

Diese Arbeit wurde im Rahmen des Formats CampusPublik der Landeszentrale für politische Bildung Sachsen-Anhalt auf der Website www.lpb.sachsen-anhalt.de im Dezember 2022 veröffentlicht.

Persönliche Daten: Ein neuer Fokus des Verbraucherkaufrechts nach Novellierung im Zuge der Digitalisierungsrichtlinie (EU) 2019/770

Von Lukas Boschan

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät

Dozent: Jun.-Prof. Dr. Azar Aliyev

05. März 2022

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	I
A. Einführung	27
B. Hauptteil	29
I. Inhalt und Anwendungsbereich der Digitalisierungsrichtlinie 29	
1) Anwendungsbereich	29
a) Digitale Inhalte	29
b) Digitale Dienstleistungen	29
c) Unterscheidung der Begriffe	30
d) Personenbezogene Daten	30
2) Inhalt	30
II. Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand 31	
1) Leistungsbegriff	33
2) Leistungsform	33
a) Datenschutzrechtliche Einordnung	33
aa) Leistung durch Unterlassen wegen Erlaubnistatbestand	34
bb) Leistung durch Erfüllung	35
(1) Erfordernis der Einwilligung zur Datenverarbeitung	35
(2) Kopplungsverbot Art. 7 IV DS-GVO	36
(a) Konkret-objektiver Maßstab	37
(b) Abstrakt-wertender Ansatz	38
(c) Zwischenergebnis	39
(3) Zwischenergebnis	40
cc) Zwischenergebnis	40
b) Typus der Gegenleistung	40
c) Zwischenergebnis	42
3) Vertragstypus und Verortung im Bürgerlichen Gesetzbuch	42
4) Zwischenfazit	43
5) Sonderfall: Falsche persönliche Daten als Gegenleistung	44
III. Vertragsbeendigung 45	

1) Berechtigung des Verbrauchers zur Vertragsbeendigung	45
2) Sonderfall: Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung	47
3) Folgen der Vertragsbeendigung	48

C. Abschließende Betrachtung **49**

Ehrenwörtliche Erklärung Fehler! Textmarke nicht definiert.

Literaturverzeichnis

Amtsblatt der Europäischen Union C 200

60. Jahrgang 23.6.2017

Bach, Ivo

„Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und
Verbraucherverträgen über digitale Inhalte“,
NJW 2019 Heft 24 S. 1705-1711

Bräutigam, Peter

„Das Nutzungsverhältnis bei sozialen
Netzwerken“,
MMR 2012 Heft 10 S. 635-641

Ehmann, Eugen/
Selmayr, Martin

Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2.
Auflage München 2018

Engeler, Malte

„Das überschätzte Kopplungsverbot“,
ZD 2018, S. 55-62

Ernst, Stefan

„Die Widerruflichkeit der datenschutzrechtlichen
Einordnung“,
ZD 2020, S. 383-385

Gola, Peter

Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2.
Auflage München 2018
(Zit.: *Bearbeiter*, in: Gola DS-GVO Art. Rn.)

Gerpott, Torsten

„Wirkungen von Formatvariationen bei
Erklärungen zum Schutz personenbezogener

- Grüneberg, Christian
Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch,
81. neubearbeitete Auflage München 2022
(Zit.: *Bearbeiter*, in: Grüneberg BGB § Rn.)
- Hacker, Philipp.
„Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im
Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem
Vertragsrecht“,
ZfPW 2019 S. 184-197
- Hau, Wolfgang/
Poseck, Roman
Beck Online Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
München 61. Edition Stand 01.02.2022
(Zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK Hau/Poseck § Rn.)
- Hoeren, Thomas/
Sieber, Ulrich/
Holznagel, Bernd
Handbuch Multimedia-Recht,
Werkstand: 57. EL September 2021,
Teil 12 Rn. 1124.
(Zit.: *Bearbeiter*, in: Handbuch Multimedia-Recht,
Werkstand: 57. EL September 2021, § Rn.)
- Jauernig, Othmar
Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar,
18. neubearbeitete Auflage München 2021
(Zit.: *Bearbeiter*, in: Jauernig BGB, § Rn.)
- Langhanke, Carmen
„Daten als Leistung“, Rechtsvergleichung und
Rechtsvereinheitlichung 53,
Tübingen 2018

- Metzger, Axel „Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen“, JZ 2019 Heft 12 S. 577-586
- Metzger, Axel „Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag“, AcP 2016, S. 817-865
- Mischau, Lena „Daten als „Gegenleistung“ im neuen Verbrauchervertragsrecht“, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 28. Jahrgang München 2020, S. 335-365
- Münchener Kommentar zum BGB,
Band 2 §§241-310
- Schuldrecht – Allgemeiner Teil,
8. Auflage München 2019
- Band 3 §§311-432
Schuldrecht - Allgemeiner Teil II,
8. Auflage München 2019
- Sattler, Andreas „Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter“, CR 2020 Heft 3, S. 145-154
- Schulze, Reiner „Die Digitale-Inhalte-Richtlinie“, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 27. Jahrgang München 2019, S. 695-723

- Specht, Louisa „Daten als Gegenleistung–Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?“, JZ 2017 Heft 15/16 S. 763-770
- Spindler, Gerald „Die Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte“, MMR 2019 Heft 8 S. 488-493
Sein, Karin
- Staudenmayer, Dirk „Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen“, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 27. Jahrgang München 2019, S. 664-694
- Staudenmayer, Dirk „Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte“, NJW 2019 Heft 34 S. 2497-2501
- Staudinger, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§241-243, Neubearbeitung Berlin 2019 (Zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger BGB, § Rn.)
- Wendland, Matthias „Sonderprivatrecht für Digitale Güter“, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 118. Band Frankfurt 2019 S. 191-230

A. Einführung

Gesellschaft und Wirtschaft sind kein starres Konstrukt. Sie entwickeln sich vielmehr täglich weiter, hängen stark voneinander ab und unterliegen den Entwicklungen der jeweiligen Zeit. Die größte Innovation des einundzwanzigsten Jahrhunderts bildet die Digitalisierung. Sie hält Einzug in allen Bereichen unseres Lebens, sodass sie auch unsere Wirtschaft und Gesellschaft grundlegend transformiert und diese vor neue Herausforderungen stellt. Ob Registrierungen in sozialen Netzwerken oder das Nutzen einer Suchmaschine im Internet, überall hinterlässt der Mensch seinen digitalen Fußabdruck. Immer häufiger hängt die Wirtschaftlichkeit digitaler Inhalte und Dienstleistungen nicht wie im herkömmlichen Rechtsgeschäftsverkehr von monetären Gegenleistungen ab, sondern von der Verarbeitung personenbezogener Daten der Nutzer. Die Rechtsprechung zum Verkehr digitaler Elemente ist hierbei noch wenig fortgeschritten. Dies stellt die Rechtslage hinsichtlich des Verbraucherkaufrechts vor neue Herausforderungen, sodass ein passender Rahmen für diesen Transformationsprozess geschaffen werden musste.¹

Durch die Verabschiedung der europäischen Digitalisierungsrichtlinie (EU) 2019/770 für Digitale Inhalte und Dienstleistungen² erfolgte eine erste Reaktion des Privatrechts auf den Transformationsprozess der Gesamtwirtschaft hin zur Digitalisierung.³ Die Richtlinie regelt Rechte und Pflichten, die aus dem Vertreiben digitaler Inhalte und Daten erwachsen. Erstmals wird eine Regelung getroffen, die es ermöglicht anstatt eines monetären Entgelts personenbezogene Daten zu entrichten, um die Dienste und Inhalte in Anspruch nehmen zu können. Die Richtlinie dient gem. Art. 4 DID-RL der Vollharmonisierung und enthält zwingendes Recht gem. Art. 22 I DID-RL. Die Vollharmonisierung hat zum Vorteil, dass Unternehmen bei grenzüberschreitender Vermarktung kaum Unterschiede bei nationalen Gewährleistungsrechten berücksichtigen müssen mit der doppelten Zielsetzung der Förderung des Binnenmarkts und der Förderung des Verbraucherschutzniveaus, durch das Schaffen

¹ *Staudenmayer*, ZEuP 2019 S. 666.

