

medien^{DR}recht

Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht

1/20

DATENSCHUTZ **Änderungen im Bereich der Bilddatenverarbeitung** –
Nichtanwendung der §§ 12, 13 DSGVO – Beurteilung der
Dashcams
Stefan Panic/Benedikt Wolf

MEDIENRECHT Identitätsschutz – Straftat im Ausland

Verdruss im Kindergarten: Journalistische Sorgfalt

Lewit gg. Österreich (EGMR): Pauschale Verunglimpfung der
überlebenden KZ-Häftlinge – Beschwerdelegitimation

PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ **Bezirkskrankenhaus:** Auskunftspflicht des Forenbetreibers über
Daten der Nutzer

URHEBERRECHT **Unzulässigkeit der Weiterveräußerung von E-Books** –
Schlussfolgerungen aus EuGH C-263/18 – Tom Kabinet
Philipp Homar

Gemeinde in Südtirol: Internationale Zuständigkeit für Urheber-
rechtsverletzungen

GESCHMACKSMUSTERRECHT **Caddy Keys:** Internationale Zuständigkeit – Verletzung von
Gemeinschaftsgeschmacksmustern

WETTBEWERBSRECHT **Können Verstöße gegen die DSGVO als Rechtsbruch
nach § 1 UWG geltend gemacht werden?**
Sascha Jung / Randolph Schwab

PsychotherapeutInnenverzeichnis: DSGVO-Verstoß –
Verletzung standesrechtlicher Werberegeln

Registrierungshinweis ®: Rechnungslegung nach UWG

Vollstreckungsinteresse: Unterlassungsexekution – Konkurrenz
mit neuerlicher Unterlassungsklage

von **Sascha Jung** und
Randolph Schwab

Können Verstöße gegen die DSGVO als Rechtsbruch nach § 1 UWG geltend gemacht werden?

Der OGH hat sich in der in diesem Heft abgedruckten Entscheidung vom 26.11.2019, OGH 4 Ob 84/19k¹⁾ erstmals dazu geäußert, ob Unternehmen Verstöße ihrer Mitbewerber gegen die Vorgaben der DSGVO im Wege des UWG (als Lauterkeitsverstoß infolge Rechtsbruchs) geltend machen können. Die Antwort des OGH im EV-Verfahren lautet: Nein. Es stellt sich jedoch die Frage, ob damit wirklich das letzte Wort gesprochen ist oder der EuGH für Klarheit sorgen sollte.

1. Die Ausgangslage und Begründung des OGH

Im konkreten, vom OGH behandelten Fall brachte die Interessenvertretung der österreichischen PsychotherapeutInnen Klage samt Sicherungsantrag gegen den Betreiber eines Onlineportals und dessen geschäftsführenden Gesellschafter wegen behaupteter Verstöße gegen datenschutz-, standes- und lauterkeitsrechtliche Bestimmungen ein. Das Portal enthielt ein Online-Verzeichnis von PsychotherapeutInnen mit Sitz in Österreich, das ohne Einholung der Zustimmung der betroffenen Personen aus der amtlichen Liste des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz übernommen worden war. Der Portalbetreiber bot den PsychotherapeutInnen Werbemöglichkeiten im Zusammenhang mit ihrem Eintrag in dem Verzeichnis an. Einer der im Verfahren relevierten Lauterkeitsverstöße betraf die Fallgruppe „Rechtsbruch“, konkret den behaupteten Verstoß des Unternehmens und seines Gesellschaftergeschäftsführers gegen Vorgaben der DSGVO. Die beiden ersten Instanzen wiesen den Sicherungsantrag zur Gänze ab und verneinten den vorgebrachten Lauterkeitsverstoß infolge Rechtsbruchs damit, dass ohnedies kein Verstoß gegen die DSGVO vorliegen würde. Der OGH ging in diesem Punkt noch einen Schritt weiter und führte aus, dass das Recht auf Datenschutz ein Persönlichkeitsrecht sei, das nicht die Belange der Allgemeinheit betreffe und auch keine amtswegige Ahndung nach sich ziehe, sondern ausschließlich persönlich von den betroffenen Personen geltend zu machen sei. Folglich, so der OGH, fehle es der Interessenvertretung an Klagslegitimation. Der OGH zog dabei Vergleiche zu seinen Entscheidungen iZm Eingriffen in die Ausschließlichkeitsrechte Dritter.²⁾ Nach Ansicht der Autoren dieses Beitrags, die im besproche-

nen Verfahren als Klagevertreter fungierten, ist diese Rechtsprechungslinie des OGH auf Verstöße gegen die DSGVO jedoch nicht anwendbar.

2. Allgemeines zum Lauterkeitsverstoß infolge Rechtsbruch

Es entspringt einer langen Tradition, dass die Verletzung genereller Normen Wettbewerbswidrigkeit begründen kann. Waren dabei früher nur wettbewerblich relevante Vorschriften maßgebend, ließ der OGH diese Voraussetzung ab den 90er Jahre fallen, womit sodann jeder Verstoß gegen eine generelle Norm geltend gemacht werden konnte.³⁾ Der neue Gesetzeswortlaut nach der UWG-Novelle 2007, BGBl I 2007/79, zwang nicht zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zur Fallgruppe Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch.⁴⁾ Allerdings wird seit der UWG-Novelle 2007 nicht mehr eine auf das Erlangen eines Wettbewerbsvorsprungs gerichtete Absicht gefordert, vielmehr ergibt sich das Unwerturteil nunmehr aus dem Zweck des Lauterkeitsrechts, im Interesse der Mitbewerber und der Allgemeinheit gleiche rechtliche Rahmenbedingungen für das Handeln im Wettbewerb durchzusetzen.⁵⁾ Das beanstandete Verhalten muss aber objektiv geeignet sein, den Wettbewerb nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (Spürbarkeitsgrenze).⁶⁾

3. Zur Verletzung fremder Ausschließlichkeitsrechte im Lichte des UWG

Nach der Rsp des OGH können Mitbewerber die Verletzung fremder Ausschließlichkeitsrechte (wie etwa gewerblicher Schutzrechte) durch denjenigen, der sie lizenzlos oder sonst rechtswidrig nutzt, im Regelfall nicht als Lauterkeitsverstöße geltend machen. Im Bereich des Urheber-, Patent- und Markenrechts verweist der OGH auf den Umstand, dass aus diesen Rechten stets nur bestimmte Personen (der Urheber, der Patent- oder Mar-

| **RA Mag. Sascha Jung, LL.M. LL.M.** leitet den Bereich IP/IT, Data Protection bei Jank Weiler Operenyi | Deloitte Legal, **Randolph Schwab, LL.M.** ist Rechtsanwaltsanwärter in seinem Team. Die Autoren waren als Klagevertreter an dem hier besprochenen Verfahren beteiligt.

1) MR 2020, Seite 60.

