861–920

www.manz.at

[Österreichische Juristen-Zeitung]

ÖJZ

Dezember 2004

23/24

MANZ

ISSN 0029-9251

Datenschutz durch Wettbewerbsrecht

ÖJZ 2004/55

§§ 1, 2 UWG; §§ 6, 7 DSG 2000

Datenschutz; Wettbewerbsrecht; Rechtsbruch; Sittenwidrigkeit

Die Möglichkeit, Verletzungen des Rechts auf Datenschutz mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts durchzusetzen, ist bislang in der österr Literatur nahezu unbeachtet geblieben.[1)] Nach einem kurzen Überblick über die in diesem Zusammenhang wesentlichen Bestimmungen des DSG 2000 werden erste Überlegungen zum Zusammenspiel von Datenschutz und Wettbewerbsrecht angestellt.[2)]

Von Dietmar Jahnel und Clemens Thiele

Inhaltsübersicht:

1) *Knyrim*, Datenschutzrecht (2003) 244 weist auf die Möglichkeit einer Klage wegen unlauterem Wettbewerb hin, wenn sich ein Unternehmen schuldhaft über das DSG 2000 hinwegsetzt, um sich einen Vorsprung gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. In diesem Zusammenhang scheint die deutsche Diskussion, wenngleich unter anderen rechtlichen Bedingungen, der österreichischen gewissermaßen vorgelagert: Grundlegend immer noch *v. Westerholt*, Wettbewerbsrecht und Datenschutzrecht – Ein ungeklärtes Verhältnis, in FS Beier (1996), 561 ff; *v. Gamm*, Datenschutz und Wettbewerbsrecht, GRUR 1996, 574 mwN.

2) Der datenschutzrechtliche Teil wurde von *Dietmar Jahnel* und der wettbewerbsrechtliche Teil von *Clemens Thiele* verfasst.

A. Einleitung

Seit dem DSG 2000[3] verfügt Österreich über ein **modernes Datenschutzrecht** entsprechend dem – im internationalen Vergleich – hohen europäischen Datenschutzniveau. Neueste Bestimmungen für Direktwerbeunternehmen und Adressverlage treten ergänzend hinzu.[4] Alle datenschutzrechtlichen Regelungen gelten für jede Art von Datenverarbeitung, online wie offline, für den öffentlichen, aber auch für den privaten Bereich.[5] Diese Entwicklung führte zwar in den letzten Jahren zu einer verstärkten Diskussion, im privaten Bereich aber noch **kaum** zu einer Anwendung in der **gerichtlichen Praxis.**

B. Data Warehouses and Data Mining

Im unternehmensinternen Geschäftsprozess fallen Daten an unterschiedlichen Stellen an (zB im Vertrieb, Forderungsmanagement, Marketing usw). Diese Daten werden in operativen Datenbanken geführt. Um über die einzelnen operativen Funktionen hinaus Aussagen machen zu können, müssen Daten in einer Form vorliegen, die einen Zugriff nach Art eines gut sortierten Warenlagers[6] erlaubt. Der Begriff des „**Data Warehouse**" umfasst nicht nur die Informationsinhalte, sondern darüber hinaus Meta-, Dimensions- und Aggregationsdaten sowie die Datenverwaltungsprozesse, die eine zielgerichtete Verfügbarkeit und ein zweckgebundenes Aufbereiten von Daten ermöglichen.[7]

Die Techniken des **„Data Mining"** sollen auf der Basis von Data Warehouses zur Generierung neuer Wissenszusammenhänge dienen. Das Data Mining zielt zB auf die automatisierte Vorhersage von Trends und Verhaltensmustern auf der Basis bekannter Verhaltensschemata aus der Vergangenheit oder auf die automatisierte Aufdeckung unbekannter Strukturen und Zusammenhänge aus einer Datenmenge. Zur Durchführung des Data Mining werden unterschiedliche Methoden eingesetzt.[8]

Immer mehr private Unternehmen sind demzufolge bestrebt, ihren umfangreichen Datenbestand zur Gewinnung neuer Kunden bzw zur Steigerung des Umsatzes mit vorhandenen Kunden effektiver durch den Einsatz moderner Techniken zu nutzen. Immer öfter stoßen sie dabei gerade im IT-Bereich nicht nur an datenschutz-, sondern auch an wettbewerbsrechtliche Grenzen, die nachfolgend aufgezeigt werden.

C. Datenschutzrechtliche Grenzen

1. Gesetzliche Ausgangsposition

Rechtsgrundlage des allgemeinen Datenschutzrechts bildet das DSG 2000[9], das die allgemeine Datenschutzrichtlinie[10] in innerstaatliches Recht umsetzt. Eines der wesentlichen Motive der RL war – neben dem Schutz der Privatsphäre des Einzelnen – die Beseitigung der Hemmnisse für den Wettbewerb, den ein unterschiedliches Datenschutzniveau mit sich bringt.[11]

Nach § 1 Abs 1 DSG hat jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse daran vorliegt. Neben dem Recht auf Geheimhaltung umfasst das Grundrecht auf Datenschutz auch noch verschiedene Betroffenenrechte, nämlich das Recht auf Auskunft, das Recht auf Richtigstellung und das Recht auf Löschung. Eine Besonderheit dieses Grundrechts besteht darin, dass es nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch zwischen Privaten gilt (sog Drittwirkung).

Das **DSG 2000** verfolgt im Wesentlichen zwei **Ziele**, die nicht leicht miteinander zu vereinbaren sind:

- ➜ Schutz der Privatsphäre der Betroffenen (teilw auch als **„informationelle Selbstbestimmung"** bezeichnet),
- ➜ Liberalisierung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs innerhalb der EU und damit die **Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen** im Binnenmarkt durch ein einheitliches Datenschutzniveau.

Eine Besonderheit des Datenschutzrechts in Österreich besteht darin, dass nach der ausdrücklichen Definition des Betroffenen in § 4 Z 3 DSG nicht nur die Daten von natürlichen Personen, sondern auch von juristischen Personen und Personengemeinschaften geschützt sind.

a) Grundsätze der Datenverwendung

Das DSG 2000 sieht in § 6 verschiedene Grundsätze der Datenverwendung vor, die teilw sehr allgemein formuliert sind (zB „Treu und Glauben"), teilw konkrete Verpflichtungen (zB Zweckbindung) enthalten. Zu **§ 6 Abs 1 Z 1 DSG**, nach dem Daten nur nach **Treu und Glauben** sowie auf rechtmäßige Weise verwendet werden dürfen, führt die RV[12] aus, dass eine Verwendung von Daten nach „Treu und Glauben" nur dann vorliegt, wenn der Betroffene über die Umstände des Datengebrauchs und das Bestehen und die Durchsetzbarkeit seiner Rechte nicht irregeführt wird. Damit geht dieser sehr allgemeine Grundsatz in eine ganz ähnliche Richtung wie der **Zweckbindungsgrundsatz des § 6 Abs 1 Z 2 DSG**: Danach dürfen Daten nur für festge-

3) BG über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000) BGBl I 1999/165 idF I 2001/136; im Weiteren kurz: DSG.

4) Zu den einschlägigen Novellierungen der GewO *Brandl/Hohensinner*, Datenschutzrechtliche Aspekte der Tätigkeit von Adressverlagen und Direktmarketingunternehmen, ecolex 2003, 135; *Rosenmayr-Klemenz*, Neue Rechtsgrundlagen für Adressverlage und Direktmarketingunternehmen, RdW 2003, 180.

