

Louisa Specht

„Bezahlen mit Daten“ - mögliche Auswirkungen des Richtlinienvorschlags über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte auf das nationale Vertrags- und Datenschutzrecht

I. Einleitung

Am 9.12.2015 haben das EU-Parlament und der Rat einen Entwurf für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte verabschiedet, der Teil der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt ist und die größten vertragsrechtlichen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel mit digitalen Gütern beseitigen soll. Eingeflossen in den Richtlinienvorschlag sind auch die im Zuge der Verhandlungen über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht gewonnenen Erfahrungen. Insbesondere ist man von einem fakultativen Modell mit umfassender Regelung abgerückt und hat sich stattdessen auf eine vollständige Harmonisierung ausgewählter Vorschriften verständigt.¹ Etabliert werden sollen beispielsweise einheitliche Haftungsregelungen und Kündigungsmöglichkeiten. Ziel ist es, durch Reduktion von Komplexität und Diversität der Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten zu einem rascheren Wachstum des digitalen Binnenmarktes beizutragen.²

Mittlerweile haben der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz sowie der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments zu dem Richtlinienvorschlag Stellung genommen. Er gilt gem. Art. 3 Abs. 1 für Verträge auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt. Diese Richtlinie betrifft daher auch die Bereitstellung und den Austausch digitaler Inhalte seitens der Hochschulen im Bereich von E-Learning, Drittmittel- und anderen da-

tenbasierten Kooperationsprojekten. Der Richtlinienvorschlag veranlasst dazu, insbesondere über zwei Problemfelder nachzudenken:

Es stellt sich erstens die Frage, welche Auswirkungen er auf das nationale Vertragsrecht hat. Hierzu ist insbesondere der Anwendungsbereich der Richtlinie aufzuzeigen sowie ein Überblick über die rechtsvereinheitlichenden Vorschriften zu geben. Bemerkenswert ist, dass der Richtlinienentwurf keinen Einfluss auf die vertragstypologische Zuordnung von Verträgen über digitale Inhalte nehmen, sondern einheitliche Regelungen für sämtliche Verträge über digitale Inhalte etablieren will.

Ebenfalls zu erörtern ist das Verhältnis des Richtlinienentwurfs zum Datenschutzrecht, insbesondere zu der im Jahr 2018 in Kraft tretenden Datenschutzgrundverordnung. Diese soll zwar nach dem Richtlinienentwurf unberührt bleiben,³ allerdings ist das Datenschutzrecht nicht auf die freie privatautonome Disposition über Daten zugeschnitten. So ist etwa die datenschutzrechtliche Einwilligung stets frei widerruflich.⁴ Die elementare Bedeutung dieser Widerrufsmöglichkeit für die Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung schließt einen Verzicht auf den Widerruf dabei *de lege lata* aus,⁵ was an den Interessen des Datengläubigers freilich vorbeigehen dürfte.⁶

Die synallagmatische Hingabe von Daten zum Erhalt eines digitalen Inhaltes ist bei all dem aber kein Phänomen, das erst durch den hier thematisierten Richtlinienentwurf zu Tage tritt. Derartige vertragsrechtliche Konstellationen finden sich bereits heute.⁷ Der Richtlinienentwurf stellt das nationale Recht damit nicht in jeder Hinsicht vor gänzlich neue Fragen, er weist aber deutlich darauf hin, dass diese Fragen heute dringender denn je

1 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 2.

2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 2.

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereit-

stellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Art. 3 Abs. 8, Erwägungsgrund 22 sowie Begründung, S. 13.

4 Statt vieler: *Gola/Schomerus-Gola/Klug/Körffer*, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 4a Rn. 38 sowie § 7 Abs. 3 DSGVO.

5 *Simitis-Simitis*, BDSG, 8. Auflage 2014, § 4a Rn. 95.

6 *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 636.

7 Vgl. hierzu umfassend: *Müller-Riemenschneider*, E-Commerce Rechtshandbuch, 7. Teil, B. Rn. 17 f.; *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 635.

beantwortet werden müssen. Die nachfolgenden Zeilen möchten einen Beitrag hierzu leisten.

