

Betriebs Berater

20|2019

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Marktplatzhaftung** ... **bAV** ... Recht ... Wirtschaft ... 13.5.2019 | 74. Jg. Seiten 1089–1152

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Prof. h.c. Jürgen Taeger

Ein Jahr DSGVO – der Prozess der Harmonisierung und Anpassung ist längst nicht abgeschlossen

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Moritz Indenhuck, RA, und **Thomas Britz**, LL.M., RA

Vom Datenschutzrecht zum Datenschuldrecht –
Neue Leitlinien zur Verarbeitung personenbezogener Daten bei Online-Dienstleistungen | 1091

Dr. Markus Burianski, LL.M., RA, und **Bettina Braun**

DSGVO und internationale Schiedsverfahren – ein Jahr danach | 1096

STEUERRECHT

Marc Bareither, RA/StB, **Dr. Thimo Großmann**, StB, und **Jan Uterhark**, RA/StB

Akteneinsicht in Besteuerungs- und Klageverfahren – Rechtslage nach der
Datenschutz-Grundverordnung | 1111

Dipl.-Finw. (FH) **Dr. Carsten Höink**, RA/StB, und **Joël Einemann**, LL.M.

Haftung der Marktplatzbetreiber für Umsatzsteuer bei Warenlieferungen über Online-Marktplätze –
schafft die neue Verwaltungsanweisung wirklich Klarheit? | 1116

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Martin Weiss, StB/FBISr

Neuere Entwicklungen bei der Übertragung stiller Reserven nach § 6b EStG | 1131

ARBEITSRECHT

Dr. Thomas Frank, RA

Optionssysteme in der betrieblichen Altersversorgung | 1140

Dr. Moritz Indenhuck, RA, und Thomas Britz, LL.M., RA

Vom Datenschutzrecht zum Datenschuldrecht – Neue Leitlinien zur Verarbeitung personenbezogener Daten bei Online-Dienstleistungen

Neue Leitlinien des European Data Protection Board zur Datenverarbeitung bei Online-Dienstleistungen sehen eine autonome datenschutzrechtliche Inhaltskontrolle von Verträgen vor. Setzen sich diese Leitlinien durch, könnte perspektivisch ein „Schattenvertragsrecht“ entstehen, das klassische Grundsätze des Privatrechts zugunsten einer datenschutzrechtlichen Vertragstypisierung zurückdrängt. Die möglichen Einschränkungen für die Gestaltungsfreiheit der Anbieter digitaler Dienste sind gravierend.

I. Einleitung

Die wichtigste Schnittstelle von Datenschutzrecht und allgemeinem Vertragsrecht findet sich in Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO: Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten soll immer dann rechtmäßig sein, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrages mit den betroffenen Personen erforderlich ist. Aus Unternehmensperspektive handelt es sich dabei wohl um die bedeutendste Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Trotz dieser hohen praktischen Bedeutung sind zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO noch nicht abschließend geklärt. Das gilt insbesondere für die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Datenverarbeitung für die Erfüllung eines Vertrages „erforderlich“ ist.

Mit den am 9.4.2019 beschlossenen „Leitlinien zur Verarbeitung personenbezogener Daten auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO im Kontext von Online-Dienstleistungen“¹ („Leitlinien“) möchte das European Data Protection Board („EDPB“) die einheitliche Anwendung dieser Regelung fördern. Dabei soll auch die Möglichkeit beschränkt werden, „die Verarbeitung von Daten der Nutzerinnen und Nutzer auf die Rechtsgrundlage ‚Vertragserfüllung‘ zu stützen.“² Offenbar soll so eine in der datenschutzrechtlichen Praxis nicht unübliche Vorgehensweise unterbunden werden: Da die Einholung einer „echten“ datenschutzrechtlichen Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO aus Unternehmenssicht oftmals als aufwendig oder wenig erfolgsversprechend gilt, werde in den Vertrag mit dem Nutzer einfach eine Regelung aufgenommen, welche das Unternehmen zur Verarbeitung personenbezogener Daten des Nutzers berechtigt (oder sogar verpflichtet). Die Verarbeitung der hierdurch erfassten Daten – so die Überlegung – ist dann zur Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person erforderlich und daher nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO zulässig. Um diesem Problem zu begegnen, sehen die Leitlinien eine Art datenschutzrechtliche Inhaltskontrolle für Verträge vor, die als Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten dienen sollen. Allerdings leidet der Vorschlag an erheblichen dogmatischen Defiziten. Die möglichen Auswirkungen sind gravierend: Es ist davon auszugehen, dass die Leitlinien auch in anderen Bereichen als Online-

Dienstleistungen die praktische Handhabung von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO prägen werden. Setzt sich die in den Leitlinien vorgeschlagene Auslegung durch, droht daher die Entstehung eines datenschutzrechtlichen „Schattenvertragsrechts“.

Nachfolgend wird zunächst erläutert, warum sich das EDPB mit der Thematik befasst (II.). Anschließend werden die aus Sicht der Verfasser wesentlichen Argumente des EDPB herausgearbeitet (III.) und einer Bewertung unterzogen (IV.). Nach einem Ausblick auf die weitere Entwicklung (V.) endet der Beitrag mit einem kurzen Fazit (VI.).

II. Warum beschäftigt sich das EDPB mit dem Thema?

Das EDPB ist eine unabhängige europäische Einrichtung, die zur einheitlichen Anwendung der Datenschutzvorschriften in der EU beitragen und die Zusammenarbeit zwischen den Datenschutzbehörden der Mitgliedstaaten fördern soll. Das EDPB besteht aus dem Leiter einer Aufsichtsbehörde jedes Mitgliedstaats und dem Europäischen Datenschutzbeauftragten oder ihren jeweiligen Vertretern. Für die Bundesrepublik Deutschland ist nach § 17 BDSG der Bundesbeauftragte Mitglied im Ausschuss. Zu den Aufgaben des EDPB gehört nach Art. 70 Abs. 1 lit. e DSGVO auch die Bereitstellung von Leitlinien zur Sicherstellung einer einheitlichen Anwendung der DSGVO.