5) Zu den dabei auftretenden Herausforderungen grundlegend *Jahnel*, Datenschutz und Internet – Rechtsgrundlagen, Cookies und Web-Logs, ecolex 2001, 84; vgl auch *Hofer*, datenschutz@internet – Die Privatsphäre im Informationszeitalter (2002) 26; jüngst *Laimer/Markowetz*, Zum Spannungsverhältnis von Datenschutz und Internet anhand von Cookies, E-Mail und Web-logs, in *Pichler* (Hrsg), eBusiness versus Recht (2003) 143 mwN.

6) Im Englischen *„warehouse"* genannt, siehe *Langenscheidt*, Großes Schulwörterbuch Englisch–Deutsch (1996), 1234.

7) So *Büllesbach*, Datenschutz bei Data Warehouses und Data Mining, CI 2000/5, 51; *Taeger*, Kundenprofile im Internet – Customer Relationship Management und Datenschutz, K&R 2003, 220 mwN.

8) Vgl bereits *Krahl/Windheuser/Zick*, Data Mining (1998) 61 ff; jüngst *Wolber*, Werbung mit Adressen aus Online-Bestellungen, CR 2003, 859.

9) Für eine Einführung ins Datenschutzrecht siehe *Jahnel*, Datenschutzrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hrsg), Informatikrecht[2] (2002), 241; eine ausführliche, praxisbezogene Behandlung der wichtigsten datenschutzrechtlichen Fragen findet sich in *Knyrim,* Datenschutzrecht.

10) Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr ABl 1995 L 281/31; dazu jüngst EuGH 6. 11. 2003, Rs C-101/01– *Lindqvist*.

11) Vgl zB die Erwägungsgründe 7 bis 9.

12) 1623 BlgNR 20. GP zu § 6.

legte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke ermittelt und nicht in einer mit diesen Zwecken unvereinbaren Weise weiterverwendet werden. Damit unvereinbar ist eine wahllose Datensammlung auf „Vorrat". Die Vorstellung, Daten in großen Datenbanken („Data Warehouse") zu sammeln, um diese zu einem späteren Zeitpunkt nach bestimmten Kriterien zu durchforsten („Data Mining"), widerspricht dem Normzweck der allgemeinen Grundsätze des Datenschutzrechts.[13)]

Die **Verantwortung** für die Einhaltung der Grundsätze der Datenverwendung trägt nach § 6 Abs 2 DSG der datenschutzrechtliche Auftraggeber.[14)] Dies wird im privaten Bereich idR konkret der **Unternehmer** sein.

b) Zulässigkeit der Datenverarbeitung

Für die Frage, ob eine konkrete Datenverarbeitung zulässig ist, sieht das DSG eine **mehrstufige Zulässigkeitsprüfung** vor: Zunächst ist der Zweck der Datenverarbeitung anhand der Berechtigung des Auftraggebers zu überprüfen. Diese ergibt sich bei privaten Unternehmen zB aus dem Gewerbeschein, der Konzession, dem Gesellschaftsvertrag oder den Statuten eines Vereins. In einem zweiten Schritt ist zu ermitteln, ob schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen verletzt werden, wobei zwischen **„sensiblen"**[15)] und **„nicht-sensiblen" Daten** zu unterscheiden ist.

Bei nicht-sensiblen Daten liegt nach **§ 8 Abs 1 DSG** kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse vor, wenn entweder

- ➜ eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verwendung der Daten besteht
- ➜ oder der Betroffene der Verwendung der Daten zugestimmt hat
- ➜ oder lebenswichtige Interessen des Betroffenen die Datenverwendung fordern
- ➜ oder überwiegende berechtigte Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern.[16)]

Schließlich ist noch zu prüfen, ob der Eingriff in das Grundrecht nur im erforderlichen Ausmaß und mit den gelindesten zur Verfügung stehenden Mitteln erfolgt und die (eben genannten) Grundsätze des § 6 Abs 2 DSG eingehalten werden.

c) Zulässigkeit der Datenübermittlung

Ehe auf die Prüfung der Zulässigkeit der Datenübermittlung eingegangen werden kann, ist zu fragen, was im Datenschutzrecht unter **„Übermittlung"** verstanden wird. Dabei zeigt sich, dass die Definition dieses Begriffs in § 4 Z 12 DSG vom allgemeinen Sprachgebrauch abweicht. Unter „Übermitteln von Daten" wird nämlich die Weitergabe von Daten einer Datenanwendung an andere Empfänger als den Betroffenen, den Auftraggeber oder einen Dienstleister, insb auch das Veröffentlichen solcher Daten verstanden, darüber hinaus auch die Verwendung von Daten für ein anderes Aufgabengebiet des Auftraggebers.

Unter **„Aufgabengebiet"** ist dabei eines von mehreren Tätigkeitsfeldern eines Auftraggebers zu verstehen, im privaten Unternehmensbereich wird ein Aufgabengebiet in etwa mit dem Umfang einer Gewerbeberechtigung gleichgesetzt.[17)]

Die konkrete Prüfung der Zulässigkeit einer Datenübermittlung ist nach **§ 7 Abs 2 DSG** vorzunehmen. Danach dürfen Daten nur übermittelt werden, wenn

- ➜ sie aus einer zulässigen Datenverwendung stammen und
- ➜ der Empfänger dem Übermittelnden seine ausreichende gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis im Hinblick auf den Übermittlungszweck glaubhaft gemacht hat und
- ➜ durch Zweck und Inhalt der Übermittlung die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden.

Es ist daher bei der Überprüfung der Zulässigkeit einer Datenübermittlung immer zunächst zu prüfen, ob die Datenverarbeitung überhaupt zulässig ist. Die Glaubhaftmachung durch den Empfänger der Daten kann entweder durch eine gesetzliche Zuständigkeit oder den Nachweis der rechtlichen Befugnis erfolgen. Die dritte Voraussetzung, die kumulativ vorliegen muss, nämlich die Nichtverletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen, ist wieder wie bei der Zulässigkeitsprüfung durchzuführen.

Bei der in diesem Beitrag angesprochenen Technik des **„Data Mining"** ist daher datenschutzrechtlich von Fall zu Fall zu untersuchen, ob es sich um eine Verwendung von Daten für ein anderes Aufgabengebiet desselben Auftraggebers und damit um eine Übermittlung handelt. Wenn dies bejaht wird, ist deren Zulässigkeit zu untersuchen. Wenn keine Zustimmung der Betroffenen vorliegt, ist in einer Interessenabwägung zu prüfen, ob im konkreten Fall durch Zweck und Inhalt der Übermittlung die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden, wobei die strenge Zweckbindung des § 6 Abs 1 Z 2 DSG zu berücksichtigen ist.

d) Meldepflicht

Das DSG geht nach wie vor vom Grundsatz der Meldepflicht an das **Datenverarbeitungsregister (DVR)** aus. Ausgenommen von der Meldepflicht sind Datenanwendungen,

- ➜ die ausschließlich veröffentlichte Daten oder nur indirekt personenbezogene Daten enthalten,
- ➜ die der Führung von gesetzlich vorgesehenen Registern oder Verzeichnissen dienen,
- ➜ die von natürlichen Personen ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten oder für publizistische Tätigkeiten vorgenommen werden, und
- ➜ Standardanwendungen.