² Im Folgenden: „DID-RL“.

³ *Staudenmayer*, NJW 35/2019 S. 2497.

einer einheitlichen Rechtsgrundlage.⁴ Trotz des Vollharmonisierungsanspruchs der Richtlinie erfolgte keine abschließende Regelung darüber, ob es sich bei der Bereitstellung digitaler Inhalte um einen gültigen Vertrag handelt,⁵ da eine Beurteilung dessen den jeweiligen Mitgliedsstaaten und deren geltendem Recht obliegt. So sind Abschluss und Wirksamkeit von Verträgen vollständig ausgeklammert.⁶ Die Vertragsmäßigkeit bleibt letztlich eine Frage des Einzelfalls.⁷

Dies wirft die Frage auf, ob und inwiefern personenbezogene Daten ein Leistungsgegenstand iSd deutschen Privatrechts sind und inwiefern der Gesetzgeber einen neuen Fokus auf dieses alternative „Zahlungsmittel“ legt.

Die Seminararbeit behandelt daher die Thematik des Zustandekommens von Verträgen mit „Daten als Gegenleistung“ unter dem Aspekt der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung iSd Art. 7 DSGVO, sowie rechtliche Ansprüche und Pflichten, die hieraus für Nutzer und den Bereitstellenden digitaler Inhalte bestehen. Hierfür wird zunächst der Inhalt und Anwendungsbereich der Digitalisierungsrichtlinie dargestellt. Darauffolgend wird das Problem der Gegenleistung von Daten unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit mit dem deutschen Privatrecht und der DSGVO erörtert. Des Weiteren werden die Gewährleistungsrechte von Verbrauchern und Unternehmern bei mangelhafter Erfüllung dargelegt und die Folgen eines Rücktritts vom Vertrag thematisiert. Letztlich erfolgt eine Bewertung der Effektivität der Richtlinie und ein Ausblick auf die Konsequenzen der Richtlinie für den Verbraucher für künftige Vertragsabwicklungen im Internet.

⁴ *Staudenmayer*, ZEuP 2019 S. 666.

⁵ Erwägungsgrund (künftig Erwgr.) 24 DID-RL.

⁶ vgl. Art. 3 X DID-RL.

⁷ *Metzger*, JZ 2019, S. 584.

B. Hauptteil

I. Inhalt und Anwendungsbereich der Digitalisierungsrichtlinie

1) Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie erstreckt sich gem. Art. 3 I DID-RL auf Verträge, die im Verhältnis „business-to-customer“, also zwischen Unternehmen und Verbrauchern geschlossen werden. Unternehmer iSd Richtlinie können auch Plattformanbieter sein, wenn sie selbst als direkte Vertragspartner des Verbrauchers digitale Inhalte oder Dienstleistungen vertreiben.⁸

Der sachliche Anwendungsbereich erfasst auf Unternehmenseite gem. Art. 3 I DID-RL das Bereitstellen digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

a) Digitale Inhalte

Digitale Inhalte („digital content“) sind gem. Art. 2 Nr. 1 DID-RL solche, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. In Betracht kommen beispielsweise Computerprogramme, Anwendungen, Video -, Audio – und Musikdateien, digitale Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen.⁹

b) Digitale Dienstleistungen

Digitale Dienstleistungen sind gem. Art. 2 Abs. 2a DID-RL solche Dienstleistungen, die dem Verbraucher die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen. Umfasst sind Software-as-a-Service, gemeinsame Nutzung von Video- und Audioinhalten und andere Formen des Datei Hosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-

⁸ vgl. Erwgr 18 DID-RL

⁹ vgl. ErwGr 19 DID-RL

Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden.¹⁰ Aus diesen Beispielen lässt sich ableiten, dass das Bereitstellen digitaler Dienstleistungen meist mit einer Nutzungsberechtigung an immateriellen Gegenständen verbunden ist.¹¹

c) Unterscheidung der Begriffe

Einerseits können die Grenzen zwischen den Produktkategorien stark verschwimmen, andererseits ist eine genaue Abgrenzung anhand der Definitionen der DID-RL schwer möglich.¹² Der Anwendungsbereich digitaler Inhalte und Dienstleistungen ist dementsprechend weit gefasst. Beide Begriffe werden rechtlich im Wesentlichen gleich von der DID-RL behandelt. Eine Unterscheidung der Produktkategorien dient nur dazu den weiten Anwendungsbereich zu verdeutlichen. Damit soll gewährleistet werden, dass kein Unternehmen der Anwendung der DID-RL aufgrund der Art wie ihr Produkt ausgestaltet ist oder vertrieben wird oder durch Umstrukturierung ihrer Produkte entgehen können und somit Wettbewerbsvorteile erlangt.¹³

d) Personenbezogene Daten

Der sachliche Anwendungsbereich umfasst auf Verbraucherseite als absolutes Novum neben einer Zahlung eines monetären Entgelts auch die Bereitstellung personenbezogener Daten. Gemeint sind E-Mail-Adresse, Alter, Geschlecht oder Ähnliches, wenn man sich beispielsweise auf einer Website für eine „kostenlose Leistung“ registriert.

2) Inhalt

Die Richtlinie enthält Regelungen über Gewährleistungsrechte des Verbrauchers bei mangelhaften digitalen Inhalten, Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit, eine Verpflichtung des Bereitstellenden zur

¹⁰ vgl. ErwGr 19 DID-RL

¹¹ Sattler, CR 3/2020 S. 147.

¹² vgl. Sattler, CR 3/2020 S. 147.

¹³ Staudemeyer, NJW 2019, S. 2497.

Verfügungstellung von regelmäßigen Updates und Auskünfte über die Möglichkeit und Rechtsfolge der Vertragsbeendigung.

II. Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand

Das Bereitstellen digitaler Inhalte erfolgt zwar bei der Inanspruchnahme eines „kostenfreien“ Internetdienstes auf den ersten Blick unentgeltlich, jedoch hat der Unternehmer regelmäßig Interesse an einer Gegenleistung um das Bereitstellen wirtschaftlich zu gestalten. Die Leistung auf Seiten des Verbrauchers liegt hier im Bereitstellen personenbezogener Daten, die vom Unternehmer verarbeitet werden.

Während in der ursprünglichen Kommissionsfassung der Richtlinie personenbezogene Daten explizit als vertragliche Gegenleistung definiert werden¹⁴, enthält die Endfassung der Richtlinie keine Regelung der vertraglichen Leistungspflicht des Verbrauchers, sondern lediglich einen Hinweis, dass die Richtlinie auf Verträge, in denen der Nutzer mit Daten „zahlt“, anwendbar ist. Die Formulierung von Daten als Gegenleistung wird hierbei bewusst umgangen, da diese in der Kommissionsfassung vom EU-Datenschutzbeauftragten kritisiert wurde.¹⁵ Gleichwohl darf aufgrund der Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf das „Zahlen“ mit Nutzerdaten aber nicht übersehen werden, dass hier Daten faktisch die Funktion einer Gegenleistung einnehmen sollen.

Ungeklärt bleibt jedoch, ob durch das Bereitstellen personenbezogener Daten ein Vertrag zustande kommt oder es sich um eine einseitige Leistungsgewährung von Seiten des Unternehmers und eine einseitige Einwilligung des Verbrauchers in die Datenverarbeitung handelt.¹⁶ Dessen Bewertung obliegt dem Recht der einzelnen Mitgliedsstaaten.¹⁷ Im Folgenden wird eine Einordnung im deutschen Zivilrecht erörtert.

¹⁴ „(...) und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener Daten erbringt“

¹⁵ vgl. Stellungnahme 4/2017 des European Data Protection Supervisor zu dem Vorschlag einer Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, ABI C 200/10, S. 13.

¹⁶ vgl. Metzger, JZ 12/2019 S. 579.

