015, 137 [140].

<sup>394</sup> Vgl. Fezer, ZD 2017, 99 [passim].

<sup>395</sup> Vgl. Bull, CR 2018, 425 [428].

<sup>396</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0115496; Peifer, Individualität, 76 ff.

<sup>397</sup> Vgl. Ehlen/Brandt, Die Schutzfähigkeit von Daten – Herausforderungen und Chancen für Big-Data-Anwender, CR 2016, 570 [571 f].

<sup>398</sup> Peifer, Individualität, 221.

<sup>399</sup> Vgl. Bull, CR 2018, 425 [428].

wirtschaftlichen Betrachtung nicht *ex ante* versperrt – haftungsrechtlich entscheidend ist dabei aber nicht die Frage nach der Übertragbarkeit des Gutes, sondern diejenige nach dessen *Zuweisungsgehalt*.<sup>400</sup> Es handelt sich dabei um ein Problem des semantischen Inhalts der betreffenden Daten, welcher beispielsweise anhand des Kriteriums der Sensibilität nach Art 9 DSGVO beurteilt werden kann. So wird man tendenziell intimen Daten wie z.B. über Ethnie, Religion oder Sexualität keinen wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt zusprechen, mit der Folge, dass bei einer Datenschutzverletzung ohne Folgeschäden am Vermögen in der Ausfüllung des Schadenersatzanspruchs das materielle dem immateriellen Interesse weicht; in der persönlichkeitsrechtlichen Literatur wird entsprechend beispielsweise der Ehre,<sup>401</sup> dem Charakterbild<sup>402</sup> und der Privatsphäre jeglicher kommerzieller Gehalt abgesprochen.<sup>403</sup> Der Begriff des Gutes tritt in diesem Zusammenhang in der Hinter- und der des *Interesses* in den Vordergrund.<sup>404</sup> Eine solche Herangehensweise hilft auch dabei, in der Verarbeitung personenbezogener Daten Interessen abzugrenzen, die an sich materiell sind. So könnte man beispielsweise zur Schadensberechnung die Lizenzanalogie<sup>405</sup> heranziehen, wenn in der Datenverarbeitung das Recht am eigenen Bild berührt wird;<sup>406</sup> im Adresshandel bestehen marktübliche Preise für Konsumentenkarteien;<sup>407</sup> die Verarbeitung falscher Daten bzw. die Verfälschung könnte in das Interesse an der vermögenswerten „Geltung der Persönlichkeit“<sup>408</sup> eingreifen, indem aufgrund der unrichtigen Verarbeitung nicht nur ein ideelles Interesse verletzt ist, sondern beispielsweise ein Kredit verweigert oder für eine Leistung ein überhöhter Preis verlangt wird.<sup>409</sup> Bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Zuweisungsgehalts ist somit auf den jeweiligen *Verarbeitungskontext*, insbesondere auf den Zweck der Verarbeitung abzustellen.

---

<sup>400</sup> Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 124; *Wilburg*, AcP 163, 346 [347].

<sup>401</sup> Vgl. *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 103 f.

<sup>402</sup> Vgl. ebd., 149.

<sup>403</sup> Vgl. ebd., 104 ff.

<sup>404</sup> Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 125; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 87 f, 203, 217; vgl. die Unterscheidung bei *Peifer*, Individualität, 144 ff; zum Recht am eigenen Bild auch *Kodek* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup>, § 78 (Stand 1.4.2017), Rz 8.

<sup>405</sup> Vgl. *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 139 ff; *Heitmann*, Der Schutz der materiellen Interessen an der eigenen Persönlichkeitssphäre durch subjektiv-private Rechte. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (1963), 78 ff; *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1466].

<sup>406</sup> Vgl. *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 49 ff.

<sup>407</sup> Vgl. *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 144; *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1466].

<sup>408</sup> *Heitmann*, Schutz der materiellen Interessen, 97 ff; *sub titulo* wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht bei *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 73; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 137 f, mwN; vgl. § 1330 ABGB; RIS-Justiz RS0031682, RS0008987.

<sup>409</sup> Vgl. *Paal*, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing. Dynamische und individualisierte Preise im virtuellen Wettbewerb, GRUR 2019, 43 [44].

Bezeichnenderweise sind nach derzeitiger Rechtsprechung datenschutzrechtliche Streitgegenstände nicht nach § 502 Abs 2 ZPO zu bewerten, sofern keine Geldforderung eingeklagt wird:

„Vielmehr handelt es sich um *höchstpersönliche Ansprüche*; der Anspruch auf Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten ist ein bloßes Begleitrecht bzw Nebenrecht [...], das trotz seiner möglicherweise *vermögensrechtlichen Konsequenzen* im Einzelfall nicht zu einer Einstufung dieser Ansprüche als vermögensrechtlich führt.“<sup>410</sup>

Aus dieser Aussage lässt sich schließen, dass sich der wirtschaftliche Zuweisungsgehalt eines personenbezogenen Datums allenfalls aus im Verarbeitungskontext begründeten, typischerweise vorhersehbaren Folgen ergeben kann, sofern nicht bereits jedweder primäre Vermögenswert ausgeschlossen und diesbezüglich bloß auf Folgeschäden verwiesen werden soll. Beruft sich die Partei im Zusammenhang mit einer Datenschutzverletzung auf eine Kreditschädigung nach § 1330 Abs 2, so ist der Anspruch sehr wohl vermögensrechtlicher Natur und der Streitgegenstand folglich zu bewerten.<sup>411</sup>

### 3. Informationsrecht als eigener Ansatz

Zwar nicht verunmöglicht, aber doch wesentlich erschwert wird die vermögensrechtliche Zuordnung personenbezogener Daten zusätzlich zu den oben genannten Gründen durch das Problem der sogenannten *Mehrrelationalität*.<sup>412</sup> Mehrrelational ist ein Datum dann, wenn es sich auf mehrere Personen bezieht:

„Was ich von jemand [sic] kaufe, bei wem ich meine Schulden nicht bezahle oder worüber ich mich mit jemand unterhalte – all diese Tatsachen und Informationen beziehen sich nicht nur auf mich, sondern auch auf meine Geschäfts-, Vertrags- und Informationspartner.“<sup>413</sup>

Laut *Specht* handelt es sich dabei jedoch um Ausnahmen, da sich die meisten Daten bloß auf eine Person beziehen. Ob dies empirisch stimme, man dahingestellt sein; in prinzipieller Hinsicht wird diese Aussage allerdings dann zweifelhaft, wenn man das personenbezogene Datum in Einklang mit dem Volkszählungsurteil als „Abbild sozialer Realität“<sup>414</sup> betrachtet, wodurch es nur noch im Kontext zwischenmenschlicher Einbettung denkbar ist. So fordert *Bull* in der früheren Datenschutzdebatte zutreffend ein „Recht der Informationsbeziehungen“,

---

<sup>410</sup> OGH 11.10.2010, 6 Ob 112/10d, mwN. Hervorhebungen M.C. Vgl. auch OGH 15.05.2014, 6 Ob 6/14x; OGH 28.06.2000, 6 Ob 148/00h; RIS-Justiz RS0042418 (T7), RS0042734.

<sup>411</sup> OGH 23.07.2014, 3 Ob 100/14y; RIS-Justiz RS0042418 (T16).

<sup>412</sup> Vgl. *Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung, 94 ff, mwN; *dies.*, CR 2016, 288 [295]; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 221 ff.

<sup>413</sup> Ebd., 222.

<sup>414</sup> BVerfG, 1 BvR 209/83, Rz 148.

das „von den betroffenen Interessen her konzipiert werden“ müsse.<sup>415</sup> Nach ErwGr 4 DSGVO muss das Recht auf Datenschutz „im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen“ werden. *Buchner* erblickt entsprechend die „prinzipielle Gleichrangigkeit“ von Datenschutz und Informationsfreiheit,<sup>416</sup> was eine Deutung dieser beiden Rechte als wechselseitig konstitutiv nahelegt. Grundsätzlich hat „niemand einen Anspruch darauf, nur so von anderen dargestellt zu werden, wie er sich selbst gerne sieht oder gesehen werden möchte.“<sup>417</sup> Die allzu starke Relativierung des Wertes der Wahrheit<sup>418</sup> zugunsten der einseitigen, gleichsam absoluten Entscheidungsmacht eines Individuums würde zwischenmenschliche Kommunikation wiederum denaturieren und für das Wirtschaftsleben unbrauchbar machen. Vielmehr muss sich das Datenschutzrecht auf die Behebung informationellen, technologischen und ökonomischen Ungleichgewichts konzentrieren.<sup>419</sup>

Mit der Möglichkeit, personenbezogene Daten sowohl persönlichkeitsrechtlich als auch – wenngleich eingeschränkt – sachen- und vertragsrechtlich zu behandeln,<sup>420</sup> geht außerdem das Problem der von *Mayer-Schönberger* vorgebrachten doppelten „Subjekt-Objekt-Relation“<sup>421</sup> zwischen Person und Information einher. Einerseits können eigentumsrechtliche Positionen an Information begründet werden, sodass ein Teil der Beziehung „vom Subjekt auf das Objekt gerichtet“ sei;<sup>422</sup> andererseits wird beispielsweise vom Datenschutzrecht<sup>423</sup> der zweite Teil der Beziehung erfasst:

„Gleichzeitig ist aber jede Information von einem Menschen eine *über* ihn. In ihr spiegelt sich ein besonderer Aspekt seiner Identität, seiner selbst wider. Ihre Richtung ist der eigentumsähnlichen Relation entgegengesetzt. Sie zeigt von der Information zum Menschen – vom Abbild zum Original. Sie wirkt auf das Subjekt zurück.“<sup>424</sup>

Information sei anders als „die im Eigentum einer Person befindliche Sache“ wesentlich kontextbezogen.<sup>425</sup> Erst aus diesem Kontext ergeben sich persönlichkeits- bzw. vermögensrechtliche Zuweisungen von Rechten an Information. Erstere seien damit zu begründen, dass das personenbezogene Datum „einen Mosaikstein des Gesamtbildes dieser

---

<sup>415</sup> *Bull*, Vom Datenschutz zum Informationsrecht – Hoffnungen und Enttäuschungen. In: Hohmann (Hg.), Freiheitssicherung durch Datenschutz (1987), 173 [181].

<sup>416</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 93 ff.

<sup>417</sup> Ebd., 86.

<sup>418</sup> Vgl. *Brossette*, Wert der Wahrheit, *passim*.

<sup>419</sup> Vgl. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 361.

<sup>420</sup> Vgl. *Fezer*, ZD 2017, 99 [100].

<sup>421</sup> *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 54 ff.

<sup>422</sup> Ebd., 55.

<sup>423</sup> Vgl. ebd., 142 f.

<sup>424</sup> Ebd. Hervorhebung nach Original.

<sup>425</sup> Ebd., 56; zur Lehre vom „Verwendungszusammenhang“ *Simitis*, NJW 1984, 398 [402].

Person in der Gesellschaft“ repräsentiere und somit ihre Identität berühre.<sup>426</sup> Streng genommen ist dem Identitätsargument nicht zuzustimmen, da die Person nach § 16 ABGB lediglich als Träger von Rechten und Pflichten bestimmt, mithin in ihrer rechtlichen Identität von sie zwar betreffenden, aber ihr dennoch äußerlichen Daten – sie mögen eine noch so suggestive „Aura der Objektivität“<sup>427</sup> ausstrahlen – prinzipiell unabhängig ist. Verschiedene informationelle Zuweisungsgesichtspunkte möchte *Mayer-Schönberger* anhand eines „beweglichen Systems“ in Harmonie setzen,<sup>428</sup> wobei als maßgebliche Elemente unter anderem die „Stärke der persönlichkeitsstangierenden Dimension der Information“ sowie deren Marktfähigkeit fungieren.<sup>429</sup> Daten können somit nicht nur semantisch mehrrelational, sondern auch auf vermögensrechtlicher Ebene verschiedenen Personen zugewiesen sein.<sup>430</sup> Der Autor betont, dass das Recht an Information mit Blick auf die Kommunikationsfreiheit immer nur relativ zu betrachten sei.<sup>431</sup> Seine Konzeption ist nicht zuletzt dadurch ein „autonomer informationsrechtlicher Ansatz“.<sup>432</sup>

Dass das Datenschutzrecht nicht nur aus der Perspektive des Persönlichkeits- oder Sachenrechts zu behandeln sei, erhellt bereits aus dem Titel der DSGVO, welche nicht nur „zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“, sondern auch „zum freien Datenverkehr“<sup>433</sup> erlassen wurde. Einerseits ist das Prinzip der Informationsfreiheit konstitutive Bedingung für wirtschaftlichen Fortschritt, welcher insbesondere in der sog. „Informationsgesellschaft“ durch den Austausch von Wissen vermittelt ist, sowie für die auf Partizipation angewiesene Demokratie. Andererseits ist es Aufgabe des subjektiven Datenschutzrechts, eine Abgrenzung individueller Selbstbestimmung gegen Eingriffe anderer vorzunehmen. Diese beiden Aspekte müssen miteinander in Einklang gebracht werden. Es ist dem Datenschutzrecht nicht um die Monopolisierung von Information zu tun – vielmehr richtet es sich auf die Intaktheit zwischenmenschlicher Verständigung und sucht auf Asymmetrie beruhende Kommunikationsstörungen zu beheben.<sup>434</sup> „Kommunikation ist, immer wenigstens zu einem

---

<sup>426</sup> *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 56.

<sup>427</sup> *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 393.

<sup>428</sup> Vgl. *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 53 f, 57; der Ursprung des mittlerweile abgenutzten Topos liegt in *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts (1941), 28 ff.

<sup>429</sup> *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, 60.

<sup>430</sup> Vgl. ebd., 59.

<sup>431</sup> Vgl. ebd.

<sup>432</sup> Ebd., 53.

<sup>433</sup> Vgl. Art 39 EUV, Art 16 Abs 2 AEUV; ErwGr 13, 170, Art 1 DSGVO.

<sup>434</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 88 f; *Hoffmann-Riem*, AöR 1998, 513 [527 ff].

Teil, Selbstzweck“,<sup>435</sup> somit keinesfalls auf Persönlichkeits- oder Vermögensrechte zu reduzieren. Der betroffenen Person sind in der DSGVO deshalb weitreichende Rechte zugeordnet, weil Kommunikation „aus individuellen Kontakten konstituiert“<sup>436</sup> wird, somit insbesondere im Bereich der Privatautonomie auf die tatsächliche Gestaltungsfreiheit des Individuums angewiesen ist und nicht zu dessen Lasten vereinseitigt werden darf.

Das Datenschutzrechtsverhältnis lässt sich am besten als *Prozess* beschreiben, wenn man sich vor Augen hält, dass sich der Begriff der Verarbeitung nach Art 4 Z 2 DSGVO genauso wie der des Informierens bzw. der Aufklärung nach Art 12 ff und des Widersprechens gemäß Art 21 f auf Vorgänge bezieht. Information ist – ob es sich nun um die Erhebung von Daten oder die Erteilung von Auskünften handelt – in erster Linie vielmehr Vorgang<sup>437</sup> und Bewegung<sup>438</sup> als praktikabler Weise zuzuweisendes Rechtsgut. *Druey* vertritt freilich eine radikale Sichtweise: „[N]icht Interesse, Gut oder Wert, sondern Geschichte oder Zuständigkeit ist im Informationsrecht massgebend.“<sup>439</sup> Allerdings wird zuzeiten auch im allgemeinen Zivilrecht verfahrensrechtsanalog von einer *Zuständigkeitsordnung*<sup>440</sup> gesprochen, welche im Rechtsgeschäfts-, Sachen- und Haftungsrecht Niederschlag findet. Jedenfalls wird in dieser Arbeit das datenschutzrechtlich geregelte Vertragsverhältnis zwischen Personen vornehmlich unter prozeduralen Aspekten behandelt; im Lichte dieses Gedankens werden denn auch Schadenersatzansprüche auszugestalten sein.

#### 4. Exkurs: Daten als Grundrechtpositionen

Das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten ist ein Grundrecht gemäß Art 8 GRC, Art 8 EMRK<sup>441</sup> und § 1 DSG. Vorangeschickt sei, dass Art 8 GRC nur mittelbare,<sup>442</sup> § 1 DSG allerdings unmittelbare *Drittwirkung*<sup>443</sup> zugeschrieben wird. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung „zählt heute mehr denn je zum Standard europäischer Rechtskultur, auch

---

<sup>435</sup> *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 151. Dort mit Hervorhebung.

<sup>436</sup> Ebd., 182.

<sup>437</sup> Vgl. ebd., 71, 354.

<sup>438</sup> Vgl. ebd., 172.

<sup>439</sup> Ebd., 212.

<sup>440</sup> Vgl. *Ohly*, Einwilligung, 182; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 68 ff; speziell zum Informationsrecht *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 143 ff; vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 221 f, 441 ff.

<sup>441</sup> Vgl. *Nettesheim* in Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, § 9, Rz 49 f, mwN.

<sup>442</sup> *Riesz* in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar<sup>2</sup>, Art 8 (Stand 1.4.2019), Rz 88.

<sup>443</sup> VfSlg 12.194/1989; *Berka*, Bundesverfassungsrecht (2016), Rz 1409; *Lachmayer* in Knyrim, DatKomm (Stand 01.10.2018), Art 1 DSGVO, Rz 18, 56, 73, 88, 94-98, 113; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG<sup>2</sup>, § 1 (Stand 26.11.2015), Anm. 2.

wenn es nicht positiviert ist.“<sup>444</sup> Grundrechtlich gilt es, einem durch übermäßige oder missbräuchliche Datenverarbeitung drohenden „Hemmungseffekt“ für die freie Entfaltung der Persönlichkeit entgegenzutreten: „Dieser Hemmeffekt kann schon dadurch ausgelöst werden, dass in der Gedankenwelt eines Dritten ein nicht erwünschtes Bild entsteht.“<sup>445</sup> Es ist nun überblicksmäßig zu klären, welche Einwirkung das in mehrfacher Hinsicht außergewöhnliche Datenschutzgrundrecht auf das Vertragsverhältnis und die Schadenshaftung haben kann.

Die Theorie der *mittelbaren* Drittwirkung setzt zunächst voraus, dass Grundrechte ihrer Entstehungsgeschichte sowie ihrer Natur nach ausschließlich an den Staat gerichtet seien,<sup>446</sup> und verweist sodann den Grundrechtsschutz *inter privatos* auf „Umwege“: Einerseits treffen den Staat Schutzpflichten, d.h. Pflichten, „die Abgrenzung der Sphären gleichgeordneter Rechtssubjekte sowie die Durchsetzbarkeit und Durchsetzung dieser Abgrenzung“ effektiv zu gewährleisten;<sup>447</sup> andererseits sind Grundrechte als fundamentale objektive Werte der Rechtsordnung<sup>448</sup> im Wege der Konkretisierung von Generalklauseln wie §§ 16, 879 ABGB zu berücksichtigen.<sup>449</sup> § 16 kommt dabei die Rolle einer „Transformationsstelle“<sup>450</sup> zwischen Privat- und Grundrechten zu, was mit der „Interdependenz von Grund- und Persönlichkeitsrechten“<sup>451</sup> zusammenhängt. Eine Generalklausel findet sich im Prinzip der Datenverarbeitung nach *Treu und Glauben* gemäß Art 5 Abs 1 lit a DSGVO iVm Art 8 Abs 2 GRC, fernerhin ist der Begriff des überwiegenden berechtigten Interesses konkretisierungsbefürftig.

Die traditionell als gegenläufig behandelte Theorie der *unmittelbaren* Drittwirkung geht indes davon aus, dass Grundrechte im „Gleichordnungsverhältnis“<sup>452</sup> direkt anwendbar seien, sodass von Privaten gesetzte Handlungen dem verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt unterliegen und am Maßstab der Verhältnismäßigkeiten zu prüfen seien.<sup>453</sup> Dabei wird allerdings eingeräumt, dass die Grundrechtswirkung zwischen Privatrechtssubjekten differenzierter zu verstehen sei und die Schutzintensität in diesem Fall „eine etwas andere“ sei

---

<sup>444</sup> Ebd.

<sup>445</sup> *Nettesheim* in Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, § 9, Rz 75.

<sup>446</sup> Vgl. *Bydlinski*, JZ 1965, 67/85 [69 ff], mwN; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, 201 [210 ff], mwN.

<sup>447</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 410 ff; vgl. *Canaris*, AcP 184, 201 [225 ff]; *Meissel* in FS Mayer, 371 [382].

<sup>448</sup> Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 477 ff, 485, mwN.

<sup>449</sup> Vgl. ebd., 222 ff; *Bydlinski*, JZ 1965, 67/85 [69, 87].

<sup>450</sup> *Ostheim*, Weisung, 83; vgl. *Meissel* in FS Mayer, 371 [389].

<sup>451</sup> *Karner*, ÖJZ 2013, 906 [909].

<sup>452</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 490.

<sup>453</sup> Vgl. *Bydlinski*, JZ 1965, 67/85 [68 f, 86], mwN; *Canaris*, AcP 184, 201 [202 ff], mwN.

als im Verhältnis zwischen Staat und Bürger.<sup>454</sup> Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte findet in der DSGVO insofern Ausdruck, als diese die Datenverarbeitung im öffentlichen und im privaten Bereichen auffallend gleichförmig regelt und in den Erlaubnistatbeständen des Art 6 einen „privaten Eingriffsvorbehalt“<sup>455</sup> enthält. Daten dürfen auch auf privatautonom gesetzter Grundlage gemäß dem *Zweckbindungsgrundsatz* des Art 5 Abs 1 lit b nur für „festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden“; aufgrund des Prinzips der *Datenminimierung* nach lit c müssen verarbeitete Daten zudem „dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein“. So dürfen personenbezogene Daten gemäß Art 6 Abs 1 lit b aufgrund eines Vertrags nur dann verarbeitet werden, wenn dies zu dessen Erfüllung erforderlich ist. Noch einen Schritt weiter geht der Erlaubnistatbestand des überwiegenden berechtigten Interesses nach lit f, welcher zu umfassender Interessenabwägung verpflichtet – das OLG Wien ist in diesem Zusammenhang insofern vorbildlich, als es unter Bezugnahme auf das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ konsequent eine *Verhältnismäßigkeitsprüfung* vornimmt, sonach nicht nur die Eignung und Erforderlichkeit, sondern auch Angemessenheit der Datenverarbeitung beleuchtet.<sup>456</sup>

Nichtsdestominder dürfen Methoden des öffentlichen Rechts nicht mit denen des Zivilrechts vermengt werden: Indem das Gericht die Verhältnismäßigkeit einer privaten Datenverarbeitung prüft, nimmt es eine Interessenabwägung zwischen formal gleichgeordneten Privatrechtssubjekten vor, anstatt in einem Subordinationsverhältnis öffentliches Interesse einerseits und Abwehrrechte andererseits zu diskutieren. Maßgeblich ist in solchen Fällen nicht die Ausübung hoheitlicher Gewalt seitens des Verarbeitenden, sondern allenfalls das Vorliegen asymmetrisch verteilter privater bzw. sozialer Macht.<sup>457</sup> Es sei in diesem Kontext auf die „Eigenständigkeit des Privatrechts“<sup>458</sup> hingewiesen: Die gesetzliche Verankerung der Privatautonomie beruht nicht auf Delegation oder Ermächtigung,<sup>459</sup> sondern auf Anerkennung<sup>460</sup> einer von Natur einleuchtenden Freiheit. Dies steht im Einklang mit dem Erlaubnistatbestand der freiwilligen Einwilligung der betroffenen Person nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO, welcher die Verhältnismäßigkeitsprüfung entfallen lässt.<sup>461</sup> Die Ableitung der

---

<sup>454</sup> Bydlinski, JZ 1965, 67/85 [69, 86], mwN; vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 489.

<sup>455</sup> Lachmayer in Knyrim, DatKomm (Stand 01.10.2018), Art 1 DSGVO, Rz 127 ff.

<sup>456</sup> Vgl. OLG Wien 12.01.2007, 7 Ra 3/07y, RW0000357.

<sup>457</sup> Vgl. Bydlinski, JZ 1965, 67/85 [87]; kritisch Canaris, AcP 184, 201 [206 f, 245].

<sup>458</sup> Bydlinski, JZ 1965, 67/85 [69].

<sup>459</sup> Vgl. ebd., 89.

<sup>460</sup> In denselben Begriffe Canaris, AcP 184, 201 [218 f].

<sup>461</sup> Vgl. Lachmayer in Knyrim, DatKomm (Stand 01.10.2018), Art 1 DSGVO, Rz 128.

Privatautonomie aus der Eigentumsgarantie nach Art 5 StGG<sup>462</sup> ist nicht notwendig – bestimmte Verfügungsgeschäfte mögen Akte der Vermögensverschiebung sein, doch ist die privatautonome Selbstbindung als solche unabhängig von Fragen des Eigentums.<sup>463</sup> Jedenfalls lassen sich privatrechtliche Fälle auch im Anwendungsbereich der DSGVO nicht allein mit grundrechtlicher Argumentation lösen, sodass Zivilrechtsnormen „konstitutive Bedeutung“<sup>464</sup> zukommt; vielmehr noch lässt sich sagen, dass das Privatrecht den Grundrechtsschutz „selbsttätig leistet“,<sup>465</sup> indem es durch flexibel anwendbare Detailregelungen individuelle Freiheits- und Persönlichkeitssphären innerhalb einer Rechtsgemeinschaft abgrenzt und zum Ausgleich bringt.<sup>466</sup>

Die oben erwähnte prozeduralistische Lesart des Datenschutzrechts legt eine Betrachtung des Rechts auf Verfahren nach *Alexy* nahe: Er begreift „Rechtsinstitute des Privatrechts“ als „Normenkomplexe, die wesentlich aus Kompetenznormen bestehen.“<sup>467</sup> Damit rückt das „Verfahren privatautonomer Rechtserzeugung“<sup>468</sup> in den Mittelpunkt, welches der selbständigen Regelung und Abgrenzung von Rechtsbeziehungen dient. Folgerichtig betont *Buchner* die Bedeutung der „staatliche[n] Infrastrukturverantwortung“ im Datenschutzrecht.<sup>469</sup> Es soll ein System intakter Kommunikationsbeziehungen gewährleistet werden. Einerseits ist freie Kommunikation Selbstzweck,<sup>470</sup> andererseits ist es auch im Datenschutzprivatrecht um die Ermöglichung der „Dezentralisierung der wirtschaftlichen Werte“<sup>471</sup> zu tun. Es geht um die „richtige[] Verteilung von Freiheiten“,<sup>472</sup> teils in ideeller, teils in wirtschaftlicher Hinsicht. Deutet man die Betroffenenrechte der DSGVO als *Partizipationsrechte*,<sup>473</sup> leuchtet es umso deutlicher ein, „daß Rechte auf verfahrensmäßige Positionen Rechte darauf sind, daß etwas existiert, was zu seiner Herstellung positiver Handlungen bedarf“,<sup>474</sup> dass effektiver Datenschutz folglich wesentlich auf die aktive Rechtsverfolgung und Kommunikationsbereitschaft seitens der Beteiligten angewiesen ist.

---

<sup>462</sup> Vgl. VfSlg 12.227/1989; RIS-Justiz RS0108004.

<sup>463</sup> Vgl. *Bydlinski*, JZ 1965, 67/85 [89].

<sup>464</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 492.

<sup>465</sup> *Bydlinski*, JZ 1965, 67/85 [86].

<sup>466</sup> Vgl. ebd.

<sup>467</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 221.

<sup>468</sup> Ebd., 441; vgl. ebd., 443.

<sup>469</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 130, 312; vgl. ebd., 118.

<sup>470</sup> Vgl. *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 151.

<sup>471</sup> *Bydlinski*, JZ 1965, 67/85 [85].

<sup>472</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 222. Dort mit Hervorhebung.

<sup>473</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 135 ff.

<sup>474</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 435.

## B. Datenverarbeitung kraft Privatautonomie

Nachdem datenschutzrelevante Aspekte des Persönlichkeitsrechts behandelt worden sind, gilt es jetzt, die Prinzipien der privatautonomen Verfügung über personenbezogene Daten aufzufinden. Im Vordergrund steht freilich die Frage, wann eine Verarbeitung *rechtmäßig* sei; an ihre Beantwortung knüpfen sich alsdann haftungsrechtliche Konsequenzen. Da die hier interessierende vertragliche Haftung auf einem vertraglichen oder zumindest vertragsnahem Sonderverhältnis gründet, ist die Sphäre der Privatautonomie datenschutzrechtlich zu präzisieren und vom außervertraglichen Bereich abzugrenzen.

Zum Kernstück der DSGVO gehören die „Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten“ nach Art 5 sowie die Bedingungen für die „Rechtmäßigkeit der Verarbeitung“ gemäß Art 6. Die Grundsätze der Datenverarbeitung sind Rechtmäßigkeit, Treu und Glauben, Transparenz, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung, Integrität, Vertraulichkeit sowie Rechenschaft. Sie sind nicht nur „programmatische Grundsätze“, sondern auch „unmittelbar geltende verbindliche Regeln“.<sup>475</sup> Es liegt nahe, dass sich eine Vielzahl der genannten Grundsätze im Kontext der Verarbeitung kraft Privatautonomie auf das Prinzip von Treu und Glauben zurückführen lässt; andererseits stellt sich die Frage, inwieweit dem Gedanken der Zweckbindung eigenständige Bedeutung zukomme. Der im Datenschutz und im Informationsrecht zentrale Begriff der Transparenz wurde durch die DSGVO als neuer Grundsatz eingeführt;<sup>476</sup> für seine prinzipielle Unselbständigkeit spricht jedoch, dass er nach der alten Rechtslage im Wege der Interpretation des Prinzips von Treu und Glauben gewonnen wurde.<sup>477</sup> Jedenfalls ist der außerordentlich traditionsreiche Begriff „Treu und Glauben“ sowohl im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung als auch im Wege autonom unionsrechtlicher Interpretation bzw. rechtsvergleichend näher zu beleuchten.

Art 5 Abs 1 lit a DSGVO nennt in einem Atemzug, gleichsam als einen einheitlichen Grundsatz „Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz“. Diese Formulierung ist außergewöhnlich, da nach herkömmlichem Verständnis die Rechtmäßigkeit ein Oberbegriff ist, welcher – differenziert nach den Anforderungen des jeweiligen Rechtsgebiets – die Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben sowie transparenter

---

<sup>475</sup> Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm, Art 5 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 1.

<sup>476</sup> Vgl. die Abwesenheit in Art 6 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI L 1995/281, 31.

<sup>477</sup> Vgl. Herbst in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 5, Rz 18.

Information in sich schließt.<sup>478</sup> Im Datenschutzrecht ist eine Verarbeitung nur dann rechtmäßig, wenn sie erstens von einer gesetzlichen Grundlage gedeckt ist und zweitens auf eine verantwortungsvolle Weise vonstattengeht. Eine Datenverarbeitung, welche zwar formal von einem Rechtsgrund gedeckt ist, aber nicht den Prinzipien gemäß Art 5 DSGVO genügt, ist nichtsdestoweniger unrechtmäßig<sup>479</sup> und führt gegebenenfalls zur Haftung für Schäden.

Die Verarbeitungsgrundlagen gemäß Art 6 Abs 1 DSGVO, welche für den hier behandelten Problemkomplex interessieren, sind in lit a, b, c und f festgesetzt. Es handelt sich um Verarbeitungen aufgrund Einwilligung, im Rahmen eines (vor-)vertraglichen Verhältnisses, in Erfüllung einer Rechtspflicht<sup>480</sup> und zur Bedienung eines überwiegenden berechtigten Interesses eines privaten Rechtsträgers, welcher von der betroffenen Person unterschieden ist. Im Folgenden ist eine Grenzziehung zwischen vertraglichem und außervertraglichem Bereich vorzunehmen. Geradezu repräsentativ für die privatautonome Begründung einer Datenverarbeitung ist die laut Art 7 Abs 3 jederzeit widerrufliche Einwilligung, welche „freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich“ gegeben werden muss.<sup>481</sup> Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang das Gebot der *Granularität*, nach welchem jede Datenverarbeitung möglichst jeweils eindeutig einer Rechtsgrundlage zugeordnet werden muss, wobei eine mehrfache Zuordnung intransparent wäre.<sup>482</sup> Es sind somit Rechtsnatur und Wirksamkeitsvoraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung sowie deren Verhältnis zum Vertragsverhältnis zu klären.

## 1. Treu und Glauben

Das Gebot der Datenverarbeitung nach Treu und Glauben stellt eine Generalklausel dar und bedarf somit zur Anwendbarkeit im Einzelfall der Konkretisierung, welche nach *Röthel* für das zuständige Gericht „weniger gebundenes Entscheiden als gesetzliche aufgetragene

---

<sup>478</sup> Die Anführung der Rechtmäßigkeit als besonderen Rechtsgrundsatz ist „redundant“ (*Reimer* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 5, Rz 13).

<sup>479</sup> Zur Rechtswidrigkeit der Verarbeitung wider Treu und Glauben bereits OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t; OGH 17.12.2009, 6 Ob 247/08d; vgl. auch OGH 29.05.2017, 6 Ob 217/16d.

<sup>480</sup> Vgl. § 7 VKrG, welcher das Kreditinstitut zur Bonitätsprüfung „anhand ausreichender Informationen“ verpflichtet.

<sup>481</sup> Art 4 Z 11 DSGVO.

<sup>482</sup> Vgl. Art 7 Abs 2, ErwGr 32, 43 DSGVO; *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 11 f, 27; *Hödl* in *Knyrim*, *DatKomm*, Art 4 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 121; *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, *DSGVO/BDSG*<sup>2</sup>, Art 6, Rz 23, 60; *Buchner/Kühling* ebd., Art 7, Rz 16 ff; *Ingold* in *Sydow*, *Europäische Datenschutzgrundverordnung*<sup>2</sup>, Art 7, Rz 29; kritisch *Schantz* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG*, Art 6 Abs 1, Rz 12, 89 f; *Klement* ebd., Art 7, Rz 6, 34; *Schulz* in *Gola, DS-GVO*<sup>2</sup>, Art 7, Rz 33.

Rechtsbildung“ darstellt.<sup>483</sup> Der Grundsatz von Treu und Glauben lässt sich in Österreich zu den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ im Sinne des § 7 ABGB zählen,<sup>484</sup> wobei er dem Begriff der „Übung des redlichen Verkehrs“ gemäß § 914 ABGB entspricht und „ganz allgemein das bürgerliche Recht“ beherrscht.<sup>485</sup> Das deutsche Schuldrecht verpflichtet gemäß § 242 BGB zur Leistung nach „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“; gleichwohl dort nicht von einem vernunftrechtlich einleuchtenden natürlichen Grundsatz die Rede ist, verlangt die konkrete Ausfüllung der Norm freilich „eine rationale und transparente Begründung“.<sup>486</sup> Der Grundsatz von Treu und Glauben nach Art 5 Abs 1 lit a DSGVO iVm Art 8 Abs 2 GRC findet in der französischen Sprachfassung im Begriff „loyauté“, in der italienischen in „correttezza“ und in der englischen in „fairness“ seine Entsprechung.<sup>487</sup> In Art 1104 Code Civil heißt es: „Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.“<sup>488</sup> Nach Art 1375 Codice Civile sind Verträge gemäß der *bonae fides* zu erfüllen. Dagegen fehlt in der Tradition des *common law* ein vergleichbarer Grundsatz.<sup>489</sup> Der Rückgriff auf nationale Rechtsordnungen wird für das Verständnis von Treu und Glauben hilfreich sein, ohne jedoch die gebotene autonom unionsrechtliche Auslegung<sup>490</sup> ersetzen zu können. Jedenfalls wird dem Prinzip die Macht eines unmittelbar anwendbaren „Auffangtatbestand[s]“ zugesprochen, welcher im Falle eines gestörten „Kräftegleichgewichts zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen“<sup>491</sup> mangels eines formellen Verstoßes gegen präzisere Regelungen der DSGVO greift.<sup>492</sup> Es ist in diesem Sinne davon auszugehen, dass der Grundsatz in erster Linie als Interpretationsmaxime für die bereits in bemerkenswerter Ausführlichkeit vorhandenen konkreten Regeln<sup>493</sup> fungiert und nur subsidiär unmittelbar anwendbar ist. Insofern besteht eine gewisse Verwandtschaft mit § 7 ABGB, welcher die Entscheidung aufgrund natürlicher Rechtsgrundsätze zwar „mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände“ grundsätzlich erlaubt, aber nur „als letzte Möglichkeit“ nach erschöpfter Suche

---

<sup>483</sup> Röhrl, Normkonkretisierung, 149.

<sup>484</sup> Vgl. Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm, Art 5 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 14; Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG<sup>2</sup>, § 6 (Stand 26.11.2015), Anm. 4.

<sup>485</sup> RIS-Justiz RS0017859.

<sup>486</sup> Schubert in Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup> (2019), § 242, Rz 3.

<sup>487</sup> Vgl. Roßnagel in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 5, Rz 47.

<sup>488</sup> Vgl. Art 1134 Code Civil.

<sup>489</sup> Vgl. Schmidt, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht (2009), 118.

<sup>490</sup> Vgl. Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm, Art 5 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 15 f; Herbst in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 5, Rz 13.

<sup>491</sup> Ebd., Rz 17; vgl. Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm, Art 5 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 17.

<sup>492</sup> Zur Möglichkeit der Durchbrechung geschriebener Normen durch natürliche, „sittliche Grundsätze“ OGH 07.10.1974, 1 Ob 158/74, RS0008957.

<sup>493</sup> Vgl. Art 12 ff DSGVO.

einer passenden Analogie.<sup>494</sup> Art 5 Abs 1 lit a DSGVO ist ein solcher Vorrang der Analogie nicht zu entnehmen, was die Vorschrift im Hinblick auf die Rechtsfindung weniger streng erscheinen lässt. Nicht zu vergessen ist, dass die DSGVO die betroffene Person vor der Datenverarbeitung schützt, der Grundsatz folgerichtig „*Verarbeitung* nach Treu und Glauben“ lautet, somit an den Verantwortlichen adressiert ist. Sollte man zu der Ansicht gelangen, der EU-Gesetzgeber hätte für Zwecke des freien Datenverkehrs die Handlungsfreiheit der betroffenen Person im Wege dieses Grundsatzes einschränken wollen,<sup>495</sup> so sind dessen unmittelbarer Anwendung zulasten des Betroffenen freilich engere Grenzen gesetzt. In diesem Fall wäre durchaus vom Vorrang der Analogie auszugehen.

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist im Unionsprivatrecht aus dem Verbrauchervertragsrecht, namentlich aus der Klausel-RL<sup>496</sup> bekannt, deren Art 3 Abs 1 Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für „mißbräuchlich“ erklärt, „wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner“ zur Folge haben. Nach den ErwGr soll in diesem Zusammenhang die „Möglichkeit einer globalen Bewertung der Interessenlagen der Parteien“ bestehen; nach Treu und Glauben handle derjenige, der sich „loyal und billig verhält“; es komme bei der Beurteilung, ob ein Unternehmer Vertragsklauseln nach Treu und Glauben gestalte, auf das jeweilige „Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien“ an. Die Frage nach dem Kräfteverhältnis werde dann relevant, wenn der Verbraucher keine „Sonderbestellung“ getätigt hat und auf ihn im Hinblick auf die Zustimmung zu den AGB „in irgendeiner Weise eingewirkt wurde“. Hierbei zeigt sich eine Parallele zum Kopplungsverbot nach Art 7 Abs 4 DSGVO, nach welchem bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung „dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden“ muss, „ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“ Laut ErwGr 43

---

<sup>494</sup> Posch in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>5</sup>, § 7 (2018), Rz 21; vgl. Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 7 (Stand 1.3.2017), Rz 17; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (Stand 1.7.2015), § 7, Rz 74.

<sup>495</sup> Für die ausnahmsweise Einschränkung der Widerrufbarkeit der Einwilligung nach Treu und Glauben Schulz in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 57; Klement in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 7, Rz 92; Buchner/Kühling in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 38; zur alten Rechtslage Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, 270 f.

<sup>496</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI L 1993/171, 12.

DSGVO ist bei der Beurteilung der Freiwilligkeit generell auf ein etwaiges „klares Ungleichgewicht“ zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person zu achten<sup>497</sup> – die Vorschrift will verhindern, dass in „asymmetrischen Verhandlungspositionen“<sup>498</sup> zusätzlicher Druck ausgeübt wird.<sup>499</sup>

Nach ErwGr 47, 50 DSGVO sind für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung unter anderem die „vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen“, maßgeblich. Bereits die Verbrauchsgüterkauf-RL<sup>500</sup> nimmt auf die vernünftigen Verbrauchererwartungen Bezug,<sup>501</sup> welche sich einerseits auf die Einheitlichkeit des Rechts in der Union und andererseits auf ein hohes Schutzniveau gegenüber dem unternehmerischen Vertragspartner beziehen,<sup>502</sup> als allgemeiner Grundsatz des Verbrauchervertragsrechts diskutiert und mit Treu und Glauben in Verbindung gebracht werden.<sup>503</sup> Der Gedanke der „legitimen Erwartungen“ trage sowohl objektiven als auch subjektiven Gesichtspunkten aufseiten der Verbraucher Rechnung<sup>504</sup> – auf die konkrete Beziehung zwischen Vertragspartnern wird allerdings nicht rekurriert. Das Kriterium wirke einseitig zugunsten der Verbraucher und verdränge weitgehend die Interessenabwägung;<sup>505</sup> es habe insgesamt zu einer Materialisierung im Sinne der Erhöhung der Regelungsdichte geführt.<sup>506</sup> Weil die DSGVO erheblich zur tatsächlichen Selbstbestimmung der betroffenen Personen beiträgt und die Datenverarbeitung strengen Bedingungen unterwirft, lässt sich auch im Datenschutzrecht von Materialisierung „im Sinne einer Gewährleistung materialer Selbstbestimmung“<sup>507</sup> und einer einseitigen Schutzrichtung sprechen. Die Ähnlichkeit zwischen Daten- und Verbraucherschutz kennt allerdings Grenzen: Erstens schützt die DSGVO einen weitaus größeren Personenkreis – alle Verbraucher genießen Datenschutz, aber

---

<sup>497</sup> Von einem „Ungleichgewicht der Macht“ ist die Rede in *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 6 ff.

<sup>498</sup> *Klement* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 7, Rz 56.

<sup>499</sup> Vgl. *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 8; *Schulz* in *Gola*, DSGVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 21.

<sup>500</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999/171, 12.

<sup>501</sup> Vgl. Art 2 Abs 2 lit d, ErwGr 8.

<sup>502</sup> Vgl. *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts. Insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung (2004), 332 ff.

<sup>503</sup> Vgl. ebd., 345 ff; *Schmidt*, Konkretisierung, 279 ff, mwN; Art 2:102, 7:101 ACQP.

<sup>504</sup> Vgl. *Heiderhoff*, Grundstrukturen, 333.

<sup>505</sup> Vgl. ebd., 341 f.

<sup>506</sup> Vgl. ebd., 350 f; zum Begriff der „Materialisierung des Privatrechts“ allgemein *Habermas*, Faktizität und Geltung, 472-493.

<sup>507</sup> *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten (2001), 87; vgl. *Schantz* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 6 Abs 1, Rz 5.

nicht jedes Datensubjekt ist Verbraucher<sup>508</sup> –, zweitens steht nicht die Förderung des freizügigen Konsums, sondern der Schutz der Privatsphäre und der kommunikativen Entfaltung der Persönlichkeit im Mittelpunkt, gleichwohl an zahlreichen Stellen Überschneidungen zu konstatieren sind.<sup>509</sup> Der Unterschied äußert sich nicht zuletzt in der Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben: Dieser dient im datenschutzrechtlichen Kontext weniger als Gewähr für den freien Gütertausch denn als *Gesprächsnorm*<sup>510</sup> – die Erwartungen der betroffenen Person beziehen sich vielmehr auf die Vertraulichkeit der Verarbeitung und auf adäquate Modalitäten der Kommunikation als auf Rechte in Bezug auf Waren und Dienstleistungen. Die individuelle Situationsabhängigkeit von Kommunikation hat zur Konsequenz, dass eine typisierende Regelung in diesem Bereich erheblich schwerer fällt als im Bereich des Vermögensrechts, zumal sich ein Marktwert für Information schwerlich finden ließe.<sup>511</sup> Es ist bei der Beurteilung datenschutzrechtlicher Sachverhalte mithin in besonders hohem Grade kontextbezogen vorzugehen: Was als Verarbeitung nach Treu und Glauben gilt, ist abhängig von Natur und Verlauf der Beziehung zwischen den Beteiligten, der Art der jeweiligen Daten, dem Zweck und den Mitteln der Verarbeitung etc.:<sup>512</sup>

„Einmal ist es die Beziehungsgeschichte, die als Normgenerator wirkt, und zudem wird die Geltendmachung selber zum geschichtlich aufgegliederten, nach Treu und Glauben sich selbst weiterbestimmenden Vorgang.“<sup>513</sup>

In Deutschland besteht ein Grundkonsens darüber, dass das Gebot von Treu und Glauben zu einem Mindestmaß an Konsistenz des Verhaltens verpflichtet, mithin die grundsätzliche Missbilligung des *venire contra factum proprium*, des widerspruchsvollen Handelns in sich schließt.<sup>514</sup> Im Diskurs zum Unionsprivatrecht gibt es vergleichbare Tendenzen.<sup>515</sup> *Kodek* anerkennt den aus dem römischen Recht bekannten Gedanken als natürlichen Rechtsgrundsatz im Sinne des § 7 ABGB, allerdings ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Treu und Glauben.<sup>516</sup> Es kann naturgemäß kein allgemeines Verbot geben, im Laufe der Zeit

---

<sup>508</sup> Siehe nur OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t.

<sup>509</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 109 ff.

<sup>510</sup> Vgl. *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 323.

<sup>511</sup> Vgl. ebd., 62 ff, 73 ff, 89 ff.

<sup>512</sup> Vgl. ebd., 314 ff.

<sup>513</sup> Ebd., 250; für die situationsdifferenzierte Bestimmung von Transparenzpflichten *Roßnagel* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 5, Rz 60.

<sup>514</sup> Vgl. *Schubert* in *Münchener Kommentar zum BGB*<sup>8</sup> (2019), § 242, Rz 314 ff, 353 ff; *Mansel* in *Jauernig, BGB*<sup>17</sup> (2018), § 242, 48 ff.

<sup>515</sup> Vgl. *Schmidt*, Konkretisierung, 117; *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien<sup>3</sup> (2009), 1897 f, mwN; *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 411 f.

<sup>516</sup> Vgl. *Kodek* in *Rummel/Lukas, ABGB*<sup>4</sup> (Stand 1.7.2015), § 7, Rz 85.

sein Verhalten zu ändern.<sup>517</sup> *Venire contra factum proprium* bedeutet allerdings keinen Verstoß gegen eine ethische Pflicht, sich selbst treu zu bleiben – diese ist prinzipiell keine Rechtspflicht –, sondern den Missbrauch eines formell bestehenden Rechts im Rahmen einer Sonderbeziehung.<sup>518</sup> Der Selbstwiderspruch wird dann missbilligt,<sup>519</sup> wenn der Akteur einen zurechenbaren Vertrauenstatbestand gesetzt hat, aufgrund dessen das Gegenüber in tatsächlichem schutzwürdigem Vertrauen entsprechende „Vertrauensdispositionen“ gesetzt hat, wobei „rein tatsächliche Handlungen genügen“.<sup>520</sup> Das Erfordernis der getätigten Dispositionen erscheint im Datenschutzrecht jedoch fraglich: Ist eine rechtsmissbräuchliche Datenverarbeitung nur dann haftungsbegründend, wenn die betroffene Person zuvor vom Verantwortlichen zu einer konkreten Verfügung veranlasst worden ist? Ist das Vertrauen darauf, dass die Integrität der Persönlichkeit im Zuge der Verarbeitung gewahrt werde, nicht schon eine an sich heikle Verfügung, zu der sich ein behutsamer Mensch grundsätzlich nur ungern bewegen lässt? Am nächstliegenden ist es, im Anwendungsbereich der DSGVO auf das Kriterium der Disposition zu verzichten. Jedenfalls hat widersprüchliches Verhalten unter den sonstigen genannten Bedingungen (zumindest nach deutscher Rechtslage) eine Änderung der materiellen Rechtslage zugunsten der gegenüberliegenden Partei zur Folge,<sup>521</sup> insofern sind der Rechtsausübung – hier: der Verarbeitung personenbezogener Daten – immanente Schranken gesetzt.<sup>522</sup> Das Prinzip der Granularität, nach welchem jede Verarbeitung möglichst jeweils eindeutig einem Erlaubnistatbestand zuzuweisen ist,<sup>523</sup> richtet sich gegen das widersprüchliche Verhalten, zwar eine Einwilligung einzuholen, aber „alternativ doch wieder auf einen gesetzlichen Zulässigkeitstatbestand zurückzugreifen“.<sup>524</sup> Auf diese Art beim Betroffenen eine „Illusion“<sup>525</sup> über die Reichweite der informationellen Selbstbestimmung hervorzurufen, kann als „ein in höchstem Maß missbräuchliches Verhalten“ gewertet werden.<sup>526</sup>

---

<sup>517</sup> Vgl. *Dette*, *Venire contra factum proprium nulli conceditur*. Zur Konkretisierung eines Rechtsspruchworts (1985), 38.

<sup>518</sup> Vgl. ebd., 31 f, 109.

<sup>519</sup> Zu den folgenden, in einem „beweglichen System“ dargestellten Voraussetzungen ebd., 57 ff.

<sup>520</sup> Ebd., 64.

<sup>521</sup> Vgl. ebd., 40.

<sup>522</sup> Vgl. ebd., 30; *Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889, 1948), 15 f.

<sup>523</sup> Vgl. *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 11 f, 27; Art 7 Abs 2, ErwGr 32, 43 DSGVO.

<sup>524</sup> *Buchner/Kühling* in *Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 18; vgl. *Buchner/Petri* ebd., Art 6, Rz 23.

<sup>525</sup> *Schantz* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 6 Abs 1, Rz 12, 89; vgl. *Ingold* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 29.

<sup>526</sup> *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 27.

Möchte der Verantwortliche Daten bei grundsätzlich erfülltem Erlaubnistatbestand zu einem Zeitpunkt verarbeiten, da die betroffene Person vernünftigerweise nicht mehr mit der persönlichkeitsrechtlichen Inanspruchnahme rechnet und zu rechnen braucht, stellt sich die Frage, ob jener sein Recht nicht „verwirkt“ habe.<sup>527</sup> Das Institut der Verwirkung ist mit dem Verbot des Selbstwiderspruchs eng verbunden, da es auf das Verhalten des formell Berechtigten abstellt und als eine „Schranke der Rechtsausübung“<sup>528</sup> gegebenenfalls zum „Erlöschen eines Rechts“ führt.<sup>529</sup> Damit ein Recht als verwirkt angesehen werden könne, bedarf es zusätzlich zu den vertrauensbezogenen Tatbestandsmerkmalen das „Verstreichen einer gewissen Zeit“.<sup>530</sup> Ein Recht ist dann verwirkt, „wenn die Gegenseite nach Treu und Glauben darauf vertrauen darf, das Recht werde in Zukunft nicht mehr ausgeübt.“<sup>531</sup> „Das österreichische Recht kennt keine allgemeine Verwirkung.“<sup>532</sup> – Vielmehr werden die relevanten Fälle hier im Lichte der im ABGB vorherrschenden Vertrauenstheorie<sup>533</sup> mit der Rechtsgeschäftslehre gelöst. Es bedarf mithin mangels anwendbarer Spezialvorschriften eines rechtsgeschäftlichen Verzichts gemäß § 1444,<sup>534</sup> welcher nach § 863 mit Rücksicht „auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ freilich auch stillschweigend, insbesondere durch Unterlassung bzw. „passives Verhalten“ erklärt werden kann.<sup>535</sup> Die Rechtsprechung ist diesbezüglich allerdings streng:

„Bei der Beurteilung der Frage, ob ein stillschweigender Verzicht auf ein Recht vorliegt, ist besondere Vorsicht geboten. Er darf immer nur dann angenommen werden, wenn besondere Umstände darauf hinweisen, dass er ernstlich gewollt ist. Die bloße Untätigkeit des Berechtigten durch ungefähr ein Jahr ist für sich allein noch kein Grund, Verzicht anzunehmen.“<sup>536</sup>

Nach *Bydlinski* ist auf den „Inhalt der beim Partner ‚erweckten Erwartung‘“<sup>537</sup> besonderes Augenmerk zu legen; nichtsdestominder hat die Auslegung der Verzichtserklärung unter

---

<sup>527</sup> Vgl. *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 1812 ff; *Schubert* in Münchener Kommentar zum BGB<sup>8</sup> (2019), § 242, Rz 315; unter dem Titel „widersprüchliches Verhalten“ RIS-Justiz RS0128483 (T4).

<sup>528</sup> *Dette*, Venire contra factum proprium, 31.

<sup>529</sup> Vgl. ebd., 58; *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 186 f.

<sup>530</sup> *Dette*, Venire contra factum proprium, 59.

<sup>531</sup> *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 1812, mwN; vgl. *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 184.

<sup>532</sup> RIS-Justiz RS0014221; vgl. *Holly* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1444 (Stand 1.8.2019), Rz 66 f; *Heidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup>, § 1444 (2016), Rz 37.

<sup>533</sup> Vgl. *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 863 (Stand 1.11.2014), Rz 1; teils kritisch *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 1 ff.

<sup>534</sup> Vgl. ebd., 189.

<sup>535</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0014229, RS0014090.

<sup>536</sup> RIS-Justiz RS0014190; vgl. RS0014146.

<sup>537</sup> *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 191.

„objektiver Beurteilung der Sachlage“ stattzufinden.<sup>538</sup> Die Voraussetzungen eines gültigen Verzichts sind umso enger, wenn es sich um ein unentgeltliches Geschäft handelt.<sup>539</sup> Nun ist fraglich, ob die Entgeltlich-unentgeltlich-Dichotomie im Datenschutzrecht maßgeblich sei: Schließlich ist die DSGVO als informationelles Regime nicht auf den Handel mit Daten zugeschnitten, was sich daran zeigt, dass die Einwilligung jederzeit widerruflich ist – somit für entgeltliche Geschäfte prinzipiell keine Tauglichkeit hat – und alle anderen Erlaubnistatbestände des Art 6 DSGVO die Verarbeitung lediglich unter der Bedingung der Erforderlichkeit zur Erfüllung eines anderweitigen Zwecks,<sup>540</sup> sohin als rein instrumentelle Handlung zulassen. Für Überlegungen zur Äquivalenz im Vertragsverhältnis bleibt dabei wenig Raum.<sup>541</sup> Ungeachtet dessen kann der Satz, dass eine stillschweigende Verzichtserklärung „von der wahren Willensrichtung des Erklärenden unabhängig“<sup>542</sup> ist, im Datenschutzrecht ebenso Geltung beanspruchen wie im allgemeinen Zivilrecht. Im Verhältnis zwischen Verantwortlichem und betroffener Person kann beispielsweise dann von der Aufhebung der Verarbeitungsbefugnis ausgegangen werden, wenn ersterer die gegebenenfalls gebotene laufende Informierung unterlässt; letzterer wird dann annehmen dürfen, dass es nunmehr bei der Verarbeitung im bisherigen Ausmaß sein Bewenden habe oder gar zur Löschung kommen müsse. Handelt es sich beim Verzicht um ein eigenständiges Titelgeschäft, so bedarf er der Annahme,<sup>543</sup> welche ebenfalls stillschweigend erklärt werden kann,<sup>544</sup> ist der Verzicht lediglich Verfügungsgeschäft im Rahmen eines Vertrags, genügt der bloße Zugang in die Sphäre des Erklärungsempfängers.<sup>545</sup> Richtigerweise ist im Datenschutzrecht danach zu differenzieren, ob die *Verarbeitung im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis* steht – wobei auch eine Einwilligung gemäß Art 6 Abs 1 lit a DSGVO zivilrechtlich unter Umständen dem Vertrag zugeordnet werden kann – oder auf einem einseitig überwiegenden Interesse beruht. Im ersten Fall wird der Zweck der Verarbeitung nach Art 5 Abs 1 lit b als Maßstab für deren Erforderlichkeit<sup>546</sup> durch privatautonomen Konsens gesetzt, wohingegen im zweiten Fall der Verantwortliche den Zweck alleine

---

<sup>538</sup> RIS-Justiz RS0014205.

<sup>539</sup> Vgl. ebd.

<sup>540</sup> Vgl. Art 5 Abs 1 lit b DSGVO.

<sup>541</sup> Zur ausnahmsweisen Inhaltskontrolle bei Einwilligungen unten, B.3.

<sup>542</sup> *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 191.

<sup>543</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0014090, RS0034122, RS0033948; *Griss/P.Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB-Kurzkommentar<sup>5</sup> (2017), § 1444, Rz 2; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1444 (Stand 1.8.2019), Rz 14.

<sup>544</sup> Vgl. ebd., mwN; *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup>, § 1444, Rz 4, 6.

<sup>545</sup> Vgl. ebd., mwN; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1444 (Stand 1.8.2019), Rz 14; *Dullinger* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1444 (Stand 1.1.2002), Rz 1, 3.

<sup>546</sup> Vgl. Art 5 Abs 1 lit c DSGVO.

bestimmt. Hier bedarf es zur Einschränkung der dem Verantwortlichen gesetzlich zustehenden Rechte eines Vertrages, dort ist die Verarbeitung nach dem Kausalitätsprinzip ohnehin durch das zugrundeliegenden Vertragsverhältnis bedingt – auch ein Verzicht auf bestimmte Verarbeitungsbefugnisse ist am bereits vereinbarten Zweck zu messen, sodass er nicht als eigenständiger Titel fungiert. Durch die Einstellung regelmäßiger Information gibt der Verantwortliche unter Umständen zu erkennen, dass er bestimmte Verarbeitungsvorgänge für zur Erfüllung des Zwecks nicht mehr erforderlich erachtet.

