

VersR

Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht

Martin Schmidt-Kessel | Anna Grimm (Hrsg.)

63

Telematiktarife & Co. – Versichertendaten als Prämienersatz

Versicherungsrecht



Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht (VersR)

Im Einvernehmen mit der Schriftleitung herausgegeben von

Prof. Dr. Manfred Wandt

Institut für Versicherungsrecht (IVersR)

House of Finance der Goethe-Universität Frankfurt

Band 63

Martin Schmidt-Kessel | Anna Grimm (Hrsg.)

Telematiktarife & Co. – Versichertendaten als Prämienersatz

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.

Zitiervorschlag:

Schmidt-Kessel/Grimm, Telematiktarife & Co. – Versichertendaten als Prämienersatz (VersR-Schriften 63), S.

© 2018 VVW GmbH, Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der VVW GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2018 VVW GmbH, Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt die VVW GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 1431-6463

ISBN 978-3-96329-077-0

Vorwort

Personenbezogene Daten haben in der entstehenden Datenökonomie auch die Funktion von Vermögensgegenständen. Als solche lassen sie sich auch in Leistungsbeziehungen als Tauschmittel einsetzen. Selten geschieht dies offen. Zu den wenigen offenen Vertragsgestaltungen gehören/zählen – zumindest in einer Reihe von Versionen – auch die sogenannten Telematiktarife der Kfz-Versicherung. Ihnen stehen außerhalb Deutschlands ähnliche Konstruktionen bei privaten Krankenversicherungstarifen zur Seite.

Bei der Einstellung von Versichertendaten und deren Nutzung durch den Versicherer in Versicherungsverträge tritt zudem die gezielte Verhaltenssteuerung als zusätzliche Funktion auf: Wer vorsichtig fährt, soll mit Telematiktarifen Geld bei der Kfz-Versicherung sparen können. Wer mit einem Wearable regelmäßige Sport- und Ernährungsgewohnheiten erfasst, könnte künftig bei der privaten Krankenversicherung mit einem individualisierten Tarif belohnt werden.

Unter beiden Gesichtspunkten treten für die einschlägigen Tarife Datenschutz- und Versicherungsrecht in ein Spannungsverhältnis, das zugleich Ausdruck der bislang nur begrenzten wissenschaftlichen Erfassung von Verträgen über personenbezogene Daten – insbesondere „Zahlen mit Daten“ – ist. Entsprechende vertragsrechtliche Modelle sind erst um die Mitte dieses Jahrzehnts herum im nennenswerten Umfang Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion geworden (insbesondere *Langhanke*), sodaß viele Unschärfen für Versicherungstarife ihre Ursache auch in der fehlenden Klärung von Grundfragen des Vertragsrechts in der Datenökonomie finden.

Mit dem vorliegenden Band präsentieren wir den überwiegenden Teil der bei einer Tagung an der Universität Bayreuth im Februar 2017 gehaltenen Vorträge für die öffentliche Diskussion. Dabei erschien es angemessen, zunächst bei den Grundfragen des Datenschuldrechts zu beginnen, denen sich der Beitrag von *Andreas Sattler* widmet. Anschließend geht es um die Empirie der Tarifmodelle im Kfz-Bereich, welche *Anna Grimm* vorstellt. In anderen Staaten sind entsprechende Tarife – aus verschiedenen Gründen – bereits

eine Selbstverständlichkeit. Auch aufgrund jüngster Gesetzesänderungen ist es daher ein besonderer Gewinn, auf die juristischen Rahmenbedingungen dieser Gestaltungen nach italienischem Recht zu werfen, wie dies *Fabio Padovini* in seinem Beitrag tut.

Die versicherungsrechtliche Erfassung der neuen Tarife durch das deutsche Recht geschieht sowohl vertrags- als auch aufsichtsrechtlich. *Petra Pohlmann* behandelt zunächst Fragen der vertraglichen Gestaltung mit besonderem Blick auf Gefahrerhöhung und Obliegenheiten, bevor Christoph *Brömmelmeyer* nach der Einbettung der Konstruktion in die allgemeinen Regeln über Wohlverhaltensbelohnungen im Versicherungsvertragsrecht fragt. Beide Perspektiven werfen zudem erhebliche aufsichtsrechtliche Fragen auf, denen sich zunächst *Thomas Heitzer* und *Lisa Brasseler* widmen. Nicht nur in der öffentlichen Diskussion stellt sich dabei auch die Frage, wie sich die Individualisierung der Versicherungstarife letztlich auf deren Grundlagen und vor allem auf die Frage der Gleichbehandlung der Versicherten auswirkt, wozu *Martin Stadler* abschließend eine Betrachtung anstellt.

