

Gesehen

 SIGNATUR	Unterszeichnet von	Mag. [REDACTED]
	Datum	28.05.2024
	Prüfinformation	Prüfungsinformation des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien [REDACTED]
Hinweis	[REDACTED]	

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien hat als Berufungsgericht durch Dr. [REDACTED] als Vorsitzenden sowie die Richterinnen Mag. [REDACTED] und Mag. [REDACTED] in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], vertreten durch Mag. Ulrich Kopetzki, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei [REDACTED] vertreten durch Mag. [REDACTED], Rechtsanwalt in [REDACTED] wegen zuletzt [REDACTED] und Feststellung (Streitwert [REDACTED]) über die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Favoriten vom 27.9.2023, 76 C 11/23v-22, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR [REDACTED] bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt € 5.000,-- nicht hingegen € 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

### Entscheidungsgründe:

Die Klägerin erhielt im August 2022 ein mit 12.8.2022 datiertes Schreiben des Rechtsvertreters der Beklagten, in welchem dieser bekanntgab, die Beklagte habe nach dem Aufruf der Internetseite/Homepage der klagenden Partei feststellen müssen, dass die klagende Partei die IP-Adresse [REDACTED] der Beklagten ohne ihre Zustimmung an eine Gesellschaft des US-amerikanischen „Alphabet Inc.“- Konzerns („Google“) weitergeleitet habe.

Weiters führte der Rechtsvertreter aus, dass es sich bei der IP-Adresse der Beklagten, um ein personenbezogenes Datum im Sinne des Art 4 Z 1 DSGVO handle, sodass die Weiterleitung ohne Einwilligung der Beklagten eine unbefugte Datenweitergabe und eine Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz darstelle. Angesichts dieser Datenschutzverletzung stehe der

Beklagten ein Anspruch auf Unterlassung nach Art 17 iVm Art 79 DSGVO, auf Schadenersatz nach Art 82 Abs 1 DSGVO, auf Ersatz der Kosten der Rechtsverfolgung sowie auf Auskunft über die Datenverarbeitung nach Art 15 DSGVO zu. Vorgeschlagen wurde eine vergleichsweise Bereinigung, mit Anerkennung des Schadenersatzanspruches, Verpflichtung in Hinkunft keine personenbezogenen Daten der Beklagten, ohne deren Einwilligung oder sonstiger Rechtsgrundlage an Dritte zu übermitteln und Zahlung eines Gesamtbetrags in Höhe von EUR 190,-- (EUR 100,-- für den immateriellen Schaden und EUR 90,-- für Kosten der Rechtsverfolgung), wobei durch dessen Zahlung alle Ansprüche aus dieser Datenschutzverletzung bereinigt und verglichen wären und diesfalls der Antrag auf Auskunft über die Datenverarbeitung als zurückgezogen gelte.

Mit der am 20.1.2023 beim Erstgericht eingebrachten **Klage** begehrte die Klägerin zuletzt [REDACTED] und die Feststellungen

1. Es wird mit Wirkung zwischen den Parteien festgestellt, dass der beklagten Partei ein Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von EUR 100,-- für einen erlittenen immateriellen Schaden, aus oder im Zusammenhang mit dem behaupteten Besuch der Website [REDACTED] durch die beklagte Partei nicht zusteht.
2. Es wird mit Wirkung zwischen den Parteien festgestellt, dass der beklagten Partei ein Anspruch auf Schadenersatz für die Kosten der Rechtsverfolgung aus oder im Zusammenhang mit dem behaupteten Besuch der Website [REDACTED] durch die beklagte Partei nicht zusteht.
3. Es wird mit Wirkung zwischen den Parteien festgestellt, dass der beklagten Partei der in ihrem Schreiben vom 12.8.2022 geltend gemachte Auskunftsanspruch gemäß Art. 15 DSGVO nicht zusteht.

Zusammengefasst brachte die Klägerin vor, das Landgericht München habe im Jänner 2022 ein Urteil erlassen, in welchem der dort klagenden Partei ein Schadenersatzanspruch in der Höhe von EUR 100,-- zugesprochen worden sei, weil die dort beklagte Partei Google Fonts auf ihrer Website dynamisch eingebunden gehabt hätte und die IP-Adresse der dort klagenden Partei beim Aufruf der Website an einen Server von Google in die USA übermittelt worden sei.

Nach diesem Urteil habe die Beklagte eine auf dieser Thematik beruhende Abmahnwelle gestartet und im Juli und August 2022 an zumindest 32.000 Betroffene ein Abmahnschreiben versandt. Das im Schreiben gestellte Auskunftsbegehren sei in mehrerlei Hinsicht defekt gewesen. So sei die darin enthaltene Vollmacht des einschreitenden Rechtsanwalts nicht ordnungsgemäß nachgewiesen worden und habe die Beklagte nicht nachweisen können, dass die erwähnte IP-Adresse tatsächlich ihr zuzuordnen sei.

Die Beklagte habe sich rechtsmissbräuchlich auf die Vorschriften der DSGVO berufen und seien in Wahrheit wirtschaftliche Interessen verfolgt worden. Dass das Verhalten der Beklagten rechtsmissbräuchlich sei, zeige sich auch darin, dass die Beklagte das defekte Auskunftsbegehren im Ergebnis unter die auflösende Bedingung der Zahlung des geforderten Vergleichsbetrags in Höhe von EUR 190,-- gestellt habe. Die Beklagte habe durch ihr eigenes Verschulden zunächst eine komplexe Rechtslage geschaffen und danach angeboten, dass von ihr geschaffene Problem gegen eine Zahlung von EUR 190,-- wieder zu bereinigen.

Die Beklagte habe auch ein strafbares Verhalten gesetzt, weil sie darüber getäuscht habe, dass die hinter der von ihr angegebenen IP-Adresse [REDACTED] stehende Person abstrakt bestimmbar sei und die IP-Adresse somit ein personenbezogenes Datum darstelle. Aus kriminalpolizeilichen Ermittlungen in einem parallel anhängigen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren habe sich jedoch ergeben, dass die abstrakte Möglichkeit der Bestimmbarkeit der Person gar nicht vorliege. Weiters habe die Beklagte darüber getäuscht, die Website persönlich und individuell aufgerufen zu haben. In Wahrheit sei die Website aber automatisiert mit einer speziell für diesen Zweck programmierten Automatisierungssoftware aufgerufen worden. Dies ergebe sich auch anhand der Masse der versandten Schreiben.

Mit Schreiben vom 6.9.2022 habe die Klägerin durch ihren Rechtsvertreter schließlich auf das Abmahnschreiben DSGVO-konform reagiert. Das dafür angemessene Honorar von EUR [REDACTED] werde aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzrechtes geltend gemacht. Es handle sich nicht um vorprozessuale Kosten, weil die anwaltlichen Kosten für die Beantwortung des Auskunftsbegehens entstanden seien, zu deren Erstattung die Klägerin datenschutzrechtlich verpflichtet sei.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und brachte soweit noch relevant, zusammengefasst vor, dass auch eine nur vorübergehend einer Person zugeordnete IP-Adresse ein personenbezogenes Datum sei, wenn der Internetprovider mit Zusatzinformationen wisse, welche IP-Adresse von welcher Person verwendet werde. Im Zeitpunkt des Websiteaufrufs könne der Provider der Beklagten mit den ihm zur Verfügung stehenden Informationen diese IP-Adresse sehr wohl zuordnen, widrigenfalls dieser der Beklagten die aufgerufene Website der klagenden Partei gar nicht hätte anzeigen lassen können. Die DSGVO untersage die rechtsgrundlose Verarbeitung personenbezogener Daten und ein Websiteaufruf stehe unzweifelhaft im Zusammenhang mit der IP-Adresse eines Internetnutzers.