Die datenschutzrechtliche Einwilligung ist grundsätzlich „keiner in zeitlicher Hinsicht wirkenden Beschränkung“ unterworfen,<sup>547</sup> es kann aber rücksichtlich der konkreten vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person geboten sein, sie „in angemessenen Zeitabständen zu erneuern“.<sup>548</sup> Zwingend ist die Einholung einer neuen Einwilligung dann, „[w]enn sich die Verarbeitungsvorgänge beträchtlich ändern oder weiterentwickeln“;<sup>549</sup> dies gilt insbesondere bei einer Zweckänderung im Sinne des Art 6 Abs 4 DSGVO. Die Erneuerung der Einwilligung ist keine Pflicht im engeren Sinne, sondern gehört in die Kategorie der *Obliegenheiten*, welche folgendermaßen definiert sind:

„Es handelt sich dabei um Verhaltensanforderungen, denen nachzukommen im eigenen Interesse des Belasteten liegt. [...] Die Sanktion bei einem Verstoß liegt lediglich darin, daß der Belastete in seinen Rechten gemindert wird: Er verliert eine rechtlich günstige Position.“<sup>550</sup>

Die Unterlassung der Einwilligungserneuerung begründet nicht an sich ein Unrecht gegenüber dem Betroffenen, es werden lediglich bestimmte Verarbeitungen unzulässig. Nach dem Prinzip von Treu und Glauben ist nicht bereits das Fehlen der Einwilligungserneuerung haftungsbegründend, sondern die fortgesetzte Verarbeitung mangels Erneuerung der Einwilligung, obwohl diese rücksichtlich berechtigter Erwartungen angezeigt ist. Die Einwilligungserneuerung liegt somit primär im Interesse des Verantwortlichen, seine Befugnis zur Verarbeitung bestimmter Daten zu behalten.

Keinesfalls handelt es sich jedoch bei den Transparenzpflichten – wie der Name schon sagt – um bloße Obliegenheiten. Die Formulierung des Art 13 Abs 1 DSGVO („Werden

---

<sup>547</sup> Schulz in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 58; vgl. Buchner/Kühling in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 30 (kein „Verfallsdatum“); *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 25.

<sup>548</sup> Ebd. („bewährte Praxis“); vgl. *dies.*, Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP187), 24.

<sup>549</sup> *Dies.*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 25.

<sup>550</sup> *Wieling*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 1976, 334 [346]; vgl. *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 859 (Stand 1.11.2014), Rz 13; *Wiebe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 859 (Stand 1.1.2018), Rz 10.

personenbezogene Daten bei der betroffenen Person erhoben, ...“) deutet darauf hin, dass die Informationspflicht erst zu dem Zeitpunkt schlagend wird, da die Daten bereits verarbeitet werden,<sup>551</sup> nach Abs 3 muss bei einer Zweckänderung hingegen bereits „vor dieser Weiterverarbeitung“ informiert werden. Das Außerachtlassen der gebotenen Transparenz hat in erster Linie den Rechtsverlust seitens des Verarbeitenden zur Folge, sofern die Verarbeitung auf privatautonomem Konsens beruht soll,<sup>552</sup> war der Betroffene jedoch aus gesetzlichen Gründen „verpflichtet, die Datenerhebung zu dulden oder an ihr mitzuwirken“, könnte deren Zulässigkeit bei entsprechender Nachholung der Informierung unberührt bleiben.<sup>553</sup> Die betroffene Person hat jedenfalls unmittelbar ein Recht darauf, dass ihre Daten ausschließlich in transparenter, d. h. in einer für sie „nachvollziehbaren Weise“<sup>554</sup> verarbeitet werden; eine Verletzung dieses Rechts ist unmittelbar haftungsbegründend, wenn dadurch ein Schaden entsteht.<sup>555</sup>

*Druey* hebt schließlich die kommunikative Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben in den Vordergrund: „Treu und Glauben ist das Verbot der totalen, und das will heissen: der unbegründeten Kommunikationsverweigerung.“<sup>556</sup> Dieser Gedanke spiele gleichermaßen im Persönlichkeitsrecht eine Rolle.<sup>557</sup>

## 1.1. Transparenz

Das Gebot der Transparenz folgt nicht bereits aus der Informationsfreiheit,<sup>558</sup> sondern ist im zivilrechtlichen Regime der DSGVO als individualschützendes Betroffenenrecht konzipiert. „Transparenz ist untrennbar mit dem Gebot von Treu und Glauben sowie dem neuen Grundsatz der Rechenschaftspflicht laut der DSGVO verbunden.“<sup>559</sup> Art 5 Abs 1 lit a DSGVO erklärt den thematischen Begriff mit der prinzipiellen Anordnung, dass Daten nur „in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden“ dürfen. Die deutsche Sprachversion hat gegenüber der englischen, französischen und italienischen den

---

<sup>551</sup> Weiter Verarbeitungsbegriff: Art 4 Z 2 DSGVO.

<sup>552</sup> Vgl. *Bäcker* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 13, Rz 65 ff, 81; *dens.* ebd., Art 12, Rz 13; *Dix* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 13, Rz 26.

<sup>553</sup> *Bäcker* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 13, Rz 64.

<sup>554</sup> Vgl. Art 5 Abs 1 lit a DSGVO.

<sup>555</sup> Vgl. *Illibauer* in Knyrim, DatKomm, Art 12 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 21.

<sup>556</sup> *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 155.

<sup>557</sup> Vgl. ebd., 331.

<sup>558</sup> Vgl. zu dieser Thematik im öffentlichen Recht ebd., 84 ff.

<sup>559</sup> *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679 (WP260rev.01), Rz 2.

Vorteil, dass der Begriff mit einem etymologisch unterschiedenen Wort beschrieben wird.<sup>560</sup> Transparenz kann aber nicht nur als Nachvollziehbarkeit, sondern beispielsweise auch als Durchsichtigkeit, Einsichtigkeit, Zugänglichkeit und Verständlichkeit<sup>561</sup> charakterisiert werden. Selbstverständlich sind deshalb „heimliche Verarbeitungen“<sup>562</sup> und die „Verwendung verborgener Techniken“<sup>563</sup> normativ ausgeschlossen. Die Verordnung verfolgt jedoch weit darüber hinaus das Ziel, das materielle Verständnis der betroffenen Person zu fördern:

„Der Grundsatz der Transparenz setzt voraus, dass eine für die Öffentlichkeit oder die betroffene Person bestimmte Information präzise, leicht zugänglich und verständlich sowie in klarer und einfacher Sprache abgefasst ist und gegebenenfalls zusätzlich visuelle Elemente verwendet werden.“<sup>564</sup>

Transparenz ist als Rechtsbegriff freilich keine Neuheit: Im Bereich des Konsumentenschutzes statuiert § 6 Abs 3 KSchG für Allgemeine Geschäftsbedingungen das sogenannte Transparenzgebot,<sup>565</sup> welches die Rechtsprechung mitunter mit Vollständigkeit und Durchschaubarkeit in Verbindung setzt. Die Durchschaubarkeit bezieht sich auf „Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln“ und verlangt im Vergleich zu „formeller Textverständlichkeit“<sup>566</sup> eine erweiterte bzw. tiefergehende Informierung in Richtung der „Sinnverständlichkeit“;<sup>567</sup> vollständig müssen Angaben insbesondere dann sein, „wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben.“<sup>568</sup> § 6 Abs 3 KSchG erklärt unverständlich oder unklar formulierte Vertragsbestimmungen für unwirksam und ist somit auf Rechtsfolgenseite strenger als § 915 ABGB, welcher lediglich anordnet, dass „bei zweiseitig verbindlichen“ Rechtsgeschäften „eine undeutliche Äußerung zum Nachteil“ des Erklärenden zu deuten ist.<sup>569</sup> Zum konsumentenschutzrechtlichen Transparenzgebot wird judiziert, dass dem Verbraucher kein „unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position“ vermittelt werden darf.<sup>570</sup> Es soll verhindert werden, dass „der für die jeweilige Vertragsart typische Durchschnittsverbraucher von der

---

<sup>560</sup> Die Ausdrücke „transparent manner“, „manière transparente“ und „modo trasparente“ sind dagegen weniger hilfreich.

<sup>561</sup> Vgl. Art 7 Abs 2, Art 12 Abs 1, ErwGr 39, 42, 58 ff DSGVO.

<sup>562</sup> *Herbst* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 5, Rz 15; vgl. ebd., Rz 18.

<sup>563</sup> *Pötters* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 1, Rz 9; für die Anwendung des Transparenzgebots auf „Systeme der Informationstechnik“ *Rofsnagel* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 5, Rz 57.

<sup>564</sup> ErwGr 58 DSGVO.

<sup>565</sup> RIS-Justiz RS0037107.

<sup>566</sup> RIS-Justiz RS0122169.

<sup>567</sup> OGH 13.09.2001, 6 Ob 16/01y.

<sup>568</sup> RIS-Justiz RS0115219.

<sup>569</sup> Zum Verhältnis dieser beiden Vorschriften zueinander *Heiss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup>, § 915 (Stand 1.8.2017), Rz 33 f.

<sup>570</sup> RIS-Justiz RS0115219 (T1, 9, 14, 21, 35, 43, 55); vgl. RS0115217 (T2, 14, 52).

Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigte Pflichten abverlangt werden, ohne dass er sich zur Wehr setzt“.<sup>571</sup> Der rechtsschutzfördernde Charakter der Transparenz wird vom OGH gleichermaßen in Entscheidungen zum Datenschutzrecht betont, wenn er ausspricht, dass dem Betroffenen nach „Treu und Glauben“ durch hinreichende Auskunft die Möglichkeit gegeben werden muss, sich gegen eine unrechtmäßige Verarbeitung „zur Wehr zu setzen“.<sup>572</sup> Nach der Rechtsprechung des VwGH führt das „allgemeine Überprüfungsinteresse des Betroffenen von verarbeiteten Daten“ im Verhältnis zur privaten datenverarbeitenden Stelle dazu, „dass Auskünfte grundsätzlich so konkret erfolgen müssen, dass der Betroffene seine Berichtigungs- und Löschungsrechte sowohl gegenüber der Quelle der Daten als auch gegenüber Übermittlungsempfängern durchsetzen kann.“<sup>573</sup> Laut Art 12 Abs 2 DSGVO hat der Verantwortliche der betroffenen Person die Ausübung des Auskunftsrechts zu erleichtern.

Aus der Überlegung, dass das Recht auf Information der Rechtsverfolgung der betroffenen Person dient, kann die Konsequenz gezogen werden, dass der Informationspflichtige einen Teil der Rechtsdurchsetzungslast des Betroffenen trägt – verwirklicht sich aufgrund ausbleibender Information ein Risiko, so hat der Verantwortliche daran Anteil, sofern die betroffene Person bei gehöriger Information entsprechende Schritte zur Gefahrenabwendung gesetzt hätte. Es handelt sich dabei um ein Problem des Schutzzweckes datenschutzrechtlicher Transparenznormen: Übermittelt der Verantwortliche Daten an Dritte, ohne das Datensubjekt darüber gemäß Art 13 DSGVO in Kenntnis zu setzen, besteht ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der unterlassenen Information und etwaigen Schäden, mögen diese auch nicht aus der unmittelbaren Sphäre des Übermittlenden herrühren und erst vom Empfänger verursacht sein. Wäre die betroffene Person rechtzeitig und vollständig informiert worden, hätte sie entsprechende rechtliche Maßnahmen zur Verhinderung materieller oder immaterieller Schäden setzen können. Es handelt sich hierbei nicht um das Problem der Zurechnung fremden Verhaltens nach §§ 1313a, 1315 ABGB und bestimmten spezialgesetzlichen Normen, da die Haftung des säumigen Informationsschuldners unabhängig vom allfälligen Fehlverhalten des dritten Empfängers eintreten soll. Vielmehr ist in diesem Ansatz eine Spur der *casus-mixtus*-Haftung<sup>574</sup> zu

---

<sup>571</sup> RIS-Justiz RS0115219 (T9, 21).

<sup>572</sup> OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t; OGH 17.12.2009, 6 Ob 247/08d; RIS-Justiz RS0120439.

<sup>573</sup> VwGH 19.12.2006, 2005/06/0111, VwSlg 17090 A/2006; vgl. RIS-Justiz RS0054227; Art 15 Abs 1 lit g DSGVO; ErwGr 63.

<sup>574</sup> Vgl. *Karner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 965 (Stand 1.7.2018), Rz 1; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1311 (Stand 1.1.2007), Rz 2 f.

erblicken, nach welcher beispielsweise der Leihnehmer aus § 978 ABGB auch für zufällig entstandene Schäden haftet, wenn er „die geliehene Sache anders gebraucht, als es bedungen war, oder den Gebrauch derselben eigenmächtig einem Dritten gestattet“.<sup>575</sup>

Im Kontext der vorvertraglichen Informationspflichten, welche vor allem für die Informiertheit der Einwilligung nach Art 4 Z 11 DSGVO eine Rolle spielen, kann wiederum auf die im Verbraucherrecht entwickelten Grundgedanken verwiesen werden: Es besteht grundsätzlich ein „Informationsgefälle zwischen Verbraucher und Unternehmer“,<sup>576</sup> sodass ersterer „in eine Position“ versetzt werden muss, „in der ein ‚echter‘ Konsens zweier, in der Willensentschließung gleichermaßen informierter und überlegter Vertragspartner überhaupt erst erreicht werden kann.“<sup>577</sup> Dieses Begründungsschema lässt sich problemlos auf die Informationspflicht im Vorfeld der datenschutzrechtlichen Einwilligung übertragen, da auch hier in aller Regel informationelle Asymmetrie zwischen dem mit technischen Anlagen operierenden Verarbeitenden und der betroffenen Person vorherrscht. Die Rechte auf Informierung und Auskunft gemäß Art 12 ff DSGVO greifen jedoch völlig unabhängig vom etwaigen Bestehen eines Vertragsverhältnisses. Nach § 859 ABGB haben schuldrechtliche Positionen, „vermöge welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist“, ihren Ursprung im Gesetz oder einem Rechtsgeschäft; dies gilt auch für Rechte und Pflichten, welche Information zum Gegenstand haben.<sup>578</sup> Die DSGVO enthält als Gesetz detaillierte Transparenzvorschriften; ein Vertragsverhältnis, in dessen Zusammenhang Daten verarbeitet werden, kann zusätzlich zu einer Modifikation der gesetzlichen Rechten und Pflichten führen, naheliegenderweise zu einer Vertiefung und Erweiterung der Betroffenenrechte, denkmöglich aber auch zu einer Einschränkung derselben.<sup>579</sup> Beispielsweise könnte in einem Vertrag bzw. vertragsähnlichem Sonderverhältnis klargestellt werden, über welche Informationen die betroffene Person bereits verfügt und worüber sie folglich nicht abermals informiert werden muss.<sup>580</sup> In aller Regel wird in einer Sonderbeziehung allerdings von einer Intensivierung der Betroffenenrechte auszugehen sein. Hat eine Person die Möglichkeit einer besonderen

---

<sup>575</sup> Mit Verweis auf die Haftung des Verwahrers nach § 965 ABGB; zum Thema „Daten als Sachen“ oben, A.2.1.

<sup>576</sup> Heiderhoff, Grundstrukturen, 266.

<sup>577</sup> Ebd., 370.

<sup>578</sup> Vgl. *Bienert-Nießl*, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozeß. Zugleich eine Untersuchung der prozessualen Mitwirkungspflichten der Parteien (2003), 50.

<sup>579</sup> Vgl. allgemein *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 118, 277.

<sup>580</sup> Vgl. Art 13 Abs 4, Art 14 Abs 5 lit a DSGVO,

Einwirkung in die Rechtssphäre eines anderen,<sup>581</sup> so ist das Erfordernis einer besonderen Form von Transparenz indiziert.

Transparenz lässt sich insbesondere im Wege zwischenmenschlicher *Verständigung* herbeiführen. Diese verlangt nach Ansicht von *Schwarze*, „den Willen des anderen zur Kenntnis zu nehmen und darauf zu reagieren.“<sup>582</sup> Der informationspflichtige Kontrahent ist insofern angehalten, sich dem Gegenüber zuzuwenden, d. h. „sich in die Lage des anderen zu versetzen, seine Verständigungsmöglichkeiten zu reflektieren.“<sup>583</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, wie weit die hier vorausgesetzte „Individualität des maßgeblichen Verständnishorizontes“<sup>584</sup> unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Rechtsverkehrs reichen kann. So wird weitaus weniger individualistisch vertreten, schlicht auf die Verständlichkeit für „einen typischen Angehörigen des Zielpublikums“ abzustellen:<sup>585</sup>

„Rechenschaftspflichtige Verantwortliche verfügen über Erkenntnisse zu den Personen, von denen Informationen erhoben werden[,] und können dieses Wissen einsetzen, um zu entscheiden, was das Zielpublikum am ehesten in der Lage wäre, zu verstehen [sic].“<sup>586</sup>

Die Bewertung der Verständlichkeit datenschutz- und persönlichkeitsrelevanter Information anhand des Verständnishorizontes eines typischen oder durchschnittlichen Betroffenen ist einerseits naheliegend, da das Datenschutz-Rechtsverhältnis oftmals digital angebahnt, begründet und abgewickelt wird, ohne dass die Parteien einander persönlich kennen; andererseits darf dadurch keinesfalls das Wesen informationeller Selbstbestimmung untergraben werden. Die betroffene Person muss im Wesentlichen wissen, welche Daten von wem zu welchem Zweck nach welcher Rechtsgrundlage verarbeitet werden und welche Rechte ihr zustehen,<sup>587</sup> besteht doch der Zweck der Transparenznormen der DSGVO in der „Einhegung von Datenmacht“ und der Stärkung der „Kontrollmöglichkeiten des Betroffenen“.<sup>588</sup> Zentral ist jedenfalls die Wahl einer geeigneten Sprache,<sup>589</sup> wobei

---

<sup>581</sup> Vgl. *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht (1999), 485, mwN; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/227, 238, 268, 270, 282; *dens.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 4/4, 9; RIS-Justiz RS0016281.

<sup>582</sup> *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, 194.

<sup>583</sup> Ebd., 196.

<sup>584</sup> Ebd., 202 ff.

<sup>585</sup> *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien für Transparenz, Rz 9.

<sup>586</sup> Ebd.

<sup>587</sup> Vgl. Art 13 ff, ErwGr 39 DSGVO.

<sup>588</sup> *Greve* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 12, Rz 7.

<sup>589</sup> Vgl. ErwGr 39, 42, 58, Art 7 Abs 2, Art 12 Abs 1 DSGVO; *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien für Transparenz, Rz 13, wonach die Verwendung von Modalwörtern mitunter hinderlich ist; allgemein *Riesenhuber*, System und Prinzipien, 283, mwN.

unterstützend Bildsymbole eingesetzt werden können.<sup>590</sup> Grundsätzlich lässt sich annehmen, dass die Verständigung umso individueller geleistet werden muss, je höher die Risiken der Verarbeitung und je persönlichkeitsnäher die betreffenden Daten sind. Als Hilfskriterium können die Natur und Intensität der Rechtsbeziehung, in deren Rahmen die Verarbeitung stattfindet oder stattfinden soll, herangezogen werden. Die konkrete Ausgestaltung von Informationspflichten bleibt freilich notwendig kontextabhängig.<sup>591</sup>

Die Transparenzpflicht gilt für sämtliche „Stadien des Datenverarbeitungszyklus“:<sup>592</sup> Nicht nur zu Beginn oder im Vorfeld der Verarbeitung hat Verständigung zu erfolgen, sondern auch während laufender Verarbeitung bei Zweckänderung,<sup>593</sup> Aufhebung einer Einschränkung<sup>594</sup> oder „unverzüglich“ im Falle einer Datenschutzverletzung im Sinne des Art 34 DSGVO, wenn diese „voraussichtlich ein hohes Risiko für die persönlichen Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge“ hat. In Art 24 Abs 1 DSGVO werden Verantwortliche generell zu einer Einschätzung von Risiken mit Blick auf deren jeweilige „Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere“ verpflichtet, wobei im Falle außergewöhnlich hoher Risiken eine Folgenabschätzung gemäß Art 35 durchzuführen ist; prinzipiell müssen Risiken „anhand einer objektiven Bewertung beurteilt werden“,<sup>595</sup> wobei ErwGr 75 einen ausführlichen, aber offenen Katalog enthält. Der Begriff der Transparenz hat somit die objektive Seite der Datenverarbeitung und der Risiken sowie die tendenziell subjektive Seite der Verständlichkeit für Betroffene.

Art 5 Abs 2 DSGVO statuiert ausdrücklich den Begriff der Rechenschaftspflicht, nach welcher der Verantwortliche die Einhaltung aller anderen Grundsätze dokumentieren soll.<sup>596</sup> Die Nachweispflicht zeigt sich insbesondere an der Beweislast, welche in Art 7 Abs 1 hinsichtlich der Einholung der Einwilligung und in Art 82 Abs 3 hinsichtlich der Schadenshaftung zulasten des Verantwortlichen geregelt wird. Das allgemeine Zivilrecht verpflichtet beispielsweise bei Auftragsverträgen gemäß § 1012 ABGB und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 1039 zur Rechenschaft, genauer: zur *Rechnungslegung*. Ratio dieser Vorschriften ist es, dass derjenige, der ein Geschäft im Interesse eines anderen besorgt, diesem nicht nur die Ablieferung des Ergebnisses, sondern begleitend entsprechende

---

<sup>590</sup> Vgl. Art 12 Abs 7 DSGVO.

<sup>591</sup> Vgl. *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 314 ff.

<sup>592</sup> *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien für Transparenz, Rz 5; vgl. ebd., Rz 29.

<sup>593</sup> Vgl. Art 13 Abs 3, Art 14 Abs 4 DSGVO.

<sup>594</sup> Vgl. Art 18 Abs 3.

<sup>595</sup> ErwGr 76.

<sup>596</sup> Zum „Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten“ Art 30 DSGVO.

Informierung und Darstellung schuldig ist.<sup>597</sup> Bei der Anwendung der Bestimmungen auf das Datenschutzrecht ist Vorsicht geboten, da es den informationellen Aspekt losgelöst von einer vermögensrechtlichen „Ablieferungspflicht“<sup>598</sup> regelt und die DSGVO an keiner Stelle von Rechnungslegung spricht. *Buchner* ist allerdings der Auffassung, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten eine Art Treuhandverhältnis im Interesse des Betroffenen begründe;<sup>599</sup> diesfalls wäre eine differenzierte Analogie zu den Vorschriften über den Auftrag bzw. über GoA nicht ausgeschlossen. Das mit dem Datenschutzrecht teilweise verwandte Urheberrecht normiert zur Vorbereitung deliktischer<sup>600</sup> Ansprüche in § 87a UrhG die Rechnungslegungspflicht jedoch gänzlich unabhängig davon, in wessen Interesse das Werk verwendet wurde – vielmehr handelt es sich um eine Hilfe zur Rechtsdurchsetzung desjenigen, in dessen Rechte *eingegriffen* wurde. Die Rechtsprechung wendet zudem ein extensives Verständnis<sup>601</sup> vertraglicher Rechnungslegungspflichten an:

„Bei Vertragsverhältnissen besteht eine Verpflichtung zur Rechnungslegung insbesondere überall dort, wo es das *Wesen des Rechtsverhältnisses* mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umfang des Vermögens im Ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer eine solche Auskunft zu erteilen, und diese Auskunft dem Verpflichteten überdies nach den Grundsätzen von *Treu und Glauben* auch zugemutet werden kann.“<sup>602</sup>

Relevant wird dies unter anderem bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen, wenn der Betroffene ohne Vorlage von Rechnungen „gar nicht in der Lage wäre, seine Ansprüche dem Grunde und der Höhe nach zu konkretisieren.“<sup>603</sup> Selbstverständlich existiert eine allgemeine Grenze der informationellen Rechtsverfolgung: Auch bei unangenehmen Persönlichkeitsverletzungen besteht nicht „gegenüber jeder Person, von der ‚interessantes Wissen‘ erwartet werden kann, ein Auskunftsanspruch“. Vielmehr muss davor in irgendeiner Weise eine „Fürsorgepflicht“ in Bezug auf die Privatsphäre des Verletzten begründet worden sein.<sup>604</sup>

---

<sup>597</sup> Vgl. *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten, 84 ff, 105 f; *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 224 ff; zu § 666 BGB *Haefls*, Der Auskunftsanspruch im Zivilrecht. Zur Kodifikation des allgemeinen Auskunftsanspruchs aus Treu und Glauben (§ 242 BGB), 96.

<sup>598</sup> Ebd., 224.

<sup>599</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 277 ff.

<sup>600</sup> Vgl. *Schachter* in Kucsko/Handig, urheber.recht<sup>2</sup> (Stand 1.4.2017), § 87a, Rz 15, mwN.

<sup>601</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0019529.

<sup>602</sup> RIS-Justiz RS0035050. Hervorhebung M.C.; vgl. RS0033946; zur ergänzenden Vertragsauslegung *Konecny* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup>, Art XLII EGZPO (Stand 1.9.2014), Rz 36.

<sup>603</sup> RIS-Justiz RS0034907; vgl. RS0019529.

<sup>604</sup> OGH 22.02.2014, 3 Ob 197/13m.

Werden auf Basis personenbezogener Daten rechtsrelevante oder schlicht nachteilige algorithmische Entscheidungen im Sinne des Art 22 DSGVO über eine Person getroffen, so hat diese laut Art 13 Abs 2 lit f sowie Art 15 Abs 1 lit h einen Anspruch auf Information über die „involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung“. Die DSB vertritt, dass „sowohl die in die Berechnung einbezogenen Faktoren als auch die vom System auszuführenden Rechenanweisungen“ bekanntzugeben seien.<sup>605</sup> Der Anwendungsbereich der genannten Normen dürfte auf Fälle beschränkt sein, in denen die Entscheidung „ohne jegliches menschliche Eingreifen“<sup>606</sup> zustande kommt.<sup>607</sup> *Martini* argumentiert zugunsten einer *Begründungspflicht* in Situationen, in welchen ein besonderes Fehler- bzw. Diskriminierungsrisiko besteht oder die Persönlichkeit besonders gefährdet ist.<sup>608</sup> Letzteres kann bereits dann der Fall sein, wenn als Entscheidungsgrundlage ein Persönlichkeitsprofil erstellt wird, „um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“.<sup>609</sup> Richtigerweise ergeben sich entsprechende Begründungspflichten, welche einen Teil der Informationspflichten darstellen, vor allem aus Sonderrechtsbeziehungen im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben. Dies korrespondiert damit, dass die betroffene Person gemäß Art 22 Abs 3 DSGVO ein kommunikativ ausgerichtetes „Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung“ hat.<sup>610</sup> Das Problem der automatisierten Entscheidungsfindung wird unten im Kontext der Bonitätsprüfung bei Kreditverträgen näher beleuchtet.

---

<sup>605</sup> DSB 08.02.2016, DSB-D122.304/0012-DSB/2015; für ein „Recht auf Einblick in die Datengrundlage“ auch *Martini*, Blackbox Algorithmus, 197 f.

<sup>606</sup> ErwGr 71 DSGVO; vgl. *Scholz* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 22, Rz 25 f; *Schulz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 22, Rz 12 ff;

<sup>607</sup> Vgl. *Haidinger* in *Knyrim*, *DatKomm*, Art 22 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 23 ff.

<sup>608</sup> Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 192 ff. „Transparenz zollt dem inneren Bedürfnis des aufgeklärten Verbrauchers Respekt, die Entscheidungsvariablen eines technischen Systems zu verstehen, das ihn mit einem Ergebnis konfrontiert.“ (ebd., 195)

<sup>609</sup> Art 4 Z 4 DSGVO.

<sup>610</sup> Vgl. *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 155.

## 1.2. Teleologie

Datenschutzrechtlich Verantwortlicher ist gemäß Art 4 Z 7 DSGVO derjenige, der „über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“.<sup>611</sup> Ein solcher Dezisionismus des Datenschutzrechts mutet aus der Perspektive des Zivilrechts seltsam an, gelten diesem doch außerhalb des Schenkungs- und Erbrechts einseitige Verfügungen, welche die Rechtssphäre anderer berühren, mehr als Ausnahmen denn als Regel. Allein es darf nicht übersehen werden, dass die zitierte Begriffbestimmung eine rein faktische Position benennt, an welche die Verordnung strenge Pflichten und Auflagen koppelt. Der Verantwortliche mag zwar rein *faktisch* über den Zweck der Verarbeitung entscheiden, doch ergibt sich der *normative* Zweck derselben erst aus dem Prinzip der Zweckbindung des Art 5 Abs 1 lit b DSGVO iVm Art 8 Abs 2 GRC, nach welchem Daten nur für „festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke“ verarbeitet werden dürfen. Sind dergleichen Zwecke nicht ohnehin im Sinne des Art 6 Abs 1 lit c gesetzlich festgelegt, muss die privatautonome Zwecksetzung nichtsdestoweniger der Anforderung der *Legitimität* genügen, ist also nicht der Willkür des Verantwortlichen anheimgestellt. Als zusätzliches Regulativ wird in Art 5 Abs 1 lit c der Grundsatz der Datenminimierung statuiert, nach welchem Daten nur dann verarbeitet werden dürfen, wenn sie „dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt“ sind. Art 6 Abs 1 lit f erlaubt innerhalb dieser Grenzen die einseitige Zwecksetzung „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten“, sofern der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu den Rechten der betroffenen Person steht. Es besteht ein „Zusammenspiel von Zweckbindungsgrundsatz und Erlaubnistatbeständen“,<sup>612</sup> woraus gefolgert werden kann, dass einem privatautonom gesetzten Rechtsverhältnis – Vertrag oder Einwilligung<sup>613</sup> – ein privatautonom vereinbarter Zweck korrespondiert. Es lassen sich keine einleuchtenden Gründe dafür finden, dass man auf Ebene des Rechtsgeschäfts auf die Interessen des Gegenübers eingehen und verhandeln müsse, auf datenschutzrechtlicher Ebene aber einseitig bestimmen dürfte. Dies erhellt daraus, dass Vertrag und Einwilligung *Sonderverhältnisse* bedeuten, in welchen notwendig Interessen mindestens zweier Personen involviert sind, sei es im Sinne von Chancen oder Risiken. Es ist mithin ein differenzierender Blick auf die der DSGVO zugrundeliegende teleologische Konzeption zu werfen.

---

<sup>611</sup> Zur Verantwortlichkeit kraft Vorgabe des Algorithmus zur Errechnung von Bonitätswerten VwGH 11.12.2019, 2009/17/0223.

<sup>612</sup> *Keppeler/Berning*, Technische und rechtliche Probleme bei der Umsetzung der DS-GVO-Löschpflichten. Anforderungen an Löschkonzepte und Datenbankstrukturen, ZD 2017, 314 [316].

<sup>613</sup> Vgl. Art 6 Abs 1 lit a, b DSGVO.

Zunächst ist festzuhalten, dass Art 5 Abs 1 lit b DSGVO mit dem Postulat der Eindeutigkeit eine Art Bestimmtheitsgebot vorschreibt.<sup>614</sup> Jedenfalls verboten sind deshalb uferlos formulierte Datenschutzerklärungen, welche eine „Datenhaltung auf Vorrat“ oder anlasslose Profilbildung ermöglichen wollen.<sup>615</sup> Zugleich ist bei der Zweckbestimmung Überkomplexität zu vermeiden, teils zur Wahrung der Verständlichkeit, teils um immherhin ein Mindestmaß an Flexibilität der Datenverarbeitung zu erlauben:

„Die Zweckbindung für die einzelne Datenverarbeitung muss auf dem Kontinuum zwischen allgemeiner und abstrakter Umschreibung und konkreter und präziser Festlegung situations- und risikoadäquat das richtige Maß finden.“<sup>616</sup>

Insofern die Zwecksetzung im Rechtsverkehr stets eine kommunikative Komponente<sup>617</sup> birgt, geht der Verarbeitungszweck nicht nur aus dem gemeinsamen Willen der Parteien hervor, sondern bedeutet auch für den Verantwortlichen subjektiv eine prinzipielle „Selbstbindung“<sup>618</sup> an das zuvor Versprochene im Lichte des Verbots des *venire contra factum proprium* und objektiv die „Rückkopplung an den Erhebungskontext“,<sup>619</sup> innerhalb dessen der Betroffene sein Vertrauen entwickelt hat. Da zwischenmenschliche Kommunikation bzw. Rechtsverhältnisse einen teils offenen Prozess darstellen, muss die Datenverarbeitung nicht exakt dem festgesetzten Zweck entsprechen, sondern lediglich mit diesem gemäß Art 6 Abs 4 DSGVO vereinbar sein. Soll ein neuer, mit dem ursprünglichen unvereinbarer Zweck gesetzt werden, bedarf es folglich einer zusätzlichen Rechtsgrundlage, beispielsweise einer neuen Einwilligung, des Hinzutretens weiterer überwiegender berechtigter Interessen, der Abänderung des Vertrages<sup>620</sup> bzw. der Ausübung von Gestaltungsrechten etc.

Die privatautonome Setzung eines gemeinsamen Zwecks im Verhältnis zweier oder mehrerer Personen kommt entweder durch intentionale Verständigung oder – im hier interessierenden Zusammenhang rein hypothetisch – durch Zufall zustande,<sup>621</sup> sofern von „objektiven Kriterien“<sup>622</sup> abgesehen wird. Im Falle der gemeinsamen Zwecksetzung ergibt sich die

---

<sup>614</sup> Vgl. *Herbst* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 5, Rz 35; *Hötzendorfer/Tschohl/Kastelitz* in Knyrim, DatKomm, Art 5 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 25.

<sup>615</sup> *Roßnagel* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 5, Rz 113.

<sup>616</sup> Ebd., Rz 71.

<sup>617</sup> Vgl. *Herbst* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 5, Rz 35.

<sup>618</sup> Vgl. *Hötzendorfer/Tschohl/Kastelitz* in Knyrim, DatKomm, Art 5 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 28; zur Bedeutung des ethischen Gehalts der Selbstbindung für das Rechtsgeschäft *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 109 ff.

<sup>619</sup> *Roßnagel* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 5, Rz 94.

<sup>620</sup> Vgl. *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 6, Rz 28.

<sup>621</sup> Vgl. *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, 195 ff.

<sup>622</sup> RIS-Justiz RS0014005; vgl. RS0017811.

objektive Seite des Zwecks aus der Übereinstimmung der subjektiven Zweckvorstellungen;<sup>623</sup> einseitig gesetzte Zwecke müssen als objektives Element eine gewisse Legitimität<sup>624</sup> aufweisen, welche anhand der Wertungen der „gesamten Rechtsordnung“<sup>625</sup> zu ermitteln ist. Legitim ist ein Zweck dann, wenn er einem von der Rechtsordnung gebilligten Interesse entspricht, wobei freilich auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Belange erheblich sind.<sup>626</sup>

§ 914 ABGB bedeutet nach höchstrichterlicher Auslegung, dass der „rechtsgeschäftliche Verkehr [...] nicht dazu mißbraucht werden“ darf, „einen anderen hineinzulegen“ – vielmehr soll er sich nach Treu und Glauben „ehrlich abspielen“.<sup>627</sup> Eingedenk des Grundsatzes der Granularität bedeutet das unter anderem, dass in Wahrheit einseitig gesetzte Verarbeitungszwecke nicht als vertraglich vereinbart oder als kraft Einwilligung erlaubt ausgegeben werden dürfen; dies würde eine Umgehung<sup>628</sup> des Instituts der Verarbeitung aus berechtigtem überwiegenden Interesse und somit des Widerspruchsrechts der betroffenen Person nach Art 21 iVm Art 6 Abs 1 lit f DSGVO darstellen. Eine solche Betroffenenrechte abschneidende Umgehung lässt sich dadurch bekämpfen, dass man das privatrechtliche Verhältnis zwischen betroffener Person und Verantwortlichem teleologisch präzise bestimmt<sup>629</sup> und sodann als strengen Maßstab für die Erforderlichkeit der Verarbeitung heranzieht.<sup>630</sup> Beispielsweise muss eine Verarbeitung, welche nicht durch den Zweck des Vertrages gerechtfertigt ist, entweder in überwiegenden Interessen oder in einer Einwilligung Deckung finden. Es ist unzulässig, die Verarbeitung aus dem Vertrag zu rechtfertigen, wenn sie zu dessen Erfüllung bzw. für eine vorvertragliche Maßnahme nicht unbedingt erforderlich ist, vielmehr ein darüber hinausgehender Zweck verfolgt wird, welcher im Wege einer jederzeit widerruflichen Einwilligung legitimiert werden muss.<sup>631</sup>

---

<sup>623</sup> RIS-Justiz RS0017811: „Der übereinstimmende Parteiwille ist die oberste Norm des Vertrages.“ Wohl in Anschluss an *Bydlinski*, *Privatautonomie und objektive Grundlagen*, 39.

<sup>624</sup> Ausdrücklich Art 5 Abs 1 lit b DSGVO.

<sup>625</sup> *Hötendorfer/Tschohl/Kastelitz* in *Knyrim*, *DatKomm*, Art 5 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 27.

<sup>626</sup> Vgl. *Art-29-Datenschutzgruppe*, *Stellungnahme zum Begriff des berechtigten Interesses*, 46; *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, *DSGVO/BDSG*<sup>2</sup>, Art 6, Rz 146; RIS-Justiz RS0031992, RS0131021.

<sup>627</sup> RIS-Justiz RS0017859.

<sup>628</sup> Zu den Voraussetzungen RIS-Justiz RS0016780; zur Rechtsfolge der Anwendung der umgangenen Norm RS0045196, RS0018153; vgl. *Graf* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.05</sup>, § 879 (Stand 1.8.2019), Rz 59; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*<sup>4</sup>, § 879 ABGB (Stand 1.11.2014), Rz 36.

<sup>629</sup> Vgl. *Rummel* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*<sup>4</sup>, § 914 ABGB (Stand 1.11.2014), Rz 9.

<sup>630</sup> Vgl. Art 5 Abs 1 lit c iVm Art 6 Abs 1 lit b DSGVO.

<sup>631</sup> Vgl. *Wendehorst/von Westphalen*, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, *NJW* 2016, 3745 [3747].

Wohl abzulehnen ist die radikale Auffassung, nach welcher der Grundsatz der Zweckbindung derart auf die *Richtigkeit* verarbeiteter Daten ausstrahle, dass diese erst „jeweils im Zusammenhang mit ihrem Verwendungskontext und -zweck im Zeitpunkt der Erhebung zu beurteilen“<sup>632</sup> sei. Diese überraschende Konsequenz ergibt sich nicht zwingend daraus, dass Art 5 Abs 1 lit d DSGVO dazu verpflichtet, „alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit personenbezogene Daten, die im Hinblick auf die Zwecke ihrer Verarbeitung unrichtig sind, unverzüglich gelöscht oder berichtigt werden“, und Art 16 bei der Vervollständigung von Datensätzen zur „Berücksichtigung der Zwecke der Verarbeitung“ anhält.<sup>633</sup> Vielmehr enthalten diese Vorschriften das Kriterium der *Relevanz*, welche über die Maßgeblichkeit der Richtigkeit der jeweiligen Daten für den Verarbeitungszweck und folglich über die Notwendigkeit einer Berichtigung bzw. Vervollständigung entscheidet. Dass eine Kreditauskunftei mangels Erheblichkeit nicht verpflichtet sein wird, falsche Angaben über die Farbe der Pflanzen im Garten eines Kreditnehmers zu berichtigen, ändert nichts an der Realität des gegenständlichen Sachverhalts und semantischen Unwahrheit der Daten. Datenrichtigkeit und Zweckbindung stellen zwei eigenständige, von einander zu unterscheidende Grundsätze der Datenverarbeitung dar, welche allerdings im Zusammenhang des übergreifenden Prinzips von Treu und Glauben eingebettet sind.

## 2. Vertragsverhältnis

Im Folgenden ist eine Abgrenzung zwischen einseitiger bzw. gesetzlich vorgegebener und privatautonom vereinbarter Zwecksetzung vorzunehmen. Davon zu unterscheiden ist die unter der nächsten Ziffer zu behandelnde Frage, wann bei Datenschutzverletzungen deliktische und wann vertragliche Haftung vorliege. – Augenfällig ist dabei, dass *ABGB und DSGVO unterschiedliche Regelungsebenen* darstellen. Die DSGVO regelt als rein informationelles Regime Zulässigkeit und Modalitäten der Verarbeitung personenbezogener Daten, und zwar ohne prinzipielle Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Zugleich stützt sich die Verordnung ausdrücklich auf tradierte zivilrechtliche Begriffe wie zum Beispiel Vertrag, Einwilligung und Schadenersatz, wobei sie einerseits materielle Anforderungen aufstellt,<sup>634</sup> andererseits das begriffliche Grundverständnis weitgehend offenlässt.<sup>635</sup>

---

<sup>632</sup> *Dix* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 16, Rz 12.

<sup>633</sup> So aber ebd.

<sup>634</sup> So muss beispielsweise die Einwilligung gemäß Art 4 Z 11 freiwillig und informiert und der Schadenersatz nach ErwGr 146 vollständig und wirksam sein.

<sup>635</sup> Der „praktisch immer wichtigere Rechtfertigungsgrund“ des Art 6 Abs 1 lit b werde „vom Verordnungstext geradezu stiefmütterlich behandelt“, „Einzelheiten werden implizit zur Gänze dem Vertragsrecht überantwortet“, so *Wendehorst/von Westphalen*, NJW 2016, 3745 [3745].

Inbesondere klärt der Rechtsakt nicht, was genau unter einem Vertrag zu verstehen sei und welchen dogmatischen Grundsätzen der Schadenersatzanspruch folgen müsse, sodass diese Problemkreise nach den Regeln des ABGB zu erhellen sind. Es sind nun die maßgeblichen Erlaubnistatbestände für die Datenverarbeitung im Sinne des Art 6 DSGVO zu beschreiben und voneinander abzugrenzen, danach ist gesondert zu ermitteln, in welchen Fällen die Regeln der vertraglichen Haftung zur Anwendung kommen.

Sinnvollerweise muss eine datenschutzrechtliche Einwilligung nur dann eingeholt werden, wenn der Vertrag im Sinne der DSGVO – nicht zu verwechseln mit ABGB – für den gewünschten Verarbeitungszweck keine hinreichende Grundlage bietet. Art 6 Abs 1 lit b DSGVO verlangt nämlich, dass die Verarbeitung nicht nur *im Rahmen* eines Vertragsverhältnisses, sondern *aufgrund* desselben durchgeführt werden muss,<sup>636</sup> um in diesem Erlaubnistatbestand Deckung zu finden: Ein geschlossener oder erst zu schließender Vertrag erlaubt die Verarbeitung personenbezogener Daten nur dann, wenn diese für dessen Erfüllung oder „oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich [ist], die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen“. Auffällig ist dabei bereits die Formulierung, nach welcher ein vorvertragliches Verhältnis eine Verarbeitung, die der Verantwortliche auf eigene Initiative als „Kalkulations- und Entscheidungsgrundlage“<sup>637</sup> zur Anbahnung, Vorbereitung, Personalisierung etc. des Vertrags durchführt, nicht zu stützen vermag;<sup>638</sup> vielmehr müssen die Maßnahmen, in deren Rahmen Daten verarbeitet werden sollen, *auf Anfrage der betroffenen Person* erfolgen, was eine deutliche Einschränkung der Befugnisse des Verantwortlichen und Stärkung der Betroffenenposition bedeutet. Die Datenverarbeitung hat aufgrund Art 6 Abs 1 lit b nur *instrumentelle Bedeutung* in Ansehung des Vertragszwecks, welcher allerdings weit gefasst werden kann: Beispielsweise gehört die durch personenbezogenen Daten erst ermöglichte Personalisierung bzw. Profilierung zu den Grundbestandteilen des typischen Vertrages über die Mitgliedschaft in einem sozialen Netzwerk.<sup>639</sup> Das Konzept „Daten als Gegenleistung“ wird durch diesen Erlaubnistatbestand

---

<sup>636</sup> Vgl. *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 40; *Art-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme zum Begriff des berechtigten Interesses, 21 f.

<sup>637</sup> *Schantz* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 6 Abs 1, Rz 42.

<sup>638</sup> Vgl. schon *Art-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme zum Begriff des berechtigten Interesses, 23 f; *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in Knyrim, DatKomm, Art 6 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 35; aA *Reimer* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 6, Rz 20.

<sup>639</sup> Vgl. *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 59 f; *Schantz* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 6 Abs 1, Rz 25; kritisch *Engeler*, Das überschätzte Kopplungsverbot. Die Bedeutung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO in Vertragsverhältnissen, ZD 2018, 55 [57].

jedoch nicht sanktioniert,<sup>640</sup> gleichwohl die Verarbeitung unleugbar auch im Interesse des Verantwortlichen liegt und dieser den Dienst sonst nicht anbieten würde.<sup>641</sup>

Was genau der vertraglich vereinbarte Verarbeitungszweck sei, lässt sich nach § 914 ABGB aus der „Absicht der Parteien“ mit Rücksicht auf die „Übung des redlichen Verkehrs“ ermitteln, wobei der OGH der tatsächlichen Übereinstimmung zweier tendenziell subjektiver Vorstellungen den klaren Vorrang gegenüber der objektivierenden Deutung<sup>642</sup> einräumt:

„Der übereinstimmende Parteiwille ist die *oberste Norm des Vertrages*. Die Auslegung nach dem objektiven Erklärungswert, nach der redlichen Verkehrssitte, kommt erst dann in Betracht, wenn eine Willensübereinstimmung der Parteien nicht feststellbar ist und die Verkehrssicherheit den *Schutz des berechtigten Vertrauens* des einen Partners auf den ihm erkennbaren Erklärungswert des Verhaltens des anderen Teiles vorsieht.“<sup>643</sup>

Ähnlich schlägt die *Art-29-Datenschutzgruppe* zur DS-RL vor, die „Beweggründe des Vertrags zu bestimmen, d. h. dessen Inhalt und grundlegende Zielstellung“.<sup>644</sup> Erst dann lässt sich feststellen, „ob ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Datenverarbeitung und dem konkreten Zweck des rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses besteht.“<sup>645</sup> In diesem Kontext wird zuweilen auf die *essentialia negotii* abgestellt, welche als „die Basisdaten der Vertragspartner und der wesentliche Vertragsinhalt“ bestimmt werden.<sup>646</sup> Solche Grundbestimmungen des Vertrags müssen für dessen Gültigkeit bereits hinreichend bestimmt erklärt worden sein.<sup>647</sup> Die Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung setzt ein

---

<sup>640</sup> Vgl. ebd., Rz 41; *Schantz* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 6 Abs 1, Rz 33; *Wendehorst/von Westphalen*, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, NJW 2016, 3745 [3747]; aA *Hacker*, Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DSGVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, 148 [165 f], mit dem Argument der Daten als „Grundlage einer Wertschöpfung“.

<sup>641</sup> Differenzierend *Wendehorst/von Westphalen*, NJW 2016, 3745 [3747].

<sup>642</sup> So die Lehre bei *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts (1957), 69 ff; vgl. *Brossette*, Wert der Wahrheit, 249 f; ablehnend *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 85 ff; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>, § 861 (Stand 1.11.2014), Rz 28.

<sup>643</sup> RIS-Justiz RS0017811. Hervorhebung M. C. Vgl. auch RS0014005, RS0017783.

<sup>644</sup> *Art-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme zum Begriff des berechtigten Interesses, 22. Dort mit Hervorhebung. Vgl. *Schantz* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 6 Abs 1, Rz 25.

<sup>645</sup> *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 39; *Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm, Art 6 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 36; vgl. *Schulz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 6, Rz 38; *Brossette*, Wert der Wahrheit, 250.

<sup>646</sup> Vgl. ebd., Rz 37; *Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm, Art 6 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 36.

<sup>647</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0014692, RS0013981; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>, § 869 (Stand 1.11.2014), Rz 8.

gültiges Vertragsverhältnis voraus.<sup>648</sup> Wird der Vertrag aufgrund Willensmangels gemäß § 871 ABGB rückwirkend beseitigt, so fällt folglich auch die Verarbeitungsgrundlage rückwirkend weg. Dies hat allerdings in Bezug auf die Vergangenheit keine nachteiligen Rechtsfolgen für den Verantwortlichen, sofern er den Irrtum des Betroffenen weder kannte noch kennen musste, also redlich gehandelt hat.<sup>649</sup> Alternativ könnte man behaupten, dass auch in diesem Punkt DSGVO und ABGB strikt zu trennende Regelungsebenen bilden, dass also eine Anfechtung nach bürgerlichem Recht nicht notwendig zur Unzulässigkeit der Datenverarbeitung *ex tunc* führe. In diesem Fall stellt sich jedoch die Frage, wie mit der Verarbeitung aufgrund eines durch List oder unter Gewalteinwirkung zustande gekommenen Vertrags im Sinne der §§ 870, 874 ABGB umzugehen sei. Diesfalls könnte man argumentieren, dass die Verarbeitung von vornherein als Verstoß gegen Treu und Glauben unrechtmäßig sei, und den Betroffenen hinsichtlich der Datenverarbeitung nicht irrtums-, sondern rein schadenersatzrechtlich so stellen, „als ob der Vertrag nicht [...] geschlossen worden wäre“.<sup>650</sup> Der Grundsatz von Treu und Glauben nach Art 5 Abs 1 lit a DSGVO bezieht sich zwar nur auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, ohne für den Vertragschluss selbst einen Maßstab zu bieten; allerdings wird davon auszugehen sein, dass eine Datenverarbeitung automatisch wider Treu und Glauben verstößt, wenn sie in Erfüllung eines unter Täuschung oder Drohung entstandenen Vertrags stattfindet. Es mag sein, dass der getäuschte oder gezwungene Vertragspartner dann faktisch erwartet, dass seine Daten in bestimmter Weise verarbeitet werden; mit dem Gedanken der „berechtigten Erwartungen“<sup>651</sup> im normativen Sinne hat dies aber nichts mehr zu tun. Kommt es in einem solchen Fall nicht zur Anfechtung, sondern nur zur Vertragsanpassung gemäß § 872 ABGB,<sup>652</sup> so ist die korrigierte Fassung des Vertrags als von Anfang an für die Datenverarbeitung maßgeblich und eine darüber hinausgehende vorgängige Verarbeitung als von Anfang an mit Treu und Glauben unvereinbar und somit unrechtmäßig anzusehen.

Es ist zweckmäßig, die Datenverarbeitung nach Art 6 Abs 1 lit b DSGVO nicht nur im strengen Sinne „für die Erfüllung eines Vertrags“ zuzulassen, sondern auch in Situationen, in

---

<sup>648</sup> Vgl. *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 31; *Reimer* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 6, Rz 19.

<sup>649</sup> Bejaht man einen vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt personenbezogener Daten, ließe sich über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach § 877 ABGB nachdenken, worauf in dieser Arbeit jedoch nicht eingegangen werden kann.

<sup>650</sup> *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 874 (Stand 1.11.2014), Rz 5; vgl. RIS-Justiz RS0016299.

<sup>651</sup> Siehe oben, B.1.

<sup>652</sup> Dazu *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 870 (Stand 1.8.2019), Rz 28; *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 870 (Stand 1.11.2014), Rz 10; RIS-Justiz RS0107864.

welchen ein bestehendes Vertragsverhältnis geändert, beendet oder rückabgewickelt wird;<sup>653</sup> es ist sonach der „gesamte ‚Lebenszyklus‘ eines Vertragsverhältnisses“ erfasst.<sup>654</sup> Nach dieser Ansicht ist die Bildung einer „Datenrückstellung“ zur Erfüllung etwaiger Gewährleistungsansprüche etc. des Vertragspartners ebenfalls zulässig.<sup>655</sup>

Lässt sich die Datenverarbeitung nicht mit der Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung oder der Durchführung einer vorvertraglichen Maßnahme rechtfertigen, so muss sie auf einen anderen Tatbestand gestützt werden, beispielsweise auf Art 6 Abs 1 lit a oder f DSGVO, wobei „eine äußerst restriktive Handhabung“<sup>656</sup> des Rechtsgrundes der berechtigten Interessen naheliegt. Aufbewahrungspflichten<sup>657</sup> sind regelmäßig im Sinne der lit c gesetzlich vorgeschrieben, sodass die Verarbeitung betreffender Daten zur Wahrung der Granularität nicht auf den Vertrag gestützt werden soll.<sup>658</sup> Ähnlich verhält es sich mit § 7 VKrG, welcher das Kreditinstitut zur Prüfung der Bonität des Verbrauchers verpflichtet: Hier sollte zur Wahrung der Granularität die Verarbeitung nicht auf den Vertrag, sondern auf die gesetzliche Pflicht gestützt werden. In Art 9 DSGVO fehlt übrigens ein mit Art 6 Abs 1 lit b vergleichbarer Rechtsgrund, sodass die Verarbeitung sensibler Daten nicht auf einen Vertrag gestützt werden kann, es somit auch bei Vertragsverhältnissen, welche sich wesentlich auf intime Lebensbereiche beziehen (Partnervermittlung etc.), einer zusätzlichen Rechtsgrundlage, beispielsweise ausdrücklichen Einwilligung<sup>659</sup> bedarf.

## 2.1. Abgrenzung von Delikt

Die Erlaubnistatbestände des Art 6 DSGVO enthalten in abschließender Weise Bedingungen der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, jedoch keine zufriedenstellende Aussage über das Haftungsregime, welches für den Schadenersatzanspruch infolge Datenschutzverletzung nach Art 82 DSGVO maßgeblich sein sollte. Den Rechtsgrund des Art 6 Abs 1 lit b als alleiniges Kriterium der Abgrenzung der vertraglichen von der deliktischen Haftung heranzuziehen, würde nicht nur den systematischen Fehler der Verwechslung der verschiedenen Regelungsebenen – DSGVO und ABGB – bedeuten,

---

<sup>653</sup> Vgl. *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 6, Rz 28; *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 33; *Gosch*, Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (2019), 93 f; aA *Schantz* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 6 Abs 1, Rz 30.

<sup>654</sup> *Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl* in Knyrim, DatKomm, Art 6 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 34.

<sup>655</sup> Dazu *Keppeler/Berning*, ZD 2017, 314 [315].

<sup>656</sup> *Wendehorst/von Westphalen*, NJW 2016, 3745 [3746].

<sup>657</sup> Vgl. *Keppeler/Berning*, ZD 2017, 314 [316].

<sup>658</sup> Vgl. *Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl* in Knyrim, DatKomm, Art 6 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 39; *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 77.

<sup>659</sup> Vgl. Art 9 Abs 2 lit a DSGVO.

sondern auch die vertragliche Haftung in unerträglicher Weise zulasten des Betroffenen einschränken: Einen vertraglichen Schadenersatzanspruch hätte dieser nämlich nur dann, wenn eine „für die Erfüllung eines Vertrags“ bzw. „zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen“ erforderliche Datenverarbeitung zum Schaden führt. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob denn überhaupt noch ein Anwendungsbereich für die vertragliche Haftung im Datenschutzrecht bliebe, ist es doch schwer denkbar, dass eine Verarbeitung, welche zur Erfüllung des Vertrags erforderlich ist, gegen ebendiesen verstoße: Ist die Verarbeitung zur Vertragserfüllung erforderlich, ist sie auch rechtmäßig und verpflichtet nicht zu Schadenersatz; ist sie nicht erforderlich, so ist sie auch nicht im Sinne des Art 6 Abs 1 lit b DSGVO vertragsakzessorisch. Die vertragliche Haftung bliebe dann allenfalls auf Fälle beschränkt, in denen zwar die Verarbeitung vertragserforderlich ist, aber nicht korrekt durchgeführt wird, beispielsweise indem die Datensicherheit durch technische Unsorgfältigkeit verletzt wird.<sup>660</sup> Zudem käme es nur dann zur Haftung aus *culpa in contrahendo*,<sup>661</sup> wenn die vorvertragliche Maßnahme „auf Anfrage der betroffenen Person“ stattgefunden hat. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass zwar jede vertragserforderliche Datenverarbeitung im Sinne der lit b im Anwendungsbereich vertraglicher Haftung liegt, diese aber nicht darauf beschränkt ist.

Die Rechtsprechung vertritt im Kontext der Gehilfenhaftung, dass eine vertragliche Zurechnung nach § 1313a ABGB dann stattfindet, wenn der Gehilfe den Schaden „in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht“ des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschädigten verursacht hat; es müsse „ein innerer Sachzusammenhang der schädigenden Handlung des Erfüllungsgehilfen mit der Vertragserfüllung“ bestehen; dem Geschäftsherrn werde indes keine Schädigung zugerechnet, welche der Gehilfe „nur gelegentlich (anlässlich) der Erfüllung“ und somit eigentlich infolge einer „selbständigen unerlaubten Handlung“ zugefügt hat.<sup>662</sup> Lässt man die Verallgemeinerung dieses Ansatzes auf Handlungen des Geschäftsherrn selbst zu, so kann vornehmlich festgehalten werden, dass vertragliche Haftung überhaupt dann vorliegt, wenn ein *innerer Sachzusammenhang* zwischen dem Schaden und der Vertragserfüllung besteht. Allerdings scheint die Unterscheidung zwischen der Schädigung „in Erfüllung“ des Vertrags und der Schädigung „gelegentlich (anlässlich) der Erfüllung“ sowie zwischen der vertragswidrigen und der „selbständigen unerlaubten Handlung“ das Problem der Verschiedenheit vertraglicher von deliktischer Haftung mangels Präzision nur

---

<sup>660</sup> Vgl. Art 5 Abs 1 lit f, Art 24, 32 DSGVO.

<sup>661</sup> Zum Begriff RIS-Justiz RS0016410, RS0014885, RS0016387.

