

dmp Derra, Meyer & Partner – Newsletter

(Stand: 25.01.2022)

Digitale Produkte und Bezahlen mit Daten: Neuregelungen im BGB mit Auswirkungen auf den Datenschutz

Die neuen Regelungen zu „Verbraucherverträge über digitale Produkte“ zielen zwar in erster Linie auf die Erweiterung des Verbraucherschutzes. Das Bezahlen mit Daten wird mit diesen im BGB ebenfalls explizit anerkannt, was diese Regelungen für die datenschutzrechtliche Diskussion über die Kopplung von Leistungen an (Werbe-)Einwilligung interessant macht – die helle Seite der Neuregelung. Allerdings kann eine Kopplung auch führen, dass erstmals rechtlichen Anforderungen an die „gekoppelte“ Leistung (bspw. ein Freemium) bestehen – die Schattenseite der Neuregelung.

Anerkennung des Bezahlens mit Daten

Wesentlicher Bestandteil der Neuregelung ist, dass das Bereitstellen von Daten durch den Verbraucher als Bezahlung für die Leistung anerkannt wird.

Der Gesetzgeber tauscht dafür die Anforderung der Entgeltlichkeit der Leistung gegen die sperrige Formulierung „Zahlung eines Preises“ im Rahmen der Verbraucherschutzbestimmungen der §§ 312 ff. BGB aus. In § 312 Abs. 1a Satz 1 BGB stellt der Gesetzgeber sodann klar, dass ein solches Zahlen auch dann vorliegt, wenn der „Verbraucher dem Unternehmen personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet“. Er setzt damit die Vorgaben des EU-Gesetzgebers in der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 um. Das „Bezahlen mit Daten“ ist damit im EU-Recht und im deutschen BGB anerkannt.

Auswirkungen auf die datenschutzrechtliche Kopplung von Einwilligung und Leistung

Zunächst ist für das Datenschutzrecht festzuhalten, dass Art. 7 Abs. 4 DS-GVO für die datenschutzrechtliche Einwilligung die Kopplung regelt. Danach ist eine Kopplung bei der Bewertung der Freiwilligkeit einer Einwilligung zu berücksichtigen ist. Datenschutzaufsichtsbehörden und allen voran der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) wollen diese Regelung als Kopplungsverbot ausgelegt sehen (bspw. EDSA, Leitlinien 05/2020, Rn. 25 ff.). Auch stellt der EDSA heraus, dass Daten keine Handelsware seien (EDSA, Leitlinien 2/2019, Rn. 54 ff.).

Dieses Verständnis ist im Lichte der Wertung des EU-Gesetzgebers in der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770, wie sie auch im BGB ihren Niederschlag gefunden hat, nun endgültig nicht mehr haltbar. Die Auslegung und Anwendung muss sich an diese Wertung anpassen – auch die des EDSA.

Anerkennung der Kopplung, aber kein Freibrief zur Kopplung

Sowohl Art. 3 Abs. 8 sowie ErwGr. 39 der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 als auch § 327q BGB stellen klar, dass die Regelungen der DS-GVO durch diese neuen Vorschriften unberührt bleiben. Das bedeutet, dass ein Bezahlen mit einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten bspw. zu Werbezwecken weiterhin an Art. 7 Abs. 4 DS-GVO zu messen ist und – und das ist entscheidend – jedenfalls nicht mehr *per se* ausgeschlossen werden kann. Es muss ein Anwendungsbereich für das Bezahlen mit Daten auch im Rahmen des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO bestehen.

Rechtsanwalt Dr. Jens Eckhardt, Düsseldorf, Ulm, Berlin

Fachanwalt für IT-Recht, Datenschutz-Auditor (TÜV), Compliance-Officer (TÜV)

dmp Derra, Meyer & Partner Rechtsanwälte PartGmbH, www.derra.eu

Immermannstrae 15, 40210 Düsseldorf, Tel.: +49 211 – 17 52 06 60, eckhardt@derra-d.de

Kurzum: Obwohl die Neuregelung kein Freibrief ist, werden die Karten für die Auslegung und Anwendung zugunsten der Zulässigkeit eines Bezahls mit Daten für die Praxis neu gemischt. Der Handlungsrahmen für die Datenverarbeiter wird klarer – vor allem auch besser verteidigbar!

Die Schattenseite: Anwendung der Verbraucherschutzbestimmungen

Die Schattenseite ist die damit ebenfalls gegebene Klarstellung: **Ein Bezahlen mit Daten führt grundsätzlich zur Anwendung der Verbraucherschutzbestimmungen der §§ 312 ff. BGB.**

Das bedeutet: Die Verbraucherschutzbestimmungen des BGB müssen grundsätzlich in Bezug auf die Leistung angewendet werden, an welche die Einwilligung in die Verarbeitung der Daten gekoppelt ist.

