

Digital Single Market

Herausgegeben von
MATTHIAS WELLER
und MATTHIAS WENDLAND

Mohr Siebeck

Digital Single Market
Herausgegeben von
Matthias Weller und Matthias Wendland



Digital Single Market

Bausteine eines Digitalen Binnenmarkts

Herausgegeben von

Matthias Weller und Matthias Wendland

Mohr Siebeck

Matthias Weller ist Inhaber der Alfred Krupp von Bohlen und Halbach-Proessur für Bürgerliches Recht, Kunst- und Kulturgutschutzrecht sowie Direktor des Instituts für deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Matthias Wendland ist Privatdozent am Institut für Internationales Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München und Inhaber der Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie.

ISBN 978-3-16-157045-2 / eISBN 978-3-16-157046-9
DOI 10.1628/978-3-16-157046-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck aus der Minion gesetzt in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Tübingen gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Fast 20 Jahre nach dem Inkrafttreten der Fernabsatz-Richtlinie, mit der sich der europäische Gesetzgeber in den Bereich der damals noch jungen digitalen Welt vorwagte, steht die Privatrechtsordnung in Europa abermals vor einem entscheidenden Wendepunkt. In Reaktion auf die mit der Digitalisierung einhergehenden tiefgreifenden Umwälzungen in Wirtschaft und Gesellschaft hat die Europäische Kommission am 6. Mai 2015 ein Strategiepapier für einen Digitalen Binnenmarkt in Europa vorgelegt¹ und damit eine Entwicklung angestoßen, die erhebliche Auswirkungen auf das nationale Privat- und Verfahrensrecht haben wird. Das Dokument dient der Weiterentwicklung der Digitalen Agenda² als Teil der im Juni 2010 vom Europäischen Rat verabschiedeten Strategie Europa 2020. Mit dem Digitalen Binnenmarkt verfolgt die Union das Ziel, einen einheitlichen Wirtschaftsraum zu schaffen, um das Entwicklungspotential der Digitalwirtschaft auszuschöpfen und Impulse für Beschäftigung und Wirtschaftswachstum zu setzen.³ Zur Schaffung dieses Digitalen Binnenmarktes hat die Europäische Kommission ein Maßnahmenbündel vorgesehen, das weite Teile des Privatrechts betrifft und dieses tiefgreifend umgestalten wird. Dabei setzt die Kommission vor allem auf zwei zentrale Strategien: die Harmonisierung des *Verbrauchervertragsrechts* und die Schaffung eines neuen Rechtsrahmens für den Erwerb *digitaler Inhalte*.⁴ Die flankierende Digitalisierung insbesondere des grenzüberschreitenden *Zivilverfahrensrechts* hingegen ist bisher nicht unmittelbar Gegenstand der Vorschläge der Kommission und unterliegt stattdessen weitgehend unverbunden eher punktuellen Initiativen.⁵

Mit dem vorliegenden Tagungsband soll der Versuch unternommen werden, die das Privatrecht betreffenden Maßnahmen der Digitalen Agenda insgesamt zu beschreiben, dogmatisch zu durchdringen und umfassend in ihren Wechselwirkungen zueinander zu erfassen, um eine die einzelnen Teilbereiche zusammenführen-

¹ Mitteilung der Kommission: Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, KOM(2015) 192 endg.; Commission Working Staff Document, A Digital Single Market Strategy for Europe: Analysis and Evidence, SWD(2015) 100 final.

² Mitteilung der Kommission: Eine Digitale Agenda für Europa, KOM(2010) 245 endg.

³ KOM(2015) 192 endg., S. 3; SWD(2015) 100 final, S. 5.

⁴ Vgl. zu den Einzelheiten KOM(2015) 192 endg., S. 3; SWD(2015) 100 final, S. 5. Erfasst ist auch das Urheberrecht. Dies blieb im Rahmen der Tagung als Sondermaterie außer Betracht.

