



Universität zu Köln, 4.5.2017

Brauchen wir ein Datenschuldrecht?

Überlegungen zum Verbraucherschutz gegenüber
Facebook, Google & Co.

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber

1

A. Einführung

I. Digitalisierung und „Big Data“

- Daten als Gegenstand schuldrechtlicher Geschäfte ✓
- Daten als „Währung des Internets“ oder „Entgelt“ ?

unter anderem:

- Vorschlag für eine Digitale Inhalte-Richtlinie, COM(2015) 634 final vom 9.12.2015
- Gutachten Florian Faust, 71. DJT Essen, 14.9.2016
- Zivilrechtslehretagung 2017 in Zürich

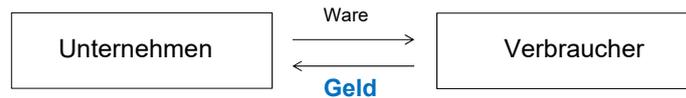
(c) Prof. Dr. Torsten Körber

2

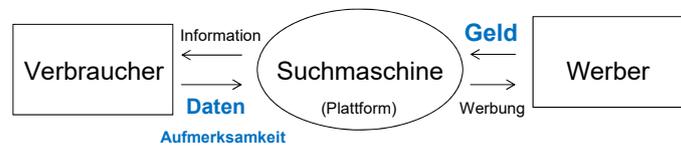
A. Einführung

II. Mehrseitige daten-/werbebasierte Geschäftsmodelle

Traditioneller Markt



Plattformmarkt



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

3

A. Einführung

III. Von der Kommerzialisierung von Daten zum „Datenschuldrecht“?

(P) Aufmerksamkeit und Daten als „nicht monetäre Entgelte“?



[Digitale Inhalte-Richtlinie 2015 \(Vorschlag\), EG 13:](#)

„Daher sollte die Anwendbarkeit ... dieser Richtlinie **nicht davon abhängen, ob ein [Geld-]Preis** für die betreffenden digitalen Inhalte **gezahlt wird**“.

[Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme vom 9.1.2017, S. 14:](#)

„Wenn Verbraucher für einen digitalen Inhalt mit ihren Daten bezahlen, so sollen sie **dieselben Rechte** haben **wie beim Zahlen mit Geld**“.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber

4

A. Einführung

III. Von der Kommerzialisierung von Daten zum „Datenschuldrecht“?

Wendehorst/Graf v. Westphalen, NJW 2016, 3745:

„... muss man sich künftig verstärkt Gedanken darüber machen, wie der Vertragspartner vor ausufernden Leistungsbeschreibungen und Erfüllungshandlungen zu schützen ist, die den **Anbieter so gut wie nichts kosten**, ihm aber **überaus wertvolle Kundendaten** bescheren“.

⇒ „**besonders bedeutsame Entgeltfunktion der Datenverarbeitung**“

Schmidt-Kessel/Grimm, ZfPW 2017, 84:

„Insbesondere **unterschätzt der Durchschnittsverbraucher den Wert** seiner personenbezogenen Daten und ist somit geneigt, unüberlegt und bereitwillig eine große Menge personenbezogener Daten zu übermitteln und dafür nur eine **marginale Gegenleistung** zu erhalten“

⇒ „**Erforderlichkeit eines spezifischen Datenschuldrechts**“

(c) Prof. Dr. Torsten Körber

5

B. Daten als „Währung des Internets“?

- I. **Klassische Geldfunktionen** (Zahlungsmittel, Wertaufbewahrungsmittel, Recheneinheit) **passen nicht** auf Daten
 - II. **Daten sind beliebig oft verwendbar** (kein Verlust oder Verbrauch durch ein „Bezahlen mit Daten“)
 - III. „**Dateneigentum**“ (Verfügungsrechte) nicht geregelt und unklar
 - IV. **Grenzen durch das Datenschutzrecht**
 - **keine vollständige Übertragung** personenbezogener Daten
 - Einräumung nicht exklusiver Nutzungsrechte durch **Koppelungsverbote** begrenzt
 - unverzichtbares **Widerrufsrecht** bzgl. der Datennutzung
- ⇒ **Daten sind kein Geld!**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber

6

C. Daten als Entgelt?

I. Gesetzgeberische Ansätze

1. Vorschlag für VO über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig vom 11.10.2011

Erwägungsgrund 18: „Digitale Inhalte werden häufig nicht gegen Zahlung eines Preises ... bereitgestellt, wobei die Bereitstellung eine **nicht geldwerte Gegenleistung wie die Einräumung des Zugangs zu persönlichen Daten** voraussetzen oder ohne jede Gegenleistung im Rahmen einer Marketingstrategie erfolgen kann“.