Die Vorlage des Bandes ist auch die Gelegenheit, uns für die Unterstützung des Projekts bei allen zu bedanken, die zum Gelingen beigetragen haben. Das gilt vor die Referenten und Teilnehmer der Tagung, die Förderer der Forschungsstelle und das gesamte Lehrstuhlteam. Insbesondere wäre dieser Band ohne *Katharina Erler* nie zustande gekommen. Allen ein herzliches Vergelt's Gott!

Die hier untersuchten Telematiktarife befinden sich nach wie vor in einer Phase der Erprobung und weisen in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union wie auch in Übersee höchst divergierende regulatorische Rahmenbedingungen aus. Mit dem vorliegenden Band wollen wir einen Anstoß zu deren weiterer Durchdringung liefern und hoffen auf freundliche Aufnahme durch die Leserschaft.

Bayreuth/Fürth, September 2018

Martin Schmidt-Kessel
Anna Grimm

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Andreas Sattler</i> Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand	1
<i>Anna Grimm</i> Telematiktarife Existierende Tarifmodelle und ihre Funktionsweisen im Kfz-Bereich	47
<i>Fabio Padovini</i> Versichertendaten im italienischem Recht – die „Black Box“	61
<i>Petra Pohlmann</i> Telematikversicherungen – Vertragliche Gestaltung, Gefahrerhöhung und Obliegenheiten	73
<i>Christoph Brömmelmeyer</i> Belohnungen für gesundheitsbewusstes Verhalten in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung? Rechtliche Rahmenbedingungen für Vitalitäts-Tarife	117
<i>Thomas Heitzer, Lisa Brasseler</i> Telematik-Tarife – Versicherungsaufsichtsrechtliche Problemstellungen und Herausforderungen	141
<i>Martin Stadler</i> Telematiktarife und Gleichbehandlung	169
Autorenverzeichnis	181

Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand

Disposition über die Widerruflichkeit der Einwilligung als Voraussetzung eines Datenschuldrechts

Andreas Sattler

Übersicht

Einführung	2
I. Fakten: Personenbezogene Daten sind Leistungsgegenstand.....	3
II. Recht: Personenbezogene Daten können vertraglicher Leistungsgegenstand sein	7
1. Dingliche Ebene: Folgen der fehlenden Sacheigenschaft....	8
2. Verpflichtungsebene: Flexibilität und rechtliche Unsicherheit	11
3. Datenschutzrechtlicher Rahmen für Rechtsgeschäfte über personenbezogene Daten	13
III. Aktuelle Vorschläge zum Verhältnis von Vertrags- und Datenschutzrecht.....	16
1. Restriktive Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO	17
2. Die datenschutzrechtliche Einwilligung im System des Schuldrechts	20
IV. Aktuelle Beispiele für das Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz- und Schuldrecht.....	23
1. Folgen der freien Widerruflichkeit für Versicherungsverträge zum „Telematiktarif“	24
2. Folgen der freien Widerruflichkeit für Verträge über digitale Inhalte	27

V. Disposition über die Widerruflichkeit der Einwilligung als Schlüssel zum Datenschuldrecht.....	31
1. Voraussetzung: Unterscheidung zwischen vertikalem und horizontalem Verhältnis	31
2. Voraussetzung: Anerkennung einer schuldrechtlichen Gestattung zur Datenverarbeitung	34
a) Anerkennung schuldrechtlicher Gestattungen durch die nationalen Gesetzgeber	36
b) Entwicklung eines Gemeinsamen Europäischen Datenschuldrechts	37
c) Ansätze für eine Auslegung der DS-GVO zugunsten der Privatautonomie	37
(1) Wortlaut	38
(2) Systematik	39
(3) Teleologische und primärrechtskonforme Auslegung.....	41
(4) Erfahrungen mit dem BDSG	43
VI. Abschließende Thesen	45

Einführung

Vieles spricht dafür, dass nicht nur die Anzahl der werbewirksam eingesetzten Schlagworte der Datenökonomie rapide zunehmen, sondern technische Innovationen tatsächlich zu strukturellen Veränderungen im Umgang mit Informationstechnologien führen. Wissenschaft und Praxis sind deshalb herausgefordert, diese technischen Entwicklungen zunächst intellektuell nachzuvollziehen und anschließend – wo möglich und nötig – mit den spezifischen Mitteln des Rechts zu reagieren. Dass personenbezogene Daten in zunehmendem Ausmaß als Leistungsgegenstand nachgefragt und angeboten werden, ist ein faktischer Befund (I). Der Versuch, diese Entwicklung in den vorhandenen rechtlichen Rahmen einzubetten,

