

DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz

Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strassemer

Editorial

Laurenz Strassemer

Löschen durch Anonymisieren löst keine Infopflicht aus

Seite 281

Tagungsbericht

Kevin Leibold und Maximilian Leicht

#DSK2021 – Hybrid is the new normal

Seite 282

Datenschutz im Fokus

Felix Neumann

**Same same but different: Rechtsgrundlagen in den kirchlichen
Datenschutzgesetzen**

Seite 290

Felix Meurer und Lilian Fanderl

Datenschutzrechtliche Implikationen bei Verträgen über digitale Produkte

Seite 296

Conrad S. Conrad

**Datenschutzrechtliche Fragestellungen beim Einsatz von firmeninternen
Plattformen und Anwendungen**

Seite 300

Dr. Dominik Sorber

**Sind Sie eigentlich geimpft? Ist die Frage des Arbeitgebers nach dem
Corona-Impfstatus zulässig?**

Seite 304

Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

Prof. Dr. Thomas Söbbing

**Die Sichtweise des BayLfD: Wer trägt die Kosten einer anlasslosen Inspektion
bei einem Auftragsverarbeiter?**

Seite 308

▪ Nachrichten Seite 287 ▪ Service Seite 312

Felix Meurer und Lilian Fanderl

Datenschutzrechtliche Implikationen bei Verträgen über digitale Produkte

Zur Umsetzung der „Digitale-Inhalte-Richtlinie“ hat der deutsche Gesetzgeber neue Vorschriften zu Verträgen über digitale Produkte in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) eingeführt. Diese statuieren unter anderem die Möglichkeit zum „Bezahlen mit personenbezogenen Daten“. Insoweit stellt sich die Frage, welche Rechtsnatur die Datenbereitstellung hat. Zudem wurde mit § 327q BGB n. F. eine neue Vorschrift eingeführt, die Regelungen zu vertragsrechtlichen Folgen datenschutzrechtlicher Erklärung enthält. Insoweit ergeben sich insbesondere Fragen im Hinblick auf das sog. Kopplungsverbot der DSGVO.

Zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen („Digitale-Inhalte-Richtlinie“) hat der deutsche Gesetzgeber zahlreiche Vorschriften zu Verträgen über digitale Produkte in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) eingefügt (§§ 327 ff. BGB n. F.). Die neuen Vorschriften sind ab dem 01.01.2022 anwendbar.

Auf den ersten Blick könnte angenommen werden, bei den neuen Vorschriften handele es sich um Vorschriften zu einzelnen Schuldverhältnissen, die gesetzessystematisch in das Besondere Schuldrecht zu integrieren wären. Die Vorschriften enthalten jedoch keine Vorgaben zur Charakterisierung einzelner Schuldverhältnisse, sondern lassen diese Frage unberührt, und befinden sich daher systemgetreu im Allgemeinen Schuldrecht.

Bezahlen mit personenbezogenen Daten

Die neuen Vorschriften zu Verträgen über digitale Produkte setzen grundsätzlich das Vorliegen eines Verbrauchervertrags über die Bereitstellung digitaler Produkte voraus. Der Anwendungsbereich ist einerseits eröffnet, sofern der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer einen Preis zahlt, wobei die digitale Darstellung eines Wertes ausreichend sein kann (z. B. E-Coupons, § 327 Abs. 1 BGB n. F.).

Daneben ist der Anwendungsbereich ebenfalls eröffnet, sofern ein Verbraucher seine personenbezogenen Daten bereitstellt oder sich zur Bereitstellung solcher Daten verpflichtet (§ 327 Abs. 3 BGB n. F. – „Bezahlen mit personenbezogenen Daten“). Die Bereitstellung der Daten kann entweder bei Vertragsschluss oder zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

Der Begriff der „Bereitstellung“ soll ausweislich der Gesetzesbegründung im weitestmöglichen Sinne zu verstehen sein und sämtliche Verarbeitungen personenbezogener Daten des Verbrauchers durch den Unternehmer im Zusammenhang mit einem Vertrag erfassen. Eine aktive Datenübermittlung des Verbrauchers ist nicht erforderlich.

