

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

Neue Unternehmensrestrukturierung

- > Restrukturierungsplan
- > Restrukturierungsordnung

Anlass GRUG: Datenschutzrechtlicher Widerruf bei Verträgen über digitale Leistungen

„Corona-Regeln“ im Arbeitsrecht

Corona und andere Ursachen: Nachträgliche Preissteigerungen bei Bauwerksverträgen

Shell-Urteil: Justiz am Limit?

(Notwendige) Streitgenossenschaft? Einlagenrückgewähr im Zivilprozess

Rechtsbehelfsmisbrauch: Troll dich, Troll!?

NEU:
Recht hören.
Der ecolex-
Podcast!



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418 Österreichische Post AG MZ 02Z032706 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

Die Folgen eines datenschutzrechtlichen Widerrufs bei Verträgen über digitale Leistungen

BEITRAG. Anlass für den Beitrag ist die Umsetzung der RL über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (DIRL) im Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG). Das VGG ist ua auch auf Verträge anwendbar, in denen der Unternehmer digitale Leistungen bereitstellt und der Verbraucher im Gegenzug personenbezogene Daten hingibt. Wird die Datenverarbeitung dabei auf eine Einwilligung gestützt, ist es für den Verbraucher überaus bedeutsam, welche zivilrechtlichen Folgen eine Verweigerung oder ein Widerruf der Einwilligung hat. **ecolex 2021/510**



Dr. Sebastian Schwamberger ist Projektmitarbeiter (post-doc) am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.

A. Einleitung

Datengetriebene Geschäftsmodelle werden typischerweise dadurch finanziert, dass Anbieter das Nutzungsverhalten durch Tracking-Techniken oder mittels auf dem Endgerät des Nutzers platzierter Cookies bzw Tracking-IDs erheben und mit diesen Daten Profile der Nutzer erstellen.¹⁾ Die dadurch gewonnenen Daten sind von hohem Wert und können vom Anbieter auf unterschiedlichste Art und Weise monetarisiert werden.²⁾ Insoweit ist es nur konsequent, dass die DIRL³⁾ neben Verträgen, bei denen ein Unternehmer einem Verbraucher digitale Inhalte oder Dienstleistungen bereitstellt und der Verbraucher einen Preis dafür zahlt, grundsätzlich⁴⁾ auch auf Verträge anwendbar ist, in denen der Verbraucher personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt.⁵⁾ Damit drängt sich unweigerlich die Frage nach dem Verhältnis der DIRL zur Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)⁶⁾ auf. Art 3 Abs 8 DIRL ordnet lediglich an, dass die DSGVO von der RL unberührt bleiben soll. Die Folgen des datenschutzrechtlichen Widerrufs werden nicht geregelt, sondern dem nationalen Recht überlassen.⁷⁾ Der österr Gesetzgeber hat – im Gegensatz etwa zum deutschen⁸⁾ –

bei der Umsetzung der DIRL im VGG⁹⁾ bewusst davon abgesehen, eine diesbezügliche Regelung zu treffen. Die Materialien weisen aber darauf hin, dass die Konsequenzen des Widerrufs von der Rechtsanwendung nach den jeweiligen Gegebenheiten einzelfallbezogen zu prüfen wären.¹⁰⁾ Nachfolgend sollen die Grundlagen für eine derartige Prüfung dargelegt werden.

B. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit datengetriebener Geschäftsmodelle

Die gegenständlichen Probleme stellen sich nur, wenn die Datenverarbeitung durch den Unternehmer schon grds im Einklang mit der DSGVO erfolgt, weshalb als erster Schritt auf die Zulässigkeit datengetriebener Geschäftsmodelle eingegangen wird. Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist nur dann im Einklang mit der DSGVO, wenn einer der Erlaubnistatbestände erfüllt ist. Zentraler Erlaubnistatbestand ist die Einwilligung in die Datenverarbeitung (Art 6 Abs 1 lit a DSGVO), welche vom Datensubjekt jederzeit und ohne Grund widerrufen werden kann.¹¹⁾ Der Widerruf wirkt *ex nunc* und führt nur dann zur Unrechtmäßigkeit der darauffolgenden Datenverarbeitung, wenn diese vom Verantwortlichen auf keinen anderen Erlaubnistatbestand gestützt¹²⁾

¹⁾ Vgl Hacker, Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, 148 (153f) mwN.