II. Einfluss des Richtlinienentwurfs auf das nationale Vertragsrecht

1. Anwendungsbereich

Der Richtlinienentwurf betrifft zunächst allein Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Unter einer Bereitstellung ist dabei sowohl die Zurverfügungstellung, als auch die Zugangsverschaffung zu digitalen Inhalten zu verstehen.⁸

Digitale Inhalte sind gem. Art. 2 Abs. 1 definiert als

a) Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video- und Audioinhalte, Anwendungen, digitale Spiele, sonstige Software,

b) Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden, z.B. Cloud- oder Webhostingdienste,⁹ und

c) Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen, z.B. soziale Netzwerke.¹⁰

Bereitgestellt werden müssen diese digitalen Inhalte nicht zwingend auch auf digitalem Weg. Die Richtlinie soll vielmehr auch dann Anwendung finden, wenn die digitalen Inhalte fest in eine Ware integriert sind, solange sie nicht nur untergeordnete Funktion haben.¹¹ Sind die digitalen Inhalte auf einem dauerhaften Datenträger, wie DVDs und CDs enthalten, gilt die Richtlinie, wenn diese Waren ausschließlich der Übermittlung der digitalen Inhalte dienen.¹² Die Richtlinie soll damit auf sehr verschiedene Leistungsgegenstände Anwendung finden

und dies unabhängig davon, ob der digitale Inhalt dauerhaft und endgültig oder nur zeitweise bereitgestellt oder aber lediglich der Zugang zu digitalen Infrastrukturen wie Online-Spielen oder sozialen Netzwerken vermittelt wird.¹³

Der Richtlinienentwurf erfasst auch solche Verträge, bei denen digitale Inhalte nicht gegen Zahlung eines Preises, sondern gegen andere Leistungen als Geld bereitgestellt werden. Gemeint ist insbesondere eine Gegenleistung in Form einer Hingabe (personenbezogener) Daten, wobei auch die Erklärung der Einwilligung in die Nutzung dieser Daten als Teil dieser Gegenleistung gemeint sein wird, ermöglicht sie doch in der Regel erst die Nutzung der personenbezogenen Daten. Erfasst ist die Hingabe (personenbezogener) Daten weiterhin nur dann, wenn diese aktiv erfolgt (dies ist z.B. zu verneinen bei der Erhebung von Daten durch Cookies) und die Daten nicht bereits für die vertragsgemäße Funktionsweise des digitalen Inhaltes erforderlich sind und die Datenerhebung auch nicht ausschließlich der Erfüllung rechtlicher Anforderungen dient.¹⁴

Werden Leistungen allerdings persönlich vom Anbieter erbracht und lediglich durch digitale Inhalte an den Verbraucher übermittelt, wie dies etwa bei der Übermittlung einer vom Anbieter erstellten Übersetzung via Email der Fall ist, soll die Richtlinie keine Anwendung finden. Die Bereitstellung der digitalen Inhalte muss vielmehr den Hauptgegenstand der Leistung darstellen.¹⁵

2. Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte

a) De lege lata

Bei der Zuordnung von Verträgen zu einem bestimmten Vertragstyp wird de lege lata nach deutschem Recht bei der Überlassung digitaler Inhalte nach dem Gegenstand der Hauptleistungspflicht differenziert. Während die dauerhafte, endgültige Überlassung digitaler Inhalte, beispielsweise eines E-Books, als Kaufvertrag zu qualifizieren ist,¹⁶ ist bei der nur vorübergehenden Überlas-

8 Art. 2 Abs. 10.

9 Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 1.

10 Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 1.

11 Vgl. Erwägungsgrund 11.

12 Vgl. Erwägungsgrund 12.

13 Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 4.

