

Das neue Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (FWBG)

BEITRAG. Der österr Gesetzgeber hat die UTP-RL in einer Nov zum Nahversorgungsgesetz (nunmehr: „Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz“) umgesetzt. Dabei wurde in einigen Bereichen über die Mindestvorgaben der RL hinausgegangen und es wurde eine neue Anlaufstelle für Beschwerden eingeführt. Der Beitrag gibt einen systematischen Überblick über die Nov. **ecolex 2022/152**



Dr. **Daniel Larcher** ist Rechtsanwalt in Wien. Er ist spezialisiert auf Life Sciences, Vertriebsrecht und Produkthaftung. Mag. **Lukas Beiglböck** ist juristischer Mitarbeiter bei Baker McKenzie und Doktorand an der Universität Wien.

A. Schutzrichtung und Umsetzung

Im umkämpften Lebensmittelhandel besteht vielfach ein erhebliches Ungleichgewicht in Bezug auf die Verhandlungsmacht von Lieferanten (kleinere Marktteilnehmer wie Landwirte oder Zwischenhändler) und Käufern von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen (AuLE).

Die Erschließung von alternativen Absatzwegen ist für die Lieferanten aufgrund der raschen Verderblichkeit vieler Erzeugnisse oft schwierig. Vor diesem Hintergrund wurde mit der UTP-RL¹⁾ ein unionsweiter Mindeststandard zur Stärkung der Verhandlungsposition der Lieferanten und zum Schutz vor unlauteren Handelspraktiken (HP) eingeführt, die negative Auswirkungen auf den Lebensstandard der landwirtschaftlichen Wirtschaftstreibenden haben können.²⁾

2021 wurde eine Nov zum BG zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen³⁾ mit dem Kurztitel „Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz – FWBG“ erlassen.⁴⁾ Damit wurde die UTP-RL – mit erheblicher Verzögerung – in das nationale Recht umgesetzt. Die RL ist mindestharmonisierend, dh sie schließt strengere nationale Vorschriften nicht aus.⁵⁾ Die Umsetzung der RL wurde im FWBG systematisch durch Hinzufügung eines zweiten und dritten Abschnitts vom bisherigen materiellen Gesetzesbestand (Abschnitt 1), der unberührt bleibt, weitestgehend getrennt.⁶⁾

1. Anwendungsbereich

Vom sachlichen Anwendungsbereich der Neuregelungen sind umfassend AuLE erfasst; dies sind Erzeugnisse, welche in Anh I des AEUV⁷⁾ enthalten sind, sowie Erzeugnisse, die aus dort aufgeführten Erzeugnissen zur Verwendung als Lebensmittel verarbeitet wurden.⁸⁾ Beispiele sind Fisch, Fleisch, Milch- und Milcherzeugnisse, Gemüse, Obst, Getreide, Kaffee, Tee, aber auch Tiefkühlpizzen, da diese aus Anh I-Erzeugnissen verarbeitet werden. Die Mat stellen klar, dass Trinkwasser nicht erfasst ist;⁹⁾ sonstige vom Lebensmittelrecht umfasste Produkte, wie Nahrungsergänzungsmittel, können wohl in den Anwendungsbereich fallen, abhängig vom Erzeugnis und dessen Verarbeitung.

Der personelle Anwendungsbereich umfasst auf Käuferseite alle natürlichen und juristischen Personen (ausgenommen Verbraucher) und Behörden, sofern diese AuLE erwerben; auf Verkäuferseite ebenfalls Personen bzw landwirtschaftliche Erzeuger, sofern diese AuLE verkaufen.¹⁰⁾ Damit sind nicht nur

Agrar- und Lebensmittelhersteller selbst, sondern etwa auch Zwischenhändler erfasst.