²⁾ Siehe nur OECD, Data-Driven Innovation – Big Data for Growth and Well-Being (2015) 131ff, 177ff.

³⁾ RL 2019/770/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABI L 2019/136, 1.

⁴⁾ Ausgenommen sollen aber solche Daten sein, die vom Anbieter ausschließlich zur Bereitstellung oder der Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen verarbeitet werden Art 3 Abs 1 Satz 2 DIRL.

⁵⁾ Art 3 Abs 1 Satz 2 DIRL.

⁶⁾ VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG, ABI L 2016/119, 1.

⁷⁾ ErwGr 40 DIRL.

⁸⁾ Vgl § 327q dBGB.

⁹⁾ Der Beitrag beruht auf der Beschlussfassung des GRUG im Nationalrat v 7. 7. 2021. Da der Bundesrat dem Beschluss des Nationalrats keine Zustimmung erteilte (vgl dazu Th. Rabl, Apropos Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz [GRUG]: Bundesrat verzögert Inkrafttreten! ecolex 2021/450, 712) war das VGG zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Beitrags noch nicht in Kraft.

¹⁰⁾ 949 BlgNR 27. GP 13f.

¹¹⁾ Art 7 Abs 3 DSGVO.

¹²⁾ In Betracht kommen vor allem die Erfüllung des Vertrags (Art 6 Abs 1 lit b DSGVO) und das berechnete Interesse (Art 6 Abs 1 lit f DSGVO). Dabei ist umstritten, inwieweit die Einwilligung durch diese Erlaubnistatbestände „umgangen“ werden kann. Siehe dazu etwa Wendehorst/von Westphalen, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, NJW 2016, 3745 (3747), welche deshalb eine teleologische Reduktion von

werden kann.¹³⁾ Für eine wirksame Einwilligung ist insb¹⁴⁾ erforderlich, dass diese freiwillig erteilt wurde. Die Freiwilligkeit wird dabei in ErwGr 42 als „eine echte oder freie Wahl“ der betroffenen Person umschrieben, welche nur dann vorliegt, wenn die betroffene Person „in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“. Für die Beurteilung der Freiwilligkeit kommt es sohin darauf an, ob der betroffenen Person bei deren Verweigerung oder Widerruf ein „Nachteil“ entsteht.

1. Beim „Take-it-or-leave-it“-Modell

Eine unfreiwillige „Einwilligung“ wird insb bei den sog „Take-it-or-leave-it“-Modellen¹⁵⁾ angenommen. Bei diesen schließt der Verantwortliche den Vertrag über digitale Leistungen nur dann ab bzw erbringt die digitale Leistung nur, wenn das Datensubjekt eine Einwilligung in die Datenverarbeitung erteilt. Gegen eine Freiwilligkeit spricht, dass die Verweigerung der Leistung durch den Unternehmer ein Nachteil der betroffenen Person sein könnte und eine solche Koppelung an die Erteilung der Einwilligung auch explizit in Art 7 Abs 4 DSGVO, dem sog „Koppelungsverbot“, angeführt ist. Nach dieser Bestimmung ist bei der Beurteilung der Freiwilligkeit dem Umstand „in größtmöglichem Umfang Rechnung [zu tragen], ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind“. Zwar spricht das Koppelungsverbot lediglich von der Erfüllung des Vertrags, nach mittlerweile wohl überwiegender Ansicht ist hiervon insb auch der Vertragsabschluss erfasst.¹⁶⁾ Darüber hinaus ist die Wirkung des Koppelungsverbots nach wie vor umstritten.¹⁷⁾ Klar ist, dass Art 7 Abs 4 DSGVO nicht jede Koppelung mit der Einwilligung in die Datenverarbeitung verbietet. Strittig ist vor allem, ob ein Nachteil auch dann vorliegt, wenn eine datenschonende Alternative gegen Zahlung eines monetären Preises von einem anderen Verantwortlichen angeboten wird. Das Koppelungsverbot würde in diesem Fall nur greifen, wenn das Datensubjekt auf die Leistung angewiesen ist bzw der Verantwortliche eine Monopolstellung innehat.¹⁸⁾ Dieser Ansicht hat der OGH bereits richtigerweise eine Absage erteilt.¹⁹⁾ Die Koppelung stellt bloß einen von mehreren Faktoren dar, die bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung berücksichtigt werden müssen. Weitere sind etwa die Angewiesenheit der betroffenen Person auf den jeweiligen Dienst²⁰⁾ sowie eine unterschiedliche Verhandlungsmacht der betroffenen Person und des Verantwortlichen.²¹⁾ Der Koppelung wird aber jedenfalls nur dann in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen, wenn im Zweifel von einer Unfreiwilligkeit ausgegangen wird.²²⁾