⁵ Vgl. etwa die Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (eIDAS-Verordnung).

de *Evaluation* und *Gesamtwürdigung* der Maßnahmen zu ermöglichen. Insbesondere soll durch die Einbindung des bisher nicht berücksichtigten *Zivilverfahrensrechts* die Perspektive auf die von der Kommission geplanten Maßnahmen im Bereich des Digitalen Binnenmarktes erweitert werden. Im Mittelpunkt des vorliegenden Bandes steht daher das *Gesamtspektrum* der Kernmaterien des Privat- und Zivilverfahrensrechts in einem künftigen Digitalen Binnenmarkt.⁶ Recht und Rechtsdurchsetzung werden dabei gleichlaufend für den zu schaffenden Rechtsrahmen betrachtet. Die Beiträge dieses Tagungsbandes sind aus den Vorträgen der Autorinnen und Autoren der Tagung „European Single Market: Bausteine eines digitalen Binnenmarktes“ hervorgegangen, die am 22. und 23. Juni 2017 an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden stattgefunden hat. Sie spiegeln – punktuelle Aktualisierungen der Schriftfassung eingeschlossen – im Wesentlichen die Diskussion zum Zeitpunkt der Konferenz wieder. Allen beteiligten Autorinnen und Autoren sei für Ihre Mitwirkung ganz herzlich gedankt.

Matthias Weller, Bonn
Matthias Wendland, München

⁶ Ausgespart bleiben Sondermaterien wie das Urheberrecht.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

A. Grundlagen

<i>Thomas Dreier</i> Eigentum an Daten?	3
<i>Alexander Krüger und Arne Buchwald</i> Daten als Wirtschaftsgut: Ökonomische Perspektive	25
<i>Joachim Schrey</i> Daten, der Treibstoff und das Schmieröl der digitalen Wirtschaft	31

B. „Verdünnte Freiheit“?

Privatautonomie im digitalen Binnenmarkt

<i>Florian Faust</i> Der fingierte Wille: Risiken für das privatautonome Handeln von Verbrauchern	45
<i>Thomas Pfeiffer</i> Datenschutz und AGB-Recht: Die Inhaltskontrolle vorformulierter Einwilligungserklärungen	57

C. Neues Vertragsrecht für die digitale Welt?

Die Digitalgüterrichtlinie

<i>Matthias Wendland</i> Dogmatische Grundlagen des Rechts der Digitalisierung	71
<i>Matthias Weller</i> Mängelgewährleistung und Vollharmonisierung: Dogmatische Kompatibilität und Umsetzungsoptionen	123

Eva Lux und Michael Liepin

Digitaler Neustart: Braucht unser Recht ein Update? 133

D. Rechtsdurchsetzung im digitalen Binnenmarkt

Caroline Meller-Hannich

Rechtsdurchsetzung im digitalen Binnenmarkt: Legal Tech, Online
Dispute Resolution, Plattformklagen – die Zukunft des Zivilprozesses? 143

Christoph Althammer

Strategische Prozessführung im digitalen Binnenmarkt 159

Stefan Huber

Private Enforcement und Alternativen im digitalen Binnenmarkt 175

E. Zentrale Bausteine elektronisch geführter Erkenntnisverfahren

Michael Stürner

Die elektronische Zustellung im Kontext des digitalen Zivilprozesses 191

Christian Heinze und Gabriel Prado Ojea

Beweisführung mit elektronischen Dokumenten: Bald der Standardfall
im digitalen Binnenmarkt? 221

F. Zukunftspläne in Europa

Thomas Gottwald

e-Justice in Österreich: Nationale und internationale Perspektiven 251

Xandra Kramer, Emma van Gelder und Erlis Themeli

e-Justice in the Netherlands: the Rocky Road to Digitised Justice 257

Patrik Wagner

e-Justice in Deutschland 285

Alain Pilette

e-Justice in der Europäischen Union 291

Autorenverzeichnis 301

A. Grundlagen

Eigentum an Daten?

Thomas Dreier

I. Einleitung

In einem Sketch der Komikergruppe Monty Python aus dem Jahr 1972 – damals allerdings ging es noch um Dinosaurier – interviewt ein Fernsehmoderator (gespielt von Graham Chapman) eine Forscherin (dargestellt von John Cleese) und fragt: „What is your theory?“ Nach einer kurzen Erklärung seiner eher banalen Theorie antwortet John Cleese: „That is my theory, it is mine and belongs to me, and I own it and what it is, too“.¹ Mag dieser Sketch auch eher auf die persönlichkeitsrechtliche Problematik der Namensnennung und die Banalität manch hochtrabend formulierter wissenschaftlicher Theorien anspielen, so bringt er wie kein zweiter die Problematik des Eigentums an Gedanken und Informationen auf den Punkt: nicht nur wird das Eigentumsrecht unmittelbar aus dem Ersinnen der Theorie abgeleitet, sondern es wird aus dem Eigentum an der Theorie zugleich ein Eigentumsrecht am Inhalt der Theorie und mithin an sämtlichen Folgerungen abgeleitet, die sich aus dieser Theorie ergeben. Auf Daten bezogen heißt das: es wird ein Eigentumsrecht des Erzeugers an den von ihm generierten Daten postuliert, einschließlich des Rechts an den Informationen, die sich aus der Verwertung der Daten ableiten lassen. Damit ist das Problem, das mit der Frage „Eigentum an Daten?“ angesprochen ist, umrissen und die selbstreferenzielle Begründung eines derartigen Eigentums an Daten aufgezeigt, die allein aus dem Akt der Erzeugung abgeleitet wird.

