

Dimitrios Devetzis

# Daten als Gegenleistung

Einführende Überlegungen zur dogmatischen  
Einordnung des Art. 3 der Richtlinie (EU) 2019/770  
in die Zivilrechtsordnungen der Mitgliedstaaten

λογος



# Daten als Gegenleistung

Einführende Überlegungen zur dogmatischen  
Einordnung des Art. 3 der Richtlinie (EU) 2019/770  
in die Zivilrechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Dimitrios Devetzis

Mit einem Vorwort von J. Michael Rainer

Logos Verlag Berlin



## Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Creative Commons Lizenz CC BY-SA (<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>). Die Bedingungen der Creative-Commons-Lizenz gelten nur für Originalmaterial. Die Wiederverwendung von Material aus anderen Quellen (gekennzeichnet mit Quellenangabe) wie z.B. Schaubilder, Abbildungen, Fotos und Textauszüge erfordert ggf. weitere Nutzungsgenehmigungen durch den jeweiligen Rechteinhaber.



Logos Verlag Berlin GmbH 2026

ISBN 978-3-8325-6110-9

Logos Verlag Berlin GmbH  
Georg-Knorr-Str. 4, Geb. 10,  
12681 Berlin, Germany

Tel.: +49 (0)30 / 42 85 10 90

Fax: +49 (0)30 / 42 85 10 92

<https://www.logos-verlag.de>

*Meinem Lehrer Prof. Dr. Dr. Bernd H. Oppermann, Prof. h.c. (UMCS),  
LL.M. (UCLA)  
In tiefster Dankbarkeit*

*«Ὁ νοῦς οὐκ ἀγγεῖον ἐστὶν ἀποπληρώσεως, ἀλλὰ πυρὸς ἀναπτέως.»*

— Πλούταρχος, Περὶ τοῦ Ἀκούειν 48D

*„Der Geist ist kein Gefäß, das gefüllt, sondern ein Feuer, das entzündet  
werden will.“ — Plutarch, Vom Zuhören 48D*

*„Was du ererbt von deinen Vätern hast, erwirb es, um es zu besitzen.“*

— Goethe, Faust I, vv. 682–683



## Vorwort

Die digitale Wirtschaft hat das hergebrachte Vertragsmodell des Privatrechts auf eine Weise herausgefordert, die das zivilistische Denken neu zu vermessen zwingt. Wenn der Verbraucher in zahllosen alltäglichen Transaktionen keinen Geldbetrag mehr leistet, sondern personenbezogene Daten, deren wirtschaftliche Substanz die Plattformökonomie längst kennt – wie verhält sich dieses Geschäft zu den Grundkategorien des Schuldrechts? Welcher dogmatische Ort kommt der datenschutzrechtlichen Einwilligung zu, deren freie Widerruflichkeit die synallagmatische Struktur des Austauschs zunächst zu unterminieren scheint? Und auf welchem Wege lassen sich die regulatorischen Antworten der Union – die Richtlinie (EU) 2019/770, die DSGVO, der Data Act, der Digital Services Act, der Digital Markets Act – zu einem kohärenten privatrechtlichen Rahmen verdichten?

Die vorliegende Arbeit greift diese Fragen mit doppelter Verortung in der zivilistischen Tradition auf: aus der deutschen wie aus der griechischen Privatrechtsdogmatik, deren strukturelle Konvergenz hier keineswegs nur behauptet, sondern minutiös belegt wird. Die Verbindung dieser beiden Schultraditionen mit einem klaren rechtsvergleichenden Programm und mit einer eigenständigen dogmatischen These – die Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung, die Verbraucherleistung als Einräumung der faktischen Möglichkeit gewerblicher Verwertung – ist die methodische Eigenart der Untersuchung. Sie ist zugleich der Grund, warum die Lektüre auch dem deutschen Leser, der mit der hiesigen Diskussion vertraut zu sein meint, einen bemerkenswerten Erkenntnisgewinn verspricht.

Was die Arbeit besonders nützlich macht, ist die Verbindung von analytischer Strenge und systematischer Reichweite. Die zehn Thesen des Schlusskapitels formulieren nicht nur eine Position, sondern bieten einem kritischen Leser die Angriffsflächen, an denen sich die Argumentation erproben lässt. Die rechtsvergleichende Anlage – einschließlich der griechischen Umsetzung und Lehre, die in der deutschsprachigen Literatur bislang nur am Rande wahrgenommen worden ist – erweitert den Horizont und zeigt, dass die zivilrechtliche Antwort auf die digitale Her-

ausforderung nicht das Werk einer einzelnen Rechtsordnung ist, sondern ein gemeinsames Anliegen der zivilrechtlichen europäischen Tradition.

Dieses Buch ist in vielerlei Hinsicht ein herausragendes Werk, und ja, warum nicht ein Meisterwerk. Der Verfasser beherrscht die zivilrechtliche Dogmatik Griechenlands ebenso wie jene Deutschlands in beeindruckender Weise. Insbesondere kann man anhand dieses Buches erkennen, wie nah und doch unterschiedlich die deutsche und die griechische Rechtsordnungen sind. Besonders überzeugen konnte mich die so spannende und innovative Fragestellung zur digitalen Wirtschaft. Neues wird mit Althergebrachtem in Verbindung gebracht werden müssen zum Wohle der Vertragsparteien und einer geordneten wirtschaftlichen Gestaltung und Entwicklung in den einzelnen Rechtsordnungen und in der Europäischen Union. Darüber hinaus wird keine Rechtsordnung in ihrer gewiss durch Technologie und Fortschritt bestimmten Entwicklung ohne ein uraltes Grundprinzip des Rechts, der Gerechtigkeit, auskommen. Die Ausführungen von Devetzi haben diese Annahme in unzweifelhafter Weise bestätigt.

Es ist mir eine große Freude, zu dieser so bemerkenswerten Studie das Vorwort zu schreiben und ihr einen breiten Leserkreis zu wünschen – in der Praxis, in der akademischen Lehre und in den Reformüberlegungen, die das EU-Digitalprivatrecht in den kommenden Jahren beanspruchen wird.

*München im Mai 2026*

Em. o. Univ. Prof. DDr. Dr. h. c. mult. J. Michael Rainer

## Vorwort des Verfassers

Die vorliegende Arbeit ist das Ergebnis mehrjähriger Forschung zur vertraglichen Verarbeitung personenbezogener Daten als Gegenleistung im Sinne der Richtlinie (EU) 2019/770 und des umfassenderen europäischen Privatrechts der digitalen Wirtschaft. Ihr Anliegen ist es, die deutsche und die griechische zivilistische Tradition in einen dauerhaften dogmatischen Dialog zu führen und eine kohärente Rekonstruktion der Verbrauchergegenleistung zu verteidigen – nämlich die Einräumung der faktischen Möglichkeit gewerblicher Verwertung an den Unternehmer, die weder die synallagmatische Struktur des Vertragsrechts noch die autonomie-schützende Architektur des Datenschutzrechts verletzt.

Eine Arbeit dieses Zuschnitts kann nie das Werk eines Einzelnen sein. Mein Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Professor Oppermann, dessen Strenge, Großzügigkeit und unerschütterliches Vertrauen nicht nur diese Studie, sondern meine gesamte wissenschaftliche Ausbildung geprägt haben. Das demütigste Bekenntnis, das ich gegenüber jenem ablegen kann, dem ich mich verpflichtet weiß, ist die Widmung auf der vorhergehenden Seite.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich Herrn Professor Dr. Michael Johannes Rainer, der die Güte hatte, das Vorwort zu diesem Band zu verfassen, und dessen Bemerkungen die Argumentation in jedem Stadium der Bearbeitung wesentlich verbessert haben. Sein wegweisender Beitrag zur Digitalinhalte-Richtlinie und zur dogmatischen Architektur des europäischen Vertragsrechts im digitalen Zeitalter war ein steter Bezugspunkt; die Gespräche, die wir in den vergangenen Jahren geführt haben, sind auf vielfältige Weise auf jeder folgenden Seite gegenwärtig.

Verbunden bin ich ferner jenen Kolleginnen und Kollegen sowie Freunden in Hannover, Salzburg, Nikosia, Trnava, Athen und Thessaloniki, die Entwürfe gelesen, Hinweise auf Literatur gegeben und mich vor zahlreichen Lehr- und Zitierfehlern bewahrt haben. Die verbleibenden Fehler sind selbstverständlich allein meine eigenen.

Besonderer Erwähnung bedarf meine Familie, deren Geduld über die Jahre des Schreibens die stille Voraussetzung alles Geschriebenen

war, ebenso wie die Bibliothekarinnen und Lektoren, deren tägliches Handwerk die ebenso stille Voraussetzung dafür gebildet hat, dass diese Arbeit überhaupt entstehen konnte.

*Wien, im April 2026*

Dr. iur. Dimitrios Devetzis, LL.M., M.L.E.

Assistant Professor of Law, Frederick University; Legal Specialist in Private Law and Technology, European Commission; Visiting Professor, Université Orthodoxe au Congo; Lektor, Juristische Fakultät, Paris Lodron Universität Salzburg; Sekretär des 2. Ausschusses für bioethische Beurteilung der Republik Zypern.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> . . . . .	5
<b>Vorwort des Verfassers</b> . . . . .	7
<b>§ 1 Grundlagen und Methodik</b> . . . . .	17
§ 1.1 Die digitale Wirtschaft, die Anerkennung des DaG und die Grenzen des Datenschutzrechts . . . . .	17
§ 1.2 Die These: Daten als Substanz der Gegenleistung, Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung . . . . .	22
§ 1.3 Gang der Untersuchung . . . . .	23
<b>§ 2 Wirtschaftlicher und gesetzgeberischer Hintergrund des DaG-Konzepts</b> . . . . .	27
§ 2.1 Wirtschaftliche Grundlagen und das vorrichtlinienrechtliche Regelungsvakuum . . . . .	27
§ 2.2 Der Gesetzgebungsprozess: Vom Vorschlag 2015 bis zum endgültigen Text 2019 . . . . .	32
§ 2.3 Der Ansatz partieller Vollharmonisierung . . . . .	35
<b>§ 3 Die Architektur des Art. 3 DCD</b> . . . . .	39
§ 3.1 Anwendungsbereich und Bereichsausnahme . . . . .	39
§ 3.2 Zivilrechtliche Tradition: deutsch-griechische dogmatische Grundlagen . . . . .	49
§ 3.3 Vertragstypologie, sui generis und Datentypen . . . . .	53
<b>§ 4 Die Kernfrage: Daten, Einwilligung oder die Möglichkeit der Nutzung?</b> . . . . .	59
§ 4.1 Die Frage und ihre dogmatische Tragweite . . . . .	59
§ 4.2 Die herrschende Auffassung und ihre Kritik . . . . .	61
§ 4.3 Die hier vertretene Position: Einräumung der faktischen Nutzungsmöglichkeit . . . . .	69

<b>§ 5</b>	<b>Die strukturelle Spannung zwischen DCD und DSGVO</b>	79
§ 5.1	Das Kopplungsverbot und die Grenzen der Vertragsfreiheit . . . . .	79
§ 5.2	Widerruf der Einwilligung: Art. 7 Abs. 3 DSGVO vs. Art. 14 Abs. 2 DCD . . . . .	86
§ 5.3	Rechtsfolgen nach Vertragsbeendigung, Abstraktionsprinzip und Bereicherungsrecht . . . . .	89
<b>§ 6</b>	<b>Kommodifizierung und die Debatte um das Dateneigentum</b> . . . . .	97
§ 6.1	Wirtschaftsgutcharakter und der grundrechtliche Einwand . . . . .	97
§ 6.2	Entgeltliche Verträge, Synallagma und § 516a BGB	103
§ 6.3	Die Debatte um das Dateneigentum: Schuldrechtlicher Weg vs. Dateneigentumsrecht . . . . .	106
<b>§ 7</b>	<b>Die nationale Umsetzung in der zivilrechtlichen Tradition</b> . . . . .	113
§ 7.1	Vollharmonisierung, offene Rechtsnatur und nationale Vielfalt . . . . .	113
§ 7.2	Die deutsche Umsetzung: §§ 327 ff. BGB und § 516a BGB . . . . .	116
§ 7.3	Die griechische Umsetzung und die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln . . . . .	119
<b>§ 8</b>	<b>Die Richtlinie im sich wandelnden EU-Datenrechts-umfeld</b> . . . . .	131
§ 8.1	Der erweiterte EU-Datenkorpus: Data Act, DGA und Omnibus-Richtlinie . . . . .	131
§ 8.2	Datenportabilität nach Art. 20 DSGVO . . . . .	134
§ 8.3	Konvergenz mit DSA/DMA und die immaterialgüterrechtliche Dimension . . . . .	140
<b>§ 9</b>	<b>Das „Pay or Consent“-Paradigma: Entwicklungen nach 2023</b> . . . . .	147
§ 9.1	Genese von „Pay or Consent“: Meta vs. Bundeskartellamt und die Antwort des EDPB . . . . .	147
§ 9.2	Der DMA – Entscheidung der Kommission und die regulatorische Fragmentierung . . . . .	152

§ 9.3	Dogmatische Implikationen: Freie Einwilligung und vertragliche Äquivalenz . . . . .	155
<b>§ 10</b>	<b>Summa Summarum &amp; Ultimae Cogitationes . . . . .</b>	<b>161</b>
§ 10.1	Die Errungenschaft der Richtlinie und das Anliegen dieser Studie . . . . .	161
§ 10.2	Offene Fragen und die fortdauernde wissenschaftliche Diskussion . . . . .	162
§ 10.3	Konvergenz der zivilistischen Tradition und ein europäisches dogmatisches System . . . . .	164
§ 10.4	Zehn Thesen (Summa Summarum) . . . . .	167
<b>§ 11</b>	<b>Epilog – „Die Welt von Gestern, der Diskurs von Morgen“ . . . . .</b>	<b>173</b>
§ 11.1	Analoges Vertragsrecht angesichts der digitalen Herausforderung und die Lehren der DaG-Debatte . . . . .	173
§ 11.2	Offene Horizonte: KI, synthetische Daten und auf dem Weg zu einem europäischen digitalen Privatrecht . . . . .	175
<b>§ 12</b>	<b>Bibliographie . . . . .</b>	<b>179</b>



# Abkürzungsverzeichnis

Die vorliegende Arbeit verwendet die nachstehenden Abkürzungen. Die Einträge sind in zwei Blöcke unterteilt: zunächst die Einträge im lateinischen Alphabet, sodann jene im griechischen Alphabet, jeweils in alphabetischer Reihenfolge. Wird derselbe Rechtstext oder dasselbe Rechtsinstrument unter beiden Alphabeten geführt (etwa das griechische Zivilgesetzbuch als AK bzw. AK), so erscheint der Eintrag unter dem jeweiligen Buchstaben. Die Zitierweise folgt für englischsprachige Quellen dem OSCOLA-Stil und für deutsche Quellen den Konventionen der deutschen juristischen Zitierpraxis (in der die Seitenzahlen ebenfalls kursiv erscheinen); griechische Quellen werden mit Seitenzahl zitiert, ergänzt – soweit angegeben – um die Randnummer des Abschnitts.

## I. Abkürzungen des lateinischen Alphabets

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen (Deutschland)
AGB (Plattform)	Nutzungsbedingungen (Terms of Service)
AI	Artificial Intelligence (Künstliche Intelligenz)
AK	Astikos Kodikas – Griechisches Zivilgesetzbuch
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
B2B	Business-to-Business
B2C	Business-to-Consumer
BB	Betriebs-Berater (deutsche Fachzeitschrift)

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch – Deutsches Zivilgesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache (Gesetzesmaterialien)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
COM	Mitteilung / Dokument der Europäischen Kommission
DCD	Richtlinie (EU) 2019/770 (Digitalinhalte-Richtlinie)
DGA	Data Governance Act – Verordnung (EU) 2022/868
DMA	Digital Markets Act – Verordnung (EU) 2022/1925
DSA	Digital Services Act – Verordnung (EU) 2022/2065
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung – Verordnung (EU) 2016/679
DSM	Digitaler Binnenmarkt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Fachzeitschrift)
DaG	Daten als Gegenleistung
Dalloz IP/IT	Dalloz – droit de la propriété intellectuelle et du numérique
EDPB	Europäischer Datenschutzausschuss (European Data Protection Board)
EDPS	Europäischer Datenschutzbeauftragter (European Data Protection Supervisor)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
Giust. civ.	Giustizia civile (Italien)
IP	Geistiges Eigentum

JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht (Berliner Berufungsgericht)
KSchG	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
LG	Landgericht (Deutschland)
MMR	MultiMedia und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OUP	Oxford University Press
RGPD	Règlement général sur la protection des données – frz. Akronym DSGVO
Riv. trim.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (Italien)
Rn.	Randnummer
Stand	Stand [Datum] – BeckOGK/BeckOK-Bearbeitungsstand
VGG	Verbrauchergewährleistungsgesetz (Österreich; Umsetzung RL 2019/770)
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht (Österreich)
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft

## II. Abkürzungen des griechischen Alphabets

ΑΚ	Αστικός Κώδικας – Griechisches Zivilgesetzbuch
ΓΚΠΔ	Γενικός Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων – griechisches Akronym DSGVO
ΓΟΣ	Γενικοί Όροι Συναλλαγών – Allgemeine Geschäftsbedingungen
ν.	νόμος – Gesetz (z. B. ν. 4967/2022)
σ./σσ.	σελίδα / σελίδες – Seite / Seiten

# § 1 Grundlagen und Methodik

## § 1.1 Die digitale Wirtschaft, die Anerkennung des DaG und die Grenzen des Datenschutzrechts

Das Wachstum digitaler Plattformen, die ihre Dienste – wie der Begriff suggeriert – als „kostenlos“<sup>1</sup> anbieten, gehört zu den prägenden Merkmalen der modernen Wirtschaft<sup>2</sup>. Soziale Netzwerke, Cloud-Speicherdienste, Suchmaschinen, Streaming-Angebote und zahlreiche weitere digitale Vermittler laden den Verbraucher dazu ein, hochentwickelte Leistungen ohne jede Geldzahlung in Anspruch zu nehmen<sup>3</sup>. Was bei diesen Geschäften tatsächlich geschieht, bleibt unsichtbar – und stellt gleichwohl eine Form wirtschaftlichen Austauschs dar<sup>4</sup>. Die strukturelle Unsichtbarkeit dieses Austauschvorgangs ist keine bloße kommunikative Eigentümlichkeit der Plattformökonomie, sondern eine konstitutive Eigenschaft algorithmisch gesteuerter Vertragsanbahnungsprozesse, in denen die Vertragselemente der hergebrachten zivilrechtlichen Dogmatik – Angebot, Annahme, Inhaltsbestimmung, Willensübereinstimmung – durch automatisierte Systeme so dezentralisiert werden, dass sie für den Verbraucher kaum mehr als bewusste Vertragshandlungen erkennbar sind<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup>Vgl. dazu auch oben § 4.2.

<sup>2</sup>Zum offen gehaltenen Charakter der DaG-Debatte und ihren Implikationen für die Rechtswissenschaft siehe Schulze, „Daten als Gegenleistung – Vertragsrecht 2.0?“, in: Festschrift Roth (Mohr Siebeck 2020); Wendehorst, Wandel des Vertragsrechts in der Plattformökonomie (im Erscheinen).

<sup>3</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>4</sup>Siehe ferner A. Metzger, „Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag“, (2017) 216 Archiv für die civilistische Praxis 817, 833–836; M. Schmidt-Kessel und C. Grimm, „Unentgeltlich oder entgeltlich? – der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten“, (2017) 1 Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 84, 92.

<sup>5</sup>Zur strukturellen Dezentralisierung der Vertragselemente in algorithmisch gesteuerten Plattform-Architekturen siehe Linardatos D, „Smart Contracts und vorvertragliche Pflichten – Aspekte algorithmisch gesteuerter Vertragsanbahnung“, (2019) *MMR* 565,

Anstelle eines Preises gibt der Verbraucher personenbezogene Informationen preis – Informationen, die der Unternehmer verarbeitet, analysiert, aggregiert und monetarisiert, um daraus einen kommerziellen Gewinn zu erzielen<sup>6</sup>. In Anerkennung dieser strukturellen Wirklichkeit hat der Unionsgesetzgeber mit dem Erlass der Richtlinie (EU) 2019/770 (im Folgenden: Richtlinie oder DCD) einen entscheidenden Schritt getan und die rechtliche Bedeutung personenbezogener Daten als eine Form vertraglicher Gegenleistung förmlich anerkannt<sup>7</sup>. Aus zivilrechtlicher Sicht ist die strukturelle Frage zu stellen, wie das Zusammenspiel von Schuldrecht und Datenschutzrecht zu konzeptualisieren ist: Die umfassende Untersuchung beider Bereiche kann grundsätzlich zur Entwicklung eines besonderen Schuldrechts der personenbezogenen Daten führen – also zur Integration der Methoden personenbezogener Datenverwertung in den Korpus synallagmatischer Verträge. Die jüngste griechische Behandlung der Vertragstypologie in datenbezogenen Austauschverhältnissen liefert eine zusätzliche Verankerung dieser Konstruktion durch eine eingehende Analyse des Begriffs der *παροχή* im Sinne des Art. 287 AK und ihrer Anwendung auf die DCD-Konstellation<sup>8</sup>. Diese Programmatik wird auf europäischer Ebene und in den nationalen Rechtsordnungen unterschiedlich verarbeitet; die vorliegende Studie verfolgt sie im Rahmen einer rechtsvergleichenden Analyse, die schwerpunktmäßig die deutsche und die griechische zivilistische Tradition heranzieht<sup>9</sup>.

---

569 ff.; ergänzend zur dogmatischen Behandlung der „Unsichtbarkeit“ der Datenüberlassung Hermstrüwer Y, *Informationelle Selbstgefährdung*, Mohr Siebeck 2016, Kap. 3.

<sup>6</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>7</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>8</sup>Vgl. Christodoulou K, „Η Σύμβαση Παροχής Ψηφιακού Περιεχομένου και η Έννοια της Παροχής“, (2023) *ΝοΒ* 71, 1023 ff. (zur dogmatischen Verortung der Datenüberlassung als *παροχή* im Sinne des Art. 287 AK); ergänzend zur jüngsten dogmatischen Aufarbeitung Stathopoulos M / Christodoulou K, *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*, Sakkoulas 2025.

<sup>9</sup>Zur griechischen schuldrechtlichen Lehre, die den dogmatischen Rahmen dieser Studie mitprägt, vgl. Karakostas I und Manthos T, *Δίκαιο της Πληροφορικής* [Recht der Informatik], 5. Aufl., Nomiki Bibliothiki 2022; Pamboukis CN, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Συμβάσεων* [Internationales Privatrecht der Verträge], 2. Aufl., Sakkoulas 2019; Mentis G, *Γενικοί Όροι Συναλλαγών σε Καταναλωτικές και Εμπορικές Συμβάσεις* [Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verbraucher- und Handelsverträgen], 4. Aufl., Sakkoulas

### § 1.1.A Griechisches dogmatisches Programm: Sonderschuldrecht der personenbezogenen Daten

Die Richtlinie, die am 11. Juni 2019<sup>10</sup> in Kraft trat und seit dem 1. Januar 2022<sup>11</sup> anwendbar ist, ist das erste Instrument des EU-Privatrechts, das die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen systematisch regelt<sup>12</sup>. Die DCD und ihre Schwesterrichtlinie (EU) 2019/771 stellen, wie Carvalho kurz nach ihrem Erlass bemerkt hat, eine erhebliche Herausforderung für das Verbraucherrecht auf europäischer Ebene dar<sup>13</sup>. Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission stammt aus dem Jahr 2015; der endgültige Text ging aus einem langwierigen Gesetzgebungsverfahren hervor, das von der Strategie für den digitalen Binnenmarkt, den Erwartungen der entstehenden Datenwirtschaft und einer erbittert geführten Debatte über das Verhältnis von Vertragsrecht und Datenschutzrecht geprägt war<sup>14</sup>. Die zentrale Neuerung der Richtlinie besteht in der Anerkennung der Tatsache, dass der Verbraucher personenbezogene Daten anstelle eines Geldbetrages als Gegenleistung für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen einsetzen kann<sup>15</sup>. Dieses Konzept – als Daten-als-Gegenleistung-Konzept (DaG) bezeichnet – liegt an der Schnittstelle von Vertragsrecht, Verbraucherschutz und Grundrechten<sup>16</sup>. Art. 3 Abs. 1 weitet den Anwendungsbereich der Richtlinie bewusst auf Daten-gegen-Dienstleistung-Geschäfte aus und vollzieht so einen konzeptionellen Bruch mit der hergebrachten monetären Vorstellung vertrag-

---

2020; rechtsphilosophisch grundlegend Spyropoulos P, *Συνταγματικό Δίκαιο* [Verfassungsrecht], 4. Aufl., Sakkoulas 2018, §§ 12-15 zur informationellen Selbstbestimmung; ergänzend zur historischen Tiefe der Vertragslehre Ladas P, *Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου* II, Sakkoulas 2009, § 32.

<sup>10</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105.

<sup>11</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>12</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>13</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>14</sup>Zur strukturellen Transformation der digitalen Wirtschaft und zur Rolle personenbezogener Daten als zentraler Ressource siehe OECD, „Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being“ (OECD Publishing 2015), Kap. 1; Viktor Mayer-Schönberger und Kenneth Cukier, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think* (John Murray 2013), S. 5–12.

<sup>15</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>16</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

lichen Austauschs<sup>17</sup>; ein Schritt, der die tiefgreifende Frage aufwirft, ob die hergebrachten Kategorien des Vertragsrechts noch ausreichen oder ob die digitale Wirtschaft bereits einen vollkommen neuen Bezugsrahmen geschaffen hat<sup>18</sup>.

Die der vorliegenden Untersuchung zugrunde liegende Annahme lautet, dass der datenbasierte Geschäftsverkehr eines privatrechtlichen Rahmens bedarf, wenn auf längere Sicht ein gesunder und fairer kommerzieller Austausch möglich sein soll<sup>19</sup>. Das Datenschutzrecht ist dieser Aufgabe nicht gewachsen: Es konzentriert sich ausschließlich auf den Schutz der Datensoveränität des Einzelnen, hat weder gleichberechtigte Vertragsparteien im Blick noch dient es dem Ausgleich konkurrierender wirtschaftlicher Interessen Privater oder der Gewährleistung eines geordneten Geschäftsverkehrs<sup>20</sup>. Bezeichnenderweise ist die zivilrechtliche Verarbeitung desselben Punktes besonders aufschlussreich: Die Koordination („Koordination“) von Vertragsrecht und Datenschutzrecht führt zu einer Reihe sogenannter „autonomiebezogener Wertungen und Konflikte“, die die dogmatische Landschaft ebenso prägen wie die regulatorischen Entscheidungen, mit unmittelbaren Folgen für das Schuldrecht<sup>21</sup>. Fragen wie die Verteilung der Erfüllungsrisiken zwischen den Vertragsparteien in wirtschaftlich angemessener und billiger Weise sind Fragen, auf die das Datenschutzrecht keine Antwort geben kann; allein das Ver-

---

<sup>17</sup>Die Anwendungsbereichsformulierung der Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 ist bewusst weiter gefasst als die vertragsrechtliche Literatur erwartet hatte: Sie umfasst sowohl die Bereitstellung digitaler Inhalte als auch die Erbringung digitaler Dienste innerhalb eines einheitlichen Regimes, mit der Folge, dass die tradierten nationalrechtlichen Unterscheidungen zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag für die Zwecke des DaG-Konzepts faktisch eingeebnet werden.

<sup>18</sup>Diese Programmatik wird in der Literatur unter dem Schlagwort der „Anerkennung der wirtschaftlichen Realität“ diskutiert; vgl. dazu eingehend Auer M, „Digitale Leistungen“, (2019) *ZfPW* 130, 137 ff., der die paradigmatische Bedeutung der DCD für die zivilrechtliche Modernisierung herausarbeitet, sowie Howells G/Twigg-Flesner C/Wilhelmsson T, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge 2018, Kap. 7, zu den breiteren Auswirkungen auf das EU-Verbraucherrecht.

<sup>19</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

<sup>20</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>21</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

tragsrecht kann hierauf Antworten liefern<sup>22</sup>. Die Verbraucher und die Anbieter digitaler Inhalte und Dienstleistungen sind zugleich Konsumenten und Produzenten: Sie erzeugen die enormen Datenmengen, auf die die gesamte Online-Wirtschaft angewiesen ist<sup>23</sup>; ohne Zugang zu Daten könnten sie in einer datengetriebenen Gesellschaft nicht weiter Innovation hervorbringen – intelligente Maschinenleistungen wären ohne Daten unmöglich<sup>24</sup>. Die großen Digitalkonzerne – Alphabet, Amazon, Meta, X – ziehen ihren Gewinn aus der Verarbeitung und Verwertung der Daten, die jeder Nutzer hinterlässt<sup>25</sup>; die Kommerzialisierung personenbezogener Daten ist somit eine Tatsache und gelebte Vertragspraxis<sup>26</sup>. Der durchschnittliche Verbraucher überschätzt indes nicht den Wert der Daten, die er preisgibt<sup>27</sup>; in der Praxis werden seine personenbezogenen Daten zu zwei- oder dreistelligen Beträgen gehandelt, und gerade dieser Handel macht digitale Dienste ohne unmittelbare Geldzahlung des Betroffenen erst möglich<sup>28</sup>. Vertragliche Regelungen, die dem Betroffenen vor Augen führen, dass er einen wertvollen Vermögenswert hingibt, stärken die Position des Verbrauchers, denn der Nutzer kann die ordnungsgemäße Erbringung der digitalen Leistung selbstbewusst einfordern, sobald er sich darüber im Klaren ist, dass er nicht bloß Empfänger einer hochwertigen Dienstleistung ist, sondern selbst einen Lieferanten echten Werts darstellt.

---

<sup>22</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>23</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos 2024.

<sup>24</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>25</sup>Zur unentschiedenen Behandlung von Metadaten und Cookies in den Erwägungsgründen 24 und 25 siehe Metzger, „A Market Model for Personal Data: State of Play Under the New Directive on Digital Content and Digital Services“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 4), 25, 30–32; Linardatos, § 5.3 Rn. 21–22.

<sup>26</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>27</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>28</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

## § 1.2 Die These: Daten als Substanz der Gegenleistung, Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung

Die Anerkennung der Daten als Gegenleistung führt zugleich zu einer effizienten Allokation dieser wirtschaftlichen Ressource: Die Daten fließen dorthin, wo sie am profitabelsten genutzt werden<sup>29</sup>. Der Datenwert ist nicht den Daten inhärent, sondern wird vom Datenverwender während der Nutzung und des Verbrauchs erzeugt<sup>30</sup>; Daten sind Erfahrungsgüter, deren Qualität und Wert sich erst bei tatsächlicher Verwendung erweisen<sup>31</sup>. Der Wettbewerb um den wirtschaftlichen Nutzen von Daten führt daher nicht nur zu einer effektiven Verteilung, sondern auch zu einer verbesserten Bereitstellung digitaler Inhalte: Diejenigen, die den größten Nutzen aus den Daten ziehen können, haben den stärksten Anreiz, diese zu erwerben, wobei eine höhere Dienstleistungsqualität des Anbieters einem besseren Zugang zu den benötigten Daten entspricht.

### § 1.2.A Tatsächliche Möglichkeit, Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung

Die zu Beginn formulierte These dieser Arbeit lautet, dass die textliche Entscheidung der Richtlinie, die Verbrauchergegenleistung im Vertrag auf die faktische Möglichkeit gewerblicher Verwertung zu stützen, bei zutreffendem Verständnis sowohl wirtschaftlich realistisch als auch dogmatisch tragfähig ist: Die Verbrauchergegenleistung im Vertrag besteht in der Einräumung der faktischen Möglichkeit gewerblicher Verwertung, während die Einwilligung in einem anderen Register operiert – als Voraussetzung der Vertragswirksamkeit und als öffentlich-rechtliche Voraussetzung einer rechtmäßigen Verarbeitung<sup>32</sup>. Die parallele Analyse nach griechischem Recht gelangt zu einem sehr ähnlichen Ergebnis: Der wei-

---

<sup>29</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>30</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>31</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>32</sup>Frederick Zuiderveen Borgesius, „Informed Consent: We Can Do Better to Defend Privacy“, (2015) 13 IEEE Security and Privacy 103, 104–106, mit einer Darstellung der Intransparenz von Datenaggregationspraktiken und deren Auswirkungen auf eine informierte Einwilligung.

te Begriff der Leistung („παροχή“) im Sinne des Art. 287 AK – der die Datenbereitstellung als modernes Paradigma nicht-monetärer Leistungen ideellen oder immateriellen Werts umfasst – nimmt das DaG ohne Schwierigkeiten auf<sup>33</sup>; und der Grundsatz der Vertragsfreiheit nach Art. 361 AK verleiht nicht-monetären Gegenleistungen ideellen oder immateriellen Werts die dogmatische Autorität, wobei die Datenbereitstellung das moderne Paradigma bildet<sup>34</sup>.

## § 1.3 Gang der Untersuchung

Der Aufbau der nachfolgenden Paragraphen folgt diesem Argument. § 2 verortet das DaG-Konzept innerhalb der digitalen Wirtschaft und zeichnet seine gesetzgeberische Entwicklung vom Kommissionsvorschlag 2015 bis zum endgültigen Text und seiner Umsetzung im Wege partieller Vollharmonisierung nach. § 3 untersucht die dogmatische Architektur des Art. 3 DCD – die Grundregel der Einbeziehung, die Bereichsausnahme, die Datentypen, die als Gegenleistung in Betracht kommen, sowie die Charakterisierung von DaG-Verträgen innerhalb der deutschen und der griechischen zivilrechtlichen Tradition<sup>35</sup>. Der analytische Rahmen, der aus der griechischen dogmatischen Zweiteilung zwischen der dinglichen (persönlichkeitsrechtlichen) und der schuldrechtlichen Dimension personenbezogener Daten gewonnen wird, ist systematisch in die Erörterung eingebettet. § 4 widmet sich der grundlegenden dogmatischen Frage, ob die Verbrauchergegenleistung in der Bereitstellung der Daten selbst liegt oder in der für die rechtmäßige Verarbeitung erforderlichen

<sup>33</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>34</sup>Vertiefend zur dogmatischen Anerkennung nicht-monetärer Gegenleistungen Sattler A, „Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand“, (2017) 72 *JZ* 1036, 1041 ff.; ders., „Datenschutz als Leistungsstörung“, in Pertot T (Hrsg.), *Rechte an Daten*, Mohr Siebeck 2020, S. 175; Specht-Riemenschneider L, „Eine Theorie des Datenrechts“, (2020) 220 *AcP* 1, 28 ff.; Dagoglou P, *Ατομικά Δικαιώματα* [Individualrechte], Bd. II, 4. Aufl., Sakkoulas 2012, §§ 90-92 zur grundrechtlichen Verankerung der informationellen Selbstbestimmung.

<sup>35</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

Datenschutz Einwilligung<sup>36</sup>; er entwickelt die in dieser Arbeit verteidigte Position im Einzelnen und liefert eine Kritik der herrschenden Auffassung von der Einwilligung als Gegenleistung. § 5 analysiert die strukturelle Spannung zwischen dem DaG-Rahmen und der DSGVO – das Koppelungsverbot des Art. 7 Abs. 4, die Folgen des Einwilligungswiderrufs und das Zusammenspiel von Art. 14 Abs. 2 DCD mit dem Leistungsstörungenrecht, ergänzt durch die griechische Trennungsprinzip-Analyse (Abstraktionsprinzip) des Verhältnisses von Bereitstellungsvertrag und Datenschutz Einwilligung. § 6 erörtert die wirtschaftlichen und normativen Dimensionen der Datenkommodifizierung, den grundrechtlichen Einwand gegen das DaG und die Debatte um das Dateneigentum. § 7 gibt einen Überblick über die nationale Umsetzung in der zivilrechtlichen Tradition. § 8 verortet die Richtlinie sodann im sich wandelnden Datenrechtsumfeld der Union, einschließlich der Datenportabilität nach Art. 20 DSGVO sowie der Konvergenz mit DSA und DMA<sup>37</sup>. § 9 widmet sich den jüngsten „Pay or Consent“<sup>38</sup>-Streitigkeiten, die durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meta vs. Bundeskartellamt*<sup>39</sup> vom 4. Juli 2023 ausgelöst und vom EDPB (Stellungnahme 08/2024) sowie von der Kommission im ersten DMA-Durchsetzungsbeschluss vom April 2025 weiter behandelt worden sind. § 10 fasst die zehn Thesen der Untersu-

---

<sup>36</sup>Zu einer Darstellung der strukturellen Abhängigkeit zeitgenössischer Innovation vom Zugang zu umfangreichen Datensätzen siehe Mayer-Schönberger/Cukier, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think* (John Murray 2013), S. 73–97; zu den spezifischen Konsequenzen für die rechtliche Analyse der Einwilligung Linardatos, § 5,3 Rn. 35.

<sup>37</sup>Zur Architektur des DSA siehe Husovec M, *Principles of the Digital Services Act*, OUP 2024, Kap. 5 ff.; ergänzend Hofmann J/Bochón Cabello A, „Cross-Regime Enforcement and the EU Digital Acquis“, (2024) 61 *Common Market Law Review* 1567.

<sup>38</sup>Zur weiteren Diskussion siehe Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *EU Digital Law*, Nomos 2020.

<sup>39</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 245–290. Obwohl die Untersuchung dem EuGH-Urteil in *Meta/Bundeskartellamt* und der EDSA-Stellungnahme 08/2024 vorausgeht, nimmt Scheibenpflugs systematische Behandlung von Leistungsstörungen in DaG-Verträgen viele der dogmatischen Herausforderungen vorweg, die das „Pay-or-Consent“-Modell in der Folge offengelegt hat.

chung zusammen<sup>40</sup>; ein Epilog setzt die Arbeit in den weiteren Kontext der Entwicklung eines europäischen digitalen Privatrechts.

---

<sup>40</sup>Zur Leistung der §§ 327 ff. BGB als dogmatischer Meilenstein des deutschen Vertragsrechts siehe Fries, in: BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327; die Einordnung der Umsetzung als bedeutendster Eingriff in das BGB-Schuldrecht seit der Schuldrechtsreform 2002 deckt sich mit der in § 10.1 der vorliegenden Arbeit verteidigten Charakterisierung als Meilenstein.



## § 2 Wirtschaftlicher und gesetzgeberischer Hintergrund des DaG-Konzepts

### § 2.1 Wirtschaftliche Grundlagen und das vorrichtlinienrechtliche Regelungsvakuum

Die wirtschaftlichen Prämissen des Konzepts der Daten als Gegenleistung beruhen auf einer einfachen, aber entscheidenden Beobachtung: In der digitalen Wirtschaft treten personenbezogene Daten in einer breiten Palette vertraglicher Austauschverhältnisse an die Stelle einer Geldgegenleistung<sup>41</sup>. Soziale Netzwerke, die vorgeben, „kostenlose“<sup>42</sup> Dienste anzubieten, beziehen ihre Einnahmen nicht aus Abonnementgebühren, sondern aus der Verwertung von Nutzerdaten – durch zielgerichtete Werbung, Profilierung, Weitergabe an Dritte oder die Optimierung eigener Algorithmen<sup>43</sup>. In einer systematischen Analyse des Marktmodells personenbezogener Daten unter der Richtlinie hat Metzger<sup>44</sup> gezeigt, dass die Daten des Verbrauchers tatsächlich das Produkt sind und der Verbraucher zugleich die Rolle des Produzenten und – mittelbar – des produzierten Gutes übernimmt<sup>45</sup>; die wirtschaftswissenschaftliche Literatur weist einen messbar positiven Wert personenbezogener Daten selbst in jenen Fällen nach, in denen ihre Weitergabe gegen die geltenden Datenschutzregeln verstößt<sup>46</sup>. Diese Feststellung erschwert die rechtliche Charakterisierung von DaG-Geschäften erheblich und steht der

---

<sup>41</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

<sup>42</sup>Vgl. ferner Wenzel 2023, S. 145 ff.

<sup>43</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>44</sup>Siehe Linardatos, in: Datenrecht in der Digitalisierung, § 5,3 Rn. 4–5; Metzger, AcP 216 (2016), 817, 826 f. Zu Daten als experience goods siehe Nelson, 78 J. Pol. Econ., 311, 312 (1970).

<sup>45</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>46</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos 2024.

heute überwiegend einwilligungsbezogenen Sichtweise des Betroffenen, wie sie in § 4 untersucht wird, entgegen<sup>47</sup>. Die griechische dogmatische Rahmung deckt sich mit dieser ökonomischen Literatur: Die Hingabe personenbezogener Daten als Gegenleistung – unabhängig von ihrer genauen rechtlichen Qualifikation – ist in der digitalen Wirtschaft zu einer stabilen Vertragspraxis geworden, und die Rechtsordnung kann es sich nicht länger leisten, die zugrunde liegenden Geschäfte als unbeachtlich zu behandeln, nur weil kein Geldpreis den Eigentümer wechselt<sup>48</sup>. Die zivilrechtliche Qualifizierung datengetriebener Austauschverhältnisse ist zum Brennpunkt einer rasch wachsenden deutschsprachigen Literatur geworden<sup>49</sup>. Die Dissertation von Scheibenpflug<sup>50</sup>, an der Universität Passau unter Betreuung von Professor Dennis Solomon<sup>51</sup> entstanden, bietet eine konzeptionelle Schärfe, die in einem Großteil der älteren Literatur fehlte<sup>52</sup>. Dieselbe kritische Stoßrichtung findet sich in der jüngeren monographischen Behandlung „Personenbezogene Daten als Gegenleistung im Internet“ mit dem Untertitel „Mit einem Klick zur Kommerzialisierung des Privaten“, in der die Weigerung des Gesetzgebers, im endgültigen Text der Richtlinie den Begriff „Gegenleistung“<sup>53</sup> zu verwenden, als „Eti-

---

<sup>47</sup>Zur dogmatischen Einordnungsfrage – Daten oder Einwilligung als Verbraucherleistung – siehe Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14.Γ.IV (Ποιο είναι το αντικείμενο της παροχής: προσωπικά δεδομένα ή η συγκατάθεση του καταναλωτή;), S. 346–351, mit dem Πόρισμα in Kap. 14.Γ.IV.3 (S. 351); dies ist die zentrale griechisch-zivilistische Auseinandersetzung mit der Frage, die § 4 der vorliegenden Untersuchung behandelt.

<sup>48</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>49</sup>Zur dogmatischen Vertiefung siehe Wenzel 2023, S. 145 ff.

<sup>50</sup>Andreas Scheibenpflug, Personenbezogene Daten als Gegenleistung: Ein Beitrag zur rechtlichen Einordnung datengetriebener Austauschverhältnisse (Duncker & Humblot 2022), 40–65, mit einer umfassenden Darstellung der wirtschaftlichen Grundlagen datengetriebener Austauschverhältnisse, einschließlich der Geschäftsmodelle der Plattformen, der Mechanik der Datenmonetarisierung und der strukturellen Asymmetrien zwischen Anbietern und Betroffenen.

<sup>51</sup>Scheibenpflug (Fn. oben), 230–245; vgl. auch OECD, „Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value“, OECD Digital Economy Papers Nr. 220, 2013.

<sup>52</sup>Scheibenpflug (Fn. 265), 55–63. Zur ökonomischen Quantifizierung des Datenwerts anhand offengelegter Marktpräferenzen stützt sich Scheibenpflug auf empirische Studien zu Werbeeinnahmen pro Nutzer auf Plattformen und weist erhebliche Schwankungen zwischen verschiedenen Jurisdiktionen und demografischen Kategorien nach.

<sup>53</sup>Zur näheren Begründung siehe Scheibenpflug 2022, S. 167 ff.

kettenschwindel<sup>54</sup> entlarvt wird – als terminologische Verschleierung einer wirtschaftlichen Wirklichkeit, die der Gesetzgeber nicht dadurch zum Verschwinden bringen kann, dass er ihr das passende dogmatische Vokabular verweigert<sup>55</sup>.

### § 2.1.A Das vorrichtlinienrechtliche Regelungsvakuum und die Diskrepanz zum bestehenden Verbraucherrecht

Diese Realität bestand wirtschaftlich längst, bevor die Richtlinie erging<sup>56</sup>; die Rechtsordnung reagierte indessen nur langsam: Bis zum Erlass der Richtlinie waren Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen – sei es gegen Geldzahlung oder Datenüberlassung – auf Unionsebene überhaupt nicht und in den meisten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nur unzureichend geregelt<sup>57</sup>. Die Plattformwirtschaft selbst sowie das Fehlen rechtsdogmatischer Schärfe des sie regelnden Rechtsrahmens waren wesentliche Triebkräfte des Erlasses der DCD<sup>58</sup>. Der typologische Ansatz Scheibenpflugs beruht auf der Annahme, dass datengetriebene Austauschverhältnisse am besten als entgeltliche

---

<sup>54</sup>Vgl. dazu Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 5.

<sup>55</sup>Vertiefend zur Ökonomie der Datenwirtschaft und zum „Preis Null“ der vermeintlich kostenlosen Dienste vgl. Hoofnagle CJ und Whittington J, „Free: Accounting for the Costs of the Internet’s Most Popular Price“, (2014) 61 *UCLA Law Review* 606; Acquisti A, Taylor C und Wagman L, „The Economics of Privacy“, (2016) 54 *Journal of Economic Literature* 442; Wandtke A-A, „Ökonomischer Wert von persönlichen Daten“, (2017) *MMR* 6; aus dem Big-Data-Diskurs Hoeren T, „Big Data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe“, (2014) 36 *EIPR* 751; zum messbaren Wert personenbezogener Daten und zu den Modellen ihrer Bepreisung Malgieri G und Custers B, „Pricing Privacy – the Right to Know the Value of Your Personal Data“, (2018) 34 *CLSR* 289; monographisch Walker M, *Die Kosten kostenloser Dienste*, Duncker & Humblot 2021; zur Praxis personalisierter Preise Hofmann F, „Der maßgeschneiderte Preis“, (2016) *WRP* 1074; aus rechtsökonomisch-ökonomistischer Perspektive auch OECD, *Exploring the Economics of Personal Data*, OECD Digital Economy Papers No. 220, 2013, sowie OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era*, DAF/COMP(2018)13.

<sup>56</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>57</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>58</sup>Zu den empirischen Befunden über den Anteil der Plattformeinnahmen aus Datenverwertung siehe Europäische Kommission, Abschlussbericht der Sektoruntersuchung zum elektronischen Geschäftsverkehr, COM(2017) 229 final, Rn. 12–25; OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being* (OECD Publishing 2015), Kap. 4.

Vertragsverhältnisse zu charakterisieren sind, in denen die Duldung der Datenverarbeitung durch den Betroffenen in einem synallagmatischen Verhältnis zur digitalen Leistung des Anbieters steht. Eine andere Linie der deutschen Lehre<sup>59</sup> gelangt von einem anderen Ausgangspunkt aus zu einer konvergenten analytischen Position<sup>60</sup>. Ihre Analyse der Rechtsnatur von Daten-gegen-Dienstleistung-Verträgen unter den §§ 327 ff. BGB<sup>61</sup> – den Vorschriften, die zur Umsetzung der Richtlinie in das BGB eingefügt wurden – kommt zu dem Ergebnis, dass das Verhältnis als Vertrag sui generis zu analysieren ist, dessen Elemente Anleihen bei den Typologien des Kaufs, des Tauschs, der Pacht und der Lizenz machen, ohne sich vollständig auf einen dieser Typen reduzieren zu lassen<sup>62</sup>. Die parallel entwickelte griechische zivilrechtliche Lehre nimmt eine analoge sui-generis-Charakterisierung vor<sup>63</sup>; die griechische Analyse betont besonders die Dauerschuldcharakteristik (Dauerschuldverhältnis) der Verbraucherleistung mit der Folge, dass sich das Verhältnis zwischen Leistung und Gegen-

---

<sup>59</sup>A. Wenzel, Personenbezogene Daten als Gegenleistung im Internet – mit einem Klick zur Kommerzialisierung des Privaten (Internetrecht und Digitale Gesellschaft, Bd. 51, Duncker & Humblot 2023), Kapitel 2 § A I, 42–45 (zur Analyse des Etikettenschwindels in der gesetzgeberischen Distanzierung vom Begriff der Gegenleistung und der in Erwägungsgrund 24 DCD bewahrten Restreziprozität).

<sup>60</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 3 § A V.1, 192–197; und Kapitel 4 § A, 209–210, zur asymmetrischen Verteilung rechtlicher Expertise zwischen Verbraucher und Plattform und zu den Konsequenzen für die Risikoverteilungsanalyse bei DaG-Geschäften.

<sup>61</sup>Vgl. Funke M, *Dogmatik und Voraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung*, Mohr Siebeck 2017, S. 89 ff., zur Entwicklung eines kohärenten Einwilligungsbegriffs jenseits des klassischen zivilrechtlichen Willenserklärungsmodells; Hermstrüwer Y, *Informationelle Selbstgefährdung*, Mohr Siebeck 2016, S. 134 ff., zur empirischen Erschütterung der Selbstbestimmungsfiktion durch kognitive Verzerrungen.

<sup>62</sup>Methodologisch behandelt die vorliegende Untersuchung die digitale Wirtschaft nicht als Ausnahmebereich, der eine eigenständige Regulierung erfordert, sondern als Anwendungsfeld, an dem die hergebrachten privatrechtlichen Kategorien auf ihre Eignung zu prüfen sind; Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14 Rn. 14.1, entwickelt dieselbe Orientierung, und Linardatos, *Datenrecht in der Digitalisierung*, § 5.3 Rn. 1–4, liefert eine parallele programmatische Stellungnahme.

<sup>63</sup>Das Argument einer dogmatischen Einheitlichkeit ist berechtigt, sollte aber nicht überzogen werden: Eine sui-generis-Charakterisierung der DaG-Verträge räumt bereits ein, dass die Einordnung kontextsensitiv ist, und die zusätzliche marginale Kontextsensitivität, die durch die Unterscheidung zwischen Daten und Einwilligung eingeführt wird, ist dogmatisch beherrschbar.

leistung im Zeitablauf der Dienstleistung dynamisch entwickelt<sup>64</sup>. Die Konvergenz der deutschen monographischen Literatur und der griechischen dogmatischen Position hinsichtlich der sui-generis-Qualifikation – trotz methodischer Unterschiede – ist ein starkes Indiz für die strukturelle Schwierigkeit, DaG-Geschäfte den vordigitalen Vertragstypologien zuzuordnen<sup>65</sup>; eine Schwierigkeit, die in der gesamten zivilrechtlichen Tradition gemeinsam ist. Die Plattformökonomie florierte somit in einem privatrechtlichen Vakuum, und die Asymmetrie zwischen der wirtschaftlichen Komplexität der Daten-gegen-Dienstleistung-Geschäftsmodelle und dem rudimentären Stand des sie regelnden rechtlichen Rahmens war selbst ein bedeutender Treiber für die Verabschiedung der DCD<sup>66</sup>. Die Konvergenz der jüngeren deutschen monographischen Literatur und der griechischen dogmatischen Position auf die sui-generis-Qualifikation – trotz unterschiedlicher methodischer Zugänge – ist ein starkes Indiz für die strukturelle Schwierigkeit, DaG-Geschäfte in vorgefertigte Vertragstypologien einzupassen; eine Schwierigkeit, die – wie § 7 zeigt – die gesamte zivilistische Tradition teilt. Die griechische Analyse betont darüber hinaus den Dauerschuldcharakter (Dauerschuldverhältnis) der Verbraucherleistung<sup>67</sup>: Daten werden nicht ein für alle Mal bereitgestellt, sondern werden während der gesamten Vertragslaufzeit erzeugt, vermehrt und neu zur Verfügung gestellt; das hat zur Folge, dass die Wertbeziehung zwischen Leistung und Gegenleistung sich dynamisch über die Zeit entwickelt – ein Befund, der die hergebrachten ex-ante-Äquivalenzprüfungen des klassischen Vertragsrechts strukturell überfordert<sup>68</sup>.

<sup>64</sup>Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14, Rn. 14.14 (Dauerschuldverhältnis-Dimension des DaG-Verhältnisses; fortlaufende Leistung durch Login, Suche, „Like“ und sonstige fortgesetzte Nutzerhandlungen; Verweise auf Ladas, Apostolou und die deutsche schuldrechtliche Literatur).

<sup>65</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

<sup>66</sup>Zur strukturellen Asymmetrie zwischen wirtschaftlicher Komplexität und rechtlichem Rahmen siehe Buiten M, *Designing the EU Data Economy*, Hart 2024, Kap. 2; zur breiteren institutionellen Analyse Zuboff S, *The Age of Surveillance Capitalism*, PublicAffairs 2019, Kap. 3.

<sup>67</sup>Zur Dauerschuldcharakterisierung in der griechischen Lehre siehe Marinos M-Th, *Σύμβαση*, 2023, Kap. 5 § B; allgemein zur Dogmatik der Dauerschuldverhältnisse Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 5. Aufl., 2018, § 17 Rn. 25 ff.

<sup>68</sup>Zur sui-generis-Qualifikation in der griechischen Literatur und ihrem Dauerschuldcharakter siehe Marinos M-Th, *Σύμβαση*, 2023, Kap. 5; konvergent in der deutschen Lehre

## § 2.2 Der Gesetzgebungsprozess: Vom Vorschlag 2015 bis zum endgültigen Text 2019

Das Gesetzgebungsverfahren der DCD zwischen dem Kommissionsvorschlag von 2015 und dem endgültigen Text von 2019 war ungewöhnlich langwierig und konfliktreich<sup>69</sup>. Zwei Faktoren bildeten die größten Herausforderungen: erstens die Neuartigkeit, digitale Verträge erstmals im Privatrecht der Union zu regulieren, und zweitens der parallele Erlass der DSGVO im Jahr 2016, der die datenschutzrechtliche Landschaft mitten in den Verhandlungen verschob und erhebliche Anpassungen am Richtlinienentwurf erzwang<sup>70</sup>. Die im Jahr 2017 vom Rat verabschiedete allgemeine Ausrichtung war darauf gerichtet, den Vorrang des Datenschutzrechts gegenüber dem Vertragsrecht zu stärken und eine klarere Formulierung der Vorrangklausel der DSGVO einzuführen, die letztlich Eingang in Art. 1 Abs. 3 DCD fand<sup>71</sup>. Ein weiterer Wendepunkt war die Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten von 2017<sup>72</sup>. Der EDPS argumentierte mit besonderer Eindringlichkeit, dass die Anerkennung personenbezogener Daten als Gegenleistung ein Grundrecht in die Position einer Handelsware versetzen würde<sup>73</sup>; die wissenschaftliche Literatur hat dies aufgegriffen, wobei festzustellen ist, dass der Gesetzgeber

---

Wenzel A, *Personenbezogene Daten als Gegenleistung im Internet*, Duncker & Humblot 2023, Kap. 2 § B IV.5; zur strukturellen Asymmetrie zwischen wirtschaftlicher und rechtlicher Komplexität Buiten M, *Designing the EU Data Economy*, Hart 2024, Kap. 2.

<sup>69</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>70</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.15–14.32 (parallele Kritik an der Einwilligung-als-Gegenleistung-Auffassung nach griechischem Recht, mit einer ausführlichen Rekonstruktion der herrschenden dogmatischen Position vor deren Ablehnung).

<sup>71</sup>Die Verabschiedung der DSGVO im April 2016 erfolgte mitten in den Verhandlungen zur DCD und veränderte die regulatorische Landschaft grundlegend. Zu einer Chronologie der parallelen Gesetzgebungsverfahren siehe Paul de Hert und Vagelis Papakonstantinou, „The New General Data Protection Regulation: Still a Sound System for the Protection of Individuals?“ (2016) 32 *Computer Law and Security Review* 179, 180–183.

<sup>72</sup>Staudenmayer (Fn. 6), 222–225. Das Gesetzgebungsverfahren zählte zu den komplexesten in der Geschichte des EU-Verbraucherrechts, teils wegen der Neuheit des Regelungsgegenstandes, teils weil die DSGVO – verabschiedet 2016, mitten in den DCD-Verhandlungen – die datenschutzrechtliche Landschaft in einer Weise veränderte, die eine erhebliche Überarbeitung des Richtlinienentwurfs erforderte.

<sup>73</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

die vom EDPS bevorzugte Lösung – nämlich Datengeschäfte vollständig vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen – letztlich verworfen hat<sup>74</sup>. Die im endgültigen Text gewählte Lösung, DaG-Geschäfte einzubeziehen und lediglich eine sehr eng gefasste Kategorie von Nebendatenverarbeitungen auszunehmen, spiegelt den Kompromiss wider, der in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 DCD niedergelegt ist<sup>75</sup>. Die Intervention des EDPS führte dazu, dass das Wort „Gegenleistung“<sup>76</sup> in den operativen Bestimmungen der Richtlinie vermieden wurde<sup>77</sup>; doch Erwägungsgrund 24 – der feststellt, dass digitale Inhalte auch dann bereitgestellt werden, wenn der Verbraucher keinen Preis zahlt, sondern dem Unternehmer personenbezogene Daten zur Verfügung stellt – bewahrt die Reziprozität des Austauschs unter anderer sprachlicher Hülle<sup>78</sup>; der sprachliche Rückzug konnte mithin die im ursprünglichen Vorschlag eingeführte sachliche Anerkennung des Daten-gegen-Dienstleistung-Austauschs nicht rückgängig machen<sup>79</sup>.

Auch eine grundsätzliche akademische Kontroverse beeinflusste den Text der Richtlinie<sup>80</sup>. Der Erste, der die Frage im Kontext der Münsterer Kolloquien aufwarf, war Zoll<sup>81</sup> mit seiner grundlegenden Analyse per-

---

<sup>74</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>75</sup>Schulze und Staudenmayer (Hrsg.), EU Digital Law – Article-by-Article Commentary (Beck/Hart/Nomos 2020), Kommentierung zu Art. 3 DCD, Rn. 34–38 (Staudenmayer). Siehe auch Carvalho (Fn. 2), 196; Kira Sein und Gerald Spindler, „The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1“, (2019) 15 European Review of Contract Law 257, 263–264.

<sup>76</sup>Zur dogmatischen Präzisierung vgl. oben § 3.2.

<sup>77</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>78</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

<sup>79</sup>Scheibenpflugs Beitrag liefert eine umfassende dogmatische Aufarbeitung; siehe Scheibenpflug S, *Personenbezogene Daten als Gegenleistung*, Mohr Siebeck 2023, Kap. 2 § B IV.5, S. 145 ff. Die monographische Behandlung dient der vorliegenden Studie als zentraler Bezugspunkt, weil Scheibenpflug die zivilrechtliche Integration der DCD-Vorschriften in das BGB systematisch analysiert.

<sup>80</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>81</sup>Zur sui-generis-Einordnung siehe ferner A. Zoll, „Personal Data as Remuneration: A Conceptual Analysis“, in: R. Schulze/D. Staudenmayer/S. Lohsse (Hrsg.), *Contracts for the Supply of Digital Content* (Nomos/Hart 2017), 145, 152–158.

sonenbezogener Daten als Vergütung<sup>82</sup>. Seine vorläufige Behauptung, der Gegenstand eines DaG-Vertrags sei nicht die Daten selbst, sondern die Duldung der Datenverarbeitung durch den Verbraucher, hat sich als einer der nachhaltigsten analytischen Beiträge zur Debatte erwiesen und prägt die spätere Literatur zu den Folgen des Einwilligungswiderrufs<sup>83</sup>. Drei Typen von DaG-Geschäften lassen sich unter Art. 3 Abs. 1 DCD subsumieren: klassische Daten-gegen-Dienstleistung-Modelle, in denen personenbezogene Daten die einzige Gegenleistung sind<sup>84</sup>; hybride Freemium-Modelle, in denen Geldzahlung und Datenbereitstellung formal freiwillig, praktisch jedoch notwendige Bedingungen des Dienstzugangs sind<sup>85</sup>; sowie strukturell erzwungene Datenüberlassungen, bei denen die Datenbereitstellung formell freiwillig, praktisch aber zwingende Voraussetzung des Dienstzugangs ist<sup>86</sup>. Alle drei Kategorien fallen in den Anwendungsbereich der Richtlinie; dieser Anwendungsbereich dürfte in der Tat sehr weit sein – wohl weiter, als der Gesetzgeber dies bewusst beabsichtigt haben mag<sup>87</sup>. Die Analyse Scheibenpflegs des gesetzlichen

---

<sup>82</sup>Zoll (Fn. 18), 185–187. Die Charakterisierung von DaG-Verträgen als Verträge, deren Gegenstand nicht die Daten selbst, sondern die Duldung ihrer Verarbeitung durch den Verbraucher ist, hat erhebliche dogmatische Implikationen: Sie legt nahe, dass der „Gegenstand“ des Vertrags eine fortlaufende Gestattung und nicht ein diskreter Transfer ist, was wiederum die Analyse von Vertragsverletzung, Beendigung und Rückabwicklung beeinflusst. Diese Konstruktion ist – mit Variationen – von späteren Stimmen wie Schmidt-Kessel und Sattler übernommen worden.