zeigt, dass die Vertragsfreiheit als Ausprägung der Privatautonomie zwar einen verlässlichen Ausgangspunkt für die Entstehung eines europäischen Datenschuldrechts bietet, im geltenden Datenschutzrecht aber schnell an Grenzen stößt (II). Obwohl erste Vorschläge gemacht wurden, wie eine Kongruenz zwischen Datenschutz- und Schuldrecht gelingen könnte (III), treten im Zusammenhang mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung Spannungen zu Tage, unter denen die Entwicklung eines Datenschuldrecht mit personenbezogenen Daten als Leistungsgegenstand zu zerreißen droht (IV). Es wird deutlich, dass ein Datenschuldrecht und damit auch die Datenökonomie ihr Potenzial erst dann richtig entfalten werden, wenn die Privatautonomie von Datensubjekten gestärkt wird. Nach der hier vertretenen Ansicht setzt das allerdings die Bereitschaft voraus, die jederzeitige Widerruflichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung kritisch zu hinterfragen und eine Lösung zu finden, die dem grundrechtlich gewährleisteten Schutz der informationellen Selbstbestimmung gerecht wird, ohne die Entwicklung eines Datenschuldrechts im Keim zu ersticken. Dies kann gelingen, indem der Begriff der Einwilligung im Sinne der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) nur als gesetzlicher Mindeststandard verstanden wird. Zudem müsste die gesetzlich vorgesehene jederzeitige Widerruflichkeit auf die schlichte, einseitige Einwilligung teleologisch reduziert werden (V). Anstelle einer Zusammenfassung schließt der Beitrag mit sieben Thesen (VI). Diese verdeutlichen, dass der Beitrag allenfalls wichtige Herausforderungen benennen kann.¹ Es besteht noch erheblicher Forschungsbedarf.

I. Fakten: Personenbezogene Daten sind Leistungsgegenstand

Die Einführung von Spenden-Apps und das Angebot von Telematiktarifen durch Versicherer haben transparent gemacht, was die Vorgänger der SCHUFA seit fast einem Jahrhundert und die Betreiber

¹ Die nachfolgenden Ausführungen finden sich in einer gekürzten Fassung auch in JZ 2017, 1036 ff.

von Social-Networks und Suchmaschinen immerhin schon seit mehr als einem Jahrzehnt wissen: Personenbezogene Daten haben einen wirtschaftlichen Wert.²

Der Nutzer einer Spenden-App mag aus altruistischen Motiven handeln, wenn er Fragen über seine persönlichen Präferenzen beantwortet. Die an diesen Angaben interessierten Unternehmen überweisen im Gegenzug für jede beantwortete Frage einen vereinbarten Geldbetrag an eine soziale Einrichtung. Damit liegt auch der Spenden-App im Ergebnis ein marktwirtschaftliches Prinzip zugrunde. Wenn Kfz-Halter einen Kfz-Haftpflichtversicherungsvertrag auf Basis von Telematiktarifen schließen, wollen sie selbst an den Einsparungen der Versicherer partizipieren,³ die letztere aufgrund eines reduzierten Risikos erzielen. Diese Kostenreduktion beruht darauf, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Versicherungsfalles für jeden Versicherungsnehmer auf der Grundlage seines individuellen Fahrverhaltens⁴ präziser berechnet werden kann. Infolgedessen haben Versicherer die Möglichkeit, gute und schlechte Risiken leichter zu identifizieren, dadurch die eigenen Zahlungsrisiken zu reduzieren und im Gegenzug denjenigen Anteil der Versicherungsprämie, der nicht in Form von personenbezogenen Daten, sondern weiterhin in Geld zu zahlen ist,⁵ an das Verhalten des jeweiligen Versicherungsnehmers anzupassen. Weil Menschen nicht gerne für das schlechte oder riskante Fahrverhalten anderer zahlen und bis zu 85 % der Autofahrer ihre eigenen Fahrkünste für überdurchschnittlich gut halten,⁶ steigt die subjektive Attraktivität von Telematiktarifen. Indem die Höhe der endgültig zu zahlenden Versicherungs-

² Beispielhaft verdeutlicht diesen Wert, dass eine Apple Watch in Großbritannien für £ 69,00 statt £ 369,00 erworben werden konnte, wenn der Erwerber einwilligte, personenbezogene Daten über die eigenen Trainingserfolge an den Anbieter zu übermitteln, hierzu: *Lloyd, Cri* 2016, 189 (190).

³ „Telematik im Auto – Vorbildliche Fahrer sparen Geld“, www.faz.net (20.9.2015).