2) OGH 4 Ob 93/01g zum Urheberrecht; OGH 4 Ob 169/15d zum Eigentumsrecht; OGH 4 Ob 75/16g zur Störung eines bloßen Rechtsbesitzes.

3) OGH 4 Ob 93/01g; vgl auch *Frauenberger* in *Wiebe/Kodek*, UWG², 35. Lfg, Rn 825 zu § 1 UWG.

4) Grundlegend OGH 4 Ob 225/07b.

5) Ebenda (Fn 4).

6) OGH 4 Ob 48/18i.

keninhaber) privilegiert sind, sich daraus jedoch nicht allgemein verbindliche Verhaltensnormen für jedermann ableiten lassen, die von Amts wegen zu ahnden wären. Es stehe nämlich dem Urheber frei, einzelnen Wettbewerbern Nutzungsrechte einzuräumen oder aber zu verweigern. Es müsse daher auch ihm überlassen bleiben, Rechtsverletzungen hinzunehmen oder zu verfolgen.⁷⁾ Dieser strukturelle Unterschied verhindere die wettbewerbsrechtliche Gleichstellung eines Verstoßes gegen Gesetze, die Ausschließlichkeitsrechte zuordnen, mit einem Verstoß gegen allgemein verbindliche Verhaltensnormen für jedermann.⁸⁾

Lediglich bei Hinzutreten besonderer Umstände kann auch der Verstoß gegen Ausschließlichkeitsrechte lauterkeitsrechtlich belangt werden – etwa weil der Eingriff in fremde Verwertungsrechte zugleich einen Verstoß gegen einen allgemein gültigen Verhaltenskodex darstellt.⁹⁾ In diesen Fällen fungiert der Eingriff in das fremde Ausschließlichkeitsrecht allerdings lediglich als „Vehikel“, der eigentliche Lauterkeitsverstoß ist dann an anderer Stelle angesiedelt.

4. Sind Verstöße gegen die DSGVO anders zu behandeln?

Während in Deutschland in der Lehre strittig ist, ob die Durchsetzung von Ansprüchen aus der DSGVO im Wege des UWG zulässig ist,¹⁰⁾ hat das OLG Hamburg als erstes mit dieser Frage befasstes zweitinstanzliches Gericht diese Streitfrage klar bejaht.¹¹⁾ Auch in Österreich mehren sich die Stimmen, die DSGVO-Verstöße als Lauterkeitsverstöße einstufen.¹²⁾ Wie bereits erwähnt, verneinte der OGH in 4 Ob 84/19k die Geltendmachung von DSGVO-Verstößen als Lauterkeitsverstöße nach § 1 UWG hingegen damit, dass dabei keine schützenswerten Belange der Allgemeinheit betroffen wären und solche Verstöße auch keine amtswegige Ahndung nach sich ziehen würden. Beides trifft nach Ansicht der Autoren auf DSGVO-Verstöße gerade nicht zu.

4.1 Zu den schützenswerten Belangen der Allgemeinheit

4.1.1 Betrachtet man die Zielsetzung der DSGVO, wird deutlich, dass diese nicht nur dem Grundrechtsschutz der von der Datenverarbeitung betroffenen einzelnen Personen dient, sondern auch eine das Verhalten der Wirt-

schaftsteilnehmer steuernde Wirkung im Sinne eines Schutzes der Allgemeinheit vor missbräuchlicher Nutzung der Möglichkeiten der digitalen Technik in Bezug auf Personendaten entfalten soll. Dies wird bei Betrachtung der Erwägungsgründe¹³⁾ der DSVO deutlich, wonach die DSGVO insbesondere

- der Vollendung einer Wirtschaftsunion,
- dem wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt,
- der Stärkung und dem Zusammenwachsen der Volkswirtschaften innerhalb des Binnenmarkts,
- der Gewährleistung des freien Verkehrs personenbezogener Daten zwischen den Mitgliedstaaten,
- der Sicherstellung der Vertrauensbasis für das weitere Wachstum der digitalen Wirtschaft,
- der Beseitigung von Hemmnissen für die unionsweite Ausübung von Wirtschaftstätigkeiten sowie
- der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen dienen soll.

Auch die Pflichten, welche die DSGVO den datenschutzrechtlich Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern auferlegt, wie insbesondere

- das Führen eines Verarbeitungsverzeichnisses (Art 30 DSGVO),
- der Abschluss bestimmter Vereinbarungen zum Schutz der Rechte der betroffenen Personen (etwa Art 26, 28 und 46 DSGVO),
- die Umsetzung geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen, um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten (Art 24 und 32 DSGVO),
- die Pflicht zur unverzüglichen Meldung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten an die Aufsichtsbehörde (Art 33 DSGVO), um dieser ggf ein Eingreifen iSd Art 57 und 58 DSGVO zu ermöglichen,
- die Verpflichtung zur Gewährleistung der Datenübertragbarkeit (Art 20 DSGVO),
- Datenschutz durch Technikgestaltung (*privacy by design*) und durch datenschutzrechtliche Voreinstellungen (*privacy by default*; Art 25 DSGVO) sowie
- die Bestellung eines Vertreters in der EU und eines Datenschutzbeauftragten (Art 26 und 37 DSGVO),

dienen ganz offensichtlich nicht nur dem Schutz des Einzelnen, sondern auch dem Funktionieren eines Gesamtsystems von Maßnahmen der Verantwortlichen und der Aufsichtsbehörden zum Schutz der Allgemeinheit gegen das missbräuchliche Ausnutzen der Möglichkeiten der Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Binnenmarkt. Das exponentielle Wachstum von Datenbeständen mit Personenbezug in der vernetzten öffentlichen Verwaltung und der Wirtschaft ist nicht nur ein Problem des einzelnen Betroffenen, sondern der Gesellschaft insgesamt.

Wer als Verantwortlicher die Pflichten nach der DSGVO unzulässigerweise nicht erfüllt, erspart sich erhebliche (personelle, organisatorische, zeitliche und

7) OGH 4 Ob 20/08g.

8) OGH 4 Ob 93/01g.

9) OGH 4 Ob 62/14t.

10) Bejahend: *Uebele*, Die Durchsetzung des Datenschutzrechts über UWG und UKlaG auf dem Prüfstand von Rechtsprechung und Gesetzgeber, GRUR 2019, 694 ff mwN; *Ohly*, UWG-Rechtsschutz bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung?, GRUR 2019, 686; Verneinend: *Köhler*, Durchsetzung der DS-GVO – eine Aufgabe auch für Mitbewerber oder zumindest für Verbraucherverbände?, wrp 2019, 1279 ff; *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, dUWG³⁸, Rz 1.74b zu § 3a UWG.

11) Urteil vom 25.10.2018, Az: 3 U 66/17.

12) *Scharf/Staber*, Abmahnungen wegen Verstößen gegen die DSGVO – Die Ruhe vor dem Sturm? *ecolex* 2019.

