

(Be-)Zahlen mit Daten

Im Spannungsverhältnis zwischen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und Privatautonomie

Barbara Schmitz ist Justiziarin im Konzernbereich Recht SWMH und Syndikusrechtsanwältin für Datenschutz- und IT-Recht.

Ellen Buschuew ist Justiziarin im Konzernbereich Recht SWMH und Syndikusrechtsanwältin für Datenschutz- und IT-Recht.

Mit dem am 24.6.2021 angenommenen Gesetzesentwurf setzte der deutsche Gesetzgeber die europäische Richtlinie über „bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen“ (DID-RL) um. Damit gelten seit dem 1.1.2022 im deutschen Zivilrecht neue und besondere Regeln für Verträge über „digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen“. Der deutsche Gesetzgeber hat die bestehenden Vorschriften im BGB zu den Verbraucherverträgen erweitert. Konkret wurde in § 312 Abs. 1a BGB aufgenommen, dass der Anwendungsbereich und die Grundsätze für Verbraucherverträge auch dann anzuwenden sind, wenn „der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet.“ Trotz des Richtliniencharakters strebt der Unionsgesetzgeber mit Art. 4 DID-RL eine Vollharmonisierung in allen Mitgliedstaaten an, und zwar dergestalt, dass „die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden Vorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.“ Dieser Beitrag will die Auswirkungen und Chancen dieser zivilrechtlichen Vorschriften auf Datenschutz, Verbraucherschutz und Wirtschaftlichkeit beleuchten und aufzeigen, dass Persönlichkeitsrechte auch bei der Marktdynamik der digitalen Verträge sichergestellt werden können.

Lesedauer: 23 Minuten

I. Bezahlen mit Daten – „Warum“ und „Wie?“

Die volkswirtschaftliche Bedeutung digitaler und damit datengetriebener Geschäftsmodelle ist offensichtlich. Die europäische Datenstrategie schätzt den Wert der Datenwirtschaft für 2025 auf 829 Mrd. EUR. Damit hätte sich der Wert seit 2018 fast verdreifacht.¹ Das Setzen von Cookies und anderen ähnlichen Technologien sowie die Diskussion um die dadurch mögliche (Werbe-)Finanzierung ist ein gutes Beispiel für diese neue Datenökonomie. Durch die von Cookies ermöglichte Verarbeitung personenbezogener Daten kann zB Werbung personalisiert werden. Folglich wird mit Cookies Geld verdient und Daten können monetarisiert werden.

Geld verdienen ist per se nicht verwerflich – zum moralischen Zwiespalt kommt es jedoch, wenn die Daten eine persönlichkeitsrechtliche Relevanz haben. In diesem Kontext greift das Datenschutzrecht und damit die Frage, ob Daten mit Persönlichkeitsrelevanz als Wirtschaftsgut betrachtet und kompensiert werden können.

In der Realität zeigt sich, dass Verbraucher mit der Hergabe ihrer persönlichen Daten je nach Bedürfnis durchaus freizügig umgehen und gleichzeitig die Affinität für den Erhalt von Persönlichkeitsrechten steigt. Dieses sog. „Privacy Paradox“² bringt den scheinbar unauflöslichen Widerspruch der meisten Nutzer zwischen Bequemlichkeit und Privatheit auf den Punkt. Das gewünschte Produkt oder die gewünschte Dienstleistung ist in greifbarer Nähe, es bedarf nur ein paar Klicks und dies alles scheinbar ohne Kosten. Das ist aber ein Trugschluss. Das „kostenlose“

Angebot wird über die Erhebung und Nutzung der Daten kompensiert. Diese Datennutzung erfolgt jedoch für die betroffenen Personen oft nicht transparent. Die Folgen für die Privatheit der Nutzer sind nicht auf Anhieb erkennbar, können aber nachhaltige Konsequenzen mit sich bringen. Angefangen von unerwünschter personalisierter Werbung bis hin zum Identitätsdiebstahl.

Die nun mit der Digitale-Inhalte-Richtlinie (DID-RL)³ geschaffene Möglichkeit personenbezogene Daten selbstbestimmt in den Wirtschaftsverkehr einzubringen, schafft den Brückenschlag zwischen Privatautonomie und Datenschutz, so auch wie in Art. 1 Abs. 3 DS-GVO vorgesehen.

Die neuen zivilrechtlichen Regelungen schaffen nicht nur ein Mängelgewährleistungsrecht für digitale Produkte, indem sie eine Anwendung der bestehenden verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312 bis 312h BGB auf Verträge über digitale Produkte anordnen, sondern schlagen auch eine Brücke zum Datenschutzrecht. § 312 Abs. 1a BGB und § 327 Abs. 3 BGB stellen eine Gleichstellung der Zahlung eines Entgelts mit der Bereitstellung bzw. der Verpflichtung der Bereitstellung von personenbezogenen Daten dar.

Die Idee des „Zahlens mit Daten“ ist grundsätzlich nicht neu und wird gerade bei der Bereitstellung von digitalen Produkten „in einem erheblichen Teil des Marktes“ bereits faktisch gelebt, wie die DID-RL in Erwägungsgrund 24 feststellt. In der Begründung zum nationalen Gesetzentwurf wird demnach auch darauf hingewiesen, dass auf Grund des Tatbestandsmerkmals „entgeltliche Leistung“ in § 312 Abs. 1 BGB aF die bisherigen Verbraucherschutzvorschriften der §§ 312 ff. BGB bereits für Verträge galten, bei denen der Verbraucher mit (personenbezogenen) Daten bezahlt.⁴ Auch seien die bisherigen Vorschriften bereits für Verträge über digitale Dienstleistungen anwendbar. Mit der Umsetzung der DID-RL werden die Bedingungen „unter denen ein Bezahlen mit Daten die Anwendbarkeit der Verbrauchervertragsregelungen auslöst“, den europarechtlichen Vorgaben angepasst.⁵

In diesem Lichte der europäischen Harmonisierung soll nun die realisierbare Vereinbarkeit von Daten- und Verbraucherschutz bei gleichzeitiger Beachtung wirtschaftlicher Interessen für digitale Produkte einen rechtlichen Rahmen finden. Das Zustandekommen, Bestehen und die Gültigkeit eines Vertrags sind nach den geltenden nationalen Regelungen zu beurteilen.⁶ Es bleibt zudem bei der ausschließlichen Anwendbarkeit der Regelungen für Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher („Verbraucherverträge“, legaldefiniert in § 310 Abs. 3 BGB).

Schmitz/Buschew: (Be-)Zahlen mit Daten(MMR 2022, 171)

172

Neu ist, dass es dem Gesetzgeber wichtig war den Anwendungsbereich zukunftssicher zu machen. Mit der Legaldefinition „digitale Produkte“ in § 327 Abs. 1 BGB wird dem technologieneutralen und entwicklungsoffenen Ansatz⁷ der Richtlinie Rechnung getragen. So wird sichergestellt, dass auch Technologien, an die derzeit noch nicht gedacht wird oder die sich in der Entwicklung befinden, in den Anwendungsbereich fallen (werden). Eine Umgehung des gesetzlichen Schutzzwecks durch Technologieänderungen oder -anpassungen ist damit nicht möglich.

Folgende digitale Produkte können nach den Erwägungsgründen 19, 20 und 26 DID-RL Gegenstand eines Verbrauchervertrags sein:⁸

Digitale Inhalte § 327 Abs. 2 S. 1 BGB	Digitale Dienstleistungen § 327 Abs. 2 S. 2 BGB	Kundenspezifikation § 327 Abs. 4 BGB	Körperliche Datenträger § 327 Abs. 5 BGB
Computerprogramm	Software-as-a-Service	maßgeschneiderte Software	DVDs, CDs, USB-Sticks und Speicherkarte (nicht CD-Rohlinge)

Digitale Inhalte § 327 Abs. 2 S. 1 BGB	Digitale Dienstleistungen § 327 Abs. 2 S. 2 BGB	Kundenspezifikation § 327 Abs. 4 BGB	Körperliche Datenträger § 327 Abs. 5 BGB
Anwendungen	Datei-Hosting, Cloud-Computing	3D-Druck von Waren	
Video-, Audio-, Musikdateien	gemeinsame Spiele, cloudbasierte Textverarbeitung		
digitale Spiele	soziale Netzwerke		
elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen	Portale und Plattformen		

Diese digitalen Produkte können in einem Austauschverhältnis entweder mit Geld bezahlt werden („Preis“ in § 327 Abs. 1 BGB) oder mit personenbezogenen Daten (§ 327 Abs. 3 BGB). Das Bezahlen mit Daten erfolgt in Form des Bereitstellens oder des Verpflichtens zur Bereitstellung der Daten.

Das Bereitstellen umfasst somit „alle Verarbeitungen von personenbezogenen Daten des Verbrauchers durch den Unternehmer, unabhängig von der Art und Weise der Verarbeitung“.⁹ In der Endfassung der DID-RL wurde die Empfehlung des Europäischen Datenschutzbeauftragten (EDPS) berücksichtigt und die „aktive“ Erbringung von personenbezogenen Daten gestrichen,¹⁰ sodass es ausreichend für den Tatbestand des Bereitstellens von personenbezogenen Daten ist, wenn der Verbraucher die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch den Unternehmer zulässt.

Eine Bereitstellung soll laut Unionsgesetzgeber auch dann vorliegen, wenn der Unternehmer Cookies setzt oder Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf erhebt, soweit der betreffende Sachverhalt als Vertrag anzusehen ist.

II. Vertragserfüllung – keine Kollision mit Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO

Die DID-RL hat auch erkannt, dass die vertragsrechtlichen Regelungen zum Bezahlen mit Daten den Kernbereich der DS-GVO berühren und in Art. 3 Abs. 8 S. 2 DID-RL festgehalten, dass im Fall von Widersprüchen zwischen der Richtlinie und der DS-GVO das Unionsrecht zum Schutz personenbezogener Daten maßgeblich ist. Ein Widerspruch im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO besteht aber jedenfalls nicht.

Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO bildet die Rechtsgrundlage für eine rechtmäßige Datenverarbeitung, die für die Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist. Das bedeutet, es muss ein wirksamer Vertrag oder eine Maßnahme des Betroffenen für vorvertragliche Regelungen vorhanden sein und die zu verarbeitenden Daten müssen ausschließlich dem Zweck dienen, die vertragliche Leistung erfüllen zu können, also etwa eine E-Mail-Adresse zur Zurverfügungstellung von erworbenen Inhalten oder einer digitalen Rechnung. Die Daten dürfen zu keinem anderen Zweck genutzt werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung der Daten wäre nicht von der Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO gedeckt und damit nicht zulässig. Wegen des Grundsatzes der Zweckbindung kann der Nutzungszweck auch nicht beliebig erweitert oder fortgeschrieben werden. Erst recht nicht für verhaltensbasierte Werbung, die indirekt die Finanzierung der Leistung unterstützt.¹¹

Das bedeutet aber nicht das Aus für die Vereinbarkeit von datenschutzrechtlichen Betroffenenbelangen und dem wirtschaftlichen Datenverkehr. Art. 1 Abs. 3 DS-GVO ist hier der Türöffner. Danach darf der freie Datenverkehr weder eingeschränkt noch verboten werden. Noch besser drückt Erwägungsgrund 4 S. 2 DS-GVO dies aus: „Das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten ist kein uneingeschränktes Recht; es muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen [werden].“

Den notwendigen Schulterschluss bieten nun die Regelungen zum Digitale-Inhalte-Gesetz. Von entscheidender Bedeutung ist dabei, dass die Daten als Entgelt nicht nur zur Vertragserfüllung bereitgestellt werden, sondern auch für andere Zwecke, wie zB zu Marketingzwecken.¹² Für diesen Zusatzzweck braucht es also entsprechend § 312 Abs. 1a S. 2 BGB einer anderen rechtlichen Grundlage als Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO. Die Bereitstellung der personenbezogenen Daten zu mehr als zur Vertragserfüllung ist wesentlicher Bestandteil des Konstrukts des Bezahlens mit Daten. Fehlt es an diesem Teil des Pakets greifen die §§ 312 ff. BGB nicht. Das ist auch folgerichtig, denn dem Unternehmer in diesem Fall Gewährleistungsrechte des Verbrauchers gegenüberzustellen ist nicht sachgerecht, soweit er die Daten nicht zu anderen Zwecken verwendet, denn nur so ist eine wirtschaftliche

Schmitz/Buschew: (Be-)Zahlen mit Daten(MMR 2022, 171)

173

Verwertung dieser Daten möglich.¹³ Jedoch gilt im Falle einer Zweckentfremdung von auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b (aber auch auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c und lit. e DS-GVO)¹⁴ erhobenen Daten, dass die Vorschriften der §§ 312 ff. BGB dennoch Anwendung finden. In diesem Fall muss der Unternehmer die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers gegen sich gelten lassen, da er ja – durch die (zweckentfremdete) Weiternutzung – profitiert.

Folglich birgt die konkrete Ausgestaltung in der Praxis für den Unternehmer gewisse Fallstricke: Auf Grund der engen Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO durch den Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA)¹⁵ sind die Möglichkeiten, die Verarbeitung als möglichst umfassend als nur zur Vertragserfüllung erforderlich einzustufen, sehr begrenzt. Versucht sich der Unternehmer dann an einem Zahlen-mit-Daten-Modell, legt dabei jedoch neben der Vertragserfüllung keinen eigenständigen Zweck für die bereitgestellten personenbezogenen Daten zu Grunde bzw. entbehrt dieser Zweck einer Rechtsgrundlage, sieht sich der Unternehmer Verbraucherrechten gegenüber und begeht gleichzeitig einen Datenschutzverstoß auf Grund der fehlenden Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten, die als Bezahlung bereitgestellt worden sind.

III. Freiwilligkeit und Privatautonomie – Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO

Als ein Argument gegen die Möglichkeit des Bezahlens mit Daten im Wirtschaftsverkehr wird oft die Benachteiligung der betroffenen Person bei der Datenhergabe als „Bezahlung“ herangezogen. Es wird dabei angenommen (bzw. unterstellt), dass eine Einwilligung in Verbindung mit einem Vertrag nicht freiwillig abgegeben werden kann, da eine Machtasymmetrie gegeben ist. Der Nutzer habe keine andere Möglichkeit, als seine Privatheit preiszugeben. Diese Annahme darf jedoch nicht so weit gehen, dass der Nutzer einen Anspruch auf die Kostenlosigkeit einer Dienstleistung hat und es eine Datenverarbeitung aus kommerzieller Motivation zu verhindern gilt. Dies ist nicht Ziel des Datenschutzrechts, wie Art. 1 DS-GVO und Erwägungsgrund 4 DS-GVO unmissverständlich klarstellen.

Ein effektives Schutzkonzept ergibt sich durch das Zusammenspiel der Grundsätze der informationellen Selbstbestimmung und der Privatautonomie. Sowohl die informationelle

Selbstbestimmung als auch die Privatautonomie sind Ausdruck allgemeiner Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und damit verfassungsrechtlich gewährleistet und geschützt.

Die datenschutzrechtliche Einwilligung und die Anforderungen daran sind durchaus kompatibel zur vertraglichen Verfügung über personenbezogene Daten, wie dies nun gem. den §§ 312, 327 BGB möglich sein soll. Die Vorschriften der DS-GVO behalten vollumfänglich ihre Wirkung. Diese Tatsache wird auch nicht dadurch ausgehöhlt oder gefährdet, dass die datenschutzrechtliche Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung die Wirksamkeit des Vertrags unberührt lässt.¹⁶ Nur so ist zu gewährleisten, dass die Verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312 ff. BGB Anwendung finden, ungeachtet dessen, ob sich der Unternehmer an die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung hält oder nicht. Die datenschutzrechtlichen Schutzvorschriften bleiben daneben bestehen, vgl. § 327q BGB. Der Verbraucher hat weiterhin das Recht und die Möglichkeit eine einmal erteilte Einwilligung in die Datenverarbeitung zu widerrufen, der Datenverarbeitung zu widersprechen und seine Betroffenenrechte auszuüben. Interessanterweise hat der Gesetzgeber die weit verbreitete Ansicht der sog. „Sperrwirkung der Einwilligung“ abgelehnt.¹⁷ In der Konsequenz bedeutet dies, dass der Unternehmer die ursprünglich auf eine Einwilligung gestützte Verarbeitung personenbezogener Daten bei einem Widerruf der Einwilligung zB über die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO iVm § 7 Abs. 3 UWG zumindest teilweise „retten“ kann.

Die Ausübung der Betroffenenrechte kann in bestimmten Fällen ein Kündigungsrecht des Unternehmers bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach sich ziehen.¹⁸ Die fehlende Bestimmtheit des Rechtsbegriffs der Unzumutbarkeit ist bereits im Gesetzgebungsprozess kritisiert worden.¹⁹ An dieser Stelle wird einmal mehr erkennbar, dass Transparenz und Information die Schlüssel zu praktisch umsetzbaren Geschäftsmodellen sein werden. Auf die Ausgestaltung des jeweiligen Leistungspakets wird es ankommen. Informationsasymmetrie, kognitive Verzerrungen und präferenzwidrige Verhaltensweisen gilt es zu vermeiden und es bleibt zu hoffen, dass hierfür Kommunikations-/UX- und juristische Experten einen im wahrsten Sinne „verständlichen“ Weg finden.

De lege lata (DS-GVO und BGB 2.0) wird es daher zukünftig möglich sein, darüber zu entscheiden, ob eine Dienstleistung unentgeltlich unter Bereitstellung der eigenen Daten oder gegen Zahlung eines (Nutzungs-)Entgelts bei grundsätzlichem Ausschluss der Vermarktung der eigenen Daten in Anspruch genommen wird. Statt wie bisher die Privatautonomie im Datenschutzrecht zu denken und die Einwilligung sowie die vertragliche Kopplung als Hindernis auf dem Weg zur vertraglichen Ausgestaltung zu betrachten, bietet sich nun die Chance das Datenschutzrecht in der Vertragsfreiheit zu verankern und damit ein Datenschuldrecht auf der Grundlage der Privatautonomie zu schaffen.

IV. Nicht zu vergessen, das TTDSG ...

Die neuen Vorschriften zum Bezahlen mit Daten tangieren auch die Regelungen zum Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG). Das seit dem 1.12.2021 geltende TTDSG regelt die Voraussetzungen für den Einsatz von Cookies und vergleichbaren Technologien neu. Das TTDSG ergänzt die DS-GVO für Fälle, in denen keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden. Bei Verarbeitungsprozessen, bei denen auch personenbezogene Daten verarbeitet werden, sind sowohl TTDSG als auch DS-GVO zu beachten, wobei – solange dasselbe Ziel verfolgt wird – gem. Art. 95 DS-GVO das TTDSG bei den Telemedienangeboten als führend anzuwenden ist.²⁰

Nach TTDSG soll zB für das Setzen von Cookies ein Einwilligungserfordernis bestehen, es sei denn die Daten- und Informationsverarbeitung ist unbedingt erforderlich, u.a. „damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.“, § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG. An dieser Ausnahme von der Einwilligungspflicht scheiden sich die Geister. Mit den Regelungen zu §§ 312 ff. BGB könnte auch dieser Streit beigelegt werden oder zumindest praxistaugliche Lösungsansätze gefunden werden, indem auch hier der „ausdrücklich gewünschte Telemediendienst“ vertraglich ausgestaltet wird. Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Unionsgesetzgebers in Erwägungsgrund 25 DID-RL, wonach die Vorschriften über die Verbraucherverträge dann keine Anwendung finden, wenn der „Un-

Schmitz/Buschew: (Be-)Zahlen mit Daten(MMR 2022, 171)

174

ternehmer nur Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf erhebt, es sei denn, der betreffende Sachverhalt gilt als Vertrag nach nationalem Recht.“

Der Ausgangspunkt ist also die Frage nach dem Vorliegen eines Vertrags und damit nach dem zivilrechtlichen Grundprinzip, dass die Vertragspartner den Abschluss wie auch Inhalt eines Vertrags frei gestalten können. Ist ein Vertrag anzunehmen und wird die Leistung nicht mit einem Preis bezahlt, sondern personenbezogene Daten werden zur Verfügung gestellt, greifen die Vorschriften über die Verbraucherverträge nach §§ 312 ff. BGB. Hier gilt es, einen Gleichklang mit den Regelungen des TTDSG herzustellen.²¹ Im Vordergrund steht immer die informationelle Selbstbestimmung des Verbrauchers und sein informierter Wille seine personenbezogenen Daten bereitzustellen.

Die Schwierigkeit der Einordnung in die Maßstäbe der Rechtsgeschäftslehre liegt darin, dass bewusst keine schuldrechtliche rechtsdogmatische Einordnung erfolgte, um in der Bereitstellung der Daten keine „Gegenleistung“ festmachen zu wollen. Die DID-RL spricht zwar durchgehend von „Verträgen“ (contracts) und eine vertragliche Disposition von Daten ist grundsätzlich möglich. Der deutsche Gesetzgeber hingegen tut sich erkennbar schwer mit der schuldrechtlichen Einordnung der Bereitstellung von Daten²² und auch der EDPS²³ will im Bezahlen mit Daten keine Gegenleistung sehen. Abgesehen davon, dass diese Betrachtungen die Realität ausblenden,²⁴ ändern sie dennoch nichts an der grundsätzlichen Machbarkeit des Bezahlens mit (personenbezogenen) Daten. Für die Bereitstellung von Daten genügt schuldrechtlich eine kausale Verknüpfung, ein Gegenseitigkeitsverhältnis iSv Synallagmas ist nicht erforderlich.²⁵ Die datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte werden angemessen über § 327q BGB sichergestellt.²⁶ Der deutsche Gesetzgeber scheint bereits einen (Verbraucher-)Vertrag anzunehmen, wenn „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.“²⁷ Ob in diesem Fall bereits ein Rechtsbindungswillen des Unternehmers vorliegt, ist durchaus kritisch zu betrachten.²⁸ Sollte der Unternehmer jedoch ein Interesse an einer vertraglichen Ausgestaltung der Webseitennutzung haben, so sind gegenüber Verbrauchern gerade im Fernabsatz/im elektronischen Geschäftsverkehr besondere Pflichten zu erfüllen, vgl. etwa §§ 312d, 312j BGB.²⁹

Grundsätzlich bieten die vorhandenen zivilrechtlichen Vorschriften aber ausreichenden Anwendungsspielraum und die §§ 133, 157 BGB die notwendigen Instrumente, um die konkreten Umstände rechtlich bewerten und abbilden zu können. Zu berücksichtigen sind dabei u.a. Inhalt und Aufbau der Angebotsseite sowie Erklärungen und Verweise in den AGB und Datenschutzhinweisen.

V. ... und die OH Telemedien 2021 sowie die ePrivacyVO

Der Themenkomplex „Zahlen mit Daten“ wird auch Auswirkungen auf die sich aktuell noch in der Entstehung befindlichen nationalen und europäischen Hinweise und Gesetze haben.

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) hat am 20.12.2021 eine gemeinsame Orientierungshilfe für Telemediendienste-Anbieter (OH Telemedien 2021)³⁰ veröffentlicht. Auf Grund des Inkrafttretens des TTDSG war aus Sicht der Aufsichtsbehörden eine Überarbeitung der bis dahin bestehenden OH Telemedien 2019³¹ notwendig geworden, da mit dem TTDSG die Grundlage für das Speichern und Auslesen von Informationen auf Endeinrichtungen neu zu betrachten sei. Mit einem überbordenden Ergebnis. Die Auslegung von § 25 TTDSG in der OH führt dazu, dass das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ins objektiv Unmögliche gesteigert wird. Denn nach Ansicht der OH scheitert jedwede Einwilligung des Nutzers an der Freiwilligkeit. Erschwerend kommt hinzu, dass nach Auslegung in der OH auch der Ausnahmetatbestand in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG keine praxistaugliche Anwendung findet. Nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG bedarf es zwar dann keiner Einwilligung, wenn das Speichern oder Auslesen von Informationen auf Endeinrichtungen „unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.“ Die Aufsichtsbehörden führen dazu jedoch aus, dass durch die „Eingabe der URL der Webseite in einem Browser, durch das Anklicken eines Links auf einer zuvor erfolgten Suche in einer Suchmaschine oder die Installation einer App“ keine Handlung angenommen werden könne, die den Schluss zulässt, „dass das hinter der URL oder App verborgene oder über den Link angesprochen gesamte Webseitenangebot, ggf. inklusive diverser Unterseiten ausdrücklich gewünscht ist.“³² Da es sich zudem nach Ansicht der OH bei „vielen Angeboten“ nicht um „einen“ Dienst, sondern um „ein Bündel von Dienstleistungen mit verschiedenen Funktionen“ handelt, müsse zunächst zwischen Basisdienst und Zusatzdienst unterschieden werden. Der Basisdienst könne nach Auffassung der OH grundsätzlich als der vom Nutzenden gewünschten Telemediendienst anzusehen sein. Dies trifft für den Zusatzdienst jedoch in der Regel nicht zu, weil dieser nicht schon allein durch das Aufrufen der Webseite ins Bewusstsein des Nutzenden aufgenommen wird.

An dem Punkt wird es für die neuen Möglichkeiten zum Bezahlen mit Daten interessant. Leider macht die OH hierzu konkret keine Ausführungen. Aber es gibt einen Anknüpfungspunkt und zwar im folgenden Satz der OH: „Nutzer:innen müssen zunächst Kenntnis darüber erlangen (können), dass es Zusatzdienste und -funktionen gibt, zu deren Bereitstellung ein Zugriff auf die Endeinrichtung erforderlich ist, und eine Zusatzfunktion bewusst nutzen.“ Das wäre über eine vertragliche Ausgestaltung machbar. Diese Herleitung lässt sich wie folgt begründen:

Nach der Gesetzesbegründung zum TTDSG entspricht der Telemedienbegriff dem europäischen Begriff der Dienste der Informationsgesellschaft.³³ Diesen Begriff legt auch die OH für Tele-

Schmitz/Buschew: (Be-)Zahlen mit Daten(MMR 2022, 171)

175

medien zu Grunde, zieht dann aber den Schluss, dass es sich um „einen“ Dienst handeln muss und nicht um ein Bündel von Diensten und dieser Dienst ausschließlich die Zwecke der Nutzenden zu berücksichtigen habe. Das dürfte angesichts der europäischen Definition und Auslegung des

Begriffs „Dienste der Informationsgesellschaft“ nicht haltbar sein. Die Legaldefinition des Begriffs findet sich in Art. 1 lit. b RL (EU) 2015/1535 v. 9.9.2015. Dort heißt es: „Dienst“ sei eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, dh jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Auf diese Definition verweist auch Art. 4 Nr. 25 DS-GVO. Was alles von den Diensten der Informationsgesellschaft umfasst wird, wird im Erwägungsgrund 18 RL 2000/31/EG³⁴ aufgezählt. Dort heißt es: „Die Dienste der Informationsgesellschaft umfassen einen weiten Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online vonstatten gehen. Diese Tätigkeiten können insbesondere im Online-Verkauf von Waren bestehen. ... Die Dienste der Informationsgesellschaft beschränken sich nicht nur auf Dienste, bei denen online Verträge geschlossen werden können, sondern erstrecken sich, soweit es sich überhaupt um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, auch auf Dienste, die nicht von denjenigen vergütet werden, die sie empfangen, wie etwa Online-Informationendienste, kommerzielle Kommunikation oder Dienste, die Instrumente zur Datensuche, zum Zugang zu Daten und zur Datenabfrage bereitstellen.“

Der Aufruf einer Webseite ist eine „kommerzielle Kommunikation“ und damit „ein“ Dienst der Informationsgesellschaft.³⁵ Einer Aufspaltung in Basis- und Zusatzdienst bedarf es folglich nicht. Der Aufruf der Webseite umfasst – auch aus der Perspektive der Nutzenden – das Produktangebot und die kommerzielle Kommunikation. Das bedeutet jedoch nicht, dass auf die notwendigen Informationen und Transparenzpflichten verzichtet werden kann. Diese Voraussetzungen ergeben sich sowohl aus den Vorschriften zum (Fernabsatz-)Vertragsrecht als auch aus den datenschutzrechtlichen Pflichten nach Art. 13 ff. DS-GVO.

Würde die OH um die hier aufgeführten Überlegungen ergänzt, wäre ein weiterer Schritt in Richtung praxistaugliche Anwendung unter Beachtung Verbraucherschutz- und datenschutzrechtlicher Belange gemacht. Ein Vorteil dieser Anwendung wäre zudem, von der unsicheren Einwilligungsthematik wegzukommen.

Die OH wurde von den Aufsichtsbehörden unter den Vorbehalt möglicher Änderungen des europäischen Rechtsrahmens gestellt. Auch wenn unter den Cassandra-Rufern nicht angenommen wird, dass die ePrivacy-VO alsbald in Kraft treten wird, lohnt sich für die hier in Rede stehende Thematik ein Blick in die Entwurfsfassung der Ratsversion.³⁶

So beschäftigt sich der Ratsentwurf in Erwägungsgrund (20aaaa) mit dem unentgeltlichen Zugang auf Webseiteninhalte („without direct monetary payment“) in Kombination mit dem Auslesen von Cookies für zusätzliche Zwecke („reading of cookies for additional purposes“). Grundlage für eine entsprechende Anwendung wären auch hier klare, präzise und benutzerfreundliche Informationen. Die Erwägungsgründe (21aa) und (21a) können sich unter bestimmten Voraussetzungen Cookies als legitimes und nützliches Instrument vorstellen („Cookies can also be a legitimate and useful tool“). Etwa zum Messen der Wirksamkeit eines bereitgestellten Dienstes der Informationsgesellschaft, zB des Website-Designs und der Werbung.

Die französische EU-Ratspräsidentschaft hat in ihrem Programm France22³⁷ aufgenommen, die Arbeiten an der ePrivacy-VO fortzusetzen. Es wird somit noch Regelungsstoff genug geben, den es zu erschließen gilt und vielleicht gibt es dann auch eine neue, angepasste OH Telemedien 2022.

VI. Exkurs: Steuerrechtliche Aspekte

Die mit der Neuordnung der Verbraucherverträge erfolgte Gleichstellung von Geldleistungen und der Hingabe von personenbezogenen Daten dürfte nicht ohne Auswirkungen auf das Steuerrecht bleiben. Derzeit werden Transaktionen, bei denen Verbraucher mit ihren Daten „zahlen“ nicht

besteuert. Dies dürfte sich mit den Anwendungsfällen zu den digitalen Verbraucherverträgen und der Neuregelungen der DID-RL ändern.