⁴ Bekannte Faktoren sind die Beschleunigung, ruckartiges Bremsen, die Geschwindigkeit, die gefahrenen Strecken und die Tageszeiten, zu denen das Fahrzeug bewegt wird. Zu Meldungen aus Großbritannien, wonach zusätzlich die sprachliche Ausdrucksweise und die sozialen Beziehungen eines Versicherungsnehmers auf *Facebook* zur Berechnung der Versicherungsprämie herangezogen werden könnten: *The Guardian*, „Admiral to price car insurance based on Facebook posts“, 2.11.2016; unter: <https://www.theguardian.com/technology/2016/nov/02/admiral-to-price-car-insurance-based-on-facebook-posts> (aufgerufen am 15.10.2018).

⁵ Zur konkreten Vertragsgestaltung unten IV.1. Zur den unterschiedlichen Gattungen der Versicherer: *Grimm*, in diesem Band.

⁶ Grundlegend zur Überschätzung der eigenen Kompetenz: *Kruger/Dunning*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1999, Vol. 77, No. 6, 1121 ff.

prämie von der eigenen Verhaltensweise abhängt, setzen Telematiktarife – neben dem traditionellen Selbstbehalt und einer Prämienreduktionen bei langjähriger Unfallfreiheit – einen zusätzlichen Anreiz für ein risikoverminderndes Fahrverhalten und haben damit einen positiven externen Effekt für andere Verkehrsteilnehmer. Obwohl im Ausland bereits seit vielen Jahren Verträge mit Telematiktarifen abgeschlossen werden, sind die langfristigen Folgen noch nicht geklärt.⁷ Sorgen um die Sicherheit der Daten und eine diffuse Verunsicherung darüber, ob und wie die gesammelten Daten (anderweitig) ausgewertet werden können, bilden derzeit noch wesentliche Hürden für eine massenhafte Vereinbarung von Telematiktarifen.⁸

Sowohl Spenden-Apps als auch Telematiktarife machen unmissverständlich deutlich, dass personenbezogene Daten einen monetären Wert haben. Insoweit ist es der Versicherungsbranche zu verdanken, dass das Bewusstsein für diese Zusammenhänge gestiegen ist. Im Gegensatz zu vielen Pionieren der Datenökonomie, die personenbezogene Daten intransparent mit Hilfe von Dritten verwenden,⁹ machen Versicherungen die Werthaltigkeit von personenbezogenen Daten über ihre (meist) reduzierten Versicherungsprämien bei Abschluss eines Telematiktarifs transparent. Selten transparent ist dagegen, welchen konkreten Wert die personenbezogenen Da-

⁷ Das Herausfiltern von günstigen Risiken führt regelmäßig zu einer geringeren Verteilung von Risiken. Während ein Kfz-Halter Einfluss darauf hat, wie schnell er sein Fahrzeug bewegt, kann es von seinem Beruf und seinen familiären Verhältnissen abhängen, ob er zu tendenziell gefährlicheren Tageszeiten oder auf besonders stark frequentierten Strecken fährt. Selbst dem vorsichtigen Fahrer kann es aufgrund dieser kurzfristig nicht änderbaren Lebensbedingungen erschwert sein, zu einem günstigen Versicherungstarif abzuschließen. Je kleinteiliger sich Individuen gewissen Risikokategorien zuordnen lassen, desto leichter lassen sich schlechte Risiken herausfiltern, so dass der Vertragsschluss mit riskanteren Vertragspartnern gemieden wird. Während die Vermeidung schlechter Risiken schon immer Grundlage des Geschäftsmodells von Versicherungen ist, steigern sich diese Möglichkeiten durch das Phänomen von Big Data exponentiell. Bereits in den 1970er Jahren hat *Posner* darauf hingewiesen, dass der Schutz personenbezogener Daten eine starke redistributive Wirkung hat, weil er es Kredit- oder Arbeitgebern erschwert, schlechte Risiken bei minimalen Transaktionskosten auszusondern: *Posner*, 20 *AEI Journal on Government and Society* 19 (1978), 1; *ders.*, 72 *The American Economic Review* (1981), 405.

⁸ Ob diese Sorge sich bereits durch die Gründung eigener juristischer Personen zur Verarbeitung von personenbezogener Daten vertreiben lässt, oder ob gesellschaftsrechtlich unabhängige Datentreuhänder eine Option sind, bleibt abzuwarten.