13) Vgl insbesondere ErwG 2, 3, 7, 9 und 10 DSGVO.

finanzielle) Aufwendungen, womit ein massiver Wettbewerbsvorteil gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern besteht, was wiederum zu Wettbewerbsverzerrungen führt – und gerade deren Verhinderung ist ein ausdrückliches Ziel der DSGVO.¹⁴⁾ Dies gilt insbes für Geschäftsmodelle der *digital economy*, die auf einem Bestand von Personendaten aufbauen, der unter Verstoß gegen Datenschutzbestimmungen angeeignet und ausgewertet wird.

4.1.2 Oft wird dem entgegnet, dass die DSGVO eine abschließende Regelung der Rechtsdurchsetzung zugunsten der datenschutzrechtlich betroffenen Personen beinhalte. Dies ist jedoch unzutreffend. Zwar sind in den Art 77-79 DSGVO Rechtsbehelfe betroffener Personen oder jeder anderen Person (Art 78 Abs 1 DSGVO) geregelt, insoweit aber stets unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen (Art 77 Abs 1 DSGVO) bzw. eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder außergerichtlichen (Art 78 Abs 1 und 2, 79 Abs 1 DSGVO) Rechtsbehelfs. Nach Art 82 DSGVO wird entgegen der üblichen Begriffsbestimmung der betroffenen Person „jeder Person“, der wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, ein Recht auf Schadenersatz eingeräumt. Die DSGVO verfolgt somit kein abschließendes Sanktionsregime.¹⁵⁾

4.1.3 Dass es bei der DSGVO um den Schutz allgemeiner Belange geht, macht auch ein Blick auf die lauterkeitsrechtliche Judikatur des OGH zu Verstößen gegen das TKG deutlich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass einzelne Bestimmungen des TKG iZm der Verarbeitung personenbezogener Daten infolge erteilter Einwilligung (etwa § 107 TKG) auf einer Umsetzung der Vorgaben der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation¹⁶⁾ beruht, die wiederum eine Erweiterung der Datenschutzrichtlinie, RL 95/46/EG, darstellt, deren Nachfolgerin die nunmehrige DSGVO ist. So hat der OGH in 4 Ob 192/05x etwa unerbetene Telefonwerbung ohne vorangehende Einwilligung der Betroffenen als sittenwidrig und damit als unmittelbaren Verstoß gegen § 1 UWG beurteilt.

Mit anderen Worten: Der OGH hat einen Verstoß gegen § 107 TKG, der nichts weiter als eine datenschutzrechtliche Norm aus der Ergänzung der Vorgängerrichtlinie der aktuellen DSGVO darstellt, sehr wohl als Lauterkeitsverstoß nach § 1 UWG beurteilt. Warum soll dann für Verstöße gegen die DSGVO (etwa in Form der unzulässigen Verarbeitung personenbezogener Daten ohne Einwilligung) anderes gelten?

Dies gilt umso mehr, als E-Privacy-Richtlinie und DSGVO durch diverse Verweise mehrfach miteinander verschränkt sind.¹⁷⁾ Es erscheint somit verfehlt,

14) Vgl EG 9 DSGVO.

15) EG 2, 3, 7 und 10 DSGVO; *Scharf/Staber*, Abmahnungen wegen Verstößen gegen die DSGVO – Die Ruhe vor dem Sturm? *ecolex* 2019, 787; LG Würzburg 13.09.2018, 11 O 1741/18; OLG Hamburg 25.10.2018, 3 U 66/17.

16) RL/2002/58/EG zuletzt geändert durch RL/2009/136/EG; „E-Privacy-Richtlinie“.

17) Vgl EuGH C-673/17, wonach eine Einwilligung iSd Daten-

Verstöße gegen Umsetzungsnormen der E-Privacy-Richtlinie als die Belange der Allgemeinheit betreffende Lauterkeitsverstöße einzustufen, dies jedoch im Fall von Verstößen gegen die DSGVO auszuschließen.

4.2 Zur amtswegigen Ahndung von Datenschutzverstößen

4.2.1 Nach Art 57 Abs 1 lit a) und h) DSGVO besteht die Kerntätigkeit der Datenschutzbehörden darin, die Anwendung der DSGVO zu überwachen und durchzusetzen sowie Untersuchungen über die Anwendung der DSGVO durchzuführen. Hierbei handelt es sich nicht um ein freies Ermessen, sondern eine Pflicht (arg. „muss“) der Datenschutzbehörden.¹⁸⁾ Die Untersuchungsbefugnis der lit h) wird in der Literatur als Klarstellung dahin verstanden, dass die Datenschutzbehörden Kontrollen bei Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern von Amts wegen durchzuführen haben.¹⁹⁾

Zur Effektivierung der vorgenannten Überwachungs- und Durchsetzungspflichten statet Art 58 DSGVO die Datenschutzbehörden mit umfassenden Untersuchungsbefugnissen aus, wozu insbesondere die Durchführung von Datenschutzprüfungen (Abs 1 lit b) zählen. Dies ermöglicht es den Datenschutzbehörden, auch ohne bestimmten Anlass Prüfungen vorzunehmen.²⁰⁾ Bei der Ausübung ihrer Untersuchungsbefugnisse nach Art 58 Abs 1 DSGVO müssen die Datenschutzbehörden somit gerade nicht auf Basis von Vermutungen über erfolgte Datenschutzverstöße oder Beschwerden betroffener Personen handeln, vielmehr können (nach Ansicht der Autoren muss) diese Untersuchungen auch präventiv und anlasslos erfolgen.²¹⁾ Dieses amtswegige, anlasslose und präventive Handeln wird man wohl auch auf die übrigen Befugnisse nach Art 58 DSGVO anzuwenden haben. Dies folgt nach Ansicht der Autoren aus dem einfachen Umstand, dass die in Art 58 DSGVO angeführten Befugnisse der Durchsetzung der Überwachungs- und Durchsetzungspflichten des Art 57 DSGVO dienen, bei der den Datenschutzbehörden gerade kein freies Ermessen zusteht, vielmehr müssen sie diesen Pflichten (amtswegig) nachkommen.

4.2.2 Für Österreich ist zusätzlich zu beachten, dass auf das behördliche Verfahren vor der Datenschutzbehörde für die Verhängung von Geldbußen gemäß Art I Abs 1 und Abs 2 Z 2 iVm Art II EGVG das VStG zur Anwendung kommt.²²⁾ Nach § 25 Abs 1 VStG haben Verwaltungsbehörden Verwaltungsübertretungen (mit

schutzrichtlinie für elektronische Kommunikation am Maßstab der DSGVO zu beurteilen ist.

18) Vgl auch *Wlk-Rosenstingl* in *Knyrim*, Der DatKomm, 13. Lfg., Rz 3 zu Art 57 DSGVO.

19) *Körffler* in *Paal/Pauly*, Datenschutzgrundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz², Rz 10 zu Art 57 DSGVO; *Selmayr* in *Ehmann/Selmayr*, Datenschutz-Grundverordnung, Rz 9 zu Art 57 DSGVO.