Die vom EDPB veröffentlichten Leitlinien sind sog. „soft law“ ohne unmittelbare rechtliche Bindungswirkung.³ Da die vom EDPB veröffentlichten Leitlinien die Auffassung der Aufsichtsbehörden widerspiegeln, dürften sie aber dennoch erhebliche Bedeutung für die Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten haben.⁴

III. Die Argumentation des EDPB

1. Bezugnahme auf Art. 5 DSGVO als auslegungsleitende Norm

Der EDPB beginnt seine Analyse von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO mit generellen Überlegungen zu Art. 5 DSGVO.⁵ Aus dem in Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO normierten Grundsatz einer Verarbeitung nach Treu und Glauben folge insbesondere, dass die berechtigten Erwartungen der betroffenen Person berücksichtigt werden müssen. Gleichzeitig lasse sich dem Grundsatz der Zweckbindung in Art. 5 Abs. 1 lit. b

¹ Abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_draft_guidelines-art_6-1-b-final_public_consultation_version_en.pdf (Abruf: 29.4.2019).

² Pressemitteilung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Ulrich Kelber, vom 10.4.2019, abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/DE/Infotek/Pressemitteilungen/2019/15_EDSA_Art.6_1_b.html (Abruf: 29.4.2019).

³ Dix, in: Kühling/Buchner, DS-GVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 70 DS-GVO, Rn. 8.

⁴ Nguyen, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 70 DS-GVO, Rn. 8.

⁵ Ziff. 11 ff. der Leitlinien.

DSGVO entnehmen, dass der Verantwortliche personenbezogene Daten grundsätzlich nur für einen festgelegten Zweck verarbeiten dürfe. Zudem müsse die Datenverarbeitung nach dem Grundsatz der Datenminimierung Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO dem Zweck angemessen und erheblich sein und sich auf das für die Zweckverfolgung notwendige Maß beschränken. Zweckbindung und Datenminimierung seien gerade im Bereich digitaler Dienste von besonderer Bedeutung. Es bestehe das Risiko, dass sich die Anbieter digitaler Leistungen durch Aufnahme entsprechender Klauseln in ihre Geschäftsbedingungen das Recht einräumen lassen, Kundendaten weitgehend unbeschränkt nutzen zu können.

2. Ausführungen zur Prüfung der Erforderlichkeit im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO

Bei der eigentlichen Prüfung von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO geht das EDPB dreistufig vor. Ein Verantwortlicher, der sich im Rahmen der Vertragsdurchführung auf Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO berufen möchte, muss danach darlegen können, dass

- ein Vertrag mit dem Betroffenen existiert,
- der Vertrag nach Maßgabe des anwendbaren nationalen Vertragsrechts wirksam ist, und
- die Verarbeitung für die Durchführung des Vertrags objektiv erforderlich ist.

In seinen weiteren Ausführungen versucht das EDPB sodann, insbesondere Leitlinien für die Handhabung des dritten Prüfungsschritts herauszuarbeiten:

a) Autonome Bestimmung der Erforderlichkeit

Die Bestimmung dessen, was für die Erfüllung eines Vertrags objektiv erforderlich ist, könne sich nicht allein danach richten, was vertraglich vereinbart sei. Dem Konzept der „Erforderlichkeit“ komme vielmehr eine eigenständige europarechtliche Bedeutung zu. Nach dem EDPB folge dies bereits aus Art. 7 Abs. 4 DSGVO (Freiwilligkeit von Einwilligungen), der zwischen vertraglich vereinbarten Datenverarbeitungen einerseits und objektiv zur Vertragserfüllung erforderlichen Verarbeitungen andererseits unterscheide.⁶

b) Prüfung anhand des vertraglichen Hauptzwecks

Das EDPB führt weiter aus, dass die Prüfung der Erforderlichkeit anhand des – objektiv zu bestimmenden – Hauptzwecks des jeweiligen Vertrags erfolgen müsse.⁷ Eine künstliche Ausweitung der für die Vertragsdurchführung benötigten Datenkategorien müsse unberücksichtigt bleiben. Vielmehr müsse der Verantwortliche die Erforderlichkeit der Verarbeitung im Hinblick auf den von beiden Parteien gegenseitig vereinbarten, grundlegenden Vertragszweck (mutually understood contractual purpose) darlegen können. Die Leitlinien enthalten verschiedene Fragen, die nach Auffassung des EDPB bei der Herausarbeitung des maßgeblichen Vertragszwecks berücksichtigt werden können,⁸ wie z. B.: Welche gegenseitigen Erwartungen haben die Vertragsparteien? Würde ein Durchschnittsnutzer vernünftigerweise erwarten, dass die Verarbeitung zur Durchführung eines solchen Vertrags erfolgt?

c) Isolierte Prüfung anhand der jeweiligen Einzelleistung

Aus Sicht des Verantwortlichen kann es sich anbieten, verschiedene Einzelleistungen in einem einheitlichen Vertragswerk zu bündeln. In diesem Zusammenhang besteht nach Auffassung des EDPB die Ge-

fahr einer „take it or leave it“-Situation, in der der Nutzer sich entscheiden muss, entweder den Vertrag als Ganzes zu akzeptieren (und damit auch Bestandteile, die er eigentlich nicht möchte) oder keine der angebotenen Leistungen in Anspruch nehmen zu können.

