# BvD Blitzlichter

## Gewinnspiele, kostenfreie Leistungen und personenbezogene Daten als Bezahlung

**Stefan Sander, LL.M., B.Sc.**
Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht sowie Software-Systemingenieur
SDS Rechtsanwälte Sander Schöning PartG mbB

# Ihr Referent

- Stefan Sander, LL.M., B.Sc.
  - Rechtsanwalt
  - Fachanwalt für IT-Recht
  - Software-Systemingenieur
- Wesentliche Schwerpunkte in der Beratungspraxis
  - Datenschutzrecht
  - Recht der IT-Sicherheit
  - Vertragsrecht im Kontext von IT

# Was ist ein Gewinnspiel?

- Gewinnspiel öffentlich-rechtlich betrachtet:
  - Gewinnspiele, z.B. § 11 MStV
    - Unterart: Geschicklichkeitsspiele
  - Glücksspiele, z.B. § 284 StGB
    - Differenzierungsgesichtspunkte „Einsatz“ und „Zufallsabhängigkeit“
    - Unterarten: Lotterien und Ausspielungen

- Gewinnspiel zivilrechtlich betrachtet:
  - Auslobung, § 657 BGB bzw. Preisausschreiben, §§ 657, 661 BGB
  - Spiel bzw. Wette, § 762 BGB bzw. Lotterie bzw. Ausspielung, § 763 BGB

# Auslobungen / Preisausschreiben

- Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges, aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.
  - Kein Vertragsangebot an einen unbestimmten Personenkreis, sondern **einseitiges Rechtsgeschäft**.
  - Z.B. Fernsehquizsendung „Wer wird Millionär?“ OLG Köln, Beschluss vom 10.4.2014 – 11 W 64/13

- Eine Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstand hat, ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt wird.

# Verarbeitungen personenbezogener Daten

- Zur „Durchführung“ der
  - Auslobung
    - Erfassung des Handelnden bzw. Teilnehmers
    - Auskehr des ausgelobten Gegenstands bzw. Geldbetrags
  - Preisausschreiben
    - Erfassung des Handelnden bzw. Teilnehmers
    - Preiszuteilung bzw. Entscheidung über den preiswürdigsten Bewerber
    - Auskehr des ausgeschriebenen Preises
- Eigentliches Ziel? Adress- bzw. Lead-Generierung, d.h. Verarbeitung zu „anderen Zwecken“

- 31.08.2021: LDI NRW veröffentlicht ihren 26. Tätigkeitsbericht, S. 40 ff.
  - *„Teilnahme am Gewinnspiel unter der Bedingung der Anmeldung zum Newsletter“*

# unentgeltliche Leistungen vs. Freiwilligkeit

- EuGH, Urt. v. 1.10.2019 - C-673/17
  - In Rn. 64 weist der EuGH ausdrücklich darauf hin, dass er nicht dazu gefragt wurde, ob die Einwilligung in Werbung, die Voraussetzung für die (unentgeltliche) Teilnahme am Gewinnspiel war, mit Art. 7 Abs. 4 DS-GVO vereinbar ist…
- Italien - Corte di Cassazione, Urt. v. 02.07.2018 – 17278/2018
  - Unentgeltliche Erbringung von Dienstleistungen darf durchaus von einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig gemacht werden.
- Österreich – Oberster Gerichtshof, Urt. v. 31.08.2018 – 60b140/18h
  - Im Vertragstext versteckte Einwilligungen in die werbliche Ansprache durch Kooperationspartner des Anbieters sind unfreiwillig. Im Falle einer Kopplung muss grundsätzlich die Unfreiwilligkeit angenommen werden, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für die Freiwilligkeit sprechen.

# Der in der Praxis übliche Fall

- Teilnahme am Gewinnspiel
- Download eines White-Papers
- Cookie-Wall
- Cookie-or-Pay-Wall

# Änderungen der Gesetzeslage

- Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 20.05.2019 (Digitale Inhalte-Richtlinie)
  - Umzusetzen in nationales Recht bis zum 01.01.2022
- Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.06.2021
  - Inkrafttreten zum 01.01.2022
  - Umsetzung insbesondere in den §§ 327 bis 327u BGB
  - Zeitgleich: Reform des Kaufvertragsrecht durch Umsetzung der Warenkauf-RL