20) *Körffler* in *Paal/Pauly*, Datenschutzgrundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz², Rz 10 zu Art 58 DSGVO.

21) *Kugelman/Buchmann* in *Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DSGVO/BDSG, Rz 51 und 56 zu Art 58 DSGVO.

22) *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG, Rz 2 zu § 30.

Ausnahme der Privatanklagedelikte nach § 56 VStG) von Amts wegen zu verfolgen, es gilt somit die *Offizialmaxime*. Eine betroffene Person kann ein solches Verwaltungsverfahren lediglich anregen.²³⁾

5. Ergebnis und Ausblick

5.1 Nach Ansicht der Autoren sprechen die weit überzeugenderen Gründe dafür, die DSGVO als allgemeine Norm einzustufen, deren Verletzungen als Lauterkeitsverstöße iSd § 1 UWG geltend gemacht werden können.

Die DSGVO dient nicht nur dem Schutz des Einzelnen, sondern auch dem Interesse der Allgemeinheit am Schutz vor Missbräuchen der Möglichkeiten der Datenverarbeitung im Sinne eines Eingriffs in die Privatsphäre (Art 8 GRCh, Art 8 EMRK). Die DSGVO normiert zu diesem Zweck einen umfassenden Pflichten- und Handlungskatalog für datenschutzrechtlich Verantwortliche, dessen Nichteinhaltung zu Wettbewerbsverzerrungen sowie zur Beeinträchtigung des Datenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten bzw generell des Binnenmarkts führen kann. Die DSGVO betrifft auch insoweit schützenswerte Belange der Allgemeinheit.

Darüber hinaus sind die Datenschutzbehörden zur Überwachung- und Durchsetzung der DSGVO verpflichtet und dafür mit diversen Befugnissen (bis hin zur

Verhängung von Geldbußen) ausgestattet, die sie von Amts wegen und präventiv ausüben können (nach Ansicht der Autoren sogar müssen, da andernfalls die aus den Überwachungs- und Durchsetzungspflichten resultierenden Ergebnisse bzw Ziele nicht gewährleistet wären). Verstöße gegen die DSGVO ziehen somit amtswegige Ahndungen durch die Datenschutzbehörde nach sich, die dabei der verwaltungsstrafrechtlichen *Offizialmaxime* unterliegt. Aus diesen Gründen sind die vom OGH herangezogenen Entscheidungen zu Verstößen gegen Ausschließlichkeitsrechte (wie etwa gewerbliche Schutzrechte oder das Eigentumsrecht) bei Verstößen gegen die DSGVO nicht einschlägig.

5.2 In dem eingangs zitierten Verfahren folgt nach rechtskräftiger Beendigung des Provisorialverfahrens das Hauptverfahren. Es bleibt abzuwarten, ob die Gerichte der vom OGH eingeschlagenen Linie folgen. Klarheit könnte die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH schaffen. In diesem wäre etwa zu fragen, ob (allenfalls bestimmte) Verstöße gegen die DSGVO als unlautere Geschäftspraktiken iSd Artikel 5 Abs 1 Richtlinie 2005/29/EG zu qualifizieren sind. Eine weitere Frage könnte sein, ob der Schutzzweck der DSGVO auch den Schutz der Interessen von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmer umfasst bzw ob der DSGVO in ihrer Zielsetzung marktregelnder Charakter zukommt.

23) Fister in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG Kommentar², Rz 1 zu § 25.

Geleitet von **Hon.-Prof. Dr. Gottfried Korn**

RECHTSPRECHUNG

Online-Berufsverzeichnis – DSGVO-Verstoß – Verletzung standesrechtlicher Werberegeln

OGH 26.11.2019, 4 Ob 84/19k
(Vorinstanzen: OLG Wien 04.04.2019,
133 R 31/19k; HG Wien 13.02.2019,
54 Cg 1/19d) – PsychotherapeutInnenverzeichnis

Deskriptoren: Verbandsklage, Datenschutzrechte Dritter, Berufskodex der Psychotherapeuten, standesrechtliche Werberegeln, Rechtsbruch, Werbecharakter, Täuschungseignung

§ 1 UWG; § 2 Abs 4 Z UWG; § 16 Abs 1 PsychotherapieG; Art 80 Abs 2 DSGVO

1. Das Recht auf Datenschutz ist ein Persönlichkeitsrecht. Zur Durchsetzung von Ansprüchen nach der DSGVO ist in Österreich keine Verbandsklage vorgesehen.

2. Eine Verletzung standesrechtlicher Werberegeln ist nur dann unlauter, wenn sie auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruht. Für die Beurteilung dieser Frage sind der

Wortlaut der jeweiligen Bestimmung und die Praxis der für deren Auslegung primär zuständigen Organe maßgebend.

3. Ein Eingriff in Ausschließlichkeitsrechte Dritter, der keine amtswegige Ahndung nach sich zieht und keine schützenswerten Belange der Allgemeinheit betrifft, kann grundsätzlich nicht als unlautere Geschäftspraktik in der Fallgruppe Rechtsbruch geltend gemacht werden. Auch Verstöße gegen das Datenschutzrecht sind dieser Fallgruppe zuzuordnen.

4. Die Täuschung über den Werbecharakter einer Maßnahme fällt unter den Irreführungstatbestand des § 2 Abs 4 Z 4 UWG, sofern sich der kommerzielle Zweck nicht unmittelbar aus den Umständen selbst ergibt.

Der klagende Verein ist die Interessenvertretung der österreichischen Psychotherapeuten und hat rund 4.000 Mitglieder.

Der Zweitbeklagte ist Psychotherapeut in Ausbildung unter Supervision sowie Geschäftsführer der Erstbeklagten und zu 50 % an ihr beteiligt.

Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz (BMASGK) veröffentlicht eine Liste der im Inland eingetragenen Psychotherapeuten (derzeit rund 9.500 Personen). In dieser Liste werden in reiner Textform Vor- und Familienname, Geschlecht, Zusatzbezeichnung, Berufssitz und/oder Dienstort

| **Hon.-Prof. Dr. Gottfried Korn**,
Rechtsanwalt in Wien

(Postadresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse) der erfassten Personen angeführt. Die Liste ist nicht responsiv (dh nicht für die Nutzung auf mobilen Geräten optimiert) und enthält keine Informationen über Zusatzausbildungen, Arbeitsschwerpunkte, Krankenkassenabrechnung und freie Plätze. Diese Liste ist öffentlich zugänglich und kann auch im Internet abgerufen werden.

