

Jingzhou Sun

Personality Merchandising and the GDPR: An Insoluble Conflict?



Nomos

MIPLC

Munich
**Intellectual
Property
Law Center**

Augsburg
München
Washington DC



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

UNIA
Universität
Augsburg
University

TUM
TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
MÜNCHEN

**THE GEORGE
WASHINGTON
UNIVERSITY**
WASHINGTON, DC

MIPLC Studies

Edited by

Prof. Dr. Christoph Ann, LL.M. (Duke Univ.)
TUM School of Management

Prof. Robert Brauneis
The George Washington University Law School

Prof. Dr. Josef Drexl, LL.M. (Berkeley)
Max Planck Institute for Innovation and Competition

Prof. Dr. Michael Kort
University of Augsburg

Prof. Dr. Thomas M.J. Möllers
University of Augsburg

Prof. Dr. Dres. h.c. Joseph Straus
Max Planck Institute for Innovation and Competition

Volume 42

Jingzhou Sun

Personality Merchandising and the GDPR: An Insoluble Conflict?



Nomos

MIPLC

Munich
**Intellectual
Property**
Law Center

Augsburg
München
Washington DC

This publication was supported by the Max Planck Society.



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

a.t.: München, Ludwig-Maximilians-Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0302-0 (Print)
978-3-7489-3692-3 (ePDF)

British Library Cataloguing-in-Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-7560-0302-0 (Print)
978-3-7489-3692-3 (ePDF)

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Sun, Jingzhou
Personality Merchandising and the GDPR: An Insoluble Conflict?
Jingzhou Sun
282 pp.
Includes bibliographic references.

ISBN 978-3-7560-0302-0 (Print)
978-3-7489-3692-3 (ePDF)

1st Edition 2022

© Jingzhou Sun

Published by
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Production of the printed version:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN 978-3-7560-0302-0 (Print)
ISBN 978-3-7489-3692-3 (ePDF)

DOI <https://doi.org/10.5771/9783748936923>



Onlineversion
Nomos eLibrary



This work is licensed under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Acknowledgments

This work was accepted as a doctoral thesis by the Law Faculty at the Ludwig-Maximilians-Universität München in the summer semester of 2022. Therefore, I could take more recent developments into account until June 2022.

My thanks go first and foremost to my revered Ph.D. supervisor (Doktorvater), Prof. Dr. Ansgar Ohly. He has not only led me to this fascinating topic through his informative and exciting courses but also supervised the work with critical and sympathetic suggestions. I would also like to thank Prof. Dr. Matthias Leistner, the second evaluator of my dissertation, for introducing me to the Munich Intellectual Property Law Center (MIPLC) and the Max Planck Society. The MIPLC was like a family to me, whereas the Max Planck Society provided me with an academic ecosystem and generous funding. Without any one of them, I could not have completed my dissertation within three years. Finally, I am indebted to the MIPLC board and the Nomos Verlag for including my dissertation in the series of “MIPLC Studies”.

I will always treasure the years I spent in Munich, working and learning with colleagues from all over the world in the beautiful Hofgarten. Covid-19 may impede human contact, but not the exchange of ideas and knowledge.

Dr.-Ing. Xu Xiang has not only endured my unending lecturing about personal data protection but also provided professional explanations on technical issues regarding data processing. My parents, Sun Hong and Guo Yanhong, have given me tremendous support and encouragement throughout my doctoral studies. To them, I dedicate this book with gratefulness.

Table of Contents

List of abbreviations	15
Zusammenfassung	19
Introduction	21
1. The research questions	21
2. Limiting the subject of the research and the terminology	22
3. The current state of research regarding the regulation of the GDPR in merchandising	25
4. Methodology and structure of the dissertation	27
Part I Substantive legal protection for merchandising in Germany	28
1. Introduction	28
2. Merchandising under tort law	30
2.1 The law against unauthorized merchandising	30
2.1.1 The right to one's image in German law	30
2.1.2 The case law of unauthorized merchandising	32
2.1.3 Cases at the margins	35
2.2 Remedies for tortious unauthorized merchandising	39
2.2.1 Monetary remedies	39
2.2.2 Non-monetary remedies	44
2.3 The judgment in the <i>clickbait</i> case	46
2.4 Preliminary summary	49
3. Merchandising in contract practice	51
3.1 Consent in merchandising agreements	51
3.1.1 The legal nature of consent	51
(1) Consent as a legal act and <i>the ladder of permissions</i>	51
(2) The revocability of consent for merchandising	56
3.1.2 The construction of consent in merchandising agreements	58
3.2 Merchandising agreements	61
3.2.1 Types of merchandising agreements	61

