

DSGVO und digitale InhalteRL ((EU) 2019/770)

—

Versuch einer Synchronisierung der europäischen Vorgaben

PD Dr. Andreas Sattler, LL.M (Nottingham).

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

UNI
FREIBURG

1

Gliederung

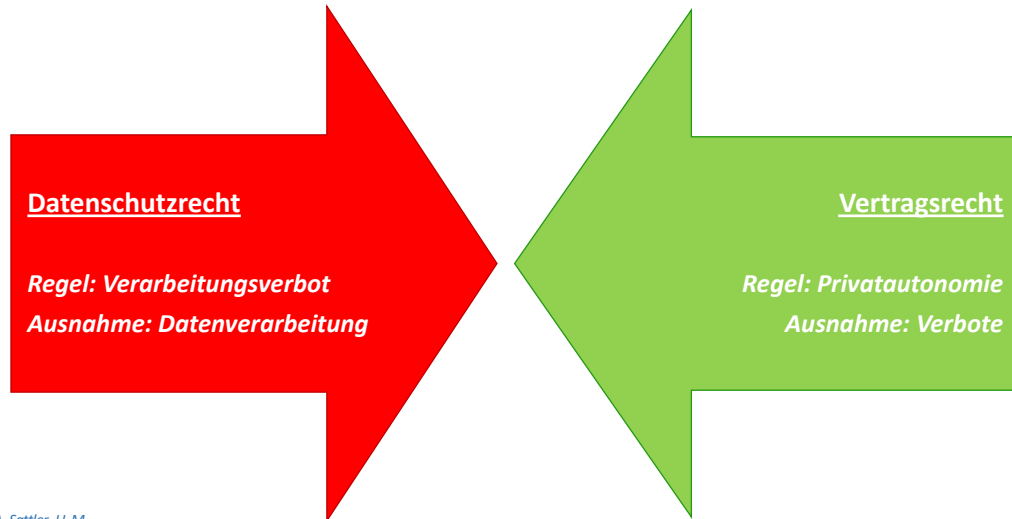
- 1. Einführung: Ein evidenten Konflikt**
- 2. Daten als (Gegen-)Leistung - potentielle Rechtsgrundlagen**
- 3. § 327q BGB: Ein deutscher Lösungsvorschlag**
- 4. (Un-)Möglichkeit der Vertragsgestaltung**
- 5. Fazit**

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

2

2

Einführung



PD Dr. A. Sattler, LL.M.

3

3

Gliederung

Daten als (Gegen-)Leistung - potentielle Rechtsgrundlagen

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

4

4

Potentielle Rechtsgrundlagen

• *OLG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 24.3.2021, Kart 2/19 (V), Rn. 40*
 • *ÖOGH, Vorlagebeschl. v. 22.7.2021, 6 Ob 56/21k (Rn. 8 ff.) – Schrems [III]*

Norm	PRO	CONTRA
Art. 6 I lit. b	<ul style="list-style-type: none"> • (Wirksame) Leistungsvereinbarung entscheidet („Privatautonomie“). • Nach Ansicht von <i>Meta</i> und <i>LG/OLG Wien</i>, Urt. v. 7.12.2020, GZ 11 R 153/20f, 11 R 154/20b-99 S. 28) auch personalisierte Werbung zur Finanzierung des Geschäftsmodells von <i>Facebook</i>. • Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags über „personalisierte Online-Dienste“ könne als erforderlich angesehen werden (<i>EDSA</i>, Leitlinien 02/2019, Nr. 57 f.). 	<ul style="list-style-type: none"> • Anbieter entscheidet mittels Leistungsbeschreibung über „Erforderlichkeit“. • Wortlaut Art. 3 II S. 1 DID-RL und § 1 I 2b VVG („es sei denn, der Unternehmer verarbeitet diese ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Leistungen oder zur Erfüllung von rechtlichen Anforderungen“). • Wenn erforderlich, dann keine Gegenleistung (<i>EDSA</i>, Leitlinien 02/2019, Nr. 56). • Kontrollmöglichkeit wäre Transparenzgebot & eine Angemessenheitskontrolle der Hauptleistung als Ausnahme zu § 307 III BGB bzw. 879 III ABGB oder § 934 ABGB („gerechter Datenpreis“). • <i>Görs</i>, in: <i>Lohsse/Schulze/Staudenmayer, Contract Law 2.0</i>, 2020, S. 266.