14 Erwägungsgrund 14.

15 Erwägungsgrund 19.

16 Neuber, WRP 2014, 1274, 1277; Zech, ZGE 2013, 368, 385 mwN.; für Software: Grützmaker, ZGE 2013, 46, 52; Hilty, CR 2012, 625, 625 f.; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 492 ff.; Redeker, CR 2014, 73, 74; Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, 2012, S. 136, 170; Ganzhorn, Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter, 2015, S. 96, 101; wohl auch: Grützmaker, ZUM 2006, 302, 304; es besteht hier die Tendenz, das kaufvertragliche Leitbild weg von der klassischen Besitz- und Eigentumsverschaffung hin zur bloß tatsächlichen Überlassung unkörperlicher Güter zu verändern, vgl. Zech, ZGE 2013, 368, 378; Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, S. 136 ff.

sung ein atypischer Miet- oder Pachtvertrag anzunehmen.¹⁷

Wird ein digitaler Inhalt nicht überlassen, sondern der Zugang zu einer digitalen Infrastruktur vermittelt, so kommen recht unterschiedliche Vertragstypen in Betracht. Die vertragliche Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an Online-Spielen etwa stellt die Verpflichtung des Spielanbieters in den Mittelpunkt, den Nutzern die virtuelle Spielwelt und die ihrem Stand entsprechenden Spielmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen, wobei die Spielregeln im Einzelnen sehr unterschiedlich ausfallen.¹⁸ Angenommen wird sowohl eine vertragstypologische Qualifikation als reiner Werkvertrag,¹⁹ als auch als typengemischter Vertrag mit werk-, dienst- und mietvertraglichen Elementen.²⁰ Technisch dürfte es sich um ein Application Service Providing Modell (ASP) handeln, das über die bloße Zurverfügungstellung der Online-Spielmöglichkeit weitere Pflichten des Spieleanbieters enthält, etwa die Pflicht zur Aktualisierung der Software, zur Überprüfung der Spielregeln auf ihre Praxistauglichkeit oder auch zur Abwehr von Hackerangriffen.²¹ Die reine Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP hat der BGH dagegen als Mietvertrag qualifiziert.²²

Ähnlich wie die Bereitstellung einer Online-Nutzungsmöglichkeit von Spielen wird die Zurverfügungstellung der Nutzungsmöglichkeit von sozialen Netzwerken beurteilt. Bei Entgeltlichkeit wird ein Miet-, Dienst- oder Werkvertrag angenommen,²³ bei Unentgeltlichkeit ein Leihvertrag oder ein Auftrag.²⁴

Die Annahme eines Auftragsverhältnisses ist allerdings bereits deshalb kritisch, weil die Herausgabepflicht gem. § 667 BGB auch die mit den im Rahmen der Nutzung des sozialen Netzwerkes erhobenen Kundendaten generierten Werbeeinnahmen umfassen würde und andersherum der Nutzer als Auftraggeber gem. § 667 BGB zum Ersatz der für die Plattformnutzung erforderlichen Aufwendungen verpflichtet wäre.²⁵ Das Auftragsrecht

bildet vor diesem Hintergrund weder die Interessen des Plattformbetreibers, noch die Interessen des Plattformnutzers adäquat ab.²⁶

Tatsächlich erfolgt die Bereitstellung der Nutzungsmöglichkeit eines als kostenlos bezeichneten sozialen Netzwerkes auch nicht gänzlich unentgeltlich i.S.d. Auftragsrechts. Der Auftrag gehört zu den Gefälligkeitsverträgen, Unentgeltlichkeit bedeutet daher, dass der Beauftragte für seine Tätigkeit keine Gegenleistung verlangen kann.²⁷ Faktisch erhält der Anbieter sozialer Netzwerke jedoch als Gegenleistung die Einwilligung des Nutzers in die Verwendung der für die Registrierung anzugebenden personenbezogenen Daten.