2. BT-Rechtsausschuss, BT-Drucks. 17/13951, 2013, S. 72

Zum Entgeltlichkeitserfordernis des § 312 BGB: „... können auch Verträge, bei denen der Verbraucher ... im Gegenzug **personenbezogene Daten mitteilt und in deren Speicherung, Nutzung oder Weitergabe einwilligt**, erfasst sein“.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber

7

C. Daten als Entgelt?

3. Vorschlag für Digitale Inhalte-Richtlinie, KOM(2015) 634 final vom 9.12.2015

Art. 3 Abs. 1: „Diese Richtlinie gilt für alle Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt ... und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder **aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt**“.

Erwägungsgrund 14: „Diese Richtlinie sollte auch **nicht in Fällen** gelten, in denen der Anbieter Informationen einschließlich personenbezogener Daten ... **erhebt**, ohne dass der Verbraucher diese aktiv bereitstellt, wobei das **Akzeptieren von Cookies** durch den Verbraucher **nicht als aktives Bereitstellen** von Informationen zählt“.

Dazu kritisch:

- [Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme vom 9.1.2017](#)
- [Europäischer Datenschutzbeauftragter, Opinion 4/2017 vom 14.3.2017](#)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber

8

C. Daten als Entgelt?

II. Datenschuldrecht vs. Datenschutzrecht?

1. Datenschutzrecht als Maßstab im Zivilrecht

- BGHZ 177, 253 „Payback“: Für die AGB-Kontrolle von Datenschutzklauseln im Rahmen des § 1 UKlaG bilden Normen des BDSG den „alleinigen Prüfungsmaßstab“.
- EU-Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) 2016/679 geht ab 25. Mai 2018 deutschem Recht vor.

2. Datenschutzrecht als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Art. 6 Abs. 1 DS-GVO: „Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist ...“

- ⇒ Daten(übermittlung) nicht für sich genommen = „Entgelt“
- ⇒ Erweiterung der Nutzungsbefugnis entscheidend

(c) Prof. Dr. Torsten Körber

9

C. Daten als Entgelt?

3. Erlaubnistatbestände des § 6 Abs. 1 DS-GVO

- a) mit **Einwilligung** des Betroffenen
- b) für die **Erfüllung des Vertrags** erforderlich (vgl. auch Art. 3 Abs. 4 DI-RL),
z.B. Standortdaten bei mobilen Apps
- c) zur Erfüllung einer **rechtlichen Verpflichtung**, z.B. Registrierungsdaten
- d) erforderlich um **lebenswichtige Interessen** zu schützen
- e) im **öffentlichen Interesse**
- f) zur **Wahrung berechtigter Interessen** des Datenverarbeiters erforderlich

⇒ Datenverarbeitung auch für Werbezwecke durch Facebook & Co. berechtigt
oder

⇒ restriktive Auslegung zur Vermeidung der Ausbeutung der Verbraucher?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber

10

C. Daten als Entgelt?

4. Datenschutzrechtliches Koppelungsverbot als Einwilligungsgrenze?

Art. 7 Abs. 4 DS-GVO: „Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand **in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen** werden, **ob** unter anderem die Erfüllung eines Vertrags... von der Einwilligung ... abhängig ist, die **für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich** sind“.

Erwägungsgrund 43: „Die **Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt**, ... wenn die Erfüllung eines Vertrags ... von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist“.

- ⇒ **bei strenger Auslegung des Koppelungsverbots** wäre hier wohl **keine wirksame Einwilligung** nach Art. 6 Abs. 1 lit. a **möglich**
- ⇒ eine nach Art. 6 Abs. 1 lit. b – f **überflüssige oder** nach Art. 7 Abs. 4 **unwirksame Einwilligung** taugt nicht als „Entgelt“

D. Ausgestaltung der Verbraucherrechte

I. Datenschuldrecht = Geldschuldrecht?

EG 13 zur Digitale Inhalte-Richtlinie (Vorschlag):

„Die Einführung einer Differenzierung nach Art der Gegenleistung würde zu einer **diskriminierenden Unterscheidung zwischen verschiedenen Geschäftsmodellen** führen“.

Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme vom 9.1.2017, S. 14:

„Wenn **Verbraucher** für einen digitalen Inhalt mit ihren Daten bezahlen, so **sollen** sie **dieselben Rechte haben wie beim Zahlen mit Geld**“.

anders Wiss. Arbeitskreis der BNetzA, OTT-Papier vom 15.7.2016, S. 25:

- **regelmäßig keine direkte Anwendung** der geldbasierten TKG-Kundenschutznormen auf datenbasierte Dienste
- **Kundenschutz primär durch Datenschutzrecht**

D. Ausgestaltung der Verbraucherrechte

II. Regelungsvorschläge der EU-Kommission

1. GEK-VO 2011

- **keine Mängelrechte** bei Nichterfüllung, sondern **nur Schadensersatz** für „Verluste oder Schäden an seinem Eigentum einschließlich an der Hardware, Software und an den Daten ... mit Ausnahme des Ersatzes des ... entgangenen Gewinns“ ([Art. 107](#))

2. Digitale Inhalte-Richtlinie 2015

- **alle Mängelrechte außer Minderung** ([Art. 12](#))
- ggf. Berücksichtigung bei Bestimmung der Vertragsgemäßheit der Leistung ([Art. 6 Nr. 2 lit. a](#))
- **Schadensersatz** „für jede wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers“ ([Art. 14](#))

D. Ausgestaltung der Verbraucherrechte

III. Schutzbedarf der Verbraucher

1. **regelmäßig leichter Wechsel** zu anderem, ebenfalls „kostenlosem“ Dienst oder parallele Dienstenutzung („Multihoming“)

2. **bei automatisierter Datenerhebung** (z.B. [Internetsuche](#)) insbes. Interesse an **Löschung personenbezogener Daten**

⇒ [Art. 17 DS-GVO](#) vs. [Art. 13 / 16 DI-RI](#)

3. **bei aktiver Inhaltebereitstellung** durch Verbraucher (z.B. [Facebook](#)) insbes. Interesse an **Mitnahme der Daten**

⇒ [Art. 20 DS-GVO](#) vs. [Art. 13 / 16 DI-RI](#)

D. Ausgestaltung der Verbraucherrechte

4. (P) Haftung der Verbraucher für unvollständige oder falsche Daten?

⇒ potentieller Konflikt mit dem Datenschutzrecht

5. kein Beleg für eine kommerzielle Ausbeutung der Verbraucher durch Facebook, Google & Co.

6. keine Verbraucherklagen wegen Nichterfüllung gegen Google oder andere „kostenlose“ Dienste bekannt

- in der Rechtswirklichkeit Individualklagen bisher nur auf den anderen Seiten des Marktes, z.B. bei Streit über Werbeanzeigen, um Vergütung für Inhalte (Presseverleger) oder über Aufnahme in oder Löschung aus Index (Recht auf Vergessenwerden)

E. Bestehende Schutzmechanismen (Auswahl)

I. Kartellrecht

- EU-Kommission vs. Google (mehrere Verfahren seit 2010)
- BKartA vs. Facebook (Ermittlungen seit 2.3.2016)

II. Datenschutzrecht

- mit DS-GVO (ab 25.5.2018) und ePrivacy-VO (E 10.1.2017)
 - umfangreich **harmonisiert** und **modernisiert**
 - massiv **bußgeldbewehrt** (Art. 83 Abs. 5 DS-GVO: bis zu 20 Mio. Euro oder 4 % des Weltjahresumsatzes)
 - **Anpassung des deutschen Datenschutzrechts** am 27.4.2017 vom Bundestag beschlossen (DSAnpUG)

E. Bestehende Schutzmechanismen (Auswahl)

III. Zivilrechtliche Durchsetzung durch Verbände

- z.B. **Unterlassungs- und Beseitigungsklagen** nach §§ 1, 2 UKlaG oder § 8 UWG

Bsp.: LG Berlin, Az. 16 O 341/15, [Verbraucherzentrale Bundesverband vs. Facebook](#) (gerichtet gegen Aussage „Facebook ist und bleibt kostenlos“)

- **Datenschutzrecht** seit 1.10.2016 unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG = **Verbraucherschutzrecht**

Eventuelle **Beseitigungsansprüche** richten sich in diesem Fall nach datenschutzrechtlichen Vorschriften (§ 2 Abs. 1 S. 3 UKlaG)

F. Fazit

1. zahlreiche existierende Schutzvorschriften und Durchsetzungsmechanismen
2. zweifelhafter Nutzen und drohende Rechtsunsicherheit durch „Datenschuldrecht“
3. zahlreiche ungeklärte Fragen rund um „Daten“
4. hektisches „Update“ des Zivilrecht nicht sinnvoll
5. flexible Lösungen durch die Gerichte vorzugswürdig

F. Fazit

6. Eckpunkte

- daten-/werbebasierte Dienste regelmäßig als unentgeltlich anzusehen
- keine undifferenzierte 1:1-Anwendung an Geld ausgerichteter Vorschriften auf diese Dienste
- Berücksichtigung anderer Regelungen, insbesondere des Datenschutzrechts

⇒ Es gibt viel zu tun:



F. Fazit

**Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!**