

Geanonimiseerde versie

Vertaling

C-655/23 – 1

Zaak C-655/23

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

7 november 2023

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

26 september 2023

Verzoekende partij, verzoeker en verweerder in „Revision”:

IP

Verwerende partij, verweerster en verzoekster tot „Revision”:

Quirin Privatbank AG

[OMISSIS]

BUNDESGERICHTSHOF (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland)

BESLISSING

[OMISSIS]

van

26 september 2023

in het geding tussen

IP, [OMISSIS],

verzoekende partij, verzoeker en verweerder in „Revision”,

[OMISSIS]

tegen

Quirin Privatbank AG, [OMISSIS] Berlijn,

verwerende partij, verweerster en verzoekster tot „Revision”,

[OMISSIS]

De VI. Zivilsenat van het Bundesgerichtshof heeft na de mondelinge behandeling op 11 juli 2023 [OMISSIS]

als volgt beslist:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden ter uitlegging van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming, hierna: „AVG”) (PB 2016, L 119, blz. 1) de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:
 1.
 - a) Moet artikel 17 AVG aldus worden uitgelegd dat de betrokkene wiens persoonsgegevens door de verwerkingsverantwoordelijke door middel van doorgifte onrechtmatig zijn verstrekt, het recht heeft om tegen de verwerkingsverantwoordelijke een vordering in te stellen tot staking van elke verdere onrechtmatige doorgifte van die gegevens, wanneer hij van de verwerkingsverantwoordelijke niet verlangt dat deze gegevens worden gewist?
 - b) Kan een dergelijke vordering tot staking (ook) voortvloeien uit artikel 18 AVG of een andere bepaling van de AVG?
 2. Indien de vragen 1a) en/of 1b) bevestigend worden beantwoord:
 - a) Kan een vordering tot staking op grond van het Unierecht alleen worden ingesteld als moet worden gevreesd dat in de toekomst verder inbreuk op de uit de AVG voortvloeiende rechten van de betrokkene zal worden gemaakt (gevaar voor recidive)?
 - b) Wordt het bestaan van het gevaar voor recidive in voorkomend geval vermoed op basis van de bestaande inbreuk op de AVG?
 3. Indien de vragen 1a) en 1b) ontkennend worden beantwoord:

Moet artikel 84 juncto artikel 79 AVG aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter aan de betrokkene wiens persoonsgegevens door de verwerkingsverantwoordelijke door middel van doorgifte onrechtmatig zijn verstrekt, naast de vergoeding van materiële of immateriële schade uit hoofde van artikel 82 AVG en de uit de artikelen 17 en 18 AVG voortvloeiende rechten, een vordering kan toekennen tegen de verwerkingsverantwoordelijke om de verdere onrechtmatige doorgifte van die gegevens te staken overeenkomstig de bepalingen van nationaal recht?

4. Moet artikel 82, lid 1, AVG aldus worden uitgelegd dat louter negatieve gevoelens, zoals ergernis, ongenoegen, ontevredenheid, bezorgdheid en angst, die op zichzelf deel uitmaken van het algemene levensrisico en vaak dagelijks worden ervaren, voldoende zijn voor het aannemen van immateriële schade in de zin van deze bepaling? Of is voor het aannemen van schade een nadeel voor de betrokken natuurlijke persoon vereist dat verder gaat dan deze gevoelens?
5. Moet artikel 82, lid 1, AVG aldus worden uitgelegd dat de mate van schuld van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker respectievelijk zijn werknemers een relevant criterium is bij de berekening van de hoogte van de te vergoeden immateriële schade?
6. Indien de vragen 1a), 1 b) of 3 bevestigend worden beantwoord:

Moet artikel 82, lid 1, AVG aldus worden uitgelegd dat bij de berekening van de hoogte van de te vergoeden immateriële schade ter beperking van de hoogte van de schadevergoeding rekening kan worden gehouden met het feit dat de betrokkene naast het recht op schadevergoeding ook een recht op staking heeft?

