

§ 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“¹ anbieten, gehört zu den prägenden Merkmalen der modernen Wirtschaft². 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 nehmen³. Was bei diesen Geschäften tatsächlich geschieht, bleibt unsichtbar – und stellt gleichwohl eine Form wirtschaftlichen Austauschs dar⁴. 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 sind⁵.

¹Vgl. dazu auch oben § 4.2.

²Zum 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).

³Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

⁴Siehe 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.

⁵Zur 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 erzielen⁶. 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 anerkannt⁷. 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-Konstellation⁸. 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 heranzieht⁹.

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

3.

⁶Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

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

⁸Vgl. 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.

⁹Zur 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 2019¹⁰ in Kraft trat und seit dem 1. Januar 2022¹¹ anwendbar ist, ist das erste Instrument des EU-Privatrechts, das die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen systematisch regelt¹². 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 dar¹³. 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 war¹⁴. 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 kann¹⁵. Dieses Konzept – als Daten-als-Gegenleistung-Konzept (DaG) bezeichnet – liegt an der Schnittstelle von Vertragsrecht, Verbraucherschutz und Grundrechten¹⁶. 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.

¹⁰Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105.

¹¹Vgl. dazu auch die Analyse bei Scheibenpflug 2022, S. 145 ff.

¹²Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

¹³Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

¹⁴Zur 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.

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

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

lichen Austauschs¹⁷; 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 hat¹⁸.

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 soll¹⁹. 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 Geschäftsverkehrs²⁰. 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 Schuldrecht²¹. 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-

¹⁷Die 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.

¹⁸Diese 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.

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

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

²¹Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

tragsrecht kann hierauf Antworten liefern²². 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 ist²³; ohne Zugang zu Daten könnten sie in einer datengetriebenen Gesellschaft nicht weiter Innovation hervorbringen – intelligente Maschinenleistungen wären ohne Daten unmöglich²⁴. Die großen Digitalkonzerne – Alphabet, Amazon, Meta, X – ziehen ihren Gewinn aus der Verarbeitung und Verwertung der Daten, die jeder Nutzer hinterlässt²⁵; die Kommerzialisierung personenbezogener Daten ist somit eine Tatsache und gelebte Vertragspraxis²⁶. Der durchschnittliche Verbraucher überschätzt indes nicht den Wert der Daten, die er preisgibt²⁷; 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 möglich²⁸. 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.

²²Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

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

²⁴Zur dogmatischen Behandlung dieses Aspekts siehe ausführlich oben § 4.3 sowie unten § 7.2.

²⁵Zur 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.

²⁶Vgl. dazu Schulze, EuCML 2024, 105, 109 f.

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

²⁸Vgl. 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 werden²⁹. Der Datenwert ist nicht den Daten inhärent, sondern wird vom Datenverwender während der Nutzung und des Verbrauchs erzeugt³⁰; Daten sind Erfahrungsgüter, deren Qualität und Wert sich erst bei tatsächlicher Verwendung erweisen³¹. 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 Verarbeitung³². Die parallele Analyse nach griechischem Recht gelangt zu einem sehr ähnlichen Ergebnis: Der wei-

²⁹Zur entsprechenden griechischen Behandlung siehe Marinos, Sümbasi 2023, Kap. 6.

³⁰Vgl. ferner Hacker, ZEuP 2019, 148, 167 ff.

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

³²Frederick 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 auf³³; 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 bildet³⁴.

§ 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 Tradition³⁵. 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

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

³⁴Vertiefend 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.; Dagtoglou P, *Ατομικά Δικαιώματα* [Individualrechte], Bd. II, 4. Aufl., Sakkoulas 2012, §§ 90-92 zur grundrechtlichen Verankerung der informationellen Selbstbestimmung.

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

Datenschutz Einwilligung³⁶; 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 Kopplungsverbot 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 DMA³⁷. § 9 widmet sich den jüngsten „Pay or Consent“³⁸-Streitigkeiten, die durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Meta vs. Bundeskartellamt*³⁹ 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-

³⁶Zu 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.

³⁷Zur 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.

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

³⁹Scheibenpflug (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 zusammen⁴⁰; ein Epilog setzt die Arbeit in den weiteren Kontext der Entwicklung eines europäischen digitalen Privatrechts.

⁴⁰Zur 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 Geldgegenleistung⁴¹. Soziale Netzwerke, die vorgeben, „kostenlose“⁴² 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 Algorithmen⁴³. In einer systematischen Analyse des Marktmodells personenbezogener Daten unter der Richtlinie hat Metzger⁴⁴ gezeigt, dass die Daten des Verbrauchers tatsächlich das Produkt sind und der Verbraucher zugleich die Rolle des Produzenten und – mittelbar – des produzierten Gutes übernimmt⁴⁵; die wirtschaftswissenschaftliche Literatur weist einen messbar positiven Wert personenbezogener Daten selbst in jenen Fällen nach, in denen ihre Weitergabe gegen die geltenden Datenschutzregeln verstößt⁴⁶. Diese Feststellung erschwert die rechtliche Charakterisierung von DaG-Geschäften erheblich und steht der

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

⁴²Vgl. ferner Wenzel 2023, S. 145 ff.

⁴³Vgl. ferner Sattler, JZ 2017, 1036.

⁴⁴Siehe 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).

⁴⁵Zur weiteren Vertiefung siehe Specht-Riemenschneider, GRUR 2020, 233, 240 f.

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