



universität
wien

Exposé zum Dissertationsvorhaben

**VERTRAGLICHE HAFTUNG BEI
VERARBEITUNG PERSONENBEZOGENER
DATEN**

unter besonderer Berücksichtigung immaterieller Schäden

Verfasser:

Mag. iur. Max Cornelson

angestrebter akademischer Grad:

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Betreuerin:

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

Institut für Zivilrecht

Wien, September 2019

Studienrichtung: Rechtswissenschaften

Studienkennzahl: A 783 101

Inhaltsverzeichnis

1. Problemstellung	3
I. Grundrechte und Wertungen	3
II. Daten als sachenrechtlicher Schutzgegenstand	5
III. Datenschutzrechtliche Einwilligung: Rechtsnatur und Transparenz.....	7
IV. Verhältnis von Vertrag und Einwilligung	13
V. Immaterielle Schäden	16
VI. Rechtsanalogie zum Immaterialgüterrecht	21
VII. Ausgleich, Genugtuung oder Prävention?	22
VIII. Anwendungsproblem: Kreditwürdigkeitsprüfung	25
2. Literaturverzeichnis (vorläufig)	29
3. Inhaltsverzeichnis (vorläufig)	32
4. Zeitplan	33

1. Problemstellung

Ziel der Dissertation ist die dogmatische Durchdringung und systematische Darstellung des vertraglichen Schadenersatzrechts der personenbezogenen Daten unter besonderer Berücksichtigung immaterieller Schäden. Freilich müssen dabei klassische zivilrechtliche Fragestellungen eingeholt und der Meinungsstand sorgfältig reflektiert werden, um zu einer wissenschaftlich tragfähigen und praxistauglichen Anwendung auf aktuelle, mitunter stark technologiebezogene Fragestellungen zu gelangen. Im Folgenden werden die wesentlichen zu behandelnden Problemgebiete der zu verfassenden Arbeit grundrisshaft skizziert.

I. Grundrechte und Wertungen

Ich möchte auch in einer zivilrechtlichen Arbeit auf Grundrechte eingehen, da sie in jedem Bereich innerhalb der Rechtsordnung wichtige Orientierungspunkte bieten.

Da es sich bei der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) um Unionsrecht handelt, ist die Grundrechtecharta (GRC) anwendbar,¹ deren Prinzip nach Art 1 die Menschenwürde ist. Zentral im Bereich des Datenschutzrechts ist Art 8, der ein Grundrecht auf „Schutz personenbezogener Daten“ verbürgt und eine *lex specialis* zu dem Recht auf „Achtung des Privat- und Familienlebens“ nach Art 7 darstellt.² Demnach dürfen Daten „nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden.“ Zudem besteht ein Auskunfts- und Berichtigungsrecht. Personenbezug von Daten liegt dann vor, wenn die dahinterstehende Person *identifizierbar* ist.³ Dies ist jeweils im Einzelfall zu ermitteln.⁴ Art 8 GRC hat allerdings nur mittelbare Drittwirkung: Umso sorgfältiger ist es bei der Auslegung des Datenschutzrechts zu berücksichtigen, „weil private Unternehmen die Privatsphäre von Betroffenen ebenso stark gefährden wie staatliche Stellen“.⁵ Der Schutz personenbezogener Daten kann freilich nicht unbegrenzt sein: So können Interessen des Binnenmarktes – Datenwirtschaft, Digitalisierung etc. – Schranken bedeuten, insofern die Europäische Union nach Art 16 AEUV nicht nur verpflichtet ist, personenbezogene Daten zu *schützen*, sondern

¹ Vgl. Art 51 GRC.

² Riesz in Holoubek/Lienbacher (Hg.), GRC-Kommentar² (Stand 01.04.2019), Art 8, Rz 28; Lachmayer in Knyrim (Hg), DatKomm (Stand 01.10.2018), Art 1 DSGVO, Rz 56. Ein mit Art 7 GRC mehr oder weniger kongruentes Recht gewährt Art 8 EMRK.

³ Art 4 Z 1 DSGVO.

⁴ Vgl. Riesz in Holoubek/Lienbacher (Hg.), GRC-Kommentar² (Stand 01.04.2019), Art 8, Rz 40.

⁵ Ebd., Rz 88.

auch den Auftrag hat, auf einen „freien Datenverkehr“ hinzuwirken.⁶ Ebenso muss das Grundrecht auf Datenschutz immanente Schranken kennen, da Daten häufig ein „Abbild sozialer Realität“ darstellen, was das deutsche BVerfG in seiner Begründung des Rechts auf *informationelle Selbstbestimmung* festgestellt hat.⁷ In diesem Sinne kann man auch zwischen Intim-, Privat- und Sozialsphäre unterscheiden.⁸ Letztere könnte gemeint sein, wenn im Zusammenhang mit dem Datenschutz von einer Gefahr für „Bekanntheit und Ansehen“, „Popularität“ und „Image“ betroffener Personen⁹ gesprochen wird. Es ist denkbar, dass es in diesem Kontext zu Konflikten mit der Meinungs- und Informationsfreiheit kommen könne.¹⁰

In Österreich schützt Art 5 StGG als Eigentumsgarantie die *Privatautonomie*,¹¹ welche sich selbstverständlich auf die Dispositionsfreiheit über personenbezogene Daten erstrecken muss. Auch dieses Grundrecht bindet primär den Staat und entfaltet insofern nur mittelbare Drittwirkung, wobei den Staat Schutzpflichten treffen, die er beispielsweise im Wege der verfassungskonformen Interpretation des Privatrechts wahrzunehmen hat; dies unter anderem vermittelt Generalklauseln wie §§ 16, 879 ABGB.¹² Besondere Aufmerksamkeit verdient § 1 DSG, welcher als „Grundrecht auf Datenschutz“ *unmittelbare Drittwirkung*¹³ genießt und somit unter den Grundrechten eine Ausnahmestellung innehat. Er garantiert jedermann einen „Anspruch auf *Geheimhaltung* der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht.“ *Lachmayer* nennt die Rechtsgrundlage, nach welcher Daten mit Einwilligung des Betroffenen verarbeitet werden dürfen, sogar einen „[p]rivate[n] Eingriffsvorbehalt“.¹⁴

Das Privatrecht ist jedoch auch im Bereich des Datenschutzes nicht ohne weiteres mit dem öffentlichen Recht zu vermengen, da ersteres einer gewissen Eigengesetzlichkeit folgt: In bürgerlichen Rechtssachen nämlich „gewinnen zivilrechtliche Normen eine konstitutive Bedeutung.“¹⁵ Zivilrechtliche Fälle können nicht alleine vermöge der Grundrechtsnormen,

⁶ Vgl. Art 1 Abs 3 DSGVO; *Lachmayer* in Knyrim (Hg.), *DatKomm* (Stand 01.10.2018), Art 1 DSGVO, Rz 42-50; *ErwGr* 13 DSGVO.

⁷ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83 („Volkszählungsurteil“; http://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html; abgerufen 01.07.2019), Rz 148.

⁸ Vgl. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*⁸ (2018), 327-330; *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg.), *Klang-ABGB*³, § 16 ABGB, Rz 65.

⁹ *Dürager*, Sind Daten ein schutzfähiges Gut?, *ÖBl* 2018/80, 260 [266].

¹⁰ Vgl. Art 11 GRC, Art 10 EMRK, Art 13 StGG.

¹¹ Vgl. VfSlg 19.873/2014.

¹² Vgl. allgemein zur Drittwirkung im Privatrecht *Berka*, *Bundesverfassungsrecht*⁶ (2016), Rz 1269-1275. Vgl. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 481.

¹³ Vgl. VfSlg 12.194/1989; *Berka*, *Bundesverfassungsrecht* (2016), Rz 1409; *Lachmayer* in Knyrim (Hg.), *DatKomm* (Stand 01.10.2018), Art 1 DSGVO, Rz 18, 94-98.

¹⁴ Ebd., Überschrift zu Rz 127 ff.

¹⁵ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 492.

„ansonsten aber auf einer normativen tabula rasa“¹⁶ entschieden werden, sondern es ist eine exakt dogmatische Konstruktion der jeweiligen Rechtspositionen und Ansprüche notwendig.

Zentral für das gesamte Privatrecht ist das vernunftbegründete Persönlichkeitsrecht des § 16 ABGB. *Meissel* bezeichnet es als „präkonstitutionelle[s]“ Verfassungsrecht[¹⁷]. Es steht nicht im Verfassungsrang, gleichwohl es grundlegende Wertungen wie Integrität, Selbstbestimmung, Würde und Privatsphäre widerspiegelt, gerade auch im Bereich des Datenschutzes.¹⁸ Das Persönlichkeitsrecht genießt nach der Judikatur des OGH absoluten Schutz.¹⁹

II. Daten als sachenrechtlicher Schutzgegenstand

§ 285 ABGB normiert einen weiten Sachbegriff, der sowohl körperliche als auch unkörperliche Gegenstände einschließt (§ 292 ABGB). Auch Daten fallen darunter, da sie „von der Person unterschieden“ und „zum Gebrauche der Menschen“ bestimmt sind. Viel schwieriger gestaltet sich die Frage, ob, wie und inwieweit sachenrechtliche Positionen an Daten begründet werden und bestehen können. Wirtschaftlich betrachtet ist für Daten „Nicht-Rivalität, Nicht-Exklusivität und Nicht-Abnutzbarkeit“²⁰ charakteristisch, was eine sachenrechtliche Zuweisung erheblich erschweren kann, da diese ein ausschließliches Recht im Sinne des § 354 ABGB begründet. Stellt sich nämlich die Frage, wem bestimmte Daten gehören, so bietet sich eine schwer überschaubare Vielzahl an möglicherweise Berechtigten an, die jeweils gute Gründe für ihre Ansprüche vorzuweisen haben: Einerseits sind an der *Wertschöpfungskette der Datenveredelung*²¹ zahlreiche Unternehmen wirtschaftlich beteiligt – man denke an die differenzierte Rollenverteilung zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter in der DSGVO –, andererseits bestehen an personenbezogenen oder gar sensiblen Daten absolut geschützte Rechte von Betroffenen wie die Privatsphäre oder die freie Persönlichkeit.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ *Meissel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg.), Klang-ABGB³, § 16, Rz 19.

¹⁸ Vgl. ebd., Rz 143-146.

¹⁹ RIS-Justiz RS0008999.

²⁰ Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15.05.2017, abrufbar unter:

https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruehjahrskonferenz_neu/Bericht_der_AG_Digitaler_Neustart_vom_15_Mai_2017.pdf (abgerufen am 30.5.2019), 30; *Hoeren*, Datenbesitz statt Dateneigentum, MMR 2019, 5.

²¹ *Dürager*, ÖBf 2018/80, 260 [261].

