

デジタル社会における「人」と「法」③

Unentgeltlich oder Entgeltlich?

—der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten

Martin Schmidt-Kessel und Anna Grimm⁽¹⁾

Nicht erst seit der Zunahme von Big-Data-Anwendungen werden Daten, insbesondere personenbezogene Daten, Bestandteil von Leistungen und Leistungsversprechen. Zwar werden in der digitalen Welt neben Dienstleistungen auch digitale Inhalte häufig als „kostenlos“ oder „gratis“ angeboten. In vielen Fällen bedeutet dies aber lediglich, daß Leistungen nicht gegen Geld erbracht werden. Der Leistungsempfänger bleibt regelmäßig nicht gänzlich ohne Belastung; der Leistende handelt nicht aus reiner Freigiebigkeit. Vor allem Anbieter digitaler Inhalte aber auch andere Anbieter ziehen vielmehr vermehrt Erträge aus der Nutzung der Daten, die der Empfänger der digitalen Inhalte übermittelt bzw. hinterläßt. Die Arten der Nutzung sind dabei höchst vielfältig: Neben klassischem Datenhandel und dem Angebot

(1) Dieser Vortrag geht auf ein Gutachten zurück, welches die Verfasser im November 2015 unter dem Titel „Rechtliche Rahmenbedingungen für ‚unentgeltlich‘ zur Verfügung gestellte digitale Inhalte“ für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz erstattet haben. Eine Langfassung ist in ZfPW 2017, 84–108 erschienen. Der Vortrag stützt sich im Ausgangspunkt auf wesentliche Erkenntnisse von *Carmen Langhanke* (*Langhanke*, Daten als Leistung [unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016] hier zitiert nach der sich im Verfahren befindlichen Fassung) und auf den Aufsatz von *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218–223. Die nachfolgende Diskussion um die am 9. 12. 2015 vorgelegten Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission konnte noch eingearbeitet werden. Dasselbe gilt für das Juristentagsgutachten von *Faust* (Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A1 ff.). Seither insbesondere *Wendehorst/von Westphalen*, BB 2016, 2179; *Wendehorst*, NJW 2016, 2609 (mit einer Erweiterung des hier vorgeschlagenen Modells) sowie *Metzger*, AcP 2016, 817–865.

gezielter Werbemaßnahmen sind Profilbildungen aber auch Erkenntnisse über die Funktionsweisen und Defizite des eigenen Produkts für den Anbieter von Interesse.

Politisch und ökonomisch ist solch ein „Bezahlen mit den eigenen Daten“ mittlerweile eine Binsenweisheit. Die wirtschaftliche Werthaltigkeit der eigenen personenbezogenen Daten ist - vor allem auch durch die politische Diskussion in den Medien - im Begriff, auch für Verbraucher allgemein bekannt zu werden⁽²⁾. Die juristische Diskussion hierzu befindet sich allerdings noch ganz am Anfang. Während das klassische - und vergleichsweise breit erschlossene - Datenschutzrecht vor allem dem Persönlichkeitsschutz dient, wird das neue Paradigma kommerzieller Nutzung eigener personenbezogener Daten rechtlich bislang kaum abgebildet⁽³⁾ und zwar weder im Datenschutzrecht noch im Schuld- respective Vertragsrecht.

Weder der europäische noch die nationalen Gesetzgeber haben bislang Regelungen statuiert, die den Austausch von Leistungen - einschließlich digitaler Inhalte - gegen die Nutzung personenbezogener Daten - also deren Kommerzialisierung - auch nur ansatzweise regeln. Das Recht ist für den Umgang mit den einschlägigen Vertragsgestaltungen weitgehend unvorbereitet⁽⁴⁾. Das auf den Persönlichkeitsrechtsschutz zugeschnittene Datenschutzrecht ist mit diesen neuen Aufgaben schon deshalb überfordert, weil es nicht

(2) Einige - wenig abgesicherte - Zahlen: Wert eines Datensatzes beim Kauf von Whatsapp durch Facebook: ca. 40 US-Dollar (<http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/facebook-kauft-whatsapp-umsonst-ist-teuer/9514730.html>); Wert eines durchschnittlichen Facebook-Nutzerprofils: ca. 88 Euro (*Deutsche Bank Research*, Big Data - die ungezähmte Macht, 2014, S. 20); dazu z.B. auch: *Deutsche Bank Research*, Big Data - die ungezähmte Macht, 2014, S. 18 ff.; OECD, Exploring the Economics of Personal Data, 2013, S. 18 ff.

(3) Siehe aber nunmehr *Langhanke*, Daten als Leistung (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Data as Consideration, EuCML 2015, 218 ff.; Der Befund gilt freilich nicht nur für das hier betrachtete Vertragsrecht. Für die Schwierigkeiten der Marktbestimmung für das Wettbewerbsrecht bei solchen Gestaltungen etwa siehe *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 212 ff. Zur anstehenden lauterkeitsrechtlichen Bewertung siehe das entsprechende Unterlassungsverfahren des vzbv gegen Facebook, dazu unten Fn. .

(4) So schon *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Data as Consideration, EuCML 2015, 218.

auf Interessenausgleich, sondern allein auf Statusbeziehungen ausgerichtet ist; funktional entspricht es damit eher dem Sachenrecht für körperliche Gegenstände. Nach der herkömmlichen Aufgabenverteilung im Rechtssystem ist der in den einschlägigen Geschäftsmodellen liegende Interessenausgleich hingegen Sache des Vertrags- respective des Schuldrechts. Notwendig ist daher die Erarbeitung und Etablierung besonderer vertragsrechtlicher Regeln, die neben dem Datenschutzrecht greifen und schon vorhandene Grundlagen im bestehenden Schuldrecht gegebenenfalls ergänzen.

Allerdings gibt es bislang weder im deutschen noch im europäischen Recht eine solche Art Datenschuldrecht, welches - jenseits der im Datenschutzrecht geregelten persönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Themas - die Einbindung personenbezogener Daten als Leistung respective Gegenleistung in Leistungsaustauschen angemessen erfassen würde⁽⁵⁾. Nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission soll sich dieses nunmehr speziell für Verträge über digitale Inhalte ändern: Der am 9. 12. 2015 vorgelegte Richtlinienvorschlag⁽⁶⁾ schließt auch solche Verträge ein, bei denen die Gegenleistung nicht in Geld, sondern in Daten und insbesondere in personenbezogenen Daten besteht (Art. 3 I, IV des Vorschlags). Der Richtlinienvorschlag erfaßt die hier untersuchte Problematik freilich nur sehr punktuell⁽⁷⁾, so daß den nationalen Gesetzgebern voraussichtlich weite Interpretations- und Umsetzungsspielräume zu den Konsequenzen verbleiben werden. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich - wie der Richtlinienvorschlag der Kommission - auf die Situationen scheinbarer Unentgeltlichkeit bei der Leistung digitaler Inhalte⁽⁸⁾. Weitergehende Klärungen bleiben insoweit künftigen Untersuchungen vorbehalten.

(5) *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Data as Consideration, EuCML 2015, 218.

(6) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 9. 12. 2015, COM (2015) 634 final.

(7) Dazu u.a. *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, GPR 2016, 54, 57-60.

A) Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand

Kernfrage für „unentgeltlich“ zur Verfügung gestellte digitale Inhalte ist zunächst, in wie weit personenbezogene Daten überhaupt als Leistungsgegenstand - und damit als Gegenleistung für digitale Inhalte - im vertragsrechtlichen Verhältnis behandelt werden können. Dabei unterscheidet sich die Kommerzialisierung personenbezogener Daten nur teilweise von der Kommerzialisierung anderer Persönlichkeitsrechte, wie z.B. dem Recht am eigenen Bild⁽⁹⁾.