Die Klägerin hätte das Auskunftsbegehren auch derart beantworten können, dass sie schlicht angegeben hätte, dass sie die Zuordnung der IP-Adresse nicht überprüfen habe können.

Der ideelle Nachteil durch einen Datenschutzverstoß könne auch darin liegen, dass die

Beklagte Zeit und Mühe habe aufwenden müssen, um sich vor einem drohenden Missbrauch ihrer Daten oder einem Folgeschaden zu schützen. Die dynamische Einbindung von Google Fonts habe die Beklagte um ihre Rechte und Freiheit gebracht und zudem einen Verlust der Kontrollmöglichkeiten ihrer personenbezogenen Daten ausgelöst. Der Kontrollverlust über personenbezogene Daten werde mehrfach explizit als Schaden per se definiert. Selbst im Falle des Vorliegens einer Bagatellgrenze für den Schadenersatzanspruch, wäre diese durch die Übermittlung der Daten in die USA überschritten, weil die USA als Drittstaat über kein ausreichendes Datenschutzniveau verfüge. Die rechtswidrige Programmierung der Website der klagenden Partei habe den ideellen und gravierenden, tatsächlichen Nachteil bewirkt, dass dadurch das personenbezogene Datum der IP-Adresse der Beklagten tatsächlich ohne Rechtfertigung und daher rechtswidrig durch Offenlegung verarbeitet worden sei.

Zum Vorwurf des Rechtsmissbrauchs führte die Beklagte aus, dass der europäische Gesetzgeber genau diese Kommerzialisierung ermöglichen habe wollen, um weit verbreiteten Datenschutzmissständen entgegenzutreten. Die Beklagte habe keine empfindlichen Schmerzgelder gefordert, sondern habe sich an der Grenze der Spürbarkeit bewegt. Wer oftmals verletzt werde, könne auch gegen viele Rechtsverletzer vorgehen, um einen den Zielen der DSGVO entsprechenden Rechtszustand durchzusetzen. Zur Beurteilung, ob Rechtsmissbrauch vorliege, sei nur von der diesbezüglichen Definition des EuGH auszugehen, wonach ein objektives und subjektives Tatbestandsmerkmal vorliegen müsse. Schon das objektive Tatbestandsmerkmal liege nicht vor, weil die WKO eine Aufklärungskampagne gestartet habe und die Datenschutzbehörde Empfehlungen zur Beseitigung der Datenschutzwidrigkeit gegeben habe. Die Aufforderungsschreiben hätten daher nachweislich die Ziele der DSGVO verfolgt und erreicht. Mangels Vorliegens des objektiven Tatbestandsmerkmals wäre das subjektive Tatbestandsmerkmal gar nicht mehr zu prüfen, aber auch dieses läge nicht vor. Die Geltendmachung von immateriellen, ideellen Schadenersatzansprüchen führe, wenn diese durchgesetzt werden, stets zu einem Vermögenszuwachs. Die Beklagte könne beweisen, dass sie nicht subjektiv rechtsmissbräuchlich gehandelt habe, weil sie nach den ersten Aufforderungsschreiben deren Wirkung analysiert habe und sich ergeben habe, dass ein erheblicher Teil der Adressaten die Website rechtskonform umgestaltet habe. Gleichwohl sei die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit ausgeblieben, sodass die Beklagte zu dem Entschluss gekommen sei, weitere Schreiben zu versenden. Hätte sich die Beklagte vorrangig bereichern wollen, hätte sie unter dem Radar über längere Zeit immer nur ein paar hundert Websitebetreiberinnen angeschrieben und sich so unrechtmäßig bereichert.

Der Ersatzanspruch der Klägerin werde auch dem Grunde nach bestritten, da der begehrte Unterlassungsanspruch der Beklagten von klagende Partei nicht bestritten werde. Das

Antwortschreiben der Klägerin mit der Aufforderung zur Unterlassung und Bezahlung von Kosten sei als Vorbereitung auf den Feststellungsprozess auf Negativfeststellung zu werten, sodass die anwaltlichen Kosten als vorprozessuale Kosten zu qualifizieren und mit dem Einheitssatz abgegolten seien. Zudem habe die Klägerin dem Klagevertreter erst nach Klagseinbringung [REDACTED] bezahlt und sei die Zahlung in der Absicht der Selbstschädigung erfolgt. Tatsächlich sei Entgeltlichkeit erst im Nachhinein vereinbart worden, denn der Klagevertreter habe die Beantwortung des Auskunftsbegehrens auf seiner Website gratis angeboten und dort mitgeteilt, dass die Kosten von der Gegenseite eingetrieben werden würden. Es werde daher der Mitschuldeinwand erhoben und vorgebracht, dass der Betrag nicht von Anfang an zwischen der klagenden Partei und dem Klagevertreter vereinbart gewesen sei.

Aufgrund der Verwendung von Google Fonts habe die Klägerin die ihr bekannte IP-Adresse, wenn auch nur NAT-Adresse, an Google Fonts weitergeleitet und zur Verfügung gestellt und habe Google mehrere Möglichkeiten aus einer NAT-Adresse im Zusammenhang mit den gesamten gesammelten Daten die Adresse durch Rückschlüsse einer individuellen Person zuzuordnen. Durch das Setzen von Cookies könne Google selbst bei Verwendung unterschiedlicher IP-Adressen, diese zusammenführen und einer individuellen Person zuordnen.

Die Klägerin sei ein großes Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung und hätte daher nicht ein eigener Rechtsanwalt beauftragt werden müssen.

Im Schriftsatz vom 30.5.2023, vorgetragen in der Tagsatzung vom 1.6.2023 gab die Beklagte folgende Erklärung ab:

*„Die Beklagte habe sich vergewissert, dass die klagende Partei zwischenzeitlich veranlasst habe, dass deren Website nicht mehr automatisiert personenbezogene Informationen sämtlicher Website-Besucherinnen an den Google Konzern weiterleite. Dies sei das vorrangige Ziel der Beklagten gewesen und sie goutiere es zudem auch ausdrücklich, dass der in ihrem Aufforderungsschreiben vorrangig angesprochene Unterlassungsanspruch nicht bestritten werde. Aus diesem Grund gehe die Beklagte davon aus, dass weder der von ihr sonst außergerichtlich angesprochene (insbesondere jener des präventiv wirkenden Schadenersatzes nach Art 82 DSGVO) nicht verfolgen müsse, um sich gegen den drohenden Missbrauch ihrer Daten oder einen Folgeschaden zu schützen. Man beachte, dass nicht die Datenschutzverletzung, sondern bereits der Datenschutzverstoß schadenersatzpflichtig mache. Auch habe die klagenden Partei glaubhaft versichert, dass es ihr fern liege das Grundrecht auf Datenschutz zu missachten, weshalb die Beklagte davon ausgehe, dass die klagende Partei mit den Daten besondere Schindluder getrieben habe und etwa die Daten ihrer WebsitebesucherInnen ausgewertet oder verkauft bzw. Profiling o.Ä. betrieben habe.*

*Aus den genannten Gründen erklärt die Beklagte hiermit ihren ausdrücklichen und unwiderruflichen Verzicht auf all jene Ansprüche, deren Nichtbestehen die klagende Partei klagsgegenständlich begehrt festzustellen. Die Beklagte gehe davon aus, dass die klagende Partei kein wie immer geartetes Interesse daran habe, auf ihrer Website google fonts rechtswidrig zu verwenden, weshalb sie auf alle die Website der klagenden Partei betreffenden Ansprüche hiermit verzichte. Die Ansprüche bestünden ursprünglich, weshalb auf diese hiermit verzichtet werden kann.“*

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage vollinhaltlich statt:

Ausgehend von den auf den Seiten 27 bis 36 der Urteilsausfertigung getroffenen Feststellungen, auf die verwiesen wird, folgerte das Erstgericht in rechtlicher Hinsicht, dass das Feststellungsinteresse auch zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung bestanden habe, weil die Beklagte zwar auf die im Schreiben vom 12.8.2022 erhobenen Ansprüche endgültig und ohne Bedingung verzichtet habe, jedoch nicht darauf, dass ihr die Ansprüche ursprünglich zugestanden seien. Die abgegebene Verzichtserklärung der Beklagten reiche daher für den Fortfall des Feststellungsinteresses nicht aus.