Wirtschaftliches Anwendungserfordernis ist das Verhältnis des Jahresumsatzes des Lieferanten zum Jahresumsatz des Käufers in Form eines gesetzlich abgestuften Umsatzschwellsystems.¹¹⁾ Das FWBG ergänzt die RL-Vorgaben um eine sechste Schwelle, nämlich Verkäufe durch Lieferanten mit einem Jahresumsatz von mehr als 350 Mio Euro und höchstens 1 Mrd Euro an Käufer mit einem Jahresumsatz von mehr als 5 Mrd Euro.¹²⁾

Der territoriale Anwendungsbereich gilt für Verkäufe, bei denen entweder der Lieferant oder der Käufer oder beide Wirtschaftsakteure in der EU (nicht: Europäischer Wirtschaftsraum) niedergelassen sind.¹³⁾ Hiermit wird das Ausweichen auf Lieferanten außerhalb der EU verhindert; umgekehrt gilt das Gesetz auch bei Käufern aus Drittstaaten und EU-Lieferanten. Bei internationalen Sachverhalten wird sich die Beschwerde auf eine vertragliche Lieferung bei einer bestimmten EU-Niederlassung beziehen müssen.¹⁴⁾ Das anzuwendende Recht richtet sich idR nach dem Markort iSd Art 6 Abs 1 Rom II-VO,¹⁵⁾ nach dem auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten das Recht des Staats anzuwenden ist, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden.

¹⁾ RL 2019/633/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 17. 4. 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, ABl L 2019/111, 59.

²⁾ Vgl zum Hintergrund und zur Entstehungsgeschichte des FWBG *Ummenberger-Zierler/Anweiler*, Faire Lieferbeziehungen im Lebensmittelsektor, ÖBl 2022, 4.

³⁾ StF BGBl 1977/392.

⁴⁾ BGBl I 2021/239.

⁵⁾ Art 9 Abs 1 sowie Art 1 Abs 1 UTP-RL.

⁶⁾ § 5a Abs 1 (§§ ohne ausdrückliche Norm beziehen sich auf das FWBG).

⁷⁾ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

⁸⁾ § 5b Z 1.

⁹⁾ ErläutRV 1167 BlgNR 27. GP 3.

¹⁰⁾ § 5b Z 2 und Z 3.

¹¹⁾ Vgl § 5a Abs 2.

¹²⁾ § 5a Abs 2 Z 6; vgl Abs 4 für Käuferbehörden und sonstige Stellen.

¹³⁾ § 5a Abs 3.

¹⁴⁾ ErläutRV 1167 BlgNR 27. GP 2.

¹⁵⁾ Rom II-VO (EG) 864/2007, ABl L 2007/199, 40.

2. Rechtliche Einordnung

Die kompetenzrechtliche Grundlage des FWBG gründet sich auf Art 10 Abs 1 Z 6 (Zivilrechtswesen) und Z 8 (Kartellrecht, Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie, Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs) B-VG. Es handelt sich um eine unternehmensbezogene Gesetzesmaterie (B2B). Das FWBG gehört zur Familie des Wettbewerbsrechts iW, die Art 6 Rom II-VO unterfällt. Die Regelungen des FWBG sind übergeordnete zwingende Bestimmungen und können daher nicht vertraglich ausgeschlossen werden.¹⁶⁾ Es finden sich Wertungen und Verfahrensvorschriften aus den Bereichen des Lauterkeits- und Kartellrechts, die als Anknüpfungspunkte dienen, aber ausdrücklich unberührt bleiben.¹⁷⁾ Das FWBG ist eine eigenständige Sonderwettbewerbsmaterie für den Lebensmittel- und Agrarbereich; es hat damit einen stärkeren wettbewerbsrechtlichen Einschlag als etwa die werbe- und sicherheitsrechtlichen Bestimmungen des allgemeinen Lebensmittelrechts.

B. Schwarze Liste

Unlautere HP werden in § 5 c Abs 1 iVm Anh I und II normiert. Die UTP-RL sieht neun „absolut“ verbotene HP vor,¹⁸⁾ welche im FWBG nahezu wortgleich umgesetzt werden: Enthält ein Vertrag eine in Anh I angeführte HP, so sind diese Klauseln nach FWBG absolut nichtig.¹⁹⁾ Jedermann kann sich auf die Nichtigkeit berufen, ohne dass es einer besonderen Anfechtung bedarf.²⁰⁾ Die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen des Vertrags wird durch die Nichtigkeit nicht berührt.

