

# D O R D A

## Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzung von DSGVO-Verstößen

Forum Wettbewerbsrecht 28.11.2022

---



# Nino Tlapak

nino.tlapak@dorda.at

- Partner bei DORDA und Co-Head des Datenschutzteams
- Schwerpunkte: Datenschutz, Cybersecurity, IT-Verträge mit Schwerpunkt auf Outsourcing und Cloud-Verträge
- PrivacyConnect Co-Chair Vienna
- Vortragender an der Universität Wien, FH Technikum Wien und FH Campus Wien sowie der Donau Universität Krems
- Vortragender bei einschlägigen Konferenzen und Tagungen (IT Rechtstag; ITechLaw; Privacy Symposium etc)
- Mitglied der Interessensgemeinschaften "www.it-law.at" und "Privacyofficers.at"



# Andreas Seling

andreas.seling@dorda.at

- Counsel bei DORDA
- Schwerpunkte: Wettbewerbsrecht (UWG), IP, Social Media
- Vortragender an der Universität Wien, FH Technikum Wien, Campus 02 Graz
- Vortragender bei einschlägigen Konferenzen und Tagungen (IT Rechtstag; IP Day; etc)
- Mitglied des INTA Unfair Competition Committee

# Agenda

- Datenschutzrechtliche Verpflichtungen und Sanktionen
- Judikaturentwicklung in Ö
- Klarstellungen durch den EuGH
- Neue Abmahnwelle? → Korrektiv durch einen differenzierten Ansatz bei der Spürbarkeit

# Regimewechsel

- Bislang: untergeordnete Rolle für Schnittstelle Datenschutz- und Wettbewerbsrecht
- Regimewechsel mit DSGVO
- keine Vorab-Prüfungen mehr durch die Datenschutzbehörde
- stattdessen: umfangreiche Dokumentationspflichten
  - Kostenintensiv
- erhöhte Sensibilisierung der Betroffenen
  - deutliche Zunahme von Beschwerden und Klagen
- ➔ größeres Interesse der Mitbewerber bzw klagsbefugter Verbände

# Datenschutzrechtliche Verpflichtungen

- Rechtsgrundlage für die Verarbeitung (Art 6 und 9 DSGVO)
- Dokumentationspflichten:
  - Verarbeitungsverzeichnis (Art 30 DSGVO)
  - Datenschutz-Folgenabschätzungen (Art 35 DSGVO)
  - Einwilligungserklärungen (Art 7 DSGVO)
  - Auftragsverarbeiter- und Joint Controller Verträge (Art 26 und 28 DSGVO)
  - Datentransfers in Drittstaaten (Art 44 ff DSGVO)
    - Transfer Impact Assessment (nach EuGH und EDSA)
- Informationspflichten:
  - Datenschutzerklärungen (Art 13 f DSGVO)
  - Data Breach Notification (Art 33 f DSGVO)

# Datenschutzrechtliche Verpflichtungen

- Wahrung der Betroffenenrechte (Art 15 ff DSGVO)
  - technische und organisatorische Maßnahmen (TOMs)
    - Datensicherheitsmaßnahmen (Art 32 DSGVO)
    - Data Protection by design and by default (Art 25 DSGVO)
  - sonstige Pflichten
    - Bestellung eines Datenschutzbeauftragten (Art 37 ff DSGVO)
    - Umsetzung von Richtlinien, Löschkonzept, Trainings etc
- ➔ Datenschutz als Kostenfaktor für Unternehmen

# Sanktionen

- **Verwaltungsstrafen (Art 83 DSGVO)**
  - bis zu 20 Mio € oder bis zu 4 % des weltweit erzielten Konzernjahresumsatzes
  - Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht (§ 63 DSG)
- **Zivilrechtliche Klagen (Art 79 DSGVO)**
  - Schadenersatz, auch für immaterielle Schäden (Art 82 DSGVO)
- **Öffnungsklausel in Art 80 Abs 2 DSGVO**
  - Klagerecht einer Einrichtung, Organisation oder Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht unabhängig von einem Auftrag der betroffenen Person bei DSGVO-Verstößen
  - in Ö nicht (in dieser Form) umgesetzt

