

**Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit – Eckpfeiler eines neuen
Datenschuldrechts**

I. Einleitung	3
II. Auslegung der Willenserklärungen (These 1)	5
III. Regulatorischer Handlungsbedarf (These 2)	7
IV. Erfordernis eines Datenschuldrechts (These 3.1).....	9
1. Unterscheidung von primärem und sekundärem Datenmarkt.....	9
2. Konkrete Inhalte eines Datenschuldrechts für den primären Datenmarkt	10
a) Anwendung von Abstraktions- und Trennungsprinzip	10
b) Typologie.....	11
c) Problematik des Koppelungsverbot	12
d) Rechtsnatur der Einwilligung und Erklärung durch Minderjährige	13
e) Stellvertretungsrecht	14
f) Leistung durch einen Dritten, § 267 BGB	14
g) Verbraucherschutzrecht, §§ 312 ff. BGB.....	15
h) Verhältnis Schadensersatzansprüche und Ansprüche nach Art. 82 DSGVO	16
i) Auswirkungen anfänglicher Unwirksamkeit der Einwilligung auf das Vertragsverhältnis	16
j) Widerruflichkeit der Einwilligung und Folgen für das Vertragsverhältnis.....	17
k) Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Erklärung der Einwilligung	17
aa) Option 1: Fehlende Klagbarkeit der Einwilligung	17
bb) Option 2: Vollstreckungslösung.....	18
cc) Option 3: Materiellrechtliche Lösung	18
l) Zurückbehaltungsrecht, § 320 BGB.....	18
m) Mängelgewährleistungsrechte	19
n) Weitere erforderliche Regelungen	19
3. Konkrete Inhalte eines Datenschuldrechts für den sekundären Datenmarkt	19
a) Typologie	20
b) Nichtvorliegen der Einwilligung	21
c) Klagbarkeit der Leistung	22
d) Mängelgewährleistung im Übrigen	22
e) Kosten für Datenschutzkonformität	23
f) Pflichten bei Beendigung eines zeitlich begrenzten Datenüberlassungsvertrags.....	23
g) Weiterer Regelungsbedarf im sekundären Datenmarkt.....	23

4. Bereicherungsrechtlicher Zuweisungsgehalt personenbezogener Daten	24
IV. Modifikations-/ bzw. Spezifizierungsbedarf des Datenschutzrechts (These 3.2)	25
V. Zusammenfassung und Ausblick	26

I. Einleitung

Zunehmend wird in der akademischen Literatur, aber auch in Politik und Wirtschaft über den rechtlichen Umgang mit Daten diskutiert. Dabei stellt sich zunächst die Frage nach möglichen eigentumsähnlich ausgestalteten Ausschließlichkeitsrechten an Daten. Ausschließlichkeitsrechte aber können in einer freiheitlich angelegten Rechtsordnung stets nur die Ausnahme sein. Ausschließlichkeit ist, um bildlich zu sprechen, eine Insel von Exklusivität in einem Meer von Freiheit.¹ Es bedarf daher stets eines rechtlichen oder ökonomischen Problems, das zu lösen die Ausgestaltung von Ausschließlichkeitsrechten erfordert. Im Bereich der unkörperlichen Güter ist dies in der Regel ein Kopierproblem. Das Urheberrecht etwa beruht u.a. auf dem Gedanken, dass sich Werkschaffen nur dann lohnen kann, wenn nicht jedermann kostenfrei das geschaffene immaterielle Werk kopieren und daraus einen Gewinn schöpfen kann. Ein solches Kopierproblem liegt aber bei Daten zumindest derzeit nicht vor, weshalb ein Ausschließlichkeitsrecht wohl primär zur Ausgestaltung klarer Spielregeln auf den Datenmärkten beitragen könnte. Das Problem etwa, die Daten, die ein mit Sensoren versehener Traktor über die Bodenbeschaffenheit aufnimmt, rechtlich derzeit nicht zuordnen zu können, (sollen sie dem Hersteller des Traktors, dem Hersteller der Software zur Aufzeichnung der Daten, dem Halter oder dem Fahrer zugeordnet werden?), was zu Rechtsunsicherheit im Umgang mit diesen Daten führt, ist durchaus eines, das man mit einem ausschließlichsrechtlich gestalteten Recht an Daten adressieren könnte.

Ob ein solches Ausschließlichkeitsrecht an Daten aber tatsächlich zur Herstellung von Rechtssicherheit beiträgt oder nicht vielmehr in Anbetracht der bereits bestehenden Rechtspositionen, denen bestimmte Datenformate de lege lata unterfallen können (urheberrechtlicher Datenbankschutz, Geschäftsgeheimnisschutz etc.) zu einer Steigerung der Rechtsunsicherheit beiträgt, ist sicherlich nicht allgemeinverbindlich zu beantworten. Die betroffenen Beteiligteninteressen unterscheiden sich in den vielen verschiedenen datengetriebenen Geschäftsmodellen (z.B. der Verarbeitung von Daten im Connected Car und in sozialen Netzwerken) so erheblich, dass sich jede pauschale Lösung vorwerfen lassen muss, einen Teil der betroffenen Rechte und Interessen nicht angemessen zu berücksichtigen. Es scheint daher gewinnbringend, die Diskussion auf spezifische Sektoren zu verlagern und dort nach spezifisch passenden Lösungsoptionen zu suchen. Hierbei sollte keine Lösungsoption per se ausgeschlossen werden. Mit Blick auf Ausschließlichkeitsrechte darf hervorgehoben sein, dass diese nicht zwingend so umfassend gestaltet sein müssten, wie das Eigentumsrecht gem. § 903 BGB, sondern

¹ Voorhoof, Freedom of Expression, Parody, Copyright and Trademarks, in: Ginsburg/Besek, Adjuncts and Alternatives to Copyright, Proceedings of the ALAI Congress 2001, 2002, S. 636, 639: „*Copyright and trademark protections are the monopoly islands in the ocean of freedom.*“; Geiger, GRUR Int. 2004, 815; 818 ff.; ders., GRUR Int. 2008, 459, 461; Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 150; Dreier, GRUR Int. 2015, 648, 656.

durchaus auch nur einzelne Nutzungs- und Abwehrbefugnisse umfassen² oder mehreren Beteiligten zugewiesen werden könnten. Dies wird in der Diskussion z.T. verfälscht dargestellt. Ebenso wie die Reichweite seines Schutzes ließe sich auch die Schutzdauer und eine mögliche Erschöpfung des Rechtes sehr flexibel gestalten. Aber auch die gegenteilig angeführte Auffassung, man benötige weniger ein Ausschließlichkeitsrecht, denn ein Zugangsrecht zu Daten, hat einiges für sich, insbesondere, wenn es um komplexere Multi-Player-Sachverhalte, wie z.B. um Daten aus dem vernetzten Fahrzeug geht.³

Der vertragsrechtliche Umgang mit Daten ist dagegen bereits de lege lata umfassend möglich. Denn eine vertragliche Disposition erfordert nicht zwingend einen Vertragsgegenstand, an dem Ausschließlichkeitsrechte bestehen. Sind Gegenstand dieser vertraglichen Disposition aber personenbezogene Daten, wirft dies eine Vielzahl datenschutzrechtlicher Fragen auf, deren Erörterung Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist. Grundlegend kollidieren dabei das dem Vertragsrecht immanente Prinzip der Privatautonomie und das das Datenschutzrecht prägende Verbotsprinzip. Dies vorausgeschickt, sollen für die folgende Untersuchung **drei Thesen** aufgeworfen sein:

1. Verträge, in denen wir personenbezogene Daten hingeben und die Einwilligung in die Datenverarbeitung erklären, um hierdurch einen Dienst in Anspruch nehmen zu können, z.B. die Nutzung eines sozialen Netzwerkes, können nach §§ 133, 157 BGB nicht anders ausgelegt werden, als dass die Erklärung der Einwilligung und die Hingabe der Daten als Gegenleistung geschuldet sind.

2. Trifft die erste These zu, bedarf es zwingend einer regulatorischen Entscheidung darüber, wie die datenschutzrechtlichen Vorgaben in das nach den Grundsätzen der Privatautonomie ausgestaltete Vertragsrecht hineingetragen werden können, insbesondere, wie die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung zivilrechtlich abgebildet werden soll.

3. Insgesamt erforderlich ist die Ausgestaltung eines Datenschuldrechts, das Hand in Hand mit vorsichtigen Modifikationen/Spezifikationen des Datenschutzrecht gehen sollte.

² Dreier, in: Weller/Wendland, Digital Single Market: Bausteine eines digitalen Binnenmarktes, 2018, im Erscheinen; Specht, CR 2016, 288 ff.

³ Drexler, Designing Competitive Markets for Industrial Data -Between Propertisation and Access, 2016, MPI for Innovation & Competition Research Paper No. 16-13, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=2862975>, S. 41.

II. Auslegung der Willenserklärungen (These 1)

Die Richtlinie für digitale Inhalte, die derzeit im Entwurf vorliegt, gibt erstmals auf gesetzgeberischer Ebene vor, dass Daten als Gegenleistung im Vertrag hingegeben werden können.⁴ Gemeint ist wohl auch die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung.⁵ Die Richtlinie für digitale Inhalte zeichnet aber nur nach, was längst Rechtswirklichkeit ist: Eine Vielzahl von Willenserklärungen, die auf den Abschluss von Verträgen gerichtet sind, in denen wir personenbezogene Daten hingeben und die Einwilligung in die Datenverarbeitung erklären, um hierdurch einen Dienst in Anspruch nehmen zu können, z.B. die Nutzung eines sozialen Netzwerkes, können nach §§ 133, 157 BGB nicht anders ausgelegt werden, als dass die Erklärung der Einwilligung und die Hingabe der Daten als Gegenleistung geschuldet ist. Der weite Leistungsbegriff des § 241 BGB und der Grundsatz der Vertragsfreiheit, dem das Vertragsrecht folgt, lassen dies problemlos zu, sofern die Willenserklärungen auslegungsfähig sind.⁶ Und auch wenn die Art. 29 Arbeitsgruppe dies aus datenschutzrechtlicher Sicht ablehnt, ist es aus zivilrechtlicher Perspektive nahezu alternativlos.⁷ Denn über den Inhalt eines Vertrages entscheidet die Auslegung der Willenserklärungen der vertragsschließenden Parteien. Ist aber in den Datenschutzerklärungen explizit erläutert, dass und zu welchem Zweck eine Vielzahl von Nutzerdaten verarbeitet werden sollen, ist die Einwilligung aus Sicht eines objektiven Dritten um mit Buchner zu sprechen, *„nicht nur (notwendige oder erwünschte) Begleiterscheinung einer sonstigen rechtsgeschäftlichen Leistungsbeziehung, sondern vielmehr der Hauptzweck des Rechtsgeschäfts“*.