Unter **Standardanwendungen** werden Datenanwendungen verstanden, die von einer großen Anzahl von Auftraggebern in gleichartiger Weise vorgenommen werden, wobei eine Gefährdung der Betroffenen unwahrscheinlich ist. Nach der V des BK über Stan-

13) Ebenso *Knyrim*, Datenschutzrecht 83.
14) Vgl zur Rollenverteilung im Datenschutzrecht *Jahnel*, Datenschutzrecht 247.
15) Nach § 4 Z 2 DSG sind dies Daten von natürlichen Personen über ihre rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder ihr Sexualleben.
16) Siehe zu dieser Interessenabwägung im Einzelnen *Knyrim,* Datenschutzrecht 99 ff.
17) Im Einzelnen ist die Abgrenzung des „Aufgabengebiets" nicht einheitlich und etwas unklar. Vgl dazu *Knyrim,* Datenschutzrecht 117.

dard- und Musteranwendungen[18] gehören zB Rechnungswesen und Logistik, Personalverwaltung, Mitgliederverwaltung, Kundenbetreuung und Marketing für eigene Zwecke zu den nicht meldepflichtigen Standardanwendungen.

Als **Ausgleich für den Wegfall der Meldepflicht** und damit der DVR-Nummer trifft den Auftraggeber bei Standardanwendungen nach § 23 DSG zur Wahrung der Transparenz für den Betroffenen eine **Pflicht zur Offenlegung**: Er hat jedermann auf Anfrage mitzuteilen, welche Standardanwendungen tatsächlich vorgenommen werden. Darüber hinaus sind alle nicht meldepflichtigen Datenanwendungen der DSK bei Ausübung ihrer Kontrollaufgaben offen zu legen. Nach § 25 DSG hat der Auftraggeber bei Übermittlungen und bei Mitteilungen an Betroffene seine Identität in geeigneter Weise offen zu legen, sodass den Betroffenen die Verfolgung ihrer Rechte möglich ist. Konkret bedeutet diese Verpflichtung in der Praxis zB, dass Name und Anschrift des Auftraggebers anzuführen sind und etwa die bloße Verwendung von Postfächern oder Telefonnummern nicht ausreichen kann.

Bei **meldepflichtigen Datenanwendungen** ist in Mitteilungen an Betroffene die Registernummer anzuführen. Ein Zuwiderhandeln gegen diese Offenlegungspflichten fällt unter die **Verwaltungsstraftatbestände des § 52 Abs 2 DSG**.

2. Rechtsfolgen bei Datenschutzverstößen

a) Zuständigkeit

Bei der Durchsetzung der Betroffenenrechte nach dem DSG spielt es eine entscheidende Rolle, ob der Auftraggeber dem öffentlichen oder dem privaten Bereich zuzurechnen ist:

Auftraggeber des öffentlichen Bereichs sind alle Auftraggeber, die in Formen des öffentlichen Rechts eingerichtet sind (zB Gemeinde, Bezirksverwaltungsbehörde, Landeshauptmann, Minister, Sozialversicherungsträger, Kammern), alle anderen sind Auftraggeber des privaten Bereichs (zB natürliche Person, OHG, KG, GmbH, AG, Verein).

Über Verletzungen des Rechts auf Auskunft ist die Datenschutzkommission (DSK) sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich zuständig.

Für **Verletzungen des Rechts auf Geheimhaltung, Richtigstellung oder Löschung** ist die DSK dann zuständig, wenn es sich um Auftraggeber des öffentlichen Bereichs handelt. Handelt es sich um Auftraggeber **des privaten Bereichs**, ist die Verletzung mit Klage beim zuständigen **Landesgericht** geltend zu machen.

b) Kontrollbefugnisse der DSK

Die DSK hat als unabhängige Kontrollstelle den öffentlichen und den privaten Bereich zu kontrollieren. Nach § 30 DSG kann sich jedermann wegen einer behaupteten Verletzung seiner Rechte oder ihn betreffender Pflichten eines Auftraggebers mit einer Eingabe an die DSK wenden. Die DSK kann aber auch von sich aus im Fall eines begründeten Verdachts Datenanwendungen überprüfen, bei Datenanwendungen, die der Vorabkontrolle unterliegen, auch ohne Vorliegen eines Verdachts. Sie hat dabei das Recht, Einschau in Datenverarbeitungen und Unterlagen zu nehmen, Aufklärungen zu verlangen und sie hat dem Auftraggeber Empfehlungen und Ermahnungen zu erteilen. Wird einer solchen Empfehlung innerhalb der gesetzten Frist nicht entsprochen, so kann die DSK je nach Art des Verstoßes von Amts wegen insb ein Verfahren zur Überprüfung der Registrierung einleiten oder Strafanzeige erstatten oder bei schwer wiegenden Verstößen durch Auftraggeber des privaten Bereichs Klage vor dem zuständigen Gericht erheben.

In der Praxis hat die DSK – soweit ersichtlich – von diesen an sich recht umfassenden Kontrollbefugnissen eher selten Gebrauch gemacht.

c) Strafrecht

Gerichtlich strafbar ist die rechtswidrige Verwendung von Daten in besonders verwerflicher Absicht, nämlich in Gewinn- oder Schädigungsabsicht. Betroffen sind personenbezogene Daten, die ausschließlich auf Grund der beruflichen Beschäftigung anvertraut oder zugänglich geworden sind oder die widerrechtlich verschafft wurden. Als Tathandlung ist die „Benützung sowie die Weitergabe von Daten, insb ihre Veröffentlichung“ unter Strafe gestellt. Der Täter ist allerdings nur mit Ermächtigung des Verletzten zu verfolgen, dh § 51 DSG ist zwar ein Offizialdelikt, doch ist die Strafbarkeit von der (jederzeit widerrufbaren) Zustimmung des Betroffenen abhängig gem § 2 Abs 5 StPO.

Die datenschutzrechtlichen **Verwaltungsstrafbestimmungen** sind in § 52 DSG zu finden: § 52 Abs 1 DSG enthält Tatbestände, bei denen eine Verletzung von Rechten tatsächlich stattgefunden hat, zB die vorsätzliche widerrechtliche Verschaffung des Zugangs zu einer Datenanwendung oder die Nichterfüllung der Auskunftspflicht entgegen einem rechtskräftigen Urteil oder Bescheid. Diese Tatbestände sind mit einer Geldstrafe bis zu € 18.890,– zu ahnden.

§ 52 Abs 2 DSG zählt Tatbestände auf, in denen zwar noch keine Verletzung von Rechten Betroffener erfolgt ist, aber Unterlassungen begangen wurden, die eine Gefährdung der Rechte der Betroffenen oder ihrer Durchsetzbarkeit zur Folge haben. Darunter fallen etwa Datenermittlung, Verarbeitung oder Übermittlung ohne Erfüllung der Meldepflicht oder die Nichterfüllung der Offenlegungs- oder Informationspflichten. Die Übertretung ist mit einer Geldstrafe bis zu € 9.445,– zu ahnden. Der Versuch ist für alle Tatbestände des § 52 ausdrücklich als strafbar erklärt.

Zuständig für die Vollziehung der Verwaltungsstraftatbestände ist die Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Sprengel der Auftraggeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat. Falls ein solcher im Inland nicht gegeben ist, ist die am Sitz der DSK eingerichtete Bezirksverwaltungsbehörde zuständig. Zweite Instanz ist der Unabhängige Verwaltungssenat (UVS).

d) Schadenersatz

Werden Daten durch einen Auftraggeber schuldhaft entgegen den Bestimmungen des DSG verwendet, hat der Betroffene das Recht auf Schadenersatz nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Für Fälle schwer wiegender rechtswidriger Datenver-

18) BGBl II 2000/201 idF II 2003/232.

wendung, die ihrem Wesen nach Tatbeständen vergleichbar sind, die nach dem MedG zum Schadenersatz verpflichten, ist bei Verwendung von sensiblen Daten, strafrechtlich relevanten Daten oder Auskunft über die Kreditwürdigkeit der **Ersatz immateriellen Schadens** vorgesehen. Die näheren Voraussetzungen und die Höhe der Entschädigung ergeben sich aus den §§ 6 und 7 MedG. Danach ist die Höhe der Entschädigung derzeit mit € 14.535,– begrenzt.