¹⁷ Erwgr. 24 DID-RL

Das BGB unterteilt Verträge allgemein in einseitig und zweiseitig verpflichtende Verträge.¹⁸

Der einseitig verpflichtende Vertrag kennzeichnet sich dadurch, dass sich lediglich eine Hauptleistungspflicht für eine der beiden Vertragsparteien ergibt, wodurch der Vertrag nicht das Merkmal der Gegenseitigkeit aufweist.¹⁹

Die Digitalisierungsrichtlinie findet gem. Art. 3 V lit. f DID-RL keine Anwendung auf sog. Freeware, also solche Ware, für die der Anbieter keinerlei Nutzungsvergütung verlangt. Somit kann es sich im Rahmen des Erwerbs digitaler Inhalte iSd Richtlinie vertraglich nicht um eine Schenkung gem. §516ff. BGB handeln, da diese als einseitig verpflichtender Vertrag vorliegend nur dem Anbieter eine Leistungspflicht auferlegen würde, was eine Gegenseitigkeit ausschließt.²⁰

Ein Vertrag iSd Richtlinie kann demnach nur als zweiseitig verpflichtender Vertrag vorliegen. Dieser Vertragstypus wird entweder als vollkommen oder unvollkommen kategorisiert.²¹

Unvollkommene zweiseitige Verträge sind solche, in denen die Leistungspflichten der Parteien gerade nicht dazu bestimmt sind, im Gegenzug eine Leistung zu erhalten.²² Vom Vorliegen einer solchen Vertragsform kann nicht ausgegangen werden, da der Unternehmer regelmäßig den Dienst nur anbietet, um im Gegenzug die Nutzerdaten zu Wirtschaftszecken verarbeiten zu können.

Das Zustandekommen eines vollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrages setzt eine Gegenleistung des Verbrauchers voraus, die entweder im Synallagma zur Hauptleistung steht²³ oder konditional oder kausal mit der Hauptleistung verknüpft ist.²⁴ Diese Vertragsform wird daher auch als gegenseitiger Vertrag bezeichnet.²⁵ Im Falle der Bereitstellung digitaler Daten und Inhalte durch den Unternehmer müsste

¹⁸ *Emmerich*, in: MüKo-BGB Vor§320 Rn. 2;

Schmidt, in: BeckOK Hau/Poseck §320 Rn. 4.

¹⁹ *Emmerich*, in: MüKo-BGB Vor§320 Rn. 2.

²⁰ *Schmidt*, in: BeckOK Hau/Poseck §320 Rn. 4.

²¹ *Schmidt*, in: BeckOK Hau/Poseck §320 Rn. 4.

²² *Schmidt*, in: BeckOK Hau/Poseck §320 Rn. 7.

²³ *Emmerich*, in: MüKo-BGB Vor§320 Rn. 3.

²⁴ *Grüneberg*, in: Grüneberg BGB Einf. §320 Rn. 7;

a.A: *Emmerich*, in: MüKo-BGB Vor§320 Rn. 10.

²⁵ *Emmerich*, in: MüKo-BGB Vor§320 Rn. 3.

die Datenüberlassung des Verbrauchers demnach entweder die synallagmatische Gegenleistung darstellen oder die Bedingung gem. §158 BGB für die Verpflichtung zur Erbringung sein.²⁶ Die Bewertung dessen obliegt der Betrachtung, ob im Bereitstellen personenbezogener Daten überhaupt eine Gegenleistung gesehen werden kann.

1) Leistungsbegriff

Der Leistungsbegriff des BGB ist nicht einheitlich definiert. Was geschuldet wird, muss dem einzelnen Schuldverhältnis entnommen werden. Es kommt jedes bestimmte oder wenigstens bestimmbar positive oder negative, tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Verhalten des Schuldners, wie beispielsweise die Zahlung von Geld, die Überlassung von Sachen und Rechten oder die Abgabe einer Willenserklärung in Betracht.²⁷ Gemäß des weiten Leistungsbegriffs können personenbezogene Daten als Gegenleistung verstanden werden.²⁸

2) Leistungsform

Ferner stellt sich die Frage, ob die Leistung in einem positiven Tun im Sinne eines aktiven Handelns, durch Erteilung des datenschutzrechtlichen Einverständnisses zur Datenüberlassung, oder einem Unterlassen bzw. Dulden besteht, dadurch dass nach Art. 6 I c) DS-GVO gesetzliche Erlaubnistatbestände eingreifen, die eine Verarbeitung der Nutzerdaten durch den Unternehmer begründen. Die Beurteilung darüber hängt von der datenschutzrechtlichen Einordnung eines solchen Schuldverhältnisses mit dem Inhalt „Daten als Leistung“ ab.

a) Datenschutzrechtliche Einordnung

Gem. Art. 3 VIII lässt die Richtlinie Bestimmungen der DS-GVO unberührt und lässt diese bei Widersprüchen vorrangig gelten. Eine Anwendbarkeit

²⁶ *Grüneberg*, in: *Grüneberg BGB Einf.* §320 Rn. 7.

²⁷ *Mansel*, in: *Jauernig*, §241 Rn. 7.

²⁸ *Langhanke*, *Daten als Leistung*, S. 98.

der DS-GVO ist neben der EU-Richtlinie 2019 also nicht nur möglich, sondern zwingend erforderlich.

Personenbezogene Nutzerdaten unterliegen gem. Art. 6 DS-GVO einem präventiven Datenverarbeitungsverbot. Eine leistungsbegründende Verarbeitung ist daher nur möglich, wenn ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt oder die betreffende Person in die Datenverarbeitung eingewilligt hat.

aa) Leistung durch Unterlassen wegen Erlaubnistatbestand

Als möglicher gesetzlicher Erlaubnistatbestand könnte gem. Art. 6 I b DS-GVO die Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages einschlägig sein.

Nicht alle Daten sind von der Richtlinie als Gegenleistung erfasst. So scheiden gem. Art. 3 I UII DID-RL personenbezogene Daten, die nur zur Bereitstellung digitaler Inhalte dienen und zu keinem anderen Zweck verarbeitet werden aus. Sie sind von der Gewährleistungshaftung der Richtlinie ausgeschlossen.

Bei Schuldverhältnissen in denen Daten als Leistung gelten, werden personenbezogene Daten regelmäßig nicht für die Erfüllung von Geschäftszwecken erhoben, da vordergründig geschäftsmäßige Erhebungen z.B. zu Werbezwecken, durch analysiertes Kundenverhalten für personalisierte Werbung, bestehen.²⁹ Mithin stellt die Datenspeicherung keine Optimierung der Erfüllung eigener Geschäftszwecke dar.³⁰

Daher ist der Erlaubnistatbestand des Art. 6 I b DS-GVO vom Anwendungsbereich des Art. 3 I DID-RL ausgenommen. Weil daneben auch keine anderen gesetzlichen Erlaubnistatbestände für das Schuldverhältnis „Daten als Leistung“ ersichtlich sind, greifen keine Erlaubnistatbestände, welche einen passiven Leistungserfolg ohne weiteres Zutun des Verbrauchers für den Unternehmer begründen. Demnach kann als Leistungshandlung kein Dulden oder Unterlassen in Betracht kommen.