Die Willenserklärungen der Vertragsparteien insb. bei den diversen Internetdiensten, wie etwa sozialen Netzwerken, so auszulegen, dass hier Dienste kostenlos zur Verfügung gestellt werden, ist aufgrund des heutigen Nutzerverständnisses nicht mehr angemessen.⁸

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final; vgl. hierzu auch: *Specht*, JZ 2017, 763, 763 ff.; a.A. *Linardatos*, in: *Specht/Werry/Werry*, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, im Erscheinen: Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrags.

⁵ *Specht*, JZ 2017, 763 ff.

⁶ Ähnlich: *Langhanke*, Daten als Gegenleistung, S. 97 ff.

⁷ In diesem Sinne auch: *Specht*, Plattformnutzungsverträge, in: *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas*, Rn. 21, im Erscheinen; *Brütigam*, MMR 2012, 635 ff.; *Specht*, JZ 2017, 763 ff.; *Metzger*, AcP 216 (2016), 817 ff. *Sattler*, JZ 2017, 1036 ff.; *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218, 221 ff.; *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfpW 2017, 84 ff.; *Berger*, ZGE 2017, 340, 353; *Hoeren*, Big Data und Recht, S. 75 ff.; *Intveen*, ITRB 2018, 70 ff.; Bericht der Arbeitsgruppe Digitaler Neustart v. 15.5.2017, S. 15 f. 59; wohl auch: *Faust* Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, A 17 ff.; ebenfalls in diese Richtung neigend: LG Berlin Urt. v. 22.01.2018 – 16 O 341/15, S. 27; *Weichert*, FS Kilian zum 65. Geburtstag, S. 281, 282, stellte bereits 2001 fest, dass eine Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts durch Datenhandel durch BVerfG NJW 2001, 1021 (*„Das Persönlichkeitsrecht ist nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet“*) nicht ausgeschlossen ist; a.A. *Hoeren/Sieber/Holzner-Redeker*, Multimedia-Recht, 45. EL 2017, Teil 12 Rn. 428; dagegen: Art. 29 Arbeitsgruppe v. 28.11.2017, Guidelines to Consent under Regulation 2016/679, Dokumentennummer 17/EN WP259, S. 9.

⁸ *Brütigam* MMR 2012, 635, 635 ff.; *Specht*, JZ 2017, 763, 763 ff. *Metzger* AcP 216 (2016), 817, 817 ff.

Erfasst von der Gegenleistungspflicht sind freilich nur Daten, die über die für die Vertragserfüllung erforderlichen Daten hinausgehen werden.⁹ Ein Rechtsbindungswille liegt außerdem erst im Falle einer Registrierung vor, sodass Daten, die bei der Suchmaschineneingabe oder gewissermaßen beiläufig beim Surfen im Internet anfallen (z.B. auch mittels Cookies, Click-Stream-Analysen etc.), grds. nicht als Gegenleistung in Betracht kommen.

Denken ließe sich zwar daran, dass allein die Hingabe der personenbezogenen Daten als Gegenleistung geschuldet ist und die Einwilligung Wirksamkeitsvoraussetzung (§ 134 BGB)¹⁰ eines Datenerhebungsvertrags oder aber Voraussetzung einer Mangelfreiheit der Daten ist,¹¹ der objektive Erklärungsempfänger wird die Willenserklärungen sowohl des Nutzers, als auch der Vertragsgegenseite aufgrund des datenschutzrechtlichen Verbotsprinzips in der Regel so auslegen müssen, dass die Erlaubnis zu ihrer Verarbeitung erlangt werden soll.¹² Denn die Daten an sich sind ohne die entsprechende Verarbeitungsbefugnis schon aufgrund der erheblichen Bußgeldandrohungen der DSGVO für den Datenverarbeiter nahezu wertlos.

Ob die Hingabe personenbezogener Daten sowie die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung auf der einen Seite und die Überlassung eines digitalen Inhaltes oder aber die Erbringung eines Dienstes (z.B. Zurverfügungstellung eines sozialen Netzwerkes) auf der anderen Seite in einem Synallagma stehen oder lediglich kausal verknüpft sind, ist eine Frage der Ausgestaltung der Leistungen nach der jeweiligen Parteiabrede. Im Synallagma schuldet jede Partei die eigene Leistung nur Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung,¹³ es sei denn, Parteiabrede oder Gesetz bestimmen Vorleistungspflichten.¹⁴ Leistungsstörungen auf der einen Seite haben Auswirkungen auf die Leistungspflicht der Gegenseite.¹⁵ Neben der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung kommt aber auch eine konditionale oder kausale Verknüpfung in Betracht.¹⁶

Sind die Willenserklärungen so auszulegen, dass die Einwilligung Teil der Gegenleistungspflicht ist, kann den Parteierklärungen im Wege der Auslegung weiterhin regelmäßig entnommen werden, dass die Erklärung einer wirksamen Einwilligung (Erbringung des Leistungserfolges) und nicht lediglich die

⁹ Dazu eingehend: *Linardatos*, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, im Erscheinen.

¹⁰ *Linardatos*, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, erscheint 2018.

¹¹ Vgl. krit. zu diesem Ansatz: Specht, JZ 2017, 763 ff.

¹² Zur Abgrenzung beider Leistungsmodelle vgl. Specht, JZ 2017, 763 ff.; zur Einwilligung als Gegenleistungspflicht vgl. v.a. Metzger, AcP 216 (2016), 817 ff.; a.A. *Linardatos*, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, erscheint 2018.

¹³ BGH NJW 2013, 3297 Tz. 20.

¹⁴ BeckOK BGB-H. Schmidt BGB § 320 Rn. 6.

¹⁵ BeckOK BGB-H. Schmidt BGB § 320 Rn. 6.

¹⁶ MüKo-Emmerich, vor § 320 Rn. 7 ff.; *Linardatos*, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, erscheint 2018.

Vornahme der Leistungshandlung geschuldet ist. Denn nur die wirksame Einwilligung gestattet die Verarbeitung personenbezogener Daten. Auch grundsätzlich ist zur Erfüllung einer schuldvertraglichen Verpflichtung der Leistungserfolg geschuldet.¹⁷

III. Regulatorischer Handlungsbedarf (These 2)

Müssen die auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen bei einer Vielzahl datengetriebener Geschäftsmodelle so ausgelegt werden, dass die Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag geschuldet ist und will man dem entgegenwirken, ergibt sich allein hieraus regulatorischer Handlungsbedarf. Die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung ließe sich durch entsprechende Gesetzgebung explizit von den vertraglichen Pflichten ausschließen.

Möchte man indes die Rechtswirklichkeit angemessen erfassen, so erfordert dies die entsprechende gesetzliche Abbildung eines Datenerhebungsvertrags, dem die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung sowie die Hingabe der Daten als Gegenleistung immanent sind. Regulatorischer Handlungsbedarf besteht hier vor allem zum Schutz des Betroffenen. Denn es wird bereits darüber nachgedacht, die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung dann, wenn sie als Gegenleistung im Vertrag erklärt wird, nach Treu und Glauben einzuschränken¹⁸ oder gar gänzlich aufzuheben.¹⁹ Erscheint es aus zivilrechtlicher Perspektive logische Konsequenz einer Gegenleistungspflicht, dass diese im Grundsatz klagbar und zumindest nicht einseitig ohne Verletzung der vertraglichen Pflichten durch die Vertragsgegenseite „rückholbar“ zu sein hat, darf die Widerruflichkeit der Einwilligung aus datenschutzrechtlicher Perspektive aufgrund der Menschenwürdekomponente des informationellen Selbstbestimmungsrechts auch im Vertragsverhältnis zumindest nicht unmittelbar beschränkt sein.²⁰ Der vertragsrechtliche Umgang mit personenbezogenen Daten unterliegt den Vorgaben des Datenschutzrechts. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht wirkt über die mittelbare Drittwirkung auch in das Privatrecht. Den Staat treffen entsprechende Schutzpflichten.

¹⁷ Langhanke, Daten als Leistung, S. 124 m.w.Nachw.

¹⁸ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, S. 270 ff.

¹⁹ So etwa: Sattler, JZ 2017, 1036 ff., der allerdings die Widerruflichkeit allein bei der vertraglich als Gegenleistung geschuldeten Einwilligung einschränken will, nicht aber die Widerruflichkeit der einseitig erklärten Einwilligung.

²⁰ So auch: Langhanke, Daten als Leistung, S. 118; Schaffland/Wiltfang, BDSG, 2016, § 4a, Rn. 27; Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 4a Rn. 95; Scheja/Haag, Datenschutzrecht, in: Leupold/Glossner, Münchner Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Abschnitt 5, E V, Rn.80; vgl. auch §6 Abs.1 BDSG; Holznagel/Sonntag, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, 4. Allgemeiner Datenschutz, Abschnitt 4.8, VII.; Thüsing/Traut, in: Thüsing (Hrsg.), Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 34 m. w. N., der nur den völlig grundlosen Widerruf für nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) beachtlich hält.

Zwar trifft es zu, dass auch in anderen persönlichkeitsrechtlich relevanten Bereichen die Widerruflichkeit der Einwilligung eingeschränkt ist, wie etwa im Bereich des Rechts am eigenen Bild.²¹ Allerdings rührt dies vor allem aus der rechtlichen Bewertung sog. Model-Release-Verträge, bei denen ganz bewusst eine schuldvertragliche Einwilligung in die Nutzung zuvor angefertigter Bildnisse erteilt wird. Das Datenschutzrecht aber leidet darunter, dass der Einwilligung häufig eine nur fingierte Informiertheit zugrunde liegt, der Betroffene aber nicht tatsächlich informiert ist, der Informationserfolg also ausbleibt. Wenn daher bereits die Einwilligung als Instrument zur Gewährleistung tatsächlicher informationeller Selbstbestimmung nur sehr beschränkt geeignet ist, so würde ein Entfallen ihrer Widerruflichkeit die informationelle Selbstbestimmung bis an die Grenze der Bedeutungslosigkeit einschränken. Erkennt der Betroffene nachträglich durch Auswirkungen der Datenverarbeitung wie etwa durch den Erhalt personalisierter Werbung, worin er eingewilligt hat, so wäre ihm ein Widerruf nicht mehr möglich. Hervorzuheben ist auch, dass die Anerkennung der schuldvertraglichen Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag nach den Vorgaben der Richtlinie für digitale Inhalte nicht zu einem Weniger an Datenschutz führen und daher die Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie nicht berühren soll.²² Insgesamt spricht all dies dafür, die Widerruflichkeit der Einwilligung an sich auch dann nicht anzutasten, wenn im Rahmen einer vertraglichen Gegenleistungspflicht erklärt wird.