Die im Schreiben vom 12.8.2022 erhobenen Ansprüche der Beklagten würden nicht bestehen. Da die klagsgegenständliche IP-Adresse der Beklagten nicht zuordenbar sei und nicht festgestellt werden konnte, dass die Klägerin die IP-Adresse der Beklagten samt der für eine Zuordnung notwendige Zusatzinformation an eine Gesellschaft des US-amerikanischen „Alphabet-Inc“ Konzerns (Google) weitergeleitet habe, stelle diese kein personenbezogenes Datum dar und seien keine personenbezogenen Daten im Sinne der DSGVO verarbeitet worden. Nach Art 12 Abs 5 DSGVO müsse ausnahmsweise keine Auskunft erteilt werden, wenn rechtsmissbräuchliches Verhalten oder schikanöse Rechtsausübung vorliege. Unter Bezugnahme auf zwei in Deutschland zur klagsgegenständlichen Thematik ergangene Entscheidungen des Landgerichts München und des Amtsgerichts Ludwigsburg urteilte das Erstgericht, dass das Verhalten der Beklagten rechtsmissbräuchlich sei. In den genannten Verfahren wurden Websites mittels eines Webcrawlers automatisiert aufgesucht und untersucht und haben die dort beklagten Parteien Schreiben versandt, in denen die Abgeltung der datenschutzrechtlichen Ansprüche durch Zahlung eines Vergleichsbetrages angeboten worden sei. Das Erstgericht sah den gegenständlichen Fall gleich gelagert und stufte das Verhalten der Beklagten als rechtsmissbräuchlich ein.

Abschließend folgerte das Erstgericht, dass die Klägerin auf das Aufforderungsschreiben der Beklagten zur Abwendung eines drohenden Schadens reagieren habe müssen. Die Kosten des anwaltlichen Einschreitens seien durch das rechtswidrig und schuldhaftes Verhalten der Beklagten entstanden. Der Klägerin stehe daher dem Grunde nach der begehrte Schadenersatz zu und sei auch die Höhe der geltend gemachten Kosten angemessen. Es

handle sich um keine vorprozessualen Kosten, da das anwaltliche Antwortschreiben nicht dazu gedient habe, das klagsgegenständliche Verfahren vorzubereiten, sondern um einen der klagenden Partei drohenden Nachteil abzuwenden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die auf die Berufungsgründe der Nichtigkeit, der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützte **Berufung** der Beklagten mit dem Berufungsantrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Weiters wird die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens angeregt.

Die klagende Partei beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

#### A. Zur Nichtigkeitsrüge

Im Rahmen der Nichtigkeitsrüge releviert die Beklagte die Befangenheit der im erstinstanzlichen Verfahren erkennenden Richterin, welche zugleich mittels Ablehnungsantrag in der Tagsatzung vom 1.6.2023, kurz vor Schluss der mündlichen Verhandlung, geltend gemacht wurde.

Gemäß § 477 Abs 1 Z 1 ZPO ist ein Urteil nichtig, „*wenn an der Entscheidung ein Richter teilnahm, welcher kraft des Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes in dieser Rechtssache ausgeschlossen war oder dessen Ablehnung vom Gerichte als berechtigt erkannt worden ist.*“ Der Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs 1 Z 1 ZPO setzt voraus, dass der ausgeschlossene oder erfolgreich abgelehnte Richter die Entscheidung gefällt oder als Senatsmitglied daran mitgewirkt hat (RIS-Justiz RS0109254). Solange jedoch keine gerichtliche Entscheidung über einen Ablehnungsantrag vorliegt, ist dieser Nichtigkeitsgrund noch nicht verwirklicht (RIS-Justiz RS0042046).

Vorliegend wurde mit Beschluss des Bezirksgerichts Favoriten vom 14.7.2023, 27 Nc 9/23s, bestätigt mit Beschluss des LG für ZRS Wien vom 23.8.2023, 34 R 120/23h, der Ablehnungsantrag der Beklagten zurückgewiesen, die Rechtskraftbestätigung ist mit 7.9.2023 datiert. Die Zurückweisung des Ablehnungsantrags gegen die in erster Instanz erkennende Richterin ist somit rechtskräftig.

Schon vor diesem Hintergrund kann keine Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 1 ZPO vorliegen. Wie ausgeführt setzt dieser Nichtigkeitsgrund die erfolgreiche Ablehnung der für befangen abgelehnten Richterin voraus. Ein solches Ergebnis liegt im rechtskräftig erledigten Ablehnungsverfahren gerade nicht vor. Das Urteil erging außerdem am 27.9.2023 und sohin nach rechtskräftiger Zurückweisung des Ablehnungsantrags.

## B. Zur Mängelrüge

Die Berufungswerberin macht im Rahmen des Rechtsmittelgrundes der Mangelhaftigkeit des Verfahrens die unterlassene Einholung des von ihr beantragten Gutachtens eines Sachverständigen aus dem Bereich der Informationstechnologie geltend. Hätte das Erstgericht dieses Gutachten eingeholt, hätte der Sachverständige bestätigt, dass eine IP-Adresse, auch dann wenn diese aufgrund ihrer Eigenschaft eine „dynamische IP-Adresse“ ist, zumindest irgendwann einmal einer bestimmten natürlichen Person zugeordnet war.

In der Tagsatzung im März 2023 wurde die Thematik dynamische IP-Adresse, NAT-IP-Adresse sowie Zuordenbarkeit zu einer individuellen Person ausführlich erörtert und hat die Berufungswerberin in dieser Tagsatzung den Antrag auf Einholung des Sachverständigengutachtens zunächst zurückgezogen. Erst unmittelbar vor der zweiten und letzten Verhandlungstagsatzung wurde das Gutachten neuerlich beantragt, allerdings zu dem nicht relevanten Beweisthema „*dass die Offenlegung einer IP-Adresse viel mehr ist, als nur die Mitteilung von deren Ziffernfolge, weil damit folgende weitere, individualisierende Informationen übermittelt werden: 1. Betriebssystem, 2. Browser, 3. Browserversion (sehr individuell: 11-stellig!), 4. Spracheinstellung des Browsers, 5. Aufrufzeitpunkt der Website, 6. Ungefährer physischer Standort, 7. Referrer (also auf welcher Website sich der Betroffene vorher befunden hat). Und nicht nur die IP-Adresse, sondern auch diese mit der IP-Adresse „mitübermittelten“ Informationen von Google oder sonstigen Empfängern herangezogen werden können, um den Internetnutzer zu individualisieren.*“