Auf Grund des weit gefaßten Leistungsbegriffs des BGB⁽¹⁰⁾, wonach eine Leistung in jedem Tun, Dulden oder Unterlassen⁽¹¹⁾ gesehen werden kann und der genaue Leistungsgegenstand durch Auslegung zu ermitteln ist, erscheint es schuldrechtlich unproblematisch, personenbezogene Daten als möglichen Leistungsgegenstand einzuordnen. Das gilt schuldrechtlich völlig unabhängig davon, ob der Datenschuldner

(8) Mit der Reform der §§ 312 ff. BGB hat in Umsetzung von Art. 2 Nr. 11 Verbraucherrechtlicher Richtlinie 2011/83/EU eine Legaldefinition dieses Begriffs Einzug in das deutsche Recht gefunden. § 312f III BGB definiert digitale Inhalte als „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden.“ Als Beispiele nennen die Richtlinie in Erwägungsgrund (19) und die Regierungsbegründung des deutschen Umsetzungsgesetzes (Regierungsentwurf Begründung, BT—Drs. 17/12637, S. 55) Computerprogramme, Anwendungen (Apps), Spiele, Musik, Videos und Text (E—Books). Dabei ist unerheblich, ob die Inhalte heruntergeladen und auf dem Rechner des Verbrauchers gespeichert werden oder dort nur sichtbar gemacht und dabei allenfalls vorübergehend und nicht dauerhaft gespeichert werden (Streaming). Voraussetzung ist lediglich, daß die Daten in einer Weise verkehrsfähig sind, schließlich müssen die Parteien einen Vertrag darüber schließen können (*Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Art. 2 Rn. 45). Kritisch zur vorgesehenen Modifikation dieses Begriffs durch Art. 2 Nr. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, GPR 2016, 54, 56 f..

(9) *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 219.

(10) Näher zum Leistungsbegriff: *Bachmann*, in: Münchner Kommentar zum BGB, § 241 Rn. 17 ff.; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, § 241 Rn. 7 f.; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, S. 87 ff.

(11) *Bachmann*, in: Münchner Kommentar zum BGB, § 241, Rn. 19; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, § 241 Rn. 8.

seine Daten aktiv übermittelt⁽¹²⁾ oder der Datengläubiger sich diese anderweitig verschafft⁽¹³⁾. Dabei steht zunächst die Persönlichkeitsschützende Grundausrichtung des Datenschutzrechts vertraglichen Verpflichtungen zur Leistung von Daten nicht als solche entgegen: Zwar ist das Persönlichkeitsrecht selbst unveräußerlich⁽¹⁴⁾, jedoch ist seine Verwertbarkeit durch Einräumung von Nutzungsbefugnissen allgemein anerkannt. Datenschutzrechtlich findet dies in der Möglichkeit Niederschlag, andere durch Einwilligung zur Datenverarbeitung zu ermächtigen⁽¹⁵⁾. Zwar bestehen auch hinsichtlich dieser Einwilligung und einer vertraglichen Verpflichtung zur Einwilligung erhebliche Grenzen⁽¹⁶⁾, der grundsätzlichen Verwertbarkeit des Vermögensgutes „eigene personenbezogene Daten“ und deren Einsatz als Tauschmittel stehen diese jedoch nicht grundsätzlich entgegen⁽¹⁷⁾.

Die reine Übermittlung von personenbezogenen Daten genügt allerdings regelmäßig nicht als Leistungsgegenstand⁽¹⁸⁾. Eine Datenverarbeitung ohne gesetzliche Erlaubnis oder datenschutzrechtliche Einwilligung ist unzulässig und zwar auch dann, wenn der

(12) Darauf beschränkt Art. 3 des Richtlinienvorschlags. Dagegen wiederum die Kritik bei *Spindler*, Verträge über digitale Inhalte - Anwendungsbereich und Ansätze, MMR 2016, 147, 149. Ebenfalls für ein Erfordernis aktiver Übermittlung *Faust*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A30.

(13) Datenschutzrechtlich ist letzteres ohnehin ausreichend für die Begründung der Erlaubnispflichtigkeit. Eine datenschutzrechtsakzessorische Abgrenzung verlangt daher keine Begrenzung auf die aktive Übermittlung, so aber *Faust*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A30.

(14) *Unsel*, Die Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten, GRUR 2011, 982 (982).

(15) So auch *Buchner*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, DuD 2010, S. 39 (39).

(16) Dazu sogleich.

(17) In diesem Sinne nunmehr aus Sicht des deutschen und US-amerikanischen Verfassungsrechts auch *Sandfuchs*, Privatheit wider Willen?, Tübingen 2015.

(18) Teile der Diskussion konzentrieren sich daher zu stark auf die Daten selbst (auf welche der Verantwortliche vielfach ohnehin Zugriff haben darf) und nicht hinreichend auf die Nutzungsbefugnis. Siehe etwa *Faust*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A17 f.

Verantwortliche legal Zugriff auf die Daten hat (etwa zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten). Dies ergibt sich aus Art. 6 DatenschutzGVO. Danach ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das Datenschutzrecht selbst oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Dementsprechend ist zwar die Übermittlung personenbezogener Daten häufig Bestandteil der Vertragsgestaltungen „Daten gegen Leistung“, jedoch besteht das Interesse des Gläubigers infolge der datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen im Kern darin, eine datenschutzrechtliche Einwilligung in die Verarbeitung der Daten zu erhalten. Nur so ist es dem Datengläubiger nämlich möglich, die personenbezogenen Daten des Datenschuldners legal zu verarbeiten. Erst die datenschutzrechtliche Einwilligung bringt den Gläubiger in die Position, den ökonomischen Wert der personenbezogenen Daten auf legale Weise für sich realisieren zu können.

In vielen Fällen erhält der Datengläubiger die Daten ohnehin ohne eine Übermittlung durch den Betroffenen und Datenschuldner durch eigene Akte der Erfassung und dies gegebenenfalls auch vor Abschluß eines Vertrages. In diesen Fällen der vielfach bereits durch Art. 6 I lit. b DatenschutzGVO gedeckten Datenerhebung gestattet die datenschutzrechtliche Einwilligung insbesondere die Ausweitung der Verarbeitungszwecke über die gesetzlich vorhergesehen Zwecke hinaus. Im Mittelpunkt von Gestaltungen einer vertraglichen Pflicht zur Leistung von Daten steht damit die Einwilligung des Betroffenen in die Verwendung seiner personenbezogenen Daten, während die Übermittlung oder Verschaffung von Daten eher nachgeordneten Charakter hat⁽¹⁹⁾. Der nunmehr vorliegende Kommissionsvorschlag berücksichtigt diesen Zusammenhang bislang nicht hinreichend und stellt allein auf die Übermittlung

(19) *Buchner*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, DuD 2010, 39, 40; *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 220; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, GPR 2016, 54, 59.

der Daten ab⁽²⁰⁾.