²⁹ vgl. bspw. Nr. 2 der Nutzungsbedingungen von Facebook, online abrufbar unter: <https://de-de.facebook.com/terms>. Stand 5.3.2022

³⁰ Langhanke, Daten als Leistung, S. 101.

bb) Leistung durch Erfüllung

Das deutsche Schuldrecht hat einen ambivalenten Leistungsbegriff. Zum einen stellen Vorschriften, wie §241 S. 2 BGB, mit dem die Leistung durch Unterlassen bewirkt werden kann, auf das Verhalten des Schuldners und dessen Rechtspflicht ab.³¹ Andererseits sind Leistungserfolge zentrales Element. So enthält §362 BGB, die zentrale Aussage, dass ein Schuldverhältnis als erloschen gilt, wenn der Schuldner seine Leistung bewirkt hat.³²

Da persönliche Daten Leistungsgegenstände sein können, stellt sich die Frage, ob die Leistungspflicht des Schuldners erfüllt ist, wenn dieser sich dem Vertrag gemäß zur Bereitstellung der Daten verpflichtet hat, oder der Leistungserfolg, die Befriedigung des Gläubigerinteresses, eingetreten ist.³³

Während sich im Laufe der Jahre verschiedene Erfüllungstheorien in der Literatur herausgebildet haben, die u.a. auf den Abschluss eines Erfüllungsvertrages oder die rechtsgeschäftliche Einigung über den Zweck der Leistung abgestellten, ist heutzutage die Theorie der realen Leistungsbewirkung in Rechtsprechung und Literatur vorherrschend, welche den Tatbestand der Erfüllung im Wortlaut des §362 abschließend als Herbeiführung des Leistungserfolges festlegt und somit der Regelungssystematik der §§362 ff. BGB folgt.³⁴

Folglich müsste der Leistungserfolg durch die Datenüberlassung eintreten. Fraglich ist indes, ob dieser bereits in der Verpflichtung des Inhabers, seine Daten bereitzustellen zu sehen ist, oder ob dieser darüber hinaus dem Unternehmer eine Nutzungs- und Verwendungs Erlaubnis in Form eines Einverständnisses zur Datenverarbeitung geben muss.³⁵

(1) Erfordernis der Einwilligung zur Datenverarbeitung

Hierbei ist einerseits auf die Wirtschaftlichkeit des Leistungserfolges abzustellen. Das Gläubigerinteresse ist in der Regel erst befriedigt, wenn

³¹ *Bachmann*, in: MüKo-BGB §241 Rn. 17;

Olzen, in: Staudinger BGB, §241 Rn. 135-136.

³² *Bachmann*, in: MüKo §241 Rn. 18.

³³ *Langhanke*, Daten als Leistung, S. 123.

³⁴ *Fetzer*, in: MüKo-BGB §362 Rn. 10, 11.

³⁵ *Langhanke*, Daten als Leistung, S. 123; *Specht*, JZ 15/16/2017 S.763.

er die personenbezogenen Daten zu kommerziellen Zwecken verwenden kann, was jedoch nur möglich ist, wenn ein Einverständnis des Schuldners wirksam ist.³⁶ Andererseits ist die rechtsdogmatische Einordnung eines Vertrages mit Daten als Gegenleistung ein wichtiger weiterer Grund für das Annehmen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung als Leistungsgegenstand, da meist die Willenserklärungen der Parteien dementsprechend auszulegen sein werden.³⁷ Zudem lässt sich die datenschutzrechtliche Einwilligung unabhängig der speziellen einzelnen Vertragsausgestaltung problemlos hinsichtlich ihres Umfangs beurteilen und bietet daher höhere Rechtssicherheit.³⁸

Damit die Datenverarbeitung rechtmäßig ist und als Leistungsgegenstand des Verbrauchers gelten kann, ist gem. Art. 6 I a DS-GVO eine Einwilligung der betroffenen Person zur Datenverarbeitung erforderlich. Somit hängt der Leistungserfolg von der positiven Vornahme der datenschutzrechtlichen Einverständniserklärung iFe Willenserklärung ab. Da die Einwilligung meist Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung ist, gelten die Regeln der DS-GVO bezüglich der Wirksamkeit von Einwilligungen.

(2) Kopplungsverbot Art. 7 IV DS-GVO

Hierbei liegt der maßgebliche Fokus auf dem Kopplungsverbot des Art. 7 IV DS-GVO, wonach eine Einwilligung über die Verarbeitung personenbezogener Daten, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sind, nach Art. 7 IV DS-GVO als unfreiwillig und dementsprechend unwirksam gilt, wenn von ihrer Erteilung die Erfüllung eines Vertrages abhängt. Die Unfreiwilligkeit unter Maßgabe des Kopplungsverbotes kann zur Nichtigkeit einer Einwilligung führen.³⁹

Die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung bemisst sich entweder nach konkret-objektivem oder abstrakt-wertenden Maßstab.⁴⁰

³⁶ Langhanke, Daten als Leistung, S. 123; Specht, JZ 15/16/2017 S.764.

³⁷ vgl. Specht, JZ 15/16/2017 S.764.

³⁸ Specht, JZ 15/16/2017 S.768; vgl. Hacker, ZfPW 2019 S. 162.

³⁹ Sattler, CR 3/2020 S. 152.

⁴⁰ Engeler, ZD 2018, S. 57.

(a) Konkret-objektiver Maßstab

Nach konkret-objektivem Maßstab bestimmt sich die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung an der vertragscharakteristischen Leistung.⁴¹ Ist die Datenverarbeitung erforderlich, um Dienst zu erbringen, ist eine Kopplung zwischen Vertragserfüllung und Einwilligung zulässig, selbst wenn die Erteilung der Einwilligung aus Perspektive des Betroffenen unfreiwillig ist, weil nur die Alternative des „take it or leave it“ besteht.⁴² Das Kriterium der Unfreiwilligkeit bemisst sich daran, ob die Einwilligung eine Datenverarbeitung legitimieren soll, die über das hinausgeht, was für eine Vertragserfüllung erforderlich ist.⁴³ So ist es beispielsweise nicht erforderlich für Suchdienstleistungen oder die Erbringung der Grundfunktionen eines sozialen Netzwerks alle online verfügbaren Daten des Nutzers auszuwerten und zu verknüpfen um auf dieser Grundlage maßgeschneiderte Werbung anzubieten.⁴⁴ Daher sind diesbezügliche Einwilligungen im Wege des „take it or leave it“-Prinzips grundsätzlich nach Art. 7 IV DS-GVO unzulässig.

Das Dilemma hierbei ist, dass „entgeltfreie“ digitale Inhalte und Dienstleistungen in der Regel werbefinanziert sind. Für die Werbefinanzierung ist die einwilligungsbasierte Datenerhebung in wirtschaftlicher Hinsicht zwingend erforderlich.⁴⁵ Wenn deshalb die Einwilligung unwirksam ist und der Unternehmer die Daten folglich nicht verarbeiten darf, wird er diese nicht als „Zahlungsmittel“ akzeptieren.⁴⁶ Zudem widerspricht der Erforderlichkeit der Einwilligung in Verträgen, in denen der Nutzer mit Daten „zahlt“, in Hinblick auf das Kopplungsverbot, dass im Falle des Widerrufs einer Einwilligung nach Art. 7 III S.1 DS-GVO die vertraglich geschuldete Leistung ebenfalls nicht mehr erbracht wird, was die Freiwilligkeit der Einwilligung zweifelhaft macht.⁴⁷ Die Kopplung von der Datenverarbeitung und der Nutzung der digitalen Infrastruktur bildet hiernach das entscheidende Moment.⁴⁸

⁴¹ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 7 Rn. 49; *Engeler*, ZD 2018, Rn. 58; *Hacker*, ZfPW 2019 S. 184.

⁴² *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 7 Rn. 49; *Heckmann/Paschke*, in: Ehmman/Selmayr DS-GVO Art. 7 Rn. 94.

⁴³ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 7 Rn. 46.

⁴⁴ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 7 Rn. 50.

⁴⁵ *Schulz*, in: Gola DS-GVO Art. 7 Rn. 30.

⁴⁶ *Bach*, NJW 24/2019 S. 1706.

⁴⁷ *Staudenmayer*, ZEuP S. 670-671; *Staudenmayer*, NJW 35/2019 S. 2498.

⁴⁸ *Bräutigam*, MMR 2012 S. 636.