Dahingestellt kann bleiben, ob die vom Erstgericht angenommene Voraussetzung des § 179 ZPO für eine Zurückweisung vorliegt. Der Beweis wurde vom Erstgericht zu Recht mangels Erheblichkeit nicht aufgenommen. Aus einer allfälligen Bestätigung, dass eine dynamische IP-Adresse zumindest irgendwann einmal einer bestimmten natürlichen Person zugeordnet war, wäre für die Berufungswerberin nichts gewonnen, da es sich um kein für die Entscheidung der Rechtssache relevantes Ergebnis handelt. Das Erstgericht hält in seiner rechtlichen Beurteilung richtig fest, dass nach der Rechtsprechung des EuGH eine dynamische IP-Adresse für den Anbieter einer Website dann ein personenbezogenes Datum iSd Art 4 DSGVO darstellt, wenn er über rechtliche Mittel verfügt, die es ihm erlauben, die betreffende Person anhand der Zusatzinformationen, über die der Internetzugangsanbieter verfügt, bestimmen zu lassen (vgl. EuGH C-582/14, Breyer RN 49). Aber auch die Frage, welche Informationen grundsätzlich mit einer IP-Adresse übermittelt werden, kann damit dahingestellt bleiben.

In der Mängelrüge macht die Berufungswerberin auch die unterlassene Einvernahme des Zeugen Mag. [REDACTED] Direktor des BKA geltend. Wäre der Zeuge vom Erstgericht einvernommen worden, hätte bewiesen werden können, dass das Bundeskriminalamt im

Rahmen der Betrugsbekämpfung regelmäßig Personen ausforscht, die dynamische IP-Adressen verwenden. Auch hier kann dahingestellt bleiben, ob die Voraussetzungen des § 179 ZPO vorlägen. Es ist nämlich unerheblich, ob Mitarbeiter des Bundeskriminalamts regelmäßig Personen mittels Verwendung von dynamischen IP-Adressen ausforschen, weil die Klägerin im konkreten Fall nicht die Möglichkeit hatte, über Zusatzinformationen des Internetzugangsanbieters die Beklagte bestimmen zu lassen.

Gleiches gilt für die unterlassene Einvernahme der Zeugin [REDACTED] die zum Beweis dafür beantragt worden war, dass die Beklagte über ein Google-Konto verfüge und somit bei Aufruf durch die Beklagte Google die IP-Adresse auslesen könne und Google durch Setzen von Cookies die Zuordnung der einzelnen Nutzer über Änderungen der IP-Adressen hinweg zuordnen könne (Protokoll 1.6.2023, Seite 7f) Auch hier zeigt die Verfahrensrüge keinen für die Entscheidung wesentlichen Mangel auf. Ob es Google aufgrund der Verwendung eines Google Kontos durch die Beklagte möglich ist, eine Zuordnung vorzunehmen, ist nicht entscheidungsrelevant. Entscheidungsrelevant ist, ob die Klägerin die Möglichkeit hiezu hatte.

Unter dem Rechtsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens wird weiters die unterlassene Einvernahme des Zeugen [REDACTED] geltend gemacht. Die Berufungswerberin hätte mit dem angebotenen Beweis unter Beweis stellen können, dass ihr Schaden in von ihr aufgewendeter Zeit und Mühe bestehe, sich gegen einen drohenden Missbrauch ihrer Daten zu schützen.

Auch dieser Beweisantrag wurde zu Recht mangels Relevanz vom Erstgericht abgewiesen. Wurde wie, gegenständlich noch zu zeigen ist, kein personenbezogenes Datum iSd der DSGVO verarbeitet, kann kein Schadenersatzanspruch nach Art 82 DSGVO entstehen.

Schließlich rügt die Berufungswerberin die unterlassene Einvernahme der Zeugen Mag. [REDACTED] Diese wurden im erstinstanzlichen Verfahren zum Beweis beantragt, *„dass später als Klageeinbringung bezahlt worden und daher dies in Absicht der Selbstschädigung erfolgt sei. Der Klagevertreter würde auf seiner Website selbst gratis und kostenlos die Antwort des Abmahnungsschreibens anbieten und dort ausführen, dass die Kosten von der Gegenseite eingetrieben werden würden und daher von dieser zu tragen seien. Es werde daher vorgebracht, dass erst im Nachhinein eine Entgeltlichkeit vereinbart worden sei. Dies eben zur Schädigung und werde daher der Mitschuldeinwand erhoben und vorgebracht, dass dies nicht von Anfang an vereinbart gewesen sei.“*

Aus dem einer Beweisaufnahme zugänglichem Tatsachenvorbringen ergibt sich aber die behauptete Schlussfolgerung der bewussten Schädigung der Beklagten gerade nicht. Es wurde nur behauptet, dass der Klagevertreter in Hinblick auf eine Einbringung beim Gegner

auf ein Entgelt verzichtete. Selbst wenn das Vorbringen zutreffen sollte, ändert dies nichts daran, dass das rechtswidrige Verhalten der Beklagten für das Entstehen der Kosten des Antwortschreibens auf das Aufforderungsschreiben ursächlich war und ein allfälliger Verzicht auf ein Entgelt jedenfalls nicht dem Schädiger zugute kommen sollte. Der Ersatzanspruch bestand daher bereits vor der und unabhängig von der Zahlung der Kosten des Klagevertreters durch die Klägerin.

Auch bezüglich der unterlassenen Beischaffung von Aktenteilen des Akts der WKStA gelingt es der Berufungswerberin nicht, die Wesentlichkeit der beantragten Aktenbestandteile in der Mängelrüge darzulegen.

Der Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens ist nur dann gesetzmäßig ausgeführt, wenn dargelegt wird, welche konkreten zusätzlichen Erkenntnisse das Erstgericht bei ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens erlangen hätte können. Die pauschale Behauptung, sie wären zum Beweis des Vorbringens der Beklagten geeignet gewesen, ist unüberprüfbar und genügt nicht.

Insgesamt vermag die Berufung somit keine Mangelhaftigkeit des Verfahrens aufzuzeigen.

### C. Zur Beweistrüge

Soweit die Berufungswerberin unter dem Punkt „unrichtige Sachverhaltsfeststellung“ die fehlende Feststellung begehrt: *„Mit den Zusatzinformationen, über die der Internetanbieter der Beklagten verfügt, war ein Rückschluss von der IP-Adresse, die die Beklagte beim Aufruf der Website der klagenden Partei verwendete und die in weiterer Folge an den Google Konzern weitergeleitet wurde, auf die Person der Beklagten möglich“*, macht sie eine nicht ordnungsgemäß ausgeführte Beweistrüge geltend.

Die Geltendmachung des Berufungsgrunds der unrichtigen Beweiswürdigung und unrichtigen Tatsachenfeststellung erfordert die bestimmte Angabe, a) welche konkreten Feststellungen der Rechtsmittelwerber angreift bzw. durch welche Tatsachen sich der Berufungswerber für beschwert erachtet, b) weshalb diese Feststellung Ergebnis einer unrichtigen Wertung der Beweisergebnisse ist, c) welche Tatsachenfeststellungen der Berufungswerber statt dessen anstrebt und d) auf Grund welcher Beweise diese anderen Feststellungen zu treffen gewesen wären (RS0041835). Die Ausführungen zur Beweistrüge müssen somit eindeutig erkennen lassen, auf Grund welcher Umwürdigung bestimmter Beweismittel welche vom angefochtenen Urteil abweichenden Feststellungen angestrebt werden (RS0041835 T2).