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

5

5

Potentielle Rechtsgrundlagen (2)

Norm	PRO	CONTRA
Art. 6 I lit. f	<ul style="list-style-type: none"> • Zweck einer Generalklausel. • ErwG 47 S. 7 DSGVO nennt ausdrücklich Direktwerbung als berechtigtes Interesse. • Umkehrschluss zu Art. 21 II Hs.2 DSGVO: Direktwerbung als schwächstes berechtigtes Interesse. • <i>VGH München</i>, 26.9.2018 – 5 CS 18.1157 (Rn. 27). Interessenabwägung (BDSG a.F.) für <i>FB Custom Audience</i> zumindest in Betracht gezogen. 	<ul style="list-style-type: none"> • „Direktwerbung“ umfasst nicht personalisierte Werbung in Werbenetzwerken. Quantitativ & qualitativ nicht „Direktwerbung“ i.S.d. Art. 13 III ePrivacy-RL (2002!). • <i>Ex-ante</i> Überoptimismus des Verarbeiters vs. <i>ex-post</i> Entscheidung von zahllosen Gerichten / Behörden über Geschäftsmodelle. • Vorrang der Einwilligung: Art. 5 lit. a und ErwG 61 S.4 DMA-Entwurf und ErwG 52 S.4 DSA-Entwurf.

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

6

6

Potentielle Rechtsgrundlagen (3)

Norm	PRO	CONTRA
Art. 6 I lit. a	<ul style="list-style-type: none"> • Informationelle Selbstbestimmung. • Keine gerichtliche / behördliche Kontrolle des „gerechten Datenpreises“. • Wortlaut von ErwG 24 S.7 und ErwG 38–40 DID-RL legen nahe, dass für Unionsgesetzgeber die Einwilligung zentral ist. • Für Vorrang der Einwilligung zusätzlich: Art. 5 lit. a und ErwG 61 S.4 DMA-Entwurf und ErwG 52 S.4 DSA-Entwurf. 	<ul style="list-style-type: none"> • sog. „Fiktion Einwilligung“/ sog. „dark pattern“ • Art. 7 IV DSGVO (sog. „Kopplungsverbot“) • Art. 7 III DSGVO: Instabilität der Leistungsbeziehung infolge der Widerruflichkeit (Datensubjekt muss in Vorleistung gehen).

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

7

7

Gliederung

Neutralität in § 24 IV VGG
vs.
§ 327q BGB: Ein deutscher „Lösungsvorschlag“

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

8

8

§ 327q BGB

(1) „Die [...] Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragschluss lassen die Wirksamkeit des Vertrags **unberührt**.“

(2) „Widerruft der Verbraucher eine von ihm erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung [...], so kann der Unternehmer einen Vertrag, der ihn zu einer Reihe einzelner Bereitstellungen digitaler Produkte oder zur dauerhaften Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet, **ohne** Einhaltung einer **Kündigungsfrist** kündigen, wenn ihm unter Berücksichtigung des weiterhin zulässigen Umfangs der Datenverarbeitung und unter **Abwägung der beiderseitigen Interessen** die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist **nicht zugemutet werden kann**.“

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

9

9

§ 327q II BGB

Außerordentliches Kündigungsrecht Unionsrechtskonform?

PRO

- ErwG 40 DID-RL (vertragliche Rechtsfolgen des Einwilligungswiderrufs richten sich nach nationalem Recht).
- Lediglich ein ao. Kündigungsrecht als *lex specialis* zu § 314 BGB.
- Bei restriktiver Auslegung, keine Beeinträchtigung der Freiwilligkeit des Widerrufs (Art. 7 III / ErwG 42 S.5 DSGVO).

CONTRA

- Bietet Rechtsfolge des Widerrufs, die in DSGVO nicht vorgesehen ist.
- Datensubjekt (Verbraucher) soll gem. Art. 7 III i.V.m. § 327q I bis zur ordentlichen Vertragskündigung eine entgeltlose Bereitstellung der digitalen Produkte erlangen.
- Vergleiche auch § 516a I BGB.

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

10

10

§ 327q BGB

(1) [...]

(3) „**Ersatzansprüche** des Unternehmers gegen den Verbraucher wegen einer durch die Ausübung von Datenschutzrechten oder die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen bewirkten Einschränkung der zulässigen Datenverarbeitung **sind ausgeschlossen.**“

11

§ 327q III BGB

Deutsche „Konkretisierung“ der Freiwilligkeit i.S.d. Art. 7 III 2 DSGVO und ErwG 42 S.5 DSGVO (Freiwillig nur dann, wenn „ohne Nachteile“).