Das Dateneigentum wird aus diesen und ähnlichen Gründen als Rechtsinstitut abgelehnt.²² Überhaupt sei das Vollrecht des § 354 ABGB nur bei körperlichen Sachen möglich.²³ In Betracht käme es allenfalls, im Sinne der Verkörperungstheorie davon auszugehen, dass Daten, welche sich auf einem körperlichen Speichermedium befinden, ebenfalls körperliche Sachen seien.²⁴ Da die Zweckmäßigkeit eines Eigentumsrechts an Daten zweifelhaft ist, wird stattdessen erwogen, ob es Besitz an Daten geben könne. Für *Hoeren* eröffnet sich hier die Möglichkeit, „mehrgliedrige Herrschaftsverhältnisse an Daten zu konstruieren“ sowie „Ausschließlichkeitsrechte schwächerer Art“ zu begründen.²⁵ Nach der österreichischen Rechtslage liegt es nahe, *Rechtsbesitz* an Daten anzuerkennen.²⁶ Dieser wird bestimmt als „offene Ausübung eines besitzfähigen Rechts mit dem Willen, es als das eigene zu haben, also Rechtsausübung im eigenen Namen.“²⁷ Es ist dabei ein Mindestmaß an *Publizität* erforderlich.²⁸

Da sich die zu verfassende Dissertation auf *schuldrechtliche* Ansprüche konzentriert, die aus der unrechtmäßigen Verarbeitung *personenbezogener* Daten entstehen, stellt sich die Frage, inwieweit die sachenrechtliche Behandlung von Daten überhaupt als Vorfrage relevant ist: Genügt es doch nach Art 82 DSGVO für einen Schadenersatzanspruch, dass „wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist“. Ein solcher Schaden ist im Bereich der personenbezogenen Daten wohl regelmäßig unabhängig von der Frage festzustellen, ob Daten für sich als geschütztes Rechtsgut zu betrachten sind, da vor allem die *Auswirkungen* rechtswidriger Datenverarbeitung – seien sie materieller oder ideeller Natur – für die Begründung des Anspruches interessant sind. Überhaupt könnte man argumentieren, dass aufgrund des Persönlichkeitsrechts nach § 16 ABGB personenbezogene Daten niemals als von der menschlichen Persönlichkeit losgelöste Sachen betrachtet werden können – dass sie untrennbar mit der Person verbunden und deshalb unmöglich rechtlich selbständig seien. Dies wäre freilich eine einseitige Argumentation.

²² *Hoeren*, MMR 2019, 5; *Dürager*, ÖBI 2018/80, 260 [262]; *Specht*, Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, GRUR Int. 2017, 1040 [1041 f, 1047].

²³ *Kietaibl* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg.), Klang-ABGB³, § 354, Rz 1. Für das Immaterialgüterrecht bestehen deshalb Sondergesetze.

²⁴ *Hoeren*, MMR 2019, 5 [7].

²⁵ *Hoeren*, MMR 2019, 5 [8].

²⁶ *Dürager*, ÖBI 2018/80, 260 [262]

²⁷ *Kodek* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg.), Klang-ABGB³, § 311 Rz 8.

²⁸ Vgl. RIS-Justiz RS0010135.

Gleichwohl sind die „persönlichen Rechte [...] absolute Rechte und genießen als solche Schutz gegen Eingriffe Dritter.“²⁹

III. Datenschutzrechtliche Einwilligung: Rechtsnatur und Transparenz

Art 6 Abs 1 lit a DSGVO sieht als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung eine Einwilligung vor. Diese wird in Art 4 Z 11 DSGVO definiert als „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, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.“ Diese Einwilligung ist gemäß Art 7 Abs 3 DSGVO jederzeit widerrufbar.

Wie ist das Rechtsinstitut der Einwilligung zu verstehen? § 869 ABGB spricht allgemein von der „Einwilligung in einen Vertrag“ – was heute eher als „Annahme“ bezeichnet wird – und verlangt von derselben, dass sie „frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt“ werde. *Resch* definiert die rechtsgeschäftliche Einwilligung folgendermaßen:

„Die Einwilligung ist die rechtsgeschäftliche Erklärung der Verfügung über das konkrete Rechtsgut und sie ist damit typisches Verfügungsgeschäft.“³⁰

Da in Österreich das *Kausalprinzip*³¹ gilt, sei die Einwilligung nur in Verbindung mit einem Verpflichtungsgeschäft denkbar.³² Die Einwilligung könne einerseits „nur die minimale Rechtsfolge“, und zwar den Ausschluss der Rechtswidrigkeit auslösen, andererseits berücksichtigt der Autor den Fall, „daß darüber hinaus der Vertragspartner des Einwilligenden im Verpflichtungsgeschäft selbst Verpflichtungen eingeht.“³³ Das Kausalprinzip besagt, dass es *kein Verfügungsgeschäft ohne Titel* geben kann. Die Frage, ob personenbezogene Daten überhaupt sonderrechtsfähig und veräußerlich sind, ist hier vernachlässigbar; gleichermaßen bereitet die jederzeitige Widerrufbarkeit keine Probleme. – Das Wesentliche an der Einwilligung als Verfügungsgeschäft ist nicht, dass die betroffene Person sich dauerhaft eines Rechtes begibt, sondern nur, dass sie dem Verantwortlichen bestimmte Datenverarbeitungen gestattet. Diese Gestattung hat eine *negative* und eine *positive* Seite: Einerseits schließt sie deliktischen Schadenersatz genauso wie die Strafbarkeit im

²⁹ stRsp seit 24.10.1978, 4 Ob 91/78; RIS-Justiz RS0008999. Vgl. *Kerschbaumer-Gugu*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen (2019), 206 f.

³⁰ *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997), 38.

³¹ Vgl. im Sachenrecht §§ 423-425 ABGB; nicht einmal der Bankgarantie wird volle Abstraktheit zugestanden (vgl. RIS-Justiz RS0016946).

³² Vgl. *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997), 38 f.

³³ Ebd., 40.

Umfang der gestatteten Verarbeitung aus, andererseits deutet sie als Verfügungsgeschäft auf ein vertragliches Schuldverhältnis oder sonstiges Sonderrechtsverhältnis hin. Prüft man deliktischen Schadenersatz, so stellt sich nur die Frage, ob die betroffene Person einen Schaden erlitten hat bzw. mit einer ansonsten rechtswidrigen Datenverarbeitung einverstanden war; fokussiert man sich allerdings auf die Einwilligung als Verfügungsgeschäft, so richtet sich der Blick auf ein persönliches, privatautonom gesetztes Rechtsverhältnis zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen. Es wäre eine *petitio principii*, die Einwilligung zuerst als Verfügungsgeschäft zu qualifizieren und dann auf einen zugrundeliegenden Titel zu schließen, da eigentlich erst das festgestellte Titelgeschäft die Qualifikation als Verfügungsgeschäft ermöglicht. Gleichwohl ist eine kontextlose Einwilligung kaum denkbar: Stets wird ein zwischenmenschliches Verhältnis zwischen Erklärer und Empfänger vorliegen, es mag nun durch Vertrag, Geschäftsverkehr oder Gefälligkeit begründet sein. Es ist folglich immer auf den Rahmen zu achten, in welchem die Einwilligung erteilt wird. Dabei kann im Lichte des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatzes³⁴ davon ausgegangen werden, dass der Personenbezug der Daten umso eher nicht gegeben ist, je informeller das Verhältnis sich darstellt. Umgekehrt könnte der Personenbezug verarbeiteter Daten als Indiz für ein zumindest vertragsähnliches Verhältnis aufgefasst werden, da die Tatsache, dass sich der Verantwortliche nicht mit anonymen Daten begnügen kann, auf besonders engen Kontakt hinweist.

Ohly befasst sich eingehend mit der Frage, ob es sich beim Rechtsinstitut der Einwilligung um ein Tatbestandselement des Delikts oder um einen Rechtfertigungsgrund handelt.³⁵ Die Qualifikation hat vor allem Auswirkungen auf die Beweislast: Während der Kläger die Erfüllung des Tatbestandes beweisen muss, trifft die Beweislast für den – ausnahmsweise vorliegenden – Rechtfertigungsgrund den Beklagten.³⁶ Der Autor vertritt, „daß die Einwilligung Aktualisierung einer Dispositionsbefugnis ist, die aus dem jeweiligen subjektiven Recht folgt.“ Der Einwilligungsempfänger ordne sich dem Rechtsinhaber insofern unter, als er „einen von diesem gesetzten Zweck verfolgt.“³⁷ Nun ist nach Art 4 Z 7 DSGVO derjenige, der „über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“, der Verantwortliche und somit der Einwilligungsempfänger und nicht der ursprüngliche Rechtsinhaber der Daten. *Ohly* qualifiziert die Einwilligung schließlich als negative Tatbestandsvoraussetzung:

³⁴ Dazu unten.

³⁵ *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht (2002), 124-140.

³⁶ Vgl. ebd., 133 ff.

³⁷ Ebd., 139.

„Auch die Einwilligung ist [...] eine Form der Rechtsausübung, die Vornahme der konsentierten Handlung ist Mitwirkung bei dieser Rechtsausübung.“³⁸

Wenn allerdings Art 7 Abs 1 DSGVO vorschreibt, dass der Verantwortliche das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung „nachweisen können“ muss, so könnte das im Sinne der genannten Beweislastregel dafür sprechen, dass es sich bei der Einwilligung um einen Rechtfertigungsgrund handle. Dieses Argument gilt jedoch nicht mit Sicherheit, zumal Art 82 Abs 2 ganz generell von der Ersatzfähigkeit eines Schadens spricht, „der durch eine nicht dieser Verordnung entsprechende Verarbeitung verursacht wurde“, somit möglicherweise auch bereits auf Tatbestandsebene dem Einwilligungserfordernis Rechnung trägt.³⁹

Was bedeutet, dass die Einwilligung nach Art 4 Z 11 DSGVO „in informierter Weise“ gegeben sein muss? Es besteht offenbar ein Zusammenhang mit dem Grundsatz der *Transparenz*, der in Art 5 Abs 1 lit a in einem Atemzug mit den Grundsätzen der Rechtmäßigkeit und der Verarbeitung nach Treu und Glauben genannt wird. Der Grundsatz findet in den weitläufigen Informationspflichten und Auskunftsrechten nach Art 11-15 seine Konkretisierung. Ferner unterliegt der Verantwortliche nach Art 5 Abs 2 einer allgemeinen Rechenschaftspflicht und muss gemäß Art 34 im Falle einer Datenschutzverletzung, die „voraussichtlich ein hohes Risiko für die persönlichen Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge“ hat, die betroffene Person unverzüglich darüber verständigen.

Da die Definition der datenschutzrechtlichen Einwilligung bereits eine angemessene Informationsgrundlage einschließt, ist das Bestehen von *Transparenz ex ante* eine Gültigkeitsvoraussetzung. Somit ist der Begriff der *Freiwilligkeit* mit dem der *Transparenz* untrennbar verbunden: *Transparenz* ist eine notwendige Bedingung für die *Freiwilligkeit* der Erklärung. Ein dergestalt konstruierter Tatbestand unterscheidet sich von der angloamerikanischen Lehre des *informed consent*, welche beispielsweise im Medizinrecht „die Risikoaufklärung von der Wirksamkeit der Einwilligung“⁴⁰ trennt.