Allerdings kann die durch die datenschutzrechtliche Einwilligung begründete Nutzungsbefugnis auch nur dann sinnvoll Leistungsgegenstand sein, wenn die jeweiligen personenbezogenen Daten nicht ohnehin schon von Gesetzes wegen erhoben und verarbeitet werden dürfen⁽²¹⁾. Eine Verpflichtung, die eine Datenverarbeitung ermöglicht, die schon von Gesetzes wegen gestattet ist, vereitelt die Zwecksetzung der Verpflichtung als Ganzes - es fehlt mit anderen Worten am Leistungssubstrat. Als zentrale Erlaubnisnormen ist hier vor allem Art. 6 I lit. b DatenschutzGVO von Bedeutung, wonach die Datenverarbeitung für eigene Geschäftszwecke gestattet ist⁽²²⁾. Allerdings fällt die Vertragsgestaltung „Daten gegen Leistung“ selbst richtigerweise nicht unter diesen gesetzlichen Erlaubnistatbestand. Die Vorschrift erfaßt nämlich nur diejenigen Daten, die für den Abschluss und die Abwicklung eines Vertrags erforderlich sind, nicht aber Daten als eigenständigen Leistungsgegenstand innerhalb einer vertraglichen Beziehung⁽²³⁾. Aus diesem Grund erstreckt sich eine Verpflichtung zur datenschutzrechtlichen Einwilligung dann auch nur auf die personenbezogenen Daten, die nicht ohnehin schon von Gesetzes wegen erhoben werden dürfen⁽²⁴⁾.

(20) *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, GPR 2016, 54, 59.

(21) *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 B I (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 220. Entsprechend nunmehr auch Art. 3 IV Richtlinienentwurf, der freilich zu eng geraten ist und nicht hinreichend an die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen anknüpft, dazu *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, GPR 2016, 54, 59. Für eine Ausweitung von Daten als Leistungsgegenstand auch in diesen Bereich plädieren nunmehr *Wendehorst/von Westphalen*, BB 2016, 2179 und *Wendehorst*, NJW 2016, 2609.

(22) Siehe dazu *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 A II 1 (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016).

(23) Ausführlich *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 A II 1 (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016). Zur Gegenauffassung insbesondere *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 640 (offenbar zum Zwecke der Vermeidung des Koppelungsverbots).

(24) In diesem Sinne auch Art. 3 IV des Richtlinienentwurfs.

Auf Grund der durch die Einwilligung begründeten Dispositivität des datenschutzrechtlichen Verbots zur Verarbeitung fremder personenbezogenen Daten ist es nicht von Gesetzes wegen ausgeschlossen, personenbezogene Daten zum Bestandteil einer vertraglichen Verpflichtung zu machen. Die Möglichkeit der Einwilligung ist daher der Schlüssel zur Kommerzialisierung der Daten⁽²⁵⁾.

Allerdings sind den privatautonomen Vertragsgestaltungen auch erhebliche gesetzliche Grenzen gesetzt. So bedarf die Einwilligung immer der Formulierung eines hinreichend bestimmten Verwendungszwecks. Ob dazu auch der Umstand gehört, daß die Daten respective die Nutzungsbefugnis als Gegenleistung dienen, wird bislang - soweit ersichtlich - nicht erörtert, ist aber anzunehmen⁽²⁶⁾. Zudem darf sich der Datensschuldner nicht verpflichten, die Übermittlung personenbezogener Daten auf ein unbeschränktes Maß auszudehnen oder auf das Recht der jederzeitigen Widerruflichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung zu verzichten⁽²⁷⁾. Ersteres ist Ausfluß des Bestimmtheitsgebots hinsichtlich der Zweckbestimmung der Einwilligung letzteres ergibt sich letztlich aus der verfassungsrechtlichen Verankerung des datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsschutzes in Art. 8 EuGRCh und Art. 8 EMRK.

Ungeklärt sind die sich aus den verschiedenen datenschutzrechtlichen Koppelungsverboten ergebenden Konsequenzen. Das geltende Verbot in § 28 IIIb BDSG geht auf die engere Regelung des § 12 III TMG a.F. zurück und schränkt die

(25) Das arbeitet etwa ganz deutlich heraus die Tilburg angenommene Dissertation von *Purtova*, Property rights in personal data: A European perspective, Oisterwijk: BOXPress BV 2011, vor allem S. 185 ff.

(26) Im Sinne etwa der Transparenz der sprachlichen Fassung der Einwilligung wäre dies jedenfalls. Dagegen spricht beispielsweise, daß aus der Perspektive des Persönlichkeitsschutzes die Einwilligung darauf zielt, den tatsächlichen Umgang mit den Daten zu erfassen und nicht die dahinter ggf. liegende wirtschaftliche Funktion.

(27) *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 B I 2 a (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 220 f.. Anders offenbar *Gola/Schomerus/Gola/Klug/Körffler* § 4a BDSG Rn. 38 f. und große Teile der datenschutzrechtlichen Literatur. Offen und die Positionen nur berichtend Faust, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A22 f.

Möglichkeit der Einwilligung durch den Betroffenen ein: Der Verantwortliche darf nämlich den Abschluß eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen abhängig machen, „wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.“ Art. 7 IV DatenschutzGVO nimmt dieses Verbot in abgeschwächter Form (dem Umstand ist Rechnung zu tragen) auf, wobei der Erwägungsgrund (43) deutlich härter formuliert, die Einwilligung gelte nicht als freiwillig erteilt. Bei einem weiten Verständnis dieser Verbote würden sie dem Einsatz von Daten als Gegenleistung jedenfalls insoweit entgegenstehen, als der Datengläubiger nicht einen alternativen (und zumutbaren) Preis in Geld nennt ⁽²⁸⁾. Richtigerweise ist dies allerdings nicht der Fall: ⁽²⁹⁾ Die betreffenden Verbote zielen ihrem Zweck nach jeweils gerade nicht auf die offene Vereinbarung einer Datennutzungsbefugnis als Gegenleistung, sondern auf eine mit der Vertragsgestaltung im übrigen nicht korrelierende Nebenabrede. Weder der Wortlaut noch das System gebieten demgegenüber ein weites Verständnis der Koppelungsverbote, das mit Blick auf deren Ursprung bei den Schufa-Klauseln auch historisch nicht geboten erscheint. Allerdings hat die Beschränkung auf Nebenabreden Konsequenzen für die Vertragsgestaltung: Die Koppelungsverbote stehen der Vereinbarung von Nutzungsbefugnissen an personenbezogenen Daten nicht entgegen, wenn die Nutzungsbefugnis offen in ein Gegenleistungsverhältnis gestellt wird und die Funktion als Gegenleistung Teil des in der Einwilligung enthaltenen Zweckbestimmung ist. Letztlich kommt den Koppelungsverboten damit in aller erster Linie eine Transparenzfunktion zu. Wer sich mit Daten bezahlen lassen will, muß dies auch offen

(28) In diesem Sinne etwa *Bräutigam*, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken - Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, 635, 636 (bezeichnet sein Ergebnis aber als „praxisfern“); *Faust*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A19; *Faust*, NJW—Beil 2016, 29; wohl auch noch *Spindler/Schuster/Spindler/Nink* § 28 BDSG Rn. 21.

(29) Wie hier *Spindler*, Verträge über digitale Inhalte - Anwendungsbereich und Ansätze, MMR 2016, 147, 150.

legen.

Personenbezogene Daten sind somit tauglicher Leistungsgegenstand⁽³⁰⁾. Durch die Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung werden die personenbezogenen Daten für den Datengläubiger regelmäßig erst werthaltig. Die datenschutzrechtliche Einwilligung in die Datenverarbeitung personenbezogener Daten ermöglicht somit ein Leistungsverhältnis „Daten gegen Leistung“ und ist zugleich zentraler Gegenstand der eingegangenen Verpflichtung. Diese Vertragspflichten und Leistungen (Einwilligungen) sind freilich stets prekär, weil der Betroffene stets seine Einwilligung widerrufen kann. Ihm ist es konsequenterweise von Rechts wegen auch nicht möglich, sich zum Unterlassen des Widerrufs zu verpflichten⁽³¹⁾. Die sowohl durch Art. 8 EuGRCh, Art. 8 EMRK und Art. 16 AEUV als auch das deutsche Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung geschützte Widerruflichkeit der Einwilligung⁽³²⁾ verlangt das Durchschlagen dieses Schutzes auch auf die schuldrechtliche Ebene. Abweichende Vereinbarungen verstoßen gegen § 134 BGB⁽³³⁾. Diese Beschränkung macht die technische Ausgestaltung von auf Daten ausgerichteten Obligationen (vor allem dogmatisch) schwierig wobei dafür durchaus Vorbilder und Lösungswege zur Verfügung stehen⁽³⁴⁾.