Motivering:

- 1 I. Feiten en hoofdgeding
- 2 Verzoeker stelt een verbodsactie in tegen verweerster en vordert vergoeding van immateriële schade als gevolg van het verstrekken van persoonsgegevens.
- 3 1. Verzoeker heeft deelgenomen aan een sollicitatieprocedure bij de gedaagde private bank, die plaatsvond via het onlineportaal Xing. In het kader van deze procedure zond een medewerkster van verweerster op 23 oktober 2018 via de messenger-dienst van het portaal een bericht dat uitsluitend bestemd was voor verzoeker, ook aan een derde persoon die niet betrokken was bij de sollicitatieprocedure. De inhoud van het bericht luidde als volgt:

„Beste heer [IP], ik hoop dat het goed met u gaat! Onze manager – de heer R[...] – vindt uw dealer-profiel zeer interessant. Wij kunnen echter niet aan uw salarisverwachtingen voldoen. Hij kan 80k + variabele vergoeding bieden. Is dit

vanuit dit oogpunt nog steeds interessant voor u? Ik kijk ernaar uit van u te horen en wens u een goed begin van de dinsdag. Vriendelijke groet, I[...] J[...]”.

- 4 De derde, die enige tijd geleden met verzoeker in dezelfde holding had samengewerkt en hem daardoor kende, heeft het bericht doorgestuurd aan verzoeker met de vraag of het om een bericht voor hem ging en of hij op zoek was naar werk.
- 5 2. Verzoeker betoogt dat zijn – immateriële – schade niet is gelegen in het abstracte verlies van zeggenschap over de verstrekte gegevens, maar in het feit dat ten minste een andere persoon die verzoeker en zowel potentiële als voormalige werkgevers kent, nu kennis heeft van omstandigheden die aan discretie onderhevig zijn. Volgens hem valt te vrezen dat de derde die in dezelfde sector actief is, de in het bericht vervatte gegevens heeft verstrekt of zich door zijn kennis als concurrent een voordeel heeft kunnen verschaffen met betrekking tot eventuele functies in de sollicitatieprocedure. Daarnaast beschouwt hij de „nederlaag” in de salarisonderhandelingen als een vernedering, die hij niet zou hebben medegedeeld aan derden – vooral niet aan potentiële concurrenten.
- 6 Verzoeker heeft verzocht verweerster te veroordelen om in de toekomst geen persoonsgegevens van verzoeker betreffende zijn sollicitatie meer te (laten) verwerken, indien dit gebeurt zoals in het bericht via het Xing-portaal aan de heer F. W. op 23 oktober 2018, en om aan verzoeker een immateriële schadevergoeding van ten minste 2 500 EUR te betalen.
- 7 3. Het Landgericht (rechter in eerste aanleg, Duitsland) heeft de vordering gedeeltelijk toegewezen, verweerster overeenkomstig de vordering veroordeeld haar activiteiten te staken en verzoeker een bedrag van 1 000 EUR, vermeerderd met rente, toegekend. In hoger beroep van verweerster heeft het Oberlandesgericht (rechter in tweede aanleg, Duitsland) het vonnis van het Landgericht met betrekking tot de gevorderde immateriële schadevergoeding gewijzigd en de vordering in zoverre afgewezen.
- 8 De rechter in hoger beroep was van oordeel dat verzoeker op grond van artikel 17, lid 1, AVG beschikt over een recht op staken van de verwerking van zijn persoonsgegevens, wanneer deze plaatsvindt in de vorm van het litigieuze bericht. Het vereiste gevaar voor recidive is gegeven. Verzoeker heeft daarentegen geen recht op schadevergoeding op grond van artikel 82 AVG, aangezien hoe dan ook niet is aangetoond dat verzoeker schade heeft geleden. Volgens deze rechter is er sprake van een inbreuk op de gegevensbescherming door de doorzending van persoonsgegevens aan een niet-betrokken derde. Voorwaarde voor een geldelijke vergoeding is echter, naast de vastgestelde inbreuk, het bewijs van een concrete – ook immateriële – schade. Verzoeker heeft dergelijke schade niet aangetoond. Zijn betoog beperkt zich tot de uiteenzetting van een inbreuk op de gegevensbescherming. Zelfs als „vernedering” wordt aangenomen, kan deze niet als immateriële schade worden aangemerkt.