Daher gilt nach der Rechtsauffassung von den Datenschutzaufsichtsbehörden von Bund und Ländern in Fällen, in denen Dienste und Inhalte vom Unternehmer bereitgestellt werden und die Gegenleistung in Form des Bereitstellens personenbezogener Daten durch den Verbraucher besteht eine praxisrelevante Ausnahme vom Kopplungsverbot des Art. 7 IV DS-GVO, sofern der Unternehmer hinreichend transparent darlegt, dass der angebotene Dienst nur unter dieser Voraussetzung wirtschaftlich angeboten werden kann.⁴⁹

Allerdings verfehlt der Ansatz, auf eine derartige Transparenz von Formulierungen abzustellen, den Minimierungsgrundsatz der Datenverarbeitung aus Art. 5 I c DS-GVO, da die Datenverarbeitung aufgrund der Unbemessbarkeit ihrer wirtschaftlichen Mindestanforderungen in uneingeschränktem Maße erfolgen kann und daher sehr missbrauchsanfällig ist.⁵⁰

Empirische Studien beweisen zudem, dass angesichts der weiten Streuung von Datenverarbeitungsklauseln in den jeweiligen Nutzungsbedingungen nicht von einer aufmerksamen Kenntnisnahme dieser Klauseln durch den Nutzer ausgegangen werden kann.⁵¹ Dies lässt die Transparenz der Darlegung der Datenverarbeitung für wirtschaftliche Zwecke zweifelhaft wirken.

(b) Abstrakt-wertender Ansatz

Der abstrakt-wertende Ansatz des Erforderlichkeitsmaßstabs iSd Kopplungsverbots stellt hingegen auf den Wesenskern des jeweiligen Vertrages ab.⁵² Jede Überschreitung der als wesentlich identifizierten Gegenleistung ist demnach nicht erforderlich.⁵³ Daher bedarf es zunächst der Ermittlung worin die wesentliche Vertragsgegenleistung besteht. Vorliegend besteht diese in der Einwilligung zur Datenverarbeitung, unabhängig davon, ob diese in den AGB in einen wirtschaftlichen Kontext gestellt wird. Zudem ist zu bestimmen, in welchem Umfang die Datenverarbeitung nicht mehr dem wesentlichen Vertragszweck dient und somit rechtswidrig ist.⁵⁴

⁴⁹ *Schulz*, in: Gola DS-GVO Art. 7 Rn. 30.

⁵⁰ vgl. *Engeler*, ZD 2018, S. 58.

⁵¹ *Gerpödt*, CR 10/2020 S. 650-651; *Hacker*, ZfPW 2019 S. 172.

⁵² *Engeler*, ZD 2018, S. 58.

⁵³ *Engeler*, ZD 2018, S. 58.

⁵⁴ *Engeler*, ZD 2018, S. 58.

Eine Datenverarbeitung, um den Dienst wirtschaftlich gestalten oder gar erst anbieten zu können, ist dem wesentlichen Vertragszweck dienlich und mithin vom Erforderlichkeitsmaßstab umfasst. Die Datenüberlassung, die auf einer verknüpften datenschutzrechtlichen Einwilligung beruht, ließe sich somit als Gegenleistung verstehen, wenn die Daten einen positiven ökonomischen Wert haben, was praktisch immer der Fall sein wird.⁵⁵

Dieser Ansatz trägt relativ gesehen im höchsten Maße zur Rechtssicherheit bei und entspricht dem Wortlaut des Art. 7 IV DS-GVO. Zwar liegt die Kritik der Bestimmtheit dieses Ansatzes auf der Hand, weil eine zu weite Leistungspflicht des Verbrauchers ebenfalls dem Grundgedanken der Datenminimierung des Art. 5 I c DS-GVO zuwider läuft.⁵⁶ Allerdings lässt sich der monetäre Gegenwert von der Verarbeitung personenbezogener Nutzerdaten schwer bemessen, sodass es in der Praxis schwer sein wird, zu erörtern, ab welchem Zeitpunkt die Datenverarbeitung über das erforderliche Maß hinaus geht. Allenfalls, wenn die Einwilligung zur Datenüberlassung in keinem inhaltlichen Zusammenhang zur zentralen Leistungspflicht des Unternehmers steht, oder dem Verbraucher kein Mehrwert gegenüber branchenüblichen Dienstleistungen, die keine datenschutzrechtliche Einwilligung erfordern, geboten wird, kann die Leistungspflicht des Verbrauchers als zu weit und daher als unangemessen aufgefasst werden.⁵⁷

Eine abstrakt-wertende Betrachtung des Erforderlichkeitsmaßstabs der Freiwilligkeit der Einwilligung zur Datenüberlassung iSd Art. 7 IV DS-GVO ist somit am praxisnahsten und am ehesten anwendbar auf Verträge mit Daten als Gegenleistung.

(c) Zwischenergebnis

Unter der abstrakt-wertenden Betrachtung der Erforderlichkeit besteht kein Kopplungsverbot iSd Art. 7 IV DS-GVO hinsichtlich der Hauptleistung des Bereitstellens digitaler Dienste und Inhalte und der Gegenleistung des Bereitstellens personenbezogener Daten durch den Verbraucher.

⁵⁵ Hacker, ZfPW 2019 S. 167.

⁵⁶ Hacker, ZfPW 2019 S. 191-192; Engeler, ZD 2018, Rn. 58.

⁵⁷ Hacker, ZfPW 2019 S. 192.

Dies dient inter alia dem Verbraucherschutz, da Verbraucher den Dienst andernfalls nicht nutzen könnten. Außerdem würde, wenn in solchen Fällen das Kopplungsverbot bestünde, ein signifikanter Rückgang nicht monetär zahlungspflichtigen Dienste und der Zunahme zahlungspflichtiger digitaler Inhalte und Dienste sich in Gang setzen würde, was in sozialpolitischer Hinsicht nachteilig wäre.⁵⁸

Die datenschutzrechtliche Einwilligung zur Datenverarbeitung ist demnach freiwillig iSd Art. 7 IV DS-GVO.

(3) Zwischenergebnis

Die datenschutzrechtliche Einwilligung in die Erhebung und Verarbeitung persönlicher Nutzerdaten ist nach Maßstab der DS-GVO wirksam, sofern die Verarbeitung einen ökonomischen Wert generiert.

cc) Zwischenergebnis

Die Gegenleistung im vertraglichen Verhältnis besteht im Abgeben einer datenschutzrechtlichen Einwilligung über die Datenerhebung und Datenverarbeitung personenbezogener Nutzerdaten. Mit Abgeben der Einwilligung tritt die Erfüllung der vertraglichen Gegenleistungspflicht ein.

b) Typus der Gegenleistung

Strittig ist jedoch, unter welchem Typus von Gegenleistungen die Datenüberlassung dogmatisch eingeordnet wird, wobei die Rechtsprechung den kausalen, synallagmatischen und konditionalen Vertragstyp anerkennt.⁵⁹ Im Folgenden wird nur auf den synallagmatischen und konditionalen Vertragstyp eingegangen, da diese in der rechtlichen Bewertung in Betracht kommender Geschäftsmodelle größte Relevanz aufweisen. Steht eine rechtliche Verpflichtung zur Datenüberlassung ausdrücklich im Gegenverhältnis zur Bereitstellung digitaler Inhalte und wird dies wirksam vereinbart, stehen Leistung und datenbasierte Gegenleistung klar im synallagmatischen Verhältnis („do ut

⁵⁸ *Schulz*, in: Gola DS-GVO Art. 7 Rn. 30.