Die Erstbeklagte betreibt im Internet ein Service- und Infoportal. Für dieses Online-Verzeichnis von Psychotherapeuten und Psychotherapeuten in Ausbildung unter Supervision mit Sitz in Österreich übernahm sie die Daten aus der Liste des BMASGK ohne zuvor die Zustimmung der darin enthaltenen Personen einzuholen. Die Plattform der Erstbeklagten ist für mobile Endgeräte optimiert (responsive Darstellung) und enthält eine Suchfunktion mit nur einem Formularfeld und eine Detailsuche mit weiteren Filtern. Betreffend die Gestaltung und den Inhalt der Einträge zu den einzelnen Therapeuten bietet die Plattform der Erstbeklagten einerseits eine kostenfreie Variante, andererseits (im Fall einer entsprechenden Bestellung des Namensträgers) auch drei (in Umfang und Platzierung unterschiedliche) erweiterte und kostenpflichtige Pakete (Basis, Top, Premium) an. Die mit der kostenpflichtigen Buchung erweiterter Pakete angebotenen Zusatzleistungen umfassen ua die Vorreihung und Hervorhebung in den Suchergebnissen (ohne Kennzeichnung des kostenpflichtigen Eintrags), die Aufnahme eines unterschiedlich großen Profilbilds bis hin zu einer Galerie mit 15 Bildern/Videos und die Veröffentlichung von Zusatzinformationen (Publikationen, Verlinkung mit Homepage und Blogartikel).

Der *Kläger* begehrt zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens (zusammengefasst), den Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen es zu unterlassen,

- a) (Hauptbegehren) in ihrem Online-Verzeichnis (näher genannte) personenbezogene Daten von Psychotherapeuten und Psychotherapeuten in Ausbildung anzuführen, wenn diese nicht vorab ihre Zustimmung dazu erteilt haben;
- b) (hilfsweise zum Hauptbegehren) den Wettbewerb von Psychotherapeuten und Psychotherapeuten in Ausbildung zu fördern, die in ihrem Online-Verzeichnis mit einem kostenpflichtigen Profil geführt werden, das insbesondere Vorreihungen und besondere Hervorhebungen gegenüber den kostenlosen Profilen bewirkt, indem sie in ihrem Online-Verzeichnis personenbezogene Daten von Personen anführen, die nicht vorab ihre Zustimmung dazu erteilt haben;
- c) (hilfsweise zum ersten Eventualbegehren) in ihrem Online-Verzeichnis eine Vorreihung bei Suchergebnissen, eine Hervorhebung und/oder eine größere Auswahl an Gestaltungsmöglichkeiten gegen Bezahlung zu ermöglichen;
- d) (hilfsweise zum zweiten Eventualbegehren) den Wettbewerb von Psychotherapeuten und Psychotherapeuten in Ausbildung mit kostenpflichtigem Profil zu fördern, indem sie diesen in ihrem Online-Verzeichnis eine Vorreihung bei Suchergebnissen, eine Hervorhebung und/oder eine größere Auswahl an Gestaltungsmöglichkeiten gegenüber Personen mit kostenlosem Profil ermöglichen.

Das beanstandete Verhalten verstoße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben, da in Ermangelung von Recht-

fertigungsgründen und ausreichender Information eine unzulässige Datenverarbeitung (insbesondere nach Art 6 und Art 14 DSGVO) vorliege. Weiters verstießen die Beklagten gegen standesrechtliche Vorgaben (Berufskodex für Psychotherapeuten und Werberichtlinie für Psychotherapeuten des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen), die verlangten, fachlicher Werbung den Vorrang vor kommerziellen Gesichtspunkten einzuräumen, sowie gegen das Verbot vergleichender und marktschreierischer Werbung und gegen das Verbot der unsachlichen Informationserteilung. Durch diese Verstöße gegen datenschutz- und standesrechtliche Bestimmungen verschafften sich die Beklagten einen unlauteren Wettbewerbsvorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern und begingen einen Lauterkeitsverstoß nach § 1 UWG (Rechtsbruch). Weitere lauterkeitsrechtliche Verstöße lägen im Täuschen der Umworbenen darüber, dass eine Werbung vorliege (infolge nicht offengelegter Vorreihung im Suchergebnis als Gegenleistung für ein Entgelt) sowie im unlauteren Vorspannen der im Online-Verzeichnis ohne vorherige Zustimmung aufgenommenen Personen für die eigenen wirtschaftlichen Zwecke der Beklagten.

Die *Beklagten* beantragten die Abweisung des Sicherungsantrags. Ihr Geschäftsmodell sei datenschutzrechtlich zulässig (Erlaubnistatbestand der Wahrung berechtigter Interessen) und verstoße weder gegen Standesrecht der Psychotherapeuten (es liege keine vergleichende oder marktschreierische Werbung vor) noch gegen Lauterkeitsrecht: Selbst wenn man einen Normverstoß erkennen wollte, wäre er nicht unlauter, weil die Rechtsansicht der Beklagten vertretbar sei. Das Vorreihen von Therapeuten, die ein Zusatzpaket gebucht hätten, sei nicht irreführend, und es liege auch kein unlauteres Lockangebot vor.

Das *Erstgericht* wies den Sicherungsantrag ab.

Das *Rekursgericht* bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels erheblicher Rechtsfragen nicht zulässig sei. Es liege keine rechtswidrige Datenverarbeitung vor. Die nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO vorzunehmende Interessenabwägung schlage zugunsten der Beklagten aus, da auch auf das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit abzustellen sei. Das BMASGK veröffentliche die Liste in reiner Textform, während die Veröffentlichung der Erstbeklagten auch für Mobilgeräte optimiert sei und sinnvolle Zusatzinformationen enthalte und keine negativen Folgen für die gelisteten Psychotherapeuten ersichtlich seien. Letztere besäßen einen Anspruch auf Löschung aus dem Verzeichnis, den ihnen die Erstbeklagte im Rahmen ihrer AGB unter Verweis auf eine im Internet abrufbare Datenschutzerklärung ausdrücklich gewähre. Ein aus dem Datenschutzrecht resultierendes schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Geheimhaltung der von der Erstbeklagten veröffentlichten Daten liege nicht vor. Auch eine Verletzung von Informationspflichten nach Art 14 DSGVO sei nicht gegeben, aber selbst eine unrichtige oder unvollständige Information hätte nicht die Rechtswidrigkeit der Datenverarbeitung zur Folge.

Die bloße Vorreihung von Psychotherapeuten, die ein kostenpflichtiges Paket der Erstbeklagten erwerben, widerspreche weder dem Berufskodex noch der Werberichtlinie für Psychotherapeuten, die jeweils nur inhaltliche

Vorgaben für Werbung machten. Damit bestehe auch der auf Rechtsbruch nach UWG gestützte Unterlassungsanspruch nicht zu Recht. Selbst wenn dies aber der Fall sein sollte, so wäre die Rechtsansicht der Beklagten vertretbar. Die Vorreihungen im Suchergebnis seien nicht irreführend, weil die Ergebnisliste der Suchfunktion keine Sortierung nach Relevanz, Bewertungen, Beliebtheit oder sonstigen Kriterien suggeriere. Unbedenklich sei auch, dass kostenpflichtige Einträge in der Datenbank der Erstbeklagten ohne Kennzeichnung bevorzugt genannt werden, da dem durchschnittlichen Internetnutzer klar sei, dass kostenlose, nicht von öffentlichen Einrichtungen betriebene Datenbanken sich über Werbung oder Mitgliedschaften finanzieren. Die Beklagten beuteten auch nicht unlauter fremde Leistungen für eigene wirtschaftliche Zwecke aus, haben sie doch die Grunddaten ohne Rechtsverstoß einem öffentlichen Register entnommen.