Es bestehen in der österreichischen Rechtsordnung bereits Informationspflichten für den digitalen Bereich, welche mit dem Transparenzerfordernis der Einwilligung nach der DSGVO vergleichbar sind: So verpflichtet § 9 ECG den Diensteanbieter, „vor Abgabe seiner Vertragserklärung“ das Gegenüber unter anderem über die „einzelnen technischen Schritte“ des Vertragsschlusses und die Speicherung des Vertragstextes „klar, verständlich und

³⁸ Ebd., 140.

³⁹ Für den Ausschluss des Schadens kraft Einwilligung *Ehrenzweig*, Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht (1936), § 209.

⁴⁰ *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht (2002), 386; vgl. ebd., 385.

eindeutig zu informieren“. Eine wichtige Norm ist überdies das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, der die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel herbeiführt, „wenn sie unklar oder unverständlich abgefaßt ist“, und sich damit von der Unklarheitenregel des § 915 ABGB unterscheidet, nach welchem „eine undeutliche Äußerung zum Nachteile“ des Erklärenden wirkt, also grundsätzlich wirksam bleibt. Ein Beispiel für *Risikoaufklärung* liefert § 5 Abs 1 Z 2 lit c FernFinG. Exemplarisch sind auch die Informationen über digitale Inhalte sowie bestimmte Rechtsbelehrungen, welche nach § 4 FAGG bereitgestellt werden müssen. § 864a ABGB lässt „Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern“ gar nicht erst gelten, sofern sie „nachteilig“ sind und der Vertragspartner mit ihnen „nicht zu rechnen brauchte“. Welcher *Zusammenhang zwischen ABG und Datenschutzerklärungen* besteht und ob beispielsweise beide in einem einzigen Dokument vorliegen dürfen, ist eine weitere Frage, die zu behandeln sein wird. Es wird jedenfalls angeführt, dass die „relevanten Informationen nicht in AGB versteckt werden dürfen.“⁴¹ Ansonsten handelt es sich um ein umstrittenes Problem.⁴²

ErwGr 39 DSGVO spricht davon, dass zur Herstellung von Transparenz „alle Informationen und Mitteilungen zur Verarbeitung dieser personenbezogenen Daten leicht zugänglich und verständlich und in klarer und einfacher Sprache abgefasst“ werden müssen. Um den Begriff der Transparenz zu verwirklichen, wird beispielsweise das Erfordernis der *Granularität* ins Treffen geführt,⁴³ welches mit dem *Zweckbindungsgrundsatz* nach Art 5 Abs 1 lit b in Zusammenhang steht. ErwGr 32 gibt zu verstehen: „Wenn die Verarbeitung mehreren Zwecken dient, sollte für alle diese Verarbeitungszwecke eine Einwilligung gegeben werden.“ Wenn die Datenverarbeitung zu mehreren Zwecken erfolgt, sollen Betroffene „frei wählen können, welchen Zweck sie annehmen, anstatt in ein Bündel an Verarbeitungszwecken einwilligen zu müssen.“⁴⁴ In ErwGr 43 wird festgestellt, dass 1) „wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist“, und 2) „wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist“, nicht von Freiwilligkeit auszugehen ist. Granularität bedeutet also nicht nur, dass nicht nur jeder Zweck, sondern auch jede Rechtsgrundlage iSd Art 6 DSGVO *gesondert* angegeben werden muss. Daraus lässt sich schließen, dass zu jedem Zweck eine eigene Rechtsgrundlage und

⁴¹ *Kastelitz* in Knyrim (Hg.), *DatKomm* (Stand 1.10.2018), Art 7 DSGVO, Rz 19.

⁴² *Ebd.*, 23.

⁴³ Vgl. *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, 11 f.

⁴⁴ *Ebd.*, 11.

umgekehrt angeführt werden muss, damit Transparenz und die Freiwilligkeit einer allfälligen Einwilligung vorliegen können. Dass Zwecksetzungen, also teleologische Willensmomente in diesem Ausmaß rechtserheblich sind, ist gegenüber § 901 ABGB neu, da dieser den Motivirrtum nur im Falle einer besonderen Vereinbarung berücksichtigt.

Nach ErwGr 43 DSGVO ist bei der Beurteilung der Freiwilligkeit zu berücksichtigen, ob ein „klares Ungleichgewicht“ zwischen dem Einwilligenden und dem Einwilligungsempfänger bestehe. Zudem normiert Art 7 Abs 4 das sogenannte *Koppelungsverbot*,⁴⁵ nach welchem es grundsätzlich⁴⁶ unzulässig ist, wenn „die Erfüllung eines Vertrags [...] von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“ In diesem Zusammenhang ist von *Konditionalität*⁴⁷ die Rede: Dass „die Einwilligung mit der Annahme von Vertragsbedingungen ‚gebündelt‘ wird“ oder dass die Vertragserfüllung „mit dem Ersuchen um Einwilligung in eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten ‚verknüpft‘ wird“, wird „als in höchstem Maße unerwünscht angesehen“.⁴⁸ Das Verbot, die Vertragserfüllung von einer zusätzlichen Einwilligung abhängig zu machen, ist Ausfluss des Gedankens, dass es offensichtlich verpönt ist, für die Erfüllung einer ohnedies bestehenden Verpflichtung zusätzlich etwas zu fordern (§ 879 ABGB).⁴⁹ Die Frage, ob Daten als Gegenleistung gegeben werden können, ist derzeit noch umstritten⁵⁰ und kann in dieser Dissertation nicht in Ausführlichkeit behandelt werden. Maßgeblich ist jedenfalls, dass eine „echte Wahlmöglichkeit“⁵¹ für den Betroffenen bestehe, in die Datenverarbeitung einzuwilligen oder eben nicht einzuwilligen. Diese Wahlmöglichkeit kann der Verantwortliche dadurch gewährleisten, dass er eine „vergleichbare[] Dienstleistung“⁵² anbietet, in deren Rahmen eine Einwilligung nicht gefordert wird.

⁴⁵ Vgl. *Kastelitz* in Knyrim (Hg.), *DatKomm* (Stand 1.10.2018), Art 7 DSGVO, Rz 33 ff.

⁴⁶ Es handle sich um „kein ‚absolutes‘ Kopplungsverbot“, sodass in Ausnahmefällen eine Koppelung zulässig sein könnte (ebd., Rz 34). Vgl. *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, 10.

⁴⁷ Ebd., 8-11.

⁴⁸ Ebd., 9.

⁴⁹ Vgl. *Benke/Meissel*, *Übungsbuch Römisches Schuldrecht*⁸ (2014), 301, bezugnehmend auf *Ulpian*.

⁵⁰ Vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final. Vgl. *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, abgerufen 30.06.2019), wo der „Markt für personenbezogene Daten“ mit Organhandel verglichen wird. Die Diskussion läuft unter dem Titel „Daten als Währung“ (vgl. *Kastelitz* in Knyrim (Hg.), *DatKomm* (Stand 01.10.2018), Art 7 DSGVO, Rz 38, wo die Möglichkeit gesehen wird, Daten bei ansonsten kostenlosen Diensten als Gegenleistung zu betrachten).

⁵¹ *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, 11.

⁵² Ebd.

Ein Beispiel für die Unfreiwilligkeit der Einwilligung aufgrund Machtgefälles und Konditionalität liefert das vom deutschen Bundeskartellamt⁵³ untersagte Verhalten *Facebooks*: Über „Programmierschnittstellen“ in Anwendungen teils konzerneigener Dritter hat das marktbeherrschende⁵⁴ Unternehmen „Daten auch über Nutzeraktivitäten außerhalb von Facebook“⁵⁵ verarbeitet. Zur Rechtfertigung hatte Facebook Zustimmungen zu den auf die „Daten- und Cookie-Richtlinie“ verweisenden Nutzungsbedingungen eingeholt. Dazu schreibt die Behörde:

„Eine wirksame Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO liegt nicht vor, u. a. da die von Facebook verlangte Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen nur dem Vertragsschluss dient und im Hinblick auf die Marktbeherrschung auch keine freiwillige Einwilligung in die Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO sein kann.“⁵⁶

Somit war die aus dem Zweckbindungsprinzip folgende Granularität ebenfalls nicht gegeben. Generell hat das Unternehmen wohl „ein so starkes Übergewicht“, dass es „vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen“ und somit den unterlegenen Teil der „Fremdbestimmung“⁵⁷ unterwerfen kann.

Der verständigungsorientierte, somit diskurstheoretische⁵⁸ und prozeduralistische⁵⁹ Ansatz von *Schwarze* wird hilfreich sein für die dogmatische Konstruktion der Einwilligung. Für ihn bedeutet, ausgehend von der Idee der „Materialisierung“ des formalen Vertragsrechts im Sinne einer Gewährleistung materialer Selbstbestimmung“,⁶⁰ *Verständigung*, „den Willen des anderen zur Kenntnis zu nehmen und darauf zu reagieren.“⁶¹ Da der Autor sowohl Informations- als auch Rationalitätsdefiziten Rechnung trägt, kann er zwischen Informations- und Warnpflichten unterscheiden.⁶² Das Problem dieses Ansatzes im Zivilrecht könnte darin bestehen, dass die „ausgeprägte Subjektivierung der rechtsgeschäftlichen Verständigung, die jedes noch so periphere Detail in den Erklärungsstatbestand einzubinden weiß“,⁶³ wohl nicht leicht zu operationalisieren ist. Art 12 Abs 7 DSGVO scheint dieser Idee jedoch Rechnung zu tragen, da dort vorgesehen ist, dass Informationen „in Kombination mit standardisierten Bildsymbolen bereitgestellt werden, um in leicht wahrnehmbarer, verständlicher und klar

⁵³ *Bundeskartellamt*, Fallbericht B6-22/16. Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung (2019).

⁵⁴ Ebd., 4-8.

⁵⁵ Ebd., 4.

⁵⁶ Ebd., 11.

⁵⁷ Ebd., 9.

⁵⁸ Repräsentativ *Habermas*, Faktizität und Geltung⁶ (2017), 151-165.

⁵⁹ Vgl. *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten (2001), 87.

⁶⁰ Ebd., 87. Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 472-493.

⁶¹ *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten (2001), 194.

⁶² Vgl. ebd., 15-19.