Bislang ist allerdings noch kein Fall dokumentiert oder bekannt geworden, in dem diese Schadenersatzbestimmung zur Anwendung gekommen wäre.

3. Zusammenfassung des datenschutzrechtlichen Teils

Die Bestimmungen des DSG enthalten strenge Vorschriften betreffend die Zulässigkeit der Verarbeitung und Übermittlung von Daten, die im privaten Bereich ebenso wie im öffentlichen Bereich gelten. Die Problematik dieser Regelung liegt einerseits darin, dass die Zulässigkeitsprüfungen zahlreiche unbestimmte Gesetzesbegriffe enthalten, anderseits in der Konstruktion des Rechtsschutzes im privaten Bereich. Auch wenn eine gewisse Erleichterung darin liegt, dass das Recht auf Auskunft nun in allen Fällen vor der DSK durchzusetzen ist, ist zur Geltendmachung aller anderen Betroffenenrechte bzw zur Geltendmachung der Unterlassung einer unzulässigen Datenverwendung eine Klage vor den Zivilgerichten einzubringen. Damit kann ein Verstoß gegen die Zulässigkeit der Verarbeitung oder Übermittlung von Daten ebenso wie die Richtigstellung und Löschung nur im Zivilrechtsweg geltend gemacht werden. Dabei trägt der Kläger das volle Prozessrisiko, um allenfalls eine Feststellung bzw eine Unterlassung zu erreichen. Die Geltendmachung von Schadenersatz wird meist am Vorhandensein eines konkreten Schadens scheitern, die neue Möglichkeit eines ideellen Schadenersatzes ist auf Fälle von äußerst schwerwiegenden rechtswidrigen Datenanwendungen eingeschränkt und wird wohl kaum zur Anwendung kommen.

4. Verhältnis von Datenschutzrecht und Wettbewerbsrecht

Das Verhältnis zwischen Datenschutz- und Wettbewerbsrecht ist noch weitgehend unerforscht. Nach dem Willen des österr Gesetzgebers entfaltet das DSG **Drittwirkung**, maW, es soll unmittelbar unter Privaten[19] gelten – damit auch zwischen Unternehmern.

Dieser **konzeptionellen Stärke des DSG 2000** steht ein tatsächlich weitgehendes Leerlaufen der vorgesehenen Sanktionen bei Datenschutzverstößen gegenüber. Selbst die Ansprüche, die das DSG den Betroffenen unmittelbar einräumt, haben in der Praxis keine spürbare Abhilfe gebracht.[20] Die Gründe hierfür mögen wohl nicht zuletzt in der Komplexität und Unbestimmtheit der einschlägigen Vorschriften liegen, die eine Klage des Betroffenen auf Richtigstellung oder Löschung seiner Daten (§ 27 DSG) vor den ordentlichen Gerichten mit einem nicht unerheblichen Prozessrisiko belastet. Hinzu tritt ein oft geringes Interesse der Betroffenen an einer gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechte, weil eine Beeinträchtigung durch rechtswidrige Datenverarbeitung außerhalb einiger sensibler Bereiche (Arbeitsplatz, Bankgeschäfte uä) oft gar nicht wahrgenommen wird. Aber selbst wenn ein Betroffener zB seinen Anspruch auf Löschung seiner Daten erfolgreich durchsetzt, bewirkt dies für den Verarbeiter kaum einschneidende Folgen. Erhebliche Schadensersatzforderungen braucht er idR nicht zu fürchten, weil ein Ersatz für immaterielle Schäden (also für die rechtswidrige Verarbeitung der Daten selbst) regelmäßig nicht erfolgen wird. Die Straf- und Verwaltungsstrafvorschriften der §§ 51, 52 DSG konnten – soweit ersichtlich – bislang ebenfalls keine tatsächliche Beachtung des DSG sicherstellen.

Angesichts der **unzureichenden Instrumente**, die das derzeitig geltende Datenschutzrecht selbst **zu seiner tatsächlichen Durchsetzung** vorsieht, ist zu überlegen, ob nicht die in der Praxis effektiveren Sanktionen anderer Rechtsgebiete für den Zweck des Datenschutzes nutzbar gemacht werden können.

Zur Einhaltung des Datenschutzrechts unter Unternehmern erscheint ein Blick auf das **Wettbewerbsrecht** besonders vielversprechend. Angesichts der zunehmenden Bedeutung, die Informationen für den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens haben, ist die **Fruchtbarmachung des gut funktionierenden Sanktionensystems des UWG** keineswegs abwegig. Informationen sind zu einem Wirtschaftsgut geworden. Diese Informationen bestehen oft aus personenbezogenen Daten (zB Anschriftenliste, Einsatzprofile einer Kreditkarte usw) oder sind aus ihnen gewonnen worden.[21] Der Umgang mit personenbezogenen Daten wird durch das Datenschutzrecht reguliert, um Beeinträchtigungen für das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Personen zu vermeiden (§ 1 Abs 1 DSG). Sind Informationen einerseits für den Erfolg eines Unternehmens im Wettbewerb entscheidend und ist anderseits der Umgang mit ihnen durch das Datenschutzrecht beschränkt, so drängen sich Wechselbeziehungen zwischen dem Wettbewerbsrecht – der Regulierung des Wettbewerbsverhaltens – und dem Datenschutzrecht geradezu auf. Angesichts dieses **sachadäquaten Zusammenhangs zwischen Datenschutz und Wettbewerb** überrascht es nicht, dass sich in der veröffentlichten Rsp mehrere Entscheidungen finden, die wettbewerbsrechtliche Ansprüche auf die Verletzung von Datenschutzbestimmungen stützen.[22]

Es versteht sich aber von selbst, dass es nicht möglich ist, das wettbewerbsrechtliche Sanktionsinstrumentarium, so hilfreich es auch dem Datenschützer erscheinen mag, einfach aus dem Wettbewerbsrecht „auszuborgen". Das UWG darf nicht zum omnipräsenten Überwacher des ordnungsgemäßen Vollzugs aller möglichen Gesetze gemacht werden.[23] Datenschutz durch Wettbewerbsrecht ist aber durchaus **im Rahmen der Einfallspforten der „guten Sitten"** denkbar.

19) Natürliche und juristische Personen gem § 4 Z 3 DSG.
20) Nach den Erfahrungen der Autoren sind Entscheidungen der Zivilgerichte zu den §§ 26 ff DSG Mangelware.
21) ZB Marktforschungsergebnisse, die sich nicht mehr auf individuelle Personen beziehen, sondern nur noch statistische Aussagen enthalten.
22) Siehe dazu gleich unten D.2.b).
23) Ebenso *van Husen*, Der Beitrag des § 1 UWG zur Einhaltung der GewO, in *Bernat/Böhler/Weilinger* (Hrsg), FS Krejci (2000) 159, 167 ff.

D. Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung des Datenschutzrechts

1. Wettbewerbsrechtliche Vorüberlegungen

Charakteristisch für das Wettbewerbsrecht sind die vielen **unbestimmten Rechtsbegriffe**. Solche Tatbestände wie „gegen die guten Sitten verstoßen" oder „zur Irreführung geeignete Angaben macht" räumen dem Richter bei der Rechtsanwendung einen viel weiteren Spielraum ein als sonst. Diese Tatbestandsmerkmale lassen sich in Wahrheit nicht auslegen, sondern müssen nach den Umständen des Falles vom Richter konkretisiert oder präzisiert werden. Das Wettbewerbsrecht wird daher weitgehend **durch die Rechtsprechung geprägt**. An die Stelle der Auslegung des Gesetzestextes und der Subsumtion des Sachverhalts unter den gesetzlichen Tatbestand tritt vielfach die Fallvergleichung. Der Rechtssicherheit kann idR nur dadurch Genüge getan werden, dass sich der Richter an Vorentscheidungen ähnlicher Fälle hält.[24)]

Die große[25)] und kleine[26)] Generalklausel unterwerfen jede Handlung im geschäftlichen Verkehr, die zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgt,[27)] dem Maßstab der „guten Sitten" bzw unlauteren Irreführungseignung. Eine Datenschutzverletzung löst also nur dann die Sanktionen der §§ 1, 2 UWG aus, wenn sie im Wettbewerb erfolgt und mit dem Rechtsverstoß zugleich ein Verstoß gegen die guten Sitten iSd § 1 UWG oder eine unlautere Irreführung nach § 2 UWG verbunden ist.

Beiden Tatbeständen gemeinsam sind die **Erfordernisse der Wettbewerbshandlung** und des geschäftlichen Verkehrs, die nachfolgend kurz skizziert werden: Gegenstand des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb ist eine Handlung, die im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgt. Als Handlung kommt dabei neben einem Tun auch ein pflichtwidriges Unterlassen in Betracht.[28)] Handlung im geschäftlichen Verkehr ist jede nach außen gerichtete Tätigkeit, die der Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks dient.[29)] Kontur erlangt der Begriff erst durch negative Abgrenzung. Danach liegt eine Handlung im geschäftlichen Verkehr bei privaten und rein hoheitlichen Handlungen nicht vor.[30)] Das zu prüfende Verhalten muss in dem Sinn marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet sein[31)].

Ein „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs" setzt nach neuerer Rsp[32)] einen gewissen Einfluss auf die Marktposition der Mitbewerber voraus. Davon kann nur dann ausgegangen werden, wenn ein Verhalten geeignet ist, zu einer nicht bloß unerheblichen Nachfrageverlagerung zu führen. Ist daher ein Verhalten nicht geeignet, eine diese Grenze übersteigende Nachfrageverlagerung zu bewirken, so liegt keine Wettbewerbshandlung vor. Eine Gesetzesverletzung bringt dem Verletzer daher dann keinen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern, wenn mit der Gesetzesverletzung eine bloß unerhebliche Nachfrageverlagerung verbunden sein kann.[33)]

2. Datenschutzverstöße und § 1 UWG

Nachfolgend ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung von Datenschutzvorschriften, die auf den ersten Blick primär als außerwettbewerbliche Normen anzusehen sind, unter dem Aspekt des Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch gegen die guten Sitten des Wettbewerbs verstoßen kann. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass nicht jede Verletzung von Datenschutzvorschriften[34)] wettbewerbsrechtlich relevant sein kann.

Im Folgenden wird zunächst die bisherige **OGH-Rsp zum Wettbewerbsrecht** dargestellt, die **datenschutzrechtliche Bezüge** aufweist. Anschließend daran folgen erste Überlegungen dahin, ob und inwieweit eine Übertretung von Bestimmungen des DSG als Grundlage einer Klage nach § 1 UWG herangezogen werden kann.

a) Fallgruppe „Rechtsbruch"

Nach der neueren stRsp des OGH verstößt gegen § 1 UWG, wer sich schuldhaft über ein Gesetz hinwegsetzt, um im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen.[35)] Bei einer solchen unlauteren Veränderung der wettbewerblichen Ausgangslage zugunsten des Verletzers kommt es nicht darauf an, ob die übertretene Norm an sich wettbewerbsregelnden Charakter hat; [36)] entscheidend ist vielmehr die objektive Eignung des konkreten Verstoßes zur Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbs. Missachtet also ein Wettbewerber eine Vorschrift, die seine gesetzestreuen Mitbewerber befolgen, dann verschafft er sich gegenüber diesen einen ungerechtfertigten Vorsprung im Wettbewerb, wenn der Verstoß geeignet ist, die Wettbewerbslage irgendwie zu seinen Gunsten zu beeinflussen.[37)] Von einem sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung durch eine Gesetzesverletzung kann nur gesprochen werden, wenn das gesetzwidrige Verhalten geeignet ist, eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung zu bewirken.[38)]

Bei der **Verletzung gesetzlicher Bindungen** ist die Entwicklung der Rsp zur **Sittenwidrigkeit** unlauteren Verhaltens im Wettbewerb zunächst schwankend gewesen.[39)] Dies sowohl hinsichtlich der Anforderungen an

24) So überraschend deutlich OGH 29. 11. 1983, 4 Ob 405/83, ÖBl 1984, 104.
25) § 1 UWG.
26) § 2 UWG.
27) Im Weiteren kurz: „Wettbewerbshandlung".
28) *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht[3] (1999) § 23 Rz 8 aE mN zur Rsp.
29) *Fitz/Gamerith*, Wettbewerbsrecht[4] (2004), 8.
30) Vgl OGH 15. 2. 2000, 4 Ob 27/00z – *Betriebsrat aktuell*, wbl 2000/187, 289; 14. 12. 1999, 4 Ob 299/99w – *L-Nachrichten*, EvBl 2000/107 = MR 2000, 107 = RdW 2000/309, 349 = SZ 72/201 = wbl 2000/153, 239.
31) Ähnlich OGH 12. 4. 1994, 4 Ob 38/94 – *Satellitenprogramm*, ÖBl 1994, 217, 219.
32) OGH 20. 5. 2003, 4 Ob 59/03k – *Organisationsbeitrag II*, ecolex 2003/316, 772m Anm *Reitböck* = wbl 2003/279, 495; ebenso 20. 5. 2003, 4 Ob 99/03t – *Veranstaltungshinweise,* MR 2003, 263 *(Swoboda)*
33) In diese Richtung bereits OGH 13. 7. 1982, 4 Ob 353/82 – *Immobilienmaklerprovision*, SZ 55/111.
34) ZB die fehlende Belehrung der Mitarbeiter nach § 14 Abs 2 Z 3 DSG.
35) OGH 8. 4. 1997, 4 Ob 56/97 g – *Schwarzhörer willkommen*, MR 1997, 170 = ÖBl 1998, 14 mwN.
36) OGH 12. 4. 1994, 4 Ob 27/94 – *Haushaltsübliche Reinigungsarbeiten*, ÖBl 1994, 213.
37) OGH 7. 7. 1992, 4 Ob 59/92 – *Offenlegung*, ecolex 1992, 784 = MR 1992, 171 = ÖBl 1992, 203 = wbl 1992, 412.
38) OGH 20. 5. 2003, 4 Ob 99/03t – *Regionale Veranstaltungshinweise*, MR 2003/4 *(Swoboda)*.
39) Im Einzelnen dazu *Harrer*, Normverstoß und § 1 UWG, ÖBl 1981, 89.

