

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Juli 2020

04

145 – 192

Beiträge

Urheberrechtliche Relevanz von KI-generierten sowie verschlüsselten

Inhalten Peter Burgstaller und Eckehard Hermann ➔ 148

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➔ 156

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➔ 159

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➔ 163

Rechtsprechung des OLG Wien im Markenregisterverfahren ➔ 164

Rechtsprechung

PsychotherapeutInnenverzeichnis – Entgeltliche Hervorhebung in einem Verzeichnis von Psychotherapeuten Bernhard Tonninger ➔ 164

Jörg/Georg – „Georg“ statt „Jörg“ im Firmenwortlaut

David Plasser ➔ 169

Sophienwald I – Kennt jemand den Wald, und wenn ja: woher?

Lothar Wiltschek ➔ 172

Fack Ju Göhte II – Verstoß gegen die guten Sitten? Bernd Terlitzta ➔ 175

Zurückziehung des Widerspruchs – Rettung einer Marke

Reinhard Hinger ➔ 180

Gemeinde in Südtirol – Internationale Zuständigkeit bei

Urheberrechtsverletzungen Thomas Garber ➔ 181

Otis – Ersatz des Kartellschadens und Schutzzweck der Norm

Isabella Hartung und Deniz Hortoğlu Ziegler ➔ 187

Rechtsprechung

Reinhard Hinger

ÖBL 2020/49

→ Entgeltliche Hervorhebung in einem Verzeichnis von Psychotherapeuten

§§ 1, 2, 14 UWG;
§ 28 DSGVO;
Art 80 Abs 2
DSGVO

→ Mangels Umsetzung der Ermächtigungsklausel können in Österreich Dritte (zB Verbände) Verstöße gegen das Grundrecht auf Datenschutz nicht verfolgen.

OGH 26. 11. 2019,
4 Ob 84/19k
(OLG Wien
133 R 31/19k;
HG Wien
54 Cg 1/19d),
ECLI:AT:
OGH0002:2019:
0040OB00084.
19K.1126.000

→ Ein Eingriff in Ausschließlichkeitsrechte Dritter (so auch in den Datenschutz Dritter), unterfällt grundsätzlich nicht der Fallgruppe Rechtsbruch, sofern er keine amtswegige Ahndung nach sich zieht und keine schützenswerten Belange der Allgemeinheit betrifft.

→ Eine Verletzung standesrechtlicher Werberegeln ist nur unlauter, wenn sie auf einer unververtretbaren Rechtsansicht beruht, was nach dem Wortlaut der

jeweiligen Bestimmung und nach der Praxis der für die Auslegung primär zuständigen Organe zu beurteilen ist. Die Marktteilnehmer müssen ihr Verhalten nicht von vornherein an der strengsten Auslegung der Regelungen orientieren.

→ Die Praxis, dass in einem Verzeichnis von Anbietern ein Teil zB durch Fotos und detailliertere Angaben hervorgehoben wird, ist den Nutzern bekannt. Der Durchschnittsadressat zweifelt nicht daran, dass die Vorreihung nicht auf objektiven Gründen beruht und dass ihr die Zahlung eines Entgelts zugrunde liegt.

Psycho-
therapeutInnen-
verzeichnis

Sachverhalt:

Der kl Verein ist die Interessenvertretung der österr Psychotherapeuten¹⁾ und hat rund 4.000 Mitglieder.

Der ZweitBekl ist PT in Ausbildung unter Supervision sowie Geschäftsführer der ErstBekl und zu 50% an ihr beteiligt.

Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz (BMASGK) veröffentlicht eine Liste der im Inland eingetragenen PT (derzeit rund 9.500 Personen). In dieser Liste werden in reiner Textform Vor- und Familienname, Geschlecht, Zusatzbezeichnung, Berufssitz und/oder Dienstort (Postadresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse) 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 ErstBekl betreibt im Internet ein Service- und Infoportal. Für dieses Online-Verzeichnis von PT²⁾ 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 ErstBekl 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 PT bietet die Plattform der ErstBekl 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

1) In der Folge: PT.
2) Stets auch mitgemeint: PT in Ausbildung unter Supervision.

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).