Die Berufung führt nicht aus, welche konkrete Feststellung bekämpft wird und in Folge welcher unrichtigen Beweiswürdigung die bekämpfte Feststellung getroffen wurde.

Außerdem ist die zitierte Aussage des Zeugen [REDACTED] auf die sich die Beweistrüge

stützt, in der Berufung nicht vollständig wiedergegeben. Die Antwort des Zeugen [REDACTED] auf die Frage, ob mit dem Port es dann möglich wäre, lautete: *„Mit dem Port wäre es schon möglich, aber wir machen das nicht. Es ist nämlich so, dass mehreren tausend Kunden gleichzeitig so eine NAT-Adresse zugewiesen wird und daher aufgrund der Nichtabspeicherung der Ports diese dann nicht individuell zuordenbar sind.“* Die begehrte Feststellung steht daher im Widerspruch zum Inhalt der zitierten Aussage.

Die Berufungsausführungen sind auch nicht unter den Berufungsgrund der sekundären Feststellungsmängel zu subsumieren, weil die begehrte Feststellung der Feststellung des Erstgerichts: *„Die einer NAT-Adresse zugewiesenen Ports werden von Magenta Telekom nicht gespeichert. Es kann daher klagsgegenständliche IP-Adresse keiner individuellen Person zugeordnet werden.“* widerspricht.

Auch der eigentlich der Rechtsrüge zuzuordnende, behauptete Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH zu dynamischen IP-Adressen liegt nicht vor, weil gegenständlich weitere Umstände, die eine Zuordnung zur Beklagten verhinderten, hinzutreten.

#### D. Zur Rechtsrüge

Eingangs wird an dieser Stelle festgehalten, dass das erstinstanzliche Beweisverfahren zu der Feststellung führte, dass die klagsgegenständliche IP-Adresse weder der Beklagten noch sonst einer Person zuordenbar ist. Die IP-Adresse der Berufungswerberin stellt somit kein personenbezogenes Datum im Sinne des Art 4 DSGVO dar. Der Anwendungsbereich der DSGVO ist daher ausschließlich für den Auskunftsanspruch nach Art 15 DSGVO eröffnet, weil der Anspruch auf Auskunft grundsätzlich keine Verarbeitung eines personenbezogenen Datums voraussetzt.

Im Rahmen der Rechtsrüge macht die Berufungswerberin geltend, dass im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung kein Feststellungsinteresse der klagenden Partei mehr vorgelegen habe, weil die Berufungswerberin im erstinstanzlichen Beweisverfahren auf all jene Ansprüche unwiderruflich verzichtet habe, deren Nichtbestehen die klagende Partei festzustellen begehrte. Entgegen der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts hätten die Feststellungsbegehren der klagenden Partei auch nicht darauf abgezielt, dass der Beklagten *„ursprünglich bereits ihre geforderten Ansprüche nicht zuständen“*, weshalb es dem Fortfall des Feststellungsinteresses nicht entgegenstehe, wenn die Berufungswerberin in der Verzichtserklärung ausführe, dass ihr diese Ansprüche ursprünglich zugestanden seien.

Nach ständiger Rechtsprechung muss das Feststellungsinteresse noch im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz vorhanden sein (RS0039204 [T1], RS0039085). Dem Kläger kann daher ein berechtigtes Interesse, für die Zukunft bindend feststellen zu lassen, dass die Beklagte ihm gegenüber keine Forderung zu stellen berechtigt

ist, solange nicht abgesprochen werden, als nicht entweder die Beklagte ein prozessual wirksames Anerkenntnis abgibt oder ein materiell-rechtlich wirksamer Verzicht der Beklagten auf die Forderung erklärt wurde (8 Ob 85/03p).

Ob ungeachtet einer vom Beklagten im Lauf des Prozesses zugunsten der Klägerin abgegebenen Erklärung der Fortbestand eines rechtlichen Interesses des Letzteren an einer alsbaldigen Feststellung des begehrten Inhalts bejaht werden kann, lässt sich nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falls beurteilen. Rein theoretische Befürchtungen genügen den Erfordernissen des § 228 ZPO im Bezug auf die „rechtlich-praktische Bedeutung“ der begehrten Feststellung nicht (4 Ob 82/23x). Aus dem Verhalten des Gegners kann aber nur dann ein Fortfall des Feststellungsinteresses abgeleitet werden, wenn dadurch völlig zweifelsfrei die bisher aktuelle Gefährdung der Rechtsposition auf Dauer beseitigt wird; nicht aber auch schon dann, wenn nur das streitige Rechtsverhältnis als solches während des Prozesses anerkannt oder zugestanden wird und zu befürchten ist, dass diese rein privatrechtlich wirksame Erklärung Gegenstand eines neuen Rechtsstreits werden kann (RS0038985).

Aus der oben zitierten Erklärung geht hervor, dass die Beklagte die Rechte der Klägerin nicht anerkennt, viel eher bringt sie explizit zum Ausdruck, dass ihr die streitigen Ansprüche grundsätzlich zustehen würden.

Nach der Rechtsprechung ist das prozessuale Anerkenntnis die einseitige Erklärung des Beklagten an das Gericht in der prozessrechtlich vorgeschriebenen Form, dass der vom Kläger geltend gemachte Klagsanspruch ganz oder teilweise berechtigt ist. Es ist als Prozesshandlung eine Willenserklärung, die auf Gestaltung des Prozessrechtsverhältnisses gerichtet ist (RIS-Justiz RS0040825). Der Anerkenntnisvertrag dagegen muss grundsätzlich als zweiseitiges Rechtsgeschäft gegenüber dem anderen Vertragsteil erklärt oder wenigstens für ihn bestimmt und von ihm angenommen werden (RIS-Justiz RS0032621, 7 Ob 588/91, ZVR 993/10).

Für die rechtliche Einordnung der Erklärung scheiden das prozessuale Anerkenntnis und das konstitutives Anerkenntnis somit aus.

In der Erklärung teilt die Berufungswerberin weiters mit, dass sie sich mittlerweile versichert habe, dass die Website der Klägerin nicht mehr automatisiert personenbezogene Informationen sämtlicher Website-BesucherInnen an den Google Konzern weiterleite und sie es zudem ausdrücklich goutiere, dass die Klägerin den vorrangig angesprochenen Unterlassungsanspruch nicht bestreite. Es folgt eine Belehrung, dass bereits der Datenschutzverstoß schadenersatzpflichtig mache. Die Berufungswerberin teilt mit, dass sie angesichts der dargelegten Gründe nicht davon ausgehe, dass sie die außergerichtlich

angesprochenen Ansprüche weiter verfolgen müsse und die Klägerin ihr glaubhaft versichert habe, dass ihr die Missachtung des Grundrechts auf Datenschutz fern liege, weshalb sie davon ausgehe, dass die Klägerin die Daten ihrer Website-BesucherInnen nicht ausgewertet oder verkauft oder Profiling betrieben habe.