⁵⁹ BGH, NJW 5/2014, S. 294 Rn. 18.

des“).⁶⁰ Eine ausdrückliche Verpflichtung zur Datenüberlassung wird in der Praxis dahingegen eher selten den jeweiligen AGB zu entnehmen sein, da vorwiegend zwar in den Nutzungsbedingungen festgehalten wird, dass Daten erhoben werden, dies jedoch in der Regel nicht für den Verbraucher offensichtlich in ein Gegenleistungsverhältnis gesetzt wird.⁶¹

Die wohl herrschende Meinung in der Literatur nimmt in solchen Fällen dennoch eine synallagmatisches Vertragsverhältnis an.⁶² Zur Begründung wird angeführt, dass dem Durchschnittsverbraucher klar sein müsste, dass die Datenerhebung für die Wirtschaftlichkeit des Dienstes notwendig ist und der Nutzer folglich zur Datenüberlassung verpflichtet wird.⁶³ Meist sind sich Nutzer jedoch gerade nicht über den Umfang der Datenerhebung und darüber dass die Verarbeitung für den Anbieter faktisch den Telos darstellt, bewusst.⁶⁴ Ein weiteres Argument für das Synallagma ist die de facto Gleichsetzung von Daten und monetärer Leistung als Gegenleistung. Doch durch den Umstand, dass diese Begrifflichkeit aus der Kommissionsfassung gestrichen wurde und eine rechtspolitische Bedenklichkeit hinsichtlich der Differenzen zwischen den ökonomischen Eigenschaften von Daten und Geld besteht, kann dies nicht überzeugen.⁶⁵

Für die konditionale Verknüpfung spricht hingegen, dass nicht nur der Nutzer im Regelfall kein Interesse an einer Verpflichtung zur Datenüberlassung aufgrund des schweren Einschnitts in seine Privatsphäre hat, sondern auch der Anbieter nicht daran interessiert ist, derartige Ansprüche einklagen zu können, da andernfalls die Qualität der Daten abnehmen würde, weil viele Nutzer diese nicht mehr so vollumfänglich preisgeben würden.⁶⁶ Dies lässt sich auch in der Rechtswirklichkeit feststellen, da bei einer nicht erfolgten Bereitstellung persönlicher Daten nicht geklagt, sondern der Dienst lediglich ex nunc eingestellt wird.⁶⁷

⁶⁰ Hacker, ZfPW 2019 S. 169.

⁶¹ Hacker, ZfPW 2019 S. 171.

⁶² vgl. Langhanke, Daten als Leistung, 2018, 131; Bräutigam, MMR 2012, S. 640; Bach, NJW 24/2019 S. 1706.

⁶³ Hacker, ZfPW 2019 S. 172.

⁶⁴ Bräutigam, MMR 2012, S. 640.

⁶⁵ vgl. Hacker, ZfPW 2019 S. 171.

⁶⁶ Hacker, ZfPW 2019 S. 173.

⁶⁷ vgl. Hacker, ZfPW 2019 S. 173.

c) Zwischenergebnis

Die datenschutzrechtliche Einwilligung in die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Nutzerdaten stellen die Gegenleistungspflicht des Verbrauchers in einem Vertrag mit konditionaler Verknüpfung von Haupt- und Gegenleistung dar.

3) Vertragstypus und Verortung im Bürgerlichen Gesetzbuch

Eine Klassifizierung der Datenüberlassung als konditionale Gegenleistung wirkt sich auf die Einstufung des zugrundeliegenden Vertragstypus aus. Während die Meinungen, die ein vertragliches Synallagma annehmen Verträge mit Daten als Gegenleistung als Dienst-, Werk-, Miet- oder Kaufverträge einordnen, kommt bei der konditionalen Verknüpfung lediglich ein atypischer Vertrag in Betracht. Dem Vorliegen eines Dienst- oder Werkvertrages steht abermals der Wille des Nutzers entgegen, nicht vordergründig seine Daten preiszugeben und den Anbieter mit deren Verarbeitung zu beauftragen, sondern nur die digitale Infrastruktur des Anbieters zu nutzen, weshalb es auf Anbieterseite am Element des Tätigwerdens in fremdem Interesse fehlt.⁶⁸ Eine zweite Ansicht qualifiziert derartige Tauschverträge als Kaufverträge mit atypischer Gegenleistung. In ihnen besteht ein Synallagma von lizenzrechtlicher Einordnung der Verarbeitung personenbezogener Daten, die als miet- oder kaufrechtlich qualifiziert wird und der Einräumung der Nutzung von IT-Infrastruktur, welche einen miet- oder dienstvertraglichen Charakter hat.⁶⁹ Hier ist allgemein von Zwitterverträgen die Rede.⁷⁰

Sinnvoller erscheint es jedoch, bei praxisnaher Betrachtung eine konditionale Verknüpfung von Haupt- und Gegenleistung anzunehmen. Der Prozess der Datenverarbeitung erfolgt meist nicht bewusst durch aktives Überlassen der Daten durch den Verbraucher in Kenntnis der Verarbeitung zu Wirtschaftszwecken und ist daher kein ausdrücklicher Inhalt des Vertragsverhältnis. In der Praxis ist es vielmehr so, dass der

⁶⁸ *Bräutigam*, MMR 2012, S. 640; a.A.: *Redeker*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Werkstand: 57. EL September 2021, Teil 12 Rn. 1124.

⁶⁹ *Bräutigam*, MMR 2012, S. 640; *Specht*, JZ 15/16/2017 S. 765.

⁷⁰ *Specht*, JZ 15/16/2017 S. 765.

Unternehmer seine Leistung der Bereitstellung von digitaler Infrastruktur, Daten oder Inhalten schuldet, diese jedoch erst unter der aufschiebenden Bedingung, §158 BGB, dass der Verbraucher in die Datenverarbeitung einwilligt, erfolgt, wobei die Einwilligung zur Datenverarbeitung nicht zwangsläufig als Gegenleistungspflicht in den Nutzungsbedingungen des Unternehmers definiert ist.

Da es sich bei der Einwilligung zur Datenverarbeitung um eine vertragliche Gegenleistung handelt, die jedoch vom gesetzlichen Leitbild der Vertragstypologie abweicht, werden derartige Verträge als atypisch eingestuft.⁷¹ Dieses Vertragsverhältnis wird seit dem 1.1.2022 im deutschen Zivilrecht unter den Anwendungsbereich der Verbraucherverträge gem. §§327 III, 312 Ia S. 1 BGB angesiedelt.⁷² §327 III BGB stellt die Gegenleistung personenbezogener Daten der Zahlung eines monetären Entgelts gleich, weshalb de facto auch nicht von einer Unentgeltlichkeit derartiger Verträge die Rede sein kann. Der Anwendungsbereich des §327 III BGB ist demnach neben der Zahlung eines Preises für den Erhalt der digitalen Leistung ebenfalls für die Gegenleistung in Form personenbezogener Daten eröffnet.⁷³

4) Zwischenfazit

Die DID-RL überlässt die Frage nach dem Zustandekommen eines Vertrages mit dem Inhalt „Daten als Gegenleistung“ dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten. Auf das deutsche Recht bezogen erfolgt der Austausch von digitalen Diensten und Daten mit vertraglicher Bindung. Eine Abgrenzung von einer reinen Gefälligkeit kann aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung („data economy“) und der rechtlichen Bedeutung der Nutzerdaten, bestehend in Datenschutz und Haftung vorgenommen werden.⁷⁴ Die Überlassung personenbezogener Daten ist als Leistung iSd BGB zu verstehen. Sie bildet die Gegenleistung in einem einseitig verpflichtenden Vertrag mit konditionaler Verknüpfung von

⁷¹ *Roos*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Werkstand: 57. EL September 2021, Teil 12 Rn. 1124 Rn. 31.

⁷² *Roos*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Werkstand: 57. EL September 2021, Teil 12 Rn. 1124 Rn. 31.

⁷³ *Roos*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Werkstand: 57. EL September 2021, Teil 12 Rn. 1124 Rn. 7.

⁷⁴ *Hacker*, ZfPW 2019 S. 158.

Haupt- und Gegenleistung. Die Gegenleistung des Verbrauchers besteht in der Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in die Datenerhebung und Datenverarbeitung, da hiermit Erfüllung eintritt. Die Einwilligung muss freiwillig erfolgen, was nur der Fall ist, wenn der Umfang der Datenerhebung erforderlich iSd Kopplungsverbot ist, was nach aktuell dünner Rechtslage bei einem positiven ökonomischen Wert der Daten anzunehmen ist. Daraus folgt, dass dem Nutzer aufgrund der Werthaltigkeit seiner überlassenen Daten ebenso vertragliche Ansprüche gegen den Anbieter hat, als würde die Gegenleistung in der Zahlung eines monetären Entgelts bestehen.

5) Sonderfall: Falsche persönliche Daten als Gegenleistung

Aufgrund des hohen wirtschaftlichen Werts der Nutzerdaten für den Anbieter können falsche Nutzerdaten den ökonomischen Wert der Gegenleistung für den Anbieter schmälern oder gar aufheben.