<sup>83</sup>Zu § 327q Abs. 3 BGB – dem Ausschluss von Schadensersatzansprüchen des Unternehmers infolge des Widerrufs der Einwilligung – siehe BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327q. Der Ausschluss ist die gesetzgeberische Bestätigung des Benachteiligungsverbots aus Art. 7 Abs. 3 DSGVO auf vertragsrechtlicher Ebene und fügt sich lückenlos in die Konstruktion der faktischen Möglichkeit ein: Wo die vertragliche Leistung des Verbrauchers in der Einräumung der faktischen Nutzungsmöglichkeit besteht (bereits erbracht), kann beim Widerruf der Einwilligung kein vertraglicher Anspruch gegen den Verbraucher mehr aufrechterhalten werden; ein Fortbestand des Interesses des Unternehmers muss vielmehr über prospektive Vertragsbeendigung und nicht über residuale Schadensersatzansprüche durchgesetzt werden.

<sup>84</sup>Zur bewussten Entschärfung der Charakterisierung als „kostenloser Dienst“ siehe Erwägungsgrund 24 DCD; Schulze und Staudenmayer (Hrsg.), EU Digital Law – Article-by-Article Commentary (Beck/Hart/Nomos 2020), Kommentar zu Art. 3 DCD, Rn. 22–28 (Staudenmayer); Linardatos, § 5, 3 Rn. 12.

<sup>85</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>86</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>87</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

Rahmens ist hinsichtlich der Integration der Anwendungsbereichsbestimmungen des Art. 3 Abs. 1 DCD mit dem Leistungspflichtensystem des BGB besonders aufschlussreich: Sie schafft Einordnungsprobleme, die die Verfasser der Richtlinie nicht in vollem Umfang antizipiert haben, namentlich hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten in datengetriebenen Verträgen und hinsichtlich der Folgen einer Schlechtleistung, wenn die bereitgestellten Daten unvollständig oder unrichtig sind<sup>88</sup>. Die griechische Behandlung desselben Problems richtet ihre Aufmerksamkeit ebenfalls auf die typologische Schwierigkeit<sup>89</sup>; die Weite des Anwendungsbereichs in Verbindung mit der offenen Formulierung des Art. 3 Abs. 1 (der sowohl aktiv bereitgestellte als auch passiv erhobene Informationen erfasst) erzeugt sogenannte „grundlegende Problemzyklen“<sup>90</sup> – über Vertragsfreiheit, Autonomieentscheidungen und Konflikte –, die in der Folge jede weitere dogmatische Frage durchdringen, sei es die Wirksamkeit der Einwilligung oder die Folgen ihres Widerrufs<sup>91</sup>.

## § 2.3 Der Ansatz partieller Vollharmonisierung

Die Richtlinie vollzieht in Verbindung von Art. 4 mit Art. 3 eine partielle Vollharmonisierung<sup>92</sup>. Die Mitgliedstaaten dürfen keine Vorschriften beibehalten oder einführen, die von den Anforderungen des harmoni-

<sup>88</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

<sup>89</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>90</sup>Vgl. Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12.

<sup>91</sup>Zur legislativen Genese und zur dogmatischen Fortentwicklung der Richtlinie vgl. Schmidt-Kessel M, „Verträge über digitale Inhalte: Anwendungsbereich und Ansatz“, (2014) *GPR* 9; ders. / Grimm M, „Unentgeltlich oder entgeltlich? Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten“, (2017) *ZfPW* 84; Spindler G, „Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Rechtsnatur“, (2016) *MMR* 147; ders. / Sein K, „Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen“, (2019) *MMR* 488; ergänzend Specht-Riemenschneider L, *Konsumentenschutz und vertragliche Aspekte beim Erwerb digitaler Inhalte*, Nomos 2017, S. 95-148.

<sup>92</sup>Vgl. dazu Schulze, *EuCML* 2024, 105, 109 f.

sierten Bereichs abweichen<sup>93</sup>; jede nationale Norm, die auf einen von der Richtlinie erfassten Sachverhalt anwendbar ist, muss am regelhaften Inhalt des harmonisierten Bereichs gemessen werden und mit ihm in Einklang stehen<sup>94</sup>. Eine überschießende Umsetzung im Sinne einer inhaltlichen Veränderung der Richtlinie ist daher unzulässig, gleichgültig, ob sie als „höheres“ oder „niedrigeres“<sup>95</sup> Verbraucherschutzniveau bezeichnet wird<sup>96</sup>. Art. 19 DCD flankiert den Harmonisierungsansatz und bestimmt, dass die Vorschriften der Richtlinie zugunsten des Verbrauchers zwingend sind; vertragliche Abweichungen zum Nachteil des Verbrauchers sind unverbindlich<sup>97</sup>. Die Worte „nichtig“ oder „unwirksam“ wurden vom Gesetzgeber bewusst vermieden, da diese sonst die weitergehende Wirkung eines gesetzlichen Verbots auslösen würden<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinós, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>94</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>95</sup>Zur entsprechenden europäischen Diskussion siehe Hacker, ZEuP 2019, 148.

<sup>96</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinós, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>97</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>98</sup>Zur partiellen Vollharmonisierung und zum verbleibenden mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum vgl. Lohsse S, „The Scope of the Two Directives“, in Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *EU Digital Law*, Nomos/Hart 2020, Art. 4 Rn. 1 ff.; Riehm T, „Vollharmonisierung in der Digital Content Directive“, (2020) *EuCML* 207; aus österreichischer Sicht Zöchling-Jud B, „Digital Consumer Contract Law and New Technologies“, (2021) 12 *JIPITEC* 221, 226 ff.; aus italienischer Sicht Riehm T und De Franceschi A, „Italian Implementation of the Digital Content Directive“, (2022) 11 *EuCML* 17.

### § 2.3.A Vollharmonisierung nach Art. 4 DCD und der verbleibende Gestaltungsraum des nationalen Privatrechts

Abweichungen zugunsten des Verbrauchers sind in keiner Weise eingeschränkt<sup>99</sup>. Eine eingehende Analyse der deutschen Umsetzung in den neuen §§ 327 ff. BGB<sup>100</sup> zeigt, wie dieser Ansatz in der Praxis funktioniert: Der deutsche Gesetzgeber hat den materiellen Gehalt der Richtlinie in den bestehenden BGB-Rahmen eingefügt und dabei sorgfältig die hergebrachten Kategorien Leistungspflicht, Leistungsbewertung und Gewährleistung erhalten, sodass der analytische Apparat des deutschen Vertragsrechts auch auf DaG-Geschäfte durch das harmonisierte Prisma der Richtlinie hindurch Anwendung findet<sup>101</sup>. Die kommentarliche Aufarbeitung der §§ 327 ff. BGB hat sich seit der Umsetzung erheblich entwickelt und liefert für die Praxis ein dichtes Netzwerk dogmatischer Anhaltspunkte zur Lösung der Auslegungsprobleme der Richtlinie auf nationaler Ebene<sup>102</sup>. Das griechische Recht muss keine neuen Kategorien schaffen, da der weite Leistungsbegriff nach Art. 287 AK bereits nicht-monetäre Gegenleistungen erfasst und der Grundsatz der Vertragsfreiheit nach Art. 361 AK die dogmatische Grundlage gültiger DaG-Verträge bildet<sup>103</sup>; der materielle Gehalt der Richtlinie kann daher in das bestehende griechische Schuldrecht integriert werden, ohne dass die Lehrgebäude

<sup>99</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>100</sup>Wenzels parallele Untersuchung kommt zu einem strukturell ähnlichen Befund; siehe Wenzel A, *Personenbezogene Daten als Gegenleistung im Internet*, Duncker & Humblot 2023, Kap. 2 § A II, S. 45 ff., sowie ihre Kritik des Etikettenschwindels „Unentgeltlichkeit“ im Vorwort der Monographie.

<sup>101</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>102</sup>Zur kommentarlichen Aufarbeitung der §§ 327 ff. BGB siehe Spindler G, in: Schulze (Hrsg.), *BGB Kommentar*, 11. Aufl. 2023, §§ 327 ff. mit ausführlicher Behandlung der DCD-Umsetzung; ferner MüKo BGB, 9. Aufl. 2023 (bearbeitet von Wendehorst), §§ 327 ff. mit umfassender Auseinandersetzung mit der jüngeren Literatur.

<sup>103</sup>Die Frage wird durch die sich entwickelnde regulatorische Landschaft zusätzlich verkompliziert: Der Data Act, der AI Act und der Digital Services Act führen jeweils zusätzliche Beschränkungen der Datennutzung ein, die den DaG-Rahmen mittelbar stärken oder schwächen können. Siehe Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Private Law and the Data Act* (Fn. 106), 3–8.

in Unordnung gerieten<sup>104</sup>. Dieses Muster verweist auf eine allgemeinere Tatsache: Die DCD etabliert einen einheitlichen materiellen Maßstab, verdrängt jedoch nicht die dahinterstehenden nationalen Vertragsrechtsordnungen, in denen die DaG-Verhältnisse letzten Endes verortet werden müssen – ein Merkmal, dessen vergleichende Implikationen in § 7 erörtert werden.

---

<sup>104</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

## § 3 Die Architektur des Art. 3 DCD

### § 3.1 Anwendungsbereich und Bereichsausnahme

Art. 3 Abs. 1 DCD erstreckt den Anwendungsbereich der Richtlinie auf Verträge, in denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder zu deren Bereitstellung er sich verpflichtet<sup>105</sup>. Die Weite dieser Formulierung ist kein Zufall: Sie verlangt nicht, dass die Parteien ihr Geschäft ausdrücklich als Daten-gegen-Dienstleistung-Geschäft strukturiert haben oder dass dem Verbraucher der wirtschaftliche Wert der bereitgestellten Daten bewusst ist<sup>106</sup>. Der objektive Akt der Datenbereitstellung wirkt als Anwendungsbereichsauslöser<sup>107</sup>; diese gestalterische Entscheidung neutralisiert die Geschäftspraxis, DaG-Geschäfte als „kostenlos“<sup>108</sup> zu beschreiben, und erfasst sie gleichwohl unter dem Dach des Verbraucherschutzes<sup>109</sup>. Die Anwendungsbereichsregel ist die wohl konzeptionellste Innovation der Richtlinie: Erstmals wird eine nicht-monetäre Leistung – die Bereitstellung personenbezogener Daten – als wirtschaftliche Gegenleistung im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen anerkannt<sup>110</sup>. Diese Aufwertung hat er-

---

<sup>105</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>106</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>107</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos 2024.

<sup>108</sup>Vgl. zum vergleichbaren Befund Sattler, JZ 2017, 1036, 1040.

<sup>109</sup>Die Darstellung digitaler Plattformen als „kostenfrei“ erbrachte Dienste ist eine wechselseitige Anerkennungskonvention und keine Beschreibung des zugrundeliegenden Austauschs: Beide Seiten wissen, dass das Geschäft nicht unentgeltlich ist, und das Fortbestehen der Konvention verdeckt, was die Anerkennung von DaG-Geschäften durch die Richtlinie sichtbar macht – dass nämlich die Einräumung der faktischen Verwertungsmöglichkeit durch den Verbraucher an den Unternehmer die vertragliche Gegenleistung darstellt, während Daten und Einwilligung jeweils in ihren eigenen Registern als Gegenstand bzw. öffentlich-rechtliche Bedingung dieser Einräumung wirken.

<sup>110</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

hebliche strukturelle Folgen: Das Vertragsmäßigkeit- und Mängelrechtsregime der DCD, das ursprünglich im Kontext monetärer Verträge konzipiert wurde, muss auf Austauschverhältnisse zugeschnitten werden, in denen die Gegenleistung eine nicht fungible, identitätsbezogene und teilweise unveräußerliche Ressource ist<sup>111</sup>. Das Fehlen einer standardisierten Bewertung personenbezogener Daten verschärft die dogmatische Schwierigkeit<sup>112</sup>; auch die hergebrachten Äquivalenzprüfungen können nicht ohne Weiteres auf die Bewertung personenbezogener Daten angewandt werden. Scheibenpflug<sup>113</sup> nähert sich diesem Bewertungsproblem mit dem Begriff des „Datenwerts“<sup>114</sup>: Das Fehlen eines einheitlichen, objektiven Maßstabs bedeutet nicht, dass die Qualifizierung der Datenbereitstellung als Gegenleistung bei der Bestimmung des Vertragsverhältnisses funktional unbrauchbar wäre, selbst ohne standardisierte Recheneinheit<sup>115</sup>. Die im Ad-Tech-Ökosystem für einzelne Datensätze tatsächlich erzielten Preise variieren in Größenordnungen je nach Profil des Nutzers, Kontext des Gebots und Zeitpunkt der Auktion<sup>116</sup>; die Existenz eines aktiven Marktes, auf dem Daten zu Geldwerten gehandelt werden, lässt jedoch keinen Zweifel daran zu, dass personenbezogene Daten im vertragsrechtlichen Sinne wirtschaftliche Güter sind, selbst wenn ihre genaue Ex-ante-Bewertung praktisch undurchführbar ist<sup>117</sup>. Die griechische Lehre kommt strukturell zu demselben Ergebnis: Das Äquivalenzerfordernis ist im eigentlichen Sinne kein Erfordernis objektiver Bewertung, sondern eine funktionale Anforderung, die erfüllt ist, wann immer die Parteien zwischen der digitalen Dienstleistung und den personenbezogenen Da-

---

<sup>111</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

<sup>112</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>113</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 200–215. Die synallagmatische Einordnung ist für Scheibenpflugs Argument zentral: Er zeigt, dass die Leistungspflicht der betroffenen Person nicht in einer einmaligen Datenübertragung besteht, sondern in der fortdauernden Duldung der Verarbeitung, wodurch ein Dauerschuldverhältnis mit eigenständigen Folgen für Beendigung und Leistungsstörung entsteht.

<sup>114</sup>Zur Vertiefung siehe Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data, Nomos 2017.

<sup>115</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinós, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>116</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>117</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinós, Sümbasi 2023, Kap. 6.

ten ein Tauschverhältnis hergestellt haben<sup>118</sup>. Auch die Wechselwirkung zwischen dem Anwendungsbereich der DCD und dem Begriff der personenbezogenen Daten nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO ist von Belang: Nicht alle Daten, die Verbraucher im Zusammenhang mit digitalen Interaktionen bereitstellen, sind personenbezogen im Sinne dieser Vorschrift<sup>119</sup>; Metadaten, Geräte-Identifikatoren und passiv erhobene Nutzungsdaten nehmen einen unsicheren Platz ein<sup>120</sup>. Die DCD versucht, diese Unsicherheit mit den Erwägungsgründen 24 und 25 zu bewältigen, doch ihre Hinweise zum Umgang mit Metadaten und Cookies sind nicht eindeutig, sodass weite Bereiche digitaler Interaktion in einer rechtlichen Grauzone verbleiben<sup>121</sup>.

### § 3.1.A Welche Daten erfasst sind: Personenbezogene Daten<sup>122</sup> i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO

Eine wortlautnahe Auslegung von Art. 3 Abs. 1 DCD setzt eine klare Antwort auf eine logisch vorgelagerte Frage voraus: Welche Daten genau können die Gegenleistung des Verbrauchers bilden, und welche fallen aus der Schutzarchitektur der Richtlinie heraus<sup>123</sup>? Die Antwort gibt die

<sup>118</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

<sup>119</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>120</sup>Zur Grauzone der Metadaten siehe B.-J. Koops, „The Trouble with European Data Protection Law“, (2014) 4 International Data Privacy Law 250, 258–261; F. Zuiderveen Borgesius, „Singling Out People without Knowing Their Names – Behavioural Targeting, Pseudonymous Data, and the New Data Protection Regulation“, (2016) 32 Computer Law & Security Review 256.

<sup>121</sup>Zur Grauzone passiv erhobener Metadaten und Cookies vgl. Pflucke F, „Personal Data, Counter-Performance, and the Digital Content Directive“, (2022) 11 *EuCML* 47, 52 ff.; Wendehorst C, „Personal Data in Data Value Chains“, (2021) *NJW* 2915, 2918 f.; Zech H, „Information als Schutzgegenstand und Wirtschaftsgut“, (2015) 70 *JZ* 137; ders., „A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market“, (2017) 8 *JIPITEC* 460; aus US-Perspektive Solove DJ, „Conceptualizing Privacy“, (2002) 90 *California Law Review* 1087.

<sup>122</sup>Zur Vermeidung der Gegenleistungsterminologie in den operativen Bestimmungen siehe ausführlich Bräutigam P, „Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken“, (2012) *MMR* 635 ff. (frühe Diagnose der vertragsrechtlichen Schwierigkeiten datenfinanzierter Dienste); ergänzend Bisges M, „Die DCD und die digitale Inhalt-Wirtschaft“, (2018) *CR* 153.

<sup>123</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

Richtlinie selbst durch Verweisung und nicht durch eine eigenständige Definition<sup>124</sup>. Art. 2 Nr. 8 DCD übernimmt den Begriff der personenbezogenen Daten der DSGVO – einen bewusst weit gefassten Begriff, der direkte Identifikatoren (Name<sup>125</sup>, Identifikationsnummer, Adresse), Online-Identifikatoren (IP-Adresse, Geräte-ID, Cookie-ID, Werbe-ID), Standortdaten, biometrische und genetische Daten sowie jede sonstige Information umfasst, die geeignet ist, eine Person durch Bezugnahme auf ein oder mehrere Merkmale zu identifizieren, die Ausdruck ihrer physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität sind<sup>126</sup>. Der Anwendungsbereich der Richtlinie deckt sich somit prinzipiell mit dem Begriff der personenbezogenen Daten der DSGVO: Jede Information, auf die die DSGVO den Begriff der personenbezogenen Daten anwendet, kann grundsätzlich als Verbrauchergegenleistung dienen, soweit die weiteren Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 DCD erfüllt sind<sup>127</sup>. Erwägungsgrund 24 DCD macht die Ausrichtung ausdrücklich deutlich und stellt fest, dass der Verbraucher keinen Preis zahlen muss, sondern dem Unternehmer personenbezogene Daten zur Verfügung stellen kann, wobei der Begriff der personenbezogenen Daten denjenigen aufgreift, den die DSGVO definiert<sup>128</sup>.

Drei Funktionsfragen treten hervor<sup>129</sup>. Erstens die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Bereitstellung: Die Richtlinie erfasst sowohl

---

<sup>124</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>125</sup>Vgl. dazu auch oben § 4.2.

<sup>126</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>127</sup>Rat der Europäischen Union, *Allgemeine Ausrichtung zum Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte*, 9901/17, 8. Juni 2017. Der Text des Rates führte eine klarere Vorrangklausel zugunsten der DSGVO ein, aus der schließlich Art. 1 Abs. 3 DCD wurde; sie spiegelt den Grundsatz wider, dass das Verbrauchervertragsrecht nicht von grundrechtlichen Schutzgewährleistungen abweichen darf.

<sup>128</sup>Vgl. zu den Voraussetzungen einer informierten Einwilligung in der Plattformökonomie eingehend Rogosch P, *Die Einwilligung im Datenschutzrecht*, Nomos 2013, S. 145 ff.; rechtsvergleichend Kosta E, *Consent in European Data Protection Law*, Martinus Nijhoff 2013, S. 234 ff.; sowie Bygrave L, *Data Privacy Law: An International Perspective*, OUP 2014, Kap. 5.

<sup>129</sup>Vgl. Marinos, *Sümbasi* 2023, Kap. 5 Rn. 23 ff.

Daten, die der Verbraucher aktiv bereitstellt (Registrierungsdaten<sup>130</sup>, Profilattribute, hochgeladene Inhalte), als auch Daten, die passiv durch die Interaktion des Verbrauchers mit der digitalen Umgebung erzeugt werden (Browserverlauf<sup>131</sup>, Klickströme, Telemetrie, Standortspuren, Verhaltensableitungen)<sup>132</sup>. Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag von 2015 beschränkte den Anwendungsbereich auf aktiv bereitgestellte Daten<sup>133</sup>; das Gesetzgebungsverfahren beseitigte diese Beschränkung zu Recht: Die Art der Erhebung sagt nichts über den wirtschaftlichen Nutzen der Daten aus, und der Großteil der kommerziell verwertbaren Daten wird passiv während der Plattformnutzung erzeugt<sup>134</sup>. Die österreichische dogmatische Rekonstruktion desselben Punktes deckt sich mit den griechischen und deutschen Analysen: Wenn der Verbraucher eine Dienstleistung in Anspruch nimmt, für die er nicht zahlt, hängt die Frage, ob die so erzeugten Daten unter Art. 3 Abs. 1 DCD fallen, davon ab, ob es sich um personenbezogene Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO<sup>135</sup> handelt – nicht aber vom subjektiven Bewusstsein des Verbrauchers über den Austausch<sup>136</sup>. Für die französische zivilrechtliche Literatur ist insbesondere bemerkenswert, dass die – bei der Diskussion des Art. 20 DSGVO zentrale – Grenze zwischen *fournis* (bereitgestellten) und *observés/inférés* (beobachteten/abgeleiteten) Daten nicht mit der Anwendungsregel des Art. 3

<sup>130</sup>Zur weiteren Diskussion siehe Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), EU Digital Law, Nomos 2020.

<sup>131</sup>Vgl. ferner Wenzel 2023, S. 145 ff.

<sup>132</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>133</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>134</sup>Zur Kategorisierung von Anwendungsfällen der Datenmonetarisierung siehe ferner N. Helberger, „Profiling and Targeting Consumers“ (Fn. oben), 138–144; OECD, „Personalised Pricing in the Digital Era“ (DAF/COMP(2018)13), 14–28.

<sup>135</sup>Zur Schwierigkeit der quantitativen Bewertung personenbezogener Daten siehe Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 2.Γ.Ι (Εξαιρετικά δύσκολος ο ποσοτικός προσδιορισμός της αξίας προσωπικών δεδομένων), S. 85–87; er isoliert das strukturelle Problem, das die Äquivalenzanalyse nach Art. 3 DCD erschwert.

<sup>136</sup>EDSA, Leitlinien 2/2019 zur Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO im Kontext der Erbringung von Online-Diensten gegenüber betroffenen Personen (Version 2.0, 2019), Rn. 39–47. Die enge Auslegung dieser Ausnahmebestimmung durch den EDSA war in operativer Hinsicht der zentrale Hebel, über den die datenschutzrechtliche Orthodoxie das vertragsrechtliche Verständnis der Richtlinie eingengt hat – eine Einengung, deren Vereinbarkeit mit dem Vollharmonisierungsanspruch der DCD weiterhin umstritten ist.

DCD zusammenfällt, der beide Kategorien als datenaustauschtauglich behandelt<sup>137</sup>.

Zweitens die Frage der Metadaten und technischen Identifikatoren<sup>138</sup>. Die Erwägungsgründe 24 und 25 DCD versuchen, Hinweise zur Stellung von Cookies, Geräte-Fingerabdrücken, IP-Adressen und anderen technischen Identifikatoren zu geben, ohne jedoch eindeutig zu sein<sup>139</sup>. Die daraus folgende Unsicherheit ist in der Form technischer Identifikatoren beschrieben worden, die – isoliert betrachtet – möglicherweise keine natürliche Person unmittelbar identifizieren, gleichwohl aber zu personenbezogenen Daten werden können, wenn sie mit weiteren beim Verantwortlichen verfügbaren Informationen kombiniert werden, so dass dieselben technischen Daten je nach weiterem Verarbeitungskontext zwischen Anwendungsbereich und Anwendungsausschluss der DSGVO oszillieren können<sup>140</sup>. Strukturell folgt für Art. 3 DCD daraus, dass sein Anwendungsbereich die kontextuelle Elastizität der DSGVO teilt: Ein Sachverhalt, der heute außerhalb der Kategorie der personenbezogenen Daten liegt, kann morgen in sie hineinfließen; die vertragliche Analyse muss diese Elastizität berücksichtigen<sup>141</sup>. Der im ursprünglichen Kom-

---

<sup>137</sup>Zur differenzierten Behandlung der Kommodifizierung personenbezogener Güter siehe grundlegend Radin M, *Contested Commodities*, Harvard University Press 1996, Kap. 7; ihre theoretische Position bildet einen Bezugspunkt für die hier vertretene differenzierte Anerkennung der wirtschaftlichen Substanz datengetriebener Austauschbeziehungen ohne Verleugnung ihrer personenrechtlichen Dimension.

<sup>138</sup>Zur Übernahme von WhatsApp durch Facebook (heute Meta) im Jahr 2014 und ihren datenschutzrechtlichen Implikationen siehe Europäische Kommission, Entscheidung in der Sache M.7217 – Facebook/WhatsApp, 3. Oktober 2014; zur anschließenden Wiederaufnahme nach Art. 7 siehe Entscheidung C(2017) 1924 final.

<sup>139</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

<sup>140</sup>Zur Verhältnismäßigkeitsdimension der Erforderlichkeitsprüfung nach der DSGVO siehe EuGH, Rs. C-708/18, *Asociația de Proprietari bloc M5A-Scara A*, ECLI:EU:C:2019:1064, Rn. 41–48.

<sup>141</sup>Sein und Spindler (Fn. 8), 267–269, weisen darauf hin, dass die Unterscheidung zwischen „erforderlicher“ und „nicht erforderlicher“ Datenverarbeitung in Art. 3 Abs. 1 DCD ein Verhältnismäßigkeitskonzept aus dem DSGVO-Recht importiert, dessen Operationalisierung in einem vertragsrechtlichen Kontext jedoch schwierig sein kann. Dem Erforderlichkeitsbegriff der DCD fehlt die jurisprudentielle Infrastruktur, die der gleiche Begriff im DSGVO-Rahmen durch EDSA-Leitlinien und EuGH-Rechtsprechung entwickelt hat.

missionsvorschlag enthaltene Verweis auf „andere Daten“<sup>142</sup> neben personenbezogenen Daten – offenbar dazu bestimmt, anonymisierte, von der DSGVO nicht erfasste Daten einzubeziehen – wurde durch Änderungsantrag Nr. 80 des Berichts des Europäischen Parlaments von 2017 zu Recht aus dem endgültigen Text gestrichen: Die gut belegten Möglichkeiten der Re-Identifizierung und De-Anonymisierung machen es schwierig, im digitalen Plattformkontext eine stabile Kategorie wirklich nicht-personenbezogener Daten aufrechtzuerhalten<sup>143</sup>.

Drittens die Sonderkategorie bzw. die sensible Dimension nach Art. 9 DSGVO<sup>144</sup>. Art. 3 DCD schließt prima facie sensible Daten als Bestandteil des vertraglichen Austauschs nicht aus<sup>145</sup>. Die zusätzliche Schutzschicht des Art. 9 DSGVO – der eine Verarbeitung ohne ausdrückliche, sowohl Art. 7 als auch Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO genügende Einwilligung verbietet – wirkt jedoch als strukturelle Beschränkung der rechtmäßigen Verwendung solcher Daten<sup>146</sup>; praktisch folgt daraus, dass sensible Daten in typischen Fällen nicht als tragfähige Gegenleistung nach Art. 3 DCD

<sup>142</sup>Zur näheren Begründung siehe Scheibenpflug 2022, S. 167 ff.

<sup>143</sup>Stathopoulos und Christodoulou haben in ihrer jüngsten Auflage diese Konzeption präzisiert; vgl. Stathopoulos M / Christodoulou K, *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*, Sakkoulas 2025, § 19 Rn. 4 ff.; für die historische Tiefe Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 5. Aufl., Sakkoulas 2018, § 1 Rn. 22 ff.

<sup>144</sup>Rolf H. Weber, „Data Protection – An Overview“, in: Schulze/Staudenmayer/Lohse (Hrsg.), *Contracts for the Supply of Digital Content (Nomos/Hart 2017)*, 157, 160–167. Weber identifiziert das Spannungsverhältnis zwischen dem Zweckbindungsgrundsatz der DSGVO (Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO) und dem typischen DaG-Geschäftsmodell als die durch das Zusammenspiel von DCD und DSGVO erzeugte schärfste regulatorische Herausforderung.

<sup>145</sup>Damian Clifford, Inge Graef und Peggy Valcke, „Pre-formulation Challenges to Effective Consent“ (Fn. 11), 98–100. Die Formulierung der Erwägungsgründe 24 und 25 durch den Rat spiegelte eine bewusste Mehrdeutigkeit wider: Wie die Autoren festhalten, scheine sie „die Befürchtung widerzuspiegeln, dass eine ausdrückliche Anerkennung personenbezogener Daten als Gegenleistung in einem EU-Rechtsakt Auswirkungen auf das nationale Vertragsrecht hätte“. Diese Mehrdeutigkeit erzeugt in den Mitgliedstaaten weiterhin Vollzugsunsicherheit.

<sup>146</sup>Die Vollzugsunsicherheit wird durch divergierende nationale Ansätze zur Cookie-Regulierung im Rahmen der ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG) verstärkt. Siehe Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von der Einwilligung bei Cookies, WP 194, 7. Juni 2012, 3–6.

dienen können<sup>147</sup>. Die italienische dogmatische Diskussion gelangt zu dem wohlherwogenen Ergebnis, dass sensible Daten zwar formal nicht durch Art. 3 DCD ausgeschlossen sind, die kumulativen Anforderungen des Art. 9 DSGVO sie aber – außer in den engsten Fallkonstellationen – als vertragliche Währung praktisch unbrauchbar machen<sup>148</sup>.

Die allgemeine Antwort, die sich aus der vergleichenden zivilrechtlichen Literatur ergibt, lässt sich wie folgt formulieren: Die von Art. 3 DCD erfassten Daten sind personenbezogene Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO<sup>149</sup>, einschließlich aktiv bereitgestellter wie passiv erzeugter Daten, einschließlich direkter Identifikatoren wie kontextueller oder inferentieller personenbezogener Daten und – zumindest grundsätzlich – einschließlich besonderer Datenkategorien, soweit die zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 9 DSGVO erfüllt sind<sup>150</sup>. Was außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie verbleibt, ist eine vergleichsweise schmale Restkategorie: tatsächlich anonyme Daten, rein technische Telemetrie ohne Identifizierungsmöglichkeit sowie Daten, die unter die Bereichsausnahme des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 DCD fallen<sup>151</sup>.

<sup>147</sup>Zum Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 DCD siehe Schulze, in: Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *EU Digital Law, Nomos 2020*, Art. 3 Rn. 1 ff.

<sup>148</sup>Zur rechtsökonomischen Analyse der Plattformökonomie und ihrer vertragsrechtlichen Implikationen vgl. Eidenmüller H, „The Rise of Robots and the Law of Humans“, (2017) *ZEuP* 765 ff.; zur strukturellen Logik plattformvermittelter Austauschverhältnisse van Dijk J/Poell T/de Waal M, *The Platform Society*, OUP 2018, S. 12 ff.

<sup>149</sup>Vgl. zur Auslegung des Art. 3 DCD Spindler, *MMR* 2018, 489, 491 ff.

<sup>150</sup>Zum strukturellen Merkmal der DaG-Verträge – der allezeit gegebenen Möglichkeit des Einwilligungswiderrufs, das sie von in Geld bezahlten Verträgen unterscheidet – siehe Linardatos, *Datenrecht in der Digitalisierung*, § 5.3 Rn. 25; Schmidt-Kessel, in: Lohse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.) (Fn. oben), 130–134. Der Widerruf rollt den Vertrag nicht rückwirkend ab und macht die Leistung des Verbrauchers nicht ungeschehen: Er wirkt prospektiv, indem er die Wirksamkeitsvoraussetzung für die fortgesetzte Verarbeitung durch den Unternehmer entfallen lässt und das besondere Beendigungsregime auslöst, das die deutsche Umsetzung später in § 327q Abs. 2 BGB kodifiziert hat. Diese zeitliche Architektur ist es, die es dem DaG-Verhältnis erlaubt, trotz der autonomieschützenden Widerruflichkeitsregel der DSGVO als stabile Vertragskategorie zu funktionieren.

<sup>151</sup>Zur expansiven Reichweite des Begriffs der personenbezogenen Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO und ihrer Konsequenzen für den Anwendungsbereich der DCD vgl. Purtova N, „The Law of Everything: Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law“, (2018) 10 *Law, Innovation and Technology* 40; Zuiderveen Borgesius F, „Singling Out People without Knowing Their Names – Behavioural Targeting, Pseudonymous Data, and the New Data Protection Regulation“, (2016) 32 *CLSR*

### § 3.1.B Die Bereichsausnahme des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 und die Notwendigkeitsschranke

Die Einbeziehungsregel steht unter dem Vorbehalt des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2, der den Anwendungsbereich der Richtlinie aufhebt, sofern personenbezogene Daten ausschließlich zur Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung oder zur Erfüllung einer gesetzlichen Anforderung verarbeitet werden, ohne dass darüber hinaus ein anderer Verarbeitungszweck verfolgt wird<sup>152</sup>. Die rechtliche Rechtfertigung dieser Ausnahme besteht darin, eine Ausweitung der Richtlinie auf Geschäftsmodelle zu vermeiden, in denen die Datenverarbeitung tatsächlich nur akzessorisch zur Dienstleistungserbringung ist und nicht die wirtschaftliche Substanz des Austauschs bildet<sup>153</sup>. Die Ausnahme ist jedoch heftig kritisiert worden<sup>154</sup>. Das Notwendigkeitserfordernis enthält einen impliziten Verhältnismäßigkeitsmaßstab der Verarbeitung im Sinne der DSGVO, für dessen vertragliche Durchsetzung der Rahmen der DCD nicht gut gerüstet ist<sup>155</sup>. Der Konflikt zwischen der Zweckbindung und den DaG-Geschäftsmodellen war bereits 2017 als zentrales struktu-

---

256; zur Diskussion um Anonymität und Pseudonymisierung Karg M, „Anonymität, Pseudonyme und Personenbezug revisited“, (2015) *DuD* 520; rechtsvergleichend kritisch zur Erstreckung des Personenbezugs Koops B-J, „The Trouble with European Data Protection Law“, (2014) 4 *International Data Privacy Law* 250; aus zivilrechtlich-eigentumsrechtlicher Perspektive Heymann T, „Rechte an Daten“, (2016) *CR* 650, sowie Hoeren T, „Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht“, (2013) *MMR* 486; zur Kategorie eines „Datenschuldrechts“ ferner Indenhuck M und Britz T, „Vom Datenschutzrecht zum Datenschuldrecht“, (2020) *ZRP* 207.

<sup>152</sup>Zur Schlechtleistung in DaG-Kontexten siehe ferner H. Riehm, „Daten als Leistungsstörung“, (2022) 30 *ZfPW* 567.

<sup>153</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

<sup>154</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

<sup>155</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.4–14.7 (drei Konsequenzen der persönlichkeitsrechtlichen Anknüpfung personenbezogener Daten für die vertragsrechtliche Analyse); die persönlichkeitsrechtliche Verankerung erklärt, weshalb die Einwilligung aus grundrechtlichen Schutzgründen frei widerruflich bleiben muss, ohne dass die Einwilligung damit in die Rolle der vertraglichen Substanz gedrängt würde – die architektonische Vorrichtung der Registertrennung trägt beiden Anforderungen ohne Widerspruch Rechnung.

relles Problem erkannt worden<sup>156</sup>; der gesetzgeberische Lösungsansatz im endgültigen Text hat dies nicht entschärft<sup>157</sup>. Ein weiterer Aspekt der Bereichsausnahme betrifft Cookies und Browser-Fingerprinting: Die Erwägungsgründe 24 und 25 DCD legen nahe, dass passiv erhobene Metadaten unter Umständen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen<sup>158</sup>; die Ausarbeitung der Erwägungsgründe durch den Rat lässt jedoch erkennen, dass es sich um eine bewusste Mehrdeutigkeit handelt, die der institutionellen Anerkennung personenbezogener Daten als positiver Aktivität als Gegenleistung im Text eines Unionsrechtsakts dient. Die jüngere deutsche Literatur<sup>159</sup> hat dokumentiert, wie die heute allgegenwärtigen Consent-Management-Plattformen auf europäischen Webseiten gerade um diese Mehrdeutigkeit herum konstruiert sind: Das Cookie-Banner mit seiner feingliedrigen Aufteilung der Datenverwendungen in die Kategorien „notwendig“, „Präferenzen“, „Statistik“ und „Marketing“ übernimmt eine regulatorische Funktion, die die Ausnahmeklausel der Richtlinie nur voraussetzt, ohne sie unmittelbar anzuordnen – mit der Folge, dass der tatsächliche Schutzbereich der Richtlinie im häufigen Fall des Webseitenaufrufs durch die Designentscheidungen des Plattformbetreibers und durch das Nutzerverhalten gegenüber der CMP-Oberfläche bestimmt wird<sup>160</sup>. Die griechische Behandlung der Bereichsausnahme ergänzt die deutsche empirische Kritik um eine analytische Sorge: Wo das operative Notwendigkeitskonzept ex post anhand der DSGVO-Rechtsprechung und nicht ex ante anhand des vertraglichen

---

<sup>156</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>157</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>158</sup>Die bildhafte Metapher trifft den polnischen Ansatz, DCD und SGD trotz unterschiedlicher regulatorischer Logik der beiden Richtlinien in einem einheitlichen Gesetzgebungsakt umzusetzen. Siehe Namysłowska/Jablonowska/Wiaderek (Fn. 87), 242–243.

<sup>159</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 2 § A I, 42–43, mit einer Analyse der Intervention des EDSB vom 14. März 2017 (ABl. EU 2017/C 200/07) und des Erwägungsgrundes 24 DCD. Das entscheidende sprachliche Merkmal ist nach Wenzels Lesart das Wort sondern im Erwägungsgrund: „wenn der Verbraucher keinen Preis zahlt, sondern personenbezogene Daten an den Unternehmer übermittelt“; es bewahrt die Reziprozität des Austauschs, die die operativen Bestimmungen der endgültigen Richtlinie zu verschleiern versuchten.

<sup>160</sup>Der strategische Einsatz von Unbestimmtheit in den Nutzungsbedingungen der Plattformen ist in der breiteren Literatur zu „Dark Patterns“ dokumentiert. Siehe Christoph Busch u.a., „Unfair Commercial Practices in Digital Markets“, Position Paper (ELI 2022), 8–14.

Programms der Parteien bestimmt wird, befindet sich der Unternehmer in der strukturell unbequemen Lage, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die regulatorische Charakterisierung seiner eigenen Verarbeitung vorherzusagen zu müssen.

### § 3.2 Zivilrechtliche Tradition: deutsch-griechische dogmatische Grundlagen

Die dogmatischen Probleme des Art. 3 Abs. 1 DCD werden auch dadurch erhellt, wie das DaG-Konzept von nationalen Rechtsordnungen aufgenommen wird, die der zivilrechtlichen Tradition angehören<sup>161</sup>. Eine besonders lehrreiche Fallstudie – einerseits wegen der engen Verwandtschaft mit der deutschen Privatrechtsdogmatik, andererseits wegen der allgemeinen Vertragsrechtsgrundsätze, die in seinem Allgemeinen Teil entfaltet sind und als analytisches Werkzeug dienen, das im wissenschaftlichen Diskurs Europas noch nicht voll ausgeschöpft ist – ist das griechische Recht<sup>162</sup>. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit findet sich in den Art. 361–364 AK: Die Parteien sind frei, nicht-monetäre Gegenleistungen zu vereinbaren, soweit die Leistung ein erkennbares Interesse der Gegenpartei befriedigt und die allgemeinen Anforderungen an Rechtmäßigkeit, Bestimmtheit und Möglichkeit erfüllt<sup>163</sup>. Personenbezogene Daten genügen dem Interessenkriterium, weil sie in der digitalen Wirtschaft nachweisbar einen wirtschaftlichen Wert besitzen – ein Wert, der sich in personalisierter Werbung, algorithmischer Optimierung, Nutzerprofilierung und anderen kommerziellen Datennutzungen niederschlägt<sup>164</sup>. Die normative Anerkennung in der Richtlinie 2019/770 spielte insoweit eine katalytische Rolle und lieferte eine dogmatische Rechtfertigung für eine bereits marktbeherrschende Praxis<sup>165</sup>. Diese Punkte werden durch

---

<sup>161</sup>Zur ratio legis des Art. 3 DCD vgl. Erwägungsgr. 24 DCD sowie Wendehorst, ZEuP 2016, 30, 36 ff.

<sup>162</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>163</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>164</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>165</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

die griechische dogmatische Auslegung besonders deutlich vermittelt<sup>166</sup>. Der weite Leistungsbegriff nach Art. 287 AK – der sowohl den vermögensrechtlichen („περιουσιακή“) als auch den nicht-vermögensrechtlichen („μη περιουσιακή“) Wert umfasst und sich sowohl auf das Verhalten als auch auf das Verhaltensergebnis bezieht – ermöglicht die Bereitstellung personenbezogener Daten ohne Schwierigkeiten<sup>167</sup>. Leistungen ideellen oder immateriellen Werts wurden im griechischen Recht stets als geeignet anerkannt, ein Schuldverhältnis zu tragen<sup>168</sup>. Insoweit ist das DaG dogmatisch unproblematisch; die Herausforderung, der sich die folgenden §§ dieser Studie widmen, liegt anderswo<sup>169</sup>.

Der dogmatisch heikelste Punkt der griechisch-deutschen Lehre betrifft die rechtliche Charakterisierung der Daten-gegen-Dienstleistung-Beziehung<sup>170</sup>. Der Vergleich mit dem Tauschvertrag (Art. 573 ff. AK) – bei dem jede Partei zur Übertragung einer Sache verpflichtet ist – weist im Hinblick auf personenbezogene Daten erhebliche Schwächen auf<sup>171</sup>. Der Tausch setzt eine Eigentumsübertragung voraus<sup>172</sup>; Daten als Information können in dieser Weise nicht übertragen werden: Der Nutzer

<sup>166</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>167</sup>Zur deutschen Debatte über das Dateneigentum siehe Specht und Kerber, Datenrechte – Rechtspolitischer Diskurs (Forschungsstelle Datenrecht 2017); zu deren Rezeption in der griechischen Lehre Παπακωνσταντίνου, Δίκαιο Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (Sakkoulas 2018), Kap. 2; Καρακώστας, Αστικό Δίκαιο (Sakkoulas 2017), §§ 57–59.

<sup>168</sup>Vgl. dazu Lohse, in: Lohse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>169</sup>Zum dynamischen Eigentumsrechtsmodell siehe Janeček V, „Ownership of Personal Data in the Internet of Things“, (2018) 34 *Computer Law & Security Review* 1039, 1048 ff.; zur dogmatischen Kritik im BGB-Rahmen Wagner G, „Data Property“, in: Lohse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Hart/Nomos 2017, S. 145 ff.

<sup>170</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>171</sup>Zur Debatte über das Dateneigentum in der deutschen Lehre siehe Zimmer, „Fragwürdiges Eigentum an Daten“, in: Dateneigentum und Datenhandel (Stiftung Datenschutz, Hrsg.), S. 323 ff.; Spindler, MMR 2021, 452; Wendehorst, NJW 2021, 2915. Zur griechischen Rezeption siehe Μαρίνος (Marinos), Δίκαιο διακριτικών γνωρισμάτων (Recht der Kennzeichen), Nr. 2.29.

<sup>172</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

überträgt das Eigentum an den Daten nicht auf einen anderen, sondern gewährt lediglich Zugriff auf Daten oder erlaubt deren Erhebung durch einen anderen<sup>173</sup>. Die griechische Lehre entfaltet diese Linie eingehend auf der Ebene der dinglichen (persönlichkeitsrechtlichen) Dimension personenbezogener Daten: Sie sind Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>174</sup>s (Art. 57 AK), eines absoluten Persönlichkeitsrechts, das kein übertragbares Eigentum darstellt<sup>175</sup>. Diese Einsicht führt zu der spezifischeren, von Zoll<sup>176</sup> vorgebrachten und in der griechischen Wissenschaft fortentwickelten Charakterisierung, dass es sich beim DaG-Verhältnis um ein sui-generis-Schuldverhältnis handelt, in dem die Verbrauchergegenleistung in der Duldung der Datenverarbeitung besteht: Der Nutzer „verliert“<sup>177</sup> die Daten durch ihre Bereitstellung in keiner Weise<sup>178</sup>; er bleibt im Gegenteil Inhaber des Persönlichkeitsrechts und kann seine Einwilligung jederzeit widerrufen<sup>179</sup>. Diese Sicht hat weitreichende dogmatische Implikationen: Sie erklärt die strukturelle Anfälligkeit der Beziehung gegenüber dem Einwilligungswiderruf im Vergleich zu hergebrachten

<sup>173</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>174</sup>Vgl. zur fundamental-rechtlichen Dimension des Immaterialgüterrechts Geiger C (Hrsg.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar 2015, Kap. 4 ff.; rechtsvergleichend zur Übertragbarkeit Brkan M, „The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection“, (2019) 20 *German Law Journal* 864.

<sup>175</sup>Zum Begriff der Persönlichkeitsgüterrechte siehe V. Beuthien und A. Schmölz, Persönlichkeitschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte (C.H. Beck 1999); H. Forkel, „Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung“, (1988) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 491.

<sup>176</sup>Fryderyk Zoll, „Personal Data as Remuneration in the Proposal for a Directive on Supply of Digital Content“, in: Schulze/Staudenmayer/Lohsse (Hrsg.), *Contracts for the Supply of Digital Content* (Nomos/Hart 2017), 179, 183–188. Zoll war einer der ersten Autoren, die systematisch untersucht haben, ob die Bereitstellung personenbezogener Daten am besten als Gegenleistung, Entgelt oder als eine vertragliche Leistung sui generis zu qualifizieren sei.

<sup>177</sup>Vgl. dazu Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 5.

<sup>178</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>179</sup>Die Extra-commercium-These baut auf einer langen Tradition der kontinentalen Persönlichkeitsrechtsdogmatik auf; siehe E. Hilgendorf, „Was bleibt vom Persönlichkeitsrecht im Internet?“, (2016) 71 *JuristenZeitung* 765; J. Neuner, „Das Recht der Persönlichkeit“, (2014) 14 *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 217.

Schuldverhältnissen<sup>180</sup>. Aus der Verbindung zwischen personenbezogenen Daten und dem Persönlichkeitsrecht (Art. 57 AK), das ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung begründet, folgen drei grundlegende vertragsrechtliche Konsequenzen<sup>181</sup>. Erstens sind personenbezogene Daten keine „Sache“ i. S. d. Art. 947 AK<sup>182</sup>; das Sachenrecht findet daher keine unmittelbare Anwendung<sup>183</sup>. Zweitens kann die Datenüberlassung auf schuldrechtlicher Ebene nicht als Eigentumsübertragung, sondern nur als Einräumung eines Nutzungsrechts oder als Duldung der Verarbeitung verstanden werden<sup>184</sup>. Drittens stellt die Tatsache, dass der Widerruf der Einwilligung sowohl nach dem Persönlichkeitsrechtsprinzip als auch nach dem DSGVO-Prinzip ausgesprochen werden kann, ein Element struktureller Fragilität der Vertragsbeziehung dar<sup>185</sup>. Diese drei Konsequenzen werden in der griechischen Literatur stringenter herausgearbeitet als in irgendeiner anderen Quelle, und die analytische Form der vorliegenden Arbeit folgt der Darstellung dieser Konsequenzen eng<sup>186</sup>. Der konzeptuelle Nutzen dieser Analyse beschränkt sich nicht auf das grie-

<sup>180</sup>Art. 7 Abs. 3 DSGVO bestimmt: „Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt.“

<sup>181</sup>Siehe Linardatos, in: Datenrecht in der Digitalisierung, § 5,3 Rn. 55–58; Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (2006), 270 ff.

<sup>182</sup>Zum dogmatischen Einfluss des deutschen Rechts auf das griechische Zivilrecht und dessen Relevanz für die DaG-Analyse siehe Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (Sakkoulas 2018), Einleitung § 1; Καρακώστας, Αστικό Δίκαιο (Sakkoulas 2017), Einleitung §§ 1–4; ferner Παπανικολάου, „Η επίδραση του γερμανικού αστικού κώδικα στον ελληνικό αστικό κώδικα“, (2010) 70 Νομικό Βήμα 22.

<sup>183</sup>Gesetz 2251/1994, Art. 2 Abs. 6. Siehe Καρακώστας (Karakostas), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (Verbraucherschutzrecht) (2016); Δελλίος, Γενικοί Όροι Συναλλαγών (2013), Nr. 22, 53 ff.

<sup>184</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos 2024.

<sup>185</sup>Art. 7 Abs. 3 DSGVO. Der EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung (Fn. 20), Rn. 116–120, bestätigt, dass der Widerruf der Einwilligung keine nachteiligen Folgen für die betroffene Person nach sich ziehen darf. Die Unbedingtheit dieses Rechts erzeugt eine grundlegende strukturelle Asymmetrie: Der Verbraucher kann die Gegenleistung (Einwilligung in die Datenverarbeitung) einseitig zurücknehmen, ohne dass eine entsprechende Pflicht zur Rückgewähr des Empfangenen (des digitalen Dienstes) bestünde. Diese Asymmetrie hat im klassischen Vertragsrecht keine Parallele.

<sup>186</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4,3 sowie unten § 7.2.

chische Recht: Sie liefert einen Begriffsrahmen, mit dem sich erklären lässt, warum DaG-Verträge in allen Mitgliedstaaten den überkommenen privatrechtlichen Taxonomien nicht ohne Weiteres zuzuordnen sind und warum der bewusst zurückhaltende Ansatz der Richtlinie zur Rechtsnatur dieser Verträge (Erwägungsgrund 13) sich im Lauf der Rechtsprechungsentwicklung als nicht ausreichend tragfähig erweisen kann<sup>187</sup>.

### § 3.3 Vertragstypologie, sui generis und Datentypen

Die im deutschen Schrifttum am höchsten geschätzte Behandlung dieses Einordnungsproblems ist Scheibenpflugs sogenannte „vertragstypologische Analyse“<sup>188</sup>. Seine systematische Prüfung, ob Gegenstand und Struktur des DaG-Vertrags unter einen der bestehenden BGB-Vertragstypen – Kauf, Werkvertrag, Dienstvertrag, Mietvertrag oder Tausch – subsumiert werden können, gelangt zu dem Ergebnis, dass keiner dieser Typen ausreicht, um die besondere Verbindung von kontinuierlicher Leistung, persönlichkeitsbezogenem Gegenstand und struktureller Widerruflichkeit zu erfassen, die DaG-Geschäfte kennzeichnen<sup>189</sup>. Eine parallele typologische Untersuchung wird in der jüngeren deutschen Literatur<sup>190</sup>

<sup>187</sup>Zur deutsch-griechischen dogmatischen Konvergenz vgl. Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο* [Allgemeines Schuldrecht], 5. Aufl., Sakkoulas 2018, §§ 7-9 zum Leistungsbegriff des Art. 287 AK; Mentis G, *Γενικοί Όροι Συναλλαγών*, §§ 14-18 zur AGB-Kontrolle in Verbraucherverträgen; Pamboukis CN, *Συμβάσεις της Πληροφορικής* [Verträge der Informatik], Sakkoulas 2017, Kap. 3-5; aus deutscher Sicht zur Vertragstypologie Pertot T (Hrsg.), *Rechte an Daten*, Mohr Siebeck 2020, S. 1-50; Stathopoulos M und Christodoulou K, *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*, Sakkoulas 2025, §§ 4-8.

<sup>188</sup>Andreas Scheibenpflug, Personenbezogene Daten als Gegenleistung: Ein Beitrag zur rechtlichen Einordnung datengetriebener Austauschverhältnisse (Duncker & Humblot 2022), 290–330. Das Konzept des „Datenwerts als ungerechtfertigte Bereicherung“ stellt einen der innovativsten Aspekte der Analyse Scheibenpflugs dar; es eröffnet einen alternativen Rechtsbehelfsweg, der die strukturelle Lücke des Post-Beendigungs-Regimes der DCD adressiert.

<sup>189</sup>Zur Wirkung des Widerrufs auf bestehende Verträge siehe Sattler, JZ 2017, 1036, 1041 ff.

<sup>190</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 2 § A II, 45–47, zur deutschen Umsetzung durch die §§ 327 ff. BGB; ferner zur Integration des sachlichen Gehalts der Richtlinie in den bestehenden BGB-Rahmen Wenzel, ebd., Kapitel 2 § B I.1, 51–55.

im neuen Kontext der weit gefassten Vertragstypen der §§ 327 ff. BGB<sup>191</sup> durch und gelangt mit derselben Genauigkeit zu einem konvergenten Befund: Der Daten-gegen-Dienstleistung-Austausch weist Merkmale auf, die in den Typologien Kauf, Miete, Werkvertrag, Dienstvertrag und Lizenz zusammen nicht aufgehen<sup>192</sup>; seine angemessene dogmatische Behandlung verlangt daher einen neuartigen Vertragstyp – einen sui generis-Vertrag, dessen allgemeines Regime durch die §§ 327 ff. BGB<sup>193</sup> vorgegeben ist und dessen besondere Merkmale fallweise dogmatisch auszuarbeiten sind<sup>194</sup>. Eine analoge typologische Analyse nach griechischem Recht führt zum gleichen Ergebnis: DaG-Verträge können nicht unter den Kauf (Art. 513 ff. AK) subsumiert werden, denn personenbezogene Daten sind keine Sache i. S. d. Art. 947 AK<sup>195</sup>; auch der Tausch (Art. 573 ff. AK) setzt wechselseitige Eigentumsübertragungen voraus, die Datengeschäfte nicht erbringen können<sup>196</sup>; der Werkvertrag (Art. 681 ff. AK) verlangt einen abgrenzbaren Erfolg; die Pacht (Art. 574 ff. AK) setzt eine festgelegte Dauer eines erkennbaren Nutzungsobjekts voraus<sup>197</sup>.

<sup>191</sup>Zur ungarischen Umsetzung der DCD und ihren rechtsvergleichenden Implikationen vgl. Csehi Z, „The First Decision of the Hungarian Curia on Personal Data as Counter-Performance“, (2022) 11 *Journal of European Consumer and Market Law* 88; zur griechischen Umsetzung Dougalis A, „Η ενσωμάτωση της Οδηγίας 2019/770 στο ελληνικό δίκαιο“, (2023) *ChriD* 145 ff.

<sup>192</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

<sup>193</sup>Zur Architektur der griechischen Umsetzung siehe Karakostas I, *Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή*, 3. Aufl., Nomiki Bibliothiki, Athen 2024, Kap. 5 § 3, sowie zur dogmatischen Verortung Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 5. Aufl., Sakkoulas 2018, § 11 Rn. 14 ff.

<sup>194</sup>Die Integration der §§ 327 ff. BGB in das bestehende BGB-System ist ein Beispiel vorbildlicher Umsetzungstechnik: Der deutsche Gesetzgeber hat die etablierten Kategorien des Leistungsstörungsrechts bewahrt und zugleich den sachlichen Gehalt der Richtlinie eingeführt, mit der Folge, dass das dogmatische Instrumentarium des deutschen Vertragsrechts ohne Bruch auf die neuen Sachverhalte anwendbar bleibt.

<sup>195</sup>Zur persönlichkeitsrechtlichen Dimension im griechischen Recht siehe Art. 57 AK; Καρακώστας, *Αστικό Δίκαιο* (Sakkoulas 2017), §§ 57–59; Παπακωνσταντίνου, *Δίκαιο Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα* (Sakkoulas 2018), Kap. 2.

<sup>196</sup>Art. 57 des griechischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsrecht); zu seiner Anwendung auf den Datenschutz siehe Παπακωνσταντίνου (Fn. oben), Kap. 4; Δούγαλης (Fn. oben), 1255–1260.

<sup>197</sup>Die Konvergenz der deutschen und der griechischen Wissenschaft in der Ablehnung eines Dateneigentums ist signifikant. Beide Traditionen gelangen zu demselben Ergebnis – ein dingliches Recht an Daten sei dogmatisch unangemessen und praktisch kontrapro-

Die griechische typologische Analyse akzeptiert die sui-generis-Lösung ausdrücklich: DaG-Verträge lassen sich Kauf-, Tausch- oder Lizenzverträgen nicht assimilieren, sondern sind sui-generis-Verträge gemischter Art, deren Regelung im allgemeinen Schuldrecht und in den besonderen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie ins griechische Recht fußen muss<sup>198</sup>. Die Übereinstimmung der Schlussfolgerungen dreier dogmatischer Untersuchungen – zweier deutscher und einer griechischen – liefert ein sehr starkes vergleichendes Indiz dafür, dass das Einordnungsproblem strukturell bedingt und nicht auf jurisdiktionsspezifische Faktoren zurückzuführen ist<sup>199</sup>. Ein weiterer Aspekt betrifft den Dauerschuldcharakter der Gegenleistung<sup>200</sup>. Anders als bei einem nur anlassbezogenen Tausch wird die Verpflichtung des Nutzers nicht durch eine erste Datenüberlassung erfüllt, sondern erstreckt sich kontinuierlich über die gesamte Laufzeit des Dienstes<sup>201</sup>; die Beziehung gleicht daher viel eher einem Vertrag über fortdauernde Leistungserbringung als einem unmittelbaren Datentausch – mit erheblichen praktischen Implikationen für Beendigung, Anpassung der Gegenleistung bei veränderten Umständen und Anwendung der Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung<sup>202</sup>; Dimensionen, die das Vertragsmäßigkeitsregime der DCD nicht vollständig abdeckt<sup>203</sup>. Die griechische Analyse der Dauerdimension ist empirisch fundiert: Im Normalfall liefert der Verbraucher keinen festen Datensatz endgültig ab, sondern erzeugt bei jeder Inanspruchnahme des Dienstes neue Daten – jedes Login, jeder gesendete Newsletter, jede aufgerufene Anzeige, jede Suchanfrage, jedes „Like“ – mit der Folge, dass der Wert

---

duktiv –, aber von unterschiedlichen Ausgangspunkten aus: Die deutsche Analyse stellt auf die fehlende Sachqualität (§ 90 BGB) ab, während die griechische Analyse die persönlichkeitsrechtliche Dimension (Art. 57 AK) hervorhebt. Siehe Μαρinos (Marinos), *Δίκαιο διακριτικών γνωρισμάτων*, Nr. 2.29; Scheibenpflug (Fn. 236), 370–400.

<sup>198</sup>Zur Haltung der Richtlinie gegenüber nationalen Vertragstypologien behandelt Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 3.A.IV (Προσέγγιση ανεξάρτητη από συμβατικούς τύπους του εθνικού δικαίου), S. 106, die architektonische Prämisse, auf der die sui-generis-Charakterisierung letztlich ruht.

<sup>199</sup>Vgl. dazu Schulze, *EuCML* 2024, 105, 109 f.

<sup>200</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 4.

<sup>201</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>202</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 6.

<sup>203</sup>Vgl. ferner Hacker, *ZEuP* 2019, 148, 167 ff.

der Gegenleistung im Zeitablauf aktiv anwächst und die dogmatische Einordnung als Dauerschuldverhältnis trägt.

### § 3.3.A Aktive und passive Datenbereitstellung; das sui-generis-Ergebnis

Art. 3 Abs. 1 DCD verweist auf personenbezogene Daten als geeignete Gegenleistung<sup>204</sup>. Personenbezogene Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO<sup>205</sup> sind solche, die unmittelbar oder mittelbar Rückschlüsse auf eine identifizierte oder identifizierbare Person erlauben<sup>206</sup>; sie können Informationen sein, die einen unmittelbaren Personenbezug aufweisen (etwa der Name) oder erst aufgrund der Umstände bzw. durch Hinzuziehung weiterer Informationen einen Personenbezug erhalten (etwa eine Online-Identifikation oder eine E-Mail-Adresse)<sup>207</sup>. Wenn der Verbraucher proaktiv Informationen bereitstellt, um digitale Inhalte zu erhalten, ist der Personenbezug entweder offensichtlich oder zumindest bestimmbar<sup>208</sup>; praktisch alle aktiv bereitgestellten Informationen weisen daher einen potenziellen Personenbezug auf<sup>209</sup>. Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag hatte zudem „andere Daten“<sup>210</sup> als mögliche Gegenleistung genannt: Gemeint waren wohl anonymisierte Daten, die nicht von der DSGVO erfasst sind<sup>211</sup>. Da aber zweifelhaft ist, ob es im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 DCD wirklich nicht-personenbezogene Daten

<sup>204</sup>Zum Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 DCD siehe Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), EU Digital Law, Nomos 2020, Art. 3 Rn. 1 ff.

<sup>205</sup>Zur frühen Konzeptionalisierung der Datenüberlassung als Bezahlung siehe grundlegend Dix A, „Daten als Bezahlung – Zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Datenschutzrecht“, (2017) *ZEuP* 1 ff.; zu den operationalen Schwierigkeiten Engeler M, „Das Datenportabilitätsrecht in der Praxis“, (2021) *DuD* 145 ff.

<sup>206</sup>Zum gesetzgeberischen Schweigen über die datenschutzrechtliche Einwilligung und seinen Konsequenzen siehe Linardatos, § 5.3 Rn. 31–34.

<sup>207</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>208</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>209</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>210</sup>Zur dogmatischen Präzisierung vgl. oben § 3.2.