2. Beim „Pay-or-Okay“-Modell

Um eine Koppelung zu vermeiden, bieten Anbieter ihre Geschäftsmodelle vielfach nicht nur gegen die Erteilung der Einwilligung, sondern im Rahmen von sog „Pay-or-Okay“-Modellen alternativ für einen monetären Preis an. Hierzu hat die österr Datenschutzbehörde bereits entschieden, dass das Vorhandensein eines Alternativangebots zur Freiwilligkeit der Einwilligung führt.²³⁾ In der E hatte die Behörde aber nur darauf abgestellt, dass bei der Alternative kein unverhältnismäßig hohes Entgelt verlangt wird. Richtigerweise ist aber nicht nur die Höhe des Entgelts maßgeblich, sondern es sind

sämtliche Punkte der Angebote zu vergleichen. Wird eine echte Alternative angeboten, so ist schon der Tatbestand der Koppelung nicht erfüllt und damit eine freiwillige Einwilligung gegeben. Eine spezielle Form des „Pay-or-Okay“ ist das sog „Rabattmodell“, welches seine Grundlagen in den Telematiktarifen der Versicherungsbranche hat.²⁴⁾ Dabei werden zwei Verträge abgeschlossen. Im ersten verpflichtet sich der Verantwortliche zu einer Leistung gegen einen Preis. Im zweiten gewährt der Verantwortliche einen Rabatt auf den im ersten Vertrag vereinbarten Preis gegen Einwilligung der betroffenen Person in die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für zusätzliche Zwecke. Die betroffene Person hat sohin nicht die Alternative zwischen der Zahlung eines Preises oder der Erteilung der Einwilligung, sondern ist zur Zahlung eines Preises verpflichtet und hat zusätzlich die Möglichkeit bei Erteilung der Einwilligung einen Rabatt zu erlangen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist das Rabattmodell aber grds dem „Pay-or-Okay“ gleichgelagert. Es liegt sohin auch hier nur dann eine freiwillige Einwilligung vor, wenn der für die Erteilung der Einwilligung gewährte Rabatt tatsächlich gleichwertig ist.

C. Erteilung der Einwilligung als Pflicht des Verbrauchers?

Werden die datengetriebenen Geschäftsmodelle entsprechend den obigen Ausführungen im Einklang mit der DSGVO angeboten und erteilt der Verbraucher eine wirksame Einwilligung, so ist im Falle des Widerrufs primär an eine Vertragsverletzung des Verbrauchers und eine klagsweise Durchsetzung der Erteilung der Einwilligung zu denken. Gegen eine wirksame vertragliche Verpflichtung wird vielfach eingewandt, dass eine solche schon aufgrund des Wortlauts des Art 4 Z 11 DSGVO nicht möglich sei.²⁵⁾ Denn erteilt der Verbraucher die Einwilligung aufgrund einer vertraglichen Pflicht, so sei diese nicht freiwillig. Selbst wenn ein klagbarer Anspruch bestünde, so sei die Einwilligung jederzeit widerruflich, weshalb – wie etwa beim Prostitutionsvertrag – von einem bloß einseitig ver-

Art 6 Abs 1 lit b und f befürworten. Die Frage wurde jüngst dem EuGH vorgelegt (OGH 6 Ob 56/21k).