Neben den Regelungen über Fernabsatzverträge mit ihren Hinweispflichten und Widerrufsreglungen kommen vor allem die neuen Regelungen über die Digitale Produkte in Betracht. **Die neuen Regelungen über die Digitale Produkte gelten gerade für die besonders leicht reproduzierbaren und damit gerne für Kopplungen eingesetzten digitalen Inhalte und Leistungen.**

Verarbeitung von Daten zur Vertragserfüllung: Keine Zahlung eines Preises

Wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten, personenbezogenen Daten „ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet“, dann begründet dies keine Anwendung der Verbraucherschutzbestimmungen - so ausdrücklich § 312 Abs. 1a Satz 2 BGB.

Die datenschutzrechtliche Abgrenzung der Zwecke der Verarbeitung kann damit auch für die Verbraucherschutzbestimmungen Bedeutung erlangen. Hierbei wird sich die Abgrenzung zwischen Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DS-GVO (Vertragserfüllung) und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO (Einwilligung) auswirken. Die Frage dieser Abgrenzung hat jüngst der OGH Österreich dem EuGH vorgelegt (*OGH Beschl. v. 23.6.2021, Az. 6 Ob 56/21k*).

Das wird sich auch auf die Frage auswirken, ob eine Verarbeitung zum Marketing im Einzelfall als Verarbeitung zur Vertragserfüllung bewertet werden kann oder, ob eine Einwilligung erforderlich ist. Diese Diskussion wird im Marketing schon seit rund 2 Jahrzehnten (immer wieder) geführt. Neu ist nun, dass sich an die Verneinung der Verarbeitung zur Vertragserfüllung gesetzliche Anforderungen zum Verbraucherschutz knüpfen können.

Kurzum: Die Unterscheidung zwischen Verarbeitung von personenbezogenen Daten zur Vertragserfüllung und aufgrund einer Einwilligung hat nicht nur eine datenschutzrechtliche Implikation, sondern entscheidend auch über die Pflicht zur Einhaltung weiterer rechtlicher Anforderungen.

Einordnung im Kontext der DS-GVO

Eine Einordnung im Lichte des Datenschutzrechts bedeutet grob Folgendes:

- Die personenbezogenen Daten die nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b DS-GVO zur reinen Erfüllung der Pflicht gegenüber dem Kunden (Vertragserfüllung) sowie nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. c DS-

Rechtsanwalt Dr. Jens Eckhardt, Düsseldorf, Ulm, Berlin

Fachanwalt für IT-Recht, Datenschutz-Auditor (TÜV), Compliance-Officer (TÜV)

dmp Derra, Meyer & Partner Rechtsanwälte PartGmbH, www.derra.eu

Immermannstraße 15, 40210 Düsseldorf, Tel.: +49 211 – 17 52 06 60, eckhardt@derra-d.de

GVO bspw. zur Erfüllung von Aufbewahrungspflichten nach Handels- und Steuerrecht verarbeitet werden, gelten nicht als Zahlung.

- Das muss ebenso für die personenbezogenen Daten gelten, welche zwar nicht nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b und lit. c DS-GVO, sondern insbesondere nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f und Abs. 4 DS-GVO verarbeitet werden, aber ein Eigeninteresse des Unternehmens an der Verarbeitung dieser Daten nicht besteht. Hier wird allerdings die Grenzziehung im Einzelfall genau zu prüfen sein.
- Personenbezogene Daten, die hingegen für eigene Zwecke des Unternehmens bspw. personalisierte Werbung verarbeitet werden, laufen Gefahr, als Zahlung eines Preises bewertet zu werden. Die Geltung der Verbraucherschutzregelungen wird daher bei Konstellationen der unmittelbaren und mittelbaren Verwendung der Daten für Marketingzwecke zu hinterfragen sein.
- Die Anonymisierung kann hier jedoch eine wesentliche Rolle spielen, wenn dadurch überhaupt keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden.

Neu: Spezialregelungen für Digitale Produkte im Zivilrecht: Was ist erfasst? Was gilt?

Die Anwendung der neuen Regelungen in §§ 327 ff. BGB hat im Kern drei Voraussetzungen: sog. Digitale Produkte, Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher und Zahlung eines Preises (hierzu vorstehend).

„Digitale Produkte“ ist der Oberbegriff für „Digitale Inhalte“ und „Digitale Dienstleistungen“ (§ 327 Abs. 1 BGB). Digitale Inhalte sind Daten, die in digitaler Form bereitgestellt werden (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB). Entscheidend ist damit die Art und Weise der Bereitstellung. Erfasst sind bspw. Computerprogramme, Video- oder Audiodateien, digitale Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen. Solche Inhalte werden häufig auch als sog. Freemium im Gegenzug zu Werbeeinwilligungen bereitgestellt.

Digitale Dienstleistungen sind Dienstleistungen, die dem Verbraucher entweder die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen (§ 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB), oder die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen (§ 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB). Das sind bspw. Social Media-Angebote, Verkaufs-, Vergleichs-, Vermittlungs- oder Bewertungsplattformen, Cloud-Anwendungen.