Die in Anh I angeführten HP, die unter allen Umständen verboten sind, sind von der rechtstechnischen Konzeption vergleichbar mit der schwarzen Liste von Per-se-Verboten im Lauterkeitsrecht. Die Schwarze Liste des FWBG nennt vereinfacht folgende absolut verbotene HP:

- ▶ Verspätete Zahlungen und Zahlungsfristen – verderbliche AuLE: 30 Tage; sonst 60 Tage (Z 1),
- ▶ kurzfristige Stornierungen verderblicher AuLE (Z 2),
- ▶ einseitige Vertragsänderungen (Z 3),
- ▶ einseitige Zahlungsverlangen außerhalb AuLE (Z 4),
- ▶ Überwälzung Verlust- und Verschlechterungsrisiko (Z 5),
- ▶ Verweigerung schriftlicher Bestätigung der Bedingungen einer Liefervereinbarung (Z 6),
- ▶ rechtswidriges Erwerben, Nutzen oder Offenlegen von Geschäftsgeheimnissen (Z 7),
- ▶ Androhung oder Geltendmachung von Vergeltungsmaßnahmen (Z 8),
- ▶ Entschädigung für Bearbeitungskosten von Kundenbeschwerden (Z 9).

Es bestehen geringfügige Abweichungen von der RL: So bei Z 5, die von „Fahrlässigkeit oder Vorsatz“, wohingegen die RL von „Fahrlässigkeit oder Verschulden“ spricht,²¹⁾ diese Abänderung ist sinnvoll, da Fahrlässigkeit eine Form des Verschuldens ist und nun auch der höchste Verschuldensgrad genannt wird. Eine weitere Abweichung findet sich bei Z 9, die präziser von „*obwohl weder fahrlässiges noch vorsätzliches Handeln*“ spricht, die RL hingegen von „*weder fahrlässig noch vorsätzlich ein Verschulden (...) vorliegt*“.²²⁾

Die kurz bemessenen Zahlungsfristen von bloß 30 Tagen (Z 1) zugunsten der Lieferanten gehen den großzügigeren Regeln nach § 459 UGB vor.²³⁾

Ergänzende Fallgruppen

In Anh I werden zwei HP angeführt, die es in der UTP-RL nicht gibt (Anh I Z 10 und 11). Der ME²⁴⁾ sah noch drei unlautere HP

vor; Z 12 des Anh I²⁵⁾ wurde jedoch – wohl aufgrund kritischer Stellungnahmen bezüglich einer „Inländerdiskriminierung“ – gestrichen.²⁶⁾ Aus rechtspolitischer Sicht sind „Übererfüllungen“ von EU-RL (negativ auch als sog „Gold Plating“ bezeichnet, iS einer überflüssigen „Vergoldung“) zwiespältig; einerseits ermöglichen sie es dem Gesetzgeber, lokale Gegebenheiten zu berücksichtigen und damit die unionsrechtlichen Wertungen national zu Ende zu denken. Andererseits haben derartige Verschärfungen mitunter potentiell negative Folgen für den Wirtschaftsstandort aufgrund strengerer regulatorischer Bedingungen und Rechtsunsicherheiten.

Die ergänzenden HP des Anh I sind:

- ▶ Der Käufer gewährt dem Lieferanten bei Bestehen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts ohne sachliche Rechtfertigung bei gleichwertiger Leistung unterschiedliche Bedingungen im Vergleich zu anderen Vertragspartnern, insb im Hinblick auf die Höhe des Preises oder die Zahlungsbedingungen (Z 10).

Lieferanten sollen ihre Produkte in untergeordnetem Ausmaß selbst vermarkten dürfen, wenn die Lieferung an den Käufer davon unberührt bleibt („Sicherstellung“).

Der Begriff „wirtschaftlichen Ungleichgewicht“ stellt auf die relative Marktmacht iSd § 4 a KartG 2005 ab; sachliche Rechtfertigungen können in Menge, Zeitraum, konstanten Lieferungen, Qualität, Zuverlässigkeit,

Haftungsfragen, Beschaffungswegen sowie Angebot- und Nachfrageentwicklung bestehen.²⁷⁾

- ▶ Der Käufer verlangt ohne sachliche Rechtfertigung vom Lieferanten verderblicher Urprodukte bei Sicherstellung der vereinbarten Liefermenge an den Käufer als Lieferbedingung, dass er seine Produkte nicht gleichzeitig in einem im Verhältnis zur Lieferung an den Käufer untergeordneten Ausmaß selbst vermarktet (Z 11).