Ausnahmen könnten sich lediglich mittelbar ergeben, z.B. indem man bei einer Rückabwicklung von Verträgen, nach denen digitale Inhalte, z.B. Computerspiele, Software, Musik etc. einmalig und punktuell überlassen wurden, im Falle des Einwilligungswiderrufes statt eines Löschanpruchs der Vertragspartei, die die digitalen Inhalte überlassen hat und die nach Vertragsbeendigung eigentlich vom betroffenen Datenschuldner Rückabwicklung in Form der Löschung der digitalen Inhalte verlangen könnte, einen Wertersatzanspruch vorsieht. Sprich: Das Computerspiel, das statt zu einem Preis von 14,90,- € gegen Hingabe der Daten und Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung überlassen wurde, ist beim Betroffenen nach Widerruf der Einwilligung nicht zu löschen, sondern es entsteht ein Anspruch auf Zahlung von 14,90,- €. Auch dieses Wertersatzmodell schränkt die Widerruflichkeit der Einwilligung und damit das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen mittelbar ein, weil es den Betroffenen von einem Widerruf abhalten könnte. Allerdings erfolgt durch diese mittelbare Einschränkung ein wesentlich geringerer Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht als durch den unmittelbaren Ausschluss des Widerrufsrechts, was sich nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit noch als gerechtfertigt erachten lässt.²³

²¹ Dreier/Schulze-Specht, § 22 KUG Rn. 35.

²² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final, Begründung S. 13.

²³ So bereits: Specht, JZ 2017, 763, 769.

Die grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Einwilligung muss im Zivilrecht normiert werden, damit es hier nicht zu einem Unterlaufen des informationellen Selbstbestimmungsrechts kommt. Dann aber stellt sich die Frage, welche Folgen ein Einwilligungswiderruf für das zugrundeliegende Vertragsverhältnis hat. Aber auch die Auswirkungen des Koppelungsverbot auf das datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenleistung anerkennende Vertragsverhältnis sind zu hinterfragen. Es ergibt sich weiterhin dringender Handlungsbedarf in Fragen der Typisierung derartiger Verträge, v.a. zum Zwecke der Festlegung des Maßstabes der Klauselkontrolle sowie der Ausgestaltung von Mängelgewährleistungsrechten. Daneben sind Grundsatzfragen zu klären, z.B. die Anwendbarkeit des Abstraktions- und Trennungsprinzips, des Stellvertretungsrechts oder aber der Vorschriften zur Leistung durch Dritte, §§ 267, 268 BGB, der §§ 320 ff. BGB sowie der §§ 312 ff. BGB.²⁴ Auch der bereicherungsrechtliche Zuweisungsgehalt personenbezogener Daten ist zu erörtern. Wo der datenschutzrechtlich Betroffene zur Vertragspartei in einem Datenerhebungsvertrag wird, sind die datenschutzrechtlichen Vorgaben insgesamt im Zivilrecht angemessen abzubilden.

IV. Erfordernis eines Datenschuldrechts (These 3.1)

1. Unterscheidung von primärem und sekundärem Datenmarkt

Bereits de lege lata lässt sich auf vertragsrechtlicher Ebene unterscheiden zwischen der Datenerhebung und der Datenübermittlung, zwischen dem Vertragsverhältnis zwischen Betroffenen und der datenerhebenden Stelle also (Datenerhebungsvertrag, primärer Datenmarkt) und dem Vertragsverhältnis zwischen der datenerhebenden Stelle und dem Datenerwerber (Datenüberlassungsvertrag, sekundärer Datenmarkt). Beispiele für den primären Datenmarkt sind Datenerhebungen im Rahmen von Kundenbindungsprogrammen (Kundenkarten im Supermarkt, Bonushefte beim Bäcker etc.), Gewinnspielteilnahmen etc. Hier stellt die Überlassung von Daten sowie die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung in der Regel die Gegenleistung in einem Vertragsverhältnis dar.²⁵

Auf dem sekundären Datenmarkt finden sich all jene, die Daten an Drittunternehmen weiterreichen und hierfür einen wirtschaftlichen Gegenwert erhalten, in der Regel ein Entgelt. Das sind sowohl die klassischen Adresshändler, aber auch alle anderen Unternehmen, in deren Geschäftsbetrieb Daten

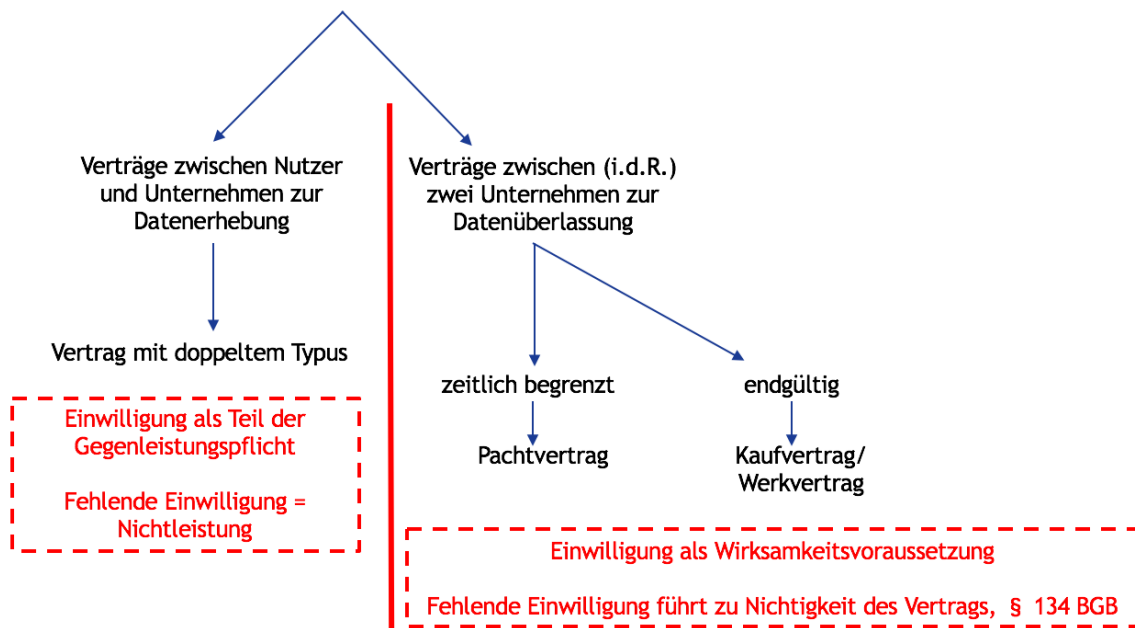
²⁴ Zu diesen Fragen vgl. insb. *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfpW 2017, 84, 104 ff.; *Linardatos*, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, im Erscheinen.

²⁵ Zum Synallagma vgl. insb. ULD, Kundenbindungssysteme, S. 57 ff., abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/wirtschaft/Kundenbindungssysteme.pdf>, zuletzt abgerufen am: 28.12.2017; *Metzger*, AcP 216 (2016), 817 ff.; krit: *Linardatos*, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, im Erscheinen.

anfallen, die sich entgeltlich an Dritte weiterreichen lassen. Hierzu gehören z.B. Hersteller von smarten Geräten, die Daten über unser Gesundheitsverhalten aufzeichnen und diese z.T. an Versicherungen weiterreichen, Anbieter sozialer Medien und Web-Analysedienste, die täglich eine Vielzahl an Daten erhalten, sie auswerten aber ebenso weiterreichen, beispielsweise, damit Dritte individualisierte Werbung schalten können (vgl. nur die facebook-Klausel „Wir verwenden Cookies, um Unternehmen dabei zu unterstützen, etwas darüber zu erfahren, welchen Personen ihre Facebook-Seite gefällt bzw. welche Personen ihre Apps verwenden, so dass sie relevantere Inhalte bereitstellen und Funktionen entwickeln können, die wahrscheinlich von Interesse für ihre KundInnen sind.“)

Auf diesem sekundären Datenmarkt bilden Daten in der Regel den Leistungsgegenstand, die Einwilligung Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrages. Hier fällt der Regulierungsbedarf geringer aus.

Rechtsrahmen eines Datenschuldrechts



2. Konkrete Inhalte eines Datenschuldrechts für den primären Datenmarkt

a) Anwendung von Abstraktions- und Trennungsprinzip

Die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung und die vertragliche Verpflichtung hierzu sind zunächst voneinander zu trennen. Beide Vorgänge können zeitlich durchaus auseinanderfallen.²⁶ Das Trennungsprinzip findet darüber hinaus Ausprägung in Art. 8 Abs. 3 DSGVO, der gerade zwischen der Erklärung der Einwilligung und der schuldvertraglichen Verpflichtung hierzu unterscheidet.

²⁶ Vgl. hierzu v.a. Langhanke, Daten als Leistung, S. 150 m.w.Nachw. auch aus der Literatur.