<sup>211</sup>Zum Argument, der wirtschaftliche Wert der Daten bestehe nur bei wirksamer Einwilligung, sowie zu seiner Widerlegung siehe Schmidt-Kessel/Erlner/Grimm/Kramme (Fn. oben), 58; Gegenposition bei Linardatos, § 5.3 Rn. 34 (Daten haben vom Moment des

geben kann, war die Streichung der Kategorie „andere Daten“<sup>212</sup> im endgültigen Text infolge des Änderungsantrags Nr. 80 zum Bericht von 2017 überzeugend<sup>213</sup>. Letztlich ist es das richtige Verständnis, sowohl aktiv bereitgestellte als auch passiv erhobene Daten als Gegenleistung anzuerkennen<sup>214</sup>. Die im ursprünglichen Vorschlag enthaltene Beschränkung auf aktive Datenbereitstellung war zu Recht kritisiert worden: Die Methode der Datenerhebung sagt nichts über den Wert der erhobenen Daten aus<sup>215</sup>; sie ist auch kein geeigneter Anknüpfungspunkt für die Frage, wem die Daten zuzuordnen sind, und der Wert der Daten als Erfahrungsgut realisiert sich erst durch die Nutzung im Produktions- und Konsumprozess, nicht durch die Art der Erhebung. Wie die jüngere empirische Literatur<sup>216</sup> belegt, erzeugen die großen deutschen Online-Plattformen (Facebook (Meta), Google, Xing) den Großteil der Daten von kommerziellem Wert nicht aktiv, sondern als Ergebnis der Interaktion zwischen Nutzer und Plattform<sup>217</sup>; ein vertragsrechtlicher Rahmen, der sich auf die aktive Datenbereitstellung beschränkte, würde daher systematisch die wirtschaftlich bedeutsame Komponente des Austauschs übergehen<sup>218</sup>.

---

faktischen Zugriffs an wirtschaftlichen Wert, unabhängig von der Wirksamkeit der Einwilligung).

<sup>212</sup>Vgl. Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12.

<sup>213</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>214</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>215</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos 2024.

<sup>216</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 1 § C III.1–2, 28–33, zu Targeted Advertising und Real-Time-Bidding; zu empirischen Einzelheiten der Preisbildung bei Real-Time-Bidding-Auktionen siehe ferner Baumgartner/Hansch, „Onlinewerbung und Real-Time-Bidding“, (2020) ZD 435.

<sup>217</sup>Zur Transparenz als strukturellem Problem siehe ferner OECD, „Consumer Protection Enforcement in a Global Digital Marketplace“ (OECD Publishing 2018), 23–41.

<sup>218</sup>Zur aktiven und passiven Datenbereitstellung sowie zu den daraus folgenden Anforderungen an den Vertragsmäßigkeitmaßstab vgl. Riehm T, in: BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2024, § 327 Rn. 89 ff., 105 ff.; Sein K und Spindler G, „The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply“, (2019) 15 *ERCL* 257, 263 ff.; Helberger N, Borgesius FZ und Reyna A, „The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law“, (2017) 54 *CMLR* 1427; Hennemann M, *Personalisierte Medienangebote im Datenschutz- und Vertragsrecht*, Mohr Siebeck 2017, S. 128–156.



## § 4 Die Kernfrage: Daten, Einwilligung oder die Möglichkeit der Nutzung?

### § 4.1 Die Frage und ihre dogmatische Tragweite

Während Art. 3 Abs. 1 DCD die Datenbereitstellung im Sinne einer Gegenleistung benennt, schweigt er zu der nach DSGVO regelmäßig für die rechtmäßige Verarbeitung erforderlichen Einwilligung<sup>219</sup>. Da der wirtschaftliche Wert der Daten erst durch die Verarbeitung realisiert wird und die Verarbeitung dem Erlaubnisvorbehalt der DSGVO unterliegt, stellt sich die Frage zwangsläufig, ob eine wirksame Gegenleistung nur dann besteht, wenn die Einwilligung wirksam erteilt wurde<sup>220</sup>. Die Antwort ist eine der bedeutsamsten im gesamten DaG-Kontext: Sie entscheidet über die Durchsetzbarkeit der Verbraucherverpflichtung, über die Folgen einer mangelhaften Einwilligung und über die Anwendbarkeit des Schutzregimes der Richtlinie<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup>Vgl. K. Riesenhuber, „Datenschutzrechtliche Einwilligung als Vertragsleistung?“, (2018) 1 ZfPW 51, 65–72.

<sup>220</sup>Linardatos, Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 31–34. Das gesetzgeberische Schweigen zur Einwilligung in Art. 3 Abs. 1 DCD wurde auf zwei Hauptarten gelesen: als stillschweigende Bestätigung der Auffassung, die Einwilligung sei vertragliche Substanz, oder als bewusste Verweigerung einer Vorfestlegung. Die vorliegende Arbeit folgt der zweiten Lesart, gestützt auf die spätere gesetzgeberische Bestätigung in § 327q Abs. 1 BGB, wonach die Wirksamkeit des Verbrauchervertrags unabhängig von der Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist – eine Bestätigung, die unverständlich wäre, wenn die Einwilligung die Substanz der Verbraucherleistung darstellte.

<sup>221</sup>Zur Tragweite dieser dogmatischen Wahl vgl. Helberger N, „Profiling and Targeting Consumers in the Internet of Things – A New Challenge for Consumer Law“, in Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Nomos 2016, S. 135; Hennemann M, „Personalisierte Medienangebote“, (2017) 81 *RebelsZ* 1, 12 ff.; Hofmann H, „Open Access als Geschäftsmodell“, (2018) *MMR* 729; programmatisch Hacker P, „Personal Data, Exploitative Contracts, and Algorithmic Fairness“, (2021) 11 *International Data Privacy Law* 35.

### § 4.1.A Die Tragweite der dogmatischen Wahl: Wirksamkeit, Durchsetzbarkeit und Rechtsbehelfe

Die griechische Lehre stellt dieselbe Frage in scharfer Form: Was wird aus dem schuldrechtlichen Vertrag, der gegen die DSGVO verstößt – also wenn die Einwilligung des Verbrauchers in die Verarbeitung der personenbezogenen Daten nicht wirksam erteilt wurde<sup>222</sup>? Wirkt sich das Fehlen (oder die Unwirksamkeit) der Einwilligung auf die Wirksamkeit des Bereitstellungsvertrags selbst aus<sup>223</sup>? Die Antwort, wie sie die griechische zivilrechtliche Literatur entwickelt und wie sie die vorliegende Studie unabhängig fortschreibt, hat weitreichende Auswirkungen auf die Architektur des DCD-Rahmens insgesamt: Sie entscheidet darüber, ob der vertragliche Schutz des Verbrauchers an die regulatorische Ordnungsmäßigkeit der Verarbeitung durch den Unternehmer geknüpft ist oder nicht<sup>224</sup>. Eine Klassifikation der Einwilligung als Hauptleistungspflicht des Verbrauchers würde bedeuten, dass der Vertrag mit dem Widerruf hinfällig wird und damit auch die Vertragsmäßighkeitsrechte des Verbrauchers nach Art. 7 ff. DCD<sup>225</sup> entfallen würden – ein Ergebnis, das mit der schutzgesetzlichen Ratio der Richtlinie unvereinbar wäre<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup>Dies ist die zentrale These von Linardatos, § 5,3 Rn. 34: „Die Gegenleistung des Verbrauchers sind genau genommen nicht die Daten oder die Einwilligung in die Datenverarbeitung, sondern sie besteht darin, dem Unternehmer die tatsächliche Möglichkeit zu verschaffen, die Daten für kommerzielle Zwecke zu nutzen.“ Die in der vorliegenden Untersuchung vertretene Position beruht auf diesem Satz.

<sup>223</sup>K. Riesenhuber, „Datenschutzrechtliche Einwilligung als Vertragsleistung?“, (2018) 1 ZfPW 51, 65–72. Die Behandlung durch Riesenhuber ist besonders aufschlussreich, da sie zeigt, wie die Einwilligung-als-Leistung-Auffassung, sobald man sie über die Kategorien der Leistungspflicht und der Naturalobligation zu operationalisieren versucht, interne Inkohärenzen erzeugt, die die Konstruktion der faktischen Nutzung schlicht nicht hervorbringt.

<sup>224</sup>Zu den strukturellen Problemen der Consent-Management-Plattformen siehe Becker M, „Consent Management Platforms und Targeted Advertising zwischen DS-GVO und ePrivacy-Gesetzgebung“, (2021) CR 87 ff.; zur technischen Architektur Baumgartner U/Hansch G, „Onlinewerbung und *Real-Time-Bidding*“, (2020) ZD 435 ff.

<sup>225</sup>Zum theoretischen Rahmen des Surveillance Capitalism siehe Zuboff S, *The Age of Surveillance Capitalism*, PublicAffairs 2019, S. 63 ff.; zur konstitutionellen Dimension De Gregorio G, *Digital Constitutionalism in Europe*, CUP 2022, Kap. 4; institutionell González Fuster G, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer 2014, Kap. 8.

<sup>226</sup>Vgl. EuGH, Urt. v. 19.10.2016, Rs. C-582/14 (Breyer), Rn. 41 ff.; EuGH, Urt. v. 20.12.2017, Rs. C-434/16 (Nowak), Rn. 33 ff.; EuGH, Urt. v. 7.3.2024, Rs. C-604/22 (IAB Europe),

Die Klassifikation als Wirksamkeitsvoraussetzung dagegen erlaubt es, die Vertragsmäßigkeitrechte auch im Falle des Widerrufs zu erhalten, da die Pflicht des Verbrauchers bereits durch die Bereitstellung der Daten erfüllt war.

## § 4.2 Die herrschende Auffassung und ihre Kritik

Eine umfangreiche Literatur, namentlich im deutschsprachigen Raum, vertritt die Position, die Aussage des Art. 3 Abs. 1 DCD sei missverstanden und die Verbrauchergegenleistung bestehe in der datenschutzrechtlichen Einwilligung als solcher<sup>227</sup>. Die Argumentationslinie verläuft wie folgt: Sofern die Erhebung und Nutzung der Daten eine Einwilligung nach Datenschutzrecht voraussetzt, ist allein die Einwilligung des Verbrauchers die maßgebliche Gegenleistung, denn die Daten lassen sich rechtlich nur infolge der Einwilligung durch den Anbieter nutzen<sup>228</sup>; die bloße Datenüberlassung soll danach nicht ausreichen, weil die Daten ohne Einwilligung vom Anbieter nicht legal verwertet werden können<sup>229</sup>. Die einfachste dogmatische Behandlung des datengetriebenen Vertrags – so dieses Argument – sei es, die Einwilligung als die maßgebliche Erfüllungshandlung anzusehen, weil dies eine einheitliche Klassifizierung des Vertrags unabhängig von der Ausgestaltung der Hauptleistung des

---

Rn. 41 ff.; zur dogmatischen Einordnung Article 29 Working Party, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data* (WP 136).

<sup>227</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.15–14.18 (parallele Rekonstruktion der Einwilligung-als-Gegenleistung-Auffassung unter Berücksichtigung der griechisch- und deutschsprachigen Quellen, die sie vertreten).

<sup>228</sup>Zum Irreversibilitätsargument siehe Linardatos, § 5.3 Rn. 34; ferner Wendehorst (Fn. oben), 137–141 (zur praktischen Schwierigkeit, die Datenverwertung über den Lösungsmechanismus der DSGVO rückgängig zu machen).

<sup>229</sup>Linardatos, Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 34; Graf von Westphalen/Wendehorst, BB 2016, 2179, 2184. Die Konstruktion als Plattformlizenz importiert eine immaterialgüterrechtliche Begrifflichkeit in ein Verhältnis, dessen Gegenstand – personenbezogene Daten – allenfalls unbeholfen Gegenstand eines ausschließlichen Rechts sein kann; sie lässt sich am besten als dogmatisches Symptom der Belastung der Einwilligung-als-Leistung-Auffassung verstehen, die die in der vorliegenden Arbeit verteidigte Konstruktion der faktischen Möglichkeit vermeidet, indem sie den vertraglichen Austausch in der Einräumung der Verwertungsmöglichkeit verankert und nicht in einem übertragbaren Recht.

Unternehmers erlaube<sup>230</sup>. Da die datenschutzrechtliche Einwilligung jedoch nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO jederzeit frei widerruflich ist, wird die Einwilligung des Verbrauchers in den Schutz seiner personenbezogenen Daten letztlich als Naturalobligation eingeordnet – als naturale Verpflichtung, die nicht den Charakter einer einklagbaren Leistungspflicht aufweist<sup>231</sup>. Was die Mehrwertdimension betrifft, wird unabhängig davon argumentiert, der Leistungsgegenstand des Verbrauchers sei nicht das Datum, sondern die Einräumung von Nutzungsrechten an den Daten, mithin eine „Lizenz“ zur Nutzung personenbezogener Daten<sup>232</sup>. Die analytische Stoßrichtung wird durch praktische Beispiele gestützt: Die Nutzungsbedingungen von Twitter etwa charakterisieren den Beitrag des Nutzers ausdrücklich als „weltweite, nicht-exklusive, gebührenfreie Lizenz zur Nutzung, Vervielfältigung, Reproduktion, Verarbeitung und Verbreitung der Nutzerinhalte“<sup>233</sup>. Die griechische Rekonstruktion der herrschenden Auffassung – gestützt auf die wichtigsten deutschen Beiträge (Langhanke<sup>234</sup>/Schmidt-Kessel, Specht, Sattler, Metzger<sup>235</sup>, Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme) – folgt der vorstehenden Zusammenfas-

---

<sup>230</sup>H. Riehm, „Daten als Leistungsstörung“, (2022) 30 ZfPW 567. Riehms Analyse der Schlechtleistung im DaG-Kontext deckt ein dogmatisches Rätsel auf, das die Richtlinie nicht löst: Wenn sich die Daten des Verbrauchers als unrichtig oder unvollständig erweisen, handelt es sich dabei um eine Vertragsverletzung des Verbrauchers? Die in der vorliegenden Arbeit verteidigte Konstruktion der faktischen Nutzung liefert eine prinzipielle negative Antwort, die die Einwilligungsauffassung nicht ohne Friktionen aufnehmen kann.

<sup>231</sup>Linardatos, Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 38–39. Die systematischen Widersprüche, die Linardatos isoliert, sind nicht bloß begriffliche Unordnung: Sie pflanzen sich auf die Ebene der Rechtsbehelfe fort, da eine Naturalobligation den Schadensersatzanspruch des Unternehmers nicht tragen kann, ohne die Struktur, die eine Naturalobligation definiert, zu verletzen.

<sup>232</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>233</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>234</sup>Siehe in diesem Sinne Linardatos, in: Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 1; Langhanke/Schmidt-Kessel, EuCML 2015, 218, 219. Zu den Grenzen des Datenschutzrechts als Rahmen für die Regulierung von Datentransaktionen siehe auch Engert, „In dubio pro libertate“, II.2., in: Grundmann/Möslein, Innovation und Vertragsrecht.

<sup>235</sup>Zu einer Übersicht der Literatur, die die herrschende Auffassung vertritt, siehe die bei Linardatos, § 5.3 Rn. 31, Fn. 67, gesammelten Nachweise (mit Verweisen auf Langhanke/Schmidt-Kessel, Metzger, Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, Specht, Stürner, Sattler und weitere).

sung<sup>236</sup>; auch sie identifiziert die Einordnung als Naturalobligation als dogmatischen Schwachpunkt der Einwilligungslösung, da sie der Verbraucherleistung diejenige rechtliche Qualität nimmt, die die synallagmatische Struktur verlangt<sup>237</sup>.

### § 4.2.A Die Naturalobligationsschwierigkeit und der Preis der Einwilligungslösung

So elegant die Einwilligungslösung dogmatisch erscheinen mag – überzeugend ist sie nicht<sup>238</sup>. Die gegen die Einordnung der Einwilligung als Verbrauchergegenleistung erhobenen Einwände sind im Folgenden nacheinander zu erörtern<sup>239</sup>. Der erste betrifft die wirtschaftliche Verwertung der Daten und die Tatsache, dass diese nicht von der Wirksamkeit der Einwilligung abhängt<sup>240</sup>. Bei genauerer Betrachtung ist die Verbrauchergegenleistung weder die Einwilligung noch die Datenüberlassung als solche, sondern die Einräumung der faktischen Möglichkeit gewerblicher Verwertung durch den Verbraucher: Der Anbieter kann den wirtschaftlichen Wert der Daten realisieren, sobald er tatsächlich auf sie zugreifen und sie

<sup>236</sup>Siehe die umfassende Übersicht zur herrschenden Auffassung bei Linardatos, in: Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 32–33; Langhanke/Schmidt-Kessel, EuCML 2015, 218, 220; Metzger, AcP 216 (2016), 817, 821 f.; Specht, JZ 2017, 763, 764, 767 f.; Sattler, JZ 2017, 1036, 1039 ff.

<sup>237</sup>Zur Naturalobligationsproblematik vgl. ergänzend Sattler A, „Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand“, (2017) 72 JZ 1036, 1043 ff.; Specht L, „Daten als Gegenleistung“, (2017) JZ 763, 768; aus österreichischer Sicht Faber W, „Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil II)“, (2020) VbR 57, 62; aus griechischer Sicht zur ähnlichen Problematik Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, §§ 14-15 zur Naturalobligation und ihren Grenzen; Karakostas I und Manthos T, *Δίκαιο Πληροφορικής*, §§ 8-10 zur Datenüberlassung als rechtsgeschäftliches Geschehen.

<sup>238</sup>Für eine pointierte Formulierung dieses Arguments siehe Linardatos, § 5.3 Rn. 34: „Wenn auf den Märkten die Daten selbst das gehandelte Vermögensgut sind, dann ist unergündlich, weshalb dagegen im Zeitpunkt der Datenerhebung nur die datenschutzrechtliche Einwilligung der maßgebliche Vermögenswert sein soll.“

<sup>239</sup>Zur Unmöglichkeit informierter Einwilligung im Big-Data-Kontext siehe Roßnagel, ZD 2013, 562, 564; Linardatos, in: Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 35; Mayer-Schönberger, „Kontrollverlust oder Aufklärung 2.0“, Die Politische Meinung 546/2017, S. 33.

<sup>240</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.19 (asfaleia tou dikaiou – Argument der Rechtssicherheit: Die Auffassung von der Einwilligung als Gegenleistung erzeugt eine strukturelle Unsicherheit, die der alternative Analyserahmen vermeidet).

verarbeiten kann<sup>241</sup>; entgegen der Annahme der herrschenden Literatur kann der wirtschaftliche Wert der Daten unter der bloßen Bedingung gehoben werden, dass die Erhebung und Verarbeitung durch den Anbieter rechtmäßig war<sup>242</sup>. Hinzu kommt, dass weder eine rechtliche noch eine tatsächlich wirksame Möglichkeit besteht, dem Anbieter die gewonnenen Informationen und Erkenntnisse wieder zu entziehen: Daten, die ohne wirksame Einwilligung erhoben wurden, können zwar der Löschungspflicht nach Art. 17 DSGVO unterliegen<sup>243</sup>; der Prozess kommerzieller Verwertung – sei es durch Weiterverkauf, Teilen mit verbundenen Unternehmen oder Analyse zur Entwicklung eigener Angebote – ist zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits abgeschlossen oder weit fortgeschritten, und der Wert ist dauerhaft an den Anbieter übergegangen, selbst wenn die Einwilligung unwirksam und die Verarbeitung damit rechtswidrig war<sup>244</sup>. Hinzuzufügen ist die Beobachtung, dass Unternehmen nicht mit Einwilligungen, sondern mit Daten handeln: Wenn auf dem Markt die Daten selbst das gehandelte Gut sind, ist nicht ersichtlich, weshalb im Zeitpunkt der Datenerhebung allein die datenschutzrechtliche Einwilligung das maßgebliche Gut sein sollte<sup>245</sup>. Diese Beobachtungen markieren erst den Anfang der Argumentation gegen die Einwilligungslösung; bei näherer Betrachtung treten weitere Einwände hinzu<sup>246</sup>. Dieselbe Argu-

---

<sup>241</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>242</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>243</sup>Linardatos, Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 34. Die Beobachtung, dass Märkte mit Daten und nicht mit Einwilligungen handeln, ist entscheidend, gerade weil sie unterhalb der regulatorischen Charakterisierung des Geschäfts ansetzt: Der Verkauf einer Nutzerdatenbank zwischen Unternehmen überträgt keine Einwilligungen (die der betroffenen Person eigen bleiben), sondern Informationen.

<sup>244</sup>Zu Informationsüberlastung und ihren Folgen für die Wirksamkeit der Einwilligung siehe Benschahar/Schneider, 159 Univ. Penn. Law Rev., 647 ff. (2011); Thaler/Sunstein, Nudge (Penguin 2009), 144; Linardatos, in: Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 36.

<sup>245</sup>Zum „undurchdringlichen Dickicht“ des Datenschutzrechts siehe Bülesbach, Datenverkehr ohne Datenschutz? (Otto Schmidt 1999), 3–4; für eine analoge Sorge im Einwilligungskontext Linardatos, § 5.3 Rn. 36.

<sup>246</sup>Zur Einwilligung als Rechtsgeschäft siehe Simitis, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 4a Rn. 20; Linardatos, in: Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 40.

mentationslinie wird in der deutschen Lehre<sup>247</sup> mit empirischer Detailtiefe weiterentwickelt<sup>248</sup>. Gestützt auf die berichteten Erfahrungen mit Real-Time-Bidding bei Online-Werbeauktionen sowie auf Präzedenzfälle aus dem Bereich Mergers & Acquisitions, in denen Nutzerdatenbanken für Milliardenbeträge den Eigentümer wechselten, zeigt sie, dass es die Daten – und der tatsächliche Zugang zu ihnen – sind, auf denen das wirtschaftliche Interesse des Unternehmers am Geschäft beruht, nicht die Einwilligung: Die Einwilligung ist eine regulatorische Voraussetzung der rechtmäßigen Verwertung<sup>249</sup>; das gehandelte Gut sind die Daten und die durch sie ermöglichte tatsächliche Zugriffsmacht, die den Kern des wirtschaftlichen Interesses des Unternehmers am Geschäft bilden<sup>250</sup>. Die Schlussfolgerung wird durch die griechische Formulierung untermauert, die typischerweise auf den Grundsatz der Rechtssicherheit zurückgreift und es ablehnt, den dem Verbraucher zustehenden Schutz an eine regulatorische Frage zu knüpfen, deren Antwort im Zeitpunkt des Vertragsschlusses häufig nicht bekannt ist<sup>251</sup>.

<sup>247</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 3 § A VI.1.a, 199–201 (zu Consent-Management-Plattformen und zur Cookie-Banner-Architektur); ferner M. Becker, „Consent Management Platforms und Targeted Advertising zwischen DS-GVO und ePrivacy-Gesetzgebung“, (2021) CR 87.

<sup>248</sup>Zum vergleichbaren Befund Scheibenpflug 2022, S. 167 ff.

<sup>249</sup>Linardatos, in: Datenrecht in der Digitalisierung, § 5,3 Rn. 37, dessen Formulierung die hier verwendete entlehnt. Die Aussage ist subtiler als es auf den ersten Blick scheint: Es ist nicht so, dass die Einwilligung normativ verzichtbar wäre, sondern dass der Kooperationsgewinn zwischen Anbieter und Nutzer ein faktisches Datum ist, das das Recht registriert und nicht konstituiert.

<sup>250</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>251</sup>Zur Kritik an der Einwilligungslösung der herrschenden Meinung vgl. Metzger A, „Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag“, (2019) 219 *AcP* 730, 745 ff.; ders., „Data as Counter-Performance: What Rights and Duties Do Parties Have?“, (2017) 8 *JIPITEC* 2; Micklitz HW, „The Internal Market and the New Architecture of European Consumer Law“, in Cremona (Hrsg.), *EU Digital Law*, Hart 2018, S. 91-115; Wendehorst C, „Sale of Goods and Supply of Digital Content – Two Worlds Apart?“, (Brief PE 596.523, European Parliament 2016), 14 ff.; aus griechischer Sicht zur Verflechtung von Wirksamkeit und Schutzregime Pamboukis CN, *Συμβάσεις της Πληροφορικής*, Kap. 6 § 2.

## § 4.2.B Empirische Anker: Die Berliner Verfahren und der Fortbestand des datengetriebenen Geschäfts

Die rechtlichen Fallstricke der Einwilligung sprechen bereedt gegen ihre Qualifizierung als Gegenleistung<sup>252</sup>. Das datenschutzrechtliche Einwilligungsmodell setzt einen aufgeklärten Datenträger voraus, denn die Information über Zweck und Umfang der Datenerhebung, -verarbeitung und -weitergabe ist nach den Art. 12 ff. DSGVO<sup>253</sup> zwingende Voraussetzung einer autonomen, souveränen Einwilligung<sup>254</sup>; der Betroffene muss über alle relevanten Tatsachen unterrichtet sein und in der Lage, die Auswirkungen seiner Entscheidung auf sich selbst zu erkennen<sup>255</sup>. Theoretisch ist eine wirksame Einwilligung auf vollständig informierter Grundlage indes häufig kaum möglich, weil im Zeitpunkt der Datenerhebung nicht vollständig vorhergesagt werden kann, zu welchen Zwecken die Daten verwendet werden<sup>256</sup>. Gerade darin liegt der Grund, weshalb Big Data und algorithmisch-intelligente Systeme neue Geschäftsmodelle ermöglichen: Sie erkennen Muster, Hierarchien und Korrelationen der Daten, die zuvor von Menschen weder identifiziert noch beobachtet werden konnten<sup>257</sup>. Big-Data-Analysen gehen daher häufig weit über den ursprünglichen Erhebungszweck hinaus, und der Datenverwender kann ex ante nicht mit Sicherheit angeben, welche Erkenntnisziele die Datenanalyse verfolgen wird, weil er noch keine Vorstellung davon hat, welche Erkenntnisse die

---

<sup>252</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.22–14.23 (griechisches „Πόρισμα“ – Zwischenergebnis: Trennung zwischen Vertragswirksamkeit und Wirksamkeit der Einwilligung; Ablehnung der Charakterisierung des DaG-Vertrags als Naturalobligation).

<sup>253</sup>Zur Diagnose der Diskontinuität siehe Zweig S, *Die Welt von Gestern*, Bermann-Fischer 1942 (englische Übersetzung: *The World of Yesterday: Memoirs of a European*, Viking 1943); programmatisch zur Übertragung der Metapher auf die digitale Gegenwart Marinos, Σύμβαση, Vorwort.

<sup>254</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.26–14.32 (Risikoverteilungsanalyse nach griechischem Recht: Wer trägt das Risiko des Einwilligungswiderrufs, der datenschutzrechtlichen Nichtkonformität sowie post-vertraglicher Auseinandersetzungen).

<sup>255</sup>Linardatos, Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 40; siehe ferner die Kritik bei Langhanke, Daten als Leistung (Mohr Siebeck 2018), 125. Langhankes Beitrag ist gerade deshalb von Bedeutung, weil sie eine Variante der Einwilligungs-Auffassung verteidigt: Ihr Zugeständnis, dass das Problem der Wirksamkeitsverteilung innerhalb dieses Rahmens nicht lösbar ist, wiegt damit schwerer als eine externe Kritik.

<sup>256</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>257</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

Maschine den Daten entlocken wird<sup>258</sup>. Solange das Recht nicht zu einem „Lieferverbot“<sup>259</sup> wird – einem Verbot der Datenüberlassung –, muss es offen bleiben, um Datenanalysen auch dann zu ermöglichen, wenn der mit den erhobenen Daten verfolgte Zweck nicht prospektiv festgestellt werden kann<sup>260</sup>; im Einzelfall ist daher zu erwarten, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung nicht wirksam erteilt wurde, weil der Algorithmus ein Muster in den Daten erkennt und daraus Erkenntnisse gewinnt, die in einer ex ante unvorhersehbaren Weise in einen Produktions- und Konsumprozess einfließen<sup>261</sup>. Selbst in Fällen, in denen der Anbieter digitaler Inhalte alle Verwendungszwecke prospektiv prüfen und in den Informationsmaterialien zusammenfassen könnte, ist eine informierte und damit wirksame Einwilligung nicht garantiert<sup>262</sup>; sie kann vielmehr daran scheitern, dass die Informationsflut den Nutzer überwältigt<sup>263</sup>. Die sogenannte Informationsüberlast (Überinformation) trägt nicht zur Erfüllung des Erfordernisses einer informierten Einwilligung bei, sondern bewirkt das Gegenteil: Zu lange und unverständliche Informationen sind ungeeignet, die Anforderung einer informierten Einwilligung zu erfüllen<sup>264</sup>. Wo

<sup>258</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>259</sup>Zur entsprechenden europäischen Diskussion siehe Hacker, ZEuP 2019, 148.

<sup>260</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>261</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>262</sup>Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14, Rn. 14-32 (Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung des DaG-Vertrags nach dem Trennungsprinzip; die entstehende analytische Struktur entspricht dem deutschen Abstraktionsprinzip, ohne dingliche Übertragung zu verlangen).

<sup>263</sup>Linardatos, *Datenrecht in der Digitalisierung*, § 5,3 Rn. 41. Der Gedanke der Kosteninternalisierung ist dogmatisch elegant: Jede Partei trägt das Wirksamkeitsrisiko, das sie am günstigsten vermeiden kann, was die orthodoxe zivilrechtliche Zuweisungsregel nach dem Grundsatz des *cheapest cost avoider* darstellt, anerkannt von Calabresi und in das europäische dogmatische Vokabular übertragen von Faust. Auf DaG-Verhältnisse angewendet legt der Grundsatz das Risiko der Einwilligungswirksamkeit auf den Unternehmer, während die vertragliche Leistung des Verbrauchers – die Einräumung der Verwertungsmöglichkeit – kein Wirksamkeitsrisiko trägt, weil sie ihrer strukturellen Natur nach bereits mit der Einräumung wirksam erbracht wird.

<sup>264</sup>Die Zuweisung des Wirksamkeitsrisikos an den Unternehmer folgt aus einem strukturellen Befund: Der Unternehmer kontrolliert die technischen und vertraglichen Bedingungen, von denen die Wirksamkeit der Einwilligung abhängt, während der Verbraucher – auch bei zumutbarer Sorgfalt – ex ante nicht erkennen kann, ob seine Einwilligung

genau die Grenze zwischen erforderlicher Information einerseits und Übermaß andererseits zu ziehen ist, bleibt im Dickicht des Datenschutzrechts, das selbst für Unternehmen kaum zu durchdringen ist, unklar<sup>265</sup>. Folglich kann weder der Verbraucher noch der Datengläubiger ex ante feststellen, ob das Informationsmaterial dem Datenschutzrecht entspricht – und damit auch nicht, ob eine Gegenleistung erbracht worden ist<sup>266</sup>. Dieses Ergebnis ist nicht nur mit den Interessen der Anbieter, sondern auch mit denen der Verbraucher vereinbar: Hinge die Anwendbarkeit der Richtlinie davon ab, ob der Verbraucher eine entgeltliche Leistung nach Art. 3 Abs. 1 erbringt, hätte jedes datenschutzwidrige Verhalten des Anbieters die unredliche Wirkung, dass der Verbraucherschutzstandard der DCD vollständig leerliefe<sup>267</sup>. Besonders aufschlussreich ist die Erörterung dieses Punktes in der jüngeren Lehre<sup>268</sup>. Diese sieht das Scheitern der informierten Einwilligung als Teil des umfassenderen Phänomens der „Einwilligung als Fetisch oder Fiktion“<sup>269</sup> – der Einwilligung als Totem oder als Fiktion, je nach rhetorischer Bequemlichkeit der Analyse – und argumentiert, dass das Einwilligungsregime der DSGVO als notwendiges öffentlich-rechtliches Regime zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung das konzeptionelle Gewicht nicht zu tragen vermag, das die heutige Vertragsrechtsliteratur ihm aufbürden möchte<sup>270</sup>. Ihr empirischer Befund der Unzulänglichkeit der Einwilligung im Kontext der Consent-Management-Plattformen stützt die strukturelle Kritik der deutschen dogmatischen Literatur: Die praktische Erfahrung mit Cookie-

---

als frei erteilt bewertet werden wird. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers in § 327q Abs. 3 BGB, Schadensersatzansprüche des Unternehmers infolge der Ausübung datenschutzrechtlicher Rechte durch den Verbraucher auszuschließen, ist die gesetzliche Bestätigung dieser Zuweisung und fügt sich in die in der vorliegenden Arbeit entwickelte Logik der Kosteninternalisierung ein.

<sup>265</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>266</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos 2024.

<sup>267</sup>Vgl. zur Auslegung des Art. 3 DCD Spindler, MMR 2018, 489, 491 ff.

<sup>268</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 3 § A II.2.b, 155–161, zum Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO; ferner M. Engeler, „Das überschätzte Kopplungsverbot“, (2018) ZD 55, und A. Golland, „Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung“ (anonym veröffentlicht).

<sup>269</sup>Vgl. zum vergleichbaren Befund Sattler, JZ 2017, 1036, 1040.

<sup>270</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

Bannern, ihren *dark patterns* und *nudging*-Architekturen zeigt, dass die unter den Bedingungen der CMP-Oberflächen erteilte Einwilligung nicht der freiwillige, spezifische, informierte und unmissverständliche Willensausdruck ist, den die DSGVO verlangt.

## § 4.3 Die hier vertretene Position: Einräumung der faktischen Nutzungsmöglichkeit

Diese Analyse wird durch die Geschäftspraxis bestätigt<sup>271</sup>. Die wirtschaftliche Verwertung der Daten hängt nicht von einer wirksamen datenschutzrechtlichen Einwilligung ab<sup>272</sup>. Das Landgericht Berlin hat die Informationen, die Facebook seinen Nutzern im Zusammenhang mit der Datenüberlassung über das App-Center der Plattform gab, als unzureichend angesehen und die entsprechenden Datenschutzerklärungen für unwirksam erklärt<sup>273</sup>; dass Facebook trotz der unwirksamen Einwilligungserklärungen mit den aus Online-Spielen gewonnenen Daten Geschäfte in Höhe vieler Millionen Euro tätigen konnte, ist allgemein bekannt<sup>274</sup>. Auf nutzerdatenbasierte Geschäftsmodelle entfallen zudem M&A-Geschäfte in Milliardenhöhe – die WhatsApp-Übernahme ist das prominenteste Beispiel –, und in solchen Geschäften spielte es keine entscheidende Rolle, ob die verkauften Kundendaten rechtmäßig durch wirksame Einwilligung erworben worden waren<sup>275</sup>. Aus realitätsnaher Sicht können Daten

<sup>271</sup>Vgl. Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 f.

<sup>272</sup>Art. 1 Abs. 3 DCD. Erwägungsgrund 9 DCD fügt hinzu, dass „diese Richtlinie nicht die Verordnung (EU) 2016/679 berühren sollte“. Die Vorrangklausel zugunsten der DSGVO war ein unmittelbares Zugeständnis an datenschutzrechtliche Anliegen im Gesetzgebungsverfahren, doch ihre praktische Wirkung bei der Harmonisierung der beiden Regime ist begrenzt: Sie etabliert eine Normhierarchie, ohne die operativen Konflikte zwischen ihnen zu lösen.

<sup>273</sup>Zur ökonomischen Bedeutung der Datenwirtschaft siehe OECD, Exploring the Economics of Personal Data, OECD Digital Economy Papers Nr. 220, 2013.

<sup>274</sup>Die parallele Anwendung von DCD und DSGVO auf dasselbe zugrundeliegende Geschäft ist als „eines der schwierigsten Probleme des EU-Rechts im digitalen Bereich“ bezeichnet worden. Siehe Lohsse/Schulze/Staudenmayer, „Introduction“ (Fn. 8), 14–15. Siehe auch Christiane Wendehorst, „Personal Data in Data Value Chains – Is Data Protection Law Fit for the Data Economy?“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Data as Counter-Performance (Hart/Nomos 2020), 127, 130–131.

<sup>275</sup>Die Folgen dieser gesetzgeberischen Fragmentierung werden dadurch verschärft, dass die beiden Instrumente von unterschiedlichen institutionellen Akteuren entwickelt

daher wirtschaftlich unabhängig von der Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung verwertet werden, auch wenn rechtspolitisch ein anderes Ergebnis wünschenswert wäre<sup>276</sup>. Auch rechtspolitische Erwägungen können die folgende sachliche und ökonomische Feststellung nicht aus der Welt schaffen: Der Kooperationsgewinn zwischen dem Datenträger, der die digitale Dienstleistung erhält, und dem Datenverwender, der die Daten erhebt, ist tatsächlich unabhängig von der Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung<sup>277</sup>. Eine weitere Gruppe von Einwänden betrifft die Auswirkungen der Einwilligungslösung auf den Anbieter und die innere Kohärenz der Richtlinie<sup>278</sup>. Wäre die Hauptleistungspflicht des Verbrauchers die Einwilligungserteilung, wäre die Verpflichtung definitionsgemäß nicht durchsetzbar: Der Unternehmer könnte nicht auf Erfüllung klagen<sup>279</sup>; auch wenn er die digitale Leistung bereits erbracht hätte, könnte er keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, weil das Widerrufsrecht jederzeit ausgeübt werden

---

wurden (DG Justice bzw. DG Connect), mit unterschiedlichen politischen Zielsetzungen, und dass ihre Schnittstellen vor der Verabschiedung nicht vollständig koordiniert wurden. Für Unternehmer erzeugt die gleichzeitige Einhaltung beider Regime erhebliche Rechtsunsicherheit und Befolgungskosten. Für Verbraucher können die Rechte aus beiden Regimen unvorhersehbar auseinandergehen: Ein Verbraucher kann je nach Rechtsgrundlage der Verarbeitung und konkreter Vertragswidrigkeit einen Rechtsbehelf nach der DCD, aber nicht nach der DSGVO oder umgekehrt haben.

<sup>276</sup>Die Unvorhersehbarkeit wird durch das Fehlen eines förmlichen Koordinationsmechanismus zwischen Datenschutzaufsichtsbehörden (zuständig für die DSGVO-Durchsetzung) und Verbraucherschutzbehörden (zuständig für die DCD-Durchsetzung) noch verschärft. Siehe De Hert und Hajduk (Fn. 118), 8–12.

<sup>277</sup>Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO begründet die vertragliche Erforderlichkeit als Rechtsgrundlage der Verarbeitung: Eine Verarbeitung ist rechtmäßig, soweit sie „für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen auf Anfrage der betroffenen Person erforderlich ist“.

<sup>278</sup>Zu einer ausführlichen Behandlung der Grenzen von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO als Rechtsgrundlage in DaG-Kontexten siehe EDSA, Leitlinien 2/2019 zur Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO im Kontext der Erbringung von Online-Diensten gegenüber betroffenen Personen (8. Oktober 2019), Rn. 25–38.

<sup>279</sup>Das Integrationsmodell der deutschen Umsetzung hat die etablierten Kategorien des Leistungsstörungsrechts bewahrt und zugleich den sachlichen Gehalt der Richtlinie eingeführt; das Ergebnis ist, dass das deutsche vertragsrechtliche Instrumentarium ohne dogmatischen Bruch auf DaG-Sachverhalte anwendbar bleibt – eine nicht zu unterschätzende redaktionelle Leistung.

kann, ohne dass dies dem Datenträger zum Nachteil gereichen darf<sup>280</sup>. Die Literatur lehnt diesen Schritt fast einstimmig ab, denn er gehört zur etablierten *ordre public* des europäischen Rechts: Eine derartige Klage ist nicht durchsetzbar<sup>281</sup>. Es kann keine kohärente Vorstellung entstehen, wenn einerseits nur die Einwilligung als maßgebliche Gegenleistung gilt und andererseits eine Verweigerung der Datenüberlassung sowie ein darauf gerichteter, durchsetzbarer Anspruch keinerlei Gegenleistungscharakter haben sollen<sup>282</sup>. Die Einwilligungslösung lässt das Synallagma an seinem schwächsten Punkt zerbrechen<sup>283</sup>; nicht zufällig sehen sich ihre Verteidiger zu der Charakterisierung der Verbraucherverpflichtung als Naturalobligation gezwungen – eine Charakterisierung, die die Verbraucherplicht ihrerseits zu einem Bündel ohne Vertragsmäßigkeit- und Rechtsbehelfsrechte werden lässt<sup>284</sup>. Die griechische zivilrechtliche Lehre gelangt in ihrer sogenannten Synthese („*πρόσιμα*“) zur Wirksamkeitsfrage zu im Wesentlichen demselben Ergebnis: Bereitstellungsvertrag und da-

---

<sup>280</sup>Das Integrationsmodell der deutschen Umsetzung ist insoweit ein Modell sorgfältiger Gesetzgebung: Die §§ 327 ff. BGB fügen den materiellen Gehalt der Richtlinie als Sonderregime hinzu, während die etablierten Kategorien des Leistungsstörungenrechts ohne dogmatischen Bruch auf DaG-Sachverhalte weiter angewandt werden. Fries, in: BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327, zeichnet die Integrationsentscheidungen nach.

<sup>281</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>282</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>283</sup>Zur Erlaubnisanforderung der DSGVO und ihrer doppelten Rolle (Verarbeitungsrechtmäßigkeit nach Art. 6 Abs. 1 und Wirksamkeit der Einwilligung nach Art. 7) siehe ferner Art. 6 Abs. 1 DSGVO (Rechtmäßigkeit) und Art. 7 DSGVO (Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung). Die doppelte Rolle der Einwilligung – als öffentlich-rechtliche Verarbeitungserlaubnis und als Wirksamkeitsvoraussetzung des privatrechtlichen DaG-Vertrags – ist das strukturelle Merkmal, auf dem die gesamte Konstruktion der faktischen Möglichkeit beruht: Durch die Trennung der beiden Register erlaubt die Konstruktion dem Vertrag, als stabiler synallagmatischer Austausch zu wirken, während zugleich die autonomieschützende Widerruflichkeit der Einwilligung gewahrt bleibt, die die DSGVO verlangt.

<sup>284</sup>Die Konvergenz der griechischen und deutschen Lehre hinsichtlich der Schwierigkeiten der Naturalobligation belegt, dass die Schwierigkeit nicht partikularer Natur ist: Sie entspringt den strukturellen Festlegungen der zivilistischen Tradition als solcher, und jede Lösung muss sich daher mit den tiefen architektonischen Entscheidungen dieser Tradition auseinandersetzen.

tenschutzrechtliche Einwilligung sind analytisch zu trennen<sup>285</sup>; das Fehlen oder die Unwirksamkeit der Einwilligung führt nicht zur Vertragsunwirksamkeit<sup>286</sup>; und die Verpflichtung des Verbrauchers, Daten bereitzustellen, ist keine Naturalobligation, sondern eine vollwertige vertragliche Verpflichtung – andernfalls bräche die synallagmatische Struktur der Beziehung zusammen, und die Rechtsbehelfe der Richtlinie verlören ihren eigentlichen Inhalt<sup>287</sup>. Die Einwilligung führt dazu, dass der Betroffene (zumindest vorübergehend und in beschränktem Umfang) auf das gesicherte Recht verzichtet, frei mit den eigenen Informationen umzugehen und andere von deren Nutzung auszuschließen<sup>288</sup>; sie wirkt sich somit auf Rechtspositionen aus und ist zivilrechtlich ein einseitiges Rechtsgeschäft<sup>289</sup>. Müsste der Betroffene als Gegenleistung eine Einwilligung erteilen, trüge er das Risiko ihrer Wirksamkeit und müsste sicherstellen, dass die Einwilligung den Anforderungen des Datenschutzrechts und des Rechts der missbräuchlichen Klauseln genügt<sup>290</sup>. Der Betroffene kann jedoch nicht die absolute Wirksamkeit der Einwilligung gewährleisten,

---

<sup>285</sup>Zur Auffassung, dass Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO oft die geeignetere Rechtsgrundlage für DaG-Geschäfte sei, siehe Lohsse/Schulze/Staudenmayer, „Introduction“ (Fn. 8), 15; Hacker (Fn. 11), 62–64. Der EDSA hat eine restriktive Auslegung von Art. 6 Abs. 1 lit. b vertreten und besteht darauf, dass die Norm keine Verarbeitung tragen kann, die über das objektiv für die Erfüllung Erforderliche hinausgeht: Siehe EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung (Fn. 20), Rn. 77–80.

<sup>286</sup>Der zweistufige Ansatz ist vom EDSA wegen der Gefahr kritisiert worden, die Einwilligungssicherungen des Art. 7 DSGVO zu umgehen. Siehe EDSA, Leitlinien 2/2019 zur Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO im Kontext der Erbringung von Online-Diensten gegenüber betroffenen Personen, Version 2.0, 8. Oktober 2019, Rn. 50–56.

<sup>287</sup>A. Zoll, „Personal Data as Consideration“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0?* (Hart/Nomos 2020), 152–158. Zolls Duldungskonstruktion lässt sich als Versuch lesen, eine römisch-rechtliche Kategorie (*pati* – dulden, ertragen) in ein digitalzeitliches Synallagma einzuführen; die Aufnahmefähigkeit der zivilistischen Tradition für solche Neuverwendungen ist selbst Teil dessen, was die vorliegende Arbeit zu zeigen sucht.

<sup>288</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>289</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>290</sup>Zur Konvergenz des Transparenzgrundsatzes nach Gesetz 2251/1994 mit den Informationspflichten der DSGVO siehe Μεντής (Mentis), ΓΟΣ, Nr. 4.63; Fornasier, Freier Markt und zwingendes Marktrecht, S. 155, 157; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 423. Vage Verweise auf „Verbesserung des Dienstes“ oder „Marketing“ genügen dem Transparenzstandard nicht.

sondern allein für solche Willensmängel eintreten, die in seiner Sphäre liegen<sup>291</sup>. Die wesentliche Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung – die Information über die beabsichtigte Datennutzung – liegt indes in der Sphäre des Datenverwenders<sup>292</sup>; auch die Verbraucherinformationen, die mit dem Datenschutzrecht und dem Recht der missbräuchlichen Klauseln vereinbar sein müssen, beruhen auf komplexen rechtlichen Pflichten, die in den Verantwortungsbereich des Datenverwenders fallen<sup>293</sup>. Es ist daher unvereinbar, vom Verbraucher etwas zu fordern, was er aus eigener Kraft nicht leisten kann<sup>294</sup>. Eine weitere Dimension dieser Analyse wird in der deutschen monographischen Behandlung<sup>295</sup> entfaltet. Sie weist darauf hin, dass der durchschnittliche Verbraucher von Online-Diensten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht in der Lage ist, die Wirksamkeit der Einwilligung zu beurteilen, da die Wirksamkeitsbeurteilung juristische Expertise erfordert, über die der Verbraucher nicht verfügt und die

---

<sup>291</sup>Andreas Sattler, „Autonomy or Heteronomy – Proposal for a Two-Tier Interpretation of Article 6 GDPR“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Data as Counter-Performance* (Hart/Nomos 2020), 193, 197–203. Sattlers Vorschlag unterscheidet zwischen der vertraglichen Verpflichtung, die Verarbeitung zu dulden (geregelt durch Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO), und jeder darüber hinausgehenden Verarbeitung, die einer gesonderten Rechtfertigung bedarf. Siehe auch Kull (Fn. 20), 44–46; Hacker (Fn. 11), 64; Vaclav Janecek und Gianclaudio Malgieri, „Data Extra Commercium“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Data as Counter-Performance* (Hart/Nomos 2020), 95, 110–113.

<sup>292</sup>Zum Abwägungsverhältnis zwischen Einwilligungstabilität und Kontrolle der betroffenen Person, das dem Ansatz nach Art. 6 Abs. 1 lit. b inhärent ist, siehe Bygrave und Tosoni, „Article 6 – Lawfulness of processing“, in: Kuner/Bygrave/Docksey (Hrsg.), *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary* (OUP 2020), 321, 333–342; Linardatos, § 5.3 Rn. 51–53.

<sup>293</sup>Erwägungsgrund 24 DCD. Diese Anerkennung markiert eine begriffliche Abkehr von der traditionellen monetären Vorstellung des vertraglichen Austauschs, die das EU-Verbraucherrecht seit der Klauselrichtlinie von 1993 geprägt hat. Siehe Hacker (Fn. 11), 48–50, mit dem Hinweis, dass die zentrale regulatorische Innovation der DCD darin liegt, die Bereitstellung personenbezogener Daten als wirtschaftliches Äquivalent zu behandeln.

<sup>294</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>295</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 2 § B III, 62–67, zur Vertragsschlussmechanik bei Facebook (registrierungsbasiert) und Google (Nutzung ohne Registrierung) sowie zur Klarnamenpflicht und zu den Datenqualitätsanforderungen nach den Plattformbedingungen; ferner Wenzel, ebd., Kapitel 2 § B IV.3.c.dd, 90–94, zur Datenqualität mit konkreten Beispielen aus Facebook und Xing.

ihm die Plattform nicht bereitstellen wird<sup>296</sup>; die Last der rechtlichen Wirksamkeit fiele nach der Einwilligungslösung auf jene Partei, die sie am wenigsten tragen kann – im Widerspruch zur Verbraucherschutzrationale, die die Richtlinie selbst formuliert<sup>297</sup>. Die rechtlichen Fallstricke der Einwilligung sprechen entschieden gegen ihre Qualifizierung als Gegenleistung: Das datenschutzrechtliche Einwilligungsmodell setzt einen informierten Betroffenen voraus, da Informationen über Zweck und Umfang der Datenerhebung nach Art. 12 ff. DSGVO<sup>298</sup> zwingende Voraussetzungen einer selbstbestimmten Einwilligungsentscheidung sind; in der Praxis ist eine wirksame, auf vollständiger Informationsgrundlage erteilte Einwilligungserklärung jedoch oft kaum möglich, da im Zeitpunkt der Datenerhebung nicht in vollem Umfang vorhersehbar ist, zu welchen Zwecken die Daten verwendet werden<sup>299</sup>. Big-Data-Analysen gehen häufig weit über den ursprünglichen Zweck der Datenerhebung hinaus, und der Datenverwender kann ex ante nicht mit Sicherheit angeben, welche Erkenntnisziele die Datenanalyse verfolgen wird – mit der Folge, dass eine vorab vollständig informierte Einwilligung in vielen Geschäftsmodellen schlechterdings unmöglich ist<sup>300</sup>.

---

<sup>296</sup>Vgl. zur Plattformökonomie und ihren strukturellen Eigenschaften Acquisti/Taylor/Wagman, *Journal of Economic Literature* 2016, 442 ff.

<sup>297</sup>Walker M hat in *Die Kosten kostenloser Dienste*, Duncker & Humblot 2021, S. 67 ff., die ökonomische Architektur der digitalen Plattformen aus Perspektive der hidden costs analysiert; ihre Diagnose bestätigt die hier vertretene Position der Anerkennung der wirtschaftlichen Substanz datengetriebener Austauschbeziehungen.

<sup>298</sup>Pertot T (Hrsg.), *Rechte an Daten*, Mohr Siebeck 2020, hat in einem rechtsvergleichenden Sammelband die nationalen Antworten auf die Frage nach Eigentums- und vertragsrechtlichen Konzeptionalisierungen der Datenwirtschaft systematisch zusammengetragen; vgl. insb. Beiträge von Specht und Wendehorst.

<sup>299</sup>Zur grundrechtlichen Verankerung des Persönlichkeitsschutzes in der digitalen Wirtschaft siehe Hermstrüwer Y, *Informationelle Selbstgefährdung*, Mohr Siebeck 2016, S. 234 ff., zur Übertragbarkeit der Radin-Konstruktion auf das deutsche Persönlichkeitsrecht.

<sup>300</sup>Zur hier vertretenen Konstruktion (Einräumung der faktischen Nutzungsmöglichkeit als Verbrauchergegenleistung) vgl. ergänzend Riehm T, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 50-95; Sein K und Spindler G, „The New Directive“, (2019) 15 *ERCL* 257, 270 ff.; aus rechtsvergleichender Sicht Lapuente C, „Personal Data as Counter-Performance: A New Type of Contract?“, (2018) 7 *EuCML* 17, 22 ff.; programmatisch Hacker P, „Manipulation by Algorithms“, (2023) 29 *ELJ* 142; aus griechischer Sicht zur Kategorie der „faktischen Verfügungsgewalt“ Marinou, *Σύμβαση* 2023, Kap. 4 (Vertragstypologie) und Kap. 14 (Koordinierung Vertragsrecht / Datenschutzrecht).

### § 4.3.A Internalisierung von Kosten, das Prinzip des cheapest cost avoider und die griechisch-zivilrechtliche Synthese

Die Schlussfolgerung aus den vorstehenden Einwänden lautet nicht, dass die Einwilligung irrelevant ist, sondern dass sie unzutreffend eingeordnet worden ist<sup>301</sup>. Die Risiken werden zwischen den Parteien fair verteilt, wenn die Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung des Schuldvertrags und nicht als Gegenleistung selbst behandelt wird: Der Verbraucher erfüllt die vertragliche Pflicht bereits durch die Datenbereitstellung<sup>302</sup>; der Datenverwender, der ein Interesse daran hat, die Daten auf einer rechtmäßigen Grundlage zu erhalten, muss seinerseits alles unternehmen, was zur Sicherung einer wirksamen Einwilligung und damit zur Wirksamkeit der Verpflichtung erforderlich ist<sup>303</sup>. Tut er dies nicht, läuft er nicht nur das datenschutzrechtliche Risiko einer Verarbeitung ohne Erlaubnis, sondern auch das vertragsrechtliche Risiko, dass die Rechtsgrundlage zur Verwertung der Daten fehlt<sup>304</sup>. Der Verbraucher hingegen hat nur seine Erklärung beizubringen und trägt nur jene Risiken, die in seiner Sphäre liegen<sup>305</sup>. Damit werden die Wirksamkeitsrisiken in jedem Fall auf die Partei verteilt, die sie zu den geringsten Kosten vermeiden kann<sup>306</sup>. Die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der Richtlinie gelten auch dann, wenn der Vertrag unwirksam ist<sup>307</sup>. Angesichts des regulatorischen Zwecks der Richtlinie, die Verbraucherrechte zu stärken, wäre

---

<sup>301</sup>Hacker (Fn. 11), 56–61. Hackers Analyse stützt sich auf die allgemeine privatrechtliche Lehre der Nichtigkeit wegen Gesetzesverstoßes und argumentiert, dass die DSGVO ein öffentliches Regulierungsinstrument sei, dessen Durchsetzungsmechanismen verwaltungsrechtlicher und nicht vertragsrechtlicher Natur seien. Auf dieser Sicht sollte ein Verstoß gegen die DSGVO nicht automatisch die Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrags auslösen, da dies den Verbraucher gerade jener vertraglichen Schutzpositionen berauben würde, die die DCD bereitstellen soll.

<sup>302</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>303</sup>EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 (4. Mai 2020), Rn. 38–41 (zum Kopplungsverbot in DaG-Kontexten).

<sup>304</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>305</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>306</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>307</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

es nicht nachvollziehbar, die Nachteile einer Pflichtverletzung des Anbieters – die zur Unwirksamkeit der Einwilligung und damit mittelbar des Vertrags führt – dem Verbraucher aufzubürden<sup>308</sup>. Die Methode der Richtlinie ist daher zutreffend, wenn sie die preisäquivalente Gegenleistung des Verbrauchers in der Datenbereitstellung sieht und nicht in der Einwilligungserklärung<sup>309</sup>. Die Daten werden somit zum vermögensrechtlichen Korrelat eines Persönlichkeitsrechts, ohne dass die Einwilligung als alleiniges Objekt wirtschaftlicher Verwertung herangezogen werden müsste<sup>310</sup>; es geht um die Übertragung jenes immateriellen Gutes, das vom Persönlichkeitsinteresse abgelöst werden kann<sup>311</sup>. Diese Charakterisierung weist eine Reihe weiterer Erklärungsvorteile auf<sup>312</sup>. Sie erklärt, weshalb die Richtlinie sowohl aktiv übermittelte als auch passiv erhobene Informationen erfasst: In beiden Erhebungsformen wird dem Unterneh-

---

<sup>308</sup>EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung (Fn. 20), Rn. 36–42. Der EDSA besteht darauf, dass das Kopplungsverbot in DaG-Kontexten in vollem Umfang gilt: Eine Einwilligung, die als Bedingung des Zugangs zu einem Dienst erteilt wird, ist presumptiv nicht frei, unabhängig davon, ob das Geschäft als Geschäft mit Daten als Gegenleistung charakterisiert wird. Daraus ergibt sich ein direkter Konflikt zwischen der Auslegung des EDSA und der impliziten Annahme der DCD, dass DaG-Geschäfte rechtlich wirksam sind.

<sup>309</sup>Zum Konflikt zwischen der restriktiven Einwilligungsauslegung des EDSA und der Wirksamkeitsannahme der DCD siehe Lohsse/Schulze/Staudenmayer, „Introduction“ (Fn. 4), 14–16; ferner De Hert und Hajduk, „EU Cross-Regime Enforcement, Redundancy and Interdependence“, (2024) *Technology and Regulation* 1, 5–9.

<sup>310</sup>Der Konflikt ist nicht bloß akademisch: Er hat praktische Konsequenzen für die Compliance der Plattformen. Ein Unternehmer, der sein Geschäftsmodell im Vertrauen auf den DaG-Rahmen der DCD strukturiert, kann gleichwohl mit Durchsetzungsmaßnahmen von Datenschutzbehörden konfrontiert werden, die die zugrundeliegende Einwilligung als unwirksam ansehen. Siehe ferner Bedir (Fn. 71), 22–27.

<sup>311</sup>Zu § 327q BGB – Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers – siehe BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327q. Die dreigliedrige Struktur der Vorschrift (deklaratorische Wirksamkeitsregel in Abs. 1, bedingtes Kündigungsrecht in Abs. 2, Ausschluss von Schadensersatzansprüchen in Abs. 3) ist die zentrale architektonische Vorrichtung, mit der die deutsche Umsetzung die Koordination zwischen DSGVO und DCD operativ ausgestaltet. Die drei Komponenten kodifizieren zusammen post-hoc die in der vorliegenden Arbeit verteidigte Position: Die Wirksamkeit des Verbrauchervertrags ist unabhängig von der Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung, die Reaktion des Unternehmers auf den Widerruf der Einwilligung ist die prospektive Kündigung, und gegen den Verbraucher besteht kein Restschadensersatzanspruch.

<sup>312</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

mer tatsächlich die Möglichkeit kommerzieller Nutzung verschafft<sup>313</sup>. Sie erklärt, weshalb das Schutzregime der Richtlinie auch dann greift, wenn die Verarbeitung durch den Unternehmer als rechtswidrig festgestellt wird: Der Wert ist gleichwohl übergegangen<sup>314</sup>. Sie erklärt, warum das DaG-Verhältnis materiell synallagmatisch ist: Der Verbraucher hat sich eines Wirtschaftsguts entäußert, und die Gegenleistung des Unternehmers ist die digitale Leistung<sup>315</sup>. Und sie erklärt, weshalb ein Erfüllungsanspruch des Unternehmers gegen den Verbraucher im Normalfall weder erforderlich noch möglich ist: Die Erfüllung der Verbraucherpflicht ist mit der Erbringung der Unternehmerleistung bereits eingetreten<sup>316</sup>. Die Einwilligung erhält insoweit eine eigene, aber unentbehrliche Rolle: Sie ist die rechtliche Grundlage, die den Vertrag wirksam und die Verarbeitung rechtmäßig macht – eine Wirksamkeitsvoraussetzung im deutschen dogmatischen Vokabular<sup>317</sup>. Die griechische Formulierung desselben Ergebnisses verdient Hervorhebung: Die vertragliche Gegenleistung des Verbrauchers betrifft nicht nur personenbezogene Daten, sondern – soweit erforderlich – auch die DSGVO-Einwilligung<sup>318</sup>; doch die Einwilligung ist nicht der Inhalt der vertraglichen Leistung, sondern eine konstitutive

---

<sup>313</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>314</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>315</sup>Zum Erfordernis synallagmatischer Verknüpfung und seinen Variationen zwischen verschiedenen zivilistischen Systemen siehe R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press 1996), 562–572.

<sup>316</sup>Zu § 327i BGB – Rechte des Verbrauchers bei Mängeln – siehe BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327i; die Rechtsbehelfskaskade (Nacherfüllung, Minderung/Vertragsbeendigung, Schadensersatz) entspricht Art. 14 der Richtlinie, operiert jedoch im überkommenen deutschen Vokabular des Mängelrechts.

<sup>317</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>318</sup>Zu § 327q Abs. 1 BGB – die deklaratorische Regel, wonach die Ausübung datenschutzrechtlicher Rechte durch den Verbraucher die Vertragswirksamkeit unberührt lässt – siehe BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327q. Die Vorschrift ist, recht verstanden, die gesetzliche Kristallisation des Trennungsgrundsatzes zwischen Verbrauchervertrag und datenschutzrechtlicher Einwilligung: Der Verbrauchervertrag ist ein privatrechtliches Geschäft, dessen Wirksamkeit auf privatrechtlichen Voraussetzungen beruht, während die datenschutzrechtliche Einwilligung in ihrem eigenen regulatorischen Register wirkt, ohne die Wirksamkeit des Verbrauchervertrags zu steuern. Die griechische zivilrechtliche Formulierung desselben Prinzips findet sich bei Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 15.B.III.

Voraussetzung (Wirksamkeitsvoraussetzung) der daraus resultierenden kommerziellen Verwertung<sup>319</sup>; und die Unwirksamkeit der Einwilligung macht den Vertrag nicht unwirksam.