¹³⁾ Str; s nur *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 6 Rz 15 DSGBO mwN (Stand 7. 5. 2020); vgl aber Art 17 Abs 1 lit b DSGVO.

¹⁴⁾ Auf die weiteren Voraussetzungen kann hier nicht eingegangen werden.

¹⁵⁾ Vgl OGH 6 Ob 140/18h *jusIT* 2018, 249 (*Thiele*).

¹⁶⁾ OGH 6 Ob 140/18h *jusIT* 2018, 249 (*Thiele*); *Schwamberger*, Reichweite des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots nach alter und neuer Rechtslage, *GPR* 2019, 58; so iE auch DSB-D122.931/0003-DSB/2018 *ZIIR* 2019, 39 (*Thiele*).

¹⁷⁾ Vgl dazu die Übersicht bei *Schwamberger*, *GPR* 2019, 57 mwN.

¹⁸⁾ So etwa *Plath* in *Plath*, *DS-GVO/BDSG*³ (2018) Art 7 Rz 19f.

¹⁹⁾ OGH 6 Ob 140/18h *jusIT* 2018, 249 (*Thiele*).

²⁰⁾ Vgl Corte di Cassazione 2. 7. 2018, Nr 17278, unter 25; dazu *Pertot*, Die Auslegung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots – Lockerung durch den Corte di Cassazione, *GPR* 2019, 54 (55ff).

²¹⁾ Vgl ErwGr 43 DSGVO.

²²⁾ OGH 6 Ob 140/18h *jusIT* 2018, 249 (*Thiele*).

²³⁾ DSB-D122.931/0003-DSB/2018; dazu *Schwamberger*, Zulässigkeit von „Pay or Okay“, *jusIT* 2019, 88.

²⁴⁾ Vgl *Sattler*, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand – Die Einwilligung als Wegbereiter des Datenschuldrechts, *JZ* 2017, 1036 (1041).

²⁵⁾ Vgl etwa *Riehm*, Freie Widerrufbarkeit der Einwilligung und Struktur der Obligation – Daten als Gegenleistung? in *Pertot* (Hrsg), *Rechte an Daten* (2020) 189; *Schmitt*, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte (2018) 186f.

pflichtenden Vertrag auszugehen sei.²⁶⁾ Nach anderer Ansicht sei eine wirksame Verpflichtung zur Einwilligung zwar grds möglich, diese aber aufgrund der jederzeitigen Widerruflichkeit gem Art 7 Abs 3 DSGVO in der Praxis kaum durchsetzbar.²⁷⁾

Verträge über die Bereitstellung digitaler Leistungen „gegen die Hingabe von personenbezogenen Daten“ sind vom Wortlaut des § 1 Abs 1 Z 2 lit b VGG erfasst. Insoweit ist wohl davon auszugehen, dass Verträge über die Bereitstellung oder die Zusage zur Bereitstellung von personenbezogenen Daten vom Gesetzgeber grds gebilligt und sohin wirksam sind. Für einen einseitig verbindlichen Vertrag scheint aber die Parallele zum Prostitutionsvertrag zu sprechen. Auch beim Prostitutionsvertrag ging der OGH davon aus, dass das in Art 8 EMRK garantierte Rechte auf Achtung der sexuellen Selbstbestimmung einem klagbaren Anspruch entgegenstehe. Die Menschenwürde werde aber auch durch die jederzeitige Widerruflichkeit der Bereitschaft zur Erbringung sexueller Handlungen gewahrt.²⁸⁾ Ebenso wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art 8 GRC) mitunter dadurch gewahrt, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigern oder jederzeit widerrufen kann. Das Grundrecht verlangt sohin genauso wie das Recht auf Achtung der sexuellen Selbstbestimmung nicht, dass der Vertrag gänzlich unwirksam ist. Vielmehr ist den Interessen des Verbrauchers durch die Wirksamkeit des Vertrags sogar mehr genüge getan, kann er doch im Falle der Erteilung der Einwilligung selbst auf Leistung gegenüber dem Unternehmer dringen. Art 8 GRC, bzw Art 4 Z 11 und Art 7 Abs 3 DSGVO führen sohin nur dazu, dass dem Unternehmer kein klagbarer Anspruch auf Erteilung der Einwilligung zusteht – die Wirksamkeit des Vertrags bleibt aber unberührt. Mangels vertraglicher Pflicht scheidet damit aber auch Schadenersatz aus.²⁹⁾

