

## OGH: Keine Durchsetzung von Datenschutzverletzungen mittels Verbandsklage

jusIT XXXX/XXX

DSGVO: Art 80 Abs 2  
UWG: §§ 1, 2 Abs 4 Z 2, § 14  
OGH 26. 11. 2019, 4 Ob 84/19k (Psychotherapeutenverzeichnis)

1. Eine eigenmächtige Verfolgung von Datenschutzverstößen durch Dritte (hier: eine freiwillige Interessenvertretung der österr Psychotherapeuten mit rund 4.000 Mitgliedern) ist mangels Umsetzung der Ermächtigungsklausel nach Art 80 Abs 2 DSGVO in Österreich nicht zulässig.

2. Verstöße gegen das Datenschutzrecht kann gem § 1 UWG nur der Berechtigte, nicht aber der Mitbewerber des Verletzten geltend machen. Eine Abtretung des Unterlassungsanspruchs nach der DSGVO allein ist nicht möglich. Ein Eingriff in das Recht auf Datenschutz kann daher von Dritten grundsätzlich nicht als unlautere Geschäftspraktik in der Fallgruppe Rechtsbruch geltend gemacht werden.

3. Für die Irreführung durch Unterlassen gem § 2 Abs 4 UWG kommt es ua darauf an, ob wesentliche Umstände verschwiegen werden, die der Durchschnittsverbraucher zu einer informierten geschäftlichen Entscheidung benötigt. Dass in einem Verzeichnis verschiedener Anbieter (hier: einer Psychotherapeuten-Plattform) ein Teil von ihnen gegen Entgelt durch Fotos und detailliertere Angaben – und somit nicht aus objektiven Gründen – hervorgehoben wird, ist gängige Praxis und den NutzerInnen bekannt. Insoweit besteht mangels Spürbarkeit keine Irreführung durch Täuschung über den Werbecharakter.

4. Eine Verletzung standesrechtlicher Werberegeln (hier: der Psychotherapeuten) 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. Davon getrennt ist bei entsprechendem Vorbringen zu prüfen, ob die beanstandete Werbung auch dem allgemeinen Verbot irreführender oder aggressiver Geschäftspraktiken zuwiderläuft. Insofern ist die Einhaltung der beruflichen Sorgfalt unerheblich, weshalb es auch nicht auf die Vertretbarkeit der dem beanstandeten Verhalten zugrunde liegenden Rechtsansicht ankommen kann.

**Anmerkung des Bearbeiters:** Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz (BMASGK) veröffentlichte frei zugänglich im Internet eine Liste der im Inland eingetragenen Psychotherapeuten (derzeit rund 9.500 Personen).

Darin wurden in reiner Textform Vor- und Familienname, Geschlecht, Zusatzbezeichnung, Berufssitz und/oder Dienstort (Postadresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse) der erfassten Personen angeführt. Die Liste enthielt weder Informationen über Zusatzausbildungen, Arbeitsschwerpunkte, Krankenkassenabrechnung noch freie Plätze der angeführten Psychotherapeuten. Die Funktionalität der Veröffentlichung beschränkte sich auf ein Durchsuchen und einen Download.

Im zu besprechenden Anlassfall klagte eine freiwillige Interessenvertretung der österr Psychotherapeuten, der knapp 45 % aller eingetragenen Psychotherapeuten angehörten, also ihre „Marktbegleiter“. Diese – die T-GmbH und ihr Geschäftsführer – unterhielten ein Online-Verzeichnis von Psychotherapeuten in Österreich. Die Daten wurden aus der Liste des BMASGK übernommen, ohne zuvor die Zustimmung der darin genannten Personen einzuholen. Die Plattform der Beklagten bot eine kostenfreie Variante sowie auch kostenpflichtige Pakete (Basis, Top, Premium) für aktiv teilnehmende Psychotherapeuten an. Die mit der kostenpflichtigen Buchung erweiterter Pakete angebotenen Zusatzleistungen umfassten ua die Vorreihung und Hervorhebung in den Suchergebnissen, die Aufnahme eines Profilbilds bis hin zu einer Galerie und die Veröffentlichung von Zusatzinformationen (Publikationen, Verlinkung mit Homepage und Blogartikel).