---

<sup>319</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

## § 5 Die strukturelle Spannung zwischen DCD und DSGVO

### § 5.1 Das Kopplungsverbot und die Grenzen der Vertragsfreiheit

Die bedeutsamste dogmatische Herausforderung der DaG-Geschäfte unter der Richtlinie ist die gleichzeitige Anwendbarkeit zweier verschiedener Regulierungsregime: der Richtlinie selbst, die die Bedingungen der rechtmäßigen Vertragsgestaltung regelt, und der Datenschutz-Grundverordnung, die die Bedingungen der zulässigen Datenverarbeitung regelt<sup>320</sup>. Diese Regime folgen radikal unterschiedlichen normativen Argumentationen<sup>321</sup>. Das Vertragsrecht ist als Austausch zwischen autonomen Parteien in einem System durchsetzbarer Verpflichtungen konzipiert<sup>322</sup>; das Datenschutzrecht ist demgegenüber als Schutzregime der informationellen Selbstbestimmung konzipiert<sup>323</sup>. Beide Regime gelten für DaG-Geschäfte, und die Richtlinie stellt klar, dass sie die DSGVO unberührt lässt<sup>324</sup>. Diese Wechselwirkung gilt als eines der herausforderndsten Probleme des Unionsrechts im digitalen Bereich, da die beiden Instrumente weitgehend unabhängig voneinander, von verschie-

---

<sup>320</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>321</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>322</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

<sup>323</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

<sup>324</sup>Zu § 327q Abs. 2 BGB – das bedingte Kündigungsrecht des Unternehmers im Fall des Einwilligungswiderrufs – siehe BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327q. Der Unzumutbarkeitsauslöser der Vorschrift ist dogmatisch wichtig, weil er die hier verteidigte Konstruktion bestätigt: Die Reaktion des Unternehmers auf den Widerruf der Einwilligung ist die Beendigung (prospektiv, ohne rückwirkende Vertragsabwicklung) und nicht Schadensersatz oder Naturalerfüllung; die Beendigung greift, weil die Wirksamkeitsvoraussetzung weiterer Leistung entfallen ist – nicht, weil der Verbraucher eine vertragliche Pflicht verletzt hätte.

denen Akteuren und mit unterschiedlichen politischen Zielsetzungen entworfen wurden und ihre Schnittstellen bei der Verabschiedung des jeweiligen Instruments nicht in vollem Umfang durchdacht waren<sup>325</sup>. Die Auswirkungen dieser gesetzgeberischen Fragmentierung sind vor allem für die Unternehmer spürbar, deren Pflichten unter den beiden Regimen auf unvorhersehbare Weise in Konflikt geraten können, sowie für die Verbraucher, deren Rechte unter den beiden Regimen in einer Weise kollidieren können, die sie nicht antizipieren können<sup>326</sup>. Die griechische Formulierung desselben Themas ist schärfer: Die Koordination (Koordination) der beiden Regime setzt deren analytische Trennung voraus<sup>327</sup>; ihre Vermengung birgt das Risiko, entweder die vertraglichen Rechtsbehelfe (wenn jede DSGVO-Unregelmäßigkeit den Vertrag unwirksam machte) oder die datenschutzrechtlichen Garantien (wenn jede Vertragsverletzung die DSGVO-Sanktionen auslöste) zu trivialisieren<sup>328</sup>.

### § 5.1.A Die restriktive Lesart und die Bedenken des EDPB hinsichtlich praktischer Inoperabilität

Der Kern der Spannung liegt in den dogmatischen Bestimmungen des Art. 7 Abs. 4 DSGVO, der bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, dem Umstand Rechnung zu tragen verlangt, dass die Erfüllung eines Vertrags an die Einwilligung in eine Datenverarbeitung geknüpft ist, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist<sup>329</sup>.

---

<sup>325</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>326</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>327</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>328</sup>Vgl. zur globalen Wirkungsdimension der DSGVO Kuner C, „The European Data Protection Regulation and the Future of Data Privacy“, (2018) 8 *International Data Privacy Law* 89; ergänzend Bygrave L, *Data Privacy Law: An International Perspective*, OUP 2014, Kap. 5 und 9.

<sup>329</sup>rene Kull, „Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance“ (Fn. 20), 38–40. Kull beschreibt dies als grundsätzliches Paradox – die DSGVO garantiert die Benachteiligungsfreiheit beim Widerruf, doch der Verbrauchervertrag endet als Folge des Widerrufs notwendigerweise. Bei genauerer Betrachtung ist das Paradox nur scheinbar: Es löst sich auf, sobald die Einwilligung als Wirksamkeitsbedingung des Vertrags und nicht als Substanz der Verbraucherleistung anerkannt

Dieses Kopplungsverbot ist für DaG-Geschäfte unmittelbar einschlägig: Wissenschaftliche Stimmen haben festgestellt, dass in den meisten Fällen der Datennutzung als Gegenleistung die datenschutzrechtliche Einwilligung im Sinne der DSGVO nicht freiwillig erteilt wird<sup>330</sup>; Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO – Verarbeitung zur Vertragserfüllung – sei möglicherweise die bessere Rechtsgrundlage für DaG-Geschäfte, sodass die Parteien ohne die Fragilität der Einwilligung als regulatorischer Grundlage agieren könnten. Sattler<sup>331</sup> entwickelt dieses Argument zu einer zweistufigen Auslegung des Art. 6 DSGVO weiter: Eine vertragliche Verpflichtung zur Datenverarbeitung führt dazu, dass die Verarbeitung auf die DSGVO-Vertragserfüllungsgrundlage gestützt werden kann, ohne eine separate Einwilligungspflicht<sup>332</sup>. Hackers Analyse gelangt im Vertragsrecht zu einem ähnlichen Ergebnis: Sobald der DaG-Austausch im DCD-Rahmen vertraglich vereinbart ist, soll die Lehre der Rechtswidrigkeit nicht greifen, selbst wenn die Verarbeitung technisch gegen die DSGVO verstößt, denn die DSGVO ist ein öffentlich-rechtliches Regulierungsinstrument und

---

wird; das Kündigungsrecht des Unternehmers (im deutschen Register: § 327q Abs. 2 BGB) wirkt dann als gewöhnliche Folge fortgesetzter Leistungsunmöglichkeit und nicht als Sanktion gegen die Ausübung grundrechtlich verbürgter Befugnisse durch die betroffene Person.

<sup>330</sup>Art. 14 Abs. 2 DCD. Im Gesetzgebungsverfahren strebte das Europäische Parlament ein strengeres Verbot der unternehmerischen Vertragsbeendigung nach Widerruf der DSGVO-Einwilligung an, während der Rat einen ausgewogeneren Ansatz favorisierte, der die wirtschaftliche Tragfähigkeit von DaG-Geschäftsmodellen wahren sollte. Der endgültige Text stellt einen Kompromiss dar, der keine der beiden Seiten voll zufriedenstellt. Siehe ferner Kull (Fn. 20), 43–44; Schmidt-Kessel (Fn. 20), 138–141.

<sup>331</sup>Zur Charakterisierung als Naturalobligation siehe Sattler, JZ 2017, 1036, 1040; zur Lizenzanalogie siehe Melan/Pfeiffer, DStR 2017, 2026, 2029. Beide Charakterisierungen sind am besten als Beleg dafür zu lesen, dass die Einwilligung-als-Gegenleistung-Auffassung nicht kohärent gemacht werden kann: Ein synallagmatischer Austausch, dessen Gegenleistung strukturell nicht durchsetzbar ist, ist kein synallagmatischer Austausch, sondern dessen dogmatischer Schatten. Die in der vorliegenden Arbeit verteidigte Konstruktion der faktischen Möglichkeit löst die Schwierigkeit auf, indem sie die Substanz der Leistung in die Einräumung der Verwertungsmöglichkeit verlagert – wo sie ohne weiteres durchsetzbar ist – und die Einwilligung als öffentlich-rechtliche Bedingung der weiteren rechtmäßigen Verarbeitung durch den Unternehmer behandelt.

<sup>332</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 260–280, insb. 268–275. Die Charakterisierung des Einwilligungswiderrufs als Unmöglichkeit anstatt als Kündigung oder Rücktritt stellt einen der eigenständigen dogmatischen Beiträge Scheibenpflugs dar. Der Unmöglichkeitsrahmen des BGB weist das Risiko des Leistungsausfalls automatisch zu, ohne dass der Unternehmer ein vertragliches Kündigungsrecht geltend machen müsste.

keine privatisierte Nichtigkeitsregel<sup>333</sup>. In seinen Einwilligungs-Leitlinien von 2020 nimmt der Europäische Datenschutzausschuss eine restriktivere Haltung ein: Das Kopplungsverbot greift im DaG-Kontext vollständig<sup>334</sup>; eine als Bedingung des Dienstzugangs erteilte Einwilligung gilt im Zweifel nicht als freiwillig<sup>335</sup>. Dies führt zu einem unmittelbaren Widerspruch zwischen der Auslegung der DSGVO durch den EDPB und der impliziten Annahme der DCD, dass DaG-Geschäfte rechtsverbindlich sind<sup>336</sup>. Die Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Koordinierung der beiden Instrumente wurde frühzeitig in der wissenschaftlichen Debatte als vorrangige Empfehlung erkannt<sup>337</sup>; der Empfehlung wurde nicht entsprochen, und die Spannung musste schließlich von nationalen Aufsichtsbehörden und Gerichten aufgelöst werden<sup>338</sup>. Die monographische Behandlung des Kopplungsverbots des Art. 7 Abs. 4 DSGVO verleiht diesem Bild erhebliches analytisches Gewicht: Sie zeigt, dass der operative Anwendungsbereich des Verbots nach der Auslegung des EDPB und der Aufsichtsbehörden im Hinblick auf eine zur Leistungserbringung erforderliche Datenverarbeitung schrittweise engegeführt worden ist<sup>339</sup>; eine solche Verengung erstreckt sich indes nicht auf eine zu Werbezwe-

---

<sup>333</sup>Art. 14 Abs. 2 DCD gestattet dem Unternehmer die Beendigung des Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte, wenn der Verbraucher die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft, von der das Verarbeitungsrecht des Unternehmers abhängt, und keine andere Rechtsgrundlage besteht.

<sup>334</sup>Zur Entstehungsgeschichte des Kopplungsverbots siehe Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU (Nomos 2017), Kap. 4 Rn. 11–18; Engeler, „Das überschätzte Kopplungsverbot“, (2018) ZD 55, 57–62.

<sup>335</sup>Art. 7 Abs. 4 DSGVO. Zum Kopplungsverbot siehe EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung nach der Verordnung 2016/679, Version 1.1, 4. Mai 2020, Rn. 25–27. Die Leitlinien stellen klar, dass das Kopplungsverbot kein absolutes Verbot gebündelter Einwilligungen enthält, sondern eine starke Vermutung gegen die Freiwilligkeit der Einwilligung begründet, wenn der Zugang zu einer Dienstleistung von einer Datenverarbeitung abhängig gemacht wird, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist.

<sup>336</sup>Zur engen Auslegung des Art. 14 Abs. 2 DCD und zur Verfügbarkeit alternativer Rechtsgrundlagen nach der DSGVO siehe Schmidt-Kessel, „Right to Withdraw Consent to Data Processing“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 4), 129, 138–141; Linardatos, § 5, 3 Rn. 100–102.

<sup>337</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>338</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>339</sup>EDPB, Stellungnahme 08/2024 zur gültigen Einwilligung im Kontext von „Pay or Consent“-Modellen, 17. April 2024.

cken oder zum Profiling erfolgende Verarbeitung – also auf genau jene Form einwilligungsbasierter Verarbeitung, auf welche die gegenwärtige Literatur zur „Einwilligung als Gegenleistung“ sich stützt<sup>340</sup>.

### § 5.1.B Das Kopplungsverbot in Auseinandersetzung mit dem Schutzbereich der DCD

Scheibenpflugs Behandlung der Schranken der Vertragsfreiheit im DaG-Kontext bildet eine wichtige dogmatische Brücke zwischen der Einwilligungsanalyse nach DSGVO und der Vertragsfreiheitsanalyse nach BGB<sup>341</sup>. Er argumentiert, dass die hergebrachten Mittel zur Regulierung der Vertragsfreiheit – § 138 BGB (sittenwidrige Verträge), § 134 BGB (Verträge gegen gesetzliches Verbot) und die AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB<sup>342</sup> – DaG-Verträge mit größter Wirksamkeit erfassen können und allein im Einwilligungsrahmen wirksamer als die DSGVO Verbraucherschutz zu leisten vermögen<sup>343</sup>. Das griechische Recht bietet ein paralleles System

---

<sup>340</sup>Zur dogmatischen Auseinandersetzung mit dem Kopplungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO siehe ferner Engeler M, „Das überschätzte Kopplungsverbot – Die Bedeutung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO“, (2018) *ZD* 55; Golland A, „Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung“, (2018) *DuD* 351; Becker M, „Eine Materialisierung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots“, (2021) *CR* 230; aus monographischer Perspektive Lahusen B, „Datenrechtliche Synallagmata“, (2021) 221 *AcP* 1, der die strukturelle Verknüpfung zwischen vertraglicher und datenschutzrechtlicher Wirksamkeit aufarbeitet; programmatisch zur Anerkennung personenbezogener Daten als Leistungsgegenstand Sattler A, „Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand“, (2017) 72 *JZ* 1036; ergänzend Specht L, „Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?“, (2017) *JZ* 763, und dies., „Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung“, (2017) *MMR* 729.

<sup>341</sup>Angesichts der Bandbreite der nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO verfügbaren Verarbeitungsgrundlagen – einschließlich berechtigter Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO), vertraglicher Erforderlichkeit (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO) und rechtlicher Verpflichtung (Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO) – können viele Plattformen ihre Dienste möglicherweise auf einer alternativen Rechtsgrundlage weiter anbieten, ohne eine Einwilligung zu benötigen. Ist dies der Fall, würde das Kündigungsrecht des Unternehmers nach Art. 14 Abs. 2 DCD nur selten, wenn überhaupt, ausgelöst. Siehe Sattler (Fn. 22), 200–201.

<sup>342</sup>Marinos hat in seiner monographischen Behandlung das Konzept der *Συναρμογή* (dogmatische Anpassung) als methodische Antwort auf die Herausforderungen der digitalen Wirtschaft entwickelt; vgl. Marinos, *Σύμβαση*, Kap. 14 (zur *Συναρμογή* zwischen Vertragsrecht und Datenschutzrecht) sowie Kap. 15.B (zum Trennungsprinzip).

<sup>343</sup>Zum Verhältnis zwischen § 327q BGB und dem AGB-Recht nach §§ 305 ff. BGB siehe BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327q; die strukturelle Schnittstelle zwischen

der Schranken der Vertragsfreiheit im DaG-Kontext, das die deutsche Analyse stützt<sup>344</sup>. Art. 174 AK erklärt Verträge, die gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstoßen, für nichtig – ein funktionales Pendant zu § 134 BGB –, und die Art. 178–179 AK ordnen die Nichtigkeit von Verträgen gegen die guten Sitten („*χρηστά ήθη*“) an<sup>345</sup>. Das Regime der missbräuchlichen Klauseln nach Gesetz 2251/1994 (Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG) wirkt gemeinsam mit der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB in dieselbe Schutzrichtung<sup>346</sup>; beide Systeme erfassen standardisierte Plattformbedingungen, die entweder unbegrenzte Datenverarbeitung gestatten oder den Schadensersatzanspruch wegen rechtswidriger Datenverarbeitung beschränken<sup>347</sup>. Die Konvergenz beider nationalen Rahmen zeigt, dass die Schranken der Vertragsfreiheit im DaG-Kontext nicht bloß ein Nebenprodukt einer bestimmten nationalen Tradition sind, sondern Beleg eines gemeinsamen europäischen Engagements für den Verbraucherschutz gegen ausbeuterische Datenpraktiken. Die jüngere deutsche Behandlung der Schranken der Vertragsfreiheit im DaG-Kontext liefert eine wichtige dogmatische Brücke zwischen der Einwilligungsanalyse nach der DSGVO und der Vertragsfreiheitsanalyse nach dem BGB: Die Standardmechanismen zur Kontrolle der Vertragsfreiheit – einschließlich des § 138 BGB (sittenwidrige Verträge), des § 134

---

Datenschutzrecht, Vertragsrecht und AGB-Kontrolle gehört zu den praktisch folgenreichsten Merkmalen der Regulierungslandschaft nach 2022 und wird in parallelen Begriffen bei Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14.Δ, behandelt.

<sup>344</sup>Art. 16 DCD. Die nachvertragliche Löschungspflicht schafft für Verbraucher ein durchsetzbares Recht, nach Vertragsbeendigung die Löschung ihrer Daten zu verlangen, ohne auf den eigenständigen Lösungsmechanismus des Art. 17 DSGVO angewiesen zu sein – eine erhebliche praktische Neuerung. Siehe Sergio Camara Lapuente, „Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services“, in: Lohse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Data as Counter-Performance* (Hart/Nomos 2020), 163, 168–170.

<sup>345</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 330–370, mit einer Analyse der Grenzen der Vertragsfreiheit in datengetriebenen Austauschverhältnissen unter vier Gesichtspunkten: gesetzliche Verbote (§ 134 BGB), gute Sitten (§ 138 BGB), AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) und Datenschutzrecht als zwingende Beschränkung der Vertragsautonomie.

<sup>346</sup>Die §§ 305–310 BGB regeln die Einbeziehung und Inhaltskontrolle standardisierter Vertragsbedingungen; zu ihrer Anwendung auf Verträge über digitale Dienste siehe C. Grüneberg, in: Palandt/Grüneberg, *BGB Kommentar*, 82. Aufl., C.H. Beck 2023, §§ 305–310 Rn. 1–40.

<sup>347</sup>Zur empirischen Aufarbeitung der Datenwirtschaft siehe European Commission, *Final Report Sector Inquiry into E-commerce*, COM(2017) 229 final, Rn. 14 ff.

BGB (Verträge gegen gesetzliche Verbote) und der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB – greifen bei DaG-Verträgen mit voller Wirkung und können einen wirksameren Verbraucherschutz bieten als der DSGVO-Einwilligungsrahmen allein<sup>348</sup>. Das griechische Recht stellt eine parallele Reihe von Beschränkungen der Vertragsfreiheit bei DaG-Geschäften zur Verfügung, die die deutsche Analyse verstärkt: Art. 174 AK erklärt Verträge nichtig, die zwingende gesetzliche Bestimmungen verletzen – das funktionale Äquivalent zu § 134 BGB –, während Art. 178–179 AK Verträge gegen die guten Sitten (χρηστά ήθη) für nichtig erklären und damit den § 138 BGB parallelisieren<sup>349</sup>. Die AGB-Kontrolle nach dem Gesetz 2251/1994 (das die Richtlinie 93/13/EWG umsetzt) wirkt zusammen mit und in derselben Schutzrichtung wie die deutsche AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB<sup>350</sup>; in beiden Systemen unterliegen standardisierte Plattform-Klauseln, die eine unbeschränkte Datenverarbeitung gestatten oder die Entschädigung für rechtswidrige Verarbeitung ausschließen, der gerichtlichen Überprüfung und potenziellen Nichtigerklärung. Die Konvergenz der beiden nationalen Rahmen zeigt, dass die Schranken der Vertragsfreiheit bei DaG-Geschäften nicht das Produkt einer einzelnen nationalen Tradition sind, sondern ein gemeinsames europäisches Bekenntnis zum Verbraucherschutz gegen ausbeuterische Datenpraktiken widerspiegeln<sup>351</sup>.

<sup>348</sup>Zur strukturellen Überlegenheit der schuldrechtlichen Mechanismen gegenüber dem reinen Einwilligungsmodell siehe Scheibenpflug 2023, Kap. 4 § C IV; ergänzend Mak V, *The Boundaries of Self-Determination in Consumer Contract Law*, Intersentia 2020, Kap. 5.

<sup>349</sup>Zur Parallelität der Sittenwidrigkeitskontrolle siehe Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 5. Aufl., Sakkoulas 2018, § 4 Rn. 18 ff. (zu Art. 178–179 AK); zur deutschen Lehre Wolf M, in: Soergel BGB, 13. Aufl. 2024, § 138 Rn. 1 ff.

<sup>350</sup>Zur Parallelität der AGB-Kontrolle in beiden Rechtsordnungen siehe Specht-Riemenschneider L, „Konsumgüterkauf und digitale Inhalte“, in: Drexl/Hilty (Hrsg.), *Beiträge zum Daten- und Wettbewerbsrecht*, Mohr Siebeck 2020, S. 67 ff.; griechische Behandlung Karakostas I, *Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή*, 3. Aufl., 2024, Kap. 7.

<sup>351</sup>Vgl. zu den deutschen Schranken der Vertragsfreiheit im DaG-Kontext Scheibenpflug 2023, Kap. 4 § C (zur Anwendbarkeit von §§ 134, 138 BGB und der AGB-Kontrolle); zur griechischen Parallele Karakostas I, *Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή*, 3. Aufl., Nomiki Bibliothiki, Athen 2024, Kap. 5 § 3, sowie Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 5. Aufl., Sakkoulas 2018, § 1 Rn. 22 ff. (zu Art. 174 und 178–179 AK); zur europäischen Konvergenz Mak V, *The Boundaries of Self-Determination in Consumer Contract Law*, Intersentia 2020.

## § 5.2 Widerruf der Einwilligung: Art. 7 Abs. 3 DSGVO vs. Art. 14 Abs. 2 DCD

Art. 7 Abs. 3 DSGVO gewährt das bedingungslose Recht<sup>352</sup>, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen<sup>353</sup>; sein Zusammenspiel mit Art. 14 Abs. 2 DCD – der dem Unternehmer gestattet, den Vertrag zu beenden, wenn der Verbraucher die DSGVO-Einwilligung widerruft und keine andere Rechtsgrundlage zur Verarbeitung verbleibt – erzeugt das, was als „Grundparadoxon“<sup>354</sup> beschrieben wurde: Die DSGVO garantiert, dass der Einwilligungswiderruf dem Verbraucher keinen Nachteil bringt, während die DCD die Beendigung – also den Verlust des Zugangs zur digitalen Leistung – als unmittelbare Folge eines solchen Widerrufs zulässt<sup>355</sup>. Die Vorschrift war eine der umstrittensten im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens. Scheibenpflug<sup>356</sup> behandelt den Widerruf als Frage des Leistungsstörungsrechts und argumentiert, dass der Widerruf der Einwilligung in einer DaG-Konstellation am besten als Fall der Unmöglichkeit nach § 275 BGB einzuordnen ist: Sobald der Datenträger die Einwilligung widerrufen hat, wird die Weiterverarbeitung der Daten rechtlich unmöglich<sup>357</sup>; diese Umqualifikation ermöglicht es, das DSGVO-Prinzip des freien Widerrufs besser mit der vertraglichen Gleichgewichtsregel des Art. 14 Abs. 2 DCD in Einklang zu bringen<sup>358</sup>. Das griechische Schuldrecht bietet

---

<sup>352</sup>Bygraves rechtsvergleichende Behandlung der globalen Datenschutzarchitektur liefert wertvollen Kontext; siehe Bygrave L, *Data Privacy Law: An International Perspective*, OUP 2014, Kap. 5 (zur globalen Konvergenz datenschutzrechtlicher Einwilligungsstandards) und Kap. 9 (zur Verzahnung mit dem Vertragsrecht).

<sup>353</sup>Art. 7 Abs. 3 DSGVO, Satz 2; zur zeitlichen Wirkung des Widerrufs siehe EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung, Rn. 116–120.

<sup>354</sup>Zur Vertiefung siehe Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data*, Nomos 2017.

<sup>355</sup>Vgl. zum Verhältnis zwischen § 327q BGB und Art. 7 Abs. 3 DSGVO Wendehorst, in: *MüKo BGB*, 9. Aufl. 2023, § 327q Rn. 4 ff.

<sup>356</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 150–199, mit der Entwicklung einer detaillierten Vertragstypologie datengetriebener Austauschverhältnisse, die diese an den bestehenden Kategorien des BGB (Kauf, Dienstvertrag, Miete, atypische Verträge) spiegelt und zu dem Ergebnis gelangt, dass sie einen gemischten Vertragstyp *sui generis* bilden.

<sup>357</sup>Zur Einordnung als rechtliche Unmöglichkeit siehe Linardatos, § 5,3 Rn. 103; Die Einwilligung fungiert als Wirksamkeitsvoraussetzung; ihr Widerruf entzieht die rechtliche Grundlage, sodass §§ 275, 326 BGB und nicht Art. 14 Abs. 2 DCD eingreifen.

<sup>358</sup>Martin Schmidt-Kessel, „Right to Withdraw Consent to Data Processing – the Effect on the Contract“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Data as Counter-*

einen analogen Ansatz über die Unmöglichkeitsvorschriften der Art. 336 ff. AK – Unmöglichkeit der Leistung („αδυναμία παροχής“): Macht der Einwilligungswiderruf die weitere Datenverarbeitung rechtlich unmöglich, befreit Art. 336 AK den Schuldner von seiner Verpflichtung, und Art. 338 AK regelt die Risikoverteilung mit Folgen, die jenen der §§ 275, 326 BGB sehr nahekommen<sup>359</sup>. Die griechische Behandlung schärft die Analyse: Sie behandelt den Einwilligungswiderruf als auslösendes Ereignis für die außerordentliche Kündigung („καταγγελία“) eines Dauerschuldverhältnisses, die nach griechischem Recht ex nunc wirkt und das Recht des Verbrauchers auf Erfüllung unberührt lässt, während die zukünftige Verpflichtung des Unternehmers erlischt<sup>360</sup>. Das architektonische Ergebnis dieser Analyse entspricht der deutschen Unmöglichkeitsdeutung und bestätigt, dass der strukturelle Schutz des Verbrauchers gewährleistet werden kann, ohne dass die DSGVO-Garantie des freien Widerrufs durch das dogmatische Auge des Art. 14 Abs. 2 DCD durchgesetzt werden müsste<sup>361</sup>.

---

Performance (Hart/Nomos 2020), 129, 131–135. Schmidt-Kessels Folgekatalog lässt sich am besten verstehen, sobald die Einwilligung als Wirksamkeitsbedingung des Bereitstellungsvertrags eingeordnet wird: Die Folgen ergeben sich dann nicht aus einer Vertragsverletzung des Verbrauchers, sondern aus dem strukturellen Wegfall einer Wirksamkeitsvoraussetzung, auf den der Unternehmer über das besondere Beendigungsregime reagieren darf, das der deutsche Gesetzgeber später in § 327q Abs. 2 BGB kodifiziert hat.

<sup>359</sup>Zur griechischen Unmöglichkeitsdogmatik im DaG-Kontext siehe Γεωργιάδης (Georgiadis), *Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος*, § 15 Rn. 17–19. Die Art. 336–338 AK schaffen einen Rahmen für die nachträgliche Unmöglichkeit (επιγενόμενη αδυναμία), der dem Rahmen der §§ 275 ff. BGB eng entspricht. Zur deutschen Analyse siehe Scheibenpflug (Fn. 236), 260–280.

<sup>360</sup>Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14, Rn. 14.14 (fortlaufende Datengenerierung durch gewöhnliche Nutzerhandlungen: Login, Suchanfragen, „Likes“, Reaktionen, Kommentare; die Dauerschuldverhältnis-Dimension von Plattform-Nutzer-Beziehungen).

<sup>361</sup>Zur Behandlung des Einwilligungswiderrufs als Fall der rechtlichen Unmöglichkeit (§ 275 BGB / Art. 336 AK) vgl. Schmidt-Kessel M und Grimm M, „Unentgeltlich oder entgeltlich“, (2017) *ZfPW* 84, 102 ff.; Specht-Riemenschneider L, „Datenschutzrecht und Vertragsrecht in der Digitalisierung“, (2018) *MMR* 729; aus dem Kommentarschrifttum Wendehorst C, in: *MüKo BGB*, 9. Aufl. 2023, § 327q Rn. 12 ff.; aus griechischer Sicht Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14 Rn. 14.15–14.32 zur dogmatischen Behandlung des Widerrufs im Lichte des Art. 57 AK.

## § 5.2.A § 327q BGB und die kodifizierte Architektur der prospektiven Vertragsanpassung

Der Ansatz, die vertraglichen Folgen des Einwilligungswiderrufs nach Art. 14 Abs. 2 DCD in dieser Weise zu analysieren, hat den Vorteil, das Recht des Unternehmers zur Vertragsbeendigung als enges Recht zu lesen – im Einklang mit dem Erwägungsgrund 39 DCD, wonach Verbraucher durch die Ausübung ihrer DCD-Rechte keinen Nachteil erleiden dürfen<sup>362</sup>. Nach dieser Lesart ist die Beendigung nur dann zulässig, wenn der Unternehmer die Leistung nicht auf einer anderen rechtlichen Grundlage fortsetzen kann<sup>363</sup>. Die deutsche dogmatische Antwort in Gestalt des § 327q BGB – also die gesetzliche Antwort auf die Widerruflichkeit der Einwilligung, ihre Vertragsfolgen und die nach Widerruf entstehenden Sekundäransprüche – wird im deutschen Schrifttum eingehend entwickelt und liefert die aktuellste Darstellung dessen, wie die neu erlassenen §§ 327 ff. BGB<sup>364</sup> die Risiken des Einwilligungswiderrufs zwischen den Parteien verteilen<sup>365</sup>; die Analyse der Beziehung zwischen § 327q BGB und Art. 7 Abs. 3 DSGVO ist besonders nützlich, denn sie behandelt unmittelbar die Frage, ob der vertragliche Anpassungsmechanismus mit dem Verbot

---

<sup>362</sup>Schmidt-Kessel (Fn. 20), 139–142. Die enge Lesart wird durch Erwägungsgrund 39 DCD gestützt, wonach Verbraucher durch die Ausübung ihrer Rechte nach der DSGVO keine Nachteile erleiden sollen. Wenn die Vertragsbeendigung einen „Nachteil“ im Sinne des Erwägungsgrundes 39 darstellt, ist das Recht des Unternehmers aus Art. 14 Abs. 2 erheblich beschränkt – es kommt nur als letztes Mittel in Betracht, wenn keine alternative Verarbeitungsgrundlage besteht.

<sup>363</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

<sup>364</sup>Lohsse, Schulze und Staudenmayer haben in mehreren Sammelbänden die zentralen Fragen des EU-Privatrechts in der digitalen Wirtschaft systematisch behandelt; vgl. *Trading Data in the Digital Economy* (Hart/Nomos 2017), *Daten als Gegenleistung – Vertragsrecht 2.0?* (Hart/Nomos 2020) sowie *Private Law and the Data Act* (Nomos/Hart 2024).

<sup>365</sup>Zu § 327 Abs. 3 BGB als Operationalisierung des Daten-als-Gegenleistung-Regimes siehe Fries, in: BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327; die Kommentierung behandelt die Frage, ob die Leistung des Verbrauchers in den Daten, der Einwilligung oder der faktischen Nutzungsmöglichkeit besteht, und stimmt in den zentralen architektonischen Punkten mit der griechisch-zivilistischen Behandlung bei Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, überein.

des Nachteils für den Datenträger nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO vereinbar ist<sup>366</sup>.

## § 5.3 Rechtsfolgen nach Vertragsbeendigung, Abstraktionsprinzip und Bereicherungsrecht

Das nachvertragliche Regime des Art. 16 DCD, der die Verwendung der nach Beendigung vom Verbraucher überlassenen Informationen durch den Unternehmer untersagt, ist ein weiterer Bereich der Wechselwirkung beider Regime<sup>367</sup>. Art. 16 macht ein vertraglich durchsetzbares Recht auf Datenlöschung im vertragsrechtlichen Regime operativ, ohne dass der Verbraucher zwingend auf das umfangreichere Lösungsverfahren des Art. 17 DSGVO angewiesen wäre<sup>368</sup>. Sénéchals Beitrag liefert die detaillierteste Analyse der Übereinstimmungen – und Diskrepanzen – zwischen Art. 16 DCD und Art. 17 DSGVO und zeigt, dass die beiden Regime sich nicht vollständig decken<sup>369</sup>. Der Einwilligungswiderruf bringt eine weitere Komplikation<sup>370</sup>. Da das Recht auf Widerruf der Datenschutzeinwilligung nach DSGVO frei und unverzichtbar ist und im Rang höher steht, liegt das Problem dieses freien Widerrufs darin, dass es offenbar

---

<sup>366</sup>Zur kodifizierten Architektur des § 327q BGB vgl. Wagner G, „AGB-Kontrolle digitaler Verträge“, (2021) 224 *AcP* 1, 18 ff.; Spindler G, „§ 327q BGB und die Folgen des Einwilligungswiderrufs“, (2022) *MMR* 113; Satler A, „Personalisierte Werbung als zulässiger Vertragsinhalt“, (2018) *CR* 244; ergänzend Specht-Riemenschneider L, „§ 327q BGB im System des Datenvertragsrechts“, (2022) *ZUM* 491.

<sup>367</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>368</sup>Zur vergleichsweise einfachen verfahrensrechtlichen Struktur des Löschungswegs nach Art. 16 DCD im Vergleich zu Art. 17 DSGVO siehe Senechal, „Article 16(2) of the ‘Digital Content and Digital Services’ Directive“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 4), 193, 197–210.

<sup>369</sup>J. Rochfeld, „Le ‘contrat de fourniture de contenus numériques’: la reconnaissance de l’économie spécifique ‘contenus contre données’“, (2017) 1 *Dalloz IP/IT* 15, 17–19; N. Sauphanor-Brouillaud / J. Sénéchal (Hrsg.), Dossier „Contrats de fourniture de contenu numérique“, *Contrats Concurrence Consommation*, février 2017, 21–56 (insbesondere die Beiträge von V.-L. Bénabou, M. Behar-Touchais, N. Martial-Braz, J. Rochfeld und C. Zolynski). Zur Aktiv/Passiv-Unterscheidung im Kontext der Datenportabilität nach der DSGVO siehe Art.-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242 rev.01, 5. April 2017, 9–11.

<sup>370</sup>Art. 7 Abs. 3 DSGVO, Satz 3; zu den Folgen im vertraglichen Kontext Linardatos, § 5.3 Rn. 100–102.

keiner Missbrauchskontrolle nach Datenschutzrecht unterliegt<sup>371</sup>. Die Folge kann unverhältnismäßig sein<sup>372</sup>. Bei punktuellen Austauschverträgen (etwa die Hingabe von Daten gegen ein E-Book oder eine Videodatei) könnte der Verbraucher die Einwilligung unmittelbar nach Übertragung der Datei widerrufen und so verhindern, dass der Anbieter den Wert aus den Daten zieht<sup>373</sup>; bei Dauerschuldverhältnissen (etwa bei einer Online-Schulung gegen ein Nutzerprofil) könnte der Verbraucher die Einwilligung widerrufen, sobald sein Interesse an der Leistung des Anbieters nachlässt, noch bevor die vereinbarte Vertragsdauer abgelaufen ist<sup>374</sup>. Eine unerträgliche Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts des Datengläubigers droht jedoch nicht, wenn die Grenzen des Widerrufsrechts entlang der Frage gezogen werden, ob ein geschütztes Verarbeitungsinteresse des Datengläubigers gegenüber dem Betroffenen besteht<sup>375</sup>. In einem solchen Fall ist der Betroffene so zu behandeln, dass er zwar zum Widerruf der Einwilligung berechtigt ist, der Datengläubiger jedoch vertraglich oder anderweitig befugt bleibt, die Daten über einen bestimmten Zeitraum zu verwenden und zu verarbeiten<sup>376</sup>; ein Verbot des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung kommt nur insoweit in Betracht, als zwischen den Parteien ein befristetes Vertragsverhältnis besteht und kein

---

<sup>371</sup>Zur Frage der Deckungsgleichheit siehe ferner EDSA, Leitlinien 5/2019 über die Kriterien des Rechts auf Vergessenwerden in Suchmaschinenfällen nach der DSGVO, 7. Juli 2020, Rn. 14–22.

<sup>372</sup>Zur näheren Begründung siehe oben § 4.3.

<sup>373</sup>Jean Senechal, „Article 16(2) of the ‘Digital Content and Digital Services’ Directive on the Consequences of Termination of Contract“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Data as Counter-Performance* (Hart/Nomos 2020), 193, 197–210. Senechal zeigt, dass die Lösungsregime der DCD und der DSGVO nicht vollständig deckungsgleich sind: Die Verpflichtung aus der DCD erstreckt sich auf alle vom Verbraucher „bereitgestellten“ Daten, während Art. 17 DSGVO alle personenbezogenen Daten unabhängig von ihrer Quelle erfasst, jedoch weiteren Ausnahmen unterliegt (etwa zugunsten der Meinungsfreiheit oder rechtlicher Ansprüche). Verbraucher können daher bisweilen nach dem einen Instrument stärkere Rechte genießen als nach dem anderen.

<sup>374</sup>Zur Doppelfunktion der Einwilligung in DaG-Verhältnissen siehe G. Spindler, „Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Rechtsnatur“, (2016) 19 *Multimedia und Recht* 147, 152–154.

<sup>375</sup>Zum Widerruf als auslösendes Ereignis für vertragliche Folgen vgl. Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327q Rn. 14 ff.

<sup>376</sup>Vgl. dazu Schulze, *EuCML* 2024, 105, 109 f.

außerordentliches Beendigungsrecht zur Verfügung steht<sup>377</sup>; nur dann lässt sich sagen, dass der Vertrag ein Vertrauensfundament zugunsten des Datengläubigers schafft, das sich auf das Widerrufsrecht erstreckt<sup>378</sup>. Erklärt der Betroffene den Widerruf vorzeitig, liegt eine Vertragsverletzung vor, insbesondere wenn der Widerruf in Schädigungsabsicht erfolgt<sup>379</sup>; bei punktuellen Geschäften kann ein Missbrauch des Widerrufs über die Schadensersatzhaftung gesteuert werden<sup>380</sup>. Die vereinbarte Vertragslaufzeit und die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, die durch den Vertrag begründet wurden, binden auch das Datensubjekt. Die deutsche und griechische Lehre kommen unabhängig voneinander zu dem Schluss, dass die Beziehung zwischen Schuldverhältnis und Einwilligung am besten als ein System paralleler, aber funktional getrennter Rechtsregister verstanden wird, in dem die Wirksamkeit der einen die Wirksamkeit der anderen nicht zwingend bedingt<sup>381</sup>. Diese strukturelle Konvergenz liefert ein bedeutsames vergleichendes Argument für die hier vertretene Position: Die Trennung der schuldrechtlichen und der datenschutzrechtlichen Register ist nicht eine analytische Verfeinerung, sondern eine konstruktive Voraussetzung für die kohärente Behandlung der nachvertraglichen Folgen<sup>382</sup>.

<sup>377</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>378</sup>Vgl. zur Gestaltungsfunktion des Widerrufs Scheibenpflug, Daten als Gegenleistung im Internet, Mohr Siebeck 2022, S. 287 ff.

<sup>379</sup>Zum Widerrufsrecht aus Art. 7 Abs. 3 DSGVO als zwingende Schutzvorschrift vgl. Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker, DS-GVO, 1. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 78.

<sup>380</sup>Zur Wirkung des Widerrufs auf bestehende Verträge siehe Sattler, JZ 2017, 1036, 1041 ff.

<sup>381</sup>Schulze und Staudenmayer haben mit ihrem Artikel-für-Artikel-Kommentar zur DCD einen zentralen wissenschaftlichen Bezugspunkt geschaffen; vgl. *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary*, Beck/Hart/Nomos 2020, Art. 3 Rn. 1 ff. (zur Auslegung des zentralen Anwendungsbereichs); Art. 14 Rn. 18 ff. (zum nachvertraglichen Regime).

<sup>382</sup>Zur bereicherungsrechtlichen Behandlung der Vertragsbeendigung vgl. Riehm T, „Bereicherungsausgleich nach Beendigung von DaG-Verträgen“, (2022) 222 *AcP* 405; Sattler A, „Wertersatz und Datenüberlassung“, (2020) *JZ* 547; aus griechischer Sicht zur Parallele Art. 904 ff. AK / §§ 812 ff. BGB Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, §§ 105-110; Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 13 (Bereicherungsrecht im DaG-Kontext); ergänzend zur europäischen Konvergenz Lohsse S, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13, 24 ff.

### § 5.3.A Ungerechtfertigte Bereicherung („αδικαιολόγητος πλουτισμός“) und die zivilrechtliche Konvergenz der nachvertraglichen Folgenbeseitigung

Die strukturelle Spannung verschärft sich, wenn man die Doppelrolle der Einwilligung in DaG-Geschäften näher betrachtet<sup>383</sup>. Die Einwilligung erfüllt im DaG-Kontext gleichzeitig zwei Funktionen: Sie legitimiert sowohl die Datenverarbeitung nach DSGVO (Art. 6 Abs. 1 lit. a) als auch – nach der heutigen, hier indes nicht vertretenen Auffassung – einen Teil der Verbrauchergegenleistung im vertraglichen Rahmen<sup>384</sup>. Diese Doppelrolle erzeugt einen inneren Konflikt, den die gesetzlichen Instrumente nicht aufzulösen vermochten: Die DSGVO verlangt, dass die Einwilligung freiwillig erteilt wird, während in einem synallagmatischen Vertrag die Erbringung der Gegenleistung eine Pflicht ist<sup>385</sup>. Die Spannung wird durch die praktischen Folgen eines Einwilligungswiderrufs weiter verschärft<sup>386</sup>. Nach griechischer und deutscher Lehre stellen sich

---

<sup>383</sup>Linardatos, Datenrecht in der Digitalisierung, § 5,3 Rn. 53–54; Sattler, JZ 2017, 1036, 1039. Sattlers Metapher der Daten-Schnitzeljagd erfasst etwas, das nüchternere Formulierungen verfehlen: Die scheinbare „Wahl“ des Verbrauchers, einzuwilligen, besteht in der operativen Praxis in der Navigation durch eine Benutzeroberfläche, die darauf angelegt ist, diese Einwilligung unter dem Mantel regulatorischer Ordnung zu gewinnen.

<sup>384</sup>Die dogmatische Spannung zwischen Einwilligungsfreiheit und schuldrechtlicher Bindung wird vertieft behandelt bei Hacker, „Daten als Gegenleistung“, ZfPW 2019, 161, 175–182, der eine funktionale Versöhnung über die Unterscheidung zwischen „Einwilligung in die Verarbeitung“ und „Verpflichtung zur Duldung der Verarbeitung“ vorschlägt.

<sup>385</sup>LG Berlin, Urt. v. 28.10.2014 – 16 O 60/13, ZD 2015, 133, später bestätigt durch KG Berlin, Urt. v. 22.9.2017 – 5 U 155/14. Der Berliner Rechtsstreit bildet den empirischen Anker der in dieser Untersuchung verteidigten Konstruktion: Er zeigt, dass Facebooks datengetriebenes Geschäftsmodell durch die Feststellung der Unwirksamkeit der Einwilligung hindurch und über sie hinaus fortbestand. Gerade das tatsächliche Datum – dass der Unternehmer auch bei gerichtlich festgestellter Unwirksamkeit der Einwilligung weiterhin wirtschaftlichen Wert aus den Daten zog – kann die Einwilligung-als-Leistungsauffassung nicht aufnehmen: Ein synallagmatischer Austausch, dessen Gegenleistung für unwirksam erklärt worden ist, besteht nach der Einwilligungsauffassung nicht fort; die Bereitstellungsbeziehung bestand aber fort. Die Konstruktion der faktischen Möglichkeit erklärt diese Persistenz ohne Widerspruch.

<sup>386</sup>Art. 7 Abs. 3 DSGVO, Satz 2; EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung nach der Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 116–120. Die zeitliche Architektur des Einwilligungswiderrufs ist bewusst nur prospektiv angelegt: Frühere Verarbeitung bleibt rechtmäßig, abgeschlossene Austauschvorgänge werden nicht rückabgewickelt, und das Autonomi-

drei ungeklärte Fragen, wenn ein Verbraucher in einem DaG-Verhältnis die DSGVO-Einwilligung widerruft: erstens, ob der Unternehmer einen Schadensersatzanspruch aus dem Widerruf hat<sup>387</sup>; zweitens, ob der Unternehmer den Dienst einstellen darf; drittens, ob der Unternehmer für Schäden aus dem Widerruf haftet<sup>388</sup>. Ein weiterer dogmatischer Beitrag der kontinentaleuropäischen Tradition ist die Verbindung zwischen Einwilligungswiderruf und Abstraktionsprinzip<sup>389</sup>. Wenn die Datenüberlassung keine Übertragung eines dinglichen Rechts, sondern die Einräumung eines Nutzungsrechts oder Duldung der Verarbeitung ist, gilt das Abstraktionsprinzip nicht: Es gibt keinen entscheidenden, vom Verpflichtungsgeschäft getrennten Verfügungsakt, der rückgängig zu machen wäre<sup>390</sup>; wird der Vertrag aufgehoben oder die Einwilligung widerrufen, erlischt schlicht die Rechtsgrundlage der Verarbeitung – die Verarbeitung wird rechtswidrig, ohne dass eine Eigentumsübertragung rückabzuwickeln wäre<sup>391</sup>. Die griechische Analyse des Abstraktionsprinzips im DaG-Kontext gehört zu den anhaltendsten Beiträgen zu dieser Frage<sup>392</sup>. Sie weist nach, dass das

---

interesse der betroffenen Person wird durch die Beendigung weiterer Verarbeitung und nicht durch eine Umschreibung der Vergangenheit geschützt. Diese zeitliche Asymmetrie ist der dogmatische Angelpunkt, an dem die gesamte Koordination von DSGVO und DCD hängt.

<sup>387</sup> Art. 17 DSGVO (das „Recht auf Vergessenwerden“) begründet unter bestimmten Voraussetzungen ein allgemeines Recht auf Löschung personenbezogener Daten, das weiter reicht, verfahrensrechtlich aber komplexer ist als das nachvertragliche Regime des Art. 16 DCD.

<sup>388</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen § 327q BGB und Art. 7 Abs. 3 DSGVO Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 327q Rn. 4 ff.

<sup>389</sup> Art. 7 Abs. 3 DSGVO, Satz 3; Linardatos, Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 100–102. Das Benachteiligungsverbot bildet den Drehpunkt des gesamten Streits über die Rechtsnatur der Verpflichtung des Verbrauchers: Weit verstanden, sperrt es jede vertragliche Sanktion; eng verstanden, gefährdet es die autonomieschützende Ratio der DSGVO. Die hier verteidigte Konstruktion der faktischen Nutzung ist der architektonische Kompromiss, der beide Lesarten kohärent halten kann.

<sup>390</sup> Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>391</sup> Schmidt-Kessel, in: EU Consumer Law: A Commentary, zum Kopplungsverbot, 138–141; Linardatos, § 5.3 Rn. 100. Die Sorge um eine „praktische Unanwendbarkeit“ ist im Kern ein Einwand des institutionellen Designs: Ein Verbot, das jede monetarisierbare Einwilligung als mutmaßlich unfrei behandelt, steht in Spannung zur Prämisse der Richtlinie, dass DaG-Geschäfte nicht nur rechtmäßig sind, sondern eine anerkannte Kategorie des Austauschs bilden.

<sup>392</sup> Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

Verhältnis zwischen Bereitstellungsvertrag und Datenschutzeinwilligung als ein vom Trennungsprinzip („αφρηγμένον“, abstraktes oder abgelöstes Prinzip) beherrschtes Verhältnis zu verstehen ist, nach dem die Wirksamkeit der Einwilligung unabhängig von der Wirksamkeit des Vertrags ist und umgekehrt: Ein unwirksamer Vertrag macht eine im Übrigen wirksame Einwilligung nicht unwirksam, und eine unwirksame Einwilligung macht keinen im Übrigen wirksamen Vertrag unwirksam<sup>393</sup>. Die Analyse hat erhebliche praktische Auswirkungen auf das nachvertragliche Regime: Sie bestätigt, dass die Löschungspflicht nach Art. 16 DCD als unmittelbare Folge der Auflösung des Vertragsverhältnisses auferlegt wird, nicht jedoch als eigenständiger Eigentumsanspruch, und sie unterstützt einen einheitlichen statt einen zweigeteilten Ansatz zur Auflösung von DaG-Geschäften<sup>394</sup>. Dasselbe Ergebnis wird im griechischen Recht über die Art. 904–913 AK – ungerechtfertigte Bereicherung erreicht, die anordnen, dass in Fällen, in denen die Rechtsgrundlage einer Übertragung weggefallen ist, eine Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung zu erfolgen hat<sup>395</sup>. Art. 904 AK – ähnlich wie § 818 Abs. 2 BGB – verlangt einen Wertersatz („απόδοση της αξίας“), wenn ein DaG-Vertrag unwirksam wird oder die Einwilligung widerrufen wird<sup>396</sup>; der wirtschaftliche Vorteil, den der Unternehmer durch die Datenverarbeitung erzielt hat, ist eine Bereicherung ohne Rechtsgrund („χωρίς νόμιμη αιτία“)<sup>397</sup>. Die griechische Formu-

---

<sup>393</sup>Zur Spannung zwischen dem Verbot negativer Folgen des Einwilligungswiderrufs nach der DSGVO und der vertragsrechtlichen Logik des Schadensersatzes wegen Pflichtverletzung siehe Gola/Piltz, DS-GVO, Art. 20 Rn. 1; Kühling/Buchner/Herbst, DS-GVO, Art. 20 Rn. 6. Siehe auch Weber, in: Schulze/Staudenmayer/Lohsse (Hrsg.), *Contracts for the Supply of Digital Content* (2017), 201–202.

<sup>394</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>395</sup>Zum methodischen Festhalten daran, mit etablierten Kategorien zu arbeiten, statt neue zu konstruieren, siehe Linardatos, § 5.3 Rn. 70–85; ferner Caemmerer, „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, in: *Festschrift für Ernst Rabel* (Mohr Siebeck 1954), Bd. I, 333.

<sup>396</sup>Die Konvergenz von § 818 Abs. 2 BGB und Art. 909 AK bei der Wertersatzpflicht ist dogmatisch bedeutsam, weil Daten als nicht in natura rückgabefähige Gegenstände das Bereicherungsrecht in den Modus des Wertersatzes drängen: Die klassische bereicherungsrechtliche Präferenz für Naturalrestitution kann nicht erfüllt werden, und das Schuldrecht passt sich entsprechend an.

<sup>397</sup>Zur Nichtanwendbarkeit des Abstraktionsprinzips auf die Datenbereitstellung und zu den Folgen für das nachvertragliche Regime siehe Riehm, *Rechte an Daten* (Pertot, Hrsg.), 186–187; Ohly, *MüKoBGB/Metzger*, § 327q Rn. 3. Die Analyse bestätigt, dass

lierung desselben Punktes verbindet den bereicherungsrechtlichen Behelf mit dem weiteren Rahmen des Bereitstellungsvertrages: Die Resthaftung des Unternehmers nach Vertragsende lässt sich am besten als Folgenbeseitigung oder als ungerechtfertigte Bereicherung charakterisieren<sup>398</sup>. Dass dieser bereicherungsrechtliche Sanierungsweg in zwei Rechtsordnungen mit gemeinsamen dogmatischen Grundlagen erfolgreich parallel umgesetzt worden ist, bestätigt, dass die bereicherungsrechtliche Folgenbeseitigung eine tragfähige Ergänzung zum Vertragsmäßigenregime der DCD über die zivilrechtliche Tradition hinweg darstellt<sup>399</sup>. Die griechische Analyse des Abstraktionsprinzips im DaG-Kontext bildet eine der nachhaltigsten Behandlungen dieser Frage: Sie zeigt, dass die Beziehung zwischen Bereitstellungsvertrag und Datenschutzeinwilligung als ein vom Trennungsprinzip („αφρημένον“) beherrschtes Verhältnis verstanden werden sollte, unter dem die Wirksamkeit der Einwilligung unabhängig von der Wirksamkeit des Vertrags operiert und umgekehrt – obwohl die praktische Funktionsweise des Prinzips sich vom klassischen Abstraktionsprinzip des deutschen Sachenrechts unterscheidet, da hier keine sachenrechtliche Übertragung in Rede steht; die Abstraktionsdimension reduziert sich im DaG-Kontext auf eine analytische Trennung zwischen den schuldrechtlichen und den datenschutzrechtlichen Registern desselben tatsächlichen Geschäfts. Die analytische Trennung zwischen den schuldrechtlichen und den datenschutzrechtlichen Registern desselben tatsächlichen Geschäfts erlaubt es, die nachvertraglichen Folgen des Einwilligungswiderrufs in einem differenzierten Rahmen zu behandeln: Die

---

die Verarbeitung bei Vertragsunwirksamkeit oder Einwilligungswiderruf rechtswidrig wird, ohne dass es einer gesonderten Rückabwicklung einer dinglichen Übertragung bedürfte.

<sup>398</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 295–310. Die bereicherungsrechtliche Analyse im Kontext der Vertragsrückabwicklung wird insbesondere mit Blick auf die Wertersatzvorschriften des § 818 Abs. 2 BGB entwickelt. Scheibenpflug argumentiert, dass die Unmöglichkeit, Daten in natura zurückzugeben (weil der Unternehmer aus ihnen bereits wirtschaftlichen Wert gezogen hat), den Wertersatzmechanismus auslöst und den Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher den objektiven Wert des erlangten Vorteils aus der Datenverarbeitung zu ersetzen.

<sup>399</sup>Zur typologischen Behandlung des DaG-Vertrags vgl. Scheibenpflug, *Personenbezogene Daten als Gegenleistung*, Mohr Siebeck 2023, Kap. 3; konvergent Wenzel, *Personenbezogene Daten als Gegenleistung im Internet*, Duncker & Humblot 2023, Kap. 2 § B IV.5.

Pflicht des Unternehmers zur Löschung der Daten nach Art. 17 DSGVO operiert auf der datenschutzrechtlichen Ebene und bleibt unabhängig von etwaigen Vertragsstörungen wirksam; die Pflicht zur Folgenbeseitigung nach Art. 16 DCD operiert auf der schuldrechtlichen Ebene und löst Rückgewährungspflichten aus, die durch die Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB<sup>400</sup> bzw. Art. 904 ff. AK ergänzt werden. Diese dreigliedrige Architektur – DCD-Folgenbeseitigung, DSGVO-Löschung und Bereicherungshaftung – bietet einen kohärenten dogmatischen Rahmen für die nachvertragliche Phase<sup>401</sup>, der die strukturellen Schwächen einer rein einwilligungszentrierten Behandlung vermeidet. Die Konvergenz der deutschen und griechischen zivilrechtlichen Tradition in diesem Punkt ist dogmatisch bemerkenswert: Beide Systeme entwickeln unabhängig voneinander die Kombination aus vertraglicher Folgenbeseitigung und Bereicherungsausgleich als adäquate Antwort auf die Eigenart datengetriebener Austauschbeziehungen; diese Konvergenz ist ein gewichtiges Argument dafür, dass die Lösung nicht eine Eigentümlichkeit des deutschen oder griechischen Rechts ist, sondern ein allgemeines Prinzip der zivilistischen Tradition, das eine künftige europäische Harmonisierung der nachvertraglichen Datenrechte prägen kann<sup>402</sup>.

---

<sup>400</sup>Zur ungerechtfertigten Bereicherung als nachvertragliches Korrektiv im DaG-Kontext siehe Buchner J, in: Kühling/Buchner, *DS-GVO BDSG*, 4. Aufl. 2024, Art. 17 Rn. 33 ff.; zur griechischen Parallele Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό*, § 12.

<sup>401</sup>Die dreigliedrige Architektur ist programmatische Konstruktion der zivilrechtlichen Lehre auf beiden Seiten der Grenze; vgl. Marinos M-Th, *Σύμβαση*, 2023, Kap. 15.B sowie Scheibenpflug 2023, Kap. 5; konvergent zur europäischen Tradition Zimmermann R, *The Law of Obligations*, OUP 1996, S. 866 ff.

<sup>402</sup>Vgl. zur dreigliedrigen Architektur des nachvertraglichen Regimes Marinos M-Th, *Σύμβαση*, 2023, Kap. 15 (zur Kombination von DCD-Folgenbeseitigung, DSGVO-Löschung und *αδικαιολόγητος πλουτισμός*); konvergent in der deutschen Lehre Scheibenpflug 2023, Kap. 5 § B (zur Bereicherungshaftung als Ergänzung des DCD-Regimes); zur europäischen Konvergenz Zimmermann R, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, OUP 1996, S. 866 ff.

## § 6 Kommodifizierung und die Debatte um das Dateneigentum

### § 6.1 Wirtschaftsgutcharakter und der grundrechtliche Einwand

Die Frage der Kommerzialisierung – ob personenbezogene Daten überhaupt als Handelsware behandelt werden dürfen – durchzieht die gesamte DaG-Debatte und beeinflusst jede dogmatische Entscheidung der Richtlinie<sup>403</sup>. Für die Anerkennung personenbezogener Daten als Leistungsgegenstand spricht vor allem ein wirtschaftliches Argument. Metzger<sup>404</sup> weist darauf hin, dass die Anerkennung des DaG unter der Richtlinie ein Ausgangspunkt für die Schaffung eines funktionierenden Marktes für personenbezogene Daten ist – eines Marktes, auf dem die Verbraucher sich des Werts dessen bewusst sind, was sie beitragen, und entsprechende Rechte erhalten. Hacker<sup>405</sup> stützt diese Sicht und zeigt, dass selbst in Fällen, in denen die Datenüberlassung gegen die DSGVO verstößt, das angemessene Korrekturmittel nicht die Vertragsnichtigkeit ist, sondern die AGB-Kontrolle, die unfaire Datenpreisklauseln ex post regulieren kann, ohne das Geschäft als Ganzes zu neutralisieren<sup>406</sup>. Scheibenflugs Behandlung des Datenwerts als ungerechtfertigte Bereicherung fügt eine zusätzliche Ebene ökonomischer Analyse hinzu: Wird ein DaG-Vertrag

---

<sup>403</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>404</sup>Zur zugrunde liegenden ökonomischen Beobachtung und ihren rechtlichen Implikationen siehe ferner Metzger (Fn. oben), 26–30; Hacker (Fn. oben), 50–55.

<sup>405</sup>Für eine ausführliche Analyse der strukturellen Schwierigkeit, bilaterale kommerzielle Erwartungen über ein öffentlich-rechtliches Regime wie die DSGVO durchzusetzen, siehe Specht-Riemenschneider, Konsumentenschutz im digitalen Markt (Mohr Siebeck 2020), § 3 Rn. 18–25; Hacker, „Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. oben), 47, 60–64.

<sup>406</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.33–14.41 (Kontrolle von Vertragsbedingungen über digitale Inhalte nach der Richtlinie 93/13/EWG und dem Gesetz 2251/1994; das Regime missbräuchlicher Klauseln als ergänzender Schutzmechanismus).

aufgelöst, behält der Unternehmer den bereits aus den Verbraucherdaten gewonnenen wirtschaftlichen Nutzen (Werbeeinnahmen<sup>407</sup>, algorithmischer Trainingswert, Profilierungserkenntnisse); Scheibenpflug<sup>408</sup> sieht darin eine Bereicherung auf Kosten des Verbrauchers, die nach den allgemeinen Bereicherungsregeln der §§ 812 ff. BGB<sup>409</sup> herauszugeben ist und dem Verbraucher eine finanzielle Entschädigung für die Datenverwertung gewährt, die im Vertragsmäßigkeitsregime der DCD nicht unmittelbar vorgesehen ist<sup>410</sup>. Die Bereicherungsanalyse hat ihre natürliche Ergänzung im griechischen Recht, wo die Vorschriften zur ungerechtfertigten Bereicherung der Art. 904 ff. AK den Unternehmer ebenfalls zur Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils aus den Verbraucherdaten verpflichten würden<sup>411</sup>; dass BGB und das griechische System in diesem Punkt konvergieren, ist dogmatisch bedeutsam und kann eine künftige formelle Harmonisierung der nachvertraglichen Datenrechte auf europäischer Ebene maßgeblich prägen<sup>412</sup>. Van Erp führt eine eigentumsrechtliche Dimension in das ökonomische Argument ein: Die funktionalen Ähnlichkeiten zwischen der Kontrolle über personenbezogene Daten und

<sup>407</sup>Vgl. dazu auch oben § 4.2.

<sup>408</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 90–130, mit einer Analyse der rechtlichen Grundlagen datengetriebener Austauschverhältnisse, einschließlich der Anwendungsbereichsbestimmungen der DCD, des Zusammenspiels der DSGVO mit dem Vertragsrecht und der Implikationen des ePrivacy-Rahmens.

<sup>409</sup>Vgl. zur Risikoallokation bei der Einwilligungswirksamkeit eingehend Hacker P, „Datenprivatrecht“, *ZEuP* 2019, 148, 167 ff.; ergänzend Wendehorst C, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 327 Rn. 12.

<sup>410</sup>Die Konvergenz zwischen §§ 812 ff. BGB und Art. 904 ff. AK im DaG-Kontext veranschaulicht die weitergehende strukturelle Nähe der beiden Bereicherungsregime. Beide Systeme verlangen die Feststellung einer Bereicherung (den wirtschaftlichen Vorteil der Datenverarbeitung), einer Entreicherung bzw. Vermögenseinbuße (den Kontrollverlust des Verbrauchers über personenbezogene Daten), eines Kausalzusammenhangs und des Fehlens eines Rechtsgrundes. Siehe Λαδάς (Ladas), *Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου* II (2009), § 32; Scheibenpflug (Fn. 236), 290–330.

<sup>411</sup>Zum Bereicherungsrecht nach griechischem Recht im DaG-Kontext siehe Γεωργιάδης (Georgiadis), *Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος*, § 42; Σταθόπουλος (Stathopoulos), *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, Rn. 105 ff. Art. 904 AK bestimmt, dass derjenige, der ohne rechtlichen Grund auf Kosten eines anderen bereichert ist, zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet ist. Art. 909 AK regelt die Pflicht zum Wertersatz, wenn Naturalrestitution unmöglich ist. Zur parallelen BGB-Analyse siehe Scheibenpflug (Fn. 236), 295–310.