Dadurch wird die im landwirtschaftlichen Bereich häufig vorkommende Direktvermarktung geschützt.

C. Graue Liste

Die sechs HP der Grauen Liste wurden wortgleich aus der UTP-RL übernommen. Diese HP sind nur dann zulässig, wenn diese zuvor „klar und eindeutig“ in der Liefervereinbarung oder in einer Folgevereinbarung zwischen dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart worden sind; dies bei sonstiger Nichtigkeit.²⁸⁾

¹⁶⁾ Art 3 Abs 4 UTP-RL.

¹⁷⁾ § 5 a Abs 1.

¹⁸⁾ Art 3 Abs 1; s ausführlich *Wollmann*, Die UTP-Richtlinie – Unterstützung für David gegen Goliath in der Lebensmittelbranche, *ecolex* 2019, 887 (888); *Prohaska-Marchried/Eckel/Granadia*, Die UTP-Richtlinie – Compliance für Landwirte? *Compliance Praxis* 1/2020, 29 (30).

¹⁹⁾ § 5 c Abs 5.

²⁰⁾ Vgl nur RIS-Justiz RS0016432.

²¹⁾ Art 3 Abs 1 lit e UTP-RL.

²²⁾ Art 3 Abs 1 lit i UTP-RL.

²³⁾ § 5 a Abs 5.

²⁴⁾ 145/ME 27. GP.

²⁵⁾ Anh I Z 12 145/ME 27. GP 8; „Z 10 und 11 sind nur auf geschäftliche Beziehungen anwendbar, wenn der Käufer in Österreich niedergelassen ist. Die Niederlassung des Lieferanten ist für diese Verbote unerheblich“.

²⁶⁾ Vgl etwa Stellungnahme der BWB, 11/SN-145/ME, 13.

²⁷⁾ ErläutRV 1167 BlgNR 27. GP 9.

²⁸⁾ § 5 c Abs 5.

Die graue Liste nennt folgende HP:

- Rückgabe unverkaufter AuLE ohne Bezahlung (Z 1),
- Lieferantenzahlung für die Lagerung, Anbietetung, Listung oder Bereitstellung auf dem Markt (Z 2),
- Kostentragung für Preisnachlässe des Käufers bei einer Verkaufsaktion (Z 3),
- Zahlung für Käuferwerbung für AuLE (Z 4),
- Zahlung für Käufervermarktung für AuLE (Z 5),
- Zahlung für Käuferpersonal für Einrichtung der Verkaufsräumlichkeiten (Z 6).

Das Erfordernis „klar und eindeutig“ verlangt unmissverständliche Vereinbarungen.²⁹⁾ Schriftform ist dabei nicht zwingend; jedoch kann der Lieferant bei Zahlungsforderungen (Z 2 bis 6) eine schriftliche Zahlungsschätzung je Einheit oder der Zahlung insgesamt verlangen. Zudem kann dieser (außer bei Fällen der Z 1 und 3) auch eine schriftliche Kostenschätzung sowie die Grundlage für diese Schätzung verlangen.³⁰⁾

Die Verweigerung einer schriftlichen Bestätigung der Liefervereinbarung ist eine absolut unzulässige HP nach Anh I Z 6.

Allgemein wird hierdurch das Gebot der Verschriftlichung verstärkt, da dieses bereits aufgrund besserer Beweisbarkeit dazu beiträgt, unlautere HP abzumildern bzw zu verhindern und so die Rechtssicherheit beidseitig erhöht. Eine käuferinterne Schriftlichkeitsvorschrift in Form von Bestätigungen und Formverträgen ist tunlich.

Vereinbarungen mittels vorformulierter Bedingungen, also AGB oder Vertragsformblättern, bleiben uE nicht ausgeschlossen, solange diese dem Eindeutigkeitsstandard genügen.³¹⁾ Allerdings besteht hierbei – neben den allgemeinen Kontrollmechanismen der Geltungs- und Inhaltskontrolle oder Unklarheitsregel (§ 915 ABGB) – ein erhöhtes Risiko der gerichtlichen Undurchsetzbarkeit. Besondere Sorgfalt ist daher, sofern HP nicht individuell vereinbart werden, in AGB bzw Vertragsformblättern auf eindeutige Formulierung, wirksame Vereinbarung und mögliche Kenntnisnahme sowie auf Hinweise und Hervorhebungen zu legen.