Table of Contents

3.2.2 Typical contractual rights for the person depicted in merchandising agreements	63
(1) The right to access information and accounting	63
(2) The right for reservation for approval	64
(3) An extraordinary opt-out right	65
(4) Disposable contractual rights	65
3.3 Preliminary summary	68
4. Conclusions	68
Part II Merchandising under the GDPR	71
1. Introduction	71
2. The applicability of the GDPR in merchandising	72
2.1 A brief introduction to the GDPR	72
2.2 The material and territorial scope of the GDPR	77
2.3 Questions regarding the applicability of the GDPR in merchandising	80
2.3.1 Exceptions for the territorial applicability	81
2.3.2 The leeway for national laws offered by Art. 85 GDPR	84
2.4 Conclusions	87
3. Unauthorized merchandising under the GDPR	88
3.1 The unlawfulness of unauthorized merchandising cases under the GDPR	88
3.1.1 Applying Art. 6 (1) (f) GDPR in unauthorized merchandising cases	88
(1) The principle of accountability regarding the “test grid” of Art. 6 (1) (f) GDPR	88
(2) The necessity between data processing and the pursuit of the interests	91
(3) The interfered interests of data subjects	92
(4) The balancing of conflicting interests	93
3.1.2 Case analysis of Art. 6 (1) (f) GDPR	96
(1) Evaluation of the German decisions	96
i. Lack of legal basis	96
ii. Some main requirements in the GDPR omitted	97
iii. Inaccurate understanding of the terminology in the GDPR	98
(2) To apply Art. 6 (1) (f) GDPR rightfully	101

3.2	Civil damages under the GDPR	103
3.2.1	Art. 82 GDPR as the legal basis	103
	(1) Statutory conditions and contested application in Germany	103
	(2) Evaluation	109
3.2.2	Remedies for data subjects in unauthorized merchandising cases	111
	(1) Infringements of Art. 6 (1) (f) GDPR	111
	(2) Infringements of the principles of data processing?	114
	(3) Infringements of the data subject's rights	116
	i. The right to information	117
	ii. The right to object	119
	iii. The right to erasure (to be forgotten)	120
	iv. Other rights?	122
3.3	Preliminary conclusions	123
4.	Authorized merchandising under the GDPR	124
4.1	The applicability of Art. 9 GDPR in merchandising cases?	124
4.1.1	Specific protection for sensitive data	124
	(1) The statutory requirements in Art. 9 GDPR	124
	(2) the academic controversy over the criteria	127
	(3) Evaluation	127
4.1.2	Conclusions	129
4.2	Consent as the lawful ground for data processing under the GDPR	132
4.2.1	The collision of norms (Normenkollision) between the GDPR and the KUG	132
4.2.2	Consent as the lawful ground in merchandising	133
	(1) Conditions for the validity of consent and the consequence of omissions	133
	(2) Applying Art. 6 (1) (a) GDPR in authorized merchandising cases	137
	i. Merchandising contracts no longer binding	137
	ii. Agency-merchandising contracts at issue	139
	iii. Rigorous conditions for validity of consent	141
	iv. The voluntariness of consent given by young models?	142
4.2.3	Conclusions	143
4.3	Contracts as the lawful ground?	145
4.3.1	Contracts as the lawful ground in merchandising	145
	(1) The ambit of Art. 6 (1) (b) GDPR	145

