

„Zahlen mit Daten“

Die zivilrechtliche Perspektive

Christiane Wendehorst

EMR-Workshop, 14. Februar 2022

1

1

Hintergrund und Entwicklung

2

2

GEK-Entwurf COM(2011) 635 final



Artikel 5

Verträge, für die das Gemeinsame Europäische Kaufrecht verwendet werden kann

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht kann verwendet werden für:

- a) Kaufverträge,
- b) Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte gleich, ob auf einem materiellen Datenträger oder nicht, die der Nutzer speichern, verarbeiten oder wiederverwenden kann oder zu denen er Zugang erhält, **unabhängig davon, ob die Bereitstellung gegen Zahlung eines Preises erfolgt oder nicht,**
- c) ...

Alle (auch unentgeltliche) Verträge über digitale Produkte erfasst

Christiane Wendehorst

3

DI-RL-Entwurf COM(2015) 634 final



Artikel 3

Anwendungsbereich

1. Diese Richtlinie gilt für alle Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt ... und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt **oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt.**
- ...
4. gilt nicht für digitale Inhalte, die gegen eine andere Leistung als Geld bereitgestellt werden, soweit der Anbieter ... personenbezogene Daten verlangt, deren Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrags oder ... rechtlicher Anforderungen unbedingt erforderlich ist, und er diese Daten nicht in einer mit diesem Zweck nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet. ...

Daten als „Gegenleistung“ bezeichnet

Christiane Wendehorst

4

4

Neufassung § 2 UKlaG (2016)

Bestimmte (kommerzielle)
Verarbeitungszwecke erfasst

(2) Verbraucherschutzgesetze sind ...11. die Vorschriften, welche die Zulässigkeit regeln
a) der Erhebung b) der Verarbeitung oder der Nutzung personenbezogener Daten, die über einen Verbraucher erhoben wurden, durch einen Unternehmer,

wenn die Daten zu Zwecken der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, des Betriebs einer Auskunft, des Erstellens von Persönlichkeits- und Nutzungsprofilen, des Adresshandels, des sonstigen Datenhandels oder zu vergleichbaren kommerziellen Zwecken erhoben, verarbeitet oder genutzt werden,

.... zu einem vergleichbaren kommerziellen Zweck im Sinne des Satzes 1 Nummer 11 liegt insbesondere nicht vor, wenn personenbezogene Daten eines Verbrauchers von einem Unternehmer ausschließlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Verbraucher erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.

5

EDPS Opinion 4/2017



*“17. There might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation. One **cannot monetise and subject a fundamental right to a simple commercial transaction**, even if it is the individual concerned by the data who is a party to the transaction.”*

6

Endfassung RL (EU) 2019/770



Objektive
Anwendungsvoraussetzung

Artikel 3: Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für alle Verträge, auf deren Grundlage der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt und der Verbraucher einen Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt.

Diese Richtlinie gilt auch, wenn der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt ... und der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt ..., außer in Fällen, in denen die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Bereitstellung ... oder zur Erfüllung von ... rechtlichen Anforderungen verarbeitet werden und der Unternehmer diese Daten zu keinen anderen Zwecken verarbeitet.

Christiane Wendehorst

7

7

Alternative Regelungsmodelle



Generelle
Erfassung aller
Verträge über
digitale Produkte

GEK-Entwurf 2011

Bereitstellung von
Daten (unter
Ausschluss *echter*
Gratisleistungen)
als alternative
objektive
Anwendungs-
voraussetzung

DI-RL 2019

Erfassung von
Datenverarbeitung
en zu
kommerziellen
Zwecken

§ 2 UKlaG (2016)

Daten als
Gegenleistung

DI-RL-Entwurf 2015

Christiane Wendehorst

8

8

Alternative Regelungsmodelle

Generelle
Erfassung aller
Verträge über
digitale Produkte

GEK-Entwurf 2011

Bereitstellung von
Daten (unter
Ausschluss *echter*
Gratisleistungen)
als alternative
objektive
Anwendungs-
voraussetzung

DI-RL 2019

Erfassung von
Datenverarbeitung
en zu
kommerziellen
Zwecken

§ 2 UKlaG (2016)

Daten als
Gegenleistung

DI-RL-Entwurf 2015

9

Zahlen mit Daten?