B) Unentgeltlichkeit bei „digitale Inhalte gegen Daten“?

Die Diskussion um die Entgeltlichkeit bei Daten als Gegenleistung hat durch die jüngste Unterlassungsklage⁽³⁵⁾ des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv)

(30) Wie hier *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 B I (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 220 f.; *Spindler*, Verträge über digitale Inhalte - Anwendungsbereich und Ansätze, MMR 2016, 147, 150.

(31) Siehe dazu *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 B 2 a (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 220 f.

(32) *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218, 221.

(33) *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 B II (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016).

(34) Dazu unten sub F.

gegen Facebook zusätzlich Narung erhalten. Angegriffen wird das (Werbe-) Versprechen, die Plattform Facebook „kostenlos“ nutzen zu können. Zwar ist Kern des Klageantrags des vzbv der Vorwurf irreführender Werbung, allerdings tritt auch in diesem Punkt die umstrittene Frage zutage, ob in der Übermittlung von personenbezogenen Daten ein Entgelt für die von Facebook erbrachten Dienstleistungen zu sehen ist und diese daher als entgeltlich einzuordnen sind. Entsprechende Gestaltungen finden sich auch für digitale Inhalte im engeren Sinne, bei denen zwar kein Preis in Geld ausgewiesen wird, jedoch eine - über gesetzlich ohnehin bestehende Nutzungsbefugnisse hinausgehende - Einwilligung des Betroffenen und Erwerbers der digitalen Inhalte erteilt wird.

Vertragsgestaltungen mit personenbezogenen Daten, die im Austauschverhältnis mit digitalen Inhalten stehen, sind nach dem vorstehenden jedoch nicht als unentgeltliche Vertragsverhältnisse einzuordnen; das gilt auch für den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB⁽³⁶⁾. Vielmehr ist durch das Interesse des Datengläubigers an der Nutzung der Daten und der rechtlichen Abhängigkeit der eigenen Leistung von der Nutzungsmöglichkeit an den Daten durch Einwilligung und gegebenenfalls Übermittlung die Entgeltlichkeit begründet.

C) Einschränkungen der Vertragsbindung

Unentgeltliche Verträge sind dadurch gekennzeichnet, dass die Vertragsbindung leichter aufzulösen ist, als bei entgeltlichen Verträgen - das gilt für das deutsche Recht ebenso wie im europäischen Vergleich. In den Vorschriften des BGB zu Schenkung, Leihe, Auftrag und unentgeltlicher Verwahrung finden sich zahlreiche gesetzliche

(35) <http://www.vzbv.de/pressemitteilung/vzbv-klagt-gegen-facebook>. Die Klage wird beim LG Berlin unter dem AZ 16 O 341/15 geführt.

(36) Richtig *Faust*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A25 m.w.N. (zugleich unter Hinweis auf die Richtlinienwidrigkeit von § 312 I BGB).

Anordnungen, die großzügige Beendigungsmöglichkeiten (insbesondere Rückforderung, Widerruf oder Kündigung) eröffnen⁽³⁷⁾. Noch davor begründet das - auch in Europa verbreitete - Formerfordernis für die Schenkung⁽³⁸⁾ von vornherein eine Beschränkung der Bindungswirkung der auf Dauer angelegten unentgeltlichen Zuwendung. Von den Beendigungsrechten und Wirkungsbeschränkungen wären somit sowohl Datensschuldner wie auch Datengläubiger betroffen⁽³⁹⁾. Der sachliche Grund der eingeschränkten Vertragsbindung wird allgemein in der Unentgeltlichkeit gesehen. Der unentgeltlich Leistende soll privilegiert werden, da nur ihm eine Leistungspflicht auferlegt wird. Umgekehrt muß sich der Leistungsempfänger die unentgeltliche Leistung auch nicht aufdrängen lassen und kann daher häufig auch noch nachträglich Abstand vom Vertrag nehmen; wegen der Unentgeltlichkeit steht dem kein berechtigtes Entgeltinteresse des anderen Teils⁽⁴⁰⁾ gegenüber.

Die Frage, ob Einschränkungen der Vertragsbindung nach dem Vorbild von Verträgen über unentgeltliche Leistungen auch für Gestaltungen „Daten als Gegenleistung“ eingreifen sollen, ist als rechtspolitische nicht rein begrifflich zu entscheiden. Eine unmittelbare Anwendung der etablierten Beschränkungen der Vertragsbindung kommt *de lege lata* nicht in Betracht, weil jeweils entgeltliche Leistungen vorliegen. Die rechtspolitische Frage nach der Etablierung entsprechender Bindungsschwächen für die hier untersuchten Konstellationen ist damit jedoch noch nicht beantwortet.

Auf die Vertragsgestaltungen „digitale Inhalte gegen Daten“ lassen sich die

(37) Für Deutschland §§ 527 f., 530, 604 f., 671, 695 f. BGB. Für das Gemeineuropäische Schenkungsrecht vgl. Artt. IV.H. – 2:103 f., 4:101–4:203 DCFR.

(38) §§ 516, 518 BGB (Realvertrag oder notarielle Urkunde); Artt. IV.H. – 2:101 f. DCFR (Schriftform mit Ausnahmen).

(39) Das gilt unabhängig davon, ob Vertrag und Einwilligung in ihren Wirkungen abstrakt gesehen werden oder nicht, dazu grundlegend *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 4 (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016).

(40) Vgl. für Deutschland §§ 490 II 3, 649 BGB.

Einschränkungen der Vertragsbindung bei unentgeltlichen Leistungen nur eingeschränkt übertragen. Diesen Vertragsgestaltungen fehlt es nämlich an der altruistischen Grundprägung. Die digitalen Inhalte werden nur gegen Übermittlung der Daten und Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit erbracht und somit auf Grundlage eines wirtschaftlichen Austauschs. Auch sind die Vertragsparteien innerhalb dieser Vertragsgestaltung schutzwürdiger hinsichtlich ihres Vertrauens in die Vertragsbindung. Mit Übermittlung der Daten rechnet der Datenschuldner mit dem Erhalt und dem Behaltendürfen der digitalen Inhalte. Der altruistische Ursprung und die verminderte Schutzbedürftigkeit der eingeschränkten vertraglichen Bindung lässt sich insoweit für die Vertragsgestaltungen „digitale Inhalte gegen Daten“ nicht feststellen. Dementsprechend sind Einschränkungen der Bindung aufgrund der Grenzen der eigenen finanziellen Leistungsfähigkeit des Datengläubigers zumindest im Ausgangspunkt unangemessen.