Da für die Lösung dieser Problematik die gesetzliche Grundlage fehlt, bedarf es einen Rückgriff auf die jeweiligen AGB der Anbieter, vorausgesetzt ihrer Wirksamkeit.⁷⁵

Viele Anbieter bestimmen in ihren Nutzungsbedingungen, dass die Verbraucher keine irreführenden und ausschließlich richtige Angabe zu ihrer Person machen dürfen.⁷⁶

Der Wortlaut und das erkennbare Interesse des Anbieters, und in manchen Fällen auch anderer Nutzer, spricht dafür, die Klauseln im vertraglichen Sinne als verpflichtend anzusehen.⁷⁷ Eine andere Auslegung wäre widersprüchlich, da dem Verbraucher einerseits Vorteile des Dienstes zu gewähren, die das Schließen des Vertrages mit sich bringt indes auf der anderen Seite den Unternehmer zu benachteiligen, indem die Nutzungsbedingungen keine verbindliche Wirkung entfalten.⁷⁸ Stellt der

⁷⁵ vgl. Metzger ACP 2016 S. 849-850.

⁷⁶ vgl. Nr. 7 der Amazon AGB, online abrufbar unter: www.amazon.de/gp/help/customer/display, Stand 5.3.2022; vgl. Nr. 3 der Facebook Nutzungsbedingungen, online abrufbar unter: www.facebook.com/terms Stand 5.3.2022; vgl. Nr. 2.3. der XING AGB, online abrufbar unter: www.xing.com/terms Stand 5.3.2022.

⁷⁷ Metzger ACP 2016 S. 849.

⁷⁸ vgl. Metzger ACP 2016 S. 849.

Nutzer unrichtige Angaben zur Verfügung, kann ein Mangel in der zugrundeliegenden Einwilligung zur Datenverarbeitung gesehen werden, was zugleich als konkludenter Widerruf der Einwilligung ausgelegt werden kann.⁷⁹ Eine Pflicht zur korrekten Datenübermittlung kann den Verbraucher allerdings nur bei aktiver Übermittlung persönlicher Daten treffen. So ist der Verbraucher bei selbstständig durch den Unternehmer erhobenen falschen Daten, etwa Geodaten oder Suchbegriffen, nicht für die Richtigkeit dieser Daten verantwortlich.⁸⁰

III. Vertragsbeendigung

Die Richtlinie bestimmt eine Möglichkeit zur Beendigung des Vertrags, wobei sie nicht zwischen Rücktritt und Kündigung differenziert. Es wird lediglich eine Aussage darüber getroffen, dass der Verbraucher im Falle einer Nicht- oder Schlecht-Leistung gem. Art 14 I DID-RL unter anderem zur Vertragsbeendigung berechtigt ist.⁸¹ Der Rücktrittsgrund der Nichtleistung wird im Folgenden nicht näher betrachtet, da sich hier keine Besonderheiten zu Verträgen in denen die Gegenleistung in Form der Zahlung eines monetären Entgelts besteht, ergeben. Unterschiede bei der Möglichkeit zur Vertragsbeendigung sind einzig bei einer Leistungsstörung im Sinne einer Schlechtleistung ersichtlich.

1) Berechtigung des Verbrauchers zur Vertragsbeendigung

Hinsichtlich des Leistungsstörungsrechts ergeben sich bei Verträgen, in denen Daten anstelle eines monetären Entgelts stehen, Besonderheiten in Abgrenzung zu digitalen Verträgen mit monetärer Gegenleistung, da sich die Pflichten des Unternehmers gem. Art. 16 I DID-RL ausschließlich nach der DS-GVO richten.⁸²

So sehen Art. 14 I Var. 2, IV. Alt. 1, V DID-RL eine anteilmäßige Minderung des Preises bei einer Leistungsstörung vor. Obgleich Daten einer

⁷⁹ vgl. *Specht*, JZ 15/16/2017 S. 767; vgl. *Metzger* ACP 2016 S. 849.

⁸⁰ *Metzger* ACP 2016 S. 850.

⁸¹ *Bach*, NJW 24/2019 S. 1709.

⁸² Erwgr. 38 DID-RL

monetären Gegenleistung gleichgestellt sind⁸³, sind diese nicht von der Preisminderung erfasst, weshalb der Verbraucher hier erstmal schlechter gestellt ist, als würde er eine monetäre Gegenleistung erbringen.⁸⁴ Tritt man jedoch pragmatisch an dieses Missverhältnis heran, bleibt festzustellen, dass es infolge der Natur personenbezogener Daten schwer möglich ist, dem Verbraucher eine Preisminderung oder ein der Minderung vergleichbares Recht zu gewähren.⁸⁵ Ansätze den Unternehmer in der Datennutzung zu beschränken oder den monetären Wert der betroffenen Daten zu ermitteln und dem Verbraucher anteilig auszuzahlen, gestalten sich in der Praxis schwierig und sind abzulehnen, da eine Wertermittlung nicht nur schwer möglich, sondern mit Hinblick auf die Maßgabe der DID-RL „Daten nicht als Ware zu betrachten“⁸⁶ nicht zulässig ist.

Da eine de facto Schlechterstellung des Verbrauchers gerade vor dem Hintergrund des enormen wirtschaftlichen Werts für den Unternehmer, bei dem „Zahlen mit Daten“ der rechtlichen Anpassung an den digitalen Wandel nicht zweckmäßig wäre, enthält die DID-RL einen alternativen Lösungsansatz um die Misere des Verbrauchers auszugleichen.⁸⁷

So besteht der wesentliche Unterschied innerhalb der Gewährleistungsrechte aufgrund des Ausschlusses der Preisminderung in der Rechtsfolge der Vertragswidrigkeit. Während nach Art. 14 a,b,c DID-RL eine Vertragsbeendigung des Verbrauchers im Falle des Zahlens mit monetärem Entgelt grundsätzlich nur nach vorheriger Möglichkeit („second chance“) zur Nachbesserung durch den Unternehmer erfolgen kann, sieht die Richtlinie beim „Zahlen“ mit Daten vor, dass der Verbraucher bereits bei Geringfügigkeit der Mängel zur Vertragsbeendigung berechtigt ist.⁸⁸ Somit steht der Verbraucher in der zweiten Gewährleistungsstufe nicht ohne Rechtsbehelfe da.

⁸³ Def.: „Preis“ in Art. 2 Nr. 7 DID-RL als „Geld oder eine digitale Darstellung eines Werts, die im Austausch für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen geschuldet wird“

⁸⁴ *Mischau*, ZEuP 2020 S. 348.

⁸⁵ *Mischau*, ZEuP 2020 S. 348

⁸⁶ vgl. Erwgr. 24

⁸⁷ vgl. *Mischau* ZEuP 2020 S. 360.

⁸⁸ Art. 14 I Var. 3, IV Alt. 2, Art. 15, Art. 14 VI S. 1 DID-RL; vgl. Erwgr. 67 DID-RL; *Spindler/Sein*, MMR 2019 S. 491.

2) Sonderfall: Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Einen Sonderfall der Vertragsbeendigung bildet der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung, die gleichzeitig die Gegenleistung im Vertrag bildet. Die Richtlinie regelt nicht ausdrücklich, welche vertraglichen Auswirkungen der Widerruf mit sich bringt.⁸⁹ Diese Auswirkungen sind einerseits durch nationales Recht, andererseits durch Auslegung der DS-GVO zu bestimmen.