D. Verfahren

1. Erstanlaufstelle, Behörde

Eine nationale Besonderheit ist die Einrichtung einer Erstanlaufstelle. Für Beschwerden iZm HP wird eine weisungsfreie³²⁾ und unabhängige Erstanlaufstelle beim BM für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus eingerichtet.³³⁾ Diese Stelle hat Beratungsfunktion, koordiniert Beschwerden und befasst ggf eine Schlichtungsstelle oder eine Interessenvertretung.³⁴⁾ Die Leistungen der Erstanlaufstelle können anonym und vertraulich in Anspruch genommen werden,³⁵⁾ womit dem Lieferantenschutz (Befürchtungen einer „Auslistung“) Rechnung getragen wird.

Ermittlungsbehörde für die neu eingefügten Bestimmungen ist die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB),³⁶⁾ deren Befugnisse sich nach dem WettbG³⁷⁾ richten. Betroffene Lieferanten können direkt Beschwerde bei der BWB einbringen; diese kann Untersuchungen auch von Amts wegen durchführen.³⁸⁾ Die BWB kann beim KartG eine Hausdurchsuchung beantragen, wenn ein begründeter Verdacht eines Vorliegens einer unlauteren HP besteht.³⁹⁾

2. Ansprüche & Beschwerden

Zur Untersagung einer unlauteren HP ist das KartG zuständig, sofern der Unterlassungsanspruch ausschließlich auf das FWBG gestützt wird.⁴⁰⁾ Die Untersagung kann in Übereinstimmung mit dem bisherigen System des Nahversorgungsrechts einerseits von nationalen Stellen wie Landwirtschaftskammern, BWB oder WKO beantragt werden.⁴¹⁾ Ebenfalls antragsberechtigt sind Unternehmer oder Interessenvereinigungen, deren rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden.⁴²⁾ Einstweilige Verfügungen sind dabei möglich.⁴³⁾

Es wird ein umfassender Identitäts- und Informationsschutz iS einer vertraulichen Behandlung für Beschwerdeführer und Dritter ermöglicht (Auslistungsgefahr).⁴⁴⁾ Die BWB kann zudem aus diesen Gründen von einem Antrag an das KartG absehen.⁴⁵⁾

Die BWB kann beim KartG Geldbußen iZm HP bis zu einem Höchstbetrag von € 500.000,- beantragen; die Antragsberechtigung verjährt binnen fünf Jahren ab Beendigung der Rechtsverletzung.⁴⁶⁾ Rechtskräftige Untersagungsentscheidungen und die Verhängung von Geldbußen sind vom KartG zu veröffentlichen.⁴⁷⁾

Das FWBG schafft neue Verwaltungsstraftatbestände in § 5 g Abs 8 bei Auskunftsverletzungen (Verweigerung, Unrichtigkeit, Irreführung) in der Höhe von bis zu € 75.000,-; Versorgungspflichtverstöße durch Letztverkäufer bleiben strafbar.⁴⁸⁾

E. EU-Umsetzung

Die RL hat erstmals einen einheitlichen EU-Mindestschutzstandard gebracht. Allerdings gibt es unionsweit erhebliche Umsetzungsunterschiede. Etwa wurden in Italien, Spanien, Frankreich und tw in Ungarn die relativen Umsatzschwellen und der maximale Jahresumsatz aus der RL nicht übernommen, womit alle Lieferanten dem Anwendungsbereich der nationalen Umsetzung unterfallen. Mehrere Mitgliedstaaten haben ihre schwarze und graue Liste erweitert und/oder haben strengere Verbote als in der RL. So sehen bspw Belgien und Schweden eine kürzere Zahlungsfrist (30 Tage) für nichtverderbliche Lebensmittel vor als in der RL (60 Tage). Deutschland hat demgegenüber drei HP von der grauen Liste auf die schwarze Liste übertragen, sodass diese per se verboten sind.⁴⁹⁾ Daran zeigt sich bereits, dass trotz Harmonisierung weiterhin Lokalisierungen der grenzüberschreitenden Vertragsdokumentation und HP notwendig sind.

²⁹⁾ Vgl auch ErwGr 26, 27 UTP-RL.