Spiegelbildlich gilt für den Datengläubiger zunächst ähnliches: Er geht davon aus, die Daten nun entsprechend der erteilten datenschutzrechtlichen Einwilligung nutzen zu dürfen und mit diesen entsprechend wirtschaftliche Gewinne generieren zu können. Allerdings ist sein Vertrauen in diese Nutzungsbefugnis nur für die (jeweilige) Vergangenheit geschützt. Für die (jeweilige) Zukunft unterliegt die Position des Datengläubigers - jedenfalls bei fortbestehender Personalisierung oder Personalisierbarkeit der Daten - der unabdingbaren und unbeschränkten Befugnis zum Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung. Für den Fall eines solchen Widerrufs wird dem Datengläubiger jedenfalls grundsätzlich das Recht zur Kündigung (gegebenenfalls auch des Rücktritts) zuzugestehen sein. Im Hinblick darauf wird der - nationale oder europäische - Gesetzgeber auch zu entscheiden haben, ob Dauerschuldverhältnisse mit Daten als Gegenleistung wegen deren prekären Charakters generell beiderseitig frei kündbar sein sollen. Dagegen spricht freilich, daß ein solch allgemeines Kündigungsrecht gänzlich unabhängig von einer etwa eingetretenen Amortisation wäre, so daß die Gefahr einer Überkompensation des

Datengläubigers bestünde. Zudem bedürfte ein solches Kündigungsrecht - ebenfalls im Hinblick auf Amortisationsfragen - der wertmäßigen Abstimmung auf die Konsequenzen des datenschutzrechtlichen Widerrufs beim punktuellen Leistungsaustausch ohne Dauerschuldcharakter der Leistung des Datengläubigers.

Eine Einschränkung der Vertragsbindung kommt allerdings dann in Betracht, wenn es - zumindest funktional - um Vertragsbruchsituationen auf Seiten des Datenschuldners geht. Werden beispielsweise zum Erhalt des digitalen Inhalts falsche oder gefälschte personenbezogene Daten übermittelt, fehlt es dem Datenschuldner insoweit an der Schutzbedürftigkeit, so daß eine einfache Lösung vom Vertrag gerechtfertigt erscheint. Diese Fälle lassen sich aber in aller Regel mit den Regeln des allgemeinen Leistungsstörungsrechts bewältigen - jedenfalls §§ 314, 323 ff. BGB bieten hierfür eine hinreichende Grundlage, die gegebenenfalls durch Analogien zu den Aufhebungsrechten des besonderen Schuldrechts (etwa § 627 BGB) zu ergänzen sein wird.

D) Haftungsprivilegien?

Die Vertragstypen des BGB über unentgeltliche Leistungen weisen eine Reihe von Haftungsprivilegierungen zugunsten des Leistenden auf. Im Rahmen von Leihe und Schenkung haftet der Leistende nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§§ 521, 599 BGB). Zudem ist seine Haftung bei Sach- und Rechtsmängeln auf Fälle der Arglist beschränkt; außerdem werden Nacherfüllungsansprüche auf ganz wenige Ausnahmefälle reduziert (§§ 523, 524, 600 BGB). Eine entsprechende Haftungsbeschränkung für den Auftrag hat der Gesetzgeber von 1896 bewußt nicht vorgesehen;⁽⁴¹⁾ für Dienstleistungen finden sich gesetzliche Haftungsbeschränkungen

(41) Mot. II S. 530, 531. Zum richtigen Haftungsmaßstab bei (wirklich) unentgeltlichen (Dienst-) Leistungen im Internet nunmehr ausführlich *Faust*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A61-A69.

daher lediglich für die unentgeltliche Verwahrung in § 690 BGB (Haftungserleichterung auf eigenübliche Sorgfalt), die gering vergütete Tätigkeit der Organmitglieder von Körperschaften in § 31a BGB und Vereinsmitgliedern in § 31b BGB (jeweils Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) und für die auftragslose Geschäftsführung zur Abwendung einer dringenden Gefahr für den Geschäftsherrn in § 680 BGB (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit)⁽⁴²⁾. Die Privilegierung gegenüber dem allgemeinen Haftungsmaßstab des § 276 BGB hat ihren Grund jeweils in der Unentgeltlichkeit der Verträge und soll damit dem altruistischen Ursprung der Leistung Rechnung tragen. Auch insoweit handelt es sich funktional um Einschränkungen der vertraglichen Bindung auf der Haftungsseite, die freilich nicht verallgemeinerungsfähig sind⁽⁴³⁾.

Die Haftungsprivilegierungen sind jedenfalls *de lege lata* auf den Austausch „digitale Inhalte gegen Daten“ nicht anwendbar, wenn die Möglichkeit der Datennutzung über die gesetzlichen Erlaubnistatbestände insbesondere Art. 6 I DatenschutzGVO hinaus durch eine datenschutzrechtliche Einwilligung nach Artt. 7, 6 I lit. a DatenschutzGVO eingeräumt wird⁽⁴⁴⁾. Wie für die Einschränkungen der vertraglichen Bindung stellt sich aber auch hier die rechtspolitische Frage, ob die Privilegierungen für unentgeltliche Verträge auf diejenigen übertragen werden sollen, bei denen digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten geleistet werden.

Dabei versteht es sich nahezu von selbst, dass eine Haftungsprivilegierung beim Austausch „digitale Inhalte gegen Daten“ zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht weiter gehen kann als die Privilegierung in den Haftungsregimen der unentgeltlichen Verträge, wie Leihe und Schenkung. Die Privilegierungen unter diesen

(42) Die Übertragbarkeit der Haftungsprivilegierung auf entsprechende Situationen bei bestehendem Auftrag wird praktisch nicht diskutiert, sollte aber jedenfalls für den Fall der unentgeltlichen Notgeschäftsführung angenommen werden.

(43) Faust, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A26.

(44) Schmidt-Kessel, Verträge über digitale Inhalte, K&R 2014, 475, 480; Spindler, Verträge über digitale Inhalte - Anwendungsbereich und Ansätze, MMR 2016, 147, 150.

Verträgen gehen historisch offenbar auf das im römischen Recht wurzelnde Utilitätsprinzip zurück, nach dem sich der Haftungsmaßstab in vertraglichen Schuldverhältnissen an der Nützlichkeit des Vertrages für den jeweiligen Vertragspartner ausrichtet⁽⁴⁵⁾. Allerdings bleibt bei dieser Erklärung unberücksichtigt, daß die Haftungsprivilegierungen historisch zu Teilen auch in der Konstruktion als Realvertrag wurzeln⁽⁴⁶⁾. Mit der Einordnung der unentgeltlichen Verträge als Konsensualvertrag ist zwar diese ursprüngliche dogmatische Grundlage für die Haftungsprivilegierungen entfallen. Gleichwohl geht es bei ihnen nicht allein um die Fortschreibung der Regelungstradition⁽⁴⁷⁾. Grund ist vielmehr jeweils, daß vom unentgeltlich Leistenden nicht derselbe (Sorgfalts-) Aufwand für die Befriedigung des Erfüllungsinteresses des Begünstigten erwartet wird wie vom entgeltlich leistenden Schuldner.

Dieser Grund entfällt ganz offensichtlich sofern und soweit der Schuldner für seine Leistung eine Gegenleistung erhält. Das gilt insbesondere für die Fälle eines Leistungsaustauschs „digitale Inhalte gegen Daten“. Denn gerade bei diesen Vertragsgestaltungen steht die (weitere) Nutzung der übermittelten personenbezogenen Daten im Mittelpunkt. Die Daten dienen kommerziellen Zwecken. Es fehlt gerade an dem altruistischen Hintergrund der Leistung, der eine Haftungsprivilegierung rechtfertigen würde. Der Leistende kalkuliert den Wert aus der weiteren Nutzung der Daten ein und leistet, um sich den Wert der Daten zunutze machen zu können. Im geschäftlichen Verkehr ist die Anwendung der Haftungsprivilegien, wegen der kommerziellen Zwecksetzung und der fehlenden Freigiebigkeit ohnehin zweifelhaft. So werden häufig Werbegeschenke aus dem Anwendungsbereich herausgenommen⁽⁴⁸⁾.

(45) Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, Rn. 5; *Lohsse*, in: beck-online, Großkommentar, BGB, § 599, Rn. 2; zum Utilitätsprinzip *Kaser*, Römisches Privatrecht, 13. Auflage, § 36 III 5.

(46) Das gilt insbesondere für die Argliststandards der §§ 523 f., 600 BGB, die - wie der frühere § 463 BGB bis Ende 2001 - auf Handgeschäfte zugeschnitten sind.

(47) So aber *Lohsse*, in: beck-online, Großkommentar, BGB, § 599, Rn. 2-3.

Diese Grundhaltung sollte hier fortgeschrieben werden.

Gegen einen Übertragung der Haftungsprivilegierungen spricht schließlich auch, daß es im BGB kein einheitliches Regelungsgefüge für die Haftung bei unentgeltlichen Verträgen gibt. Während im Rahmen von Leihe und Schenkung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird, haftet ein unentgeltlich tätiger Verwahrer gem. § 690 schon für einen Verstoß gegen die eigenübliche Sorgfalt und ein Auftragnehmer hat für jede Art von Verschulden einzustehen. Ein kohärentes System der Haftungsbeschränkungen, daß sich leicht für die hier diskutierten Konstellationen fortschreiben ließe besteht, also nicht.

E) Besondere Qualitätsstandards für digitale Inhalte gegen Daten?

Haftungsbeschränkungen bei unentgeltlichen Leistungen lassen sich funktional (und teilweise auch dogmatisch) auch als Beschränkungen der geschuldeten Qualität bei unentgeltlichen Leistungen in §§ 523 f., 600 BGB deuten. Vom unentgeltlich leistenden Schuldner wird auch hinsichtlich der Leistungsqualität nicht derselbe Standard erwartet, wie im Falle entgeltlicher Leistungen. Soweit der Schuldner digitaler Inhalte durch die ihm zustehende Nutzungsbefugnis an personenbezogenen Daten des Beziehers der digitalen Inhalte eine Gegenleistung erhält, entfällt der rechtspolitische Grund für die Einschränkungen der Qualitätsstandards bei Unentgeltlichkeit. Wer sich im Wege des atypischen Tauschs für digitale Inhalte eine andere vermögenswerte Leistung versprechen läßt, hat kein berechtigtes Interesse an einer Privilegierung⁽⁴⁹⁾.

Zu beachten ist freilich, daß sich die prekäre Natur von Daten als Leistung im Blick auf das unabdingbare Widerrufsrecht des Betroffenen auch auf die Qualitätsstandards wird niederschlagen müssen. Das gilt insbesondere insoweit als - unter Aufgabe des

(48) *Schmidt-Kessel*, Verträge über digitale Inhalte, K&R 2014, 475, 480.

(49) Vgl. *Mañko*, Contracts for supply of digital content (2016), PE 582. 048, S. 16.

punktuellen Leistungsaustauschs, wie er für den Kaufvertrag typisch ist - für die Übertragung digitaler Inhalte auf Dauer (die kaufäquivalente Situation) Nachsorgepflichten aufgestellt werden. Solche nachlaufenden Qualitätssicherungspflichten - so man sie für digitale Inhalte in der kaufäquivalenten Situation überhaupt annehmen will - finden naturgemäß ihr Ende, sobald der Schuldner der digitalen Inhalte diese nicht mehr aus den Erträgen der Nutzung der personenbezogenen Daten des „Käufers“ finanzieren kann. Auch hier wird man freilich sehr genau nach - sicher zu typisierenden - Amortisationsgraden zu unterscheiden haben.

F) Bestandteile eines Datenschuldrechts

Fragt man nach den Konsequenzen der vorstehenden Ausführungen für das Schuldrecht insgesamt, so ergeben sich Notwendigkeiten für Entscheidungen über die Setzung spezifisch auf personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand zugeschnittene schuldrechtliche Regelungen. Wie besonders sichtbar für das Geldschuldrecht, aber auch für das Warenschuldrecht mit seinen typischen Obhutsverhältnissen und Gefahrverteilungen, bedarf auch der Leistungsgegenstand „Daten“ schuldrechtlicher Grundklärungen. Hier sollte dem Gesetzgeber nicht unterlaufen, was er für die Dienstleistungen versäumt hat, nämlich die Ausrichtung des Schuldrechts auf die neuen Leistungsgegenstände; für digitale Inhalte haben eigene Regeln auf nationaler wie europäischer Ebene gerade begonnen sich auszuprägen, für personenbezogene Daten mit ihren Besonderheiten fehlt es daran noch. Erforderlich ist daher ein spezifisches Datenschuldrecht, was allerdings nicht in jedem Falle den Erlaß neuer Sonderregeln erfordert.

1. Selbstverständlichkeiten

Für dieses Datenschuldrecht gelten zunächst bestimmte Regeln ganz selbstverständlich, die das allgemeine Schuldrecht für jeden Leistungsgegenstand vorhält: Das gilt insbesondere für die Generalklausel des § 242 BGB, auf dessen

Flexibilisierungswirkungen das Datenschuldrecht nicht wird verzichten können. Dabei ist freilich zu beachten, daß die auf der dinglichen Ebene sicherzustellende Freiheit des Berechtigten, insbesondere des Widerrufs der Einwilligung, nicht schuldrechtlich überlagert wird und das gilt insbesondere für sämtliche Ausformungen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens: Das freie Widerrufsrecht gestattet bewußt widersprüchliches Verhalten.

Selbstverständliche Anwendung finden auch die Regeln zu Leistungszeit und Leistungsort, die ebenso selbstverständlich - auch im Blick auf territoriale Anknüpfungen des Datenschutzrechts - besonders zu konkretisieren sind. Dasselbe gilt für die Anwendbarkeit von Kooperationserwartungen nach §§ 293 ff. BGB sowie der Flexibilisierungstatbestände in §§ 313, 314 BGB.

Mit der Erklärung von Daten zu einem möglichen Gegenstand finden selbstverständlich auch die Regeln der Erfüllung und des dadurch bewirkten Erlöschens der Obligationen Anwendung⁽⁵⁰⁾. Freilich sind insoweit Besonderheiten zu beachten. Insbesondere ist die Leistung durch Dritte im Sinne der §§ 267, 268 BGB bei personenbezogenen Daten jedenfalls hinsichtlich der Einwilligung ausgeschlossen. Etwas anderes gilt auch nicht für den Fall der - hinsichtlich der Möglichkeit ohnehin umstrittenen - Stellvertretung bei Erteilung der Einwilligung, wie sie insbesondere bei Minderjährigen nach wie vor offen ist, s. Art. 8 I 2 DatenschutzGVO. Hier verpflichtet sich nicht der Vertreter, sondern der Vertretene, wobei sich Zurechnungsfragen allenfalls in eng begrenzten Ausnahmefällen stellen werden.

Auch bei der Anwendung von § 275 BGB ist für den Ausschluß des - ohnehin prekären - Erfüllungsanspruchs die Höchstpersönlichkeit der Einwilligung ebenso zu beachten wie die eingeschränkte Möglichkeit zur Stellvertretung. Die Bedeutung von § 275 BGB im Kontext des Datenschuldrechts wird allerdings - bei allen möglichen

(50) Hierzu grundlegend *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 B II (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016).

dogmatischen Varianten und Effekten - eine funktional wie praktisch begrenzte sein.