[Begehren und Verfahrensverlauf]

Der Kl begehrt, den Bekl mit EV zu verbieten,

- a) (Hauptbegehren) in ihrem Online-Verzeichnis (näher genannte) personenbezogene Daten von PT anzuführen, wenn diese nicht vorab ihre Zustimmung dazu erteilt haben;
- b) (hilfswise zum Hauptbegehren) den Wettbewerb von PT zu fördern, die in ihrem Online-Verzeichnis mit einem kostenpflichtigen Profil geführt werden, das insb 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) (hilfswise 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) (hilfswise zum zweiten Eventualbegehren) den Wettbewerb von PT 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 verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben, da in Ermangelung von Rechtfertigungsgründen und ausreichender Information eine unzulässige Datenverarbeitung (insb nach Art 6, 14 DSGVO) vorliege. Weiters verstießen die Bekl gegen standesrechtliche Vorgaben (Berufskodex für PT und Werberichtlinie für PT 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 Bekl 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 Bekl.

Die Bekl beantragten die Abweisung des Sicherungsantrags. Ihr Geschäftsmodell sei datenschutzrechtlich zulässig (Erlaubnistatbestand der Wahrung berechtigter Interessen) und verstöße weder gegen

Standesrecht der PT (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 Bekl vertretbar sei. Das Vorreihen von Therapeuten, die ein Zusatzpaket gebucht hätten, sei nicht irreführend und es liege auch kein unlauteres Lockangebot vor.

Das ErstG wies den Sicherungsantrag ab.

Das RekG bestätigte diese E. Der OGH ließ den ao RevRek zu, gab ihm aber nicht Folge.

Aus der Begründung:

Der Kl stützt sein Begehren auf folgende Anspruchsgrundlagen:

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

[Verstoß gegen das Datenschutzrecht]

1.1. Der Kl behauptet keinen Eingriff der Bekl in seine eigene geschützte Rechtsposition, sondern macht stellvertretend für seine Mitglieder (rund 40% aller eingetragenen PT) 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 GRCh.

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 der Kl behauptet, von den Mitgliedern beauftragt worden zu sein, ein solches Beschwerdeverfahren zu führen.

1.4. Nach Art 80 Abs 2 DSGVO können die MS 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 MS eine Verbandsklage für Datenschutzansprüche ausdrücklich regeln muss. Österreich hat davon keinen Gebrauch gemacht. Somit ist zur Durchsetzung von Ansprüchen nach der DSGVO in Österreich keine Verbandsklage vorgesehen.

1.5. Dem kl Verband fehlt daher die Aktivlegitimation für die Geltendmachung von Datenschutzrechten Dritter. Dies ist im Rahmen allseitiger rechtlicher Prüfung eines zulässigen Rechtsmittels wahrzunehmen. Es

Ein privater Anbieter veröffentlichte die Daten der Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten, die er der offiziellen Liste entnommen hatte. Gegen Entgelt hob er einzelne Personen durch zusätzliche Angaben und auch durch Fotos hervor. Die Interessenvereinigung der PsychotherapeutInnen klagte und machte Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht sowie die Verletzung des Datenschutzes geltend.

bedarf damit insoweit keiner inhaltlichen Auseinandersetzung mit den im RM weiterhin behaupteten Verstößen der Bekl gegen das Datenschutzrecht.

[Verstoß gegen Standesrecht]

2.1. Der Kl macht den behaupteten Verstoß gegen Standesrecht für PT 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 Kl macht geltend, es sei unsachlich, wenn PT allein wegen einer Geldzahlung an die ErstBekl vorgerichtet 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. Gem § 16 Abs 1 PsychotherapieG müssen sich PT (und gem 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 PT 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 PT wiederholt im Wesentlichen den Inhalt der zitierten Bestimmung im Berufskodex.

2.4. 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 (RS0130682). Die Marktteilnehmer müssen auch im Zusammenhang mit standesrechtlichen Werberegeln ihr Verhalten nicht von vornherein an der strengsten Auslegung der maßgebenden Regelungen orientieren (RS0130682 [T 1]).

2.5. Soweit der RevRek beanstandet, das Portal sei als unsachliche vergleichende Werbung zu beurteilen, gilt das vom Senat bereits zu 4 Ob 241/16^{v3}) Gesagte. Dort wurde ausgesprochen, dass bei der Prüfung, ob in einer Werbeaussendung 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, vielmehr muss darauf abgestellt werden, welchen Ge-

samteindruck der Durchschnittsinteressent bei flüchtiger Betrachtung erhält.

2.6. Das RekG ist – dieser Rsp folgend – zutreffend davon ausgegangen, dass bei einem umfassenden Verzeichnis von PT (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 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 die Reihung auf der Plattform fachlichen Aspekten zuschreiben, kann bei der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht angenommen werden. Der RevRek 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 Bekl (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 117/99^{f4}) zur Postwurfsendung eines Notars zur Bewerbung seines Amtstags mit Foto).