9 Tegen deze beslissing verzet verzoeker zich met zijn door de rechter in hoger beroep toegestaan beroep tot „Revision” waarbij hij zijn vorderingen volledig handhaaft. Met haar beroep tot „Revision” concludeert verweerster tot volledige afwijzing van de vordering.

10 II. Eventueel op de onderhavige zaak toepasselijke bepalingen van nationaal recht

1. Artikel 2 van de grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland (hierna: „GG”):

„Artikel 2

1. Eenieder heeft recht op vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid, mits hij daarbij geen afbreuk doet aan de rechten van derden, de constitutionele orde of de goede zeden.

2. [...].”

2. § 253 van het Bürgerliche Gesetzbuch (burgerlijk wetboek):

„§ 253 Immateriële schade

1. Voor andere schade dan vermogensschade kan alleen in de bij wet bepaalde gevallen schadevergoeding in geld worden gevorderd.

2. Indien schadevergoeding verschuldigd is wegens lichamelijk letsel of aantasting van de gezondheid, de vrijheid of de seksuele zelfbeschikking, kan ook voor andere schade dan vermogensschade een billijke vergoeding in geld worden gevorderd.”

3. § 823 BGB:

„§ 823 Schadevergoedingsplicht

1. Hij die met opzet of uit nalatigheid wederrechtelijk inbreuk maakt op het leven, het lichaam, de gezondheid, de vrijheid, de eigendom of enig ander recht van een ander, is ten opzichte van die ander gehouden tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade.

2. Dezelfde verplichting rust op degene die in strijd handelt met een wet die strekt tot bescherming van een andere persoon. Indien volgens de inhoud van de wet een overtreding van de wet ook zonder schuld mogelijk is, ontstaat de verplichting tot schadevergoeding alleen in het geval van schuld.”

4. § 1004 BGB (hier analoog van toepassing op de schending van absolute rechten in de zin van § 823, lid 1, BGB of de schending van een wet ter bescherming van een derde in de zin van § 823, lid 2, BGB):

§ 1004 Vordering tot opheffing en verbodsvordering

1. Wanneer de eigendom op een andere wijze dan door onttrekking van het bezit of retentie wordt verstoord, kan de eigenaar van de inbreukpleger verlangen de inbreuk op te heffen. Worden nieuwe inbreuken gevreesd, dan kan een verbodsvordering worden ingesteld.

2. [...]”

11 III. Verwijzing naar het Hof van Justitie

12 Of de door partijen ingestelde beroepen tot „Revision” slagen, hangt af van de uitlegging van het Unierecht.

13 1. Over de toepasselijkheid van het Unierecht

14 a) De algemene verordening gegevensbescherming is zowel ratiōe temporis (artikel 99, lid 2, AVG) als ook territoriaal (artikel 3, lid 1, AVG) van toepassing. De verordening is ook materieel van toepassing. Door de achternaam van verzoeker te vermelden, zijn geslacht zoals aangegeven in de aanhef, het feit dat de sollicitatieprocedure nog liep en de houding van verweerster ten aanzien van de sollicitatie van verzoeker en zijn - wat betreft de omvang indirect verstrekte - salarisverwachtingen bevatte het litigieuze bericht persoonsgegevens in de zin van artikel 4, punt 1, AVG. Deze informatie had namelijk betrekking op een door verweerster (de verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 4, punt 7, AVG), die beschikte over verzoekers contactgegevens en curriculum vitae, geïdentificeerde of althans identificeerbare natuurlijke persoon. De verzending van het bericht door een medewerkster van verweerster met behulp van de messenger-dienst van een onlineportaal aan een derde vormt een (gedeeltelijk) geautomatiseerde verwerking van de persoonsgegevens in de vorm van verstrekken door middel van doorzending die als voorbeeld wordt genoemd in artikel 4, punt 2, AVG.