Der Widerruf einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ist jederzeit mit Wirkung auf die Zukunft gem. Art. 7 III DS-GVO möglich, wobei ein vertraglicher Ausschluss des Widerrufsrechts in solchen Fällen als unstatthaft gilt.⁹⁰ Der Betroffene wird vor Abgabe der Einwilligung hierüber in Kenntnis gesetzt („prior to giving consent, the data subject shall be informed thereof“).⁹¹ Ferner trifft den Verbraucher bei Widerruf eine Begründungspflicht bezüglich des Widerrufs der Einwilligung. Eine Pflicht zur Begründung besteht lediglich bei Verträgen, in denen die datenschutzrechtliche Einwilligung geschuldet und damit Bestandteil einer Hauptleistungspflicht (z.B. „Modelverträge“) ist, wodurch ein Widerruf grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen sein kann.⁹²

Die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Datenverarbeitung bleibt durch den Widerruf unberührt, jedoch ist die Datenverarbeitung ab dem Zeitpunkt des Widerrufs der Einwilligung ex nunc nicht mehr zulässig.⁹³ Dadurch, dass die Richtlinie keine abschließende Aussage darüber trifft, ob Daten eine Gegenleistung sein können, sind alle personenbezogenen Daten, unabhängig ihrer vertraglichen Funktion von den Pflichten der DS-GVO hinsichtlich des Widerrufs erfasst.⁹⁴

Mit Hinblick auf das deutsche Zivilrecht hat der Widerruf aufgrund des Abstraktionsprinzips lediglich datenschutzrechtliche Auswirkungen und keine unmittelbare Auswirkung auf das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft, da die DS-GVO keine Aussage über vertragliche

⁸⁹ Erwgr. 40 DID-RL

⁹⁰ *Ernst*, ZD 2020 S. 385.

⁹¹ *Ernst*, ZD 2020 S. 383.

⁹² *Ernst*, ZD 2020 S. 385.

⁹³ *Bach*, NJW 24/2019 S. 1711; *Ernst*, ZD 2020 S. 383.

⁹⁴ *Mischau*, ZEUP 2020 S. 350.

Folgen trifft.⁹⁵ Der Widerruf bedeutet in erster Linie einzig, dass die Gegenleistung des Verbrauchers zukünftig nicht mehr erbracht wird, was dem Unternehmer ein Recht zur Beendigung des Vertragsverhältnisses einräumt.⁹⁶ Das Recht auf Vertragsbeendigung ergibt sich hier aus §327q II BGB.

Im Widerruf der Einwilligung kann daneben auch ein konkludenter Rücktritt des Unternehmers vom Vertrag gesehen werden.⁹⁷ Demnach würde sich die Rückabwicklung des Vertrages nach §323 BGB bestimmen.

Im Ergebnis bleibt es aber dabei, dass der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung den Verbraucher von seiner Leistungspflicht befreit, was den Unternehmer zur Vertragsbeendigung berechtigt. Folglich ergeben sich für die Vertragsbeendigung nach der Richtlinie keine Unterschiede zwischen den Folgen des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung und der einseitigen Vertragsbeendigung durch den Verbraucher aufgrund von Mängeln.

3) Folgen der Vertragsbeendigung

Die Vertragsbeendigung wird gem. Art. 15 DID-RL einseitig durch den Verbraucher erklärt. Diese kann ausdrücklich, durch eine Vertragsbeendigung aufgrund von Mängeln, oder konkludent durch Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung erklärt werden.

Die Vertragsbeendigung verpflichtet den Anbieter gem. Art. 16 I DID-RL, dem Verbraucher alle Zahlungen zurückzuerstatten und gem. Art. 16 II DID-RL alle Pflichten der DS-GVO hinsichtlich der personenbezogenen Daten des Verbrauchers zu achten.

Hat der Verbraucher mit persönlichen Daten „gezahlt“, ist eine Rückgabe dieser Gegenleistung, anders als im allgemeinen Rücktrittsrecht üblich, ausgeschlossen.⁹⁸ Statt selbst ein Nutzungs- und Weitergabeverbot zu normieren, verweist Art. 16 II DID-RL auf die Regelungen der DS-GVO.⁹⁹

⁹⁵ *Grüneberg*, in: *Grüneberg* BGB §327Q Rn. 2; *Specht*, JZ 15/16/2017 S. 768; vgl. *Mischau*, ZEuP 2020 S. 360.

⁹⁶ *Grüneberg*, in: *Grüneberg* BGB §327Q Rn. 2; vgl. *Specht*, JZ 15/16/2017 S. 768; vgl. *Metzger*, JZ 12/2019 S. 584.

⁹⁷ vgl. *Bach*, NJW 24/2019 S. 1711.

⁹⁸ *Bach*, NJW 24/2019 S. 1711.

⁹⁹ *Bach*, NJW 24/2019 S. 1711.

Nach Art. 7 III S. 2 DS-GVO verliert der Unternehmer ex nunc die Berechtigung zur Datenverarbeitung. Ferner steht dem Verbraucher ein Anspruch auf Löschung der persönlichen Daten gem. Art. 17 I b DS-GVO zu.

Da der Widerruf der Einwilligung nur ein Verarbeitungsverbot ex nunc begründet, schuldet der Unternehmer dem Nutzer für den Zeitraum, in dem die Daten aufgrund wirksamer Einwilligung rechtmäßig verarbeitet wurden freilich kein Nutzungersatz.¹⁰⁰

C. Abschließende Betrachtung

Durch die Digitalisierungsrichtlinie (EU) 2019/770 unternahm der europäische Gesetzgeber erste Schritte zur Anpassung des Vertragsrechts an den Transformationsprozess, den die Digitalisierung angestoßen hat. Die Richtlinie erweitert die Regelungen des bisherigen Verbraucherkaufrechts auf Geschäfte mit digitalem Inhalt und bezieht auch Arten von Verträgen, in denen Daten anstelle der Zahlung eines Preises treten, ein. Sie bildet mittels ihres Vollharmonisierungscharakters präventiv die Grundlage einer einheitlichen europäischen Vertragspraxis.

Trotz Vollharmonisierung der Richtlinie blieb die Frage nach dem Zustandekommen eines gültigen Vertrages den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union überlassen. Durch Inkrafttreten der Richtlinie im Juni 2019, musste der deutsche Gesetzgeber bis zum 1.7.2021 eine Umsetzung in nationales Recht vornehmen. Seit dem 1.1.2022 verortet der deutsche Gesetzgeber Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Daten im Verbrauchervertragsrecht in den §§327ff. BGB. Erstmals werden durch die Richtlinie und deren Umsetzung im deutschen Verbraucherkaufrechts personenbezogene Daten als Gegenleistung in einem Vertragsverhältnis anerkannt. Obwohl eine klare Formulierung von Daten als Gegenleistung weder in der EU-Richtlinie noch in der nationalen Umsetzung ausbleibt, darf nicht übersehen werden, dass aufgrund der Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Richtlinienvorschlags und des §327 III BGB auf Verträge mit nicht

¹⁰⁰ Bach, NJW 24/2019 S. 1711.

unmittelbarer monetärer Gegenleistung personenbezogene Daten genauso fungieren.

Eine derartige Einordnung von Daten als Gegenleistung scheint hinsichtlich der Komplexität des Gegenleistungscharakters diffizil und wird bewusst umgangen. Indes ist eine Subsumption unter den Gegenleistungsbegriff dennoch möglich. Die Gegenleistung besteht in einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in die Datenverarbeitung der Nutzerdaten. Die vertragliche Erfassung von Daten als Gegenleistung gewährt dem Verbraucher gleichermaßen Rechtsschutz, wie bei der Zahlung monetären Entgelts. Somit wurde im Zuge der Digitalisierungsrichtlinie ein neuer Fokus des Verbraucherkafrechts in den §327 ff. BGB auf persönliche Daten gelegt. Dieser neue Fokus bedarf in zukünftiger Rechtsanwendung weiterer Konkretisierung und Ausarbeitung. Dennoch bietet Digitalisierungsrichtlinie die Möglichkeit der Anpassung des Privatrechts an den Übergang zur digitalen Wirtschaft.¹⁰¹Hinsichtlich der Folgen der Vertragsbeendigung enthält die Richtlinie erstmalig die Verpflichtung des Anbieters, erhobene Nutzerdaten zu löschen, wodurch es in Zukunft möglich sein wird, dass das Internet doch vergessen kann.

¹⁰¹ *Wendland, ZvglRWiss 2019, S. 196.*