Nur DI-RL-Entwurf von 2015 spricht explizit von Daten als „Gegenleistung“, während andere Texte diese Qualifizierung bewusst vermeiden



Gründe für den Paradigmenwechsel:

- Protest des EDPS
- Potenzielle Probleme bei der Klauselkontrolle (Hauptleistungspflichten von Inhaltskontrolle ausgenommen)
- Problematisches Verhältnis zum Koppelungsverbot Art 7 Abs 4 DSGVO und zur jederzeitigen Widerruflichkeit der Einwilligung
- Schwierige zivilrechtliche Folgeprobleme (zB Gefahr von Ansprüchen wegen Leistungsstörungen gegen Verbraucher)

10

„Letzte“ Verknüpfung zwischen Vertragsrecht und Datenschutzrecht



Erwägungsgrund (40):

„Diese Richtlinie sollte nicht die Folgen für die von ihr erfassten Verträge regeln, die sich ergeben, wenn der Verbraucher die Einwilligung zur Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten widerruft. Solche Folgen sollten weiterhin dem nationalen Recht unterliegen.“



Im Übrigen Primat des Datenschutzrechts, dh sogar die Rückabwicklung nach Rücktritt folgt in Bezug auf personenbezogene Daten allein der DSGVO!

Christiane Wendehorst

11

11



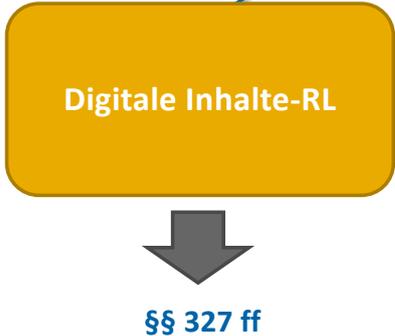
2

Umsetzung im BGB

12

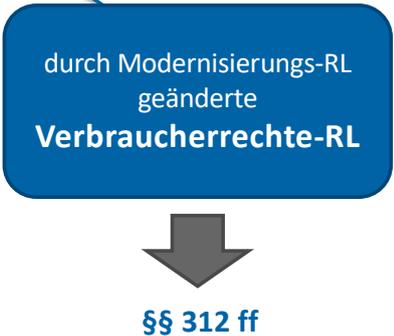
12

Zwei verschiedene RL



Digitale Inhalte-RL

§§ 327 ff



durch Modernisierungs-RL
geänderte
Verbraucherrechte-RL

§§ 312 ff

„Zahlen mit Daten“

Christiane Wendehorst
13

13

Umsetzung Mo-RL / VR-RL

Artikel 3
Anwendungsbereich

(1) ...
(1a) **Diese Richtlinie gilt auch, wenn** der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte ... oder ... digitale Dienstleistungen bereitstelltund der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt ... außer in Fällen, in denen die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte... oder digitaler Dienstleistungen ... oder zur Erfüllung von .. rechtlichen Anforderungen verarbeitet werden, und der Unternehmer diese Daten zu keinen anderen Zwecken verarbeitet.

§ 312 Anwendungsbereich

(1) ...
(1a) Die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels **sind auch auf Verbraucherverträge anzuwenden, bei denen** der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet. Dies gilt nicht, wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet.

Christiane Wendehorst
14

14

Umsetzung DI-RL



Artikel 3 Anwendungsbereich

(1)

Diese Richtlinie gilt auch, wenn der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt und der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt, außer in Fällen, in denen die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen im Einklang mit dieser Richtlinie oder zur Erfüllung von vom Unternehmer einzuhaltenden rechtlichen Anforderungen verarbeitet werden und der Unternehmer diese Daten zu keinen anderen Zwecken verarbeitet.

§ 327 Anwendungsbereich

(1) Die Vorschriften dieses Untertitels sind auf Verbraucherverträge anzuwenden, welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben. Preis im Sinne dieses Untertitels ist auch eine digitale Darstellung eines Werts.

...

(3) Die Vorschriften dieses Untertitels **sind auch auf Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte anzuwenden, bei denen** der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet, es sei denn, die Voraussetzungen des § 312 Absatz 1a Satz 2 liegen vor.

Christiane Wendehorst

15

15

Der neue § 327q

Implizite Ablehnung des „Gegenleistungsmodells“
auch in § 327q,
bloß ggf Kündigungsrecht des Unternehmers
im Fall der Unzumutbarkeit

§ 327q Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers

(1) Die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss lassen die Wirksamkeit des Vertrags unberührt.

(2) Widerruft der Verbraucher eine von ihm erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung oder widerspricht er einer weiteren Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten, so kann der Unternehmer einen Vertrag, der ihn zu einer Reihe einzelner Bereitstellungen digitaler Produkte oder zur dauerhaften Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn ihm unter Berücksichtigung des weiterhin zulässigen Umfangs der Datenverarbeitung und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

(3) Ersatzansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher wegen einer durch die Ausübung von Datenschutzrechten oder die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen bewirkten Einschränkung der zulässigen Datenverarbeitung sind ausgeschlossen.

Auch keine Bereicherungsansprüche
udgl gegen Verbraucher

Christiane Wendehorst

16

Zahlen mit Daten?