Auch das Abstraktionsprinzip aber findet Anwendung. Zwar ist zuzugeben, dass es im Wesentlichen dem Schutz des Verkehrs dient, der sich im Falle eines fehlerhaften Kausalgeschäfts jedenfalls auf den Bestand des Erfüllungsgeschäftes verlassen können soll, was im Falle einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht gerechtfertigt erscheint.²⁷ Bei Geltung des Abstraktionsprinzips können sich aber jedenfalls beide Parteien auf den Bestand des Verpflichtungsgeschäftes verlassen, auch wenn die datenschutzrechtliche Einwilligung (deren Erklärung das Erfüllungsgeschäft darstellt) widerrufen wurde oder von Anfang an unwirksam ist. Gerade im Falle der datenschutzrechtlichen Einwilligung, deren Wirksamkeit von so vielen Unsicherheitsfaktoren abhängt (ausreichende Informationsvermittlung, Beachtung des Koppelungsverbot, spezifische Transparenzvorgaben etc.) ist die abstrakte Aufrechterhaltung jedenfalls des schuldrechtlichen Vertrags erforderlich. Das Abstraktionsprinzip wirkt damit gerade auch zugunsten des Betroffenen, der selbst im Falle des Einwilligungswiderrufes die vertraglich geschuldete Leistung weiterhin in Anspruch nehmen kann, bis der Datenverarbeiter das zugrundeliegende Vertragsverhältnis beendet.²⁸

b) Typologie

Typologisch können wir Verträge, in denen eine Leistung gegen Überlassung von Daten sowie die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung erfolgt, mit den Vertragstypen des BGB durchaus erfassen. Ist die datenschutzrechtliche Einwilligung sowie die Hingabe der Daten als Gegenleistung geschuldet, wird in der Regel ein Vertrag mit doppeltem Typus vorliegen, in dem die Erklärung der Einwilligung aufgrund ihrer Widerruflichkeit²⁹ lizenzvertragsähnlich ausgestaltet ist und daher miet- und pachtvertraglichen Regelungen folgt. Die Leistungserbringung ist je nach Ausgestaltung miet- und dienstvertraglich zu beurteilen (so bei der Zurverfügungstellung eines Zugangs zu sozialen Netzwerken), kaufvertraglich (punktuelle und endgültige Überlassung von Software, Musikdateien, E-Books etc.) oder auch nach anderen Vertragstypen.³⁰ Diese Lösung hat den Charme, dass sie erstens die Vertragsrealitäten angemessen erfasst und nicht länger davon ausgeht, die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung sei bloße Nebenleistung in einem ansonsten einseitig verpflichtenden Vertrag. Dies wird der wirtschaftlichen Bedeutung der Datenerhebung und -verarbeitung schlicht nicht mehr gerecht. Sie hat aber zweitens den Vorteil, dass die jeweils auf Leistung und Gegenleistung passenden Regelungen des Leistungsstörungsrechts anwendbar sind und

²⁷ Ohly, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002, S. 449.

²⁸ Ähnlich: Langhanke, Daten als Leistung, S. 165 f.

²⁹ Art. 7 Abs. 3 DSGVO.

³⁰ Ebenfalls im Wesentlichen auf die Regelungen des Pachtvertragsrechts abstellend: Sattler, JZ 2017, 1036, 1038.

damit v.a. Störungen des Vertragsverhältnisses, die durch spezifische datenschutzrechtliche Vorgaben entstehen, einheitlich gelöst werden können. Im Falle eines Einwilligungswiderrufs kommt unabhängig von der Leistung der Vertragsgegenseite stets das für die Einwilligung geltende Rechtsregime zur Anwendung.³¹

c) Problematik des Koppelungsverbot

Ob und wie die Einwilligung überhaupt als vertragliche Gegenleistung erklärt werden kann, ist maßgeblich von der Auslegung des Koppelungsverbot abhängig. Wird gegen das Koppelungsverbot verstoßen, fehlt es an der Freiwilligkeit, ist die Einwilligung in die Datenverarbeitung unwirksam. Nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO muss

„bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob (...) die Erfüllung eines Vertrags (...) von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“

Nach Erwägungsgrund 43 S. 2 gilt die Einwilligung als nicht freiwillig erteilt,

„wenn die Erfüllung eines Vertrags (...) von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.“

Zwar ist streitig, ob ErwG 43 zwingend zu einem absoluten Koppelungsverbot führt,³² wird die Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag geschuldet, ist die Erfüllung dieses Vertrags aber aufgrund von Zurückbehaltungsrechten jedenfalls grundsätzlich von der Erklärung der Einwilligung abhängig und gilt damit als nicht freiwillig erteilt i.S.d. ErwGr. 43.

Während sich die Art. 29 Arbeitsgruppe daher zuletzt insgesamt gegen die Möglichkeit aussprach, die Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag zu erklären,³³ sprechen die wesentlicheren Argumente dagegen, die Erteilung einer Einwilligung im gegenseitigen Vertrag generell als Verstoß gegen das Koppelungsverbot zu erachten. Denn das Koppelungsverbot ist Ausprägung des Grundsatzes der Freiwilligkeit und soll den Betroffenen daher v.a. davor schützen, der Fremdbestimmung eines Dritten ausgesetzt zu sein. Das wird z.B. deutlich an Erwägungsgrund 43 S. 1, der ein Ungleichgewicht zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen als Grund fehlender Freiwilligkeit der Einwilligung

³¹ Hierzu bereits umfassend: Metzger, AcP 216 (2016), S. 817 ff.

³² Zum Streitstand vgl. Ehmann/Selmayr-Heckmann/Paschke, Datenschutz-Grundverordnung, 1. Auflage 2017, Art.7 Rn. 53 ff.

³³ Art. 29 Arbeitsgruppe v. 28.11.2017, Guidelines to Consent under Regulation 2016/679, Dokumentennummer 17/EN WP259, S. 9.

voraussetzt. Das Rechtsgeschäft aber ermöglicht es, sich in Ausübung von Privatautonomie selbst zu binden. Vor dieser Selbstverpflichtung zu schützen, ist nicht Telos des Koppelungsverbot. In dieser Situation kommt es nicht darauf an, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wird, sondern ob das Vertragsverhältnis, das zu ihrer Erteilung verpflichtet, freiwillig geschlossen wurde. Der Maßstab, an dem dieses Verhalten zu messen ist, ist aber v.a. Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB sowie §§ 134, 138 BGB und nicht das Koppelungsverbot.³⁴ Hinzu kommt, dass der Anwendungsbereich der Einwilligung umfassend reduziert wäre, wenn das Koppelungsverbot absolut verstanden würde. Denn eine Datenverarbeitung, die zur Abwicklung des Geschäfts erforderlich ist, ist in der Regel bereits über Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO zulässig und bedarf daher keiner Einwilligung.

Naheliegender ist es daher, das Koppelungsverbot nach Sinn und Zweck auf Fälle zu beschränken, in denen die Koppelung tatsächlich zu einer Fremdbestimmung führt, z.B. auf solche Fälle, in denen der Betroffene auf die Leistung angewiesen ist³⁵ oder die Leistung im gesamten Markt nicht ohne Einwilligung in die Verarbeitung von Daten verfügbar ist, die nicht für die Vertragserfüllung erforderlich sind. Jedenfalls bedarf es stets einer Einzelfallabwägung.

Wird der Betroffene durch bewusstes Ausnutzen einer Zwangslage zum Vertragsschluss bestimmt, koppelungsverbotswidrig zum Vertragsschluss bestimmt, ergibt sich eine Nichtigkeit des Datenerhebungsvertrags/des Datenüberlassungsvertrags gem. § 138 BGB.³⁶ Dies kann auch in Tatbeständen der Fall sein, in denen ursprünglich das Koppelungsverbot griff, z.B. wenn ein Angebot marktweit nicht ohne Einwilligung verfügbar ist.

d) Rechtsnatur der Einwilligung und Erklärung durch Minderjährige

Die datenschutzrechtliche Einwilligung ist im Grundsatz als einseitige und jederzeit widerrufliche Erklärung ausgestaltet, bei der noch immer nicht abschließend darüber entschieden ist, ob sie denn nun rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Erklärung ist. Im Vertrag wird sie aber auf der Stufenleiter der Gestattungen³⁷ zur schuldvertraglichen Gestattung. Nutzungsrechte an personenbezogenen Daten ließen sich allenfalls als einfache Nutzungsrechte denken, denn es geht nicht an, dass sich der Betroffene durch Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte der

³⁴ Ehmman/Selmayr-Heckmann/Paschke, Datenschutz-Grundverordnung, 1. Auflage 2017, Art. 7 Rn. 52, Paal/Pauly-Frenzel, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 21; Kühling/Buchner-Buchner/Kühling, Datenschutz-Grundverordnung, 1. Auflage 2017, Art. 7 Rn. 48; Gola-Schulz, Art. 7 Rn. 27; a.A. BeckOK Datenschutzrecht-Stemmer, 22. Edition, Stand: 01.08.2017, Art. 7 Rn. 41; vgl. zu diesem Problemkomplex auch: Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, S. 267 ff.; Buchner, DuD 2016, 155, 159.

³⁵ Ehmman/Selmayr-Heckmann/Paschke, Datenschutz-Grundverordnung, 1. Auflage 2017, Art.7 Rn. 55.

³⁶ Hierzu bereits: Specht, JZ 2017, 763, 768.

³⁷ Ohly, Volenti non fit iniuria. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 144.

Nutzungsbefugnis an den ihn betreffenden personenbezogenen Daten vollständig begibt. Eine translative Übertragung eines de lege ferenda durchaus denkbaren Vermögensrechts „am eigenen Datum“ ist vor diesem Hintergrund nicht möglich. Sowohl der Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte, als auch der translativen Übertragung steht die Menschenwürde entgegen, aus der das informationelle Selbstbestimmungsrecht als hier betroffenes Grundrecht u.a. folgt.³⁸

Erachtet man die als vertragliche Gegenleistung geschuldete Einwilligung als schuldvertragliche Gestattung,³⁹ so sind im Falle eines Vertragsschlusses durch Minderjährige grundsätzlich die §§ 104 ff. anwendbar.⁴⁰ Art. 8 Abs. 1 DSGVO, wonach ein Minderjähriger mit Vollendung des 16. Lebensjahres einwilligungsfähig ist, gilt für die vertraglich geschuldete Erklärung der Einwilligung selbst, nicht aber für den auf die Erklärung gerichteten Vertragsschluss

e) Stellvertretungsrecht

Ein Verbot der Stellvertretung kommt in einer den gesetzlich normierten Stellvertretungsverboten vergleichbaren Rechts- und Interessenlagen in Betracht.⁴¹ Vor allem das Familien- und Erbrecht enthält eine Vielzahl von Vertretungsverboten, die auf der Bedeutung der Rechtsgeschäfte für die Person und ihre Persönlichkeitsentfaltung beruhen.⁴² Ob die Höchstpersönlichkeit der Einwilligung grundsätzlich vergleichbar mit Fällen der Eheschließung (§ 1311 BGB) oder der Einwilligung in die Adoption (§ 1750 Abs. 3 S. 1 BGB) ist, erscheint aber fraglich, sodass man wohl eher von einer Anwendbarkeit des Stellvertretungsrechts auf die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung ausgehen können wird, solange der Gesetzgeber nicht aktiv ein Stellvertretungsverbot normiert.

f) Leistung durch einen Dritten, § 267 BGB

Grundsätzlich ist der Gläubiger berechtigt, eine Drittleistung zurückzuweisen, wenn der Schuldner ihr widerspricht hat. Allerdings liegt eine erforderliche direkte Drittleistung nur vor, wenn der Dritte eine eigene Leistung auf die fremde Schuld erbringt, er also nicht nur als Stellvertreter des Verpflichteten handelt.⁴³ Das Gesetz geht davon aus, dass die Leistungserbringung durch einen Dritten weder dem Gläubiger, noch dem Schuldner direkte Nachteile bringt und erlaubt es daher grundsätzlich jedem Dritten, die Erfüllung der Forderung zu bewirken.⁴⁴ Dies muss im Falle der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung allerdings anders beurteilt

³⁸ *Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, Kapitel 6. vgl. zur Einräumung von Datenrechten auch: *Buchner* S. 279 ff.