⁶³ Ebd., 232.

nachvollziehbarer Form einen aussagekräftigen Überblick über die beabsichtigte Verarbeitung zu vermitteln.“ Teil wird sogar geraten, die Informationen spielerisch zu vermitteln,⁶⁴ teils ist von einem ganzen Informationsverfahren die Rede.⁶⁵

Grundsätzlich genügt für die Einwilligung eine „unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung“,⁶⁶ doch normiert Art 9 Abs 2 lit a DSGVO für *sensible* Daten dahingehend eine Ausnahme, dass – sofern der nationale Gesetzgeber die Disponibilität dieser Daten überhaupt anerkennt – die Einwilligung *ausdrücklich* erfolgen muss. Dies lässt darauf schließen, dass in denjenigen Fällen, in denen personenbezogene Daten verarbeitet werden, die nicht sensibel sind, auch eine *stillschweigende* Einwilligung ausreichen kann. § 863 ABGB bestimmt, man könne seinen Willen „auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.“ § 864 ABGB regelt die Einwilligung durch *tatsächliches Entsprechen* – diese Norm könnte beispielsweise dann anwendbar sein, wenn sich auf einer Website eine Datenschutzerklärung auftut, welche folgenden Text beinhaltet: „Durch weiteres Nutzen dieser Seite stimmen Sie der Verarbeitung Ihrer Daten zu.“ *Ohly* behandelt in diesem Zusammenhang ein im angloamerikanischen Sprachraum *implied consent* oder *implied licence* genanntes Konzept.⁶⁷

IV. Verhältnis von Vertrag und Einwilligung

Zunächst ist zu klären, welcher Zusammenhang zwischen der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung⁶⁸ und einem etwaigen Vertrag bzw. einem vorvertraglichem Schuldverhältnis besteht. Ich werde argumentieren, dass eine datenschutzrechtliche Einwilligung unter bestimmten Voraussetzungen vertragliche Haftung begründet.

Aus deliktischer Perspektive scheint die Einwilligung nach DSGVO dem strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund der „Einwilligung des Verletzten“ (§ 90 StGB) zu entsprechen, zumal sie in der DSGVO nicht nur als zivilrechtliches – wahrscheinlich rechtsgeschäftliches – Institut fungiert, sondern auch als negative Tatbestandsvoraussetzung von Verwaltungsstrafnormen.⁶⁹ Auch im Strafrecht wird im Rahmen der Einwilligung zwischen Rechtfertigung und Tatbestandsmäßigkeit, also zwischen „Einwilligung und Einverständnis“,

⁶⁴ Vgl. *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, Rz 18.

⁶⁵ Vgl. ebd., Rz 15 ff.

⁶⁶ Art 4 Z 11 DSGVO.

⁶⁷ *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht (2002), 332-336.

⁶⁸ Für die Einwilligung als Rechtsgeschäft: *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997), 223.

⁶⁹ So Art 83 DSGVO.

unterschieden.⁷⁰ Aber wann ist es überhaupt zweckmäßig, eine Datenschutzverletzung zivilrechtlich als Delikt zu prüfen? In der Frage „Haftung und Recht auf Schadenersatz“ (Art 82) ist die Verordnung unspezifisch, da sie das Recht auf Schadenersatz generell von einem Verstoß gegen die Verordnung⁷¹ sowie vom Vorliegen eines materiellen oder immateriellen Schadens abhängig macht. Da die DSGVO nicht zwischen Vertrag und Delikt unterscheidet, ist auch die haftungsrechtliche Bedeutung der Einwilligung offen. Art 6 Abs 1 lit b ist die (eng auszulegende)⁷² Rechtsgrundlage dafür, Daten unabhängig von der Einwilligung zu verarbeiten, und zwar „für die Erfüllung eines Vertrags [...] oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen [...], die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen.“ Es wäre intuitiv abwegig, im Fall einer vertragsüberschreitenden Datenschutzverletzung auf deliktische Haftung umzuschalten, und in überflüssiger Weise schwierig abzugrenzen, welcher Teil einer Verarbeitung einen vertraglichen und welcher Teil einer deliktischen Schadensposten begründe.

§ 1295 ABGB scheint von der Gleichursprünglichkeit von deliktischem und vertraglichem Schadenersatz auszugehen. Ein wichtiger Punkt der Differenzierung liegt in § 1313a ABGB, der die Erfüllungsgehilfenhaftung unter der Bedingung der Vertragserfüllung regelt. Hier unterscheidet die Rechtsprechung zwischen Vertrag und Delikt, indem für Vertragshaftung ein „*innerer Sachzusammenhang* der schädigenden Handlung des Erfüllungsgehilfen mit der Vertragserfüllung gefordert“ wird und ansonsten nur noch ein deliktischer Anspruch bestehen könne; dies in denjenigen Fällen, in denen der Gehilfe „nur gelegentlich (anlässlich) der Erfüllung“ eine Schädigung gesetzt hat, die einer „selbständigen unerlaubten Handlung entsprungen ist.“⁷³ Rechtsvergleichend unterscheidet *Hoffmann* zwischen Vertrag und Delikt funktional aufgrund der jeweils „von ihnen geschützten Interessen“:⁷⁴ Die Vertragshaftung schütze das „Äquivalenzinteresse“, die Deliktshaftung schütze das „Integritätsinteresse“.⁷⁵ *Koziol* argumentiert, dass eine starre dualistische Unterscheidung von Vertrag und Delikt nicht haltbar sei, und nimmt stattdessen zusätzlich einen *Zwischenbereich* an.⁷⁶ Dieser erlaube graduelle Differenzierungen. Was Vertrags- und Deliktshaftung vor allem voneinander trennt, sei auf Rechtswidrigkeitsebene einerseits die nur bei Vertrag gegebene Ersatzfähigkeit reiner

⁷⁰ *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁵ (2016), Rz 58.

⁷¹ Was den Tatbestand als Blankettnorm wirken lässt.

⁷² Vgl. *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in Knyrim (Hg.), *DatKomm* (Stand 01.10.2018), Art 6 DSGVO, Rz 36.

⁷³ RIS-Justiz RS0028626. In diesem Zusammenhang ist auch der Rechtsgrund der „berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten“ nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO zu besprechen.

⁷⁴ *Hoffmann*, *Die Koordination des Vertrags- und Deliktsrechts in Europa* (2006), 24 ff.

⁷⁵ Vgl. ebd., 26.

⁷⁶ *Koziol*, *Grundfragen des Schadenersatzrechts* (2010), Rz 4/1 ff.

Vermögensschäden und andererseits „umfassendere und strengere Sorgfaltspflichten“, die zwischen „Partnern eines Schuldverhältnisses“ herrschen.⁷⁷ Darüber hinaus bewirkt § 1298 ABGB eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens, was jedoch durch Art 82 Abs 3 relativiert wird, nach dem der Anspruchsgegner in jedem Fall nachweisen muss, „dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist.“ Art 82 Abs 2 enthält darüber hinaus eine Regelung, die mit der Gehilfenhaftung vergleichbar ist, jedoch gleichsam umgekehrt die Voraussetzung für die Haftung des Verantwortlichen weiter und die für die Haftung des Auftragsverarbeiters, der dem Gehilfen entspräche, enger zieht. In bestimmten Hinsichten deutet das Schutzregime der DSGVO also auf das allgemeine Zivilrecht hin, und in bestimmten anderen relativiert sie dieses bzw. nimmt sie Modifikationen desselben vor.

Als Merkmal eines Vertrags nennt *Koziol* die „Verfolgung eigener Geschäftsinteressen“⁷⁸ und begründet die strengere Haftung damit, „dass eine erhöhte Einflussmöglichkeit auf die Sphäre des anderen gegeben ist“.⁷⁹ Nun kann eine Verarbeitung personenbezogener oder gar sensibler Daten durchaus tief in die Sphäre des anderen hineinreichen. Wenn mit Einwilligung Daten verarbeitet werden, wodurch 1) eine rechtsgeschäftliche Erklärung und 2) ein wirtschaftliches Interesse mindestens eines Vertragspartners vorliegt, so erscheint es sinnvoll, die Haftung zumindest nicht ausschließlich deliktisch zu begründen. Vielmehr liegt es in zahlreichen Fällen sogar nahe, von einer typischen Vertragshaftung auszugehen, auch wenn die Verarbeitung nicht auf Art 6 Abs 1 lit b, sondern auf lit a gestützt wird; dies aufgrund der Tatsache, dass in der Regel ein *sachlich konnexer Vertrag* vorliegen wird, beispielsweise ein Vertrag über die Anmeldung zu einem sozialen Netzwerk oder über die Erstellung eines Profils, und man *zusätzlich* freiwillig nach Art 6 Abs 1 lit a in die Verarbeitung zu weitergehenden Zwecken einwilligt. Liegt ein solcher Vertrag nicht vor, so ist häufig wenigstens von einem vorvertraglichen Schuldverhältnis, also einer Haftung aus *culpa in contrahendo* auszugehen. Eine solche kann darin bestehen, dass gegen das Transparenzgebot verstoßen wird. So besteht laut OGH ein vorvertragliches Schuldverhältnis „schon mit der Kontaktaufnahme“ zwischen den vertragsanbahnenden Parteien.⁸⁰ Je nach Intensität dieser

⁷⁷ Ebd., Rz 4/4.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ Ebd., Rz 4/9.

⁸⁰ OGH 08.10.1975, 1 Ob 191/75.

Kontaktaufnahme wären Bedingungen und Umfang der Ersatzpflicht im graduell abgestuften Zwischenbereich im Sinne *Koziols* zu verorten.⁸¹

Wenn man eine konnexe Einwilligung als Bestandteil eines zugrundeliegenden Vertrages betrachtet, ließe sich von einer gewissen „Aufsaugung“ der Einwilligung durch den Vertrag sprechen. Sieht man das Vertrags- beziehungsweise Vorvertragsverhältnis nach Art 6 Abs 1 lit b DSGVO als Verpflichtungsgeschäft und die Einwilligung nach lit a als Verfügungsgeschäft, so ist eine differenziert zu betrachtende Integration dieser Einwilligung in das Vertragsverhältnis denkbar. Es stellt sich zusätzlich die Frage, inwieweit ein solches integriertes Vertrags- und Einwilligungsverhältnis dann als Synallagma⁸² zu betrachten sei.

V. Immaterielle Schäden

Charakteristisch für Datenschutzverletzungen ist das Auftreten von immateriellen Schäden, die beispielsweise die Privat- und Intimsphäre oder die Entscheidungsfreiheit⁸³ treffen. So erklärt sie die DSGVO in Art 82 für *gleichermaßen* ersatzfähig wie materielle Schäden; das heißt, dass die restriktiven Voraussetzungen des § 1324 ABGB – „böse Absicht“ oder „auffallende Sorglosigkeit“ – hier nicht zur Anwendung kommen. Überhaupt sei der Begriff des immateriellen Schadens im Anwendungsbereich der DSGVO autonom auszulegen: Anhaltspunkt bieten hierfür die Erwägungsgründe 75 und 85.⁸⁴

Was ist überhaupt ein immaterieller bzw. ideeller Schaden? Bereits *Kant* erwähnt die Unterscheidung zwischen Vermögens- und Affektionswert:

„Was sich auf die allgemeinen menschlichen Neigungen und Bedürfnisse bezieht, hat einen *Marktpreis*; das, was, auch ohne Bedürfnis vorauszusetzen, einem gewissen Geschmacke, d.i. einem Wohlgefallen am bloßen zwecklosen Spiel unserer Gemütskräfte, gemäß ist, einen *Affektionspreis* [...]“⁸⁵

Diese Erwähnung legt es nahe, die Problematik immaterieller Schäden im Zivilrecht nicht nur am Rande zu behandeln. Keineswegs aber zählen derart bedeutende Rechtsgüter wie die körperliche und psychische Integrität, die Privatsphäre, die Freiheit und Einzigartigkeit der Persönlichkeit, die informationelle Selbstbestimmung und die Nichtdiskriminierung bloß zur Kategorie des Affektionswerts:

⁸¹ Vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 4/10.