⁹ Die Betreiber von Suchmaschinen und Social-Networks monetisieren personenbezogene Daten auf dem „zweiten“ – für den Betroffenen kaum einsehbaren – Markt für personalisierte Werbung, hierzu instruktiv: *Rochet/Tirole*, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, 35 *The RAND Journal of Economics* 2006, 645 ff.

ten im Einzelfall haben.¹⁰ Ihre Bewertung ist stets eine Prognose und daher mit Unwägbarkeiten verbunden.¹¹ Überdies werden die Methoden zur ökonomischen Bewertung von personenbezogenen Daten als Geschäftsgeheimnisse gehütet.

Immerhin ist mittlerweile bekannt, dass personenbezogene Daten als Gegenleistung für verschiedene (Online-)Dienste erbracht werden.¹² Auch wenn die Gerichte gerade erst damit beginnen, Vertragsbedingungen über die Verarbeitung von personenbezogenen Daten AGB-rechtlich¹³ und die Absatzmethoden lauterkeitsrechtlich zu überprüfen,¹⁴ ist mittlerweile klar, dass die Angebote von Suchmaschinen und Social-Networks entgegen deren Werbeaussagen nicht „kostenlos“ sind. Auch die Unternehmen der Datenökonomie wirtschaften, um ihre Gewinne zu erhöhen und den Unternehmenswert zu steigern. Das ist beruhigend. Ausgangspunkt der Analyse bleibt somit weiterhin die Einsicht: There is no such thing as a free lunch.

Aus privatrechtlicher Perspektive gewinnt damit die Frage an Bedeutung, welche Konsequenzen es hat, wenn als Leistungsgegenstand zunehmend personenbezogene Daten vereinbart werden und damit in der Rechtsbeziehung zu natürlichen Personen teilweise die Geldzahlungspflicht ersetzen.¹⁵ Dies wirft die Frage nach den Grundpfeilern eines künftigen „Datenschuldrechts“¹⁶ auf. Das Thema geht weit über personenbezogene Daten hinaus und wird insbe-

¹⁰ Mit ersten Annäherungen zum (schwankenden) Wert von Daten über das Fahrverhalten: *Schwartmann/Hentsch*, RDV 2015, 221 (229); mit einem Berechnungsansatz für personenbezogene Daten bei Facebook: *Hacker/Petkova*: Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and New Regulatory Frontiers, S. 19 ff.; verfügbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2773527 (abgerufen am 15.10.2018).

¹¹ Allerdings können die Versicherungsnehmer noch nicht bei allen Anbietern von Telematiktarifen an den langfristigen Kostenvorteilen partizipieren: <http://www.finanztip.de/kfz-versicherung/telematik-tarif/> (abgerufen am 15.10.2018)

¹² *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 ff.

¹³ KG, ZD 2014, 412 (417 ff.); LG Berlin, ZD 2015, 133 (135 f.) – *Einwilligung in Datenweitergabe bei Facebook*.

¹⁴ BGH, NJW 2016, 3445 ff. – *Freunde finden*; OLG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 19.1.2017 – I-20 U 40/16 = GRUR 2017, 416 – „Gefällt mir“-Button.

¹⁵ *Metzger*, AcP 216 (2016), 817 (833 ff.).

¹⁶ Begriffsprägend: *Schmidt-Kessel*, Vortrag: „Daten als Gegenleistung in Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte“, BMJV v. 3.5.2016, unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Praesentationen-/05032016_digitalesVertragsrecht_Schmidt_Kessler.html [sic!] (abgerufen am 15.10.2018).

sondere im Bereich der sog. Industrie 4.0 mit Bezug auf maschinengenerierte Daten diskutiert.¹⁷ Dennoch liegt der Fokus dieses Beitrags auf personenbezogenen Daten im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) und der europäischen DS-GVO.¹⁸

II. Recht: Personenbezogene Daten können vertraglicher Leistungsgegenstand sein

Das traditionelle Verständnis von synallagmatischen Rechtsbeziehungen beruht darauf, dass die Vertragspartner sich gegenseitig Leistungen in der Erwartung versprechen, dass auch der andere Partner die seinerseits versprochene (Gegen-)Leistung erbringen wird (*do ut des – quid pro quo*). Diese Erwartung basiert auf dem aus Erfahrung gespeisten Vertrauen, dass die zugesagte Leistung entweder vertragsgemäß erbracht wird, gerichtlich eingeklagt werden kann oder es zumindest zu einer Schadenskompensation kommt, falls die primäre Leistungspflicht ausnahmsweise entfällt. Bevor darauf eingegangen wird, warum diese Voraussetzungen für personenbezogene Daten nicht (vollständig) bestehen, werden zunächst die gesetzlichen Vorgaben analysiert, die auf dinglicher Ebene (1), auf Verpflichtungsebene (2) und im Zusammenhang mit dem Datenschutzrecht (3) den derzeitigen rechtlichen Rahmen der Vereinbarung von Daten als Leistungsgegenstand bilden.