Die Verzichtserklärung lautet sodann: *„Aus den genannten Gründen erklärt die Beklagte ihren ausdrücklichen und unwiderruflichen Verzicht auf all jene Ansprüche, deren Nichtbestehen die klagende Partei klagsgegenständlich begehrt festzustellen. Die Beklagte geht davon aus, dass die klagende Partei kein wie immer geartetes Interesse daran haben kann, auf ihrer Website Google Fonts wieder rechtswidrig zu verwenden, weshalb sie auf alle die Website der klagenden Partei betreffenden Ansprüche verzichtet.“*

Nach § 1444 ABGB kann ein Gläubiger in Fällen, in denen er berechtigt ist, sich eines Rechts zu begeben, auf dieses Recht verzichten, wobei die überwiegende Rechtsprechung diesen Verzicht als Vertrag wertet. Nach einhelliger Ansicht ist der Verzicht ein Verfügungsgeschäft, das eines gültigen Titels bedarf. Als Titel kommt bei entgeltlichem Verzicht Austausch bzw. bei Verzicht auf streitige oder zweifelhafte Rechte Streitbereinigung (etwa durch außergerichtliches konstitutives Anerkenntnis; eine Partei gibt nach, indem sie das bezweifelte oder bestrittene Recht in vollem Umfang zugesteht) in Betracht. Folgt man der überwiegenden Rechtsprechung, die im Sinne der Vertragstheorie für einen gültigen Titel, einen Vertrag und somit die Annahme fordert, ist mangels Annahme durch die Klägerin, kein gültiger Titel zustande gekommen. Selbst für den Fall, dass man den Verzicht als einseitigen Rechtsakt versteht, der bereits mit dem Zugang der Willenserklärung beim Begünstigten wirksam wird und daher von diesem nicht abgelehnt werden kann (*Holly in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.07 § 1444 Rz 13 (Stand 15.6.2023, rdb.at)*), hat die einseitige Erklärung der Beklagten keinen Fortfall des Feststellungsinteresses begründet.

Die Berufungswerberin legt in der - zu Beginn zitierten - Verzichtserklärung ausführlich dar, aus welchen Gründen sie die Verzichtserklärung vornimmt. Die aufgezählten Gründe sind jedoch - entgegen der Behauptung der Berufungswerberin - im Verhältnis zur klagenden Partei strittig, ein vermeintlicher Konsens mit der Klägerin liegt nicht vor, sondern bestreitet die Klägerin ausdrücklich, dass ein Unterlassungsanspruch zusteht oder dass personenbezogene Daten der Berufungswerberin verarbeitet wurden. Da die Berufungswerberin in der Erklärung auch neuerlich betont, dass die Klägerin eine rechtswidrige Handlung setzte und sie außerdem ihre Verzichtserklärung drauf stützt, dass die Klägerin Google Fonts nicht mehr verwendet und diese damit unter der Annahme bestimmter Voraussetzungen erklärt wurde, kann aus einer Gesamtschau der abgegebenen Erklärung nicht von einer auf Dauer beseitigten Gefährdung der Rechtsposition ausgegangen werden. Bei einem solchen Vorgehen der Beklagten kann nicht von „rein theoretischen Befürchtungen“ der Klägerin

gesprachen werden, sodass ihr rechtliches Interesse an der Feststellung fortbesteht.

Ein materiell-rechtlich wirksamer Verzicht liegt nicht vor. Das Feststellungsinteresse der Klägerin blieb aufrecht.

Die rechtlichen Ausführungen der Berufungswerberin zum Schadenersatzanspruch nach Art 82 DSGVO bzw. zur Rechtsfrage, ob Art 82 DSGVO eine persönliche Betroffenheit erfordert und wann diese vorliegt, bedürfen keiner rechtlichen Auseinandersetzung. Das Erstgericht stellte fest, dass die klagsgegenständliche IP-Adresse keiner Person individuell zuordenbar ist. Die klagsgegenständliche IP-Adresse ist daher kein personenbezogenes Datum im Sinne des Art 4 DSGVO. Eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten durch Offenlegung der IP-Adresse ist somit gar nicht möglich, weshalb auch kein Schadenersatzanspruch nach Art 82 DSGVO entstanden sein kann.

Die Berufungswerberin moniert, dass zur Erfüllung des Auskunftsbegehrens kein anwaltliches Einschreiten und folglich keine anwaltlichen Vertretungskosten der Klägerin notwendig gewesen wären. Begründend führt sie aus, dass die WKO ihren Mitgliedern ein standardisiertes Antwortformular auf ihrer Homepage zur Verfügung stelle, welches von tausenden Websitebetreibern auch ohne anwaltliche Hilfe verwendet worden sei und dass die klagende Partei, angesichts ihrer Unternehmensgröße, ohnehin eigene Juristen angestellt haben müsste, die prüfen hätten können, wie das Auskunftsbegehren DSGVO-konform zu beantworten sei.

Dem ist zu entgegnen, dass es die Berufungswerberin war, die ihr Auskunftsbegehren per anwaltlichem Schreiben stellte und in dem Schreiben die Klägerin über drohende Strafen in erheblicher Höhe bei fehlender, verspäteter oder unvollständiger Auskunft unterrichtete. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts ist demnach nicht nur lebensnah, weil nach einem anwaltlichen Abmahnschreiben mit einem anwaltlichen Antwortschreiben gerechnet werden muss, und teilte sogar die Berufungswerberin selbst der Klägerin im Abmahnschreiben mit, dass sie sich bei rechtlichen Unklarheiten an den Anwalt ihres Vertrauens wenden solle. Die Berufungswerberin vermag die rechtliche Beurteilung über die Notwendigkeit des anwaltlichen Einschreitens und der Angemessenheit der dadurch entstandenen Kosten nicht in Zweifel zu ziehen.

Schließlich richtet sich die Rechtsrüge gegen die rechtliche Beurteilung des Rechtsmissbrauchs. Soweit sich die Berufungswerberin auf das Erreichen der Ziele der DSGVO aufgrund ihrer vielen Mahnschreiben beruft, entfernt sie sich vom festgestellten Sachverhalt.

Gemäß Art 15 DSGVO hat die betroffene Person das Recht von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden. Ist dies der Fall, so hat die betroffene Person ein Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten und über die in Art 15 lit a – h angeführten Informationen. Es ist daher – ausgehend vom festgestellten Sachverhalt - zu prüfen, ob sich die Berufungswerberin rechtsmissbräuchlich auf das Auskunftsbegehren berufen hat.

Beim Verbot des Rechtsmissbrauchs geht es grundsätzlich stets um die Frage, ob eine Rechtsanwendung unter Rückgriff auf Maßstäbe wie Treu und Glauben, die guten Sitten oder Gerechtigkeit korrigiert werden soll.

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs darf sich niemand in betrügerischer oder missbräuchlicher Weise auf die Rechtsvorschriften der Europäischen Union berufen (vgl. Urteil vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens verlangt das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Tatbestandsmerkmals (vgl. Urteil vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 31).

Was zum einen das objektive Tatbestandsmerkmal betrifft, muss sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der von der Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen das Ziel dieser Regelung nicht erreicht wurde (vgl. insbesondere Urteile vom 14. Dezember 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, Rn. 52, und vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 32).

Um festzustellen, ob der erhobene Anspruch, soweit er nicht offensichtlich außerhalb des Geltungsbereichs dieser Vorschriften liegt, von diesen tatsächlich verliehen wird, muss der teleologische Geltungsbereich definiert werden (vgl. Schlussanträge EuGH, Halifax para 69; Laura Melusine Baudenbacher, Überlegungen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Gemeinschaftsrecht, ZfRV 2008/29). Ziel der Datenschutz-Grundverordnung (VO 2016/679) ist der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Zur Gewährleistung informationeller Selbstbestimmung wurden durch die Vorschriften der DSGVO insbesondere die Rechte der betroffenen Personen gestärkt.