D. Verweigerung der Leistung durch den Unternehmer?

Abseits einer Klage auf Erteilung der Einwilligung wird Unternehmer in der Praxis vielmehr interessieren, ob bei der Zahlung und bei der Hingabe von personenbezogenen Daten durch den Verbraucher dieselben Rechtsbehelfe – also bei Verweigerung und Widerruf der Einwilligung insb die Zug-um-Zug-Einrede (§ 1052 ABGB) – zustehen. Die Zug-um-Zug-Einrede setzt grds das Vorhandensein eines Synallagmas voraus.³⁰⁾ Im Kommissionsvorschlag der DIRM war noch die „aktive“ Bereitstellung von personenbezogenen Daten explizit als „Gegenleistung“ bezeichnet worden.³¹⁾ Vor allem nach dem Widerstand des europäischen Datenschutzbeauftragten und dem Vergleich mit dem Organhandel³²⁾ wurde die „Gegenleistung“ aber gestrichen und sowohl die aktive als auch passive Bereitstellung von Daten der Zahlung eines Preises gleichgestellt.

Anders als in der RL wird die Bereitstellung von personenbezogenen Daten im VGG aber nicht der Zahlung eines Preises, sondern in § 1 Abs 1 Z 2 VGG insgesamt der „Zahlung“ gleichgestellt.³³⁾ Damit soll gemäß den Materialien auch der Tausch in den Anwendungsbereich der RL fallen.³⁴⁾ Aus der Bestimmung könnte zwar durchaus geschlossen werden, dass es sich bei der Hingabe von personenbezogenen Daten um keine „Zahlung“ und damit eine unentgeltliche Leistung handeln könnte.³⁵⁾ Will man nicht einen Realvertrag³⁶⁾ oder eine konditionale Verknüpfung³⁷⁾ annehmen, so könnte zumindest im Anwendungsbereich des VGG die Frage der Entgeltlichkeit unerheblich sein: Durch die Gleichstellung in § 1

Abs 1 Z 2 VGG sind die Bereitstellung von personenbezogenen Daten und die Zahlung insgesamt gleich zu behandeln. Dadurch ist aber nicht nur die Anwendbarkeit des VGG, sondern auch aller bei der Zahlung des Verbrauchers anwendbaren Rechtsbehelfe, wie insb das Zug-um-Zug-Prinzip, eröffnet. Kann der Unternehmer sohin aufgrund mangelnder „Zahlung“ seine Leistung verweigern, so steht ihm dieses Recht auch zu, wenn der Verbraucher die Einwilligung in die Datenverarbeitung in selbiger Art und Weise verweigert oder widerruft.³⁸⁾

Verweigert der Unternehmer seine Leistung, so kann dies beim Rabattmodell zu einem „Rückfall“ in die Pflicht zur Zahlung des Entgelts aus dem Grundvertrag führen. Denn der Widerruf der Einwilligung berechtigt den Unternehmer schlicht dazu, die von ihm gewährte Prämie zu verweigern. Diese Verweigerung ist auch aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Denn war es dem Unternehmer schon ursprünglich möglich, den Vertragsabschluss oder die Leistung zu verweigern, ohne dass dem Verbraucher hierdurch ein Nachteil iSd ErWGr 42 entsteht, so muss es ihm auch möglich sein, seine Leistung nach Widerruf ohne Nachteil für den Verbraucher zu verweigern.³⁹⁾ Schlussendlich wird dem Verbraucher nur ein Vorteil verwehrt. Demgegenüber trifft den Verbraucher beim Pay-or-Okay-Modell nach Widerruf keine Pflicht zur Leistung eines Entgelts, da der Verbraucher nur die Hingabe von personenbezogenen Daten zugesagt hat.