Der zunächst noch wirtschaftssoziologisch verstandene Begriff der „Informationsgesellschaft“² hat sich in Zeiten von Big Data zu dem einprägsamen Bild der Daten als „Rohstoff“ bzw. „Öl des 21. Jahrhunderts“ verdichtet, zu einem Slogan, der längst auch von der Politik aufgegriffen worden ist.³ Diese Metapher führt

¹ *Monty Python*, Anne Elk's Theory on Brontosaurus, aus Episode 31 von „Monty Python's Flying Circus“.

² S. *Tadao Umesao*, *Information Industry Theory – Dawn of the Coming Era of the Ectodermal Industry*, 1963.

³ So von der Bundeskanzlerin Merkel, s. SZ-online v. 2.11.2015; www.sueddeutsche.de/news/wirtschaft/medien-merkel-daten-sind-rohstoffe-des-21-jahrhunderts-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-151102-99-08066.

dann automatisch zu der Frage, wem diese wirtschaftlich wertvollen Daten im rechtlichen Sinn an ihrer Quelle gehören. „Gehören“ meint dabei meist in einem an das Eigentum an physischen Gegenständen orientierten Sinn das positive Benutzungs-, wie auch das negative Verbotungsrecht. Anders formuliert: es geht darum, wer am vorderen Ende der Wertschöpfungskette von Informationsprodukten auf der Basis von Daten, die sich in Zeiten von Big Data über mehrere Glieder erstreckt, als erster mit Verfügungsrechten ausgestattet ist.

Dazu eingangs nur ein kleines, instruktives aktuelles Beispiel: Ein Fahrer fährt mit seinem neuen PKW, in dem nicht nur jede Menge Kabel verlegt, sondern auch eine Vielzahl von Sensoren, Steuerungselementen und datenverarbeitenden Chips verbaut sind. Die Daten, die von diesen über die Funktion der Teile des Autos bis hin zu ihrem Fahrverhalten erhoben und aufgezeichnet werden, können über eine Schnittstelle ausgelesen werden. Wem gehören nun diese Daten? Dem Fahrer, auf dessen Fahrverhalten die Daten unmittelbar zurückgehen, und der immerhin der Eigentümer des Fahrzeugs ist? Vielleicht hat der Fahrer kein Eigentum am PKW erworben, sondern diesen nur geleast, und der Leasinggeber möchte auf diese Daten gerne zugreifen, um seine Leasingraten besser kalkulieren können. Der Hersteller des Fahrzeugs ist jedoch anderer Ansicht, er reklamiert generell alle Daten, die im Fahrzeug, durch das Fahrzeug oder bei der Benutzung des Fahrzeugs generiert werden, für sich, will er sich doch – ausschließlich für sich – zur technischen Weiterentwicklung seiner Fahrzeugpalette verwenden. Aber auch der Hersteller gerät mit seinem Zulieferer über das Eigentum an Daten in Streit, der die Daten für sich reklamiert, da sie schließlich durch das von ihm gelieferte Modul, das der Hersteller des PKW als komplette Einheit erworben und ins Fahrzeug eingebaut hat, erhoben und aufgezeichnet worden sind.

Diese Fragen und die Versuche ihrer Beantwortung mögen für denjenigen, der die (fahrzeug)technische Entwicklung und die juristische Diskussion nicht näher verfolgt hat, zukunftsfern klingen. Neu sind sie indessen nicht.

Zum einen erinnert die Fragestellung nach einem möglichen Eigentum an Daten an das Problem, dem sich die Nachrichtenagenturen seit jeher konfrontiert sehen. Vergleichbar den heutigen Datenproduzenten konnten auch sie sich nie wirklich sicher sein, dass sie aufgrund ihrer Tätigkeit, Fakten in den sprachlichen Gesamtzusammenhang einer Nachricht einzubinden und dem daran entstehenden Urheberrecht tatsächlich die ersten in der Wertschöpfungskette der Informationsvermittlung sind, die Ausschließlichkeitsrechte für sich beanspruchen können. Es bestand immer die Gefahr, dass der Eigentümer der Quelle, aus der die reinen Fakten sprudelten, auf der Grundlage des Eigentums an der Quelle von den Nachrichtenagenturen Lizenzgebühren für die Nutzung der ihrer Quelle entspringenden Daten verlangte.⁴ Unter dem Stichwort Big Data geht es heute freilich nicht mehr