³⁹ So etwa zutreffend: *Buchner*, S. 267 ff.; *Sattler*, JZ 2017, 1036, 1038.

⁴⁰ *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, S. 274 ff.

⁴¹ MüKo-Schubert. 7. Auflage 2015, § 164 Rn. 99.

⁴² MüKo-Schubert. 7. Auflage 2015, § 164 Rn. 98.

⁴³ BeckOGK-*Krafka*, § 267 Rn. 1.

⁴⁴ BeckOGK-*Krafka*, § 267 Rn. 3.

werden. Wenngleich der Grad der Höchstpersönlichkeit nicht ausreicht, um eine Anwendbarkeit des Stellvertretungsrechts auszuschließen, wird die Erteilung der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten regelmäßig einen Grad an Höchstpersönlichkeit erreichen, der eine Anwendbarkeit des § 267 BGB ausschließt. Anders könnte dies nur dann liegen, wenn die Einwilligung zu Zwecken der Datenverarbeitung einer bestimmten Gruppe von Personen erfolgt und der Dritte ebenfalls dieser Personengruppe angehört. Im Ergebnis wird man eine Einzelfallbetrachtung anhand des konkreten Datenverarbeitungsszenarios vornehmen müssen.

g) Verbraucherschutzrecht, §§ 312 ff. BGB

Die §§ 312 ff. BGB sollten auch im primären Datenmarkt anwendbar sein, wenn Verbraucher in das Rechtsgeschäft einbezogen sind. Denn die Stellung von Verbraucher und Unternehmer ist im primären Datenmarkt nicht anders, als im Falle anderer Verbraucherverträge. Der Begriff des Entgelts gem. § 312 BGB ist richtlinienkonform weit auszulegen und umfasst auch nicht-pekuniäre Leistungen mit Marktwert, mithin auch als Gegenleistung hingebene Daten.⁴⁵ §§ 312 ff. BGB sehen im Falle eines Fernabsatzvertrages (als wichtigsten Fall für den Anwendungsbereich der hier untersuchten Verträge) ein Widerrufsrecht für den Verbraucher vor, das dann aber nicht anstelle des aus dem Datenschutzrecht folgenden Widerrufsrechts treten kann, sondern gewissermaßen daneben steht. Die Rechtsfolgen beider Widerrufsrechte unterscheiden sich: Wird bei Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung der Vertragsgegenseite ein fristloses Kündigungsrecht gem. § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB eingeräumt, sind die Leistungen nach einem Verbraucherwiderruf gem. § 357 BGB zwingend rückabzuwickeln. Anwendbar auf den Verbraucherwiderruf ist auch § 312g Abs. 5 BGB.

Die Buttonlösung gem. § 312j BGB fordert dagegen ebenso wie seine unionsrechtliche Grundlage Art. 8 Abs. 2 Verbraucherrechte-Richtlinie eine Zahlungspflicht des Verbrauchers. Welcher Art diese Zahlung sein muss, darauf gibt die Richtlinie nur wenige Hinweise.⁴⁶ Einerseits spricht die Unterscheidung in der englischen Fassung der Richtlinie zwischen „consideration“ (z.B. in Art. 27 VRR) und der „obligation to pay“ in Art. 8 Abs. 2 VRR eher dafür, lediglich für staatlich anerkannte Zahlungsmittel den Anwendungsbereich des § 312j BGB zu eröffnen. Mit dem effet utile, Art. 4 Abs. 3 EUV ließe sich aber andererseits auch eine weite Auslegung vertreten, die Daten als Zahlungsmittel erfasst. Hier wird es einer rechtspolitischen Entscheidung bedürfen, die auch in Betracht zieht, ob und in welcher Form eine Button-Lösung die datenschutzrechtliche Informationsvermittlung verbessern oder den Verbraucher lediglich noch tiefgehender informationell überlasten würde. Empirische Grundlagen zum Verbraucherverhalten wären hier sicherlich gewinnbringend.

⁴⁵ Statt vieler: BeckOGK-Busch, § 312 Rn. 11.

⁴⁶ Für eine weite Auslegung: Linardatos, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, erscheint 2018.

h) Verhältnis von Schadensersatzansprüchen zu Ansprüchen nach Art. 82 DSGVO

Zwar lässt sich darüber streiten, ob neben Art. 82 DSGVO auch die §§ 823 ff. BGB zur Anwendung gelangen können.⁴⁷ Jedenfalls vertragliche Ansprüche aber sind nicht gesperrt und können daher neben die Ansprüche gem. Art. 82 DSGVO treten.⁴⁸

i) Auswirkungen anfänglicher Unwirksamkeit der Einwilligung auf das Vertragsverhältnis

Ist die Einwilligung von Anfang an unwirksam, weil im Zeitpunkt der Einwilligung nicht korrekt oder nicht ausreichend informiert wurde, sind insb. zwei Rechtsfolgen denkbar:

Es lässt sich erstens daran denken, die Informationspflicht auf den Zeitpunkt der vertraglichen Selbstverpflichtung vorzuverlagern und eine Unwirksamkeit des Vertrags bei Verletzung der Informationspflicht statuieren. Folgt man allerdings dem Abstraktions- und Trennungsprinzip gilt die Informationspflicht zunächst lediglich für die Erklärung der Einwilligung selbst, nicht aber für die vertragliche Verpflichtung hierzu. Denkbar scheint insofern im Falle unzureichender Informationsvermittlung auch eine Anfechtbarkeit des zur Einwilligung verpflichtenden Vertrages gem. § 123 BGB (Täuschung durch bewusstes Verschweigen wesentlicher Informationen).⁴⁹ Eine solche Anfechtbarkeit wird erstens dann naheliegen, wenn schuldrechtlich allein eine Einwilligung in die Verarbeitung zu noch näher zu spezifizierenden Zwecken geschuldet ist (Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 BGB), auch im Zeitpunkt der Einwilligung aber keine hinreichende Information erfolgt oder der Betroffene mit der spezifizierten Datenverarbeitung nicht einverstanden ist. Faktisch läuft dies darauf hinaus, dass ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht für den Verantwortlichen jedenfalls unattraktiv ist. Fallen der Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags und die Erteilung der Einwilligung aber auf denselben oder zwei zeitlich sehr nahe beieinanderliegende Zeitpunkte, sind zwei Fallkonstellationen denkbar: Es wird zwar informiert, die Information ist aber nicht detailliert genug, es wird z.B. über die Datenweitergabe informiert, nicht aber darüber, an wen die Daten übermittelt werden sollen. Hier führt die unzureichende Information ebenfalls nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags. Dieser bleibt aufgrund der Geltung des Abstraktions- und Trennungsprinzips zunächst wirksam. Die Willenserklärungen beider Parteien sind dann dahin auszulegen, dass zwar die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung in die benannten Verarbeitungszwecke geschuldet ist, diese jedoch ohne Nachbesserung der Information stets unwirksam ist. Bessert der Verantwortliche bei der Datenverarbeitung nach, kann der Betroffene

⁴⁷ Dafür: Paal/Pauly-Frenzel DS-GVO Art. 82 Rn. 20; Kühling/Buchner-Bergt DS-GVO Art. 82 Rn. 67; BeckOK DatenschutzR-Quaas DS-GVO Art. 82 Rn. 11-13; Gola-Gola/Piltz DS-GVO Art. 82 Rn. 25; dagegen: Sydow-Kresse, Art. 82 DSGVO Rn. 27.

⁴⁸ Sydow-Kresse, Art. 82 DSGVO Rn. 27; Gola/Schomerus-Gola/Klug/Körffler, BDSG § 7 Rn. 18; Gola-Gola/Piltz DS-GVO Art. 82 Rn. 22.

⁴⁹ Specht, JZ 2017, 763, 768.

entweder auf dieser Grundlage einwilligen oder den auf die Einwilligung gerichteten Vertrag gem. § 123 BGB anfechten. Sind dagegen bereits die Art der Datenverarbeitung oder die Verarbeitungszwecke zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht hinreichend benannt, fehlt es bereits an den *essentialia negotii*. Alternativ böte es sich auch an, die Informationspflicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verlagern

j) Widerruflichkeit der Einwilligung und Folgen für das Vertragsverhältnis

Möchte man an der jederzeitigen Widerruflichkeit der Einwilligung auch im Vertragsrecht festhalten, werden im Vertrag mit doppeltem Typus im Falle des Einwilligungswiderrufes die Folgen des Widerrufs durch das auf die lizenzvertragsähnlich ausgestaltete Einwilligung anwendbare Miet- und Pachtvertragsrecht geregelt. Der Einwilligungswiderruf ist vergleichbar mit der Situation, in der der Miet- bzw. Pachtgegenstand nicht länger zur Verfügung gestellt wird. Folge ist, dass der Gegenseite ein außerordentliches Kündigungsrecht gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB⁵⁰ zusteht. Das Vertragsverhältnis endet mit Wirkung *ex-nunc*, sofern auch die Leistung des Datenverarbeiters im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses erbracht wird (z.B. im Rahmen von Nutzungsverträgen sozialer Netzwerke).

Wurden endgültig und punktuell digitale Inhalte gegen Hingabe von Daten und Erklärung der Einwilligung überlassen (so z.B. Software), so sind die erbrachten Leistungen rückabzuwickeln. Erworbene digitale Inhalte sind von demjenigen, der seine Einwilligung widerruft, zu löschen. Alternativ ließe sich auch der unter III. bereits angesprochene Wertersatzanspruch begründen, was freilich ein gesetzgeberisches Tätigwerden erforderte.⁵¹

k) Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Erklärung der Einwilligung

Jedenfalls dann, wenn die Widerruflichkeit als Instrument tatsächlicher Selbstbestimmung nicht angetastet werden soll, muss ihre prozessuale Durchsetzbarkeit beschränkt werden. Dies lässt sich auf drei Wegen realisieren:

aa) Option 1: Fehlende Klagbarkeit der Einwilligung

Die Einwilligung könnte erstens nicht klagbar ausgestaltet sein.⁵² Den Interessen des Datenverarbeiters wird dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass er den Vertrag, dessen Gegenleistung die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung bildete, durch außerordentliche Kündigung beenden kann. Das Schuldrecht kennt derartige nicht klagbare Leistungen als unvollkommene Verbindlichkeiten. Sie sind prozessual nicht bzw. nicht gegen den Willen des Schuldners durchsetzbar,

⁵⁰ Metzger, AcP 216 (2016), 817, 864; Specht, JZ 2017, 763, 768; ähnlich bereits: Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, S. 272.