15 b) Verweerster heeft de bepalingen van de algemene verordening gegevensbescherming geschonden. De rechter in hoger beroep heeft terecht erkend dat de bestreden verwerking van verzoekers persoonsgegevens door verweerster op grond van artikel 6, lid 1, AVG onrechtmatig was, met name niet gedekt door de toestemming van verzoeker. Verweerster voert evenmin aan dat de verwerking op grond van deze bepaling rechtmatig zou zijn geweest.

16 2. Prejudiciële vragen 1a) en 1b)

17 „1a) [OMISSIS]

18 1b) [OMISSIS]”

19 Verzoeker verzoekt niet om wissing van zijn persoonsgegevens die in strijd met de AVG zijn verwerkt, maar wil door middel van een verbodsactie een herhaling

van de onrechtmatige verwerking voorkomen. De vraag of verzoeker dit verzoek kan baseren op artikel 17, lid 1, AVG, zoals de appelrechter heeft geoordeeld, is twijfelachtig. De vraag is relevant voor de beslechting van het geschil en wordt door de rechtspraak van het Hof van het Hof van Justitie niet verduidelijkt en overigens ook niet eenduidig beantwoord.

- 20 a) De Senat heeft zich echter op het standpunt gesteld dat in de gevallen waarin verzoekers in het kader van een verzoek om verwijdering van koppelingen naar bepaalde resultaten links ook een stakingsvordering hebben ingesteld tegen de exploitanten van internetzoekmachines, het in artikel 17, lid 1, AVG neergelegde „recht op gegevenswissing” niet mag worden gereduceerd tot de loutere wissing van gegevens, al was het maar vanwege de technische voorwaarden voor de betwiste verwerking van gegevens, die uiteindelijk voor de betrokkene niet te overzien zijn en bovendien voortdurend in ontwikkeling zijn, maar ook, los van de technische uitvoering, het verzoek omvat om niet opnieuw te worden geplaatst (zie arresten van de Senat van 27 juli 2020 – VI ZR 405/18, ECLI:DE:BGH:2020:270720:UVIZR405.18.0, BGHZ 226, 285 punten 1, 17 en 35, en 23 mei 2023 – VI ZR 476/18, ECLI:DE:BGH:2023:230523UVIZR476.18.0, juris punt 28) Dit was blijkbaar ook de veronderstelling van het Hof van Justitie in zijn arrest van 8 december 2022 in zaak C-460/20 (zie arrest van het Hof van Justitie, [OMISSIS] punten 82 en 83). Evenzo heeft de Senat geoordeeld dat een verbodsactie op grond van artikel 17, lid 1, AVG ook mogelijk is in gevallen waarin verzoekers, naast de wissing van hun persoonsgegevens uit de databank van een beoordelingsportaal, hebben verzocht om de publicatie van hun profiel op dat portaal achterwege te laten (zie in die zin arresten van de Senat van 12 oktober 2021 – VI ZR 489/19, ECLI:DE:BGH:2021:121021UVIZR489.19.0, BGHZ 231, 263 punten 3 en 10, en 13 december 2022 – VI ZR 54/21, ECLI:DE:BGH:2022:131222UVIZR54.21.0, AfP 2023, 149 punten 3, 4 en 40).
- 21 b) Dit heeft het echter nog niet mogelijk gemaakt om vast te stellen of artikel 17 AVG ook kan worden ingeroepen wanneer de persoon op wie een onrechtmatige verwerking van zijn persoonsgegevens betrekking heeft, niet verzoekt om die gegevens te wissen, maar enkel – zoals in casu – tracht om, naast het verzoek om vergoeding van de geleden immateriële schade, preventief een nieuwe dreiging van een soortgelijke inbreuk op de AVG te voorkomen. Ook al voorziet artikel 17 AVG volgens de bewoordingen ervan niet in een dergelijk recht op staken, kan het pleiten voor een bevestigend antwoord op deze vraag dat de verwerkingsverantwoordelijke in beginsel kan voldoen aan de vordering tot staken van zijn activiteiten door de onrechtmatig verwerkte gegevens te wissen en aldus een nieuwe inbreuk van dezelfde aard op de AVG uit te sluiten. Indien de betrokkene de wissing afwijst, komen hem de rechten toe die voortvloeien uit artikel 18 AVG (zie artikel 18, lid 1, onder b), AVG). In dat geval rijst de vraag of het recht van de betrokkene op beperking van de verwerking op grond van artikel 18 en artikel 4, punt 3, AVG ook een recht op staken in de hierboven aangegeven zin omvat. De vraag of uit de bepalingen van de AVG – eventueel onder verwijzing naar artikel 79 AVG – een verbodsactie op grond van het