Table of Contents

(2) Art. 6 (1) (b) GDPR inapplicable to authorized merchandising	148
4.3.2 Any other possibilities to conquer the revocability of consent?	151
(1) Cumulation of lawful grounds	151
(2) Any other alternatives?	153
4.4 Preliminary conclusions	155
4.5 Data subject's rights in merchandising	156
4.5.1 Mandatory rights under the GDPR	156
4.5.2 The execution of the data subject's rights	159
(1) The right to information and its associated rights (Art. 12-15)	159
(2) The right to rectification (Art. 16)	162
(3) The right to erasure (Art. 17)	164
(4) The right to portability (Art. 20)	166
4.5.3 Preliminary conclusions	168
5. Conclusions	168
Part III The comparison between the German legal regime and the GDPR regarding merchandising	171
1. Introduction	171
2. The GDPR's regulation in merchandising in contrast with the German legal regime	172
2.1 Problems arising from the application of the GDPR in unauthorized merchandising	172
2.1.1 Overprotection for data subjects?	172
(1) More moral damages under the GDPR?	172
(2) Overpowering data subject's rights?	173
2.1.2 Under-protection for professional models and celebrities	174
(1) Lack of non-monetary remedies in the GDPR?	174
(2) Incomparable material damages under the GDPR to German law	175
(3) The long-term consequences of the reticence	177
2.1.3 Interim summary	179
2.2 Prominent challenges to merchandising contracts in contrast with German law	181
2.2.1 From pacta sunt servanda to the anytime revocability	181
2.2.2 Stricter conditions for valid consent under the GDPR	182

2.2.3	The excessive burden for merchandisers imposed by the data subject's rights	184
2.2.4	Interim conclusion	184
2.3	Inappropriate application of the GDPR in merchandising	185
3.	Possible explanations for the incompatibility	186
3.1	Possible reasons for the high-level data protection of the GDPR	186
3.1.1	The approach of one size fits for all	186
3.1.2	Reasons for the reticence towards the commercial value of personal data	188
3.1.3	Protective provisions stemming from the data-paternalism	192
3.2	Unreasonable direct application of the GDPR in merchandising	195
3.2.1	Merchandising is forgotten by the GDPR	195
3.2.2	Unsuitable explanations for merchandising	200
4.	Conclusions	203
Part IV Solutions to settle the inconsistencies		206
1.	Direct application of the KUG in merchandising cases based on Art. 85 (1) GDPR	206
1.1	Art. 85 (1) GDPR as a stand-alone opening clause	206
1.2	Counterarguments for the independent nature of Art. 85 (1) GDPR	209
1.3	Evaluation	211
2.	Art. 6 (1) (f) GDPR as an additional lawful ground for authorized merchandising	214
2.1	The significance of this proposal	214
2.1.1	The application of Art. 6 (1) (f) GDPR in a contractual relationship	214
2.1.2	Conducive for the bindingness of a merchandising relationship	216
2.2	Limitations of this proposal	217
2.2.1	Legal uncertainty and overpressure on the general clause	217
2.2.2	Fundamentally incompatible in authorized merchandising scenarios	218
2.2.3	Unable to address the long-term consequences	219

3. Recalibrating the application of Art. 6 (1) (b) GDPR in the B2B merchandising	220
3.1 Other possibilities of the interpretation of Art. 6 (1) (b) GDPR	220
3.1.1 The EDPB's Guidelines and some scholars' proposition	220
3.1.2 A relatively liberal reading of the ambit of Art. 6 (1) (b) GDPR by some scholars	222
3.2 The objections to these interpretation	223
3.2.1 Criticism of the EDPB's Guidelines and evaluation	223
3.2.2 Possible counterarguments	225
3.3 Applying Art. 6 (1) (b) GDPR to merchandising in the B2B context	229
3.3.1 Arguments and advantages of this solution	229
(1) The legal basis for this solution	229
(2) The EDPS' resistance towards merchandising in the B2B context?	231
(3) The enforcement of this solution	232
(4) Well-balanced protection for both sides	234
3.3.2 Disadvantages and objections for this solution	236
(1) Borderless application of Art. 6 (1) (b) GDPR in sub-licensing situations	236
(2) Under-protection for data subjects in B2C contexts	237
(3) Art. 6 (1) (b) GDPR as a general clause for fair contracts	238
3.4 Summary	240
4. The proposal for a two-tier interpretation of consent	241
4.1 The two-tier interpretation of consent	241
4.1.1 Introduction of this solution	241
(1) The content of this proposal	241
(2) Its enforcement	242
(3) Argumentation based on the (inter-)systematic interpretation	244
(4) Questioning the unlimited data paternalism in private sector	245
(5) Universally various connotations of consent	247
4.1.2 Counterarguments to this proposal	249
(1) The opinions of authorities as well as the (intra-)systematic interpretation	249
(2) Challenges to its practicability	252
4.2 Conclusions	253