⁸² Vgl. die Auseinandersetzung in BVwG 27.06.2014, W120 20022340-1, sowie *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; abgerufen 26.06.2019).

⁸³ Vgl. *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten (2001), 86 mwN.

⁸⁴ *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO (2017), Art 82 Rz 3.

⁸⁵ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, BA 77.

„[D]as aber, was die Bedingung ausmacht, unter der allein etwas Zweck an sich selbst sein kann, hat nicht bloß einen relativen Wert, d.i. einen Preis, sondern einen inneren Wert, d.i. *Würde*.“⁸⁶

§ 16 ABGB steht ebenfalls in der vernunftrechtlichen Tradition und stellt fest, dass jeder Mensch über „schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ verfügt. Da der Mensch Selbstzweck ist, ist es nicht geboten, Eingriffe in Rechtsgüter, die der Menschenwürde besonders nahestehen und die sich nicht ohne weiteres kommerzialisieren lassen, als reine *Gefühls- oder Affektionsschäden* abzutun. Für *Stoll* ist „jeder immaterielle Schaden seinem Wesen nach Persönlichkeitsminderung“;⁸⁷ die Persönlichkeit genießt in der Judikatur des OGH absoluten Schutz.⁸⁸ Die DSGVO steht insofern in Konformität mit diesem Gedanken, als Art 82 die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von materiellen und immateriellen Schäden vorsieht.

Dies ist vor allem im Hinblick auf die österreichische Rechtsordnung interessant, da diese im europäischen Rechtsvergleich zum Ersatz von Nichtvermögensschäden als konservatives Haftungsregime gilt.⁸⁹ So verlangt § 1324 ABGB für die „Tilgung der verursachten Beleidigung“ grobes Verschulden und setzt mithin immateriellen Schäden strengere Maßstäbe als denjenigen Schäden, für die sich unmittelbar ein Marktpreis finden lässt und für deren Ersatzfähigkeit auch leichtes Verschulden genügt. Allerdings führt eine Reihe von Sondertatbeständen zu einer Haftungsverschärfung: § 1328a ABGB schützt die Privatsphäre und gewährt bei „erheblichen Verletzungen“ – beispielsweise im Falle einer öffentlichen Bloßstellung – Ersatz ideeller Schäden, § 31e KSchG berücksichtigt die „entgangene Urlaubsfreude“, § 8 Abs 3 MRG verlangt bei Arbeiten im Haus „eine mögliche Schonung des Mietrechts“ unter schadenersatzrechtlicher Bedachtnahme auf „erlittenes Ungemach“, § 16 Abs 2 UWG normiert die „Vergütung für erlittene Kränkungen oder andere persönliche Nachteile [...], wenn dies in den besonderen Umständen des Falles begründet ist“. Das bekannteste Beispiel ist jedoch wohl das Schmerzensgeld nach § 1325 ABGB: In diesem Bereich arbeitet man mit Schmerzensgeldtabellen, also mit Pauschalierungen. Ferner sind immaterielle Schäden im Falle der Verunstaltung (§ 1326), bei Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung (§ 1328), bei Freiheitsentzug (§ 1329) sowie bei strafrechtswidrig, mutwillig oder schadenfreudig verursachten Vermögensschäden (§ 1331)

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ *Stoll*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? (1964), 134.

⁸⁸ Seit OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78, RIS-Justiz RS0008999.

⁸⁹ *Palmer*, European contractual regimes: The contemporary approaches. In: *Palmer*, The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law (2015), 108 ff.

positivrechtlich anerkannt. Der letztere Fall wäre nach *Strassers* Terminologie eine mittelbare immaterielle Nachteilszufügung, da sie erst Folge einer materiellen Schädigung ist.⁹⁰ Der Autor spricht hinsichtlich Nichtvermögensschäden allgemein von „Ungemach“, „negativen Erlebnissen im psychischen Bereich“, „Unlustgefühlen“ und „Empfindungen mit negativem Gefühlswert“.⁹¹

Strasser plädiert 1964 emphatisch für eine „grundsätzliche Anerkennung eine[s] Genugtuungsanspruches“ – Gegenteiliges wäre „hart, unmenschlich und manchmal grotesk.“⁹² Für ihn „ist das Vermögen nichts anderes als ein Mittel für die immaterielle Entfaltung.“⁹³ Das ist intuitiv jedenfalls richtig, doch stellt sich die Frage, inwieweit das positive Zivilrecht in der Lage ist, immateriellen Interessen⁹⁴ in angemessener Weise – also auch im Hinblick auf individuell jeweils verschiedene Emotionen, Träume etc. – Rechnung zu tragen, zumal das Prinzip des Schadenersatzrechts im primär vermögensrechtlich bestimmten *Ausgleichsgedanken*⁹⁵ besteht. *Koziol* hat sich zutreffend für eine *Geringfügigkeitsschwelle* ausgesprochen, wobei er sie zugleich als „elastische Erheblichkeitsschwelle“⁹⁶ im Sinne des beweglichen Systems⁹⁷ versteht und es somit z.B. auf die Schwere des Verschuldens und andere haftungsrelevante Elemente ankommen lässt. Grundsätzlich aber seien geringfügige immaterielle Schäden „eben ein Bestandteil des täglichen Lebens“,⁹⁸ somit „dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen“⁹⁹ und sogar beinahe notwendiges Moment der sozialen Interaktion.¹⁰⁰ *Stoll* mutet es jedem Menschen zu, „ein gewisses Maß an seelischer Erschütterung als Preis für die Teilnahme am sozialen Leben in Kauf zu nehmen.“¹⁰¹ In diesem Sinne verlangt auch der OGH im Zusammenhang mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht das Vorliegen „einer ernsten Beeinträchtigung des Verletzten, die den mit jeder Zuwiderhandlung verbundenen natürlichen Ärger überschreitet“¹⁰² (*minima non curat praetor*). Ersatz für bloß emotionale Beeinträchtigungen zuzusprechen, würde

⁹⁰ Vgl. *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964), 9 f, sowie *Stoll*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? (1964), 132-137.

⁹¹ *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964), 16.

⁹² Ebd., 58.

⁹³ Ebd., 56.

⁹⁴ Vgl. ebd., 10 ff.

⁹⁵ Vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 3/1 ff; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999), 3-15.

⁹⁶ *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 6/28.

⁹⁷ Vgl. *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941), 28 ff.

⁹⁸ *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 6/25.

⁹⁹ Ebd., Rz 6/24.

¹⁰⁰ Vgl. ebd.

¹⁰¹ *Stoll*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? (1964), 143.

¹⁰² Seit OGH 09.05.1956, 3 Ob 175/56; RIS-Justiz RS0077369.

voraussetzen, „die Persönlichkeitsstruktur des Geschädigten zu erforschen“,¹⁰³ was im Rahmen eines zivilgerichtlichen Verfahrens nicht möglich ist.

Schubert führt hinsichtlich Nichtvermögensschäden deren *Inkommensurabilität* ins Treffen, also deren Nichterfassbarkeit in Geld.¹⁰⁴ Hinsichtlich der „Funktion des Entschädigungsanspruchs“¹⁰⁵ rekurriert sie auf den *objektiven Schadensbegriff*¹⁰⁶ und diesbezüglich auf die Lehrmeinung, „den Schaden und die Rechtsverletzung gleichzusetzen.“¹⁰⁷ Allerdings sei „zwischen Rechtsgutsverletzung und Vermögensschaden zu trennen.“¹⁰⁸ In Verbindung mit der „Kryptizität des Begriffs“ des Schadens – sei es nach seiner subjektiven, sei es nach seiner objektiven Seite – stehe eine „starke inhaltliche Verdichtung“; die Autorin stellt fest, dass gegenwärtige Probleme vielmehr durch „überkompensatorische Entschädigung“ oder „über die Anerkennung von Privatstrafen“¹⁰⁹ gelöst werden. Verschieden vom objektiven Schadensbegriff sei „die objektive Bewertung des Schadens“, welcher dabei „abstrakt bemessen“ wird.¹¹⁰

„Eine objektive Bewertung des immateriellen Schadens liegt nur vor, wenn der Schädiger im Prozess einwenden kann, dass tatsächlich kein Schaden entstanden ist. Insoweit ist die Orientierung an der Rechtsgutsverletzung nur eine Hilfe bei der Ermittlung des Schadens, ohne den Schadenseintritt zu ersetzen.“¹¹¹

Tatsächlich erscheint ein Schadenersatzanspruch ohne Schaden äußerst kontraintuitiv. Was bedeutet es, sich *an der Rechtsgutsverletzung zu orientieren*? Um diesen Vorgang zu umschreiben, werden Begriffspaare wie „innere ideelle Beeinträchtigung“ und „äußere[r] Lebensführungsschaden“ angeführt.¹¹² Als maßgeblich werden mitunter „jede verletzungsbedingte Beeinträchtigung und jede subjektive Lebenshemmung“ betrachtet.¹¹³ *Schubert* scheint zunächst auf „eine negative Gefühlsbilanz“ abzustellen.¹¹⁴ Allerdings darf

¹⁰³ OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98 x; RIS-Justiz RS0111184.

¹⁰⁴ *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2013), 223 ff. In *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964), 16, ist in diesem Zusammenhang vom „Argument von der Unschätzbarkeit immaterieller Güter“ die Rede.

¹⁰⁵ *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2013), § 3 (148 ff).

¹⁰⁶ Ebd., 158 ff.

¹⁰⁷ Ebd., 160; vgl. *Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung (1964), 21-24, wo überzeugend die „Untrennbarkeit von Kausalitäts- und Schadensprüfung“ anhand eines faktisch-normativen Kausalitätsbegriffs argumentiert wird.

¹⁰⁸ *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2013), 160.

¹⁰⁹ Ebd., 161.

¹¹⁰ Ebd.

¹¹¹ Ebd., 162.

¹¹² Ebd.

¹¹³ Ebd., 163.

¹¹⁴ Ebd., 162.

die Haftung nicht zu unbestimmt ausgestaltet sein, da sie mangels Rechtssicherheit die „Wehleidigkeit des Geschädigten“ und etwaige schlechte Neigungen begünstigen könnte.¹¹⁵

Nach der DSGVO liegen immaterielle Schäden unter anderem dann vor, wenn die betroffene Person diskriminiert,¹¹⁶ ihre Identität missbraucht, ihr Ruf oder ihr Ansehen¹¹⁷ geschädigt wird oder „wenn die betroffenen Personen um ihre Rechte und Freiheiten gebracht oder daran gehindert werden, die sie betreffenden personenbezogenen Daten zu kontrollieren“.¹¹⁸ ErwGr 75 leitet ein mit „Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen“: Solche *Risiken* bestehen, „wenn persönliche Aspekte bewertet werden“, „insbesondere wenn Aspekte [...] analysiert oder prognostiziert werden, um persönliche Profile zu erstellen oder zu nutzen“. Schließlich besteht immer dann eine Risikoerhöhung, „wenn die Verarbeitung eine große Menge personenbezogener Daten und eine große Anzahl von betroffenen Personen betrifft.“¹¹⁹ Es ist in der zu verfassenden Arbeit zu analysieren, welche Bedeutung diese Risikoerwägung für die Schutzzwecke des Datenschutzes und welchen teleologischen Einfluss das Vorliegen eines Vertrages hat. Zudem soll nach ErwGr 75 bereits die „unbefugte Aufhebung der Pseudonymisierung“ schadensbegründend sein bzw. unmittelbar einen Schaden und somit eine Schädigung indizieren. Dies könnte eine punktuelle Beweisbefreiung¹²⁰ hinsichtlich des Vorliegens eines Schadens darstellen. Es kann jedoch kein Schadenersatz ohne Schaden bestehen,¹²¹ und jeder Schadenersatzanspruch erfordert die Erfüllung einer wohlverstandenen Kausalität:

„Kausalzusammenhang bedeutet, daß ein Ereignis einen Erfolg, also eine tatsächliche Veränderung in der Welt der materiellen oder gedachten Güter herbeigeführt hat, ‚Schaden‘ dagegen bedeutet, daß dieser Erfolg als eine *nachteilige* Veränderung bewertet wird.“¹²²

Im Rahmen der Schadenersatzprüfung wird man sonach notwendig auf einen faktisch-normativen Kausalitätsbegriff zurückkommen. Dabei ist unter anderem auf besondere rechtliche Verpflichtungen des Schädigers gegenüber dem Geschädigten Bedacht zu nehmen. Es stellt sich vordergründig die Frage, welchen Einfluss ein Vertrag bzw. ein vorvertragliches

¹¹⁵ Vgl. ebd., 161.

¹¹⁶ Siehe das Gleichbehandlungsgesetz (GlBG), BGBl. I Nr. 66/2004 idF BGBl. I Nr. 40/2017.

¹¹⁷ Vgl. *Dürager*, Sind Daten ein schutzfähiges Gut?, ÖBl 2018/80, 260 [266].

¹¹⁸ ErwGr 75 DSGVO.

¹¹⁹ Vgl. mit diesem Gefährdungselement *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941), 37.

¹²⁰ Vgl. RIS-Justiz RS0040182, wonach eine „Beweisführung von der an sich dazu verpflichteten Partei billigerweise nicht erwartet werden kann, weil es sich um Umstände handelt, die allein in der Sphäre der Gegenseite liegen und daher nur ihr bekannt und damit auch nur durch sie beweisbar sind.“

¹²¹ Vgl. RIS-Justiz RS0038184, wonach die Nichterfüllung einer gesetzlichen Pflicht nicht ohne Weiteres einen Nachteil darstellt, der als ideeller Schaden bezeichnet werden könnte.“

¹²² *Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung (1964), 22.

Schuldverhältnis,¹²³ in dessen Rahmen Daten verarbeitet werden, und die datenschutzrechtliche Einwilligung¹²⁴ auf die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden haben. Zwar sollte es möglich sein, einen Haftungsausschluss für bestimmte ideelle Schäden zu vereinbaren, doch stellt sich die Frage, ob ein Vertrag nicht ebenso im Gegenteil zu einer Haftungsverschärfung führen könne.

VI. Rechtsanalogie zum Immaterialgüterrecht

Zwar unterscheidet sich der Schutzgegenstand „Daten“ wesentlich von Immaterialgüterrechten, die eine besondere Qualifikation des zu schützenden Inhalts voraussetzen (Werk, Erfindung, Marke etc.), doch bietet sich eine analoge Anwendung des Rechts des geistigen Eigentums, insbesondere des Urheberrechts, insofern an, als dort 1) unkörperliche Sachen geschützt sind, welche 2) eine Affinität zum Persönlichkeitsrecht¹²⁵ haben, und 3) schuldrechtliche Ansprüche in einer für das Datenschutzrecht möglicherweise zweckmäßigen Weise ausgestaltet sind.

Das Urheberrecht bietet drei Anspruchsgrundlagen, die hier möglicherweise einschlägig sind: den bereicherungsrechtlichen¹²⁶ § 86 UrhG, der einen Anspruch auf ein angemessenes Entgelt – eine pauschalierte *Lizenzgebühr* – begründet; den schadenersatzrechtlichen § 87 UrhG, der im Unterschied zur allgemeinen zivilrechtlichen Norm der §§ 1323 f ABGB, die grobes Verschulden voraussetzt, den entgangenen Gewinn und den immateriellen Schaden für jedenfalls ersatzfähig erklärt (Abs 2) und als optionale Schadenspauschalierung die Anspruchshöhe mit der doppelten Lizenzgebühr festsetzt (Abs 3), sowie § 87 Abs 4 UrhG, der einen Anspruch auf *Herausgabe des Gewinnes* bzw. *Gewinnabschöpfung* vorsieht. Es handelt sich hierbei um einen hybriden Anspruch oder gar um einen Anspruch *sui generis*, da er einerseits ein Verschulden voraussetzt und andererseits nicht am Schaden, sondern am Gewinn oder Vorteil des Bereicherten anknüpft. Er ist somit auf Tatbestandsseite ein Schadenersatz-¹²⁷ und auf Rechtsfolgenseite ein Bereicherungsanspruch.¹²⁸

Das Urheberrecht besteht aus einer vermögensrechtlichen und einer persönlichkeitsrechtlichen Komponente.¹²⁹ Laut *Schacherreiter* „gebührt der Anspruch auf Gewinnherausgabe nur für rechtswidrige Eingriffe in Verwertungsrechte, nicht jedoch für die

¹²³ Art 6 Abs 1 lit b DSGVO.

¹²⁴ Art 6 Abs 1 lit a, Art 7 DSGVO.

¹²⁵ Vgl. die Urheberpersönlichkeit nach §§ 19 ff UrhG („Schutz geistiger Interessen“).

¹²⁶ Zur ähnlichen Rechtslage in Deutschland *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999), 168 f.

¹²⁷ Vgl. ebd., 169.

¹²⁸ *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht (2018), 82.

¹²⁹ Vgl. *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2013), 77.

Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten.“¹³⁰ Nach dieser Ansicht eignet sich § 87 Abs 4 UrhG nicht zur analogen Anwendung auf datenschutzrechtliche Sachverhalte, in denen es regelmäßig hauptsächlich um Rechtsgüter wie die Persönlichkeit oder die Privatsphäre zu tun ist.

Es stellt sich allgemein die Frage, ob ein Schaden aufgrund vertragsverletzender Datenverarbeitung nur nach den Grundsätzen des Ersatzes immaterieller Schäden oder ob er auch in gewissem Maße mit einer Gewinnhaftung¹³¹ nach dem Vorbild des Immaterialgüterrechts abzugelten sei. So wird mitunter vorgeschlagen, das „Datenschutzrecht als Instrument zur Beteiligung des Betroffenen“ zu sehen; doch warnt *Specht* vor übermäßiger Kommerzialisierung, erwägt aber auch eine Gewinnbeteiligung der Betroffenen, „wenn Daten als Gegenleistung im synallagmatischen Vertrag hingegeben werden“.¹³²

VII. Ausgleich, Genugtuung oder Prävention?

Die Haftungsverschärfung oder -erweiterung nach dem UrhG lässt schnell einen dahinterstehenden Präventionsgedanken vermuten. Das Ausgleichsprinzip allein kann den Anspruch auf Gewinnabschöpfung oder auf Zahlung eines Pauschalbetrags in doppelter Höhe kaum rechtfertigen. Es handelt sich hierbei um ein Problem der „objektiven Schadensberechnung“,¹³³ welches in der Lehre traditionell umstritten ist.¹³⁴ *Koziol* ordnet diese Art der Schadensberechnung dem Präventionsprinzip zu, auf das sich „der Gedanke der rechtsverfolgenden, rechtsfortwirkenden oder rechtsfortsetzenden Funktion“ des Schadenersatzrechts stützt.¹³⁵ Da Daten besonders heikel – zugleich massenhaft vorhanden und vorstellbar missbrauchs anfällig – sind, empfiehlt es sich möglicherweise, „von einem Ersatzanspruch in Höhe des ‚gemeinen Wertes‘, also des Verkehrswertes“ nach § 1332 ABGB¹³⁶ in Form einer Pauschalierung auszugehen. Hier käme die Idee des *Mindestschadens* dem Anspruchsberechtigten entgegen;¹³⁷ es wird in der zu verfassenden Arbeit zu bestimmen sein, inwieweit sich die Grundsätze der objektiven Schadensberechnung im speziellen Fall der vertraglichen Datenschutzverletzung auf immaterielle Schäden ausdehnen lassen. Ist dies aus dem Titel der Prävention zu rechtfertigen, wo doch dem Zivilrecht in erster Linie die

¹³⁰ *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht (2018), 81.

¹³¹ Vgl. *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999), 163-174.

¹³² *Specht*, Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, GRUR Int. 2017, 1040 [1042].

¹³³ *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999), 163 f.

¹³⁴ Vgl. einerseits *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 3/8 ff, andererseits *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand 01.01.2018), § 1293, Rz 22.

¹³⁵ *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 3/8. Vgl. *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht (2018), 86.

¹³⁶ *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 3/8.

¹³⁷ Ebd.

Ausgleichsfunktion zukommt? *Wendehorst* führt „die zumindest tendenziell kompensierende Wirkung der Gewinnhaftung“ ins Treffen: Diese deckt „mindestens teilweise bloß einen nach der Lebenserfahrung zu vermutenden Nachteil“.¹³⁸ Allerdings weiche in diesem Fall das Ausgleichsprinzip dem „Gedanken effektiven Rechtsgüterschutzes“,¹³⁹ welcher insbesondere im Anwendungsbereich der unionsrechtlichen DSGVO als Forderung nach dem *effet utile* zu verstehen ist.¹⁴⁰ Privatrechtliche Prävention ist im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht nötig, da ansonsten „Rechtsverletzungen im Wirtschaftsverkehr Tür und Tor geöffnet wäre.“¹⁴¹ *Kocholl* setzt sich mit Strafschadenersatz auseinander und argumentiert im Sinne des beweglichen Systems mit der „faktisch-normativen Gestalt“ des Schadensbegriffs, welche diesen „an die unterschiedlichen und unterschiedlich starken Zurechnungsgründe anpassbar“ macht.¹⁴² Tatsächlich ist dieser Gedanke in §§ 1323 f ABGB verkörpert, welche den Ersatz der „Tilgung der verursachten Beleidigung“ von „böser Absicht“ oder „einer auffallenden Sorglosigkeit“ abhängig machen. Ferner sieht der Autor „eine Aufgabe des Strafschadenersatzes, die Geltungskraft des Rechts zu verteidigen“.¹⁴³ *Schacherreiter* erkennt, „dass Immaterialgüterrechte verletzlicher sind als materielle Rechtsgüter“;¹⁴⁴ dies muss *a fortiori* für das Rechtsgut der persönlichen Daten gelten, wenn man den grund- und persönlichkeitsrechtlichen Aspekten desselben Rechnung trägt (§ 1 DSG, § 16 ABGB u.a.):

„Eine Verdoppelung des bei rechtmäßigem Vorgehen zu bezahlenden Entgelts [...] müsste auf alle Fälle ausgedehnt werden, in denen es um die unbefugte Nutzung fremden Gutes geht, eine höhere Verletzlichkeit gegeben ist und die nachträgliche Bezahlung bloß des Entgelts auch nicht die erforderliche Präventionswirkung entfaltet.“¹⁴⁵

Eingedenk des Bereicherungsverbots darf der Schadenersatzanspruch – auch aus Vertrag – gleichwohl niemals zu einem „glücklichen Zugewinn“¹⁴⁶ des Berechtigten führen, was unmittelbar aus dem Ausgleichsprinzip erhellt. Es stellt sich ferner die Frage, ob es bei personenbezogenen Daten überhaupt so etwas wie ein Entgelt geben kann. *Koziol* sieht die Möglichkeit, „einen mangels anderer Anhaltspunkte pauschalierten Ersatz des Nachteils“ als mit dem Ausgleichsprinzip vereinbar zu sehen.¹⁴⁷ In diesem Sinne kann es im Zivilrecht

¹³⁸ *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999), 174.