Die Klägerin machte im Sicherungsverfahren mehrere unlautere Verhaltensweisen der Beklagten geltend. Diese hätten gegen datenschutzrechtliche Vorgaben, standesrechtliche Vorgaben, gegen das Verbot vergleichender und marktschreierischer Werbung sowie gegen das Verbot der unsachlichen Informationserteilung verstoßen. Durch diese Verstöße gegen datenschutz- und standesrechtliche Bestimmungen verschafften sich die Beklagten einen unlauteren Wettbewerbsvorsprung.

Die Vorinstanzen wiesen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in allen Punkten ab. Aufgrund des Revisionsrekurses der Klägerin hatte sich der OGH insb mit der lauterkeitsrechtlichen Verfolgbarkeit von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen nach Wirksamwerden der DSGVO zu befassen.

Der 4. Senat hielt das Rechtsmittel für zulässig, aber nicht für berechtigt. Zur Geltendmachung eines Verstoßes gegen die DSGVO (und damit implizit gegen das DSG) mangle es der Klägerin an der notwendigen Aktivlegitimation. Für eine (allfällige) Verletzung der DSGVO als Rechtsbruch nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG gelte dasselbe. Denn Ansprüche aus der DSGVO könnten nur persönlich vom jeweils Berechtigten und nicht auch von beliebigen Mitbewerbern aufgegriffen werden.

Die Höchstrichter teilten die Ansicht der Vorinstanzen, dass die bekämpften Veröffentlichungen der Beklagten (Vorreihungen, Zusatzinformationen über „Zahlkunden“) keine standesrechtlichen Vorschriften verletzen. Dass die Werbe-Plattform der Beklagten unsachliche Informationen entgegen § 16 PsychotherapieG enthielt, war nicht zu erkennen. Die Inhalte von Premium-Partnern durch ein Profilbild oder Videos aufzuwerten, war weder marktschreierisch noch per se standeswidrig.

Eine Irreführung der Nutzer der Plattform nach § 2 UWG wurde schließlich deshalb verneint, weil es für den durchschnittlichen Patienten bzw Klienten auf der Hand liege, dass ein kostenlos zugängliches, über Werbung finanziertes Online-Verzeichnis auch vorgereichte Einträge durch Fotos und inhaltsreiche Gestaltung enthält, die sich von den übrigen Basisvermerken ähnlich einem Telefonbuch oder Branchenverzeichnis unterscheiden. Für den Durchschnittsadressaten bestehe unter solchen Umständen kein Zweifel daran, dass es sich bei aufwendiger gestalteten Einschaltungen um bezahlte Anzeigen und nicht um Vorreihungen der Betreiber aus objektiven Gründen handelte. Schließlich verneinte der OGH auch eine unlautere Ausbeutung fremder Leistung, da die Daten nicht aus dem Bestand der Klägerin, sondern aus einem öffentlich zugänglichen Register des BMASGK stammten.

Der vorliegenden Entscheidung ist in ihrem *Ergebnis* uneingeschränkt zuzustimmen, allein ihrer Begründung zum grundsätzlichen „Verhältnis zwischen Datenschutzverletzungen und UWG“ (so der Titel des lesenswerten Beitrags von *Horak*, *Dako* 2019/45, 76, vor Ergehen der vorliegenden Entscheidung) muss widersprochen werden.