Weitreichender Anwendungsbereich der Sonderregelungen!

Die Spezialregelungen der §§ 327 ff. BGB gelten grundsätzlich auch für die Bereitstellung von körperlichen Datenträgern, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen (§ 327 Abs. 5 BGB). Die Regelungen sind also nicht auf online-Sachverhalte beschränkt! Sogar dann, wenn die digitalen Produkte nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden (§ 327 Abs. 4 BGB), greifen die Sonderregelungen.

Ausnahmen sieht § 327 Abs. 6 BGB für eine Reihe von Leistungen vor: Beispielsweise sind Telekommunikationsdienste im Sinne des § 3 Nr. 61 TKG grundsätzlich nicht erfasst; aber eine

Rechtsanwalt Dr. Jens Eckhardt, Düsseldorf, Ulm, Berlin

Fachanwalt für IT-Recht, Datenschutz-Auditor (TÜV), Compliance-Officer (TÜV)

dmp Derra, Meyer & Partner Rechtsanwälte PartGmbH, www.derra.eu

Immermannstrae 15, 40210 Düsseldorf, Tel.: +49 211 – 17 52 06 60, eckhardt@derra-d.de

Rückausnahme (womit es bei der Anwendung der §§ 327 ff. BGB bleibt) gilt für sog. nummernunabhangigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten § 3 Nr. 40 TKG – also OTT wie Webmail-Dienste und Messenger-Dienste. Open Source Software soll bspw. ebenfalls grundsätzlich nicht erfasst sein, wobei spezielle Anforderungen bei der Bereitstellung von Daten bestehen.

Unter dem Stichwort „Paketvertrage“ wird der Anwendungsbereich auf Verbraucherverträge erweitert, bei denen zwischen denselben Vertragsparteien neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen vorgesehen ist (§ 327a Abs. 1 BGB).

Die Sonderregelungen gelten auch für Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind – allerdings sind diese dann nur auf die Teile des Vertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen (§ 327a Abs. 2 BGB). Ausgegrenzt sind allerdings Waren mit digitalen Elementen; das sind Waren, die ein digitales Produkt benötigen, um ihre Funktion erfüllen zu können (§ 327a Abs. 3 BGB). Diese sind entsprechend der Warenkauf-Richtlinie im BGB im Recht über Kaufverträge geregelt.

Und wieder zeigt sich, dass es im Detail kompliziert wird, wenn EU-Recht im nationalen Recht umgesetzt wird.

Regelungen für die Digitale Produkte in §§ 327 ff. BGB

Für diese erfassten Digitalen Produkte sind in §§ 327b bis 327s BGB – also in 18 Paragrafen – umfangreich Sonderregelung für Defizite bei deren Bereitstellung geregelt. Die Regelungen reichen von der Bereitstellung der Digitale Produkte (einschließlich der Verbraucherrechte bei Nichtbereitstellung) über die Anforderungen der Digitalen Produkte für eine Mangelfreiheit einschließlich der Pflicht zu Aktualisierungen der Rechte bei Mängeln (Nacherfüllung, Schadensersatz und Minderung) und Vertragsbeendigung, der Verjährung und Beweislast. Diese sind an die bereits bisher geregelten Ansprüche und Gestaltungen im BGB angelehnt, aber enthalten Spezialregelungen.

Welche Befugnisse der Unternehmer (nicht) hat, wenn die betroffene Person ihre datenschutzrechtlichen Rechte einschließlich des Widerrufs einer Einwilligung, mit der bezahlt wurde, ausübt, regelt § 327q BGB.

Kurzum: Ohne auf die Details dieser Regelungen einzugehen, zeigt sich, dass die „unbeschwerte Zeit“ der Bereitstellung Digitaler Produkte als „Incentive“ oder Anreiz für Einwilligungen in die Verarbeitung von personenbezogenen Daten und die Bereitstellung von personenbezogenen Daten für Werbemaßnahme vorbei ist. Es müssen die Anforderungen an die Digitalen Produkte der §§ 327 ff. BGB (zusätzlich) erfüllt werden.

Besuchen Sie auch den Podcast Datenschutzrecht in der Podcast-Reihe von Otto Schmidt live – mit Podcasts auch zum Bezahlen mit Daten, der Zulässigkeit der Kopplung von Einwilligung und dem Vorlagebeschluss des OGH Österreich zur Abgrenzung von Vertragserfüllung und Einwilligung!

Rechtsanwalt Dr. Jens Eckhardt, Düsseldorf, Ulm, Berlin

Fachanwalt für IT-Recht, Datenschutz-Auditor (TÜV), Compliance-Officer (TÜV)

dmp Derra, Meyer & Partner Rechtsanwälte PartGmbH, www.derra.eu

Immermannstrae 15, 40210 Düsseldorf, Tel.: +49 211 – 17 52 06 60, eckhardt@derra-d.de