# Anwendungsbereich

- Anwendungsbereich §§ 327 ff BGB:
  - Verbrauchervertrag, und
  - über den Erwerb digitaler Produkte, und
  - für die der Verbraucher einen Preis bezahlt
- Digitale Produkte:
  - Digitale Inhalte, und
  - Digitale Dienstleistungen
- Klarstellung: Vertrag über digitale Produkte kein eigener Vertragstyp
  - kann insb. Kauf, Miete, Dienstvertrag oder Werkvertrag sein
  - Umschreibt für bestimmte Umstände (= Leistungsgegenstand) dafür geltende Sonderregeln zum Verbraucherschutz
- Hinweis: Für digitale Produkte trägt Unternehmer Aktualisierungspflicht

# Begriffe (1)

- Digitale Inhalte:
  - Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden
  - Beispiel: Software (Download), Musik, Podcasts, eBooks

  - Ausnahme: Verträge über die Bereitstellung von Software, für die der Verbraucher keinen Preis zahlt und die der Unternehmer im Rahmen einer freien und quelloffenen Lizenz anbietet, sofern die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Verbesserung der Sicherheit, der Kompatibilität oder der Interoperabilität der vom Unternehmer angebotenen Software verarbeitet werden
    - Frage: Wann ist die Verarbeitung personenbezogener Daten für den Zweck datenschutzrechtlich erforderlich? Fast nie.

# Begriffe (2)

- Digitale Dienstleistungen:
  - Dienstleistungen welche
    - die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder
    - die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen.
  - Beispiele: Cloud Computing/SaaS, Streaming; einschließlich individuell auf den Verbraucher zugeschnittenes Angebot

# Was ist ein „Preis“?

- Geld oder digitale Darstellung eines Werts im Austausch für digitales Produkt
- Beispiele: Zahlungen in Echt- oder Kryptowährungen, Einlösen von Gutscheinen/Coupons
- **<u>Kein Preis</u>**: Bereitstellung personenbezogener Daten
  - Erwerb digitaler Produkten gegen Abgabe personenbezogener Daten ist Schenkung, § 516a BGB n.F.
  - 312 Abs. 1a BGB n.F. „(1a) „Die Vorschriften … sind auch auf **Verbraucherverträge** anzuwenden, **bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet.** Dies gilt nicht, wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten **ausschließlich** verarbeitet, **um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen**, und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet.“
    - Anwendungsbereich beginnt mit Verpflichtung zur Bereitstellung, unabhängig davon, ob es zur Verarbeitung kommt
    - Bereitstellung der Daten ≠ Erhebung personenbezogener Daten

# „Bezahlen“ mit Daten möglich? Nein…

- Personenbezogene Daten sind keine Waren! Ergo: Keine Tauschgeschäfte.
- Bereitstellung personenbezogener Daten (oder Verpflichtung hierzu) erfolgt <u>ausschließlich</u>, um …
  - dem Unternehmer die Erfüllung seiner Leistungspflicht zu ermöglichen
    - Rechtsgrundlage der Verarbeitung: Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DS-GVO
  - damit der Unternehmer an ihn gerichtete rechtliche Anforderungen erfüllen kann
    - Rechtsgrundlage der Verarbeitung: Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DS-GVO
  - und keine Verarbeitung zu anderen Zwecken stattfindet
    - Insbesondere Ausschluss von Art. 6 Abs. 1 lit. a), f); Abs. 4 DS-GVO
- Rechtsfolge:
  - Sonderregeln für Verbraucherverträge nicht zu beachten (z.B. Fernabsatzverträge)
  - Sonderregeln für Verträge über digitale Produkte nicht zu beachten

# Der in der Praxis übliche Fall

- Bereitstellung personenbezogener Daten (oder Verpflichtung hierzu) erfolgt (auch) aus anderen Gründen …
  - Vorgenannte Sonderregeln für Verbraucherverträge und Verträge über digitale Produkte sind zu beachten!
  - Personenbezogene Daten sind kein Preis, sondern die „überschießende“ Verarbeitung der Daten löst vertragliche Schutzpflichten aus.
  - Wie verhält sich Zivilrecht zum Kopplungsverbot in Art. 7 Abs. 4 DSGVO bei Einwilligungen? Weiterhin offen…

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Fragen? Anmerkungen? … Diskussion!

**Stefan Sander, LL.M., B.Sc.**

Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht
Software-Systemingenieur

+49 (203) 39 20 89 00
info@sds.ruhr

Rechtsanwälte
SANDER SCHÖNING
PartG mbB

Wilhelmshöhe 6, 47058 Duisburg
https://www.sds.ruhr