Die Bereitstellung personenbezogener Daten könnte grundsätzlich auch mittels des Materials, das der Verbraucher dem Unternehmer im Rahmen der Nutzung eines digitalen Produkts bereitstellt (z. B. Fotos, Videos), oder mittels Cookies erfolgen.

Auf die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung durch den Unternehmer soll es im Rahmen des Anwendungsbereichs nicht ankommen. Vielmehr soll durch einen weiten Anwendungsbereich sichergestellt werden, dass dem Verbraucher bei jeglicher Bereitstellung personenbezogener Daten Ansprüche auf vertragliche Rechtsbehelfe zustehen können.

Umfang der Bereitstellung personenbezogener Daten

Der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB n. F. ist im Falle des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ ausnahmsweise nicht eröffnet, wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen. Vielmehr muss der Unternehmer die personenbezogenen Daten in einem Umfang, der über das eigentlich erforderliche Maß hinausgeht, verarbeiten, damit der Anwendungsbereich eröffnet ist.

In datenschutzrechtlicher Hinsicht hat dies zur Folge, dass die Datenverarbeitung insoweit regelmäßig nicht auf eine einzelne Rechtsgrundlage gestützt werden kann, sondern verschiedene Rechtsgrundlagen zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung herangezogen werden müssen. Soweit der Unternehmer die bereitgestellten Daten zur Erfüllung seiner vertraglichen Leistungspflicht oder rechtlicher Verpflichtungen verarbeiten muss, können solch erforderliche Datenverarbeitungen auf die Rechtsgrundlagen der Erfüllung eines Vertrags (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b DSGVO) bzw. der Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. c DSGVO) gestützt werden.

Soweit die Datenverarbeitung nicht für die Erfüllung dieser Pflichten des Unternehmers erforderlich ist, benötigt

der Unternehmer eine andere Rechtsgrundlage. Es ist zu beachten, dass das Merkmal der Erforderlichkeit grundsätzlich eng zu verstehen ist (vgl. EDSA, Guidelines 2/2019, v. 2.0). Als weitere Rechtsgrundlagen kommen insbesondere berechnete Interessen des Unternehmers (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO) sowie eine Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DSGVO) in Betracht.

Im Falle der Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung ist aufgrund der vertraglichen Verbundenheit des Unternehmers und des Verbrauchers auch im Rahmen des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ auf das Merkmal der Freiwilligkeit der Einwilligung zu achten (vgl. Art. 7 Abs. 4 DSGVO).

Daten als vertragliche Gegenleistung?

Die Eröffnung des Anwendungsbereichs im Falle der Bereitstellung personenbezogener Daten gilt nunmehr auch ausdrücklich im Hinblick auf die Vorschriften über Verbraucherverträge (§§ 312 ff. BGB). Bislang setzten diese Vorschriften eine „entgeltliche Leistung“ des Unternehmers voraus. Nach überwiegender Ansicht wurde auch die Überlassung von Daten durch den Verbraucher für ausreichend erachtet. Allerdings war bislang umstritten, ob es sich um personenbezogene Daten handeln muss oder auch die Bereitstellung nicht-personenbezogener Daten ausreichend ist.

Nunmehr hat der deutsche Gesetzgeber – parallel zum Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB n. F. – eine Anpassung des § 312 BGB dahingehend vorgenommen, dass Verbraucher entweder einen Preis zahlen oder personenbezogene Daten bereitstellen oder sich gegenüber dem Unternehmer entsprechend verpflichten (§ 312 Abs. 1, Abs. 1a BGB n. F.). Somit ist nunmehr geklärt, dass die Bereitstellung nicht-personenbezogener Daten insoweit nicht ausreicht.