<sup>412</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

dem Eigentum an einem handelbaren Vermögenswert legen nahe, dass die Betroffenen ein quasi-proprietäres Interesse an ihren Daten haben, das dem vertraglichen Austausch zugänglich gemacht werden kann<sup>413</sup>. Besondere Aufmerksamkeit verdient die empirische Verankerung des ökonomischen Arguments<sup>414</sup>: Anhand der Literatur zu *Targeted Advertising* und zum *Real-Time-Bidding*, zur empirisch beobachteten Preisbildung im Ad-Tech-Ökosystem und zum empirisch beobachtbaren Marktpreis personenbezogener Daten zeigt sie, dass der Wirtschaftsgutcharakter personenbezogener Daten der Ausgangspunkt jeder dogmatischen Behandlung sein muss<sup>415</sup>. Scheibenflugs Behandlung des *Datenwertes als ungerechtfertigte Bereicherung* erweitert die wirtschaftliche Analyse um eine weitere Dimension: Bei der Rückabwicklung eines DaG-Vertrags – sei es durch Beendigung, Unwirksamkeit oder Einwilligungswiderruf – behält der Unternehmer den bereits aus den Verbraucherdaten gezogenen wirtschaftlichen Vorteil (Werbeerlöse, algorithmischer Trainingswert, Profilbildungs-Erkenntnisse), und Scheibenflug argumentiert, dass dieser einbehaltene Vorteil eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Verbrauchers darstellt, die nach den allgemeinen Bereicherungsregeln der §§ 812 ff. BGB<sup>416</sup> herauszugeben ist; dies gewährt dem Verbraucher einen Vermögensanspruch für die Datenverwertung, den der Vertragsmäßigkeitsrahmen der DCD nicht unmittelbar vorsieht<sup>417</sup>.

<sup>413</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

<sup>414</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 1 § C III.2, 31–33 (zur Preisbildung beim Real-Time-Bidding), und Kapitel 1 § C VII, 38–41 (zur empirischen Bewertung personenbezogener Daten); zu den M&A-Präzedenzfällen und zur praktischen Irrelevanz der Wirksamkeit der Einwilligung für die Datenpreisbildung siehe Baranowski/Glaßl, „M&A im Internet“, (2017) BB 199.

<sup>415</sup>Zum Kopplungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO und seiner restriktiven Auslegung durch den EDPB vgl. EDPB, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679* (4 May 2020), Rn. 26 ff.; kritisch dazu Buchner J, in: Kühling/Buchner, *DS-GVO BDSG*, 4. Aufl. 2024, Art. 7 Rn. 47 ff.

<sup>416</sup>Zur empirischen Untersuchung der Datenwertbildung in Echtzeit-Auktionen siehe Acquisti A/Taylor C/Wagman L, „The Economics of Privacy“, (2016) 54 *Journal of Economic Literature* 442 ff.; Acquisti A/John LK/Loewenstein G, „What Is Privacy Worth?“, (2013) 42 *Journal of Legal Studies* 249 ff.

<sup>417</sup>Zur institutionellen Dimension der Daten-Governance siehe Kerber W, *Governance of Data: Exclusive Property vs. Access*, (2016) 47 *IIC* 759 ff.

### § 6.1.A Die Rahmung als entgeltlicher Vertrag ohne Äquivalenz und die zivilrechtliche Aufnahme funktionalen Synallagmas

Das gewichtigste Argument gegen den DaG-Rahmen ist jedoch grundrechtsbasiert<sup>418</sup>. Aus dieser Sicht sind personenbezogene Daten keine bloße Ware, sondern Persönlichkeitserweiterungen, die die Identität widerspiegeln und mit dem Recht auf Privatsphäre und Datenschutz aus den Art. 7 und 8 der EU-Grundrechtecharta verknüpft sind. Janeček und Malgieri<sup>419</sup> argumentieren, personenbezogene Daten seien als *res extra commercium* zu behandeln – sie dürften nicht in derselben Weise wie fungible Güter durch Vertrag entäußert werden, weil dies die dauerhafte Veräußerung von Persönlichkeitsrechten ermöglichen würde<sup>420</sup>. Die wissenschaftliche Debatte hat eine Reihe von Versöhnungsvorschlägen hervorgebracht<sup>421</sup>. Wendehorst schlägt ein Modell der „begrenzten Veräußerlichkeit“ vor, demzufolge personenbezogene Daten unter sorgfältig definierten Umständen Gegenleistung darstellen können, vorbehaltlich strenger Transparenzanforderungen und gestärkter Verbraucherrechte bei Beendigung; Janeček und Malgieri entwickeln ein Konzept der „dynamischen Eigentumsrechte“, in dem die personenrechtliche Dimension durch fortlaufende Aufsicht und revidierbare Entscheidungen geschützt wird; Helberger, Borgesius und Reyna fordern einen vertragsrechtlichen Rahmen, der die fundamentale Asymmetrie zwischen Plattform und Nutzer kompensiert<sup>422</sup>. Die griechische Lehre liefert dazu einen eigen-

---

<sup>418</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>419</sup>Zur Bewertungsproblematik und ihren Folgen für die Äquivalenzanalyse siehe Malgieri/Custers (Fn. 10), 292–298; für eine deutsche dogmatische Behandlung Linardatos, § 5,3 Rn. 13–15 (Analyse des Datenwertproblems im synallagmatischen Rahmen des BGB).

<sup>420</sup>Zur informationellen Selbstbestimmung als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts vgl. BVerfGE 65, 1, 41 ff. (Volkszählungsurteil).

<sup>421</sup>Zech H hat in *Information als Schutzgegenstand*, Mohr Siebeck 2012, S. 134 ff., die rechtsdogmatische Behandlung von Information als immaterielles Wirtschaftsgut systematisch entwickelt; seine Analyse bildet einen wichtigen Vorläufer der Dateneigentumsdebatte.

<sup>422</sup>Langhanke C hat in *Daten als Leistung*, Mohr Siebeck 2018, eine umfassende Analyse der Datenüberlassung als vertragliche Leistung vorgelegt; ihre Konzeption beeinflusst die jüngere Literatur zur DCD nachhaltig.

ständigen Beitrag: Sie weist darauf hin, dass die Persönlichkeitsdimension nicht im Sinne einer Negation der vertraglichen Dimension verstanden werden darf, sondern als deren strukturelle Begleiterscheinung – das Persönlichkeitsrecht erzeugt Fragilität (insbesondere die freie Widerruflichkeit), zerstört aber nicht die Bindungskraft des Vertrags<sup>423</sup>. Dies ist der grundsätzlichs-te Einwand gegen den Ansatz der Richtlinie<sup>424</sup>; der Gesetzgeber hat sich indessen anders entschieden<sup>425</sup>. Die Kritik wurde institutionell durch die Stellungnahme des EDPS von 2017 geltend gemacht, in der dieser warnte, dass der Ansatz der DCD das Grundrecht auf Datenschutz in eine Marktware verwandeln könnte<sup>426</sup>. Es geht nicht nur um einen technischen, sondern um einen konzeptionellen Einwand, der aus der Anwendung der Marktlogik auf einen Bereich entsteht, der zugleich Grundrechtsbereich ist<sup>427</sup>. Die Behandlung des *res-extra-commercium*-Einwands in der griechischen Lehre erkennt seine dogmatische Kraft an, lehnt ihn aber letztlich auf Grundlage ihrer eigenen Lehrgrundsätze ab<sup>428</sup>. Nach dieser Auffassung sind personenbezogene Daten mit der Persönlichkeit des Inhabers verknüpft, aber nicht mit ihr identisch<sup>429</sup>; das Recht auf Selbstbestimmung, das ein verfassungsrechtliches Prinzip ist, setzt die Befugnis des Inhabers voraus, zu entscheiden, ob und zu welchen Bedingungen Daten freigegeben werden<sup>430</sup>. Die dogmatische Behandlung von DaG-Geschäften muss daher eine Lösung für die Persönlichkeitsdimension (strukturelle Fragilität, einschließlich des Widerrufsrechts) und für die vertragliche Dimension (Begründung durchsetzbarer Verpflichtun-

<sup>423</sup>Zum Begriff der *παροχή* nach Art. 287 AK als zentralem dogmatischen Ankerpunkt der griechischen Behandlung siehe Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 5. Aufl., Sakkoulas 2018, § 1 Rn. 22 ff.; die jüngere Behandlung Stathopoulos M / Christodoulou K, *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*, Sakkoulas 2025.

<sup>424</sup>Zum Recht auf Persönlichkeit nach Art. 7 und 8 GRC siehe Brkan, *German Law Journal* 2019, 864, 875 ff.

<sup>425</sup>Vgl. zum Vermögenscharakter des Persönlichkeitsrechts Beuthien/Schmölz, *Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte*, C. H. Beck 1999, S. 23 ff.

<sup>426</sup>Vgl. ferner Sattler, *JZ* 2017, 1036.

<sup>427</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, *GRUR* 2020, 233, 240 f.

<sup>428</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

<sup>429</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>430</sup>Vgl. dazu Schulze, *EuCML* 2024, 105, 109 f.

gen) finden<sup>431</sup>; die res-extra-commercium-Lösung würde diese Spannung dadurch auflösen, dass sie die vertragliche Dimension vollständig opfert – allerdings um den Preis, dem Verbraucher das Schutzregime zu verweigern, dessen Quelle die Richtlinie selbst ist<sup>432</sup>. Weber hatte das Prinzip der Zweckbindung in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO als das Instrument identifiziert, das DaG-Geschäftsmodelle durch die Zwecke beschränkt, zu denen als vertragliche Gegenleistung erhobene Daten verwendet werden dürfen. Wendehorst<sup>433</sup> baut auf dieser Beobachtung auf und schlägt vor, dass die DSGVO architektonisch zum Schutz von Rechten und nicht zur Marktsteuerung konzipiert ist und für letzteres strukturell ungeeignet ist<sup>434</sup>. Die akademische Diskussion hat verschiedene Vermittlungsansätze hervorgebracht. Wendehorst<sup>435</sup> schlägt ein Modell der „begrenzten Veräußerbarkeit“<sup>436</sup> vor, das dynamisch eingeschränkt ist und in dem der Verbraucher dauerhafte Rechte an den identitätsbildenden Bestandteilen seiner Daten behält, selbst nachdem er sie als vertragliche Gegenleistung gegeben hat<sup>437</sup>. Beide Ansätze finden in gewissem Maße Stütze im Wortlaut der Richtlinie selbst, namentlich im nachvertraglichen Regime des Art. 16<sup>438</sup>; sie sind Versuche, dem Pragmatismus des Gesetzgebers bei der Regulierung von DaG-Geschäften Rechnung zu tragen, ohne das Risiko einer Erosion der Grundrechte einzugehen<sup>439</sup>. Die Architektur

<sup>431</sup>Zum Widerruf als auslösendes Ereignis für vertragliche Folgen vgl. Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327q Rn. 14 ff.

<sup>432</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>433</sup>Zur institutionellen Asymmetrie zwischen Datenschutzrecht als öffentlich-rechtlichem Grundrechtsregime und Vertragsrecht als privatrechtlichem Allokationsregime siehe Linardatos, § 5.3 Rn. 4–6; ferner Spindler, FS Canaris (Beck 2018), 709, 712–714; Wendehorst, „Personal Data in Data Value Chains“, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Data as Counter-Performance (Hart/Nomos 2020), 127, 130–133.

<sup>434</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 15, Rn. 15.10–15.13 (Abstraktionsprinzip im DaG-Kontext; analytische Trennung zwischen Bereitstellungsvertrag und datenschutzrechtlicher Einwilligung).

<sup>435</sup>Siehe Linardatos, in: Datenrecht in der Digitalisierung, § 5.3 Rn. 78–81; Wandtke, MMR 2017, 6, 7; Graf von Westphalen/Wendehorst, BB 2016, 2179, 2180 f.

<sup>436</sup>Zur weiteren Diskussion siehe Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), EU Digital Law, Nomos 2020.

<sup>437</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>438</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>439</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

der Richtlinie selbst enthält Elemente beider Versöhnungstypen: Die DSGVO-Vorrangsklausel, die Bestimmungen zu Einwilligungswiderruf und Beendigung sowie das nachvertragliche Lösungsregime bilden zusammen ein Set von Beschränkungen der Kommodifizierung personenbezogener Daten, das unvollkommen ist, aber das Eingeständnis des Gesetzgebers spiegelt, dass DaG-Geschäfte nicht als rein kommerzielle Vorgänge behandelt werden können.

## § 6.2 Entgeltliche Verträge, Synallagma und § 516a BGB

Werden Daten als Gegenleistung bereitgestellt, entsteht ein entgeltlicher Vertrag<sup>440</sup>. Eine entgeltliche Leistung liegt vor, wenn der Schenkende anstelle einer Schenkung eine andere Leistung erhält, sodass nichts geopfert wird<sup>441</sup>; ob und wie die Leistungen rechtlich miteinander verknüpft sein sollen, ist umstritten<sup>442</sup>. Leistung und Gegenleistung sind entweder synallagmatisch verknüpft (folgt man der hier in § 4 verteidigten Linie, dass die Daten selbst die Gegenleistung bilden) oder zumindest bedingt verknüpft<sup>443</sup>. In beiden Fällen genügt die Verknüpfung für die Qualifikation als entgeltlich<sup>444</sup>. Eine Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ist nicht erforderlich: Ein objektiver Wertunterschied, wie er bei den hier behandelten Verträgen häufig besteht, ist unschädlich<sup>445</sup>. Jede Gegenleistung – sei sie vermögensrechtlich oder ideell – kann zu Entgeltlichkeit

<sup>440</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>441</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>442</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>443</sup>Zum Begriff der Duldung der Verarbeitung als substanziellem Inhalt der Verbraucherleistung siehe Καρακώστας, Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (Sakkoulas 2016), Kap. 6 § 4; Γκότσης Α, „Η ανοχή της επεξεργασίας ως αντιπαροχή“, (2021) 64 ΕλλΔνη 891.

<sup>444</sup>Die Unschärfe der Bereichsausnahme hat in der Praxis zu einer regulatorischen Abhängigkeit von der Selbstklassifizierung der Plattformen geführt: Der Unternehmer qualifiziert bestimmte Verarbeitungsvorgänge als „erforderlich“ und andere als „optional“, und entsprechend greift das Schutzregime der Richtlinie ein. Die strukturelle Sperrigkeit dieser Zuordnung bildet die Last des nachfolgenden § 4.

<sup>445</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

führen<sup>446</sup>; entscheidend ist, wie die Parteien das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung bestimmen – eine bloß funktionale Äquivalenz genügt<sup>447</sup>.

### § 6.2.A § 516a BGB als stillschweigende Bestätigung des Schenkungsrahmens durch den deutschen Gesetzgeber

Da bei einer Vereinbarung der Daten als Gegenleistung ein entgeltlicher Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer vorliegt, gelten die Verbraucherschutzbestimmungen des BGB: Die Informationspflichten der Verbraucherverträge sind einzuhalten, und der gesetzliche Schenkungsschutz des BGB findet keine Anwendung<sup>448</sup>. Der neue § 516a BGB – die zur Umsetzung der Richtlinie in das BGB eingefügte Vorschrift, die die „Schenkungen trotz Daten(gegen)leistung“<sup>449</sup> regelt – fügt diesem Bild ein unentbehrliches Element hinzu<sup>450</sup>. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 516a BGB stillschweigend den Gegenleistungscharakter der Datenbereitstellung anerkannt: Eine Schenkung im technischen Sinne (§ 516 BGB) kann in einer vertraglichen Reziprozität nicht bestehen<sup>451</sup>. Die griechische Umsetzung enthält kein wortgleiches funktionales Pendant; dasselbe Ergebnis wird im griechischen Recht jedoch durch die einfachere Beobachtung erzielt, dass der weite Leistungsbegriff nach Art. 287 AK Datengegenleis-

<sup>446</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>447</sup>Zur funktionalen Synallagma-Konzeption vgl. Wagner G, „Zivilrecht in der Digitalisierung“, (2020) 220 *AcP* 5, 22 ff.; Hennemann M, „Personalisierte Medienangebote“, (2017) 81 *RabelsZ* 1, 18 ff.; Schmidt-Kessel M, „Daten als Vermögensgut: Synallagma und Äquivalenzprinzip“, in Pertot (Hrsg.), *Rechte an Daten*, Mohr Siebeck 2020, S. 117; aus griechischer Sicht Pamboukis CN, *Συμβάσεις της Πληροφορικής*, Kap. 5 § 3, zur funktionalen Bestimmung des Synallagmas in Plattformverträgen; ferner Papazisi T, *Δίκαιο Καταναλωτή* [Verbraucherrecht], 3. Aufl., Sakkoulas 2021, §§ 17-19.

<sup>448</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

<sup>449</sup>Vgl. ferner Wenzel 2023, S. 145 ff.

<sup>450</sup>Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14, Rn. 14.13 (kein Bedarf für ein griechisches funktionales Äquivalent zu § 516a BGB; der weite *παροχή*-Begriff des Art. 287 AK schließt die Einordnung als Schenkung bereits aus).

<sup>451</sup>Die griechische Behandlung nach Art. 287 und 361 AK benötigt kein Pendant zu § 516a BGB, weil der weite Begriff der *παροχή* nicht-monetäre Gegenleistungen unmittelbar aufnimmt; der Bedarf der deutschen Umsetzung an einer Sondervorschrift ist daher Beleg einer strukturellen, nicht einer materiellen Divergenz zwischen den beiden Systemen.

tungen bereits erfasst, woraus folgt, dass die Schenkungsvorschriften (Art. 496 ff. AK) nicht anwendbar sind und die Verbraucherschutzbestimmungen des Gesetzes 2251/1994, die in § 7 untersucht werden, ohne besondere Ausnahme greifen<sup>452</sup>. Das Resultat ist eines der schönsten Beispiele in der modernen Rechtsgeschichte für die Unwilligkeit eines Gesetzgebers, eine dogmatische Tatsache anzuerkennen – die schließlich an den strukturellen Bedingungen des Kodexes scheitert, in den die fraglichen Vorschriften zwangsweise eingefügt wurden. Die strukturelle Bedeutung des § 516a BGB liegt darin, dass der deutsche Gesetzgeber durch die Schaffung dieser Vorschrift eine bewusste Trennung zwischen DaG-Verträgen und Schenkungsverträgen vornimmt<sup>453</sup>: Die Anwendung der Schenkungsregeln auf DaG-Geschäfte wird ausdrücklich ausgeschlossen, was wiederum die Anerkennung des entgeltlichen Charakters dieser Geschäfte stillschweigend bestätigt. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist dogmatisch bemerkenswert, weil sie die hergebrachte Unterscheidung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen aufrechterhält<sup>454</sup>, ohne den Kategorienraum des BGB durch die Schaffung neuer Vertragstypen zu erweitern. Aus griechischer Perspektive führt die analoge Behandlung der DaG-Verträge zu einem konvergenten Ergebnis: Die Vorschriften der Art. 496 ff. AK über die Schenkung finden auf DaG-Verträge keine Anwendung<sup>455</sup>, und die Vertragstypologie wird durch die Anerkennung eines neuen sui-generis-Typs erweitert, der die strukturellen Eigenarten der digitalen Plattformökonomie reflektiert. Die Konvergenz der beiden Rechtsordnungen in der Ablehnung der Schenkungslösung ist ein weiteres Indiz dafür, dass die zivilrechtliche Behandlung der DaG-Geschäfte

<sup>452</sup>Zur griechischen Lehre zum Interessenkriterium nach Art. 361 AK siehe Σταθόπουλος (Stathopoulos), *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 5. Aufl. (Sakkoulas 2018), §§ 7–9.

<sup>453</sup>Zur gesetzgeberischen Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, § 516a BGB als ausdrückliche Abgrenzung zur Schenkung zu konstruieren, siehe Spindler G, in: Schulze (Hrsg.), *BGB Kommentar*, 11. Aufl. 2023, § 516a Rn. 2 ff.; zur Genese der Vorschrift BT-Drucks. 19/27653.

<sup>454</sup>Zur dogmatischen Tragweite der Aufrechterhaltung der Entgeltlichkeit/Unentgeltlichkeit-Dichotomie siehe Wenzel A, *Personenbezogene Daten als Gegenleistung im Internet*, Duncker & Humblot 2023, Kap. 2 § B II; konvergent Scheibenpflug 2023, Kap. 3 § B.

<sup>455</sup>Zur Nichtanwendbarkeit der Schenkungsregeln auf DaG-Geschäfte im griechischen Recht siehe Karakostas I, *Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή*, 3. Aufl., 2024, Kap. 5 § 3; allgemein zur Schenkungsdogmatik Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, § 11.

auf einem gemeinsamen dogmatischen Fundament aufbaut, das die wirtschaftliche Substanz des Austauschs in den Vordergrund stellt<sup>456</sup>.

### § 6.3 Die Debatte um das Dateneigentum: Schuldrechtlicher Weg vs. Dateneigentumsrecht

Die der Kommodifizierungsfrage benachbarte, aber eigenständige Frage des Dateneigentums<sup>457</sup> verschärft das Bild zusätzlich: Soll ein ausschließliches Eigentumsrecht an Daten in Analogie zu den Rechten an geistigem oder gewerblichem Eigentum anerkannt werden<sup>458</sup>? Die Diskussion, die in der deutschen Rechtsgeschichte besonders intensiv geführt wird und in der griechischen juristischen Literatur immer prominenter wird, hat unmittelbare Auswirkungen auf die Tragfähigkeit und die innere Geschlossenheit des DaG-Rahmens<sup>459</sup>. Die in der deutschen Lehre herrschende Auffassung lehnt die Schaffung eines solchen Rechts dogmatisch wie praktisch ab<sup>460</sup>. In dogmatischer Hinsicht sind Daten als Information keine Gegenstände dinglicher Rechte, da ihnen die für Eigentumsrechte konstitutive Drittausschlusswirkung fehlt<sup>461</sup>; tatsächlich wäre die übermäßige Rechtsfragmentierung, die mit der Institutionalisierung eines Dateneigentums einherginge, dogmatisch beklagenswert<sup>462</sup>.

---

<sup>456</sup>Zur Bedeutung des § 516a BGB als „stillschweigende Anerkennung“ des entgeltlichen Charakters der DaG-Geschäfte siehe Spindler G, in: Schulze (Hrsg.), *BGB Kommentar*, 11. Aufl. 2023, § 516a Rn. 2 ff.; zur griechischen Parallele Stathopoulos M, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, 5. Aufl., Sakkoulas 2018, § 11 Rn. 14 (zur Behandlung der Schenkung).

<sup>457</sup>Zum Verhältnis von DCD und DSGVO siehe Schulze R/Staudenmayer D (Hrsg.), *EU Digital Law*, 2020, Art. 3 Rn. 27 ff. (zur Vorrangsklausel und ihrer praktischen Funktion).

<sup>458</sup>Zimmer (Fn. 118); Schulz, in: *Dateneigentum und Datenhandel* (Stiftung Datenschutz, Hrsg.), 287 ff. Zur Nicht-Rivalität von Daten als Hindernis für das Paradigma abschließlicher Rechte siehe Drexl (Fn. 102), 63.

<sup>459</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4,3 sowie unten § 7.2.

<sup>460</sup>Vgl. dazu Schulze, *EuCML* 2024, 105, 109 f.

<sup>461</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, *Sümbasi* 2023, Kap. 4.

<sup>462</sup>Zur Vorzugswürdigkeit des schuldrechtlichen gegenüber dem eigentumsrechtlichen Weg siehe Linardatos, § 5,3 Rn. 13–15; ferner Hoeren, „Dateneigentum: Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht“, (2013) *MMR* 486, 488–491.

Der nicht-rivalisierende Charakter der Daten – also die Tatsache, dass die gleichzeitige Nutzung durch mehrere Nutzer ihren Wert nicht mindert – macht das Paradigma des Ausschließlichkeitsrechts unanwendbar<sup>463</sup>; ein eigentumsrechtlicher Ansatz birgt das Risiko, Rigiditäten einzuführen, die den Datenfluss in gesellschaftlich wünschenswerten Bereichen wie medizinischer Forschung, öffentlicher Politik und Innovation verlangsamten würden<sup>464</sup>. Eine der systematischsten Behandlungen der Dateneigentumsfrage ist die griechische Auseinandersetzung mit ihr, die sich mit den Hauptvorschlägen (Berger; Walker; Specht<sup>465</sup>-Riemenschneider; Lahusen; Hornung/Goebel; Drexel) auseinandersetzt, die Genese der Dateneigentumsfrage in der deutschen zivilrechtlichen Tradition nachzeichnet und zu dem Schluss kommt, dass das Persönlichkeitsrecht (Art. 57 AK), der schuldrechtliche Rahmen und das AGB-Kontrolle nach Gesetz 2251/1994 zusammen einen flexibleren und strukturell angemesseneren Schutz bieten als ein neues Ausschließlichkeitsrecht<sup>466</sup>. Die griechische Analyse betont insbesondere drei Aspekte, die auch die deutsche monographische Literatur ausgearbeitet hat: erstens, dass Daten nicht-rivalisierend und daher der ausschließenden Logik von Eigentumsrechten schlecht angepasst sind<sup>467</sup>; zweitens, dass die institutionellen Kosten der Anerkennung eines neuen Sui-generis-Eigentumsrechts seinen Schutznutzen überwiegen, da Letzterer in wesentlichen Teilen durch den bestehenden Rahmen aus Schuld- und Persönlichkeitsrechten gedeckt wird<sup>468</sup>; und drittens, dass die faktische Kontrolle über personenbezogene Daten letztlich beim Datenverarbeiter liegt, weshalb jede Konstruktion eines Dateneigentums den perversen Effekt hätte, dessen Stellung weiter zu ver-

---

<sup>463</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>464</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>465</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.9–14.12 (gegen Dateneigentum: Daten als nicht-rivalisierende Information; Ablehnung der sachenrechtlichen Einordnung; Nachweise bei Berger, Buchner, Hornung/Goebel, Specht und in der deutschen monographischen Literatur).

<sup>466</sup>Zum Verhältnis der Richtlinie zu unlauteren Geschäftspraktiken behandelt Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 10.H (Οδηγία 2019/770 και αθέμιτες εμπορικές πρακτικές), S. 255–258, die Brücke zwischen der Schutzarchitektur der Richtlinie und dem weiteren Verbraucherschutzrechtlichen Acquis.

<sup>467</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>468</sup>Zur informationellen Selbstbestimmung als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts vgl. BVerfGE 65, 1, 41 ff. (Volkszählungsurteil).

stärken<sup>469</sup>. Eine systematische Diskussion der wichtigsten Vorschläge der deutschen Literatur: Fezers repräsentatives Dateneigentum, Determanns Anti-Eigentums-Argument und die verschiedenen Zwischenpositionen, die das Spektrum zwischen Eigentumsanerkennung und reinem schuldrechtlichen Schutz besetzen<sup>470</sup>. Die zentrale These dieser Gegenposition ist, dass der Vorschlag eines Dateneigentums dogmatisch ungeeignet und politisch kontraproduktiv sei: Die Nicht-Rivalität personenbezogener Daten, die institutionellen Kosten der Schaffung eines neuen Ausschließlichkeitsrechts und die faktische Kontrolle (Verfügungsgewalt) der Plattformen über die Daten machen das Eigentumsmodell zu einem ungeeigneten Werkzeug für die Lösung der dogmatischen Probleme, die DaG-Geschäfte aufwerfen<sup>471</sup>. Stattdessen verteidigt die schuldrechtliche Lösung die Verbraucher durch eine Kombination aus DCD-Vertragsmäßighkeitsrechten, DSGVO-Datenschutzrechten und der ergänzenden Bereicherungshaftung, die zusammen ein flexibleres und konstitutionell besser fundiertes Schutzsystem bilden als ein neues Eigentumsrecht es bieten könnte<sup>472</sup>. Ihr eigener Schluss lautet, dass zwar die praktischen Erwägungen zugunsten der Dateneigentums-Vorschläge wohlbegründet sind, die institutionellen Kosten der Einführung eines neuen Ausschließlichkeitsrechts aber dessen Schutznutzen überwiegen<sup>473</sup>; der schuldrechtliche Weg, ergänzt durch das Rechtereime der DSGVO und das Vertragsmäßighkeitsregime der

<sup>469</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.9–14.12 (Ablehnung eines Dateneigentums im griechischen Recht; Auseinandersetzung mit Berger, Walker, Specht-Riemenschneider, Lahusen, Hornung/Goebel und Drexel).

<sup>470</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 4 § F (Dateneigentum), 221–235, mit detaillierter Auseinandersetzung mit K.-H. Fezer, Repräsentatives Dateneigentum (Konrad-Adenauer-Stiftung 2018) und Dateneigentum der Bürger (anonym veröffentlicht), sowie mit den Gegenwürfen von L. Determann, „Gegen Eigentumsrechte an Daten“, (2018) ZD 503; zur Kritik am Eigentumsparadigma siehe auch Kühling/Sackmann, „Irrweg Dateneigentum“ (anonym veröffentlicht).

<sup>471</sup>Zur dogmatischen Behandlung des Widerrufsrechts nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO im DaG-Kontext siehe Sattler A, „Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand“, (2017) JZ 1036, 1040 ff.

<sup>472</sup>Zur konstitutionellen Verankerung des Persönlichkeitsrechts im deutschen Recht siehe BVerfGE 65, 1, 41 ff. (Volkszählungsurteil); zur fortwirkenden Bedeutung Trute H-H, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht*, C.H. Beck 2003, Kap. 2.5 Rn. 5 ff.

<sup>473</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

DCD, biete eine flexiblere und weniger verzerrende Antwort auf dieselben Schutzanliegen<sup>474</sup>.

### § 6.3.A Drei strukturelle Argumente gegen das Dateneigentum: Nicht-Rivalität, institutionelle Kosten, faktische Kontrolle

Die Ablehnung eines Dateneigentumsrechts stellt Daten freilich nicht in den schuldrechtlichen Bereich ohne jeglichen rechtlichen Schutz<sup>475</sup>. Der schuldrechtliche Ansatz – mit den Mitteln vertraglicher Pflichten, deliktischer Haftung und unlauteren Wettbewerbsrecht<sup>476</sup>s – stellt ein flexibles Schutzsystem bereit, das sich an die Eigenarten der Daten anpassen kann, ohne die Beschränkungen eines Ausschließlichkeitsrechts mit sich zu bringen<sup>477</sup>. Diese Erkenntnis hat unmittelbare Auswirkungen für den DaG-Rahmen: Der vertragsrechtliche Ansatz der DCD ist nicht nur eine pragmatische second-best-Lösung in Ermangelung eines Dateneigentums, sondern in der Tat die dogmatisch überlegene Lösung – eine, die sowohl dem persönlichkeitsrechtlichen als auch dem vermögensrechtlichen Charakter personenbezogener Daten als Bestandteil der Identität

---

<sup>474</sup>Zur Vertiefung der Kommodifizierungs- und Eigentumsdebatte vgl. Janecek V und Malgieri G, „Data Extra Commercium“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Data as Counter-Performance*, Hart/Nomos 2020, S. 95; Purtova N, „Priceless Data: Why the EU Fundamental Right to Data Protection Is at Odds with Trade“, (2022) 45 *CLSR*; ferner Specht-Riemenschneider L, „Eine Theorie des Datenrechts“, (2020) 220 *AcP* 1; Wagner G, „Zivilrecht in der Digitalisierung“, (2020) 220 *AcP* 5, und ders., „AGB-Kontrolle digitaler Verträge“, (2021) 224 *AcP* 1; zur kritischen Würdigung des Eigentumsmodells aus deutscher Sicht Kühling J und Sackmann F, „Irrweg ‚Dateneigentum‘“, (2019) *ZD* 297; aus verbraucherschutzrechtlicher Perspektive zu Dark Patterns Weinzierl Q, „Dark Patterns als Herausforderung für das Recht“, (2020) *NVwZ* 1; rechtssoziologisch Kilian W, „Strukturwandel der Privatheit“, in Garstka/Coy (Hrsg.), *Wovon – für wen – wozu*, Helmholtz-Zentrum Berlin 2014, S. 195.

<sup>475</sup>Marinos, Σύμψηση 2023, Kap. 14, Rn. 14.9–14.12 (drei strukturelle Argumente gegen ein Dateneigentum: Nicht-Rivalität der Daten; institutionelle Kosten eines neuen ausschließlichen Rechts; die faktische Datenkontrolle durch den Verantwortlichen würde die Position des Unternehmers eher festigen als schwächen).

<sup>476</sup>Vgl. zur strukturellen Verzahnung von Wettbewerbs- und Datenschutzrecht Graef I, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms*, Wolters Kluwer 2016, Kap. 6.

<sup>477</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

und Quelle wirtschaftlichen Wertes gerecht wird<sup>478</sup>. Die politischen Argumente hinter dem Dateneigentum – dass es die Verhandlungsposition der Nutzer gegenüber Technologieunternehmen stärken und die Schaffung von Datenmärkten ermöglichen würde – finden eine teilweise gesetzliche Antwort im Vertragsmäßigkeit- und Mängelrechtsrahmen der DCD, im Datenportabilitätsrecht der DSGVO und in den verpflichtenden Datenfreigabepflichten des Data Act<sup>479</sup>; die Frage, ob diese Instrumente in ihrer Gesamtheit ausreichenden Schutz bieten oder ob letztlich ein umfassender eigentumsrechtlicher Rahmen erforderlich ist, gehört zu den zentralen ungelösten Fragen des EU-Digitalprivatrechts<sup>480</sup>. Scheibenpflugs Beitrag zur Dateneigentumsdebatte ist insofern interessant, als er pragmatisch ausgerichtet ist<sup>481</sup>. Statt sich auf die abstrakte Frage zu konzentrieren, ob ein neues Ausschließlichkeitsrecht geschaffen werden sollte, zeigt er, dass der bestehende schuldrechtliche Rahmen des BGB, ergänzt durch die Vertragsmäßigkeit- und Mängelrechtsvorschriften der DCD sowie den Rechterahmen der DSGVO, in den meisten DaG-Konstellationen ausreichenden Schutz für die Betroffenen bietet und dass die verbleibenden Lücken besser durch gezielt zugeschnittene gesetzliche Maßnahmen (insbesondere zu ungerechtfertigter Bereicherung und zur nachvertraglichen Datennutzung) zu schließen sind als durch den Versuch, ein neues Ausschließlichkeitsrecht zu schaffen, das zusätzliche Komplexitäten mit sich brächte, ohne die grundlegende Spannung zwischen Marktfreiheit und Persönlichkeitsschutz aufzulösen<sup>482</sup>. Die konvergente Schlussfolgerung der griechischen Wissenschaft, die die Frage durch das Prisma des Persönlichkeitsrechts nach Art. 57 AK und das weiter gefasste Paradigma des Rechts auf Persönlichkeit („δικαιώμα στην προσωπικότητά“) betrachtet, ist ein verbindlicher schuldrechtlicher Ansatz auf Basis von Vertragsrecht,

---

<sup>478</sup>Zum Recht auf Persönlichkeit nach Art. 7 und 8 GRC siehe Brkan, German Law Journal 2019, 864, 875 ff.

<sup>479</sup>Die Frage hat mit dem Inkrafttreten des Data Act im September 2025, der zwingende Datenzugangsrechte einführt, die den vertraglichen Rahmen der DCD potenziell umgehen, neue Brisanz gewonnen.

<sup>480</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>481</sup>Scheibenpflug (Fn. oben), 145–210, mit der bislang umfassendsten vergleichend-typologischen Analyse.

<sup>482</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

Bereicherungsrecht und AGB-Kontrolle<sup>483</sup>. Die Überlappung der deutschen monographischen Literatur<sup>484</sup>, der griechischen dogmatischen Tradition und des breiteren europäischen schuldrechtlichen Konsenses in diesem Punkt liefert ein gewichtiges vergleichendes Argument dafür, den auf Unions- wie auf nationaler Ebene wiederkehrenden Forderungen nach gesetzgeberischer Schaffung eines Dateneigentums nicht nachzugeben.

---

<sup>483</sup>Der „blue pencil“-Ansatz der Klausel-RL — Streichung unfairer Klauseln unter Aufrechterhaltung des übrigen Vertrages — wurde vom EuGH in der Rechtssache C-618/10, Banco Español de Crédito SA / Calderón Camino, Urteil v. 14.6.2012, Rn. 65, bestätigt.

<sup>484</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 2 § B IV.5, 119–121, befürwortet eine Einordnung als Vertrag sui generis / Datenvertrag nach §§ 327 ff. BGB. Die Konvergenz mit Scheibenpflug, Personenbezogene Daten als Gegenleistung (Mohr Siebeck 2023), 156 ff. (zit. bei Wenzel S. 42 Fn. 4), ist auffällig: Beide monographischen Untersuchungen kommen trotz unterschiedlicher methodischer Ansätze zu dem Ergebnis, dass DaG-Geschäfte keinem der klassischen BGB-Vertragstypen zuzuordnen sind.



## § 7 Die nationale Umsetzung in der zivilrechtlichen Tradition

### § 7.1 Vollharmonisierung, offene Rechtsnatur und nationale Vielfalt

Die Richtlinie ist nach Art. 4 ein Instrument der Vollharmonisierung und schließt es aus, dass ein Mitgliedstaat Vorschriften beibehält oder einführt, die – in welche Richtung auch immer – von den Anforderungen der Richtlinie abweichen<sup>485</sup>. Dies sollte theoretisch zur unionsweiten Geltung derselben Regeln führen<sup>486</sup>; in der Praxis hat die Umsetzung jedoch zu erheblichen nationalen Unterschieden in der Anwendung der Regeln geführt<sup>487</sup>. Die Richtlinie schweigt bewusst zur Frage der Wirksamkeit von DaG-Verträgen – eine bewusste Formulierungsentscheidung, mit der ein Konflikt mit den nationalen vertragsrechtlichen Grundsätzen über die Wirksamkeit von Verträgen, die ein Persönlichkeitsrecht zum Gegenstand haben, vermieden werden sollte; eine Frage, auf die die Mitgliedstaaten verschiedene Antworten geben<sup>488</sup>. Praktisch folgt daraus, dass nach nationalem Recht zu beurteilen ist, ob die Wirksamkeit eines verbindlichen DaG-Vertrags im Einzelfall dem harmonisierten Bereich der Richtlinie unterfällt<sup>489</sup>. Die Vielfalt zeigt sich in den konkreten nationalen Umsetzungen<sup>490</sup>. Das luxemburgische Umsetzungsrecht steht für einen Mindestumsetzungsansatz, der die rechtsdogmatische Frage des

---

<sup>485</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>486</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos 2024.

<sup>487</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>488</sup>Vgl. zum Vermögenscharakter des Persönlichkeitsrechts Beuthien/Schmölz, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, C. H. Beck 1999, S. 23 ff.

<sup>489</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>490</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sumbasi 2023, Kap. 4.

DaG vollständig dem nationalen Privatrecht überlässt<sup>491</sup>. Österreich und die Niederlande haben demgegenüber umfassendere Umsetzungsmaßnahmen erlassen, die die Spannungen zwischen DSGVO und DCD bei der Einwilligung zumindest teilweise entschärft haben<sup>492</sup>.

### § 7.1.A Nationale Vielfalt innerhalb der Vollharmonisierung: Eine analytische Spannung

Das Beispiel Polens, das die polnische Lehre als „rasante Tandemfahrt gegen den Verkehr“<sup>493</sup> beschrieben hat, und Estlands, dessen kohärentes Schuldrecht von den eigenen Kommentatoren für seine relative Geschlossenheit gelobt wurde, verdeutlicht die Vielfalt der Wirkungen, die selbst eine Vollharmonisierung erzeugen kann<sup>494</sup>. Eine Entscheidung der ungarischen Kúria aus dem Jahr 2021 zur vertraglichen Charakterisierung der Bereitstellung personenbezogener Daten ist eine der wenigen nationalen Gerichtsentscheidungen, die das DaG-Konzept unmittelbar berücksichtigen<sup>495</sup>. Die rechtsvergleichende Analyse Scheibenpflugs liefert einen lehrreichen Gegenpunkt zu den nationalen Umsetzungsstudien: Sie zeigt, dass das System der Vertragstypen und das gut entfaltete Leistungsstörungenrecht des BGB ein aufnahmefähiges dogmatisches Umfeld für die DaG-Konzepte bieten – eine Aufnahmefähigkeit, die, wie die deutsche Erfahrung zeigt, auch anderen zivilrechtlichen Rechtsordnungen mit

---

<sup>491</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>492</sup>Speziell zur österreichischen Umsetzung und zum davor entwickelten Diskurs siehe Faber W, „Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil I)“, (2020) *VbR* 4, sowie ders., „Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil II)“, (2020) *VbR* 57; monographisch zur Vorlaufzeit Schmitt T R, *Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte*, Verlag Österreich, Wien 2017; aus den von Wendehorst und Zöchling-Jud herausgegebenen Sammelbänden vgl. Wendehorst C / Zöchling-Jud B (Hrsg.), *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?*, Manz, Wien 2016, sowie dies. (Hrsg.), *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, Manz, Wien 2018; speziell zur Umsetzung in Österreich Zöchling-Jud B, „Digital Consumer Contract Law and New Technologies – Implementation of the Digital Content Directive in Austria“, (2021) 12 *JIPITEC* 221.

<sup>493</sup>Zur näheren Begründung siehe Scheibenpflug 2022, S. 167 ff.

<sup>494</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>495</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

ähnlichem strukturellem Hintergrund offensteht<sup>496</sup>. Das griechische analytische System der Koordination (Koordination) liefert das tiefste dogmatische Prisma, durch das diese vergleichende Landschaft betrachtet werden kann<sup>497</sup>. Es zeigt, dass die Vollharmonisierungsambition des Art. 4 DCD zwar auf der Ebene der materiellen Vertragsrechtsregeln greift, aber nicht auf der Ebene der zugrunde liegenden Schuldrechtsarchitektur des nationalen Rechts wirken kann: Die formale Einheitlichkeit des Richtlinien textes bricht sich notwendig an den nationalen dogmatischen Traditionen, deren strukturelle Verpflichtungen variieren<sup>498</sup>. Die spezifisch zivilrechtliche Lösung dieses Auslegungsproblems im griechischen Kontext besteht darin, die harmonisierten Bestimmungen der Richtlinie als Gestaltungskraft zu lesen, die auf der nationalen Schuldrechtsarchitektur, aber nicht an deren Stelle wirkt. Die rechtsvergleichende Analyse offenbart drei Haupttypen der nationalen Umsetzung der DCD: Der erste Typ – exemplifiziert durch das deutsche Recht – integriert die DCD-Vorschriften vollständig in den bestehenden Kodex (§§ 327 ff. BGB); der zweite Typ – exemplifiziert durch das französische und das italienische Recht – kodifiziert die DCD-Vorschriften in eigenständigen Verbraucherschutzgesetzen<sup>499</sup>, die durch ausdrückliche Verweisungen mit dem Code civil bzw. Codice civile verbunden sind; der dritte Typ – exemplifiziert durch das griechische Recht – integriert die DCD-Vorschriften in das vorbestehende Verbraucherschutzgesetz 2251/1994<sup>500</sup>, das seinerseits durch Verweisungen mit dem AK verbunden ist. Diese drei Modelle stellen unterschiedliche institutionelle Antworten auf die fundamentale Frage dar,

<sup>496</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>497</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>498</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>499</sup>Zur französischen Umsetzung siehe Rochfeld J, „Le ‘contrat de fourniture de contenus numériques‘“, (2020) *RTD civ.* 67 ff.; Douville T, *Droit des données à caractère personnel*, LexisNexis, Paris 2020; zur italienischen Umsetzung Cuocci V, „Fornitura di contenuti digitali e controprestazione non pecuniaria“, (2020) *Riv. dir. priv.* 245 ff.

<sup>500</sup>Zur griechischen Umsetzung durch das Gesetz 4967/2022 und seiner Verknüpfung mit dem Verbraucherschutzgesetz 2251/1994 siehe Dougalis A, „Η ενσωμάτωση της Οδηγίας 2019/770 στο ελληνικό δίκαιο“, (2023) *ChriD* 145 ff.; Karakostas I, *Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή*, 3. Aufl., 2024, Kap. 5 § 3.

wie das EU-sektorielle Verbraucherschutzrecht in die nationalen zivilrechtlichen Systeme integriert werden soll. Trotz dieser institutionellen Vielfalt zeigt die dogmatische Analyse eine bemerkenswerte materielle Konvergenz: Alle drei Systeme behandeln die Datenüberlassung als vertragliche Gegenleistung, qualifizieren die Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung und sehen vergleichbare Schutzmechanismen vor<sup>501</sup>.

## § 7.2 Die deutsche Umsetzung: §§ 327 ff. BGB und § 516a BGB

Die Umsetzung der Richtlinie in Deutschland<sup>502</sup> durch das Gesetz vom 25. Juni 2021<sup>503</sup> – Einführung der §§ 327 ff. BGB<sup>504</sup> und Einfügung des § 516a BGB zur Regelung der „Schenkung trotz Daten(gegen)leistung“<sup>505</sup> – gehört zu den dogmatisch strengsten in den Mitgliedstaaten<sup>506</sup>. Der deutsche Gesetzgeber hat sich entschieden, den materiellen Gehalt der Richtlinie unmittelbar in den bestehenden BGB-Rahmen aufzunehmen, statt ein eigenes Sondergesetz zu erlassen<sup>507</sup>; daraus folgt, dass der analytische Apparat des deutschen Vertragsrechts – Leistungspflicht, Leistungsbewertung, Gewährleistung, Rücktritt, Schadensersatz – auf DaG-Geschäfte durch das Prisma des harmonisierten Anwendungsbereichs der

---

<sup>501</sup>Zur Typologie der nationalen Umsetzungen siehe Schulze R, „Implementation of the Digital Content Directive: A Comparative Survey“, (2024) *EuCML* 1 ff.; zur französischen Umsetzung Rochfeld J, „Le ‘contrat de fourniture de contenus numériques‘“, (2020) *RTD civ.* 67 ff.; zur italienischen Umsetzung Cuocci V, „Fornitura di contenuti digitali e controprestazione non pecuniaria“, in: De Franceschi (Hrsg.), *European Contract Law*, Intersentia 2016.

<sup>502</sup>Zur Bedeutung des Volkszählungsurteils für die digitale Wirtschaft siehe Brkan M, „The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection“, (2019) 20 *German Law Journal* 864, 875 ff.

<sup>503</sup>Vgl. ferner Sattler, *JZ* 2017, 1036.

<sup>504</sup>Zur Dimension der Wertschöpfung in der digitalen Wirtschaft siehe Drexl J, *Data Access and Control in the Era of Connected Devices*, BEUC-Studie 2018, S. 56 ff.; ergänzend OECD, *Exploring the Economics of Personal Data*, OECD Digital Economy Papers Nr. 220, 2013.

<sup>505</sup>Vgl. dazu Marinos, *Sümbasi* 2023, Kap. 5.

<sup>506</sup>Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14, zur deutschen Umsetzung (§§ 327 ff. BGB; § 516a BGB; strukturelle Integration in das Leistungsstörungenrecht des BGB trotz terminologischer Zurückhaltung).

<sup>507</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, *GRUR* 2020, 233, 240 f.

Richtlinie hindurch Anwendung findet<sup>508</sup>. Die jüngste systematische Behandlung in der deutschen Literatur ist eine monographische Erörterung dieser Umsetzung<sup>509</sup>. Ihre Untersuchung der §§ 327 ff. BGB<sup>510</sup> legt drei strukturelle Bedeutungspunkte für den DaG-Rahmen offen: erstens, dass die sorgfältige Klammerung der Gegenleistungsterminologie durch den Gesetzgeber – § 327 Abs. 3 BGB spricht euphemistisch von „personenbezogenen Daten, die der Verbraucher dem Unternehmer bereitstellt oder zu deren Bereitstellung er sich verpflichtet“ – die synallagmatische Substanz der Beziehung weder verändert noch verändern kann<sup>511</sup>; zweitens, dass § 327q BGB, die neue durch den Einwilligungswiderruf ausgelöste Vertragsanpassungsklausel, am besten nicht als autonomer vertragsrechtlicher Mechanismus, sondern als strukturelles Zugeständnis des BGB an die DSGVO-Garantie des freien Widerrufs verstanden wird, mit der Folge, dass seine Anwendung sachgerecht im Lichte des Art. 7 Abs. 3 DSGVO und nicht nach den allgemeinen Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu analysieren ist<sup>512</sup>; und drittens, dass der neue § 516a BGB – wonach die Schenkungsregeln nicht gelten, wenn der Beschenkte eine Datengegenleistung erbringt – im Umkehrschluss bestätigt, dass der Daten-gegen-Dienstleistung-Austausch nicht unentgeltlich ist, denn an-

<sup>508</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

<sup>509</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 3 § A V.1, 192–197 („Einwilligung als ‚Fetisch‘ oder ‚Fiktion‘“); die Formulierung erfasst die fortbestehende Diskrepanz zwischen dem normativen Einwilligungsmodell der DSGVO und der empirischen Realität der Einwilligungspraxis in DaG-Geschäften.

<sup>510</sup>Zur sozialökonomischen Dimension der Plattform-Geschäftsmodelle siehe Zuboff S, *The Age of Surveillance Capitalism*, PublicAffairs 2019, Kap. 3 (zur Architektur der Verhaltensvorhersage als Wertquelle).

<sup>511</sup>Zur Äquivalenz und zum funktionalen Wert siehe Linardatos, in: *Datenrecht in der Digitalisierung*, § 5.3 Rn. 83–86; Klinke, *Causa und genetisches Synallagma* (1983), 111, 125.

<sup>512</sup>Die Einordnung als Wirksamkeitsvoraussetzung verdeutlicht die zeitliche Struktur des DaG-Verhältnisses: Der Bereitstellungsvertrag bleibt ungeachtet des Wegfalls, Widerrufs oder der Unwirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung gültig — ein Ergebnis, das der deutsche Gesetzgeber in § 327q Abs. 1 BGB deklaratorisch bestätigt hat. Das freie Widerrufsrecht nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO wirkt ex nunc (in die Zukunft) und lässt bereits vollzogene Austauschvorgänge unberührt; etwaige weitere Folgen, die der Unternehmer aus dem Widerruf herleiten darf, sind im besonderen Beendigungsregime des § 327q Abs. 2 BGB oder im allgemeinen Dauerschuldrecht des AK zu verorten, nicht in einer rückwirkenden Nichtigkeit des Vertrages.

dernfalls hätte der Gesetzgeber die Ausnahmeregelung gar nicht erlassen müssen<sup>513</sup>.

### § 7.2.A Das deutsche Integrationsmodell: Erhaltung der Kategorien des Leistungsstörungenrechts

Die monographische Analyse der führenden deutschen Online-Plattformen – Facebook (Meta), Google als Suchmaschine ohne Registrierung sowie Xing – liefert die empirische Grundlage dieser dogmatischen Punkte: Sie untersucht die vertragliche Architektur jeder Plattform unter den §§ 327 ff. BGB<sup>514</sup>, identifiziert die Mechanismen des Vertragsschlusses, die in den AGB der Plattformen impliziten Datenqualitätsanforderungen (die Klarnamenpflicht bei Facebook, die strukturierten Profilerwartungen bei Xing) sowie die Auswirkungen dieser Merkmale auf die Verbraucherpflichten im neuen BGB-Rahmen<sup>515</sup>. Ihre Behandlung zeigt, dass der deutsche dogmatische Apparat in der Lage ist, die den europäischen Markt dominierenden Plattformverträge zu erfassen, und dass die wichtigsten offenen Fragen nicht den dogmatischen Werkzeugkasten selbst, sondern die ordnungsgemäße Koordination des BGB-Rahmens mit den zwingenden Schutzvorschriften der DSGVO betreffen<sup>516</sup>. Die griechische zivilrechtliche Lesart der deutschen Umsetzung ist strukturell aufschlussreich: Sie stellt fest, dass die Zurückhaltung des deutschen Gesetzgebers, die Gegen-

---

<sup>513</sup>Zur deutschen Umsetzung in §§ 327 ff. BGB und § 516a BGB vgl. Schulze R, „Die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie in Deutschland“, (2024) *EuCML* 105; Wandtke A-A, „§ 516a BGB als Schenkungsausnahme“, (2022) *MMR* 89; Spindler G, „Die neuen §§ 327 ff. BGB“, (2022) *MMR* 1; aus dem Kommentarschrifttum ferner Wendehorst C, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327, Rn. 1-50; Riehm T, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 1-50; aus rechtssoziologischer Perspektive Wagner G, „Zivilrecht in der Digitalisierung“, (2020) 220 *AcP* 5, 35 ff.

<sup>514</sup>Zur Notwendigkeit einer spezifischen verbraucherschutzrechtlichen Antwort auf die digitale Wirtschaft siehe Howells G/Twigg-Flesner C/Wilhelmsson T, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge 2018, S. 234 ff.

<sup>515</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4,3 sowie unten § 7.2.

<sup>516</sup>Hacker (Fn. 11) 53–55. Der Befund, dass personenbezogene Daten auch dann einen messbaren wirtschaftlichen Wert behalten, wenn ihre Übertragung gegen die DSGVO verstößt, wirft unbequeme Fragen nach dem Verhältnis von Rechtmäßigkeit und Wert auf: Wenn Rechtswidrigkeit den Wert nicht zerstört, kann die zivilrechtliche Standardantwort einer Nichtigkeit des Geschäfts kontraproduktiv sein, da sie den Verbrauchern vertragliche Schutzrechte entzieht, ohne die bereits erfolgte Datenverarbeitung zu beseitigen.

leistungsterminologie in § 327 BGB zu verwenden – und die deskriptive Formel „bereitstellt oder zu deren Bereitstellung er sich verpflichtet“ – das Unbehagen des Gesetzgebers gegenüber den dogmatischen Implikationen der zugrunde liegenden Transaktion widerspiegelt; sie nimmt jedoch in Übereinstimmung mit der jüngeren deutschen Lehre<sup>517</sup> an, dass das materielle Synallagma nicht durch terminologische Vorsicht verdrängt wird: Die strukturelle Einbettung in das Leistungsstörungenrecht des BGB ist selbst ein entscheidender Beleg dafür, dass der Gesetzgeber die Datenüberlassung als Pflicht behandelt, deren Störung das gesamte Instrumentarium des Leistungsstörungenrechts auslöst<sup>518</sup>. Die weitergehende Einsicht aus griechisch-zivilrechtlicher Sicht ist, dass die deutsche Lösung ein breiteres zivilrechtliches Muster exemplifiziert: Wo die offene Textur der Richtlinie auf ein entwickeltes nationales Schuldrecht trifft, folgt die substantielle Integration der strukturellen Logik des Aufnahmesystems, gleichviel welche Etiketten die Umsetzungsnorm bevorzugt.

## § 7.3 Die griechische Umsetzung und die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln

Die deutsche und die griechische Umsetzungserfahrung ist besonders aufschlussreich, wenn sie zusammen gelesen wird<sup>519</sup>. Die Wirkung des BGB auf das griechische Zivilgesetzbuch besteht darin, dass die beiden Systeme eine gemeinsame Grammatik der Vertragstypen, der Leistungspflichten und des Bereicherungsrechts teilen<sup>520</sup>; die jeweiligen Umsetzungsentscheidungen zeigen jedoch, wie unterschiedlich die Ergebnis-

---

<sup>517</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 3 § A VI, 197–207 (zu den praktischen Einwilligungsproblemen beim Web-Tracking, mit Beispielen aus Google Analytics); ferner Wenzel, ebd., Kapitel 4 § B III, 211–213 (zu Dark Patterns und Nudging in Cookie-Banner-Architekturen).

<sup>518</sup>Zur Anwendung der Leistungsstörungslehre auf DaG vgl. Riehm, ZfPW 2022, 567 ff.

<sup>519</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>520</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 290–330. Die bereicherungsrechtliche Analyse stellt eine erhebliche Erweiterung der DaG-Diskussion über den Konformitäts- und Rechtsbehelfsrahmen der DCD hinaus dar. Indem Scheibenpflug den Datenwert als herausgabefähige Bereicherung identifiziert, eröffnet er einen alternativen Rechtsbehelfspfad, der die strukturelle Lücke im Nachvertragsregime der DCD adressiert — namentlich das Fehlen jeglichen Mechanismus zum Ausgleich des wirtschaftlichen Wertes, der dem Verbraucher aus seinen Daten bereits entzogen wurde.

se der bewusst offenen Architektur der Richtlinie ausfallen können<sup>521</sup>. Die griechische Umsetzung des DaG-Konzepts in einem reifen Schuldrecht durch Gesetz 4967/2022, das von der zivilrechtlichen Tradition und vom starken Einfluss der deutschen Privatrechtsdogmatik geprägt ist, zeigt die Möglichkeiten – und Schwierigkeiten – der dogmatischen Analyse, die entstehen, wenn das DaG-Konzept in ein gut entwickeltes Schuldrecht integriert wird<sup>522</sup>. Das Vertragsfreiheitsprinzip des Art. 361 AK und der Persönlichkeitsrechtsrahmen des Art. 57 AK bieten aufnahmefähige dogmatische Grundlagen für nicht-monetäre Gegenleistungen<sup>523</sup>; der Persönlichkeitsrechtsrahmen des Art. 57 AK begrenzt die Kommerzialisierung von Daten in einer Weise, die der Schutzlogik der DSGVO entspricht, ohne sie zu duplizieren<sup>524</sup>. Die griechische Behandlung der Umsetzung ist die längste monographische Erörterung in der griechischsprachigen Literatur<sup>525</sup>. Aus dieser Analyse ergeben sich drei strukturelle Punkte<sup>526</sup>. Erstens hielt der griechische Gesetzgeber es nicht

---

<sup>521</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 310–325. Der Bereicherungsanspruch sieht sich einer erheblichen dogmatischen Herausforderung gegenüber: der Bezifferung des vom Unternehmer behaltenden wirtschaftlichen Vorteils. Scheibenpflug schlägt einen funktionalen Ansatz auf Grundlage der tatsächlich aus den Verbraucherdaten erzielten Werbeumsätze des Unternehmers vor (statt einer abstrakten Marktwertbestimmung) und argumentiert, dieser Ansatz entspreche dem Fokus des Bereicherungsrechts auf konkrete statt abstrakte Bereicherung (§ 818 Abs. 2 BGB).

<sup>522</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>523</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 1.A.IV (Σχέση δικαίου και ψηφιακού μετασχηματισμού), S. 28–29, behandelt das wechselseitige Verhältnis von Recht und digitalem Wandel, das die vorliegende Untersuchung zum methodischen Ausgangspunkt nimmt.

<sup>524</sup>Zur rechtlichen Charakterisierung der Einwilligung als Achse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 12.B.III (Η συγκατάθεση ως άξονας του δικαιώματος πληροφοριακού αυτοκαθορισμού — νομικός χαρακτηρισμός), S. 284–287, mit der dogmatischen Grundlage für die Wirksamkeitsvoraussetzungs-Konstruktion.

<sup>525</sup>Die Nichtigkeitsdogmatik würde das gesamte DaG-Geschäft als nichtig behandeln, wenn die zugrundeliegende Datenverarbeitung als DSGVO-widrig festgestellt würde. Hackers Ablehnung dieses Ansatzes stützt sich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Eine Nichtigkeit des Vertrages entzieht dem Verbraucher sämtliche vertraglichen Schutzrechte — ein Ergebnis, das im Verhältnis zum regulatorischen Ziel der Korrektur des Datenschutzverstößes unverhältnismäßig ist.

<sup>526</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

für erforderlich, eine analoge Bestimmung zu § 516a BGB zu erlassen<sup>527</sup>; dies war dogmatisch korrekt: Der weite Leistungsbegriff nach Art. 287 AK erfasst bereits nicht-monetäre Gegenleistungen jeder Art, und die Schenkungsvorschriften der Art. 496 ff. AK stellen kein Problem für die strukturelle Reziprozität der Beziehung dar<sup>528</sup>; was wir im deutschen Recht als „§ 516a BGB-Problem“<sup>529</sup> kennen, ist eher ein Problem einer eigentümlichen Kodifikationstradition als ein Problem des zivilrechtlichen Rechts an sich<sup>530</sup>. Zweitens gibt das Vertragsfreiheitsprinzip des Art. 361 AK – zusammen mit dem weiten Leistungsbegriff des Art. 287 AK gelesen – dem griechischen Recht das nötige schuldrechtliche Werkzeug, das DaG-Verhältnis als *sui generis* oder als entgeltlichen Vertrag eigener Art ohne gesetzgeberisches Eingreifen zu charakterisieren<sup>531</sup>; die Frage der Vertragstypologie ist auf der bestehenden zivilrechtlichen Grundlage vollständig lösbar, und das Schweigen der griechischen Umsetzung zur Rechtsfrage ist daher keine Lücke, sondern eine Aussage dogmatischer Suffizienz<sup>532</sup>. Drittens bietet das Persönlichkeitsrechtsmodell des Art. 57 AK die verfassungsrechtliche Dimension, die die deutschen verfassungsrechtlichen Quellen (die *Volkszählungs*-Tradition unter Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG) im eigenen Register liefern: In beiden Systemen ist der DaG-Vertrag in eine verfassungsrechtliche Architektur eingebettet, in der

<sup>527</sup>Zur Wirksamkeit personenbezogener Daten als Gegenleistung nach griechischem Recht Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14.Γ.Ι (Προσωπικά δεδομένα ως έγκυρη αντιπαροχή κατά το ελληνικό δίκαιο), S. 338, der die Grundsatzfrage adressiert, die im deutschen Recht durch das Pendant des § 516a BGB obsolet wird.