Um derartige Situationen zu vermeiden, sei im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung eine Einzelbetrachtung vorzunehmen. Sofern sich der Vertrag aus mehreren einzelnen Leistungen oder Elementen zusammensetze, die bei vernünftiger Betrachtung auch unabhängig voneinander erbracht werden können, müsse bei der Prüfung von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO isoliert auf die jeweilige Einzelleistung abgestellt werden.⁹ Dabei könne sich herausstellen, dass ein Verarbeitungsvorgang eigentlich nicht für die vom Nutzer angefragte Leistung, sondern für darüber hinausgehende Geschäftszwecke des Verantwortlichen benötigt wird. In diesem Fall könne die Verarbeitung nicht auf Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO gestützt werden. Aus diesem Grund sei es etwa problematisch, wenn sich der Verantwortliche im Vertrag mit seinen Nutzern das Recht einräumen lasse, Nutzerdaten auch zur Verbesserung seiner Services oder zur Betrugsprävention zu verwenden.

d) Kein Ausverkauf grundrechtlicher Positionen

Nach Auffassung des EDPB müsse Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO insbesondere im Falle der verhaltensbezogenen Online-Werbung als Verarbeitungsgrundlage ausscheiden. Der Verantwortliche könne in aller Regel nicht darlegen, dass ihm die Erbringung der vom Nutzer angefragten Leistung nicht möglich sei, weil er die Daten des Nutzers nicht auch für verhaltensbezogene Werbemaßnahmen einsetzen kann.¹⁰

In diesem Zusammenhang geht das EDPB auch auf einen Auslegungsgesichtspunkt ein, der in seiner Bedeutung weit über den Bereich der verhaltensbezogenen Online-Werbung hinausreichen dürfte. So betont das EDPB die grundrechtliche Bedeutung des Rechts auf Datenschutz, das durch Art. 8 EU-Grundrechtecharta auch primärrechtlich verankert sei. Die DSGVO ziele vor allem darauf ab, den betroffenen Personen die Kontrolle über die sie betreffenden Informationen zu ermöglichen. Damit sei es nicht zu vereinbaren, personenbezogene Daten als Ware zu behandeln, die im Rahmen vertraglicher Beziehungen einfach „weggetauscht“ werden kann.¹¹

IV. Bewertung

Das Anliegen des EDPB, Nutzer von Online-Dienstleistungen vor ungewollten Auswertungen ihrer Daten zur Werbezwecken durch Tracking und Profiling sowie sonstigen unangemessenen Datenverarbeitungen auf der Grundlage von Verträgen zu schützen, ist nachvollziehbar und berechtigt. Der in den Leitlinien vorgeschlagene Weg, diese Probleme zu lösen, hält jedoch einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis nicht stand.

Im Ausgangspunkt noch zutreffend unterscheidet das EDPB zur Vertragserfüllung verschiedene Prüfungsschritte. Soll eine Datenverarbeitung auf diese Rechtsgrundlage gestützt werden, ist zunächst zu prüfen, ob ein wirksamer Vertrag mit der von der Datenverarbeitung betroffenen Person geschlossen worden ist. Auf zweiter Stufe ist sodann

6 Ziff. 27 der Leitlinien.

7 Ziff. 30 der Leitlinien: „main objective of the specific contract“.

8 Ziff. 33 der Leitlinien.

9 Ziff. 36 der Leitlinien.

10 Ziff. 49 der Leitlinien.

11 Ziff. 51 der Leitlinien.

zu klären, ob die fragliche Datenverarbeitung zur Erfüllung dieses Vertrags erforderlich ist. Die im Rahmen des ersten Prüfungsschritts zu beantwortende Frage, ob ein wirksamer Vertrag mit der betroffenen Person geschlossen worden ist, bemisst sich auch unter der DSGVO in erster Linie nach dem nationalen Vertragsrecht.¹² Das erkennt auch das EDPB, wenn es angibt, sich in den Leitlinien nicht zur Frage der Wirksamkeit von Verträgen äußern zu wollen.¹³

Allerdings verwischt das EDPB diese wichtige Differenzierung im weiteren Verlauf seiner Ausführungen wieder, indem es

- allgemeine Prinzipien der DSGVO ohne nachvollziehbare Begründung heranzieht, um geschlossene Verträge datenschutzrechtlich zu hinterfragen (hierzu sogleich Ziff. 1.), und zudem
- die vorhandenen Schutzinstrumente des nationalen Vertragsrechts – entgegen der Systematik der DSGVO – vollständig ausblendet (hierzu unter Ziff. 2.).

1. Bezugnahme auf Art. 5 DSGVO ist wenig ergiebig

Problematisch erscheint bereits, dass sich das EDPB bei Herausarbeitung seiner Leitlinien wesentlich auf die Grundsätze in Art. 5 DSGVO stützt. Insofern übersieht das EDPB, dass die in Art. 5 Abs. 1 lit. a bis c DSGVO niedergelegten allgemeinen Grundsätze mit Blick auf die in den Leitlinien thematisierte konkrete Rechtsgrundlage der Vertragserfüllung kaum weiterführen.

a) Treu und Glauben

Dies gilt zunächst mit Blick auf den in Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO niedergelegten Grundsatz von Treu und Glauben. Das EDPB will hieraus etwa ableiten, dass die Erforderlichkeit der in einem Vertrag geregelten Verarbeitungsvorgänge getrennt zu betrachten seien.¹⁴ Der Grundsatz von Treu und Glauben hat auch in seiner europarechtlichen Ausprägung in erster Linie die Funktion einer Auffangklausel,¹⁵ die in einem System abstrakt genereller Normen eine am Einzelfall orientierte Korrektur anhand von Wertungen des höherrangigen Rechts sowie grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen ermöglichen soll. Die Norm lässt sich als Brücke verstehen, über die allgemeine rechtliche und ethische Grundentscheidungen im Rahmen der konkreten Normanwendung als Mindeststandard berücksichtigt werden können.¹⁶ Um einer ausufernden Anwendung von Billigkeitserwägungen vorzubeugen, bedarf jede Auslegung anhand von Treu und Glauben einer verallgemeinerbaren Begründung, welche die Bezugnahme auf die maßgeblichen ethischen oder rechtlichen Grundsätze offenlegt und nachvollziehbar macht, warum im konkreten Fall eine Wertungskorrektur vorgenommen werden soll.¹⁷