³⁰⁾ § 5c Abs 4.

³¹⁾ Verneinend *Prohaska-Marchried/Eckel/Granadia*, Compliance Praxis 1/2020, 29 (30) mwN dt Lit.

³²⁾ Art 20 Abs 2 Z 1 und 3 B-VG.

³³⁾ § 5d Abs 1, § 5e Abs 1; ab 1. 3. 2022.

³⁴⁾ § 5d Abs 2.

³⁵⁾ § 5d Abs 5.

³⁶⁾ § 7 Abs 2b.

³⁷⁾ Wettbewerbsgesetz BGBl I 2002/62 idF BGBl I 2021/176.

³⁸⁾ § 5g Abs 1.

³⁹⁾ § 5g Abs 6.

⁴⁰⁾ § 6 Abs 1.

⁴¹⁾ § 7 Abs 2a Z 1.

⁴²⁾ § 7 Abs 2a Z 2 und 3.

⁴³⁾ § 7 Abs 4; vgl § 48 KartG 2005.

⁴⁴⁾ § 5g Abs 3.

⁴⁵⁾ § 6 Abs 4.

⁴⁶⁾ § 6 Abs 2; ab 1. 5. 2022.

⁴⁷⁾ § 6 Abs 3.

⁴⁸⁾ § 8 Abs 1.

⁴⁹⁾ §§ 20, 23 Agrarorganisationen-und-Lieferketten-Gesetz (AgrarOLKG).

Schlussstrich

Die österr Umsetzung der UTP-RL im FWBG bringt zahlreiche verbotene Handelspraktiken in Form einer schwarzen und grauen Liste sowie Sanktionsmechanismen. Unlautere HP können neben absoluter Nichtigkeit von vertraglichen Vereinbarungen auch Unterlas-

sungsansprüche und Bußgelder iHv € 500.000,- nach sich ziehen. Liefervereinbarungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette müssen ab 1. 1. 2022 dem Gesetz entsprechen. Bereits zuvor bestehende Liefervereinbarungen müssen bis 1. 5. 2022 angepasst werden.

Private Enforcement von Datenschutzverstößen – noch immer alles offen?

BEITRAG. Seit dem Geltungsbeginn der DSGVO am 25. 5. 2018 sind beinahe vier Jahre vergangen und noch immer sind viele fundamentale Fragen zur Auslegung ungeklärt. Dazu gehört auch, ob das Sanktionsregime der DSGVO abschließend ist und eine Sperrwirkung für Klagen von Unternehmen gegen ihre Mitbewerber nach dem UWG für Datenschutzverstöße entfaltet. Es ist uE jener Rechtsansicht zu folgen, die ein Private Enforcement von Datenschutzverstößen durch Mitbewerber nach dem UWG zulässt; hierzu scheint auch die überwiegende dt Rsp zu tendieren. **ecolex 2022/153**



Dr. **Johannes Scharf** ist Rechtsanwalt bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH.

Dr. **Gabriela Staber**, LL. M., ist Partnerin bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH.

A. Der OGH auf Abwegen?

Auch der OGH hätte bereits Gelegenheit gehabt, sich zur Frage der Sperrwirkung der DSGVO zu äußern. Im Anlassfall hatte der kl Verband (eine freiwillige Interessenvertretung der österr Psychotherapeuten) nach § 14 Abs 1 UWG gegen die Betreiberin eines Onlineportals ua Verstöße gegen das Datenschutzrecht als „Rechtsbruch“ iSd § 1 UWG geltend gemacht.¹⁾

Der OGH entschied sich jedoch, das „heiße Thema“ Sperrwirkung nicht anzusprechen, sondern entschied den Fall unter Verweis auf seine zu Ausschließlichkeitsrechten Dritter entwickelte Rsp. In Abkehr von seiner Rsp zum DSG 2000²⁾ führte er aus, dass das Recht auf Datenschutz (ähnlich dem Patent-, Marken- und Urheberrecht) ein Ausschließlichkeitsrecht sei, das nicht die Belange der Allgemeinheit betreffe und auch keine amtswegige Ahndung nach sich ziehe. Es könne daher nur von der betroffenen Person geltend gemacht werden, weswegen der OGH die Aktivlegitimation des kl Verbandes verneinte. Damit können nach der Rechtsansicht des 4. Senats wohl auch Mitbewerber Datenschutzverstöße nicht im Wege des UWG durchsetzen,³⁾ da sie in der Regel vom Datenschutzverstoß nicht unmittelbar betroffen sind.