⁵¹ Specht, JZ 2017, 763, 769.

⁵² So z.B.: Langhanke/Schmidt-Kessel EuCML 2015, 218, 221.

bilden jedoch einen Erwerbsgrund für die Leistung.⁵³ Beispielhaft nennen lässt sich die Wettschuld, § 762 BGB. Als Naturalobligationen ausgestaltet sind in der Regel aber gerade solche Leistungen, die der Gesetzgeber missbilligt, was bei der Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung jedenfalls nicht grundsätzlich festgestellt werden kann.⁵⁴

bb) Option 2: Vollstreckungslösung

Es lässt sich zweitens an eine vollstreckungsrechtliche Lösung denken, wie sie sich beispielsweise für die fehlende Vollstreckbarkeit der Herstellung des ehelichen Lebens ergibt (§ 120 Abs. 3 FamFG). Auch diese Verpflichtung ist aufgrund ihrer persönlichkeitsrechtlichen Implikation nicht vollstreckbar. Eine entsprechende Regelung ließe sich für die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung normieren. Erachtet man sie als rechtsgeschäftliche Erklärung, wäre dies allerdings nur dann ausreichend, wenn man gleichzeitig § 894 ZPO für unanwendbar erklärte. Anderenfalls würde die schuldvertragliche Einwilligung als Willenserklärung (wenn man sie als solche erachtet) bereits durch rechtskräftiges Urteil fingiert.

cc) Option 3: Materiellrechtliche Lösung

Äußerst charmant scheint gegenüber einer fehlenden Klagbarkeit sowie einer Einschränkung der Vollstreckbarkeit eine Lösung auf materiellrechtlicher Ebene. Nach § 242 BGB ist die Beanspruchung einer Leistung mangels schutzwürdiger Interessen unzulässig, wenn die Leistung sofort wieder zurückgewährt werden müsste.⁵⁵ Im Falle eines Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung wird die Leistung des Daten- und Einwilligungsschuldners aber gerade rückgängig gemacht. Aufgrund der jederzeitigen Möglichkeit eines solchen Widerrufs, ist die Geltendmachung eines entsprechenden Anspruchs auf Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung damit lediglich geeignet, dem Schuldner unnötige Erschwernisse aufzubürden, ohne dem Gläubiger legitime Vorteile einzubringen. Mit dieser Argumentation ließe sich ein dauerhafter dolo-agit-Einwand begründen, der einem Anspruch auf Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung entgegengehalten werden könnte.⁵⁶

l) Zurückbehaltungsrecht, § 320 BGB

Zu klären ist auch, ob in einem Vertrag, der zur Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung verpflichtet, Zurückbehaltungsrechte zur Anwendung gelangen können. Ist die Einwilligung nicht klagbar ausgestaltet, kommt auch eine Zug-um-Zug-Verurteilung nicht in Betracht. Leistung und Gegenleistung sind hier allein konditional verbunden, weil die Leistung des Dateninhabers jedenfalls

⁵³ Jauernig-Mansel BGB § 241 Rn. 20-22.

⁵⁴ Sattler, JZ 2017, 1036, 1040.

⁵⁵ BeckOK BGB-Sutchet BGB § 242 Rn. 84.

⁵⁶ Langhanke, Daten als Leistung, S. 127.

nicht durchsetzbare Bedingung für die Leistung des Anbieters digitaler Inhalte ist.⁵⁷ Insofern kommt ein Zurückbehaltungsrecht allein gem. § 273 BGB in Betracht.

m) Mängelgewährleistungsrechte

Daten können im primären Datenmarkt auf vielfältige Art und Weise mangelhaft sein, etwa weil sie die falsche Person betreffen, oder veraltet sind. Der Betroffene stellt dann die mit einem Mangel behafteten Daten zur Verfügung und kann daher entsprechend dem anwendbaren Mängelgewährleistungsrecht in Anspruch genommen werden. Der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist dagegen stets aufgrund Art. 7 DSGVO gerechtfertigt, weshalb er keine Schadensersatzansprüche auslösen kann.⁵⁸

n) Weitere erforderliche Regelungen

Der primäre Datenmarkt ließe sich entsprechend den vorbenannten Grundsätzen auch gesetzlich ausgestalten oder jedenfalls in Musterverträgen mit Standardvertragsklauseln Beispielregelungen zuführen. Ein Vergütungsanspruch der Betroffenen für die Bereitstellung der personenbezogenen Daten sowie die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung entsprechend § 32 UrhG scheint zwar denkbar, würde allerdings Fehlanreize hin zu einer noch stärkeren Preisgabe personenbezogener Daten setzen und außerdem mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit von den Datenverarbeitern im Rahmen für den Fall eines zusätzlich geschuldeten Entgelts (z.B. im datenerhebenden vernetzten Auto) schlicht eingepreist werden. Der Betroffene würde wohl schlussendlich nicht von einem solchen Anspruch profitieren. Eine Regelung zur Gestattung einer Datenverarbeitung zu noch unbekanntem Zwecken entsprechend § 32c UrhG ist mit dem Zweckbindungsgrundsatz des Datenschutzrechtes nicht vereinbar.

3. Konkrete Inhalte eines Datenschuldrechts für den sekundären Datenmarkt

Im Gegensatz zum Datenerhebungsvertrag im primären Datenmarkt, in dem die Hingabe der Daten sowie die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung die Leistungs- bzw. Gegenleistungspflichten des Betroffenen darstellen, hat der Datenüberlassungsvertrag im sekundären Datenmarkt (also im Vertragsverhältnis zwischen der datenerhebenden Stelle und dem dritten Erwerber der Daten) allein die Überlassung der Daten als Leistungspflicht (seltener: als Gegenleistungspflicht) zum Gegenstand. Denn ist der Betroffene nicht beteiligt, kann auch die Erklärung der Einwilligung nicht geschuldet sein. Werden Daten von einer datenerhebenden Stelle an

⁵⁷ So zutreffend: *Linardatos*, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, erscheint 2018.

⁵⁸ Ähnlich: *Langhanke*, Daten als Leistung, S. 137 f., die jedoch im Einzelfall bei „grundlosem Widerruf zur Unzeit“ einen Schadensersatzanspruch annehmen möchte.

einen Dritten überlassen, ist das Vorliegen der datenschutzrechtlichen Einwilligung in die intendierte Form der Datenverarbeitung vielmehr relevant für die Wirksamkeit des Vertrags sowie für die Mangelfreiheit des Vertragsgegenstands.

a) Typologie

Die punktuelle, endgültige Überlassung eines Gegenstands ist auch dann, wenn es sich nicht um einen körperlichen Gegenstand handelt, typologisch dem Kaufvertragsrecht zuzuordnen. Dies gilt selbst dann, wenn ein Zuständigkeitswechsel nicht stattfindet – wie dies bei nicht-rivalen Gütern wie Daten jedenfalls dann der Fall ist, wenn die Daten beim Datenübermittler nicht zeitgleich mit der Übermittlung gelöscht werden. Prägend für das Kaufvertragsrecht ist neben der Entreicherung des Veräußerers nämlich vor allem die Endgültigkeit der Gebrauchsüberlassung.⁵⁹ Auch der Know-How-Vertrag, der eine Nähe zum Datenüberlassungsvertrag aufweist, da Know-How regelmäßig in Daten kodiert wird, wird dann, wenn das Know-How endgültig überlassen wird, als Kaufvertrag qualifiziert.⁶⁰ Dem ist auch für den Datenüberlassungsvertrag zu folgen.⁶¹

Wird nicht ein bereits existenter Datenbestand überlassen, sondern werden die Daten vor der Überlassung für den Erwerber generiert, kann auch ein Werkvertrag vorliegen.⁶² Erfolgt die entgeltliche Überlassung der Daten zeitlich begrenzt, folgt sie dem Pachtvertragsrecht. Denn die Miete setzt einen körperlichen Gegenstand als Vertragsobjekt voraus.⁶³ Wird lediglich Speicherplatz angemietet, um die Daten auf fremden Servern zu speichern (Cloud-Lösungen), so liegt keine Datenüberlassung vor, weil der Cloud-Anbieter nicht selbst auf die Daten zugreifen darf. Eine Datenüberlassung erfordert indes stets die Überlassung der Daten zu Zwecken der eigenen Nutzung oder zur Nutzung für einen Dritten, der nicht die datenüberlassende Stelle ist. Im Falle der Überlassung der Daten zu Zwecken der Nutzung für die datenüberlassende Stelle liegt i.d.R. ein Auftragsdatenverarbeitungsvertrag vor.

Insofern ergeben sich folgende Vertragsausgestaltungsoptionen, wobei sich allein die Datenüberlassung im Rahmen eines Datenüberlassungsvertrags als im „sekundären Datenmarkt“ erfolgend bezeichnet werden soll.

⁵⁹ Von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III, S. 509.

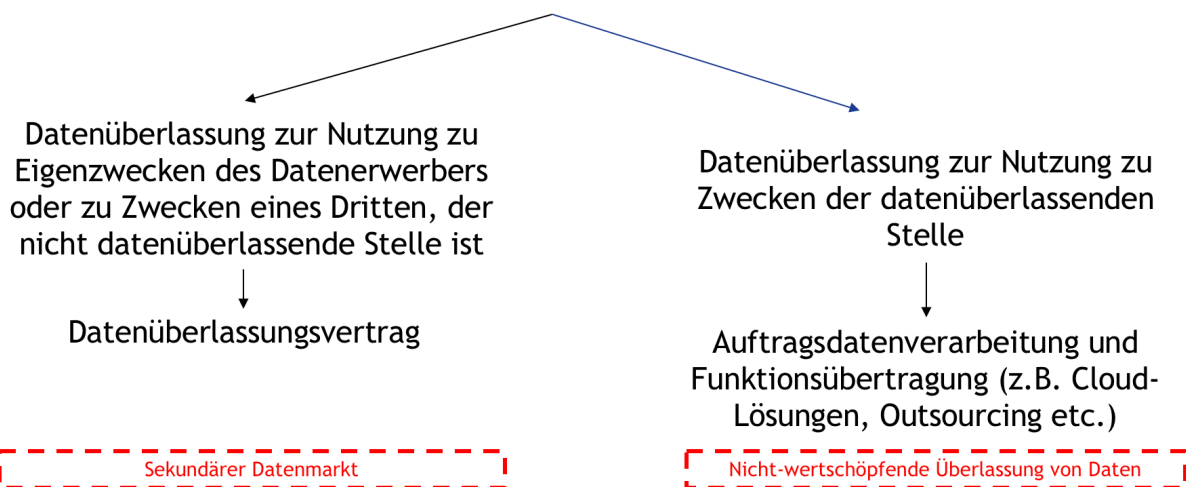
⁶⁰ Bt-Drs. 14/6040, S.242; Stumpf, Der Know-How-Vertrag, Rn. 21; Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 302 f.; a.A. Van der Velde, DB 1961, 716, 719; vgl. zur typologischen Qualifikation auch: Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, S. 155 ff.