<sup>662</sup> RIS-Justiz RS0028626; so bereits *Schlesinger*, Das Wesen der positiven Vertragsverletzungen, ZBl 44 (1926), 721 [748]; dazu näher unten, D.3.

terminologisch hinauszuzögern. Es ist klarzustellen, dass der OGH zugleich der Ansicht ist, dass „die vom Gesetzgeber getroffene unterschiedliche Ausgestaltung von Deliktsrecht und Vertragsrecht nicht aufgehoben oder verwischt werden“ dürfe.<sup>663</sup>

Im Anwendungsbereich der DSGVO könnte die vertragliche Haftung vor allem im Falle „reiner Vermögensschäden“<sup>664</sup> Bedeutung haben, und eine Beweislastumkehr im Sinne des § 1298 ABGB laut Art 82 Abs 3 DSGVO könnte bei jeder Art von Schädigung greifen: Der Verantwortliche ist jedenfalls nur dann haftungsbefreit, „wenn er nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist.“<sup>665</sup> Die Differenz in der Gehilfenhaftung erübrigte sich weitgehend, wenn man davon ausginge, dass nach Art 82 Abs 2 das Verhalten des Auftragsverarbeiters im Sinne des Art 4 Z 8 iVm Art 28 DSGVO bei rein deliktischer Schädigung dem Verantwortlichen ebenfalls zugerechnet werde.<sup>666</sup> *Kerschbaumer-Gugu* folgert die Zurechnung sowohl von Mitarbeitern des Verantwortlichen als auch des Auftragsverarbeiters aus dem in ErwGr 146 ausgedrückten Gedanken des *effet utile* und der organisatorischen Verantwortung im Sinne des Art 28 DSGVO.<sup>667</sup> „Dem Konzept der DSGVO zufolge soll die Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung bei einer Person konzentriert sein.“<sup>668</sup> Alternativ befürwortet der Autor, „§ 1313a ABGB analog anzuwenden“, weil ein „Naheverhältnis“ zwischen den Verarbeitenden und der betroffenen Person bestehe, „denn erstere schulden eine Verarbeitung der betreffenden persönlichen Daten nach Maßgabe der DSGVO.“<sup>669</sup> Wenn aber jedes Schulden verordnungsgemäßer Datenverarbeitung – also jedenfalls im privaten Bereich jede erdenkliche Verarbeitung – zu einem vertragsähnlichem Naheverhältnis führt, ist die Unterscheidung von Vertrag und Delikt im Anwendungsbereich der DSGVO unzweifelhaft verwischt, wenn nicht gar aufgehoben. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass der Unterschied zwischen Vertrags- und Deliktshaftung auch im Rahmen des Art 82 erhebliche

---

<sup>663</sup> RIS-Justiz RS0022814 zum Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter. Siehe bereits *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 283.

<sup>664</sup> Zum Begriff *Koziol*, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273 [273 ff]; vgl. *dens.*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209 [211 f]; *dens.*, *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>: Allgemeiner Teil (1997), Rz 4/42 ff; *dens.*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/240 f; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1295 (Stand 1.1.2018), Rz 61; RIS-Justiz RS0023122.

<sup>665</sup> Genauer dazu unten, D.

<sup>666</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 164 f, mwN.

<sup>667</sup> Vgl. ebd., 163.

<sup>668</sup> Ebd., 162, mwN. Für die „Konzentration der Haftung im Unternehmer“ im Zusammenhang mit gefährlichen Sachen bereits *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 187 ff; vgl. ebd., 32, wo dies mit „volkswirtschaftlichen Gesetzen“ begründet wird.

<sup>669</sup> *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 163.

Bedeutung sowohl für die Gehilfenhaftung als auch für die Beweislast hat. Reinen Vermögensschäden im Sinne des § 1311 ABGB kommt für die betroffene Person keine bedeutende Rolle zu, da eine Datenschutzverletzung in aller Regel bereits einen Eingriff in das absolut geschützte Persönlichkeitsrecht darstellt.

Die maßgeblichen Normen zur Unterscheidung von Vertrag und Delikt sind in Österreich §§ 859, 1295 Abs 1 ABGB. Ersterer teilt die „persönlichen Sachenrechte, vermöge welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist“, in diejenigen, welche auf einem „Rechtsgeschäft“ beruhen, und diejenigen, welche durch „erlittene Beschädigung“ entstehen. Zweiterer ordnet an, dass Schadenersatz ohne Rücksicht darauf zu leisten ist, ob „der Schade [...] durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden“ ist. Weil darin kein präzises Abgrenzungskriterium liegt, sah sich die Lehre zur Ausarbeitung verschiedener Theorien veranlasst. *Wilburg* räumt ein, dass das Gesetz meistens bloß die Unterlassung gebietet, während „Schuldverletzungen“ – gemeint ist allgemein die „Verletzung eines Gemeinschaftsverhältnisses“<sup>670</sup> – in einer Missachtung der „Pflicht, sich für ein fremdes Interesse einzusetzen“, bestehen.<sup>671</sup> Da die vertragliche Haftung „in besonderem Maße auf die Eigenart der einzelnen verletzten Verpflichtung Rücksicht nimmt“,<sup>672</sup> wird nach heutiger Auffassung anhand des *Schutzzweckes* des Vertrages ermittelt,<sup>673</sup> ob eine Schädigung gegen den Vertrag verstoße oder bloß gegen eine allgemeine Rechtspflicht.<sup>674</sup> In ähnlicher Weise wird anhand der involvierten Interessen abgegrenzt: Der Vertrag schütze das Äquivalenz-, das Deliktsrecht aber nur das Integritätsinteresse.<sup>675</sup> *Ehrenzweig* lehnt die Unterscheidung von Vertragsverletzung und Delikt anhand „relativer“ und „absoluter“ Widerrechtlichkeit“ ab<sup>676</sup> und gelangt zu dem Ergebnis, dass lediglich das „rein formale“ Kriterium der „Verscheidenheit des Normgebers“ maßgeblich sein könne.<sup>677</sup> Dieser formale Unterschied führt jedoch dazu, dass die vertragschließenden Parteien in der

---

<sup>670</sup> *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 276.

<sup>671</sup> Ebd., 279.

<sup>672</sup> Ebd., 282.

<sup>673</sup> Vgl. *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1295 (Stand 1.1.2018), Rz 28; mit unzähligen Fallbeispielen *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1295 (Stand 1.1.2007), Rz 8a ff; bereits *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 245; ausdrücklich auf § 1311 ABGB Bezug nehmend *Ehrenzweig*, Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht (1936), § 139; RIS-Justiz RS0023150, RS0022933 (T3), RS0017850.

<sup>674</sup> Zur Unterscheidung zwischen individueller und genereller Pflicht ebd., 280; *Koziol*, JBl 1994, 209 [209].

<sup>675</sup> Vgl. *Hoffmann*, Die Koordination des Vertrags- und Deliktsrechts in Europa (2006), 26 f, mwN; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/7 f.

<sup>676</sup> *Ehrenzweig*, Schuldhaftung, § 14, mwN.

<sup>677</sup> Ebd., § 16.

Lage sind, privatautonom *inhaltliche* Änderungen der Rechtslage herbeizuführen. Zudem führt der Abschluss eines Vertrags dazu, dass zwischen den Parteien „umfassendere und strengere Sorgfaltspflichten“ herrschen.<sup>678</sup>

Datenverarbeitungen werden in aller Regel nicht als vertragliche Hauptleistungspflicht vereinbart.<sup>679</sup> Vielmehr bestehen bei Verträgen, in deren Zusammenhang personenbezogene Daten verarbeitet werden, „Nebenpflichten, insbesondere Schutz- und Sorgfaltspflichten“, welche sich insbesondere auf die Persönlichkeit im Sinne des § 16 ABGB beziehen.<sup>680</sup> Die DSGVO enthält für jede Art der Datenverarbeitung innerhalb ihres Anwendungsbereichs bereits eine große Menge an gesetzlichen Schutzpflichten. Indem das Vertragsverhältnis zwischen betroffener Person und Verantwortlichem in erster Linie Hauptleistungspflichten regelt, werden sich die Modalitäten der Datenverarbeitung nach dieser richten. Verarbeitungen im Rahmen eines Versicherungsverhältnisses, einer Privatschule, einer Geschäftsverbindung des Kreditwesens, eines Kaufvertrages und eines Mietverhältnisses unterscheiden sich wesentlich voneinander, da jeweils die interessierenden Daten sowie Umfang, Dauer und Zweck der Verarbeitung verschieden sind und folglich die Rechtsposition des Betroffenen spezifisch bestimmt werden muss.<sup>681</sup> Abgesehen von Fragen der Schadensbemessung hat das Vertragsverhältnis vor allem Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung der Transparenzpflichten: Wie oft muss über die Datenverarbeitung informiert werden? In welchem Detailgrad und in welcher Sprache sind Informationen zur Verfügung zu stellen? Auf welche Weise muss die Zugänglichkeit der Information gewährleistet sein? Wann liegt eine typische Missbrauchs- bzw. Diskriminierungsgefahr vor, wann muss deshalb kenntlich gemacht werden, auf welcher Datengrundlage eine Entscheidung getroffen wurde?<sup>682</sup> Prinzipiell muss – zumindest im Falle des Art 6 Abs 1 lit b DSGVO – ein Zusammenhang zwischen der Hauptleistungspflicht als Teil der *essentialia negotii* und der

---

<sup>678</sup> *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 4/4; vgl. *dens.*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/238 ff; RIS-Justiz RS0026091.

<sup>679</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 209.

<sup>680</sup> Ebd., 210, mit Bezug auf RIS-Justiz RS0017049; vgl. auch *Gola/Piltz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 21.

<sup>681</sup> Eine Übersicht über die vielfältigen vertraglichen Verarbeitungskontexte findet sich in *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 47 ff.

<sup>682</sup> Beispielsweise hat das Kreditinstitut den Verbraucher bei Ablehnung des Kreditantrags nach § 7 Abs 4 VKrG über das Ergebnis einer Datenbankabfrage zu informieren, wenn diese für die Entscheidung maßgeblich war. Zur Aufklärungspflicht hinsichtlich für den Vertragschluss relevanter Umstände „nach Treu und Glauben“ *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 168; vgl. mit Bezug auf „Vertrauensschäden“ *Koziol*, JBl 1994, 209 [210].

Datenverarbeitung ein innerer Zusammenhang bestehen,<sup>683</sup> sodass Informationen und Aufklärungen immer auch in Bezug auf die Hauptleistung zu erteilen und an dieser zu messen sind. Die individuelle Sonderbeziehung zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person führt zur *Konkretisierung* der transparenzbezogenen Rechte und Pflichten aus der DSGVO, wobei die „vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen“,<sup>684</sup> mit der Natur dieser Beziehung korrespondieren. Im Zusammenhang mit Vertragsverhältnissen sowie vertragsähnlichen Verhältnissen handelt sich bei den Transparenzpflichten um vertragsbezogene Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten, welche nichtsdestoweniger aus dem Gesetz und nicht aus privatautonomer Vereinbarung resultieren.<sup>685</sup> Gleichwohl sind diese Verbindlichkeiten im Falle einer Datenverarbeitung „mit jedem Vertrag verbunden“ und entsprechen auch „dem typischen Parteiwillen“.<sup>686</sup>

Als Hilfskriterien zur Entscheidung über das Vorliegen vertraglicher Haftung können die gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit einer Person auf die Sphäre des Gegenübers<sup>687</sup> sowie die „Verfolgung eigener Geschäftsinteressen“<sup>688</sup> herangezogen werden. Befürwortet man diesen Ansatz, lässt sich argumentieren, dass eine Einwilligung nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO, welche im Zusammenhang mit einem vertraglichen oder vorvertraglichen Verhältnis gegeben wird, der vertraglichen bzw. vorvertraglichen Haftung unterfalle, sozusagen in haftungsrechtlicher Hinsicht vom Vertragsverhältnis „aufgesogen“ werde. Eine solche *Aufsaugwirkung des Vertragsverhältnisses gegenüber der Einwilligung* bedeutet, dass diese jenem zugeordnet wird, ohne isoliert betrachtet ein Vertragsverhältnis darzustellen. Es wäre in vielen Fällen nicht sinnvoll, im Falle einer Datenschutzverletzung bei Vorliegen sowohl eines Vertrags als auch einer Einwilligung zwischen vertraglichen und deliktischen Schadensposten zu unterscheiden. Beispielsweise ist kein Grund dafür ersichtlich, dass ein

---

<sup>683</sup> Vgl. *Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl* in Knyrim, *DatKomm*, Art 6 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 36; *Schulz in Gola*, *DS-GVO*<sup>2</sup>, Art 6, Rz 37.

<sup>684</sup> *ErwGr* 50 DSGVO.

<sup>685</sup> Vgl. *Koziol*, *Österreichisches Haftpflichtrecht II*<sup>3</sup>, A/2/272 ff, 334 ff; *Wilburg*, *Elemente des Schadensrechts*, 163 ff; *RIS-Justiz RS0016402*, *RS0023624*; *Larenz*, *Culpa in contrahendo*, *Verkehrssicherungspflicht* und „sozialer Kontakt“, *MDR* 1954, 515 [516], mwN.

<sup>686</sup> *Koziol*, *Österreichisches Haftpflichtrecht II*<sup>3</sup>, A/2/336.

<sup>687</sup> Vgl. *Wendehorst*, *Anspruch und Ausgleich*, 485, mwN; *Koziol*, *Österreichisches Haftpflichtrecht I*<sup>3</sup>, Rz 4/43; *dens.*, *Österreichisches Haftpflichtrecht II*<sup>3</sup>, A/2/227, 238, 268, 270, 282; *dens.*, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, Rz 4/4, 9; *Stoll*, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, *AcP* 136 (1932), 257 [288]; *Schlesinger*, *ZBl* 44, 721 [744 f]; *RIS-Justiz RS0016281*.

<sup>688</sup> *Koziol*, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, Rz 4/4; *ders.*, *Österreichisches Haftpflichtrecht I*<sup>3</sup>, Rz 4/43; *ders.*, *Österreichisches Haftpflichtrecht II*<sup>3</sup>, A/2/238; vgl. *Welser*, *Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten. Zugleich ein Beitrag zur Bankauskunft* (1983), 39.

Partnervermittlungsdienst für eine Verletzung des Schutzes sensibler Daten, deren Verarbeitung er gemäß Art 9 Abs 2 DSGVO nicht allein auf den Vertrag stützen darf, nicht vertraglich haften sollte. Die Einwilligung wird nach dem Datenschutzrecht als gesonderter Rechtsgrund erteilt, nach dem Zivilrecht ist die Verarbeitung sensibler Daten zur Partnervermittlung zweifelsohne eine Handlung in Erfüllung des Vermittlungsvertrags. Wenn ein Kunde mit seiner Hausbank in ständiger Geschäftsbeziehung steht und diese eine Einwilligung für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbezwecken einholt, liegt es ebenfalls nahe, diese zwar nicht vertragserforderliche, aber doch vertragsnahe Verarbeitung dem Vertragsverhältnis zuzuordnen. Allerdings muss genauer differenziert werden: Haftet der Betreiber eines Online-Versandhauses oder einer Videoplattform gegenüber einem nach Art 6 Abs 1 lit a einwilligenden Besucher aus *culpa in contrahendo*, wenn dieser weder auf der Seite angemeldet ist noch im Sinne hat, in ein Vertragsverhältnis zu treten? Dafür spricht, dass die Haftung aus vorvertraglichem Verhältnis oftmals mit der bloßen *geschäftlichen Kontaktaufnahme* zwischen den Beteiligten begründet wird.<sup>689</sup> Nach der von *Koziol* postulierten These handelt es sich hierbei um einen Fall im Bereich zwischen Vertrag und Delikt,<sup>690</sup> in welchem der Ersatz reiner Vermögensschäden nur restriktiv zu gewähren sei.<sup>691</sup>

Eine scharfe Grenze findet die vertragliche Haftung jedenfalls in der Verarbeitung personenbezogener Daten, welche *ausschließlich* den überwiegenden berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten im Sinne des Art 6 Abs 1 lit f DSGVO dient, ohne dass eine Einwilligung oder ein in diesem Punkt konnexes Vertragsverhältnis vorläge. Dies wird beispielsweise dann der Fall sein, wenn ein Gläubiger Daten über einen im Verzug befindlichen Schuldner zwecks Forderungseintreibung<sup>692</sup> verarbeitet oder wenn Daten schlicht zur Betrugsprävention<sup>693</sup> benötigt werden. Der von der Verarbeitung verfolgte Zweck liegt in dieser Situation nur im Interesse des Gläubigers. Es erscheint allerdings zweckmäßig, die Übermittlung von Bonitätsdaten an Dritte durch ein Kreditinstitut aufgrund berechtigter Interessen der vertraglichen Haftung zu unterwerfen, wenn zwischen Kreditinstitut und dem

---

<sup>689</sup> Vgl. OGH 08.10.1975, 1 Ob 191/75; RIS-Justiz RS0016281, RS0014885, RS0120078, RS0016374 (T11); *Ostheim*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 522/570 [525], mwN; *Larenz*, MDR 1954, 515 [517 f], mwN.

<sup>690</sup> Vgl. *Koziol*, JBl 1994, 209 [213 f], mit Bezug auf *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 162 ff; vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 4/1 ff; *dens.*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/267 ff.

<sup>691</sup> Vgl. ebd., A/2/108.

<sup>692</sup> Vgl. *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 6, Rz 136 ff.

<sup>693</sup> Vgl. ErwGr 47 DSGVO; *Kastelitz/Hötendorfer/Tschohl* in Knyrim, DatKomm, Art 6 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 54; *Schantz* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 6 Abs 1, Rz 36;

Kunden als Datensubjekt ein (vor-)vertragliches Verhältnis besteht. Wenn die Bank ihren Kunden durch Übermittlung falscher oder unvollständiger Daten an Dritte benachteiligt, liegt darin eine Vertragswidrigkeit, weil gerade in einer persönlichen Sonderbeziehung darauf vertraut wird, dass dergleichen treuwidriges Verhalten unterbleibe.

## 2.2. Datenschutzerklärung und AGB

Regelmäßig sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen datenschutzrelevante Ausführungen anzutreffen. Es ist nun im Grundzügen zu klären, wie die Datenschutzbestimmungen in AGB rechtlich zu beurteilen sind, insbesondere im Hinblick auf das Transparenzgebot im Sinne des Art 5 Abs 1 lit a DSGVO und § 6 Abs 3 KSchG.<sup>694</sup> Dabei stellen sich die Fragen, unter welchen Bedingungen eine Klausel intransparent sei, welche Rechte und Pflichten bezüglich personenbezogener Daten überhaupt in AGB geregelt werden dürfen und welche Bedeutung der Unterscheidung zwischen Vertrag und Einwilligung im Sinne der Art 6 Abs 1 lit a, b DSGVO zuzumessen sei.

Als Vorteil der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen wird im Allgemeinen die Rationalisierung von Betriebsabläufen und des Geschäftsverkehrs angeführt:<sup>695</sup>

„Der Vertragsabschluss wird beschleunigt, die Vertragsabwicklung durch einheitliche Regelungen der Nebenbestimmungen vereinfacht und die reibungslose Abwicklung von Massengeschäften erleichtert. Dies erhöht die Leistungsfähigkeit der Unternehmen, was letzten Endes auch für die Kunden von Vorteil ist.“<sup>696</sup>

Die prinzipielle Gefahr, der Unternehmer könne sich durch das gleichförmige Diktieren seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen „Privatgesetzgebung“ anmaßen,<sup>697</sup> ist im Bereich des Datenschutzes weitestgehend dadurch gehoben, dass die DSGVO zwingendes Recht zugunsten der betroffenen Person<sup>698</sup> enthält und ein vertragliches Abweichen – erst recht in kaum lesbaren oder faktisch ungelesenen AGB – gesetzwidrig und somit nichtig im Sinne der allgemeinen vertragsrechtlichen Anordnung des § 879 ABGB ist. Es geht nun zuvörderst darum, die Nachvollziehbarkeit der Datenverarbeitung für die betroffene Person im Sinne des Art 5 Abs 1 lit a DSGVO zu gewährleisten, wobei Art 13 f einen Katalog an verpflichtenden Angaben enthalten. Ein Verbot der Einbettung datenschutzrechtlicher Willens- oder Wissenserklärungen in AGB lässt sich diesen Vorschriften keineswegs entnehmen – auch im Bereich des Datenschutzes ist gegen die Verwendung von AGB grundsätzlich nichts

---

<sup>694</sup> Vgl. RIS-Justiz RS00371107; *Krejci* in Rummel ABGB<sup>3</sup>, § 6 KSchG (Stand 1.1.2002), Rz 202 f.

<sup>695</sup> Vgl. *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 211 f.

<sup>696</sup> *Leitner*, Das Transparenzgebot (2005), 5 f.

<sup>697</sup> Vgl. *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen, 219 ff; RIS-Justiz RS0014506.

<sup>698</sup> So *Wendehorst/von Westphalen*, NJW 2016, 3745 [3748].

einzuwenden,<sup>699</sup> wenn die darin enthaltenen Klauseln „klar und verständlich abgefasst“<sup>700</sup> sind.

Für *Leitner* liegt der Kern des Transparenzproblems in der „Informationskostenasymmetrie“ zwischen dem AGB-Verwender und dem Kunden: Ersterer profitiere von der einmaligen, aber akribischen Ausarbeitung des Schemas durch gleichförmige Anwendung, während letzterer mangels juristischer oder sonstiger Kenntnisse nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu einem ausreichenden Überblick über das Rechtsverhältnis gelangen könne.<sup>701</sup> *Schwarze* deutet das Problem in dem Sinn „verständigungstheoretisch“, dass der AGB-Verwender dem Kunden entsprechende Aufklärung schulde, wenn er erkennt, dass dieser sich über bestimmte Vertragsmodalitäten in Unkenntnis befindet.<sup>702</sup> Das Problem Informationsasymmetrie wird durch eine „Verlagerung der Verständigungslast“<sup>703</sup> bzw. der „Informationslasten und -kosten“, also durch die Festlegung „Darstellungsverantwortung“<sup>704</sup> des informationell Überlegenen gelöst. Ungeachtet des Vertragschlusses im Einzelfall erklärt § 6 Abs 3 KSchG eine Klausel für „unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich verfasst ist.“ Datenschutzrechtlich wird eine unklar oder unverständlich formulierte Klausel jedenfalls zur Intransparenz der Verarbeitung führen. Wenn beispielsweise in AGB festgelegt wird, dass der Vertragspartner der Übermittlung seiner Daten an eine nicht näher bestimmte „zentrale Evidenzstelle und/oder an Gemeinschaftseinrichtungen von Kreditunternehmungen“<sup>705</sup> oder unspezifisch an Konzernunternehmen oder Firmenabteilungen<sup>706</sup> zustimme, handelt es sich um eine intransparente Klausel, „weil sie die Tragweite der Einwilligung nicht erkennen lässt.“<sup>707</sup>

Wohlgermerkt ist damit aus Perspektive der DSGVO nicht die vertragserforderliche Datenverarbeitung nach Art 6 Abs 1 lit b, sondern die Verarbeitung kraft freiwilliger Einwilligung gemäß lit a iVm Art 7 DSGVO angesprochen. Nach *Wendehorst/von*

---

<sup>699</sup> Vgl. *Ernst*, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung. Anmerkungen zur Definition nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO, ZD 2017, 110 [113]; problematisierend *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 16.

<sup>700</sup> Art 5 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-RL), ABi L 1993/95, 29.

<sup>701</sup> Vgl. *Leitner*, Transparenzgebot, Privatautonomie und Auslegung, JBl 2011, 428 [429 ff]; *dens.*, Transparenzgebot, 15 ff.

<sup>702</sup> *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, 218 ff.

<sup>703</sup> Ebd., 208 ff.

<sup>704</sup> *Leitner*, JBl 2011, 428 [435].

<sup>705</sup> Zitiert nach OGH 22.03.2001, 4 Ob 28/01y, RIS-Justiz RS0115217.

<sup>706</sup> Vgl. OGH 22.04.2010, 2 Ob 1/09z, RS0111809 (T1, 2, 3), RS0115217 (T25, 26, 27, 28), RS0115216 (T6, 7, 8); OGH 13.09.2001, 6 Ob 16/01y; OGH 27.01.1999, 7 Ob 170/98w.

<sup>707</sup> RIS-Justiz RS0115217.

*Westphalen* ist scharf zu unterscheiden zwischen der bloß deklarativen Datenschutzerklärung und der vorformulierten Einwilligungserklärung, welche einer „echten Vertragsbestimmung“ entspricht.<sup>708</sup> „Soweit Datenschutzerklärungen bloß der Informationserteilung dienen, unterliegen sie nicht der AGB-Kontrolle“ im traditionellen Sinne,<sup>709</sup> sondern sind als Informationsleistungen aufgrund der Transparenzpflicht nach Art 5 Abs 1 lit a iVm Art 13 f zu beurteilen. Solchen Informationsleistungen kommt kein Erklärungswert zu, weil sie nur eine gesetzlich zwingende Belehrung über die faktische und rechtliche Position des betroffenen Datensubjekts enthalten;<sup>710</sup> insbesondere wird damit kein Verarbeitungszweck verfügt, da sich dieser bereits aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis in Verbindung mit den Grundsätzen der Zweckbindung und Datenminimierung nach Art 5 Abs 1 lit b, c ergibt. Alle Erlaubnistatbestände des Art 6 nehmen mit Ausnahme der Einwilligung nach lit a auf eine zugrundeliegende Rechtsposition Bezug, welche unabhängig vom Datenschutzrecht besteht, und erlauben erst auf dieser Grundlage die Verarbeitung. Freilich liegt der Abschluss eines Vertrages, welcher nach lit b die Verarbeitung legitimieren soll, in der Disposition der Parteien, nicht aber die darauf fußende Rechtmäßigkeit der Verarbeitung selbst, welche durch die gesetzlich vorgeschriebene Erforderlichkeit für den objektiv zu ermittelnden Vertragszweck bestimmt ist. In diesem Zusammenhang kommt der Einwilligung nach Art 6 Abs 1 lit a hervorragende Bedeutung zu, da sie unter der Bedingung der Freiwilligkeit und Informiertheit seitens des Betroffenen eine *rein konsentierete Datenverarbeitung* ermöglicht, welche ausschließlich am Willen der Beteiligten zu messen ist. Damit besteht Gleichklang mit *Ohly's* allgemein-zivilrechtlicher Feststellung, dass die „widerrufliche Einwilligung“ als „einseitige Erklärung“ auch im AGB-Recht „vom Vertrag unterschieden werden“ muss.<sup>711</sup> Gleichwohl befürwortet der Autor die zumindest analoge Anwendung der AGB-rechtlichen Wertungen auf einseitige Einwilligungen,<sup>712</sup> was auch *Wendehorst/von Westphalen* unter Berufung auf den Verweis auf die RL 93/13/EWG in ErwGr 42 DSGVO speziell im Datenschutzrecht vertreten.<sup>713</sup>

---

<sup>708</sup> *Wendehorst/von Westphalen*, NJW 2016, 3745 [3748]; so auch *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 13; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 259.

<sup>709</sup> *Wendehorst/von Westphalen*, NJW 2016, 3745 [3748], mwN.

<sup>710</sup> Zu den Anforderungen an die Belehrung gesetzlich geregelter Rechte RIS-Justiz RS0121951.

<sup>711</sup> *Ohly*, Einwilligung, 437 f.

<sup>712</sup> Vgl. ebd., 437 ff. „Die Erteilung einer Einwilligung ist Ausübung einer privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit, die beim Gebrauch vorformulierter Erklärungen ebenso beeinträchtigt wird wie im vertraglichen Bereich.“ (ebd., 439)

<sup>713</sup> Vgl. *Wendehorst/von Westphalen*, NJW 2016, 3745 [3749]; mit Bezug auf bisherige OGH-Rechtsprechung auch *Kastelitz* in Knyrim, DatKomm, Art 7 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 24.

Unabhängig von der Frage, inwieweit AGB-Recht auf datenschutzrechtliche Sachverhalte anwendbar sei, besteht hinsichtlich der Einwilligung dahingehend ein „Hervorhebungsgebot“,<sup>714</sup> dass sich die Unterbreitung einer vorformulierten Einwilligungserklärung im Lichte der Granularität zur Gewährleistung von Transparenz deutlich von den bloß deklarativen Bestandteilen des Textes abgrenzen muss. Dies lässt sich aus Art 7 Abs 2 DSGVO ableiten, wonach der Einwilligungssachverhalt bei schriftlicher Erklärung „von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden“ sein muss; die Einwilligungserklärung darf insbesondere nicht im Kleingedruckten versteckt sein.<sup>715</sup> Die Bedeutung des Hervorhebungsgebots lässt sich damit erklären, dass die Erklärung der Einwilligung seitens des Betroffenen als von vorgängigen Zwecksetzungen weitgehend ungebundenen, rein privatautonen Aktes besondere Tragweite<sup>716</sup> entfalten kann. Dies gilt gleichermaßen für die Erklärung, welche die Entbindung vom Bankgeheimnis zum Gegenstand hat.<sup>717</sup> „Je gewichtiger der Inhalt einer Klausel ist, desto höhere Anforderungen sind an die Form zu stellen.“<sup>718</sup> Beispielsweise führt das Vorhaben einer Profilerstellung im Sinne des Art 4 Z 4 DSGVO oder automatisierten Entscheidungsfindung nach Art 22 zu einer besonders intensiven Verständigungs- und folglich Hervorhebungspflicht.

Der OGH hat allerdings anlässlich der Änderung der Rechtslage durch die DSGVO das Hervorhebungsgebot relativiert und dies mit der Möglichkeit der formlosen Einwilligungserklärung im Sinne der Art 4 Z 11, ErwGr 32 DSGVO begründet:

„Die Rechtsprechung, wonach Zustimmungserklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen *jedenfalls* besonders hervorgehoben werden müssen, ist für das DSG 2000 und die DSGVO als überholt anzusehen. Zustimmungen zur Datenübermittlung können nun in jeder Form, nicht nur ausdrücklich schriftlich gegeben werden.“<sup>719</sup>

Diese Aussage tut jedoch bei unionskonformer Interpretation der Pflicht keinen Eintrag, den Einwilligungsgegenstand samt Verarbeitungszweck und betreffende Daten gegenüber anderen Verarbeitungsgrundlagen gesondert darzustellen; die betroffene Person muss im Ergebnis wissen, welche Verarbeitungen bzw. Verarbeitungszwecke auf die Einwilligung nach Art 6

---

<sup>714</sup> *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 25; vgl. *Klement* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 7, Rz 77; *Schulz* in Gola, DSGVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 44 ff; eingehend *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 259 f; vgl. OGH 27.01.1999, 7 Ob 170/98w.

<sup>715</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0111809.

<sup>716</sup> „Tragweite“ als Topos der AGB-Kontrolle: RIS-Justiz RS0115217, RS0122169, RS0115219 (T33); *Leitner*, Transparenzgebot, 75 ff.

<sup>717</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0115218, RS0117271.

<sup>718</sup> *Schurr* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-ABGB<sup>3</sup>, § 6 Abs 3 KSchG, Rz 5, mwN.

<sup>719</sup> OGH 31.08.2018, 6 Ob 140/18h, RIS-Justiz RS0111809 (T8). Hervorhebung nach Original.

Abs 1 lit a iVm Art 7 DSGVO gestützt werden und welche auf Vertrag, Rechtspflicht, überwiegende Interessen etc. Kern der Ausführungen des OGH zum diesem Thema ist, dass die Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung unabhängig von der Hervorhebung des Einwilligungssachverhalts in den AGB zu beurteilen ist:

„Allein aus der Gestaltung und Gliederung der AGB (und dem Unterbleiben einer Hervorhebung) ist daher im Ergebnis keine Intransparenz der betroffenen Klauseln abzuleiten. Andernfalls wären Klauseln am Ende der AGB immer als intransparent anzusehen. Dass dies nicht im Sinne des Gesetzgebers wäre, liegt auf der Hand.“<sup>720</sup>

Lässt man die Verallgemeinerung zu, bedeutet das, dass die Freiwilligkeit der Einwilligung unabhängig von der Transparenz der AGB zu beurteilen sei, dass es sich hier um weitgehend verschiedene Regelungsbereiche handle. Eine Einwilligung kann auch dann wirksam sein, wenn die AGB intransparent sind, sofern die Anforderung der unions-datenschutzrechtlichen Transparenz anderweitig erfüllt sind, beispielweise durch mündliche Unterrichtung. Umgekehrt ist es denkbar, dass eine Einwilligung als unfreiwillig zu beurteilen sein kann, obwohl die vorgefertigte Erklärung in den AGB hervorgehoben wurde, etwa weil der Verantwortliche sich mit „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit“<sup>721</sup> der betroffenen Person begnügt oder gegen das Koppelungsverbot verstoßen hat oder weil die Einwilligungserklärung als ein „nicht verhandelbarer Teil von Geschäftsbedingungen“ behandelt wird.<sup>722</sup> Während in Art 5 93/13/EWG iVm § 6 Abs 3 KSchG lediglich die klare und verständliche Formulierung von Klauseln gefordert wird, verlangt die Wirksamkeit der Einwilligung nach der DSGVO „inhaltliche Transparenz“.<sup>723</sup> Es handelt sich bei der Einwilligungstransparenz somit um eine von der AGB-Kontrolle grundsätzlich unabhängige Problematik, welche im Folgenden gesondert darzustellen ist. Zudem ist zu klären, wie sich die Einwilligung aus zivilrechtlicher Perspektive zum Vertragsverhältnis verhält.

### **3. Einwilligung und Vertragsnähe**

Art 4 Z 11 DSGVO definiert die Einwilligung, welche nach Art 6 Abs 1 lit a als Grundlage der Datenverarbeitung dienen kann und in Art 7 hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen konkretisiert wird, folgendermaßen:

„jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt,

---

<sup>720</sup> OGH 31.08.2018, 6 Ob 140/18h.

<sup>721</sup> ErwGr 32 DSGVO; dazu nun EuGH 01.10.2019, C-673/17 (Planet49)

<sup>722</sup> *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 6; vgl. ebd., 19.

<sup>723</sup> *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 25.

dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“.

Der Begriff der Freiwilligkeit wird durch ErwGr 42 DSGVO dahingehend präzisiert, dass die betroffene Person „in Kenntnis der Sachlage“ entscheiden und „eine echte oder freie Wahl“ haben muss. Art 7 Abs 3 setzt hinzu, dass die Einwilligung jederzeit widerrufbar ist. Im Wesentlichen stellt die DSGVO materielle Anforderungen an die Einwilligung, ohne deren Rechtsform näher zu bestimmen. Über die Frage, inwieweit die Datenverarbeitung aufgrund Einwilligung vertragliche Haftung begründe, verschweigt sich die Verordnung gänzlich. Diese Frage ist allerdings von erheblicher Bedeutung für die Bemessung der ersatzfähigen Schäden infolge einer Datenschutzverletzung, weil die Höhe des zu ersetzenden Schadens maßgeblich davon abhängt, ob ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem besteht. Bejaht man ohne Weiteres, dass die Einwilligung automatisch eine Sonderverbindung begründe, stellt sich nichtsdestoweniger die Frage, welcher Natur diese Sonderverbindung sei und wie eine solche Annahme überhaupt gerechtfertigt werden könne. Darüber hinaus ist unklar, ob die Einwilligung der betroffenen Person lediglich als Rechtfertigungsgrund fungiere oder bereits die Schädigung ausschließe; die unterschiedslose Bezeichnung aller in Art 6 Abs 1 genannten Rechtsgründe als „Erlaubnistatbestände“ bietet dafür noch keine Lösung. Es ist sohin zunächst die Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung zu beleuchten.

Dass es sich bei der Einwilligung im Sinne des Art 4 Z 11 DSGVO um eine bloße Wissenserklärung<sup>724</sup> handle, ist begrifflich ausgeschlossen, da sie nicht nur deklarative Funktion mit Tatbestandswirkung hat, sondern nach Art 6 Abs 1 lit a konstitutiv für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung ist; dies erhellt unmittelbar daraus, dass die Einwilligung jederzeit widerrufbar ist und allgemein als zentrales Instrument informationeller Selbstbestimmung der betroffenen Person betrachtet wird.<sup>725</sup> Die Einwilligung als Realakt zu qualifizieren,<sup>726</sup> scheidet ebenfalls aus, da sie nicht „auf rein tatsächliche Handlungen gerichtet“<sup>727</sup> ist, sondern das Datenschutzrechtsverhältnis zwischen Verantwortlichem und

---

<sup>724</sup> Zum Begriff *Wiebe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 859 (Stand 1.1.2018), Rz 19.

<sup>725</sup> Vgl. Art 4 Z 11 DSGVO; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 232 ff; *Ingold* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 10; *Klement* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 7, Rz 2; *Kastelitz* in Knyrim, DatKomm, Art 7 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 1; *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 12; *Buchner/Petri* ebd., Art 6, Rz 17.

<sup>726</sup> So aber *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 9; ablehnend *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 30.

<sup>727</sup> *Wiebe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 859 (Stand 1.1.2018), Rz 21.

Betroffenem gestaltet;<sup>728</sup> ebenso unzutreffend ist die Qualifikation als Willensmitteilung, welche gleichfalls „nur auf etwas Tatsächliches gerichtet ist“.<sup>729</sup> Vielmehr ist die Einwilligung im Sinne der DSGVO genauso wie die allgemein-zivilrechtliche Einwilligung als *Willenserklärung*, also als Rechtsgeschäft zu qualifizieren.<sup>730</sup> Ausnahmsweise kommt die Qualifikation der Einwilligung als *Willensbetätigung* im Sinne des § 864 Abs 1 ABGB<sup>731</sup> in Frage, wenn es sich um „einen mit Geschäftswillen durchgeführten (äußeren) Vollzugsakt ohne notwendigen Erklärungswert“<sup>732</sup> handelt. Dies ist dann denkbar, wenn die betroffene Person im Internet unmissverständlich eine Leistung in Anspruch nimmt, welche verkehrüblicher Weise die Verarbeitung personenbezogener Daten voraussetzt, ohne dass im Zusammenhang mit einem bereits bestehenden Vertragsverhältnis gegen das Koppelungsverbot nach Art 7 Abs 4 DSGVO verstoßen wird und ohne dass ein neues Vertragsverhältnis gemäß Art 6 Abs 1 lit b entsteht. Die Anwendungsfälle der Einwilligung als Willensbetätigung dürften in der Praxis relativ selten sein, da auch die Ausführung einer „sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung“<sup>733</sup> zumeist als stillschweigende Erklärung interpretiert werden kann. Zudem erweist sich die Qualifikation als Willensbetätigung, welche definitionsgemäß nicht dem Zugangserfordernis unterliegt,<sup>734</sup> im Hinblick auf den kommunikations- und transparenzbezogenen Schutzzweck der DSGVO als problematisch:

„Soweit besondere gesetzliche Regelungen zur Einwilligung bestehen, wird der Gesetzgeber gerade eine qualifizierte Interaktion zwischen Einwilligendem und Erklärungsgegner verlangen“.<sup>735</sup>

Ferner spricht die Dokumentationspflicht des Verantwortlichen nach Art 5 Abs 2 iVm Art 7 Abs 1 dafür, dass die Einwilligung vom Verantwortlichen zur Kenntnis genommen werden muss, um Wirksamkeit zu entfalten. ErwGr 32 setzt der Auslegung einer nicht ausdrücklichen „Willensbekundung“<sup>736</sup> eine Grenze, indem „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen

---

<sup>728</sup> Vgl. *Ohly*, Einwilligung, 213.

<sup>729</sup> *Wiebe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 859 (Stand 1.1.2018), Rz 18.

<sup>730</sup> Vgl. *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 19 f, 37 f, 223; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 237 ff; mit Berufung auf den „funktionalen Zusammenhang zwischen Einwilligung und Privatautonomie“ *Ohly*, Einwilligung, 207 ff, 214; differenzierend *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 147, 165 f.

<sup>731</sup> Vgl. *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 864 (Stand 1.11.2014), Rz 1; *Wiebe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 864 (Stand 1.1.2018), Rz 1.

<sup>732</sup> *Ders.* ebd., § 859 (Stand 1.1.2018), Rz 17.

<sup>733</sup> Art 4 Z 11 DSGVO.

<sup>734</sup> Vgl. *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 864 (Stand 1.11.2014), Rz 1; *dens.* ebd., § 863 (Stand 1.11.2014), Rz 12; *Wiebe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 864 (Stand 1.1.2018), Rz 1; *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 27, 134 f.

<sup>735</sup> Ebd., 26.

<sup>736</sup> Art 4 Z 11 DSGVO.

oder Untätigkeit der betroffenen Person“ keine Einwilligung darstellen sollen. Art 9 Abs 2 lit a schließt die Möglichkeit einer stillschweigenden Erklärung bei sensiblen Daten überhaupt aus. Die datenschutzrechtliche Einwilligung begründet kein Handeln auf eigene Gefahr des Betroffenen,<sup>737</sup> weil dadurch die Schutz- und Sorgfaltspflichten aus der DSGVO nicht aufgehoben werden;<sup>738</sup> erst recht ist von dergleichen dann nicht auszugehen, wenn zwischen den Beteiligten ein Vertragsverhältnis besteht.

Es ist umstritten, ob die Einwilligung im Schadenersatzrecht nur einen Rechtfertigungsgrund<sup>739</sup> darstelle oder bereits den Schaden selbst grundsätzlich ausschließe.<sup>740</sup> „Diese Frage hängt von der Auslegung im einzelnen Falle ab.“<sup>741</sup> In allen Fällen, welche im hier behandelten Zusammenhang auftreten können, sind personenbezogene Daten involviert, welche im Vergleich mit anderen Persönlichkeitsgütern wie zum Beispiel der körperlichen Unversehrtheit und Freiheit sowie im Hinblick auf die allgemeine Informationsfreiheit in besonderem Maße der betroffenen Person zur *Disposition* stehen. Die DSGVO trägt dem Rechnung, da sie die Datenverarbeitung kraft Privatautonomie in weitem Ausmaß zulässt und darüber hinaus sogar den freien Verkehr personenbezogener Daten fördern will. Gleichwohl strafrechtliche Begriffe nicht ohne weiteres ins Zivilrecht übertragen werden können,<sup>742</sup> ist auf die strafrechtsdogmatische Unterscheidung zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung hinzuweisen.<sup>743</sup> Es wäre kontraintuitiv, die einwilligungskonforme Datenverarbeitung bereits als Schädigung zu betrachten: Gleichwohl technische Anlagen involviert sind, handelt es sich doch um Informationen über Menschen, deren Verwendung auch sonst grundsätzlich nicht als Schädigung betrachtet wird. Wer in die Datenverarbeitung einwilligt, hat nicht die Erlaubnis einer Schädigung im Sinn, sondern teilt sich mit oder gestattet es dem Gegenüber, etwas über sich in Erfahrung zu bringen. Gleichermaßen würde es kaum jemand als Schädigung

---

<sup>737</sup> Vgl. allgemein *Ohly*, Einwilligung, 228 ff.

<sup>738</sup> Vgl. allgemein *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 163 ff; RIS-Justiz RS0023101, RS0023006.

<sup>739</sup> So beispielsweise *Ramelow*, Lebensbildschutz, 157; *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 75 ff, wo bei ideellen Interessen allerdings eine Ausnahme gemacht wird; ebd., 40;

<sup>740</sup> In diesem Sinne *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich, 225 f; *Brossette*, Wert der Wahrheit, 244; *Ehrenzweig*, Schuldhaftung, § 206; *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 67 f; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 170 f; *Ohly*, Einwilligung, 139 f, 197.

<sup>741</sup> *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 68. Genauer: ob durch Einwilligung das „Haftungselement der Inanspruchnahme“ beseitigt werde.

<sup>742</sup> Vgl. *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 31 ff; *Ohly*, Einwilligung, 120 ff, 130 ff.

<sup>743</sup> Vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner Teil<sup>15</sup> (2016), E 1, Rz 58; im Zusammenhang mit missbräuchlichen Datenbankabfragen *Nordmeyer*, Schädigungsvorsatz als strafbarkeitsbegrenzendes Tatbestandselement bei Missbrauch der Amtsgewalt. In: FS Ratz (2018), 71 [89 ff], mwN.

betrachten, wenn der Vertragspartner nach Maßgabe der *essentialia negotii* zur Erfüllung des Vertrages personenbezogene Daten verarbeitet. Die Verarbeitung personenbezogener Daten *per se* als schadensbegründend zu qualifizieren, würde eine Denaturierung des Rechtsverkehrs bedeuten, welche sich schwerlich mit der Kommunikations- und Informationsfreiheit vereinbaren ließe. Worin bestünde dann überhaupt der Schaden? Dass jemand etwas über einen weiß und daraus – gegebenenfalls automationsunterstützt – Schlüsse zieht, bedeutet ohne Hinzutreten weiterer Umstände weder ein Vermögensminus noch eine ideelle Beeinträchtigung.<sup>744</sup> Erst dann, wenn gegen den Willen der betroffenen Person eine Datenverarbeitung stattfindet, kann von potenzieller Schädigung ausgegangen werden.<sup>745</sup> Insbesondere fungiert die Rechtsgrundlage der Verarbeitung aufgrund überwiegender berechtigter Interessen nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO als Ermächtigung zur heteronom bestimmten Datenverarbeitung, sodass das Einverständnis der betroffenen Person nicht vorausgesetzt wird, dieser Erlaubnistatbestand somit als Rechtfertigungsgrund zu betrachten ist. Es liegt allerdings durchaus im Sinne der informationellen Selbstbestimmung, diejenigen Erlaubnistatbestände des Art 6, welche auf privatautonome Gestaltung verweisen, nicht als Rechtfertigungsgründe, sondern als Schadensausschluss innerhalb der Grenzen der Parteienvereinbarung aufzufassen. Dies gilt insbesondere für die einseitige Einwilligung:

„Auch die Einwilligung ist [...] eine Form der Rechtsausübung, die Vornahme der konsentierten Handlung ist Mitwirkung bei dieser Rechtsausübung.“<sup>746</sup>

„Die konsentierte Handlung ist kein Übergriff auf die durch das subjektive Recht geschützte Freiheitssphäre, vielmehr ist die Einwilligung Ausübung eines subjektiven Rechts.“<sup>747</sup>

Diese Sicht hätte einen wichtigen Vorteil für die betroffene Person: Beruft sich der Verantwortliche auf die Zulässigkeit der Verarbeitung kraft Einwilligung, so müsste er nicht nur gemäß Art 7 Abs 1 DSGVO deren Erteilung, sondern zugleich auch das Nichtbestehen eines Schadens aufzeigen. Einerseits bedeutet dies eine erhebliche Förderung des Rechtsschutzes zugunsten des Datensubjekts, andererseits ist eine allzu weitreichende Verlagerung des Schadenersatzes ins Spekulative zu befürchten, insofern der Schaden im Prozess mehr ausgehandelt als behauptet würde. Richtigerweise muss der betroffenen Person trotz Qualifikation der Einwilligung als Schadensausschluss die Last auferlegt werden, in der Schadenersatzklage gemäß § 226 Abs 1 ZPO ein ziffernmäßig bestimmtes Begehren zu

---

<sup>744</sup> Vgl. zu ideellen Schäden *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 75 f.

<sup>745</sup> Dies entspricht auch dem Eingriffsbegriff in RIS-Justiz RS0120423.

<sup>746</sup> *Ohly*, Einwilligung, 140.

<sup>747</sup> *Ebd.*, 197.

formulieren und dieses durch entsprechende Tatsachenbehauptungen zu substantiieren.<sup>748</sup> Wird ein materieller Schaden – insbesondere ein solcher, welcher nicht Folgeschaden ist – geltend gemacht, kommen zugunsten der betroffenen Person, deren Daten verwertet wurden, Ansprüche auf Rechnungslegung sowie gegebenenfalls Beweiserleichterungen in Frage.<sup>749</sup>

Die Einordnung der Einwilligung in die Kategorie des Verpflichtungsgeschäfts ist schon deshalb nicht angemessen, weil sie gemäß Art 7 Abs 3 DSGVO jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufbar ist: Sie verschafft dem Verantwortlichen daher „keine Rechtsposition, die in ihrem Bestand vom Willen des Einwilligenden unabhängig ist.“<sup>750</sup> Da die Verordnung die freie Entfaltung der Persönlichkeit der betreffenden Person schützt, ist nicht davon auszugehen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben der Widerrufbarkeit der Einwilligung entgegenstehe.<sup>751</sup> Hat der Verantwortliche ein dringendes Bedürfnis nach der Datenverarbeitung, wird er diese ohnehin auf Art 6 Abs 1 lit f, auf das Überwiegen seiner berechtigten Interessen stützen. Die Kategorie der schuldrechtlichen Gestattung<sup>752</sup> ist hier nicht einschlägig, da der Betroffene gerade nicht zur Aufrechterhaltung der Einwilligung verpflichtet ist. *Resch* definiert die allgemein-zivilrechtliche Einwilligung zutreffend als *Verfügungsgeschäft*:

„Die Einwilligung ist die rechtsgeschäftliche Erklärung der Verfügung über das konkrete Rechtsgut und sie ist damit typisches Verfügungsgeschäft.“<sup>753</sup>

In Österreich gilt das Kausalprinzip, das heißt, „daß die Einwilligung wie jedes Verfügungsgeschäft [...] bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit in ein auf sie bezughabendes Verpflichtungsgeschäft eingebunden sein muss, da das österreichische Privatrecht zumindest im Grundsatz abstrakte Rechtsgeschäfte nicht zulässt.“<sup>754</sup> Die Rechtsprechung verlangt nicht einmal bei den oft als „abstrakt“ bezeichneten Rechtsinstitute der Garantie<sup>755</sup> und der

---

<sup>748</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 104, mwN.

<sup>749</sup> Dazu oben B.1.1, sowie unten, C.1.2.

<sup>750</sup> *Ohly*, Einwilligung, 176.

<sup>751</sup> So aber für Einzelfälle *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 57; *Klement* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 7, Rz 92; *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 38; vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 270 f; differenzierend *Ohly*, Einwilligung, 350 ff.

<sup>752</sup> Vgl. *E. Wagner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup>, § 43 (Stand 1.8.2019), Rz 75; RIS-Justiz RS0062431, RS0009344, RS0009392; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 253 ff; *Ohly*, Einwilligung, 165 ff; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 145.

<sup>753</sup> *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 38. Dort mit Hervorhebungen. Vgl. ebd., 223; anders *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 144 f; speziell im Datenschutzrecht bejahend aber *Metzger*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 217, 817 [832].

<sup>754</sup> Vgl. *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 38 f; besonders im Sachenrecht laut §§ 423-425 ABGB.

<sup>755</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0016946.

konstitutiven Anerkenntnisses<sup>756</sup> ein gewisses Maß an normativem Kausalzusammenhang mit einem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. *Resch* spricht davon, dass ein zeitlicher und inhaltlicher Konnex zu einem „Verpflichtungsgeschäft“ vorliegen müsse;<sup>757</sup> für die Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung ein Verpflichtungsgeschäft im eigentlichen Sinne zu verlangen, wäre allerdings überschießend, da sie auch im Rahmen anderer Rechtsverhältnisse gegeben werden kann, welche das Gesetz mit vertraglicher Haftung sanktioniert.<sup>758</sup> Beispielsweise muss *culpa in contrahendo* bereits dann verantwortet werden, wenn die Schädiger und Geschädigter in geschäftlichen Kontakt miteinander getreten sind.<sup>759</sup> Nun entspricht es der Natur der Sache, dass die Einwilligung *kontextuell* durch ein solches Rechtsverhältnis geprägt ist: Treten betroffene Person und Verantwortlicher miteinander in geschäftlichen Kontakt und wird in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang eine Einwilligung gemäß Art 4 Z 11 DSGVO erteilt, ist die auf dieser beruhende Verarbeitung nicht bloß nach deliktischen Grundsätzen zu beurteilen, da die Einwilligung nicht „aus dem Nichts heraus“ gegeben wurde, sondern eben im Zusammenhang mit dem vertragliche Haftung begründenden Kontakt. Dies gilt erst recht, wenn die Einwilligung im Zusammenhang mit einem gültigen Vertragsverhältnis gegeben wird. Es kann hier also von einer *Aufsaug- oder Attraktionswirkung* des vertraglichen oder vertragsähnlichen Verhältnis gegenüber der Einwilligung in Bezug auf das Haftungsregime gesprochen werden. Es ist freilich darauf hinzuweisen, dass es bei dieser Begrifflichkeit nicht um das Verhältnis der Rechtsgrundlagen nach Art 6 Abs 1 DSGVO zueinander zu tun ist, sondern um die Ausgestaltung der schadenersatzrechtlichen Haftung. DSGVO und ABGB bilden einander ergänzende, aber strikt zu unterscheidende Regelungsebenen. Die vertragliche Haftung findet ihre Grenze mE dort, wo die Einwilligung nicht im Zusammenhang mit geschäftlichem, sondern rein gesellschaftlichem Kontakt<sup>760</sup> erteilt wird.<sup>761</sup>

---

<sup>756</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0033001.

<sup>757</sup> Vgl. *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 39 f.

<sup>758</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/272 ff, 334 ff; *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 163 ff; RIS-Justiz RS0016402, RS0023624. Als anerkanntes Beispiel dieser gesetzlichen, aber vertragsbezogenen Regeln dienen diejenigen über vorvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten. Vgl. *Larenz*, MDR 1954, 515 [516], mwN.

<sup>759</sup> Vgl. OGH 08.10.1975, 1 Ob 191/75; RIS-Justiz RS0016281, RS0014885, RS0120078, RS0016374 (T11); *Ostheim*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 522/570 [525], mwN.

<sup>760</sup> Vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/287.

<sup>761</sup> Gegen die Differenzierung *Larenz*, MDR 1954, 515 [517], unter Rückgriff auf eine Vertrauenshaftung; zu deren Grenzen *Koziol*, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?, AcP 193, 593 [604 f].

Die soeben behandelte Problematik steht in Verbindung mit der Frage, was es mit der viel diskutierten „Kommerzialisierung“<sup>762</sup> der Einwilligung auf sich habe. Dies rührt wohl daher, dass die Einwilligung nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO als einzige Rechtsgrundlage die Datenverarbeitung nicht als Instrument zur Erfüllung eines bereits zuvor gesetzten Zweckes erlaubt, sondern die Gestaltung des Datenschutzrechtsverhältnisses den Parteien zur freien Disposition überlässt. Die Datenverarbeitung kraft Einwilligung ist somit nicht auf ihre Erforderlichkeit bzw. Verhältnismäßigkeit hinsichtlich eines externen Zwecks zu prüfen – vielmehr bestimmen die Parteien direkt selbst, welche Verarbeitung rechtmäßig sein soll. Der Konsens der Beteiligten bezieht sich dann nicht nur auf den Zweck, sondern auch auf die Verarbeitung selbst. Es ist dabei leicht nachvollziehbar, dass die Einwilligung der betroffenen Person häufig den wirtschaftlichen Interessen des Verantwortlichen zugute kommt. Teilweise wird vorbehaltlich des Koppelungsverbots nach Art 7 Abs 4 DSGVO vertreten, dass im Anwendungsbereich der Verordnung das Geschäftsmodell „Dienst gegen Daten“<sup>763</sup> grundsätzlich möglich sei.<sup>764</sup> Ob eine Datenverarbeitung vertragserforderlich<sup>765</sup> sei und wann eine Leistung von der Erteilung der Einwilligung abhängig gemacht werden dürfe, muss allerdings im konkreten Einzelfall bestimmt werden. Was in dieser Arbeit interessiert, ist nicht das derzeit noch reichlich unklare Konzept „Daten als Gegenleistung“, sondern die Kommerzialisierung im schadenersatzrechtlichen Sinn, nämlich die Frage, ob die unrechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten an sich einen Vermögensschaden bedeuten könne. Es handelt sich um die Frage, ob und inwieweit Daten ein vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt innewohne, woran sich die Problematik der Lizenzanalogie als schadensrechtlicher Berechnungshilfe knüpft.<sup>766</sup>

Die zentrale materielle Anforderung an die Einwilligung ist deren *Freiwilligkeit* – der Unionsgesetzgeber hat sie sogar zum Wirksamkeitserfordernis erhoben,<sup>767</sup> das heißt, eine unfreiwillig erteilte Einwilligung muss insoweit gemäß Art 7 Abs 2 DSGVO nicht für

---

<sup>762</sup> Vgl. *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 11; *Buchner/Petri* ebd., Art 6, Rz 41; *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 9; *Ingold* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 32; *Buchner*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht – vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungsinstrument, DuD 2010, 39.

<sup>763</sup> Dazu *Metzger*, AcP 217, 817.

<sup>764</sup> Vgl. *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 48, 51; *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 30; kritisch *Kastelitz* in Knyrim, DatKomm, Art 7 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 38; ablehnend *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 9.

<sup>765</sup> Vgl. dazu ausführlich *Engeler*, ZD 2018, 55, [*passim*]; *Hacker*, ZfPW 2019, 148 [183 f].

<sup>766</sup> Dazu unten, C.1.2.

<sup>767</sup> Vgl. *Ingold* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 52; *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 21; *Kastelitz* in Knyrim, DatKomm, Art 7 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 25; *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 15.

ungültig erklärt werden, sondern ist dies bereits. Es muss zur Gültigkeit gemäß ErwGr 42 „Kenntnis der Sachlage“ durch die betroffene Person bestehen, weil deren Kontrolle über ihre Daten sonst „illusorisch“ wäre.<sup>768</sup> Bereits § 869 ABGB setzt voraus, dass eine Erklärung „frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden“ muss, um Wirksamkeit zu entfalten, wobei eine Erklärung bzw. ein Vertrag nach bürgerlichem Recht auch im Falle von Willensmängeln vorläufig gültig ist und zur rückwirkenden Beseitigung erst angefochten werden muss. Wurde jedoch eine datenschutzrechtliche Einwilligung im Irrtum erteilt und ist dies auf mangelnde Transparenz in der Sphäre des Verantwortlichen zurückzuführen, so ist von mangelnder Freiwilligkeit auszugehen und die Rechtswirksamkeit zu verneinen. Da Art 13 f DSGVO ausdrücklich unter anderem zur Information über Verarbeitungszwecke, Rechtsgrundlage, etwaige Empfänger, Verarbeitungsdauer und bestehende Rechtsschutzmöglichkeiten für den Betroffenen verpflichtet, ist ein Irrtum darüber kein Motivirrtum,<sup>769</sup> sondern mit Blick auf den Transparenzzweck der Verordnung wesentlich. Teils wird sogar vertreten, dass Erklärungsbewusstsein erforderlich sei.<sup>770</sup> Sinnvollerweise wird fehlendes Einwilligungsbewusstsein nur dann die Rechtswirksamkeit verhindern, wenn die erklärende Person sorgfältig gehandelt hat.<sup>771</sup> Wird die Einwilligung in voller Kenntnis der Sachlage erteilt, so kann sie nur noch *ex nunc* durch Widerruf gemäß Art 7 Abs 3 beseitigt werden.<sup>772</sup>

Die betroffene Person, welcher eine vorformulierte Einwilligungserklärung unterbreitet wird, muss gemäß ErwGr 42 DSGVO ferner eine „echte oder freie Wahl“ haben, somit „in der Lage“ sein, „die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“ Es kommt in dieser Forderung das sogenannte Kopplungsverbot zum Ausdruck, welches in Art 7 Abs 4 normiert ist:

„Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“

Die *Art-29-Datenschutzgruppe* schließt daraus mE richtig, dass die DSGVO sicherstelle, dass das personenbezogene Datum „nicht direkt oder indirekt zur Gegenleistung für einen Vertrag

---

<sup>768</sup> Ebd.