⁴ Diese Frage wurde von der European Alliance of Press Agencies (EANA) bereits auf der Jahrestagung 2001 im Zusammenhang mit den Folgen des Inkrafttretens der EU-Richtlinie

allein um Fakten, die sich zu Nachrichten verarbeiten lassen, sondern ganz allgemein um Verfügungsrechte an Daten aller Art, die beim Betrieb meist automatisierter Systeme anfallen und die – da sie ohnehin in digitalisierter Form vorliegen – problemlos gespeichert und vom Hersteller der Apparatur meist auch aus der Ferne abgerufen werden können. Beispiele, die sich deshalb aufdrängen, weil die Anwendungen schon implementiert, zumindest aber bereits in Umrissen erkennbar sind, sind etwa die vom Nutzer stammenden Daten seiner Suchhistorie, seines Telefon- und seines Mobilitätsverhaltens, Daten aus selbstfahrenden Autos ebenso wie Daten, die beim Einsatz von Smart Metern im vernetzten Home für eine ressourcensparende Energienutzung sorgen.

Zum anderen ist die rechtliche Diskussion über das Eigentum an Daten nicht mehr so neu, dass ein bislang gänzlich unbeackertes Terrain zum ersten Mal zu vermessen wäre.⁵ Das gilt umso mehr, seit die EU-Kommission ihre Datenstrategie vorgestellt und Daten darüber hinaus im Rahmen synallagmatischer Vertragsverhältnisse explizit als Gegenleistung adressiert.⁶ Es hat den Anschein, als lasse sich hier gegenwärtig kein weiterer Erkenntnisgewinn erzielen, so dass sich dieser Beitrag zunächst mit einer Zusammenfassung der bislang angesprochenen Argumen-

2001/29/EG zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (ABl. EU L 167 v. 22.06.2001, S. 10 ff.) diskutiert; s. nur den kurzen Hinweis unter www.newsalliance.org/news (PE vom 01.10.2001).

⁵ S. aus der Fülle der Literatur vor allem *Becker*, Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz für Daten, GRUR 2017, 346 ff.; *Wiebe*, Schutz von Maschinendaten durch das sui-generis-Schutzrecht für Datenbanken, GRUR 2017, 338 ff.; *Börding/Jülicher/Röttgen/Schönfeld*, Neue Herausforderungen der Digitalisierung für das deutsche Zivilrecht – Praxis und Rechtsdogmatik, CR 2017, 134 ff.; *Wandtke*, Ökonomischer Wert von persönlichen Daten – Diskussion des „Warencharakters“ von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht, MMR 2017, 6 ff.; *Fezer*, Theorie des immaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten, MMR 2017, 3 ff.; *Drexler*, Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access, 2016, MPI for Innovation & Competition Research Paper No. 16–13; Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2862975>; *Kerber*, A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis, GRUR Int. 2016, 989 ff.; *Spindler*, Digitale Wirtschaft – analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, JZ 2016, 805 ff.; *Heymann*, Rechte an Daten – Warum Daten keiner eigentumsrechtlichen Logik folgen CR 2016, 650 ff.; *Härtling*, Dateneigentum – Schutz durch Immaterialgüterrecht?, CR 2016, 646 ff.; *Specht*, Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen, CR 2016, 288 ff.; *Dorner*, Big Data und „Dateneigentum“ – Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, 617; *Hoeren*, Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, 486, 488; *Zech*, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“, CR 2015, 137; *ders.*, Information als Schutzgegenstand, 2012.

⁶ Art. 3 Nr. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final v. 09.12.2015, und dazu umfassend *Metzger*, Dienst gegen Daten – Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 2016, 817 ff.; *Specht*, Bezahlen mit Daten, OdW 2017, 121 ff.; *dies.*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763 ff. – Zur Mitteilung der Kommission „Building a European Data Economy“, COM(2017) 9 final v. 10.1.2017 s. *Wiebe*, Von Datenrechten zu Datenzugang – Ein rechtlicher Rahmen für die europäischen Datenwirtschaft, CR 2017, 87.