⁶¹ Im Ergebnis ebenso: Rank, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, im Erscheinen.

⁶² Dazu eingehend: Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, S. 136.

⁶³ Vgl. statt Vieler: BeckOGK BGB-Schmidt, Stand: 01.10.2017, § 535 Rn. 35; Im Ergebnis ebenso: Rank, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, im Erscheinen.

Vertragsgestaltungsoptionen



b) Nichtvorliegen der Einwilligung

Werden Daten überlassen, ohne dass eine Einwilligung oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand für diese Überlassung vorliegt, ist der Datenüberlassungsvertrag gem. § 134 BGB nichtig.⁶⁴ Denn Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist – ebenso wie zuvor bereits § 4 Abs. 1, 28, 29 BDSG – ein Verbotsgesetz. Zwar handelt es sich wohl um nur einseitige Verbote, da sich die Vorschriften an den Verantwortlichen richten, die Nichtigkeit folgt allerdings auch aus der Verletzung einseitiger Verbote, falls der Zweck des Gesetzes anders nicht zu erreichen ist.⁶⁵ Nach Sinn und Zweck insbesondere des in Art. 6 Abs. 1 DSGVO normierten Verbotsprinzips, den Betroffenen effektiv vor Beeinträchtigungen seines informationellen Selbstbestimmungsrechts zu schützen,⁶⁶ kann ein Anspruch der datenerwerbenden Stelle auf Erhalt der datenschutzwidrig zu übermittelnden Daten auch im Falle eines nur einseitigen Verbotes nicht aufrechterhalten werden.⁶⁷

Liegt die Einwilligung in die Datenweitergabe aber vor und wird sie lediglich nachträglich widerrufen, so ändert dies nichts an der Rechtmäßigkeit der zuvor erfolgten Übermittlung. Einen Rechtsmangel

⁶⁴ LG Düsseldorf Urt. v. 20.12.2013 - 33 O 95/13 U, ZD 2014, 200 ff.

⁶⁵ BGH Urt. v. 25.6.1962 - VII ZR 120/61, BGHZ 37, 258 (262) = NJW 1962, 2010 (2011); BGH Urt. v. 25.07.2002 - III ZR 113/02, BGHZ 152, 10 (12) = NJW 2002, 3015 (3016); BGH Urt. v. 16.12.2002 - II ZR 109/01, BGHZ 153, 214 (218) = NJW 2003, 1252 (1254); BGH Urt. v. 22.12.2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250 (257 f.) = NJW 2001, 818 (819); BGH Urt. v. 22.02.2001 - IX ZR 357/99, BGHZ 147, 39 (44) = NJW 2001, 1569 (1570).

⁶⁶ Simitis-Dammann, § 44 Rn. 1.

⁶⁷ In diesem Sinne wurde auch die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts im Falle eines einseitigen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz begründet, vgl. BGH Urt. v. 25.6.1962 - VII ZR 120/61, BGHZ 37, 258 (262) = NJW 1962, 2010 (2011); vgl. hierzu auch: Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung, S. 174, 179; im Ergebnis ebenso: Redeker, CR 1989, 794, 796.

der Daten begründet es allerdings, wenn die Einwilligung in die Datenübermittlung zwar vorliegt, die Einwilligung in die vom Datenerwerber angestrebte Datenverarbeitung aber spätestens im Zeitpunkt des Gefahrübergangs widerrufen wird oder bereits anfänglich nicht vorliegt, etwa, weil die Art der angestrebten Datenverarbeitung nicht von der Einwilligung gedeckt ist (Speicherung auf Servern im Ausland, Auswertung etc.) oder aber der Zweck der angestrebten Datenverarbeitung nicht von der datenschutzrechtlichen Einwilligung erfasst ist.

c) Klagbarkeit der Leistung

Sowohl die Klagbarkeit der Leistung, als auch die Nacherfüllung im Falle mangelhafter Daten ist möglich, sofern Daten mittlerer Art und Güte gem. § 243 BGB geschuldet sind. Die Nacherfüllung beschränkt sich allerdings auf die Nachlieferung von Daten, deren Verarbeitung durch Einwilligung oder Erlaubnistatbestand gestattet ist. Denn die Verpflichtung zur nachträglichen Einholung einer einmal widerrufenen Einwilligung kann der Datenlieferant nicht erfüllen, sofern der Betroffene nicht weiter aus freien Stücken einwilligen will. Die Nachbesserung ist damit unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB, weshalb sich die Nacherfüllung im Kaufrecht auf die andere Art beschränkt, § 439 Abs. 3 S. 3 BGB

Sind ganz bestimmte Daten ganz bestimmter Personen geschuldet und haben diese widerrufen, so ist auch die Nachlieferung von Daten, die entsprechend verarbeitet werden dürfen, unmöglich und damit auch eine Klagbarkeit des Anspruchs auf Leistung bzw. Nacherfüllung ausgeschlossen, § 275 Abs. 1 BGB.

d) Mängelgewährleistung im Übrigen

Im Übrigen finden die Mängelgewährleistungsrechte des jeweils einschlägigen Vertragstypus Anwendung. Mangelhaft können Daten im sekundären Datenmarkt nicht nur sein, weil sie veraltet sind oder sich auf die falsche Person beziehen, sondern auch dann, wenn Kontrolldaten in einen Datensatz aufgenommen werden (bewusst unzutreffende, eindeutig wiederzuerkennende Daten, die der Kontrolle dienen, ob nach Beendigung eines Vertragsverhältnisses ein Datensatz weitergenutzt wird) und eine entsprechende Vereinbarung im Vertrag fehlt. Ist bei Gefahrübergang absehbar, dass die Daten aufgrund datenschutzrechtlicher Verpflichtungen ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr verarbeitet werden, z.B. weil der Grundsatz der Speicherbegrenzung dies ab einem bestimmten Zeitpunkt untersagt, oder die Zweckbindung der Daten den vom Datenerwerber angestrebten Verarbeitungszweck nicht erfasst, liegt ein Rechtsmangel vor, sofern diese Situation vertraglich nicht adressiert ist. Insgesamt ist hier insofern eine vorausschauende Vertragsgestaltung erforderlich. Weiter ist denkbar, dass zu wenig Daten geliefert werden und dies eine Mangelhaftigkeit des Datensatzes begründet.

e) Kosten für Datenschutzkonformität

Übt der Betroffene seine Betroffenenrechte aus und entstehen dem Gläubiger der Daten insbesondere in zeitlich begrenzten Dauerschuldverhältnissen hierdurch Kosten, so hat der Datenschuldner diese nicht zu ersetzen. Gem. Art. 15 DSGVO etwa ist der Betroffene über die Verarbeitung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten in der Regel unentgeltlich zu beauskunften. Diese Pflicht trifft jeden für die Datenverarbeitung Verantwortlichen und damit auch den Datengläubiger. Eine Erstattung, etwa nach den Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, scheidet daher, weil es sich nicht um ein Geschäft des Datenschuldners handelt, sondern um ein eigenes Geschäft des Datengläubigers. Gleiches gilt auch für Kosten, die dem Datengläubiger entstehen, um seinen übrigen datenschutzrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen, etwa dem Grundsatz der Speicherbegrenzung durch regelmäßige aktive Prüfung der Daten auf eine Speichererforderlichkeit. Ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung sind auch diese nicht ersatzfähig.

f) Pflichten bei Beendigung eines zeitlich begrenzten Datenüberlassungsvertrags

Bei Beendigung des Vertrages hat der vormals zur Datennutzung Berechtigte die Daten zurückzugeben. Ausreichend sein wird regelmäßig ihre Löschung. Dies hat er entsprechend nachzuweisen, wenn die Parteien eine diesbezügliche Klausel im Vertrag vereinbart haben, was zu empfehlen ist. Setzt der vormals Berechtigte nach Ablauf der Vertragsdauer den Gebrauch der Daten fort, so verlängert sich das Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit gem. § 545 BGB. Auch kann der vormalige Datenschuldner dann, wenn die personenbezogenen Daten nicht gelöscht werden, für die Dauer der Nichtlöschung eine Entschädigung verlangen, § 584b BGB. Dieser vertragliche Anspruch eigener Art tritt im Pachtvertragsrecht an die Stelle der mietrechtlichen Vorschrift des § 546a BGB und gilt auch für unkörperliche Gegenstände.⁶⁸ Allerdings begrenzt sich hier die Ersatzpflicht des vormals berechtigten Datennutzers auf das Verhältnis, „in dem die Nutzungen, die der Pächter während dieser Zeit gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahrs stehen.“ Für personenbezogene Daten werden die Nutzungen regelmäßig nur schwer zu berechnen sein, weshalb im Falle einer gesetzlichen Ausgestaltung des Datenschuldrechts eine Regelung entsprechend § 546a BGB vorzugswürdig erscheint. Die Kosten für die Erfüllung möglicher Aufbewahrungs- und Archivierungspflichten hat jede der Vertragsparteien zu tragen, der die Aufbewahrungspflicht gesetzlich obliegt.

g) Weiterer Regelungsbedarf im sekundären Datenmarkt

Auch der sekundäre Datenmarkt ließe sich entsprechend den dargelegten Grundsätzen ausgestalten, wobei hier der Regulierungsbedarf deutlich geringer ausfällt, als im primären Datenmarkt. Denkbar

⁶⁸ MüKoBGB-Harke, § 584b BGB Rn. 1.

scheinen für den sekundären Datenmarkt Standardvertragsklauseln, die sich an Know-How-Verträgen orientieren könnten. Denn sowohl Daten, als auch Know-How ist es immanent, dass sie keiner eigentums- bzw. eigentumsähnlichen Rechtsposition unterliegen. Auf die umfangreich entwickelte Vertragspraxis bei der Überlassung von Know-How könnte daher für die Entwicklung von Standardvertragsklauseln für Datenüberlassungsverträge im sekundären B2B-Datenmarkt zurückgegriffen werden. Gleichzeitig ist freilich den in diesem Abschnitt geschuldeten Besonderheiten, die sich aus dem Personenbezug der im sekundären Datenmarkt überlassenen Daten ergeben, Rechnung zu tragen.