<sup>769</sup> Vgl. §§ 871 Abs 2, 901 ABGB.

<sup>770</sup> Vgl. *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 56 f;

<sup>771</sup> Vgl. *Wiebe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup>, § 863 (Stand 1.1.2018), Rz 12, 29, mwN; *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 863 ABGB (Stand 1.11.2014), Rz 13, mwN.

<sup>772</sup> Vgl. *Kastelitz* in Knyrim, DatKomm, Art 7 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 32; *Ingold* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 48.

gemacht werden kann“.<sup>773</sup> Ist die Verarbeitung vertragserforderlich, so ist keine Einwilligung nötig;<sup>774</sup> dies schließt allerdings nicht aus, bestimmte Zusatzleistungen wie beispielsweise die Vermittlung personalisierter Angebote von der Erteilung der Einwilligung abhängig zu machen, da sie sonst nicht erfolgen könnten. Insofern kann nicht von einem strengen Verbot der „Konditionalität“ gesprochen werden;<sup>775</sup> es handelt sich vielmehr um einen einfachen Ausdruck des Grundsatzes, dass es treu- und sittenwidrig ist, für die Erfüllung einer ohnedies bestehenden Verpflichtung zusätzlich etwas zu fordern.<sup>776</sup> Ganz allgemein ist gemäß ErwGr 43 DSGVO auf ein allfälliges „klares Ungleichgewicht“ zwischen Verantwortlichem und betroffener Person Bedacht zu nehmen. Dies muss freilich jeweils im Einzelfall geschehen;<sup>777</sup> der Boden dieser Erwägungen lässt sich aber dahingehend formulieren, dass bei Nichterteilung der Einwilligung „kein Risiko einer Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder beträchtlichen negativen Folgen (z. B. erhebliche Zusatzkosten)“<sup>778</sup> bestehen darf. Exemplarisch können die Faktoren „Abhängigkeit der Einwilligenden von einem Produkt bzw. einer Dienstleistung“, „übermäßige Anreizsetzung“, die Gefahr von „sozialen Ansehensverlusten“ angeführt werden.<sup>779</sup> Auch wettbewerbsrechtliche Überlegungen können einschlägig sein.<sup>780</sup> Verständigungstheoretisch lässt sich hierbei von „asymmetrischen Verhandlungspositionen“<sup>781</sup> sprechen. Speziell zum Kopplungsverbot hat der OGH bereits Stellung genommen:

„Bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsabschluss ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolgt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen.“<sup>782</sup>

---

<sup>773</sup> Art-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 9.

<sup>774</sup> Vgl. Engeler, ZD 2018, 55 [56].

<sup>775</sup> So aber Art-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 8 ff; vgl. jedoch Hacker, ZfPW 2019, 148 [167 f, 172 ff, 196].

<sup>776</sup> Vgl. Benke/Meissel, Übungsbuch Römisches Schuldrecht<sup>8</sup> (2014), 301, beziehend auf Ulpian.

<sup>777</sup> Vgl. Buchner/Kühling in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 44; Ingold in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 28.

<sup>778</sup> Art-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 8.

<sup>779</sup> Ingold in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 27, mwN.

<sup>780</sup> Vgl. Schulz in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 27, 30; Bundeskartellamt, Fallbericht B6-22/16. Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung

([https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4); abgerufen 28.01.2020).

<sup>781</sup> Klement in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 7, Rz 56.

<sup>782</sup> RIS-Justiz RS0132251; OGH 31.08.2018, 6 Ob 140/18h, GPR 2019, 57 (Schwamberger); OGH 24.10.2019, 6 Ob 56/19g.

Während Art 7 DSGVO mit der beschriebenen Freiwilligkeitsbedingung ein eher formales Kriterium für die Beurteilung der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts liefert, können sich in Einzelfällen jedoch auch Zweifel an der *materiellen, inhaltlichen Wirksamkeit* der Einwilligung erheben. Da die Anforderungen der DSGVO an die Freiwilligkeit und insbesondere Transparenz in Einwilligungssituationen bereits ungewöhnlich streng sind,<sup>783</sup> kann allerdings grundsätzlich von einer Art „Richtigkeitsgewähr“ der Einwilligung ausgegangen werden, sofern diese tatsächlich in einer Weise erteilt wurde, welche der Verordnung genügt. Ist sich die betroffene Person vollumfänglich über die gesamte Tragweite ihrer Erklärung bewusst, ist zu vermuten, dass ihre Entscheidung selbstbestimmt und vernünftig ist. Nun kann es unzweifelhaft trotzdem Situationen geben, in welchen zwar die Formalvorgaben der DSGVO tadellos erfüllt sind, die Einwilligung aber aufgrund eines krass illegitimen Inhalts rechtlich nicht hinnehmbar ist. Da hierbei jeweils genau auf die Umstände des Einzelfalls zu achten ist, kann in dieser Arbeit nur hervorgehoben werden, dass die maßgeblichen Kriterien für die Bewertung des Inhaltes der Einwilligung erstens die Art der Daten sowie zweitens der Zweck und Natur der Verarbeitung sind. Werden zum Beispiel intime Daten laut Einwilligung im ausschließlichen Eigeninteresse des Verantwortlichen veröffentlicht oder an Dritte weitergegeben, muss der Grundsatz von *Treu und Glauben* auf die Inhaltskontrolle ausgedehnt werden. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden: 1) Die vorgefertigte Einwilligungserklärung wird unter Beachtung des Hervorhebungsgebots im Zusammenhang mit AGB unterbreitet, 2) die Einwilligung wird ohne Zusammenhang mit AGB erteilt. Im ersten Fall ist das Gebot von Treu und Glauben gemäß Art 6 Abs 1 lit a DSGVO durchaus im Einklang mit Art 3 Abs 1 RL 93/13/EWG zu lesen, sodass die Einholung der Einwilligung inhaltlich dann als gegen Treu und Glauben verstoßend gilt, wenn die Verarbeitung „zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.“ Ist in einer dementsprechenden Interpretation die einwilligungsbasierte Verarbeitung für die betroffene Person in Ansehung des gesamten vertraglichen Gefüges grob nachteilig, kann die Wirksamkeit der Einwilligung verneint werden. Wird die Einwilligung dagegen ohne Zusammenhang mit AGB erteilt, kann auf die allgemeine Sittenwidrigkeitsprüfung, wie sie beispielsweise in § 879 ABGB normiert ist, verwiesen werden, weil der Begriff von Treu und Glauben auf die konkreten vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person Bezug nimmt,<sup>784</sup> welche sich an den Standards und Wertungen sowohl des Unions- als auch des nationalen

---

<sup>783</sup> Siehe oben, B.1.1.

<sup>784</sup> Vgl. oben, B.1.

Rechts orientieren. Allgemein kann ferner nicht davon ausgegangen werden, dass die betroffene Person in eine Verarbeitung einwilligte, welche sich ohne sachlichen Grund an verpönten Merkmalen im Sinne des Antidiskriminierungsrechts ausrichtet;<sup>785</sup> bei der Beurteilung der materiellen Wirksamkeit der Einwilligung ist somit immer ein besonderes Augenmerk auf die Würde des Menschen zu legen.

#### **4. Exkurs: Bonitätsprüfung bei Verbraucherkreditverträgen**

Befindet sich eine Bank über die Bonität eines Kreditwerbers im Unklaren, ist es sinnvoll, dessen relevante personenbezogene Daten zu verarbeiten, um zu einer wirtschaftlich sinnvollen, aber auch Verbraucherschützenden Entscheidung zu gelangen.<sup>786</sup> Die Verarbeitung von Daten über mangelnde Kreditwürdigkeit kann allerdings über die Vertragsverweigerung durch die Bank hinaus weitreichende Folgen für die bürgerliche Existenz des Betroffenen nach sich ziehen, insbesondere wenn ihm ungünstige Daten an Dritte oder sogar an öffentlich zugängliche<sup>787</sup> Datenbanken weitergegeben werden. *Gärtner* zeigt eindrucksvoll mögliche „Eskalationsstufen“ im Anschluss an eine negative Eintragung: Zunächst kommt es zu Komplikationen in bestehenden Kreditverhältnissen, danach können bestimmte Leistungen verteuert, versagt oder gar verweigert werden, im schlimmsten Fall ist eine Benachteiligung des Datensubjekts auf dem Wohnungs- und Arbeitsmarkt zu befürchten.<sup>788</sup> All dies lässt sich der rechtlichen Kategorie „Schädigung des wirtschaftlichen Rufes“ im Sinne des § 1330 Abs 2 ABGB problemlos zuordnen. „Der wirtschaftliche Ruf genießt wie die persönliche Ehre absoluten Schutz.“<sup>789</sup>

Bei der Datenverarbeitung im Zuge einer Kreditwürdigkeitsprüfung handelt es sich um einen Bereich, in welchem allgemeines Zivilrecht in Gestalt des Kreditvertragsrechts und Datenschutz in einer komplexen Weise zusammenwirken. So besteht einerseits ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen Kreditinstitut und Kreditwerber, andererseits ein

---

<sup>785</sup> Dazu oben, A.1.1, sowie unten, C.4.

<sup>786</sup> Zum grundsätzlich beidseitigen Interesse der Bonitätsprüfung im Verbraucherkreditrecht *Wendehorst*, Was ist Bonität? Zum Begriff der „Kreditwürdigkeit“ in § 7 VKrG. In: Blaschek/Habersberger (Hg.), Eines Kredites würdig? (2011), 19 [22 ff].

<sup>787</sup> Der Begriff der Öffentlichkeit ist im Zusammenhang mit Bonitätsdatenbanken weit zu verstehen. Vgl. dazu OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t; OGH 01.10.2008, 6 Ob 195/08g; OGH 17.10.2009, 6 Ob 247/08d; OGH 12.11.2009, 6 Ob 156/09y; OGH 15.04.2010, 6 Ob 41/10p; OGH 11.10.2010, 6 Ob 112/10d; OGH 13.09.2012, 6 Ob 107/12x. Insbesondere die Entgeltlichkeit der Abfrage steht der Eigenschaft der Öffentlichkeit nicht entgegen. Zum ebenfalls weiten Öffentlichkeitsbegriff des § 1330 Abs 2 ABGB: RIS-Justiz RS0032413, RS0031906.

<sup>788</sup> Vgl. *Gärtner*, Harte Negativmerkmale auf dem Prüfstand des Datenschutzrechts. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem, englischem und österreichischem Recht (2011), 64 ff.

<sup>789</sup> RIS-Justiz RS0008987; näher unten, C.1.1.

Datenschutzrechtsverhältnis zwischen Verantwortlichem und betroffener Person; einerseits ist die DSGVO, andererseits sind die Vorschriften über das Bankgeheimnis anzuwenden;<sup>790</sup> einerseits kann die Bonitätsprüfung rechtswidrige Datenverarbeitung involvieren, andererseits kann eine sich darauf gründende Entscheidung rechtliche Probleme aufwerfen.

Was genau unter „Kreditwürdigkeit“ zu verstehen sei, kann hier nur andeutungsweise bestimmt werden: Im „kreditwirtschaftlichen Sinn“ bedeute der Begriff die „Wahrscheinlichkeit, mit der der Kreditgeber am Ende wegen seiner Forderungen befriedigt wird, und allenfalls die Prognose, mit wie vielen Schwierigkeiten das verbunden ist“,<sup>791</sup> wohingegen im verbraucherschutzrechtlichen Sinn gemäß § 7 VKrG<sup>792</sup> das „Fürsorge- und Beratungselement“ in den Vordergrund trete.<sup>793</sup> Es soll in diesem Sinne sichergestellt werden, dass der Verbraucher seine Schuld begleichen kann, „ohne dadurch an den Rand seiner wirtschaftlichen Existenz gedrängt zu werden.“<sup>794</sup> In die Bewertung der Leistungsfähigkeit des Verbrauchers werden Daten über dessen Vermögenssituation sowie „Bedürfnisse und Belastungen“ einbezogen.<sup>795</sup> Laut *Wendehorst* müssen dabei „lebensstandardabhängige Fixkosten“ wie beispielsweise „der monatliche Mietzins für die Familienwohnung, etwaiges Schulgeld bzw. Betreuungskosten für die Kinder, Grundbeträge für Telefon, Rundfunk, Fernsehen und Internetzugang“, ferner Kosten für Freizeitaktivitäten ermittelt werden.<sup>796</sup> Hieran zeigt sich bereits, dass die Ziele des Verbraucher kreditrechts nicht deckungsgleich mit dem Datenschutz sind: Der Verbraucher soll vor dem Eingehen einer Schuld geschützt werden, die er voraussichtlich nicht tragen kann – zu diesem Zweck soll eine Bonitätsprüfung mithilfe möglichst umfassender Informationssammlung erfolgen, vor welcher das Datenschutzrecht die betroffene Person gerade bewahren will. Jedenfalls nicht erforderlich

---

<sup>790</sup> Vgl. *Spitzer*, Das Bankgeheimnis. In: Bollenberger/Oppitz (Hg.), Bankvertragsrecht I<sup>3</sup> (2019), Rz 2/10; zur alten Rechtslage OGH 25.02.1992, 4 Ob 114/91, RS0054205: „kumulativ anzuwenden“.

<sup>791</sup> *Wendehorst* in Blaschek/Habersberger, Eines Kredites würdig?, 19 [22]; vgl. *Heinrich*, Bonitätsprüfung im Verbraucher kreditrecht. Kreditwürdigkeit, Warnpflicht und Sanktionen bei Pflichtverletzung im österreichischen und deutschen Recht (2014), 88 ff, mwN.

<sup>792</sup> Bundesgesetz über Verbraucher kreditverträge und andere Formen der Kreditierung zu Gunsten von Verbrauchern (Verbraucher kreditgesetz – VKrG), BGBl. I Nr. 28/2010 idF BGBl. I Nr. 93/2017.

<sup>793</sup> *Wendehorst* in Blaschek/Habersberger, Eines Kredites würdig?, 19 [23 f].

<sup>794</sup> ErlRV 650 BlgNR XXIV. GP, 17.

<sup>795</sup> Vgl. *Wendehorst* in Blaschek/Habersberger, Eines Kredites würdig?, 19 [29 ff].

<sup>796</sup> Ebd., 32. Aus verschiedenen Gründen gegen diesen Ansatz *Folgar-Deinhardstein*, Die Bonitätsprüfung beim Verbraucher kredit (§ 7 VKrG) (2013), Rz 227 ff; *Pesek*, Der Verbraucher kreditvertrag (2012), 117 f; *Heinrich*, Bonitätsprüfung, 91 f.

zur Bonitätsbewertung ist daher die „Erforschung der Persönlichkeitsstruktur“ des Kreditwerbers.<sup>797</sup>

Auf welche Rechtsgrundlagen kann die Verarbeitung personenbezogener Daten für die Durchführung einer Bonitätsprüfung gestützt werden? Art 6 Abs 1 lit b DSGVO scheidet regelmäßig aus, da Kreditwürdigkeitsprüfungen als vorvertragliche Maßnahme nicht auf Anfrage des Kreditwerbers durchgeführt werden – hat dieser sich einmal entschieden, einen Kredit zu beantragen, hält er seine Bonität bereits für ausreichend und eine eingehendere Prüfung nicht für erforderlich. Es wird allerdings auch vielfach vertreten, dass die Bonitätsprüfung aufgrund des Vertragsverhältnisses erforderlich sei, weil der Kreditgeber sie vornehmen müsse, „[u]m über das Ob und Wie eines Vertragsschlusses entscheiden zu können“.<sup>798</sup> Art 6 Abs 1 lit b bietet dafür jedoch keine Anhaltspunkte, da der Erlaubnistatbestand auf die Erforderlichkeit „für die Erfüllung eines Vertrags“ oder „zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen“ abstellt, „die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen“. Dass ausgerechnet diese Vorschrift extensiv interpretiert werden sollte, leuchtet nicht ein. Dass die Einwilligung nach Art 6 Abs 1 lit a zur Datenverarbeitung ermächtigt, ist unproblematisch, sofern im Kommunikationsprozess mangelfreie Transparenz hergestellt und das Koppelungsverbot nicht gebrochen wird. Vielfach wird auch mit dem überwiegenden berechtigten Interessen nach Art 6 Abs 1 lit f argumentiert;<sup>799</sup> nach der österreichischen Rechtslage sollte dieser Tatbestand allerdings nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Kreditwürdigkeit nicht um des Verbraucherschutzes, sondern rein um des Eigeninteresses der Bank willen geprüft wird. Dies liegt daran, dass § 7 Abs 1 VKrG Folgendes normiert:

„Vor Abschluss des Kreditvertrags hat der Kreditgeber die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers anhand ausreichender Informationen zu prüfen, die er – soweit erforderlich – vom Verbraucher verlangt; erforderlichenfalls hat er auch Auskünfte aus einer zur Verfügung stehenden Datenbank einzuholen.“<sup>800</sup>

Die Vorschrift legt eine Datenverarbeitung kraft Rechtspflicht nach Art 6 Abs 1 lit c DSGVO nahe. Dass sie nicht unbedingt, sondern nur im Falle der Erforderlichkeit zur

---

<sup>797</sup> *Leupold/Ramharter*, Die Verletzung der Pflicht zur Warnung vor mangelnder Kreditwürdigkeit nach dem Verbraucherkreditgesetz. Europarechtliche Grundlagen und zivilrechtliche Konsequenzen, ÖBA 2011, 469 [475].

<sup>798</sup> *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 47; vgl. *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 6, Rz 39, 119; kritisch *Reimer* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 6, Rz 20.

<sup>799</sup> Für viele *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in Knyrim, DatKomm, Art 6 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 54, mwN.

<sup>800</sup> Vgl. Art 8 Abs 1 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl L 2008/133, 66.

Datenverarbeitung verpflichtet, ist kein Gegenargument, da der Erlaubnistatbestand die Datenverarbeitung nicht nur dann zulässt, wenn diese gesetzlich als solche unbedingt vorgeschrieben ist,<sup>801</sup> sondern auch dann, wenn die Verarbeitung „zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich [ist], der der Verantwortliche unterliegt“. Dies ist umso relevanter bei § 9 HIKrG,<sup>802</sup> welcher zur Bonitätsprüfung, aber nicht ausdrücklich zur Datenbankabfrage verpflichtet: Hat das Kreditinstitut keine andere Überprüfungsmöglichkeit, muss es zur Erfüllung der Verbraucherschutzrechtlichen Verpflichtung eine Datenbankabfrage tätigen. Es wäre widersprüchlich, bei gewöhnlichen Kreditverträgen erforderlichenfalls zu einer Datenbankabfrage zu verpflichten, bei Hypothekar- oder Immobilienkrediten aber nicht. Hingegen kann § 152 GewO über das Auskunftsgewerbe keinesfalls „als gesetzlicher Auftrag zur Datensammlung verstanden werden.“<sup>803</sup> Dies gilt gleichermaßen für den bankwesenspezifischen Sorgfaltsmaßstab des § 39 Abs 2 BWG.<sup>804</sup>

Wann ist die Datenbankabfrage im Sinne des § 7 Abs 1 VKrG erforderlich? Den Kreditgeber trifft nach § 7 VKrG eine „aktive Nachforschungspflicht, deren konkretes Ausmaß aber in jedem Fall von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig ist“.<sup>805</sup> Er muss sich ein „ein umfassendes Bild über die finanzielle Lage des Verbrauchers machen“.<sup>806</sup> Zunächst soll der Verbraucher persönlich befragt werden; wirken dessen Angaben zweifelhaft oder gesteht er selbst, nicht ausreichend über seine Vermögenssituation informiert zu sein, kommt eine Datenbankabfrage in Betracht.<sup>807</sup> Freilich ist die Prüfungsintensität nach der Höhe des Kredits zu bestimmen, es ist „ein flexibler Maßstab an die Explorationspflichten anzulegen“.<sup>808</sup>

Zu unterscheiden von der Bonitätsprüfung ist die Übermittlung von Daten an Dritte (andere Banken, KSV etc.). Diese wird, sofern dem Kreditwerber als betroffener Person keine Einwilligungserklärung vorgelegt wird, mangels ausdrücklicher Rechtspflicht auf die überwiegenden Interessen nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO gestützt werden müssen.<sup>809</sup> Zu beachten ist dabei, dass eine datenschutzrechtliche Zulassung noch zu keiner Befreiung vom

---

<sup>801</sup> So aber *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 76.

<sup>802</sup> Bundesgesetz über Hypothekar- und Immobilienkreditverträge und sonstige Kreditierungen zu Gunsten von Verbrauchern (Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz – HIKrG), BGBl. I Nr. 135/2015 idF BGBl. I Nr. 93/2017.

<sup>803</sup> RIS-Justiz RS0124264.

<sup>804</sup> Vgl. OGH 29.05.2017, 6 Ob 217/16d.

<sup>805</sup> OGH 25.11.2016, 8 Ob 76/16h, RIS-Justiz RS0131211.

<sup>806</sup> *Zöchling-Jud*, Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers, *ecolex* 2010, 525 [526].

<sup>807</sup> Vgl. ebd; vgl. *Wendehorst* in Blaschek/Habersberger, *Eines Kredites würdig?*, 19 [35]; *Heinrich*, *Bonitätsprüfung*, 118.

<sup>808</sup> *Pesek*, *Bonitätsprüfung*, Rz 281; vgl. *Wendehorst* in Blaschek/Habersberger, *Eines Kredites würdig?*, 19 [33].

<sup>809</sup> Für viele *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 159 ff.

Bankgeheimnis führt: Von diesem muss der Betroffene das Kreditinstitut gemäß § 38 Abs 2 Z 5 BWG ausdrücklich entbinden.<sup>810</sup> Das Bankgeheimnis bezieht sich nach § 38 Abs 1 BWG unter anderem auf Geheimnisse, welche der Bank „ausschließlich auf Grund der Geschäftsverbindungen mit Kunden [...] anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind“. Gegenstand des Bankgeheimnisses sind Tatsachen,<sup>811</sup> nicht jedoch Werturteile.

Das sogenannte „Scoring“, bei welchem ein die Kreditwürdigkeit repräsentierender Wert errechnet wird, ist ein Verfahren zur Bildung eines Werturteils,<sup>812</sup> welches der Entscheidung des Kreditinstituts zugrundegelegt werden kann. Auch dann, wenn man personenbezogene Werturteile – mE zutreffend – als Daten im Sinne der DSGVO betrachtet,<sup>813</sup> können nach Art 16 DSGVO nur tatsächliche Angaben,<sup>814</sup> nicht aber darauf beruhende Bonitätswerte berichtigt oder vervollständigt werden. Freilich kann durch die Erwirkung tatsächlicher Berichtigung und Vervollständigung mittelbar Einfluss auf das Werturteil genommen werden, indem auf Tatsachenebene falsche negative Daten beseitigt und richtige positive Daten hinzugefügt werden.<sup>815</sup> *Buchner* spricht sich in diesem Zusammenhang dezidiert für eine Verarbeitungspflicht des Verantwortlichen in Bezug auf (richtige) Positivdaten aus; er lehnt daher zugunsten des Betroffenen ein starres Datengeheimnis ab und bezieht den Datenschutz prinzipiell auf „Transparenz und Fairness in der Entscheidungsfindung“.<sup>816</sup> Bereits nach § 7 Abs 4 VKrG ist die Bank verpflichtet, im Falle der Ablehnung des Antrags „aufgrund einer Datenbankabfrage“ den Kreditwerber als betroffene Person über deren Ergebnis und über die dortigen Angaben zu informieren;<sup>817</sup> diese Informationspflicht wird nun durch Art 13 ff DSGVO umfassend ergänzt. Wird die Errechnung von Bonitätswerten einem Dritten in

---

<sup>810</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0052305, RS0115218, RS0117271, RS0054096, RS0054205, RS0106969.

<sup>811</sup> *Kammel* in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG<sup>4</sup>, § 38 (Stand 1.1.2019), Rz 17; *Spitzer* in Bollenberger/Oppitz, Bankvertragsrecht I<sup>3</sup>, Rz 2/1.

<sup>812</sup> So auch *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 6, Rz 105, mwN; *Haidinger* in Knyrim, DatKomm Art 22 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 5; *Haidinger* in Knyrim, DatKomm, Art 17 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 25; *Dix* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 16, Rz 14.

<sup>813</sup> Vgl. *Wandtke*, MMR 2017, 6 [7].

<sup>814</sup> Vgl. *Herbst* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 16, Rz 8 f; *Peuker* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 16, Rz 7; *Reif* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 16, Rz 10; *Haidinger* in Knyrim, DatKomm, Art 17 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 24.

<sup>815</sup> Weitergehend *Dix* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 16, Rz 14; vgl. OLG Karlsruhe 02.08.2019, 8 O 26/19 (BeckRS 2019, 17459, Rz 16).

<sup>816</sup> Vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 126 f, 135 ff; *Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 6, Rz 164.

<sup>817</sup> Vgl. § 9 Abs 7 HIKrG.

Auftrag gegeben, ist auskunftspflichtiger Verantwortlicher derjenige, der die Verarbeitung in Auftrag gegeben und den Algorithmus bestimmt hat.<sup>818</sup>

Die datenschutzrechtliche Anfechtung des Werturteils selbst kommt nur innerhalb der engen Grenzen des Art 22 DSGVO in Betracht, nämlich dann, wenn die Entscheidung gemäß Abs 1 „ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung“ beruht und gegenüber der betroffenen Person „rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.“ Nach Abs 3 hat die betroffene Person diesfalls insbesondere das „Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung“; es handelt sich um ein Kommunikationsrecht, welches dem Betroffenen eine „Diskussion über die Berechtigung und Richtigkeit der Entscheidungsfindung“<sup>819</sup> ermöglicht. In ErwGr 71 DSGVO wird die „automatische Ablehnung eines Online-Kreditanspruchs“ als paradigmatischer Fall des Art 22 angeführt. Die Ablehnung eines Vertrags wird im Allgemeinen überwiegend als erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des Art 22 Abs 1 angesehen.<sup>820</sup> Dies gilt auch für die Preisdifferenzierung.<sup>821</sup> Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind allerdings nur Entscheidungen erfasst, welche *ausschließlich* auf eine automatisierte Verarbeitung gestützt sind. „Ausschließlich“ bedeutet „ohne menschliche Einflussnahme“;<sup>822</sup> ist die automatisierte Verarbeitung bzw. Profilbildung „lediglich Teil eines Entscheidungsprozesses“, ist Art 22 nicht anwendbar.<sup>823</sup> Es wird in diesem Zusammenhang auf den menschlichen Beurteilungsspielraum abgestellt.<sup>824</sup> Die automatisierte Entscheidungsfindung ist nach Abs 2 nur dann zulässig, wenn die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, eine Rechtspflicht besteht oder diese Art von Entscheidungsfindung „für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags“ erforderlich ist. Eine diesbezügliche Rechtspflicht ist den

---

<sup>818</sup> Vgl. VwGH 11.12.2019, 2009/17/0223; OGH 17.12.2009, 6 Ob 247/08d.

<sup>819</sup> Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, 129.

<sup>820</sup> Vgl. Haidinger in Knyrim, DatKomm Art 22 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 26; Scholz in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 22, Rz 36; für die „rechtliche Wirkung“ Buchner in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 22, Rz 24; Helfrich in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 22, Rz 48; aA Schulz in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 22, Rz 25, mit Ausnahme von Kreditverträgen (vgl. ebd., Rz 27).

<sup>821</sup> Art-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall, 24; Haidinger in Knyrim, DatKomm, Art 22 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 26; Scholz in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 22, Rz 36.

<sup>822</sup> Haidinger in Knyrim, DatKomm, Art 22 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 23.

<sup>823</sup> Ebd., Rz 25; vgl. Schulz in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 22, Rz 12 ff; bei der Bonitätsprüfung aA Scholz in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 22, Rz 26.

<sup>824</sup> Vgl. ebd., Rz 27.

Verbraucherkreditgesetzen nicht zu entnehmen;<sup>825</sup> tatsächlich wird jedoch der Erlaubnistatbestand des Vertragsabschlusses bei Bonitätsprüfungen teilweise<sup>826</sup> bejaht. Wohlmerkt muss bei jeder Datenverarbeitung an sich ein Erlaubnistatbestand des Art 6 DSGVO erfüllt sein; bei einer automatisierten Entscheidungsfindung treten die Erfordernisse des Art 22 akzessorisch hinzu.<sup>827</sup> Um eine *lex specialis* handelt es sich, insoweit die Zulässigkeit der Verarbeitung nach Art 6 Abs 1 im Sonderfall der automatisierten Entscheidungsfindung zusätzlich eingeschränkt wird, also mangels Vorliegens der Gründe des Art 22 Abs 2 nicht gegeben ist.

Weil die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Bonitätsprüfung vor Verbrauchercreditverträgen ihrer Natur nach zur Geschäftsverbindung oder -anbahnung zwischen betroffener Person und dem Kreditinstitut gehört, ist dieser Fall des Art 6 Abs 1 lit c DSGVO nach bürgerlichem Recht vom Bereich *vertraglicher Haftung* umfasst.

---

<sup>825</sup> Anderer Ansicht *Koch*, Auswirkungen der DSGVO für Finanzdienstleister anhand einiger Beispiele. In: Grabenwarter et al. (Hg.), Neuerungen im europäischen Datenschutzrecht für Unternehmen (2017), 75 [85].

<sup>826</sup> So *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 22, Rz 30; *Haidinger* in Knyrim, DatKomm, Art 22 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 32.

<sup>827</sup> Vgl. *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 22, Rz 41.

## C. Schadensbegriff und -berechnung

Art 82 DSGVO ordnet an, dass jede „Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist“, einen Schadenersatzanspruch hat. Ausdrückliche Leitlinien zur Bestimmung des Schadensbegriffes und insbesondere zur Ermittlung der jeweiligen Schäden fehlen der Vorschrift jedoch. Einen gewissen Anhaltspunkt bietet immerhin ErwGr 85, welcher demonstrativ Risiken und mögliche Schädigungen nennt:

„Eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten kann – wenn nicht rechtzeitig und angemessen reagiert wird – einen physischen, materiellen oder immateriellen Schaden für natürliche Personen nach sich ziehen, wie etwa Verlust der Kontrolle über ihre personenbezogenen Daten oder Einschränkung ihrer Rechte, Diskriminierung, Identitätsdiebstahl oder -betrug, finanzielle Verluste, unbefugte Aufhebung der Pseudonymisierung, Rufschädigung, Verlust der Vertraulichkeit von dem Berufsgeheimnis unterliegenden Daten oder andere erhebliche wirtschaftliche oder gesellschaftliche Nachteile für die betroffene natürliche Person.“

Insoweit hier unter anderem von finanziellen Nachteilen oder der Einschränkung vermögenswerter Rechte die Rede ist, weicht die DSGVO vom traditionellen Schadenersatzrecht anscheinend nicht ab. Schwieriger verhält es sich, insoweit die genannten Erwägungsgründe Begriffe enthalten, die nach herkömmlicher Auffassung nicht direkt Schäden bedeuten, sondern eher nachteilige Handlungen und Ereignisse: Verlust der Kontrolle über persönliche Daten, Diskriminierung und Aufhebung der Pseudonymisierung stellen zweifellos unerwünschte Fälle dar, es geht allerdings nicht deutlich hervor, worin genau der Schaden bestehe. Verständnisfördernd wirkt hierbei ErwGr 75, welcher die in ErwGr 85 erwähnten Nachteile mit *Risiken* in Verbindung bringt:

„Die Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen – mit unterschiedlicher Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere – können aus einer Verarbeitung personenbezogener Daten hervorgehen, die zu einem physischen, materiellen oder immateriellen Schaden führen könnte, insbesondere wenn die Verarbeitung zu einer Diskriminierung, einem Identitätsdiebstahl oder -betrug, einem finanziellen Verlust [...] führen kann“.

Daraus folgt, dass eine Verarbeitung, welche einen der genannten unerwünschten Zustände nach sich ziehen kann, ein Risiko für natürliche Personen darstellen kann. Es wird verschiedentlich betont, dass die Verordnung hinsichtlich der Pflichten des Verantwortlichen einen risikobasierten Ansatz verfolgt,<sup>828</sup> wobei sich der Risikobegriff auch auf

---

<sup>828</sup> Vgl. *Hötendorfer/Kastelitz/Tschohl* in Knyrim, *DatKomm*, Art 24 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 16 ff; *Hartung* in Kühling/Buchner, *DSGVO/BDSG*<sup>2</sup>, Art 24, Rz 13; *Piltz* in Gola, *DS-GVO*<sup>2</sup>, Art 24, Rz 2; *Petri* in Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG*, Art 24, Rz 2.

Rechtspositionen aus nationalem Recht wie zum Beispiel die Ehre nach § 1330 ABGB beziehe.<sup>829</sup> Nun ist aber klar, dass „Risiko“ nicht dasselbe ist wie „Schaden“, dass ein Risiko nicht an sich einen Schaden bedeutet; vielmehr führt erst die *Verwirklichung* des Risikos zum Schaden. Ein Risiko im Sinne des Schadenersatzrechts liegt sinnvollerweise nur dann vor, wenn die Möglichkeit von Schäden im Sinne des Schadenersatzrechts besteht; folglich muss im hier interessierenden Zusammenhang nicht von Risiko gesprochen werden, wenn lediglich straf- oder verwaltungsrechtliche Belange berührt sind.<sup>830</sup> Ein Risiko führt dann zu einem Schadenersatzanspruch, wenn es sich zu einem Schaden verwirklicht und der Verantwortliche einen darauf bezogenen „Verhaltensstandard“ nicht eingehalten hat.<sup>831</sup>

ErwGr 146 DSGVO betont, dass der Schadensbegriff weit ausgelegt werden soll, „auf eine Art und Weise [...], die den Zielen dieser Verordnung in vollem Umfang entspricht.“ Die Ziele der Verordnung sind gemäß Art 1 der Schutz natürlicher Personen bei der Datenverarbeitung und der freie Datenverkehr.<sup>832</sup> ErwGr 146 fordert im Falle einer Datenschutzverletzung „vollständigen und wirksamen Schadenersatz für den erlittenen Schaden“. Von vielen wird der Begriff der Wirksamkeit mit dem Auftrag zur *Prävention* in Zusammenhang gebracht:<sup>833</sup> Schadenersatzforderungen aus Unionsrecht müssten „abschrecken und weitere Verstöße unattraktiv machen“.<sup>834</sup>

„Dem ABGB liegt ein weiter, naturrechtlicher Schadensbegriff zugrunde.“<sup>835</sup> „Schade“ ist nach § 1293 ABGB „jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“ Mit Blick auf die Gerechtigkeitskonzeption der Naturrechtslehre definiert *Ehrenzweig* den Schadensbegriff folgendermaßen:

---

<sup>829</sup> Vgl. *Raschauer* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 24, Rz 21.

<sup>830</sup> Allgemein zum Verwaltungsrecht *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht. Eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden (2009), 35 ff.

<sup>831</sup> Vgl. ebd., 136 f, 145 ff. Dazu auch unten, D.

<sup>832</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 63 („Doppelziel“).

<sup>833</sup> Vgl. *Boehm* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 82, Rz 26, mwN; *Kreße* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 82, Rz 10; *Schweiger* in Knyrim, DatKomm, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 1.

<sup>834</sup> *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 17; *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 65 f, 80; vgl. EuGH 17.12.2015, C-407/14 (Arjona Camacho); EuGH 22.04.1997, C-180/95 (Draempaehl); EuGH 10.04.1984, 79/83 (Harz); EuGH 10.04.1984, 14/83 (von Colson und Kamann); *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 87 ff, mwN; *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts (2003), 104 f, mwN.

<sup>835</sup> *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1293 (Stand 1.1.2018), Rz 1; RIS-Justiz RS0022537.

„Schaden ist alles das, was die Gesamtheit der Rechtsgenossen, aber auch das, was der Einzelne als sühneheischendes Übel empfindet.“<sup>836</sup>

In augenscheinlicher Ähnlichkeit zur österreichischen Konzeption steht die Feststellung, dass der Schadensbegriff des Art 82 DSGVO „alle zurechenbaren Nachteile“<sup>837</sup> umfasse. Man darf sich allerdings nicht ohne weiteres täuschen lassen, legt doch ErwGr 146 nahe, den Schadensbegriff „im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs“ (EuGH) auszulegen. In der Entscheidung *Veedfald* hat der EuGH zum Schadensbegriff des Art 9 PH-RL<sup>838</sup> ausgesprochen, dass die Konkretisierung „dem nationalen Gesetzgeber überlassen“ sei, wobei dieser die „praktische Wirksamkeit der Richtlinie“ gewährleisten müsse.<sup>839</sup> Freilich kann diese Kompetenzanordnung nicht gedankenlos in den Regelungsbereich der DSGVO übertragen werden, da diese erstens keine Richtlinie, sondern eine unmittelbar anwendbare, keiner legislativen Umsetzung bedürftige Verordnung darstellt, und zweitens „in der Rechtsprechung des EuGH ein deutliches Regel-Ausnahme-Verhältnis“ zwischen der unionsautonomen Interpretation und der „Verweisung auf die nationalen Rechtsordnungen“ besteht.<sup>840</sup> Da die DSGVO die Ausgestaltung des Schadensbegriffs weder ausdrücklich noch stillschweigend an den nationalen Gesetzgeber delegiert, muss der Begriff unionsautonom ausgelegt werden.<sup>841</sup> Es ist jedoch zugleich anzumerken, dass der EuGH seine Entscheidung zur PH-RL darauf gestützt hat, dass der Richtlinienggeber den Begriff „Schaden“ im Gegensatz zu „Produkt“, „Hersteller“ und „fehlerhaftes Produkt“ nicht definiert hat.<sup>842</sup> Genauso wie der Begriff des Vertrags ist auch der des Schadens in der DSGVO gleichermaßen nicht definiert, sodass für die Konkretisierung drei Alternativen bleiben: Der Schadensbegriff wird entweder 1) unter Inkaufnahme eines Legitimitätsproblems einseitig nach nationalem Recht definiert, oder 2) die Auslegung folgt ausschließlich unionsrechtlichen Vorgaben, oder 3) es wird eine Synthese aus beiden Methoden versucht. Letztere Möglichkeit ist insofern überzeugend, als auf einer Seite der EuGH durch die Bildung allgemeiner Auslegungsdirektiven die

---

<sup>836</sup> *Ehrenzweig*, Schuldhaftung, § 109.

<sup>837</sup> *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 19.

<sup>838</sup> Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl 1985 L 210, 29.

<sup>839</sup> EuGH 10.05.2001, C-203/99 (*Veedfald*), Rz 27.

<sup>840</sup> *Röthel*, Normkonkretisierung, 376, mwN; vgl. *Franzen*, Privatrechtsangleichung, 476 ff; 481 f; *Kautz*, Schadenersatz im europäischen Datenschutzrecht, 164.

<sup>841</sup> So auch *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 67; *Tretzmüller*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen nach der DSGVO (Teil II), *Dako* 2017, 85 [85]; *Schweiger* in Knyrim, *DatKomm* Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 13.

<sup>842</sup> EuGH 10.05.2001, C-203/99 (*Veedfald*), Rz 25; vgl. *Röthel*, Normkonkretisierung, 377.

unionsweit einheitliche Anwendung der DSGVO fördern kann<sup>843</sup> und auf der anderen Seite die nationalen Gerichte darauf spezialisiert sind, in der Praxis der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtstradition Einzelfälle zu entscheiden.<sup>844</sup> EuGH und nationale Gerichte müssen in einen prozessual verstandenen *Konkretisierungsdialog* eintreten,<sup>845</sup> um einerseits Sachgerechtigkeit zu gewährleisten<sup>846</sup> und andererseits „die vielfach befürchteten Systemeinträge und Friktionen mit der nationalen Dogmatik“ einzudämmen.<sup>847</sup>

Problematisch ist, dass der EuGH bisher keine „abstrakte und einheitliche Definition des Schadensbegriffs“ gegeben hat;<sup>848</sup> das Vorliegen eines Schadens wird vielmehr „häufig einfach festgestellt.“<sup>849</sup> Für die dem ABGB zugrundeliegende naturrechtliche Anschauung bereitet eine solche Herangehensweise keineswegs Schwierigkeiten, ist doch für sie der Schaden „ein vorrechtlicher Begriff“,<sup>850</sup> welcher sich mit „juristischen Erwägungen“ alleine unmöglich bestimmen lässt. Vielmehr muss das Vorliegen eines Schadens „nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten“ beurteilt werden, jedenfalls aber „auf Grund rechtsfremder Wertung“.<sup>851</sup> Gerade weil es sich um einen weiten, in besonderem Maße an die tatsächlichen Lebensumstände anknüpfenden Begriff handelt, muss auf eine nähere Definition *in abstracto* verzichtet werden.<sup>852</sup> Nach *Oskierski* ist „ein Schaden im Sekundärrecht eine negative Veränderung im rechtlich geschützten Bestand von Gütern und Interessen“.<sup>853</sup> Eine solche Definition begegnet jedoch offenbar dem Problem, die Prüfung des Vorliegens eines Schadens mit der darauf erst aufbauenden Rechtswidrigkeitsprüfung zu vermengen.<sup>854</sup> So gelangt auch *Kerschbaumer-Gugu* zu dem Schluss, dass „[i]n der Union [...] ein natürlicher Schadensbegriff vorherrschend“ sei;<sup>855</sup> doch vermengt auch dieser Autor Rechtsbegriffe, wenn er behauptet, ein Schaden im Sinne der DSGVO umfasse „sämtliche Nachteile, welche

---

<sup>843</sup> Vgl. ebd., 399-403,

<sup>844</sup> Vgl. ebd., 391: „Erfahrungsschatz der nationalen Gerichte“.

<sup>845</sup> Dazu ebd., 381-408.

<sup>846</sup> Vgl. ebd., 399 f.

<sup>847</sup> Ebd., 391.

<sup>848</sup> *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 68.

<sup>849</sup> *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 209.

<sup>850</sup> *Ehrenzweig*, Schuldhaftung, § 118; vgl. ebd., § 109.

<sup>851</sup> Ebd., § 117.

<sup>852</sup> Dazu die außergewöhnlich interessante Argumentation *Ehrenzweigs*: „Wo das Gesetz aber Wertungen zu rechtlicher Bedeutung erhoben hat, muß es auf eine Definition der Begriffe verzichten. Das eben ist bei dem Begriffe des Schadens der Fall.“ (ebd.)

<sup>853</sup> *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 80; vgl. ebd., 40, 74.

<sup>854</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 69, 73; *Ehrenzweig*, Schuldhaftung, §§ 110 f, 117 f.

<sup>855</sup> *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 69, mwN.

kausal durch einen Verstoß gegen die DSGVO verursacht wurden.“<sup>856</sup> Dass die Prüfung des Schadens der Feststellung der Rechtswidrigkeit logisch vorgeschaltet ist, wurde soeben angesprochen. Eine zusätzliche Vermengung besteht nun darin, den Schaden mit der Kausalität in einem Zug zu prüfen, was keineswegs im Sinne juristischer Klarheit und Präzision liegt; vielmehr setzt die Prüfung der Kausalität voraus, dass ein Schaden bereits feststeht.<sup>857</sup>

Der Begriff des Schadens kann jedoch nicht isoliert von normativen Gesichtspunkten betrachtet werden: Es muss ein Erfolg „als eine *nachteilige* Veränderung *bewertet*“ werden.<sup>858</sup> Ein Beispiel für diese Methode bietet der Ansatz von *Wendehorst*, nach welchem der Schaden eine „Verteilungsstörung“, das heißt „ein Abweichen der Ist- von der Soll-Verteilung“ darstellt.<sup>859</sup> Jeder rechtswissenschaftliche Ansatz müsse „zumindest die Existenz stabilerer und weniger stabiler Zustände anerkennen“.<sup>860</sup> Der Verteilungsbegriff hängt jedoch nicht von einer etwaigen Feststellung der Rechtswidrigkeit ab, er sei „nämlich zunächst ein rein deskriptiver, der als solcher weder eine Wertung in sich trägt noch auch nur die Kriterien angibt, nach denen eine solche Wertung stattfinden könnte.“<sup>861</sup> Wird aber nach einem Schaden gefragt, muss eine Verteilungsstörung aufgefunden werden, also „ein unerwünschtes Abweichen der aktuellen Verteilung von einer hypothetischen, vorzugswürdigen Verteilung“.<sup>862</sup> Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schaden unabhängig von der Rechtswidrigkeit ist und dennoch eine Wertung voraussetzt. Diese Wertung – verstanden als „zwischen verschiedenen möglichen Verteilungen“ bestehendes „Präferenzgefälle“<sup>863</sup> – kann freilich bloß subjektiver, individueller Natur sein, insofern ein Ereignis vom Rechtssubjekt als nachteilig im Sinne des § 1293 ABGB wahrgenommen wird. „Von unzähligen Präferenzgefällen sind indessen nur sehr wenige geeignet, einen Mechanismus der Umverteilung in Gang zu setzen.“<sup>864</sup> Die Autorin unterscheidet sodann die „Realverteilung“ als „gegenständliche Zusammensetzung“ von der „Wertverteilung“ als dem „rechnerischen Gesamtwert des Vermögens“.<sup>865</sup> Immaterielle Vor- oder Nachteile unterfallen stets nur der

---

<sup>856</sup> Ebd., 73.

<sup>857</sup> Vgl. *Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964), 21 ff.

<sup>858</sup> Ebd., 22. Hervorhebung nach Original.

<sup>859</sup> *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 11.

<sup>860</sup> Ebd., 9.

<sup>861</sup> Ebd., 11.

<sup>862</sup> Ebd.

<sup>863</sup> Ebd., 8 f.

<sup>864</sup> Ebd., 11.

<sup>865</sup> Ebd., 16.

Kategorie der Realverteilung.<sup>866</sup> Im Bereich des Schadenersatzrechts liegt diesem Ansatz jedoch nicht der natürliche, sondern ein faktisch-normativer Schadensbegriff zugrunde.<sup>867</sup>

## 1. Vermögensschaden

Außer Streit steht, dass vermögensrechtliche *Folgeschäden* aus Datenschutzverletzungen gemäß Art 82 DSGVO sowohl deliktisch als auch vertraglich zu ersetzen sind. Schwieriger scheint die Frage zu sein, ob der „reale Schadenserfolg“ als Primär- oder „Verletzungsschaden“,<sup>868</sup> also die unmittelbare Wirkung eines Eingriffes in ein Persönlichkeitsrecht bereits an sich einen Vermögensschaden darstellen könne. Der Behauptung, eine Persönlichkeitsverletzung könnte vorbehaltlich Folgeschäden immer nur den Ersatz immaterieller Schäden begründen,<sup>869</sup> kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. In Deutschland ist schon seit längerer Zeit die Figur des „wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts“ etabliert, welches sich auf den „gute[n] Namen“<sup>870</sup> und die „wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten“<sup>871</sup> der Person bezieht<sup>872</sup> – doch auch in der Rechtsprechung des OGH liegt bei einer Verletzung des Namensrechts aus § 43 ABGB oder des Rechts am eigenen Bild nach § 78 UrhG an sich ein Eingriff in ein Vermögensrecht vor, sofern der betroffenen Person „geldwerter Bekanntheitsgrad“ zukommt.<sup>873</sup> Allerdings wird dieser geldwerte Bekanntheitsgrad in erster Linie nicht als ein schadenersatzrechtliches Interesse, sondern als Sache im Sinne des bereicherungsrechtlichen § 1041 ABGB angesehen.<sup>874</sup>

---

<sup>866</sup> Vgl. ebd., 18.

<sup>867</sup> Vgl. ebd., 60 ff, 66 f; vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 5/6.

<sup>868</sup> Terminologie nach *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 84.

<sup>869</sup> So aber *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 60, 94; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1293 (Stand 1.1.2018), Rz 3; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1293 (Stand 1.1.2007), Rz 1.

<sup>870</sup> *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 138, mit Verweis auf *Fikentscher*.

<sup>871</sup> *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 73.

<sup>872</sup> Grundlegend *Heitmann*, Schutz der materiellen Interessen, 97 ff und *passim*; vgl. auch *G. Wagner*, ZEuP 2000, 200 [228].

<sup>873</sup> RIS-Justiz RS0019890, RS0126118; vgl. *Staudegger*, ÖJZ 2014, 107 [115]; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>, § 16 (Stand 1.7.2015), Rz 30; *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 65 ff, 111 ff.

<sup>874</sup> Vgl. OGH 31.08.2010, 4 Ob 124/10d; OGH 21.06.2010, 17 Ob 2/10h; OGH 08.09.2009, 4 Ob 146/09p; OGH 07.11.2007, 6 Ob 57/06k; OGH 20.03.2003, 6 Ob 287/02b; OGH 24.02.1998, 4 Ob 368/97i; OGH 06.12.1994, 4 Ob 127/94; OGH 23.10.1990, 4 Ob 147/90; OGH 04.04.1989, 4 Ob 26/89; OGH 16.02.1982, 4 Ob 406/81; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 16 (Stand 1.3.2017), Rz 31; *E. Wagner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup>, § 43 (Stand 1.8.2019), Rz 86; *Meissel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>, § 1041 (Stand 1.5.2017), Rz 2.

Nun ist das Datenschutzrecht freilich nicht auf Personen mit geldwertem Bekanntheitsgrad beschränkt, sondern es bezieht sich auf jedes Datensubjekt.<sup>875</sup> Es müsste dem datenschutzrechtlich berührten Persönlichkeitsrecht zunächst unabhängig vom Bekanntheitsgrad ein vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt zuerkannt werden.<sup>876</sup> Dies liegt insofern nahe, als sich beispielsweise der Marktwert einer Eintragung in ein Adressregister zu Werbezwecken ermitteln lässt<sup>877</sup> und es in diesem Zusammenhang auf die Popularität der betroffenen Person überhaupt nicht ankommt. Lässt sich der Marktwert einer Datenverwendung ermitteln, käme auch die Abgeltung der Rechtsverletzung in Form einer fiktiven Lizenzgebühr in Frage. Zur Rechtfertigung einer solchen lizenzanalogen Konstruktion<sup>878</sup> müsste man allerdings die Wertung des § 87 UrhG auf den Schadenersatzanspruch wegen Datenschutzverletzung anwenden. Abs 3 dieser Bestimmung räumt dem Geschädigten einen verschuldensabhängigen Anspruch auf eine doppelte hypothetische Lizenzgebühr ein. Abs 4 normiert darüber hinaus die Gewinnhaftung, welche auf Seite des Verletzers einerseits eine Bereicherung und andererseits Verschulden voraussetzt, somit einen Schadenersatzanspruch darstellt,<sup>879</sup> welcher sich nicht am Nachteil des Geschädigten, sondern am Vorteil des Verletzers orientiert. Genau genommen handelt es sich auf Tatbestandsseite um einen Schadenersatz- und auf Rechtsfolgenseite um einen Bereicherungsanspruch.<sup>880</sup> Es kommt dieser Norm „sowohl Ausgleichs- als auch Präventionsfunktion zu.“<sup>881</sup> Letztere Funktion wird durch die „besondere Verletzlichkeit der betroffenen Rechtsgüter“<sup>882</sup> begründet, welche zweifelsfrei auch bei personenbezogenen Daten besteht.

Dem Vertragsverhältnis kommt bei der Bestimmung des Wertes von Daten bzw. deren Verwendung eine besondere Bedeutung zu, da es als Kontext und Verarbeitungssituation die Teleologie und die Modalitäten der Datenverarbeitung bestimmt oder zumindest wesentlich

---

<sup>875</sup> Vgl. *Peifer*, Individualität, 221.

<sup>876</sup> Dazu *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2013), 759 ff.

<sup>877</sup> Vgl. *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 144; *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1466]; kritisch *Bull*, CR 2018, 425.

<sup>878</sup> Dafür offenbar *Gola/Piltz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 11; für den „Wert der Daten“ als schadensrechtliches Bemessungskriterium auch *Boehm* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 82, Rz 27, mwN.

<sup>879</sup> So *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 169.

<sup>880</sup> Vgl. *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht, 82; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 2/45.

<sup>881</sup> *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup>, § 87 UrhG (Stand 1.4.2017), Rz 35.

<sup>882</sup> *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 174.

prägt. In vielen Fällen wird sich der „objektive“<sup>883</sup> Marktwert personenbezogener Daten kaum ermitteln lassen; vielmehr wird es hilfreich sein, danach zu fragen, wie viel die Datennutzung für den Verantwortlichen im konkreten Fall wert war.<sup>884</sup> Diese Methode ist vor allem dann nützlich, wenn die Datenverarbeitung aufgrund der freiwilligen Einwilligung gemäß Art 6 Abs 1 lit a DSGVO stattfindet, da dieser die Funktion der „Kommerzialisierung“ personenbezogener Daten zugesprochen wird.<sup>885</sup> Die urheberrechtsanaloge Ausgestaltung des vertraglichen Schadenersatzanspruches wird sogleich unter C.1.2 ausführlicher behandelt.

Art 13 ff DSGVO statuieren umfassende Informationsrechte zugunsten der betroffenen Person, sodass sich diese Einsicht in das Bestehen und die Reichweite etwaiger schadensbegründender Datenschutzverletzungen verschaffen kann. Es ist davon auszugehen, dass die DSGVO für den privaten Bereich die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Auskunftsansprüche nicht ausschließt.<sup>886</sup> Wird die Auskunft lediglich unter Berufung auf die DSGVO verlangt, so ist es weitaus günstiger, zur Rechtsdurchsetzung die Datenschutzbehörde in Anspruch zu nehmen, da diese gemäß § 22 DSG mit weitreichenden Befugnissen zur amtswegigen Wahrheitsermittlung ausgestattet ist, welche dem Gericht im streitigen Zivilverfahren nicht zukommen. Wird der Anspruch aber auf einen zivilrechtlichen Vertrag gestützt, handelt es sich der Natur und dem Wesen nach um einen privatrechtlichen Anspruch,<sup>887</sup> sodass gemäß § 1 JN zweifelsohne nur die „Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen“ zur Entscheidung berufen ist. Ferner wird die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde dann nicht bestehen, wenn das Begehren nicht bloß auf Information im Sinne des Art 15 DSGVO, sondern auf Rechnungslegung gemäß Art XLII Abs 1 ZPO lautet.<sup>888</sup> Wird vor der Geltendmachung des Schadenersatzanspruches vor dem Zivilgericht Beschwerde bei der DSB eingelegt, können die Kosten des Verwaltungsverfahrens einen

---

<sup>883</sup> Vgl. ebd., 17, wonach zwischen subjektivem und objektivem Wert „nur ein gradueller Unterschied“ besteht.

<sup>884</sup> Vgl. *Dickmann*, Nach dem Datenabfluss: Schadenersatz nach Art. 82 der Datenschutz-Grundverordnung und die Rechte des Betroffenen an seinen personenbezogenen Daten, r&s 2018, 345 [350].

<sup>885</sup> Vgl. *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 11; *Buchner/Petri* ebd., Art 6, Rz 41; *Schulz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 7, Rz 9; *Ingold* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 32; *Buchner*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht – vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungsinstrument, DuD 2010, 39.

<sup>886</sup> Dazu OGH 23.05.2019, 6 Ob 91/19d; *Klauser*, Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018 idF des DS-DeregulierungsG 2018, VbR 2018, 89 [92]; *Specht* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 15, Rz 27.

<sup>887</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0045584, RS0045644.

<sup>888</sup> Dazu RIS-Justiz RS0106851.

ersatzfähigen Folgeschaden darstellen.<sup>889</sup> Die Beweislast für das Vorliegen eines Folgeschadens trifft prinzipiell den Kläger.<sup>890</sup>

### 1.1. Ehre, wirtschaftlicher Ruf

Als exemplarische Situationen für Vermögensschäden werden die Ablehnung eines Vertrags, nachteilige Kreditkonditionen<sup>891</sup> oder erhöhte Versicherungsprämien infolge schlechter Bonitätsdaten, Preisdiskriminierung aufgrund der Verarbeitung von Daten über Konsumverhalten und Vermögensverhältnisse, Benachteiligungen auf dem Arbeitsmarkt infolge Preisgabe von Daten über Gesundheit, Verlässlichkeit oder Qualifikation, Identitätsdiebstahl und Betrug mithilfe von Kontodaten und der ungewollte Vertragsschluss infolge mangelnder Transparenz genannt.<sup>892</sup> Dass hiermit in der Datenschutzdiskussion die Möglichkeit sowohl des Abschlusses als auch des Nichtabschlusses eines Vertrages als schützenswert betrachtet wird, betont den herausragenden Wert der Privatautonomie im Datenschutzrecht. Dem OGH lag ein Fall vor, in welchem ein Wirtschaftsanwalt, dessen Bonitätsdaten ohne Benachrichtigung in eine Datenbank eingetragen worden waren, Verdienstentgang geltend machte, weil ihm potenzielle Auftraggeber wegen dieser Datenverarbeitung den Vertragschluss verweigert hatten.<sup>893</sup> Ferner werden „Mehrkosten eines Vor-Ort-Kaufs bei Online-Vertragsverweigerungen“ infolge schlechter Bonitätsdaten genannt.<sup>894</sup> All dies sind Folgeschäden, welche aus einem datenschutzwidrigen Eingriff in das Rechtsgut des wirtschaftlichen Rufes resultieren.

„Der wirtschaftliche Ruf genießt wie die persönliche Ehre absoluten Schutz.“<sup>895</sup> Beide Schutzgüter sind in § 1330 ABGB geregelt, die Ehre in Abs 1, der wirtschaftliche Ruf oder Kredit in Abs 2. Ersatzfähig ist „ein wirklicher Schade oder Entgang des Gewinnes“. Die

---

<sup>889</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 96, mwN; weitere Rechtsverfolgungskosten bei *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 19; *Boehm* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 82, Rz 28, darunter die Beauftragung von IT-Dienstleistern.

<sup>890</sup> Vgl. *Gola/Piltz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 11; *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 102 ff, mwN; ihm folgend OGH 27.11.2019, 6 Ob 217/19h; dazu auch *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 162, mwN.