Im Rahmen des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ bleibt grundsätzlich unklar, ob die Datenbereitstellung als Gegenleistung des Verbrauchers im Sinne einer vertraglichen Hauptleistungspflicht anzusehen oder diese allein im Rahmen des Anwendungsbereichs der Vorschriften relevant ist. Die Antwort auf diese Frage könnte Auswirkungen auf andere Aspekte, z. B. im Zusammenhang mit der Erfüllung (§§ 362 ff. BGB), haben.

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie enthält keine diesbezüglichen Vorgaben. Und auch der deutsche Gesetzgeber hat sich ebenfalls nicht ausdrücklich festgelegt, welche Rechtsnatur die Bereitstellung der personenbezogenen Daten hat. Die Ausgestaltung des Kündigungsrechts gemäß § 327q Abs. 2 BGB n. F. lässt jedoch den Schluss darauf zu, dass die Datenbereitstellung als vertragliche Gegenleistung des Verbrauchers zu begreifen ist. Der Europäische Datenschutzbeauftragte hatte in einer Stellungnahme al-

lerdings darauf hingewiesen, dass die Einordnung der personenbezogenen Daten als „Gegenleistung“ aus grundrechtlichen Gründen verfehlt sei.

Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen

Im Hinblick auf Verträge über digitale Produkte ergeben sich insbesondere auch datenschutzrechtliche Implikationen. Wie dargestellt, benötigen Unternehmer regelmäßig eine gesonderte Rechtsgrundlage, soweit die Datenverarbeitung nicht zur Erfüllung des jeweiligen Vertrags oder rechtlicher Verpflichtungen des Unternehmers erforderlich ist (z. B. Einwilligung, berechnete Interessen). Diese Rechtsgrundlagen haben gemein, dass der Verbraucher fortlaufend Einfluss auf die Validität der Rechtsgrundlage hat, nämlich durch die Möglichkeit zum Widerruf bzw. Widerspruch.

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie sieht vor, dass die Vorgaben der DSGVO unberührt bleiben und die datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte auch im Zusammenhang mit Verträgen über digitale Produkte uneingeschränkt gelten sollen. Allerdings hat es der EU-Gesetzgeber den Mitgliedstaaten überlassen, die vertragsrechtlichen Folgen der Ausübung entsprechender Rechte durch die Verbraucher zu regeln.

Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Aspekt aufgegriffen und in § 327q BGB n. F. die vertragsrechtlichen Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen geregelt. Danach sollen die Ausübung datenschutzrechtlicher Betroffenenrechte sowie die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen durch den Verbraucher nach Vertragsschluss die Wirksamkeit eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Produkte grundsätzlich unberührt lassen (§ 327q Abs. 1 BGB n. F.).

Kündigungsrecht des Unternehmers

Widerruft der Verbraucher eine von ihm erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung oder widerspricht er einer weiteren Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit einem Vertrag über digitale Produkte, kann dem Unternehmer u. U. ein Recht zur fristlosen Kündigung des Vertrags zustehen (§ 327q Abs. 2 BGB n. F.). Die Einschränkung der zulässigen Datenverarbeitung infolge eines Widerrufs bzw. Widerspruchs kann somit ggfs. Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Unternehmers haben. Dies gilt mithin nicht nur im Rahmen des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“, sondern grundsätzlich auch bei Zahlung eines Preises.

Der Sinn dieses Kündigungsrechts ergibt sich aus dem Umstand, dass der Unternehmer die bereitgestellten Daten infolge des Widerrufs einer Einwilligung bzw. des Widerspruchs gegen die Datenverarbeitung nicht mehr wie ursprünglich verarbeiten kann. Dies gilt mithin nur für diejenigen Datenverarbeitungen, die insbesondere nicht zur

Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten erforderlich sind, sondern über den erforderlichen Umfang hinausgehen.