2. Grundlagenfragen

Für ein Datenschutzrecht ist vor allem eine Reihe von Grundlagenfragen zu klären, welche die Abbildung der Vereinbarung von Daten als Leistung (und Gegenleistung) wie auch etwa entstehende gesetzliche Schuldverhältnisse vorprägen. Im Mittelpunkt sämtlicher Überlegungen steht dabei die Begrenzung der Leistungspflicht des Datenschuldners, die sich in einer erheblichen Beschränkung und - bei Widerruf der Einwilligung - dem Ausschluß des Erfüllungsanspruchs niederschlägt. Dieser Ausschluß läßt sich schuldrechtlich auf verschiedene Arten fassen. Man kann einerseits nach Art der Naturalobligation oder auch nach dem Vorbild des - ebenfalls persönlichkeitsrelevanten - Leistungsaustauschs bei der Prostitution von einer von vorne herein beschränkten Bindung und Unklagbarkeit ausgehen⁽⁵¹⁾. Andererseits läßt sich die Möglichkeit des Widerrufs auch als ein Fall einer durch das Widerrufsrecht gerechtfertigten Nichterfüllung einordnen, was konstruktiv den Vorteil bietet, daß der Erfüllungsanspruch erst im Falle des Widerrufs entfällt. Zumindest hinsichtlich dieser Grundlagenfrage erscheint eine Klärung durch den Schuldrechtsgesetzgeber wünschenswert.

Mit der Begrenzung des Erfüllungsanspruchs einher geht der Ausschluß einer Nichterfüllungshaftung nach §§ 280 I, III, 281–283 BGB sowie der Ausschluß der Amortisationserwartung nach § 284 BGB. Auch hier ist freilich zu entscheiden, worauf dieser Ausschluß beruht und wann er eintritt: In Betracht kommt einerseits der generelle Ausschluß, völlig unabhängig vom weiteren Verhalten des Datenschuldners. Dieser Ausschluß läßt sich konstruktiv verschieden begründen und ist nicht auf die Fälle des von vorn herein fehlenden Erfüllungsanspruchs beschränkt. Genauso möglich

(51) So *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 B I 2 und III (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016).

ist das Verständnis eines immer gerechtfertigten Vertragsbruchs oder das Verständnis eines beschränkten Schutzzwecks der Pflicht des Datenschuldners.

Die Entscheidung der Kernfrage, des Ausschlusses der Haftung für das Erfüllungsinteresse bedeutet freilich nicht, daß eine Haftung des Datenschuldners wegen Fehlern bei der Vertragsdurchführung gänzlich ausgeschlossen sei. Ein zentrales Gegenbeispiel ist zunächst die Schädigung des Datengläubigers durch mangelhafte Daten, die freilich nicht ein Erfüllungsinteresse des Datengläubigers verletzt, sondern dessen Vertrauens- respective Integritätsinteresse⁽⁵²⁾. Es geht also um eine Haftung nach §§ 280 I, 241 II BGB. In dem weiteren Fall der Täuschung oder auch fahrlässigen Irreführung des Datengläubigers hinsichtlich der Kontinuität der Nutzungsbefugnis und der Absichten für den Widerruf ist die Haftung des Datenschuldners jedenfalls diskutabel⁽⁵³⁾. Hier wird man freilich die Sorgfaltspflichten des Datenschuldners sorgfältig darauf überprüfen müssen, daß durch ihre Annahme die Freiheit zum Widerruf - welche nicht nur auf der dinglichen Ebene unverzichtbar ist - nicht überspielt wird.

Eine weitere zentrale Fragestellung richtet sich auf die Anwendbarkeit der Maßstäbe der Inhaltskontrolle. Hier ist die deutsche Rechtsprechung bis jetzt alles andere als klar, weil einerseits häufig eine Inhaltskontrolle der datenschutzrechtlichen Einwilligung stattfindet und andererseits der Bundesgerichtshof in den Entscheidungen PAYBACK und HappyDigits lediglich § 4a BDSG als Kontrollmaßstab hat gelten lassen⁽⁵⁴⁾. Während sich die Grundfrage der Kontrollnotwendigkeit richtigerweise schon aus dem - datenschutzrechtliche Einwilligungen wie die schuldrechtlichen Verpflichtungen dazu

(52) *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 3 C 1 (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016)

(53) *Langhanke* (Daten als Leistung, Kapitel 3 D, unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016) benennt mit Blick auf entsprechende Äußerungen im schweizerischen Recht soweit noch den Fall eines Widerrufs zur Unzeit. Insoweit wird man dem Datengläubiger in Ausnahmefällen vielleicht künftig auch durch Anwendung von Art. 6 I lit. f DatenschutzGVO helfen können - das wird freilich bislang nicht einmal diskutiert.

(54) BGH, NJW 2008, 3055; BGH, MMR 2010, 138.

erfassenden - Regelungsregime der Klauselrichtlinie 93/13/EWG ergibt⁽⁵⁵⁾, wird der Gesetzgeber auf nationaler wie europäischer Ebene zu entscheiden haben, wie weit die richterliche Inhaltskontrolle die Verkehrsfähigkeit der Daten zu beschränken geeignet sein wird.

Aus der Möglichkeit der Vereinbarung eines Leistungsaustauschs „digitale Inhalte gegen Daten“ ergibt sich nach allgemeinen Regeln die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB. Eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung erscheint hierfür nicht geboten. Allerdings ist zu beachten, daß die Vorschriften über gegenseitige Verträge ganz überwiegend auf Entgelte in Geld zugeschnitten sind. Dies macht sich insbesondere bei der Risikoverteilung nach § 326 BGB bemerkbar, die möglicherweise - erneut im Blick auf berechnete Amortisationsinteressen - auf die besondere Gegenleistung „Daten“ neu zuzuschneiden wäre. Einer entsprechenden Kallibrierung bedarf auch die Button-Lösung in § 312j III BGB und Art. 8 II UAbs. 2 VerbraucherrechteRL⁽⁵⁶⁾.

Im Ansatz unproblematisch ist hingegen die Anwendung der Rücktrittsregeln nach §§ 323 ff. BGB. In der Konstellation „digitale Inhalte gegen Daten“ liegt auch das - für den Rücktritt generell rechtspolitisch fragwürdige - Erfordernis eines gegenseitigen Vertrages unproblematisch vor. Anpassungsbedarf besteht insoweit vor allem bei den Fragen der Rückabwicklung. Die §§ 346 ff. BGB sind - wie die §§ 357 ff. BGB - vor allem auf die Rückabwicklung geleisteter Sachen zugeschnitten und müssen für Rückabwicklungssituationen bezüglich personenbezogener Daten und ihrer Nutzung abweichend kalibriert werden⁽⁵⁷⁾. So wird in erster Linie - vorbehaltlich einer anderen Datennutzungsbefugnis - die Löschung der vorhandenen personenbezogenen Daten

(55) Siehe nunmehr auch den ausdrücklichen Verweis auf diese Richtlinie in Erwägungsgrund (42) DatenschutzGVO.

(56) Richtiger Hinweis bei *Faust*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A41. Für eine Übertragung der Regelungsstruktur auf datenschutzrechtliche Sachverhalte schon früher *Benninghoff*, Brauchen wir eine "Button"-Lösung für das Datenschutzrecht?, VuR 2013, 361-362.

geschuldet sein. Dieser Lösungsanspruch besteht vertraglich - anders als datenschutzrechtlich - schon dann, wenn nur die schuldrechtliche Basis der Leistung von Daten durch den Rücktritt entfallen ist. Weitere Rückabwicklungsfolgen werden sich weitgehend mit den offenen Formulierungen des Wertersatzes nach § 346 II, III BGB sowie hilfsweise mit der Rechtsfolgenverweisung ins Bereicherungsrecht (§ 346 IV BGB) bewältigen lassen. Erste Versuche hierzu enthält auch der Richtlinienvorschlag der Kommission in Art. 13 II, 15 II, 16 IV, der freilich hinsichtlich der Wirkungen nur einen ex nunc-Effekt der Vertragsbeendigung vorschlägt⁽⁵⁸⁾.