Die DSGVO ist von diversen Datenschutzgrundsätzen geprägt, die bei der Auslegung der Vorschriften der DSGVO eine wichtige Rolle spielen. Der Auskunftsanspruch nach Art 15 DSGVO trägt zur Verwirklichung des Grundsatzes der Transparenz bei (vgl. Erwägungsgründe 39, 58, 63 DSGVO). Der Auskunftsanspruch ist zentraler Bestandteil des Selbst Datenschutzes und soll im Wesentlichen der betroffenen Person ermöglichen Grundlegendes über die Verarbeitung ihrer Daten zu erfahren, insbesondere ob und welche

Daten der Verantwortliche über sie verarbeitet, und ob dies rechtmäßig geschieht (*Haidinger/Illibauer in Knyrim, Datenschutzrecht*<sup>4</sup> Rz 8.45 (Stand 1.4.2020, rdb.at)).

Als Hilfsanspruch dient Art 15 DSGVO der effektiven Rechtsdurchsetzung der Betroffenenrechte nach Art 16 ff DSGVO. Das Auskunftsrecht ist insbesondere erforderlich, um es der betroffenen Person zu ermöglichen, gegebenenfalls ihr Recht auf Berichtigung, ihr Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“), ihr Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, die ihr nach den Art. 16, 17 bzw. 18 DSGVO zukommen (vgl. entsprechend Urteile vom 17. Juli 2014, *YS u. a.*, C-141/12 und C-372/12, EU:C:2014:2081, Rn. 44, sowie vom 20. Dezember 2017, *Nowak*, C-434/16, EU:C:2017:994, Rn. 57), sowie ihr in Art. 21 DSGVO vorgesehenes Recht auf Widerspruch gegen die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten auszuüben oder im Schadensfall den in den Art. 79 und 82 DSGVO vorgesehenen gerichtlichen Rechtsbehelf einzulegen (vgl. entsprechend Urteil vom 7. Mai 2009, *Rijkeboer*, C-553/07, EU:C:2009:293, Rn. 52).

Aus den Feststellungen des Erstgerichts geht hervor, dass die Berufungswerberin im Zeitpunkt des Versands des anwaltlichen Schreibens mithilfe der programmierten Software bereits jene Datenverarbeitung protokolliert hatte, über die sie in Ihrem Abmahnschreiben Auskunft begehrte. Verfügt die betroffene Person schon vor der Stellung ihres Auskunftsbegehren über die angefragten Daten, kann bereits in Zweifel gezogen werden, ob das Ziel der Regelung trotz Anwendung der formalen Vorschriften damit erreicht werde.

Es ist auch nicht Sinn und Zweck des Auskunftsanspruchs ihn unter Disposition zu stellen und für den Fall der Zahlung eines geforderten Vergleichsbetrages (gegenständlich EUR 190,--) von der begehrten Auskunft abzusehen. Ein solches Vorgehen führt zu dem logischen Schluss, dass mit dem Auskunftsbegehren nicht das Informationsbedürfnis im Hinblick auf die (mögliche) Verarbeitung personenbezogener Daten gestillt werden soll, sondern die Erzielung von Einnahmen verfolgt wird. Die Ausgestaltung des Abmahnschreibens der Berufungswerberin zeigt deutlich, dass der Auskunftsanspruch als Hilfs- und Drohmittel genutzt wurde, um die Klägerin zur Zahlung des angebotenen Vergleichsbetrages zu bewegen bzw. um dem Vergleichsangebot mit Blick auf die drohenden (im Schreiben ausführlich dargelegten) Strafen nach der DSGVO Nachdruck zu verleihen.

Aus diesem Grunde hat sich auch der Europäische Datenschutzausschuss in seiner Leitlinie 01/2022 zu den Rechten der betroffenen Person – Auskunftsrecht, Rz 190., ausführlich zu den Einschränkungen des Auskunftsanspruch geäußert und festgehalten, dass ein Antrag als exzessiv angesehen werden kann, wenn - wie gegenständlich - eine Person einen Antrag stellt, aber gleichzeitig anbietet, ihn zurückzuziehen.

In einem anders gelagerten Fall bewertete es die Datenschutzbehörde als

rechtsmissbräuchlich, wenn im Falle der Zahlung eines Geldbetrages von der Einbringung einer Beschwerde abgesehen wird (GZ: 2023-0.137.735, Verfahrenszahl: DSB-D124.1473/22). Entgegen dem Zweck der Regelung wurde das Beschwerderecht, wie hier gegenständlich, für den Fall der Zahlung eines Geldbetrags zur Disposition gestellt.

Der Antrag auf Auskunft hatte daher die Erlangung eines Vorteils zum Gegenstand, der den Zielsetzungen der einschlägigen Gemeinschaftsvorschrift zuwiderläuft. Aus einer Gesamtwürdigung der Umstände ergibt sich daher, dass trotz der formalen Anwendung der Bedingungen der DSGVO das Ziel dieser Regelung nicht erreicht wurde, sondern für die Beklagte einen Vorteil zum Ergebnis gehabt hätte, der dem mit dieser Bestimmung verfolgten Ziel zuwiderläuft.

Zum anderen erfordert Rechtsmissbrauch auch ein subjektives Tatbestandsmerkmal: Es muss aus einer Reihe objektiver Anhaltspunkte ersichtlich sein, dass wesentlicher Zweck der fraglichen Handlungen die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils ist. Denn das Missbrauchsverbot greift nicht, wenn die fraglichen Handlungen eine andere Erklärung haben können als nur die Erlangung eines Vorteils (vgl. Urteile vom 21. Februar 2006, Halifax u. a., C-255/02, EU:C:2006:121, Rn. 75, vom 22. Dezember 2010, Weald Leasing, C-103/09, EU:C:2010:804, Rn. 30, und vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 33).

Zum Beweis für das Vorliegen dieses zweiten Tatbestandsmerkmals, das auf die Absicht der Handelnden abstellt, kann u.a. der rein künstliche Charakter der fraglichen Handlungen berücksichtigt werden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Dezember 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, Rn. 53 und 58, vom 21. Februar 2006, Halifax u. a., C-255/02, EU:C:2006:121, Rn. 81, vom 21. Februar 2008, Part Service, C-425/06, EU:C:2008:108, Rn. 62, sowie vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 33).

Nach dem festgestellten Sachverhalt des Erstgerichts - die Berufungswerberin ließ sich vor dem 12.8.2022 tage- bzw. wochenlang beraten und gab zum Zwecke der Beweissicherung ein Programm in Auftrag, im Folgenden besuchte sie binnen kurzer Zeit tausende Websites und generierte das Programm durch automationsunterstütztes Erkennen entsprechende Aufforderungsschreiben automationsunterstützt – zeigt sich der künstliche Charakter der Handlung sehr deutlich.

Die große Anzahl der versandten Schreiben verbunden mit dem darin enthaltenen Vorschlag, im Falle der Zahlung des Vergleichsbetrags EUR 190,- die erhobenen Ansprüche, insbesondere auch das Auskunftsbegehren nicht weiter zu verfolgen, untermauern den rechtlichen Schluss, dass wesentlicher Zweck der Handlung die Erzielung von Einnahmen war. Dass das Vorhaben mit Ausgaben verbunden war, die die Berufungswerberin finanzieren

wollte, kann die Absicht der Einnahmenerzielung nicht erschüttern, da jene Kosten notwendig waren und aufgewendet werden mussten, um die verfolgten Einnahmen später erzielen zu können.