<sup>891</sup> Dazu aktuell OGH 27.11.2019, 6 Ob 217/19h.

<sup>892</sup> Umfassende Darstellung ebd., 100 ff, mwN; vgl. *Gola/Piltz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 11; *Kreße* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 82, Rz 5; *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 19; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 303.

<sup>893</sup> Vgl. OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t; die Sache wurde allerdings an das Erstgericht zurückverwiesen, da der Kläger materielle und immaterielle Schadensposten nicht gesondert aufgeschlüsselt hatte.

<sup>894</sup> *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 19; vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 100 f.

<sup>895</sup> RIS-Justiz RS0008987.

Ehre kann einerseits schlicht als „Personenwürde“ begriffen werden,<sup>896</sup> andererseits ist der Begriff der Würde deutlich weiter als derjenige der Ehre, da letztere im Gegensatz zur Universalität der ersteren mit einem Werturteil über das „Individuum mit seinen besonderen Anlagen, Fähigkeiten und Charaktereigenschaften in seiner Bedeutung für die Allgemeinheit“ verbunden ist.<sup>897</sup> Während die Würde jedem Menschen von Geburt zukommt, ist die Ehre nicht unabhängig von den Leistungen der betreffenden Persönlichkeit.<sup>898</sup> Während die Würde mit der Idee eines autonomen Wesens untrennbar verbunden ist,<sup>899</sup> entsteht die Ehre erst durch das Handeln der Person im gesellschaftlichen Gefüge und ist daher bildlich gesprochen ein „Abglanz objektiver Werte“.<sup>900</sup> Es ist somit nicht ganz klar, inwieweit das Recht an der Ehre direkt § 16 ABGB entspringt und inwieweit es eher nach objektiven Gesichtspunkten zu entwickeln sei.<sup>901</sup>

Empirisch betrachtet wird sowohl der wirtschaftliche Ruf als auch die Ehre diskursiv, das heißt durch die Meinung anderer gebildet; dieser Prozess kann als ein Wechselspiel von „Information und Kritik“ betrachtet werden.<sup>902</sup> Es besteht für die betroffene Person somit ein Anreiz dazu, sich den Bedürfnissen der Mitmenschen konform zu verhalten, sodass der Institution der Ehre gesellschaftlich „integrierende Funktion“ zukommt.<sup>903</sup> Keinesfalls ist die „subjektive Selbsteinschätzung“ entscheidend.<sup>904</sup> Der wirtschaftliche Ruf unterscheidet sich von der Ehre dadurch, dass es nicht so sehr auf die Wertungen der Allgemeinheit als auf die Erfahrungen „innerhalb der jeweils interessierten Wirtschaftskreise“<sup>905</sup> ankommt. Darüber hinaus haben objektive Faktoren wie Kapital oder Geschäftsbeziehungen sehr wohl bedeutenden Einfluss auf den wirtschaftlichen Ruf, nicht aber auf die Ehre, welche sich vielmehr auf „Zuverlässigkeit und Redlichkeit“ bezieht.<sup>906</sup> In der österreichischen Rechtsordnung wird die Grenze zwischen der Ehre nach § 1330 Abs 1 ABGB und dem wirtschaftlichen Ruf nach Abs 2 anhand des Wesensunterschiedes gezogen, dass letzterer nur

---

<sup>896</sup> So *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1330 (Stand 1.1.2004) Rz 1.

<sup>897</sup> *Helle*, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, vornehmlich auf Grund der Rechtsprechung<sup>2</sup> (1969), 7; vgl. ebd., 11.

<sup>898</sup> Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 289.

<sup>899</sup> Vgl. *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten; *dens.*, Kritik der praktischen Vernunft.

<sup>900</sup> *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 289.

<sup>901</sup> Vgl. einerseits *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1330 (Stand 1.1.2004) Rz 1; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 291; andererseits *Helle*, Schutz der Persönlichkeit, 7, wonach die Ehre „kein Teilaspekt der menschlichen Persönlichkeit“ ist.

<sup>902</sup> Ebd., 7 ff.

<sup>903</sup> Ebd., 7.

<sup>904</sup> *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 289.

<sup>905</sup> *Helle*, Schutz der Persönlichkeit, 9; vgl. ebd., 10.

<sup>906</sup> Ebd., 9.

durch falsche Tatsachenbehauptungen, erstere aber auch durch Werturteile berührt wird.<sup>907</sup> Die Tatsachenbehauptung besteht ihrem Wesen nach darin, dass sie einer objektiven Überprüfung auf ihre Wahrheit hin zugänglich ist.<sup>908</sup> Nach der Rechtsprechung sind Tatsachen „Umstände, Ereignisse oder Eigenschaften mit einem greifbaren, für das Publikum erkennbaren und von ihm an Hand bestimmter oder doch zu ermittelnder Umstände auf seine Richtigkeit überprüfbareren Inhalt.“<sup>909</sup> Der Begriff sei jedoch „weit auszulegen“, sodass er „auch Verdächtigungen oder das Weglassen aufklärender Umstände“ erfasse, „durch das der Sachverhalt so entstellt wird, dass die Äußerung geeignet ist, den Adressaten in einem wichtigen Punkt irrezuführen.“<sup>910</sup> Da die Wahrheit einer Behauptung anhand des Empfängerhorizontes beurteilt,<sup>911</sup> wird eine in erheblicher Weise unvollständige Darstellung eines Sachverhaltes gegebenenfalls als falsche Tatsachenbehauptung betrachtet,<sup>912</sup> was durchaus dem Gedanken des Art 16 DSGVO entspricht, welcher nicht nur die Datenrichtigkeit, sondern auch die Vollständigkeit der personenbezogenen Informationen verbürgt. Maßgeblich ist immer der Kontext, der Gesamtzusammenhang der Äußerung;<sup>913</sup> dies gilt sowohl für die Frage, ob es sich um ein Tatsachenurteil oder bloß um eine Wertung handle, als auch für die Frage, ob eine Aussage beleidigend oder rufschädigend sei.

Der Schutz der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes steht notwendig in einem Spannungsverhältnis zur Meinungs- und Informationsfreiheit,<sup>914</sup> die gleichwohl eine Bedingung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit darstellt.<sup>915</sup>

§ 1330 ABGB bezieht sich in schadenersatzrechtlicher Hinsicht ausschließlich auf Vermögensschäden, die Folgeschäden sind;<sup>916</sup> Ehre und wirtschaftlicher Ruf begründen im Falle eines Eingriffs an sich weder als materielle noch als immaterielle Interessen einen

---

<sup>907</sup> Vgl. *Kissich* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1330 (Stand 1.8.2019), Rz 1; *Harrer/Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup>, § 1330 (2016), Rz 1.

<sup>908</sup> So *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1330 (Stand 1.1.2004), Rz 8; *Kissich* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1330 (Stand 1.8.2019), Rz 16; *Harrer/Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup>, § 1330 (2016), Rz 13; *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 102; *Helle*, Schutz der Persönlichkeit, 13 f.

<sup>909</sup> RIS-Justiz RS0032212.

<sup>910</sup> RIS-Justiz RS0031675.

<sup>911</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0031665.

<sup>912</sup> Vgl. *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1330 (Stand 1.1.2004), Rz 8b; *Kissich* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1330 (Stand 1.8.2019), Rz 32.

<sup>913</sup> *Harrer/Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup>, § 1330, Rz 13; *Kissich* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1330 (Stand 1.8.2019), Rz 9; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1330 (Stand 1.1.2004), Rz 8b ff.

<sup>914</sup> Dazu RIS-Justiz RS0075642, RS0075549 (auch EGMR).

<sup>915</sup> Vgl. *Helle*, Schutz der Persönlichkeit, 8 ff; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 204 ff.

<sup>916</sup> Vgl. *Kissich* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1330 (Stand 1.8.2019), Rz 78; *Harrer/Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup>, § 1330, Rz 51.

Schadenersatzanspruch in Geld.<sup>917</sup> Im Hinblick auf die oben genannten datenschutzrelevanten Szenarien ist bereitet dies keine Schwierigkeit, da es sich gerade um vermögensrechtliche Folgeschäden handelt. Der Schadenersatzanspruch aus § 1330 setzt grundsätzlich eine „Mindestpublizität“,<sup>918</sup> also ein Mindestmaß an Verbreitung der fraglichen Äußerung voraus.<sup>919</sup> „Die Mitteilung ist dann nicht öffentlich, wenn sie nach den Umständen des Falles als vertraulich anzusehen ist“, und zwar auch dann, wenn mehrere Personen als Empfänger fungieren; „Vertraulichkeit ist aber nicht mehr gegeben, wenn mit einer Weitergabe an außenstehende Personen gerechnet werden muss.“<sup>920</sup> Wiederum gilt eine Aussage dann als veröffentlicht, „wenn sie nur einer einzigen Person zugeht, aber keine Gewähr dafür besteht, dass der Empfänger die Mitteilung vertraulich behandeln werde.“<sup>921</sup> Teils wird aber auch bloß auf die „erkennbare Absicht des Mitteilenden“ abgestellt.<sup>922</sup> Teils wird hingegen sogar die „Mitteilung an eine Person“ als hinreichend für den öffentlichen Charakter der Äußerung angesehen.<sup>923</sup> Sendet ein Gläubigerschutzverband eine „schwarze Liste“ insolvenzgefährdeter Personen an seine Mitglieder aus, ist Vertraulichkeit auf keinen Fall mehr gegeben.<sup>924</sup>

Wenn die Mitteilung nicht öffentlich vorgebracht wurde, ist der Äußernde von der Haftung gemäß § 1330 Abs 2 ABGB befreit, wenn er beweist, dass er die Unwahrheit nicht kennt und „er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte.“<sup>925</sup> Dieses ist dann gegeben, „wenn die Mitteilung für die persönlichen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen und Verhältnisse von Bedeutung ist oder ein öffentliches Interesse vorliegt.“<sup>926</sup> Dass Aufkunfteien ein solches berechtigtes Interesse zukommt,<sup>927</sup> hat bereits *Dernburg* konstatiert.<sup>928</sup> War die Nachricht nicht vertraulich, so haftet der Äußernde dann, wenn er die Unwahrheit gemäß § 1330 Abs 2 „kannte oder kennen mußte.“<sup>929</sup>

---

<sup>917</sup> Vgl. *Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173/237 [179 ff], mwN.

<sup>918</sup> *Kissich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1330 (Stand 1.8.2019), Rz 21, mwN; kritisch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1330 (Stand 1.1.2004), Rz 1.

<sup>919</sup> So RIS-Justiz RS0102047.

<sup>920</sup> RIS-Justiz RS0031906; vgl. RS0032381.

<sup>921</sup> RIS-Justiz RS0032413.

<sup>922</sup> RIS-Justiz RS0031972.

<sup>923</sup> RIS-Justiz RS0032421.

<sup>924</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0031970.

<sup>925</sup> Zur Qualifikation als Rechtfertigungsgrund und zur Beweislast RIS-Justiz RS0117060.

<sup>926</sup> RIS-Justiz RS0031988.

<sup>927</sup> Vgl. OGH 21.11.2017, 6 Ob 151/17z; OGH 20.10.1987, 4 Ob 338/87; RIS-Justiz RS0031992.

<sup>928</sup> Vgl. *Dernburg*, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens II: Einzelne Obligationen (1901), § 390.

<sup>929</sup> Zu Beweislast RIS-Justiz RS0031822.

Bezüglich Werturteilen im Sinne des § 1330 Abs 1 ABGB ist zu bemerken, dass Kritik und Tadel grundsätzlich erlaubt sein müssen. Der EuGH hat jedoch bereits immateriellen Schadenersatz für „überflüssige kritische Bemerkungen“<sup>930</sup> oder „unsachgerechte Kritik“<sup>931</sup> zugesprochen. Auch nach OGH und EGMR dürfen die „Grenzen zulässiger Kritik“ nicht überschritten werden.<sup>932</sup>

Der Verlust einer Chance<sup>933</sup> infolge Rufschädigung ist als materieller Schaden vom immateriellen Nachteil wegen Beeinträchtigung der Chancengleichheit zu unterscheiden.<sup>934</sup> Die Unionsgerichte sprechen einen solchen Schadenersatz zu, wenn der vom Kläger begehrte Erfolg, welcher im versagt worden ist, eine „gewisse Realisierungswahrscheinlichkeit“ hatte.<sup>935</sup> Da die Methode der Berechnung solcher Nachteile jedoch häufig äußerst unklar ist, sah sich die Rechtsprechung genötigt, stattdessen „diffuse immaterielle Schäden“ anzunehmen.<sup>936</sup> Nimmt man jedoch die Einordnung der verlorenen Chance als materiellen Schaden ernst, kann sich der Schadensbetrag „mittels einer mathematisch präzisen Multiplikation“ ergeben, wobei die Realisierungswahrscheinlichkeit als „Multiplikationsfaktor [...] nach Billigkeit festgelegt wird.“<sup>937</sup> Wird der betroffenen Person aufgrund nicht rechtskonformer Datenverarbeitung ein Vertragschluss versagt, kann beispielsweise das Erfüllungsinteresse mit einem geschätzten Wahrscheinlichkeitswert multipliziert werden.<sup>938</sup> Diese Methode hat eine auffallende Nähe zur Schätzung immaterieller Schäden nach § 273 ZPO, welche allerdings nur dann legitim ist, wenn entsprechende Vergleichswerte bestehen, beispielsweise in Schmerzensgeldtabellen; fehlen dergleichen Maßstäbe, ist dem Kohärenzerfordernis der Schadensschätzung nicht Genüge getan, sodass sich diese in Spekulation verliert und damit sowohl theoretisch als auch praktisch abzulehnen ist. Dem Prinzip der Privatautonomie liegt die Vorstellung zugrunde, dass Parteien Geschäfte grundsätzlich nach Willkür abschließen und verweigern dürfen<sup>939</sup> – es fehlen somit normative

---

<sup>930</sup> *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 280, mwN;

<sup>931</sup> *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 294, mwN.

<sup>932</sup> RIS-Justiz RS0054817.

<sup>933</sup> Vgl. *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1466]; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1293 (Stand 1.1.2018), Rz 38, mwN.

<sup>934</sup> Vgl. *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 170; dazu unten, C.4.

<sup>935</sup> *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 348 ff, mwN; vgl. *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 213 ff, mwN.

<sup>936</sup> *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 356; vgl. ebd., 354 ff, mwN; *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 216 f, mwN.

<sup>937</sup> *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 354.

<sup>938</sup> Vgl. *G. Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206, 352 [403].

<sup>939</sup> Vgl. *Bydlinski*, RZ 1965, 67/85 [88]; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/311.

Kriterien, nach welchen die Begründetheit eines Vertragschlusses bestimmt werden könnte. Möchte man stattdessen auf empirische Wahrscheinlichkeiten zurückgreifen, greift man ebenfalls der Entscheidung einer Partei vor, welche durch das Institut der Privatautonomie gerade offen gelassen wird. Ob nun die normative Begründetheit oder die empirische Wahrscheinlichkeit als Richtmaß dienen soll – in beiden Fällen müsste der Richter über die “Vernünftigkeit” eines Vertrages entscheiden. Zudem ist die richterliche Ermittlung von Wahrscheinlichkeiten immer etwas überaus Individuelles, kaum Verallgemeinerbares.<sup>940</sup> Es stellt sich daher ernstlich die Frage, ob man es bei der entgangenen Chance nicht beim Ersatz eines allfälligen Vertrauensschadens<sup>941</sup> bewenden lassen und darüber hinausgehende Einbußen als immaterielle Schäden qualifizieren sollte.

## 1.2. Lizenzanalogie

Kann der Eingriff in das Recht auf Datenschutz *per se* – also nicht erst bei etwaigem Eintritt von Folgeschäden – einen Vermögensschaden begründen?<sup>942</sup> Vielfach wird nämlich behauptet, dass es so etwas wie einen „Wert der Daten“ geben könne.<sup>943</sup> Dies scheint zumindest im Kontext kommerzieller Datennutzung einleuchtend, insbesondere dann, wenn mit Daten gehandelt wird und sich entsprechend ein Marktpreis herauskristallisiert,<sup>944</sup> was allerdings nicht in jedem Kontext der Fall sein kann.<sup>945</sup> Wenn aber in bestimmten Sektoren wie zum Beispiel im Bank- oder Versicherungswesen die Auswertung personenbezogener Daten als Grundlage für eine Entscheidung darüber dient, ob und unter welchen Bedingungen Vermögensverfügungen stattfinden, lässt sich insoweit von einem kontextuellen Geldwert der Daten sprechen. Weiß die Bank nicht, dass das Zahlungsverhalten eines Kreditwerbers habituell unverlässlich ist, so wird sie wohl einen Verlust erleiden, wenn sie in Ermangelung dieses Wissens demselben einen Kredit erteilt; die Risikobeurteilung und mit dieser die personenbezogenen Daten haben für die Bank also Vermögenswert. Nach einer aktuellen Ansicht haben Daten ganz allgemein ökonomischen Wert:

---

<sup>940</sup> Vgl. *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1 [102 f].

<sup>941</sup> Dazu RIS-Justiz RS0016374.

<sup>942</sup> Dazu bereits ausführlich oben, A.2.2.

<sup>943</sup> *Boehm* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 82, Rz 27; vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 98; *Dickmann*, r&s 2018, 345 [348].

<sup>944</sup> Vgl. *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 144; *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1466]; *Bull*, CR 2018, 425 [429].

<sup>945</sup> Zutreffend ebd., 427.

„Verhaltensgenerierte Daten enthalten Informationen der Bürger und stellen zentrale Wirtschaftsgüter am Markt der Informationsgesellschaft dar.“<sup>946</sup>

Erneut handelt es sich um eine Stelle, an welcher der Gedanke der Kommerzialisierung personenbezogener Daten zur Geltung kommt; es wurden diesbezüglich – wohl auf rechtspolitischer Ebene – gewisse Beteiligungsmodelle vorgestellt.<sup>947</sup> Bereits *de lege lata* lässt sich aber argumentieren, dass durch die unrechtmäßige Datennutzung in den materiellen, also vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt der Daten<sup>948</sup> eingegriffen werde und somit die analoge Anwendung des § 87 Abs 3 UrhG über die Schadenspauschalierung in Höhe einer doppelten fiktiven Lizenzgebühr gerechtfertigt sei. Es handelt sich der Sache nach um die Frage, welche Bedeutung der „Entfall der Kommerzialisierungsmöglichkeit“, die „wirtschaftliche Verwertung rechtswidrig verarbeiteter Daten“ für den Schadenersatzanspruch habe.<sup>949</sup> Wer seine Daten zur Verfügung stellt, leistet einen informationellen Beitrag zur ökonomischen Wertschöpfungskette;<sup>950</sup> er oder sie wird dies in der Regel nicht ohne Gegenleistung, freigebig tun. Wenn personenbezogene Daten erstens der betroffenen Person ausschließlich zugewiesen sind und zweitens im Geschäftsverkehr materiellen Wert haben, so haben sie demnach vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt zugunsten der betroffenen Person. „Die Zuweisung erfolgt [...] zur selbständigen Wahrnehmung des Interesses.“<sup>951</sup> Der Begriff des Zuweisungsgehaltes nimmt in *Wilburgs* Theorie von der Rechtsfortsetzungs- bzw. Rechtsfortwirkungsfunktion sowohl schadenersatz- und als auch bereicherungsrechtlicher Ansprüche eine zentrale Rolle ein:

„Der Anspruch richtet sich als Rechtsfortwirkung auf alle Güter, die in den Zuweisungsbereich des Grundrechtes fallen.“<sup>952</sup>

„Der Bereicherungsanspruch muß als Rechtsfortwirkung ebenso wie der Schadenersatzanspruch aus einem Mutterrecht hervorzunehmen.“<sup>953</sup>

Allerdings ist das „Grund“- oder „Mutterrecht“ für den Autor nicht die Persönlichkeit gemäß § 16, sondern das Eigentum nach §§ 354, 366 ABGB:

„Die Kraft des Eigentums tritt für das Schuldrecht in verschiedenen Spielarten ihrer Wirkung hervor. Sie kann einerseits den Schadenersatzanspruch wegen Verletzung des

---

<sup>946</sup> Fezer, ZD 2017, 99 [101].

<sup>947</sup> Vgl. unter anderem ebd., 102 ff; Specht, GRUR Int. 2017, 1040 [1042].

<sup>948</sup> Dazu schon oben, A.2.2.

<sup>949</sup> Kerschbaumer-Gugu, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 97 ff; vgl. Gola/Piltz in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 11; Kreße in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 82, Rz 5; Wandtke, MMR 2017, 6 [10].

<sup>950</sup> Besonders deutlich Dickmann, r&s 2018, 345 [348 ff].

<sup>951</sup> Hubmann, Persönlichkeitsrecht, 125.

<sup>952</sup> Wilburg, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 122.

<sup>953</sup> Ebd., 114.

geschützten Gutes und andererseits den Bereicherungsanspruch aus ihrem Zuweisungsgehalt begründen. Sie kann aber [...] auch Ausgleichsansprüche ohne Bereicherung gestalten und schließlich sogar im Vertragsrecht für geleistete Güter eine äquivalente Vergütung fordern und die Wurzel der kommutativen Gerechtigkeit bilden.“<sup>954</sup>

Die Ableitung des Rechtsfortwirkungsanspruches allein aus dem Eigentumsrecht scheint im hier behandelten Zusammenhang hinderlich, da zwar die Sacheigenschaft gemäß §§ 285, 1041 ABGB,<sup>955</sup> nicht aber die Eigentumsfähigkeit von personenbezogenen Daten bejaht wurde.<sup>956</sup> Solche Zweifel zerstreuen jedoch, sobald man erkennt, dass *Wilburg* über körperliche Sachen hinaus nicht nur Immaterialgüterrechte, sondern auch Persönlichkeitsrechte wie das Recht am Bildnis oder am Namen in die Argumentation einbezieht,<sup>957</sup> mithin von einem weiten Eigentumsbegriff ausgeht.

Das nächste Problem besteht darin, dass Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche keineswegs dasselbe sind.<sup>958</sup> Diese knüpfen an die Bereicherung seitens des Anspruchsgegners, jene an den Schaden seitens des Anspruchsberechtigten an. Im Schadenersatzrecht wird aus dem Rechtsfortsetzungsgedanken der Schluss gezogen, dass nach § 1332 ABGB eine beschädigte Sache *zumindest* nach ihrem objektiven Wert,<sup>959</sup> „nach dem gemeinen Werte, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ersetzt“ werden muss. Zugleich wird es abgelehnt, daraus die Schadensbemessung anhand einer fiktiven Lizenzgebühr abzuleiten.<sup>960</sup> Dies sei nicht Sache des Schadenersatz-, sondern des Bereicherungsrechts<sup>961</sup> – ungeachtet dieser rechtspolitischen Kritik handelt es sich laut positivem Recht beim Anspruch auf eine doppelte Lizenzgebühr um einen Schadenersatzanspruch, weil § 87 UrhG explizit auf Verschulden abstellt.<sup>962</sup> Es ist bereits auf die Verwandtschaft von Datenschutz- und Immaterialgüterrecht hingewiesen worden:<sup>963</sup> Beide Rechtsgebiete beziehen sich auf Information und schützen somit besonderes

---

<sup>954</sup> *Ders.*, AcP 163, 346 [347]; vgl. *dens*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 28 ff,

<sup>955</sup> vgl. RIS-Justiz RS0019945 (T3).

<sup>956</sup> Dazu oben, A.2.1.

<sup>957</sup> Vgl. *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 43 f;

<sup>958</sup> Vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 2/29.

<sup>959</sup> Dazu *Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung, 29 ff; *Hinteregger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup>, § 1332 (Stand 1.8.2019), Rz 1; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 3/8; RIS-Justiz RS0030075; anders *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1332 (Stand 1.1.2004), Rz 17.

<sup>960</sup> Vgl. *Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung, 31; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1293 (Stand 1.1.2018), Rz 26.

<sup>961</sup> So *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT, Band II/1 (2003), 31 f; *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 87.

<sup>962</sup> Zur Bestimmung der Natur des Anspruchs anhand der Haftungsvoraussetzungen *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 169.

<sup>963</sup> Ausführlich oben, A.2.2.

verletzliche Rechtsgüter. Im Immaterialgüterrecht werden die im Vergleich zum allgemein-zivilrechtlichen Instrumentarium weitaus strengeren Sanktionen als Sonderregeln<sup>964</sup> unter anderem damit gerechtfertigt, dass es sich bei solchen nicht-rivalen Gegenständen um besonders verletzliche Güter handelt.<sup>965</sup> Es sei eben im Rahmen des Ausgleichsprinzips auch das Präventionsbedürfnis zu berücksichtigen.<sup>966</sup> Zwar bezieht sich das Datenschutzrecht nicht auf geistige Leistungen, sondern auf oftmals alltägliche Informationen über natürliche Personen, doch steht hier mit der Privatsphäre ein Interesse auf dem Spiel, das nicht weniger gewichtig ist als die in geistiges Eigentum investierte Arbeitsleistung. Dass dem Recht auf Datenschutz herausragender Wert zukommt, erhellt aus dem umfassenden Geltungsanspruch der DSGVO, welche zudem unter dem unionsrechtlichen Gebot der *Effektivität* steht.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Bemessung des Schadenersatzanspruches anhand der Höhe einer marktüblichen Lizenzgebühr<sup>967</sup> im Anwendungsbereich der DSGVO nicht ausgeschlossen ist. Dass die Unionsgerichte bisweilen das Vorliegen eines tatsächlich eingetretenen Schaden verlangten, bedeutet lediglich die fehlende Ersatzfähigkeit bloß erwarteter, zukünftiger Schäden<sup>968</sup> und richtet sich nicht gegen die lizenzanaloge Bestimmung des Schadenersatzes.

Mit dem Gedanken der effektiven Prävention hängt zusammen, dass einerseits nach § 87 Abs 3 UrhG iVm § 273 ZPO der Pauschalersatz in Höhe einer doppelten Lizenzgebühr ohne „Nachweis für den Schadenseintritt an sich“ gewährt wird<sup>969</sup> und andererseits Art 82 Abs 3 DSGVO eine dem Wortlaut nach weitreichende Beweislastumkehr anordnet. Der Verantwortliche muss nachweisen, dass er „in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist“; dass der Kläger jedoch den Schadenseintritt an sich zu beweisen habe, wird gemeinhin vorausgesetzt.<sup>970</sup> Dieser Ansatz hat zweifelsohne für vermögensrechtliche Folgeschäden und rein immaterielle Nachteile seine volle

---

<sup>964</sup> Dazu *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht, 3 ff.

<sup>965</sup> Vgl. *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 174; kritisch *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht, 62 ff, mwN; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 2/56 f.

<sup>966</sup> Vgl. ebd., Rz 2/51; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 174; kritisch *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht, 66, mwN; differenziert *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 105, 118 f.

<sup>967</sup> Zum Kriterium der Marktüblichkeit allgemein *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup>, § 86 UrhG (Stand 1.4.2017), Rz 15.

<sup>968</sup> Vgl. *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 212 f, mwN.

<sup>969</sup> *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht, 51 ff, mwN; vgl. *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup>, § 87 UrhG (Stand 1.4.2017), Rz 30.

<sup>970</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 102 ff, mwN; *Gola/Piltz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 11; *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 20, 46 ff.

Berechtigung. Akzeptiert man allerdings ein datenschutzrechtliches Interesse mit materiellem Gehalt und lässt man deshalb – mE zutreffend – die analoge Anwendung des § 87 Abs 3 UrhG auf Schadenersatzansprüche infolge Datenschutzverletzungen zu,<sup>971</sup> spricht nichts dagegen, vom Kläger lediglich den Beweis eines Verstoßes gegen die DSGVO und des Vorliegens eines im betreffenden Verarbeitungskontext bestehenden Marktes<sup>972</sup> für seine personenbezogenen Daten zu verlangen. Der Beweis des Bestehens eines solchen Marktes kann beispielsweise durch ein Sachverständigengutachten oder durch Ergebnisse der Marktforschung erbracht werden.<sup>973</sup> Gegebenenfalls kann der Schaden auch gemäß § 273 ZPO richterlich geschätzt werden, oder der Anspruch wird im Wege der Stufenklage geltend gemacht.<sup>974</sup> Letztere Möglichkeit bietet sich insofern an, als der Grundsatz der Rechenschaftspflicht gemäß Art 5 Abs 2 DSGVO den Verantwortlichen dazu anhält, Verarbeitungszwecke und tatsächliche Verarbeitungen zu dokumentieren und gegebenenfalls auszuweisen. Insgesamt sollten daher an die Beweisführung der betroffenen Person keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden.

Am Rande sei die Meinung zu erwähnen, nach welcher die fehlende „Vermarktungsbereitschaft“ des im Persönlichkeitsrecht Verletzten einen Schadenersatzanspruch in Höhe der fiktiven Lizenzgebühr mangels „kommerzieller Präformierung“<sup>975</sup> verhindere.<sup>976</sup> Im Lichte des im Datenschutzrecht geltenden Effektivitätsprinzips besteht zu einer solchen Annahme jedoch kein Anlass – der in seinem Recht auf Datenschutz Verletzte darf nicht gerade deshalb schlechter gestellt werden, weil er seiner Privatsphäre einen hohen Stellenwert einräumt.<sup>977</sup> Die kommerzielle Präformierung erfolgt dadurch, dass der datenschutzrechtlich Verantwortliche die personenbezogenen Daten

---

<sup>971</sup> Dafür auch *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 304; *Gola/Piltz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 11.

<sup>972</sup> Etwas anders *Dickmann*, r&s 2018, 345 [348 ff].

<sup>973</sup> Vgl. ebd., 351 ff; *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 103; ihm folgend OGH 27.11.2019, 6 Ob 217/19h.

<sup>974</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 104; zur Rechnungslegung gemäß DSGVO und Vertrag oben, B.1.1.

<sup>975</sup> Dazu *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 51 f; *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 195 ff; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 49 ff; *Peukert*, ZUM 2000, 710 [719], jeweils mwN.

<sup>976</sup> So *Stoll*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten zum 45. DJT (1964), 17, mwN; *Wiese*, Der Ersatz des immateriellen Schadens (1964), 40.

<sup>977</sup> In diesem Sinne *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 750 f; *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 198 f; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 54 ff; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 84 ff; *G. Wagner*, ZEuP 2000, 200 [224]; *Gola/Piltz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 11.

zu kommerziellen Zwecken verwendet. „Es ist heute möglich, für eine einmalige und erstmalige Verwendung von [...] Persönlichkeitsmerkmalen eine Vergütung zu erhalten.“<sup>978</sup>

## 2. Immaterieller Schaden

Dem Wortlaut des Art 82 Abs 1 DSGVO nach sind immaterielle Schäden den materiellen in ihrer Ersatzfähigkeit vollauf gleichgestellt. Allein diese Feststellung vermag den aus der Natur der Sache folgenden Wesensunterschied der beiden Schadenskategorien jedoch nicht zu überwinden. Schließlich steht das Recht, so *Kegel*, bei immateriellen Schäden vor der Herausforderung, „[v]om Handfesten [...] zum schwer Faßbaren, z.B. von der Sicherheit zur Wahrscheinlichkeit, aber auch vom Körperlichen zum Seelischen“ zu schreiten.<sup>979</sup> Als typische Fallgruppen bearbeitet der Autor Entsetzen, Kummer, Angst, Ekel, Scham, Empörung, Enttäuschung und Verdruss.<sup>980</sup> In Österreich fällt unter den Personenschaden im Sinne des § 1293 ABGB „jede Gefühlsbeeinträchtigung, unabhängig davon, ob sie aus der Verletzung eines absoluten Rechts oder eines Schuldverhältnisses oder ohne jegl[iche] Beeinträchtigung eines Rechts hervorgerufen wird.“<sup>981</sup> Mit der Klassifikation aller immateriellen Schäden als *Gefühlsschäden* steht man unweigerlich vor der Schwierigkeit, auf die subjektive Empfindungen des Geschädigten eingehen zu müssen, welche nach einer gewissen Lehrmeinung „intersubjektiv schwer nachvollziehbar sind“;<sup>982</sup> gleichergestalt sieht dies der OGH, wenn er ausspricht, dass „Anhaltspunkte für eine gewisse Objektivierung bestehen“ müssen, dass dementsprechend „reine Gefühlsschäden regelmäßig nicht bestimmbar“ seien; deren „Aufklärung“ sei „schon aus tatsächlichen Gründen kaum möglich“; *de iure* sei es indes nicht zulässig, „die Persönlichkeitsstruktur des Geschädigten zu erforschen“; hinreichende Objektivierung liege dann vor, wenn in vergleichbarer Situation ein „Durchschnittsmensch ähnliche Unlustgefühle“ verspürt.<sup>983</sup> Richtigerweise ist die prinzipielle Nachvollziehbarkeit aller Gefühle notwendige Bedingung jedweder Zwischenmenschlichkeit; die Rechtsdogmatik muss sich allerdings auf die pragmatische Aussage beschränken, dass exaktes intersubjektives Verständnis über Emotionen in einem Gerichtsverfahren unter

---

<sup>978</sup> *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 83.

<sup>979</sup> *Kegel*, Haftung für Zufügung seelischer Schmerzen. Vortrag zur 33. Jahresfeier der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften (1982), 47.

<sup>980</sup> Vgl. ebd., 18-47; vgl. *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1466].

<sup>981</sup> *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1293 (Stand 1.1.2007), Rz 1; wortgleich *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1293 (Stand 1.1.2018), Rz 3.

<sup>982</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 547; vgl. ebd., 47 f, 154, 178 ff, 187, 589; dazu auch *Bydlinski*, Die „Umrechnung“ immaterieller Schäden in Geld. In: Liber Amicorum Pierre Widmer (2003), 27 [37 f], beide mit Bezug auf *Lorenz*.

<sup>983</sup> OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98x, RIS-Justiz RS0111184.

Zeitdruck und Geltung des Verhandlungsgrundsatzes<sup>984</sup> nur mit geringer Wahrscheinlichkeit herbeigeführt werden kann und daher nicht den einzigen Prozesszweck darstellen kann.

Offenbar ging § 33 DSGVO aF<sup>985</sup> mit der Bezugnahme auf die „erlittene Kränkung“ davon aus, dass immaterielle Schäden infolge unrechtmäßiger Datenverarbeitung allgemein Gefühlsschäden seien; der heutige § 29 DSGVO erwähnt diesen Ausdruck nicht mehr und spricht wie Art 82 Abs 1 DSGVO schlicht von dem Fall, dass bei der betroffenen Person ein „materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist“.

Weil immateriellen Schäden „mangels realer Umsatzvorgänge auf dem Markt kein Geldwert zugeordnet werden kann“, geht man davon aus, dass sie mit Geld *inkommensurabel* seien.<sup>986</sup> Sie seien demnach nicht im engeren Wortsinn ersatzfähig.<sup>987</sup> Die Leistung eines Geldbetrags sei gleichwohl aus „Grundprinzipien unseres humanistischen Weltbildes“ geboten.<sup>988</sup> Dies ist der Standpunkt der herrschenden Kompensationstheorie des Ersatzes immateriellen Schadens, nach welcher der Geschädigte zwar nicht direkt durch eine Geldzahlung schadlos gestellt werden kann, aber dennoch in den Stand gesetzt werden soll, sich als Ausgleich für das erlittene Ungemach Annehmlichkeiten zu verschaffen.<sup>989</sup> Im deutschen Rechtsdiskurs wird in diesem Zusammenhang auf eine „negative Gefühlsbilanz“ abgestellt,<sup>990</sup> was in Österreich nicht üblich ist und wohl zu einer unangemessenen Beschreibung im Kern nichtökonomischer Sachverhalte in ökonomischen Begriffen führt.

*Schubert* beschreitet in ihrer umfassenden Konzeption dagegen einen anderen Weg: Ihrer Ansicht nach kann „der Geldbetrag unmittelbar mit dem immateriellen Schaden gleichgesetzt“ werden.<sup>991</sup> Dies lasse sich unter anderem systemtheoretisch untermauern: Schreibt man der Rechtsordnung „insbesondere die Funktion der Erwartungssicherung“ zu, besteht der „Zweck des Schadensersatzes“ in der „Reaktion der Rechtsordnung zur Verarbeitung der enttäuschten Verhaltenserwartung [...], die mit der Rechts- oder Pflichtverletzung einhergeht.“ Dies liege allgemein im Sinne der Rechtssicherheit.<sup>992</sup>

---

<sup>984</sup> Zu dieser Problematik *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts (1995), 429 ff.

<sup>985</sup> BGBl. I Nr. 165/1999. Dazu OGH 17.12.2009, 6 Ob 247/08d; OGH 15.12.2005, 6 Ob 275/05t.

<sup>986</sup> *Bydlinski* in FS Widmer, 27 [27 ff]; vgl. *Stoll*, 45. DJT, 143; *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 150 f, 220 ff; *Wiese*, Ersatz des immateriellen Schadens, 55.

<sup>987</sup> Vgl. *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964), 16 f.

<sup>988</sup> Ebd., 17.

<sup>989</sup> Vgl. ebd., 20; *Bydlinski* in FS Widmer, 27 [30 ff]; *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 256.

<sup>990</sup> Vgl. *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 47 f, 154, 235.

<sup>991</sup> Ebd., 590; auf Grundlage des Ausgleichsgedankens ebd., 585 ff.

<sup>992</sup> Ebd., 590.

Dergleichen Verhaltenserwartungen existieren teils vorrechtlich, können aber auch durch legislative Maßnahmen zur Herbeiführung gesellschaftlichen Fortschritts geschaffen werden – ein Beispiel dafür ist nicht nur das Antidiskriminierungsrecht,<sup>993</sup> sondern auch das Datenschutzrecht, welches auf den verantwortungsvollen Umgang mit personenbezogenen Informationen im Kontext fortschreitender technischer Automatisierung abzielt. Der Erhalt eines Geldbetrags infolge Rechtsverletzung verdeutlicht dem Geschädigten, „dass sein Recht anerkannt wird und der erlittene Schaden eine von ihm eigentlich nicht zu tragende Einbuße darstellt“;<sup>994</sup> dies hänge mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes zusammen.<sup>995</sup> Die zentrale Begründung für *Schuberts* Auffassung liefert jedoch nicht die Systemtheorie, sondern die Freiheit der *Selbstentfaltung*.<sup>996</sup> Diese sei „ein Potential, dessen Bestand und Verwirklichung den Menschen ausmachen.“ Ein Eingriff bedeute für die betroffene Person als „Einbuße an Interesse“ einen „Verlust an Gestaltungsfreiheit“.<sup>997</sup> Der in die Richtung einer solchen Auffassung weisende „gesellschaftliche Wandel“ zeige sich besonders deutlich an der Ersatzfähigkeit von „Beeinträchtigungen bei der Mobilität und der Freizeitgestaltung“ nach Unionsrecht.<sup>998</sup> Der Begriff der „Selbstentfaltung nimmt auf die Handlungsmöglichkeiten“ des Geschädigten bei Wegdenken des Eingriffs Bezug und umfasst „die gesamte Aktivität eines Menschen, die er in Verwirklichung seines Potentials unternimmt“.<sup>999</sup> Die Autorin gelangt folglich zu dem Ergebnis, dass der Ersatzbetrag „unabhängig von eingetretenen Unannehmlichkeiten“ einen etwaigen Gefühlsschaden auch übersteigen kann.<sup>1000</sup> Dies liege einerseits im Sinne der ausgleichenden Gerechtigkeit,<sup>1001</sup> andererseits im Sinne des effektiven Rechtsschutzes durch eine begleitende Präventionswirkung.<sup>1002</sup>

Nach dem unionsrechtlichen Begriff besteht ein immaterieller Schaden in physischem oder psychischem Leid, ist „nicht unmittelbar in Geld messbar“ und betrifft die

---

<sup>993</sup> Vgl. ebd., 591.

<sup>994</sup> Ebd.

<sup>995</sup> Vgl. ebd., 592.

<sup>996</sup> Dazu ausführlich ebd., 542 ff.

<sup>997</sup> Ebd., 545.

<sup>998</sup> Ebd., 546; aktuell ErwGr 34 Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl 2015/326, 1; § 12 Abs 2 PRG.

<sup>999</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 558.

<sup>1000</sup> Ebd., 593; zu Gefühlsschäden ebd., 547 ff.

<sup>1001</sup> Vgl. ebd., 593 f.

<sup>1002</sup> Vgl. ebd., 559.

„Persönlichkeitssphäre des Geschädigten“.<sup>1003</sup> Dergleichen Schäden sind in der Rechtsprechung der Unionsgerichte tatsächlich von hoher Bedeutung;<sup>1004</sup> erfasst seien unter anderem Ehrverletzungen<sup>1005</sup> und verlorene Chancen,<sup>1006</sup> was einen bedeutenden Unterschied zum österreichischen Recht darstellt.<sup>1007</sup> Die hiesigen nationalen Gerichte werden demnach „bei Anwendung des Art 82 DSGVO die bisherigen Anforderungen an das Vorliegen eines immateriellen Schadens herunterschrauben müssen.“<sup>1008</sup> Eine allzu restriktive Bemessung der der Ausgleichssumme für immaterielle Schädigungen wird zu denjenigen „Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten“, im Sinne des Art 4 Abs 3 EUV zu zählen sein.

## 2.1. Begriff der Genugtuung

Werden durch eine Datenschutzverletzung „familiäre und soziale Beziehungen beeinträchtigt“<sup>1009</sup> oder „peinliche Details aus dem Privatleben“<sup>1010</sup> preisgegeben, ist es durchaus verständlich, dass die betroffene Person das Bedürfnis haben könnte, nicht nur den Ersatz der ideellen Beeinträchtigung im engeren Sinne zu erhalten, sondern auch die prinzipielle Vergeltung gegen den Täter im Rechtsweg zu erwirken. Die rechtswidrige Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht stellt nach § 63 DSGVO ein derart gravierendes Unrecht dar, dass sie strafgerichtlich zu ahnden ist. Liegen die Voraussetzungen für die staatliche Strafverfolgung jedoch nicht vor, stellt sich immerhin die Frage, ob nicht eine zivilrechtliche Genugtuung durch „Sühne für den verletzenden Akt und Besänftigung des verletzten Rechtsgefühls“<sup>1011</sup> möglich sei. Tatsächlich existiert eine Lesart der Genugtuungsfunktion des Schadenersatzes, nach welcher eine Art Buße für den „Abbau von Aggressionen“ und die „Befriedigung des Rachegefühls des Geschädigten“ zu zahlen ist.<sup>1012</sup> Diese Ansicht wird freilich überwiegend abgelehnt.<sup>1013</sup> Wenn § 1323 ABGB die „volle Genugtuung“ anordnet, kann es sich nach aufgeklärter Auffassung nicht um die Bedienung von Vergeltungs- oder Rachebedürfnissen handeln.<sup>1014</sup>

---

<sup>1003</sup> Oskierski, Schadensersatz nach Europäischem Recht, 255 f, mwN.

<sup>1004</sup> Vgl. Wurmnest, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 289, mwN.

<sup>1005</sup> Vgl. Oskierski, Schadensersatz nach Europäischem Recht, 280 ff, mwN.

<sup>1006</sup> Vgl. Wurmnest, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 294 ff, mwN.

<sup>1007</sup> Dazu oben, C.1.1.

<sup>1008</sup> Kerschbaumer-Gugu, Schadensersatz bei Datenschutzverletzungen, 76.

<sup>1009</sup> Ebd., 75.

<sup>1010</sup> Ebd., 86.

<sup>1011</sup> Schubert, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 185.

<sup>1012</sup> Ebd., mwN.

<sup>1013</sup> Ebd., 186 ff, mwN.

<sup>1014</sup> Dazu Strasser, Der immaterielle Schaden, 14, 20.

Es handelt sich beim bloßen subjektiven Rache- oder Vergeltungsbedürfnis des Geschädigten nicht um eine ersatzfähige Bekehrungsneurose,<sup>1015</sup> da das Leiden einzig in der Unfähigkeit zu verzeihen besteht und folglich kraft moralischer Willensfreiheit des Leidenden aus dem Rechtswidrigkeitszusammenhang fällt. Sollte aber eine datenschutzwidrige Persönlichkeitsverletzung derart schwerwiegend ausfallen, dass nach allgemeiner Befindlichkeit durchaus seelische Schmerzen und Neurosen seitens der betroffenen Person, welche „den mit jeder Zuwiderhandlung verbundenen natürlichen Ärger“<sup>1016</sup> deutlich überschreiten, zu erwarten sind, sollte das Leid, wofern es tatsächlich auftritt, vom Verantwortlichen abgegolten werden. Der OGH hat sich jüngst mit einem Fall befassen müssen, in welchem die Klägerin die Beklagte für eine aufgetretene „krankheitswertige psychische Zwangsstörung (Kontrollzwang)“ verantwortlich machte und unter anderem Schmerzensgeld begehrte; die Beklagte hatte eine Konserve mit Fleisch hergestellt, in welcher sich ein Metallstück befand; die damals zwölfjährige Klägerin biss darauf und entwickelte infolgedessen „im Zusammenwirken mit einer persönlichen Prädisposition“ die besagte Neurose, ohne jedoch am Körper geschädigt worden zu sein; der OGH hat die Eignung der Schadensursache und Vorhersehbarkeit des klägerischen Leidens im Sinne der Adäquanztheorie sowie die grundsätzliche Verantwortlichkeit „für den gesamten Schadenserfolg“ trotz des Bestehens einer Reserveursache im Sinne überholender Kausalität bejaht und für das weitere Verfahren ausgesprochen, dass die Umstände des Einzelfalls näher aufzuklären seien.<sup>1017</sup>

Zu bemerken ist, „daß ein besonders schwerer Unrechtsgehalt der schädigenden Handlung den seelischen Schaden noch vertiefen kann.“<sup>1018</sup> Es liegt in der Ersatzfähigkeit solcher vertieften Schäden eine Ausprägung der Genugtuungsfunktion<sup>1019</sup> im Rahmen des schadenersatzrechtlichen Ausgleichs.<sup>1020</sup> Die Genugtuung kann daher auch als „eine dem Wesen ideeller Schäden entsprechende Form des Ausgleichs auf anderer Ebene“<sup>1021</sup> beschrieben werden. Der OGH anerkennt ausdrücklich die Genugtuungsfunktion des immateriellen Schadenersatzes und berücksichtigt bei der Schadensbemessung die

---

<sup>1015</sup> Zu diesem Begriff grundlegend OGH 26.04.1951, 2 Ob 702/50, RIS-Justiz RS0030821.

<sup>1016</sup> RIS-Justiz RS0077369.

<sup>1017</sup> OGH 28.08.2019, 7 Ob 103/19a; der Anspruch wurde aus dem Produkthaftungsrecht abgeleitet.

<sup>1018</sup> *Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990, 1 [19]; vgl. *Bydlinski*, JBl 1965, 173/237 [254]; *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 249 f.; *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 105, 259.

<sup>1019</sup> Vgl. *Stoll*, 45. DJT, 144.

<sup>1020</sup> Vgl. *Bydlinski*, JBl 1965, 173/237 [254]; *dens.* in FS Widmer, 27 [36 f].

<sup>1021</sup> *Wiese*, Ersatz des immateriellen Schadens, 56

„psychophysische Situation des Betroffenen, die Beschaffenheit seiner Gefühlswelt, seine Empfindsamkeit, die Schwankungsbreite seiner Psyche“; nicht nur die „beeinträchtigte Lebensfreude“ sei auszugleichen, sondern die Geldleistung solle darüber hinaus dem Geschädigten das „Gefühl der Verletzung nehmen und damit das gestörte Gleichgewicht in seiner Persönlichkeit wiederherstellen“.<sup>1022</sup>

Bei Eingriffen in Persönlichkeitsrechte dient der Ersatz des ideellen Schadens dem Ausgleich der „immateriellen normativen Geltungsinteressen“.<sup>1023</sup> Es ist darin einerseits die Bestätigung des subjektiven Rechtsgefühls und andererseits eine gewisse Objektivierung enthalten. Letzteres lässt sich dadurch begründen, dass normative Geltungsinteressen als solche einer Bewertung in Geld völlig unzugänglich sind. Ist dabei in erster Linie das wirtschaftliche Interesse am guten Ruf involviert, handelt es sich freilich um eine andere Frage<sup>1024</sup> – bezieht sich der verletzte Geltungsanspruch aber auf die soziale Stellung als solche oder gar auf die grundlegende personale Integrität, muss im Anschluss an die Feststellung des tatsächlichen Schadenseintritts gefragt werden: Worin genau liegt der Unwert der Verletzung? Es handelt sich im hier behandelten Kontext um eine Frage nach den Zielen des europäischen Datenschutzrechts. Die DSGVO setzt allgemein voraus, dass der Schutz persönlicher Daten einschließlich Geheimhaltung und Richtigkeit von erheblicher Bedeutung, das heißt werthaft ist. Tut die betroffene Person eine Verletzung ihrer normativen Geltungsinteressen dar, ohne eine über alltäglichen Ärger hinausgehende subjektive seelische Beeinträchtigung nachzuweisen, darf der Anspruch auf den Ersatz ideellen Schadens rücksichtlich des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots nicht einfach abgewiesen werden. Vielmehr muss der Schaden auf bestimmte, insbesondere Rechtssicherheit und Wirksamkeit des Datenschutzes gewährleistende Art objektiviert werden; darauf ist sogleich einzugehen.

Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang ferner, dass die DSGVO gemäß ErwGr 146 wirksamen und vollständigen Schadenersatz fordert, ohne zur Einführung pönaler Elemente ins Zivilrecht zu verpflichten.<sup>1025</sup> Das Unionsrecht zwingt die Mitgliedstaaten im Allgemeinen nicht zur Statuierung eines Strafschadenersatzes;<sup>1026</sup> eine Straffunktion sei dem europäischen

---

<sup>1022</sup> RIS-Justiz RS0022442.

<sup>1023</sup> Jansen, Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005, 160 [170].

<sup>1024</sup> Dazu oben C.1.1.

<sup>1025</sup> Vgl. Schweiger in Knyrim, DatKomm, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 13.

<sup>1026</sup> Vgl. Schubert, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 467 f; Wybitul, Immaterieller Schadensersatz wegen Datenschutzverstößen – Erste Rechtsprechung der Instanzgerichte, NJW 2019, 3265 [3267]; Wybitul/Neu/Strauch, Schadensersatzrisiken für Unternehmen bei Datenschutzverstößen. Verteidigung gegen Schadensersatzforderungen nach Art. 82 DS-GVO, ZD 2018, 202 [206].

Haftpflichtrecht fremd,<sup>1027</sup> jedenfalls nicht mehr als eine Ausnahme oder Nebenwirkung.<sup>1028</sup> Dies steht damit in Verbindung, dass aus dem unionsrechtlich anerkannten Grundsatz der Totalreparation ein Bereicherungsverbot folgt.<sup>1029</sup> Sehr wohl aber kann die Abschreckungsfunktion im Rahmen des Ausgleichs berücksichtigt werden, indem auf die Schwere der Rechtsverletzung abgestellt wird, wobei der Begriff des Schadens „flexibel festgelegt werden“ könne.<sup>1030</sup>

## 2.2. Objektivierungsansätze

Es darf vorangeschickt werden, dass die Höhe der Ersatzleistung für immateriellen Schaden nicht anhand der Größe des Vermögens des Geschädigten bemessen werden kann, weil primär der „Verlust der Entfaltungsmöglichkeiten“ als solcher auszugleichen ist und somit auf „persönliche, charakterliche und geistige Fähigkeiten“ der betroffenen Person angeknüpft werden muss.<sup>1031</sup> Bedenkt man aber, dass im Rahmen des Schadenersatzes auch eventuell der „verlorene soziale Besitzstand“<sup>1032</sup> auszugleichen ist, muss bei der Ermittlung dieses vormaligen Besitzstandes sehr wohl ein Blick auf die Vermögensverhältnisse des Geschädigten geworfen werden, um ein entsprechendes Gesamtbild von den betreffenden Lebensumständen zu erhalten. Was in einem Gesellschaftskreis als immaterieller Nachteil gilt, muss es in einem anderen nicht zwingend sein. In diesem Sinne gibt *Strasser* folgende Leitlinien für die Bezifferung des Nichtvermögensschadens:

„Bei der Ausmessung der Genugtuungsleistung geht es darum, mit wieviel Geld sich ein vernünftiger Mensch mit normaltypischem Gefühlsleben, aber von gleichem kulturellem und sozialem Rang, wie ihn der Verletzte einnimmt, immaterielle Vorteile verschaffen kann, die nach der herrschenden Gesellschaftsauffassung dem erlittenen Ungemach ungefähr gleichwertig sind.“<sup>1033</sup>

*Kerschbaumer-Gugu* entwickelt überdies den spezifischen Standard der „durchschnittlich im Datenschutz sensibilisierte[n] Maßfigur mit einem durchschnittlichen Gefühlsleben“.<sup>1034</sup>

---

<sup>1027</sup> So *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 81; *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 106, 347.

<sup>1028</sup> Vgl. *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 98, 105.

<sup>1029</sup> Vgl. ebd., 125 ff; *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 233, 347 („Korrelat“).

<sup>1030</sup> *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 98, 105.

<sup>1031</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 246; vgl. *Spitzer*, ÖJZ 2019, 629 [632]; *Strasser*, Der immaterielle Schaden, 22.

<sup>1032</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 708.

<sup>1033</sup> *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht, 23; ihm folgend *Bydlinski* in FS Widmer, 27 [32]; *ders.*, JBl 1965, 173/237 [242]; *Karner/Koziol*, 15. ÖJT, 123.

<sup>1034</sup> *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 84; vgl. ebd., 78; ihm folgend OLG Innsbruck 13.02.2020, 1 R 182/19b (<https://www.addendum.org/files/uploads/2099/03/Berufungsentscheidung-OLG-Innsbruck.pdf>; Abruf 09.03.2020).

Gleichwohl wird man auch unter Heranziehung eines gesellschaftlichen *sensus communis*<sup>1035</sup> den Einwand nicht los, dass es sich bei der Bezifferung immaterieller Schäden am Ende dennoch um nichts als eine „reine richterliche Ermessensfrage“ handle<sup>1036</sup> – dabei auf ein „bewegliches System der Bemessungskriterien“ zu vertrauen,<sup>1037</sup> trägt nur zu einer zusätzlichen Verschwimmung des Bildes bei. Den Betrag gemäß § 273 ZPO „nach freier Überzeugung festsetzen“, sei für das Gericht schließlich die einzige Möglichkeit.<sup>1038</sup> Dieser Methode hat sich denn auch das LG Feldkirch bei der Bemessung des immateriellen Schadens infolge gegen die DSGVO verstoßender Datenverarbeitung bedient.<sup>1039</sup> Insofern scheint die Aussage von *Bydlinski*, der Ausgleich immaterieller Schäden sei „eher eine regulative Idee als ein effektives Verfahren der Bewertung in Geld“,<sup>1040</sup> geradezu notwendig zu stimmen. In diesem Sinne behauptet *Spitzer*, dass die Entscheidung über die Höhe des Schadenersatzes in diesem Zusammenhang an sich weder richtig noch falsch sein könne, dass sich Richtig und Falsch vielmehr im Sinne der „Kohärenz und Folgerichtigkeit“<sup>1041</sup> erst in „Relation zur bisherigen Judikatur“ ergeben.<sup>1042</sup> Es bleibt daher zu hoffen, dass die Rechtsprechung nach Art der Schmerzensgeldtabellen im Laufe der Zeit bestimmte Durchschnittssätze für typische Schäden infolge Datenschutzverletzung entwickelt.<sup>1043</sup> Tabellen können indes niemals die Geltung einer Rechtsnorm beanspruchen, sondern „immer nur ‚Regelfall‘-Konkretisierungen darstellen“,<sup>1044</sup> welche im Einzelfall als „Hilfsmittel im Konkretisierungsprozess“<sup>1045</sup> fungieren können:

„Bei der Bemessung des Schmerzensgelds ist einerseits auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, andererseits zur Vermeidung einer völligen Ungleichmäßigkeit der Rechtsprechung ein objektiver Maßstab anzulegen. Es darf der von der Judikatur ganz allgemein gezogene Rahmen für die Bemessung im Einzelfall nicht gesprengt werden.“<sup>1046</sup>

---

<sup>1035</sup> Vgl. *Bydlinski* in FS Widmer, 27 [33].

<sup>1036</sup> *Ders.*, JBl 1965, 173/237 [243].

<sup>1037</sup> So aber RIS-Justiz RS0122794.

<sup>1038</sup> Vgl. *Rechberger* in Fasching/Konecny<sup>3</sup>, § 273 ZPO (Stand 1.8.2017), Rz 5.

<sup>1039</sup> Vgl. LG Feldkirch 07.08.2019, 57 Cg 30/19b Dako 2019, 155 (*Schweiger*); vgl. *Schweiger* in Knyrim, DatKomm, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 31; LG Innsbruck, 07.01.2011, 12 Cg 72/10h ([http://ftp.freenet.at/beh/12Cg72\\_10h.pdf](http://ftp.freenet.at/beh/12Cg72_10h.pdf); Abruf 22.02.2020);

<sup>1040</sup> *Bydlinski* in FS Widmer, 27 [34].

<sup>1041</sup> *Spitzer*, ÖJZ 2019, 629 [633].

<sup>1042</sup> Ebd., 632.

<sup>1043</sup> Vgl. ebd., 633; *Dickmann*, r&s 2018, 345 [354].

<sup>1044</sup> *Röthel*, Normkonkretisierung, 269.

<sup>1045</sup> Ebd., 268. Dort mit Hervorhebung.

<sup>1046</sup> RIS-Justiz RS0031075.