¹³⁹ Ebd.

¹⁴⁰ So verlangt ErwGr 146 „vollständigen und wirksamen Schadenersatz für den erlittenen Schaden“.

¹⁴¹ Ebd.

¹⁴² *Kocholl*, Punitive damages in Österreich (2001), 138.

¹⁴³ Ebd., 129. Vgl. *Stoll*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schäden? (1964), 149 f, wo vom „gekränkte[n] Rechtsgefühl des Betroffenen“ die gesprochen wird.

¹⁴⁴ *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht (2018), 62.

¹⁴⁵ *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 2/57.

¹⁴⁶ *Schacherreiter*, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht (2018), 66.

¹⁴⁷ *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 2/57.

durchaus Prävention geben – diese muss allerdings immer auch vom Ausgleichsgedanken gedeckt sein, darf also nicht über den angemessenen Ausgleich hinausgehen. Dass im Rahmen dieses Ausgleichs mit pauschalierten Schadenshöhen und „objektiven“ Bemessungen gearbeitet wird, ist mithin in erster Linie eine Frage der *Schadensbewertung* und nicht der Schadensverhütung.

Schließlich stellt *Strasser* bei immateriellen Schäden die *Genugtuungsfunktion* in den Vordergrund.¹⁴⁸ In diesem Kontext sei sowohl die „Wiederherstellung“ als auch „der Ersatz im strengen Sinne des Wortes“ ausgeschlossen; erstere deshalb, „weil sich die immaterielle Lebenssphäre in sozialen und psychischen Prozessen bildet, bei denen Imponderabilien der verschiedensten Art ausschlaggebend sind.“¹⁴⁹ Eine *restitutio in integrum* scheidet naturgemäß aus, wenn jemand bereits eine Beleidigung, Privatsphäreverletzung, Diskriminierung etc. erlitten hat. Die „seelischen Leiden“, die „Einbuße an Lebensglück“, eine „Störung des psychischen Wohlbefindens“¹⁵⁰ und dergleichen sind fernerhin einer marktwirtschaftlichen Bewertung nicht zugänglich, das heißt, es ist kein Verkehrswert zu ermitteln, wie man es bei Vermögensschäden nach §§ 305, 1331 f ABGB¹⁵¹ tun würde. Der Ersatz im engeren Sinne sei bei immateriellen Schäden im Rahmen „unseres humanistischen Weltbildes“¹⁵² mangels „Vergleichbarkeit“ oder „Umsetzbarkeit des beschädigten Gutes im Verhältnis zur Ersatzleistung“ nicht möglich¹⁵³ – deshalb sei „nur die Sühne in jedem Falle“ denkbar.¹⁵⁴ Nichtsdestominder anerkennt der Autor – typischerweise für die österreichischen Rechtsordnung – aus „sozialethischen Gründen“ *keine Vergeltungsfunktion* des Schadens, da diese begrifflich auf ein gewisses Rachebedürfnis hinweist, welches dem bürgerlichen Recht nicht entsprechen kann.¹⁵⁵ Ausgehend von der Lehre *Bydlinskis* betont *Koziol* die Notwendigkeit der „beidseitigen Rechtfertigung“ von Ansprüchen. In diesem Sinne würde das Vertreten von Strafschadenersatz eine „einseitige, nur auf ein Subjekt bezogene Argumentation“ darstellen, mithin nicht haltbar sein.¹⁵⁶ Für *Strasser* ist die *Sühne* allerdings von der Strafe unterschieden: Erstere beruhe auf dem „Verlangen des Verletzten nach satisfactio, nach Genugtuung. Darunter ist das Begehren nach einer Leistung des Täters zu

¹⁴⁸ *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964), 14-21.

¹⁴⁹ Ebd., 15.

¹⁵⁰ Ebd.

¹⁵¹ Gleichwohl enthalten diese Paragraphen Vorschriften über die „besondere Vorliebe“ für eine Sache, in welche indirekt durch Vermögensschädigung eingegriffen werden kann.

¹⁵² Ebd., 17.

¹⁵³ Ebd., 16.

¹⁵⁴ Ebd., 15.

¹⁵⁵ Ebd., 17. Vgl. *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010), Rz 2/58: „Dem Privatrecht ist nämlich der Strafgedanke insgesamt fremd.“

¹⁵⁶ Ebd., Rz 2/59. Überhaupt sei der Begriff des Strafschadenersatzes in sich unstimmtig (vgl. ebd., Rz 2/60).

verstehen, mit der die Unbill des Verletzten aufgewogen werden soll.“¹⁵⁷ Fraglich ist, warum der Autor vom „Täter“ und nicht vom Schädiger spricht, obwohl er unmittelbar davor den Strafcharakter der Abgeltung immaterieller Schäden verneint hat. Jedenfalls liegt der Fokus auf dem *Aufwiegen*: „Vorteil für Nachteil.“¹⁵⁸ Ziel des Genugtuungsanspruches sei die durch Geldleistung bewirkte „Ausweitungschance“ des zuvor beeinträchtigten „immateriellen Interessenbereich[s]“. Der ideelle Schaden könne zwar nicht im engeren Sinne ersetzt werden, jedoch solle der Geschädigte die finanzielle Möglichkeit erhalten, sich zur Verwindung der Verletzung einen „kulturellen Wert“ zu verschaffen.¹⁵⁹ Im Anschluss an diese Überlegung warnt *Strasser* vor allfälligem „nicht erwünschten Rechtsmißbrauch“,¹⁶⁰ der in diesem Zusammenhang wohl auftreten könnte.

Aus dem Gesagten geht hervor, dass auch im Datenschutzrecht die Gedanken der Rechtsfortwirkung, des objektiven Schadensbegriff bzw. der objektiven Schadensbemessung und der Genugtuung für eine gangbare Lösung hilfreich sein werden, niemals jedoch losgelöst vom allgemeinen Ausgleichsprinzip.

VIII. Anwendungsproblem: Kreditwürdigkeitsprüfung

Regelmäßig werden im Vorfeld eines Kreditgeschäftes Bonitätsdaten des Kreditwerbers verarbeitet. Unter den Titeln „scoring“ und „profiling“ werden algorithmusgesteuerte „Big-Data“-Analysen zwecks Erfassung und Beurteilung von Individuen zusammengefasst.¹⁶¹ Laut Art 4 Z 4 DSGVO handelt es sich bei der Profilerstellung um eine Datenverarbeitung mit dem Ziel, „bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten“. Mit dem „Score-Wert“, welcher insbesondere im Kreditgeschäft eine bedeutende Rolle spielt, „wird die Wahrscheinlichkeit bezüglich eines bestimmten künftigen Verhaltens des Betroffenen ausgedrückt“, und zwar mittels eines statistischen Verfahrens auf Grundlage von Vergleichsgruppen.¹⁶² Dabei werden zur Verhaltensprognose mittlerweile Informationen aus nahezu allen erdenklichen Kontexten herangezogen.¹⁶³ Abgesehen von der mitunter besonders invasiven Art des Eingriffs in Persönlichkeit und Privatsphäre ist dies insofern bedenklich, als auf Basis dieser teils unwesentlichen Daten Entscheidungen getroffen werden,

¹⁵⁷ *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964), 18.

¹⁵⁸ Ebd.

¹⁵⁹ Ebd., 20.

¹⁶⁰ Ebd., 21.

¹⁶¹ Vgl. *Scholz* in *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG (2019), Art 22, Rz 9 f.

¹⁶² *Sixt*, Scoring – Implikationen für Individuum und Gesellschaft. In: *Burk et al.* (Hg.), Privatheit in der digitalen Gesellschaft (2018), 293.

¹⁶³ Vgl. ebd., 295; *Scholz* in *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG (2019), Art 22, Rz 24.

welche für den Betroffenen als Kreditwerber existenzielle Bedeutung haben können. Womöglich werden aus Datenbeständen falsche Schlussfolgerungen¹⁶⁴ gezogen, oder die Datenverarbeitung ist selbst „fehlerhaft oder unvollständig“.¹⁶⁵ Darüber hinaus birgt die Entscheidung aufgrund wertender Profilerstellung eine erhebliche *Diskriminierungsgefahr* – so wird Kreditunternehmen verschiedentlich vorgeworfen, Betroffene in Bezug auf die Kreditmoral ihres sozialen Umfelds in die Sippenhaft zu nehmen.¹⁶⁶ Ein weiteres Problem ist auch in diesem Bereich die mangelnde Transparenz.¹⁶⁷

Art 22 Abs 1 DSGVO verleiht der betroffenen Person das „Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung [...] beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.“ Die Entscheidung beruht dann ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung, wenn „keine inhaltliche Überprüfung durch eine natürliche Person stattgefunden hat.“¹⁶⁸ Die Letztentscheidung¹⁶⁹ muss somit grundsätzlich von einem Menschen aufgrund ausreichender Information innerhalb eines angemessenen Beurteilungsspielraums¹⁷⁰ gefällt werden. Die betroffene Person ist laut ErwGr 71 DSGVO unter anderem dann „erheblich beeinträchtigt“, wenn die Profilerstellung die „automatische Ablehnung eines Online-Kreditanspruchs [...] ohne jegliches menschliche Eingreifen“ bewirkt. Gemäß Art 22 Abs 2 darf es jedoch ausnahmsweise zu einer solchen automatisierten Entscheidung kommen, wenn dies der „Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags“ erfordert oder zu diesem Zweck gesondert eingewilligt wurde. Diese Erlaubnistatbestände stellen jedoch keine *leges speciales* zu den allgemeinen Rechtsgründen der Datenverarbeitung nach Art 6 DSGVO dar, gestatten also nicht die Datenverarbeitung selbst, sondern nur die automatisierte Entscheidungsfindung aufgrund der bereits rechtmäßig ermittelten und evaluierten Daten.¹⁷¹ Demgemäß treten die Erfordernisse des Art 22 zu denen des Art 6 akzessorisch hinzu, sodass die Rechtmäßigkeitsprüfung zweistufig ist. Zwar genügt für die automatisierte Entscheidung isoliert betrachtet die schlichte Erforderlichkeit für Abschluss oder Erfüllung eines Vertrags; doch dürfen Daten nach Art 6 Abs 1 lit b im Zusammenhang

¹⁶⁴ Vgl. ebd., Rz 10.