Die Feststellung des Erstgerichts, (...) *um zumindest ihr Vorhaben Datenschutzverstöße im Internet an die Öffentlichkeit zu bringen (...)* schadet der rechtlichen Beurteilung des Vorliegens des subjektiven Tatbestandsmerkmals nicht, denn aus einer Reihe objektiver Umstände muss ersichtlich sein, *dass wesentlicher Zweck der fraglichen Handlung die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils ist.* (vgl. Urteile vom 21. Februar 2006, Halifax u. a., C-255/02, EU:C:2006:121, Rn. 75, vom 22. Dezember 2010, Weald Leasing, C-103/09, EU:C:2010:804, Rn. 30, und vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 33).

Betrachtet man das Vorgehen der Beklagten, wäre im Falle, dass sämtliche abgemahnte Website-Betreiber den Vergleichsbetrag anstandslos bezahlt hätten, keinerlei Öffentlichkeit entstanden. Datenschutzverstöße an die Öffentlichkeit zu bringen, kann als wesentliches Ziel daher nicht vorgelegen haben. Ein derartiges Motiv wurde weder im Abmahnschreiben genannt, noch wurden konkrete Handlungen gesetzt um Öffentlichkeit herzustellen. Viel eher verdeutlicht der Gesamteindruck des Abmahnschreibens die Einnahmenerzielungsabsicht der Berufungsweberin, wird doch an mehreren Stellen ausdrücklich auf die drohenden erheblichen Geldbußen, insbesondere auch im Falle der Verletzung des Auskunftsrecht, hingewiesen und wird in dem Schreiben mitgeteilt, dass die entschiedene Rechtssache vor dem LG München gleich gelagert sei, obwohl wesentliche Umstände, nämlich das tausendfache Besuchen von Websites unter Einsatz einer programmierten Software, nicht genannt werden.

Eine Person, die mit einem Antrag auf Auskunft tatsächlich gar keine Auskunft über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten begehrt, sondern sich zuvor, durch Aufrufen tausender Websites unter Einsatz eines Softwareprogrammes zum Auffinden der Websites mit dynamischer Einbindung von Google Fonts, den Status als betroffene Person in einer „künstlichen Weise“ verschafft, mit dem wesentlichen Ziel, sich auf die von der DSGVO gewährten Rechte zu berufen, um Einnahmen zu erzielen, beruft sich daher rechtsmissbräuchlich auf den Schutz der DSGVO.

Das Vorgehen der Berufungswerberin zeigt auf, dass die abgemahnten Datenverarbeitungen nicht im Zuge einer „gewöhnlichen“ Internetnutzung erfolgt sind, sondern gezielt herbeigeführt wurden, um danach die Websitebetreiber mit dem vorbereiteten anwaltlichen Schreiben abmahnen und ihnen den darin enthaltenen Vergleichsvorschlag unterbreiten zu können. Es ist daher auch unbeachtlich, ob der Aufruf der Websites vollständig automatisiert verlief, mithilfe einer programmierten Software oder durch persönlichen Aufruf jeder einzelnen Seite.

Entscheidend ist, dass es das Ziel war (egal auf welche der zuvor genannten Arten) die Datenverarbeitung zu begründen, um „in künstlicher Weise“ die Stellung einer betroffenen Person im Sinne der DSGVO zu erlangen und sich darauf gründend gegenüber den Website-Betreibern auf den Schutz der durch die DSGVO gewährten Rechte berufen zu können. Die „künstliche“ Ausführung der Datenverarbeitung bzw. der Websiteaufrufe ist durch die lange Vorbereitung der Handlung und die Fülle der besuchten Websites offensichtlich.

Das Erstgericht hat daher den Rechtsmissbrauch zutreffend bejaht.

Die Berufungswerberin bekämpft weiters die rechtliche Beurteilung, dass die schadenersatzrechtlich eingeklagten Kosten der anwaltlichen Vertretung der klagenden Partei notwendig gewesen und in ihrer Höhe angemessen seien. Begründend führt die Berufungswerberin aus, dass selbst das Erstgericht festgestellt habe, dass eine Negativauskunft möglich wäre. Eine solche sei nach Ansicht der Berufungswerberin aber weder schwer und könne kein Grund für Kosten in Höhe hunderter Euro sein.

Die rechtliche Beurteilung, die Klägerin hätte zumindest eine Negativauskunft erteilen, aber jedenfalls tätig werden müssen, bezieht sich auf die Mindestanforderung, wie auf ein Auskunftsbegehren bei nicht ausreichender Identifikation des Antragstellers reagiert werden muss. Es verbietet der Klägerin aber nicht, anwaltliche Beratung für die inhaltliche Prüfung, aufgrund der von der Beklagten geschaffenen komplexen Rechtslage, in Anspruch zu nehmen und im Falle der rechtswidrigen und schuldhaften Verursachung der anwaltlichen Kosten, diese schadenersatzrechtlich geltend zu machen.

Die Berufungswerberin argumentiert weiters, dass der im Schreiben vom 12.8.2022 geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht klagsgegenständlich gewesen sei, es aber ohne der Feststellung, dass dieser nicht bestehe, an der Rechtfertigung für den rechtlichen Schluss fehle, dass die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten der anwaltlichen Vertretung habe. Würde nur einer der erhobenen Ansprüche zu Recht bestehen, wären die Kosten der Rechtsverfolgung auf beiden Seiten gleich hoch und hätte die Beklagte Anspruch auf Ersatz dieser Kosten, weil die Klägerin diese rechtswidrig und schuldhaft verursacht habe. Die Berufungswerberin verkennt dabei, dass der Kostenersatzanspruch selbst bei Bestehen einer Gegenforderung nicht erlöschen würde, sondern dies eine Aufrechnungserklärung voraussetzen würde.

Schließlich vertritt die Berufungswerberin die Auffassung, dass das anwaltliche Schreiben der Klägerin der Vorbereitung der Prozessführung und der Abwehr der Ansprüche der Beklagten gedient habe. Es handele sich daher bei den eingeklagten Anwaltskosten der Klägerin um vorprozessuale Kosten, die vom Einheitssatz umfasst seien.

Die Berufungswerberin hat mit Schreiben vom 12.8.2022 einen Antrag auf Auskunft nach Art

15 DSGVO gestellt und erklärt, dass dieser im Falle der Bezahlung des Vergleichsbetrages zurückgezogen werde. Art 12 DSGVO legt die Regelfrist zur Beantwortung eines Auskunftsanspruchs mit einem Monat fest, selbst für den Fall, dass keine personenbezogenen Daten der betroffenen Person verarbeitet werden, muss eine Auskunft (sogenannte Negativauskunft) erteilt werden. Die rechtliche Beurteilung, dass die Klägerin auf das Schreiben reagieren musste, um einen drohenden Schaden von sich abzuwenden, ist somit nicht zu beanstanden. Diese Reaktion hat auch grundsätzlich nichts mit dem gegenständlichen Prozess zu tun und diene nicht dessen Vorbereitung.

Die Rechtsfragen, die die Berufungswerberin zur Vorlage an den EuGH anregt sind allesamt nicht entscheidungserheblich. Es besteht daher kein Anlass zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens zu den genannten Vorlagefragen.

Der Berufung muss daher ein Erfolg versagt bleiben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Ausspruch zur Zulässigkeit der Revision basiert auf § 502 Abs 1 ZPO. Eine Rechtsfrage in der dort geforderten Qualität liegt vor, weil die rechtliche Beurteilung für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle relevant ist.

---

**Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, Abteilung 63**  
**Wien, am 24. April 2024**

██████████ **Vorsitzender**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG