

Richtlinie Digitale Inhalte:

Anmerkungen zum Anwendungsbereich bei Daten als Entgelt

Mit der Richtlinie über digitale Inhalte soll auch erstmals die Situation „Zahlen mit Daten“ im Unionsrecht verankert werden. Aufgrund der relativen Neuheit des Phänomens und der bislang eher begrenzten wissenschaftlichen Aufbereitung und Durchdringung der vertragsrechtlichen Fragestellungen handelt es sich dabei um eine große Herausforderung. Diese wird durch die Bedingungen der – an sich wünschenswerten – Vollharmonisierung noch verschärft. Die folgenden Ausführungen beschränken sich dabei auf Fälle des Einsatzes personenbezogener Daten zu Entgeltzwecken.

I. Rechtspolitische Grundüberlegungen

Für die Behandlungen des Fragenkreises „Daten als Entgelt“ sind zunächst einige rechtspolitische Grundüberlegungen angezeigt. Diese betreffen zunächst die Frage, inwieweit der Fragenkreis durch die Richtlinie überhaupt einer Regelung zugeführt werden soll. Zudem ist – auch im Hinblick auf entsprechende Äußerungen des Europäischen Datenschutzbeauftragten – die Frage einer Verpflichtung zur Einwilligung durch die Richtlinie zu adressieren. Ferner geht es um die genaue Bestimmung des Leistungsgegenstandes sowie die damit verbundenen datenschutzpolitischen Risiken. Schließlich ist vor diesem Hintergrund die Frage nach geeigneten Anknüpfungsmerkmalen für die Beschreibung des Anwendungsbereichs der Richtlinie zu fragen.

1. Die **Regelungsgegenstände der Richtlinie** betreffend den Fragenkreis „Daten als Entgelt“ sind **begrenzt**.

(a) Im Kern geht es um die **Bestimmung des Anwendungsbereichs** der Richtlinie. Wird dieser eng gefaßt, verbleibt den Mitgliedstaaten – bei Anwendungsbereichsnormen nicht durch die Vollharmonisierung beschränkt – die Freiheit überschießender Umsetzung.

(b) **Sonderbestimmungen zur Durchführung** und ggf. Abwicklung des Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte im Hinblick auf personenbezogene Daten des Verbrauchers, von welchen der Vorschlag der Kommission noch einige enthält,¹ sind in den Fassungen von Parlament und Rat nur (noch) sehr begrenzt zu finden.

¹ Das gilt vor allem für die Abwicklungsregelungen in KOM:Artt. 13 II, 15 I lit. d, II lit. b, 16 IV

Insbesondere enthalten diese beiden Fassungen keine eigenständigen Regelungen über den vertragsrechtlichen Umgang mit den Daten und – insoweit der Kommission folgend – den daraus gezogenen Nutzungen.

Soweit von den Fassungen von Rat und Parlament jedoch unmittelbar auf die Datenschutzgrundverordnung verwiesen wird (EP:Artt. 13a II, 15 II, 16 IV; Rat:Art. 13a II), sind diese Verweise – wegen der konsequent fehlenden Behandlung der Kommerzialisierungsfolgen durch die Datenschutzgrundverordnung – nicht geeignet die vertragsrechtlichen Konsequenzen, insbesondere hinsichtlich gezogener Nutzungsvorteile nach Vertragsaufhebung angemessen zu bewältigen. Dann sollte die Richtlinie hinsichtlich der Abwicklungsfolgen für Daten und die mit ihnen erwirtschafteten Nutzungsvorteile lieber gänzlich schweigen; ansonsten droht die Vollharmonisierungsfalle, welche eine Ergänzung der Regelungen durch die Mitgliedstaaten möglicherweise sperrt.

* * * *

Ist die Regelung insbesondere der Folgen der Vertragsaufhebung für „Zahlen mit Daten“ jedoch verzichtbar, verbleibt als Gegenstand rechtspolitischer Beurteilung allein der Zuschnitt des Anwendungsbereichs. Das ist angesichts der geringen Durchdringung des gesamten Fragenkreises auch auf der Ebene der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auch sehr empfehlenswert.

2. Durch die Beschränkung der rechtspolitischen Entscheidung auf den Anwendungsbereich ist zudem sichergestellt, daß die Richtlinie die Frage, ob und in welcher Weise entsprechende Rechtspflichten auf „Zahlen mit Daten“ möglich sind, keinesfalls selbst entscheidet. Ob eine Obligation auf personenbezogene Daten des Verbrauchers entsteht und überhaupt entstehen kann, ist somit keine Frage der Richtlinie, sondern eine solche des Datenschutzrechts und des (weitgehend autonomen) mitgliedstaatlichen Vertragsrechts.² Insbesondere begründet die Richtlinie **keine Ansprüche auf Datenübermittlung oder datenschutzrechtliche Einwilligung**. Erst recht gilt dies für etwaige Ansprüche auf Unterlassung des Widerrufs einer erteilten Einwilligung oder eines Widerspruchs nach Art. 21 Datenschutzgrundverordnung.

3. Für die grundsätzliche Bewertung des Modells „Zahlen mit Daten“ ist zudem die richtige **Bestimmung des Leistungsgegenstandes** von entscheidender Bedeutung. Dabei ist zu beachten, daß die richtige Bestimmung des Leistungsgegenstandes nicht identisch mit den Anknüpfungstatsachen zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Richtlinie sein muß. Weder muß die dogmatische Behandlung des

² Das schließt andere unionsrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten – etwa durch die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU – selbstverständlich nicht aus.

Leistungsaustauschs den Anwendungsbereich der Richtlinie steuern, noch kommt der Richtlinie wegen der besonderen Eigenheiten von Bestimmungen über den Anwendungsbereich notwendig eine Vorentscheidung über die dogmatische Konstruktion zu.

(a) Zumindest intuitiv nahe liegt die Einordnung der personenbezogenen **Daten selbst als Leistungsgegenstand**. Außer dem intuitiven Zugriff – auch für den Verbraucher – hat diese Perspektive vor allem den Vorteil des Rückgriffs auf vergleichsweise bewährte Regelungsmuster des punktuellen Austauschs. Bisweilen wird eine Übermittlung oder Verschaffung der Daten zu Leistungszwecken auch tatsächlich erforderlich sein, um überhaupt eine Gegenleistungsfunktion (einschließlich einer Zuordnung der betreffenden Daten auf den konkreten Vertrag) erfüllen zu können.

Vertragsrechtlich ist diese Perspektive freilich jedenfalls dann **erheblichen Zweifeln** ausgesetzt, wenn sie die Übermittlung oder Verschaffung der Daten allein in den Mittelpunkt der Leistungsbeschreibung rückt. Sie wird dann nämlich weder den tatsächlichen Gegebenheiten noch den datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Nutzung von Daten nicht gerecht.

Tatsächlich sind die für das Modell „Daten als Entgelt“ interessanten Daten nämlich vielfach und weitgehend **bereits vor Vertragsschluß beim Unternehmer vorhanden**. Das gilt insbesondere für Adreßdaten, die IP-Adresse, ggf. Ortungsdaten und vielfach auch Zahlungsdaten. Weitere Daten wird der Unternehmer regelmäßig erhalten, weil diese für die Erbringung seiner Leistung erforderlich sind und vom Verbraucher bereits insoweit Kooperation zu erwarten ist. Hinsichtlich vieler der einschlägigen Daten führt die Fokussierung auf die Datenübermittlung oder Verschaffung daher nicht zu einem Leistungsgegenstand von größerer Substanz.

Hinzu kommt die kontraintuitive Ausgestaltung der Verwendbarkeit und des Verwendungsrisikos von Daten. Durch den Grundsatz der Zweckbindung der datenschutzrechtlichen Nutzungsbefugnisse genügt die schlichte Übermittlung und Verschaffung regelmäßig nicht zur Herbeiführung einer sinnvollen (legalen) Verwendbarkeit der Daten. Die reine **Inhaberschaft** der Daten **berechtigt nicht zu deren Verwendung** im Sinne des Ertragsmodells des Unternehmers – das unterscheidet personenbezogene Daten signifikant von den Rechtspositionen der analogen Welt, wo – rechtstechnisch insbesondere verschlüsselt in den verschiedenen Formen der Eigentumsvermutung aufgrund Besitzes – aus dem „Haben“ vielfach das „Dürfen“ folgt.

(b) Wirtschaftlicher und rechtlicher Kern von Daten als Leistungsgegenstand ist daher vielmehr die **Begründung von Datennutzungsbefugnissen**. Leistungsgegenstand mit Entgeltcharakter können diese jedoch sinnvollerweise nur dort und insoweit sein,

wo (respective: als) die Daten nicht ausschließlich für die vertragliche Leistung des Unternehmers (einschließlich des Erhalts und der Verbesserung von deren Qualität) an den einzelnen Verbraucher oder zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten des Unternehmers (etwa des Steuer- oder Bilanzrechts) verarbeitet werden. Insoweit bilden die Datenverarbeitung und die Befugnis dazu keine Leistungen des Verbrauchers, sondern sind sein notwendiger Beitrag zur ordnungsgemäßen und legalen Durchführung des Vertrags.

Die **Begründung** der Datennutzungsbefugnis erfolgt dabei in erster Linie **durch die Einwilligung** des Verbrauchers iSv Art. 6 I lit. a Datenschutzgrundverordnung.³ Diese bleibt stets widerruflich und auf dieses Widerrufsrecht kann nicht – auch nicht im Wege einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Unterlassung – verzichtet werden. Die hierdurch verschaffte Datennutzungsbefugnis ist also immer prekär. Gleichwohl funktionieren die einwilligungsbasierten Leistungsaustausche derzeit und sollten rechtspolitisch in jedem Falle Berücksichtigung finden.

Ob darüber hinaus auch die **Datennutzungsbefugnis zur Wahrung berechtigter Interessen** (Art. 6 I lit. f Datenschutzgrundverordnung) ebenfalls geeignet ist, Leistungsgegenstand und Entgelt zu sein, ist derzeit ungeklärt. Vertragsrechtlich spricht dafür bereits das Widerspruchsrecht nach Art. 21 Datenschutzgrundverordnung. Eine rechtspolitische Entscheidung sollte in dieser Hinsicht zumindest entwicklungs offen bleiben.

4. Die mittelbaren Effekte einer rechtlichen Anerkennung der vorhandenen Vertragsmodelle für den Datenschutz sind bislang kaum untersucht. **Datenschutzrechtlichem Nutzen** stehen **datenschutzrechtliche Risiken** gegenüber.

(a) Zum datenschutzrechtlichen Nutzen gehört vor allem die **Indienstnahme des Vertragsrechts** für den Datenschutz. Während das Datenschutzrecht das Schleusentor der Kommerzialisierung durch die – materiell kaum begrenzte – Möglichkeit der Einwilligung öffnet, bestünde die Möglichkeit, mittels Vertragsrecht **faire Austauschbeziehungen** zu organisieren. Dies erscheint auch ordnungspolitisch geboten angesichts des Umstandes, daß die Nutzerdaten für Unternehmer – zumindest bislang – sehr günstig zu haben sind. Anders als bei Entgelten in Geld geht den Verbrauchern nämlich derzeit ein intuitiver Umgang mit ihren Daten und deren ökonomischen Werten ab. Die offengelegte Einbindung in Leistungsbeziehungen dürfte dazu beitragen, die Fähigkeiten von Verbrauchern am Markt zu stärken und so Asymmetrien abbauen zu helfen. Der Einräumung exzessiver

³ Das Koppelungsverbot nach Art. 7 IV Datenschutzgrundverordnung steht dieser Einwilligung richtigerweise gerade nicht entgegen, sondern begründet vielmehr ein Transparenzfordernis, welches die Offenlegung des Gegenleistungscharakters zur Voraussetzung der Wirksamkeit macht.

Datennutzungsbefugnisse stünde zudem die Möglichkeit einer Kontrolle durch die – begrenzten – Instrumente mitgliedstaatlicher Preisregulierung, etwa des Wuchertatbestandes gegenüber.

(b) Umgekehrt bestehen auch wichtige **datenschutzrechtliche Risiken**, denen freilich durch geschickte Gestaltung möglicherweise entgegengewirkt werden kann. Insbesondere zieht die zentrale Anknüpfung der Entgelteigenschaft an die Einwilligung des Verbrauchers und datenschutzrechtlich Betroffenen einen **wachsenden Druck auf** die sonstigen Möglichkeiten einer **Begründung datenschutzrechtlicher Befugnisse** nach sich. Für Unternehmer wird die Ausweitung der weiteren datenschutzrechtlichen Befugnisse dadurch zunehmend attraktiv. Das gilt insbesondere für die Befugnis zur Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verarbeiters (Art. 6 I lit. f Datenschutzgrundverordnung) aber auch für die Befugnis einer für die Vertragserfüllung erforderlichen Verarbeitung (Art. 6 I lit. b Datenschutzgrundverordnung). Hier wäre bei der vertragsrechtlichen Erfassung des Modells darauf zu achten, daß die betreffenden Tatbestände nicht in Gefahr geraten, generalklauselartig neue Befugnisse *en gros* zu ermöglichen.