te begnügen kann. Diese Diskussion bewegt sich in einem ersten Schritt in den Bahnen des bereits vorhandenen Regelwerkes. Es wird also untersucht, welcher eigentumsähnliche Schutz im Wege so unterschiedlicher Schutzregimes wie denjenigen des geistigen Eigentums, des Datenbank- und des Geheimnisschutzes wie auch eines Schutzes auf persönlichkeitsrechtlicher Grundlage bereits *de lege lata* greift (II.). Im Weiteren geht es um die Argumente pro und contra ein Eigentum an Daten, also darum, inwieweit die bestehenden Zuordnungs- und Schutzmechanismen *de lege ferenda* zu einem veritablen, allumfassenden Eigentumsschutz ausgebaut werden sollten oder eben nicht. Auch diese Argumente scheinen weitgehend ausgetauscht, so dass sie nachfolgend nur kurz resümiert werden können (III.). Selten allerdings – das sei bereits vorab bemerkt – geht es bei dieser Diskussion darum, den bestehenden Acquis an eigentumsähnlichen Zuordnungen zurückzuschneiden. Diese Aufgabe wird meist den Fachdiskursen der einzelnen betroffenen Rechtsgebiete überlassen. In einem zweiten Teil sei dann dennoch der Versuch unternommen, die Frage nach einem Eigentum an Daten aus einem wenn auch vielleicht nicht gänzlich neuen, so doch anderen als dem üblichen Blickwinkel zu betrachten (IV.). Thematisiert wird dabei zum einen das Verständnis des Eigentums als monolithisches Recht oder als Bündel einzelner Befugnisse. Zum anderen lässt sich die Frage nach einem Eigentum an Daten nicht vollständig beantworten, wenn man nicht zugleich das Verhältnis von Eigentums- oder zumindest eigentumsähnlichen Befugnissen zum Vertragsrecht wie auch – von besonderer praktischer Relevanz – zu technischen Schutzmechanismen erörtert. Weiterhin sei die Einbettung eigentumsrechtlicher Befugnisse in Bezug auf Daten in den größeren Zusammenhang der legislatorischen Regulierung des Zugangs und der Nutzung von Daten erörtert (V.), ehe ein abschließendes Fazit versucht wird (VI.).

II. Der bestehende Rechtsrahmen

Ein Vorteil, den die Frage nach einem Eigentum an „Daten“ mit sich bringt, besteht darin, dass man sich nicht mit einer Definition des verwandten, weitaus schillerneren Begriffs der „Information“ abmühen muss. Denn „Daten“ lassen sich weit problemloser als „Informationen“ definieren. Sie seien hier einmal verstanden als jede Angabe in Bezug auf eines oder mehrere Objekte beziehungsweise Ereignisse, die durch Messung, Beobachtung oder auch automatische Aufzeichnung gewonnen wurde („das informationelle Atom“).⁷

Durchmustert man die momentan vorhandenen gesetzlichen Schutzmöglichkeiten des geistigen Eigentums – also insbesondere das Urheberrecht, den Datenbank- wie auch den Geheimnis- und nicht zuletzt den Datenschutz –, so stellt sich

⁷ Grundlegend *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, 1995, S. 20 ff. (23); *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 13 ff.

rasch heraus, dass das Urheberrecht ausscheidet, weil es zwar Werke, nicht aber einzelne Daten schützt.⁸ Allerdings vermag das Urheberrecht indirekt einen Schutz von Daten gegen deren Übernahme zu begründen, sofern es sich um methodisch auf eine kreative Weise angeordnete Daten handelt⁹ oder um Daten, deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert.¹⁰ Durch ein Ausschließlichkeitsrecht zugunsten des Datenbankschöpfers oder -herstellers geschützt ist dann zwar nicht das einzelne Datum, sondern die kreative Anordnung der Daten bzw. insbesondere ein nach Art oder Umfang wesentlicher Teil einer investitionsintensiven geschützten Datenbank, wobei sich dieser wesentliche Teil auch aus der Aggregation mehrerer Einzelnutzungen bzw. -entnahmen ergeben kann.¹¹ Der EuGH hat den Datenbankschutz jüngst durch eine Entscheidung noch insoweit verstärkt, als er ihn in einem Fall, in dem es um Landkarten und deren Elemente ging, selbst auf die Sammlung solcher Elemente erstreckt hat, die nach Herausnahme aus der Datenbank ihren ursprünglichen, sich aus dem Gesamtzusammenhang ergebenden Informationsgehalt verloren haben, vorausgesetzt, die einzelnen Daten haben nach der Entnahme überhaupt noch einen informationellen Wert.¹² Letzteres dürfte gerade im Lichte der Durchsuchbarkeit großer Datenmengen nach verborgenen Korrelationen – Stichwort: Big Data – regelmäßig der Fall sein.