Eine solche Begründung sucht man in den Leitlinien allerdings vergeblich. Das EDPB beschränkt sich vielmehr darauf, seinen Ausführungen allgemeine Erwägungen zu Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO voranzustellen und im Rahmen der konkreten Auslegung ohne nähere Begründung auf den Grundsatz von Treu und Glauben zu verweisen.¹⁸

Es wird an keiner Stelle deutlich, warum die vom EDPB offenbar präferierte Auslegung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO geboten sein soll. Bei genauer Betrachtung nutzt das EDPB den Grundsatz von Treu und Glauben damit lediglich als Scheinargument, um Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO mit nicht näher erläuterten Gerechtigkeits- und Billigkeitsvorstellungen aufzuladen.

Hinzu kommt, dass das EDPB zwar darauf hinweist, dass es die Wirksamkeit von Verträgen nicht beurteilen kann, da sich diese nach dem jeweils einschlägigen Vertragsrecht richtet, dabei aber unerwähnt

lässt, dass die Privatrechtstraditionen der Mitgliedstaaten auch den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. vergleichbare Billigkeitsregulative kennen.¹⁹

b) Zweckbindung und Datenminimierung

Neben dem Grundsatz von Treu und Glauben stützt das EDPB seine Erwägungen auch auf den Grundsatz der Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO) und der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO). Danach dürfen personenbezogene Daten grundsätzlich nur für den Zweck verarbeitet werden, für den sie auch erhoben worden sind.

Für die im Rahmen der Leitlinien aufgeworfenen Fragen sind beide Grundsätze jedoch wenig aussagekräftig. Grund hierfür ist, dass der in Art. 5 Abs. 1 lit. b und c DSGVO zum Ausdruck kommende Gedanke der Zweckbezogenheit durch die Regelung in Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO aufgegriffen und weiter konkretisiert wird. So verlangt Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO nicht nur, dass die Verarbeitung dem Zweck der Vertragserfüllung auf irgendeine Weise dient. Vielmehr muss die Verarbeitung bezogen auf diesen Zweck auch erforderlich sein. Die Zweckbezogenheit ist damit ohnehin notwendiger Bestandteil jeder Prüfung des Erforderlichkeitskriteriums, das sich insofern als Konkretisierung des Zweckbindungsgrundsatzes und des Grundsatzes der Datenminimierung im Kontext von Datenverarbeitungen in Vertragsverhältnissen verstehen lässt. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass jede Verarbeitung, die für die Durchführung eines Vertrags erforderlich ist, auch unter dem Gesichtspunkt der Zweckbindung zulässig sein muss.

2. DSGVO ist für die gesetzgeberische Ausgestaltung der Privatrechtsordnung weder vorgesehen noch geeignet

Die Leitlinien beschäftigen sich fast ausschließlich mit der Frage der Erforderlichkeit (zweite Prüfungsstufe), ohne auf Wirksamkeit und Umfang der vertraglichen Grundlage (erste Prüfungsstufe) einzugehen. Dieses Vorgehen führt dazu, dass vertragsrechtliche Regelungsinstrumente, die die durch Unionsrecht²⁰ geprägten Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zum Schutz der Privatrechtssubjekte vor Fremdbestimmung enthalten, nicht hinreichend berücksichtigt werden. Zu nennen sind etwa Regelungen zu missbräuchlichen Klauseln in AGB,²¹ zum Schutz von Verbrauchern bei Vertragsschlüssen im Internet²² sowie vor dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – etwa durch einseitige Vorgabe von Vertragsinhalten.²³

Im Zusammenspiel von Datenschutzrecht und Vertragsrecht kommt diesen Schutzinstrumenten allerdings eine zentrale Bedeutung zu: Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO privilegiert die Verarbeitungsvorgänge im

12 Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 DSGVO, Rn. 21.

13 S. Ziff. 9 der Leitlinien.

14 S. Ziff. 36 der Leitlinien.

15 Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 5 DSGVO, Rn. 47; Herbst, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, Art. 5 DS-GVO, Rn. 17; Frenzel, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 5 DS-GVO, Rn. 20.

16 So Schubert, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 242 BGB, Rn. 23.

17 Vgl. dazu ausführlich Kähler, in: beck-online.GK, Stand: 1.1.2019, § 242 BGB, Rn. 1, 209 ff.

18 So etwa in Ziff. 36 der Leitlinien.

19 Vgl. Schubert, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 242 Rn. 152 m. w. N.

20 Vgl. nur Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

21 Vgl. dazu Säcker, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, Einl., Rn. 237 ff.

22 Vgl. dazu Säcker, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, Einl., Rn. 244 ff.

23 Vgl. dazu jüngst Beschluss des Bundeskartellamts vom 6.2.2019 – B6-22/16.

Rahmen von Verträgen gerade deshalb, weil sie der Betroffene durch eine privatautonom getroffene Entscheidung selbst in Gang gesetzt hat und dabei sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausübt.²⁴ Indem das EDPB jedoch den ersten Schritt, die eigentliche Prüfung des Vertrags, überspringt, gelangt es zu einer unzutreffenden Prämisse für seine Betrachtung: Da Verträge über Online-Dienstleistungen möglicherweise „künstlich“²⁵ um Klauseln zu Datenverarbeitungsprozessen wie Profiling oder Targeted Advertising erweitert wurden, müsse das Datenschutzrecht auf der Ebene der Erforderlichkeitsprüfung in solche Verträge korrigierend eingreifen, um unangemessenen Benachteiligungen der Nutzer vorzubeugen.