den objektiven Tatbestand als auch bezüglich der Frage, ob der Unterlassungsanspruch subjektive Elemente voraussetzt.[40] Die ursprüngliche Unterscheidung danach, ob die übertretene Vorschrift wettbewerbsregelnden Charakter hat oder nicht,[41] wurde hierzulande aufgegeben. Nach jetzt stRsp hängt die Sittenwidrigkeit einer Gesetzesverletzung davon ab, ob sie in der Absicht begangen wurde, damit im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. Diese Absicht wird jeweils aus der besonderen Gesetzesverletzung selbst abgeleitet.[42] Demnach handelt zB ein Hersteller gesetzwidrig, wenn er ein Arzneimittel vertreibt, ohne über die notwendige Zulassung nach § 11 Abs 1 AMG zu verfügen.[43]

Dabei ist die Frage, ob das festgestellte Ausmaß der Wettbewerbsabsicht im Verhältnis zu einem oder mehreren Motiven für die beanstandete Handlung ausreicht, diese insgesamt als eine „Wettbewerbshandlung" zu beurteilen, eine vom OGH überprüfbare – damit reversible – Rechtsfrage (oder gemischte Frage).[44] Dass sich ein Gewerbetreibender durch das Aufstellen von Werbeständern für Schlagzeilenplakate auf öffentlichen Verkehrsflächen ohne die erforderlichen Bewilligungen (iSe Gebrauchserlaubnis) über bundesgesetzliche und landesgesetzliche Vorschriften[45] hinwegsetzt und ein solcher Gesetzesverstoß geeignet ist, die Wettbewerbslage gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern zu seinen Gunsten zu beeinflussen, liegt für das Höchstgericht[46] klar auf der Hand.[47]

So hat der 4. Senat in Zivilsachen mehrfach ausgesprochen, dass beispielsweise Verstöße gegen die werberechtliche Kennzeichnungspflicht des § 26 MedG stets zugleich eine Sittenwidrigkeit iSd § 1 UWG begründen.[48] Nichts anderes kann uE auch für den Verstoß gegen das werberechtliche Trennungsgebot nach den einschlägigen Rundfunkgesetzen[49] bzw § 6 ECG gelten.[50]

b) Judikaturfälle

1. Bausparwerbung[51]

Eine österr Bausparkasse hat ihre Mitarbeiter und die Geschäftsleitungen der einzelnen angeschlossenen Bankinstitute ihres Sektors aufgefordert, durch Verwertung von Informationen über EDV-mäßig registrierte Daueraufträge bzw Einziehungsaufträge der Bankkunden oder sonstiger Giroüberweisungen, zB Zahlscheine an Bausparkassen eines anderen Bankensektors, festzustellen, welche ihrer Kunden Bausparer eines solchen Mitbewerbers sind, oder die persönlichen Daten ihrer Girokonteninhaber zum Vergleich mit ihrem eigenen Bausparkonten-Bestand und damit zur Identifizierung jener Personen zu übermitteln, die noch nicht Kunden der auffordernden Bausparkasse sind, um sodann bei diesen Kunden für den Abschluss eines Bausparvertrages mit dem eigenen Unternehmen zu werben.

Eine Mitbewerberin, ebenfalls eine österr Bausparkasse, sah in dieser Werbung einen Verstoß gegen § 1 UWG, weil sowohl das Bankgeheimnis als auch das DSG[52] verletzt wären. Das beklagte Bausparunternehmen verwies auf die mit den Girokunden abgeschlossenen Girokontenverträge, die formularmäßig eine Weitergabe der automationsunterstützten gespeicherten und verarbeiteten Daten des Kreditinstituts an die jeweiligen Bausparberater vorsahen.

Der OGH stellte zunächst fest, dass die Beklagte mit ihrer Vorgangsweise die Mitarbeiter der Geschäftsleitungen der Volksbanken sowohl zur Verletzung des Bankgeheimnisses als auch des Datenschutzgesetzes aufgefordert hat. Die allgemeine Erklärung, dass die Daten „zum Zweck des bankinternen Informationssystems" verarbeitet würden, enthält keine datenschutzrechtlich wirksame Zustimmung iSd § 3 Z 9 DSG 1978 zur Verarbeitung für „andere Aufgabengebiete". Zum Verstoß gegen § 1 UWG hielt das Höchstgericht fest, dass wettbewerbswidrig im vorliegenden Fall die Art ist, in der die Beklagte (über die Bausparer der sektoreigenen Institute) versucht hat, an potenzielle Kunden heranzukommen. Der Wahrung des Bankgeheimnisses[53] und des Datenschutzes[54] kommt gerade im Kreditwesen große Bedeutung zu. Im Zweifel ist dem Schutz des Kunden durch das Bankgeheimnis und der vertraulichen Behandlung personenbezogener Daten gegenüber dem eigenen Geschäftsinteresse[55] der Vorrang zu geben. Die beklagte Bank darf ihr im Rahmen des Giroverkehrs anvertraute Daten nicht zum Zwecke der Vermittlung von Bausparerverträgen an eine mit ihr im Konzern tätige Bausparkasse verwenden. Tut sie es doch, verstößt sie zugleich gegen § 1 UWG.

2. „Friends of Merkur"[56]

Das Kundenprogramm der Merkur AG Handelskette mit der Bezeichnung „*Friends of Merkur*" sah Exklusivrabatte und Zahlungsaufschübe für den Fall vor, dass der Kunde seine Einkäufe mit einer Bankomatkarte begleicht, bestimmte Umsatzgrenzen erreicht und einen entsprechenden Vertrag unterfertigte. Darin wurde der Merkur AG ua das Recht eingeräumt, persönliche Kundendaten „zum Zweck der Konsumenteninformation sowie allfälliger Werbemaßnahmen an andere Unternehmen des hauseigenen BML-Konzerns" weiter zu geben.

Die Klausel „Personen, die dem Kundenprogramm Friends of Merkur beitreten, stehen zur Merkur Waren-

40) Krit *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 33 Rz 90 ff.
41) So noch die hM in Deutschland, Nachw dazu bei *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht[22] § 1 UWG Rz 665.
42) OGH 11. 1. 1983, 4 Ob 331/82 – *Metro Post I*, EvBl 1983/49 = ÖBl 1983, 40 = SZ 56/2 uva.
43) OGH 15. 10. 2002, 4 Ob 141/02t – *Lucovitr*, nv.
44) OGH 21. 11. 1978, 4 Ob 353/78, ÖBl 1979, 70.
45) In concreto § 82 Abs 1 StVO und § 1 Abs 1 Wr und NÖ GebrauchsabgabenG.
46) OGH 8. 3. 1994, 4 Ob 1018/94.
47) Deutlich OGH 21. 9. 1993, 4 Ob 78/93 – *Straßenprostitution*, ecolex 1994, 35 = wbl 1994, 97.
48) OGH 9. 3. 1999, 4 Ob 56/99k – *Zementindustrie*, MR 1999, 188 unter Zitierung der Vorjudikatur; jüngst 21. 1. 2003, 4 Ob 284/02x – *ChefINFO SPEZIAL*, MR 2003, 116, zum Beurteilungsmaßstab; vgl dazu *Schmidt*, Bezahlte Artikel – Eine Falle!, AnwBl 2003, 492.
49) §§ 13, 14 und 17 RFG und § 38 PrTV-G idF des ORF-G, BGBl I 2001/83.
50) Dazu eingehend *Thiele*, Werberechtliches Trennungsgebot im Internet, abrufbar unter *http://www.rechtsprobleme.at*, online seit 16. 12. 2001.
51) OGH 25. 02. 1992, 4 Ob 114/91, EDVuR 1992/1, 91 = EvBl 1992/58 = JBl 1992, 599 = ÖBA 1992, 829 *(Jabornegg)* = ÖBl 1992, 21 = SZ 65/23.
52) Damals §§ 3, 18 DSG 1978.
53) Damals normiert in § 23 KWG 1979.
54) Damals nach dem DSG 1978.
55) Hier: Provisionsinteresse.
56) OGH 27. 1. 1999, 7 Ob 170/98w, ARD 5023/25/99 = ecolex 1999/182 = JUS Z/2765/2766/2767 = KRES 1d/42 = RdW 1999 458 = SZ 72/12.