Eine weitere Möglichkeit Daten auf bestehender gesetzlicher Grundlage gegen ihre unautorisierte Aneignung durch Dritte zu schützen, besteht im Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor deren rechtswidrigem Erwerb, Nutzung und Offenlegung.¹³ Voraussetzung ist jedoch, dass sich der Wert der Daten gerade dadurch ergibt, dass sie geheim und vertraulich zu behandeln sind. Ob die dazu erforderlichen Geheimhaltungsmaßnahmen bei Objekten gegeben sind, bei denen die Daten vom Nutzer zwar nicht ohne weiteres ausgelesen werden können, die jedoch frei am Markt erhältlich sind, ist allerdings eine nach wie vor offene Frage. Sofern hier für entscheidend erachtet wird, ob die Möglichkeit besteht, sich mit lauterer Mit-

⁸ *Leistner* in: Schrickler/Loewenheim, 5. Aufl. 2017, § 4 Rn. 12; *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 4; s. auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 8. Aufl. 2017, Rn. 196.

⁹ § 4 Abs. 2 UrhG und dazu *Leistner* in: Schrickler/Loewenheim, 5. Aufl. 2017, § 4 Rn. 44 ff.; *Dreier* in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 4 Rn. 16 ff.

¹⁰ §§ 87a ff. UrhG und dazu *Wiebe*, Schutz von Maschinendaten durch das sui-generis-Schutzrecht für Datenbanken, GRUR 2017, 338 ff., sowie *Vogel* in: Schrickler/Loewenheim, 5. Aufl. 2017, § 87a Rn. 5 ff.; *Dreier* in: Dreier/Schulze, a. a. O. (Fn. 9), § 87a Rn. 3 ff.

¹¹ § 87b, mit den dazugehörigen Schrankenbestimmungen in § 87c UrhG; zum Erfordernis der, dass die wiederholten Entnahmen unwesentlicher Teile in der Summe das Ausmaß eines wesentlichen Teils erreichen müssen, s. EuGH Rs. C-203/02, Slg. 2004 I-10415 – British Horseracing.

¹² EuGH Rs. C-490/14, ECLI:EU:C:2015:735 – Verlag Esterbauer.

¹³ Neu geregelt durch die Richtlinie 2016/943 v. 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. L 157 v. 15.06.2016, S. 1 ff.

teln – zu denen nach der Richtlinie auch das „reverse engineering“ gehört¹⁴ – und ohne übermäßigen Aufwand von den Daten Kenntnis zu verschaffen,¹⁵ kann eine Antwort immer nur in jedem Einzelfall erfolgen. Der Geheimnisschutz vermag daher einen nur begrenzten Schutz zu begründen, vor allem gewährt er keine Möglichkeit der Einräumung von Nutzungsrechten in Bezug auf Daten.¹⁶

Schließlich kommt der Schutz personenbezogener Daten nach dem Datenschutzrecht in Betracht, das die Sammlung, Verarbeitung und Weitergabe personenbezogener Daten von der Einwilligung der betreffenden Person abhängig macht, sofern nicht ein entsprechender gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt. Da das Datenschutzrecht im Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurzelt, ist es als solches weder vollständig noch translativ übertragbar. Aber selbst wenn die erforderliche Einwilligung persönlichkeitsrechtlich motiviert ist, kann sie doch zu kommerziellen Zwecken eingesetzt werden, ohne – jedenfalls nach klassischem Verständnis – freilich ein vollständiges Ausschließlichkeitsrecht an personenbezogenen Daten zu begründen.¹⁷ Das Datenschutzrecht enthält von seiner Grundidee her eben wohl doch keinen Zuweisungsgehalt, sondern gewährt den Betroffenen lediglich Verbotsrechte. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass der Kreis derjenigen Daten, die als personenbezogen zu gelten haben, vergleichsweise groß ist. Das gilt umso mehr als der EuGH jetzt ausdrücklich einen potentiellen Personenbezug ausreichend sein lässt und „auch eine indirekt identifizierbare Person“ als datenschutzrechtlich „bestimmbar“ ansieht.¹⁸ Damit verbleibt bei den im Eingangsbeispiel erwähnten Fahrzeugen kaum mehr Raum für nicht personenbezogene Daten. Mögen, um nur ein Beispiel zu nennen, die Werte über die Erhitzung des Kolbens für sich genommen vielleicht auch noch keinen Personenbezug aufweisen, so lassen sie doch – wie erst recht die Daten über den Einsatz der Fahrzeugbremsen – durchaus Rückschlüsse auf das persönliche Fahrverhalten des Fahrers zu. Erst recht gilt das für die Daten, die sich aus den automatisierten Aktionen des KFZ ergeben, lässt sich an ihnen doch ersehen, wann, wie lange und auf welche Weise der Fahrer die Kontrolle über das Fahrzeug wieder selbst übernommen hat. Auch insoweit kann also von einem Personenbezug ausgegangen werden.