5. Für die **Erfassung des Anwendungsbereichs** der Richtlinie – der nicht allein Vertragsgestaltungen, sondern auch autonomes mitgliedstaatliches Vertragsrecht und Bereiche unionsrechtlicher Vorgaben voneinander abzugrenzen hat – sind nicht alle der vorstehenden Überlegungen geeignet:

(a) Höchst unglücklich wäre es etwa, den Anwendungsbereich der Richtlinie **allein vom Erfordernis einer Einwilligung** in die Datennutzungsbefugnis abhängig zu machen. Die offenen Tatbestände in Art. 6 I lit. b und vor allem lit. f Datenschutzgrundverordnung würden die Richtlinie sonst zum Spielball der Tatrichter machen. Andererseits gibt das Vorhandensein einer über das zur Erfüllung des Vertrages und gesetzlicher Anforderungen hinausgehenden Einwilligung doch einen deutlichen Fingerzeig für eine synallagmatische Gestaltung, welche das Eingreifen der Qualitätsanforderungen und Rechtsbehelfe zugunsten des Verbrauchers rechtfertigt – welches wäre sonst die Rechtfertigung der Einwilligung im Kontext der vertraglichen Äquivalenz?

(b) Umgekehrt wird bei Datennutzungsbefugnissen ohne Erfordernis einer Einwilligung (also insbesondere Art. 6 I lit. f Datenschutzgrundverordnung) sich eine Zuordnung der Daten zum Vertrag und eine Einordnung als Gegenleistung kaum aus einem **rein duldenden Verhalten des Verbrauchers** ergeben können. In diesen Fällen erschiene es schwierig die hohen Qualitätsanforderungen der Richtlinie mit reiner Passivität des Verbrauchers zu rechtfertigen.

(c) Im übrigen sollte Maßstab der Bestimmung und Ausformung der Anknüpfungskriterien für den Anwendungsbereich der Richtlinie auch die Einfachheit der **Feststellung der Anwendungsvoraussetzungen** sein. Insoweit geht es nicht allein um den Schutz einzelner, sondern auch des Vertrauens des Rechtsverkehrs in den – ggf. irrenden – Umsetzungsgesetzgeber.

II. Sachentscheidungen

Folgt man den vorstehenden Überlegungen so dürfte eine differenzierende Lösung zu empfehlen sein:

1. Die Richtlinie sollte die vorhandenen Rechtspositionen des Verbrauchers unter der **Datenschutzgrundverordnung nicht beeinträchtigen** und dies – sicherheitshalber – auch ausdrücklich **klarstellen**.
2. Rein **unentgeltliche Bereitstellungen** digitaler Inhalte rechtfertigen die Anwendung der erheblichen Qualitätsanforderungen der Richtlinie nicht. Soweit der Unternehmer jedoch mit den erhaltenen Daten auf legale Weise zusätzlich Geld verdient oder verdienen kann, besteht – vorbehaltlich der exakten tatbestandlichen Erfassung – kein Grund ihn derart zu privilegieren.
3. Um die Zuordnung der beim Unternehmer vorhandenen Daten und Datennutzungsbefugnisse zum Vertrag zu gewährleisten, sollte eine **reine Duldung der Datennutzung** im Ausgangspunkt für die Annahme einer Entgeltlichkeit **nicht genügen**. Erforderlich ist vielmehr zumindest ein irgendwie gearteter Beitrag des Verbrauchers zum Bewirken der Leistung.
4. Bei Vorliegen einer den Unternehmer – über die reine Erfüllung seiner vertraglichen und gesetzlichen Pflichten hinaus – **ermächtigenden Einwilligung** des Verbrauchers sollte aber ebenfalls regelmäßig eine Gegenleistung des Verbrauchers anzunehmen sein. Soweit hierdurch nennenswert wertvolle Verwertungsrechte des Unternehmers nicht entstehen, dürfte insoweit eine Gegenausnahme angemessen sein.