# Geltendmachung durch Mitbewerber/Verbände

- Rechtstreue Mitbewerber: Kosten- und Wettbewerbsnachteile
  - in der Praxis vor allem nach verlorenen datenschutzrechtlichen Verfahren, zB Strafe wegen DSGVO-Verstößen
- Fallgruppe Rechtsbruch nach § 1 UWG
  - Verstoß gegen generelle Norm: DSGVO, DSG, TKG
  - Unvertretbarkeit der Rechtsauffassung
  - Spürbarkeit
- Bislang uneinheitliche Beurteilung, ob Datenschutzverstöße von Mitbewerbern und Verbänden aufgegriffen werden können

# Judikatur vor DSGVO

- 4 Ob 114/91
  - Kl: Verband
  - SV: Übermittlung von Kundendaten im Volksbankensektor für die Anwerbung von neuen Bausparkunden
    - die Übermittlung war datenschutzwidrig
  - Verstöße gegen das Datenschutzrecht bilden Rechtsbruch nach § 1 UWG, sofern rechtswidrige Erweiterung des Kundenkreises
    - hier gegeben, da datenschutzwidrige Verwendung von Kundendaten für das Angebot weiterer Leistungen
    - Geeignet, Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen → Spürbarkeit bejaht

# Judikatur vor DSGVO

- 4 Ob 192/05x
  - Kl: Bundesarbeiterkammer
  - SV: Verwendung von Daten von Adressbrokern zur Telefonwerbung; keine Zustimmung der betroffenen Personen in Bezug auf bekl Unternehmen
  - Unerbetene Telefonwerbung ohne vorangehende Einwilligung der Betroffenen: Verstoß gegen § 101 TKG 1997 (nunmehr § 174 TKG 2021)
  - "*§ 101 (§ 107) TKG dient dem Schutz der Privatsphäre des Angerufenen*"
  - Verhalten ist sittenwidriges Anreißer und damit ein unmittelbarer Verstoß gegen § 1 UWG (kein Rechtsbruch)
  - Spürbarkeit bejaht
    - Bekl erspart sich nicht nur zusätzliche Aufwendungen, sondern erreicht von vorherein einen größeren Personenkreis

# Judikatur vor DSGVO

- 4 Ob 59/14a – *Dienst der Informationsgesellschaft*
  - Kl: Reiseveranstalter
  - SV: Reisebüro unterließ die Meldung der Verarbeitung von Kundendaten bei der (damaligen) Datenschutzkommission
  - OGH erkennt Verstoß gegen Meldevorschriften des DSG mangels aktiver Meldung
  - Allerdings: keine Spürbarkeit des Rechtsverstoßes
    - Gesetzesverletzung nicht geeignet, der Bekl eine Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen
  - Unterlassungsbegehren zu diesem Punkt abgewiesen

## 4 Ob 84/19k – *Psychotherapeutenliste*

- KI: Interessensvertretung der österr Psychotherapeuten
- SV: Übernahme der vom BMASGK veröffentlichten Psychotherapeutenliste für ein eigenes Online-Verzeichnis mit kostenpflichtigen Zusatzangeboten für die Psychotherapeuten
- Erst- und Berufungsgericht verneinen Vorliegen einer rechtswidrigen Datenverarbeitung
- OGH: KI Verband fehlt die Aktivlegitimation
  - Recht auf Datenschutz ist ein Persönlichkeitsrecht/persönlich geltend zu machendes Ausschließlichkeitsrecht
  - Verstöße ziehen keine amtswegige Ahndung nach sich
  - keine schützenswerte Belange der Allgemeinheit betroffen
  - vergleichbar mit Urheberrecht, Eigentumsrecht oder bloßer Rechtsbesitz
- Frage der Sperrwirkung der DSGVO wurde ausdrücklich offengelassen