De lege ferenda will der Richtlinienentwurf auch solche Verträge als synallagmatische Verträge erfassen.²⁸ De lege lata wird indes eine Bereitstellung digitaler Inhalte gegen Erklärung der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten, wie sie bei der Registrierung in sozialen Netzwerken vorliegt, jedenfalls nicht überwiegend als synallagmatischer Vertrag erachtet. Das Nutzungsverhältnis wird vielmehr gewissermaßen zweiseitig. Für die vertragstypologische Qualifikation wird auf die unentgeltliche Bereitstellung der digitalen Infrastruktur abgestellt, die Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten wird als nicht im Synallagma stehende Verpflichtung des Nutzers erachtet.²⁹

Eine Qualifikation als gegenseitiger Vertrag würde die tatsächlichen Verhältnisse aber wohl wesentlich treffender abbilden. In der Literatur finden sich mittlerweile jedenfalls vereinzelt Stimmen, die dies auch so vertreten.³⁰ Ein solcher synallagmatischer Vertrag, der zur Bereitstellung einer digitalen Infrastruktur auf der einen und zur Erklärung der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten sowie zur Hingabe derselben auf der anderen Seite verpflichtet, ist als Vertrag mit atypischer Gegenleistung zu qualifizieren.³¹ Die Beurteilung erfolgt anhand der Kombinationsmethode: Es sind unter

17 Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationelle Selbstbestimmung, Teil 4 Kapitel 9 B.

18 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1164.

19 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1165.

20 Lober/Weber, CR 2006, 837, 839.

21 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 1166.

22 BGH Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75, 75 ff – Rechtsnatur eines ASP-Vertrags; vgl. hierzu aus der Literatur: Witzel, ITRB 2002, 183, 184; Intveen/Lohmann, ITRB 2002, 210, 211; Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 719, 730 ff.; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 70 f.; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2008, Rn. M 25.

23 Bräutigam, MMR 2012, 635, 636; Jandt/Rofsnagel wollen auch bei Unentgeltlichkeit einen Dienstvertrag annehmen, vgl. MMR 2011, 637, 639.

24 Hoeren/Sieber/Holznel-Redeker, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 426, 427.

25 Hoeren/Sieber/Holznel-Redeker, Multimedia-Recht, 43. EL 2016, Teil 12 Rn. 426, 427; kritisch auch: Bräutigam, MMR 2012, 635, 636.

26 So auch: Bräutigam, MMR 2012, 635, 636.

27 MüKo BGB-Seiler, 6. Aufl. 2012, § 662 Rn. 26; HK-BGB-Schulzel Wiese, 9. Aufl. 2017, § 662 Rn. 8.

28 Art. 3 Abs. 1, Erwägungsgrund 37.

29 Vgl. hierzu insb. Bräutigam, MMR 2012, 635, 636 mwN.

30 Müller-Riemenschneider, E-Commerce Rechtshandbuch, 7. Teil, B. Rn. 17 f.; Bräutigam, MMR 2012, 635, 635.

31 Müller-Riemenschneider, E-Commerce Rechtshandbuch, 7. Teil, B. Rn. 2 ff.; vgl. hierzu MüKo BGB-Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 32.

Beachtung der synallagmatischen Verknüpfung die für die jeweils zu erbringenden Leistungen geltenden Vorschriften des besonderen Schuldrechts anzuwenden.³²

b) De lege ferenda

Durch die de lege lata vorgegebene typologische Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte anhand der zu erbringenden Hauptleistungen ist eine auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnittene Lösung möglich, freilich bringt diese Orientierung an den spezifischen Einzelfallumständen aber auch Rechtsunsicherheit mit sich. Ist eine vertragstypologische Qualifikation bereits im nationalen Recht mit Rechtsunsicherheiten behaftet, so gilt dies erst recht für die unterschiedliche Behandlung dieser Verträge in den einzelnen Mitgliedstaaten. Das unterschiedliche Vertragsrecht der Mitgliedstaaten ist eines der größten Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel.³³ Dies ist der wesentliche Grund des hier näher betrachteten Richtlinienvorschlags.

Die vertragstypologische Qualifikation wird auch im Falle einer Verabschiedung des Richtlinienentwurfs gleichwohl weiterhin den Mitgliedstaaten überlassen.³⁴ Eine Rechtsvereinheitlichung wird aber dadurch vorgenommen, dass die Richtlinie einheitliche Regeln für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über digitale Inhalte vorsieht, die nicht nach den Hauptleistungspflichten des jeweiligen Vertragstyps differenzieren.