Das Kündigungsrecht besteht grundsätzlich, sofern sich der Vertrag nicht in einer einmaligen Bereitstellung eines digitalen Produkts erschöpft und dem Unternehmer die Fortsetzung des Vertrags nicht zugemutet werden kann. Hinsichtlich der Unzumutbarkeit sind der weiterhin zulässige Umfang der Datenverarbeitung sowie die jeweiligen Interessen der Vertragsparteien zu berücksichtigen. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen in die Interessenabwägung zudem die für die Aufrechterhaltung der konkreten Bereitstellung erforderlichen Aufwendungen des Unternehmers einbezogen werden.

Es ist zu erwarten, dass die Voraussetzungen des Kündigungsrechts des Unternehmers einer Konkretisierung durch die Rechtsprechung bedürfen. Im Hinblick auf das Merkmal der Unzumutbarkeit ist insbesondere fraglich, welche Bedeutung die Datenverarbeitung für den Unternehmer haben muss, damit diesem die Vertragsfortführung ohne diese unzumutbar ist.

Insoweit ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich im Rahmen des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ nie um eine Datenverarbeitung handelt, die für die Erfüllung des Vertrags erforderlich im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO ist. Anderenfalls kämen ein Widerruf bzw. Widerspruch gar nicht in Betracht.

Durch die Normierung des Kündigungsrechts des Unternehmers hat der deutsche Gesetzgeber die Pflicht des Verbrauchers, seine personenbezogenen Daten bereitzustellen, und die vertragliche Leistungspflicht des Unternehmers als synallagmatische Pflichten im Rahmen des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ ausgestaltet.

Dies ergibt sich insbesondere auch aus dem Umstand, dass der Umfang der zulässigen Datenverarbeitung nach Widerruf bzw. Widerspruch sowie die Aufwendungen des Unternehmers im Zusammenhang mit der fortlaufenden Bereitstellung des digitalen Produkts im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden sollen. Die Datenbereitstellung des Verbrauchers im Rahmen des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ ist als hauptvertragliche Gegenleistungspflicht zu charakterisieren.

Ausschluss von Ersatzansprüchen

Unabhängig von dem Kündigungsrecht sollen dem Unternehmer im Falle der Ausübung von Datenschutzrechten oder der Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen durch den Verbraucher keine Ersatzansprüche zustehen (§ 327q Abs. 3 BGB n.F.). Durch den Ausschluss etwaiger Ersatzansprüche soll sichergestellt werden, dass Verbrau-

cher nicht von der Ausübung ihnen zustehender datenschutzrechtlicher Befugnisse abgehalten werden.

§ 327q Abs. 3 BGB n.F. schließt sowohl gesetzliche Schadens- und Nutzungsersatzansprüche aus. Daneben sollen jedoch auch vertraglich vereinbarte Vergütungspflichten, welche im Falle eines „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ daran gebunden werden, dass der Verbraucher durch die Ausübung datenschutzrechtlicher Befugnisse den Umfang der zulässigen Datenverarbeitung einschränkt, ausgeschlossen werden.

Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers?

Im Hinblick auf die Kopplung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung mit einem Vertrag ist im Rahmen der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung weitestmöglich zu berücksichtigen, ob die Vertragserfüllung von der Einwilligung abhängig gemacht wird (Art. 7 Abs. 4 DSGVO).

Von der Freiwilligkeit – und somit der Wirksamkeit – einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ist regelmäßig nur dann auszugehen, wenn der Betroffene eine echte und freie Wahl hat, eine Einwilligung zu verweigern bzw. zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden (ErwGr. 42 zur DSGVO). Das Merkmal der Freiwilligkeit ist mithin nicht nur im Zeitpunkt der Erteilung, sondern grundsätzlich während des gesamten Zeitraums des Bestehens einer Einwilligung relevant.

Zentrale Voraussetzung für die Annahme der Freiwilligkeit einer Einwilligung im Rahmen des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ ist das Bewusstsein des Verbrauchers, dass seine Daten die „Gegenleistung“ zu den Leistungspflichten des Unternehmers darstellen. Der Unternehmer hat insoweit für eine hinreichende Transparenz zu sorgen.