Unierecht voortvloeit, afgezien van de gevallen die hierboven reeds door de hoogste rechterlijke instanties zijn beslecht, is omstreden in de rechtspraak en de literatuur [OMISSIS] [verwijzing naar de nationale literatuur].

22 3. Tweede prejudiciële vraag

23 „Indien de vragen 1 a) en/of 1 b) bevestigend worden beantwoord:

24 a) [OMISSIS]

25 b) [OMISSIS]”

26 De verbodsactie die is gebaseerd op een reeds gepleegde schending van het recht, maar in de toekomst is gericht, veronderstelt naar nationaal recht dat de vrees bestaat dat er in de toekomst nieuwe schendingen van het recht van de verzoeker zullen plaatsvinden, dat wil zeggen dat er een gevaar voor recidive bestaat, met dien verstande dat er een feitelijk vermoeden bestaat op grond van de reeds gepleegde schending, dat evenwel door de verweerder kan worden weerlegd (vaste rechtspraak; zie naar analogie over de verbodsactie in het geval van inbreuk op het recht op informatieve zelfbeschikking van § 1004, lid 1, tweede volzin, BGB, § 823, lid 1, BGB, en artikel 2, lid 1, GG vóór de inwerkingtreding van de AVG het arrest van de Senat van 15 september 2015– VI ZR 175/14, ECLI:DE:BGH:2015:150915UVIZR175.14.0, BGHZ 206, 347 punt 30; over de verbodsactie in het geval van inbreuk op het algemene persoonslijksrecht zie in het bijzonder arrest van de Senat van 27 april 2021 – VI ZR 166/19, ECLI:DE:BGH:2021:270421UVIZR166.19.0, NJW 2021, 3334 punten 21 en 23 met verdere verwijzingen). Naar het oordeel van de Senat moet dit, gelet op de aard van de verbodsactie, ook gelden wanneer deze voortvloeit uit de AVG onder het Unierecht. Dit is echter nog niet verduidelijkt door de rechtspraak van het Hof.

27 4. Derde prejudiciële vraag

28 „Indien de vragen 1 a) en 1 b) ontkennend worden beantwoord:

[OMISSIS]”

29 Indien volgens de bepalingen van de AVG geen verbodsactie op grond van het Unierecht mogelijk is, rijst de vraag of het nationale recht in dit verband kan worden ingeroepen door middel van artikel 84 juncto artikel 79 AVG, dan wel of de doelstelling van een coherent niveau van gegevensbescherming binnen de Unie zich hiertegen verzet (zie overwegingen 9 en 10 AVG). Ook deze vraag is nog niet opgehelderd door het Hof van Justitie en is in de rechtspraak en literatuur omstreden [OMISSIS] [verwijzing naar nationale literatuur]. Naar nationaal recht kan er sprake zijn van een recht op staken naar analogie van § 1004, lid 1, tweede volzin, juncto § 823 BGB, wanneer moet worden gevreesd voor verdere inbreuken (zie naar analogie over de verbodsactie in het geval van een inbreuk op het recht op informatieve zelfbeschikking van § 1004, lid 1, tweede volzin, § 823, lid 1, BGB, artikel 2, lid 1, GG, arrest van de Senat van 15 september 2015 – VI ZR