Auch wenn diese Ausführungen die einzelnen denkbaren bestehenden Schutzzinstrumente jeweils nur kurz haben umreißen können, lässt sich insgesamt festhalten, dass das Instrumentarium des geltenden Rechts zwar punktuelle „Eigen-

¹⁴ Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2016/943.

¹⁵ S. dazu die Nachweise etwa bei *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 17 UWG Rn. 10.

¹⁶ S. zum Ganzen *Becker*, Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz für Daten, GRUR 2017, 346 ff.

¹⁷ Eingehend *Specht*, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung – Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels, 2012, S. 75 ff.

¹⁸ EuGH Rs. C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 40 – Breyer.

tums-“ oder „eigentumsähnliche“ Zuordnungen bereit hält, dass sich mittels dieser jedoch kein umfassendes „Dateneigentum“ konstruieren lässt.¹⁹

Eine andere Frage – der vorliegend, wo es um die ausschließliche Nutzung von Daten geht, nicht weiter nachgegangen werden soll – ist hingegen, inwieweit Daten durch Ausübung von Abwehrrechten gegen Zerstörung oder Beeinträchtigung als Eigentum bzw. Besitz oder zumindest als sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 BGB geschützt werden können.²⁰

III. Für und Wider ein Eigentum an Daten

Dieser Befund führt schließlich zu der Frage, ob man sich für oder gegen ein Eigentum an Daten entscheiden sollte oder eben doch lieber nicht. Geht man dem Für und Wider eines Eigentums an Daten nach, das über die bestehenden, zugegeben disparaten Schutzregime hinausgeht, so sind zunächst die Gründe zu erörtern und auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen, die *de lege ferenda* für oder aber eben gegen die Schaffung eines allgemeinen Eigentums an Daten sprechen. (II.1). Sodann ist zu klären, wie sich ein solches Eigentum rechtsdogmatisch konstruieren ließe (III.2), ehe kurz auf neuere Entwicklungen sowohl hinsichtlich der Begründung als auch der Zuordnung eigentumsähnlicher Befugnisse in Bezug auf Daten hingewiesen (III.3) und ein kurzes Zwischenfazit gezogen wird (III.4).

1. Gründe für und gegen ein Dateneigentum

Ausgangspunkt der Überlegungen, den Weg der Gewähr eines Daten„eigentums“ zu beschreiten, ist, dass jede Zuweisung rechtlicher Ausschließlichkeitsbefugnisse an einen Rechtsträger gegenüber Dritten in Bezug auf einen Gegenstand eines Zuweisungsgrundes bedarf. Nun ist schon in der Theorie des Eigentums an materiellen Gütern viel über diese Zuweisungsgründe und ihre jeweilige Legitimation, Überzeugungskraft und wirtschaftliche Effizienz gestritten worden, von Lockes Arbeitstheorie über Proudhons „Eigentum ist Diebstahl“ bis hin zur ökonomischen Analyse des Rechts. Je nach Objekt und Blickwinkel liegt der Schwerpunkt dabei auf der Aneignung, der individuell investierten Arbeit oder der Stabilisierung einer freiheitsverbürgenden Besitz- und Güterzuordnung im Vordergrund.²¹ In noch größerem Umfang ist über die Legitimationsgrundlage des geistigen Eigentums an immateriellen Gütern gestritten worden. Vor allem für das Urheber-

¹⁹ Zusammenfassend *Drexler*, a. a. O. (Fn. 5), S. 19 ff.

²⁰ So *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten A zum 71. DJT 2016, A 72 ff.; *Spindler*, a. a. O. (Fn. 5), JZ 2016, 805, 12, unter Berufung auf BGHZ 76, 216, 220 (Schutz der inneren Ordnung eines Archivs auch ohne Substanzverletzung).