# Kritik in der Literatur an 4 Ob 84/19k

- Datenschutzverletzungen können erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben
- sehr wohl schützenswerte Belange der Allgemeinheit:
  - zB Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, Gewährleistung des freien Datenverkehrs in der EU sowie Vertrauensbasis für die digitale Wirtschaft (vgl insb ErwG 2, 3, 7, 9 und 10 DSGVO)
- amtswegige Ahndung durch die DSB (vgl insb Art 58 und 83 DSGVO)
- Wertungswidersprüche zu unzulässiger Telefonwerbung (§ 174 TKG 2021)
  - In 4 Ob 192/05x Vorgängerbestimmung explizit als Schutz der Privatsphäre qualifiziert (→ Persönlichkeitsrecht)

# EuGH C-319/20 – DSGVO

- SV: Klage einer deutschen Verbraucherorganisation gegen Facebook (Meta) wegen Verstößen gegen die DSGVO
- Vorlage durch BGH (I ZR 186/17):
  - Steht die DSGVO nationalen Regelungen entgegen, die Mitbewerbern und Verbänden die Befugnis einräumen, wegen Verstößen gegen die DSGVO ohne Auftrag einer betroffenen Person gegen den Verletzer unter den Gesichtspunkten des Verbots der Vornahme unlauterer Geschäftspraktiken oder des Verstoßes gegen ein Verbraucherschutzgesetz oder des Verbots der Verwendung unwirksamer AGB vorzugehen?
  - Nahezu idente Vorlage durch den OGH (6 Ob 77/20x)
    - Zweifel an geäußerte Rechtsansicht in 4 Ob 84/19k?

# EuGH C-319/20 – DSGVO

- Fokus auf Art 80 Abs 2 DSGVO
- Öffnungsklausel → gewährt Ermessensspielraum
  - keine strenge Auslegung geboten
  - richtet sich somit nach nat Recht (Ermächtigung ja/nein)
- kein Erfordernis einer konkreten betroffenen Person, somit
  - kein Auftrag erforderlich
  - keine Einzelfallprüfung, ob Rechte bestimmter Personen verletzt
- Geltendmachung einer Verletzung gegen DSGVO, die Rechte Einzelner schützt
- Klagsbefugnis von Verbraucherverbänden grds bejaht
- Erneute Vorlage des BGH (I ZR 186/17) zu Informationspflichten (Art 12 und 13 DSGVO)

# EuGH C-319/20 – Verhältnis zu anderen Normen

- Verstoß gegen die DSGVO kann auch ein Verstoß gegen andere Normen sein
  - Verbraucherrecht
  - Lauterkeitsrecht
  - Keine Aussage zu Mitbewerbern
    - ➔ Argumentation einer Sperrwirkung DSGVO nicht überzeugend
- Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen sind möglich
- Umsetzung von Art 80 Abs 2 DSGVO durch § 14 Abs 1 UWG (BAK, ÖGB, BWB, VKI)?
  - Unklar, Umsetzungswille des Gesetzgebers ist nicht erforderlich

# Judikaturwende?

- 4 Ob 95/21f – *vertretbare Direktwerbung*: implizite Kritik an 4 Ob 84/19k
  - SV: Versendung von Newslettern an Kundenstock nach Erwerb aus Insolvenzmasse
  - Vertretbare Gesetzesauslegung (§ 107 Abs 3 TKG 2003; nunmehr § 174 Abs 3 TKG 2021)
  - Ausdrückliches Offenlassen der Frage der Aktivlegitimation

## Geklärt

- Keine Sperrwirkung der DSGVO

## Offen

- Umsetzung Art 80 Abs 2 DSGVO in Österreich?
- DSGVO-Verstoß nur vom Betroffenen selbst geltend zu machen?
  - uE: EuGH-E spricht dagegen

# Droht eine neue Abmahnwelle?

- Korrektive in der Praxis:
    - Unvertretbarkeit der Rechtsauffassung
      - DSGVO: wenige oder uneinheitliche Judikatur und Behördenpraxis
    - Spürbarkeit
      - bei einzelnen DSGVO Verstößen fraglich, zB mangelhafte Beantwortung von Betroffenenanfragen
- ➔ Differenzierterer Ansatz bei der Spürbarkeit von DSGVO-Verstößen