Gem. § 10 Abs. 2 S. 2 UStG gilt „bei Hingabe an Zahlung statt der Wert jedes Umsatzes als Entgelt für den anderen Umsatz.“ Dabei richtet sich die steuerrechtliche Bewertung nach § 1 BewG an dem gemeinen Wert aus, wie er gem. § 9 Abs. 2 BewG „im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre.“

Abgesehen davon, dass hier die Begrifflichkeit der „Gegenleistung“ nur noch schwer zu vermeiden sein wird, da die steuerrechtliche Bemessungsgrundlage sich an einer (entgeltlichen oder unentgeltlichen) Gegenleistung ausrichtet, stellt sich die Herausforderung, die bereitgestellten Daten und Informationen zu bewerten und zu quantifizieren. Zur Wertbeimessung von personenbezogenen Daten herrschen unterschiedliche Meinungsbilder über zu berücksichtigende ethische und (steuer-)rechtliche Aspekte. So wird einerseits die Monetarisierung von personenbezogenen Daten gleichgesetzt mit dem Verzicht auf Privatheit und damit als ein Risiko für die Privatsphäre gesehen, das es zu vermeiden gilt.³⁸ Auf der anderen Seite ist die Datenökonomie eine Schlüsselressource in den Wertschöpfungsketten der Unternehmen geworden.

Im steuerrechtlichen Schrifttum³⁹ gibt es bereits seit längerem schon Überlegungen zur Besteuerung „kostenloser“ Geschäftsmodelle, die es nun aufzugreifen und weiterzuentwickeln gilt.

IV. Fazit

Mit der DID-RL hat der Unionsgesetzgeber auf dem Weg zur Digitalisierung des Datenverkehrs die Realität reguliert. Das Bereitstellen von Daten für eine Leistung, das in den Sprachgebrauch als „Bezahlen mit Daten“ Einzug gefunden hat, erfährt damit den längst notwendigen Schritt aus der teleologischen Extension des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO in ein eigenes verbraucherschutz- und datenschutzrechtliches Normengebilde. Ein gelungenes weiteres Mosaiksteinchen für einen einheitlichen europäischen digitalen Datenverkehr unter Gewährleistung eines einheitlich hohen Verbraucherschutz- und Datenschutzniveaus.

Im Interesse aller Beteiligten bleibt nun zu wünschen, dass die offenen Fragen und mögliche Interessenskollisionen sich nicht in destruktiven Konflikt Diskussionen verfangen, sondern konstruktive Lösungen hervorbringen, die alle Aspekte berücksichtigen. Ganz im Sinne des Begründers der Wahrscheinlichkeitsrechnung Blaise Pascal (1623–1662): Es macht Freude, in einem vom Sturm gepeitschten Schiff zu sein, wenn man sicher ist, dass es nicht untergehen wird.

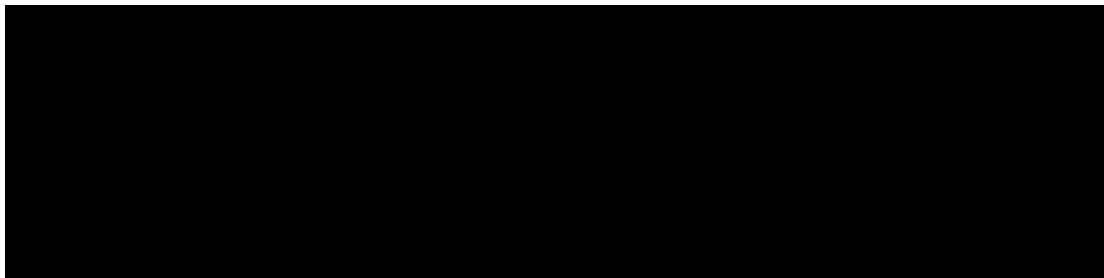
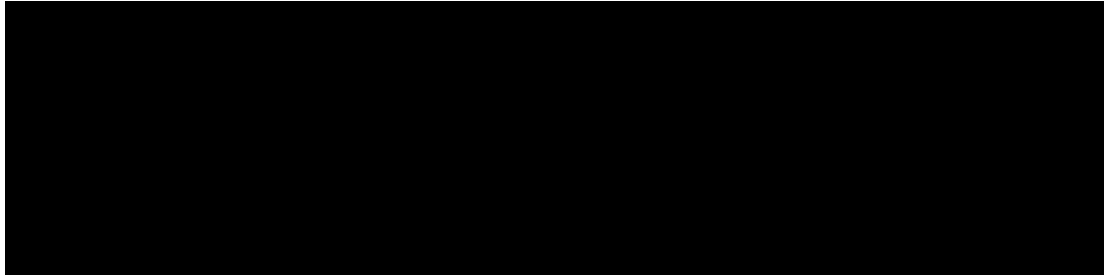
Schmitz/Buschew: (Be-)Zahlen mit Daten(MMR 2022, 171)

176

Schnell gelesen ...

- Das „Bezahlen mit Daten“ ist ab 1.1.2022 in den Verbraucherverträgen unter Berücksichtigung des Datenschutzrechts gesetzlich geregelt.
- Da Bedenken bestehen personenbezogene Daten als „Gegenleistung“ zu bewerten, verbleiben offene Fragen zur schuldrechtlichen und damit vertragsrechtlichen Ausgestaltung beim Bezahlen mit Daten. Der Unionsgesetzgeber spricht ausschließlich von Verträgen. Im deutschen Recht wird es vermieden, Schlüsse auf ein Gegenseitigkeitsverhältnis ziehen zu müssen. Daher wird nicht auf ein Synallagma oder auf eine konditionale Verknüpfung abgestellt, sondern eine kausale Leistungsverknüpfung angenommen.