Auch die Umsetzung im BGB hat dem „Gegenleistungsmodell“ mE den Boden entzogen, womit sich auch die meisten hochdogmatischen Überlegungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur schlicht erübrigen



Ob die Parteien kraft Privatautonomie die Bereitstellung personenbezogener Daten explizit als „Gegenleistung“ vereinbaren können oder ob dies an § 138 BGB scheitern würde, kann B2C mE dahinstehen, weil dem Regelungskonzept der §§ 312 ff, 327 ff jedenfalls eine Sperrwirkung gegenüber nachteiligen Rechtsfolgen für den Verbraucher zukommt



Damit reduzieren sich viele dogmatische Fragen auf den Bereich B2B bzw auf nicht-personenbezogene Daten (vgl TTDSG)

3

Die Vorfrage des Bestehens eines Vertrags

Die Richtlinie überlässt die Frage, wann ein Vertragsschluss vorliegt, dem Recht der Mitgliedstaaten (Artikel 3 Absatz 10 der Richtlinie). Vor diesem Hintergrund gelten die allgemeinen Grundsätze des BGB, anhand derer das Vorliegen eines Vertragsschlusses zu beurteilen ist, auch für die von § 327 Absatz 3 BGB-E erfassten Fälle des „Bezahlens mit Daten“. Ob ein Vertragsschluss angenommen werden kann, hängt insbesondere davon ab, inwiefern die Parteien den Willen haben, sich rechtlich zu binden. Das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens ist anhand des objektiven Empfängerhorizonts zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Der Bundesgerichtshof berücksichtigt hierbei unter anderem die folgenden Kriterien: die Art der Gefälligkeit, ihren Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung (insbesondere für den Empfänger) sowie die Umstände, unter denen sie erbracht wird; ferner die Gefahr, in die der Begünstigte durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann, sowie ein eigenes Interesse des Leistenden an der erbrachten Leistung (vergleiche BGH, Urteil vom 22. Juni 1956 – I ZR 198/54 –, zitiert nach Juris, Rn. 15). Im Hinblick auf die rechtliche Bedeutung dürfte insoweit die grundrechtliche Relevanz eine besondere Rolle spielen (wegen des betroffenen Schutzbereiches des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung). Bei der Nutzung von Diensten und Webseiten sowie der Inanspruchnahme von Leistungen im Internet und auf Smartphones findet regelmäßig kein individueller Kontakt zwischen den Parteien statt. Die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont kann deswegen typisiert erfolgen: Der Verbraucher vertraut typischerweise auf die Richtigkeit der Angaben des Unternehmers und macht sie häufig zur Grundlage eigener Handlungen und Dispositionen. Für die Annahme eines Vertragsschlusses könnte beispielsweise sprechen, dass der Unternehmer den Dienst oder die Leistung erbringt, weil er den Verbraucher motivieren will, auf seiner Seite weitere Webseitenaufrufe zu tätigen oder Dienste oder Leistungen in Anspruch zu nehmen, weil er Einnahmen für auf seiner Seite dargestellte Werbung erzielen will, deren Höhe in aller Regel von den Zugriffszahlen abhängt, oder weil er mit dem Einsatz von Tracking-Technologien und der nachfolgenden Anzeige personalisierter Werbung wirtschaftliche Vorteile anstrebt.

19

Zahlen mit Daten?



➔ Gesetzesbegründung geht extrem weit bei der Annahme eines Vertrages und bezieht auch Webseitenbesuche ein, v.a., wenn Unternehmer dabei Geld verdient > führt u.a. dazu, dass Verbraucher auf Verbesserung bei Qualitätsmängeln bestehen kann und dass alle Pflichtinformationen für Fernabsatzverträge auf einem dauerhaften Datenträger zugehen müssen!

➔ Auswirkungen auf den Datenschutz unklar (könnte Tracking-Technologien zurückdrängen, Einwilligungsmanagement à la § 26 TTDSG begünstigen oder aber auch zur Sammlung von noch mehr Daten führen, das auch noch mit gesetzlicher Rechtfertigung)

➔ Dogmatische Begründung fraglich > mE Vertragsschluss nach §§ 133, 157 nur bei Registrierung und Einrichtung eines Nutzerkontos odgl anzunehmen

20

Zusammenfassung



- Der europäische und in der Folge auch der deutsche Gesetzgeber haben dem Modell „Daten als Gegenleistung“ jedenfalls für B2C-Verträge und personenbezogene Daten eine Absage erteilt und die entsprechenden Merkmale als objektive Anwendungsvoraussetzung ausgestaltet.
- Sehr viele dogmatische Zweifelsfragen rund um Leistungsstörungen udgl, die in der Literatur eingehend erörtert worden sind, haben sich damit weitgehend erübrigt.
- Einbeziehung von „Zahlen mit Daten“ in §§ 312 ff und §§ 327 ff BGB hat theoretisch, je nachdem, wie eng oder weit man das Vorliegen eines „Vertrags“ versteht, enorme Sprengkraft, müssen doch z.B. jeweils alle Pflichtinformationen auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellt werden.

21