Die Aussagen des OGH zur Irreführung, Ausbeutung und standeswidrigen Werbung folgen der bisherigen stRsp zu den §§ 1, 2 UWG und treffen auf den bescheinigten Sachverhalt vollkommen zu (vgl die Zusammenstellung der Judikaturlinien bei *Fraiss*, Unlautere Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit Gesundheitsberufen, in *Kierein/Lanske/Wenda* [Hrsg], *Gesundheitsrecht. Jahrbuch* 2008 [2008] 149). Gleiches gilt für den richterlichen Erfahrungssatz, dass den Nutzern von Ärzte-, Anwalts- oder Gewerbeverzeichnissen mittlerweile die gängige Praxis bekannt ist, dass in derartigen Online-Portalen verschiedener Anbieter ein Teil der werbenden Dienstleister gegen Entgelt durch Fotos und detailliertere Angaben hervorgehoben dargestellt werden.

Dass die Übernahme der zulässigerweise iSv § 1 Abs 2 DSGVO veröffentlichten Basisdaten zu Psychotherapeuten laut Liste des BMASGK durch die Beklagten datenschutzkonform gewesen ist, hat die Spruchpraxis der Datenschutzbehörden längst festgehalten: Aufgrund der durchgeführten Interessenabwägung liegt keine Verletzung im Recht auf Geheimhaltung vor, da die berechtigten Interessen der Portalbenutzer (also der PatientInnen) gegenüber den dargelegten Beeinträchtigungen der berechtigten Interessen der auf (Arzt-)Such- oder Bewertungsportalen genannten Personen (ÄrztInnen) überwiegen. Folglich ist die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig und die Voraussetzung für eine Löschung nach Art 17 Abs 1 lit d DSGVO ist nicht erfüllt. Die Verarbeitung ist zudem iSv Art 17 Abs 3 lit a DSGVO zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information erforderlich (deutlich DSB 15. 1. 2019, DSB-D123.527/0004-DSB/2018 [Ärztbewertungsplattform], *jusIT* 2019/57, 164 [*Jahnel*]; DSB 23. 1. 2019, DSB-D123.342/0001-DSB/2019 [Ärztbewertungsplattform II]; bereits vor Wirksamwerden der DSGVO explizit OGH 27. 6. 2016, 6 Ob 48/16a [[www.docfinder.at](http://www.docfinder.at) II/ÄrztSuchportal], *Dako* 2016/77, 115 [*Haidinger/Weiss*] = *EvBl-LS* 2016/149 [*Rohrer*] = *jusIT* 2016/94, 213 [*Thiele*] = *ZIIR* 2016, 428 [*Thiele*]; dazu *Gabauer*, *Widerspruchsrecht* bei

Arztbewertungsportalen, RdM 2017/68, 94). Für einen Rechtsbruch bleibt daher kein Raum.

Der 4. Senat kürzt allerdings die vom Rekursgericht noch zutreffend durchgeführte datenschutzrechtliche Vorprüfung ab, denn ein „Eingriff in Ausschließlichkeitsrechte Dritter, der keine amtsweilige Ahndung nach sich zieht und keine schützenswerten Belange der Allgemeinheit betrifft, [kann] grundsätzlich nicht als unlautere Geschäftspraktik in der Fallgruppe Rechtsbruch geltend gemacht werden“. Der Fachsenat für Lauterkeitsrecht ordnet auch Verstöße gegen das Datenschutzrecht in die mit dem Urheber- und Persönlichkeitsrecht, Eigentumsrecht und dem bloßen Rechtsbesitz zu teilende Fallgruppe ein (zuletzt OGH 28. 3. 2017, 4 Ob 45/17x [Sportlerbilder II], ecolex 2017/324, 789 [Hofmarcher] = ÖBl 2017/53, 191 [Wiltschek]), „weil das Recht auf Datenschutz ein Persönlichkeitsrecht ist und damit ein nur persönlich geltend zu machendes Ausschließlichkeitsrecht ist“.