# Spürbarkeit – unzulässige Werbemaßnahmen

- Personalisierte Marketingmaßnahmen ohne datenschutzrechtliche Rechtgrundlage
- Nichteinholung einer Einwilligungserklärung für:
  - Versendung von Werbung per E-Mail
  - Ausspielen personalisierter Onlinewerbung über Cookies
- uE wettbewerbsrechtlich aufgreifbar
- unzulässige Vergrößerung des angesprochenen Betroffenenkreises begründet Spürbarkeit
- Gleiche Beurteilung bei nicht wirksamer Einwilligung

# Spürbarkeit – Kostenersparnis

- keine Spürbarkeit bei geringfügiger Kostenersparnis
  - zB Fehlen einzelner Auftragsverarbeitervereinbarungen oder punktuell unvollständige Datenschutzinformationen
- erhebliche Kostenersparnis: Einsatz ersparter Aufwendungen zur Nachfrageverlagerung denkbar
  - Spürbarkeit im Einzelfall zu prüfen
  - uE zu bejahen bei vollständiges Fehlen der notwendigen Dokumente, Unterlassen der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten

# Spürbarkeit – Einzelfallbetrachtung

- Beantwortung von Betroffenenanfragen
  - falsche oder zu späte Beantwortung einzelner Anfragen → uE nicht aufgreifbar (keine Beeinflussung des Marktes)
  - systematisches Ignorieren von Anfragen → kann zu erheblicher Kostenersparnis führen
- fehlerhaftes Verarbeitungsverzeichnis: idR wettbewerbsrechtlich nicht relevant, da nur internes Dokument
- Unterlassung einer Datenschutz-Folgeabschätzung
  - kann zu erheblicher Kostenersparnis führen, da auch Folgemaßnahmen berücksichtigt werden müssen

# Spürbarkeit – Einzelfallbetrachtung

- Data Breach Notification (Behörde)
  - einzelne unterlassene Meldung eines unwesentlichen Data Breaches → uE nicht aufgreifbar, da kaum Kostenersparnis und geringes Risiko
  - Vielzahl an kleineren Data Breaches oder ein signifikanter Breach → Spürbarkeit uE wohl gegeben
- unterlassene Data Breach Notification (Betroffene): Eignung zur Nachfrageverlagerung
- Datensicherheitsmaßnahmen:
  - tlw mangelhafte Maßnahmen sind uE nicht relevant
  - signifikantes Unterlassen der gebotenen Maßnahmen führt zu einer erheblichen Kostenersparnis

# Spürbarkeit – Einzelfallbetrachtung

- Internationaler Datentransfer:
  - großteils erhebliche Kosten seit *Schrems-II* (EuGH C-311/18)
    - Transfer Impact Assessment
    - Supplementary Measures
  - tlw gar nicht zulässig (*Google-Analytics*)
  - Spürbarkeit bei entsprechend hohem Aufwand idR gegeben

# Fazit

- komplexes Zusammenspiel aus Datenschutz- und Wettbewerbsrecht
- Judikatur im Wandel
- Einzelfallbewertung notwendig – Abmahnwelle daher unwahrscheinlich
- Klarstellungen durch OGH für die Praxis benötigt

# Ansprechpartner

**Mag Nino Tlapak, LL.M.**

T: +43 1 533 47 95 - 23

E: [nino.tlapak@dorda.at](mailto:nino.tlapak@dorda.at)



**Dr Andreas Seling, M.B.L.**

T: +43 1 533 47 95 - 23

E: [andreas.seling@dorda.at](mailto:andreas.seling@dorda.at)



# D O R D A



**TOP Tier Firm**  
Legal500 2022



**Top Ranked**  
Chambers Europe 2022



**IP Stars**  
Managing IP Awards 2022



**Austrian Law Firm of the Year**  
IFLR Europe Awards 2021