4. Bereicherungsrechtlicher Zuweisungsgehalt personenbezogener Daten

Die faktische Herrschaftsposition über Daten lässt sich als Vermögenswert erachten, der über das Bereicherungsrecht kondiktionsfähig ist (Leistungskondiktion).⁶⁹ Werden personenbezogene Daten zwangskommerzialisiert, werden sie z.B. zur Erzielung von Einnahmen eines Dritten verwendet, kommt auch eine Eingriffskondiktion in Betracht. Für das Recht am eigenen Bild sind Ansprüche aus Eingriffskondiktion im Falle der Zwangskommerzialisierung anerkannt, dem Recht am eigenen Bild ist insofern auch ein bereicherungsrechtlicher Zuweisungsgehalt zugesprochen.⁷⁰ Ob dies auch für andere Persönlichkeitsdetails gelten kann, ist zwar streitig,⁷¹ maßgeblich sollte es hier aber darauf ankommen, ob die persönlichkeitsrechtlich determinierten Güter einer kommerziellen Verwertung zugänglich sind.⁷²

⁶⁹ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Informationsrecht zur Frage des „Eigentums“ an Daten und Informationen, Stellungnahme 75/2016, S. 7

⁷⁰ BGH, Urt. v. 08.05.1956 - I ZR 62/54, GRUR 1956, 427 - *Paul Dahlke*; vgl. auch: BGH, Urt. v. 26. 10. 2006 - I ZR 182/04, GRUR 2007, 139; vgl. hierzu eingehend: *Hermann*, Der Werbewert der Prominenz, 2012.

⁷¹ *Mestmäcker*, JZ 1958, 521, 525; *Raiser* JZ 1961, 465, 470 f.; BeckOK BGB-Wendehorst, 44. Ed. (Stand: 01.11.2017), § 812 Rn. 130; *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 1967, S. 361 ff.; *ders.* UFITA 39 (1963), 223 ff.; *Schwerdtner*, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 241 ff.; NK-BGB-v. *Sachsen Gessaphe*, 3. Aufl. 2016, § 812 Rn. 86; *Canaris*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Ahrens/von Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz, Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 85, 88 m.w.Nachw.; *Funkel*, Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld, 2001, S. 168 ff.; *Kläver*, Bereicherungsrechtliche Ansprüche bei einer Verletzung des Persönlichkeitsrecht, 1999, S. 61 ff.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 122 f.; *Schlechtriem*, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, in: *Fischer/Gessler/Schilling*, Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, 1976, S. 445, 449 ff.; *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 219 ff.; *Balthasar*, NJW 2007, 664

⁷² NK-BGB-v. *Sachsen Gessaphe*, 3. Aufl. 2016, § 812 Rn. 86; *Canaris*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Ahrens/von Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz, Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 85, 88; *Funkel*, Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld, 2001, S. 173 ff.; *Kläver*, Bereicherungsrechtliche Ansprüche bei einer Verletzung des Persönlichkeitsrecht, 1999, S. 61 ff.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 2007, S. 122 f.; *PWW-Prütting*, BGB, 12. Aufl. 2017, § 812 Rn. 62; *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 219 ff.

Hat der Einzelne die Freiheit, über die Verwertung seiner Persönlichkeit zu bestimmen, kann er diese Bestimmung auch von der Zahlung eines Entgelts abhängig machen.⁷³

IV. Modifikations-/ bzw. Spezifizierungsbedarf des Datenschutzrechts (These 3.2)

Das Datenschutzrecht ist freilich in erster Linie ein Schutzinstrument zugunsten des Betroffenen und die Ausgestaltung eines Datenschuldrechts zielt in erster Linie darauf ab, dieses hohe datenschutzrechtliche Niveau angemessen auch dort abzubilden, wo die datenschutzrechtliche Einwilligung in einem zivilrechtlichen Vertrag erklärt wird. In einer zunehmend datengetriebenen Wirtschaft aber muss ein angemessener Ausgleich zwischen Datenschutzinteressen und Datenverarbeitungsinteressen gefunden werden. Hier ist festzustellen, dass gerade datengetriebene Geschäftsmodelle de lege lata auf sehr unsicherer Rechtsgrundlage agieren. Für politisch und gesellschaftlich gewünschte Geschäftsmodelle kann dies nicht das Ziel sein. De lege lata droht bei unzureichender Informationsvermittlung die Unwirksamkeit der Einwilligung und eine gesetzliche Erlaubnis wird jedenfalls für Daten, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich sind, in der Regel lediglich nach umfassender Abwägung der Datenverarbeitung im Einzelfall gewährt, Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Gleichzeitig beklagen die Betroffenen zu Recht eine Informationsüberlastung durch die z.T. sehr umfangreichen Datenschutzerklärungen. Die Rechtssicherheit, die durch gesetzliche Normierung datenschutzrechtlicher Spezifika im Vertragsrechterreicht werden soll, kann insofern durch die Rechtsunsicherheit, die das Datenschutzrecht selbst in sich trägt, konterkariert werden. Die Normierung eines Datenschuldrechts sollte daher in Kombination mit einer partiellen Modifikation bzw. Präzisierung des Datenschutzrechts gedacht werden. Will man den Gesetzestext nicht antasten, kommt etwa die Ausarbeitung von Leitlinien zur Abwägung i.R.d. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in Betracht.⁷⁴ Auch ein Erlaubnistatbestand ähnlich § 44a UrhG bzw. Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie für Geschäftsmodelle, die zwar personenbezogene Daten erheben, diese aber sogleich anonymisieren, scheint empfehlenswert.⁷⁵ Für die datenschutzrechtliche Informationsvermittlung scheint eine Kombination aus Informationsvisualisierung und Einwilligungsassistenten gewinnbringend.⁷⁶ Für die derzeit im Entwurf vorliegende E-Privacy Verordnung, die die Regelungen der Datenschutzgrundverordnung ergänzen soll, die aber gleichzeitig sowohl für personenbezogene, als auch für nicht personenbezogene Daten gilt, bleibt zu wünschen, dass sie die Fehler der

⁷³ MüKo BGB-Schwab, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 313; für einen bereicherungsrechtlichen Zuweisungsgehalt von personenbezogenen Daten: Schmidt-Kessel/Grimm, ZfpW 2017, 84, 105.

⁷⁴ Vgl. hierzu bereits: Specht, GRUR Int. 2017, 1040, 1047.

⁷⁵ Vgl. hierzu bereits umfassend: Specht, GRUR Int. 2017, 1040, 1047.

⁷⁶ Hierzu näher: Specht/Bienemann, in: Specht/Werry/Werry, Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, im Erscheinen.

Datenschutzgrundverordnung nicht wiederholt und im Falle offener Abwägungstatbestände zumindest gleichzeitig entsprechende Abwägungsleitlinien, z.B. in den Erwägungsgründen, bereithält.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Die vertragsrechtliche Disposition über Daten ist bereits de lege lata durchaus möglich. Wird allerdings vertraglich über personenbezogene Daten disponiert, stellt sich die Frage, wie die miteinander kollidierenden Prinzipien von Privatautonomie und datenschutzrechtlichem Verbotsprinzip miteinander in Einklang gebracht werden können. Soll die Entscheidung über das Ob und Wie einer Integration datenschutzspezifischer Vorgaben in das Vertragsrecht nicht der Rechtsprechung überlassen werden, ist die gesetzliche Ausgestaltung eines Datenschuldrechts erforderlich. Als Eckpfeiler ließen sich die vertraglichen Verpflichtungen der Parteien normieren, was vor allem auf dem primären Datenmarkt erforderlich scheint. Normiert werden sollten außerdem die Rechtsfolgen eines Einwilligungswiderrufs sowie einer Unwirksamkeit der Einwilligung aufgrund nicht ausreichender Informationsvermittlung. Auch die Frage der (fehlenden) Durchsetzbarkeit, Klagbarkeit oder Vollstreckbarkeit des vertraglich entstehenden Anspruchs auf Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung bedarf einer gesetzgeberischen Wertung.

Andere Aspekte wie die Anwendbarkeit des Koppelungsverbot bei einer als Gegenleistung im Vertrag geschuldeten Einwilligung, die Frage der Stellvertretung, der Anwendbarkeit von Verbraucherschutzvorschriften etc. erfordern zwar nicht notwendigerweise eine konkrete gesetzliche Regelung, der Gesetzgeber sollte aber dort, wo er von einer Regulierung absieht, jedenfalls begründen, weshalb und inwieweit er den primären Datenmarkt von bereits existierenden Normen erfasst bzw. nicht erfasst sieht. Eine Regelung zur angemessenen Vergütung der Betroffenen im Falle der Verwertung ihrer Daten scheint vor dem Hintergrund der voraussichtlichen unternehmensseitigen Einpreisung dieser Kosten in ihr Angebot der spezifischen Leistung sowie aufgrund falscher Anreizwirkungen nicht empfehlenswert.

In Anbetracht der unionsrechtlichen Determination des Datenschutzrechts wäre eine Regulierung auf unionsrechtlicher Ebene sicherlich wünschenswert – nicht zuletzt der gescheiterte Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts verdeutlicht aber, wie schwer eine unionsweite Harmonisierung des Vertragsrechts sein würde, und sei es auch nur für den spezifischen Bereich des Datenschuldrechts. Darüber hinaus stellen sich spezifische Fragen des hier entworfenen Datenschuldrechts auch und gerade aufgrund des Abstraktions- und Trennungsprinzips, das ohnehin eine Diversifizierung des Datenschuldrechts zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten nach sich ziehen würde. Die Normierung eines Datenschuldrechts ließe sich daher wohl eher auf nationaler Ebene

realisieren, wobei freilich die unionsrechtlichen Vorgaben v.a. der Datenschutzgrundverordnung zu beachten sind.

Auf dem sekundären Datenmarkt scheint die Normierung von Standardvertragsklauseln gewinnbringend, bei deren Entwicklung Anklang genommen werden könnte am Know-How Vertrag, wobei auch hier die spezifischen Vorgaben des Datenschutzrechts abzubilden sind. Bei all dem wäre es zu wünschen, dass die Normierung eines Datenschuldrechts Hand in Hand geht mit einer partiellen Präzisierung des Datenschutzrechts.