Diese Vorgehensweise, die die gesamten Leitlinien durchzieht, führt zu einer Überladung des datenschutzrechtlichen Begriffs der Erforderlichkeit mit vertragsrechtlichen Fragen wie Transparenz oder Treu und Glauben. Wenn zivilrechtlich wirksam geschlossene Verträge durch die Brille der DSGVO aufgrund ihrer „Künstlichkeit“ nicht als Resultat einer privatautonom Entscheidungsfindung akzeptiert werden, besteht die Gefahr, dass auf Grundlage der DSGVO ein datenschutzrechtliches Vertragsrecht entsteht, für das es weder eine rechtliche Grundlage noch ein materielles Bedürfnis gibt. Die damit einhergehenden Probleme manifestieren sich insbesondere in den Thesen des EDPB zur Inhaltskontrolle von Verträgen (hierzu sogleich unter a)) und zu „Zahlen“ mit Daten (unten unter b)):

a) Keine datenschutzrechtliche Inhaltskontrolle von Verträgen

Vereinzelte weisen die Leitlinien daraufhin, dass sie Unternehmen, die personenbezogene Daten verarbeiten, nicht vorgeben wollen, wie sie ihre Verträge gestalten.²⁶ Tatsächlich bewirken die Leitlinien aber im Ergebnis genau das Gegenteil, indem sie der Erforderlichkeitsprüfung eine „objektive“ Beurteilung der Vertragsleistungen zugrunde legen wollen²⁷ und damit eine datenschutzrechtliche Inhaltskontrolle von Verträgen einführen. Selbst wenn z.B. in einem Vertrag mit einem Online-Händler ausdrücklich ein Profiling der sich aus dem Surfverhalten ergebenden Vorlieben des Nutzers vereinbart ist, sei dieses Profiling bei einer „objektiven“ Betrachtung des Vertrages nicht zur Erfüllung des Vertrages „erforderlich“.²⁸

Die darin zum Ausdruck kommende typisierende Betrachtung erscheint schon aus Gründen der Bestimmbarkeit problematisch.²⁹ Gerade im Bereich der Online-Dienstleistungen entstehen zunehmend neue und häufig komplexe Vertragsgestaltungen, die sich nicht ohne Weiteres in die bekannten Vertragskategorien einordnen lassen. Die in den Leitlinien postulierte pauschale Trennung des Angebots „echter“ Güter und Dienstleistungen gegen Bezahlung einerseits von Datenanalysen wie Tracking und Profiling andererseits erscheint im Zeitalter der Digitalisierung fast schon anachronistisch. Es ist z.B. durchaus vorstellbar, dass der Nutzer einen Preisrabatt erhält, weil er den Online-Händler auswerten lässt, welche Produkte er sich zuvor auf der Homepage angeschaut hat. Derartige Verquickungen von Datenanalyse und Online-Angeboten sind nicht nur üblich, sondern auch grundsätzlich rechtlich möglich. Anders ist dies etwa zu beurteilen, wenn verschiedene Leistungsinhalte einem Nutzer durch ein marktbeherrschendes Unternehmen „aufgedrängt“ werden. In einer solchen Situation wird der Nutzer durch Regelungen des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts geschützt.³⁰

Jedenfalls aber bietet die DSGVO keine gesetzliche Grundlage für die von den Leitlinien postulierte typisierende Beurteilung des Vertrags-

zwecks. Die Parteien eines Vertrags legen die Vertragszwecke und -pflichten selbst fest. Das Resultat dieser Festlegung ist aus datenschutzrechtlicher Perspektive als privatautonome Entscheidung des Betroffenen in Gestalt eines Vertrags im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO grundsätzlich zu respektieren.³¹ Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung auf Stufe zwei ist dann zu prüfen, ob bei wertender Betrachtung keine zumutbare alternative Form der Datenverarbeitung besteht, welche den (von den Parteien festgelegten) Vertragszweck unter Wahrung der Interessen des Verarbeiters in vergleichbarer Weise erreichen kann und zugleich als datenschutzschonender zu qualifizieren ist.³² Hält man diese Prüfungsreihenfolge ein, erscheinen die in den Leitlinien als problematisch dargestellten Datenverarbeitungen in einem anderen Licht:

aa) Profiling-Verträge

Im Beispiel des Online-Händlers, der das Surfverhalten seiner Nutzer auswerten möchte, wäre im ersten Schritt zu prüfen, ob das Profiling zivilrechtlich wirksam vereinbart wurde. Berücksichtigt man dabei die vorhandenen zivilrechtlichen Schutzinstrumente, lassen sich auch die vom EDPB ins Auge gefassten Problemfälle, wie z.B. Klauseln im Kleingedruckten³³, überraschende Klauseln³⁴ oder nicht individuell ausgehandelte Vertragsklauseln, die auf maximale Datensammlung ausgerichtet sind,³⁵ in den Griff bekommen. Eine wirksame Vereinbarung des Profilings könnte u. a. daran scheitern, dass die entsprechende Klausel – nicht hinreichend in den Vertrag einbezogen wurde (§ 305 Abs. 2 BGB),