Schließt insoweit alle *Ersatzansprüche* des Unternehmers gegenüber Verbrauchern aus:

- Schadensersatz bei Nichtleistung (inzidenter Widerruf bzw. Widerspruch)
- Schadensersatz bei Schlechtleistung (inzidenter Widerruf)
- Wertersatz (§ 812 BGB)

Bleibt ein SchadensE wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung, § 826 BGB (bzw. § 1295 ABGB)?

PRO	CONTRA
Einwilligungswiderruf zur Unzeit	Wertungen aus Art. 7 III, ErwG 42 S.5 DSGVO sprechen für voraussetzungs- <u>und</u> folgenloses Reue-Recht des Verbrauchers.

12

Gliederung

(Un-)Möglichkeit der Vertragsgestaltung

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

13

13

(Un)Möglichkeit der Vertragsgestaltung

1. Vereinbarung eines Bedingungszusammenhangs
2. Definition der Unzumutbarkeit i.S.d. § 327q II BGB
3. Vorherige Ankündigung von künftigen Widerrufskonsequenzen
4. Anfängliche Vereinbarung einer alternativen Geldzahlung
5. Zeitweise Disposition über die Widerruflichkeit der Einwilligung

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

14

14

(Un)Möglichkeit der Vertragsgestaltung

Allgemeine Grenze des Umgehungsverbots: § 327s III BGB

→ § 3 i.V.m. § 24 IV VGG: Es gilt DSGVO

1. Vereinbarung eines Bedingungs Zusammenhangs

- Ermöglicht es, ein Synallagma zwischen der Bereitstellung von digitalen Produkten und personenbezogenen Daten zu „konstruieren“.
- Dient dazu, sich auf das Kündigungsrecht gemäß § 327q II BGB nicht verlassen zu müssen. Die eigene Bereitstellung kann beendet werden, sobald die Einwilligung – als Bedingung für die Bereitstellung der digitalen Produkte – infolge des Einwilligungswiderrufs entfallen ist.

(Un)Möglichkeit der Vertragsgestaltung

2. Definition der Unzumutbarkeit i.S.d. § 327q II BGB/allg. Wucher

- Versuch, die Konkretisierung des unbestimmten Tatbestandsmerkmals vertraglich vorwegzunehmen.
- Kann ein Gericht im Einzelfall überzeugen, solange das Tatbestandsmerkmal noch nicht durch die Judikative konkretisiert wurde.
- Sobald erste Entscheidungen zu § 327q II BGB (138 BGB und § 879 I Nr. 4 ABGB) vorliegen, werden hiervon abweichende vertragliche Definitionen, an diesem judikativen Leitbild des § 327q II BGB i.V.m. § 307 II Nr. 1 BGB und ggfs. § 879 III ABGB (teleolog. Reduktion) gemessen.

(Un)Möglichkeit der Vertragsgestaltung

3. Vorherige Ankündigung von künftigen Widerrufskonsequenzen

→ Beispiel

„Erklären Sie den freien Widerruf Ihrer Einwilligung gemäß Art. 7 III DSGVO binnen drei Monaten nach Vertragsschluss, so schließt die XY AG regelmäßig keinen erneuten Vertrag über die Bereitstellung von digitalen Produkten [gegen personenbezogene Daten] mit Ihnen [für Zeitraum X]“.

→ Problem

Keine Selbstverständlichkeit der Abschlussfreiheit (Privatautonomie), weil der Widerruf der Einwilligung freiwillig sein soll, insb. sofern ErwG 42 S.5 DSGVO („ohne Nachteile“) restriktiv ausgelegt wird.

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

17

17

(Un)Möglichkeit der Vertragsgestaltung

4. Anfängliche Vereinbarung einer alternativen Geldzahlung

→ Beispiel

„Für den Fall, dass Sie Ihre Einwilligung gemäß Art. 7 III 2 DSGVO widerrufen, so gilt für die Bereitstellung der digitalen Produkte bis zur ordentlichen Vertrags-beendigung folgendes monetäres Entgelt“.

→ Vorteile

Freiwilligkeit der Einwilligung, weil alternatives Angebot gegen Entgelt
Hohes Ausmaß an Transparenz
Widerruf bleibt freiwillig, weil es eine *ex tunc* vereinbarte Option ist (str.)

→ Nachteile

Keine dynamische Preisanpassung möglich (vgl. Banken-Rechtsprechung)
Restriktive Auslegung von Art. 7 III 2 und ErwG 42 S. 5 DSGVO („ohne Nachteil“)
Alternative Geldzahlung als Umgehung des § 327q III BGB (BT Drs. 19/27653, 76)?