[Verletzung der DSGVO als Rechtsbruch nach § 1 UWG]

3.1. In der dt 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 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; *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, dt UWG³⁷ [2019] § 3 a Rz 1.40 a, 1.74 b).

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) – Rsp des Senats kann nämlich ein Eingriff in Ausschließlichkeitsrechte Dritter, der keine amtsweilige 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 93/01^{g5})

3) *Zahnarztwerbung VII*, ÖBl 2017/76, 285 (Graf).

4) *Amtstag eines Notars*, ÖBl 2000, 165.

5) *Internet-Nachrichtenagentur*, ÖBl 2001, 220 (Mayer).

zum Urheberrecht; 4 Ob 169/15 d⁶⁾ zum Eigentumsrecht; 4 Ob 75/16 g⁷⁾ zur Störung eines bloßen Rechtsbesitzes; RS0115373). Auch Verstöße gegen das Datenschutzrecht sind dieser Fallgruppe zuzuordnen, weil das Recht auf Datenschutz ein Persönlichkeitsrecht und damit ein nur persönlich geltend zu machendes Ausschließlichkeitsrecht ist.

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

[Zur Irreführung nach UWG]

4.1. Der RevRek 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] § 3 a Rz 1.40 i; 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 [T 5]). 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 aufwendigere Gestaltung von den nachgereichten unterscheiden und die Vorreihung sodann abgewählt 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 hervor gehoben 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 entgegenzuhalten, dass weder ersichtlich ist noch vom RM aufzeigt 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).

[Ausbeutung fremder Leistung]

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

6) *Rabattgutscheine*, ÖBI 2016/19, 85 (Hinger).

7) *Flüssiggas VI*, ÖBI 2016/58, 257 (Tahedl).

Anmerkung:

Schon aus dem Klagebegehren und den damit verbundenen Eventualbegehren ist ersichtlich, dass sich der Kl auf eine Reihe von Anspruchsgrundlagen, nämlich einen Verstoß gegen die DSGVO (und damit implizit gegen das DSG), einen Verstoß gegen Standesrecht für Psychotherapeuten als Rechtsbruch nach § 1 UWG sowie weitere Verstöße gegen das UWG, nämlich

- 1. Verletzung der DSGVO als Rechtsbruch,
- 2. Irreführung,
- 3. Ausbeutung fremder Leistung stützt.

Abgesehen von der Frage, ob durch die Übernahme von Daten aus einem öffentlichen Verzeichnis in ein eigenes Verzeichnis überhaupt ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht vorliegt, hatte sich der OGH damit schon deshalb nicht zu beschäftigen, weil dem Kl Verband die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Datenschutzrechten Dritter fehlt.

Auch den angeblichen Verstoß gegen das Standesrecht verneinte der OGH überzeugend im Wesentlichen damit, dass die bekämpften Veröffentlichungen im Verzeichnis der Bekl auch durch Vorreihungen und Zusatzinformationen bei „Zahlkunden“ keine standesrechtlichen Vorschriften verletzen würden



und die Plattform auch keine unsachlichen Informationen enthielte oder Inhalte durch Hinzufügen von Lichtbildern nicht marktschreierisch würden.

Die Frage, ob die vorgeworfene Verletzung der DSGVO auch als Rechtsbruch nach § 1 UWG geltend gemacht werden kann, ist nicht nur deshalb von besonderem Interesse, weil es auch in der dt Lehre strittig ist, ob die Durchsetzung von Ansprüchen aus der DSGVO im Wege des UWG zulässig ist. Der OGH weist darauf in der E hin, führt jedoch in der Folge aus, dass 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 kann. Als Beispiele führt das Gericht E zum Urheberrecht⁸⁾, zum Eigentumsrecht⁹⁾ und zur Störung des bloßen Rechtsbesitzes¹⁰⁾ an.