Auch ein weiterer Fragenkreis wird der richterlichen oder legislatorischen Klärung bedürfen: Wenn Daten einen eigenen Vermögenswert des Betroffenen darstellen, dann liegt es in der Konsequenz dieser Feststellung, ihnen auch einen eigenen Zuweisungsgehalt zuzusprechen. Ein solcher Zuweisungsgehalt würde im Fall des Eingriffs Bereicherungsansprüche nach § 812 I 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion) auslösen. Diese Bereicherungsansprüche würden entsprechend den allgemeinen Regeln auch die Abschöpfung eines Verletzergewinns gestatten. Dies gilt richtigerweise auch dann, wenn der Datenverantwortliche den Bezug zur betroffenen Person durch eine Anonymisierung beseitigt hat. Die Vermögensguteigenschaft der betreffenden personenbezogenen Daten endet dadurch nämlich nicht.

3. Klärungsbedarfe im Detail

Neben den strukturell angelegten Grundfragen, die im vorherigen Abschnitt aufgeworfen sind, ergeben sich aus dem Paradigmenwechsel des Datenrechts

(57) Vgl. die entsprechenden rechtspolitischen Vorschläge bei *Faust*, *Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?*, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A39-A41 (Gestattung der Nutzung erst nach Erlöschen des Widerrufsrechts sowie Lösungsansprüche).

(58) Mit recht kritisch gegenüber diesem Versuch „den gordischen Knoten ... zu durchschlagen“ *Spindler*, *Verträge über digitale Inhalte - Haftung, Gewährleistung und Portabilität*, MMR 2016, 219, 221.

zusätzliche Klärungsbedarfe im Detail. Diese betreffen insbesondere auch das allgemeine Schuldrecht:

Für den Schadensersatz wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung führen die hier aufgeworfenen Konstellationen zu Konkurrenzlagen zwischen § 253 BGB und dem - immaterielle Schäden einschließenden - fArt. 82 DatenschutzGVO. Hier wird zu klären sein, ob neben den datenschutzrechtlichen Schutzpflichten auch solche - dann ausschließlich über §§ 280, 241 II, 253 BGB bewehrte - Schadensersatzansprüche aufgrund von Vertragsverletzung bestehen, wenn schuldrechtlich die erforderliche Nutzungsbefugnis nicht vorliegt.

Auch die Integration der weiteren datenschutzrechtlichen Ansprüche und Rechtsbehelfe in den vertraglichen Kontext bedarf der Klärung (in Abhängigkeit von den Grundentscheidungen). Angesichts der Erfahrungen der klassischen Trennung zwischen dem Sachenrecht der dinglichen Ebene und den schuldrechtlichen Verpflichtungen wird dies keine grundlegenden Schwierigkeiten bereiten⁽⁵⁹⁾. Abstimmungsbedarf besteht hier insbesondere mit dem Anspruch auf Auskunft, Art. 15 DatenschutzGVO, für den eine schuldrechtliche Erfassung über §§ 259 ff. BGB eher ungeeignet erscheint. Mit der erforderlichen Modifikation von § 346 I BGB ist ferner ein Aspekt der Integration der Ansprüche auf Berichtigung und Einschränkung der Verarbeitung nach Artt. 16, 18 DatenschutzGVO angesprochen, die ebenfalls zu leisten ist. Für die letztgenannte Fragestellung wird der Gesetzgeber schuldrechtlich zusätzlich auf das Problem stoßen, daß derartige Ansprüche - wie auch der Unterlassungsanspruch⁽⁶⁰⁾ - auf der vertraglichen Grundlage wissenschaftlich kaum erschlossen sind.

Die Reihe offener Detailfragen ließe sich unbegrenzt fortsetzen. So wird etwa zu

(59) Für die Geltung von Trennungs- und Abstraktionsprinzip für das deutsche Recht grundlegend *Langhanke*, Daten als Leistung, Kapitel 4 A (unveröffentlichte Dissertation Bayreuth 2016; anders ebd. für Österreich Kapitel 4 B und die Schweiz Kapitel 4 C).

(60) Siehe aber nunmehr die noch unveröffentlichte Münchner Habilitationsschrift von *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2016.

entscheiden sein, ob sich die Regel des § 258 BGB in Situationen nutzbar machen läßt, in denen personenbezogene Daten eines Nutzers mit einer - zurück zu gewährenden - Sache verbunden sind. Diese - etwa für Fahrzeugdaten bei Leasingfahrzeugen - überaus schwierige Frage, wird man nicht allein unter Rückgriff auf Vorbilder im Wohnraummietrecht entscheiden können. Weitere Beispiele sind etwa die Tauglichkeit von Daten und Nutzungsbefugnissen als Gegenstand von Zurückbehaltungsrechten i.S.d. § 273 BGB sowie die Abtretbarkeit von Forderungen, welche auf die Leistung von Daten und die dazu gehörigen Einwilligungen gerichtet sind. Auch stellt sich die Frage nach der Einordnung der neuen Gegenleistung in das bestehende Vertragstypensystem⁽⁶¹⁾.

Hinsichtlich all dieser Punkte muß sich der vorliegende Text auf Andeutungen beschränken. Insgesamt steht die Schuldrechtswissenschaft hier vor einer großen Herausforderung, ohne deren Bewältigung vermutlich auch dem Gesetzgeber eine kohärente Lösung der angesprochenen Sachfragen und Problemlagen nicht gelingen wird.

G) Abschließende Bemerkungen

Das Geschäftsmodell „Digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten“ gehört zu den Realitäten der digitalen Welt. Weder die europäische noch die deutsche Rechtsordnung halten derzeit angemessene Lösungen für diese Geschäftsmodelle vor. Auch der im Dezember vorgelegte Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über digitale Inhalte wird dies allenfalls in ersten Ansätzen leisten. Die Klärung zumindest der hier angesprochenen Grundfragen geht auch deutlich über die hier aufgeworfene Fragestellung nach der „Unentgeltlichkeit“ digitaler Inhalte bei gleichzeitiger

(61) So zurecht *Faust*, *Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?*, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, A43 (Lösung über § 480 BGB, wohl in entsprechender Anwendung), A53 („mietrechtliche Normen anzuwenden“). Vgl. auch *Maiko*, *Contracts for supply of digital content* (2016), PE 582. 048, S. 15.

Einräumung von Datennutzungsbefugnissen hinaus. Angesichts der Vorbilder in den Vorschriften des Schenkungsrechts des DCFR und vor allem in Art. 107 GEKR-E und angesichts des sehr begrenzten Standes der rechtswissenschaftlichen Durchdringung dieses Fragenkreises ist mit einer schnellen Lösung durch die Praxis nicht zu rechnen. Die verbreiteten natürlichen Monopole, auch für den Bereich der Intermediäre im Handel mit digitalen Inhalten, lassen zudem eine Lösung im Sinne eines Interessenausgleichs durch den Markt zumindest nicht zeitnah erwarten. Der Zivilrechtsgesetzgeber ist hier also auch ordnungspolitisch gefordert.

—Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel und Anna Grimm • Universität Bayreuth—