5. The comparison of the solutions and the result	254
5.1 Unsuitable solutions 1 and 2	254
5.2 The comparison between solution 3 and 4	256
5.3 The result	257
Part V Conclusions	259
1. The traditional German approach	259
2. Merchandising under the GDPR	260
3. Divergences and problems	262
4. Solutions	263
Bibliography	265

List of abbreviations

AcP	Archiv civilistischer Praxis
AG	Local Court (Amtsgericht)
AfP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht aktuell und kompetent über Veränderungen im Medienrecht.
Anm.	explanatory note (Anmerkung)
ArbG	Arbeitsgericht (Labour Court)
Art.	Article
B2B	business-to-business
B2C	business-to-consumer
BAG	Bundesarbeitsgericht (Federal Labour Court)
BB	Betriebsberater
BDSG	Federal Data Protection Act (Bundesdatenschutzgesetz)
BGB	German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch)
BGH	German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof)
BT-Drs.	Official Document of the Federal Parliament (Bundestagsdrucksache)
BVerfG	Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht)
BVerfGE	Decision of the Federal Constitutional Court (Entscheidung des BVerfG)
BVerwG	Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht)
Charter	Charter of Fundamental Rights of the European Union (2009)
CJEU	Court of Justice of the European Union
COM	Publications of the Commission of the EU
CR	Computer und Recht
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBL	Deutsches Verwaltungsblatt
ECHR	European Convention on Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECtHR	European Court of Human Rights
EDPB	European Data Protection Board
ed/eds	editor/editors
EDPS	European Data Protection Supervisor

List of abbreviations

e.g.	exempli gratia
EU	European Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ff.	folgend (and following)
GDPR	General Data Protection Regulation
GG	Basic Law (Grundgesetz)
GRUR	Zeitschrift zum Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrech
i.e.	id est
IIC	The International Review of Intellectual Property and Competition Law
IPRB	Der IP-Rechtsberater
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
KUG	Act on the Protection of Copyright in Works of Art and Photographs (Kunsturhebergesetz)
LAG	Landesarbeitsgericht (Regional Labour Court)
LG	Landgericht (Regional Court)
MarkenG	Trademark Act (Markengesetz)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGH	Obersten Gerichtshof (Austrian Supreme Court of Justice)
OLG	Oberlandesgericht (Higher Regional Court)
para/paras	paragraph/paragraphs
PatG	Patent Act (Patentgesetz)
PinG	Privacy in Germany
r+s	recht und schaden

RdA	Recht der Arbeit
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RG	Reichsgericht (Imperial Court 1879–1945)
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Collated Decisions of the Imperial Court in Civil Cases)
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
UK	United Kingdom
US	United States
UrhG	Copyright Act (Urheberrechtsgesetz)
VG	Administrative Court (Verwaltungsgericht)
vol/vols	volume/volumes
WIPO	World Intellectual Property Organization
WP29	Article 29 Data Protection Working Party
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZD	Zeitschrift für datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZPO	Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Zusammenfassung

Der breite Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und ihr Vorrang vor nationalem Recht stellen einige Herausforderungen für die Vereinbarkeit mit etablierten nationalen Gesetzen in Bezug auf die kommerzielle Verwertung von Personenbildern zu Werbezwecken dar. Es gibt ein Rechtsgebiet, das als Modell zur Veranschaulichung dieses Diskurses dienen könnte, nämlich Deutschland.

Die DSGVO soll die Kontrolle über personenbezogene Daten verbessern, indem sie die persönliche Autonomie im Privatrecht einschränkt, da die Einwilligung zunehmend als Instrument genutzt wird, um personenbezogene Daten unter dem Deckmantel der persönlichen Autonomie zu verwerten. Im Gegensatz dazu erkennt das deutsche Rechtssystem ausdrücklich die vermögensrechtliche Komponente des Rechts am eigenen Bild an und bestätigt de facto die Lizenzierbarkeit des Rechts am eigenen Bild, um dem unvermeidlichen und weit verbreiteten Markt der Kommerzialisierung von persönlichen Porträts zu begegnen. Daher wartet ein interessanter Kontrast auf seine Erkundung. Sowohl das deutsche Rechtssystem als auch die DSGVO verfolgen (teilweise) dasselbe Ziel, nämlich die Stärkung der informationellen Selbstbestimmung, und beide sollen die weit verbreitete Kommerzialisierung der Persönlichkeit bis zu einem gewissen Grad bekämpfen. Sie nutzen jedoch unterschiedliche rechtliche Instrumente.