Auch wenn der OGH gegenständlichen Fall im Ergebnis sicher richtig entschieden hat, stellt sich zudem die Frage, ob der vom OGH in diesem Zusammenhang aufgestellte Rechtssatz, dass sich auf den Rechtsbruchtatbestand nur jemand berufen kann, der von einer Datenschutzverletzung persönlich betroffen ist, in dieser Allgemeinheit wirklich iSd Lauterkeitsrechts ist. So können gerade Datenschutzverletzungen ganz erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Dies ist bspw bei Unternehmen der Fall, deren Geschäftsmodell auf das Handeln mit Daten aufgebaut ist bzw die mit dem Handeln mit Daten wesentliche Umsätze erzielen. Wenn ein solches Geschäftsmodell oder eine Werbeaktion auch auf massiven Verstößen gegen das Datenschutzrecht aufgebaut ist (man denke nur an den öffentlich gewordenen Fall des Handels mit Adressdaten, welche mit der angeblichen Parteiäffinität der jeweiligen Personen verknüpft waren, oder an Fälle, in denen Adressdaten verkauft werden, ohne dass eine Zustimmung der Betroffenen dazu vorliegt), so ist es nicht einzusehen, dass sich ein Mitbewerber auf das Handeln der Datenschutzbehörde verlassen muss und nicht auch selbst aufgrund dieser Verletzungen auf Grundlage des Rechtsbruchtatbestands vorgehen kann. Dies umso mehr, weil die betroffenen Personen von der Datenschutzverletzung vielfach keine Kenntnis erlangen werden und die Auswirkung im Wettbewerb zwischen den Unternehmen ganz massiv sein kann.

Insofern ist zu hoffen, dass der OGH seine generelle Haltung zur Geltendmachung von Datenschutzverletzungen über den Rechtsbruchtatbestand nochmals überdenkt, wobei es durchaus Sinn macht, eine Geltendmachung von Datenschutzverletzungen über den Rechtsbruchtatbestand auf Fälle zu beschränken, die tatsächlich geeignet sind, den Wettbewerb wesentlich zu beeinflussen. Insofern müsste das Kriterium der Spürbarkeit wohl streng ausgelegt werden, um keine „unerwünschten Ergebnisse“ zu erzielen. Ein anschauliches Beispiel, warum ein solches Überdenken geboten erscheint, findet sich auch in der bisherigen Rsp des Senats zum Rechtsbruch aufgrund von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen. So hat der OGH in *Bausparner-Werbung*¹¹⁾ aufgrund von massiven

Verstößen gegen das damalige DatenschutzG (iVm Verstößen gegen das KreditwesenG) völlig zutreffend einen Rechtsbruch bejaht. Dass man Mitbewerbern in einer solchen Fallkonstellation, bei der Angestellte nahestehender Banken verleitet wurden, gesetzliche Vorschriften zu verletzen, nun die Möglichkeit nimmt, die groben Verletzungen datenschutzrechtlicher Vorschriften über den Rechtsbruchtatbestand geltend zu machen, ist mE nicht nachzuvollziehen.

Die angebliche Irreführung nach UWG durch das Verzeichnis und die darin vorgenommenen Reihungen verneinte der OGH zu Recht mit dem Argument, dass für den durchschnittlichen Nutzer eines kostenlos zugänglichen, über Werbung finanzierten Verzeichnisses durch den Umstand, dass sich vorgereichte Einträge durch Fotos und inhaltlich aufwendigere Gestaltung von den nachgereichten unterscheiden und die Vorreihung sodann abgewählt werden kann, ausreichend erkennbar sei, dass es sich um kostenpflichtige Einträge handle. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich gerade für die Reihung in Verzeichnissen mit der Umsetzung der „Omnibus“-RL (EU) 2019/2161¹²⁾ entscheidende Änderungen ergeben werden, weil die Parameter für die Reihung in Rankings vom jeweiligen Betreiber offenzulegen sind.

Schließlich verneinte der OGH den geltend gemachten Verstoß wegen Ausbeutung fremder Leistungen schon deshalb, weil die Daten nicht vom KL, sondern aus einem öffentlich zugänglichen Online-Verzeichnis der öffentlichen Hand stammten.

Bernhard Tonninger, Rechtsanwalt,
Tonninger Schermaier & Partner Rechtsanwälte, Wien



8) OGH 4 Ob 93/01 g, *Internet-Nachrichtenagentur*, ÖBl 2001, 220 (Mayer).

9) OGH 4 Ob 169/15 d, *Rabattgutscheine*, ÖBl 2016/19, 85 (Hinger).

10) OGH 4 Ob 75/16 g, *Flüssiggas VI*, ÖBl 2016/58, 257 (Tahedl).

11) OGH 4 Ob 114/91 ÖBl 1992, 21.

12) RL (EU) 2019/2161 v 27. 11. 2019 zur Änderung der RL 93/13/EWG und der RL 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl L 2019/328, 7.