E. Sonderkündigungsrecht des Unternehmers?

Weiters ist zu untersuchen, ob dem Unternehmer durch den Widerruf der Einwilligung ein Sonderkündigungsrecht zukommt. Zwar stellt der datenschutzrechtliche Widerruf – wie oben ausgeführt – keine Pflichtverletzung des Verbrauchers dar, schlussendlich würde der Unternehmer bei Fehlen eines außerordentlichen Kündigungsgrundes aber dazu verpflichtet, die digitale Leistung ohne „Gegenleistung“ bis zur ordentlichen Beendigung des Vertrags zu erbringen. Dadurch, dass die Bereitstellung von personenbezogenen Daten der „Zahlung“ gleichgestellt wurde, ist auch hier davon auszugehen,

²⁶⁾ Vgl Langhanke, Daten als Leistung (2018) 113ff.

²⁷⁾ Vgl Hacker, Datenprivatrecht (2020) 223f.

²⁸⁾ OGH 3 Ob 45/12g ecolex 2012, 479.

²⁹⁾ Vgl Hacker, Datenprivatrecht 224; Schmidt-Kessel/Grimm, Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 98. So nunmehr auch § 327q dBBG.

³⁰⁾ Apathy/Perner in KBB⁶ § 1052 Rz 1.

³¹⁾ Vgl Art 3 Abs 1 COM(2015) 634 final: „(...) und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt“.

³²⁾ EDPS Stellungnahme 4/2017, Nr 17.

³³⁾ Die Zusage der Bereitstellung findet sich jedoch nur in der Richtlinienbestimmung, nicht aber in § 1 Abs 1 Z 2 lit b VGG.

³⁴⁾ 949 BlgNR 27. GP 13.

³⁵⁾ Würde man die Hingabe von personenbezogenen Daten als Zahlung iSd § 1 Abs 1 Z 2 lit a VGG qualifizieren, müsste man dem Gesetzgeber gleichzeitig unterstellen, mit § 1 Abs 1 Z 2 lit b eine Regelung ohne eigenen Anwendungsbereich geschaffen zu haben.

³⁶⁾ So Riehm in Pertot, Rechte and Daten 194ff.

³⁷⁾ So Hacker, Datenprivatrecht 228ff.

³⁸⁾ Anderes könnte aber gelten, wenn es dadurch zu einer Überkompensation des Unternehmers aufgrund einer bereits erfolgten Amortisation kommt. Vgl dazu Schmidt-Kessel/Grimm, ZfPW 2017, 98.

³⁹⁾ Vgl Riehm in Pertot, Rechte and Daten 202.

dass der Unternehmer wie bei der Zahlung zum Rücktritt bzw zur Kündigung berechtigt ist. Verweigert der Verbraucher sohin seine Einwilligung, so kann der Unternehmer vor Vollzugsetzung unter Setzung einer Nachfrist gem § 918 ABGB vom Vertrag zurückzutreten.⁴⁰⁾ Widerruft der Verbraucher die Einwilligung, so ist dem Unternehmer die Aufrechterhaltung des Vertrags idR nicht mehr zumutbar und steht ihm ein außerordentliches Kündigungsrecht zu.⁴¹⁾ Einer vorzeitigen Auflösung stehen insoweit keine datenschutzrechtlichen Bedenken entgegen, als der Verantwortliche durch die DSGVO eben nicht verpflichtet wird, seine Leistung auch nach Widerruf weiterhin zu erbringen, wenn er seine Leistungserbringung ursprünglich von der Erteilung der Einwilligung abhängig machen durfte.