Diese E wurde soweit ersichtlich einhellig in der Lit kritisiert.⁴⁾ So weist *Tonninger*⁵⁾ uE zutreffend darauf hin, dass gerade Datenschutzverstöße erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können. Mitbewerber sollen sich daher nicht auf das Tätigwerden der Datenschutzbehörde verlassen müssen, sondern selbst zur Rechtsverfolgung legitimiert sein. *Jung/Schwab*⁶⁾ heben hervor, dass das Datenschutzrecht kein Ausschließlichkeitsrecht darstelle, weil es schützenswerte Belange der Allgemeinheit betreffe und Verstöße amtswegig verfolgt würden. *Thomic/Zopf*⁷⁾ teilen diese Ansicht und thematisieren darüber hinaus, dass Datenschutzverstöße über die „Brücke des AGB-Rechts“ als Rechtsbruch nach § 1 UWG verfolgt werden können, wenn sich die betreffende Klausel in AGB befindet und der Inhaltskontrolle nicht standhält (zB unwirksame Einwilligungserklärungen in AGB). Zutreffend wird von mehreren Autoren darauf hingewiesen, dass die weiteren Erfordernisse der Fallgruppe Rechtsbruch, nämlich die Vertret-

denen die Entscheidung für die Aktivlegitimation von Mitbewerbern keine Relevanz hat.

⁴⁾ *Augenhofer*, Datenschutz neu: Individuelle und kollektive Rechtsdurchsetzung, VbR 2019/4, 8; OGH 4 Ob 84/19k, *PsychotherapeutInnenverzeichnis*, *ecolex* 2020/147, 318 (*Csáky/Križanac*) = ÖBl 2020/49, 164 (*Tonninger*); *Jung/Schwab*, MR 2020, 44; *Thomic/Zopf*, Lauterkeitsrechtliche Verfolgbarkeit von Datenschutzverstößen, *jusIT* 2020/71, 199; *Scharf/Staber*, Update zur lauterkeitsrechtlichen Verfolgbarkeit von Datenschutzverstößen, *ecolex* 2020, 909; *Staber/Scharf*, Datenschutz vs Wettbewerbsrecht: Runde 1, *NetV* 2020, 56; grds zust, aber offenbar die Aktivlegitimation verneinend, sofern Rechtswidrigkeit nur in der mangelnden Einholung einer Einwilligung der betroffenen Person begründet ist, *Leupold/Schrems* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 80 DSGVO Rz 54.

⁵⁾ OGH 4 Ob 84/19k, *PsychotherapeutInnenverzeichnis*, ÖBl 2020/49, 164 (*Tonninger*).

⁶⁾ *Jung/Schwab*, MR 2020, 44.

⁷⁾ *Thomic/Zopf*, *jusIT* 2020/71, 199.

¹⁾ OGH 4 Ob 84/19k, *Psychotherapeutenverzeichnis*, *jusIT* 2020/44 (*Thiele*).

²⁾ OGH 24. 6. 2014, 4 Ob 59/14a, *Dienst der Informationsgesellschaft*, wo die Klage eines Mitbewerbers wegen eines UWG-Verstoßes iZm Verletzungen der (vereinfachten) Meldepflicht nach dem DSG 2000 (nur) mangels ausreichender Spürbarkeit verneint wurde; ebenso die Aktivlegitimation von Mitbewerbern zum DSG 1978 bejahend OGH 25. 2. 1992, 4 Ob 114/91, *Bauspar-Werbung*.

³⁾ Ebenso *Jung/Schwab*, Können Verstöße gegen die DSGVO als Rechtsbruch nach § 1 UWG geltend gemacht werden? MR 2020, 44; *Thiele*, OGH: Keine Durchsetzung von Datenschutzverletzungen mittels Verbandsklage, *jusIT* 2020/44; anders offenbar *Leupold/Gelbmann*, Datenschutz: Keine Durchsetzung von Ansprüchen mittels Verbandsklage, VbR 2020/41, nach