III. Implementierung im bestehenden System

1. Die künftige Richtlinie sollte eine ausdrückliche **Klarstellung zugunsten der Datenschutzgrundverordnung** und der künftigen eDatenschutzverordnung enthalten. Dazu könnte – in der Sache, nicht aber hinsichtlich der übertriebenen systematischen Stellung – EP:Art. -1 dienen.
2. Die Richtlinie sollte ausdrücklich anordnen, daß personenbezogene Daten, welche vom Unternehmer **ausschließlich für die Bereitstellung der digitalen Inhalte**

verarbeitet werden oder durch deren Verarbeitung der Unternehmer rechtliche Anforderungen erfüllt, kein Entgelt im Sinne der Richtlinie sein können. Das gilt freilich nur soweit diese Daten nicht zudem noch für andere Zwecke verarbeitet werden. Damit ist die Formulierung zurecht enger als diejenigen in Art. 6 I lit. b und lit. c Datenschutzgrundverordnung. Die Formulierung in Rat:Art. 3 I Unterabsatz 3 erfaßt diese Situation erheblich besser als die Ausschlüsse in KOM:Art. 3 IV und EP:Art. 3 IV. Zudem ist die Formulierung erfreulich knapp.

3. Schwierigkeiten bereitet die Formulierung des vom Verbraucher grundsätzlich zu erwartenden **Bewirkens der Leistung** hinsichtlich seiner personenbezogenen Daten. Während reine Passivität nicht ausreichen darf, muß die Schwelle zugleich unterhalb aktiven Tuns liegen. Im Ausgangspunkt ist die offene Formulierung in Rat:Art. 3 I Unterabsatz 2 („**does not provide ore undertake to provide**“) wohl geeignet die richtigen Fälle zu erfassen, soweit dieses bewirken (die deutsche Übersetzung „bereitstellen“ erscheint mir zu eng) unabhängig von der Begründung der Datennutzungsbefugnis geschieht. Wichtig für die Auslegung der Bestimmung ist auch die doppelte Verneinung, welche eine gebotene enge Auslegung der Ausnahme vom Anwendungsbereich mit einer gebotenen weiten Auslegung von *provide* verbindet.

4. **Zusätzlich** sollte eine erteilte **Einwilligung des Verbrauchers** Berücksichtigung finden, soweit sie über das zur Erfüllung der vertraglichen und der gesetzlichen Pflichten des Unternehmers Erforderliche hinausgeht.

(a) Da die Einwilligung jedoch nicht ausnahmslos in die Entgeltlichkeit führen kann, sollte sie lediglich eine **widerlegliche Vermutung für die Entgeltlichkeit** begründen, welche technisch als eine Vermutung für *provide* personenbezogener Daten ausgestaltet werden könnte. Damit wäre nämlich zum einen eine dem Vertrag zuordenbare Aktivität des Verbrauchers vorhanden zum anderen wäre die Anwendbarkeit der Richtlinie dann nicht von der kaum bestimmbar und nicht notwendig offen gelegten Art der Aktivität des Unternehmers – etwa *collecting* – abhängig. Soweit die Einwilligung aber nicht zur Erzielung von Einkünften durch den Unternehmer genutzt werden kann, sollte dies die Vermutung widerlegen. Damit würden einerseits Vorratseinwilligungen erfaßt und andererseits Einwilligung zu rein ideellen Zwecken dem Anwendungsbereich entzogen.

(b) Soweit man die technische Ausgestaltung als widerlegliche Vermutung – etwa wegen divergierender Grundverständnisse in den Mitgliedstaaten – scheut, käme als schwächere Form auch ein **Auslegungshinweis in einem Erwägungsgrund** in Betracht. Dieser könnte darauf verweisen, daß die Erteilung einer entsprechenden Einwilligung im Regelfalle den Schluß zulasse, die Daten seien *provided*.

(c) Beide Lösungen hätten nebenbei den Vorteil, daß sie die Frage zu **Cookie-Daten nicht** zwingend **einheitlich** entscheiden. Nur wenn hinsichtlich der weiteren Verwendung der so gesammelten Daten eine Einwilligung zusätzliche – kommerzielle – Verwendungszwecke eröffnet, käme es zur Anwendung der Richtlinie. Die Verwendung von Cookies alleine würde dafür nicht ausreichen. Zugleich würden aber die wichtigsten Fälle der Verwendung von Daten aus Cookies zu Ertragszwecken von der Richtlinie erfaßt.