3. Rechtsvereinheitlichung durch Vorschriften für sämtliche Verträge über digitale Inhalte

Im Richtlinienentwurf vorgesehen sind u.a. einheitliche Gewährleistungsregeln, die eine vorrangige Haftung auf Nacherfüllung und auf zweiter Stufe eine „Preisminderung“ oder „Vertragsbeendigung“ vorsehen.³⁵ Das Wahlrecht hinsichtlich der Art der Nacherfüllung liegt beim Anbieter. Der vertragsgemäße Zustand muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne Kosten für den Verbraucher hergestellt werden.³⁶ Auch ein Schadensersatzanspruch ist vorgesehen, der sich allerdings auf die Fälle

beschränkt, in denen die digitalen Inhalte oder die Hardware des Verbrauchers beschädigt wurden. Seine Geltendmachung richtet sich nach nationalem Recht.³⁷

Wird der Vertrag aufgrund der Mangelhaftigkeit des Vertragsinhaltes beendet, so hat der Unternehmer, wenn die Gegenleistung aus Daten bestand, die Nutzung dieser Daten zukünftig zu unterlassen.³⁸ Auch die vom Verbraucher erzeugten digitalen Inhalte dürfen grundsätzlich nicht weiterverwendet werden, es sei denn, sie wurden von mehreren Verbrauchern erzeugt und werden von diesen noch genutzt.³⁹ Ein weiteres Recht zur Beendigung von Verträgen ergibt sich bei unbefristeten oder langfristigen Vertragsbindungen von mehr als 12 Monaten.⁴⁰ Die Folgen dieser Beendigung langfristiger Vertragsbindungen sind in Art. 16 normiert. Wurden Daten als Gegenleistung übermittelt, darf der Unternehmer diese auch bei dieser Art der Vertragsbeendigung nicht weiter nutzen. Der Unternehmer muss dem Verbraucher technische Mittel zur (grds. für den Verbraucher kostenfreien) Wiedererlangung der Daten bereitstellen,⁴¹ ohne dass der Richtlinienentwurf oder die Erwägungsgründe Beispiele für derartige technische Mittel nennen.

Die Vertragsgemäßheit digitaler Inhalte richtet sich primär nach den Zusicherungen der Parteien.⁴² Fehlt eine solche, müssen die Inhalte für die Zwecke geeignet sein, für die Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden.⁴³ Erstmals wird auch das Vorhandensein technischer Beschränkungen, beispielsweise durch Regionalcodierungen, als mangelbegründend hervorgehoben.⁴⁴ Eine Vertragswidrigkeit liegt aber auch dann vor, wenn der digitale Inhalt unsachgemäß in die Hard- oder Softwareumgebung des Verbrauchers integriert wurde und die Gründe für die unsachgemäße Integration dem Anbieter anzulasten sind.⁴⁵ Auch müssen die digitalen Inhalte frei von Rechten Dritter sein.⁴⁶ Hier kommen insbesondere Rechte des Geistigen Eigentums in Betracht.

Die Beweislast für die Vertragswidrigkeit wird mit Art. 9 des Richtlinienentwurfs dem Anbieter auferlegt, es sei denn, die digitale Umgebung des Verbrauchers ist

32 MüKo BGB-Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 32; Bräutigam, MMR 2012, 635, 640.

33 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 2.

34 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 7.

35 Art. 12, 13.

36 Erwägungsgrund 36.

37 Art. 14, Erwägungsgrund 44; vgl. auch: Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse

Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 2.

38 Art. 13, Erwägungsgrund 37.

39 Erwägungsgrund 38.

40 Art. 15, Erwägungsgrund 46.

41 Erwägungsgrund 40.

42 Art. 6, Erwägungsgrund 24.

43 Art. 6, Erwägungsgrund 25.

44 Erwägungsgrund 26, vgl. hierzu insb. Mackenrodt, Technologie statt Vertrag, 2015, S. 1 ff.; Specht, Diktat der Technik – Rematerialisierung der Privatautonomie im informationstechnologischen Umfeld, Teil 6 (erscheint vor 2018).