handels-AG in einem Vertragsverhältnis nach Maßgabe dieser AGB und ihrer künftigen Änderungen und Ergänzungen" verstieß nach Ansicht des OGH gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil sie nicht erkennen lässt, ob es sich bei den Änderungen und Ergänzungen des Kundenprogramms bloß um solche geringfügiger bzw sachlich gerechtfertigter Natur handelt, die dem Verbraucher zumutbar wären. Das Höchstgericht gelangte ferner zur Auffassung, dass eine unauffällige, im vorgedruckten Text eines Folders vorhandene Zustimmungserklärung des Kunden nicht § 18 Abs 1 DSG 1978 entsprach.

§ 6 Abs 3 KSchG fände als speziellere Norm nicht seine Anwendungsgrenze im § 18 DSG 1978. Darüber hinaus war für den Kunden die Bezeichnung „BML-Konzern" nicht verständlich. Denn die Zusammensetzung eines internationalen Konzerns, insb seiner Tochterunternehmen, könnte sich laufend ändern, was für den Kunden jedenfalls nicht durchschaubar wäre. Die genannte Klausel widersprach demnach dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Kundendatenüberlassungen sind demzufolge einschließlich ihrer EDV-unterstützten Bearbeitung und Weitergabe im Konzern immer dann unzulässig, wenn für den Kunden nicht deutlich erkennbar ist, an wen seine mittels Kundenkarte erhobenen Daten weitergeleitet werden.[57)]

3. „In alle Welt"[58)]

Bei nahezu ähnlichem Sachverhalt wie im *Friends of Merkur*-Fall entschied das Höchstgericht aufgrund eines Abmahnungsverfahrens nach § 28 Abs 2 KSchG, dass Klauseln in AGB zur Übermittlung der Kundendaten „in alle Welt" ohne zeitliche Beschränkung und ohne entsprechende Belehrung über ein Untersagungsrecht datenschutz- und lauterkeitsrechtlich völlig unzulässig sind.

4. Lohnbuchhalterverein[59)]

Bemerkenswert ist schließlich, dass der OGH in einem Strafurteil (!) ausgesprochen hat, dass die Benützung von Buchhaltungsdaten durch einen Verein, der für seine Mitglieder die Lohnverrechnung besorgt, zugunsten des Versicherungssektors eine Datenverwendung für einen anderen Aufgabenbereich ist.[60)]

Die Eignung, ein berechtigtes Interesse des Betroffenen zu verletzen, muss sich auf solche Interessen erstrecken, die ihrerseits über das begriffsnotwendige in jedem Fall schon durch die widerrechtliche Daten-Offenbarung verletzte reine Geheimhaltungsinteresse (als Selbstzweck) hinausgehen, wobei der Träger des verletzten Geheimhaltungsinteresses mit jenem, dessen berechtigte Interessen anderer Art durch den Geheimnisbruch potenziell gefährden werden, ident sein muss. Das Bekanntwerden kommerzieller Daten eines Unternehmens im Wirtschaftsleben (hier: Anzahl der Mitarbeiter, Höhe ihrer Entlohnung, Dauer der Unternehmenszugehörigkeit) ist geeignet, unter verschiedenen Aspekten nachteilige Auswirkungen auf den Betrieb des Unternehmens nach sich zu ziehen und solcher Art jedenfalls dessen – in der Rechtsgemeinschaft als achtenswert ausgewiesene mit bestimmter Ausprägung durch §§ 122 bis 124 StGB speziell geschützte – Geschäftsinteressen zu verletzen.

c) DSG und § 1 UWG

Wendet man die in der OGH-Rsp zu § 1 UWG entwickelten Grundsätze auf die oben (Abschn C) dargestellten Regelungen des DSG an, so zeigt sich Folgendes:

Die Vorschriften des DSG betreffend die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Datenverwendung und Datenübermittlung (§ 7 DSG) und die Bestimmungen über die Registrierungspflicht (§ 17 DSG) verfolgen vor allem zwei Ziele: Sie wollen einerseits den Verbraucher (in der Terminologie des DSG den „Betroffenen") schützen, anderseits aber auch gleiche Voraussetzungen für alle Marktteilnehmer schaffen; dies nicht nur in Österreich, sondern im Zusammenwirken mit den Datenschutzregeln der anderen EU-Mitgliedstaaten in ganz Europa. Damit ist das **Datenschutzrecht** als solches **grundsätzlich objektiv geeignet**, als Grundlage **für** einen **wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch** zu dienen.

Im konkreten Einzelfall ist dann jeweils weiter zu untersuchen, ob der Gesetzesverstoß

- ➜ zum einen subjektiv vorwerfbar
- ➜ und zum anderen geeignet ist, dem Verletzer einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen.

Für die **subjektive Vorwerfbarkeit** ist maßgebend, ob die Auffassung des Beklagten über die Auslegung der angeblich verletzten Norm durch das Gesetz so weit gedeckt ist, dass sie mit gutem Grund vertreten werden kann. Hier wird es sehr von der konkreten Fallkonstellation abhängen. Bei der Übermittlung von sensiblen Daten ohne Zustimmung etwa wird die subjektive Vorwerfbarkeit immer vorliegen, wenn die Übermittlung nicht durch einen der Ausnahmetatbestände des § 9 DSG gedeckt ist. Schwieriger wird die Beurteilung va dann sein, wenn sich der Auftraggeber bei der Beurteilung der Zulässigkeit auf eine für ihn positive Interessenabwägung nach § 8 Abs 3 Z 4 DSG beruft, weil es hier auf eine Wertung der Argumente pro und contra ankommt. Die subjektive Vorwerfbarkeit der Verletzung von Registrierungs- und Offenlegungspflichten wiederum wird recht klar feststellbar sein.

Auch die Frage, ob ein **sachlich nicht gerechtfertigter Vorsprung** vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft wird, kann letztlich nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden, weil von einem Vorsprung in diesem Sinn nur gesprochen werden kann, wenn das gesetzwidrige Handeln geeignet ist, eine nicht unerhebliche Nachfrageverlagerung zu bewirken.

Die oben angeführten Beispiele (va Bausparwerbung) zeigen deutlich, dass datenschutzrechtlich unzulässige Datenübermittlungen (also ein Verstoß gegen §§ 7, 8 und 9 DSG) sehr wohl geeignet sind, einen der-

57) Zu den Voraussetzungen der Zustimmung nach § 4 Z 14 DSG 200 bereits OGH 22. 3. 2001, 4 Ob 28/01y – *Kontoführungsentgelte*, ecolex 2001/147, 438m Anm *Rabl* = ÖBA 2001/977 *(Koziol)* = RdW 2001, 531.