- so ungewöhnlich ist, dass der Nutzer mit ihr nicht zu rechnen braucht (§ 305c Abs. 1 BGB), oder
- unwirksam ist, weil sie den Nutzer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, da sie z.B. nicht klar und verständlich (§ 307 Abs. 1 BGB). Insbesondere an dieser Stelle können auch spezifisch datenschutzrechtliche Maximen wie z.B. der Grundsatz der Fairness und der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. c DSGVO) oder auch die in Art. 25 DSGVO niedergelegten Prinzipien von „privacy by design“ und „privacy by default“ berücksichtigt werden.³⁶

Wenn die Vertragsprüfung ergibt, dass der Vertragszweck sich auf den Kauf der Ware beschränkt und Profiling nicht wirksam als Vertragsinhalt vereinbart ist, scheidet Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO mangels vertraglicher Grundlage für das Profiling schon auf erster Prüfungsstufe aus. Denn die vertragsrechtlichen Defizite schlagen auf das Datenschutzrecht durch.³⁷ Kommt man allerdings zu dem Ergebnis, dass

24 Diesen Zusammenhang übersehen etwa *Graf von Westphalen/Wendehorst*, BB 2016, 2179, 2185 ff., nach deren Auffassung privatrechtliche Verträge die Schutzmechanismen der DSGVO „beliebig aushebeln“ können.

25 S. Ziff. 31 der Leitlinien: „A contract cannot artificially expand the categories of personal data or types of processing operation that the controller needs to carry out for the performance of the contract within the meaning of Article 6(1)(b).“

26 S. Ziff. 9 und 35 der Leitlinien.

27 S. Ziff. 23, Ziff. 27 f. und Ziff. 50 der Leitlinien.

28 Vgl. die Fallgestaltungen in Ziff. 34 (Example 2) sowie Ziff. 48 der Leitlinien.

29 So auch *Engeler*, ZD 2018, 55 (57), der diese Problematik im Zusammenhang mit dem Kopplungsverbot in Art. 7 Abs. 4 DSGVO diskutiert.

30 Vgl. dazu etwa *Rott*, GRUR Int. 2018, 1010, 1012.

31 In diese Richtung auch *Schulz*, in: *Gola, DS-GVO*, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO, Rn. 27.

32 Ähnlich *Frenzel*, in: *Paal/Pauly, DS-GVO BDSG*, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO, Rn. 14.

33 S. Ziff. 28 der Leitlinien: „[...] processing activities [...] specifically mentioned in the small print of the contract [...]“

34 S. Ziff. 33 der Leitlinien: „Would an ordinary user of the service reasonably expect that [...] such processing will take place [...]“

35 S. Ziff. 16 der Leitlinien.

36 Ähnlich *Wendehorst/Graf v. Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3749; *Engeler*, ZD 2018, 55, 60.

37 So im Ergebnis auch *Wendehorst/Graf v. Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3749.

das Profiling Vertragsbestandteil geworden ist, lässt sich auf der zweiten Stufe kaum argumentieren, dass das Profiling per se nicht „erforderlich“ sei.³⁸ Denn wenn der Nutzer sich privatautonom im Wege eines Vertrages dafür entschieden hat, seine Vorlieben auswerten zu lassen, dann ist eine solche Auswertung auch notwendig, um den Vertrag zu erfüllen.

bb) Personalisierte Inhalte

Entsprechendes gilt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Bereitstellung von personalisierten Inhalten bei Online-Dienstleistungen. Die Leitlinien wollen insofern darauf abstellen, ob eine bestimmte Online-Dienstleistung „naturgemäß“ mit personalisierten Inhalten verbunden ist.³⁹

Richtigerweise wäre hier im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO im ersten Schritt zu prüfen, welchen konkreten Inhalt der jeweilige Vertrag hat, bevor man die Erforderlichkeit beurteilt. Die Leitlinien überspringen dagegen den Schritt der Vertragsanalyse und legen der Erforderlichkeitsprüfung stattdessen eine „objektive“ Betrachtung der angebotenen Dienste zugrunde.⁴⁰ Diese typisierende Betrachtung muss aber scheitern, wenn sich der Betroffene in Ausübung seiner Privatautonomie dafür entscheidet, eine – aus Sicht des EDPB – untypische vertragliche Bindung einzugehen. Auch in einer solchen Konstellation ist die privatautonom getroffene Entscheidung der Vertragsparteien datenschutzrechtlich zu respektieren.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der europarechtlich autonomen Auslegung des Begriffs „Vertrag“ i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO. An dem Vorliegen eines „Vertrags“ könnten aus datenschutzrechtlicher Sicht allenfalls dann Zweifel bestehen, wenn kein für Verträge typischer „Schutz des Schwächeren“ durch allgemein geltende Regeln (wie §§ 138, 242 BGB) oder kein hinreichender Ausgleich für strukturelle Unterlegenheit (wie §§ 305 ff. BGB) gewährleistet ist. Denn nur dann würde in Frage stehen, ob sich in dem Vertrag eine privatautonome Entscheidung des Betroffenen manifestiert. Bei den Verträgen über Online-Dienstleistungen, die das EDPB in seinen Leitlinien thematisiert, ist allerdings kein Fall ersichtlich, der nach deutschem Recht nicht grundsätzlich als Vertrag im Sinne von §§ 311, 241 einzuordnen wäre, bei dem ein hinreichender „Schutz des Schwächeren“ gewährleistet wird.

b) „Zahlen“ mit Daten ist nicht per se unzulässig

Nach Auffassung des EDPB sollen personenbezogene Daten nicht als handelbares Wirtschaftsgut in Betracht kommen, da fundamentale Rechte nicht verkäuflich seien.⁴¹ Insbesondere verhaltensbasierte Werbung könne daher, als allgemeine Regel, kein „erforderliches Element“ von Verträgen über Online-Dienstleistungen darstellen.⁴² Ein derartiges Verbot der Kommerzialisierung von Daten lässt sich der DSGVO jedoch nicht entnehmen.