¹⁷ Schefzig, in: Taeger (Hrsg.), DSRI-Herbstakademie 2015, 551 ff.; Zech, GRUR 2015, 1151 ff.; Sattler, in: Sassenberg/Faber (Hrsg.), Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2017, 27 ff.; Zech, in: De Franceschi (Hrsg.), New Features of European Contract Law - Towards a Digital Single Market, 2016, 49 ff.

¹⁸ Zur Erhebung und Nutzung von personenbezogenen Daten über das Fahrverhalten unter dem BDSG: Kinast/Kühnl, NJW 2014, 3057 ff.

1. Dingliche Ebene: Folgen der fehlenden Sacheigenschaft

Die Überlassung und Übereignung von körperlichen Gegenständen i.S.d. § 90 BGB ist seit Jahrtausenden Gegenstand von Rechtsgeschäften. Auch für die Einräumung von dinglichen Rechtspositionen an Rechten des geistigen Eigentums hat der Gesetzgeber,¹⁹ wenn auch außerhalb des BGB, gesetzliche Grundlagen geschaffen.²⁰ Nutzungsrechte können an immateriellen Gütern²¹ – einschließlich Persönlichkeitsrechten²² – eingeräumt werden. Im Gegensatz hierzu, fordert die alltäglich stattfindende Verwertung von personenbezogenen Daten das Privatrecht aktuell heraus.

Die Entwicklung der Informationstechnologie geht mit einer beschleunigten Immaterialisierung einher.²³ Auch wenn körperliche Speichermedien wie Festplatten, DVD und USB-Speichersticks infolge der Digitalisierung nicht überflüssig geworden sind, nimmt deren Bedeutung für die Vervielfältigung, Übermittlung und Verfügbarkeit von Daten stetig ab. An die Stelle dieser lokalen und damit dezentralen Speichermedien in räumlicher Nähe zum Nutzer, treten zunehmend sog. Server-Landschaften in zentralisierten Rechenzentren. Diese sind über den Globus verteilt und ermöglichen es, Software mit Hilfe internetbasierter Virtualisierungen auf Smartphones oder anderen Endgeräten auszuführen und Inhalte darzustellen, ohne dass der jeweilige Datensatz vollständig auf dem Endgerät abgespeichert wird (sog. Cloud Computing). Diese technische Entwicklung spiegelt sich auch in Rechtsprechung²⁴ und Rechtswissenschaft²⁵ wider.

¹⁹ Zum umstrittenen Begriff „Geistiges Eigentum“: *Ohly*, JZ 2003, 545 ff.; *Götting*, GRUR 2006, 353 ff.; vgl. auch *Ahrens*, GRUR 2006, 617 ff.

²⁰ *Ohly/Sattler*, in: Klippel/Löhnig/Walter (Hrsg.), Grundlagen und Grundfragen des Bürgerlichen Rechts, 2016, 165 ff.

²¹ Zum Begriff des Immaterialguts: *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 108 ff.; *ders.* ZUM 2000, 710 (713); *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, 157 ff. und 187 ff.

²² Vgl. das „Recht am eigenen Bild“ gem. § 22 KUG (1907).

²³ *Zech* bezeichnet diese Entwicklung als „Abstraktion“: *ders.*, Information als Schutzgegenstand, 2012, 176 ff.

²⁴ Vgl. beispielhaft die Anwendung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes auf Verbreitungshandlungen mittels unkörperlicher Vervielfältigungen von Computerprogrammen: EuGH,

Daten lassen sich als maschinenlesbar codierte Information definieren.²⁶ Anders als ihre Speichermedien sind Daten selbst keine körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB. Deshalb scheidet eine Anwendung der sachenrechtlichen Vorschriften des BGB und damit insbesondere eine Übereignung gemäß §§ 929 ff. BGB aus.²⁷ Näherliegend ist eine Anknüpfung an die Nutzungsrechte an immateriellen Gütern, insbesondere an Computerprogrammen (§ 69a UrhG) und Datenbanken (§ 87a UrhG). Allerdings setzt auch die Einräumung von Nutzungsrechten an immateriellen Gütern zunächst eine verfestigte subjektive Rechtsposition voraus. Im Gegensatz zu den anerkannten Immaterialgüterrechten des geistigen Eigentums, also insbesondere dem Patent-, Design- und Urheberrecht, besteht an dem Leistungsgegenstand „Daten“ derzeit kein subjektives Ausschließlichkeitsrecht. Während ein „Recht des Datenerzeugers“ an maschinengenerierten Rohdaten ohne Personenbezug immerhin diskutiert wird,²⁸ steht die Forschung mit Blick auf die (Teil-)Zuweisung personenbezogener Daten an ein Rechtssubjekt noch am Anfang.²⁹ Weil personenbezogene Daten Grundlage jedweder gesellschaftlichen Kommunikation³⁰ und gleichzeitig sehr eng mit der Persönlichkeit des Datensubjekts³¹ verbunden sind, wird ein

GRUR 2012, 904 – *UsedSoft/Oracle*; BGH, GRUR 2015, 772 – *UsedSoft III*; BGH, GRUR 2015, 1108 – *Green IT*.