Dieses Argument wirkt auf den ersten Blick sehr überzeugend, denn was gibt es Persönlicheres als persönliche Daten. Dem ist zuzustimmen; ebenso wie dem Argument (in Punkt 1.4. der Entscheidung), dass der österr Gesetzgeber bewusst von einer nach Art 80 Abs 2 DSGVO möglichen Verbandsklage abgesehen hat, so dass dem klagenden Verein die Aktivlegitimation für die Geltendmachung von Datenschutzrechten Dritter fehlt (näher zum Fehlen kollektiver Rechtsdurchsetzung *Thiele* in *Thiele/Wagner*, Praxiskommentar zum DSG § 28 DSG Rz 5 [22 f] [2020]).

Gleichwohl übersieht der 4. Senat, dass die klagende Interessenvertretung nicht nur Datenschutzrechte Dritter geltend macht, sondern sich in erster Linie auf eigene Datenschutzrechte berufen kann. Rund 40 % aller eingetragenen Psychotherapeuten sind Mitglieder der Klägerin, scheinen also in ihrer elektronischen Vereinskartei auf. Bei 40 % der von den Beklagten verarbeiteten Basisdaten muss daher Identität zu den Mitgliederdaten der Klägerin bestehen. Im Verhältnis zur Beklagten kommen daher die Mitglieder der Klägerin ebenso wie die Klägerin selbst als Betroffene iSv Art 4 Z 1 DSGVO in Betracht, mag auch die datenschutzrechtliche Rollenverteilung zwischen der Klägerin (als Verantwortliche) und ihren Mitgliedern (Betroffene) eine andere sein. Insoweit verfügt die Klägerin über eine eigene, durch § 1 Abs 1 DSG abgesicherte datenschutzrechtliche Position, in die in durchaus unlauterer Weise eingegriffen werden kann, wenn sich ein anderes Unternehmen schuldhaft über das DSG hinwegsetzt, um sich einen Vorsprung gegenüber den gesetzestreuen MitbewerberInnen zu verschaffen. Nochmals ist an dieser Stelle zu betonen: Eine datenschutzwidrige Übermittlung oder Mitnahme der Mitgliederdaten durch die Beklagten, etwa durch ehemalige Vereinsmitglieder oder Geheimnisbruch, liegt gegenständlich nicht vor. Dabei handelt es sich aber um eine inhaltliche Frage des Anspruchs der Klägerin, nicht um eine solche der formalen Klagslegitimation (zu einem ähnlichen [Un-]Fall krit bereits *Jahnel*, OGH: Kein Schutz von Unternehmensdaten nach dem DSG?, RdW 2005/244, 200, und *Knyrim*, Entscheidungsanmerkung, ecolex 2004, 873, jeweils mwN).

Mit dem nunmehr vom OGH möglicherweise eingeschlagenen Weg, das Verhältnis zwischen DSG/DSGVO und UWG