F. Folgen der datenschutzrechtswidrigen Verarbeitung

Die bisherigen Ausführungen beschränkten sich auf die Grenzen der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von datengetriebenen Geschäftsmodellen und den Folgen der Verweigerung und des Widerrufs der (wirksam erteilten) Einwilligung. Abschließend sind aber auch noch die Folgen für den Unternehmer zu beleuchten, wenn er die Daten ohne freiwillige Einwilligung verarbeitet und die Verarbeitung auch auf keine andere Rechtsgrundlage stützen kann. Bei einer datenschutzwidrigen Verarbeitung ist der Unternehmer sowohl den verwaltungs- als auch parallel⁴²⁾ den zivilrechtlichen Rechtsbehelfen der Art 77ff DSGVO ausgesetzt. Die Datenschutzwidrigkeit führt grds nicht dazu, dass die DURL und

folglich das VGG nicht zur Anwendung kommen, denn es ist nicht davon auszugehen, dass die datenschutzwidrige Verarbeitung zur Unwirksamkeit des Vertrags über digitale Leistungen führt. Eine Unwirksamkeit wäre auch nicht zum Vorteil des Verbrauchers, sondern es würde dieser sogar doppelt benachteiligt. Einerseits, weil die Verarbeitung gegen die DSGVO verstößt und andererseits, weil der Verbraucher dadurch eines klagbaren Anspruchs auf Bereitstellung der digitalen Leistung verlustig würde.⁴³⁾ Zudem stehen dem Verbraucher bei Verstößen gegen die DSGVO ohnehin die darin vorgesehenen Rechtsbehelfe wie etwa das Recht auf Löschung in Art 17 DSGVO offen. Insoweit bedarf es der Unwirksamkeit des Vertrags auch nicht, um den Rechten des Verbrauchers zum Durchbruch zu verhelfen.

Schlussstrich

Die für den Verbraucher bedeutsamen Folgen der Verweigerung und des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung auf den Vertrag über digitale Leistungen wurden im VGG nicht geregelt. Damit werden die Rechtsanwender aber nicht vor unlösbare Probleme gestellt. Durch die Gleichstellung der Hingabe von personenbezogenen Daten mit der Zahlung in § 1 Abs 1 Z 2 VGG hat der Gesetzgeber jedenfalls klargestellt, dass derartige Verträge wirksam sind. Es ist jedoch von einer bloß einseitigen Verpflichtung auszugehen. Darüber hinaus führt die Gleichstellung dazu, dass dem Unternehmer bei Verweigerung oder Widerruf der Einwilligung durch den Verbraucher dieselben Rechtsbehelfe zustehen, wie wenn der Verbraucher die Zahlung verweigert. Dem Unternehmer stehen damit idR ein Leistungsverweigerungs- und ein außerordentliches Kündigungsrecht zu. Eine Pflicht zur Zahlung eines monetären Entgelts kann den Widerruf aber nur dann auslösen, wenn der Hingabe von personenbezogenen Daten das sog Rabattmodell zugrunde liegt. Außerdem ist nicht davon auszugehen, dass eine datenschutzwidrige Verarbeitung zur Unwirksamkeit eines Verbrauchervertrags über digitale Leistungen führt.

⁴⁰⁾ Vgl zu § 323 dBGB, Metzger, Dienst gegen Daten, AcP 216 (2016) 852.

⁴¹⁾ Vgl § 327q Abs 2 dBGB; so bereits zu § 543 dBGB, Metzger, AcP 2016, 864; Specht, Daten als Gegenleistung - Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus? JZ 2017, 768. Anderes könnte aber wiederum gelten, wenn es so zu einer Überkompensation des Unternehmers kommt.

⁴²⁾ OGH 6 Ob 131/18k ecolex 2019, 346 (Zemann); vgl aber die jüngste ungarische EuGH Vorlage in der Rs C-132/21, Nemzeti Adatvédelmi.

⁴³⁾ Vgl Hacker, ZfPW 2019, 161.