²⁵ Zurückhaltend insoweit: *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016; mit rechtspolitischen Forderungen: *Spindler*, JZ 2016, 805 ff.

²⁶ *Zech* (Fn. 21) 32 f. und 55 ff.

²⁷ So – trotz des Vorschlags zur Einführung eines § 90 Abs. 2 BGB für Daten – im Ergebnis auch: *P. Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287 (328).

²⁸ Diskussion angestoßen durch: *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, 363 ff. und 412 f.; *ders.*, CR 2015, 137 (145 f.); skeptisch: *Peukert* (Fn. 21), 10 und 880 ff.; *Dorner*, CR 2014, 617 (620 ff.), hierzu das Commission Staff Working Document vom 17.1.2017, SWD (2017) 2 final, 33 ff.; *Beyer-Katzenberger*, GRUR-Newsletter 01/2017, 4 (5).

²⁹ Nach dem derzeitigen Verständnis dient das Datenschutzrecht dem Schutz der natürlichen Person und dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die möglichen Rechte an den immateriellen Daten, also der maschinenlesbar codierten Information, sind zu trennen von den dinglichen Rechten am jeweiligen Datenträger. Für eine solche Zuweisung zuletzt *Fezer*, Repräsentatives Dateneigentum, 2018.

³⁰ BGH, NJW 2009, 2888 (2891/Rz. 30) – *spickmich.de*.

³¹ Dieser Begriff wird in Anlehnung an den in der englischen Fassung der DS-GVO verwendeten Begriff des „data subjects“ verwendet. Dem in der deutschen Sprachfassung der DS-GVO verwendeten Begriff des „Betroffenen“ bzw. der „betroffenen Person“ liegt ein grundrechtliches Verständnis zugrunde, das durch das hierarchische Verhältnis zwischen Bürger und Behörde geprägt ist. Dieses Verständnis passt jedoch nicht, soweit personenbezogene Daten als vertraglicher Leistungsgegenstand behandelt werden.

Immaterialgüterrecht an personenbezogenen Daten derzeit skeptisch betrachtet.³² Gleichwohl nimmt die Anzahl der Befürworter einer rechtlichen Zuweisung personenbezogener Daten an das Datensubjekt kontinuierlich zu.³³

Auch ohne eine rechtsichere Grundlage für „Datenverfügungen“³⁴ werden personenbezogene Daten oder der Zugang zu ihnen faktisch täglich gehandelt, in Echtzeit analysiert und für personalisierte Werbung verwertet.³⁵ Damit verlangen die tatsächlichen Verhältnisse auf dem Markt nicht nur eine Antwort darauf, wie der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre gelingen kann, sondern auch darauf, ob und wie solche Vereinbarungen über Daten begründet, durchgeführt und im Falle von Leistungsstörungen abgewickelt werden können.³⁶ Die anwaltliche Beratung sieht bereits jetzt „Datenlizenzen“ vor,³⁷ auch wenn der Vertragsgegenstand keinen rechtlichen Anknüpfungspunkt zu den anerkannten immaterialgüterrechtlichen Lizenzverträgen hat. Mangels dinglicher Rechte an Daten, greift die Praxis im Zusammenhang mit maschinengenerierten Daten gelegentlich auf die am ehesten vergleichbaren Ausschließlichkeitsrechte zurück und überträgt die Grundlagen von Rechtsgeschäften über Computerprogramme (§§ 69a ff. UrhG) und Daten-

³² Zuletzt: *Zech* (Fn. 17), 2016, 67; *Kerber*, GRUR Int. 2016, 639 (646).