Der Kläger macht in seinem *außerordentlichen Revisionsrekurs* geltend, die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung der Datenverarbeitung nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO seien nicht erfüllt, die Beklagten kämen auch den sie treffenden Informationspflichten nach Art 14 DSGVO nicht nach. Im Übrigen hält er seinen Standpunkt aufrecht, dass auch ein Verstoß gegen das Standesrecht der Psychotherapeuten sowie ein Lauterkeitsverstoß infolge Irreführung und Ausbeutung fremder Leistung vorliege.[...]

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur lauterkeitsrechtlichen Verfolgbarkeit von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen fehlt; er ist aber nicht berechtigt.

Der klagende Verband stützt sein Begehren auf folgende Anspruchsgrundlagen:

1. Verstoß gegen die DSGVO (und damit implizit gegen das DSG);
2. Verstoß gegen Standesrecht für Psychotherapeuten als Rechtsbruch nach § 1 UWG;
3. weitere Verstöße gegen das UWG: a. Verletzung der DSGVO als Rechtsbruch; b. Irreführung; c. Ausbeutung fremder Leistung.

1. Zum Verstoß gegen das Datenschutzrecht

1.1. Der klagende Verband behauptet keinen Eingriff der Beklagten in seine eigene geschützte Rechtsposition, sondern macht stellvertretend für seine Mitglieder (rund 40 % aller eingetragenen Psychotherapeuten) Verstöße gegen Normen des Datenschutzrechts geltend, die Daten seiner Mitglieder betreffen.

1.2. Das Recht auf Datenschutz ist ein Persönlichkeitsrecht (*Schweiger* in *Knyrim*, *DatKomm* DSGVO Art 82 Rz 29) und ein Grundrecht nach Art 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

1.3. § 28 DSG (Vertretung von Betroffenen durch einen Datenschutzverband) regelt die Vertretung von betroffenen Personen ausschließlich in Verfahren über Beschwerden vor der Datenschutzbehörde. Weder liegt ein solches vor, noch hat die Klägerin behauptet, von ihren Mitgliedern in deren Namen beauftragt worden zu sein, ein solches Beschwerdeverfahren zu führen.

1.4. Nach Art 80 Abs 2 DSGVO können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass bestimmte Einrichtungen die in Rede stehenden Rechte auch ohne Auftrag der betroffenen Person durchsetzen. Dadurch kommt zum Ausdruck, dass

eine eigenmächtige Verfolgung von Datenschutzverstößen durch Dritte (Verbände) nur zulässig ist, wenn der nationale Gesetzgeber eine solche Möglichkeit ausdrücklich vorsieht. Dies bedeutet, dass der jeweilige Mitgliedstaat eine Verbandsklage für Datenschutzansprüche ausdrücklich regeln muss. Österreich hat von dieser Ermächtigungsklausel keinen Gebrauch gemacht. Somit ist zur Durchsetzung von Ansprüchen nach der DSGVO in Österreich keine Verbandsklage vorgesehen.

1.5. Dem klagenden Verband fehlt daher die Aktivlegitimation für die Geltendmachung von Datenschutzrechten Dritter. Dies ist im Rahmen allseitiger rechtlicher Prüfung eines zulässigen Rechtsmittels wahrzunehmen. Es bedarf damit insoweit keiner inhaltlichen Auseinandersetzung mit den im Rechtsmittel weiterhin behaupteten Verstößen der Beklagten gegen das Datenschutzrecht.

2. Zum Verstoß gegen Standesrecht

2.1. Der klagende Verband macht den behaupteten Verstoß gegen Standesrecht für Psychotherapeuten als Verstoß gegen § 1 UWG (Fallgruppe Rechtsbruch) geltend. Er ist dazu als Vereinigung von Unternehmern iSd § 14 Abs 1 UWG aktiv legitimiert.

2.2. Der Kläger macht geltend, es sei unsachlich, wenn Psychotherapeuten allein wegen einer Geldzahlung an die Erstbeklagte vorgereiht würden, dies habe nichts mit fachlichen Gesichtspunkten zu tun. Nutzer nähmen an, die Vorreihung beruhe auf einer besonderen fachlichen Qualität. Damit handle es sich um eine unsachliche Informationserteilung. Das Standesrecht erlaube ausschließlich Ankündigungen, in der fachlichen Gesichtspunkten der Vorrang vor kommerziellen Gesichtspunkten eingeräumt werde. Auch liege vergleichende Werbung vor, weil das Portal den Nutzern ermögliche, die Therapeuten einem Vergleich zu unterziehen. In diesem Zusammenhang werden sekundäre Feststellungsmängel releviert.

2.3. Gemäß § 16 Abs 1 PsychotherapieG müssen sich Psychotherapeuten (und gemäß Abs 4 leg cit auch sonstige physische und juristische Personen) jeder unsachlichen oder unwahren Information im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs enthalten. Punkt IV Z 4 des Berufskodex der Psychotherapeuten schreibt vor, dass bei Werbung und Ankündigungen in der Öffentlichkeit fachlichen Gesichtspunkten strikt der Vorrang vor kommerziellen Gesichtspunkten einzuräumen ist; Werbung oder Ankündigungen sind dabei auf das sachlich Gebotene zu beschränken. Wahrheitswidrige Werbung, fachfremde Werbung, irreführende Werbung oder marktschreierische Werbung (dh Ankündigungen, die nicht wörtlich, sondern als nicht ernst gemeinte Übertreibung aufgefasst werden) ist unzulässig. Punkt I der Werberichtlinie für Psychotherapeuten wiederholt im Wesentlichen den Inhalt der zitierten Bestimmung im Berufskodex.

2.4. Eine Verletzung standesrechtlicher Werberegeln ist nur dann unlauter, wenn sie auf einer unververtretbaren Rechtsansicht beruht. Für die Beurteilung dieser Frage sind der Wortlaut der jeweiligen Bestimmung und die Praxis der für deren Auslegung primär zuständigen Organe maßgebend (RS0130682). Die Marktteilnehmer müssen auch im Zusammenhang mit standesrechtlichen Werberegeln ihr Verhalten nicht von vornherein an der streng-

sten Auslegung der maßgebenden Regelungen orientieren (RS0130682 [T1]).

2.5. Soweit der Revisionsrekurs beanstandet, das Portal sei als unsachliche vergleichende Werbung zu beurteilen, gilt das vom Senat bereits zu 4 Ob 241/16v [= *MR 2017, 199 – Zahnarztwerbung VII*] Gesagte. Dort wurde ausgesprochen, dass bei der Prüfung, ob in einer Werbeausendung Werbung für einen bestimmten Zahnarzt persönlich gemacht wird, darauf abzustellen ist, welchen Eindruck die Ankündigung auf ihren Durchschnittsadressaten vermittelt. Diese Rechtsfrage ist nach objektiven Maßstäben zu lösen. Auch dürfen Ankündigungen nicht zergliedert betrachtet werden, vielmehr muss darauf abgestellt werden, welchen Gesamteindruck der Durchschnittsinteressent bei flüchtiger Betrachtung erhält.

2.6. Das Rekursgericht ist – dieser Rechtsprechung folgend – zutreffend davon ausgegangen, dass bei einem umfassenden Verzeichnis von Psychotherapeuten (das nach dem bescheinigten Sachverhalt in den Suchergebnissen keinen bestimmten Eindruck vom Grund der Auswahl oder der Reihung vermittelt) nicht der Eindruck entsteht, es werde darin für bestimmte Therapeuten geworben.

2.7. Wenn das Rechtsmittel als sekundären Feststellungsmangel beanstandet, es sei nicht festgestellt, dass das Suchergebnis als zufällig dargestellt werde, auch wenn darin eine Vorreihung entgeltlicher Einschaltungen erfolge, und darüber keine Aufklärung erfolge, ist dem entgegenzuhalten, dass dies dem bescheinigten Sachverhalt bei einer Gesamtbetrachtung ohnedies sinngemäß entnommen werden kann.

2.8. Dass die Nutzer der Plattform der Erstbeklagten die Reihung auf der Plattform fachlichen Aspekten zuschreiben, kann bei der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht angenommen werden. Der Revisionsrekurs zeigt auch nicht auf, worin eine unsachliche Information liegen soll.

2.9. Zusammenfassend teilt der Senat die Beurteilungen der Vorinstanzen, dass die bekämpften Veröffentlichungen der Beklagten (Vorreihungen, Zusatzinformationen über „Zahlkunden“) keine standesrechtlichen Vorschriften verletzen. Dass die Plattform unsachliche Informationen (§ 16 PsychotherapieG) enthielte, ist nicht erkennbar. Die Inhalte werden auch durch ein Lichtbild nicht marktschreierisch (vgl 4 Ob 117/99f zur Postwurfsendung eines Notars zur Bewerbung seines Amtstags mit Foto des Beklagten).

3. Zur Verletzung der DSGVO als Rechtsbruch nach § 1 UWG

3.1. In der deutschen Lehre ist strittig, ob die Durchsetzung von Ansprüchen aus der DSGVO im Wege des UWG zulässig ist (bejahend statt vieler etwa *Uebele*, Die Durchsetzung des Datenschutzrechts über UWG und UKlaG auf dem Prüfstand von Rechtsprechung und Gesetzgeber, GRUR 2019, 694 ff mit Nachweisen zum Meinungsstand; vgl auch *Ohly*, UWG-Rechtsschutz bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung?, GRUR 2019, 686), oder ob dies unzulässig ist, weil die DSGVO eine abschließende Regelung der Rechtsdurchsetzung enthalte (so etwa *Köhler*, Durchsetzung der DS-GVO – eine Aufgabe auch für Mitbewerber oder zumindest für Verbraucherverbände?, wrp 2019, 1279 ff; *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, dUWG³⁷ [2019] § 3a Rz 1.40a, 1.74b).

3.2. Im vorliegenden Fall muss dieser Frage nicht näher nachgegangen werden. Nach der – von der Lehre gebilligten (vgl *Schmid* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 807) – Rechtsprechung des Senats kann nämlich ein Eingriff in Ausschließlichkeitsrechte Dritter, der keine amtswegige Ahndung nach sich zieht und keine schützenswerten Belange der Allgemeinheit betrifft, grundsätzlich nicht als unlautere Geschäftspraktik in der Fallgruppe Rechtsbruch geltend gemacht werden (4 Ob 93/01g zum Urheberrecht; 4 Ob 169/15d zum Eigentumsrecht; 4 Ob 75/16g zur Störung eines bloßen Rechtsbesitzes; RS0115373). Auch Verstöße gegen das Datenschutzrecht sind dieser Fallgruppe zuzuordnen, weil das Recht auf Datenschutz ein Persönlichkeitsrecht ist und damit ein nur persönlich geltend zu machendes Ausschließlichkeitsrecht ist.

3.3. Es gilt demnach auch hier das zu 1. Gesagte: Der Kläger ist für diese Anspruchsgrundlage nicht legitimiert, weshalb es auf die behaupteten Verstöße und insbesondere auf die Frage, ob ein Rechtfertigungsgrund nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO vorliegt, nicht weiter ankommt.

4. Zur Irreführung nach UWG

4.1. Der Revisionsrekurs macht geltend, dass für die Nutzer nicht erkennbar sei, dass die Vorreihung Resultat einer Entgeltzahlung sei. Werbung und übrige Inhalte müssten eindeutig getrennt sein, Mehrdeutigkeiten gingen zu Lasten des Werbenden. Irreführend sei auch, dass der Eindruck erweckt werde, die Therapeuten würden mit deren Zustimmung im Verzeichnis geführt.

4.2. Dass Ansprüche wegen originärer UWG-Verstöße (Fallumstände außerhalb der durch die DSGVO geregelten Tatbestände) nicht ausgeschlossen sind, gestehen beide Lager im zuvor (Punkt 3.1.) erwähnten Schrifttum zum Tatbestand „Rechtsbruch“ zu (*Köhler/Bornkamm/Feddersen*, dUWG³⁷ [2019] § 3a Rz 1.40i; *Ohly*, UWG-Rechtsschutz bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung?, GRUR 2019, 686 [692]).

4.3. Maßfigur für die lauterkeitsrechtliche Prüfung einer gegenüber Verbrauchern angewendeten Geschäftspraktik ist ein angemessen gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kritischer Durchschnittsverbraucher (RS0114366 [T5]). Für die Irreführung durch Unterlassen kommt es – abgesehen von den allgemeinen Kriterien (Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände, durchschnittlicher Verbraucher etc) – darauf an, a) ob wesentliche Umstände verschwiegen werden, die der Durchschnittsverbraucher zu einer informierten geschäftlichen Entscheidung benötigt, und b) ob sich dies auf sein geschäftliches Verhalten auszuwirken vermag; dabei ist c) den allenfalls beschränkten Möglichkeiten zur Informationsvermittlung Rechnung zu tragen (RS0124472).

4.4. Die Täuschung über den Werbecharakter fällt unter den Irreführungstatbestand des § 2 Abs 4 Z 2 UWG, sofern sich der kommerzielle Zweck nicht unmittelbar aus den Umständen selbst ergibt (vgl *Anderl/Appl* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 2 Rz 502).

4.5. Die Vorinstanzen vertraten die Ansicht, für den durchschnittlichen Nutzer eines kostenlos zugänglichen, über Werbung finanzierten, Verzeichnisses sei durch den Umstand, dass sich vorgereichte Einträge durch Fotos und inhaltlich aufwändigere Gestaltung von den nachgereichten unterscheiden und die Vorreihung sodann abge-

wählt werden kann, ausreichend erkennbar, dass es sich um kostenpflichtige Einträge handle.

4.6. Der Senat schließt sich dieser Beurteilung an. Die mittlerweile gängige Praxis, dass in einem Verzeichnis verschiedener Anbieter ein Teil von ihnen gegen Entgelt durch Fotos und detailliertere Angaben hervorgehoben wird, ist den Nutzern bekannt. So finden sich etwa im Branchenverzeichnis als Teil des Allgemeinen Telefonbuchs Einträge von Anbietern in einzelnen Sparten mit höchst unterschiedlicher Aufmachung. Für den Durchschnittsadressaten besteht unter solchen Umständen kein Zweifel daran, dass es sich bei aufwändiger gestalteten Einschaltungen in vergleichbaren Verzeichnissen um bezahlte Anzeigen und nicht um Vorreihungen des Verlags aus objektiven Gründen handelt.

4.7. Dem Argument, Nachfrager nach psychotherapeutischen Leistungen würden darüber in die Irre geführt, die im Verzeichnis enthaltenen Therapeuten hätten ihrer Aufnahme in das Verzeichnis zugestimmt, ist entgegen zu halten, dass weder ersichtlich ist noch vom Rechtsmittel aufgezeigt wird, inwieweit dieser Umstand vermeintlicher Irreführung geeignet ist, die Fähigkeit einer informierten Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen (§ 1 Abs 1 Z 2 UWG; fehlende Relevanz; vgl RS0121680).

5. Zur Ausbeutung fremder Leistung

Der im Rechtsmittel aufrecht erhaltene Vorwurf der unlauteren Ausbeutung fremder Leistungen liegt schon deswegen nicht vor, weil die von den Beklagten veröffentlichten Daten nicht aus dem Bestand des Klägers, sondern aus einem öffentlich zugänglichen Online-Verzeichnis der öffentlichen Hand stammen.

Siehe zu dieser Entscheidung den Beitrag von *Jung/Schwab*, Können Verstöße gegen die DSGVO als Rechtsbruch nach § 1 UWG geltend gemacht werden? in diesem Heft, 44 ff.

Verwendung des ®-Zeichens – Rechnungslegung nach UWG

OGH 29.01.2019, 4 Ob 118/18h
(Vorinstanzen: OLG Wien 29.01.2018,
16 R 181/17f; LG Korneuburg 25.10.2017,
4 Cg 40/17y) – Registrierungshinweis ®

Deskriptoren: Irreführungstatbestand, Beurteilungsmaßstab, Verwendung des ®-Zeichens, beschreibendes Zeichen, (geändertes) Verbraucherleitbild, Kaufentscheidung, Geschäftsgeheimnisse, Schadenersatz, Bereicherung, Sachbegriff, Verwendungsanspruch, Rechnungslegung, Umfang, Belegvorlage, Bucheinsicht, Stufenklage

§§ 1, 2, 9 Abs 4, 26e UWG; § 87a UrhG; § 151 PatG; § 55 MSchG; § 34 MusterSchG; § 1041 ABGB; Art XLII EGZPO; § 391 ZPO

1. Für den lauterkeitsrechtlichen Irreführungstatbestand ist das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Interessenten mit angemessener Aufmerksamkeit maßgebend, wobei es auf den Gesamteindruck in Bezug auf die Richtigkeit einer Ankündigung und deren Einfluss auf die Kaufentscheidung ankommt.

2. Das ®-Zeichen als Hinweis auf eine registrierte Marke richtet sich sowohl an Mitbewerber als auch an potentielle Kunden. Setzt der Beklagte diesen Registrierungshinweis bewusst wahrheitswidrig ein, um eine nicht bestehende Exklusivität anzudeuten, kann dies auf die Kaufentscheidung einen Einfluss haben und ist deshalb lauterkeitsrechtlich verpönt.

3. Auch bei einer Verletzung geschützter Rechtspositionen nach dem UWG steht in Analogie zu den immaterialgüterrechtlichen Vorschriften ein Anspruch auf Rechnungslegung zur Vorbereitung von Schadenersatz- und Bereicherungsansprüchen zu.

4. Eine ordentliche Rechnungslegung umfasst auch alle Angaben, die zu einer Überprüfung der Rechnung erforderlich sind und schließt die Vorlage entsprechender Belege zur Einsicht oder deren Übermittlung in Kopie ein.

5. Ein Begehren auf Bucheinsicht in (alle) Geschäftsbücher geht aber inhaltlich zu weit, zumal auch Geheimhaltungsinteressen des Beklagten angemessen zu berücksichtigen sind.

6. Im Fall einer Stufenklage ist zunächst mit Teilurteil über das Rechnungslegungsbegehren zu entscheiden. Der Zuspruch eines unbestimmten Zahlungsbegehrens vor dessen Bezifferung ist unzulässig.

Im Jahr 1983 meldete ein Erfinder in Deutschland ein Patent zur „Vorrichtung zur Hochdruckinjektion in Mauerwerksbohrungen“ an. Dieses Patent wurde 1987 erteilt und erlosch 1988 wegen Nichtzahlung. Zwei weitere Deutsche gründeten im Jahr 1992 in Deutschland das erste „A.***-Unternehmen, das ua nachträgliche Horizontalisierungen herstellte und deren Geschäftsführer bis 1995 der Erfinder war. Dieser räumte der Gesellschaft am 1.12. 1992 die von ihm im Jahr 1983 zum Patent angemeldete Verfahrenstechnik unwiderruflich und uneingeschränkt zur Nutzung in den neuen Bundesländern ein.

Die Klägerin ist ein seit dem 25.5. 2014 im Firmenbuch eingetragenes österreichisches Unternehmen mit dem Geschäftszweig der „Herstellung von nachträglichen Horizontalsperren im Injektionsverfahren“. Sie ist Teil der A.***-Gruppe, bestehend aus neun Gesellschaften, darunter das oben erwähnte deutsche Unternehmen sowie ein Unternehmen mit Sitz in Rostock. Der Erfinder war lange Zeit als freier Berater entgeltlich für die A.**-Gruppe tätig und leitete Schulungsveranstaltungen über das für die A.**-Gruppe entwickelte Kundengespräch. Diese – aber auch andere – Unternehmen wenden zur Mauertrocknung ein Bohrlochverfahren, ein Niederdruckinjektionsverfahren an, bei dem Injektionskanäle versetzt in das Mauerwerk gebohrt werden. Unter Niederdruck wird anschließend ein Silikonmikroemulsionskonzentrat in das Kapillarsystem der Mauer eingebracht, ohne dass dies mit mehreren Zweigleitungen, Einzelregelventilen, Einzelmanometern