<sup>528</sup>Zu den regulatorischen Zielen des digitalen Wandels, wie sie sich in den Zwillingen-Richtlinien 2019/770 und 2019/771 herauskristallisieren, siehe Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 1.A.VII (Ρυθμιστικοί στόχοι του ψηφιακού μετασχηματισμού), S. 31–34.

<sup>529</sup>Zur dogmatischen Präzisierung vgl. oben § 3.2.

<sup>530</sup>Zum sog. Schenkungsvertrag mit Datenbereitstellung im Sinne des § 516a BGB siehe BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 516a; die Vorschrift ist das stillschweigende Zugeständnis des deutschen Gesetzgebers, dass die Einordnung als Schenkungsvertrag für DaG-Geschäfte sonst nicht zur Verfügung steht; ihr Erlass lässt sich am besten als Beleg für das Synallagma-Argument lesen.

<sup>531</sup>Scheibenpflug, Personenbezogene Daten als Gegenleistung (Mohr Siebeck 2023) 145–210. Der Beitrag Scheibenpflugs lässt sich am besten als *reductio* der klassischen Typologie würdigen: Indem er jeden der benannten BGB-Vertragstypen anhand von DaG-Sachverhalten durchprüft, weist er nach, dass die Diskrepanz strukturell und nicht kontingent ist und dass jede vertretbare Einordnung des Verhältnisses daher *sui generis* sein muss.

<sup>532</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

sein Funktionieren dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung als Grundrecht untergeordnet ist<sup>533</sup>; die Konvergenz der beiden verfassungsrechtlichen Grundlagen – trotz ihrer unterschiedlichen Textquellen – liefert eines der eindrucksvollsten rechtsvergleichenden Argumente zugunsten der strukturellen Priorität der DSGVO-Verbraucherrechte gegenüber den vom DaG-Rahmen vorausgesetzten Vertragsfreiheiten<sup>534</sup>. Ein weiterer Aspekt der deutsch-griechischen Lesart betrifft die Position des Verbrauchers, die in Persönlichkeitsrechten verankert ist<sup>535</sup>. Im griechischen Verfassungsrecht findet sich die normative Grundlage, die die informationelle Selbstbestimmung auf verfassungsrechtliche statt auf bloß vertragsrechtliche Ebene stellt, in Art. 5 und Art. 9A der Verfassung – gemeinsam mit dem Persönlichkeitsrahmen des Art. 57 AK<sup>536</sup>. Die dogmatische Folge ist, dass der Widerruf der Einwilligung im griechischen Recht mehr ist als ein vertragsrechtlicher Mechanismus: Er ist die Ausübung eines unveräußerlichen Persönlichkeitsrechts, dem das Vertragsrecht Rechnung tragen muss<sup>537</sup>. Diese rechte-basierte Einrahmung ähnelt der deutschen Tradition des *Volkszählungsurteil*<sup>538</sup>, in dem das Bundesverfassungsgericht die informationelle Selbstbestimmung auf

---

<sup>533</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>534</sup>Zu den vergleichenden Vorzügen der AGB-Kontrolle gegenüber der Einwilligungswirksamkeit ferner P. Hacker, „Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance“, in: S. Lohsse / R. Schulze / D. Staudenmayer (Hrsg.), *Data as Counter-Performance* (Hart/Nomos 2020) 47, 75–85.

<sup>535</sup>Zur informationellen Selbstbestimmung als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts vgl. BVerfGE 65, 1, 41 ff. (Volkszählungsurteil).

<sup>536</sup>Zur datenwirtschaftlichen Dimension der von der Richtlinie erfassten Bereitstellungsverträge siehe Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 1.A.VI (Συμβάσεις προμήθειας ψηφιακού περιεχομένου ή/και ψηφιακών υπηρεσιών – οικονομία των δεδομένων), S. 30–31; die dortige Einordnung trägt die Behandlung der DaG als Kategorie in der vorliegenden Untersuchung.

<sup>537</sup>Zum Verhältnis zwischen Vertragswirksamkeit und DSGVO-Konformität ferner M. Tamò-Larrieux, *Designing for Privacy and its Legal Framework* (Springer 2018), 124–147; G. Comandé, „Regulating Algorithms’ Regulation? First Ethico-Legal Principles, Problems, and Opportunities of Algorithms“, in: T. Cerquitelli u.a. (Hrsg.), *Transparent Data Mining for Big and Small Data* (Springer 2017), 169.

<sup>538</sup>Zu den informationellen Voraussetzungen wirksamer Einwilligung BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1, 42–43 (Volkszählungsurteil); Buchner, *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht* (Mohr Siebeck 2006) 240–241; Linardatos § 5.3, Rn. 35.

Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG<sup>539</sup> gestützt hat – und sie bestärkt sie<sup>540</sup>. Die Überlappung beider verfassungsrechtlicher Grundlagen trotz unterschiedlicher Textquellen ist ein starkes rechtsvergleichendes Indiz dafür, dass die DSGVO-Einwilligungsrechte des Verbrauchers nicht bloß als vertragliches, sondern als verfassungsrechtliches Recht zu behandeln sind, dessen Einbettung in einen vertragsrechtlichen Rahmen nicht einer gewöhnlichen Abwägung überlassen werden darf, sondern dem strukturellen Vorrang des zugrunde liegenden Grundrechts genügen muss<sup>541</sup>. Die strukturelle Einbettung der DCD in das Leistungsstörungenrecht des BGB ist selbst ein entscheidender Beleg dafür, dass der deutsche Gesetzgeber die Datenüberlassung als vollwertige Pflicht behandelt, deren Störung das gesamte Instrumentarium des Leistungsstörungenrechts auslöst – mit der Folge, dass die DaG-Konstruktion in das BGB integrationsfähig erscheint, ohne dass eine eigenständige Vertragstypologie geschaffen werden müsste.

### § 7.3.A Gesetz 4967/2022 und die griechische zivilrechtliche Aufnahme über Art. 287 AK

Die griechische Erfahrung unterstreicht zudem die entscheidende Rolle der AGB-Kontrolle als ergänzenden Mechanismus des Verbraucherschutzes in der Datenwirtschaft<sup>542</sup>. Nach den Bestimmungen des Gesetzes 2251/1994, das die Richtlinie 93/13/EWG umsetzt, gelten Allgemei-

<sup>539</sup>Zur rechtsschutzorientierten Architektur der DSGVO und ihren Wurzeln im Volkszählungsurteil siehe González Fuster (Fn. oben) Kap. 6–7; Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law* (OUP 2015) Kap. 1–3.

<sup>540</sup>Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14, Rn. 14.13 und durchgehend in § 8 (griechische Umsetzung durch Gesetz 4967/2022; Rahmen AK 287 + 361; persönlichkeitsrechtliche Verankerung über Art. 57 AK; Konvergenz mit der deutschen Tradition des Volkszählungsurteils).

<sup>541</sup>Vgl. zur Architektur der DCD im Kontext der breiteren EU-Digitalstrategie Europäische Kommission, *Eine europäische Datenstrategie*, COM(2020) 66 final, 19. Februar 2020, sowie *Vorschlag für eine Verordnung über die Achtung des Privatlebens in der elektronischen Kommunikation*, COM(2017) 10 final.

<sup>542</sup>Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29 („Klausel-RL“). Zur Anwendung der Klausel-RL auf Datenpreis-Klauseln siehe Hacker (Fn. 11), 65–72. Hacker argumentiert, dass die Fairness-Prüfung der Klausel-RL besser zur Kontrolle ausbeuterischer Datenklauseln geeignet ist als der binäre Nichtigkeitsmechanismus der Rechtswidrigkeitsdogmatik, da sie eine nachträgliche Mäßigung unfairer Klauseln erlaubt, ohne das gesamte Geschäft zu vernichten.

ne Geschäftsbedingungen, die zu einem erheblichen Ungleichgewicht zum Nachteil des Verbrauchers führen, als missbräuchlich und nichtig<sup>543</sup>. Plattform-AGB, die eine umfassende oder unbegrenzte Datenverarbeitung gestatten, können im DaG-Kontext als missbräuchlich eingestuft werden<sup>544</sup>. Besonders interessant ist die Beziehung zwischen dem Transparenzgebot des Gesetzes 2251/1994 und den Informationspflichten der DSGVO: Datenschutzerklärungen müssen klar erläutern, welche Datenarten erhoben werden, wie sie verwendet werden und an wen sie weitergegeben werden<sup>545</sup>; vage Hinweise auf Erhebungszwecke wie „Servicequalität“<sup>546</sup>, „Marketing“ usw. genügen dem geforderten Standard nicht<sup>547</sup>. Die Überlappung von AGB-Kontrolle und Datenschutzrecht bildet eine zweistufige Schutzmauer um den Verbraucher als Datensubjekt<sup>548</sup>. Über die durch die DSGVO gewährten Rechte (Auskunft<sup>549</sup>, Berichtigung, Löschung, Portabilität) hinaus kann der Verbraucher die Schutzbestimmungen des AGB-Rechts heranziehen, um die Klauseln des Vertrags, die seine Daten verarbeiten, anzufechten – eine parallele Anwendung, die

---

<sup>543</sup>Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29; im griechischen Recht umgesetzt durch Art. 2 des Gesetzes 2251/1994.

<sup>544</sup>Zur Anwendung der AGB-Kontrolle auf Plattform-Datenschutzerklärungen ferner C. Riefa / S. Sainfira, *Vulnerable Consumers and the Law* (Routledge 2020), Kap. 6.

<sup>545</sup>Weber (Fn. 15) 164–167. Der Grundsatz der Zweckbindung in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO beschränkt die sekundären Nutzungen, denen als vertragliche Gegenleistung erhobene Daten zugeführt werden dürfen, und verhindert dadurch eine vollständige Kommodifizierung personenbezogener Daten selbst innerhalb eines vertraglichen Rahmens. Diese Schranke wirkt als strukturelle Bremse des DaG-Modells: Unternehmer dürfen Daten als Gegenleistung erheben, jedoch nicht ohne Weiteres für Zwecke wiederverwenden, die mit dem ursprünglichen Vertragszweck nicht zusammenhängen.

<sup>546</sup>Zur entsprechenden europäischen Diskussion siehe Hacker, ZEuP 2019, 148.

<sup>547</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>548</sup>Zur Anwendung der AGB-Kontrolle auf Plattform-Bedingungen im DaG-Kontext siehe Loos, „Standard Terms for the Use of the App Store and the Mobile Network“, (2016) 5 EuCML 10; Helberger / Borgesius / Reyna, „The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law“, (2017) 54 CMLRev 1427, 1452–1467.

<sup>549</sup>Vgl. Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12.

Lücken schließt, die jedes System für sich hinterlässt<sup>550</sup>. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat diese Konvergenz akzeptiert und entschieden, dass die Missbräuchlichkeitsprüfung die Besonderheiten des digitalen Marktes – technische Komplexität, Informationsasymmetrie und die Standardisierung von Vertragsverhältnissen – berücksichtigen muss<sup>551</sup>; Grundsätze, die in der Rechtssache *Orange Romania*<sup>552</sup> (November 2020) bestätigt wurden<sup>553</sup>. Die ausführlichste griechische Behandlung der Klauselkontrolldimension bietet eine Reihe analytischer Verfeinerungen, die über die oberflächliche Konvergenz hinausgehen<sup>554</sup>. Erstens zur Reichweite der Kontrolle: Im Plattform-Verbraucher-Verhältnis (P2C) stellt sich die zentrale Frage, ob das AGB-Regime auf jene Vertragsbestimmungen anwendbar ist, die die Verarbeitung der als Gegenleistung erbrachten personenbezogenen Daten regeln<sup>555</sup>; soweit diese Bestimmungen über den harten Kern Hauptleistung – Gegenleistung („κύρια παροχή – αντιπαροχή“) hinausgehen und Nebenabreden („παράεργους“) sind, kann ihr materieller Gehalt auf seine Fairness überprüft werden<sup>556</sup>. Zweitens zu den beiden Voraussetzungen der Kontrolle: Die AGB müssen Vertragsbestandteil im Sinne des Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes 2251/1994 sein (eine Frage der Einbeziehung und der Zustimmung) und das Transparenzgebot des Art. 2 Abs. 2 erfüllen (eine Frage der Verständlichkeit)<sup>557</sup>; beide Vor-

<sup>550</sup>Berger, ZGE/IPJ 8 (2016), 175; Zech, 53 ff.; Schur, 197, 298. Die parallele Anwendung von AGB-Kontrolle und Datenschutzrecht schafft ein doppeltes Sicherheitsnetz, das Lücken kompensiert, die jedes System für sich allein lässt.

<sup>551</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>552</sup>Das „take it or leave it“-Dilemma wird analysiert bei Simitis/Hornung/Spiecker/Klement, *Datenschutzrecht*, Art. 7 Rn. 34. Siehe auch die EuGH-Entscheidung, wonach Einwilligung nicht als frei angesehen werden kann, wenn der Betroffene keine echte Alternative hat oder erheblichem Druck ausgesetzt ist: EuGH, Rs. C-61/19, *Orange România*, Urt. v. 11.11.2020.

<sup>553</sup>Zur Beziehung zwischen DCD und der Verkaufsrichtlinie 2019/771 siehe Carvalho JM, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services“, (2019) 5 *Eu CML* 194 ff.

<sup>554</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>555</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>556</sup>Zum andauernden Charakter der Verbraucher-Gegenleistung identifiziert Marinos, *Σύμβαση* 2023, Kap. 14.Γ.Π (Διαρκής αντιπαροχή), S. 338–339, ein Strukturmerkmal der DaG, das die Typologie der benannten Verträge im AK nicht unmittelbar aufnimmt.

<sup>557</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

aussetzungen müssen erfüllt sein, bevor die materielle Fairnessprüfung einsetzt<sup>558</sup>. Drittens zum Transparenzgebot im Besonderen: Die Rechtsprechung des EuGH (insbesondere Matei, Andriciu, Kásler und Orange Romania<sup>559</sup>) hat einen Standard vollständiger und informierter Transparenz entwickelt, der vom Verbraucher verlangt, die wirtschaftlichen Folgen der vereinbarten Klauseln auf Grundlage klarer und verständlicher Kriterien einschätzen zu können<sup>560</sup>; im DaG-Kontext bedeutet dies eine konkrete und detaillierte Beschreibung der erhobenen Daten, der Zwecke, der rechtlichen Grundlage, der Speicherdauer und der Folgen für die Persönlichkeitsrechte des Verbrauchers – ein Standard, dem ein vager Hinweis auf „Verbesserung der Dienstleistung“<sup>561</sup> oder „Marketing“ offensichtlich nicht genügt<sup>562</sup>. Viertens zur Konvergenz mit der DSGVO-Einwilligung: Das Transparenzgebot des Gesetzes 2251/1994 deckt sich inhaltlich mit dem Transparenzfordernis der Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO, mit der Folge, dass eine Klausel, die die Transparenzprüfung nach Art. 4 Nr. 11 / Art. 7 DSGVO nicht besteht, auch die Transparenzprüfung des Gesetzes 2251/1994 nicht besteht, und umgekehrt<sup>563</sup>. Praktisch wirken die beiden Regime damit wie ein doppeltes Sicherheitsnetz, in dem eine Schwäche in der Informationsstellung des Verbrauchers über jeden der beiden Kanäle angegriffen werden kann<sup>564</sup>; die Gerichte können auf diese Weise die strukturelle Schwierigkeit umgehen, zwischen Vertragsrecht und Datenschutzrecht als operativem Rahmen wählen zu müssen – ein dogmatischer Vorteil, den die „Pay or Con-

---

<sup>558</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

<sup>559</sup>CJEU, Case C-61/19 *Orange Romania* [2020] EU:C:2020:901, paras 38–40; CJEU, Case C-673/17 *Planet49* [2019] EU:C:2019:801, paras 65–75.

<sup>560</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>561</sup>Zur Vertiefung siehe Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data*, Nomos 2017.

<sup>562</sup>Zum Recht auf Persönlichkeit nach Art. 7 und 8 GRCh siehe Brkan, *German Law Journal* 2019, 864, 875 ff.

<sup>563</sup>Zur rechtsschutzorientierten Architektur der DSGVO und ihren Folgen für die Datenökonomie siehe Wendehorst (Fn. oben) 130–136; Bygrave, *Data Privacy Law: An International Perspective* (OUP 2014) Kap. 5–6.

<sup>564</sup>Vgl. dazu Schulze, *EuCML* 2024, 105, 109 f.

sent<sup>565</sup>-Streitigkeiten nach 2023 zunehmend nutzen<sup>566</sup>. Der griechische analytische Rahmen bildet damit eine wichtige analytische Brücke zwischen der relativen Zurückhaltung des griechischen Gesetzgebers bei der Umsetzung und dem reichhaltigen materiellen Schutz, der griechischen Verbrauchern aus der Kombination der gegenwärtigen AK-Vorschriften, des Gesetzes 2251/1994 und des DSGVO-spezifischen Einwilligungsregimes dennoch zukommt<sup>567</sup>. Das Umsetzungsbild wird durch empirische Befunde weiter kompliziert<sup>568</sup>. Eine Plattform-Studie hat ergeben, dass ein erheblicher Teil der Plattformen ihre digitalen Inhalte auch nach Inkrafttreten der Richtlinie überhaupt nicht beschrieb und viele dieser Beschreibungen zu vage waren, um eine sinnvolle Vertragsmäßigkeitprüfung zu tragen<sup>569</sup>. Der Erfolg der Mängelarchitektur der DCD hängt entscheidend von der Qualität der Vertragsspezifikationen ab – und die Plattformen haben jeden Anreiz, diese zu halten<sup>570</sup>. Transparenz erweist sich damit als strukturelles Problem des DaG-Geschäftsmodells, das

<sup>565</sup>Vgl. dazu auch oben § 4.2.

<sup>566</sup>EDSB, Stellungnahme 4/2017 (Fn. 5), Rn. 20. Der EDSB warnte, dass der Ansatz der DCD die Gefahr birge, „das Grundrecht auf Datenschutz in eine Ware auf einem Markt“ zu verwandeln. Diese Warnung hat sich angesichts der späteren „Pay or Consent“-Entwicklungen, die in Abschnitt VIII behandelt werden, als vorausschauend erwiesen; sie zeigen die praktischen Folgen davon, Datenbereitstellung und Geldzahlung als austauschbare Formen der Gegenleistung zu behandeln.

<sup>567</sup>Wann nach der alternativen Auffassung Einwilligung nicht als frei erteilt anzusehen ist, behandelt Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 13.Δ.V (Πότε συντρέχει μη «ελεύθερη» συγκατάθεση υπό την εναλλακτική άποψη), S. 311–313; der Abschnitt kartiert die dogmatischen Positionen, welche die Pay-or-Consent-Rechtsprechung nach 2023 aktiviert hat.

<sup>568</sup>Christiane Wendorst, „Personal Data in Data Value Chains“ (Fn. 18) 130–136. Wendorst argumentiert, die DSGVO sei in erster Linie als Rechtsschutzinstrument konzipiert und strukturell ungeeignet, Marktaustauschgeschäfte zu regeln, in denen personenbezogene Daten als Preis fungieren. Indem die DCD vertragsrechtliche Pflichten auf solche Austauschvorgänge legt, entsteht ein Hybridregime, das in keiner der beiden Dimensionen kohärent ist. Siehe ferner Ceren Bedir, „Data as Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict“, Advanced LL.M. Thesis (2020), abrufbar bei SSRN 3648092.

<sup>569</sup>Zur ökonomischen Bedeutung der Datenwirtschaft siehe OECD, Exploring the Economics of Personal Data, OECD Digital Economy Papers Nr. 220, 2013.

<sup>570</sup>Vgl. zur Plattformökonomie und ihren strukturellen Eigenschaften Acquisti/Taylor/Wagman, Journal of Economic Literature 2016, 442 ff.

nur durch ein durchsetzungsstarkes Recht voll adressiert werden kann<sup>571</sup>. Empirische Befunde zur Praxis der Datenschutzerklärungen und Cookie-Banner auf dem deutschen Markt verstärken diese Diagnose: Die systematische Anwendung von *dark patterns* und *nudging*-Techniken zur Lenkung des Nutzers in Richtung Einwilligung – kombiniert mit der weitverbreiteten Nichtkonformität der Consent-Management-Plattformen selbst mit den Grundanforderungen der DSGVO – schafft eine Transparenzlücke, die kein vertragsrechtlicher Mechanismus allein zu schließen vermag<sup>572</sup>. Zu den konkreteren Vorschlägen der jüngsten Literatur, diese Transparenzlücke zu schließen, zählen *de lege ferenda*-Vorschläge wie Datenschutzerklärungs-One-Pager und Zertifizierungsmechanismen vom Typ einer „Datenampel“<sup>573</sup>. Die EuGH-Rechtsprechung zur Transparenzanforderung (insbesondere *Matei, Andriciu, Käsler* und *Orange Romania*) hat einen Standard der „vollständigen und informierten Kenntnis“ entwickelt, der den Verbraucher in die Lage versetzen muss, anhand klarer und verständlicher Kriterien die wirtschaftlichen Folgen der vereinbarten Klauseln zu beurteilen<sup>574</sup>. Im DaG-Kontext bedeutet dies eine konkrete und granulare Beschreibung der Datenarten, der Verarbeitungszwecke, der Rechtsgrundlagen, der Speicherdauer und der Folgen für die Persönlichkeitsrechte des Verbrauchers; vage Verweise auf „Verbesserung der Dienste“ oder „Marketing“ genügen den Anforderungen nicht<sup>575</sup>.

---

<sup>571</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>572</sup>Zur weitergehenden Frage des „digitalen Konstitutionalismus“ und zum Verhältnis zwischen digitalem Privatrecht und Grundrechten siehe Giovanni De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe* (Cambridge University Press 2022), Kap. 4, der dafür plädiert, dass DSGVO und DCD zusammen einen entstehenden Rahmen eines „digitalen Konstitutionalismus“ bilden, der zwischen Marktfreiheit und Grundrechtsschutz in der Datenökonomie vermittelt.

<sup>573</sup>Zur weiteren Diskussion siehe Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *EU Digital Law*, Nomos 2020.

<sup>574</sup>Zur italienischen Behandlung der DaG-Konstruktion siehe Bravo F, „Lo ‘scambio di dati personali’ nei contratti di fornitura dei servizi digitali e il consenso“, (2020) *Riv. dir. priv.* 245 ff.; Camardi C, „Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770“, (2019) *Contratto e impresa Europa* 354 ff.

<sup>575</sup>Zur französischen Behandlung der DaG-Konstruktion siehe Bénabou V-L / Rochfeld J, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l’heure numérique*, Odile Jacob, Paris 2015; Douville T, *Droit des données à caractère personnel*, LexisNexis, Paris 2020.

Die Konvergenz der AGB-Kontrolle und des Datenschutzrechts schafft ein doppeltes Sicherheitsnetz für den Verbraucher als Datensubjekt<sup>576</sup>.

---

<sup>576</sup>Zur griechischen Umsetzung über das Verbraucherschutzgesetz 2251/1994 i.d.F. des Gesetzes 4967/2022 vgl. Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 8 (insbes. zum Zusammenspiel von Art. 287 + 361 AK und Gesetz 4967/2022); Mentis G, *Γενικοί Όροι Συναλλαγών*, §§ 22-30 zur Klauselkontrolle in DaG-Verträgen; Karakostas I und Manthos T, *Δίκαιο της Πληροφορικής*, §§ 12-15; Spyropoulos P, *Συνταγματικό Δίκαιο*, §§ 12-15 zur grundrechtlichen Anbindung der informationellen Selbstbestimmung; Titsias D, *Προστασία Προσωπικών Δεδομένων και Σύμβαση* [Datenschutz und Vertrag], Sakkoulas 2021, §§ 4-8; Alexandridou E, *Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή* [Verbraucherschutzrecht], 3. Aufl., Nomiki Bibliothiki 2018, §§ 19-22; Dellios G, *Γενικοί Όροι Συναλλαγών* [AGB], 2. Aufl., Sakkoulas 2013, §§ 18-21.



## § 8 Die Richtlinie im sich wandelnden EU-Datenrechtsumfeld

### § 8.1 Der erweiterte EU-Datenkorpus: Data Act, DGA und Omnibus-Richtlinie

Die Richtlinie ist nicht in ein normatives Vakuum getreten und stellt auch nicht das letzte Wort des Unionsrechts zu Datentransaktionen dar<sup>577</sup>. Sie ist Teil eines rasch wachsenden Korpus, zu dem die Datenschutz-Grundverordnung, die Europäische Datenstrategie, der Data Governance Act, der Data Act vom Dezember 2023 und die Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161 gehören<sup>578</sup>. Die Entwicklung der gesetzgeberischen Landschaft seit Erlass der Richtlinie wurde in einer eigenständigen wissenschaftlichen Literatur nachgezeichnet<sup>579</sup>. Der Data Act stellt die wichtigste Erweiterung des DaG-Analyserahmens außerhalb des Verbraucherkontexts dar<sup>580</sup>. Der ausschließliche B2C-Charakter der DCD schafft ein Ungleichgewicht im EU-Datenrecht, das Unternehmen in DaG-ähnlichen Datenaustauschverhältnissen ohne entsprechenden gesetzlichen Schutz zurücklässt<sup>581</sup>. Der Data Act behebt diese Asymmetrie teilweise durch die Einführung verpflichtender Datenfreigabepflichten, verfolgt jedoch eine Regulierungsarchitektur, die sich deutlich von der Vertragsrechtsrichtlinie un-

---

<sup>577</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>578</sup>Der Meilensteincharakter der Richtlinie ist echt, aber begrenzt: Sie ist ein erster Schritt in einer Folge regulatorischer Eingriffe, die der Data Act, der DGA, der DSA, der DMA und der AI Act fortentwickeln, und die analytischen Festlegungen der Richtlinie werden mit dem Reifen dieser späteren Instrumente zur dogmatischen Praxis zu überdenken sein.

<sup>579</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>580</sup>Lohsse / Schulze / Staudenmayer (Hrsg.), *Private Law and the Data Act* (Nomos/Hart 2024). Der Band behandelt verpflichtende Datenaustauschregeln und ihr Verhältnis zu freiwilligen DaG-Rahmen und erweitert den im DaG-Kontext entwickelten analytischen Rahmen auf die weitere Datenökonomie.

<sup>581</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

terscheidet (eher regulatorisch als vertragsrechtlich-typusähnlich)<sup>582</sup>. Die Omnibus-Richtlinie hat Transparenzanforderungen für die Praktiken auf digitalen Marktplätzen eingeführt, etwa die Pflicht zur Offenlegung, dass die „Kosten“ eines digitalen Dienstes auch in personenbezogenen Daten bestehen können<sup>583</sup>. Die Offenlegungspflicht ist eine teilweise gesetzliche Antwort auf die Verschleierung von DaG-Geschäften, wirkt aber auf der Informationsebene und nicht auf der Ebene des materiellen Vertragsrechts: Die Verbraucher werden darüber informiert, was sie geben, aber nicht über die Bedingungen, zu denen sie es geben<sup>584</sup>. Die strukturell kommodifizierungseinschränkende Wirkung der Richtlinie wird durch die Offenlegungspflichten der Omnibus-Richtlinie verstärkt und stellt einen ersten regulatorischen Gegenpol zur Plattformmacht dar<sup>585</sup>.

### § 8.1.A Der B2B-Rahmen des Data Act und die Grenze zur Verbraucherschutzarchitektur der DCD

Scheibenpflugs Schlussbemerkungen liefern eine schöne de-lege-ferenda-Sicht auf das sich wandelnde Regulierungsumfeld<sup>586</sup>. Er hebt drei Bereiche hervor, in denen ein gesetzgeberisches Eingreifen am dringendsten erscheint: erstens die Klärung des nachvertraglichen Bereicherungsregimes von DaG-Geschäften<sup>587</sup>; zweitens die Harmonisierung der Einwilligungs-

---

<sup>582</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>583</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>584</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>585</sup>Zur Omnibus-Richtlinie und zum erweiterten EU-Datenkorpus vgl. Hacker P, „The European AI Liability Directives – Critique of a Half-Hearted Approach“, (2023) 51 *Computer Law & Security Review*; Sattler A, „Daten und Datenmärkte im neuen EU-Datenrecht“, (2023) 187 *ZHR* 215; aus europäisch-vergleichender Sicht Specht-Riemenschneider L, „The European Data Strategy“, (2022) 13 *JIPITEC* 1; Drexel J, „Designing Competitive Markets for Industrial Data“, (2017) 8 *JIPITEC* 257.

<sup>586</sup>Zur griechischen typologischen Analyse siehe Γεωργιάδης (Georgiadis), *Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος* (Schuldrecht, Allgemeiner Teil), § 15 Rn. 15 ff. Die Unmöglichkeit, DaG-Verträge unter irgendeiner der benannten Vertragstypen des AK zu subsumieren, spiegelt das Ergebnis Scheibenpflugs zum BGB wider und reflektiert das gemeinsame dogmatische Erbe beider Rechtsordnungen.

<sup>587</sup>Scheibenpflugs bereicherungsrechtliche Analyse nach § 818 Abs. 2 BGB akzeptiert implizit die Annahme, dass Daten nach erfolgter Übertragung nicht in specie zurückgewährt sind: Das Schuldrecht musste daher einen Wertersatzrahmen entwickeln, der ohne den

anforderungen der DSGVO mit dem vertraglichen Leistungsrahmen der Richtlinie<sup>588</sup>; und drittens die Erstreckung der DaG-Schutzmaßnahmen auf B2B-Geschäfte mit analogen Daten-gegen-Dienstleistung-Austauschen<sup>589</sup>. Während des Gesetzgebungsverfahrens hatte das European Law Institute davor gewarnt, dass die Grenze zwischen Vertragsrecht und Datenschutzrecht sorgfältig zu wahren sei<sup>590</sup>; spätere Kommentare haben gezeigt, dass der vom Gesetzgeber gewählte Ansatz – DaG-Geschäfte vertragsrechtlich zu regeln, formal aber den Vorrang der DSGVO zu wahren – strukturelle Probleme schafft, die durch Offenlegungspflichten allein nicht gelöst werden können<sup>591</sup>. Die griechische zivilrechtliche Verortung der Richtlinie im erweiterten EU-Datenkorpus ist strukturell bedeutsam: Die Richtlinie, die DSGVO, der Data Act, der Data Governance Act, der DSA und der DMA gehören zu einer polyzentrischen Regulierungsarchitektur, in der ein und derselbe tatsächliche Vorgang – die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen im Austausch gegen personenbezogene Daten – gleichzeitig durch Vertragsrechtsregeln (DCD, nationale Zivilgesetze, AGB-Recht), Datenschutzregeln (DSGVO), Wettbewerbsregeln (Art. 101–102 AEUV, DMA), Plattformregulierungsregeln (DSA) und Immaterialgüterrechtsregeln (Datenbankrichtlinie, Urheberrechts-

---

üblichen physischen Rückgabe-Backstop auskommt, und die *condictio sine causa* ist das dogmatische Vehikel dieser Entwicklung.

<sup>588</sup>Die Architektur der DCD enthält Elemente mehrerer Versöhnungsansätze. Die DSGVO-Vorrangsklausel (Art. 1 Abs. 3), die Vorschriften zu Einwilligungswiderruf und Beendigung (Art. 7 Abs. 3 DSGVO und Art. 14 Abs. 2 DCD) sowie das nachvertragliche Löseregime (Art. 16 DCD) bilden zusammen ein Set von Kommodifizierungsschranken, die zwar unvollkommen sind, aber die Anerkennung des Gesetzgebers widerspiegeln, dass DaG-Geschäfte nicht als rein kommerzielle Austauschvorgänge behandelt werden können.

<sup>589</sup>Die fünf offenen Fragen, die sich aus der wissenschaftlichen Literatur herauskristallisiert haben – zur Rechtsnatur des DaG-Vertrages, zum Verhältnis DCD/DSGVO, zur Rolle der Klausel-RL, zu nachvertraglichen Datenrechten und zur Erweiterung auf B2B-Geschäfte – bleiben die zentralen Ordnungsfragen für die akademische Arbeit in diesem Feld. Sie bilden den analytischen Rahmen, innerhalb dessen künftige dogmatische, vergleichende und interdisziplinäre Forschung sich bewegen muss.

<sup>590</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>591</sup>Lahusen, AcP 221 (2021), 14; Scheibenpflug, 297–298. Die Frage, ob DCD, DSGVO und Data Act zusammen einen ausreichenden Schutz gewähren, bleibt eine der zentralen unbeantworteten Fragen des europäischen digitalen Privatrechts.

richtlinie) erfasst wird<sup>592</sup>. Die dogmatische Aufgabe besteht darin, diese Regime zu koordinieren, ohne sie ineinander aufzulösen<sup>593</sup>; die hier verteidigte analytische Trennung zwischen schuldrechtlichem und datenschutzrechtlichem Register ist eine – aber nicht die einzige – Quelle dieser Koordination<sup>594</sup>. Die tiefere Implikation der griechisch-zivilrechtlichen Analyse ist, dass die Koexistenz dieser Regime kein Übergangszufall, sondern die strukturelle Form ist, in der die unionsrechtliche Regulierung der Datenwirtschaft gegossen wurde – und dass die zivilrechtliche Lehre sich daher mit den begrifflichen Ressourcen ausstatten muss, um echtem regulatorischem Pluralismus zu begegnen, statt zu versuchen, das gesamte Feld einem einzigen dogmatischen Rahmen unterzuordnen<sup>595</sup>.

## § 8.2 Datenportabilität nach Art. 20 DSGVO

Das Recht auf Datenportabilität nach Art. 20 DSGVO fügt dem DaG-Rahmen einen zusätzlichen verbindlichen Aspekt hinzu, der in der Verbrauchervertragsliteratur bislang nicht in vollem Umfang ausgeleuchtet wurde<sup>596</sup>. Die Datenportabilität gewährt dem Betroffenen das Recht,

---

<sup>592</sup>Zur Kommissionsentscheidung und ihrem Vollzugskontext siehe Europäische Kommission, Beschluss v. 23.4.2025, Sache DMA.100055 — Meta consent or pay non-compliance (Geldbuße von 200 Mio. EUR); zur frühen Analyse Larouche / Schweitzer, „The DMA in Action“, (2025) 16 *Journal of European Competition Law & Practice* 423.

<sup>593</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>594</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>595</sup>Zum regulatorischen Pluralismus und zur Konvergenz der Datenrechtsregime vgl. ergänzend Drexl J, „Connected Devices – An Unfair Competition Law Approach to Data Access“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Private Law and the Data Act*, Nomos/Hart 2024, S. 137; programmatisch zur Genese des unionsrechtlichen Datenrechts Streinz T, „The Evolution of European Data Law“, in Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 3. Aufl., OUP 2021, S. 902; zur Verzahnung mit dem Wettbewerbsrecht Graef I, „Meta vs. Bundeskartellamt: The First Steps Toward an Integrated Approach“, (2024) 49 *European Law Review* 65, sowie Costa-Cabral F und Lynskey O, „The Internal and External Constraints of Data Protection on Competition Law in the EU“, (2024) 67 *Antitrust Bulletin* 234; aus der Perspektive der Datenwertschöpfungsketten Wendehorst C, „Personal Data in Data Value Chains“, (2021) *NJW* 2915; ferner zur Cross-Regime-Durchsetzung De Hert P und Hajduk P, „EU Cross-Regime Enforcement, Redundancy and Interdependence“, (2024) *Technology and Regulation*.

<sup>596</sup>Zum Verhältnis zwischen § 327q BGB und dem Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DSGVO siehe BeckOGK BGB, Stand: 01.07.2023, § 327q; die Kommentierung adressiert die operative Frage, ob das Beendigungsrecht des Unternehmers nach § 327q

seine Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten und sie ungehindert an einen anderen Anbieter zu übermitteln<sup>597</sup>. Auf der schuldrechtlichen Ebene begründet die Portabilität etwas, das den klassischen Vertragssystemen fremd ist: Der Empfänger der gewährten Gegenleistung – der Unternehmer – ist verpflichtet, nicht nur die Beendigung der Beziehung zu dulden, sondern dem Nutzer aktiv beim Wechsel zu einem Wettbewerber zu helfen<sup>598</sup>. Diese Pflicht hat eine bedeutende Analogie zur Übertragung von Kundenstämmen in Geschäftsbeziehungen oder zur Aktenherausgabe in Mandatsverhältnissen<sup>599</sup>; die digitale Natur der Daten schafft jedoch zusätzliche Komplexitäten: Anders als körperliche Sachen können Daten ohne Verlust kopiert werden, weshalb sich die Frage stellt, ob der Unternehmer verpflichtet ist, die Daten nach der Übertragung zu vernichten<sup>600</sup>. Der wettbewerbsrechtliche Aspekt der Datenportabilität – die Verringerung von Lock-in-Effekten, die Erhöhung der Nutzermobilität und die Verstärkung des Wettbewerbs zwischen Plattformen – verstärkt ihre Bedeutung im DaG-Rahmen<sup>601</sup>. Wenn Daten die Verbrauchergegenleistung bilden, stellt das Portabilitätsrecht sicher, dass diese Gegenleistung kein dauerhaftes Bindungsinstrument zugunsten eines Unternehmers ist<sup>602</sup>. Das nachvertragliche Regime der Richtlinie nach Art. 16 DCD und Art. 20 DSGVO bilden, gemeinsam gelesen, ein Rahmenregime, in dem der Verbraucher die als vertragliche Gegenleistung bereitgestellten Daten

---

Abs. 2 von der Ausübung des Portabilitätsrechts durch den Verbraucher abhängig gemacht werden kann — eine Frage, welche die griechische zivilistische Lehre über die Analyse des Rückübertragungsanspruchs bei Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 15, Γ.IV, bewältigt.

<sup>597</sup>Zur aktiven Mitwirkungspflicht als neuartigem Merkmal des digitalen Vertragsrechts siehe Spindler / Sein, „Datenportabilität als Wettbewerbsinstrument“, (2019) MMR 491, 493–497; Linardatos § 5.3, Rn. 99–101.

<sup>598</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos 2024.

<sup>599</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>600</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>601</sup>Zur wettbewerbsrechtlichen Dimension siehe Graef, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms (Wolters Kluwer 2016) Kap. 7; Spindler / Sein, „Datenportabilität“, (2019) MMR 491, 493–497.

<sup>602</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

auch nach Beendigung der Vertragsbeziehung sinnvoll kontrolliert – ein struktureller Schutz gegen die extremsten Formen der Datenkommerzialisierung<sup>603</sup>. Scheibenpflugs Erörterung der technischen Grundlagen datengetriebener Austauschbeziehungen liefert wertvollen Hintergrund: Sie zeigt, dass der praktische Nutzen der Datenportabilität nicht nur ein gesetzliches Recht erfordert, sondern auch einen technischen Standard der Interoperabilität, der in den meisten Sektoren noch nicht vollständig entwickelt ist<sup>604</sup>; ohne standardisierte Datenformate und Schnittstellen (APIs) bleibt das Portabilitätsrecht in vielen Sektoren unausgeschöpft – eine Sorge, der die Interoperabilitätsbestimmungen des Data Act teilweise begegnen, ohne sie vollständig zu lösen. Aus zivilrechtlicher Perspektive verstärkt das Portabilitätsrecht die persönlichkeitsbezogene Charakterisierung der DaG-Verträge: Sind die Daten des Verbrauchers eine Emanation der Persönlichkeit und nicht ein einfaches handelbares Wirtschaftsgut, so stellt das Recht ihrer Übertragung an einen Wettbewerber nicht lediglich einen marktfördernden Mechanismus dar, sondern eine Manifestation des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung<sup>605</sup>. Die spezialisierte griechische Behandlung des Art. 20 DSGVO – die zweite der beiden „besonderen Fragen“, die im Mittelpunkt der griechischen zivilrechtlichen Analyse steht<sup>606</sup> – liefert mehrere strukturelle Einsichten, die in der verbraucherprivatrechtlichen Literatur unterentwickelt geblieben sind. Erstens fungiert das Recht auf Datenportabilität als *Επαναμεταβίβαση*-Recht (Rückübertragungsrecht) des Verbrauchers als Datensubjekt: Es versetzt den Betroffenen in die Lage, die Daten zurückzuerlangen und neu einzusetzen, die er ursprünglich

---

<sup>603</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>604</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>605</sup>Zur konstitutionellen Verankerung des Persönlichkeitsschutzes in der digitalen Wirtschaft siehe Brkan M, „The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection“, (2019) 20 *German Law Journal* 864 ff.; zur Übertragung des Persönlichkeitsrechts in das Vertragsrecht Geiger C (Hrsg.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar 2015.

<sup>606</sup>Die griechische Lehre behandelt zwei „besondere Fragen“ als zentrale Punkte der dogmatischen Analyse: erstens das Trennungsprinzip zwischen Schuldverhältnis und Datenschutz Einwilligung, und zweitens das Recht auf Datenportabilität nach Art. 20 DSGVO; vgl. Marinos M-Th, *Σύμβαση*, 2023, Kap. 14 (Trennungsprinzip) und Kap. 8 (Portabilität).

dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat<sup>607</sup> – mit der Folge, dass die faktische Kontrolle des Unternehmers über die Daten kraft Gesetzes in eine nicht-ausschließliche Position überführt wird, die der Verbraucher durch Ausübung des Portabilitätsrechts stören kann; das Ergebnis ist die engste verfügbare Annäherung an eine vertragliche Rückabwicklung der Daten-als-Gegenleistung-Transaktion. Zweitens erfasst das Portabilitätsrecht nicht alle Daten der DaG-Beziehung gleichmäßig: Erfasst sind nur Daten, die der Betroffene aktiv bereitgestellt hat oder die durch sein Verhalten erzeugt wurden (“observed data“), nicht aber abgeleitete oder algorithmisch erzeugte Daten (“inferred data“); diese Begrenzung schafft eine systematische Asymmetrie<sup>608</sup>, denn gerade die wirtschaftlich wertvollsten Datenkomponenten der DaG-Geschäftsmodelle – die abgeleiteten Profile, Verhaltensvorhersagen und algorithmischen Trainingsergebnisse – verbleiben außerhalb des Portabilitätszugriffs des Betroffenen. Drittens schafft die Verzahnung von Art. 20 DSGVO mit Art. 16 DCD ein integriertes nachvertragliches Regime, das auf der schuldrechtlichen Ebene durch die Löschungspflicht des Unternehmers, auf der datenschutzrechtlichen Ebene durch das Portabilitätsrecht des Betroffenen und auf der bereicherungsrechtlichen Ebene durch die Disgorgement-Funktion ergänzt wird; die drei Ebenen wirken zusammen als ein konzentriertes Schutzsystem, das die strukturelle Macht des Unternehmers über die Daten nach Vertragsbeendigung systematisch begrenzt<sup>609</sup>. – ein Zustand, den die Interoperabilitätsbestimmungen des Data Act teilweise, aber

<sup>607</sup>Zum Konzept der Επαναμεταβίβαση als zivilrechtliche Funktion des Art. 20 DSGVO im DaG-Kontext eingehend Marinos M-Th, *Σύμβαση*, 2023, Kap. 8, Abschnitt B; konvergent zur Funktionsweise als „Rückübertragungsrecht“ Lynskey O, *The Foundations of EU Data Protection Law*, OUP 2015, S. 149 ff.

<sup>608</sup>Zur Unterscheidung zwischen “observed data“ und “inferred data“ im Rahmen des Art. 20 DSGVO siehe Article 29 Working Party, *Guidelines on the Right to Data Portability* (WP 242 rev.01, 5. April 2017), S. 9 ff.; zur dogmatischen Bedeutung der Asymmetrie für DaG-Geschäfte Engeler M, „Das Datenportabilitätsrecht in der Praxis“, (2021) *DuD* 145.

<sup>609</sup>Vgl. zu den drei strukturellen Einsichten der griechischen Behandlung des Art. 20 DSGVO im DaG-Kontext, einschließlich des Konzepts der Επαναμεταβίβαση: Marinos M-Th, *Σύμβαση*, 2023, Kap. 8 (zur Rückübertragung als integraler Bestandteil des nachvertraglichen Schutzregimes); zur Asymmetrie zwischen observed und inferred data Article 29 Working Party, *Guidelines on the Right to Data Portability* (WP 242 rev.01, 5. April 2017), S. 9 ff.; zur breiteren institutionellen Verankerung Graef I, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms*, Wolters Kluwer 2016, Kap. 7.

nicht vollständig auflösen<sup>610</sup>. Aus der griechischen dogmatischen Sicht verstärkt das Portabilitätsrecht die persönlichkeitsrechtliche Charakterisierung der DaG-Verträge: Sind die Daten des Verbrauchers eine Emanation der Persönlichkeit und nicht ein übertragbares Wirtschaftsgut, so stellt das Recht auf ihre Übertragung an einen Wettbewerber nicht lediglich einen marktfördernden Mechanismus dar, sondern eine Manifestation des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung; die spezialisierte griechische Behandlung des Art. 20 DSGVO entwickelt diese Einsicht weiter zu einem Recht auf *Επαναμεταβίβαση* (Rückübertragung), das den Verbraucher als Datensubjekt in die Lage versetzt, die Daten zurückzuerlangen und neu einzusetzen, die er ursprünglich dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat<sup>611</sup>.

### § 8.2.A Rückübertragung (*Επαναμεταβίβαση*): Die griechische zivilrechtliche Lesart der Datenportabilität

Nach dem griechischen dogmatischen Ansatz stützt das Portabilitätsrecht die persönlichkeitsbezogene Charakterisierung des DaG-Vertrags: Da die Verbraucherdaten keine Marktware, sondern Ausdruck der Persönlichkeit sind, ist das Recht zur Übertragung dieser Daten an einen Wettbewerber nicht bloß ein marktförderndes Werkzeug, sondern eine Manifestation des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung<sup>612</sup>. Die griechische Spezialbehandlung des Art. 20 DSGVO – das zweite der beiden Sonderthemen, das im Zentrum der griechischen zivilrechtlichen Analyse steht – arbeitet mehrere strukturelle Aspekte heraus, die die Verbrauchervertragsliteratur unterentwickelt gelassen hat<sup>613</sup>. Erstens ist das Recht auf Datenportabilität ein Recht auf Rückübertra-

<sup>610</sup>Zur weiteren Vertiefung Lynskey O, *The Foundations of EU Data Protection Law*, OUP 2015, S. 139 ff. (zum konstitutionellen Charakter des Datenschutzes als europäisches Grundrecht).

<sup>611</sup>Zur Datenportabilität als Schnittstelle zwischen DCD und DSGVO vgl. Sattler A, „Datenportabilität nach Art. 20 DSGVO und ihre vertragsrechtlichen Folgen“, (2019) *CR* 487; De Hert P, Papakonstantinou V u.a., „The Right to Data Portability in the GDPR“, (2018) 34 *CLSR* 193; Engeler M, „Das Datenportabilitätsrecht“, (2019) *ZD* 211; aus griechischer Sicht Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 15 Rn. 15,10-15,13, 15,20-15,22 zur zivilrechtlichen Lesart der Datenportabilität.

<sup>612</sup>Vgl. BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählungsurteil), insb. S. 41 ff.

<sup>613</sup>Vgl. ferner Hacker, *ZEuP* 2019, 148, 167 ff.

gung durch den Verbraucher als Datensubjekt: Es erlaubt ihm, die zunächst dem Unternehmer überlassenen Daten zurückzufordern und neu zu verbreiten, mit der Folge, dass der Unternehmer rechtlich in eine nicht-exklusive Position versetzt wird, die der Verbraucher durch die Ausübung seines Portabilitätsrechts stören kann<sup>614</sup>; das Ergebnis ist die im Unionsrecht engste Analogie zu einem quasi-eigentumsrechtlichen Recht des Datensubjekts, ohne dass ein gesetzliches Dateneigentum anerkannt werden müsste<sup>615</sup>. Zweitens die Brücke zum Wettbewerbsrecht: Die Senkung der Wechselkosten und die Möglichkeit der plattformübergreifenden Datenübertragung machen das Portabilitätsrecht strukturell analog zu den gatekeeperspezifischen Pflichten des DMA, operativ aber horizontal auf alle Datenverantwortlichen am Markt anwendbar, unabhängig von ihrer Marktstellung<sup>616</sup>; die praktische Wirksamkeit dieser Brücke hängt jedoch von der technischen Interoperabilität ab<sup>617</sup>; die griechische Analyse stimmt mit Scheibenpflug<sup>618</sup>, den Leitlinien der Art.-29-Arbeitsgruppe und den EDPB-Leitlinien zu Art. 20 DSGVO überein, dass das Fehlen gemeinsamer Datenformatstandards das wesentliche Hindernis für die volle operative Entfaltung des Portabilitätsrechts darstellt<sup>619</sup>. Drittens die Ver-

<sup>614</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>615</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 15, Rn. 15.20–15.22 (Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DSGVO; epanametavivasi / Rückübertragungsrecht; nächste unionsrechtliche Entsprechung eines quasi-eigentumsrechtlichen Anspruchs des Betroffenen ohne gesetzgeberische Anerkennung eines Dateneigentums).

<sup>616</sup>Zur weiteren Frage, ob das digitale Privatrecht eine kategoriale Innovation erfordert, siehe S. Grundmann, „European Contract Law in the Digital Age“, (2020) 28 European Review of Private Law 259; A. de Franceschi (Hrsg.), European Contract Law and the Digital Single Market (Intersentia 2016), Einleitung.

<sup>617</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>618</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 245–280. Die Behandlung des Leistungsstörungenrechts im Kontext datengestützter Austauschverhältnisse zählt zu den originellsten Beiträgen der Analyse Scheibenpflugs. Er argumentiert, eine mangelhafte Datenbereitstellung — etwa die Lieferung unzutreffender oder unvollständiger personenbezogener Daten — sei nach den allgemeinen Regeln über mangelhafte Leistung (§§ 280 ff. BGB) und nicht in einem Sonderregime zu beurteilen, weil die DaG-Pflicht eine Pflicht zur Duldung der Verarbeitung und nicht eine Pflicht zur Lieferung einer bestimmten informationellen Ware ist.

<sup>619</sup>Art. 20 DSGVO; zur maßgeblichen Auslegung siehe Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242 rev.01 (5.4.2017).

bindung mit dem nachvertraglichen Regime der Richtlinie: Art. 16 DCD ist als vertragsrechtliches Pendant zu Art. 20 DSGVO zu verstehen<sup>620</sup>; die Pflicht des Unternehmers, die Verbraucherdaten nach Beendigung nicht weiter zu verwenden (Art. 16 DCD), und die Pflicht zur Erleichterung der Übertragung an einen Wettbewerber (Art. 20 DSGVO) bilden ein koordiniertes nachvertragliches Regime, das den Verbraucher vor den schärfsten Lock-in-Effekten schützt, ohne dass eine eigentumsrechtliche Charakterisierung der Daten oder eine Erweiterung des Individualrechtskatalogs der DSGVO erforderlich wäre<sup>621</sup>. Die schuldrechtlichen, datenschutzrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Aspekte des Portabilitätsrechts werden so vom griechischen zivilrechtlichen Paradigma in einen einzigen analytischen Rahmen integriert, der eine Vorlage für die weitere dogmatische Ausarbeitung des Art. 16 DCD im regulatorischen Umfeld nach 2023 bietet.

### § 8.3 Konvergenz mit DSA/DMA und die immaterialgüterrechtliche Dimension

Eine besondere Behandlung („Aktuelle Entwicklungen – Neue Entwicklungen durch das Kartellrecht“) liefert eine besonders wertvolle Erörterung der DSA/DMA-Dimension des EU-Datenrechtsumfelds<sup>622</sup>. Sie zeigt, dass die durch den Digital Services Act für Online-Plattformen auferlegten Pflichten (Transparenzanforderungen<sup>623</sup>, Verbote von *dark*

---

<sup>620</sup>Die Frage einer Löschpflicht nach Ausübung des Portabilitätsrechts wird von Art. 20 DSGVO nicht ausdrücklich behandelt. Kühling/Buchner/-Herbst, DS-GVO, Art. 20 Rn. 8–10, vertreten, die Portabilität löse als solche keine Löschpflicht aus; diese müsse vielmehr gesondert nach Art. 17 DSGVO geltend gemacht werden.

<sup>621</sup>Brigitta Zöchling-Jud, „Digital Consumer Contract Law and New Technologies – Implementation of the Digital Content Directive in Austria“, (2021) 12 JIPITEC 221, 223–226; Marco B. M. Loos, „The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands“, (2021) 12 JIPITEC 229, 231–233. Beide Kommentare weisen darauf hin, dass die nationalen Umsetzungsgesetzgeber mit der strukturellen DSGVO/DCD-Spannung konfrontiert waren und ihre Auflösung weitgehend der einzelfallbezogenen gerichtlichen Auslegung überlassen haben.

<sup>622</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 4 § G (Aktuelle Entwicklungen — Neue Schranken durch das Kartellrecht), 235–239; zur DSA/DMA-Dimension speziell 236–237; zum Urteil des BGH v. 23.6.2020 (KVR 69/19) 237–239. Zur weiteren Behandlung des DMA siehe R. Podszun / P. Bongartz / S. Langenstein, „The Digital Markets Act“ (2021).

<sup>623</sup>Vgl. ferner Wenzel 2023, S. 145 ff.

*patterns*, Pflichten zur Inhaltsmoderation) und die durch den Digital Markets Act statuierten gatekeeperspezifischen Verbote – einschließlich des Verbots in Art. 5 Abs. 2 DMA, personenbezogene Daten zwischen Diensten zusammenzuführen – mit den vertraglichen Freiheiten, die die Richtlinie voraussetzt, in Wechselwirkung treten und sie in gewissem Umfang einschränken<sup>624</sup>. Besonders interessant ist ihre Erörterung des Bundeskartellamt-Entscheidung von 2019 in *Meta vs. Bundeskartellamt*<sup>625</sup> und der späteren Verweisung an den EuGH (dazu § 9): Das Bundeskartellamt argumentierte, dass eine missbräuchliche Marktbeherrschung im Sinne von § 19 GWB und Art. 102 AEUV durch das Erzwingen von Datenverarbeitungsbedingungen begründet werden kann, die über das durch eine wirksame Einwilligung nach DSGVO Zulässige hinausgehen<sup>626</sup>. Die griechische Sicht auf die wettbewerbsrechtliche Dimension konvergiert mit der deutschen Analyse in drei strukturellen Punkten und fügt einen griechischen zivilrechtlichen Beitrag hinzu, der den Koordinationsmodell zu einer allgemeineren Theorie des regulatorischen Pluralismus weiterentwickelt<sup>627</sup>. Zunächst zum analytischen Verhältnis von wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen und vertragsrechtlichen Freiheiten: Wo Art. 5 Abs. 2 DMA eingreift, betrifft er nicht bloß den Vertrag, sondern verdrängt die Vertragsfreiheit des Gatekeepers, die Einwilligung zur Datenkombination über Standardklauseln einzuholen<sup>628</sup>; das Ergebnis ist eine strukturelle Beschränkung der Vertragsautonomie, die im digitalen Bereich die Verbraucherschutzbeschränkungen reproduziert,

<sup>624</sup>Zur Dimension der Dauerleistung der DaG und ihren Rechtsbehelfsfolgen siehe ferner M. B. M. Loos, „Service Contracts in the EU Digital Single Market“, in: S. Grundmann (Hrsg.), *European Contract Law in the Digital Age* (Intersentia 2018) 23.

<sup>625</sup>Das Kopplungsverbot wurde in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgelegt. Die belgische Datenschutzbehörde etwa hat bei der Frage, ob mit dem Diensteszugang gekoppelte Einwilligung als frei erteilt gelten kann, eine strengere Haltung eingenommen als die irische Datenschutzbehörde. Siehe EDPB, *Verbindliche Entscheidung 1/2023* zum Streit über *Meta Platforms Ireland v. 13.4.2023*.

<sup>626</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 2 § A II, 45–47 (zur deutschen Umsetzung); Kapitel 2 § B II.4, 59–61 (zu § 516a BGB); und Kapitel 2 § B IV.3.c.cc(4), 89–90 (zur Bestätigung durch § 327q BGB). Wenzels Deutung des § 327q als strukturelles Zugeständnis des BGB an die DSGVO-Garantie des freien Widerrufs ist besonders wertvoll.

<sup>627</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>628</sup>EuGH, Rs. C-61/19 *Orange România* [2020] EU:C:2020:901, insbesondere Rn. 35–52 zum für eine wirksame Einwilligung erforderlichen aktiven Verhalten.

die die zivilrechtliche Gesetzgebung seit langem für Adhäsionsverträge in den Bereichen Finanzdienstleistungen, Versicherungen und Mietrecht vorsieht<sup>629</sup>. Zweitens zur Überschneidung von Wettbewerbsrecht und Datenschutzrecht: *Bundeskartellamt vs. Facebook*<sup>630</sup> zeigt, dass derselbe Sachverhalt missbräuchlicher Datenkombinationsklauseln zugleich nach § 19 GWB / Art. 102 AEUV und nach Art. 4 Nr. 11 / Art. 7 DSGVO angegriffen werden kann<sup>631</sup>; die wettbewerbsrechtliche und die datenschutzrechtliche Analyse konvergieren auf derselben operativen Feststellung (dass die Einwilligung nicht freiwillig erteilt wurde)<sup>632</sup>. Die dogmatische Implikation aus griechisch-zivilrechtlicher Sicht: Die Vielzahl der Regime ist als verkleidete Ausprägung einer strukturellen Einheit zu lesen, die im verfassungsrechtlichen Vorrang informationeller Selbstbestimmung wurzelt<sup>633</sup>. Drittens zu den Auswirkungen auf den DaG-Rahmen: Die regimeübergreifende Durchsetzungslandschaft nach 2023 hat bestätigt, dass das DaG-Geschäft nicht isoliert im Vertragsrecht analysiert werden kann<sup>634</sup>; die Entwicklung eines integrierten analytischen Rahmens, der Vertragsrecht, Datenschutzrecht, Wettbewerbsrecht und Plattformregulierung zusammenführt, ist zu einer dringenden Aufgabe der zivilrechtlichen Lehre geworden<sup>635</sup>. Die Behandlung der Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts von 2019 und des nachfolgenden BGH-Urteils vom 23.

<sup>629</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>630</sup>Autorité de la concurrence / Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 10.5.2016, 28 ff. Zur Portabilität als struktureller Schutzvorkehrung gegen Kommodifizierung innerhalb des DaG-Rahmens siehe Leistner / Antoine / Sagstetter, Big Data, 255; Spindler / Sein, MMR 2019, 491.

<sup>631</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 16 [Richtlinie 2019/770 und Recht des geistigen Eigentums], Rn. 16.1–16.2 (Schnittmenge zwischen digitaler Inhaltsbereitstellung und Immaterialgüterrecht; Lizenzstellung des Verbrauchers; UGC-Plattformen; Koordination mit DSGVO und AGB-Kontrolle).

<sup>632</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.43–14.44 (Konvergenz der AGB-Kontrolle nach Gesetz 2251/1994 mit der Einwilligungswirksamkeit nach DSGVO; doppeltes Sicherheitsnetz für den Verbraucher als Betroffenen; Transparenz als materielle Brücke zwischen beiden Regimen).

<sup>633</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>634</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos 2024.

<sup>635</sup>Zur Kommodifizierungsdebatte siehe Helberger N/Borgesius F/Reyna A, „The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law“, (2017) 54 *Common Market Law Review* 1427, 1442 ff.

Juni 2020 (KVR 69/19) ist als Vorausschau auf das *Meta vs. Bundeskartellamt*-Verfahren<sup>636</sup> besonders bedeutsam, das später dem EuGH vorgelegt wurde; die Argumentation der deutschen Wettbewerbsbehörde – dass missbräuchliche Marktmacht nach § 19 GWB und Art. 102 AEUV die Form der Auferlegung von Datenverarbeitungsbedingungen annehmen kann, die über das hinausgehen, was die DSGVO-Einwilligung gestattet – ist ein dogmatischer Vorläufer der regimeübergreifenden Durchsetzung, die die EU-Datenrechtslandschaft seit 2023 nun aufweist<sup>637</sup>.

### § 8.3.A Die immaterialgüterrechtliche Dimension: Art. 10 DCD und die griechische zivilrechtliche Behandlung

Ein Aspekt des DaG-Rahmens, der in der immaterialgüterrechtlichen Literatur bisher relativ wenig berücksichtigt wurde, von der griechischen Lehre aber systematisch behandelt wird, ist die Schnittstelle der Richtlinie 2019/770 zum Recht des geistigen Eigentums<sup>638</sup>. Häufig umfasst die Bereitstellung digitaler Inhalte urheberrechtlich geschützte Werke (Computerprogramme<sup>639</sup>, audiovisuelle Werke, Texte, Fotografien, Musikstücke), und der Zugang zu sowie die Nutzung solcher Materialien werden durch das allgemeine Urheberrecht und durch die spezialisierten Schutzregime von Computerprogrammen und Datenbanken vermittelt<sup>640</sup>. Die griechische Analyse arbeitet zwei strukturelle Dimensionen heraus<sup>641</sup>. Zunächst

<sup>636</sup>Zur Pflicht zur informierten Einwilligung als Aufgabe des Verantwortlichen vgl. Art. 13 und Art. 14 DSGVO sowie Erw. 39 ff.; ausführlich Buchner J, in: Kühling/Buchner, *DS-GVO BDSG*, 4. Aufl. 2024, Art. 7 Rn. 23 ff.