175/14, ECLI:DE: BGH:2015:150915UVIZR175.14.0, BGHZ 206, 347 punt 18; over de verbodsactie in het geval van schending van een wet ter bescherming van een derde in de zin van § 823, lid 2, eerste volzin, BGB zie arrest van de BGH van 17 juli 2008 – I ZR 219/05, NJW 2008, 3565 punt 13 met verdere verwijzingen).

30 5. Vierde prejudiciële vraag

31 „[OMISSIS]”

32 In zijn arrest van 4 mei 2023 in zaak C-300/21 heeft het Hof geoordeeld dat artikel 82, lid 1, AVG aldus moet worden uitgelegd dat een inbreuk op de bepalingen van deze verordening op zich niet volstaat voor de toekenning van een recht op schadevergoeding, maar dat bovendien schade moet zijn ontstaan (punten 31 e.v., punt 42). Voorts heeft het Hof van Justitie verklaard dat artikel 82, lid 1, AVG zich verzet tegen een nationale regel of praktijk op grond waarvan immateriële schade in de zin van die bepaling slechts kan worden vergoed indien de door de betrokkene geleden schade een bepaalde mate van ernst bereikt [OMISSIS]. Het Hof van Justitie heeft echter ook verklaard (ibid., punt 50) dat de afwijzing van een bepaalde drempel van ernst niet betekent dat een persoon die wordt getroffen door een inbreuk op de AVG met negatieve gevolgen voor hem, niet hoeft te bewijzen dat die gevolgen immateriële schade in de zin van artikel 82 van deze verordening opleveren. Voor de uitlegging van artikel 82 AVG heeft het Hof onder meer verwezen naar de overwegingen 75 en 85 (ibid., punt 37). Hierin wordt het begrip schade gespecificeerd door middel van individueel opgesomde voorbeelden „of enig ander aanzienlijk economisch of maatschappelijk nadeel voor de natuurlijke persoon in kwestie”.

33 b) Gezien de inbreuk op de AVG in de onderhavige zaak en de door de betrokkene aangevoerde gevolgen, namelijk de vrees dat de gegevens worden verstrekt aan derden die in dezelfde sector werkzaam zijn, kennis van een persoon over omstandigheden die aan discretie onderhevig zijn, vernedering als gevolg van de nederlaag in salarisonderhandelingen en kennis hiervan bij derden, rijst tegen deze achtergrond de vraag, die relevant is voor de beslissing, van belang is buiten het individuele geval en nog niet is beantwoord door het Hof van Justitie, of artikel 82, lid 1, AVG aldus moet worden uitgelegd dat dergelijke negatieve gevoelens, zoals woede, ongenoegen, ontevredenheid, bezorgdheid en angst voor verdere inbreuken, bezorgdheid over reputatieschade, die op zichzelf deel uitmaken van het algemene levensrisico en vaak dagelijks worden ervaren, reeds immateriële schade in de zin van de bepaling vormen. Noch artikel 82 noch de overwegingen met betrekking tot schadevergoeding geven een duidelijk antwoord op deze vraag (zie conclusie van de advocaat-generaal van 27 april 2023 in de zaak C-340/21, [OMISSIS] punten 70 en 71 [OMISSIS]).