Dass Nutzer von digitalen Diensten mit ihren Daten „zahlen“ können, ist nicht nur schon lange Realität, sondern stellt auch einen tragenden Pfeiler des EU-Markts für Online-Dienstleistungen und digitale Inhalte dar.⁴³ Das Vertragsrecht steht derartigen Vereinbarungen nicht prinzipiell entgegen⁴⁴ und ermöglicht insbesondere auch eine synallagmatische Verknüpfung der Erbringung von Online-Dienstleistungen gegen Nutzung personenbezogener Informationen.⁴⁵ Werden Daten als Gegenleistung vertraglich vereinbart, bietet die flexible zivilrechtliche AGB-Kontrolle, ggf. im Zusammenspiel mit wettbewerbsrechtlichen Regelungen zum Schutz vor einseitiger Vertragsgestaltung unter Aus-

nutzung einer marktbeherrschenden Stellung („Konditionenmissbrauch“), eine letztlich viel umfassendere und effektivere Kontrolle als das Datenschutzrecht, um unangemessene Benachteiligungen der Nutzer zu verhindern und ein ausdifferenziertes Vertragsrechts für digitale Inhalte und Online-Dienstleistungen sicherzustellen.⁴⁶

Auch die DSGVO will derartige Verträge über die Kommerzialisierung personenbezogener Daten nicht verhindern – im Gegenteil: Nach Erwägungsgrund 44 der DSGVO soll die Verarbeitung von Daten gerade immer dann rechtmäßig sein, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist. Welchen Inhalt diese Verträge haben oder was als Entgelt vereinbart wird, gibt die DSGVO nicht vor. Die Argumentation des EDPB verkehrt vor diesem Hintergrund das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in sein Gegenteil: Wenn ein Betroffener privatautonom einen wirksamen Vertrag darüber schließt, dass er für die Bereitstellung seiner Daten eine bestimmte Gegenleistung erhält, begibt sich der Betroffene damit nicht seiner Rechte, sondern übt diese aus.⁴⁷ Aufgrund der auf Vertragsebene bestehenden Schutzinstrumente gibt es daher auch keinen hinreichenden Grund für eine teleologische Reduktion, die Verträge, in denen Kundendaten Entgeltcharakter zukommt, vom Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO ausnimmt.⁴⁸

Schließlich sei bemerkt, dass auch der Umstand, dass Betroffene jederzeit Widerspruch gegen eine Verarbeitung zwecks Direktwerbung einlegen können,⁴⁹ entgegen der Auffassung des EDPB⁵⁰ nicht dazu führt, dass verhaltensbasierte Werbung vertraglich wirksam als Entgelt vereinbart werden kann:

- Die bis zur Einlegung des Widerspruchs erfolgte Verarbeitung wird durch den Widerspruch nicht ex tunc rechtswidrig,⁵¹ ähnlich wie bei der jederzeit widerruflichen Einwilligung (vgl. Art. 7 Abs. 3 S. 2 DSGVO). Dass die Einwilligung wiederum auch im Rahmen eines Vertrags erteilt werden kann, setzt die DSGVO voraus (vgl. Art. 7 Abs. 4 DSGVO). Ein datenschutzrechtliches Widerrufs- oder Widerspruchsrecht führt zudem mitnichten automatisch zu einem zivilrechtlichen Rücktritts- oder Kündigungsrecht.⁵²
- Das Widerspruchsrecht nach Art. 21 Abs. 2 DSGVO ist zudem auf „Direktwerbung“ beschränkt, nicht auf verhaltensbasierte Werbung als solche. Direktwerbung meint die individuelle Ansprache von betroffenen Personen über einen unmittelbaren bilateralen Kontakt

38 So aber Ziff. 34 (Example 2) der Leitlinien.

39 Ziff. 54 der Leitlinien.

40 Vgl. nur Example 7 und 8 in Ziff. 54 der Leitlinien, die die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung beurteilen, ohne den tatsächlichen Vertragsinhalt zu thematisieren.

41 Ziff. 51 der Leitlinien.

42 Ziff. 49 f. der Leitlinien.

43 S. nur Erwägungsgrund 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM/2015/0634 final – 2015/0287 (COD).

44 S. zur Gleichstellung der Hingabe von Daten mit einer Geldzahlung im Rahmen von Verbraucherverträgen *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 312 BGB, Rn. 39.

45 S. zur Einordnung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Google LG Berlin, 19.11.2013 – 15 O 402/12, Rn. 30, juris: „Will der Anbieter der digitalen Dienste die aus der Zurverfügungstellung dieser Dienste erlangten Informationen – insbesondere für Werbemaßnahmen – weiterverwenden, kann hierin ein vertragliches Gegenseitigkeitsverhältnis liegen.“

46 S. *Krüger*, ZRP 2016, 190, 192. Vgl. auch *Engeler*, ZD 2018, 55, 60.

47 Vgl. nur OLG Frankfurt, 30.6.2005 – 6 U 168/04, Rn. 39, juris, zum BDSG-a.F.: „Die in § 28 Abs. 1 BDSG getroffene Regelung findet ihre Rechtfertigung darin, dass der Betroffene eine autonome Entscheidung für einen Vertragsabschluss (oder die Begründung eines Vertrauensverhältnisses) getroffen hat, womit er zugleich auch sein informationelles Selbstbestimmungsrecht ausgeübt hat.“

48 So aber *Wendehorst/Graf v. Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3747, 3750.

49 S. Art. 21 Abs. 2 DSGVO.

50 Vgl. Ziff. 49 der Leitlinien.

51 *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 21 DS-GVO, Rn. 33.