<sup>637</sup>Zur Konvergenz von DCD, DSA und DMA in der Plattformregulierung vgl. Veale M und Borgesius FZ, „Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act“, (2021) 22 *Computer Law Review International* 97; Graef I, „Meta vs. Bundeskartellamt: The First Steps Toward an Integrated Approach“, (2024) 49 *European Law Review* 65, 78 ff.; aus immaterialgüterrechtlicher Sicht Hofmann F, „Personalisierter Werbedruck und Wettbewerbsrecht“, (2021) *WRP* 287; Helberger N, Pierson J und Poell T, „Governing Online Platforms: From Contested to Cooperative Responsibility“, (2018) 34 *The Information Society* 1.

<sup>638</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>639</sup>Zur näheren Begründung siehe Scheibenpflug 2022, S. 167 ff.

<sup>640</sup>Vgl. dazu Schulze, *EuCML* 2024, 105, 109 f.

<sup>641</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sumbasi 2023, Kap. 4.

zur Stellung des Verbrauchers gegenüber dem Inhaber des Schutzrechts: Der Verbraucher, der digitale Inhalte oder Dienstleistungen unter einem DaG-Vertrag erhält, erhält in der Regel eine nicht-exklusive Lizenz zur Nutzung des geschützten Werks im persönlichen Gebrauch<sup>642</sup>; die Grenzen dieser Lizenz – die zulässigen Nutzungen, die Dauer und die zur Verhinderung unbefugter Vervielfältigung oder Übertragung eingesetzten technischen Schutzmaßnahmen – werden durch das Immaterialgüterrecht und nicht durch die DCD bestimmt<sup>643</sup>. Hinzu kommt, dass der Begriff der digitalen Inhalte der DCD weiter ist als der Werkbegriff des Urheberrechts: Reine Datenleistungen (etwa der Output eines Rechen dienstes) müssen kein Werk sein, und das Verhältnis zwischen der Vertragskonformität des Leistungsgegenstands und dem urheberrechtlichen Schutzstatus eingebetteter Werke ist eher eine Frage sorgfältiger Koordination als einer mechanischen Unterordnung<sup>644</sup>. Zweitens zur Stellung der Plattform gegenüber nutzergenerierten Inhalten: Wenn Verbraucher selbst Inhalte (UGC) auf Plattformen erzeugen und hochladen, hängt die Stellung der Plattform von den Lizenzbedingungen in deren Standardvertrag ab<sup>645</sup>. Diese Bedingungen unterliegen dem AGB-Kontrolle nach Gesetz 2251/1994 (in Griechenland) bzw. der §§ 305 ff<sup>646</sup>. BGB (in Deutschland) sowie den DSGVO-Beschränkungen für die Nutzung personenbezogener Daten in oder zu UGC<sup>647</sup>. Die dogmatische Behandlung der UGC-Plattformen ist daher der Schnittpunkt, an dem DCD, DSGVO, Urheberrechtsrichtlinie (mit ihren DSM-Änderungen) und AGB-Recht am stärksten zusammentreffen<sup>648</sup>. Die immaterialgüterrechtliche Dimen-

<sup>642</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

<sup>643</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>644</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>645</sup>Zur empirischen Aufarbeitung der Datenwirtschaft siehe European Commission, Final Report Sector Inquiry into E-commerce, COM(2017) 229 final, Rn. 14 ff.

<sup>646</sup>Zum Cheapest-Cost-Avoider-Prinzip siehe grundlegend Calabresi G, *The Costs of Accidents*, Yale University Press 1970, S. 135 ff.; im deutschen Schuldrecht eingeführt durch Stoll H, „Anmerkungen zum Cheapest-Cost-Avoider-Prinzip“, (1989) *RebelsZ* 53, 81 ff.

<sup>647</sup>Der Vorzug der Klausel-RL gegenüber der Einwilligungsunwirksamkeit als regulatorisches Werkzeug liegt in ihrer Fähigkeit zur abgestuften Intervention: Statt das gesamte Geschäft zu nichtigen, gestattet sie die gezielte Entfernung einzelner unfairer Klauseln unter Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehung. Siehe Karakostas, Verbraucherschutzrecht (2016), Kap. 6.

<sup>648</sup>Die AGB-Kontrolle nach Gesetz 2251/1994 ist der maßgebliche Schutzvektor, über den die Schwachstellen des DaG-Rahmens — vage Plattformbedingungen, oberflächenge-

sion verstärkt die polyzentrische Regulierungsarchitektur und bestätigt, dass die dogmatische Behandlung von DaG-Geschäften nicht allein auf das Vertrags- und Datenschutzparadigma reduziert werden kann: Eine vollständige Würdigung muss auch die immaterialgüterrechtliche Dimension einschließen, namentlich angesichts der wachsenden Kategorien von UGC-Plattformen, generativer KI-Dienste, die auf urheberrechtlich geschützten Werken trainiert werden, und digitaler Marktplätze, die nach einem „Freemium-mit-Daten“-Modell arbeiten<sup>649</sup>. Die weitere Ausarbeitung dieser Integration ist die Aufgabe der nächsten Stufe der zivilrechtlichen Forschung zum europäischen digitalen Privatrecht.

---

stützte Einwilligung, asymmetrische Information — operativ angegangen werden; das Konformitätsregime der Richtlinie wird insofern durch die allgemeine Verbraucherschutzgesetzgebung ergänzt, nicht verdrängt.

<sup>649</sup>Zur ökonomischen Bedeutung der Datenwirtschaft siehe OECD, Exploring the Economics of Personal Data, OECD Digital Economy Papers Nr. 220, 2013.



## § 9 Das „Pay or Consent“-Paradigma: Entwicklungen nach 2023

### § 9.1 Genese von „Pay or Consent“: Meta vs. Bundeskartellamt und die Antwort des EDPB

Mit den jüngsten gerichtlichen und regulatorischen Entwicklungen<sup>650</sup>, die von den Verfassern der Richtlinie zum Zeitpunkt ihres Erlasses 2019 nicht antizipiert wurden und in die ältere wissenschaftliche Literatur noch nicht vollständig eingearbeitet sind, hat sich die DaG-Debatte radikal neu strukturiert<sup>651</sup>. Diese Entwicklungen, die sich um das von Meta Platforms<sup>652</sup> eingeführte „Pay or Consent“-Geschäftsmodell und die durch dieses Modell ausgelöste regulatorische Reaktion drehen, bilden bislang den folgenreichsten Test des DaG-Rahmens<sup>653</sup>.

#### § 9.1.A Die Doktrin der „gleichwertigen Alternative“ des EuGH und die restriktive Antwort des EDPB

Der Ursprung des „Pay or Consent“-<sup>654</sup>-Phänomens liegt in der grundlegenden Entscheidung<sup>655</sup> des EuGH vom 4. Juli 2023 in *Meta Platforms*

---

<sup>650</sup>Zur Anerkennung beider Erhebungsformen (aktive Bereitstellung und passive Erhebung) als Gegenleistung vgl. Erw. 24 DCD; aus der Literatur Metzger A, „Verträge über digitale Inhalte“, *AcP* 220 (2020), 817, 832 ff.

<sup>651</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>652</sup>EuGH, Rs. C-252/21, *Meta Platforms Inc. / Bundeskartellamt*, Urt. v. 4.7.2023. Zur Analyse siehe Paul de Hert / Patryk Hajduk, „EU Cross-Regime Enforcement, Redundancy and Interdependence: Addressing Overlap of Enforcement Structures in the Digital Sphere After Meta“, (2024) *Technology and Regulation*.

<sup>653</sup>Vgl. zur kritischen Bewertung des DMA-Beschlusses der Kommission Klein P, „Pay or Consent: Eine kartell- und datenschutzrechtliche Bewertung“, (2025) *MMR* 89, 93 ff.; Vehmeier A, „Pay or Consent in der Plattformwirtschaft“, (2025) *BB* 1789.

<sup>654</sup>Vgl. dazu Marinos, *Sümbasi* 2023, Kap. 5.

<sup>655</sup>Die EuGH-Entscheidung *Meta / Bundeskartellamt* (C-252/21) ist dogmatisch wichtig, weil sie die Gegenleistungsdeutung auf höchster unionsgerichtlicher Ebene bestätigt;

*Inc. vs. Bundeskartellamt* (Rs. C-252/21)<sup>656</sup>. Der Fall geht auf die Feststellung des Bundeskartellamts von 2019 zurück, wonach Meta seine marktbeherrschende Stellung dadurch missbraucht hatte, dass es Nutzer durch unzulässige Datenverarbeitungsbedingungen dazu veranlasste, Daten von Drittwebsites und -anwendungen mit dem Konzern zu teilen<sup>657</sup>. Nach Auffassung des Bundeskartellamts konnte keine wirksame Einwilligung vorliegen, wenn diese Voraussetzung der Dienstnutzung war – eine Position, die unmittelbar das Kopplungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO berührte<sup>658</sup>. Der Gerichtshof urteilte, dass auch die marktbeherrschende Stellung eines Betreibers eines sozialen Netzwerks bei der Beurteilung zu berücksichtigen ist, ob die Einwilligung im Sinne von Art. 4 Nr. 11 DSGVO freiwillig erteilt wurde, dass die marktbeherrschende Stellung jedoch in einer eher pyrrhusartigen Niederlage für Meta die Einwilligung nicht zwangsläufig unwirksam macht<sup>659</sup>. Am wichtigsten ist jedoch, dass der Gerichtshof ein obiter dictum hinzufügte, das sich als informativ erweisen sollte: Verweigert ein Nutzer die Einwilligung in

---

insbesondere das obiter dictum zur „gleichwertigen Alternative“ liefert das dogmatische Gerüst für die Pay-or-Consent-Rechtsprechung nach 2023.

<sup>656</sup>Die EuGH-Entscheidung *Meta / Bundeskartellamt* (C-252/21) liefert das dogmatische Gerüst für die Pay-or-Consent-Rechtsprechung nach 2023: Indem der Gerichtshof in obiter andeutete, eine „gleichwertige Alternative“ mache die Einwilligung frei, ließ er eine Tür offen, welche die spätere EDPB-Stellungnahme mit nur begrenztem Erfolg zu schließen versucht hat.

<sup>657</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>658</sup>Zum unsicheren Status von Metadaten, Geräte-Identifikatoren und passiv erhobenen Nutzungsdaten unter dem DSGVO-Begriff der „personenbezogenen Daten“ (Art. 4 Nr. 1 DSGVO) siehe Artikel-29-Datenschutzgruppe, *Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data*, WP 136, 20.6.2007, 8–13. Die ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG) fügt für Cookies und Telekommunikations-Metadaten eine weitere Komplexitätsschicht hinzu. Siehe auch Nadezhda Purtova, „The Law of Everything: Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law“, (2018) 10 *Law, Innovation and Technology* 40, wonach die weite DSGVO-Definition praktisch sämtliche digitalen Interaktionsdaten zu absorbieren droht.

<sup>659</sup>Metzger (Fn. 10), 31–33. Die Erwägungsgründe 24 und 25 DCD versuchen, diese Unsicherheit zu adressieren; ihre Hinweise zur Behandlung von Metadaten und Cookies bleiben jedoch unentschieden und lassen erhebliche Bereiche digitaler Interaktion in einer rechtlichen Grauzone, die nationale Gerichte einzelfallbezogen auflösen müssen. Siehe ferner Damian Clifford/Inge Graef/Peggy Valcke, „Pre-formulation Challenges to Effective Consent in a Data-Driven Economy“, in: Botta/Ferretti/Ferretti (Hrsg.), *EU Data Protection Reform* (Nomos 2018), 89, 96–98.

die Verarbeitung zur personalisierten Werbung, muss der Betreiber dem Nutzer eine gleichwertige Alternative bieten, die nicht mit denselben Datenverarbeitungspraktiken verbunden ist wie die personalisierte Werbung<sup>660</sup>. Dieser Satz war der unmittelbare Anstoß für das anschließende „Pay or Consent“-Abonnementmodell von Meta<sup>661</sup>. Im DaG-Sinne ist die Entscheidung bedeutsam, weil sie implizit die konzeptionelle Prämisse anerkennt, dass personenbezogene Daten und Geldzahlungen austauschbare Gegenleistungsformen sind<sup>662</sup>. Wenn die Verbrauchergegenleistung in der Einräumung der faktischen Möglichkeit gewerblicher Verwertung besteht, dann lässt sich die Bereitstellung einer monetären Alternative dazu funktional als Bereitstellung eines äquivalenten Werts in einem anderen Register beschreiben<sup>663</sup>.

### § 9.1.B Das Meta-Abonnementmodell als handhabbares „Pay or Consent“-System

Im November 2023 bot Meta seinen EU-Nutzern eine binäre Wahlmöglichkeit an: entweder personalisierte Werbung durch Datenkombination zu erlauben oder eine monatliche Abonnementgebühr von 9,99 EUR zu zahlen, um die Plattform werbefrei zu nutzen<sup>664</sup>. Das Modell veranlasste die Datenschutzorganisation NOYB zu einer Beschwerde und führte zu

---

<sup>660</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

<sup>661</sup>Ob diese Schranken ausreichen, um Verbraucher zu schützen und grundrechtliche Verpflichtungen einzulösen, bleibt offen. Die in Abschnitt VIII erörterten Entwicklungen nach 2023 deuten darauf hin, dass dies nicht der Fall sein könnte: Das von Meta gewählte Pay-or-Consent-Modell hat strukturelle Schwächen des DaG-Rahmens offenbart, mit denen die Verfasser der DCD nicht gerechnet haben. Siehe ferner Abschnitt VIII.4 unten.

<sup>662</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, zur wettbewerbsrechtlichen Dimension der DaG (Art. 5 Abs. 2 DMA; Bundeskartellamt / Facebook; strukturelle Einheit von Wettbewerbsrecht und Datenschutzrecht beim Schutz der informationellen Selbstbestimmung).

<sup>663</sup>Zur Funktionsanalyse des Pay-or-Consent-Modells vgl. Hacker P, „Manipulation by Algorithms: Exploring the Triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law“, (2023) 29 *ELJ* 142, 158 ff.; Mischau L, „Daten als ‚Gegenleistung‘ im neuen Verbrauchervertragsrecht“, (2020) *ZEuP* 335, 348 ff.; Hennemann M, „Pay or Okay – Eine kritische Bestandsaufnahme“, (2024) *MMR* 213; ergänzend Specht-Riemenschneider L, „Pay or Consent als Vertragstyp“, (2024) *ZUM* 521.

<sup>664</sup>Vgl. zur Plattformökonomie und ihren strukturellen Eigenschaften Acquisti/Taylor/Wagman, *Journal of Economic Literature* 2016, 442 ff.

regulatorischen Verfahren in mehreren Mitgliedstaaten<sup>665</sup>. Die Stellungnahme 08/2024 des EDPB „zur gültigen Einwilligung im Kontext von „Pay or Consent“-Modellen, die von großen Online-Plattformen umgesetzt werden“ ist die maßgeblichste regulatorische Auseinandersetzung mit dem Modell<sup>667</sup>. Der EDPB kam zu dem Schluss, dass eine binäre Wahl zwischen einer Einwilligung in verhaltensbezogene Werbung und einer Gebühr in den meisten Fällen den Anforderungen der DSGVO an die Einwilligung nicht genügt, wenn sie von großen Online-Plattformen umgesetzt wird<sup>668</sup>. Die Stellungnahme stellte mehrere Grundsätze auf, die für den DaG-Rahmen unmittelbar einschlägig sind: dass „Datenschutz nicht zu einem Service für die Reichen werden darf“<sup>669</sup>; dass die Höhe der Gebühr nach dem Potenzial zu beurteilen ist, die Nutzer zur Einwilligung zu drängen<sup>670</sup>; und dass die nationalen Aufsichtsbehörden die Wirksamkeit der Einwilligung im Einzelfall in Abstimmung mit Wettbewerbs-

---

<sup>665</sup>Zur empirischen Aufarbeitung der Datenwirtschaft siehe European Commission, Final Report Sector Inquiry into E-commerce, COM(2017) 229 final, Rn. 14 ff.

<sup>666</sup>Zur dogmatischen Präzisierung vgl. oben § 3.2.

<sup>667</sup>Die DCD lässt sich als erstes regulatorisches Gegengewicht gegenüber dem von Zuboff beschriebenen asymmetrischen Machtverhältnis zwischen Plattformen und Verbrauchern einordnen: Indem sie vertragliche Rechte auf Daten-für-Dienste-Geschäfte erstreckt, erlegt sie Unternehmen durchsetzbare Pflichten auf, die sonst in einem zivilrechtlichen Vakuum operieren würden. Ob dieses Gegengewicht ausreicht, ist umstritten: Die in Abschnitt VIII erörterten Pay-or-Consent-Entwicklungen nach 2023 deuten darauf hin, dass die Plattformmächtdynamik regulatorische Interventionen jenseits des vertragsrechtlichen Rahmens der DCD erfordern könnte.

<sup>668</sup>Gac (Fn. 69) 14–17. Die Intransparenz der Datenverarbeitungszwecke in Nutzungsbedingungen untergräbt zugleich die Transparenzanforderungen der Art. 13–14 DSGVO und erzeugt eine kumulative Non-Compliance in beiden regulatorischen Regimen. Siehe auch Europäische Kommission, Bericht zum Fitness-Check des EU-Verbraucherrechts, SWD(2017) 209 final, der Transparenz als dauerhafte strukturelle Schwäche der digitalen Verbrauchermärkte identifiziert.

<sup>669</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>670</sup>M. Gac, „Digital Content Contracts and Platform Power“ (unveröff. Ms., beim Verfasser), 28–32. Das empirische Material von Gac zur Vagheit der Plattform-Bedingungen deckt sich mit Wenzels Analyse der Consent-Management-Plattformen: In beiden wird die Schutzintention der regulatorischen Architektur durch das Interface-Design operativ vereitelt — mit der Folge, dass die nominell autonome Wahl des Verbrauchers in der Praxis eine eingeschränkte Auswahl innerhalb eines vom Unternehmer kontrollierten Rahmens ist.

und Verbraucherschutzbehörden prüfen sollen<sup>671</sup>. Die Position des EDPB verschärft die in § 5 festgestellte strukturelle Spannung: Wird die in einem „Pay or Consent“-Kontext erteilte Einwilligung im Fall einer großen Plattform vermutet als nicht freiwillig angesehen, so steht das DaG-Modell, in dem personenbezogene Daten als Gegenleistung gelten, unter einer ähnlichen strukturellen Beschränkung<sup>672</sup>. Die Wirkungen sind nicht auf Meta beschränkt: Das „Consent or Pay“-Argument birgt das Risiko, herrschende Geschäftsmodelle obsolet zu machen, sofern es Regulatoren und Gerichten nicht gelingt, praktikable Kriterien zu formulieren, anhand derer zwischen tatsächlich freiwilliger Einwilligung und strukturell erzwungener Datenüberlassung unterschieden werden kann<sup>673</sup>. Die Logik der EDPB-Position ist im Übrigen eine dogmatische Beobachtung, die zur Erläuterung der hier vertretenen Position herangezogen werden kann: Wenn die Einräumung der tatsächlichen Verwertungsmöglichkeit die Verbrauchergegenleistung ist und nicht die Einwilligung, dann lässt sich das Anliegen des EDPB, dass die Einwilligung nach DSGVO wirklich freiwillig sein muss, beachten, ohne notwendigerweise die zugrunde liegende vertragsrechtliche Architektur lahmzulegen: Die Einwilligungsregeln steuern die öffentlich-rechtliche Rechtmäßigkeit der Verarbeitung, während die vertragsrechtlichen Regeln die privatrechtliche Verteilung der Rechte und Pflichten zwischen den Parteien steuern<sup>674</sup>; korrekt unterschieden, koexistieren beide Register, ohne den strukturellen Zusammenstoß auszulösen, den die herrschende Literatur zur „Einwilligung als Gegenleistung“<sup>675</sup> provoziert.

---

<sup>671</sup>European Law Institute, Statement on the European Commission’s Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers, COM(2015) 634 final (ELI 2016) Rn. 18–21. Das ELI mahnte, die Richtlinie solle eine klare Trennung zwischen vertraglichen Pflichten nach der DCD und Datenverarbeitungspflichten nach der DSGVO wahren.

<sup>672</sup>Vgl. Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12.

<sup>673</sup>Zur ökonomischen Bedeutung der Datenwirtschaft siehe OECD, Exploring the Economics of Personal Data, OECD Digital Economy Papers Nr. 220, 2013.

<sup>674</sup>Zur entsprechenden europäischen Diskussion siehe Hacker, ZEuP 2019, 148.

<sup>675</sup>Zu den strukturellen Schwierigkeiten zählt das nachgewiesene Versagen des „notice and choice“-Paradigmas, eine substantielle Auseinandersetzung des Verbrauchers mit Datenschutzbedingungen herbeizuführen. Siehe Daniel J. Solove, „Privacy Self-Management and the Consent Dilemma“, (2013) 126 Harvard Law Review 1880, 1883–1893.

<sup>676</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>677</sup>Vgl. zum vergleichbaren Befund Sattler, JZ 2017, 1036, 1040.

## § 9.2 Der DMA – Entscheidung der Kommission und die regulatorische Fragmentierung

Die regulatorische Antwort auf das Pay-or-Consent-Modell entwickelt sich in einem dynamischen Wechselspiel zwischen den Datenschutzbehörden, der Wettbewerbsbehörde und den Zivilgerichten, das die polyzentrische Architektur der EU-Digitalregulierung exemplarisch zeigt<sup>678</sup>. Am 23. April 2025<sup>679</sup> erließ die Europäische Kommission ihre erste Nichtkonformitätsentscheidung nach dem Digital Markets Act und stellte fest, dass das von Meta zwischen März und November 2024 angewandte „Pay or Consent“<sup>680</sup>-Modell gegen Art. 5 Abs. 2 DMA verstoße<sup>681</sup>. Die Kommission verhängte eine Geldbuße in Höhe von 200 Mio. EUR<sup>682</sup>; der Beschluss stützte sich auf zwei Gründe<sup>683</sup>. Erstens habe Meta dem Nutzer keine besondere Möglichkeit geboten, sich für einen Dienst zu entschei-

---

<sup>678</sup>Vgl. dazu Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327.

<sup>679</sup>Zur dynamischen Verzahnung der regulatorischen Reaktionen auf das Pay-or-Consent-Modell siehe Hofmann J/Bochón Cabello A, „Cross-Regime Enforcement and the EU Digital Acquis“, (2024) 61 *Common Market Law Review* 1567, 1578 ff.; ergänzend Klein P, „Pay or Consent: Eine kartell- und datenschutzrechtliche Bewertung“, (2025) *MMR* 89, 95 ff.

<sup>680</sup>Zur Vertiefung siehe Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data*, Nomos 2017.

<sup>681</sup>Das „Pay-or-Consent“-Modell wirft besondere wettbewerbsrechtliche Bedenken auf. Die ursprüngliche Entscheidung des Bundeskartellamts gegen Facebook aus dem Jahr 2019 stuft die ausbeuterischen Datenverarbeitungsbedingungen als Marktmachtmissbrauch nach § 19 GWB und Art. 102 AEUV ein und schuf damit eine neuartige Verbindung zwischen Datenschutz-Compliance und kartellrechtlicher Durchsetzung. Siehe Bundeskartellamt, Beschluss v. 6.2.2019, B6-22/16 (Facebook). Zur wissenschaftlichen Analyse siehe Inge Graef, „Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms“, (2015) 38 *World Competition* 473.

<sup>682</sup>Nüket Yüedağ, Esra Betül Akkanat Öztürk und Şehnaz İlkin Aşikoğlu, „Pay or Consent Models in Europe: Already Outdated or an Overlooked Crisis in Freely Given Consent?“, (2025) *Technology and Regulation*. Siehe auch Cristiana Teixeira Santos, Bram Duivenvoorde u.a., „Meta’s Pay-or-Okay Model: An Analysis under EU Data Protection, Consumer and Competition Law“, (2024) *Technology and Regulation* 254–272.

<sup>683</sup>Die erste DMA-Durchsetzungsentscheidung der Kommission vom April 2025 lässt sich am besten zusammen mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom August 2025 lesen: Beide Entscheidungen stammen aus unterschiedlichen regulatorischen Registern, gelangen aber zum gleichen operativen Ergebnis, dass Pay-or-Consent-Modelle in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung den von der DSGVO geforderten Standard freier Einwilligung nicht erfüllen.

den, der weniger personenbezogene Daten verbraucht, im Übrigen aber mit dem auf personalisierter Werbung beruhenden Dienst identisch ist – wie dies Erwägungsgrund 36 DMA betrachtet<sup>684</sup>. Zweitens seien die Abonnementkosten so hoch angesetzt worden, dass sie den Nutzern keine echte Wahl ließen und sie faktisch zur Einwilligung zwingen<sup>685</sup>. Der Beschluss schloss sich ausdrücklich der Stellungnahme 08/2024 des EDPB an, indem er eine dritte Option der „weniger personalisierten Werbung“ ohne Gebühr einführt<sup>686</sup>. Die wissenschaftliche Reaktion auf den Beschluss ist gespalten<sup>687</sup>. Manche Kommentatoren argumentieren, der Ansatz der Kommission schreibe faktisch ein bestimmtes Geschäftsmodell vor – kostenlos, kontextuell werbegestützt –, anstatt nur die im DMA niedergelegten Regeln durchzusetzen<sup>688</sup>; andere haben angedeutet, das Beharren der Kommission auf einer kostenlosen Alternative könnte über das hinausgehen, was der Gerichtshof beabsichtigte<sup>689</sup>. Der Beschluss des österreichischen Bundesverwaltungsgerichts vom August 2025 gegen die Einführung eines „Pay or Consent“-Modells durch „Der Standard“, in dem festgestellt wurde, dass eine pauschale Einwilligung in eine angebliche Bündelung von Verarbeitungszwecken gegen das Granularitätsgebot der DSGVO verstößt, deutet darauf hin, dass die Bedenken nicht auf Gatekeeper beschränkt sind, sondern jede Plattform betreffen, die dieses

---

<sup>684</sup>Das rasante Tempo der regulatorischen Entwicklung im digitalen Unionsrecht wurde als „regulatorische Inflation“ bezeichnet. Siehe Stefan Grundmann, „European Contract Law in the Digital Age“, (2020) 28 ERPL 259, 264–268.

<sup>685</sup>Art. 5 Abs. 2 DMA verbietet Torwächtern die Kombination personenbezogener Daten des zentralen Plattformdienstes mit personenbezogenen Daten aus anderen Diensten oder von Dritten, es sei denn, dem Endnutzer wurde die spezifische Wahl präsentiert und er hat im Sinne der DSGVO eingewilligt. Erwägungsgrund 36 DMA sieht vor, dass Nutzern „eine weniger personalisierte, aber gleichwertige Alternative“ angeboten werden soll. Die Kommission hat dies dahin ausgelegt, dass eine kostenlose Alternative und nicht lediglich eine kostenpflichtige verlangt sei.

<sup>686</sup>Zur kumulativen Schutzwirkung von Art. 16 DCD und Art. 20 DSGVO siehe Lapuente (Fn. oben) 175–180; Spindler / Sein (Fn. oben) 495–497.

<sup>687</sup>Zur Dogmatik der EDPB-Stellungnahme siehe Helberger, EuCML 2024, 215.

<sup>688</sup>NOYB (None of Your Business) ist eine in Wien ansässige, von Max Schrems gegründete Datenschutz-Vollzugsorganisation, deren frühere Verfahren vor dem EuGH zu wegweisenden Entscheidungen zu Datentransfers EU–USA geführt haben (Schrems I, Rs. C-362/14; Schrems II, Rs. C-311/18).

<sup>689</sup>Zur Struktur der Kommissionsbegründung nach Art. 5 Abs. 2 DMA siehe Cabral, „The Commission’s First DMA Non-Compliance Decision“, (2025) Concurrences 12, 14–19.

<sup>690</sup>Vgl. dazu auch oben § 4.2.

Geschäftsmodell übernommen hat<sup>691</sup>. Die Fragmentierung der regulatorischen Reaktion – zwischen der datenschutzrechtlichen Sicht des EDPB, dem DMA-Ansatz der Kommission, der DSGVO-Durchsetzung durch nationale Aufsichtsbehörden und der AGB-Kontrolle durch nationale Zivilgerichte – spiegelt die polyzentrische Natur der EU-Digitalregulierung wider<sup>692</sup>. Die analytischen Rahmen jedes Regulierungsregimes werden auf denselben tatsächlichen Substrat (das binäre Abonnementmodell von Meta) angewandt, sodass ein einziges Geschäftsmodell zugleich in den analytischen Rahmen eines Regimes passen und den eines anderen verletzen kann<sup>693</sup>; dies erzeugt erhebliche Rechtsunsicherheit für Plattformbetreiber und Verbraucher<sup>694</sup>. Aus der zivilrechtlichen Perspektive, die in den vorangegangenen Kapiteln entwickelt wurde, ist die Fragmentierung kein durch die Annahme eines einheitlichen regulatorischen Rahmens zu behebender Mangel, sondern struktureller Aspekt des regulatorischen Pluralismus, den das EU-Digitalrecht gewählt hat<sup>695</sup>; die dogmatische Aufgabe besteht darin, Koordinierungsprinzipien zwischen den verschiedenen Regimen zu entwickeln, ohne die Unterscheidungen zwischen ihnen aufzugeben<sup>696</sup>. Die analytischen Rahmen jedes Regulierungsregimes werden auf denselben tatsächlichen Substrat angewandt,

---

<sup>691</sup>Die strukturelle Schutzfunktion der Datenübertragbarkeit wurde mit der Rolle der Widerrufsfristen im Verbrauchervertragsrecht verglichen: Beide Mechanismen wahren die Autonomie des Verbrauchers, indem sie verhindern, dass die anfängliche Einwilligung unumkehrbare Bindungen erzeugt. Siehe Lapuente (Fn. 53), 175–178.

<sup>692</sup>Die in der Literatur identifizierten fünf offenen Fragen sind dogmatisch verflochten und nicht voneinander unabhängig: Die Frage der Rechtsnatur, die Koordinationsfrage mit der DSGVO, die AGB-Frage, die Frage der nachvertraglichen Rechte und die Frage der B2B-Erweiterung hängen sämtlich von vorgelagerten Entscheidungen über die synallagmatische Struktur des DaG-Verhältnisses und über die Rolle der Einwilligung in ihm ab.

<sup>693</sup>Bundeskartellamt, Beschluss B6-22/16 v. 6.2.2019 (Facebook); siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss VI-Kart 1/19 (V) v. 26.8.2019, mit teilweisem Vollzugsstopp des Bundeskartellamtsbeschlusses.

<sup>694</sup>Vgl. zur Plattformökonomie und ihren strukturellen Eigenschaften Acquisti/Taylor/Wagman, *Journal of Economic Literature* 2016, 442 ff.

<sup>695</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

<sup>696</sup>Zum Verbot des Marktmachtmissbrauchs in der Datenwirtschaft siehe BGH, KVR 69/19 (Facebook), 23. Juni 2020; ergänzend Bundeskartellamt, Beschluss B6-22/16 (Facebook), 6. Februar 2019; zur europäischen Bestätigung EuGH, Urt. v. 4.7.2023, Rs. C-252/21 (Meta Platforms vs. Bundeskartellamt).

sodass ein einziges Geschäftsmodell zugleich in den analytischen Rahmen eines Regimes passen und den eines anderen verletzen kann; dies erzeugt erhebliche Rechtsunsicherheit für Plattformbetreiber und Verbraucher<sup>697</sup>. Aus der hier vertretenen zivilrechtlichen Perspektive ist die Fragmentierung kein durch die Annahme eines einheitlichen regulatorischen Rahmens zu behebender Mangel, sondern struktureller Aspekt des regulatorischen Pluralismus; die dogmatische Aufgabe besteht darin, Koordinierungsprinzipien zwischen den verschiedenen Regimen zu entwickeln, die die wesentliche Schutzfunktion jedes einzelnen Regimes bewahren und gleichzeitig ihre kohärente Anwendung gewährleisten.

### § 9.3 Dogmatische Implikationen: Freie Einwilligung und vertragliche Äquivalenz

Die „Pay or Consent“-Saga<sup>698</sup> destilliert mehrere der in dieser Studie identifizierten Spannungen<sup>699</sup>. Die Anerkennung des EuGH, dass Geldzahlungen und Datenüberlassung alternative Formen der Gegenleistung sein können, bestätigt die wirtschaftliche Prämisse des Art. 3 Abs. 1 DCD<sup>700</sup>. Die Anforderung des EDPB und der Kommission, dass diese Wahl tatsächlich freiwillig sein muss, belastet diese Prämisse jedoch in einer Weise, die mit vielen DaG-Geschäftsmodellen strukturell unvereinbar sein kann<sup>701</sup>. Wenn die schlichte Einführung einer binären Wahl – Daten oder Geld – ausreicht, um die Einwilligung unwirksam zu machen, steht

---

<sup>697</sup>Zur Behandlung der Datenwirtschaft im Wettbewerbsrecht siehe Botta M/Wiedemann K, „EU Competition Law Enforcement Concerning Exploitative Conduct in the Data Economy“, (2019) 64 *Antitrust Bulletin* 521 ff.

<sup>698</sup>Vgl. ferner Wenzel 2023, S. 145 ff.

<sup>699</sup>EDPB, Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms (17.4.2024), Rn. 73–90. Die Begründung der Stellungnahme ist letztlich ein institutionelles Eingeständnis, dass das datenschutzrechtliche Register datenfinanzierte digitale Geschäftsmodelle nicht allein regulieren kann: Die Kriterien, die die Stellungnahme für die Beurteilung der freien Einwilligung im Pay-or-Consent-Kontext liefert, leihen sich stark — wenn auch unausgesprochen — aus dem vertragsrechtlichen und verbraucherschutzrechtlichen Vokabular.

<sup>700</sup>Zur ratio legis des Art. 3 DCD vgl. Erwägungsgr. 24 DCD sowie Wendehorst, ZEuP 2016, 30, 36 ff.

<sup>701</sup>EDPB, Stellungnahme 08/2024 zur gültigen Einwilligung im Kontext von „Pay or Consent“-Modellen, 17. April 2024.

der DaG-Rahmen auf wackeligen Grundlagen<sup>702</sup>. Die wissenschaftliche Aufgabe besteht nun darin, dogmatische Werkzeuge zu entwickeln, mit denen sich ausbeuterische DaG-Konstellationen von wohlfahrtsfördernden unterscheiden lassen – eine Aufgabe, der die Anwendung der RL 93/13/EWG als kalibriertes Korrektiv vermutlich besser gewachsen ist als die groben Werkzeuge der Einwilligung-Unwirksamkeit. Der von Scheibenpflug<sup>703</sup> vor der gegenwärtigen Intensität der „Pay or Consent“-Kontroverse entwickelte Rahmen liefert gleichwohl analytische Werkzeuge, die feiner sind als der binäre Einwilligung/Unwirksamkeits-Ansatz, der die regulatorische Reaktion auf das Meta-Abonnementmodell beherrscht hat<sup>705</sup>. Konkret bietet Scheibenpflugs Vorschlag, den Einwilligungswiderruf als Fall der rechtlichen Unmöglichkeit und nicht als Fall der Vertragsbeendigung zu behandeln, einen dogmatischen Ausgangspunkt, der dem Anliegen des EDPB, den freien Widerruf zu schützen, gerecht wird, ohne die vertragsrechtliche Architektur zu zerstören<sup>706</sup>. Die parallele monographische Auseinandersetzung mit *Bundeskartellamt vs. Facebook*<sup>707</sup> und ihrer wettbewerbsrechtlichen Dimension ist dogmatisch

---

<sup>702</sup>Art. 7 Abs. 4 DSGVO: „Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung dieses Vertrags nicht erforderlich sind.“

<sup>703</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 31–39, zur Begriffsbestimmung wesentlicher Merkmale. Die Dreiteilung von Datenbereitstellung, Verarbeitung und Einwilligung ist für Scheibenpflugs nachfolgende Analyse grundlegend, weil sie es ihm erlaubt, die Verbraucherleistung in ihre Bestandteile zu zerlegen und jeden Bestandteil an den Anforderungen des BGB-Schuldrechts zu messen.

<sup>704</sup>Zur näheren Begründung siehe Scheibenpflug 2022, S. 167 ff.

<sup>705</sup>Beschwerden wurden von NOYB im November 2023 bei den österreichischen, norwegischen und spanischen Datenschutzbehörden eingereicht; siehe NOYB, „Pressemitteilung: Meta launches ‚Pay or OK‘ model that violates GDPR“ (28.11.2023).

<sup>706</sup>Zum Widerrufsrecht aus Art. 7 Abs. 3 DSGVO als zwingende Schutzvorschrift vgl. Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker, DS-GVO, 1. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 78.

<sup>707</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 4 § G II, 237–239 (Bundeskartellamt und BGH KVR 69/19); zur dogmatischen Kontinuität zwischen dieser deutschen kartellrechtlichen Rechtsprechung und dem Vorabentscheidungsersuchen Meta / Bundeskartellamt siehe auch Bundeskartellamt, Beschluss B6-22/16 v. 6.2.2019 (Facebook), und OLG Düsseldorf, Beschluss VI-Kart 1/19 (V) v. 26.8.2019.

robust und nicht zufällig<sup>708</sup>; sie bildet die analytische Grundlage des integrierten Ansatzes, den die europäische Datenrechtslandschaft nach 2023 heute erfordert<sup>709</sup>. Die griechische dogmatische Rubrik bietet einen weiteren Ansatz: Das Persönlichkeitsrechtspaar nach Art. 57 AK – das das Recht des Verbrauchers zum Widerruf der Einwilligung im verfassungsrechtlich geschützten Recht auf informationelle Selbstbestimmung verankert – liefert einen besseren normativen Ausgangspunkt für die Begrenzung des Anwendungsbereichs der „Pay or Consent“-Modelle. Die Fragmentierung der regulatorischen Reaktion – zwischen der datenschutzrechtlichen Sicht des EDPB, dem DMA-Ansatz der Kommission, der DSGVO-Durchsetzung durch nationale Aufsichtsbehörden und der AGB-Kontrolle durch nationale Zivilgerichte – spiegelt die polyzentrische Natur der EU-Digitalregulierung wider; ein einziges Geschäftsmodell kann zugleich in den analytischen Rahmen eines Regimes passen und den eines anderen verletzen, wodurch erhebliche Rechtsunsicherheit für Plattformbetreiber und Verbraucher entsteht<sup>711</sup>.

### § 9.3.A Polyzentrische Fragmentierung und die Koordinations-Antwort

Während die BGB-Analyse den Einwilligungswiderruf als Leistungsstörung und Folge der Risikoverteilung behandelt, behandelt der griechische Ansatz ihn als Ausübung eines unveräußerlichen Persönlichkeitsrechts,

---

<sup>708</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 2 § B IV.3.c.cc, 85–90, zu den rechtlichen Folgen der freien Widerruflichkeit der Einwilligung (Sekundäransprüche nach Widerruf, Recht zur Vertragsbeendigung, Vertragsanpassung nach § 327q BGB, Charakterisierung als Naturalobligation); sowie Kapitel 3 § A V.2, 197, zur Kritik an der Widerruflichkeit der Einwilligung.

<sup>709</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>710</sup>Vgl. dazu Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 5.

<sup>711</sup>Zur jüngeren Diskussion über das „Pay or Consent“-Paradigma vgl. Yüedağ N, Akkanat Öztürk EB und Aşıkoğlu Şİ, „Pay or Consent Models in Europe: Already Outdated?“, (2025) *Technology and Regulation*; Teixeira Santos C, Duivenvoorde B u.a., „Meta’s Pay-or-Okay Model: An Analysis under EU Law“, (2024) *Technology and Regulation* 254; aus verbraucherrechtlicher Sicht Szymanski M, „Decommodifying Data through EU Consumer Law“, (2023) 32 *ERPL* 423; bereits frühzeitig zum dogmatischen Spannungsfeld Mischau L, „Daten als „Gegenleistung“ im neuen Verbrauchervertragsrecht“, (2020) *ZEuP* 335.

das das Vertragsrecht zu berücksichtigen, nicht zu verwalten hat<sup>712</sup>. Die Konvergenz dieser beiden Sichtweisen – der funktionalen (deutschen) und der grundrechtsbasierten (griechischen) – liefert ein umfassenderes analytisches Instrument für die laufende dogmatische Debatte, als jede Tradition allein anbieten könnte<sup>713</sup>. Ein besonders nützliches diagnostisches Werkzeug ist der griechisch-zivilrechtliche Rahmen, gelesen vor dem Hintergrund der Entwicklungen nach 2023, die er antizipiert<sup>714</sup>. Die in der Rechtsprechung des EuGH implizite Annahme, dass die marktbeherrschende Stellung in der Einwilligung- und Wirksamkeitsprüfung berücksichtigt werden muss, sowie das Beharren des EDPB, dass die materielle Freiwilligkeit der Einwilligung im „Pay or Consent“-Kontext zu berücksichtigen ist, sind genau jene Anforderungen, die das „Pay or Consent“-Problem auslöst<sup>716</sup>. Die dogmatische Antwort auf die „Pay or Consent“-Kontroverse besteht weder darin, die Vertragsrechtsanalyse auf die Datenschutzrechtsanalyse zu reduzieren (Ansatz „Einwilligung als Gegenleistung“<sup>718</sup>), noch darin, die beiden Regime zu isolieren (Ansatz „paralleler Regime“<sup>719</sup>), sondern darin, ein koordiniertes System zu entwickeln, in dem jedes Register seine eigenen Schutzressourcen bereitstellt, ohne in die strukturellen Beschränkungen des anderen einzugreifen – eben das Modell, das die griechische zivilrechtliche Lehre über die Kapitel hinweg entwickelt hat, auf die diese Studie zurückgreift<sup>720</sup>. Ein weiterer Aspekt, der in der Literatur noch nicht in der Tiefe erörtert worden ist, ist die Nutzung personenbezogener Daten

---

<sup>712</sup>Vgl. zum Vermögenscharakter des Persönlichkeitsrechts Beuthien/Schmölz, Persönlichkeitschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, C. H. Beck 1999, S. 23 ff.

<sup>713</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

<sup>714</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinou, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>715</sup>Zur dogmatischen Präzisierung vgl. oben § 3.2.

<sup>716</sup>Österreichisches Bundesverwaltungsgericht (BVwG), Erkenntnis aus August 2025 (Der-Standard-Consent-or-Pay-Modell). Das Gericht befand, dass eine pauschale Einwilligung in gebündelte Verarbeitungszwecke das Granularitätserfordernis aus Art. 7 DSGVO i.V.m. ErwGr. 43 verletze, und dehnte damit die regulatorische Pay-or-Consent-Sorge über benannte Torwächter hinaus auf allgemeine Medienanbieter aus.

<sup>717</sup>Vgl. Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12.

<sup>718</sup>Zur entsprechenden europäischen Diskussion siehe Hacker, ZEuP 2019, 148.

<sup>719</sup>Vgl. zum vergleichbaren Befund Sattler, JZ 2017, 1036, 1040.

<sup>720</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

beim Training von KI-Systemen<sup>721</sup>. Mit der zunehmenden Abhängigkeit der KI-Modelle von personenbezogenen Daten als Input gewinnt die Frage, ob eine solche Nutzung als Form der Gegenleistung gilt – oder unter DSGVO und AI Act einer ganz anderen rechtlichen Rechtfertigung bedarf –, an Dringlichkeit<sup>722,723</sup>. Die Schnittstelle zwischen DaG, Datenschutz und KI-Governance könnte sich als die folgenreichste Grenze der nächsten Stufe des EU-Digitalprivatrechts erweisen<sup>724</sup>. Die polyzentrische Architektur der EU-Digitalregulierung ist ein dauerhaftes Strukturmerkmal, das durch dogmatische Kohärenz auf der nationalen und transnationalen Ebene zu kompensieren ist; die zivilrechtliche Lehre, in ihrer deutschen und griechischen Tradition, liefert die Werkzeuge dafür: die analytische Trennung der Register, die Sui-generis-Qualifikation, die Folgenbeseitigung und die Bereicherungsrechtliche Disgorgement-Funktion bilden zusammen einen flexiblen, aber kohärenten Rahmen, der die EU-Digitalregulierung in ein integriertes europäisches digitales Privatrecht überführen kann. Diese dogmatische Architektur erweist sich auch in den nächsten Stufen der digitalen Privatrechtsentwicklung als tragfähig: Die in der jüngsten zivilrechtlichen Literatur diskutierten Fragen zu Smart Contracts, autonomen Vertragsanbahnungssystemen und KI-gestützten Plattform-Architekturen stellen die hier verteidigten

---

<sup>721</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>722</sup>Zur Nutzung personenbezogener Daten für das Training von KI als einer aufkommenden Dimension der DaG-Debatte siehe Europäisches Parlament, Entschließung v. 3.5.2022 zu künstlicher Intelligenz im digitalen Zeitalter (2020/2266(INI)); Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (AI Act), ABl. L v. 12.7.2024, insbesondere Art. 10 und 53 zur Data Governance und zu Trainingsdaten. Siehe auch Margot Kaminski / Gianclaudio Malgieri, „Multi-layered Explanations from Algorithmic Impact Assessments in the GDPR“, (2020) Proceedings of the 2020 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency 68.

<sup>723</sup>Zur zivilrechtlichen Behandlung KI-gestützter Geschäftsmodelle und ihrer Verzahnung mit dem DaG-Rahmen siehe Linardatos D, „Künstliche Intelligenz und Verantwortung“, (2019) ZIP 504; ders., *Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht*, Mohr Siebeck 2021, Kap. 6; rechtspolitisch Sartor G/Lagioia F, *The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence*, EPRS Study 2020.

<sup>724</sup>Zur Konvergenz des Wettbewerbsrechts und Datenschutzrechts siehe Costa-Cabral F/Lynskey O, „The Internal and External Constraints of Data Protection on Competition Law in the EU“, (2017) 54 *Common Market Law Review* 11 ff.

Konstruktionen vor neue Anwendungsherausforderungen, ohne ihre dogmatischen Grundlagen zu erschüttern<sup>725</sup>.

---

<sup>725</sup>Vgl. zu den künftigen dogmatischen Herausforderungen Linardatos D, *Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht: Grundlinien zivilrechtlicher Zurechnung und Strukturmerkmale einer elektronischen Person*, Mohr Siebeck 2021, Kap. 4 ff. (zur zivilrechtlichen Zurechnung autonomer Systeme); ergänzend ders., „Smart Contracts und vorvertragliche Pflichten“, (2019) *MMR* 565, 568 ff.; zur breiteren Einordnung Twigg-Flesner C, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, CUP 2021, Einleitung.

## § 10 Summa Summarum & Ultima Cogitationes

### § 10.1 Die Errungenschaft der Richtlinie und das Anliegen dieser Studie

Die Richtlinie (EU) 2019/770 ist ein Wendepunkt in der Geschichte des EU-Privatrechts<sup>726</sup>. Sie hat eine der wirtschaftlich bedeutendsten Formen des Austauschs der modernen digitalen Wirtschaft förmlich anerkannt und erstmals einen Rahmen Verbraucherschutzrechtlicher Vertragsnormen im Privatrecht geschaffen, der bislang dem Anwendungsbereich des Verbraucherschutzrechts entzogen war. Der primäre Fokus der vorliegenden Studie liegt nicht auf den ungelösten Streitfragen der DCD, sondern auf der dogmatischen Verteidigung dessen, was die Richtlinie bereits erreicht hat<sup>727</sup>: die institutionelle Anerkennung der Datenüberlassung als vertragliche Gegenleistung, die Bereitstellung eines kohärenten Verbraucherschutzregimes für DaG-Geschäfte und die Schaffung eines dogmatischen Bodens, auf dem die zivilistische Tradition die regulatorische Vielfalt zu einer kohärenten Schuldrechtsarchitektur verdichten kann. Die Errungenschaft der Richtlinie liegt darin, dass sie die wirtschaftliche Realität der digitalen Wirtschaft erstmals als Gegenstand vertragsrechtlicher Disziplin behandelt – ein Schritt, der die ethischen, grundrechtlichen und institutionellen Dimensionen der Datenwirtschaft nicht aufhebt, sondern in einen rechtlichen Rahmen einfügt, in dem sie kontrolliert werden können.

---

<sup>726</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>727</sup>Die hier vertretene dogmatische Verteidigung der DCD-Errungenschaft konvergiert mit der Position von Schulze R, „Implementation of the Digital Content Directive“, (2024) *EuCML* 1 ff., und Lohsse/Schulze/Staudenmayer, *Private Law and the Data Act*, Nomos/Hart 2024, Einleitung.

### § 10.1.A Die Errungenschaft: Eine partielle vertragsrechtliche Regulierung digitaler Güter

Die in den vorangegangenen Kapiteln entwickelte These lautet: Die textliche Wahl der Richtlinie, die Daten selbst als Verbrauchergegenleistung zu bezeichnen, ist sowohl wirtschaftlich realistisch als auch dogmatisch tragfähig: Die Verbrauchergegenleistung wird dem Unternehmer in Form der Einräumung der faktischen Möglichkeit gewerblicher Verwertung erbracht<sup>728</sup>; die Einwilligung operiert in einem anderen Register – als Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrags und als öffentlich-rechtliche Voraussetzung der rechtmäßigen Verarbeitung<sup>729</sup>; und die strukturellen Spannungen, die die DSGVO in den vertragsrechtlichen Rahmen einbringt, lassen sich am besten durch die analytische Trennung der beiden Register lösen, nicht durch jene Vermengung, die die bestehende Literatur zur „Einwilligung als Gegenleistung“<sup>730</sup> vornimmt. Die Errungenschaft der Richtlinie liegt in der Anerkennung des datenfinanzierten Austauschs als rechtlich zu regulierende Wirklichkeit und in der Schaffung eines partiellen, aber kohärenten Schutzregimes für den Verbraucher; die Argumentation dieser Studie verteidigt diese Errungenschaft gegen sowohl die radikale extra-commercium-Position (die die Richtlinie de facto delegitimieren würde) als auch gegen die expansive Kommodifizierungsposition (die die Richtlinie in ein reines Marktrechtsinstrument verwandeln würde).

### § 10.2 Offene Fragen und die fortdauernde wissenschaftliche Diskussion

Die kritische Auseinandersetzung mit dem DaG-Konzept war zugleich intensiv und vielschichtig und hat zur Vielfalt dogmatischer, vergleichender und interdisziplinärer Analysen beigetragen<sup>731</sup>. Fünf offene Fragen

---

<sup>728</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>729</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>730</sup>Zur Vertiefung siehe Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data, Nomos 2017.

<sup>731</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

haben sich als zentrale Strukturprobleme künftiger Forschung herausgebildet: die Rechtsnatur der DaG-Verträge nach nationalem Recht<sup>732</sup>; das Zusammenspiel von Richtlinie und DSGVO, insbesondere hinsichtlich der Einwilligung und ihres Widerrufs<sup>733</sup>; die Rolle der RL 93/13/EWG und anderer allgemeiner Verbraucherrechtsinstrumente bei der Kontrolle von Datenpreisbedingungen<sup>734</sup>; die Rechte des Verbrauchers nach Vertragsbeendigung in Bezug auf seine Daten; und die Erstreckung der DaG-Strukturen auf B2B-Geschäfte<sup>735</sup>. Diese Fragen sind nicht abschließend geklärt und bilden den analytischen Rahmen der gegenwärtigen wissenschaftlichen Tätigkeit<sup>736</sup>. Die nachfolgenden „Pay or Consent“-Entwicklungen seit 2023 haben dem Ganzen zusätzliche Dringlichkeit verliehen.

### § 10.2.A Die fünf offenen Fragen und das Wechselspiel der Lehre

Die Entscheidung des EuGH in *Meta vs. Bundeskartellamt*<sup>737</sup> hat die konzeptionelle Prämisse des DaG auf höchster gerichtlicher Ebene be-

<sup>732</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>733</sup>Das obiter dictum des EuGH – wonach der Betreiber, wenn ein Nutzer die Einwilligung verweigert, „gegebenenfalls gegen angemessenes Entgelt eine gleichwertige Alternative anbieten“ muss, die nicht mit solchen Datenverarbeitungsvorgängen einhergeht – wurde vom Gerichtshof nicht näher ausgeführt und ist unterschiedlich interpretiert worden. Manche Stimmen lesen es als enge Aussage, die nur für marktbeherrschende Unternehmen gilt; andere als allgemeinen Grundsatz, der die Austauschbarkeit von Daten und Geldleistung in sämtlichen DaG-Geschäften bestätigt.

<sup>734</sup>Hacker, Datenprivatrecht, 422; Metzger, JIPITEC 2017, 1, Nr. 13 ff. Der obligatorische Ansatz – über vertragliche Verpflichtungen, deliktische Haftung und Lauterkeitsrecht – bietet Flexibilität ohne die Einschränkungen eines ausschließlichen Rechts.

<sup>735</sup>Zur Praxis des B2B-Datenhandels und ihrer Bedeutung für die DaG-Analyse siehe Baranowski / Glaßl, „M&A im Internet: Transaktionen von Daten und Content“, (2017) BB 199, 203–207; Drexler, „Designing Competitive Markets for Industrial Data“, (2017) 8 JIPITEC 257, 262–268.

<sup>736</sup>Die B2C-Begrenzung ist eine bewusste politische Entscheidung und spiegelt das Verbraucherschutzrechtliche Rationale der DCD wider. Wie Fries (Fn. 108) jedoch zeigt, sind analoge Daten-für-Dienste-Austauschgeschäfte in B2B-Beziehungen zunehmend verbreitet. Siehe auch Kommission, Folgenabschätzung zum Data Act, SWD(2022) 34 final, 18–22.

<sup>737</sup>Die Entscheidung des Bundeskartellamts wurde weithin als die erste bedeutende Vollzugshandlung angesehen, die Wettbewerbsrecht mit Datenschutz-Compliance verknüpft. Zum Kommentar siehe Rupprecht Podszun, „Digital Ecosystems, Decision-

stätigt<sup>738</sup>; der EDPB und die Europäische Kommission haben zugleich seine praktische Anwendbarkeit eingengt – was viele bestehende Geschäftsmodelle in Frage stellen könnte<sup>739</sup>. Die Frage, wie Marktfreiheit und Grundrechtsschutz in der Datenökonomie in Einklang zu bringen sind, ist nicht bloß theoretisch: Sie wird in Echtzeit durch Durchsetzungsentscheidungen, gerichtliche Urteile und Gesetzgebungsentwicklungen ausgearbeitet, die die Landschaft des EU-Digitalprivatrechts neu zeichnen<sup>740</sup>.

### § 10.3 Konvergenz der zivilistischen Tradition und ein europäisches dogmatisches System

Wenn die digitale Wirtschaft auf der nachhaltigen Grundlage des Rechtsschutzes entwickelt werden soll, müssen die in dieser Studie identifizierten Spannungen – die Spannung zwischen Marktlogik und Grundrechten, die Spannung zwischen Vertragsautonomie und Schutz der Datensubjekte und die Spannung zwischen Vollharmonisierung und nationaler rechtlicher Vielfalt – aufgelöst und nicht aufgeschoben werden<sup>741</sup>. Diese

---

Making, and Data: Why Competition Law Needed Meta vs. Bundeskartellamt“, (2023) 72 GRUR International 753, 755–760.

<sup>738</sup>Zur dogmatischen Bedeutung der Meta-Entscheidung für die DaG siehe ferner N. Helberger / F. Lupiáñez-Villanueva u.a., „EU Consumer Law and the Digital Economy after Meta vs. Bundeskartellamt“, (2024) 13 Journal of European Consumer and Market Law 1.

<sup>739</sup>Zur Dogmatik der EDPB-Stellungnahme siehe Helberger, EuCML 2024, 215.

<sup>740</sup>Zu den fünf offenen Fragen und ihrer wissenschaftlichen Bearbeitung vgl. Mak V, „Contract Law in the Age of the Internet of Things“, in De Franceschi/Schulze (Hrsg.), *Digital Revolution: New Challenges for Law*, Beck/Nomos/Hart 2019, S. 19; Pertot T, „Datennutzungsverträge im Spannungsfeld“, (2021) *ZfPW* 31; Micklitz HW, „On the Politics of European Consumer Law“, (2019) 26 *MJ* 567; aus rechtsvergleichender Perspektive Van Erp S, „Ownership of Data: The Numerus Clausus of Legal Objects“, (2017) 6 *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal* 235; Lynskey O, *The Foundations of EU Data Protection Law*, OUP 2015, S. 178–220.

<sup>741</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 370–400, insbes. 385–395. Scheibenpflugs Ablehnung eines Dateneigentums stützt sich sowohl auf dogmatische Erwägungen (Daten fehlt die für sachenrechtliche Rechte nach § 90 BGB erforderliche Sachqualität) als auch auf rechtspolitische Erwägungen (ein sachenrechtliches Recht würde innovationsnotwendige Datenflüsse behindern und komplexe Mehrparteienkonflikte zwischen Betroffenen, Plattformen und nachgelagerten Datennutzern erzeugen). Seine vorgeschlagene Alternative — Stärkung des obligatorischen Rahmens durch Bereicherungsansprüche und

Konvergenz beruht nicht auf gemeinsamen positivrechtlichen Vorgaben (das BGB und der AK sind unabhängige Kodifikationen), sondern auf gemeinsamen dogmatischen Strukturen, die beide Systeme der zivilistischen Tradition – mit ihren römischen Wurzeln, ihren Kategorien des allgemeinen Schuldrechts, ihrer Architektur des Synallagmas und ihrer differenzierten Behandlung der Folgenbeseitigung – aus einem gemeinsamen Erbe ziehen<sup>742</sup>. Die Richtlinie hat einen bedeutenden Schritt in die richtige Richtung getan, und die Wissenschaft hat das noch zu erschließende Gelände kartiert<sup>743</sup>. Die in den vorangegangenen Kapiteln entwickelte rechtsvergleichende Analyse stützt sich auf die umfassenden Studien zu datengetriebenen Austauschbeziehungen<sup>744</sup> in der deutschen monographischen Literatur sowie auf die griechische Privatrechtsdogmatik<sup>745</sup>. Indem gezeigt wird, dass die geltenden Klassen des deutschen und griechischen Zivilrechts – bereichert durch die Innovationen der Richtlinie und beschränkt durch die zwingenden Bestimmungen der DSGVO – so geformt werden können, dass sie die Eigenheiten der DaG-Geschäfte erfassen, ohne notwendigerweise neue Rechtsfiguren erfordern zu müssen, bieten diese Analysen ein Modell dogmatischen Pragmatismus, das auf dem gemeinsamen Erbe der zivilistischen Tradition aufbaut<sup>746</sup>. Der Beitrag der griechischen zivilistischen Tradition zur Bereitstellung der strukturellen Mittel zur Bewältigung datenbasierter Austauschbeziehungen

---

erweiterten nachvertraglichen Schutz — stellt einen dogmatisch zurückhaltenderen, praktisch aber wirksameren Ansatz dar.

<sup>742</sup>Zur AGB-rechtlichen Behandlung von Plattform-AGB siehe Specht-Riemenschneider L, „Konsumgüterkauf und digitale Inhalte“, in: Drexl/Hilty (Hrsg.), *Beiträge zum Daten- und Wettbewerbsrecht*, Mohr Siebeck 2020, S. 67 ff.

<sup>743</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>744</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 2 § B IV.5, 119–121, zur Qualifikation als Vertrag *sui generis*; zum Verhältnis dieses Ergebnisses zu Scheibenpflugs paralleler Analyse siehe Wenzel ebd., S. 42 Fn. 4 (mit Anerkennung der Studie Scheibenpflugs).

<sup>745</sup>Scheibenpflug (Fn. 236), 150–199, insbes. 175–190. Die typologische Analyse misst jeden in Betracht kommenden Vertragstyp an den prägenden Merkmalen der DaG-Geschäfte: Der Kaufvertrag scheidet, weil Daten keine „Sachen“ i.S.d. § 90 BGB sind; der Tauschvertrag setzt die Übertragung von Eigentum voraus; der Dienstvertrag erfasst das Dauerelement, nicht aber die synallagmatische Gegenleistung. Das Ergebnis — DaG-Verträge sind Verträge eigener Art (*sui generis*) — ist dogmatisch zwingend.

<sup>746</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Smart Products*, Nomos 2024.

gen ist umfangreicher, als die gegenwärtige englischsprachige Literatur erkennen lässt.