34 6. Vijfde prejudiciële vraag

35 „[OMISSIS]”

- 36 a) In zijn arrest van 4 mei 2023 in zaak C-300/21 heeft het Hof van Justitie opgemerkt dat de AVG geen bepaling bevat die tot doel heeft de regels vast te stellen voor de begroting van de schadevergoeding waarop een betrokkene in de zin van artikel 4, punt 1, AVG krachtens artikel 82 AVG aanspraak kan maken wanneer hij door een inbreuk op die verordening schade heeft geleden. Bij gebreke van Unierechtelijke regels ter zake is het derhalve een zaak van de rechtsorde van elke lidstaat om de regels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan artikel 82 AVG ontleen, en in het bijzonder de criteria ter bepaling van de omvang van de in dat verband verschuldigde vergoeding, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen ([OMISSIS] punt 54 met verdere verwijzingen en punt 59).
- 37 Wat het doeltreffendheidsbeginsel betreft, staat het volgens het Hof van Justitie aan de nationale rechter om na te gaan of de in het nationale recht vastgestelde regeling voor de gerechtelijke vaststelling van de schadevergoeding die op grond van het in artikel 82 AVG verankerde recht op schadevergoeding verschuldigd is, de uitoefening van de door het Unierecht en inzonderheid deze verordening verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Het Hof heeft in dit verband benadrukt dat uit overweging 146, zesde volzin, AVG naar voren komt dat dit instrument een „volledige en daadwerkelijke vergoeding van [de] geleden schade” beoogt te waarborgen en gelet op de compensatoire functie van het recht op schadevergoeding krachtens artikel 82 AVG, moet een op deze bepaling gebaseerde geldelijke vergoeding als „volledig en daadwerkelijk” worden beschouwd indien zij het mogelijk maakt de ten gevolge van de inbreuk op deze verordening werkelijk geleden schade volledig te vergoeden, zonder dat een dergelijke vergoeding vereist dat er een punitieve schadevergoeding wordt opgelegd ([OMISSIS] punt 56 e.v.).
- 38 b) Daarmee is echter nog onvoldoende duidelijk of bij de berekening van de hoogte van de op grond van artikel 82, lid 1, AVG te vergoeden immateriële schade de mate van schuld die aan de inbreuk op de AVG ten grondslag ligt, in aanmerking kan worden genomen als relevant criterium (zie in dit verband ook de vijfde prejudiciële vraag van het Bundesarbeitsgericht in zaak C-667/21, PB EU C 95 van 28 februari 2022, blz. 13 e.v.).
- 39 aa) Volgens het nationale recht moet, wanneer de wet voorziet in een billijke geldelijke vergoeding voor immateriële schade (smartengeld), bij de berekening van de schadevergoeding rekening worden gehouden met het feit dat smartengeld een dubbele functie heeft: Het beoogt de gelaedeerde een passende vergoeding te bieden voor schade die niet van vermogensrechtelijke aard is (compensatoire functie). Tegelijkertijd moet rekening worden gehouden met de gedachte dat de veroorzaker van de schade de gelaedeerde genoegdoening verschuldigd is voor wat hij hem heeft aangedaan (genoegdoeningsfunctie, vaste rechtspraak met betrekking tot § 253 BGB, zie in het bijzonder arrest van de Senat van 8 februari 2022 – VI ZR 409/19, ECLI:DE:BGH:2022:080222UVIZR409.19.0, VersR 2022, 635 punt 11 met verdere verwijzingen). In dit verband is het juist dat in de regel

de gedachte van compensatie op de voorgrond staat. Aangezien de wet echter een billijke vergoeding eist, kan het compensatoire doel alleen niet doorslaggevend zijn voor de omvang van de betaling. Het is onmogelijk om enkel uit te gaan van de compensatiegedachte, omdat immateriële schade niet en compensatiemogelijkheden slechts in beperkte mate in geld kunnen worden uitgedrukt. De genoegdoeningsfunctie brengt een door de ontstane schade veroorzaakte persoonlijke relatie tussen de veroorzaker en de gelaedeerde tot uitdrukking, die naar haar aard vereist dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen en, voor zover zij het individuele schadegeval zijn bijzondere karakter verlenen, bij de vaststelling van de betaling moeten worden meegenomen. Tot deze omstandigheden behoort ook de mate van schuld van de veroorzaker (zie arrest van de Senat, *ibid.*, punt 12 met verdere verwijzingen).