45 Vgl. Art. 7, Erwägungsgrund 30.

46 Erwägungsgrund 31.

nicht kompatibel mit den digitalen Inhalten.⁴⁷ Weil digitale Inhalte keiner Abnutzung unterliegen, ist diese Beweislastumkehr zeitlich unbegrenzt ausgestaltet. Auf nationale Verjährungsvorschriften darf allerdings zurückgegriffen werden.⁴⁸ Neben der Mängelgewährleistung haftet der Unternehmer dem Verbraucher freilich auch bei Nichtleistung. Art. 17 enthält Regressansprüche des Unternehmers in der Vertragskette.⁴⁹

Die in der Richtlinie enthaltenen Vorschriften sind subjektiv halbzwingendes Recht. Jede Abweichung zum Nachteil des Verbrauchers ist nicht bindend.⁵⁰ Die Richtlinie ist vollharmonisierend.⁵¹

III. Verhältnis zu den Grundsätzen der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Die Vorgaben des Datenschutzrechts, d.h. mit ihrem Inkrafttreten im Jahr 2018 insb. der Datenschutzgrundverordnung, sollen nach Art. 3 Abs. 8 des Richtlinienentwurfs unberührt bleiben.⁵² Problematisch hieran ist allerdings, dass das Datenschutzrecht gerade nicht die privatautonome Disposition über personenbezogene Daten bezweckt und vorsieht, sondern seine Grundsätze dem vielmehr zuwiderlaufen. Zu nennen sind hier etwa der Grundsatz der Datensparsamkeit und der Zweckbindung, vor allem aber die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung sowie das Recht auf Löschung, Art. 17 DSGVO. Das Verhältnis zur Datenschutzgrundverordnung erscheint insofern insgesamt schwierig,⁵³ besonders untersucht werden soll im Folgenden aber v.a. die Problematik der Widerruflichkeit der Einwilligung. Soll sie uneingeschränkt erhalten bleiben, so wäre es für den Nutzer möglich, seine Leistung gewissermaßen „zurück-zuholen“.

Eine solche „Rückholung“ der eigenen Leistung wird dem Unternehmer hingegen häufig nicht möglich sein. Die Nutzung von sozialen Medien etwa kann beim Widerruf der Einwilligung bereits für einen gewissen Zeitraum erfolgt sein, die Leistung damit bereits erbracht. Ebenso liegt es mit anderen Dienstleistungen, die durch die Zurverfügungstellung digitaler Inhalte erbracht werden. Auch im Falle einer zeitweiligen Gebrauchsüberlassung digitaler Güter, wie etwa E-Books, ist die Leistung

des Unternehmers nicht rückholbar, wenn der Widerruf der Einwilligung nach dem Ende des Leistungszeitraums erbracht wird. Im Falle einer dauerhaften Überlassung digitaler Inhalte ließe sich zwar eine Löschungsverpflichtung des Verbrauchers statuieren, die Kontrolle einer Löschung des digitalen Inhalts wird den Unternehmer jedoch vor nicht unerhebliche technische Herausforderungen stellen. Dieser Schwierigkeit einer „Rückholung“ digitaler Inhalte wird im Falle von Fernabsatzverträgen über digitale Güter durch einen Entfall des Widerrufsrechts Rechnung getragen, vgl. § 356 Abs. 5 BGB.

Lösen ließe sich das Dilemma im Verhältnis der Anerkennung von personenbezogenen Daten als Gegenleistung im Rahmen eines synallagmatischen Vertrags und den Grundsätzen der datenschutzrechtlichen Einwilligung wohl nur auf zwei Wegen: Durch Unwiderruflichkeit der Einwilligung oder aber durch Etablierung eines Wertersatzanspruchs des Unternehmers im Falle des Widerrufs der Einwilligung. Beides dürfte datenschutzrechtlich nicht einfach zu vertreten sein.

1. Unwiderruflichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Begründet wird die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung mit ihrer Bedeutung für die Selbstbestimmung und damit für einen verfassungsrechtlich vorgegebenen Wert. Bei anderen Fallgruppen des Persönlichkeitsrechts wird jedoch eine grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Einwilligung jedenfalls dann angenommen, wenn sie vertraglich erteilt und eine Gegenleistung für sie erhalten wurde.⁵⁴ Verwiesen wird auf das Prinzip der Rechtssicherheit und Vertragstreue, von dem eine Ausnahme nur dann zugelassen wird, wenn dem Persönlichkeitsrecht unter bestimmten Aspekten Vorrang zukommt.⁵⁵ So kann der Betroffene beispielsweise seine einmal zugunsten einer Veröffentlichung seines Bildnisses erteilte Einwilligung nach Zugang zumindest nicht grundlos widerrufen.⁵⁶

Jedenfalls im Rahmen der von der Richtlinie angeordneten vertraglichen Erklärung der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten als Gegenleistung zu einer Bereitstellung digitaler Inhalte ließe sich insofern

47 Erwägungsgrund 32.

48 Erwägungsgrund 43.

49 Vgl. auch: Erwägungsgrund 47.

50 Art. 19.

51 Vgl. Art. 4.

52 Vgl. auch: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634 final, Begründung, S. 13 sowie Erwägungsgrund 22.

53 Vgl. hierzu eingehend: *Härtling*, CR 2016, 735, 735 ff.

54 BeckOK InfoMedienR-*Herrmann*, KUG, 14. Edition 2016, § 22 Rn. 20 mwN.

55 OLG München *Wandtke/Bullinger-Fricke*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 KUG Rn. 20.

56 Z.T. wird für eine ausnahmsweise bestehende Widerrufsmöglichkeit auf eine entsprechende Anwendbarkeit des § 42 UrhG verwiesen, vgl. *Dreier/Schulze-Specht*, Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 22 KUG Rn. 35; BeckOK InfoMedienR-*Herrmann*, KUG, 14. Edition 2016, § 22 Rn. 20.

durchaus über eine grundsätzliche Unwiderruflichkeit auch der datenschutzrechtlichen Einwilligung nachdenken.

Die Konsequenzen einer solchen im Grundsatz unwiderruflichen vertraglich erteilten Einwilligung wäre dabei freilich der Verlust der Bestimmungsmöglichkeit über die betroffenen Daten und damit ein Verlust der informationellen Selbstbestimmung. Ob und in welchem Umfang dies tatsächlich gewünscht ist, sollte eingehend überlegt sein. Eine Einschränkung der Einwilligungsmodalitäten (widerruflich/unwiderruflich) mag man als paternalistisch bezeichnen, sie erfolgt letztlich aber zum Schutz der Selbstbestimmung und damit zum Schutz eines Wertes, auf dem unsere Rechtsordnung maßgeblich aufbaut.

2. Wertersatzanspruch bei Widerruf

Will man den Weg über eine grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Einwilligung nicht gehen, so ließe sich weiterhin darüber nachdenken, im Falle eines Widerrufs der Einwilligung Wertersatzansprüche zu begründen. Diesen Mechanismus kennt das Zivilrecht durch das Rücktrittsrecht nur allzu gut. Statt der Rückgewähr hat der Schuldner gem. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB Wertersatz zu leisten, soweit die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist. Dies ist etwa der Fall bei nicht in Dauerschuldverhältnissen erbrachten Dienstleistungen.⁵⁷ Telos des § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist gerade die Abschöpfung der beim Leistungsaustausch erhaltenen Werte unabhängig von der Möglichkeit einer Rückgabe in natura.⁵⁸

Problematisch an einer solchen Regelung ist aber nicht nur, dass der konkrete Wert der Daten zu bestimmen wäre und dies mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte, sondern v.a., dass auch mit einem Wertersatzmechanismus die informationelle Selbstbestimmung unterlaufen werden könnte, weil die Pflicht zur Leistung von Wertersatz tendenziell dazu geeignet ist, den Betroffenen von einem Widerruf der erteilten Einwilligung abzuhalten. Eine Wertersatzverpflichtung ließe sich aber jedenfalls als Kompromisslösung argumentativ vertreten.