58) OGH 27. 1. 1999,7 Ob 326/98m, ecolex 1999/183 = KRES 1h/24 = RdW 1999, 457.

59) OGH 5. 4. 1991, 16 Os 6/91, EDVuR 1991/2 168 = EvBl 1991/157 = RZ 1991/59 = SSt 61/51.

60) ISd § 3 Z 9 DSG 1978.

artigen Vorsprung herzustellen. Soweit die in Abschnitt B dargestellten Methoden des „Data Mining" gegen die Zulässigkeitsbestimmungen des DSG verstoßen, können sie je nach Lage des Einzelfalls durchaus auch als sittenwidrig iSd § 1 UWG qualifiziert werden. Bei Verletzung von Registrierungs- und Offenlegungspflichten wird es sehr auf die tatsächlichen Auswirkungen der konkreten Fallsituation ankommen.

Neben den hier beispielhaft angeführten Regelungen des DSG können auch noch weitere, wie zB eine Nichtbeachtung der Datensicherheitsmaßnahmen nach § 14 DSG, als Grundlage einer wettbewerbsrechtlichen Klage in Betracht kommen. Auch hier müssen dann im Einzelfall ähnliche Überlegungen angestellt werden.[61)]

3. Datenschutzverstöße und § 2 UWG

Die „kleine Generalklausel" des § 2 UWG verbietet es, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes irreführende Angaben zu machen. Ein Rechtsverstoß, der im Zusammenhang mit einem angebotenen Produkt oder einer Dienstleistung steht, wird eine solche Irreführung nur in Ausnahmefällen bewirken.[62)] Regelmäßig wird der Anbieter keine Angaben über die datenschutzrechtlichen Fragen machen. Es ginge zu weit, anzunehmen, das bloße Angebot einer Ware enthalte die stillschweigende Aussage, wonach keine (Daten-)Rechtsverstöße im Zusammenhang mit dieser Ware begangen worden seien. **Fehlende oder unvollständige Datenschutzangaben** begründen idR **keine Irreführung** nach § 2 UWG. Das Verbot nach § 2 UWG richtet sich nur gegen irreführende, nicht aber gegen lediglich unvollständige Angaben. Nicht irreführend ist zB der schlagwortartige Gebrauch der Firma ohne Angabe der Rechtsform in der Werbung, es sei denn, dass besondere Umstände eine Irreführung begründen.[63)] Derartige Umstände können allerdings in der bewussten Täuschung über den Anbieter liegen, um eine Verbesserung der eigenen Wettbewerbsposition zu erreichen. Der Unternehmer gibt nämlich durch die Verwendung einer datenschutzrechtlich zu beanstandenden (Einkaufs-)Klausel zu erkennen, diese für rechtens zu erachten. Es kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass die jeweils in Betracht kommende Bestimmung des DSG dem angesprochenen Publikum zum Großteil bekannt ist. Schon deshalb ist zu befürchten, dass jene Kunden, die aufgrund der beanstandeten Ankündigung die Waren des Unternehmers beziehen, von den ihnen nach dem DSG eingeräumten Rechten keinen Gebrauch machen werden. Dadurch hätte aber die Irreführung des Unternehmers gerade jenen wirtschaftlichen Erfolg zugunsten seines Warenabsatzes bewirkt, den § 2 UWG verhindern will.[64)]

Bedeutung könnte § 2 UWG aber zB für ein irreführendes Datenschutzaudit gewinnen: eine unberechtigte Werbung mit einer Auditierung, die tatsächlich gar nicht erfolgt ist, würde gegen § 2 UWG verstoßen und könnte mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts bekämpft werden. Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 14 iVm § 2 UWG kommt zB auch dann in Betracht, wenn die **Identität des Diensteanbieters entgegen § 5 ECG** gezielt **verschleiert** wird, um den Nutzer oder potenziellen Kunden über die Identität des Anbieters zu täuschen oder im Unklaren zu lassen. Bereits im bewussten Verschleiern liegt die Irreführung iSd § 2 UWG, sodass es eines Rückgriffs auf § 5 ECG iVm § 1 UWG nicht bedarf.[65)]

E. Zusammenfassung

Die Verfolgung von Datenschutzverstößen als sittenwidrige Handlungen im Rahmen des § 1 UWG hat durchaus einen Anwendungsbereich, wie schon die Rsp zum DSG 1978 gezeigt hat. Wettbewerbskonform ist nach nunmehr stRsp eine Wettbewerbshandlung, wenn sie Sinn und Zweck des Wettbewerbs entspricht, wettbewerbswidrig, wenn sie diesem widerspricht. Das Sittenwidrigkeitsurteil iSd § 1 UWG orientiert sich damit entscheidend an den Funktionsbedingungen des Leistungswettbewerbs. Dabei sind die Unternehmer-, Verbraucher- und auch Allgemeininteressen gleichermaßen zu berücksichtigen. Ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen ist daher nach der hier vertretenen Auffassung nur dann sittenwidrig iSd § 1 UWG, wenn sich der Handelnde schuldhaft über die ihn bindende Norm hinwegsetzt, um einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. Wenn die Auffassung des Beklagten über den Umfang seiner Befugnisse durch die anwendbare datenschutzrechtliche Norm so weit gedeckt ist, dass sie mit gutem Grund vertreten werden kann, liegt kein Verstoß gegen § 1 UWG vor. Diese Prüfung bleibt dem Einzelfall, dh letztlich den Gerichten, überlassen.

61) Vgl auch OLG Köln, U 10. 11. 2000, 6 U 105/00 – *Inverse Telefonnummernsuche*, CR 2001, 454.
62) Vgl *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht[22] § 1 UWG Rz 646.
63) Vgl *Baumbach/Hefermehl*, aaO § 3 UWG Rz 49g; vgl auch OLG Frankfurt, 13. 12. 2000, 13 U 204/98 – *Claritas Haushaltsbefragung*, CR 2001, 294 *(Leopold)* mwN.
64) Vgl mit ähnlichen Überlegungen zu den Schutznormen des KSchG bereits OGH 23. 5. 2000, 4 Ob 141/00i – *10 Wochen N*, ÖBl 2001, 85 = RdW 2000/593, 608 mH auf Vorjudikatur.
65) Jüngst zur Problematik OGH 18. 11. 2003, 4 Ob 219/03i – *pornotreff.at*, abrufbar unter http://www.eurolawyer.at; *Simon,* Ist ein Verstoß gegen die Informationspflichten des § 5 ECG UWG-widrig? RdW 2004, 135.

➜ In Kürze

Datenschutzverstöße sind objektiv geeignet, dem Verletzer einen unlauteren Rechtsvorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Ob sie auch subjektiv vorwerfbar sind, bleibt der Einzelfallbeurteilung nach § 1 UWG überlassen.

➜ Zum Thema

Über die Autoren:
Ao. Univ. Prof. Dr. Dietmar Jahnel, Fachbereich Öffentliches Recht, Universität Salzburg, E-Mail: Dietmar.Jahnel@sbg.ac.at; RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Rechtsanwalt in Salzburg, E-Mail: Anwalt.Thiele@eurolawyer.at.
Von denselben Autoren erschienen:
Beiträge in IT-LAW.AT (Hrsg), e-Mail. Elektronische Post im Recht (2003).

Literatur:
Knyrim, Datenschutzrecht (2003); *Jahnel*, Datenschutzrecht, in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hrsg), Informatikrecht[2] (2002); *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht[3] (1999); *Fitz/Gamerith*, Wettbewerbsrecht[4] (2004).
Links:
www.eurolawyer.at