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

18

18

(Un)Möglichkeit der Vertragsgestaltung

5. Zeitweise Disposition über die Widerruflichkeit

a. B2B – zwingend zu ermöglichen

- §§ 22 f. KUG und § 78 österr. UrhG und § 823 I i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG und § 1328a ABGB (§ 16 ABGB) sind durch DSGVO verdrängt
- Art. 85 DS-GVO (-) für kommerzielle Verwertung von PersönlichkeitsR

b. B2C – unter Voraussetzungen:

- nicht gegenüber Gatekeepern (DMA) bzw. Unternehmen gem. § 19a I GWB und § 4a österr. KartG
- sunset clause (gegriffen: 3 Monate)
- keine stillschweigende Verlängerung

c. Lösungsweg

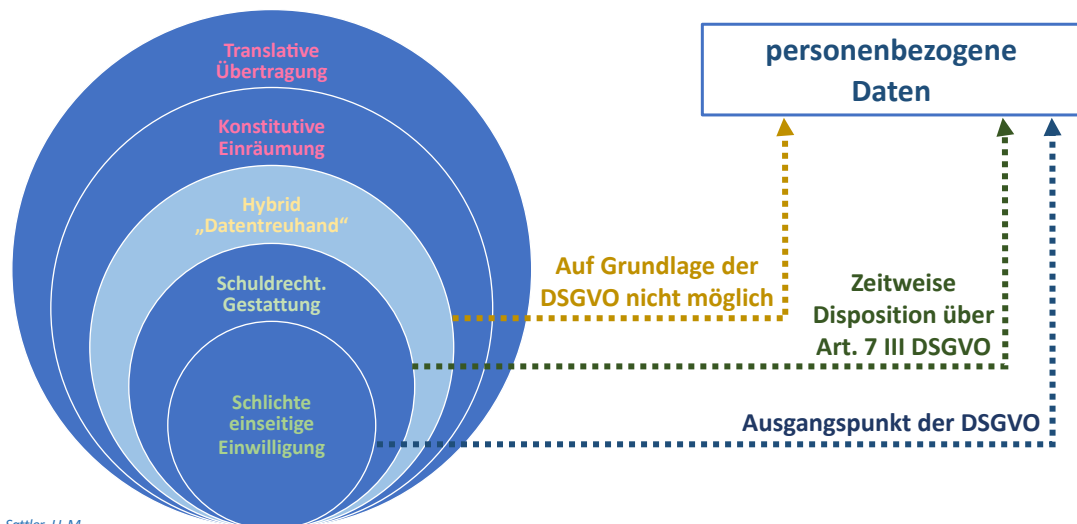
- Kurzfristig: Teleologische Reduktion von Art. 7 III DSGVO durch den EuGH.
- Mittelfristig: Änderung der DSGVO/flankierender Verbraucher-Datenschutz

PD Dr. A. Sattler, LL.M.

19

19

Fazit



PD Dr. A. Sattler, LL.M.

20

Fazit

1. Verarbeitungsverbot (Art. 6 I DSGVO) & § 327 III BGB/§ 1 I Nr. 2 lit.b VGG kollidieren.
2. Der Unionsgesetzgeber hat diese Kollision etabliert, ohne Lösungen anzubieten.
3. Synchronisations-Versuch sollte auf der Einwilligung (Art. 6 I lit.a DSGVO) basieren. Art. 6 I lit.b (Vertragsakzessorietät) und lit.f (Interessenabwägung) sind ungeeignet.
4. Ohne Option zur zeitweisen Disposition über die Widerruflichkeit der Einwilligung (Art. 7 III DSGVO) fehlt Basis für ein DatenvertragsR über personenbezogene Daten.
5. Diese Disponibilität über Art. 7 III DSGVO ist im B2B-Verhältnis zwingend im B2C-Verhältnis grundsätzlich vorzusehen. Der Schutz von Datensubjekten, die Verbraucher sind, ist durch zusätzliche Abstütungen zu gewährleisten.
6. Die infolgedessen ermöglichte zweite Stufe der Einwilligung (schuldrechtliche Gestattung) synchronisiert das Verarbeitungsverbot (Art. 6 I und Art. 9 I DSGVO) mit § 327 III BGB und § 1 I Nr. 2 lit. b VGG. Sie ist jedoch keine stabile Grundlage für eine Datentreuhand.

PD Dr. A. Sattler, LL.M.