IV. Zusammenfassung und Handlungsoption

Der hier diskutierte Richtlinienentwurf würde bei Verabschiedung im nationalen Recht den Erlass einheitli-

cher Vorschriften für digitale Inhalte unabhängig vom Vertragstyp erfordern, während die Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte weiterhin den Mitgliedsstaaten obläge. Nationale Rechtszersplitterung würde durch Fragmentierung der Rechtsvorschriften nach dem Leistungsgegenstand ersetzt. Ein eigenes Rechtsregime für digitale Inhalte unabhängig vom zugrundeliegenden Vertragstyp wäre die Folge.⁵⁹ Ob man dies für sinnvoll hält, bleibt subjektiver Beurteilung überlassen.

Problematisch erscheint der besprochene Richtlinienentwurf vor allem in datenschutzrechtlicher Hinsicht. Mit der jederzeitigen Widerruflichkeit der Einwilligung ist dabei hier nur das dringendste datenschutzrechtliche Problem angesprochen, das jedoch auch ganz unabhängig von der Verabschiedung des Richtlinienentwurfs gelöst werden muss. Denn bereits heute finden sich Stimmen, die die Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten als synallagmatische Gegenleistungspflicht zu einer Bereitstellung digitaler Inhalte qualifizieren. Derzeit ergibt sich dieses Modell aber zuvorderst im Falle von Nutzungsverträgen sozialer Netzwerke oder anderweitiger zeitweiliger Überlassung digitaler Inhalte. Argumentieren ließe sich hier durchaus, die zeitweilige Nutzungsmöglichkeit der personenbezogenen Daten bis zum Widerruf sei hier Gegenleistung genug, zumal mit dem Widerruf der Nutzungsmöglichkeit der Daten auch die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Inhaltes zurückgezogen werden wird.

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, in dem sich die Einwilligung als synallagmatische Gegenleistungspflicht zur dauerhaften, endgültigen Überlassung eines digitalen Inhaltes darstellt und sie nach Überlassung des digitalen Inhaltes widerrufen wird. In einem synallagmatischen Vertrag käme dies einer „nachträglichen Nichterfüllung“ gleich, weshalb auch die Leistung des Unternehmers zurückgerufen werden können müsste. Welche Probleme hieraus resultieren, hat dieser Beitrag versucht, darzulegen.

Die Diskussion um eine Gegenleistung in Form personenbezogener Daten ist dabei zugleich eine solche um ihren Vermögenswert. Es wird nicht länger der Schutz personenbezogener Daten, sondern die umfassende Dispositionsmöglichkeit über sie in den Vordergrund gestellt. Hier sollten die Konsequenzen für den Einwilligenden (Widerruflichkeit/Unwiderruflichkeit der Einwilligung) einerseits und die sich hieran anknüpfenden

⁵⁷ Ansonsten wäre das Vertragsverhältnis zu kündigen.

⁵⁸ Jauernig-Stadler, BGB, 16. Aufl. 2015, § 346 Rn. 4.

⁵⁹ Hoffmann/van Roosebeke, Vertragsrecht für die Bereitstellung digitaler Inhalte, Analyse Nr. 22/2016 des Centrums für Europäische Politik, S. 4.

Auswirkungen für die Leistung des Unternehmers andererseits (Rückgewähr/Wertersatzanspruch) gründlich durchdacht sein. Einen Anlass hierfür zu geben, dürfte wohl das größte Verdienst des hier diskutierten Richtlinienentwurfes sein.

Louisa Specht ist Inhaberin des Lehrstuhls für Europäisches und Internationales Informations- und Datenrecht an der Universität Passau.