auszutariieren, entfernt er sich beachtlich vom bisherigen Kurs gegenüber dem DSG 1978 (OGH 25. 2. 1992, 4 Ob 114/91 [Bausparwerbung]) und dem DSG 2000 (OGH 24. 6. 2014, 4 Ob 59/14a [Dienst der Informationsgesellschaft], *jusIT* 2014/109, 229 [Thiele] = ZIR 2014 2014, 416 [Thiele]). Dies vermerken auch die ersten Entscheidungsbesprechungen durchaus kritisch (Csáky/Križanac, Entscheidungsanmerkung, *ecolex* 2020/147, 318; Staber/Scharf, OGH erteilt Abmahnungen von Verstößen gegen DSGVO eine fragwürdige Absage, *NetV* 2020, 56; vgl auch krit *Jung/Schwab*, Können Verstöße gegen die DSGVO als Rechtsbruch nach § 1 UWG geltend gemacht werden?, *MR* 2020, 44 ff). *Ausblick*: Künftig könnte aber die bisherige Rsp zum DSG 2000 durchaus fortentwickelt werden, wobei auf die spezifischen unionsrechtlichen Rahmenbedingungen der DSGVO Rücksicht zu nehmen ist. Die unmittelbar wettbewerbssteuernde Funktion des Datenschutzregimes ergibt sich bereits aus Art 1 Abs 3 DSGVO, der den freien Verkehr der personenbezogenen Daten in der Union als ausdrückliches Ziel sicherstellt. Bei einzelnen Verstößen des Mitbewerbers, etwa gegen bußgeldbewehrte Vorschriften (vgl Art 83 DSGVO), könnte sogar argumentiert werden, die Vertretbarkeit nicht mehr zu prüfen (ähnlich OGH 19. 1. 2010, 4 Ob 154/09i [Forstrevier L], *ÖBl-LS* 2010/91/92/93 [Wasserer] = RPA 2010, 273 [Reisner]; dazu *Götzl/Thiele*, Vergabeverfahren und neues Lauterkeitsrecht [UWG 2007], RPA 2010, 253 mwN). Die Verfolgung von Datenschutzverstößen als unlautere Geschäftspraktik besitzt demnach einen durchaus erheblichen Anwendungsbereich. Die datenschutzrechtlich geprägte Unlauterkeit verfügt nicht nur über Tradition, wie schon die Rsp zum DSG 1978 und vor der UWG-Nov 2007 gezeigt hat, sondern orientiert sich ganz eng an unionsrechtlichen Vorgaben, die gleichsinnig die Funktionsbedingungen des Leistungswettbewerbs zu verbessern trachten. Dabei werden die Unternehmer-, Verbraucher- und Allgemeininteressen gleichermaßen berücksichtigt (so bereits wörtlich *Thiele*, Datenschutz- und Lauterkeitsrecht, *jusIT* 2014/98, 201 [209]). Im Einzelnen kommen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – insb folgende Verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen als Rechtsbruchtatbestände iSd Rsp (grundlegend OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 225/07b [Stadtrundfahrten], *ecolex* 2008/199, 551 [Tonninger] = *ÖBl* 2008/48, 237 [Mildner]) in Betracht:

- Verstoß gegen datenschutzrechtliche Dokumentationspflichten (VVZ, DSFA);
- Einsatz datenschutzwidriger Auftragsdatenverarbeitung;
- Missachtung von Datensicherheitsverpflichtungen;
- Bruch des Datengeheimnisses;
- Verwendung datenschutzwidriger AGB (insb unzulässige Einwilligungen);
- Informationspflichtenverletzung.

*Fazit*: Vor dem Spiel ist nach dem Spiel (laut *Sepp Herberger*). Im Übrigen bleibt wohl alles offen (zutr *Leupold/Gelbmann*, Entscheidungsanmerkung, *VbR* 2020/41, 71 [72]), denn schließlich ist das ganze Leben persönlich.

*Zusammenfassend* hat der OGH entschieden, dass es für den durchschnittlichen Nutzer eines kostenlos zugänglichen, über

Werbung finanzierten Psychotherapeutenverzeichnisses 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 ist, dass es sich um kostenpflichtige Einträge handelt. Eine Täuschung über den Werbecharakter und damit eine nach § 2 Abs 4 Z 2 UWG entfällt daher ebenso wie eine Ausbeutung fremder Leistung, wenn die Basisdaten des Onlineverzeichnisses aus öffentlich zugänglichen, gesetzlich fundierten Listen des zuständigen Bundesministeriums stammen. Zur Durchsetzung von Ansprüchen nach der DSGVO ist in Österreich (derzeit noch) keine Verbandsklage vorgesehen.

Bearbeiter: **Clemens Thiele**

## Stichwortverzeichnis

### **Verbandsklage**

- datenschutzrechtliche

### **Datenschutzverletzung**

- als UWG-Verstoß

### **Rechtsbruch**

- durch DSGVO-Verstoß

### **Standesrichtlinien**

- für Werbung

### **Täuschung über Werbecharakter**