Kohärenz bedeutet ferner, dass Wertungswidersprüche tunlichst zu vermeiden sind;<sup>1047</sup> beispielsweise hat das OLG Wien insofern richtig festgestellt, dass der Schadenersatz für entgangene Urlaubsfreude nicht das üblicherweise zugesprochene Schmerzensgeld für leichte Körperverletzung übersteigen soll.<sup>1048</sup> Das LG Feldkirch stützte den Zuspruch des Ersatzes immateriellen Schadens in Höhe von Euro 800,- darauf, dass die Rechtsverletzung sich auf Informationen über die politische Meinung und damit auf sensible Daten im Sinne des Art 9 DSGVO bezog.<sup>1049</sup> § 33 DSG aF<sup>1050</sup> hat den Ersatz immaterieller Schäden überhaupt nur dann ermöglicht, wenn in einer öffentlich zugänglichen Verwendung sensibler Daten „schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen eines Betroffenen in einer Weise verletzt“ werden, „die einer Eignung zur Bloßstellung“ in der Öffentlichkeit im Sinne des § 7 MedienG gleichkommt. Eine solche Beschränkung ist der DSGVO keinesfalls zu entnehmen; es leuchtet jedoch ein, dass die immaterielle Einbuße der betroffenen Person in solchen Fällen besonders hoch ausfällt. Für die Bemessung der Einbuße wird in bestimmten Fällen ferner die Dauer der Datenschutzverletzung relevant sein.<sup>1051</sup>

Eine interessante Fallgruppe stellen im Datenschutzrecht diejenigen Fälle dar, welche zwar einen eindeutig verwerflichen Gebrauch personenbezogener Daten enthalten, in welchen der reale Schaden im Sinne einer gefühlsmäßigen Einbuße aber minimal ist. Erstellt der Verantwortliche etwa ohne Rechtsgrundlage ein Gewohnheitsprofil der betroffenen Person oder dokumentiert er deren Online-Aktivitäten, kann zwar womöglich das „Gefühl der ständigen Überwachung“ auftreten<sup>1052</sup> – es tritt aber nicht notwendig auf, und wenn es auftritt, kann es ferner als nicht störend, vielleicht sogar als etwas mittlerweile ganz Normales wahrgenommen werden. Ein solcher Datenschutzverstoß darf jedoch nicht ohne zivilrechtliche Sanktion bleiben, da die freie Entfaltung der betroffenen Person dadurch objektiv gehemmt wird.<sup>1053</sup>

Es wurde allerdings schon vielfach festgehalten, dass auch aus Art 82 DSGVO kein Schadenersatz ohne das Vorliegen eines Schadens gewährt werden kann.<sup>1054</sup> Die

---

<sup>1047</sup> Zu diesem Problem *Bydlinski*, JBl 1965, 173/237 [185 und *passim*], mwN.

<sup>1048</sup> Vgl. OLG Wien 27.02.2007, 4 R 153/06h, RW0000381; *Scherhauser/Wukoschitz* in Bammer, PRG-Kurzkommentar (2019), § 12, Rz 9.

<sup>1049</sup> LG Feldkirch 07.08.2019, 57 Cg 30/19b Dako 2019, 155 (*Schweiger*).

<sup>1050</sup> BGBl. I Nr. 165/1999.

<sup>1051</sup> Vgl. *Schweiger* in Knyrim, DatKomm, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018) Rz 32.

<sup>1052</sup> Dazu *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 75.

<sup>1053</sup> Vgl. *Schweiger* in Knyrim, DatKomm, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018) Rz 31, mwN.

<sup>1054</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 76, mwN

diesbezügliche Beweislast trägt der Kläger.<sup>1055</sup> Dass Schadenersatz einen Schaden erfordert, ist tautologisch und bedarf keiner näheren Erläuterung. – Die Frage ist allerdings, wie man im Anwendungsbereich der DSGVO den Begriff des Schadens definiert. Zur alten Rechtslage hat der OGH bereits folgendermaßen judiziert:

„Der Umstand, daß der Beklagte einer gesetzlichen Verpflichtung gegenüber dem Kläger nicht nachkam, stellt für sich allein noch keinen Nachteil des Klägers dar, der als ideeller Schaden bezeichnet werden könnte. (Hier: die Verweigerung der Auskunft über die Herkunft der Kenntnis des Doktorates [...]).“<sup>1056</sup>

Die Verweigerung der Auskunft über die Herkunft der Daten über einen akademischen Grad stellt nach dem Datenschutzrecht grundsätzlich ein rechtswidriges Verhalten dar, weil der Verantwortliche strengen Informationspflichten unterliegt. Es besteht ferner kein Zweifel, dass die betroffene Person einen diesbezüglichen Auskunftsanspruch gegen den Verantwortlichen hat. Nicht leicht zu erkennen ist allerdings, inwiefern das Datensubjekt durch die Nichtbekanntgabe der Herkunft von Daten über seinen akademischen Grad – sei es subjektiv oder objektiv – geschädigt sein könnte. So gesehen betrifft die zitierte Entscheidung einen sehr spezifischen Fall. Darüber hinaus kann die durch die DSGVO bedeutsam veränderte Rechtslage zugunsten der Erhöhung des Datenschutzniveaus nicht anhand einer nationalen Entscheidung aus dem Jahre 1988 – aus einer Zeit, in der noch nicht einmal die Datenschutzrichtlinie erlassen war – festgehalten werden. Nunmehr soll der Schadensbegriff nach ErwGr 146 DSGVO „im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs weit [...] ausgelegt werden“, und zwar „auf eine Art und Weise [...], die den Zielen dieser Verordnung in vollem Umfang entspricht.“ ErwGr 85 führt sogar eine Reihe objektiver Tatbestände als charakteristische Schäden infolge Datenschutzverletzung an, beispielsweise „Verlust der Kontrolle“, Einschränkung der Rechte, „Aufhebung der Pseudonymisierung, Rufschädigung“ oder „Verlust der Vertraulichkeit“. All dies sind Begriffe, die nicht an subjektive Befindlichkeiten der betroffenen Person anknüpfen; vielmehr scheint der Ordnungsgeber das Verständnis immateriellen Schadens als objektive Persönlichkeitseinbuße,<sup>1057</sup> „als Beeinträchtigung der Selbstbestimmung“<sup>1058</sup> im Sinn zu haben. Es kann ihm nicht unterstellt werden, in den Erwägungsgründen mit dem Wort „Schaden“ nicht „Schaden“ zu meinen. Daher muss folgende Aussage von *Kerschbaumer-Gugu* kritisch gesehen werden, zumal er

---

<sup>1055</sup> Vgl. ebd., 103, mwN.

<sup>1056</sup> OGH 05.05.1988, 6 Ob 9/88, RIS-Justiz RS0038184; vgl. auch OGH 30.09.2002, 1 Ob 318/01y.

<sup>1057</sup> Dazu oben, C.2.

<sup>1058</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 563.

selbst der Ansicht ist, dass die österreichischen Gerichte ihre exzeptionell strengen Anforderungen an immaterielle Schäden „herunterschrauben“ müssen:<sup>1059</sup>

„Jedenfalls wird die betroffene Person genau darlegen müssen, in welcher Weise konkret eine persönliche Beeinträchtigung stattfand und wie sich diese auf das Leben auswirkte.“<sup>1060</sup>

Gewiss muss sich die Rechtsverletzung seitens des Verantwortlichen tatsächlich konkret auf das Leben der betroffenen Person negativ auswirken, damit ein immaterieller Schaden angenommen werden kann. Begreift man den Schaden infolge Datenschutzverletzung jedoch in erster Linie nicht als Gefühlsschaden, sondern als Hemmung der persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten oder als Beeinträchtigung der Entscheidungs- und Kommunikationsfreiheit,<sup>1061</sup> so kann ein Schaden bereits darin begründet sein, dass dem Datensubjekt mittels automationsunterstützter Verarbeitung ein bestimmter unerwünschter Konformitätsdruck auferlegt,<sup>1062</sup> dass ihm von einem privaten Akteur „eine bestimmte Lebens- und Verhaltensweise aufgedrängt“ wird.<sup>1063</sup> Der in diesem Zusammenhang oft gebrauchte Topos des *Kontrollverlustes* sollte sich nicht darin erschöpfen, dass erst das subjektive *Gefühl*<sup>1064</sup> des Kontrollverlustes entschädigungswert sei, zumal ein solcher Zusatz nicht in ErwGr 146 DSGVO enthalten ist. „Die Gefühlseinbuße wirkt schadenserhöhend“,<sup>1065</sup> ist aber nicht konstitutiv für den Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden, welche primär als objektive Persönlichkeitseinbußen verstanden werden müssen.

Gleichwohl darf die Schädigung begrifflich nicht mit der Rechtsverletzung gleichgesetzt werden,<sup>1066</sup> da es sich um zwei voneinander unabhängige Bedingungen des Schadenersatzanspruchs handelt. Ein in diesem Sinn „objektiver Schadensbegriff“ ist daher abzulehnen;<sup>1067</sup> vielmehr muss objektiv eine Beeinträchtigung der konkreten Entfaltungsfreiheit der betroffenen Person festgestellt werden<sup>1068</sup> – diese wird beispielsweise bei Verarbeitung von Positivdaten wie z.B. über ein Doktorat kaum vorliegen – und auf dieser

---

<sup>1059</sup> *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 76.

<sup>1060</sup> Ebd., 103.

<sup>1061</sup> Vgl. *Kautz*, Schadenersatz im europäischen Datenschutzrecht, 33 f.

<sup>1062</sup> Zu diesem Problem allgemein *Berka*, ÖJZ 2018, 755 [759]; vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 2017, 1 [11 ff]; *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 31; oben, A.1.4.

<sup>1063</sup> *Kautz*, Schadenersatz im europäischen Datenschutzrecht, 34.

<sup>1064</sup> So aber *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 71, 78; OLG Innsbruck 13.02.2020, 1 R 182/19b (<https://www.addendum.org/files/uploads/2099/03/Berufungsentscheidung-OLG-Innsbruck.pdf>; Abruf 09.03.2020); vgl. *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 130; allgemein *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1293 (Stand 1.1.2007), Rz 15.

<sup>1065</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 549.

<sup>1066</sup> Zutreffend OLG Innsbruck 13.02.2020, 1 R 182/19b.

<sup>1067</sup> Dazu ausführlich *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 51 ff, 491 ff, mwN.

<sup>1068</sup> Vgl. ebd., 558 f.

Grundlage anhand judikativer Pauschalierungen eine Schadensbewertung vorgenommen werden.<sup>1069</sup> Demgemäß wird von den Unionsgerichten das „Nachweiserfordernis [...] flexibel gehandhabt, so dass bei immateriellen Schäden [...] geringere Anforderungen gelten und Schätzungen und Pauschalierungen in weitem Umfang möglich sind.“<sup>1070</sup> Dass ein Schaden tatsächlich eingetreten sein muss, steht außer Zweifel und wurde vor kurzem genauso wie die Beweislast des Klägers vom OGH bestätigt; zugleich sprach der Gerichtshof jedoch aus, dass aufgrund des unionsrechtlichen Effektivitätsprinzips „der Geltendmachung des Anspruchs“ „keine unüberbrückbaren Hürden“ durch „das nationale Beweisrecht“ entgegengestellt werden dürfen.<sup>1071</sup>

Als weiterer objektiver Gesichtspunkt kann eine etwaige verzögerte Schadensregulierung<sup>1072</sup> durch den Schädiger den Betrag des immateriellen Schadens erhöhen. Dazu lässt sich beispielsweise eine „kränkende“ oder „verzögernde Prozessführung“ zählen;<sup>1073</sup> es solle durch die Ersatzfähigkeit der durch solche Verhaltensweisen vertieften Nachteile „dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht“ entgegengewirkt werden.<sup>1074</sup> Eine spezifisch datenschutzrechtswidrige Behinderung außergerichtlicher Anspruchsdurchsetzung stellt die absichtliche oder grob sorglose Herbeiführung von Intransparenz dar, insbesondere wenn diese in der Sphäre eines professionell wirtschaftenden Verantwortlichen liegt.

### 2.3. Erheblichkeit-/Geringfügigkeitsschwelle

Sowohl für seelisch-emotionale Nachteile als auch für objektive Persönlichkeitsverletzungen muss gelten, dass die Folgen des Eingriffs prinzipiell einen mit „jeder Zuwiderhandlung verbundenen natürlichen Ärger“<sup>1075</sup> überschreiten müssen, um als immaterieller Schaden rechtlich anerkannt zu werden. Hieran zeigt sich das normative Element des Schadensbegriffs:<sup>1076</sup> Nicht alles, was subjektiv als schlecht empfunden wird, führt zur

---

<sup>1069</sup> Vgl. ebd., 161 ff.

<sup>1070</sup> *Oskierski*, Schadensersatz nach Europäischem Recht, 168.

<sup>1071</sup> OGH 27.11.2019, 6 Ob 217/19h, mit Bezug auf *Kerschbaumer-Gugu*, Schadensersatz bei Datenschutzverletzungen, 102 ff. Im vorliegenden Fall ist jedoch die Rede von einem fraglichen materiellen Schaden; interessanterweise wird angenommen, dass die DSGVO auf nationales Beweisrecht verweise; der Ersatz eines immateriellen Schadens wurde bereits in erster Instanz zugesprochen.

<sup>1072</sup> Vgl. *G. Wagner*, AcP 206, 362 [383].

<sup>1073</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 255, mwN; vgl. ebd., 866.

<sup>1074</sup> Kritisch ebd., 256.

<sup>1075</sup> RIS-Justiz RS0077369. OGH 23.01.2007, 2 Ob 79/06s, stellt ab auf immaterielle Nachteile, welche „über bloße Unlustgefühle hinausgehen und denen nicht nur unerhebliches Gewicht zukommt“.

<sup>1076</sup> Zur grundlagentheoretischen Auseinandersetzung mit dem „natürlichen“ und dem „faktisch-normativen“ Schadensbegriff: oben, C.

Annahme eines Schadens vor Gericht. Der natürliche Schadensbegriff ist im Lichte des zugrundeliegenden rechtsphilosophischen Verständnisses grundsätzlich für alles offen, was vom jeweiligen Subjekt als Rechtsperson in Bezug auf sich selbst für nachteilig gehalten wird; demgemäß ist *Schuberts* Formulierung passend, da sie bei geringfügigen Beeinträchtigungen nicht schon einen immateriellen Schaden verneint, sondern von einem „Selbstbehalt des Geschädigten“<sup>1077</sup> spricht. Unvorsätzliche geringfügige Nachteilszufügung sei „im täglichen Zusammenleben hinzunehmen“<sup>1078</sup> und „Teil des allgemeinen Lebensrisikos“;<sup>1079</sup> in einer bekannt gewordenen Diktion drückt sich *Stoll* folgendermaßen dazu aus:

„Zudem ist jedermann zuzumuten, ein gewisses Maß an seelischer Erschütterung als Preis für die Teilnahme am sozialen Leben im Kauf zu nehmen.“<sup>1080</sup>

*Bydlinski* warnt davor, dass durch eine zu weitgehende Ersatzfähigkeit ideeller Schäden „Selbstmitleid und Lebensuntüchtigkeit prämiert“ und dadurch Neurosen begünstigt werden könnten,<sup>1081</sup> ferner dass die Bewegungsfreiheit aller Rechtspersonen in unerträglicher Weise eingeschränkt würde.<sup>1082</sup> Infolge einer geringfügigen Beeinträchtigung eine schwere Neurose zu entwickeln, entspricht normalerweise nicht der Schadensminderungsobliegenheit nach § 1304 ABGB.<sup>1083</sup> Richtigerweise sollte die Erheblichkeitsschwelle, welche zugleich Geringfügigkeitsschwelle ist, jedoch bereits bei der Prüfung des Vorliegens eines Schadens selbst zur Anwendung kommen, und zwar in Gestalt der Frage, ob der fragliche Nachteil überhaupt *rechtserheblich* sei. *Koziol* setzt dagegen erst auf der Ebene des Rechtswidrigkeitszusammenhangs an, indem er mit der Beschränkung von Sorgfaltspflichten bzw. des Schutzbereichs der berührten Rechtsposition argumentiert.<sup>1084</sup>

---

<sup>1077</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 622.

<sup>1078</sup> Ebd., 620.

<sup>1079</sup> Ebd., 622; vgl. *Christandl/Hinghofer-Szalkay*, Sinn und Funktion einer gesetzlichen Erheblichkeitsschwelle im Nichtvermögensschadensrecht. Eine kritische Auseinandersetzung, JBl 2009, 284 [291 f].

<sup>1080</sup> *Stoll*, 45. DJT, 143; vgl. *Schweiger* in Knyrim, DatKomm, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 28; OGH 18.09.2009, 6 Ob 231/08a.

<sup>1081</sup> *Bydlinski*, JBl 1965, 173/237 [243].

<sup>1082</sup> Vgl. ebd., 243 f; *Christandl/Hinghofer-Szalkay*, JBl 2009, 284 [288 f].

<sup>1083</sup> Vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/37; *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 622.

<sup>1084</sup> Vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/36 ff.

§ 1328a ABGB, welcher mit der Bezugnahme auf „erhebliche[] Verletzungen der Privatsphäre“ eine Geringfügigkeitsschwelle enthält, tritt gemäß Abs 2 kraft ausdrücklicher Subsidiarität hinter das Regime der DSGVO zurück.<sup>1085</sup>

Die in diesem Zusammenhang vorgebrachte Formel *minima non curat praetor* klingt freilich prozessrechtlich, da sie bereits vom Richter spricht. Warum kümmert sich der Richter nicht um Geringfügiges? Dies ließe sich beispielsweise mit dem Bedürfnis erklären, „zu vermeiden, dass die Gerichte mit geringfügigen Streitigkeiten überlastet werden“.<sup>1086</sup> Dergleichen ökonomisch-rechtspolitische Argumente können jedoch nicht auf das materielle Recht durchschlagen: Entweder die Erheblichkeitsschwelle wird bereits im bürgerlichen Recht verortet, wobei prozessökonomische Überlegungen aus systematischen Gründen außer Betracht bleiben müssen, oder aber erst im Verfahrensrecht. Sollte die Erheblichkeitsschwelle dem Verfahrensrecht zugeordnet werden, dann kann dies nur unter dem Titel des Rechtsschutzbedürfnisses oder -interesses geschehen, dessen wichtigster Anwendungsfall in erster Instanz die Feststellungsklage nach § 228 ZPO ist. Im österreichischen Zivilverfahrensrecht ist das rechtliche Interesse jedoch keine allgemeine Prozessvoraussetzung.<sup>1087</sup> Die Geringfügigkeit eines Schadens ist demnach grundsätzlich keine Frage des Prozessrechts. Wird vor Gericht der Ersatz eines geringfügigen Schadens eingeklagt, setzt sich der Kläger aber möglicherweise dem Einwand der Schikane, der *exceptio doli* aus.<sup>1088</sup>

Eine geringfügige Verletzung des Persönlichkeitsrechts im datenschutzrechtlichen Kontext kann beispielsweise dann gegeben sein, wenn der Löschungspflicht des Art 17 DSGVO nur leicht verspätet nachgekommen wird und auch keine weitreichenden Konsequenzen zu erblicken sind; ferner wenn pseudonymisierte Daten leicht fahrlässig rechtswidrig weiterverarbeitet werden und dies sofort nach Bemerkung der Rechtswidrigkeit eingestellt wird; desgleichen wenn nebensächliche Tatsachen über die betroffene Person nicht im Sinne des Art 16 mitverarbeitet werden und somit ohne bedeutende Auswirkungen ein unvollständiges Bild entsteht. Werden jedoch algorithmenbasierte Entscheidungen gemäß Art 22 auf Grundlage von Verhaltensvorhersagen generiert, sollten bei der Anwendung des Begriffes der *erheblich beeinträchtigenden Wirkung* keine allzu strengen Maßstäbe an den

---

<sup>1085</sup> Dazu Lukas, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33 [39].

<sup>1086</sup> OGH 27.11.2019, 6 Ob 217/19h, mwN; Christandl/Hinghofer-Szalkay, JBl 2009, 284 [289 f].

<sup>1087</sup> Vgl. Frauenberger-Pfeiler in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup>, § 228 ZPO (Stand 1.8.2017), Rz 78; Konecny ebd., Einleitung (Stand 30.11.2013), Rz 184 f.

<sup>1088</sup> Vgl. auch Kodek, Die Besitzstörung. Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes (2002), 592 f, mwN; Christandl/Hinghofer-Szalkay, JBl 2009, 284 [287 f].

Schadensbegriff angelegt werden, da hierin ein geradezu prototypisches Datenverarbeitungsrisiko verwirklicht wird. Grundsätzlich muss jede spürbare Beschneidung der Selbstbestimmungsfreiheit einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens nach sich ziehen, insbesondere wenn der Verantwortliche die rechtswidrige Datenverarbeitung durch Meidung von Transparenz zu verschleiern sucht.

### 3. Bedeutung des Vertragsverhältnisses

Indem die Norm des Art 82 DSGVO sowohl für deliktische als auch für vertragliche Schadenersatzansprüche gilt, steht außer Zweifel, dass immaterielle Schäden auch im Rahmen von Vertragsverhältnissen zu ersetzen sind, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien ein immaterielles Interesse zum Vertragszweck erhoben haben oder lediglich geldwerte Güter austauschen wollen.<sup>1089</sup> Dies liegt daran, dass in der DSGVO Datenverarbeitungen keineswegs als Hauptleistungen konzipiert sind, sondern vielmehr gesetzlich Schutz- und Sorgfaltspflichten geregelt werden, welche sich im Vertragsverhältnis als sogenannte Nebenpflichten unabhängig vom Parteiwillen konkretisieren.<sup>1090</sup> Die Erkenntnis, dass mit jedem Vertrag immaterielle Interessen wie beispielsweise Zufriedenheit verfolgt werden,<sup>1091</sup> ist sicherlich zutreffend, im hier interessierenden Zusammenhang jedoch unerheblich, da sich die Nebenpflichten bereits *ex lege* nicht nur auf das ideelle Interesse der persönlichen Entfaltungsfreiheit erstrecken, sondern diese auch schadenersatzrechtlich schützen, ohne überhaupt auf einen Vertragszweck Bezug zu nehmen. Art 82 DSGVO ordnet an, dass immaterielle genauso wie materielle Schäden zu ersetzen sind, und dies muss auch dann gelten, wenn zwischen Verantwortlichem und betroffener Person ein Vertragsverhältnis besteht.

Nun hat eine gegebenenfalls zwischen diesen Akteuren bestehende Sonderverbindung Einfluss auf die Feststellung und Bemessung von Schäden. Freilich muss dabei ein faktisch-normativer Schadensbegriff zugrundegelegt werden. Dies lässt sich damit begründen, dass die Vertragspartner ein besonderes Maß an *Vertrauen* ineinander investieren und somit erhöhte

---

<sup>1089</sup> Dies schien in der deutschen Dogmatik Schwierigkeiten zu bereiten: vgl. *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 107 ff, 657 ff; *Stoll*, 45. DJT, 148; *Braschos*, Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht (1979), 118 ff, 145 ff, 149 ff.

<sup>1090</sup> Dazu ausführlich oben, B.2.1; vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 210, mwN; *Gola/Piltz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 21; *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 25.

<sup>1091</sup> Vgl. ebd., 558.

Einwirkungsmöglichkeiten bestehen.<sup>1092</sup> Dies leuchtet auch im datenschutzrechtlichen Kontext intuitiv ein: Indem die betroffene Person einen Vertrag mit dem Verantwortlichen abschließt, erlaubt sie ihm, gemäß Art 6 Abs 1 lit b DSGVO persönlichkeitsrelevante Informationen über sie selbst zu verarbeiten und gibt sich ihm somit zu einem gewissen Grad preis. Gleichergestalt verhält es sich, wenn eine Einwilligung erteilt wird – denn diese wird in aller Regel nicht zusammenhanglos, sondern im Rahmen eines vertraglichen oder vorvertraglichen Verhältnisses erteilt. Die betroffene Person vertraut dann in besonderem Maße auf die „Sicherstellung geregelter Abläufe“<sup>1093</sup> in der Sphäre des Verantwortlichen; und je mehr die betroffene Person vertraut, desto verletzlicher ist ihre Position. Was sich außerhalb einer Sonderverbindung noch als geringfügige Rücksichtslosigkeit werten lässt, kann innerhalb eines Vertragsverhältnisses bereits einen schweren Vertrauensbruch darstellen. Die vertragliche Obligation ist schließlich eine „Pflicht, sich für ein fremdes Interesse einzusetzen“.<sup>1094</sup> Die Einwilligung kann nur dann „das Fehlen eines ideellen Schadens indizieren“,<sup>1095</sup> wenn die Datenverarbeitung auch wirklich einwilligungsgemäß verläuft, also vom Freiwilligkeitszusammenhang der Einwilligung vollständig gedeckt ist. Gerade in Vertragsverhältnissen vertraut der Gläubiger als betroffene Person darauf, dass sorgsam und vertraulich mit Informationen über ihr Privatleben, Konsumverhalten, ihre Vermögensverhältnisse umgegangen werde.<sup>1096</sup> Dass die vertragliche Haftung im Allgemeinen strenger ist als die deliktische, lässt sich nicht zuletzt dadurch belegen, dass sie häufig mit dem Garantiegedanken in Verbindung gebracht wird.<sup>1097</sup>

Bejaht man die Möglichkeit, einen materiellen Schaden anhand einer fiktiven Lizenzgebühr festzustellen und zu berechnen,<sup>1098</sup> muss die konkrete Beziehung zwischen Verantwortlichem und betroffener Person der erste Anhaltspunkt für die Beurteilung sein, ob überhaupt in den vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt eines Persönlichkeitsrechts eingegriffen wurde, und wenn ja, wie diese Nutzung monetär zu beziffern sei. Werden personenbezogene Daten im Rahmen einer Bankverbindung, eines Versicherungsverhältnisses oder in der Werbebranche

---

<sup>1092</sup> Vgl. *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 485, mwN; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/227, 238, 268, 270, 282; *dens.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 4/4, 9; RIS-Justiz RS0016281.

<sup>1093</sup> *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 444.

<sup>1094</sup> *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 279.

<sup>1095</sup> *Resch*, Einwilligung des Geschädigten, 75 f.

<sup>1096</sup> Vgl. *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 92.

<sup>1097</sup> Dazu *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 110 ff, *Koziol*, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?, AcP 193, 593 [606 f]; *ders.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/88; *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298 ABGB). Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörung mit rechtsvergleichenden Bezügen (1975), 155.

<sup>1098</sup> Dazu oben, C.1.2.

verarbeitet, hat diese Verwendung nach der Verkehrsauffassung grundsätzlich Geldwert, da sie auf das Geschäft des Verantwortlichen beträchtlichen Einfluss hat. So werden Vertragskonditionen anhand der Bonität der betroffenen Person ausgewählt und Daten teils gegen Entgelt weiterverkauft. Als Faktor für die Schätzung des unmittelbar materiellen Schadens gemäß § 273 ZPO kann beispielsweise der durchschnittliche Marktpreis für bestimmte werberelevante Daten herangezogen werden, wenn diese im Adresshandel verwertet werden;<sup>1099</sup> bei Vertragsverhältnissen im Speziellen kann danach gefragt werden, welche Summe sich der Verantwortliche erspart hat, indem er rechtswidrig Bonitätsdaten zwecks Risikoanalyse verarbeitet hat. Es kann dann beispielsweise die Differenz zwischen denjenigen Konditionen, welche die Bank Kunden mit durchschnittlicher Bonität üblicherweise vorschlägt, und denjenigen, welche sie weniger kreditwürdigen Kunden infolge Datenverarbeitung normalerweise vorlegt, als schadensrechtliches Kriterium betrachtet werden. Wird jedoch die Differenz zwischen den hypothetischen Konditionen ohne vorangehende Risikobeurteilung und den der betroffenen Person tatsächlich vorgeschlagenen Geschäftsbedingungen als maßgeblich erachtet, handelt es sich nur um einen Folgeschaden, weil in diesem Fall nicht mehr die Datenverarbeitung als solche schadensbegründend ist, sondern erst die Folge, dass sie zur Grundlage einer nachteiligen Entscheidung gemacht wird. Es dem Gesagten erhellt ferner, dass das Vertragsverhältnis für die lizenzanaloge Behandlung des Schadens rechtlich zwar grundsätzlich nicht konstitutiv ist, aber dennoch als wesentlicher Kontext der Datenverarbeitung in die Bewertung einfließen muss.

Als weiterer Anhaltspunkt für die Berechnung einer schadenersatzrechtlichen Lizenzgebühr kommt das im Zusammenhang des *Kopplungsverbots* diskutierte Konzept der „zumutbaren Alternative“ in Betracht:<sup>1100</sup> Stellt der Anbieter eines Dienstes die betroffene Person vor die Wahl, als „Gegenleistung“ entweder eine datenschutzrechtliche Einwilligung zu erklären oder stattdessen eine marktübliche Geldsumme zu zahlen, soll die Einwilligung als freiwillig erteilt im Sinne des Art 7 Abs 4 DSGVO gelten. Werden Daten gerade unter Verstoß gegen das Kopplungsverbot verarbeitet, bietet sich das hypothetische, marktübliche Alternativentgelt auf besondere Weise für die lizenzanaloge Berechnung der Schadenssumme an. Hieran zeigt sich, dass die Anwendung der Lizenzanalogie zur angemessenen Berücksichtigung der

---

<sup>1099</sup> Vgl. *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert, 144; *Weichert*, NJW 2001, 1463 [1466].

<sup>1100</sup> *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 7, Rz 52 f; vgl. *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung, 11; *Ingold* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 7, Rz 33; *Metzger*, AcP 217, 817 [823]; *Schwamberger*, Reichweite des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots nach alter und neuer Rechtslage. Anm zu OGH 31. 8. 2018 - 6 Ob 140/18h, GPR 2019, 57 [58]; DSB 30.11.2018, DSB-D122.931/0003-DSB/2018.

wirtschaftlichen Verhältnisse anhält: Es muss danach gefragt werden, welchen Wert die Daten für den Verantwortlichen in der konkreten Situation haben. Besteht ein marktübliches Alternativentgelt, kann es dem Wert der Datenverarbeitung sinnvollerweise gleichgesetzt werden und als Hilfsmittel der Schadensberechnung dienen. In diesen Fällen ist das Vertragsverhältnis sogar konstitutiv für die lizenzanaloge Handhabung des Rechtsschutzes, da Art 7 Abs 4 DSGVO ausdrücklich auf die Einwilligung als Bedingung der „Erfüllung eines Vertrags“ abstellt; der Vertrag ist hier also nicht nur faktischer Kontext der Schadensermittlung, sondern als Tatbestandsmerkmal eine normative Grundlage.

Beispielhaft für den Ersatz *immaterieller Schäden* infolge Vertragsverletzung ist § 12 Abs 2 PRG, nach welchem bei erheblicher Vertragswidrigkeit Ausgleich der „entgangenen Urlaubsfreude“ gebührt.<sup>1101</sup> Der immaterielle Schaden kann dann beispielsweise genauso wie im Unions-Transportrecht darin bestehen, „dass der geplante Tagesablauf verhindert wird“<sup>1102</sup> – insofern es sich um ein vom den Schutzzweck<sup>1103</sup> des Pauschalreisevertrags erfasstes ideelles Interesse handelt, wird ein Nachteil ersetzt, welcher im Deliktsrecht keinerlei Beachtung finden würde. Demgemäß muss auch im Datenschutzrecht jeweils ermittelt werden, welche immateriellen Interessen eine der Datenverarbeitung zugrundeliegende Sonderverbindung spezifisch abdeckt. Beispielsweise wird die Interessenlage bei sozialen Netzwerken, Partnervermittlungsdiensten und ähnlichen Angeboten mit hohem Grad an Personalisierung anders sein als bei Kredit- oder Versicherungsverhältnissen. Es können in diesem Sinne verschiedene *vertragsspezifische Enttäuschungen* als immaterielle Schäden gelten. Umgekehrt sollten in Anlehnung an Art 9:503 PECL vertragsspezifische Schäden auch nur im Rahmen des Vorhersehbaren angenommen werden.<sup>1104</sup>

#### **4. Exkurs: Diskriminierung**

ErwGr 85 DSGVO nennt die Diskriminierung infolge Datenschutzverletzung als typischen Schaden. Weil das Antidiskriminierungsrecht ein eigenes komplexes Fachgebiet darstellt, kann es hier nur in Grundzügen besprochen werden. Mit der Tatsache, dass Diskriminierung oft nicht auf einzelnen Konflikten oder Fehlern beruht, sondern in der Gesellschaft teilweise strukturell angelegt ist, geht einher, dass sie typischerweise nicht nur beleidigend wirkt,

---

<sup>1101</sup> Dazu EuGH 12.03.2002, C-168/00 (TUI/Leitner); RIS-Justiz RS0119581.

<sup>1102</sup> Schubert, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 557, zu Art 7 VO EG/261/2004 und Art 17 VO EG/1371/2007.

<sup>1103</sup> Vgl. RS0023150, RS0022933 (T3), RS0017850.

<sup>1104</sup> Vgl. Schubert, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 479 ff, mwN.

sondern auch vermögensrechtliche Nachteile nach sich zieht, beispielsweise die Verweigerung eines Vertragsschlusses oder erhöhte Entgelte.

Diskriminierung bedeutet im hier interessierenden Kontext die Ungleichbehandlung von Menschen, welche dadurch unsachlich ist, dass sie auf *verpönten Merkmalen* beruht.<sup>1105</sup> Diese werden in Art 21 GRC, welcher bei der Auslegung der DSGVO zu berücksichtigen ist,<sup>1106</sup> folgendermaßen demonstrativ angeführt:

„Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.“

In Situationen der Datenverarbeitung muss zwecks begrifflicher Klarheit zwischen Diskriminierungen auf datenschutz- und rechtsgeschäftlicher Ebene differenziert werden. DSGVO und ABGB bilden wie bereits mehrfach erwähnt<sup>1107</sup> zwei unterschiedliche, teils in Wechselwirkung stehende Regelungsebenen. Es muss somit zwischen der Diskriminierung *bei* der Datenverarbeitung und der Diskriminierung *aufgrund* unrechtmäßiger Datenverarbeitung unterschieden werden. Der erste Fall ist beispielsweise dann gegeben, wenn der Verantwortliche gegenüber der Ethnie der betroffenen Person generell misstrauisch gestimmt ist, deshalb zusätzliche, überflüssige Nachforschungen über diese Person anstellt und die Ergebnisse als personenbezogene Daten verarbeitet, sodass Erforderlichkeit nicht vorliegt. Der zweite Fall ist beispielsweise dann gegeben, wenn der Verantwortliche Daten über die Religion, über die Sexualität, politische Einstellung, das Geschlecht, den Familienstand etc. verarbeitet und gerade auf dieser Grundlage eine für die betroffene Person nachteilige Entscheidung trifft, beispielsweise einen Vertrag nicht abschließt, höhere Entgelte verlangt, Auflagen oktroyiert oder besonders indiskrete Werbung schaltet. Die DSGVO regelt primär die Datenverarbeitung selbst, scheinbar ohne Absicht, weitergehend in das bürgerliche Recht „einzudringen“. Ignoriert man allerdings aus der Perspektive der Verordnung rechtsgeschäftliche Diskriminierungen aufgrund Datenverarbeitung und bewertet diese folglich isoliert, fragt sich, über die Absicht des Unionsgesetzgebers – nämlich die Herstellung umfassenden Respekts vor der Privatsphäre in Zeiten der Digitalisierung –, durch

---

<sup>1105</sup> Vgl. *Schmahl* in Grabenwarter (Hg.), *Europäischer Grundrechtsschutz* (2014), § 15: Gleichheitsgarantien, Rz 145; *Zeckei*, *Das Diskriminierungsverbot im Zivilrecht und seine Auswirkungen auf das rechtsgeschäftliche und quasi-rechtsgeschäftliche Handeln* (2008), 49, 51.

<sup>1106</sup> So auch *Hornung/Spiecker* in Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG*, Art 1, Rz 31; *Buchner* in Kühling/Buchner, *DSGVO/BDSG*<sup>2</sup>, Art 1, Rz 14, mwN; *Köchle* in Holoubek/Lienbacher, *GRC-Kommentar*<sup>2</sup>, Art 21 (Stand 1.4.2019), Rz 92.

<sup>1107</sup> Oben, B.2, B.2.1, B.3.

eine solcherlei formalistische Betrachtung nicht vereitelt werde.<sup>1108</sup> ErwGr 4 DSGVO besagt, die Verordnung insbesondere auf die Rechte auf Privat- und Familienleben, Kommunikation, Gedanken-, Gewissens-, Religions- und Meinungsfreiheit sowie auf die „Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen“ Bedacht nimmt.

Auf Sekundärrechtsebene sind die RL 2000/43/EG („Antirassismus-RL“)<sup>1109</sup> und die RL 2004/113/EG („Gender-RL“)<sup>1110</sup> zu nennen. Erstere hat unter anderem zum Ziel, Diskriminierung beim „Zugang zu“ oder der „Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“, zu unterbinden;<sup>1111</sup> zweitere bekämpft dagegen die geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung seitens „Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen“.<sup>1112</sup> Der österreichische Gesetzgeber hat erstere Formulierung in § 30 Abs 1, 2 GIBG für beide Anwendungsbereiche wortgleich übernommen, sodass der einschränkende Ausdruck „ohne Ansehen der Person“ nicht enthalten ist.<sup>1113</sup> Als der Öffentlichkeit zur Verfügung stehende Leistung wird alles angesehen, was „einem unbestimmten Adressatenkreis zur Verfügung“ steht, unter anderem die Einrichtung eines Bankkontos.<sup>1114</sup> Während die genannten Richtlinien und der in deren Umsetzung ergangene § 31 GIBG den Diskriminierungsschutz außerhalb von Arbeitsverhältnissen auf das Geschlecht und die ethnische Zugehörigkeit beschränkt, ist davon auszugehen, dass die DSGVO das gesamte Spektrum des Art 21 GRC berücksichtigt.<sup>1115</sup> Es bestehen jedenfalls keine Gründe, eine Beschränkung auf diese Merkmale gerade deshalb anzunehmen, weil die Antidiskriminierungs-Richtlinien speziell gefasst sind. Die Annahme, dass der Antidiskriminierungs-Richtlinienggeber der Datenschutzgesetzgebung habe vorgreifen wollen, erscheint unplausibel: Das Datenschutzrecht hat einen völlig anderen Gegenstand, nämlich nicht den Zugang zu Gütern

---

<sup>1108</sup> Dazu grundlegend Heck, AcP 112, 1 [59 ff].

<sup>1109</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 2000/180, 22.

<sup>1110</sup> Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl L 2004/373, 37.

<sup>1111</sup> Art 3 Abs 1 lit h RL 2000/43/EG.

<sup>1112</sup> Art 3 Abs 1 RL 2004/113/EG.

<sup>1113</sup> Dazu *Kietaibl*, Unionsrechtlicher Diskriminierungsschutz im Zivilrecht. Grundfragen zum Anwendungsbereich. In: GS Rebhahn (2019), 215 [222].

<sup>1114</sup> *Windisch-Graetz*, Gleichbehandlung im Privatbereich. In: ÖJK (Hg.), Diskriminierung in der Schweiz und in Österreich (2015), 23 [27 f].

<sup>1115</sup> Vgl. *Hornung/Spiecker* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 1, Rz 31; *Buchner* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 1, Rz 14, mwN.

und Dienstleistungen, sondern die Verarbeitung personenbezogener Daten, obwohl es in der Praxis freilich oft Überschneidungen geben wird. Die Diskriminierung in Datenverarbeitungskontexten muss autonom nach der DSGVO beurteilt werden; vereinzelt können jedoch die Wertungen des „klassischen“ Antidiskriminierungsrechts kraft Sachnähe herangezogen werden, beispielsweise hinsichtlich des Schadensbegriffs und der Beweislast. Ist die Datenverarbeitung jedoch nach Maßgabe des Datenschutzrechts einwandfrei und erfolgt in einem davon unterschiedenen Akt eine Diskriminierung, ist dieses Verhalten ausschließlich nach dem Antidiskriminierungsrecht zu bewerten.

Richtigerweise muss die Diskriminierung *bei* der Datenverarbeitung prinzipiell als Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben nach Art 5 Abs 1 lit a DSGVO sowie der Datenminimierung gemäß lit c gewertet werden, während die Diskriminierung im Rechtsverkehr *aufgrund* unrechtmäßiger Datenverarbeitung typischerweise Folgeschäden innerhalb des Schutzzwecks der Verordnung begründet. Im ersten Fall kann die Rechtsverletzung jedenfalls dann unmittelbar zu einem immateriellen Schaden der betroffenen Person führen, wenn diese auf direkte Weise diskriminiert wird und gegebenenfalls – verständlicherweise – emotional reagiert.<sup>1116</sup> Eine direkte Diskriminierung liegt insbesondere dann vor, „wenn die in Frage stehende Maßnahme das verbotene Kriterium explizit als Unterscheidungsgrund darstellt“;<sup>1117</sup> zwar ist der Verantwortliche gemäß Art 5 Abs 2 DSGVO zur Rechenschaft über Verarbeitungsvorgänge verpflichtet, doch kann sich ein solches Entscheidungsmuster auch implizit aus dem Gesamtbild seines Verhaltens ergeben.<sup>1118</sup> Mittelbare Diskriminierung ist jedoch schon dann gegeben, wenn sich die Entscheidung „nach einem an sich neutralen Kriterium“ orientiert, jedoch *de facto* diskriminierend wirkt.<sup>1119</sup> Gleichwohl liegt es in der Natur der Sache, dass beispielsweise das Merkmal der Vermögenslage und Beschäftigung bei Bonitätsprüfungen unbeschadet des darauf Bezug nehmenden Art 21 GRC besonders gewichtet wird.<sup>1120</sup> Was im konkreten Fall als verpöntes Merkmal zu gelten habe, muss also im Lichte des vertragsspezifischen Kontextes ermittelt werden. Werden beispielsweise Daten über den Wohnort, Bildungs- und

---

<sup>1116</sup> Vgl. *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 556.

<sup>1117</sup> *Zoppel*, Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionen (2013), 14, mwN; vgl. Art 2 lit a RL 2004/113/EG, Art 2 Abs 2 lit a RL 2000/43/EG; § 32 Abs 1 GIBG; *Schmahl* in Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, § 15, Rz 146.

<sup>1118</sup> Vgl. zum Anscheinsbeweis *Schmahl* in Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, § 15, Rz 148, mwN.

<sup>1119</sup> *Zoppel*, Europäische Diskriminierungsverbote, 14, mwN. Dort mit Hervorhebung; vgl. Art 2 lit RL 2004/113/EG, Art 2 Abs 2 lit b RL 2000/43/EG; § 32 Abs 2 GIBG; *Schmahl* in Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, § 15, Rz 147, mwN.

<sup>1120</sup> Zu dieser Thematik *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, 195.

Familienstand bei der Bonitätsprüfung zu stark gewichtet, ohne dass mit hoher Sicherheit Schlüsse auf die Zahlungsmoral gezogen werden können, liegt Diskriminierung vor. Wird beispielsweise eine bestimmte Wohngegend mit vielen Personen mit Migrationshintergrund oder mit geringem Einkommen vom Verantwortlichen als negatives Kriterium herangezogen, ist zumindest eine indirekte Diskriminierung indiziert.

Insofern Diskriminierung objektiv betrachtet einen gravierenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt,<sup>1121</sup> lässt sich innerhalb dieser Fallgruppe regelmäßig ein immaterieller Schaden annehmen. Das Wesen dieser Schädigung besteht in der „Beeinträchtigung der Chancengleichheit“, welche die Selbstentfaltung der betroffenen Person erheblich hemmt.<sup>1122</sup> Gerade hier sollte der immaterielle Schaden nicht mit dem Gefühlsschaden gleichgesetzt werden.<sup>1123</sup> Das Antidiskriminierungsrecht sieht dahingehend eine Beweismaßreduktion vor, dass der Kläger lediglich „Tatsachen glaubhaft machen“ muss, „die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen“, und der Beklagte sodann einen Gegenbeweis anzutreten hat.<sup>1124</sup> Dieses Regime im Datenschutzrecht zu rezipieren, empfiehlt sich durch die Grundsätze von Treu und Glauben nach Art 5 Abs 1 lit a DSGVO sowie der Rechenschaftspflicht nach Abs 2.

Da die DSGVO kein Vertragsrecht enthält, ist aus ihr auch kein Kontrahierungszwang infolge datenschutzrechtlicher Diskriminierungen abzuleiten. Auf rechtsgeschäftlicher Ebene ist der grundlose Abbruch von Vertragsverhandlungen zulässig,<sup>1125</sup> sofern weder besondere Rechtsvorschriften noch Arglist<sup>1126</sup> noch eine Monopolstellung besteht.<sup>1127</sup> Kommt es aufgrund des Ergebnisses einer unrechtmäßigen Datenverarbeitung zu einer rechtsgeschäftlichen Diskriminierung, scheint auf den ersten Blick vielmehr der Entgang einer Chance die passende Kategorie zu sein, wozu auf die Ausführungen am Ende von C.1.1 verwiesen werden darf. *G. Wagner* schlägt vor, den vermögensrechtlichen Nachteil infolge diskriminierender Vertragsverweigerung durch Multiplikation des Erfüllungsinteresses mit einem geschätzten Wahrscheinlichkeitswert zu ermitteln.<sup>1128</sup> Diese Methode scheint

---

<sup>1121</sup> Vgl. OGH 14.07.1986, 1 Ob 554/86, RIS-Justiz RS0008991.

<sup>1122</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 170 ff.

<sup>1123</sup> Dazu oben, C.2, C.2.2.

<sup>1124</sup> Art 9 RL 2004/113/EG, Art 8 RL 2000/43/EG; vgl. § 38 Abs 3 GIBG, wonach der Beklagte beweisen muss, dass ein anderes „glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend“ gewesen sei.

<sup>1125</sup> Dazu OGH 24.05.2011, 1 Ob 4/11m; *Machold*, Schadenersatz nach gescheiterten Vertragsverhandlungen (2009), 143, mwN.

<sup>1126</sup> Vgl. ebd., 163 ff, mwN; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/313.

<sup>1127</sup> Dazu RIS-Justiz RS0110808, RS0008991, RS0016745, RS0016616.

<sup>1128</sup> *G. Wagner*, AcP 206, 352 [403].

spekulativ zu sein, ohne einem kohärenten System der effektiven Entschädigung immaterieller Einbußen etwas vorauszuhaben.

## D. Haftungsmaßstäbe

Das Datenschutzrecht der DSGVO hat auch in zivilrechtlicher Hinsicht wesentlich *Risiko* zum Gegenstand. Zum einen werden in ErwGr 75 und ErwGr 85 typische Datenschutzrisiken und ihnen korrespondierende typische Schäden natürlicher Personen genannt; zum anderen enthält die Verordnung im Sinne eines risikobasierten Ansatzes<sup>1129</sup> zahlreiche Anordnungen, durch deren Befolgung die Risiken automationsunterstützter Verarbeitung personenbezogener Daten unter Kontrolle zu bekommen sind. Genannt sei zunächst die Generalklausel des Art 24 Abs 1 DSGVO, nach welchem der Verantwortliche die Verarbeitungssituation unter anderem bezüglich der „Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der Risiken“ richtig einschätzen soll, um sodann „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ für die Wahrung der Rechte der betroffenen Person umzusetzen. Gemäß Art 25 sollen nach Möglichkeit Mechanismen zur Einhaltung der Datenschutzgrundsätze des Art 5 durch technische Voreinstellungen oder Technikgestaltung eingerichtet werden. Nach Art 35 soll der Verantwortliche in Situationen mit überdurchschnittlichem Risiko eine eigene Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt, beispielsweise wenn er systematisch und umfassend persönliche Aspekte zwecks automatisierter Entscheidungsfindung bewertet oder massenhaft sensible Daten verarbeitet.

Das Risikosystem der DSGVO hat eine Dokumentations- und eine Kommunikationskomponente: Mehrere Vorschriften ordnen an, dass der Verantwortliche die Einhaltung des Datenschutzrechts nachzuweisen stets in der Lage sein muss;<sup>1130</sup> größere Unternehmen müssen zudem laut Art 30 Verarbeitungsverzeichnisse führen. Die Gefahren sollen zudem über die generellen Transparenzpflichten nach Art 12 ff hinaus in kritischen Situationen gegebenenfalls durch Kontaktaufnahme mit der betroffenen Person und der Aufsichtsbehörde gedämpft werden.<sup>1131</sup>

Bei den genannten Pflichten handelt es sich aus haftungsrechtlicher Perspektive nicht unmittelbar um durch die betroffene Person erzwingbare Gebote, sondern um risikobezogene *Verhaltensstandards*, welche den Sorgfaltsmaßstab bei Verkehrssicherungspflichten,<sup>1132</sup> aber

---

<sup>1129</sup> Vgl. *Hötzendorfer/Kastelitz/Tschohl* in Knyrim, *DatKomm*, Art 24 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 16 ff; *Hartung* in Kühling/Buchner, *DSGVO/BDSG*<sup>2</sup>, Art 24, Rz 13; *Piltz* in Gola, *DS-GVO*<sup>2</sup>, Art 24, Rz 2; *Petri* in Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG*, Art 24, Rz 2.

<sup>1130</sup> Siehe nur Art 5 Abs 2, Art 7 Abs 1, Art 82 Abs 3 DSGVO.

<sup>1131</sup> Dazu Art 32 f DSGVO.

<sup>1132</sup> Vgl. *Wilhelmi*, *Risikoschutz durch Privatrecht*, 136 f, 145 ff.

auch bei vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten bestimmen.<sup>1133</sup> Nicht das Privatrechtssubjekt, sondern die Aufsichtsbehörde ist dazu berufen, die Einhaltung der Datenschutznormen – seien sie Schutz- oder bloße Ordnungsvorschriften<sup>1134</sup> – abstrakt zu überwachen und Verstöße zu sanktionieren; die betroffene Person hat erst dann einen zivilrechtlichen Anspruch, wenn ihr konkret ein Nachteil droht oder bereits entstanden ist. Auch dann, wenn man bestimmte Normen in der DSGVO als Schutzgesetze, also „abstrakte Gefährdungsverbote“<sup>1135</sup> betrachtet, muss man jeweils die „Eigenart der Verletzungsbasis“, insbesondere die Frage, ob gegen ein vertragliche Verbindung verstoßen wurde,<sup>1136</sup> berücksichtigen. Das Schadenersatzrecht durchzieht „das gesamte System des Rechts [...] als Nerv“; es muss dabei präzise dargestellt werden, „wie dieser Nerv auf die verschiedenen Arten der Verletzung reagiert.“<sup>1137</sup> Es ist somit im hier interessierenden Kontext danach zu fragen, auf welche Art die Verhaltensstandards der DSGVO im Vertragsverhältnis rezipiert werden<sup>1138</sup> und welche Auswirkungen dies auf die Haftung zeitigt.

*Karollus* veranschaulicht, dass im „Bereich der Vertragshaftung“ die „Ableitung ‚ungeschriebener‘ Gefahrensteuerungsgebote“ – gemeint sind damit Verhaltensstandards<sup>1139</sup> – näher liegt als im Deliktsrecht. Dies ist durch die in „vertraglichen Verhältnissen“ angezeigte „besondere Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners“ gerechtfertigt, und die „Anerkennung vorgelagerter Schutzpositionen“ sei in Vertragsverhältnissen leichter „als im allgemeinen Verkehr“.<sup>1140</sup> Es muss aber betont werden, dass die vertragliche Pflicht aus der deliktischen erst abgeleitet werden muss, also nicht mit dieser ident ist. Im Folgenden ist zu zeigen, inwiefern die Pflichten aus der DSGVO im Vertragsverhältnis abgeleitet, *rezipiert* werden.

Zur Verdeutlichung des Unterschiedes zwischen der Pflicht aus der Verordnung und derjenigen aus dem verarbeitungskonnexen Vertrag lässt sich die Differenzierung des Verantwortlichkeitsbegriffs in der DSGVO anführen: Gemäß Art 4 Z 7 ist Verantwortlicher grundsätzlich derjenige, der „über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von

---

<sup>1133</sup> Der Sache nach *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung. Zugleich ein Beitrag zum Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus (1992), 79 f.

<sup>1134</sup> Auseinandersetzung hierzu bei *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 207 f, mwN.

<sup>1135</sup> RIS-Justiz RS0027710.

<sup>1136</sup> *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 282.

<sup>1137</sup> Ebd.

<sup>1138</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 210; *Gola/Piltz* in *Gola*, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 21.

<sup>1139</sup> Zu dieser Terminologie *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 137, mwN.

<sup>1140</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, 79.

personenbezogenen Daten entscheidet“ – allerdings sagt Art 82 Abs 3, dass der Verantwortliche sich von der Haftung befreien kann, indem „er nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist.“ Ein Beklagter, welcher diesen Nachweis mit Erfolg zu führen vermag, ist somit ein Verantwortlicher, ohne für den Schaden verantwortlich zu sein. Richtigerweise ist der Verantwortliche gemäß Art 4 Z 7 Träger aller einschlägigen abstrakten Verhaltenspflichten aus der Verordnung; kommt eine betroffene Person durch Datenverarbeitung zu Schaden, muss jener abstrakt Verantwortliche im Einzelfall beweisen, für den Schaden konkret keine Verantwortung zu tragen. Der Verantwortungsbegriff des Art 4 Z 7 ist somit ein genuin datenschutzrechtlicher, während derjenige des Art 82 Abs 3 erst im Gefüge des deliktischen oder vertraglichen Haftungssystems verständlich wird.

Auch für die vertragliche Haftung gilt die Lehre vom *Verhaltensunrecht*: Nicht schon die „vertragliche Interessenverletzung als Erfolg“, sondern erst das vertragswidrige Verhalten verpflichtet zum Ersatz.<sup>1141</sup> Im Allgemeinen ergibt sich für die in Österreich vorherrschende Verhaltensunrechtslehre das Rechtswidrigkeitsurteil „aus einem Verstoß gegen Gebote und Verbote der Rechtsordnung.“ Demnach sei nur „menschliches Verhalten“, nicht aber ein isoliert betrachteter unerwünschter Erfolg oder Zustand unrecht;<sup>1142</sup> die Rechtsordnung stellt nicht auf eine „Rechtswidrigkeit des Unrats auf der Straße“ ab,<sup>1143</sup> sondern auf das Fehlverhalten von Verkehrsteilnehmern, insofern sie als Rechtssubjekte Pflichtadressaten sind.<sup>1144</sup> Nach alternativer Ansicht ist jedoch der sich auf „widerrechtliche Beschädigung“ beziehende § 1294 ABGB Anhaltspunkt für die Behandlung eines bloßen Erfolgs als rechtswidrig.<sup>1145</sup> Bei der Vertragshaftung ist es allerdings zweckmäßig, den Begriff des Verhaltensunrechts weit zu fassen, sodass ein objektives Nichtübereinstimmen mit der Obligation als rechtswidrig gewertet werden kann, und die Haftung auf Ebene des Verschuldens zu begrenzen.

---

<sup>1141</sup> Vgl. *Karollus*, Funktion und Dogmatik, 78 f; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 4/15.

<sup>1142</sup> Ebd., Rz 4/2; vgl. *dens.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/3.

<sup>1143</sup> *Ehrenzweig*, Schuldhaftung, § 77.

<sup>1144</sup> Vgl. ebd., § 84; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 4/2; *dens.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/3.

<sup>1145</sup> Vgl. *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298 ABGB). Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörung mit rechtsvergleichenden Bezügen (1975), 123 ff, mwN; *dens.* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1294 (Stand 1.1.2007), Rz 7 ff.

## 1. Vertrag und Beweislast

Wie bereits erörtert wurde, ist der Grundsatz von Treu und Glauben ein zentrales Prinzip sowohl der DSGVO gemäß Art 5 Abs 1 lit a als auch des gesamten europäischen Verbrauchervertragsrechts.<sup>1146</sup> In beiden Rechtsgebieten wird der Gedanke unter Zuhilfenahme der berechtigten bzw. vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person oder des Verbrauchers bestimmt. Wie an § 914 ABGB, § 242 BGB, Art 1104 Code Civil und Art 1375 Codice Civile zu sehen ist, handelt es sich beim Gebot, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, um einen Rechtssatz, der für Vertragsverhältnisse geradezu charakteristisch ist. Freilich gilt der Verarbeitungsgrundsatz der DSGVO nicht nur für Vertragsverhältnisse; dass er allerdings ausschließlich für deliktisches Verhalten gälte, wäre eine schlicht absurde Annahme. Vielmehr verdeutlicht diese allgemein gefasste Norm, dass die DSGVO Verarbeitungen im Zusammenhang eines Vertragsverhältnisses nicht nur in ihren Anwendungsbereich einbezieht, sondern auch deren Eigentümlichkeiten berücksichtigt. Eine deliktische Schädigung verstößt wesentlich gegen das Gesetz, sodass nur nach gesetzwidrigem, nicht aber nach treuwidrigem Verhalten gefragt wird. Ferner kann der Grundsatz von Treu und Glauben nur dann präzisiert werden, wenn eine konkrete zwischenmenschliche Beziehung vorliegt, welche durch bestimmte rechtlich sanktionierte Interessen definiert ist, da erst in diesem Fall zu erkennen ist, woran geglaubt wird und in welcher Weise Treue geschuldet sei.

Da die Verarbeitung personenbezogener Daten in aller Regel nicht als Hauptleistungspflicht vereinbart wird,<sup>1147</sup> kommt es nur in Betracht, dass die ordnungsgemäße Datenverarbeitung Gegenstand von Nebenpflichten ist. Genauer ausgedrückt: Es besteht die Pflicht, Daten ordnungsgemäß zu verarbeiten, *falls* überhaupt Daten verarbeitet werden. Art 6 Abs 1 DSGVO verpflichtet nämlich in keinerlei Hinsicht zur Datenverarbeitung, sondern regelt lediglich die Voraussetzungen, unter denen der Verantwortliche dazu befugt ist. Es kann somit von der Pflicht des Verantwortlichen gesprochen werden, unter anderem die Verarbeitung ohne Einwilligung, Vertragserforderlichkeit oder überwiegende berechtigte Interessen zu *unterlassen*. Nach dieser Formulierung handelt es sich um eine Nebenpflicht zur Unterlassung:

„Je mehr sich ein Recht vom Standpunkt eines *Jus strictum* entfernt, um so differenzierter wird das schuldnerische Soll, um so weniger läßt es sich auf eine den konkreten Leistungsinhalt erschöpfende Formel bringen, um so weiter geht die

---

<sup>1146</sup> Siehe oben, B.1.

<sup>1147</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 209.