¹⁶⁵ Vgl. Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (2006), 123.

¹⁶⁶ Vgl. Institut für Technikfolgenabschätzung, Credit Scoring in Österreich (2014), 62; Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbrauchergerechtes Scoring (2018), 85.

¹⁶⁷ Vgl. Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (2006), 121.

¹⁶⁸ Scholz in Simitis/Hornung/Spiecker (Hg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG (2019), Art 22, Rz 26, mwN.

¹⁶⁹ Schulz in Gola (Hg.), DS-GVO² (2018), Art 22, Rz 14.

¹⁷⁰ Scholz in Simitis/Hornung/Spiecker (Hg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG (2019), Art 22, Rz 27.

¹⁷¹ Ebd., Rz 41 f.

mit einer vorvertraglichen Maßnahme nur dann überhaupt verarbeitet werden, wenn diese auf Anfrage der betroffenen Person stattfindet. Naturgemäß wird die Bonitätsprüfung im Vorfeld des Vertragsschlusses nicht auf Anfrage des Kreditwerbers durchgeführt. – Folglich ist vom kreditgebenden Unternehmen zwingend eine Einwilligung einzuholen, damit er bonitätsrelevante Daten verarbeiten dürfe; hat er eine solche Einwilligung erhalten, so kann die darauffolgende automatisierte Entscheidung bereits durch das vorvertragliche Verhältnis gerechtfertigt sein. Hinsichtlich der zugrundeliegenden Datenverarbeitung findet allerdings der von *Buchner* postulierte „Vorrang der Einwilligung“¹⁷² im Regime der DSGVO Bestätigung.

Zur Schaffung der gebotenen Transparenz muss vor der automatisierten Entscheidungsfindung jedenfalls über die Art der herangezogenen Daten und über das Vorhaben, sie zu einer solchen Entscheidungsfindung heranzuziehen, aufgeklärt werden, darüber hinaus eventuell „über die Logik sowie die Tragweite und angestrebte Auswirkungen einer solchen Verarbeitung für die betroffene Person“;¹⁷³ rücksichtlich legitimer Geschäftsgeheimnisse hat der BGH der Transparenzpflicht allerdings Grenzen gesetzt.¹⁷⁴ Diese sind freilich kritisierbar.¹⁷⁵

Haftungsrechtlich stellt sich die Frage, ob Art 22 DSGVO eine Schutznorm gegen die diskriminierende Kreditverweigerung im Sinne des § 1311 ABGB darstellt; dafür spricht, dass Diskriminierung in ErwGr 75 als ein Risiko „für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen“ und in ErwGr 85 als Schaden im Sinne des Art 82 angeführt ist. Jedenfalls wird somit der immaterielle Schaden, der durch eine verarbeitungsbedingte Diskriminierung entsteht, ersatzfähig sein, und zwar nach der hier vertretenen Ansicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis. Diskriminierte haben demnach Anspruch auf „vollständigen und wirksamen Schadenersatz“,¹⁷⁶ d.h. eine in ihrer Höhe angemessene Genugtuung für das Gefühl der Beeinträchtigung und Entwertung, welches durch das besonders sozialschädliche Verhalten des Diskriminierens entstanden ist.¹⁷⁷ Es stellt sich nur die Frage, ob die DSGVO vor jeder unsachlichen Ungleichbehandlung schütze oder nur vor der besonders krassen Differenzierung anhand Merkmalen wie Geschlecht, Ethnie, Religion etc.

¹⁷² *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (2006), 255 f; vgl. ebd., 135.

¹⁷³ *Scholz* in *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG (2019), Art 22, Rz 58.

¹⁷⁴ Vgl. BGHZ 200, 38.

¹⁷⁵ Vgl. *Sixt*, Scoring – Implikationen für Individuum und Gesellschaft (2018), 294 ff.

¹⁷⁶ ErwGr 146 DSGVO.

¹⁷⁷ Vgl. zum Ersatz des ideellen Schadens „wegen Beeinträchtigung der Chancengleichheit“ *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2013), 170 ff.

Ein anderes Problem besteht in der Vertragsverweigerung als solcher. Kontrahierungszwang scheidet hier mangels Rechtsgrundlage aus,¹⁷⁸ da es sich um eine besonders eingriffsintensive Maßnahme der Wirtschaftslenkung handelt, welche aus zivilrechtsdogmatischen Erwägungen allein nicht begründet werden kann. Immerhin hat die betroffene Person nach Art 16 DSGVO ein Recht auf Berichtigung falscher Daten, um ihre Verhandlungsposition zu verbessern. Wenn Art 22 als Schutznorm gegen jegliche Diskriminierung infolge Datenverarbeitung fungiert, könnte eine diskriminierende Kreditverweigerung einen Anspruch auf Ersatz des in einem Vermögensminus bestehenden *Vertrauensschadens* begründen. Das Problem wird bei *Koziol* unter dem Titel „grundlose Ablehnung des Vertragsabschlusses“ behandelt.¹⁷⁹ Dies wird in der zu verfassenden Arbeit allenfalls am Rande interessieren.

¹⁷⁸ Vgl. *Scholz* in *Simitis/Hornung/Spiecker* (Hg.), *Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG* (2019), Art 22, Rz 34.

¹⁷⁹ *Koziol*, *Österreichisches Haftpflichtrecht II*³: Haftung für eigenes und fremdes Verschulden (2018), A/2/311 ff.

2. Literaturverzeichnis (vorläufig)

Alexy, Theorie der Grundrechte⁸ (2018).

Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15.05.2017, abrufbar unter: https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruehjahrenskonferenz_neu/Bericht_der_AG_Digitaler_Neustart_vom_15_Mai_2017.pdf (abgerufen am 30.5.2019).

Art-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679.

Art-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679.

Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts (1997).

Benke/Meissel, Übungsbuch Römisches Schuldrecht⁸ (2014).

Berka, Bundesverfassungsrecht⁶ (2016).

Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (2006).

Bundeskartellamt, Fallbericht B6-22/16. Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung (2019).

Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung (1964).

Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201.

Dürager, Sind Daten ein schutzfähiges Gut?, ÖBl 2018/80, 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; abgerufen 26.06.2019).

Ehrenzweig, Die Schuldhafung im Schadenersatzrecht (1936).

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, abgerufen 30.06.2019).

Feiler/Forgó, EU-DSGVO (2017).

[Autor] in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg.), Klang-ABGB³ (2014).

[Autor] in Gola (Hg.), DS-GVO² (2018).

Habermas, Faktizität und Geltung⁶ (2017).

Hoeren, Datenbesitz statt Dateneigentum, MMR 2019, 5.

Hoffmann, Die Koordination des Vertrags- und Deliktsrechts in Europa (2006).

[Autor] in *Holoubek/Lienbacher* (Hg.), GRC-Kommentar² (rdb.at).

Institut für Technikfolgenabschätzung, Credit Scoring in Österreich (2014).

Kant, Kritik der praktischen Vernunft / Grundlegung zur Metaphysik der Sitten⁸ (2014).

Kerschbaumer-Gugu, Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen (2019).

Khakzadeh-Leiler, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011).

Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁵ (2016).

Klammer, Dateneigentum. Das Sachenrecht der Daten (2019).

[Autor] in *Kletečka/Schauer* (Hg.), ABGB-ON (rdb.at).

[Autor] in *Knyrim* (Hg.), DatKomm (rdb.at).

Kocholl, Punitive damages in Österreich. Über Prävention und Privatstrafe im Zivilrecht (2001).

Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010).

--- Österreichisches Haftpflichtrecht II³: Haftung für eigenes und fremdes Verschulden (2018)

Ohly, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht (2002).

Palmer, European contractual regimes: The contemporary approaches. In: *Palmer*, The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law (2015).

Peifer, Individualität im Zivilrecht (2001).

Resch, Die Einwilligung des Geschädigten (1997).

[Autor] in *Rummel/Lukas* (Hg.), ABGB⁴ (rdb.at).

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbrauchergerechtes Scoring (2018).

Schacherreiter, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht. Ein Beitrag zum Verhältnis zwischen Sonderprivatrecht und allgemeinem Zivilrecht (2018).

Schubert, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2013).

Schwarze, Vorvertragliche Verständigungspflichten (2001).

[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*, Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, GRUR Int. 2017, 1040.
- Stoll*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten zum 45. DJT (1964).
- Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964).
- Tretzmüller*, Private Enforcement - Immaterieller Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen.
In: Janel (Hg.), Jahrbuch Datenschutz 2017, 199.
- Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999).
- Was ist Bonität? Zum Begriff der „Kreditwürdigkeit“ in § 7 VKrG. In:
Blaschek/Habersberger (Hg.), Eines Kredites würdig? (2011), 19.
- [Autor] in Wiebe/Kodek, UWG² (rdb.at).
- Wiese*, Der Ersatz des immateriellen Schadens (1964).
- Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941).
- Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht (2009).

3. Inhaltsverzeichnis (vorläufig)

1. personenbezogene Daten als Rechtsgüter
 - 1.1. sachenrechtliche Zuordnung
 - 1.2. Ableitung aus Persönlichkeitsrecht (inkl. Grundrechte)
 - 1.3. Schadensbegriff: Beispiele
2. datenschutzrechtliche Einwilligung
 - 2.1. Rechtsnatur
 - 2.2. Was heißt *Transparenz*?
 - 2.3. Einwilligung und Vertrag
3. immaterielle Schäden
 - 3.1. objektiver Schadensbegriff
 - 3.2. Kausalität
 - 3.3. objektive Schadensberechnung bzw. Rechtsfortwirkung
 - 3.3.1. Immaterialgüterrecht analog?
4. Maßstäbe der Verantwortlichkeit
 - 4.1. Gefährdung
 - 4.2. wirtschaftliche Tragfähigkeit
 - 4.3. Verschulden
5. Funktionen des zivilrechtlichen Datenschutzes
 - 5.1. Ausgleich
 - 5.2. Prävention
 - 5.3. Genugtuung

4. Zeitplan

Sommersemester 2019: umfangreiche Literaturrecherche, Verfassung des Exposé, Absolvierung der VO Juristische Methodenlehre sowie dreier Seminare, Betreuungsgespräche.

Wintersemester 2019/20: fakultätsöffentliche Vorstellung des Dissertationsvorhabens, Verfassung der Dissertation, Besuch relevanter Lehrveranstaltungen.

Sommersemester 2020: Verfassung und Fertigstellung der Dissertation, Defensio.