Bei nahezu identischen Anwendungsvoraussetzungen soll die DSGVO dem deutschen Rechtsregime für die kommerzielle Verwertung von Personenbildern zu Werbezwecken vorgehen, wenn der Spielraum der DSGVO (Art. 85 DSGVO) in diesem Szenario nicht anwendbar ist. Dies wirft die folgenden Forschungsfragen auf: Wie würde die DSGVO die kommerzielle Verwertung personenbezogener Bilder zu Werbezwecken regeln? Sind die Konsequenzen praktisch angemessen und theoretisch gerechtfertigt? Schließlich scheint die Erzwingung instabiler Rechtsbeziehungen zwischen betroffenen Personen und für die Verarbeitung Verantwortlichen nicht den Bedürfnissen von Prominenten und Unternehmen nach Zusammenarbeit zu entsprechen. Sollte die Regelung der DSGVO in dieser Hinsicht nicht angemessen oder vernünftig sein, könnte ein Nebeneffekt sein, dass die deutschen Erfahrungen im Umgang mit der Monetarisierung von personenbezogenen Daten für die DSGVO wertvoll

sind, um einen fairen Ausgleich zwischen den Interessen der Datenwirtschaft durch die Verwertung personenbezogener Daten und dem Schutz natürlicher Personen vor negativen Folgen der Verwertung zu finden. Insgesamt stützt sich der risikobasierte Ansatz der DSGVO auf die Klärung und Bewertung von Risiken in spezifischen Sektoren, und in dieser Hinsicht bietet das KUG mehr als 100 Jahre Erfahrung auf dem reifen Markt der kommerziellen Verwertung von Personenbildern zu Werbezwecken.

Teil I schafft einen Rahmen, der erklärt, wie das deutsche Rechtssystem das Merchandising mit einer Aufteilung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht geregelt hat. Teil II untersucht die Anwendung der DSGVO auf unerlaubtes Merchandising und Merchandising mit Einwilligung. Die regulatorischen Unterschiede zwischen dem deutschen Ansatz und dem Schutz, den die DSGVO bietet, werden in Teil III dargestellt. Vor diesem Hintergrund bietet Teil IV Lösungen in Form von *de lege lata* und *de lege ferenda* für die festgestellten Unstimmigkeiten. Teil V schließlich schließt die Dissertation in 25 Thesen ab.

Da diese Dissertation darauf abzielt, konkrete Lösungen für ein sehr praktisches Problem vorzuschlagen, sind Fallstudien unerlässlich. Daher werden zu Beginn von Teil I mehrere deutsche Merchandising-Fälle aufgeführt und im Laufe der Arbeit untersucht, da sie einen guten Ausgangspunkt für den Vergleich verschiedener Rechtssysteme bieten. Einerseits werden durch die Wiederholung derselben Fälle, die von deutschen Gerichten im Rahmen der DSGVO entschieden wurden, Probleme im Zusammenhang mit der Regulierung der DSGVO im Bereich des Merchandising anschaulich dargestellt. So sind die Erkenntnisse über die Unvereinbarkeit zuverlässig und überzeugend. Andererseits können die in Teil IV vorgeschlagenen Lösungen in realen Fällen daraufhin überprüft werden, welche davon robust genug sind, um ein Regelungsergebnis zu erzielen, das dem des deutschen Rechtssystems nicht nachsteht.

Um sicherzustellen, dass das Gesamtbild der deutschen Rechtsordnung und der DSGVO nicht durch die ausführliche Schilderung von Fällen beeinträchtigt wird, wird in den ersten Kapiteln von Teil I und Teil II stets eine historische und ausführliche Betrachtung der Rechtsprechung und Literatur zu beiden Rechtsordnungen vorgenommen. Schließlich ist die Fallstudie nur ein Hilfsmittel, um die Regelungsunterschiede herauszuarbeiten. Die Lösungsvorschläge beruhen jedoch auf einem umfassenden und vertieften Verständnis der Grundsätze und Ziele der DSGVO und des deutschen Rechts bei der Regulierung der Verarbeitung personenbezogener Daten für Merchandisingzwecke.