52 Vielmehr kann die freie Widerruflichkeit einer Einwilligung u.U. sogar durch eine wirksame vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden, s. *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DSGVO, Rn. 92.

wie z.B. Telefonanrufe, E-Mails oder SMS.⁵³ Steht vertraglich vereinbarte verhaltensbasierte Werbung zwar in Verbindung mit Direktmarketing, dient es zugleich aber auch anderen Zwecken, wird mit der Umsetzung des Widerspruchs allein die direktmarketing-relevante Verarbeitung unzulässig.⁵⁴

V. Wie geht es weiter?

Da die finale Veröffentlichung der Leitlinien noch aussteht, kann das EDPB dogmatischen Bedenken gegen den derzeitigen Entwurf noch Rechnung tragen. Die Konsultationsphase läuft noch bis zum 24. Mai 2019. Bis dahin haben interessierte Kreise Gelegenheit, zu dem Entwurf der Leitlinien Stellung zu nehmen und auf eine Überarbeitung der Leitlinien hinzuwirken.

Nach hier vertretener Auffassung sollte der Entwurf der Leitlinien unter der Prämisse, dass zivilrechtlich wirksam geschlossene Verträge über Online-Dienstleistungen unter Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO grundsätzlich zu akzeptieren sind, überarbeitet und dadurch auf ein rechtmäßiges Fundament gestellt werden. Dabei wäre insbesondere klarzustellen, dass die DSGVO weder eine zusätzliche Inhaltskontrolle wirksam geschlossener Verträge verlangt, noch ein grundsätzliches Verbot eines „Zahlen“ mit Daten statuiert.

VI. Fazit

Das Anliegen des EDPB, gegen Intransparenz und Benachteiligungen bei umfangreichen Datenverarbeitungen im Rahmen von Online-Angeboten vorzugehen, ist nachvollziehbar. Allerdings ist das zur Umsetzung dieses Anliegens gewählte Mittel einer datenschutzrechtlichen Inhaltskontrolle von Verträgen (bzw. einer typisierenden Beurteilung des Vertragszwecks) verfehlt und mit der Dogmatik der DSGVO nicht vereinbar. Sowohl auf europäischer Ebene als auch in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten existieren bereits erprobte Instrumente, um Nutzer vor intransparenten Vertragsbestimmungen oder einer unangemessenen Benachteiligung durch die Anbieter von Online-Dienstleistungen zu schützen. Sofern Zweifel daran bestehen, dass die

bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen privatautonome Entscheidungen der Nutzer von Online-Dienstleistungen im Rahmen von Verträgen hinreichend sicherstellen, ist der Gesetzgeber aufgerufen, etwaige Schutzlücken durch Anpassung oder Ergänzung der bestehenden Regelungen zu schließen.

Setzen sich die Leitlinien in der jetzigen Fassung durch, kann dies erhebliche Konsequenzen für die Anbieter von digitalen Dienstleistungen haben. Zu befürchten ist, dass die Datenschutzbehörden zivilrechtlich wirksam geschlossenen Verträgen durch die Hintertür der Erforderlichkeitsprüfung jegliche datenschutzrechtliche Relevanz absprechen. Im Ergebnis wird hierdurch gerade mit Blick auf neue Geschäftsmodelle die Gestaltungsfreiheit der Akteure erheblich beschränkt, ohne dass die DSGVO eine hinreichende Grundlage für eine solche Einschränkung bietet. Die Leitlinien bedürfen insofern einer umfassenden Überarbeitung auf der Grundlage der im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO gebotenen Zusammenschau vertragsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Parameter.

Dr. Moritz Indenhuck ist Associate bei lindenpartners in Berlin und berät zu Fragestellungen des gewerblichen Rechtsschutzes, des Datenschutzrechts und des IT-Rechts. Einen Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildet die Beratung von FinTechs und Finanzdienstleistern.



Thomas Britz, LL.M. (Berkeley), ist Associate bei lindenpartners in Berlin. Er berät zu allen Fragestellungen des IT- und Datenschutzrechts, insbesondere im Kontext der Finanzwirtschaft und Digitalisierung.



⁵³ Caspar, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 21 DSGVO, Rn. 21; Herbst, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, DS-GVO, Art. 21 DSGVO, Rn. 33.

⁵⁴ Schulz, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 21 DS-GVO, Rn. 24.

Dr. Markus Burianski, LL.M., RA, und Bettina Braun

DSGVO und internationale Schiedsverfahren – ein Jahr danach

Seit dem 25.5.2018 gilt die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) – auch für nationale und internationale Schiedsverfahren. Da in Schiedsverfahren oft große Mengen an datenschutzrechtlich relevanten Informationen verarbeitet werden, insbesondere, wenn angelsächsisch geprägte Verfahrensprinzipien zur Anwendung gelangen, gibt das Inkrafttreten der DSGVO Anlass, über deren Auswirkungen und etwaige Anpassungen tradierter Vorgehensweisen nachzudenken. Die Autoren fassen im Folgenden zunächst den neuen datenschutzrechtlichen Rahmen zusammen, arbeiten sodann die Relevanz der datenschutzrechtlichen Regelungen für unterschiedliche Phasen eines Schiedsverfahrens heraus und geben letztlich praktische Hinweise für die Vorbereitung und Durchführung künftiger Schiedsverfahren.

sungen tradierter Vorgehensweisen nachzudenken. Die Autoren fassen im Folgenden zunächst den neuen datenschutzrechtlichen Rahmen zusammen, arbeiten sodann die Relevanz der datenschutzrechtlichen Regelungen für unterschiedliche Phasen eines Schiedsverfahrens heraus und geben letztlich praktische Hinweise für die Vorbereitung und Durchführung künftiger Schiedsverfahren.