Ist dies gewährleistet, kann eine Einwilligungserteilung durch den Verbraucher grundsätzlich als freiwillig erachtet werden. Art. 7 Abs. 4 DSGVO statuiert kein striktes Kopplungsverbot. Das „Bezahlen mit personenbezogenen Daten“ muss dem Verbraucher aufgrund der Privatautonomie und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung grundsätzlich möglich sein.

Fraglich ist jedoch, wie sich das gemäß § 327q Abs. 2 BGB n.F. grundsätzlich bestehende Kündigungsrecht des Unternehmers auf die Freiwilligkeit der Entscheidung des Verbrauchers, eine erteilte Einwilligung zu widerrufen oder dies zu unterlassen, und folglich die Wirksamkeit einer Einwilligung auswirkt.

Der deutsche Gesetzgeber geht ausweislich der Gesetzesbegründung davon aus, dass die Freiwilligkeit durch den

Ausschluss etwaiger Ersatzansprüche hinreichend gewährleistet ist. Der Verbraucher könnte sich jedoch unabhängig davon an der Ausübung seiner Rechte gehindert fühlen, da auch die Kündigung des Vertrags an sich für den Verbraucher regelmäßig einen Nachteil bedeutet.

Insoweit ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass der Verbraucher im Rahmen des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ die Kopplung seiner Einwilligung mit der vertraglichen Leistung des Unternehmers bewusst eingeht. Somit muss dem Verbraucher regelmäßig auch bewusst sein, dass der spätere Widerruf einer erteilten Einwilligung Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Unternehmers haben kann. Das Kündigungsrecht des Unternehmers schließt die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers daher nicht grundsätzlich aus.

Letztlich ist die Freiwilligkeit der Einwilligung jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Insoweit ist insbesondere die durch den Unternehmer zu gewährleistende Transparenz relevant, damit der Verbraucher eine informierte Entscheidung treffen kann.

Der Unternehmer kann die Freiwilligkeit einer Einwilligung zudem regelmäßig dadurch unterstützen, dass er dem Verbraucher neben der Datenbereitstellung alternativ die Möglichkeit zur Zahlung eines Preises einräumt. Genau diese beiden alternativen Gegenleistungen sehen die neuen Vorschriften zu Verträgen über digitale Produkte auch vor.

Autoren: Felix Meurer ist Rechtsanwalt bei Orth Kluth in der Praxisgruppe IP/IT/Datenschutz in Berlin.



Lilian Fanderl ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin.



2 in 1 für sichere Daten.

Recht und IT systematisch verknüpft: Die 2. Auflage des SCHLÄGER/THODE stellt Ihnen die wichtigsten Entwicklungen, zwischenzeitlich ergangene **Rechtsprechung** und Best-Practices prägnant zusammen.

- ▶ **Datenschutzrechtliche Grundlagen** in Deutschland und in der EU
- ▶ **Datenschutzmanagement und Datenverarbeitung**
- ▶ **IT-Sicherheitsmanagement und IT-Grundschutz**
- ▶ **Technische und organisatorische Maßnahmen**
- ▶ **IT-Penetrationstests zur Schwachstellenanalyse**

„Als Lern- und Nachschlagewerk gehört das Handbuch in den Handapparat eines Datenschutzbeauftragten.“

Dr. Philipp Kramer zur Voraufgabe in: Datenschutz-Berater, 6/2018

Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit

Herausgegeben von **Dr. Uwe Schläger** und **Jan-Christoph Thode**

2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage
2021, ca. XXIV, ca. 708 Seiten, fester Einband,
€ 98,-, ISBN 978-3-503-20533-2

eBook: € 89,40. ISBN 978-3-503-20534-9

Online informieren und bestellen:  www.ESV.info/20533

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

Auf Wissen vertrauen

Bestellungen bitte an den Buchhandel oder:
Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG
Genthiner Str. 30 G · 10785 Berlin
Tel. (030) 25 00 85-265 · Fax (030) 25 00 85-275
ESV@ESVmedien.de · www.ESV.info