- Ein vielversprechender erster Schritt zur gesetzlichen Auflösung des Konflikts zwischen dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt im Datenschutzrecht und der zivilrechtlichen Privatautonomie ist durch eine Verankerung des Datenschutzrechts im Privatrecht als Einschränkung der Privatautonomie unternommen worden.
- Trotz neuer und guter Regelungen bleiben Fragen nach der steuerrechtlichen Bewertung sowie einer konkreten praxistauglichen Ausgestaltung datenfinanzierter Geschäftsmodelle offen.



¹ Europäische Kommission, Priorities 2019–2024, Ein Europa für das digitale Zeitalter – Europäische Datenstrategie.

² Norberg u.a., The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors, 2007.

³ RL (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen – Digitale-Inhalte-Richtlinie (DID-RL); ABl. L 136, 62.

⁴ BT-Drs. 19/27653, 34, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927653.pdf>.

⁵ BT-Drs. 19/27653, 35.

⁶ S. Art. 3 Abs. 10 DID-RL.

⁷ S. Erwägungsgrund 19 DID-RL.

⁸ So auch Grüneberg, BGB/Grüneberg, Komm., 81. Aufl. 2022, BGB § 327 Rn. 3 ff.

⁹ BT-Drs. 19/27653, 41.

¹⁰ S. Art. 3 Abs. 1 COM(2015), 34: „... Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt.“

¹¹ EDSA, Leitlinie 2/2019, Version 2.0. v. 8.10.2019, Rn. 53.

¹² So auch Grüneberg, BGB/Grüneberg, Komm., 81. Aufl. 2022, BGB § 312 Rn. 3b; insoweit unglücklich formuliert in der Gesetzesbegründung zu § 312 Abs. 1 BGB, wo es auf S. 37 letzter Satz im dritten Absatz heißt, dass bei einer Datenerhebung zum Zwecke der Art. 6 Abs. 1 lit. b, lit. c, lit. e DS-GVO und einer Weiterverarbeitung zum Zwecke der Werbung dann die §§ 312 ff. BGB Anwendung finden – § 312 Abs. 1a BGB bilde insofern den Zweckbindungsgrundsatz der DS-GVO nach. Richtigerweise dürfte in diesem Fall ein Verstoß gegen den Grundsatz der Zweckbindung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO anzunehmen sein.

¹³ BT-Drs. 19/27653, 36.

¹⁴ BT-Drs. 19/27653, 37.

¹⁵ EDSA, Leitlinie 2/2019, Version 2.0. v. 8.10.2019, Rn. 19.

16 BT-Drs. 19/27653, 36.

17 BT-Drs. 19/27653, 76.

18 Dazu Buchmüller/Roos ZD 2022, 8.

19 S. etwa die Stellungnahme des Bitkom e.V. zum Referentenentwurf zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie v. 30.11.2020, S. 6.

20 Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien ab dem 1.12.2021 (OH Telemedien 2021), abrufbar unter: https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf; S. 5.

21 So auch Klink-Straub NJW 2021, 3217 (3218).

22 BT-Drs. 19/27653, 40: „Es wird an dieser Stelle bewusst auf eine rechtsdogmatische Einordnung verzichtet. Für die Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB-E ist es unerheblich, wie die Bereitstellung personenbezogener Daten oder die entsprechende Verpflichtung im Rahmen des Schuldrechts einzuordnen ist, ob es sich hierbei um eine (Gegen-)Leistung handelt und ob diese im Gegenseitigkeitsverhältnis steht oder nicht.“

23 EDSB, Stellungnahme 4/2017, S. 11 ff.

24 S. u.a. Bijok ZfDR 2021, 75 (82).

25 So auch Grüneberg, BGB/Grüneberg, Komm., 81. Aufl. 2022, BGB § 312 Rn. 3b.

26 Ausf. hierzu Buchmüller/Roos ZD 2022, 8.

27 BT-Drs. 19/27653, 40.

28 Weitere Nw. bei Spindler MMR 2021, 528 und Spindler MMR 2021, 451 (453).

29 S. insb. § 312j Abs. 4 BGB, der das Zustandekommen des Verbrauchervertrags im elektronischen Geschäftsverkehr von einer ausdrücklichen Bestätigung des Verbrauchers zur Zahlungsverpflichtung nach Absatz 3 abhängig macht.

30 DSK, OH Telemedien 2021; eine erste Analyse und Einordnung nimmt Hanloser ZD 2022, 135 vor.

31 Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmng.pdf.

32 DSK, OH Telemedien 21, S. 20.

33 BT-Drs. 19/27441, 38.

34 RL 2000/31/EG, ABl. Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1–16.

35 S.a. EuGH Urt. v. 4.5.2017 – C-339/15 Rn. 36 – Luc Vanderborght.

36 Council of the European Union 6087/21 v. 10.2.2021, 2017/0003(COD).

37 France22, Das Programm der französischen EU-Ratspräsidentschaft, abrufbar unter: https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/media/j1ddl0t/de_programme-pfue-v1-2.pdf.

38 noyb, News-Seiten v. 13.8.2021: Leser:innen sollen eigene Daten zum Wucherpreis „zurückkaufen“, abgerufen unter: <https://noyb.eu/de/news-seiten-leserinnen-sollen-eigene-daten-zum-wucherpreis-zurueckkaufen>.

39 Melan/Wecke DStR 2015, 2267.

□Verlag C.H.BECK oHG 2024