³³ Unter Bezugnahme auf die kommerziellen Aspekte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: *Ullmann*, AfP 1999, 209; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrecht, 1999; *Ladeur*, DuD 2000, 12 (18: „als Bestandteil eines neuartigen Eigentumsrechts“); *Kilian*, CR 2002, 921 (925); *ders.*, CRi 2012, 169; *ders.*, in: Garstka/Coy (Hrsg.) Wovon – für wen – wozu. Systemdenken wider die Diktatur der Daten, W. Steinmüller zum Gedächtnis, 2014, 195 (205 ff.); *Polenz*, in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrecht, 29. Aufl. 2011, Rn. 61 („eigentumsähnlich“). Mit einem Vergleich zum Urheberrecht: *Schwartmann/Hentsch*, RDV 2015, 221 (228); *Fezer*, ZD 2017, 99 (102). Zur beobachtbaren Tendenz einer Emanzipation immaterieller Güter durch kontinuierliche Reduktion der persönlichkeitsrechtlichen Bindungen: *Sattler*, in: Bakhom/Gallego/Mackenrodt/Surblyté (Hrsg.), Personal Data in Competition, Consumer Protection an IP Law – Towards a Holistic Approach?, 2018, 27 ff.

³⁴ Hierin sieht *Zech* einen Vorteil aus Sicht des Datensubjekts: *Zech* (Fn. 16), 67: „This is in the best interest of the persons concerned. Unlike with property rights nobody can be forced into losing her or his protection“).

³⁵ Zur vielzitierten Möglichkeit, aus dem Kaufverhalten einer Frau auf deren Schwangerschaft zu schließen und dieser gezielt passende Produkte anzubieten: New York Times Magazin, How Companies Learn Your Secrets, 16.2.2012: http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shop-ping-habits.html?pagewanted=all&_r=0 (abgerufen am: 15.10.2018).

³⁶ Hierzu *Metzger*, AcP 216 (2016), 817 (851 ff.). Mit dem Hinweis, dass die Erkenntnis des faktischen Geldwertes eines Gutes zunächst keine Rückschlüsse auf dessen rechtliche Behandlung zulässt: *Peukert* (Fn. 21), 713.

³⁷ *Kraus*, in: Taeger (Hrsg.), DSRI-Herbstakademie 2015: Internet der Dinge – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, 537 ff.; *Schefzig*, ebd., 551 ff.

banken (§§ 87a ff. UrhG) auch auf Daten, selbst wenn diese keine durch das UrhG geschützte Leistung sind. Im Ergebnis zielen diese „Lizenzen“ auf dinglicher Ebene ins Leere. Übrig bleibt die – ebenfalls instabile – schuldrechtliche Verpflichtungsebene.

2. Verpflichtungsebene: Flexibilität und rechtliche Unsicherheit

Anders als auf dinglicher Ebene, stehen Rechtsgeschäften über personenbezogene Daten auf der vertraglichen Verpflichtungsebene zunächst alle Möglichkeiten offen.³⁸ Der Grundsatz der Vertragsfreiheit (§§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB) lässt den Parteien bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Verträgen über Daten großen Spielraum. Sucht man im Besonderen Teil des Schuldrechts jedoch nach Vertragstypen, die sich als dispositives Leitbild für einen Datenvertrag anbieten, so wird deutlich, dass das BGB zwar Vertragsfreiheit eröffnet, gleichzeitig aber kaum Anhaltspunkte für ein Datenschuldrecht bereithält. Die für bilaterale Austauschverhältnisse naheliegenden Vertragstypen des Kauf-, Werk-, Miet- und Pachtvertrags sehen als Leistungsgegenstand grundsätzlich eine Sache, also wiederum einen körperlichen Gegenstand (§ 90 BGB) vor. Für ein Datenschuldrecht bleibt somit nur die Möglichkeit, an denjenigen Begriff anzuknüpfen, der sich zur Heimat für innovative Leistungsgegenstände im BGB entwickelt hat.

Gemäß § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB sind die Regelungen des Kaufrechts auf Rechtsgeschäfte über „sonstige Gegenstände“ entsprechend anwendbar. Auch § 581 Abs. 1 S. 1 BGB regelt die Rechtsbeziehung an einem „Gegenstand“. Damit sind § 453 und § 581 BGB die gesetzlichen Einfallstore für ein Datenschuldrecht. Nachdem mit Gasen, elektrischer Energie und Computerprogrammen³⁹ eine große Bandbreite immaterieller Güter als sonstiger Gegen-

³⁸ Zu den Grenzen des Vertragsrechts durch das Datenschutzrecht unten 3.

³⁹ BGH, NJW 2007, 2394 – *ASP-Vertrag*; sowie zuvor: BGH, NJW 2000, 1415; NJW 1990, 1584; NJW 1988, 406; NJW 1997, 2043; NJW 1993, 2436 [2437 f.]; NJW 1990, 3011; NJW 1984, 2938; NJW-RR 1986, 219; Zum Ganzen: *Haberstumpf*, NJOZ 2015, 793 (794 f.).