- 40 bb) Volgens deze beginselen is de Senat van mening dat schuld in aanmerking kan worden genomen bij de berekening van de hoogte van de schadevergoeding die moet worden betaald op grond van artikel 82, lid 1, AVG voor geleden immateriële schade, rekening houdend met het doeltreffendheidsbeginsel, indien dergelijke schadevergoedingen ook een genoegdoeningsfunctie hebben – die volgens de nationale rechtsopvatting niet dient om een punitieve schadevergoeding te rechtvaardigen – op vergelijkbare wijze als smartengeld. De conclusie van de advocaat-generaal van 6 oktober 2022 in zaak C-300/21 geeft aan dat dit het geval kan zijn ([OMISSIS] punt 29 [OMISSIS]: „De uitlegging waarbij het begrip ‚inbreuk‘ automatisch wordt verbonden aan het begrip ‚vergoeding‘ zonder dat er sprake is van schade, laat zich derhalve niet rijmen met de bewoordingen van artikel 82 AVG. Een dergelijke uitlegging strookt evenmin met de primaire doelstelling van de wettelijke aansprakelijkheid waarin de AVG voorziet, namelijk de betrokkene genoegdoening geven, en wel precies door middel van een ‚volledige en daadwerkelijke‘ vergoeding van de schade die hij heeft geleden.” Schuld zou dus een aspect kunnen zijn waarmee rekening moet worden gehouden bij de vraag welk bedrag passend is om de immateriële schade „volledig en daadwerkelijk” te vergoeden. In zijn conclusie van 25 mei 2023 in zaak C-667/21 heeft de advocaat-generaal echter zijn opvatting dat de mate van schuld niet bepalend is voor de berekening van de hoogte van de op grond van artikel 82, lid 1, AVG te vergoeden immateriële schade, onder meer gerechtvaardigd door te stellen dat de schade „volledig” moet worden vergoed ([OMISSIS] punt 118 [OMISSIS]).

41 7. Zesde prejudiciële vraag

42 „Indien de vragen 1a), 1 b) of 3 bevestigend worden beantwoord: [OMISSIS]”

43 Indien in casu aan verzoeker op grond van het Unierecht of het nationale recht een verbodsrecht moet worden toegekend, rijst de vraag of deze omstandigheid in aanmerking kan worden genomen bij de berekening van de hoogte van de immateriële schadevergoeding op grond van artikel 82, lid 1, AVG, zodat dit recht wordt beperkt. Overeenkomstig het nationale recht moet bij de vaststelling van een geldelijke vergoeding voor immateriële inbreuken in het kader van de vereiste

algehele beoordeling ook rekening worden gehouden met een verkregen titel waarbij een verbod wordt uitgesproken; de titel en de daarmee verband houdende executiemiddelen kunnen de vordering tot geldelijke vergoeding beïnvloeden en, in geval van twijfel, zelfs uitsluiten (zie, met betrekking tot de vaste rechtspraak van de Senat inzake de geldelijke vergoeding in het geval van onrechtmatige schending van het algemene persoonlijkheidsrecht, in het bijzonder het arrest van de Senat van 22 februari 2022 – VI ZR 1175/20, ECLI:DE:BGH:2022:220222UVIZR1175.20.0, VersR 2022, 830 punt 44 met verdere verwijzingen). Of en, zo ja, in welke mate (alleen vermindering of volledige uitsluiting mogelijk?) deze beginselen kunnen worden overgedragen op de vordering tot vergoeding van immateriële schade op grond van artikel 82, lid 1, AVG, rekening houdend met het doeltreffendheidsbeginsel, lijkt twijfelachtig en kan niet duidelijk worden beantwoord op basis van de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie.

[OMISSIS]