Verpflichtung des Schuldners über den bloßen Wortsinn der Parteiabmachungen hinaus. [...] Der Schuldner muss alle Kräfte so genau in den Dienst der Obligation stellen, wie Treu und Glauben das mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern.“<sup>1148</sup>

Die Frage, ob für den Fall der Verarbeitung Datenschutzkonformität ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde, erübrigt sich, da die DSGVO Pflichten normiert, welche auch als Schutz- und Sorgfaltspflichten unabhängig vom Parteiwillen auf Vertragsverhältnisse Anwendung finden. Die „positive Vertragsverletzung“ ist also *ex lege* anhand der Verordnung festzustellen.<sup>1149</sup> Der Grundsatz von Treu und Glauben fungiert in diesem Sinne als Transformator der gesetzlichen in eine vertragliche Pflicht. Die allgemeinen Pflichten aus der DSGVO werden dergestalt durch Eingehen einer Sonderbeziehung in Schutz- und Sorgfaltspflichten transformiert.<sup>1150</sup> Beide Arten von Pflichten beziehen sich auf das Integritätsinteresse der betroffenen Person.<sup>1151</sup>

Wie verhalten sich datenschutzrechtliche Nebenpflichten zur Hauptleistungspflicht? „In Zweifelsfällen kann die Höhe des Entgelts einen Anhaltspunkt für die Verteilung der Gefahren bilden.“<sup>1152</sup> Dies gilt nur für die Hauptleistungspflicht, nicht aber für Schutz- und Sorgfaltspflichten<sup>1153</sup> – der Schuldner soll schließlich nicht allein aufgrund der Tatsache, dass kein oder nur ein geringes Entgelt geschuldet ist, von seiner Verantwortung befreit werden, auf das Integritätsinteresse der betroffenen Person Rücksicht zu nehmen. Nach § 1295 Abs 1 ABGB unterfallen diejenigen Schäden der vertraglichen Haftung, welche „durch Übertretung einer Vertragspflicht“ entstanden sind; die deliktische Haftung wird indessen negativ dadurch definiert, dass der Nachteil „ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht“ wurde. Dem Wortlaut nach unterscheidet die Norm zwischen zwei Arten von Haftung: Die erste entsteht „durch Übertretung einer Vertragspflicht“, die zweite „ohne Beziehung auf einen Vertrag“. Ein Drittes, welches etwa eine Haftung darstellt, die weder „durch Übertretung einer Vertragspflicht“ noch „ohne Beziehung auf einen Vertrag“ darstellt, ist dieser Formulierung nicht zu entnehmen, *tertium non datur*. Andere gälte, wenn man ausschließlich diejenigen Obligationen als Vertragspflichten fassen würde, welche die „Verschaffung des

---

<sup>1148</sup> Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP 96 (1905), 60 [67]. Hervorhebung nach Original.

<sup>1149</sup> Vgl. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/271, 334 ff.

<sup>1150</sup> Vgl. Kerschbaumer-Gugu, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 210, mit Bezug auf RIS-Justiz RS0017049; vgl. auch Gola/Piltz in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 21.

<sup>1151</sup> Vgl. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/333.

<sup>1152</sup> Wilburg, Elemente des Schadensrechts, 137; vgl. ebd., 122 f, 161.

<sup>1153</sup> Vgl. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 4/41; Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 945 (Stand 1.4.2016), Rz 2.

wirtschaftlichen Gutes“<sup>1154</sup> zum Gegenstand haben. Diesfalls müsste man Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Integritätsinteresse des Gläubigers jedenfalls einem logischen Zwischenbereich in Sinne *Koziols* zuordnen.<sup>1155</sup> Die Erkenntnis, dass Schutz- und Sorgfaltspflichten aus dem Gesetz abgeleitet und auf den Vertrag bezogen werden,<sup>1156</sup> schafft eine nähere Differenzierung der Vertragshaftung, ohne eine neue Haftungskategorie zu herzustellen, die sowohl vertraglich als auch deliktisch oder keines von beiden ist. Freilich käme man bei einer solcherart strengen Zweiteilung in die Verlegenheit, die Verantwortung für *culpa in contrahendo* als vertragliche Haftung ohne Vertrag klassifizieren zu müssen, sodass Konstruktionen wie „Quasi-Kontrakte“<sup>1157</sup> notwendig wären.<sup>1158</sup> Nichtsdestoweniger kann die Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten im Rahmen eines wirksamen Vertrags zwischen Schädiger und Geschädigtem reibungslos der Schädigung „durch Übertretung einer Vertragspflicht“ im Sinne des § 1295 Abs 1 ABGB zugeordnet werden, weil diese nicht nur das Leistungs-, sondern auch das Integritäts- oder „Schutzinteresse“ des Gläubigers erfasst.<sup>1159</sup> Vertragsverhältnisse nach modernem Recht sind sämtlich *iudicia bonae fidei*, sodass für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit „das gesamte Verhalten der Parteien nach Treu und Glauben zu beurteilen ist.“<sup>1160</sup> Folglich ist eine Datenschutzverletzung im Rahmen eines Vertrags unabhängig von Hauptleistungspflichten zu behandeln.<sup>1161</sup>

Ist die betroffene Person zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, welcher mit einer unrechtmäßigen Verarbeitung personenbezogener Daten in Zusammenhang steht? Der Verantwortliche könnte zum Beispiel die Erforderlichkeitsklausel des Art 6 Abs 1 lit a DSGVO missachten und sich eines Datenverarbeitungsexzesses schuldig machen; er könnte auch eine Einwilligung holen und diese überschreiten; besonders drastisch stellen sich Fälle dar, in welchen sensible Daten unrechtmäßig Dritten preisgegeben werden oder entstellte Persönlichkeitsbilder kolportiert werden. Die betroffene Person kann ein nachvollziehbares Bedürfnis verspüren, über die Geltendmachung materieller oder immaterieller Schäden hinaus den Rücktritt vom Vertrag zu erklären. Sie wird damit sicherlich Erfolg haben, wenn der Vertragspartner als Verantwortlicher derart respektlos mit ihrer Persönlichkeit umgeht, dass

---

<sup>1154</sup> *Dernburg*, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens I<sup>3</sup>: Allgemeine Lehren (1905), § 6.

<sup>1155</sup> Vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 4/42 ff; *dens.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 4/1 ff; *dens.*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/267 ff.

<sup>1156</sup> Vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/271, 334 ff.

<sup>1157</sup> Vgl. *Dernburg*, Schuldverhältnisse I<sup>3</sup>, § 5.

<sup>1158</sup> Dies gilt auch für den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter.

<sup>1159</sup> Zur gleichlaufenden deutschen Lehre *Stoll*, AcP 136, 257 [287 ff, 316 f].

<sup>1160</sup> Ebd., 288.

<sup>1161</sup> Vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/333, mwN.

ein weiteres Festhalten am Vertrag schlicht unzumutbar wäre.<sup>1162</sup> „Schutzpflichtverletzungen“ begründen jedoch „meist kein Recht zum Rücktritt vom Vertrag“.<sup>1163</sup> Dies leuchtet unter anderem aus der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Unionsrechts ein, welches die Erfüllung des Vertrages gegenüber der Auflösung favorisiert.<sup>1164</sup> Ob das Festhalten am Vertrag nach Datenschutzverletzung konkret zumutbar ist, muss allerdings jeweils im Einzelfall anhand diverser Abwägungsmomente und unter wirtschaftlicher Betrachtung ermittelt werden.

Das Vertragsverhältnis bedeutet die „Pflicht, sich für ein fremdes Interesse einzusetzen“<sup>1165</sup> – dass dabei jedoch die eigenen Interessen völlig in den Hintergrund treten müssten, kann nicht angenommen werden. Grundsätzlich hat der Vertragspartner das Recht auf Datenschutz der betroffenen Person in größtmöglichem Umfang zu wahren, beispielsweise im Hinblick auf Datenminimierung, -richtigkeit, Transparenz und Speicherbegrenzung. Nun kann jedoch ein überwiegendes berechtigtes Interesse des Verantwortlichen auftreten, welches dem im Vertrag anerkannten Interesse des Schuldners als betroffener Person zuwiderläuft: Zahlt der Kreditnehmer seine Schuld der Bank nicht zurück, so wird diese seine Bonitätsdaten gemäß Art 6 Abs 1 lit f DSGVO zur Warnung an potenzielle Gläubiger weiterleiten. Anders als lit a und b stellt jene Norm keinen Schadensausschluss-, sondern bloß einen Rechtfertigungsgrund dar;<sup>1166</sup> als solcher sollte sie jedoch auch innerhalb von Vertragsverhältnissen durchgreifen, sofern das berechtigte Interesse rücksichtlich der Sonderverbindung tatsächlich schwerer wiegt als die im Vertrag geltenden Schutz- und Sorgfaltspflichten aus der DSGVO.<sup>1167</sup>

Wie der Name schon sagt, handelt es sich bei den Schutz- und Sorgfaltspflichten aus der DSGVO nicht um Erfolgsverbindlichkeiten, sodass nur ein – wenn auch angespanntes<sup>1168</sup> – Bemühen geschuldet ist.<sup>1169</sup> Nach *Koziol* setzen sich in diesen Pflichten die im vorvertraglichen Schuldverhältnis ohnehin bestehenden Verbindlichkeiten fort;<sup>1170</sup> in diesem Stadium ist aber niemals ein vertraglich bedingener Erfolg geschuldet, da noch kein Vertrag

---

<sup>1162</sup> Vgl. *Stoll*, AcP 136, 257 [301]; RIS-Justiz RS0111147.

<sup>1163</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/333.

<sup>1164</sup> Für das Gewährleistungsrecht *Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 932 (Stand 1.1.2016), Rz 4 f; *Buchleitner*, Gewährleistung und Irrtum. Eine Gegenüberstellung (2018), 42 ff, mwN.

<sup>1165</sup> *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 279.

<sup>1166</sup> Vgl. oben, B.3.

<sup>1167</sup> Ähnliche Konstellation bei *Schlesinger*, ZBl 44, 721 [723 f].

<sup>1168</sup> Dazu unten, D.2.

<sup>1169</sup> Vgl. *Reischauer*, Entlastungsbeweis, 159 f, 173 f.

<sup>1170</sup> Vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, A/2/333.

geschlossen wurde.<sup>1171</sup> § 1298 ABGB regelt hinsichtlich des Verschuldens den sogenannten *Entlastungsbeweis*:

„Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sey, dem liegt der Beweis ob. Soweit er auf Grund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muß er auch beweisen, daß es an dieser Voraussetzung fehlt.“

Die vertragliche Haftung wird in diesem Sinne als eine „durch Entlastbarkeit abgeschwächte Garantie für die eingegangene Verbindlichkeit“ verstanden.<sup>1172</sup> Laut *Reischauer* bezieht sich § 1298 ABGB nur auf Erfolgs-, nicht aber auf bloße Sorgfaltsverbindlichkeiten,<sup>1173</sup> die Beweislastumkehr erkläre sich „eben aus dem Eingehen einer Erfolgsverbindlichkeit“.<sup>1174</sup> Dagegen spricht sich die Rechtsprechung mE zutreffend für eine Anwendbarkeit der Vorschrift auf Schutz- und Sorgfaltspflichten aus.<sup>1175</sup> Die Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens greife aber mangels garantieähnlichen Versprechens erst bei erwiesenem „objektiv sorgfaltswidrigem Verhalten“;<sup>1176</sup> dieses Fehlverhalten könne in mangelnder Dokumentation,<sup>1177</sup> zu welcher die DSGVO gemäß Art 5 Abs 2 verpflichtet, aber auch in gefahrbe gründendem Verhalten bestehen.<sup>1178</sup> Der OGH setzt dem jedoch Folgendes entgegen:

„Die Beweislast für die Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt trifft den zur Sorgfalt Verpflichteten. Die subjektiven Fähigkeiten zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt unterstellen schon die §§ 1297 und 1299 ABGB.“<sup>1179</sup>

Diese Anwendung bietet sich für das Datenschutzrecht an, da sie für die geschädigte betroffene Person vorteilhaft ist und somit der DSGVO zur faktischen Wirksamkeit verhilft. Die Ratio des § 1298 ABGB wird vielfach in der Verhinderung eines Beweisnotstandes seitens des geschädigten Klägers gesehen.<sup>1180</sup> Diesem Gedanken trägt auch scheinbar Art 82 Abs 3 DSGVO unabhängig vom Vorliegen eines Vertrags Rechnung,<sup>1181</sup> indem er anordnet,

---

<sup>1171</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0053208; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 16/30.

<sup>1172</sup> *Reischauer*, Entlastungsbeweis, 172; vgl. ebd., 155, 171; *dens.* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1298 (Stand 1.1.2007), Rz 3; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1298 (Stand 1.1.2018), Rz 21; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 16/24.

<sup>1173</sup> Vgl. *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1298 (Stand 1.1.2007) Rz 3, 4; *dens.*, Entlastungsbeweis, 172 ff.

<sup>1174</sup> *Reischauer*, Entlastungsbeweis, 170; vgl. ebd., 156; ähnlich *Stoll*, AcP 136, 257 [313].

<sup>1175</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0086601, RS0026091, RS0026563, RS0026540 (T4).

<sup>1176</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 16/33, mwN.

<sup>1177</sup> So *Bydlinski*, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 341 [350].

<sup>1178</sup> Ebd., 349.

<sup>1179</sup> RIS-Justiz RS0026221.

<sup>1180</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0026540; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 16/24; anders *Reischauer*, Entlastungsbeweis, 167 ff; *ders.* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1298 (Stand 1.1.2007), Rz 3a.

<sup>1181</sup> Vgl. *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 47.

dass der Verantwortliche zu beweisen hat, in „keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich“ zu sein. Zur Konkretisierung dieses Satzes wird teils wiederum auf das nationale Recht verwiesen,<sup>1182</sup> teils wird einfach aus Gesichtspunkten der Effektivität argumentiert, dass die betroffene Person lediglich nachweisen müsse, „dass der Anspruchsgegner an der Verarbeitung irgendwie beteiligt war, dass ihr ein Schaden entstanden ist, die Verarbeitung grundsätzlich geeignet war, den Schaden auszulösen [] und kein atypischer Kausalverlauf vorlag“.<sup>1183</sup> Eine solche Beweislastumkehr reicht erheblich weiter als § 1298 ABGB. Interessanterweise wird aber im Falle des Art 82 Abs 3 DSGVO ebenfalls von einem Entlastungsbeweis gesprochen.<sup>1184</sup> Es kann einstweilen festgehalten werden, dass der vertraglich gebundene Verantwortliche im Sinne des § 1298 ABGB jedenfalls die „Beweislast für die Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt“ trägt.<sup>1185</sup> Diese ist nun näher zu bezeichnen.

Es ist mit der Zielrichtung der DSGVO wohl nicht vereinbar, die Schadenersatzpflicht aus Art 82 DSGVO durch Vertrag einzuschränken.<sup>1186</sup> „Der eindeutige Wille des europäischen Gesetzgebers würde andernfalls missachtet.“<sup>1187</sup>

## 2. Einsatz von Technologie; Fahrlässigkeitsbegriff

Die Haftung aus Art 82 DSGVO ist bereits in ihren Grundlagen umstritten. Da das Wort „verantwortlich“ in Abs 3 nach unionsautonomer Auslegung nicht mit dem durch mitgliedstaatliches Recht geprägten Verschuldensbegriff gleichgesetzt werden dürfe,<sup>1188</sup> scheint es auf den ersten Blick unklar, ob nicht auch eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung gemeint sein könnte.<sup>1189</sup> Diese Ansicht wird dadurch unterstützt, dass die

---

<sup>1182</sup> Vgl. *Boehm* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 82, Rz 31.

<sup>1183</sup> *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 48.

<sup>1184</sup> Vgl. ebd., Rz 2, 52; *Schweiger* in Knyrim, DatKomm, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 53; *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 102, mwN.

<sup>1185</sup> RIS-Justiz RS0026221; so auch *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 160, 165.

<sup>1186</sup> Vgl. ebd., 171 ff; *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 56; *Paal*, Schadenersatzansprüche bei Datenschutzverstößen. Voraussetzungen und Probleme des Art. 82 DSGVO, MMR 2020, 14 [18]; anders *Schweiger* in Knyrim, DatKomm, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 72.

<sup>1187</sup> *Boehm* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 82, Rz 25.

<sup>1188</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 157, mwN; *Boehm* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 82, Rz 22, mwN.

<sup>1189</sup> Für die verschuldensunabhängige Haftung *Tretzmüller*, Private Enforcement – Immaterieller Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen. In: Jahnel (Hg.), Jahrbuch Datenschutzrecht 2017, 199 [215 ff]; *ders.*, Dako 2017, 85 [85]; *Kreße* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 82, Rz 18 ff; *Frenzel* in Paal/Pauly, DS-GVO, BDSG<sup>2</sup> (2018), Art 82, Rz 6; ähnlich *Schweiger* in Knyrim, DatKomm, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 52.

Haftung durch die Formulierung: „in keinerlei Hinsicht [...] verantwortlich“, besonders streng erscheint. Teils fordert man in diesem Sinne, als Haftungsbefreiung lediglich „höhere Gewalt“ und das „Fehlverhalten der betroffenen Person“ zu akzeptieren.<sup>1190</sup> Dass der Begriff der Verantwortlichkeit „[n]ach allgemeinem Sprachgebrauch [...] wohl eher als Ursächlichkeit bzw Kausalität, nicht jedoch als Verschulden zu verstehen“ sei,<sup>1191</sup> ist jedoch nicht selbstverständlich. In der Tat ist „Verantwortlichkeit“ bereits in der Alltagssprache ein normativ ausdrucksvoller Begriff, welcher sich häufig nicht bloß auf äußere Verursachung, sondern auch auf die Gesinnung des Handelnden bezieht.

Zunächst ist zu bemerken, dass in Europa die Verschuldenshaftung die Regel und die Gefährdungshaftung die Ausnahme darstellt,<sup>1192</sup> wie es auch § 1306 ABGB ausdrücklich festhält. Damit man von einer Gefährdungshaftung ausgehen könne, muss der Verzicht auf das Verschuldenserfordernis ausdrücklich normiert sein; fehlt ein solcher, ist die für das Schadenersatzrecht typische Verschuldenshaftung anzunehmen. Nicht das Verschuldenserfordernis, sondern der Verzicht auf dasselbe bedarf expliziter Anordnung.<sup>1193</sup> Die wichtigste gesetzliche Gefährdungshaftung in Österreich regelt das EKHG,<sup>1194</sup> welches an den an sich gefährlichen Betrieb eines Kraftfahrzeugs anknüpft und den „Halter“<sup>1195</sup> für dadurch verursachte Unfälle haftbar macht. Dieses Gesetz muss im Lichte der Pflichtversicherung für Kraftfahrzeuge betrachtet werden.<sup>1196</sup> Es normiert in § 9 eine äußerst enge Haftungsbefreiung, für welche der Halter ein „unabwendbares Ereignis“ nachzuweisen hat. Auf den Begriff der höheren Gewalt wurde verzichtet, was aufgrund dessen mangelnder Operationalisierbarkeit zu begrüßen ist.<sup>1197</sup> Damit ein unabwendbares Ereignis angenommen werden kann, müssen nach Abs 2 unter anderem der Halter und seine Mitarbeiter „jede nach

---

<sup>1190</sup> Zu dieser Argumentationslinie ErwGr 118 Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), KOM (2012) 11 endgültig; ErwGr 55 RL 95/46/EG; *Kreße* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 82, Rz 19 f; *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 159 ff.

<sup>1191</sup> *Tretzmüller*, JBD 2017, 199 [215].

<sup>1192</sup> Vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/79; *Spitzer*, ÖJZ 2019, 629 [637]: „Als Arbeitshypothese erscheint es daher durchaus naheliegend, dass, wo eine Gefährdungshaftung nicht hinreichend deutlich angeordnet ist, von einer Verschuldenshaftung auszugehen ist.“

<sup>1193</sup> Unzutreffend daher *Tretzmüller*, JBD 2017, 199 [217].

<sup>1194</sup> Bundesgesetz vom 21. Jänner 1959 über die Haftung für den Ersatz von Schäden aus Unfällen beim Betrieb von Eisenbahnen und beim Betrieb von Kraftfahrzeugen (Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz – EKHG), BGBl. Nr. 48/1959 idF BGBl. I Nr. 19/2017.

<sup>1195</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0058262: „Die für die Haltereigenschaft entscheidenden Merkmale sind die Verfügungsgewalt und der Gebrauch für eigene Rechnung.“

<sup>1196</sup> Vgl. § 59 KFG sowie §§ 1 ff KHVG.

<sup>1197</sup> Dazu schon *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 205 ff.

den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt eingehalten“<sup>1198</sup> haben, und der Unfall darf nicht auf eine „außergewöhnliche Betriebsgefahr zurückzuführen“ sein. Es handelt sich somit um eine Haftung, welche durch eine Gefahr in der Sphäre des Halters ausgelöst wird.<sup>1199</sup> Die Vorschriften über die Gefährdungshaftung werden in Österreich in bestimmten Fällen analog angewendet.<sup>1200</sup> Eine hypothetische Gefährdungshaftung nach DSGVO hätte wohl die „Datenverarbeitungsanlage“<sup>1201</sup> als besondere Technologie zum Anknüpfungspunkt im Sinne eines gefährlichen Betriebs. Nach dem OGH kann die Gefährdungshaftung aber nur in Fällen außerordentlich hoher Gefahr analog angewendet werden:

„Es muss sich [...] um Betriebe handeln, bei denen nicht bloß infolge zufälliger konkreter Umstände, sondern infolge ihrer allgemeinen Beschaffenheit die Interessen Dritter *schon dadurch* in einer das normale Maß der im modernen Leben stets bestehenden Gefährdung wesentlich übersteigenden Art gefährdet werden, dass der Betrieb zur Erreichung seines Zwecks *überhaupt im Gang* ist“.<sup>1202</sup>

Dies trifft auf Datenverarbeitungsanlagen grundsätzlich nicht zu:<sup>1203</sup> Die Datenverarbeitung bewegt sich mittlerweile im normalen Maß der im modernen Leben stets bestehenden Gefährdung und übersteigt dieses Maß nicht schon durch ihre allgemeine Beschaffenheit, sondern erst dadurch, dass der Verantwortliche die nötigen Sicherheitsvorkehrungen unterlässt oder Daten missbraucht. Dass der Betrieb zur Erreichung seines Zwecks überhaupt in Gang ist, führt beispielsweise dann zu keiner besonderen Gefahr für die betroffene Person, wenn der Verantwortliche deren Daten zwecks Erfüllung eines Vertrags unter Einhaltung des Grundsatzes der Datenminimierung und einer angemessenen Datensicherheit verarbeitet. Die Gefährdungshaftung ist darüber hinaus auf physische Risiken zugeschnitten, während das Datenschutzrecht lediglich ein informationelles Regime darstellt.<sup>1204</sup>

Richtigerweise geht die überwiegende Meinung davon aus, dass Art 82 DSGVO eine Verschuldenshaftung normiert.<sup>1205</sup> Dies hat der OGH neuerdings bestätigt, indem er

---

<sup>1198</sup> Entsprechend streng auch RIS-Justiz RS0058425, RS0058278.

<sup>1199</sup> Vgl. *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 29 ff, 38 ff.

<sup>1200</sup> Dazu ausführlich *Koziol/Apathy/Koch*, Österreichisches Haftpflichtrecht III<sup>3</sup>: Gefährdungs-, Produkt und Eingriffshaftung (2014), A/10/1 ff.

<sup>1201</sup> Vgl. OGH 20.12.2018, 6 Ob 131/18k; OGH 27.11.2019, 6 Ob 150/19f; RIS-Justiz RS0132574; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 215.

<sup>1202</sup> RIS-Justiz RS0029170.

<sup>1203</sup> Vgl. auch *Martini*, Blackbox Algorithmus, 289.

<sup>1204</sup> Dazu oben, A.3.

<sup>1205</sup> Vgl. *Gola/Piltz* in Gola, DS-GVO<sup>2</sup>, Art 82, Rz 18; *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 49 ff; *Boehm* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 82, Rz 21; *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO (2017), Art 82, Rz 1; *Paal*, MMR 2020, 14 [17]; *Wybitul*, NJW 2019, 3265 [3268]; *Wybitul/Haß/Albrecht*, Abwehr von Schadensersatzansprüchen nach der

auspruch, dass „Art 82 DSGVO nur eine Beweislastumkehr in Bezug auf das Verschulden“ anordne.<sup>1206</sup> Dies hat zur Folge, dass die betroffene Person als Kläger die Haftungsvoraussetzungen der Kausalität und der Rechtswidrigkeit zu beweisen hat. Die Unionsgerichte fordern für einen unmittelbaren und vorhersehbaren Kausalverlauf,<sup>1207</sup> der OGH wendet die Adäquanztheorie auch auf die Verletzung von Schuldverhältnissen an.<sup>1208</sup> Im Lichte des Effektivitätsprinzips soll der Anscheinsbeweis der Kausalität genügen;<sup>1209</sup> „das nationale Beweisrecht“ darf „keine unüberbrückbaren Hürden für die Geltendmachung des Anspruchs vorsehen“.<sup>1210</sup> Es muss ein Kausalzusammenhang zwischen rechtswidrigem Verhalten und dem Schaden bestehen.<sup>1211</sup> Die Rechtswidrigkeit ergibt sich im hier interessierenden Zusammenhang aus der Verletzung der Schutz- und Sorgfaltspflichten aus der DSGVO, welche sich auf einen Vertrag zwischen Verantwortlichem und betroffener Person beziehen.

Diese Pflichten bestehen beispielsweise darin, dass Daten nur nach auf einer Rechtsgrundlage nach Art 6 DSGVO und nach Treu und Glauben verarbeitet werden; ferner zählen die allgemeinen Transparenzpflichten nach Art 12 ff sowie die anlassbezogene Warnpflicht nach Art 34 zu den vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber der betroffenen Person; eine Verletzung solcher Pflichten stellt nicht zuletzt die Erschwerung oder gar Verunmöglichung der Ausübung des Rechts auf Einschränkung der Verarbeitung gemäß Art 18, der Datenlöschung aus Art 17 oder des Widerspruchs nach Art 21 dar. Bei der Führung von Verarbeitungsverzeichnissen nach Art 30, der Gewährleistung allgemeiner Datensicherheit laut Art 32, der Vornahme einer Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art 35 oder der Benennung eines Datenschutzbeauftragten nach Art 37 handelt es sich indessen nicht direkt um subjektive Privatrechte der betroffenen Person, sondern vielmehr um *Ordnungsvorschriften*, welche primär dem Verwaltungsrecht zuzuordnen sind. Das Datenschutz-Privatrecht ist prinzipiell autonom gegenüber den öffentlich-rechtlichen

---

Datenschutz-Grundverordnung, NJW 2018, 113 [116]; *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202 [204]; *Zankl*, Unklare DSGVO-Haftung, *ecolex* 2017, 1150 [1151].

<sup>1206</sup> OGH 27.11.2019, 6 Ob 217/19h; vgl. OLG Innsbruck 13.02.2020, 1 R 182/19b (<https://www.addendum.org/files/uploads/2099/03/Berufungsentscheidung-OLG-Innsbruck.pdf>; Abruf 09.03.2020).

<sup>1207</sup> Vgl. *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 185; *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 140 ff, mwN.

<sup>1208</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0022606, RS0109228.

<sup>1209</sup> Zu den Voraussetzungen RIS-Justiz RS0022664, RS0040287, RS0040274; vgl. auch *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 70 f.

<sup>1210</sup> OGH 27.11.2019, 6 Ob 217/19h, mit Verweis auf *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 153 ff.

<sup>1211</sup> Vgl. ebd., 140, 151, 154.

Anordnungen der DSGVO:<sup>1212</sup> „Verhaltenspflichten des Verwaltungsrechts sind für die privatrechtliche Haftung weder verbindlich noch abschließend.“<sup>1213</sup> Dies gilt sowohl für den deliktischen Anspruch wegen Ordnungsverstößen gemäß dem Wortlaut des Art 82 Abs 1 DSGVO als auch für den Anspruch, welcher sich aus den im Vertrag rezipierten Schutz- und Sorgfaltspflichten aus der Verordnung ergibt. Damit die betroffene Person aus einer Verletzung des Datenschutzrechts einen Schadenersatzanspruch ableiten kann, muss sie den Verstoß gegen eine Norm behaupten, welche sie im Speziellen schützt und nicht bloß auf „Systemdatenschutz“<sup>1214</sup> abzielt. Dieser ist vom Verantwortlichen insbesondere durch „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ gemäß Art 24 f DSGVO zu gewährleisten und stellt insoweit einen Maßstab für diverse Verhaltensstandards dar. Diese sind nach der Feststellung der zivilrechtlichen Rechtswidrigkeit auf Verschuldensebene bei der Fahrlässigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

Es kann also festgestellt werden, dass nur Betroffenenrechte im engeren Sinne Gegenstand der vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten darstellen, während Ordnungsvorschriften erst auf Verschuldensebene heranzuziehen sind. Letzteres gilt ebenso für die Einhaltung von *Verhaltensregeln* gemäß Art 40 DSGVO: Diese werden von Verbänden und anderen Vereinigungen „nach Maßgabe der Besonderheiten der einzelnen Verarbeitungsbereiche und der besonderen Bedürfnisse von Kleinstunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen“ ausgearbeitet, um die Bestimmungen der Verordnung für die Bedürfnisse der Praxis zu präzisieren, und anschließend staatlich genehmigt. Solche Regeln können „als Gesichtspunkt herangezogen werden, um die Erfüllung der Pflichten des Verantwortlichen nachzuweisen.“<sup>1215</sup> Die Formulierung „Erfüllung der Pflichten“ ist jedoch dahingehend einschränkend zu verstehen, dass in erster Linie Pflichten des Verwaltungsrechts gemeint sind, welche zivilrechtlich lediglich Verhaltensstandards<sup>1216</sup> darstellen und somit erst auf Verschuldensebene Bedeutung gewinnen. Undogmatisch lässt sich hier ähnlich wie bei technischen Normen, „welche regelmäßig die anerkannten Regeln der Technik für die beteiligten Verkehrskreise widerspiegeln“,<sup>1217</sup> von der „Wirkung eines antizipierten

---

<sup>1212</sup> Allgemein *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 35 ff.

<sup>1213</sup> Ebd., 272 f, mwN.

<sup>1214</sup> Zu diesem Begriff nach Art 5 Abs 1 lit f DSGVO *Roßnagel* in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 5, Rz 167 ff; *Reimer* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 5, Rz 45.

<sup>1215</sup> Art 24 Abs 3 DSGVO; vgl. Art 25 Abs 5, Art 32 Abs 3, Art 35 Abs 8.

<sup>1216</sup> Zur Unterscheidung zwischen Verhaltenspflichten und -standards *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 145 ff.

<sup>1217</sup> Vgl. ebd., 277 f; vgl. die Zertifizierung nach Art 42 DSGVO.

Sachverständigengutachtens“ sprechen, welches „im Einzelfall widerleglich“ ist.<sup>1218</sup> Jedenfalls ist damit keine pauschale Haftungsbefreiung nach den Anforderungen des Art 82 Abs 3 DSGVO verbunden.<sup>1219</sup>

Die Fahrlässigkeit als Verschuldensform darf nicht mit der Rechtswidrigkeit gleichgesetzt werden.<sup>1220</sup> Ein Verstoß gegen die DSGVO und einen im Zusammenhang mit der Datenverarbeitung stehenden Vertrag ist objektiv festzustellen, indem die Nichtkonformität des äußeren Verhaltens mit einschlägigen Privatrechtsnormen geprüft wird.<sup>1221</sup> Die Fahrlässigkeit ist als Schuldform dagegen naturgemäß eine Haftungsvoraussetzung, welche sich aus dem Inneren des Täters ergibt; es muss somit die Aufmerksamkeit auf dessen subjektive Einstellung gelenkt werden.<sup>1222</sup> „Am schwersten wiegt der Mangel, der den Willen des Menschen betrifft.“<sup>1223</sup> Das Verschulden bedeutet daher „subjektive Vorwerfbarkeit“.<sup>1224</sup> Der „Grad des Verschuldens“ wird ferner als Maß für die „Schwere des Zurechnungsgrundes“ betrachtet.<sup>1225</sup> Es muss gefragt werden, ob der Täter hätte anders, und zwar richtig handeln können<sup>1226</sup> – leidet er unter einem erheblichen Verstandesmangel, kann ihm die Tat gemäß § 1308 ABGB nicht zugerechnet werden.<sup>1227</sup> § 1294 ABGB spricht von einem „Versehen“, wenn der Schaden „aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist.“ *Koziol* erblickt in den beiden letztgenannten Fällen eine gewisse „Objektivierung des Bewertungsmaßstabes“; dies hänge damit zusammen, dass § 1297 ABGB vermutet, dass „jeder[,] welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig sey, welcher bey gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann.“<sup>1228</sup> Mithin liegt

---

<sup>1218</sup> Ebd., 39 f.

<sup>1219</sup> Vgl. *Bergt* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 82, Rz 50.

<sup>1220</sup> Vgl. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht<sup>2</sup> (1996), Rz 366; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1294 (Stand 1.1.2018), Rz 62.

<sup>1221</sup> Vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 5/42; *dens.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/92.

<sup>1222</sup> Dazu *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 5/35; *ders.*, AcP 196, 593 [595].

<sup>1223</sup> *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 49.

<sup>1224</sup> *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1294 (Stand 1.1.2007), Rz 20; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 1294 (Stand 1.1.2018), Rz 56; vgl. *E. Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup>, § 1294 (2018), Rz 27.

<sup>1225</sup> *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/80; vgl. §§ 1323 f ABGB.

<sup>1226</sup> Vgl. *dens.*, AcP 196, 583 [595].

<sup>1227</sup> Vgl. *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 56 f.

<sup>1228</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 5/35; *ders.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/82.

Fahrlässigkeit in der Regel erst dann vor, „wenn die objektiv gebotene Sorgfalt aus subjektiv zu vertretenden Gründen nicht eingehalten wird“.<sup>1229</sup>

Aus unionsrechtlichen Gesichtspunkten darf es bei der Haftung allerdings nicht in übertriebenem Ausmaß auf die subjektiven Umstände aufseiten des Schädigers ankommen,<sup>1230</sup> da sonst die effektive Durchsetzung des Unionsrechts gefährdet würde.<sup>1231</sup> Als Gegenpol zur subjektorientierten Verschuldenshaftung in Österreich lässt sich die Haftung für objektive Fahrlässigkeit anführen, wie sie in der Anfangszeit des BGB nach dessen § 276 in aller Strenge angenommen wurde: Nicht der „Durchschnittsphilister“ könne die Maßfigur bilden, sondern „die im Verkehre erforderliche Sorgfalt“ sei zwingend zu beachten. „Gemeint ist, wie sich in gleicher Lage ein praktischer, gewissenhafter Mensch benommen hätte.“<sup>1232</sup> Dementsprechend könne auch nicht auf individuelle Unterschiede Bedacht genommen werden: „Welche Schwierigkeit im Leben, wenn man dies alles zu beachten hätte, welche Weitläufigkeit und Unsicherheit im Prozesse!“<sup>1233</sup> Nun schlägt *Kerschbaumer-Gugu* vor, die Haftung aus Art 82 DSGVO als „stark objektivierte Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr hinsichtlich des objektivierten Verschuldens“ zu verstehen. „Subjektive Elemente“, so der Autor, „spielen bei der Beurteilung des Verschuldens keine Rolle.“<sup>1234</sup> Daher solle die sonst auf Schuldverhältnisse beschränkte<sup>1235</sup> Sachverständigenhaftung des § 1299 ABGB analog auf jeden datenschutzrechtlichen Verantwortlichen angewendet werden, sodass die Maßfigur zutreffend nur durch einen „ordentlichen, gewissenhaften und mit datenschutzrechtlichen Werten verbundenen Verantwortlichen“ dargestellt werden könne.<sup>1236</sup> Dies lasse sich durch die „abstrakt hohe Gefährlichkeit“ jeder Datenverarbeitung „für den Schutz personenbezogener Daten“ rechtfertigen.<sup>1237</sup>

Freilich kann die floskelhafte Anwendung des Grundsatzes der Effektivität nach Art 4 Abs 3 EUV eine dogmatisch sorgfältige Ausgestaltung der Haftung nicht ersetzen.<sup>1238</sup> Gleichwohl die DSGVO wie oben dargestellt keine Gefährdungshaftung vorsieht, könnte ein Anhaltspunkt für die Haftung aus tendenziell objektiviertem Verschulden in der typischen

---

<sup>1229</sup> *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1294 (Stand 1.1.2007), Rz 21, mwN.

<sup>1230</sup> Vgl. *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 157.

<sup>1231</sup> Überhaupt für die verschuldensunabhängige Haftung für Diskriminierungen EuGH 08.11.1990, C-177/88 (Dekker); EuGH 22.04.1997, C-180/95 (Draempaehl).

<sup>1232</sup> *Dernburg*, Schuldverhältnisse I<sup>3</sup>, § 63.

<sup>1233</sup> Ebd.

<sup>1234</sup> *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 160.

<sup>1235</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0026234.

<sup>1236</sup> *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 168.

<sup>1237</sup> Ebd., 160.

<sup>1238</sup> Vgl. *Spitzer*, ÖJZ 2019, 629 [*passim*].

Gefährlichkeit von Datenverarbeitungsanlagen liegen:<sup>1239</sup> Wennzwar diese in mehreren Alltagsgegenständen des heutigen Durchschnittsmenschen verkörpert sind und somit zur gesellschaftlichen Norm gehören, besteht doch die fortwährende Gefahr eines Kontrollverlustes, indem beispielsweise ein Programmfehler auftreten oder das System von außen angegriffen und zu verbotenen Zwecken missbraucht werden kann. Der typische Nutzer eines Mobiltelefons weiß aber über dessen Funktionsweise nicht Bescheid und kann im Ernstfall keine gefahrabwendenden Maßnahmen setzen; ein kleines Unternehmen wird sich mit seinem Rechensystem ebenfalls nicht hinreichend auskennen. Insofern ist die unterschiedslose analoge Anwendung des § 1299 ABGB nicht geeignet, weil technologische Fachkenntnisse nicht von allen Verantwortlichen erwartet werden; zu streng ist daher die Forderung, entweder „die strenge Haftung in Kauf“ zu nehmen oder auf die Datenverarbeitung gänzlich zu verzichten.<sup>1240</sup> Dass die Datenverarbeitung mit Blick auf deren kommunikativen Aspekt nicht durch prohibitiv wirkende Haftungsrisiken unverhältnismäßig gehemmt werden darf, liegt im Sinne des freien Datenverkehrs gemäß Art 1 DSGVO sowie der Informationsfreiheit nach Art 11 GRC. Zudem bedeutet der Grundsatz von Treu und Glauben nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO gerade keine undifferenziert strikte Haftung, sondern die kontextsensible Konkretisierung von Pflichten und Sorgfaltsmaßstäben.

Es ist dadurch selbstverständlich nicht ausgeschlossen, dass bestimmte Verantwortliche als Datenverarbeitungs-Sachverständige zu behandeln sind. Während vom Friseur oder Tischler beim elektronischen Erfassen von Kundendaten keine besonderen technischen Kenntnisse erwartet werden, haben sich Betreiber sozialer Netzwerke und führende Technologiehersteller geradezu auf die Verarbeitung personenbezogener Daten spezialisiert. Sie haben die personelle und technische Kompetenz, den Datenschutz auf hohem Niveau zu implementieren, und verarbeiten Daten häufig für eigene kommerzielle Zwecke, beispielsweise zur personalisierten Werbung<sup>1241</sup> oder Produktverbesserung. Gerade in Vertragsverhältnissen, welche typischerweise mit dem Vertrauen in besondere Fähigkeiten verbunden sind, kann das Institut der „differenzierten Maßfigur“<sup>1242</sup> daher Anwendung finden. Von einer Bonitätsdaten verarbeitenden Bank wird beispielsweise erwartet, die betreffende Datenbank sorgfältig und wahrheitsgemäß zu führen. Von professionellen

---

<sup>1239</sup> Zu einer solchen Haftung für gefährliche Sachen *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 5/40; *ders.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/90.

<sup>1240</sup> *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 161.

<sup>1241</sup> Vgl. EuGH 05.06.2018, C-210/16 (Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein), Rz 60; GA *Bot*, Schlussantrag vom 24.10.2017 zu EuGH C-210/16. Rz 94.

<sup>1242</sup> Dazu *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen (1974), 54 ff, 64 ff.

Akteuren kann allgemein verlangt werden, dass sie angemessen über die anwendbaren Datenschutzvorschriften informiert sind, wenn sie personenbezogene Informationen verarbeiten, sodass die Berufung auf einen Rechtsirrtum keinen Erfolg haben wird. Dies korrespondiert damit, dass bei selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit gemäß § 347 UGB die „Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers“ zu vertreten ist. Wer in einer solchen Position subjektiv dennoch nicht in der Lage ist, das Datenschutzrecht sorgfältig einzuhalten, setzt sich dem Vorwurf der Übernahmefahrlässigkeit aus.<sup>1243</sup>

Das Vertragsverhältnis und das darin üblicherweise investierte wechselseitige Vertrauen<sup>1244</sup> vermögen im Zusammenspiel mit der Gefährlichkeit der Technologie und der besonderen Kompetenz des Verantwortlichen das Entstehenmüssen für objektive Sorgfalt vollends rational zu begründen. In diesem Sinne sind Gefährlichkeit, Sachverstand und das Vorliegen einer Sonderverbindung Elemente eines beweglichen Systems<sup>1245</sup> der Sorgfaltsmaßstabs nach der DSGVO.

### 3. Arbeitsteilung und wirtschaftliche Betrachtung

Gemäß Art 4 Z 7 DSGVO ist datenschutzrechtlich Verantwortlicher, wer „über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“, während nach Z 8 der *Auftragsverarbeiter* eine Person ist, „die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“. Der Verantwortliche kann sich also eines Dienstleisters bedienen, welcher von ihm gemäß Art 28 Abs 3 lit a dokumentierte Weisungen einzuholen hat. Zudem normiert Art 29, dass der Auftragsverarbeiter und jede diesem oder dem Verantwortlichen selbst „unterstellte Person“ grundsätzlich nur auf Weisung des Verantwortlichen personenbezogene Daten verarbeiten darf. Verarbeitet ein weisungsunterworfener Akteur eigenmächtig Daten, indem er selbständig über Zweck und Mittel der Verarbeitung bestimmt, gilt er gemäß Art 28 Abs 10 als Verantwortlicher; es wird hierbei auch von einem „Auftragsverarbeitungsexzess“ gesprochen.<sup>1246</sup> Freilich geht die Verantwortlichkeit für die Gesamtheit aller verarbeiteten Daten nicht durch eine punktuelle Zuständigkeitsüberschreitung auf den zum Verantwortlichen werdenden Auftragsverarbeiter über; vielmehr ist eine Feinabgrenzung der einzelnen Verarbeitungsvorgänge gemäß Art 4 Z 2

---

<sup>1243</sup> Sinngemäß *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 161.

<sup>1244</sup> Vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/88; *dens.*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>, Rz 5/37; *dens.*, AcP 196, 593 [605 ff].

<sup>1245</sup> Vgl. *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 28 f.

<sup>1246</sup> *Geuer/Reinisch*, Abgrenzungsfragen zur Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure der Datenschutz-Grundverordnung, *jusIT*, 2018, 97 [99 f]; *Ingold* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 28, Rz 25.

anhand der jeweiligen Teleologie vorzunehmen.<sup>1247</sup> Im Interesse des flüssigen Verarbeitungsverkehrs und der Effektivität des Datenschutzes sollte „die objektive Qualifikation der Abläufe“ anstatt subjektiver Intentionen maßgeblich sein, „sodass der Grad der Verantwortung nicht von den Parteien frei bestimmbar ist.“<sup>1248</sup> Entscheidend sind die „faktischen bzw. funktionellen tatsächlichen Verhältnisse“.<sup>1249</sup> Es wird angenommen, dass unter anderem Banken, Kreditauskunfteien und Inkassobüros in aller Regel eigenverantwortlich Daten verarbeiten.<sup>1250</sup> Zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter muss gemäß Art 28 Abs 3, 9 DSGVO ein schriftlicher Vertrag über Gegenstand und Modalitäten Auftragsverarbeitung abgeschlossen werden, welcher jedoch für die Rollenverteilung nicht konstitutiv ist.<sup>1251</sup>

Zwecks Herstellung eines hohen Datenschutzniveaus legt der EuGH den Begriff des Verantwortlichen weit aus: So ist ein Suchmaschinenbetreiber als Verantwortlicher ungeachtet der Tatsache einzustufen, dass „die auf den Internetseiten Dritter veröffentlichten personenbezogenen Daten nicht seiner Kontrolle unterliegen“;<sup>1252</sup> eine gemeinsame Verantwortlichkeit<sup>1253</sup> sei nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass nicht jeder der Beteiligten „Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten hat“;<sup>1254</sup> auch die Nutzung einer fremden Plattform verhindert nicht zwangsläufig die Verantwortlichkeit.<sup>1255</sup> Allerdings kommt eine Person, welche lediglich für „vor- oder nachgelagerte Vorgänge in der Verarbeitungskette“ zuständig ist, „für die sie weder die Zwecke noch die Mittel festlegt“, nicht als Verantwortlicher in Betracht.<sup>1256</sup> Das wirtschaftliche Interesse fungiert als ein Faktor bei der Beurteilung dieser Eigenschaft.<sup>1257</sup> Nach dem VwGH ist für die Berechnung von

---

<sup>1247</sup> Vgl. EuGH 29.06.2019, C-40/17 (Fashion ID).

<sup>1248</sup> *Schreiber*, Gemeinsame Verantwortlichkeit gegenüber Betroffenen und Aufsichtsbehörden. Anwendungsbereiche, Vertragsgestaltung und Folgen nicht gleichwertiger Verantwortung, ZD 2019, 55 [58]. Diese Aussage lässt sich auf die Auftragsverarbeitung übertragen.

<sup>1249</sup> *Hartung* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 28, Rz 27; vgl. *Art-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, WP169, 1, 12, 33, 38.

<sup>1250</sup> Vgl. *Tretzmüller*, Wann muss ein Auftragsverarbeitervertrag nach Art 28 DSGVO abgeschlossen werden?, Dako 2019, 6 [7 f].

<sup>1251</sup> Vgl. *Bogendorfer* in Knyrim, DatKomm, Art 28 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 67, mwN; *Hartung* in Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG<sup>2</sup>, Art 28, Rz 61; *Art-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, 33.

<sup>1252</sup> EuGH 14.05.2014, C-131/12 (Google Spain und Google).

<sup>1253</sup> Vgl. Art 26 DSGVO.

<sup>1254</sup> EuGH 29.06.2019, C-40/17 (Fashion ID); vgl. EuGH 10.07.2018, C-25/17 (Zeugen Jehovas).

<sup>1255</sup> EuGH 05.06.2018, C-210/16 (Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein).

<sup>1256</sup> EuGH 29.06.2019, C-40/17 (Fashion ID).

<sup>1257</sup> Ebd.

Bonitätswerten derjenige verantwortlich, der den Auftrag dazu erteilt und den Algorithmus vorgibt.<sup>1258</sup>

Es ist nun zu klären, inwieweit dem Verantwortlichen im Anwendungsbereich der DSGVO das Verhalten Dritter haftungsrechtlich zugerechnet werden kann. Art 82 enthält dazu keine ausdrückliche Antwort,<sup>1259</sup> deutet aber die grundsätzliche Zurechenbarkeit des Verhaltens seitens des Auftragsverarbeiters zum Verantwortlichen an, indem ersterer von der Haftung befreit wird, sofern er gemäß Abs 2 „seinen speziell den Auftragsverarbeitern auferlegten Pflichten aus dieser Verordnung“<sup>1260</sup> nachgekommen ist und die „rechtmäßig erteilten Anweisungen“ befolgt hat. Müsste der Verantwortliche bei in diesem Sinne ordnungsgemäßem Verhalten des Auftragsverarbeiters für trotzdem entstehende Schäden nicht eintreten,<sup>1261</sup> bliebe die betroffene Person trotz eines Datenschutzverstößes ohne Anspruch.<sup>1262</sup>

Da es sich nun um das Problem der Haftung für das Verhalten Dritter handelt, ist das zivilrechtliche Institut der Gehilfenhaftung angesprochen.<sup>1263</sup> Im hier behandelten Zusammenhang der vertraglichen Verantwortlichkeit interessiert die Haftung für Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 1313a ABGB. Es ist freilich in Erinnerung zu halten, dass ABGB und DSGVO auch in diesem Punkt zwei verschiedene Regelungsebenen darstellen, welche einander wechselseitig ergänzen, aber begrifflich zu trennen sind: Der Begriff des Auftragsverarbeiters gemäß Art 28 DSGVO ist weder mit dem des Auftragnehmers nach § 1002 ff ABGB noch mit dem des Gehilfen nach §§ 1313a, 1315 ABGB bzw. § 19 Abs 2 EKHG oder vergleichbaren zivilrechtlichen Normen deckungsgleich.<sup>1264</sup> Art 28 Abs 3, 4 DSGVO ordnen einen schriftlichen Vertragschluss zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter an, der zwar notwendig für die Haftungsbefreiung des

---

<sup>1258</sup> Vgl. VwGH 11.12.2019, 2009/17/0223.

<sup>1259</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 161; *Boehm* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Art 82, Rz 24.

<sup>1260</sup> Dazu *Bergt* in *Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG<sup>2</sup> (2018), Art 82, Rz 31 ff.

<sup>1261</sup> Siehe die Fälle bei *Schweiger* in *Knyrim*, *DatKomm*, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 63;

<sup>1262</sup> Dazu allgemein *Ondreasova*, Die Gehilfenhaftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum österreichischen Recht mit Vorschlägen zur Reform (2013), 42 ff, mwN.

<sup>1263</sup> Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 161 ff; *Schweiger* in *Knyrim*, *DatKomm*, Art 82 DSGVO (Stand 1.12.2018), Rz 54, dort allerdings zu pauschal hinsichtlich vertraglicher Haftung.

<sup>1264</sup> Zur alten Rechtslage schon RIS-Justiz RS0054140.

Auftragsverarbeiters nach Art 82 Abs 2 ist,<sup>1265</sup> aber keine Relevanz für die Gehilfenzurechnung hat, welche nun näher zu behandeln ist.

Allen Regelungen der Zurechnung des Verhaltens Dritter ist gemeinsam, dass hinter ihnen wirtschaftliche Überlegungen zu vermuten sind. Der Rückgriff auf Dritte zur Besorgung eigener Interessen ist eine Arbeitsteilung, welche regelmäßig den Aktionsradius des Prinzipals bedeutet.<sup>1266</sup> Die Tatsache, dass mehrere Akteure ihre Handlungen zu einem Zweck verbinden sollen, führt zur „Notwendigkeit an Koordination“, welche „zusätzlich ein eigenständiges Risiko“ schafft.<sup>1267</sup> Im Datenschutzrecht entstehen dabei die „spezifischen Risikopotentiale aus der Inanspruchnahme externer Dienstleister“:<sup>1268</sup> Je mehr Auftragsverarbeiter eingesetzt werden, desto mehr Akteure haben Einblick in Informationen über die Persönlichkeit des Betroffenen, desto höher ist die Gefahr der Intransparenz, desto schwieriger gestaltet sich die Anspruchsdurchsetzung, wenn die betroffene Person nicht weiß, an welchen der Beteiligten sie sich wenden muss. ErwGr 79 DSGVO trägt diesem Problem Rechnung und verlangt daher eine „klare[] Zuteilung der Verantwortlichkeiten“.

Nach *Wilburg* muss auf die „natürliche Gestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse“ abgestellt werden.<sup>1269</sup> Damit die Haftung im dezentral organisierten Wirtschaftsleben sinnvoll zugewiesen werden kann, müssen wirtschaftliche Einheiten identifiziert werden:

„Die einzelnen Tätigkeiten des Geschäftslebens lösen sich aus ihrer komplizierten Interessenverknüpfung und bilden als organisierte Einheiten die Unternehmen.

Der Unternehmer repräsentiert hierbei den Einsatz der Mittel zu einem bestimmten Zweck. Je stärker dieser Einsatz organisiert ist, desto klarer tritt der Unternehmer unter anderen Personen, die am Unternehmen ein näheres oder weiteres Interesse haben, hervor.“<sup>1270</sup>

Ein solcher Unternehmer entscheidet nicht nur über Zweck und Mittel des Betriebes, sondern ist auch verfügungsberechtigt sowie an Gewinn und Verlust beteiligt.<sup>1271</sup> Bei ökonomischer Betrachtung gelangt der Autor zum Ergebnis, dass die Haftung beim Unternehmer

---

<sup>1265</sup> Vgl. *Bogendorfer* in Knyrim, *DatKomm*, Art 28 DSGVO (Stand 1.10.2018), Rz 67, mwN; *Hartung* in Kühling/Buchner, *DSGVO/BDSG*<sup>2</sup>, Art 28, Rz 61; *Martini* in Paal/Pauly, *DS-GVO*, *BDSG*<sup>2</sup>, Art 28, Rz 37.

<sup>1266</sup> Vgl. *Ondreasova*, *Gehilfenhaftung*, 29 ff.

<sup>1267</sup> Ebd., 36.

<sup>1268</sup> *Ingold* in Sydow, *Europäische Datenschutzgrundverordnung*<sup>2</sup>, Art 28, Rz 31.

<sup>1269</sup> *Wilburg*, *Elemente des Schadensrechts*, 193.

<sup>1270</sup> Ebd., 195 f. Die *Art-29-Datenschutzgruppe* hat sich ähnlich geäußert: „Obwohl jeder der Akteure auf Mikroebene seine eigenen Zwecke verfolgt, sind die verschiedenen Phasen sowie die Zwecke und Mittel der Verarbeitung auf Makroebene eng verknüpft.“ (Stellungnahme zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, 25)

<sup>1271</sup> Vgl. *Wilburg*, *Elemente des Schadensrechts*, 194 ff.

„konzentriert“<sup>1272</sup> werden müsse – dies entspreche der „Einfachheit des Verkehrs und dem wirtschaftlichen Bedürfnisse, den Kreis der weiteren Beteiligten zu entlasten“.<sup>1273</sup> „Der Rechtsverkehr neigt dazu, die Haftung demjenigen zuzuschreiben, der ein Lebensverhältnis beherrscht.“<sup>1274</sup> – Eine solche Herrschaft liegt insbesondere dann vor, wenn einer Person eine Weisungsbefugnis zukommt, wie sie sich aus Art 28 Abs 3 lit a und Art 29 DSGVO ergibt. Häufig wird als Haftungsgrund die gewünschte Korrespondenz von Vor- und Nachteil angeführt,<sup>1275</sup> insbesondere bei der Problematik der Gehilfenhaftung.<sup>1276</sup> Unter anderem für den vertraglichen Bereich<sup>1277</sup> lautet § 1313a ABGB folgendermaßen:

„Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.“

Bei näherer Betrachtung wird auffallen, dass ein Verschulden des Gehilfen in vielen Fällen nicht denkbar ist, da er nicht Vertragspartei ist und demnach nicht vertragswidrig handeln kann, was jedoch gemäß §§ 1294 f ABGB Voraussetzung für das Verschulden in Bezug auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit ist. – Deshalb wird die Vorschrift in der Formulierung „Verschulden“ nicht beim Wort genommen, sondern es wird eine „Als-ob-Betrachtung“<sup>1278</sup> vorgenommen: Das Handeln des Gehilfen wird dem Geschäftsherrn insoweit zugerechnet, als es rechtswidrig und schuldhaft wäre, wenn er es selbst vorgenommen hätte.<sup>1279</sup> Es wird folglich der Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsherrn und nicht des Gehilfen herangezogen. Dies hat für das Datenschutzrecht die Konsequenz, dass ein Friseur, welcher ein führendes IT-Unternehmen mit der Verarbeitung beauftragt, lediglich die Datenschutzkompetenz eines ordentlichen Friseurs zu vertreten hat. Eine solche Behandlung ist sachgerecht, da die betroffene Person sich im Falle einer Schädigung infolge Datenschutzverletzung in der Regel mit einem deliktischen Anspruch aus Art 82 DSGVO direkt an den Auftragsverarbeiter richten kann, welcher nur dann von der Haftung befreit ist, wenn er gemäß Abs 3 nachweist, „in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist,

---

<sup>1272</sup> Vgl. zur Auftragsverarbeitung *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 164 f.

<sup>1273</sup> *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 201.

<sup>1274</sup> Ebd., 195.

<sup>1275</sup> Vgl. ebd., 136; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/105, 193.

<sup>1276</sup> Vgl. *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 226; *Ondreasova*, Gehilfenhaftung, 29 ff, 41 f; teils kritisch *Hacker*, Verhaltens- und Wissenszurechnung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, RW 2018, 243 [254, 280 f].

<sup>1277</sup> Dazu ausführlich *Ondreasova*, Gehilfenhaftung, 58 ff, mwN.

<sup>1278</sup> *Hacker*, RW 2018, 243 [261 f], für den ähnlichen § 278 BGB.

<sup>1279</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0028655, RS0022747; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, D/2/59 f; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1313a (Stand 1.1.2004), Rz 12; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup>, § 1313a (Stand 1.3.2019), Rz 76.

verantwortlich“ zu sein. Da der Anspruchsgegner nicht der Friseur, sondern das IT-Unternehmen ist, ist für die Bestimmung der Verantwortlichkeit ein auf letzteres zugeschnittener objektiver Sorgfaltsmaßstab heranzuziehen.<sup>1280</sup> Es entspricht aber dem Wesen der Vertragshaftung, dass nur insoweit Schadenersatz geschuldet ist, als der Schuldner gegen eine Vertragspflicht verstoßen hat, deren Erfüllung oder Einhaltung konkret von ihm erwartet werden darf.