### § 10.3.A Tradition, Konvergenz und rechtsvergleichend-dogmatisches Argumentieren

Die Schwierigkeit besteht darin, die parallel von der deutschen und der griechischen Forschung gewonnenen Erkenntnisse, die durch ihre konvergenten Schlussfolgerungen zur Vertragstypologie, zur Unmöglichkeit, zur Bereicherung und zum Persönlichkeitsschutz bestätigt werden, zu übersetzen<sup>747</sup>. Die Tatsache, dass zwei Rechtsordnungen mit überschneidenden dogmatischen Grundlagen unabhängig voneinander zu denselben analytischen Schlussfolgerungen gelangen, stützt das Argument, dass ein harmonisierter europäischer Ansatz für DaG auf den konzeptionellen Ressourcen der zivilistischen Tradition aufbauen sollte<sup>748</sup>. Erkennt man, dass die Verbrauchergegenleistung in der Einräumung der faktischen Möglichkeit gewerblicher Verwertung besteht – und dass die Einwilligung Wirksamkeitsvoraussetzung und nicht Inhalt des Synallagmas ist –, so finden die wichtigsten konzeptionellen Verwirrungen, die die Literatur seit 2015 prägen, leichtere Lösungen, und der Weg sowohl des Gesetzgebungsreformprojekts als auch des richterlichen Ausarbeitungsprojekts wird klarer<sup>749</sup>. Diese Erkenntnisse beruhen auf dogmatischen Grundlinien dieser Art: einer treuen Beschreibung der wirtschaftlichen Substanz datengetriebener Austauschbeziehungen, einer prinzipiellen Trennung des öffentlich-rechtlichen und des privatrechtlichen Registers, in denen sie operieren, sowie einer rechtsvergleichenden Sensibilität für die konvergenten Lösungen, die die zivilistische Tradition in ihren deutschen und griechischen Zweigen zu errichten versucht.

---

<sup>747</sup>Zu §§ 812 ff. BGB im DaG-Kontext siehe Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data*, Nomos 2017, S. 13, 24 ff.

<sup>748</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

<sup>749</sup>Vgl. dazu Schulze, *EuCML* 2024, 105, 109 f.

## § 10.4 Zehn Thesen (Summa Summarum)

Das materielle Argument dieser Arbeit lässt sich – um leichter geprüft und gegebenenfalls widerlegt werden zu können – in zehn Thesen zusammenfassen<sup>750</sup>. Die Thesen werden nicht als Fragen, sondern als positive Aussagen formuliert; sie geben die Ziele wieder, an denen das in den vorangegangenen Paragraphen entwickelte Argument gemessen werden kann<sup>751</sup>.

**These 1 – Anerkennung.** Die textliche Wahl in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie, personenbezogene Daten als Verbrauchergegenleistung zu bezeichnen, ist wirtschaftlich tragfähig und dogmatisch fundiert<sup>752</sup>. Die Anerkennung des DaG als Vertragskategorie durch den Unionsgesetzgeber bestätigt, was die Plattformwirtschaft längst praktiziert: datenfinanzierter digitaler Austausch ist Austausch, nicht Schenkung.

**These 2 – Substanz der Leistung.** Die vertragliche Leistung des Verbrauchers ist die Einräumung der faktischen Möglichkeit gewerblicher Verwertung an den Unternehmer<sup>753</sup>. Diese Übertragung ist der Inhalt des synallagmatischen Austauschs; das Datenmaterial selbst ist sein Gegenstand, aber nicht sein Wesen, und die Einwilligung ist seine öffentlich-rechtliche Bedingung, aber nicht sein Wesen.

<sup>750</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 4.

<sup>751</sup>Die zehn Thesen knüpfen an die in der vorliegenden Studie entwickelte Konstruktion an und treten in Dialog mit der jüngeren rechtsvergleichenden Literatur zum europäischen Digitalprivatrecht. Vgl. ergänzend zu der hier vertretenen Synthese Marinos, *Σύμβαση* 2023, insb. Kap. 14-16; Marinos M-Th, *Δίκαιο Διακριτικών Γνωρισμάτων* [Recht der Unterscheidungszeichen], Sakkoulas 2017, §§ 2.29-2.40 zur Persönlichkeitsrechtsdimension; aus deutscher Sicht Riehm T, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 1-50; Wendehorst C, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327; aus rechtsvergleichender Sicht Mak V, „European Consumer Law and the Digital Economy“, (2022) 18 *ERCL* 1; Lynskey O, *The Foundations of EU Data Protection Law*, OUP 2015; Pertot T (Hrsg.), *Rechte an Daten*, Mohr Siebeck 2020. Diese Synthese ist als Beitrag zur Aufgabe zu verstehen, die der Epilog umreißt: das Übrige zu schreiben – ausführlich, dringlich, unentbehrlich.

<sup>752</sup>Zum Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 DCD siehe Schulze, in: Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *EU Digital Law, Nomos 2020*, Art. 3 Rn. 1 ff.

<sup>753</sup>Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

**These 3 – Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung.** Die datenschutzrechtliche Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a und Art. 7 DSGVO dient als Wirksamkeitsvoraussetzung des DaG-Bereitstellungsvertrags und als öffentlich-rechtliches Tor zur rechtmäßigen Verarbeitung durch den Unternehmer<sup>754</sup>. Sie ist nicht der Inhalt der Verbraucherleistung und kann die Last dieser Leistung auch nicht tragen.

**These 4 – Widerruf wirkt ex nunc.** Das Recht des freien Widerrufs nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO wirkt nur prospektiv<sup>755</sup>. Der deutsche Gesetzgeber hat dies in § 327q BGB – der prospektiven Architektur der Vertragsanpassung – ausdrücklich anerkannt und damit zugleich die hier verteidigte Konstruktion bestätigt.

**These 5 – Trennungsprinzip.** Bereitstellungsvertrag und datenschutzrechtliche Einwilligung sind dogmatisch verschiedene Rechtsakte, die unterschiedlichen rechtlichen Registern angehören, unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen aufweisen und unterschiedliche Beendigungsfolgen haben<sup>756</sup>. Die griechische zivilrechtliche Formulierung dieses Trennungsprinzips<sup>757</sup>, die deklaratorische Kodifizierung im deutschen § 327q BGB und die systemische Logik der DSGVO-DCD-Koordination weisen alle auf dasselbe architektonische Mittel.

---

<sup>754</sup>EDPB, Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms (2024). Die Stellungnahme bezieht sich speziell auf „große Online-Plattformen“ und befasst sich nicht unmittelbar mit kleineren Anbietern, womit offenbleibt, ob dieselben Grundsätze marktweit gelten. Siehe auch NOYB, Beschwerde gegen Meta Platforms Ireland Ltd betreffend das „Pay-or-Okay“-Modell, eingereicht am 28.11.2023.

<sup>755</sup>Sattlers Zwei-Ebenen-Vorschlag ist letztlich ein Versuch, die Richtlinie mit der DSGVO zu versöhnen, indem das DaG-Verhältnis vollständig aus dem Einwilligungsregister herausgehoben wird; der Preis dieses Schritts, wie Sattler selbst einräumt, ist eine entsprechende Schmälerung der Kontrollrechte des Betroffenen, da Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO keinen freien Widerruf in dem Sinne wie Art. 7 Abs. 3 zulässt.

<sup>756</sup>Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

<sup>757</sup>Marinos M., „Σύμβαση 2023, Kap. 14“ [Koordination von Vertragsrecht und Datenschutzrecht], Rn. 14.1 (die Verknüpfung von Vertragsrecht und Datenschutzrecht erzeugt eine Reihe dogmatischer Probleme, deren Untersuchung über die vorliegende Forschung hinausgeht; eine solche Untersuchung könnte zur Bildung eines besonderen „Schuldrechts personenbezogener Daten“ führen).

**These 6 – Ablehnung des Dateneigentums.** Ein Eigentumsrecht sollte nicht – und kann auch nicht sinnvoll – auf personenbezogene Daten angewandt werden<sup>758</sup>. Die Nicht-Rivalität der Daten, die institutionellen Kosten eines neuen Ausschließlichkeitsrechts und die faktische Kontrolle (Verfügungsgewalt) der Plattformen über die Daten machen den Vorschlag eines Dateneigentums dogmatisch ungeeignet und politisch kontraproduktiv<sup>759</sup>. Der schuldrechtliche Weg, ergänzt durch eine persönlichkeitsrechtliche Überlagerung (Art. 57 AK / § 823 Abs. 1 BGB), ist strukturell hinreichend und zieht die Kosten einer eigentumsrechtlichen Überlagerung nicht nach sich.

**These 7 – Koordination, nicht Vorrang.** Die Koordination zwischen DSGVO und DCD ist eine Koordination unterschiedlicher Register (autonomieschützendes Datenschutzrecht und austauschsicherndes Vertragsrecht), keine Frage des Vorrangs des einen vor dem anderen<sup>760</sup>. Das griechische zivilrechtliche System – heute als Koordination<sup>761</sup> bezeichnet – und das deutsche Integrationsmodell der §§ 327 ff. BGB<sup>762</sup> operationalisieren diese Koordination in ihren jeweiligen Registern und konvergieren in den Ergebnissen mit der hier verteidigten Position.

<sup>758</sup>Der institutionelle Kosteneinwand gegen ein Dateneigentum ist der empirisch fundiertere der drei griechischen Einwände: Die Einführung eines neuen ausschließlichen Rechts bringt Koordinationskosten mit sich (Zuweisungsregeln, Registrierung, Vollzug), welche die bestehenden obligatorischen und persönlichkeitsrechtlichen Rahmen – oft mit größerer Flexibilität – bereits erfüllen.

<sup>759</sup>Zu den rechtspolitischen Bedenken gegen Eigentumsrechte an Daten im Forschungskontext siehe Europäische Kommission, Mitteilung „Towards a Common European Data Space“, COM(2018) 232 final, insbes. Abschnitt 4.2; OECD, Enhancing Access to and Sharing of Data (OECD Publishing 2019), Kap. 3.

<sup>760</sup>EDPB, Opinion 08/2024 (Fn. oben), Rn. 124–138; siehe auch Artikel-29-Datenschutzgruppe, „Guidelines on Consent under Regulation 2016/679“, WP 259 rev.01 (10.4.2018), 8–10.

<sup>761</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, Rn. 14.1 (zur Funktion der digitalen Technologie als Code is Law, mit Verweis auf L. Lessig und auf die Kritik von M. Hildebrandt in Smart Technologies and the End(s) of Law).

<sup>762</sup>Zur Rolle der Verbraucherinformation in der Plattformökonomie vgl. Clifford D/Graef I/Valcke P, „Pre-Formulating the Effective Consent in a Data-Driven Economy“, in: Botta/Ferretti (Hrsg.), *Pre-Formulating Consent*, Hart 2023, S. 145 ff.

**These 8 – Zivilistische Konvergenz.** Zwei zivilrechtliche Systeme, die gemeinsame klassisch-römische Wurzeln teilen – das griechische und das deutsche –, gelangen aus eigenen dogmatischen Ressourcen zu einem im Wesentlichen ähnlichen analytischen Rahmen für DaG<sup>763</sup>. Der regulatorische Text der Richtlinie ist gerade so stark durch seine zugrunde liegende Geschäftslogik geprägt, dass er der zivilrechtlichen Lehre die analytischen Mittel an die Hand gibt, ihn ohne Bruch aufzunehmen.

**These 9 – „Pay or Consent“<sup>764</sup> als Übergangsregime.** Die „Pay or Consent“<sup>765</sup>-Konstruktionen seit 2023 lassen sich besser als Übergangsanwort auf den Freiwilligkeitsstandard der DSGVO verstehen denn als gefestigte Architektur des datenfinanzierten digitalen Austauschs<sup>766</sup>. Das Obiter des EuGH in *Meta vs. Bundeskartellamt*<sup>767</sup> zur „gleichwertigen Alternative“, die Stellungnahme 08/2024 des EDPB und der erste DMA-Durchsetzungsbeschluss der Kommission (April 2025) deuten alle darauf hin, dass das Regime in Bewegung ist<sup>768</sup>; die in dieser Studie verteidigte Konstruktion liefert den analytischen Rahmen, in dem diese Bewegung verfolgt werden kann.

**These 10 – Auf dem Weg zu einem europäischen digitalen Privatrecht.** Die DCD ist ein Schritt auf einem längeren regulatorischen Weg

---

<sup>763</sup>Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

<sup>763</sup>Vgl. dazu auch oben § 4.2.

<sup>765</sup>Zur weiteren Diskussion siehe Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), EU Digital Law, Nomos 2020.

<sup>766</sup>Europäische Kommission, Beschluss v. 23.4.2025, Sache DMA.100055 (Meta „consent or pay“-Non-Compliance nach dem Digital Markets Act), mit Geldbuße von 200 Mio. EUR. Der Beschluss wurde nach Art. 29 DMA erlassen und stellt die erste Non-Compliance-Feststellung unter den Verpflichtungen aus Art. 5 Abs. 2 DMA zur Einwilligung in die Kombination personenbezogener Daten dar.

<sup>767</sup>Zu den Implikationen von *Meta / Bundeskartellamt* für den DaG-Rahmen siehe I. Graef, „*Meta vs. Bundeskartellamt: The First Steps Toward an Integrated Approach*“, (2024) 49 *European Law Review* 65; M. Botta, „Sector Inquiries into Algorithmic Practices: A Rule of Reason Approach to Ex Ante Antitrust Enforcement“, (2023) 11 *Journal of Antitrust Enforcement* 469.

<sup>768</sup>Der Echtzeit-Charakter dieser regulatorischen Entwicklung erzeugt erhebliche Rechtsunsicherheit für Unternehmer wie Verbraucher. Siehe Grundmann, „European Contract Law in the Digital Age“, (2020) 28 *ERPL* 259, 268–270.

<sup>769</sup>, den Data Act, DGA, DSA, DMA und AI Act weiter ausgestalten<sup>770</sup>. Sie verlangt eine interpretative Leistung, nicht eine gesetzgeberische, und erfordert dogmatische Literatur, die die nötigen Koordinierungsbegriffe bereitzustellen vermag<sup>771</sup>. Ein Beispiel für die hier vertretene Konstruktion ist die Idee der „faktischen Möglichkeit“<sup>772</sup> als Kandidat für diese Begrifflichkeit im vertragsrechtlichen Register.

---

<sup>769</sup>Vgl. zu den künftigen dogmatischen Herausforderungen Twigg-Flesner C, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, CUP 2021; zur Behandlung nicht-monetärer Gegenleistungen in der internationalen Vertragsrechtsharmonisierung Vogenauer S/Kleinheisterkamp J (Hrsg.), *Commentary on the UNIDROIT Principles*, OUP 2009.

<sup>770</sup>Der Meilensteincharakter der Richtlinie sollte nicht überzeichnet werden: Sie ist ein erster Schritt in einer Folge regulatorischer Eingriffe, die der Data Act, der DGA, der DSA, der DMA und der AI Act fortsetzen, und ihre analytischen Festlegungen werden mit dem Reifen dieser späteren Instrumente zur dogmatischen Praxis zu überdenken sein.

<sup>771</sup>Zur Konvergenz von DaG, Datenschutz und KI-Regulierung siehe Verordnung (EU) 2024/1689 v. 13.6.2024 (AI Act), ABl. L v. 12.7.2024; zur strukturellen Analyse Veale / Zuiderveen Borgesius, „Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act“, (2021) 22 CRi 97.

<sup>772</sup>Vgl. ferner Wenzel 2023, S. 145 ff.



## § 11 Epilog – „Die Welt von Gestern, der Diskurs von Morgen“

Stefan Zweigs Erinnerung an eine Welt, die das Bürgertum für unverrückbar hielt und die gleichwohl zerfiel, liefert die Metapher für den gegenwärtigen Zustand des Zivilrechts: Die Kategorien Kauf, Tausch, Pacht, Eigentum des neunzehnten Jahrhunderts sehen sich der Wirklichkeit ausgesetzt, dass sie nicht länger den Anspruch erheben können, sie vollständig zu erfassen<sup>773</sup>. Es ist ein Augenblick der Diskontinuität, und genau auf ihn richtet sich die in den vorangegangenen Kapiteln durchgeführte Analyse.

### § 11.1 Analoges Vertragsrecht angesichts der digitalen Herausforderung und die Lehren der DaG-Debatte

Die zivilistische Tradition beruhte auf dem Bild zweier Parteien, die Gegenstände tauschen, deren Wert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart werden konnte<sup>774</sup>. Diese zeitliche Anordnung wird gemeinsam mit der römischen *emptio venditio*, dem mittelalterlichen *commutatio* sowie dem Kauf- und Tauschvertrag des 19. Jahrhunderts geteilt<sup>775</sup>: Der Wert dessen, was jede Partei gibt und erhält, wird *ex ante* ausgehandelt und durch die Erfüllung kristallisiert<sup>776</sup>. Diese zeitliche Logik wird durch das

---

<sup>773</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

<sup>774</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

<sup>775</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

<sup>776</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

DaG-Geschäft ad absurdum geführt<sup>777</sup>. Die Daten, die der Verbraucher heute hingibt, gewinnen ihren Wert erst morgen – durch Aggregation mit weiteren Daten, durch algorithmische Verarbeitung, deren Ergebnisse damals nicht vorhersehbar waren, durch die Entdeckung weiterer Verwendungen, die die Parteien selbst nie hätten vorstellen können<sup>778</sup>. Der wirtschaftliche Inhalt des Austauschs ist insoweit im Zeitpunkt des Vertrags strukturell unbestimmt<sup>779</sup>; die dogmatischen Implikationen halten durch das gesamte Schuldrecht – von der Vertragstehung bis zur Erfüllung, von der Leistungsstörung bis zur Bereicherung, von der Beendigung bis zur Restitution<sup>780</sup>. Drei Lehren ergeben sich aus der dogmatischen Tätigkeit, die in den vorangegangenen zehn Paragraphen entfaltet wurde<sup>781</sup>. Die erste ist methodisch: Die Probleme datenbasierter Austauschverhältnisse werden besser durch die analytische Trennung von Registern – Schuldrecht und Datenschutz, dingliche und schuldrechtliche Aspekte des Persönlichkeitsinteresses, öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Funktionen der Einwilligung – gelöst als durch deren Vermengung<sup>782</sup>. Die typologische Analyse und die Kritik des Etikettenschwindels in der deutschen monographischen Literatur zeigen, dass die zivilrechtliche Lehre strukturell darauf vorbereitet ist, regulatorischen Pluralismus zu bewältigen, ohne die analytische Strenge zu untergraben<sup>783</sup>. Die zweite Lehre ist rechtsvergleichend: Die deutsche und die griechische

---

<sup>777</sup>Zur Unmöglichkeit nach § 275 BGB im DaG-Kontext siehe Scheibenpflug 2022, S. 287 ff.

<sup>778</sup>Zur weitergehenden Diskussion siehe Wendehorst, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 327 Rn. 12 ff.

<sup>779</sup>Zur Vertragstypologie der DaG-Verhältnisse vgl. Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.; Wenzel 2023, S. 187 ff.

<sup>780</sup>Zur Parallele zwischen § 818 BGB und Art. 904 AK vgl. Marinos, Stimbasi 2023, Kap. 8.

<sup>781</sup>Zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB siehe Schwab, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 818 Rn. 18 ff.

<sup>782</sup>Die Ausweitung der Consent-or-Pay-Prüfung über die Torwächter hinaus wirft erhebliche Fragen für kleinere Plattformen und Medienanbieter auf, die auf Werbeeinnahmen angewiesen sind. Siehe Yüedağ / Akkanat Öztürk / Aşıkoğlu (Fn. 123), 15–18.

<sup>783</sup>Wenzel (Fn. oben), Kapitel 1 Personenbezogene Daten als Wirtschaftsgut, 21–41, insbesondere § C Verwendung und Wert der Daten, 24–41. Zur empirischen Bewertung personenbezogener Daten in der digitalen Wirtschaft siehe ferner die Studien von Acquisti / John / Loewenstein, „What is Privacy Worth?“, (2013) 42 Journal of Legal Studies 249, und Calo, „Digital Market Manipulation“, (2014) 82 George Washington Law Review 995.

Umsetzungserfahrung sind je sui generis, konvergieren aber in denselben inhaltlichen Antworten – die synallagmatische Natur des Verhältnisses, die sui-generis-Qualifikation, die Ablehnung des Dateneigentums, die Priorität der Persönlichkeitsrechte<sup>784</sup>. Die dritte Lehre ist normativ: Die nachhaltige Entwicklung der digitalen Wirtschaft erfordert eine treue Beschreibung ihrer wirtschaftlichen Substanz<sup>785</sup>; diese Beschreibung verlangt das Aufgeben der zivilrechtlichen Fiktionen – „Unentgeltlichkeit“, „Freiwilligkeit“ in Konstellationen struktureller Asymmetrie, die „Autonomie“ eines unzureichend informierten Verbrauchers –, die das DaG-Geschäft zu lange einer vertraglichen Prüfung haben entgehen lassen.

## § 11.2 Offene Horizonte: KI, synthetische Daten und auf dem Weg zu einem europäischen digitalen Privatrecht

Der Paradigmafall des DaG, wie er durch die Richtlinie 2019/770 entwickelt wurde, ist die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen im Austausch gegen mehr oder weniger konventionelle personenbezogene Daten: Profilattribute, Browserverlauf, Standort, biometrische Identifikatoren<sup>786</sup>. Die nächste Untersuchungsfront betrifft Arten von Gegenleistungen, die die Verfasser der Richtlinie nur teilweise antizipieren konnten<sup>787</sup>. Generative KI-Dienste, die auf von den Nutzern bereitgestellte Prompts, Gespräche, Bilder und Dokumente trainiert werden, verwandeln jede Interaktion in einen Beitrag zum Trainingskorpus des Modells – eine Gegenleistung, deren Wert für den Unternehmer zugleich inkrementell, kumulativ und im Augenblick der Bereitstellung praktisch

---

<sup>784</sup>Die Charakterisierung als „Erfahrungsgut“ ist dogmatisch folgenreich, weil sie die ex ante-Bewertung als Kriterium der vertraglichen Äquivalenz ausschließt — eben jenes Kriterium, auf das sich BGB und AK zur Identifizierung der synallagmatischen Struktur traditionell gestützt haben.

<sup>785</sup>Vgl. dazu Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, Nomos 2017, S. 13 ff.

<sup>786</sup>Zur fehlenden Eignung der klassischen Vertragstypen siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, § 327 Rn. 89 ff.

<sup>787</sup>Zur dogmatischen Einordnung siehe Riehm, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2024, § 327 Rn. 1 ff.

nicht monetarisierbar ist<sup>788</sup>. Die AI Act und die Urheberrechtsrichtlinie (mit ihren DSM-Änderungen zum Text- und Data-Mining) müssen mit dieser Konstellation in einer Weise zurechtkommen, die die Verbraucher-  
vertragsliteratur erst zu durchdringen beginnt<sup>789</sup>. Synthetische Daten –  
Informationen, die die statistischen Eigenschaften personenbezogener  
Daten reproduzieren, ohne eine bestimmte Person zu identifizieren –  
werfen das umgekehrte Problem auf: Eine Gegenleistung, die auf perso-  
nenbezogenen Daten beruht, im Sinne der DSGVO aber nicht mehr als  
personenbezogen gilt<sup>790</sup>. In den Jahren seit 2019 hat der Unionsgesetzge-  
ber das DaG-Geschäft, die Richtlinie selbst, die DSGVO, den Data Gover-  
nance Act, den Data Act, den DSA, den DMA, die Omnibus-Richtlinie  
und die AI Act zu einem dichten regulatorischen Geflecht verwoben<sup>791</sup>.  
Die Konstruktion eines „europäischen digitalen Privatrechts“, in dem die  
unterschiedlichen Stränge dieses Geflechts zu einem dogmatisch kohä-  
renten Ganzen zusammengeführt werden können, ist die bevorstehende  
dogmatische Aufgabe, die diese Studie zu beginnen, nicht abzuschließen  
versucht<sup>792</sup>. Die lange Erfahrung der zivilistischen Tradition, Fragmen-  
te von Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht in ein einheitliches  
Schuldrechtssystem zu integrieren, ist eine Quelle dieser Arbeit<sup>793</sup>. Die  
Konvergenz der deutschen und der griechischen Lehre, wie sie in den  
vorangegangenen Paragraphen dargestellt wurde, ist eine zweite<sup>794</sup>. Die  
zunehmende Bereitschaft des EuGH, sich mit dem materiellen Rahmen  
des EU-Privatrechts auseinanderzusetzen – sichtbar in *Meta vs. Bun-*

---

<sup>788</sup>Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>789</sup>Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

<sup>790</sup>Zum Argument der strukturellen Unvereinbarkeit siehe N. Yüedağ / E. B. Akkanat Öztürk / Ş. İlkin Aşikoğlu, „Pay or Consent Models in Europe: Already Outdated or an Overlooked Crisis in Freely Given Consent?“, (2025) Technology and Regulation 1.

<sup>791</sup>Marinos, Σύμβαση 2023, Kap. 14, allgemein zur polyzentrischen regulatorischen Archi-  
tektur des unionsrechtlichen Datenrechts (DCD, DSGVO, Data Act, Data Gover-  
nance Act, DSA, DMA, Datenbankrichtlinie, Urheberrechtsrichtlinie); das synarmogi-  
Konzept als Koordinationsressource.

<sup>792</sup>Vgl. dazu die Beiträge in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, Nomos  
2024.

<sup>793</sup>Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten §  
7.2.

<sup>794</sup>Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

*deskartellamt*<sup>795</sup>, in *Orange Romania*<sup>796</sup> und in der sich entfaltenden Rechtsprechung zur RL 93/13/EWG –, ist eine dritte<sup>797</sup>. Das europäische digitale Privatrecht, das aus dem Schnittpunkt dieser Quellen entsteht, wird – wie das *ius commune* einer früheren Epoche – eine Lehre sein, die auf gemeinsamen Begriffen und konvergenten Lösungen beruht und nicht auf einheitlichen Texten.

---

Die Welt von gestern wird nie zurückkehren<sup>798</sup>. Doch die Welt von morgen ist – in gewissem Maße – bereits in den Kategorien der Lehre eingeschrieben, denen sich die zivilistische Tradition nun zuwendet<sup>799</sup>. Es bleibt, das Übrige zu schreiben – ausführlich, dringlich, unentbehrlich.

---

<sup>795</sup>Zum vergleichbaren Argumentationsmuster Sattler, JZ 2017, 1036.

<sup>796</sup>Die *Orange-România-Entscheidung* (Rs. C-61/19) war deshalb besonders bedeutsam, weil sie festgehalten hat, dass voreingestellte Häkchen zur Einwilligung in die Datenverarbeitung dem DSGVO-Erfordernis aktiver, bestätigender Einwilligung nicht genügen können – ein Grundsatz mit unmittelbaren Implikationen für DaG-Geschäfte, in denen die Nutzungsbedingungen einer Plattform Einwilligung über Standardeinstellungen herzustellen versuchen.

<sup>797</sup>EuGH, Rs. C-61/19, *Orange România*, Urt. v. 11.11.2020, Rn. 40. Der Gerichtshof entschied, dass die Unlauterkeitsbeurteilung die Besonderheiten des digitalen Marktes berücksichtigen müsse. Siehe auch EuGH, Rs. C-26/13, Árpád Kásler, Urt. v. 30.4.2014; Rs. C-143/13, Matei, Urt. v. 26.2.2015, Rn. 54.

<sup>798</sup>Vgl. ferner Lohsse, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data*, Nomos 2017, S. 13.

<sup>799</sup>Zur rechtsvergleichenden Dimension siehe Wenzel 2023, Kap. 2 § B sowie Marinos, Sumbasi 2023, Kap. 4.



## § 12 Bibliographie

Die nachstehende Bibliographie ist in drei Teile gegliedert: erstens die Rechtsquellen (EU-Rechtsakte und nationale Gesetzgebung sowie *Travaux Préparatoires*), zweitens die Rechtsprechung (EuGH, nationale Gerichte und Aufsichtsbehörden, einschließlich *Soft-Law-Materialien*), und drittens die wissenschaftliche Literatur (Bücher, Sammelbände, Kommentare und Zeitschriftenaufsätze sowie weitere Quellen). Die wissenschaftliche Literatur ist alphabetisch nach Verfasser oder Herausgeber geordnet, ohne Trennung nach Sprache oder nationaler Provenienz, um den europäischen Charakter der dogmatischen Auseinandersetzung sichtbar zu machen. Werke, die in griechischer Sprache verfasst sind, werden mit dem griechischen Originaltitel angegeben; soweit hilfreich, wird eine deutsche Übersetzung in eckigen Klammern ergänzt.

### **Rechtsquellen (EU-Rechtsakte, *Travaux Préparatoires* und nationale Gesetzgebung)**

Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (Omnibus-Richtlinie), *ABl. L* 328 vom 18.12.2019, S. 7.

Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Digitalinhalte-Richtlinie), *ABl. L* 136 vom 22.5.2019, S. 1–27.

Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, *ABl. L* 136 vom 22.5.2019, S. 28–50.

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final, 9. Dezember 2015.

Europäische Kommission, Mitteilung „Eine europäische Datenstrategie“, COM(2020) 66 final, 19. Februar 2020.

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über die Achtung des Privatlebens in der elektronischen Kommunikation (e-Privacy), COM(2017) 10 final.

Europäisches Parlament (Voss-Bericht), Bericht über den Vorschlag einer Richtlinie zur Bereitstellung digitaler Inhalte, A8-0375/2017, 27. November 2017.

Verordnung (EU) 2016/679 – Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), *ABl. L* 119 vom 4.5.2016, S. 1.

Verordnung (EU) 2022/1925 – Digital Markets Act (DMA), *ABl. L* 265 vom 12.10.2022, S. 1.

Verordnung (EU) 2022/868 – Data Governance Act (DGA), *ABl. L* 152 vom 3.6.2022, S. 1.

Verordnung (EU) 2023/2854 – Data Act, *ABl. L* vom 22.12.2023.

Verordnung (EU) 2024/1689 – Verordnung über künstliche Intelligenz (AI Act), *ABl. L* vom 12.7.2024.

## II. Rechtsprechung und Soft-Law-Materialien

Österreichisches Bundesverwaltungsgericht (BVwG), Entscheidung W274 2270925-1 (*Der Standard*), 14. August 2025.

BGH (Deutschland), KVR 69/19 (*Facebook*), 23. Juni 2020.

Bundeskartellamt, Beschluss B6-22/16 (*Facebook*), 6. Februar 2019.

EuGH, Rs. C-131/12, *Google Spain SL gegen AEPD*, Urteil vom 13. Mai 2014, EU:C:2014:317.

EuGH, Rs. C-201/14, *Bara*, Urteil vom 1. Oktober 2015, EU:C:2015:638.

EuGH, Rs. C-252/21, *Meta Platforms Inc. vs. Bundeskartellamt*, Urteil vom 4. Juli 2023, EU:C:2023:537.

EuGH, Rs. C-419/14, *WebMindLicenses*, Urteil vom 17. Dezember 2015, EU:C:2015:832.

- EuGH, Rs. C-61/19, *Orange România SA gegen ANSPDCP*, Urteil vom 11. November 2020, EU:C:2020:901.
- EuGH, Rs. C-673/17, *Planet49 GmbH*, Urteil vom 1. Oktober 2019, EU:C:2019:801.
- EuGH, Rs. C-708/18, *Asociația de Proprietari bloc M5A-Scara A*, Urteil vom 11. Dezember 2019, EU:C:2019:1064.
- EuGH, verb. Rs. C-203/15 und C-698/15, *Telez Sverige und Watson*, Urteil vom 21. Dezember 2016, EU:C:2016:970.
- EuGH, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, *Volker und Markus Schecke*, Urteil vom 9. November 2010, EU:C:2010:662.
- Kúria (Ungarn), Entscheidung Pfv.IV.20.483/2021/4, 2021.
- LG Berlin, Urt. v. 28.10.2014 – 16 O 60/13 (*Facebook App-Centre*), ZD 2015, 133.
- OLG Düsseldorf, VI-Kart 1/19 (V) (*Facebook-Beschluss*), 26. August 2019.
- Art. 29 WP, *Leitlinien zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 (WP259 rev.01)*, 10. April 2018.
- CNIL, *Plan d'action sur l'intelligence artificielle*, Mai 2023.
- EDPB, *Stellungnahme 08/2024 zur gültigen Einwilligung im Kontext von „Pay or Consent“-Modellen*, 2024.
- EDPB, *Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1*, 4. Mai 2020.
- EDPB, *Leitlinien 2/2019 zur Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO im Kontext von Online-Diensten*, 8. Oktober 2019.
- EDPB, *Leitlinien 5/2019 zum Recht auf Vergessenwerden in Suchmaschinen*, 7. Juli 2020.
- EDPS, *Stellungnahme 4/2017 zum Vorschlag einer Richtlinie über digitale Inhalte*, 14. März 2017.

Europäische Kommission, Beschluss in Rs. DMA.100055 (*Meta „Pay or Consent“-Verstoß*), 23. April 2025.

Europäische Kommission, Beschluss in Rs. M.7217 (*Facebook/WhatsApp-Zusammenschluss*), 3. Oktober 2014.

European Law Institute, *Statement on the Proposed Directive on Digital Content*, ELI 2016.

OECD, *Exploring the Economics of Personal Data*, OECD Digital Economy Papers Nr. 220, 2013.

OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing 2015.

OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era*, DAF/COMP(2018)13.

### III. Wissenschaftliche Literatur

Acquisti A., John L.K. und Loewenstein G., „What Is Privacy Worth?“, (2013) 42 *Journal of Legal Studies* 249.

Acquisti A., Taylor C. und Wagman L., „The Economics of Privacy“, (2016) 54 *Journal of Economic Literature* 442.

Alexandridou E (Hrsg.), *To Néο Δίκαιο Προστασίας του Καταναλωτή: Ελληνικό – Ενωσιακό* [Das neue Verbraucherschutzrecht: Griechisch – Unionsrechtlich], 4. überarb. Aufl., Nomiki Bibliothiki, Athen 2023 (einschließlich der Gesetze 4967/2022, 4933/2022, 5019/2023, 5039/2023; zitiert: Alexandridou (Hrsg.), *To Néο Δίκαιο Καταναλωτή*, 4. Aufl. 2023).

Auer M., „Digitale Leistungen“, (2019) *ZfPW* 130.

Baranowski J. und Glaß R., „M&A im Internet – Transaktionen von Daten und Content“, (2017) *BB* 199.

Baumgartner U. und Hansch G., „Onlinewerbung und *Real-Time-Bidding*“, (2020) *ZD* 435.

Becker M., „Consent Management Platforms und Targeted Advertising zwischen DS-GVO und ePrivacy-Gesetzgebung“, (2021) *CR* 87.

- Becker M., „Eine Materialisierung des datenschutzrechtlichen Kopplungsverbots“, (2021) *CR* 230.
- Becker M., „Das Recht auf datenerhebungsfreie Produkte“, (2017) *JZ* 170.
- Berger C., „Daten als Gegenleistung“, (2016) 8 *ZGE/IPJ* 175.
- Bisges M., „Personendaten, Wertzuordnung und Ökonomie“, (2017) *MMR* 301.
- Botta M. und Wiedemann K., „EU Competition Law Enforcement Concerning Exploitative Conduct in the Data Economy“, (2019) 64 *Anti-trust Bulletin* 428.
- Bravo F., „Lo ‘scambio di dati personali’ nei contratti di fornitura dei servizi digitali e il consenso dell’interessato tra autorizzazione e contratto“, in Ricciuto V. / Solinas C. (Hrsg.), *Forniture digitali e “pagamento”*, Giappichelli, Turin 2022, S. 45.
- Brkan M., „The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection“, (2019) 20 *German Law Journal* 864.
- Bräutigam P., „Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken“, (2012) *MMR* 635.
- Buchner W., *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*, Mohr Siebeck 2006.
- Buchner W., „Die Einwilligung im Datenschutzrecht – vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungsinstrument“, (2010) 34 *DuD* 39.
- Buiten M., *Designing the EU Data Economy: A Legal and Policy Analysis*, Hart 2024.
- Bygrave L., *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford University Press 2014.
- Bénabou V-L / Rochfeld J., *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l’heure numérique*, Odile Jacob, Paris 2015.

- Camardi C., „Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali“, (2019) *Giust. civ.* 499.
- Carvalho JM, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services“, (2019) 5 *EuCML* 194.
- Carvalho JM und Farinha M., „Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services“, (2020) 2 *Revista de Direito e Tecnologia* 257.
- Christodoulou K., „Η Σύμβαση Παροχής Ψηφιακού Περιεχομένου και η Έννοια της Παροχής“, (2023) *NoB* 71, 1023 ff.
- Clifford D., Graef I. und Valcke P., „Pre-Formulating the Effective Consent in a Data-Driven Economy“, in Botta, Ferretti and Ferretti (Hrsg.), *EU Data Protection Reform* (Nomos 2018) 89.
- Costa-Cabral F. und Lynskey O., „The Internal and External Constraints of Data Protection on Competition Law in the EU“, (2024) 67 *Anti-trust Bulletin* 234.
- Csehi Z., „The First Decision of the Hungarian Curia on Personal Data as Counter-Performance“, (2022) 11 *Journal of European Consumer and Market Law* 167.
- Cuocci V., „Fornitura di contenuti digitali e controprestazione non pecuniaria: luci e ombre sulla tutela del consumatore nella prospettiva del diritto contrattuale europeo“, in Di Ciommo F. / Troiano O. (Hrsg.), *Studi in onore di Roberto Pardolesi*, La Tribuna, Piacenza 2018, S. 269.
- Custers B. / Sears A. / Dechesne F. / Georgieva I. / Tani T. (Hrsg.), *EU Personal Data Protection in Policy and Practice*, Springer 2019.
- Dagtoglou P, *Ατομικά Δικαιώματα* [Individuelle Rechte], Bd. I, 4. Aufl., Sakkoulas 2012.
- Dellios G, *Γενικοί Όροι Συναλλαγών* [Allgemeine Geschäftsbedingungen], Sakkoulas 2013.

- De Cristofaro G., „40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future“, (2019) *Contratto e impresa* 187.
- De Franceschi A. (Hrsg.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia 2016.
- De Franceschi A., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Neapel 2017.
- De Franceschi A., „Il ‘pagamento’ mediante dati personali“, in Cuffaro V. / D’Orazio R. / Ricciuto V. (Hrsg.), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Turin 2019, S. 1381.
- De Gregorio G., *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge University Press 2022.
- De Hert P. und Hajduk P., „EU Cross-Regime Enforcement, Redundancy and Interdependence“, (2024) *Technology and Regulation*.
- Determann L., „Gegen Eigentumsrechte an Daten“, (2018) *ZD* 503.
- Dix A., „Daten als Bezahlung – Zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Datenschutzrecht“, (2017) *ZEuP* 1.
- Dougalis A., „Η Οδηγία 2019/770 και το ελληνικό αστικό δίκαιο“, (2022) 73 *NoB* 1245.
- Dougalis A., „Η ενσωμάτωση της Οδηγίας 2019/770 στο ελληνικό δίκαιο“, (2023) *ChrID* 145.
- Douville T., *Droit des données à caractère personnel*, LexisNexis, Paris 2020.
- Drexel J., *Data Access and Control in the Era of Connected Devices*, BEUC-Studie 2018.
- Drexel J., „Designing Competitive Markets for Industrial Data“, (2017) 8 *JIPITEC* 257.
- Drexel J., „Connected Devices – An Unfair Competition Law Approach to Data Access“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Private Law and the Data Act* (Nomos/Hart 2024) 137.

- Eidenmüller H., „The Rise of Robots and the Law of Humans“, (2017) 4 *ZEuP* 765.
- Engeler M., „Das überschätzte Kopplungsverbot – Die Bedeutung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO“, (2018) *ZD* 55.
- Engeler M., „Das Datenportabilitätsrecht in der Praxis“, (2021) *DuD* 145.
- Faber W., „Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil I)“, (2020) *VbR* 4.
- Faber W., „Neues Gewährleistungsrecht und Nachhaltigkeit (Teil II)“, (2020) *VbR* 57.
- Ferretti F., „La Direttiva (UE) 2019/770: i dati personali quale corrispettivo nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e le inerenti ricadute sul diritto della privacy“, (2022) 16 *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 1740.
- Fezer K-H, *Repräsentatives Dateneigentum – Ein Bürgerrecht*, Konrad-Adenauer-Stiftung 2018.
- Fezer K-H, „Dateneigentum der Bürger – Ein originäres Immaterialgüterrecht sui generis“, (2017) *ZD* 99.
- Floridi L., *The Ethics of Information*, Oxford University Press 2013.
- Funke M., *Dogmatik und Voraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung*, Mohr Siebeck 2017.
- Fries M., „Data as Counter-Performance in B2B Contracts“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 225.
- Geiger C. (Hrsg.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar 2015.
- González Fuster G., *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer 2014.
- Gac M., „Impact of the Digital Content Directive on Online Platforms’ Terms of Service“, (2024) *Yearbook of European Law* 1.

- Georgiadis A, *Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου* [Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts], 5. Aufl., Sakkoulas, Athen 2019 (zitiert: Georgiadis, *Γενικές Αρχές*, 5. Aufl. 2019).
- Georgiadis A, *Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος* [Schuldrecht, Allgemeiner Teil], Sakkoulas 2018.
- Georgiadis A, *Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος* [Schuldrecht, Besonderer Teil], Bd. I, Sakkoulas 2018.
- Golland A, „Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung“, (2018) *DuD* 351.
- Gotsis A, „Η ανοχή της επεξεργασίας ως αντιπαροχή“ [Toleranz der Verarbeitung als Gegenleistung], (2021) 64 *EllDni* 891.
- Graf von Westphalen F und Wendehorst C, „Hergabe personenbezogener Daten für digitale Inhalte“, (2016) *BB* 2179.
- Graef I, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms*, Wolters Kluwer 2016.
- Graef I, „Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms“, (2015) 38 *World Competition* 473.
- Graef I, „Meta vs. Bundeskartellamt: The First Steps Toward an Integrated Approach“, (2024) 49 *European Law Review* 65.
- Grundmann S, „European Contract Law in the Digital Age“, (2020) 28 *ERPL* 259.
- Hermstrüwer Y, *Informationelle Selbstgefährdung*, Mohr Siebeck 2016.
- Hacker P und Petkova B, „Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and New Regulatory Frontiers“, (2017) 15 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 1.
- Helberger N, Zuiderveen Borgesius F und Reyna A, „The Perfect Match? EU Consumer Law and Data Protection Law“, (2017) 54 *Common Market Law Review* 1427.

- Hennemann M, „Personalisierte Medienangebote im Datenschutz- und Vertragsrecht“, (2017) *JZ* 548.
- Heymann T, „Rechte an Daten“, (2016) *CR* 650.
- Hoeren T, „Big Data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe“, (2014) 36 *European Intellectual Property Review* 751.
- Hoeren T, „Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht“, (2013) *MMR* 486.
- Hofmann F, „Der maßgeschneiderte Preis – Dynamische und individuelle Preise aus lauterkeits- und kartellrechtlicher Sicht“, (2016) *WRP* 1074.
- Hofmann H, „Richtlinie Digitale Inhalte – Schuldrechtliche Kontextualisierung“, (2019) *ZUM* 271.
- Hofmann J. / Bochón Cabello A., „Cross-Regime Enforcement and the EU Digital Acquis“, (2024) 61 *Common Market Law Review* 1567.
- Hoofnagle CJ und Whittington J, „Free: Accounting for the Costs of the Internet’s Most Popular Price“, (2014) 61 *UCLA Law Review* 606.
- Howells G., Twigg-Flesner C. und Wilhelmsson T., *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge 2018.
- Husovec M., *Principles of the Digital Services Act*, Oxford University Press 2024.
- Indenhuck M und Britz T, „Vom Datenschutzrecht zum Datenschuldrecht“, (2020) *ZRP* 207.
- Janecek V und Malgieri G, „Data Extra Commercium“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 95.
- Karakostas I., *Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή* [Verbraucherschutzrecht], 3. Aufl., Nomiki Bibliothiki, Athen 2024 (zitiert: Karakostas, *Δίκαιο Καταναλωτή*, 3. Aufl. 2024).

- Karakostas I / Manthos A, *Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή* [Verbraucherschutzrecht], Nomiki Bibliothiki, Athen 2023 (zitiert: Karakostas / Manthos, *Δίκαιο Καταναλωτή* 2023).
- Karg M, „Anonymität, Pseudonyme und Personenbezug revisited“, (2015) *DuD* 520.
- Kerber W., *Governance of Data: Exclusive Property vs. Access*, IIC 2016, S. 759 ff. (auch als selbständiger Beitrag in Drexl, *Data Access*).
- Kilian W, „Strukturwandel der Privatheit“, in Garstka/Coy (Hrsg.), *Wovon – für wen – wozu: Systemdenken wider die Diktatur der Daten* (Helmholtz-Zentrum Berlin 2014) 195.
- Klein P., „Pay or Consent: Eine kartell- und datenschutzrechtliche Bewertung“, (2025) *MMR* 89.
- Kosta E., *Consent in European Data Protection Law*, Martinus Nijhoff 2013.
- Kuner C., „The European Data Protection Regulation and the Future of Data Privacy“, (2018) 8 *International Data Privacy Law* 89.
- Koops B-J, „The Trouble with European Data Protection Law“, (2014) 4 *International Data Privacy Law* 250.
- Kühling J und Sackmann F, „Irrweg ‚Dateneigentum‘“, (2019) *ZD* 297.
- Kull I, „Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance“, (2020) 13 *Juridiskaja Zinatne / Law* 33.
- Kull I, „Transposition of the Digital Content Directive into the Estonian Legal System“, (2021) 12 *JIPITEC* 249.
- Ladas D, *Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου II* [Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts II], Sakkoulas 2009.
- Lahusen B, „Datenrechtliche Synallagmata“, (2021) 221 *AcP* 1.
- Langhanke C., *Daten als Leistung*, Mohr Siebeck 2018.
- Langhanke C und Schmidt-Kessel M, „Consumer Data as Consideration“, (2015) 4 *EuCML* 218.

- Lapuenta SC, „Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 163.
- Linardatos D., *Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht: Grundlinien zivilrechtlicher Zurechnung und Strukturmerkmale einer elektronischen Person*, Mohr Siebeck 2021.
- Linardatos D., „Smart Contracts und vorvertragliche Pflichten – Aspekte algorithmisch gesteuerter Vertragsanbahnung“, (2019) *MMR* 565.
- Linardatos D., „Künstliche Intelligenz und Verantwortung“, (2019) *ZIP* 504.
- Lohsse S., Schulze R. und Staudenmayer D. (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Hart/Nomos 2017.
- Lohsse S., Schulze R. und Staudenmayer D. (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung – Vertragsrecht 2.0?*, Hart/Nomos 2020.
- Lohsse S., Schulze R. und Staudenmayer D. (Hrsg.), *Private Law and the Data Act*, Nomos/Hart 2024.
- Lohsse S, Schulze R und Staudenmayer D, „Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? An Introduction“, in *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 9.
- Lynskey O., *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press 2015.
- Lynskey O, „Deconstructing Data Protection: The ‚Added-Value‘ of a Right to Data Protection“, (2014) 63 *ICLQ* 569.
- Mak V., *The Boundaries of Self-Determination in Consumer Contract Law*, Intersentia 2020.
- Martial-Braz N. / Rochfeld J. (Hrsg.), *Droit des données personnelles : les spécificités du droit français au regard du RGPD*, Dalloz, Paris 2019.
- Malgieri G und Custers B, „Pricing Privacy – the Right to Know the Value of Your Personal Data“, (2018) 34 *Computer Law & Security Review* 289.

Marinos M-Th, *Δίκαιο Διακριτικών Γνωρισμάτων* [Recht der Unterscheidungszeichen], Sakkoulas 2017.

Marinos M-Th, *Η σύμβαση προμήθειας ψηφιακού περιεχομένου και ψηφιακών υπηρεσιών — Οδηγία 2019/770* [Der Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen — Richtlinie 2019/770 zwischen Verbraucherschutzrecht, Datenschutzrecht und Immaterialgüterrecht], P. N. Sakkoulas, Athen 2023; zitiert: Marinos, *Σύμβαση 2023*, mit jeweiliger Angabe des Kapitels (gegliedert in 16 Kapiteln, zitiert wie folgt):

- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 1: Einführung — Die Richtlinie 2019/770 im System des griechischen Verbraucher- und Schuldrechts.
- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 2: Begriffsbestimmungen und Anwendungsbereich (Art. 2–3 DCD); aktive und passive Datenbereitstellung.
- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 3: Daten als Gegenleistung — Art. 3 Abs. 1 DCD im Lichte des Art. 287 AK und des Art. 361 AK.
- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 4: Vertragstypologie und sui-generis-Charakter datengetriebener Austauschverhältnisse.
- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 5: Pflichten des Unternehmers und Vertragsmäßigkeit (Art. 5–9 DCD).
- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 6: Inkrafttreten, Geltungsbereich und Übergangsvorschriften.
- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 7: Bereichsausnahme nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 DCD und die Notwendigkeitsschranke.
- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 8: Umsetzung in Griechenland — Gesetz 4967/2022 und das Verbraucherschutzgesetz 2251/1994; Art. 287 + 361 AK.
- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 9: Rechtsfolgen der Vertragswidrigkeit und Rechtsbehelfe (Art. 13–14 DCD).
- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 10: Vertragsbeendigung und Rückabwicklung; Art. 904 ff. AK und § 818 BGB.

- Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. II: Modifikationen digitaler Inhalte und Dienstleistungen (Art. 19 DCD).
  - Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 12: AGB-Kontrolle und Richtlinie 93/13/EWG; missbräuchliche Klauseln in DaG-Verträgen.
  - Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 13: Bereicherungsrecht im DaG-Kontext — Art. 904 ff. AK als dogmatischer Rahmen.
  - Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 14: Koordinierung Vertragsrecht/Datenschutzrecht — Persönlichkeitsrechtsanker (Art. 57 AK), Volkszählungsurteil-Tradition; Rn. 14.1, 14.9–14.12, 14.13, 14.14, 14.15–14.32, 14.22–14.23, 14.26–14.32, 14.33–14.41.
  - Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 15: Schnittstelle — Abstraktionsprinzip (Trennungsprinzip) und Datenportabilität nach Art. 20 DSGVO; Rn. 15.10–15.13, 15.20–15.22.
  - Marinos, *Σύμβαση 2023*, Kap. 16: Richtlinie 2019/770 und Immaterialgüterrecht — Art. 10 DCD, Datenbankrichtlinie, Urheberrecht.
- Mentis G, *Γενικοί Όροι Συναλλαγών σε Καταναλωτικές και Εμπορικές Συμβάσεις* [Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verbraucher- und Handelsverträgen], 2. Aufl., P. N. Sakkoulas, Athen 2020 (zitiert: Mentis, *ΓΟΣ*, 2. Aufl. 2020).
- Metzger A, „Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag“, (2017) 216 *AcP* 817.
- Metzger A, „A Market Model for Personal Data“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 25.
- Micklitz H-W, „The Visible Hand of European Regulatory Private Law“, (2009) 28 *Yearbook of European Law* 3.
- Mischau L, „Daten als ‚Gegenleistung‘ im neuen Verbrauchervertragsrecht“, (2020) *ZEuP* 335.
- Namyslowska M, Jablonowska A und Wiaderek F, „Implementation of the Digital Content Directive in Poland“, (2021) 12 *JIPITEC* 241.

- Pamboukis K, „Το εύάλωτο της σχέσης δεδομένων-υπηρεσίας“ [Die Verletzlichkeit der Daten-Dienstleistungs-Beziehung], (2023) *ChrID* 412.
- Papazisi T, *Το δικαίωμα στην προσωπικότητα* [Das Persönlichkeitsrecht], Sakkoulas 2017.
- Peifer K-N, „Eigenheit oder Eigentum – Was schützt das Persönlichkeitsrecht?“, (2002) *GRUR* 495.
- Pertot T. (Hrsg.), *Rechte an Daten*, Mohr Siebeck 2020.
- Pflucke F, „The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Luxembourg“, (2022) 11(3) *JECML* 114.
- Purtova N, „The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law“, (2018) 10 *Law, Innovation and Technology* 40.
- Purtova N, „Priceless Data: Why the EU Fundamental Right to Data Protection Is at Odds with Trade“, (2022) 45 *Computer Law & Security Review*.
- Radin M., *Contested Commodities*, Harvard University Press 1996.
- Resta G. / Zeno-Zencovich V., „Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete“, (2018) *Riv. trim. dir. proc. civ.* 411.
- Resta G., „I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679“, in Ricciuto V. / Solinas C. (Hrsg.), *Forniture digitali e „pagamento“*, Giappichelli, Turin 2022, S. 55. warum \*
- Riehm H, „Daten als Leistungsstörung“, (2022) 30 *ZfPW* 567.
- Rochfeld J., „Le ‘contrat de fourniture de contenus numériques’ : la reconnaissance de l’économie spécifique ‘contenus contre données’“, (2017) 1 *Dalloz IP/IT* 15.
- Rogosch P., *Die Einwilligung im Datenschutzrecht*, Nomos 2013.
- Sartor G. / Lagioia F., *The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence*, EPRS Study 2020.

- Sartor G., „Privacy, Reputation, and Trust“, in: Floridi (Hrsg.), *The Onlife Manifesto*, Springer 2015, S. 257 ff.
- Sattler A., „Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand“, (2017) 72 *JZ* 1036.
- Sattler A., „Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter“, (2020) *CR* 145.
- Sattler A., „Autonomy or Heteronomy – Proposal for a Two-Tier Interpretation of Article 6 GDPR“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 193.
- Scheibenpflug S., *Personenbezogene Daten als Gegenleistung*, Mohr Siebeck 2023.
- Schmidt-Kessel M., „Right to Withdraw Consent to Data Processing – the Effect on the Contract“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 129.
- Schmidt-Kessel M und Grimm A., „Unentgeltlich oder entgeltlich?“, (2017) 1 *ZfPW* 84.
- Schmitt T R, *Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte*, Verlag Österreich, Wien 2017 (zitiert: Schmitt, *Gewährleistung digitale Inhalte*).
- Schulze R. und Staudenmayer D. (Hrsg.), *EU Digital Law – Article-by-Article Commentary*, Beck/Hart/Nomos 2020.
- Schulze R., Staudenmayer D. und Lohsse S. (Hrsg.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos/Hart 2017.
- Schulze R., „Supply of Digital Content: A New Challenge for European Contract Law“, in De Franceschi (Hrsg.), *European Contract Law* (Intersentia 2016) 127.
- Sein K und Spindler G., „The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services“, (2019) 15 *ERCL* 257.

- Senechal N, „Article 16 DCD: Data Erasure and the Limits of Contractualisation“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 247.
- Specht L, „Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?“, (2017) *JZ* 763.
- Specht L, „Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung“, (2017) *MMR* 729.
- Specht-Riemenschneider L, „Eine Theorie des Datenrechts“, (2020) 220 *AcP* 1.
- Spindler G, „Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Rechtsnatur“, (2016) 19 *MMR* 147.
- Spindler G und Sein K, „Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte“, (2019) *MMR* 488.
- Spyropoulos F, *Συνταγματικό Δίκαιο* [Verfassungsrecht], Sakkoulas 2018.
- Stamhuis E. (Hrsg.), *Personal Autonomy in Plural Societies*, Routledge 2018.
- Stathopoulos M., *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο* [Allgemeines Schuldrecht], 5. Aufl., Sakkoulas 2018 (zitiert: Stathopoulos, *Γενικό Ενοχικό*, 5. Aufl. 2018).
- Stathopoulos M. / Christodoulou K., *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου* [Kompendium des Allgemeinen Schuldrechts], Sakkoulas 2025 (zitiert: Stathopoulos / Christodoulou, *Επιτομή* 2025).
- Staudenmayer D, „The Future of EU Contract Law in the Digital Age“, (2021) 17 *European Review of Contract Law* 1.
- Streinz T, „The Evolution of European Data Law“, in Craig/de Búrca (Hrsg.), *Evolution of EU Law* (3. Aufl., OUP 2021) 902.
- Szymanski M, „Decommodifying Data through EU Consumer Law“, (2023) 32 *ERPL* 423.

- Teixeira Santos C, Duivenvoorde B u. a., „Meta’s Pay-or-Okay Model: An Analysis under EU Law“, (2024) *Technology and Regulation* 254.
- Thobani F., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Giuffrè, Mailand 2018.
- Titsias S, „Personality rights and personal data under Greek law“, (2020) *ELLdri* 67.
- Trans Europe Experts (Behar-Touchais M, Benabou V-L, Martial-Braz N, Rochfeld J, Sauphanor-Brouillaud N, Schulz B, Sénéchal J, Zolynski C), „Dossier Contrats de fourniture de contenu numérique“, in Sauphanor-Brouillaud N / Sénéchal J (dir.), *Contrats Concurrence Consommation*, Februar 2017, S. 21–56 (zitiert: Trans Europe Experts, *Dossier CCC 2017*).
- Twigg-Flesner C., *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge University Press 2021.
- Van Erp S, „Management as Ownership of Data“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 77.
- Veale M, Binns R und Edwards L, „Algorithms that Remember: Model Inversion Attacks and Data Protection Law“, (2018) 376 *Phil. Trans. R. Soc. A* 20180083.
- van Dijck J., Poell T. und de Waal M., *The Platform Society*, Oxford University Press 2018.
- Vehmeier A., „Pay or Consent in der Plattformwirtschaft“, (2025) *BB* 1789.
- Vogenauer S. / Kleinheisterkamp J. (Hrsg.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press 2009.
- Wagner G, „Zivilrecht in der Digitalisierung“, (2020) 220 *AcP* 5.

- Wagner G, „AGB-Kontrolle digitaler Verträge“, (2021) 224 *AcP* 1.
- Walker M., *Die Kosten kostenloser Dienste*, Duncker & Humblot 2021.
- Wandtke A-A, „Ökonomischer Wert von persönlichen Daten“, (2017) *MMR* 6.
- Weber RH, „Data Protection – An Overview“, in Schulze/Staudenmayer/Lohsse (Hrsg.), *Contracts for the Supply of Digital Content* (Nomos/Hart 2017) 157.
- Weinzierl Q, „Dark Patterns als Herausforderung für das Recht“, (2020) *NVwZ* 1.
- Wendehorst C, „Of Elephants in the Room and Paper Tigers“, in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Daten als Gegenleistung* (Hart/Nomos 2020) 327.
- Wendehorst C, „Personal Data in Data Value Chains“, (2021) *NJW* 2915.
- Wendehorst C / Zöchling-Jud B (Hrsg.), *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?*, Manz, Wien 2016 (zitiert: Wendehorst / Zöchling-Jud, *Vertragsrecht digitaler Binnenmarkt*).
- Wendehorst C / Zöchling-Jud B (Hrsg.), *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, Manz, Wien 2018 (zitiert: Wendehorst / Zöchling-Jud, *ABGB auf dem Prüfstand*).
- Wenzel A., *Personenbezogene Daten als Gegenleistung im Internet – Mit einem Klick zur Kommerzialisierung des Privaten* (Internetrecht und Digitale Gesellschaft Bd. 51), Duncker & Humblot 2023.
- Yüedağ N, Akkanat Öztürk EB und Aşıkoğlu Şİ, „Pay or Consent Models in Europe: Already Outdated?“, (2025) *Technology and Regulation*.
- Zech H., *Information als Schutzgegenstand*, Mohr Siebeck 2012.
- Zech H, „A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market“, (2016) 11 *JIPLP* 460.
- Zimmermann R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996.

- Zoll F, „Personal Data as Remuneration“, in Schulze/Staudenmayer/Lohsse (Hrsg.), *Contracts for the Supply of Digital Content* (Nomos/Hart 2017) 145.
- Zöchling-Jud B, „Digital Consumer Contract Law and New Technologies – Implementation of the Digital Content Directive in Austria“, (2021) 12 *JIPITEC* 221 (zitiert: Zöchling-Jud, *JIPITEC* 2021, 221).
- Zuboff S., *The Age of Surveillance Capitalism*, PublicAffairs 2019.
- Zuiderveen Borgesius F, „Singling Out People without Knowing Their Names“, (2016) 32 *Computer Law & Security Review* 256.
- Zweig S., *Die Welt von Gestern. Erinnerungen eines Europäers*, Bermann-Fischer, Stockholm 1942 (englische Übersetzung: *The World of Yesterday: Memoirs of a European*, Viking Press, New York 1943) – Quelle des Epilog-Titels.



Wenn der Verbraucher digitale Dienste vermeintlich „kostenlos“ nutzt und dafür personenbezogene Daten bereitstellt, stellt sich eine zivilrechtliche Grundfrage neu: Worin liegt seine vertragliche Gegenleistung? Mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/770 hat der Unionsgesetzgeber „Daten als Gegenleistung“ erstmals ausdrücklich anerkannt und der zivilistischen Dogmatik eine Aufgabe von erheblicher Tragweite gestellt.

Der Autor greift diese Aufgabe rechtsvergleichend – Deutschland und Griechenland – auf und führt beide Privatrechtsordnungen in systematischen Dialog. Verteidigt wird die These, dass die Verbraucherleistung in der Einräumung der faktischen Möglichkeit gewerblicher Verwertung besteht, während die datenschutzrechtliche Einwilligung als Wirksamkeitsvoraussetzung in einem eigenen Register operiert. Aus diesem Trennungsprinzip werden die Folgefragen entfaltet: das Verhältnis zur DSGVO und das Kopplungsverbot, der ex-nunc-Widerruf, die §§327 ff. und §516a BGB samt griechischer Umsetzung, die Debatte um das Dateneigentum, die Einbettung in Data Act, DGA, DSA, DMA und AI Act sowie die „Pay or Consent“-Konstellationen nach *Meta v. Bundeskartellamt* und dem DMA-Beschluss der Kommission.

Ein dogmatischer Beitrag zum europäischen Digitalprivatrecht – für Wissenschaft, Praxis und Reformdiskussion.

Logos Verlag Berlin

ISBN 978-3-8325-6110-9