Damit die Schädigung durch einen Gehilfen dem Geschäftsherrn nach § 1313a ABGB zugerechnet werden könne, muss ein „sachlicher Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung für den Geschäftsherrn vorliegen“, welcher dem jeweiligen „Aufgabenkreis“ des Gehilfen entspricht.<sup>1281</sup> Nach der Rechtsprechung besteht ein „innerer Sachzusammenhang der schädigenden Handlung des Erfüllungsgehilfen mit der Vertragserfüllung“, wenn dieser den Schaden nicht nur *gelegentlich*, sondern *bei* der Vertragserfüllung verursacht hat:

„Nur dann, wenn die unerlaubte Handlung des Gehilfen in den Aufgabenbereich eingreift, zu dessen Wahrnehmung er vom Schuldner bestimmt worden ist, hat der Schuldner dafür einzustehen.“<sup>1282</sup>

Für *Koziol* ist auch diese Abgrenzung eine „kaum zwingend zu lösende Wertungsfrage“.<sup>1283</sup> Zu bemerken ist, dass die Gehilfenzurechnung auch dann nicht zwingend ausscheidet, wenn der Auftragsverarbeiter zum datenschutzrechtlich Verantwortlichen wird, indem er sich gerade innerhalb seines Aufgabenkreises und in Erfüllung der Auftragsverarbeitung die eigenmächtige Entscheidung über Zweck und Mittel der Verarbeitung anmaßt. Nach *Ondreasova* ist sogar der innere Zusammenhang mit der Erfüllung durch das Zuwiderhandeln gegen eine Weisung indiziert.<sup>1284</sup> Der Zusammenhang mit der Erfüllung einer Verbindlichkeit kann zudem „nach dem aus dem gesamten System des genormten Schadenersatzrechtes abzuleiten Risikozuweisungszweck der genannten Gesetzesstelle ermittelt werden“.<sup>1285</sup> Nach der Art 28 f DSGVO handelt es sich beim Auftragsverarbeiter eindeutig um jemanden, der für den Verantwortlichen tätig wird, wobei das maßgebliche Risiko die Persönlichkeit der betroffenen Person trifft; die Verordnung sieht daher vor, dass diese Gefahr durch Delegation der Verarbeitung nicht aus dem Bereich des Verantwortlichen fällt. Die Grenze sollte daher durch die Vorhersehbarkeit eines rechtswidrigen Handelns des Auftragsverarbeiters gezogen werden: In diesem Sinne sind die „typischen nachteiligen Folgen [...], die mit dem Einsatz

---

<sup>1280</sup> Siehe oben, D.2.

<sup>1281</sup> *Ondreasova*, Gehilfenhaftung, 63, mwN.

<sup>1282</sup> RIS-Justiz RS0028626; vgl. RS0028499; *Schlesinger*, ZBl 44, 721 [748].

<sup>1283</sup> *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/107.

<sup>1284</sup> Vgl. *Ondreasova*, Gehilfenhaftung, 64, mwN.

<sup>1285</sup> RIS-Justiz RS0028530.

eines Gehilfen zu erwarten sind“, dem Geschäftsherrn zuzurechnen.<sup>1286</sup> Als weiteres Element lässt sich das Interessenverfolgungsprogramm<sup>1287</sup> sowie die willentliche Auswahl des Gehilfen<sup>1288</sup> durch den Verantwortlichen als Vertragspartner anführen.

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung geht auch bei Schutz- und Sorgfaltspflichten<sup>1289</sup> sowie bei Vorbereitungshandlungen<sup>1290</sup> zu weiten Teilen von der Erfüllung einer Pflicht im Sinne des § 1313a ABGB aus. Es kommt daher auf die besondere Situation an, welche durch das Eingehen einer Sonderbeziehung entsteht, und diese „erleichtert die Schädigung erheblich.“<sup>1291</sup> Durch die „für die Vertragserfüllung notwendige Öffnung der Sphäre des Gläubigers“ als betroffener Person ist eine „Intensivierung des Pflichtenprogramms der Sonderbeziehung“ gerechtfertigt.<sup>1292</sup> Hinzu tritt die besondere Intransparenz der Auftragsverarbeitung für die betroffene Person, welche keinen Einfluss auf die Auswahl des Auftragsverarbeiters hat.<sup>1293</sup> Wenn das Datensubjekt in eine Verarbeitung einwilligt oder einen Vertrag abschließt, welcher nach Art 6 Abs 1 lit b DSGVO zur Verarbeitung berechtigt, mindert sie ihre eigene „Gefahrenbeherrschungsmöglichkeit [...] im Vertrauen auf den Schuldner“.<sup>1294</sup> Dies dürfte überhaupt bei jeder Preisgabe personenbezogener Daten gelten. Das Vertragsverhältnis intensiviert jedoch deliktische Pflichten aus der DSGVO, indem es sie in vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten umsetzt; setzt der vertraglich gebundene Verantwortliche einen Auftragsverarbeiter ein, so liegt in der Möglichkeit der Schädigung durch letzteren eine wesentliche Gefahrerhöhung gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko.<sup>1295</sup> Dieses wird durch die Sonderverbindung „spezifiziert, konkretisiert, verstärkt oder gesteigert“.<sup>1296</sup> Die betroffene Person wird in Vertragsverhältnissen häufig angehalten, selbst bestimmte Daten preiszugeben, teils mit einer gewisse Suggestivkraft.

Zumal der Auftragsverarbeiter mit Zustimmung des Verantwortlichen gemäß Art 28 Abs 2 DSGVO seinerseits Sub-Auftragsverarbeiter einsetzen darf, kommt die Zurechnung einer

---

<sup>1286</sup> RIS-Justiz RS0028483; vgl. RS0028517.

<sup>1287</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0028425.

<sup>1288</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0028729.

<sup>1289</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0026091; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup>, § 1313a (Stand 1.3.2019), Rz 9, mwN; differenziert *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, D/2/7, 51, 54, 56; *ders.*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/112.

<sup>1290</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0028487; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup>, § 1313a (Stand 1.3.2019), Rz 14, mwN.

<sup>1291</sup> *Ondreasova*, Gehilfenhaftung, 79.

<sup>1292</sup> Ebd.

<sup>1293</sup> Vgl. ebd., 78.

<sup>1294</sup> Ebd., 76.

<sup>1295</sup> Vgl. ebd., 73 ff.

<sup>1296</sup> Ebd., 77.

*Gehilfenkette* zum Verantwortlichen in Betracht;<sup>1297</sup> vor dem Hintergrund, dass Zivil- und Datenschutzrecht verschiedene Regelungsebenen bilden, kann eine solche Zurechnung auch dann stattfinden, wenn der Verantwortliche die Sub-Auftragsverarbeitung nicht erlaubt hat. Die Haftung für Datenschutzverletzungen darf im Lichte des ErwGr 79 nicht durch intransparente Verarbeitungsverhältnisse zerstreut werden.

Die Haftung des Verantwortlichen gemäß § 1313a ABGB als Vertragspartner und Geschäftsherrn ist unabhängig von seinem Verschulden.<sup>1298</sup> Daneben besteht weiterhin die Verschuldenshaftung des Verantwortlichen aus Art 82 DSGVO iVm § 1295 ABGB: Er darf erstens nur solche Personen einsetzen, welche nach Art 28 Abs 1 DSGVO „hinreichend Garantien“ für die ordnungsgerechte Verarbeitung bieten; zweitens ist er je nach Umständen zur Erteilung von Weisungen nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet,<sup>1299</sup> und muss Auftragsverarbeitungen gegebenenfalls überwachen und kontrollieren.<sup>1300</sup> Demgemäß macht *culpa in eligendo, inspiciendo, instruendo, organisando* etc. unabhängig von der Erfüllungsgehilfenzurechnung haftbar.<sup>1301</sup>

Wenn das Verhalten des Auftragsverarbeiter dem Verantwortlichen nach § 1313a ABGB zugerechnet wird, folgt daraus die Zurechnung von dessen Mitarbeitern *a maiore ad minorem* und ist daher unproblematisch zu bejahen.<sup>1302</sup>

#### 4. Schuld und Prävention

Das OLG Innsbruck hat in einem rezenten – im Ergebnis durchaus kritisierbaren<sup>1303</sup> – Beschluss eingeräumt, dass der Schadenersatz aus der DSGVO „eine angemessene Sanktion bzw. Konsequenz bei normwidrigem Verhalten“ sei und „auch aus general- und spezialpräventiven Gründen die Einhaltung der Normen sicherstellen“ solle.<sup>1304</sup> Nun stellt die Präventions- und Sanktionswirkung einen „allgemein anerkannten Nebeneffekt jeder

---

<sup>1297</sup> Vgl. *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup>, § 1313a (Stand 1.3.2019), Rz 34; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>, D/2/3;

<sup>1298</sup> Vgl. *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup>, § 1313a (Stand 1.3.2019), Rz 1;

<sup>1299</sup> Der Verzicht auf die Erteilung von Weisungen fällt dann in seine Risikosphäre laut RIS-Justiz RS0121747.

<sup>1300</sup> Vgl. *Ingold* in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup>, Art 28, Rz 70 ff.

<sup>1301</sup> Vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Rz 6/114.

<sup>1302</sup> Dazu bereits ausführlich *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen, 161 ff.

<sup>1303</sup> Vgl. oben, C.2.2.

<sup>1304</sup> OLG Innsbruck 13.02.2020, 1 R 182/19b (<https://www.addendum.org/files/uploads/2099/03/Berufungsentscheidung-OLG-Innsbruck.pdf>; Abruf 09.03.2020).

Haftung“ dar.<sup>1305</sup> Verschiedentlich wird allerdings der präventive Anspruch der DSGVO dermaßen in den Vordergrund gestellt, dass eine verschuldensunabhängige Haftung aus Art 82 angenommen wird. Als zusätzliches, rechtspolitisches Argument könnte man hier anführen, dass der Schadenersatzanspruch als eine Art Prämie für das Vorgehen gegen eine Datenschutzverletzung im Rechtsweg zu deuten sei, dass er einem Regime umfänglicher „dezentrale[r] Rechtsdurchsetzung“ entspringe, welches darauf abzielt, dass das „Eigeninteresse des Individuums gesellschaftliche Gestaltungskräfte entfaltet“.<sup>1306</sup> Allein gerade die Frage, wann eine solche Entfaltung kollektiver Kräfte zugunsten eines individuellen Privatinteresses gerechtfertigt sei, muss erst beantwortet werden. Im traditionellen System des bürgerlichen Haftungsrechts hat genau dann ein Schadenersatz zusprechendes Urteil zu ergehen, wenn der Beklagte dem Kläger rechtswidrig und schuldhaft einen rechtserheblichen Nachteil verursacht hat. Das Verschulden stellt somit als „generelle Voraussetzung für verschiedene nachteilige Rechtsfolgen“ das zentrale Haftungselement dar,<sup>1307</sup> welches auf dem Vorwurf der Gleichgültigkeit gegen das positive Recht beruht. Ausnahmsweise kann die Präventionsfunktion des Schadenersatzes eine objektivierende Betrachtung des Verschuldens rechtfertigen, eine verschuldensunabhängige Haftung jedoch nur im Zusammenspiel mit der für die Gefährdungshaftung charakteristische außerordentliche Gefährlichkeit eines Betriebs.<sup>1308</sup> Eine Wirkung verschuldensunabhängiger Haftung besteht in der Senkung des „Aktivitätsniveaus“, das heißt darin, dass die mit dem Haftungsrisiko belastete Tätigkeit überhaupt reduziert wird.<sup>1309</sup> Im Lichte des Ziels der Förderung eines freien Datenverkehrs kann der DSGVO jedoch nicht unterstellt werden, die Datenverarbeitung als solche für den Verantwortlichen weniger attraktiv machen zu wollen; vielmehr ist es dem Rechtsakt darum zu tun, klare Verhaltensregeln und einen entsprechenden Sorgfaltsmaßstab für ein unionsweit hohes Datenschutzniveau und effektive Rechtsdurchsetzung bei Datenschutzverstößen zu gewährleisten.

Der EuGH hat darüber hinaus judiziert, dass es bei Diskriminierungen wegen des Geschlechts nicht auf das Verschulden des Schädigers ankommen dürfe.<sup>1310</sup> Zunächst ist festzustellen, dass eine Diskriminierung eine Handlung darstellt, deren Verwerflichkeit sich gerade aus der

---

<sup>1305</sup> *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden, 468; vgl. *Wendehorst* in FS Mayer, 827 [829].

<sup>1306</sup> In anderem Kontext *Wagner*, AcP 206, 352 [399]; vgl. ebd., 446 ff, mwN.

<sup>1307</sup> *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät (1988), 177; vgl. *Ehrenzweig*, Schuldhaftung, *passim*.

<sup>1308</sup> Dazu *Koziol*, AcP 196, 593 [601 ff]; siehe oben, D.2.

<sup>1309</sup> Vgl. *Zech*, Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen, ZfPW 2019, 198 [214 ff].

<sup>1310</sup> Vgl. EuGH 08.11.1990, C-177/88 (Dekker); EuGH 22.04.1997, C-180/95 (Draempaehl).

subjektiven Einstellung des Täters gegenüber der Gruppe ergibt, welcher die benachteiligte Person angehört; demgemäß ist die Position des EuGH eher dahingehend zu verstehen, dass das Verschulden nach festgestellter Diskriminierung nicht mehr eingehend geprüft werden muss. Zudem ergingen die betreffenden Entscheidungen über Streitigkeiten des Arbeitsrechts, welches als Sonderprivatrecht einer gewissen Eigengesetzlichkeit folgt. Diese Rechtsprechung kann somit nicht ohne weiteres auf das allgemeine Datenschutz-Zivilrecht übertragen werden, auch nicht auf die Vertragshaftung.

In der aktuellen Methodenlehre des europäisierten bzw. zu europäisierenden Privatrechts findet sich der programmatische Ausdruck „Regulierungsprivatrecht“. Das Regulierungsprivatrecht sei nicht mehr rein auf „ausgleichende Gerechtigkeit zwischen autonomen Privatrechtssubjekten“ ausgerichtet, sondern verfolge im Europarecht verankerte wirtschaftspolitische Ziele wie beispielsweise die „Förderung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs und die Verwirklichung des Binnenmarkts in einem bestimmten Segment“.<sup>1311</sup> Regulierung bedeute demgemäß „eine Funktion des Rechts, die der Gesetzgeber auch dem Privatrecht beilegen kann und bei der Recht als staatliches Instrument der (Verhaltens-) Steuerung zu Allgemeinwohlzwecken eingesetzt wird.“<sup>1312</sup> Zunächst fällt auf, dass der Begriff „Regulierungsprivatrecht“ bereits sprachlich merkwürdig ist, stellt doch eine Wortbildung aus „Recht“ und „Regulierung“ einen Pleonasmus dar: Insofern das Recht aus Regeln besteht, reguliert es. Gleiches gilt für die Diskussion um die „Verhaltenssteuerung“<sup>1313</sup> durch Privatrecht: Indem das Recht sich an Rechtssubjekte wendet, steuert es normativ deren Verhalten und muss effektiv angewendet werden. Dieser Wortsinn trifft freilich nicht den Kern der erwähnten wissenschaftlichen Diskurse, da in diesen der Begriff des Regulierungsprivatrechts mit den spezifischen Fragen der Methodik und Zielsetzung des Europarechts beladen ist. Im hier interessierende Zusammenhang hat dies vor allem Auswirkungen auf die Interpretation der DSGVO als Kodifikation eines eigenständigen Rechtsbereichs, des Datenschutzrechts – dieses ist anhand der „regulatorischen“ Ziele des Schutzes natürlicher Personen und des freien Datenverkehrs gemäß Art 1 anzuwenden. Diese beiden Ziele stehen einander jedoch insgesamt gleichberechtigt gegenüber, wenngleich sich die meisten Vorschriften ausdrücklich dem Schutz der betroffenen Person widmen und den sonstigen Fluss des Datenverkehrs der freien Marktwirtschaft überlassen. Bei neutraler Betrachtungsweise fällt jedoch auf, dass die DSGVO gleichermaßen Bedingungen der

---

<sup>1311</sup> *Wendehorst* in FS Mayer, 827 [829].

<sup>1312</sup> *Riesenhuber*, AcP 219, 892 [910], mwN.

<sup>1313</sup> Dazu ausführlich *Wagner*, AcP 206, 352.

Rechtmäßigkeit der Verarbeitung und somit der Haftungsfreiheit zugunsten der an der Verarbeitung Beteiligten aufstellt und diesen dadurch zu Rechtssicherheit gereicht.

Es geht daraus hervor, dass die DSGVO einen Interessenausgleich zwischen betroffenen Personen und den Verarbeitenden regelt und somit in ihrer Zwecksetzung nicht einseitig zugunsten einer Partei ausgerichtet ist. Insbesondere bestehen keine überzeugenden Gründe, allein aus dem spezifisch datenschutzrechtlichen Präventionsbedürfnis eine verschuldensunabhängige Haftung zu folgern. Das Datenschutz-Zivilrecht stellt insoweit keine systemwidrige Ausnahme vom allgemeinen bürgerlichen Recht dar; vielmehr schafft es einen auf Situationen der Verarbeitung personenbezogener Daten zugeschnittenen Ausgleich zwischen Informations-, Meinungs- und unternehmerischer Freiheit einerseits und der Privatsphäre andererseits. Beide der einander gegenüberstehenden Positionen folgen aus dem Persönlichkeitsrecht, wie es beispielsweise in § 16 ABGB normiert ist. Darüber hinaus lässt sich die Kommunikationsfreiheit als objektiver Wert zugunsten beider Seiten ins Treffen führen.

*Wagner* erwägt indessen, das zivile Schadenersatzrecht als Mittel der Kompensation der bisweilen auftretenden Steuerungsdefizite des Verwaltungsrechts einzusetzen.<sup>1314</sup> Gleichwohl das Privatrecht und das öffentliche Recht einander wechselseitig ergänzen, ist das stellenweise Versagen des öffentlichen Rechts ein Problem des öffentlichen Rechts, welches nicht ohne weiteres durch dezentrale Rechtsdurchsetzung durch Privatrechtssubjekte gelöst werden kann. Zumeist wird ein schadensbegründender DSGVO-Verstoß auch verwaltungsrechtlich relevant sein, doch kann ein diesbezügliches Vollzugsdefizit nicht den Verzicht auf schadenersatzrechtliche Anspruchsvoraussetzungen rechtfertigen. Um zivilrechtlich eine Vermögensverschiebung anordnen zu können, muss im Sinne der „beidseitigen Begründung“ gefragt werden, warum der Schaden einer Person gerade durch eine andere Person – gerade in diesem konkreten Verhältnis – auszugleichen sei.<sup>1315</sup> Das Bedürfnis der Generalprävention ist als einseitiger Gesichtspunkt zulasten des Verantwortlichen hingegen nur im öffentlichen Recht zu berücksichtigen<sup>1316</sup> und kann die Verschuldensprüfung im Schadenersatzrecht nicht entbehrlich machen, auch nicht im Vertragsverhältnis.

Abgesehen von einer etwaigen Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes kann das Prinzip der Prävention jedoch auf den Schadensbegriff zurückwirken, insoweit dieser nicht nur

---

<sup>1314</sup> Vgl. *Wagner*, AcP 206, 352 [441 ff], mwN.

<sup>1315</sup> Vgl. *Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204, 309 [341 ff].

<sup>1316</sup> Vgl. *dens.*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 305 ff.

faktisch, sondern auch normativ verstanden wird.<sup>1317</sup> Die gesellschaftliche Missbilligung eines Verhaltens korreliert in vielen Fällen mit der Feststellung eines Schadens und damit mit dem Zuspruch eines subjektiven Rechts der verletzten Person einher.<sup>1318</sup> Die DSGVO sorgt für einen Fortschritt des Bewusstseins über die Möglichkeiten und Gefahren der Datenverarbeitung für die freie Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und kann somit als Aufforderung zur Fortentwicklung des Verständnisses des rechtserheblichen immateriellen Schadens aufgefasst werden.<sup>1319</sup>

Da die DSGVO kein Vertragsrecht, sondern nur Schutz- und Sorgfaltspflichten regelt, ist ihr ferner keine Anordnung zu entnehmen, die stillschweigende Vereinbarung einer Pönale für Datenschutzverletzungen im Sinne des § 1336 ABGB in Verträge hineinzudeuteln.

---

<sup>1317</sup> Dazu oben, C.

<sup>1318</sup> So schon *Strasser*, Der immaterielle Schaden, 57.

<sup>1319</sup> Vgl. oben, C.2.

### iii. Zusammenfassung

1. Wenngleich Art 82 DSGVO eine eigenständige Anspruchsnorm darstellt, erweist sie sich in mehreren Hinsichten als konkretisierungsbedürftig. So geht vor allem nicht hervor, ob der Schadenersatzanspruch deliktischer oder vertraglicher Natur sei und ob das Standardmodell der Verschuldenshaftung oder bereits eine Art Gefährdungshaftung anzuwenden sei. Abs 3 lässt mit der Formulierung, dass der Verarbeitende haftungsfrei ist, „wenn er nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist“, einen weiten Konkretisierungsspielraum für die Rechtsanwendung, zumal der Begriff der *Verantwortlichkeit* unbestimmt ist. Es findet sich kein Grund für die Annahme, dass die Norm lediglich einen deliktischen Anspruch normieren sollte; vielmehr ist es zweckmäßig, je nach Situation auch einen parallelen vertraglichen Anspruch aus der Vorschrift abzuleiten. Dies bietet sich insbesondere an, wenn man bedenkt, dass mit §§ 1298, 1313a ABGB ein für die betroffene Person günstiges Regime der Vertragshaftung besteht. Art 82 DSGVO ist somit genauso wie § 1295 Abs 1 ABGB *in sich differenziert*, indem der Schadenersatzanspruch deliktisch oder vertraglich sein kann.

2. Da die Verordnung autonom auszulegen ist, muss zur Konkretisierung des Art 82 soweit wie möglich auf das Unions-Haftpflichtrecht zurückgegriffen werden. Da dieses jedoch fragmentarisch ist und darüber hinaus die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten voraussetzt und ergänzt, muss für viele Fragen auf das ABGB rekuriert werden.

3. Um das Datenschutzrecht zu verstehen, bedarf es einer eingehenden Beschäftigung mit seiner Schutzrichtung, nämlich dem Schutz der Privatsphäre nach Art 7 f und der Informationsfreiheit nach Art 11 GRC. Für beide Schutzpositionen ist das Persönlichkeitsrecht als Grundnorm jeder Rechtsordnung konstitutiv. Nicht nur die Privatsphäre der betroffenen Person, welche mit deren Charakterbild, Geheimschutz und Selbstbestimmung verknüpft ist, sondern auch die Informationsfreiheit des Verarbeitenden ist involviert; schließlich ist der *freie Datenverkehr* ein Zweck der DSGVO, welche somit nicht einseitig zugunsten des Privatsphärenschutzes aufgefasst werden darf. Dies wird dadurch verdeutlicht, dass das Datenschutzrecht zugleich immer Informations- und Kommunikationsrecht ist.

4. Das subjektive Recht auf Datenschutz hat *vermögensrechtliche Komponenten*. Zu prüfen war zunächst, ob Daten daher sachenrechtlich behandelt werden können. Dies könnte in der datenrechtlichen Diskussion geklärt werden, ist aber für das *Datenschutzrecht* nicht relevant,

da der DSGVO keine sachenrechtlichen Anordnungen entnommen werden können; vielmehr trägt der Rechtsakt der Flüchtigkeit von Informationen Rechnung. Das Recht an den personenbezogenen Daten ist verwandt, aber nicht gleichzusetzen mit Immaterialgüterrechten. Diese sind ebenfalls informationell und leicht verletzlich. Zudem haben sie zu einem beachtlichen Teil vermögensrechtlichen Charakter. Zwischen dem bloß ideellen Persönlichkeitsrecht und dem Immaterialgüterrecht findet sich die Konzeption des „Persönlichkeits-Verwertungsrechts“. In der Rechtsprechung des OGH finden sich Anhaltspunkte, dem Persönlichkeitsrecht vermögenswerte Bestandteile zuzugestehen. Am Markt ist der Vermögenswert personenbezogener Daten in bestimmten Konstellationen längst eine anerkannte Tatsache. Dieser Faktizität sollte das Datenschutz-Privatrecht zugunsten der betroffenen Person Rechnung tragen. Daraus folgt, dass ein Eingriff in das Datenschutzrecht unter Umständen an sich einen materiellen Schaden darstellen könnte, der lizenzanalog abgegolten werden kann.

5. DSGVO und ABGB stellen zwei *unterschiedliche, einander wechselseitig ergänzende Regelungsebenen* dar. Die DSGVO enthält kein Vertragsrecht, sodass die Verarbeitungsgrundlage des Art 6 Abs 1 lit b zivilrechtlicher Ergänzung bedarf. Insbesondere ist die Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages im Sinne dieser Vorschrift nicht deckungsgleich mit dem Anwendungsbereich vertraglicher Haftung. Vor dem Hintergrund, dass diese auf den konkreten Lebenssachverhalt bezogene Schutz- und Sorgfaltspflichten umfasst, kann auch die Verarbeitung für überwiegende berechtigte Interessen aus lit f, aus Rechtspflicht gemäß lit c und vor allem aufgrund Einwilligung nach lit a der vertraglichen Haftung nach Zivilrecht unterfallen. Zumeist wird eine datenschutzrechtliche Einwilligung erteilt, wenn zwischen betroffener Person und Verantwortlichem bereits ein Vertragsverhältnis oder eine vergleichbare Sonderverbindung vorliegt. Es besteht haftungsrechtlich also ein unleugbarer Lebenszusammenhang zwischen Vertrag und Einwilligung, sodass der Vertrag in gewissem Sinne als kausal für die Einwilligung betrachtet werden kann; dies unbeschadet der Tatsache, dass letztere gemäß Art 7 Abs 3 jederzeit widerruflich ist. Die Erteilung einer Einwilligung im kommerziellen Kontext kann ein Indiz für das Bestehen eines Vermögenswerts personenbezogener Daten darstellen. Entscheidend für die vertragliche Haftung ist nicht der Wortlaut des Art 6 DSGVO, sondern der jeweilige Verarbeitungskontext. In dieser Arbeit haben diejenigen Verarbeitungsvorgänge interessiert, welche auf privatautonom eingegangenen Rechtsverhältnissen beruhen. Bonitätsprüfungen, welche nach Verbraucherrecht erforderlich sind, können auf die Verarbeitungsgrundlage des

Art 6 Abs 1 lit c gestützt werden, unterfallen aber der vertraglichen Haftung, da sie entweder nach Vertragsschluss oder im vorvertraglichen Anbahnungsstadium durchgeführt werden.

6. Die datenschutzrechtliche Einwilligung nach Art 4 Z 11, Art 6 Abs 1 lit a und Art 7 DSGVO ist Rechtsgeschäft, Verfügungsgeschäft und schließt bereits den Schaden bei einwilligungsgemäßer Verarbeitung aus. Letzteres gilt auch für die vertragserforderliche Datenverarbeitung nach Art 6 Abs 1 lit b. Dient die Verarbeitung allerdings ausschließlich den Interessen des Verantwortlichen im Sinne der lit f, handelt es sich um einen Rechtfertigungsgrund, welcher für die vertragliche Haftung gilt. In besonders krassen Fällen kann die Einwilligung einer Inhaltskontrolle nach den Wertungen des AGB-Rechts bzw. nach den guten Sitten unterworfen werden.

7. Art 5 Abs 1 lit a DSGVO normiert den Grundsatz von *Treu und Glauben*, welcher bereits die Zweckbindung, Transparenz und Sparsamkeit der Datenverarbeitung impliziert. Treu und Glauben ist sowohl im nationalen als auch im Unionsrecht ein Grundsatz, welcher für das (Verbraucher-)Vertragsrecht charakteristisch ist. Es wäre somit systemwidrig anzunehmen, dass Art 82 lediglich deliktisch Haftung normierte – wenn die Haftung ohne Bezug auf ein Sonderverhältnis ausgestaltet ist, welche Funktion kann dann Treu und Glauben noch einnehmen? Richtigerweise ist der Grundsatz dahingehend zu verstehen, dass die DSGVO besondere Rücksicht auf Verarbeitungen in Vertragsverhältnissen nimmt und somit in Art 82 vertraglichen Schadenersatz einschließt. Treu und Glauben ist darüber hinaus im Lichte der kommunikationsbezogenen Schutzrichtung der Verordnung als eine Anweisung zu verstehen, auf die konkrete Beziehung zwischen betroffener Person und Verantwortlichen zu achten. Zur Feststellung der Legitimität einer Verarbeitung personenbezogener Daten muss immer auch die zwischenmenschliche Situation der Beteiligten im Einzelfall betrachtet werden. Ein typisches treuwidriges Verhalten ist das *venire contra factum proprium*; dieses kann im Datenschutzrecht verschiedene Wirkungen nach sich ziehen und Einfluss auf einen Schadenersatzanspruch üben. Die Erkenntnisse aus dem AGB-Recht sind für die Konkretisierung des Transparenzbegriffs heranzuziehen. Der Grundsatz der Rechenschaftspflicht nach Art 5 Abs 2 DSGVO kann als Rechnungslegungspflicht die betroffene Person bei der Rechtsdurchsetzung unterstützen.

8. Art 82 DSGVO erklärt materielle und immaterielle Schäden für gleichermaßen ersatzfähig. Der materielle Schaden infolge Datenschutzverletzung ist als Folgeschaden typischerweise ein Nachteil infolge Rufschädigung, kann aber auch bereits unmittelbar aus der Datenschutzverletzung entstehen. Ob dies der Fall ist, ergibt sich aus der Beantwortung der

Frage, ob die unrechtmäßig verarbeiteten Daten im jeweiligen Verarbeitungskontext und in der jeweiligen Sonderverbindung einen wirtschaftlichen Wert haben, insbesondere ob sie „handelbar“ sind. Ein solcher wirtschaftlicher Wert kann sich bei einem Verstoß gegen das Koppelungsverbot des Art 7 Abs 4 DSGVO aus der Ermittlung eines marktüblichen Alternativentgelts ergeben. Wird diese Frage bejaht, kommt in Analogie zu § 87 Abs 3 UrhG die lizenzanaloge Bestimmung des Schadenersatzanspruchs in Betracht, was sich insbesondere angesichts des Effektivitätsgebots empfiehlt.

9. Der immaterielle Schaden infolge Datenschutzverletzung sollte aus Gründen der Praktikabilität und Effektivität in erster nicht als Gefühlsschaden, sondern als *objektive Beeinträchtigung der Persönlichkeit* betrachtet werden. Immaterielle Schäden sollten kohärent anhand fester Tabellen bemessen werden, sofern keine darüber hinausgehenden Gefühlsschäden vorliegen. Die schuldhaft verzögerte Schadensregulierung seitens des Schädigers kann genauso wie der Verschuldensgrad den immateriellen Schaden erhöhen. Die Ersatzfähigkeit ideeller Einbußen folgt aus dem Ausgleichsgedanken und impliziert keinen „Strafschadenersatz“. Auch eine objektive Bemessung des Schadens setzt das Überschreiten der Geringfügigkeitsschwelle voraus, zumal der Schaden nicht mit der Rechtsverletzung gleichgesetzt werden darf. Entsteht im Zusammenhang mit der Datenverarbeitung eine *Diskriminierung*, muss präzise zwischen Datenschutz- und Antidiskriminierungsrecht abgegrenzt werden. Die DSGVO schützt nur vor Diskriminierungen *bei* der Verarbeitung, nicht aber vor Diskriminierungen *aufgrund* der Verarbeitung. Das Vertragsverhältnis ist jedenfalls kontextuelle Grundlage für die Feststellung und Bemessung immaterieller Schäden.

10. Sofern im Rahmen eines Vertragsverhältnisses ein Verstoß gegen die DSGVO gesetzt wird, liegt zugleich Vertragswidrigkeit vor. Dies ergibt sich daraus, dass das Vertragsverhältnisse die Normen der DSGVO unabhängig vom Willen der Vertragsparteien *als Schutz- und Sorgfaltspflichten rezipiert*. Es muss jedoch abgegrenzt werden zwischen unmittelbaren Vertragspflichten und bloßen Verhaltensstandards aus Ordnungsvorschriften, welche erst auf Verschuldensebene relevant werden. Bei vertragswidriger Datenschutzverletzung muss der beklagte Verantwortliche gemäß § 1298 ABGB beweisen, *objektiv sorgfältig* gehandelt zu haben, was eine gewisse Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes bedeutet.

11. Art 82 DSGVO normiert nichtsdestoweniger eine *Verschuldenshaftung*, welche auf die persönliche Situation der Verantwortlichen Rücksicht nimmt. Es existiert nicht *der* maßgerechte Verantwortliche schlechthin, sondern verschiedene Verantwortliche müssen je

nach erwarteter Technologiekompetenz und verfolgten wirtschaftlichen Interessen verschiedene Sorgfaltsstandards einhalten. Aus dem Effektivitätsgebot folgt nichtsdestoweniger, dass die Berücksichtigung subjektiver Elemente nicht zur Vereitelung der Datenschutz-Durchsetzung durch Private führen darf. Dies rechtfertigt sich aus der spezifischen Gefahr für die persönliche Entfaltungsfreiheit, welche der automatisierten Datenverarbeitung immanent ist. Es muss aber keinesfalls höhere Gewalt für die Haftungsbefreiung verlangt werden. Die vertragliche Haftung ist gleichwohl wesentlich strenger als die bloß deliktische, was sich an der Beweislast für die objektive Sorgfalt des Verantwortlichen zeigt und durch das im Vertragsverhältnis investierte besondere Vertrauen zu begründen ist.

12. Auftragsverarbeiter gemäß Art 28 DSGVO sind bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses oder einer ähnlichen Sonderverbindung dem Verantwortlichen nach § 1313a ABGB als Erfüllungsgehilfen unabhängig von dessen Verschulden zuzurechnen. Daneben bestehen Überwachungs- und Instruktionspflichten sowie die Pflicht zur Auswahl eines geeigneten Auftragsverarbeiters. Auch in diesem Zusammenhang stellen ABGB und DSGVO verschiedene Regelungsebenen dar: Wenn ein Auftragsverarbeiter durch Überschreitung seines Wirkungsbereichs selbst zum Verantwortlichen wird, kann er unter der Voraussetzung der Adäquanz dennoch dem Verantwortlichen als Gehilfe zugerechnet werden. Art 82 DSGVO löst das Problem dem Wortlaut nach nicht, sodass der Rekurs auf das nationale Recht angezeigt ist. Die strenge Gehilfenhaftung ist bei vertraglicher Haftung nach DSGVO deshalb gerechtfertigt, weil sich die betroffene Person in der Sonderverbindung dem erhöhten Risiko einer ausgelagerten Datenverarbeitung aussetzt, teils selbst zur Preisgabe ihrer Daten angehalten wird.

13. Die DSGVO stellt in gewissem Sinne *Regulierungsprivatrecht* dar, indem sie als legislative Maßnahme eine Veränderung des Bewusstseins und der Praxis der Datenverarbeitung herbeiführen will. Keinesfalls aber darf diese Funktion dahingehend missverstanden werden, dass eine einseitige Schutzrichtung zugunsten der betroffenen Person und zulasten der Verarbeitenden beabsichtigt sei. Vielmehr statuiert die Verordnung einen Ausgleich zwischen der Privatsphäre der betroffenen Person und der Informationsfreiheit der Verarbeitenden. Beides ist dem Grunde nach Persönlichkeits- und Kommunikationsschutz. Da das Datenschutz-Privatrecht den Ausgleich zwischen Gleichberechtigten zum Zweck hat, kann ein Schadenersatzanspruch auch bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses nicht allein aus dem Präventionsbedürfnis abgeleitet werden. Es muss stattdessen gefragt werden, was im

Anwendungsbereich der Verordnung als Schaden zu werten sei, und die schadenersatzrechtliche Präventionsfunktion an die Beantwortung dieser Frage angeknüpft werden. Es besteht ein dichter Zusammenhang zwischen persönlichen Nachteilen und objektiv unerwünschten Verhaltensweisen, sodass Schaden und Präventionsbedürfnis oft miteinander einhergehen.

## Literaturverzeichnis

*Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen (2002).

*Alexy*, Theorie der Grundrechte<sup>8</sup> (1985, 2018).

*Amstutz*, Dateneigentum. Funktion und Form, AcP 218, 438.

*Art-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, WP169.

--- Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP187).

--- Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG (WP 217).

--- Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679 (WP251rev.01).

--- Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 (WP259rev.01).

--- Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679 (WP260rev.01).

[Autor] in Bammer (Hg.), PRG-Kurzkomentar (2019).

*Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230.

*Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts (1997).

*Benke/Meissel*, Übungsbuch Römisches Schuldrecht<sup>8</sup> (2014).

*Berka*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, 18. ÖJT, Band I/1 (2012).

--- Bundesverfassungsrecht<sup>6</sup> (2016).

--- Aktuelle Bedrohungen des Grundrechts auf Privatsphäre, ÖJZ 2018, 755.

*Bienert-Nießl*, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozeß. Zugleich eine Untersuchung der prozessualen Mitwirkungspflichten der Parteien (2003).

*Braschos*, Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht (1979).

*Brossette*, Der Wert der Freiheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Ein Beitrag zum zivilrechtlichen Ehren-, Persönlichkeits- und Datenschutz (1991).

*Buchleitner*, Gewährleistung und Irrtum. Eine Gegenüberstellung (2018).

*Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (2006).

--- Die Einwilligung im Datenschutzrecht – vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungsinstrument, DuD 2010, 39.

*Bull*, Vom Datenschutz zum Informationsrecht – Hoffnungen und Enttäuschungen. In: Hohmann (Hg.), Freiheitssicherung durch Datenschutz (1987), 173.

--- Wie viel sind „meine Daten“ wert? Die Vermarktung von Kundendaten durch den Betroffenen stärkt den individuellen Datenschutz nicht, CR 2018, 425.

*Bundeskartellamt*, Fallbericht B6-22/16. Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung ([https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4); abgerufen 28.01.2020).

*Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen (1974).

*BVerfG*, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83 („Volkszählungsurteil“; [http://www.bverfg.de/e/rs19831215\\_1bvr020983.html](http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html); abgerufen 01.07.2019).

*F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964).

--- Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173/237.

--- Die Grundrechte in Relation zur richterlichen Gewalt, RZ 1965, 67/85.

--- Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967).

--- Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät (1988).

--- Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 341.

--- Die „Umrechnung“ immaterieller Schäden in Geld. In: Liber Amicorum Pierre Widmer (2003), 27.

*Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, 201.

--- Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBl 1991, 205.

*Christandl/Hinghofer-Szalkay*, Sinn und Funktion einer gesetzlichen Erheblichkeitsschwelle im Nichtvermögensschadensrecht. Eine kritische Auseinandersetzung, JBl 2009, 284.

*Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990, 1.

*Dernburg*, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens II: Einzelne Obligationen (1901).

--- Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens I<sup>3</sup>: Allgemeine Lehren (1905).

- Detle*, Venire contra factum proprium nulli conceditur. Zur Konkretisierung eines Rechtsspruchworts (1985).
- Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht<sup>2</sup> (1996).
- Dickmann*, Nach dem Datenabfluss: Schadenersatz nach Art. 82 der Datenschutz-Grundverordnung und die Rechte des Betroffenen an seinen personenbezogenen Daten, r&s 2018, 345.
- Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG<sup>2</sup> (rdb.at).
- Druey*, Information als Gegenstand des Rechts (1995).
- Dürager*, Sind Daten ein schutzfähiges Gut?, ÖBl 2018, 260.
- Dürager/Kotschy*, Neuerungen zur Zustimmung: Besteht nach der DSGVO ein generelles Koppelungsverbot? (Version 09.01.2017, [http://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/duerager\\_kotschy\\_koppelungsverbot2017.pdf](http://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/duerager_kotschy_koppelungsverbot2017.pdf); abgerufen 26.06.2019).
- Ehlen/Brandt*, Die Schutzfähigkeit von Daten – Herausforderungen und Chancen für Big-Data-Anwender, CR 2016, 570.
- Ehrenzweig*, Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht (1936).
- Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts (1995).
- Engeler*, Das überschätzte Kopplungsverbot. Die Bedeutung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO in Vertragsverhältnissen, ZD 2018, 55.
- Ernst*, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung. Anmerkungen zur Definition nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO, ZD 2017, 110.
- Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Stellungnahme 4/2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte ([https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14\\_opinion\\_digital\\_content\\_de.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_de.pdf), abgerufen 30.06.2019).
- [Autor] in Fasching/Konecny (Hg.), Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> (rdb.at).
- Feiler/Forgó*, EU-DSGVO (2017).
- [Autor] in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg.), Klang-ABGB<sup>3</sup>.
- Fezer*, Dateneigentum der Bürger. Ein originäres Immaterialgüterrecht sui generis an verhaltensgenerierten Informationsdaten der Bürger, ZD 2017, 99.
- Folgar-Deinhardstein*, Die Bonitätsprüfung beim Verbraucherkredit (§ 7 VKrG) (2013).
- Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999).

- Frick*, Persönlichkeitsrechte. Rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitsschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein (1991).
- Gärtner*, Harte Negativmerkmale auf dem Prüfstand des Datenschutzrechts. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem, englischem und österreichischem Recht (2011).
- Gebauer/Teichmann* in Gebauer/Teichmann (Hg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht (EnzEuR Bd. 6, 2016), § 1: Methoden und Formen europäischer Rechtsangleichung.
- Gerhartl*, Ersatzfähigkeit von Gefühlsschäden, *ecolex* 2017, 839.
- Geuer/Reinisch*, Abgrenzungsfragen zur Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure der Datenschutz-Grundverordnung, *jusIT*, 2018, 97.
- Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889, 1948).
- [Autor] in Gola (Hg.), DS-GVO<sup>2</sup> (2018).
- Gosch*, Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (2019).
- Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte (1995).
- Grigoleit*, Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, *AcP* 210, 354.
- Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats<sup>6</sup> (1992, 2017).
- Hacker*, Verhaltens- und Wissenszurechnung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, *RW* 2018, 243.
- Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DSGVO und allgemeinem Vertragsrecht, *ZfPW* 2019, 148
- Haeffs*, Der Auskunftsanspruch im Zivilrecht. Zur Kodifikation des allgemeinen Auskunftsanspruchs aus Treu und Glauben (§ 242 BGB).
- Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, *AcP* 112 (1914), 1.
- Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse<sup>14</sup> (1821, 2015).
- Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts. Insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung (2004).
- Heinrich*, Bonitätsprüfung im Verbraucherkreditrecht. Kreditwürdigkeit, Warnpflicht und Sanktionen bei Pflichtverletzung im österreichischen und deutschen Recht (2014).
- Heitmann*, Der Schutz der materiellen Interessen an der eigenen Persönlichkeitssphäre durch subjektiv-private Rechte. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (1963).

- Helle*, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, vornehmlich auf Grund der Rechtsprechung<sup>2</sup> (1969).
- Heymann*, Rechte an Daten. Warum Daten keiner eigentumsrechtlichen Logik folgen, CR 2016, 250.
- Hoeren*, Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, 486.
- Datenbesitz statt Dateneigentum. Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, MMR 2019, 5.
- Hoffmann*, Die Koordination des Vertrags- und Deliktsrechts in Europa (2006).
- Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 1998, 513.
- Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR 2017, 1.
- [Autor] in Holoubek/Lienbacher (Hg.), GRC-Kommentar<sup>2</sup> (rdb.at).
- Hofmarcher*, Persönlichkeitsrechte als Immaterialgüter(ähnliche)rechte?, ÖJZ 2013, 543.
- Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht<sup>2</sup> (1967).
- Institut für Technikfolgenabschätzung*, Credit Scoring in Österreich (2014).
- Jansen*, Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005, 160.
- [Autor] in Jauernig (Hg.), BGB.
- Kant*, Kritik der praktischen Vernunft / Grundlegung zur Metaphysik der Sitten<sup>8</sup> (1788/1785, 2014).
- Karner*, Der zivilrechtliche Schutz von Geheimnissen, Daten und Informationen. In: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg.), Geheimnisschutz – Informationsschutz – Datenschutz (2008), 135.
- Menschenrechte und Schutz der Persönlichkeit im Zivilrecht, ÖJZ 2013, 906.
- Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung. Zugleich ein Beitrag zum Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus (1992).
- Kautz*, Schadensersatz im europäischen Datenschutzrecht. Die Umsetzung von Art. 23 der EG-Datenschutzrichtlinie in Großbritannien und Deutschland (2006).
- Kegel*, Haftung für Zufügung seelischer Schmerzen. Vortrag zur 33. Jahresfeier der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften (1982).
- Keppeler/Berning*, Technische und rechtliche Probleme bei der Umsetzung der DS-GVO-Löschpflichten. Anforderungen an Löschkonzepte und Datenbankstrukturen, ZD 2017, 314.

- Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen. Die Haftung bei Datenschutzverletzungen nach Art 82 DSGVO, § 29 DSG und ABGB (2019).
- Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner Teil<sup>15</sup> (2016).
- Kietaibl*, Unionsrechtlicher Diskriminierungsschutz im Zivilrecht. Grundfragen zum Anwendungsbereich. In: GS Rebhahn (2019), 215.
- Klamert*, EU-Recht (2015).
- Klammer*, Dateneigentum. Das Sachenrecht der Daten (2019).
- Klauser*, Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018 idF des DS-DeregulierungsG 2018, VbR 2018, 89.
- [Autor] in Kletečka/Schauer (Hg.), ABGB-ON (rdb.at).
- Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung (2007).
- [Autor] in Knyrim (Hg.), DatKomm (rdb.at).
- Koch*, Auswirkungen der DSGVO für Finanzdienstleister anhand einiger Beispiele. In: Grabenwarter et al. (Hg.), Neuerungen im europäischen Datenschutzrecht für Unternehmen (2017), 75.
- Kocholl*, Punitive damages in Österreich. Über Prävention und Privatstrafe im Zivilrecht (2001).
- Kodek*, Die Besitzstörung. Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes (2002).
- Konsument*. Bonitätsprüfung online – Kredit dank vollem Akku (22.11.2018; <https://www.konsument.at/geld-recht/bonitaetsbewertung-online>; abgerufen 18.11.2019).
- Koziol*, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?, AcP 193, 593.
- Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209.
- Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup>: Allgemeiner Teil (1997).
- Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273.
- Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter?, FS Wiegand (2005), 449.
- Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010).
- Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup>: Haftung für eigenes und fremdes Verschulden (2018).
- Koziol/Apathy/Koch*, Österreichisches Haftpflichtrecht III<sup>3</sup>: Gefährdungs-, Produkt und Eingriffshaftung (2014).
- [Autor] in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg.), ABGB-Kurzkommentar<sup>5</sup> (2017)

[Autor] in Kucsko/Handig (Hg.), urheber.recht<sup>2</sup> (rdb.at).

[Autor] in Kühling/Buchner (Hg.), DSGVO/BDSG<sup>2</sup> (2018).

*Larenz*, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und „sozialer Kontakt“, MDR 1954, 515.

[Autor] in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka (Hg.), BWG<sup>4</sup>.

*Lehmann*, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP 96 (1905), 60.

*Leupold/Ramharter*, Die Verletzung der Pflicht zur Warnung vor mangelnder Kreditwürdigkeit nach dem Verbraucherkreditgesetz. Europarechtliche Grundlagen und zivilrechtliche Konsequenzen, ÖBA 2011, 469.

*Leitner*, Das Transparenzgebot (2005).

--- Transparenzgebot, Privatautonomie und Auslegung, JBl 2011, 428.

*Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts vor und nach dem Tode (2005).

*Lukas*, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33.

*Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz (2019).

*Mayer-Schönberger*, Information und Recht – Vom Datenschutz bis zum Urheberrecht: Praxisbezogene Perspektiven für Österreich, Deutschland und Schweiz (2001).

*Meissel*, Verfassungsrechtliche Aspekte des § 16 ABGB. In: FS Mayer (2011), 371.

*Metzger*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 217, 817.

[Autor] in Münchener Kommentar zum BGB.

*Nettesheim* in Grabenwarter (Hg.), Europäischer Grundrechtsschutz (EnzEuR Bd. 2, 2014), § 9: Privatleben und Privatsphäre.

*Nordmeyer*, Schädigungsvorsatz als strafbarkeitsbegrenzendes Tatbestandselement bei Missbrauch der Amtsgewalt. In: FS Ratz (2018), 71.

*Ohly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht (2002).

*Ondreasova*, Die Gehilfenhaftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum österreichischen Recht mit Vorschlägen zur Reform (2013).

*Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht. Eine vergleichende Untersuchung des Acquis Communautaire und der EMRK (2010).

*Ostheim*, Die Weisung des Arbeitgebers als arbeitsrechtliches Problem, 4. ÖJT, Band I/4 (1970).

--- Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 522/570.

*Paal*, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing. Dynamische und individualisierte Preise im virtuellen Wettbewerb, GRUR 2019, 43.

--- Schadensersatzansprüche bei Datenschutzverstößen. Voraussetzungen und Probleme des Art. 82 DS-GVO, MMR 2020, 14.

[Autor] in Paal/Pauly (Hg.), DS-GVO, BDSG<sup>2</sup> (2018).

*Peifer*, Individualität im Zivilrecht (2001).

--- Persönlichkeitsschutz und Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung, JZ 2012, 851.

--- Persönlichkeitsrechte im 21. Jahrhundert – Systematik und Herausforderungen, JZ 2013, 853.

*Pesek*, Der Verbraucherkreditvertrag (2012).

*Peukert*, Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte?, ZUM 2000, 710.

*Ramelow*, Der Lebensbildschutz im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (1963).

*Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien<sup>3</sup> (2009).

*Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298 ABGB). Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörung mit rechtsvergleichenden Bezügen (1975).

*Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997).

*Riechert*, Dateneigentum – ein unauflösbarer Interessenkonflikt?, DuD 2019, 353.

*Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003).

--- Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung?, AcP 219, 892.

*Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004).

[Autor] in Rummel (Hg.), ABGB<sup>3</sup> (rdb.at).

[Autor] in Rummel/Lukas (Hg.), ABGB<sup>4</sup> (rdb.at).

*Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht. Ein Beitrag zum Verhältnis zwischen Sonderprivatrecht und allgemeinem Zivilrecht (2018).

*Schlesinger*, Das Wesen der positiven Vertragsverletzungen, ZBl 44 (1926), 721.

*Schmahl* in Grabenwarter (Hg.), Europäischer Grundrechtsschutz (2014), § 15: Gleichheitsgarantien.

*Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht (2009).

*Schreiber*, Gemeinsame Verantwortlichkeit gegenüber Betroffenen und Aufsichtsbehörden. Anwendungsbereiche, Vertragsgestaltung und Folgen nicht gleichwertiger Verantwortung, ZD 2019, 55.

*Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2013).

- Schwamberger*, Reichweite des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots nach alter und neuer Rechtslage. Anmerkung zu OGH 31. 8. 2018 – 6 Ob 140/18h, GPR 2019, 57.
- Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten (2001).
- Schweiger*, Immaterieller Schadenersatz für rechtswidrige Verarbeitung – Schadenersatz ohne Schaden? LG Feldkirch 7.8.2019, 57 Cg 30/19b, Dako 2019, 115.
- [Autor] in Schwimann/Kodek (Hg.), ABGB-Praxiskommentar.
- [Autor] in Schimann/Neumayr (Hg.), ABGB-Taschenkommentar<sup>4</sup> (2017).
- Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts (1957).
- Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398.
- [Autor] in Simitis/Hornung/Spiecker (Hg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG (2019).
- Sixt*, Scoring – Implikationen für Individuum und Gesellschaft. In: Burk et al. (Hg.), Privatheit in der digitalen Gesellschaft (2018), 289.
- Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung: Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels (2012).
- Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen. Eine Erläuterung des gegenwärtigen Meinungsstands und Gedanken für eine zukünftige Ausgestaltung, CR 2016, 288
- Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, GRUR Int. 2017, 1040.
- Spitzer*, Das Bankgeheimnis. In: Bollenberger/Oppitz (Hg.), Bankvertragsrecht I<sup>3</sup> (2019).
- Schadenersatz für Datenschutzverletzungen. Zugleich Bemerkungen zum Diskussionsstand zum Ersatz ideeller Schäden, ÖJZ 2019, 629.
- Staudegger*, Datenhandel - ein Auftakt zur Diskussion. Zur Zulässigkeit des Handels mit Daten aus Anlass der Weitergabe von "Gesundheitsdaten", ÖJZ 2014, 107.
- Steinbuch*, Über den Wert von Informationen, GRUR 1987, 579.
- Stoll, Hans*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten zum 45. DJT (1964).
- Stoll, Heinrich*, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), 257.
- Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964).
- [Autor] in Sydow (Hg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup> (2018).
- Tretzmüller*, Private Enforcement – Immaterieller Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen. In: Jähnel (Hg.), Jahrbuch Datenschutzrecht 2017, 199.

- Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen nach der DSGVO (Teil II), *Dako* 2017, 85.
- Wann muss ein Auftragsverarbeitervertrag nach Art 28 DSGVO abgeschlossen werden?, *Dako* 2019, 6.
- G. Wagner*, Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, *ZEuP* 2000, 200 [228].
- Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *AcP* 206, 352 [403]
- Wandtke*, Ökonomischer Wert von persönlichen Daten. Diskussion des „Warencharakters“ von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht, *MMR* 2017, 6.
- Weichert*, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, *NJW* 2001, 1463.
- Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten. Zugleich ein Beitrag zur Bankauskunft (1983).
- Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht (1999).
- Rechtsobjekte. In: Alexy (Hg.), *Juristische Grundlagenforschung* (2005), 71
- Was ist Bonität? Zum Begriff der „Kreditwürdigkeit“ in § 7 VKrG. In: Blaschek/Habersberger (Hg.), *Eines Kredites würdig?* (2011), 19.
- Methodenlehre und Privatrecht in Europa. In: *FS Mayer* (2011), 827.
- Die Digitalisierung und das BGB, *NJW* 2016, 2609.
- Wendehorst/von Westphalen*, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, *NJW* 2016, 3745.
- Wiebe*, Erster Abschnitt: Einführung. In: ders. (Hg.), *Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*<sup>3</sup> (2016), 23.
- [Autor] in *Wiebe/Kodek* (Hg.), *UWG*<sup>2</sup> (rdb.at).
- Wieling*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, *AcP* 1976, 334.
- Wiese*, Der Ersatz des immateriellen Schadens (1964).
- Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau (1934)
- Die Elemente des Schadensrechts (1941).
- Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, *AcP* 163, 346.
- Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht. Eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden (2009).
- Windisch-Graetz*, Gleichbehandlung im Privatbereich. In: *ÖJK* (Hg.), *Diskriminierung in der Schweiz und in Österreich* (2015), 23.

- Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts (2003).
- Wybitul*, Immaterieller Schadensersatz wegen Datenschutzverstößen – Erste Rechtsprechung der Instanzgerichte, NJW 2019, 3265.
- Wybitul/Haß/Albrecht*, Abwehr von Schadensersatzansprüchen nach der Datenschutz-Grundverordnung, NJW 2018, 113.
- Wybitul/Neu/Strauch*, Schadensersatzrisiken für Unternehmen bei Datenschutzverstößen. Verteidigung gegen Schadensersatzforderungen nach Art. 82 DS-GVO, ZD 2018, 202.
- Zankl*, Unklare DSGVO-Haftung, ecolex 2017, 1150.
- Zech*, Information als Schutzgegenstand (2012).
- Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“, CR 2015, 137.
- Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen, ZfPW 2019, 198.
- Zeckei*, Das Diskriminierungsverbot im Zivilrecht und seine Auswirkungen auf das rechtsgeschäftliche und quasi-rechtsgeschäftliche Handeln (2008).
- Zeiller*, Das natürliche Privatrecht<sup>2</sup> (1808).
- Zöchling-Jud*, Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers, ecolex 2010, 525.
- Zöllner*, Informationsordnung und Recht. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 25. Oktober 1989 (1990).
- Zoppel*, Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionen (2013).

## **Abstract (deutsch)**

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Ausgestaltung der Haftung aus Art 82 DSGVO nach Grundsätzen des vertraglichen Schadenersatzes im Sinne des § 1295 Abs 1 ABGB. Zuerst wird aus Verständnisgründen das vom Datenschutzrecht geschützte Rechtsgut oder Interesse näher beleuchtet, wobei dem Persönlichkeitsrecht besondere Bedeutung zukommt. Es wird dabei argumentiert, dass dem Persönlichkeitsrecht teils ein vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt anhaftet. Es wird gezeigt, dass der Grundsatz der Datenverarbeitung nach Treu und Glauben insbesondere bei Verarbeitungen im vertraglichen Kontext zum Tragen kommt. Anschließend werden Grundsätze für den Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens aufgestellt. Es geht hervor, dass der Begriff des immateriellen Schadens als objektive Persönlichkeitsbeeinträchtigung verstanden werden muss und dass der materielle Schaden bei Datenschutzverletzungen unter Umständen anhand einer fiktiven Lizenzgebühr bemessen werden kann, beispielsweise bei Verstößen gegen das Koppelungsverbot. Am Ende wird begründet, dass der Schadenersatzanspruch aus Art 82 DSGVO im Falle einer Datenschutzverletzung in „Beziehung auf einen Vertrag“ (§ 1295 Abs 1 ABGB) hinsichtlich der Beweislast nach § 1298 und bezüglich der Gehilfenhaftung des Verantwortlichen für den Auftragsverarbeiter nach § 1313a ABGB zu bestimmen ist. Ein zentraler Gedanke ist, dass DSGVO und ABGB zwei verschiedene, einander ergänzende Regelungsebenen bilden, was beispielsweise darin zum Ausdruck kommt, dass die vertragliche Haftung nach bürgerlichem Recht nicht auf Situationen der Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags im Sinne des Art 6 Abs 1 lit b DSGVO beschränkt ist, sondern insbesondere auch bei einwilligungsbasierter Einwilligung in den meisten Fällen angenommen werden kann.

## **Abstract (englisch)**

The dissertation focuses on determining the responsibility regime of Art 82 GDPR by reference to principles of contractual liability according to § 1295 (1) ABGB. First, it is necessary in order to understand data protection law to define the good order interest protected by the GDPR, whereby personality rights are especially concerned. It will be argued that in some situations personal data have commercial value in a legal sense. I will show that the principle of “fairness” according to Art 5 (1) (a) GDPR – which is in German translated as “good faith” – is crucial to data processing in contractual contexts. Consequently, the principles of compensation for material as well as non-material damages are laid down. It appears that non-material damages have to be understood in terms of objective impairment of data subject’s personality and that material damages can in certain cases be measured by means of a hypothetical licence fee, for example when the provision of Art 7 (4) GDPR against coupling is infringed. Eventually, it is justified that claims on the basis of Art 82 GDPR, in cases of data protection breaches in a contractual context, can be formulated in terms of § 1298 regarding burden of proof and in terms of § 1313a ABGB concerning controller’s vicarious liability for the processor. A central point is that GDPR and ABGB are two different levels of legal provisions which complement each other; notably, it follows that contractual liability is not limited to situations in which personal data are processed in order to perform a contract in the sense of Art 6 (1) (b) GDPR and is especially applicable in most cases of processing on the basis of consent.