²¹ S. aus juristischer Sicht etwa *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008; zur philosophischen Bestimmung etwa den Überblick bei *Eckl/Ludwig* (Hrsg.), Was ist Eigentum? – Philosophische Positionen von Platon bis Habermas, 2005.

recht stehen sich die natur- und menschenrechtlich fokussierte Begründung kontinentaleuropäischer Prägung und die auf Schaffens- und Innovationsanreize sowie ökonomische Effizienz abzielende Begründung des anglo-amerikanischen Rechtskreises gegenüber.²² Zwar steht nicht dieser Gegensatz im Kern der vorliegenden Ausführungen, doch deutet er von Anfang an darauf hin, dass die Begründung der Zuerkennung bzw. Vorenthaltung von eigentumsähnlichen Ausschließlichkeitsrechten an Daten unterschiedlich ausfallen dürfte, je nachdem, welche Funktion man der Hoheit über Daten beimisst. Damit wird auch sichtbar, dass zwischen personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten zu unterscheiden ist.

Im Rahmen der Argumentation *für* die Schaffung eines mehr oder minder umfassenden Eigentums an Daten²³

- haben zunächst vor allem die Hersteller der Geräte, bei deren Betrieb Daten anfallen, großes Interesse daran, die Kontrolle über diese – aus ihrer Sicht nicht notwendig personenbezogenen – Daten zu behalten, sei es, um sich durch deren Auswertung im Wege der Verbesserung der eigenen Produkte einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber Konkurrenten zu erhalten oder zu verschaffen, sei es, um auf ihrer Grundlage weitere informationelle Dienstleistungen anzubieten und auf diese Weise die Bedürfnisse ihrer Kunden besser befriedigen zu können. Die Einführung eines „Rechts des Datenerzeugers“ könnte daher als Innovationsanreiz gerechtfertigt erscheinen.
- Aus Verbraucherperspektive speist sich die Befürwortung eines Eigentums an den eigenen personenbezogenen Daten zumeist aus einer instinktiven Abwehrhaltung gegenüber dem Zugriff marktmächtiger Dienstleister. Als unfair wird dabei insbesondere empfunden, dass die Auswertung und Nutzung massenhaft aggregierter Daten jedoch ein großes Wertschöpfungspotential beinhaltet, auch wenn ein einzelnes Datum meist keinen großen Wert haben mag und sich der durch Analyse einer großen Datenmenge gewonnene Mehrwert individuell nicht zuordnen lässt.
- Im Rechtsverkehr schließlich, so wird argumentiert, hätte eine eindeutige Eigentumszuordnung in Bezug auf Daten den Vorteil größerer Rechtsklarheit.

Die Argumentation *gegen* die Schaffung eines mehr oder minder umfassenden Eigentums an Daten vermag sich hingegen auf eine Reihe unterschiedlich motivierter Argumente zu stützen.²⁴

²² S. nur etwa *Hansen*, Warum Urheberrecht? – Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, 2001; zum Systemvergleich von droit d’auteur und Copyright *Strowel*, Droit d’auteur et copyright, 1993.

²³ Für die Einführung eines Dateneigentums etwa *Zech*, a. a. O. (Fn. 5), CR 2015, 137; *Fezer*, a. a. O. (Fn. 5), MMR 2017, 3, 5.

²⁴ Gegen die Einführung ausschließlicher Rechte an Daten etwa *Drexl/Hilty/u. a.*, Data Ownership and Access to Data – Position Statement of the MPI for Innovation and Competition on the Current European Debate, 2016, S. 2 f., <https://ssrn.com/abstract=2833165>; *Kerber*, a. a. O.

- Eine Argumentationsreihe gründet auf ökonomischen Erwägungen. So erscheint zunächst jede Ergänzung des bestehenden ausschließlichen rechtlichen Schutzes aus utilitaristischer Perspektive nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, dass ohne einen solchen Schutz der Schutzgegenstand nicht in hinreichendem Maß hergestellt, verbreitet und genutzt werde. Ein solcher Nachweis ist angesichts des sich gerade erst entwickelten Datenmarktes zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch noch nicht erbracht worden. Im Gegenteil lässt sich argumentieren, dass sich innovationsfördernder Erkenntnisgewinn durch das Erkennen von Korrelationen in großen Datenmengen – Stichwort: Big Data – vor allem in mehrgliedrigen Informationsgewinnungs- und Veredelungsketten nur dann organisieren lässt, wenn dieser nicht gleich an der Quelle durch die Zuerkennung allzu weitreichender Ausschließlichkeitsrechte behindert wird. In die ähnliche Richtung zielt die Überlegung, dass die Zuerkennung von Eigentumsrechten an Daten die kartellrechtliche Problematik im Hinblick auf die großen Datenaggregatoren verstärken würde. Nicht zuletzt widerspräche die Zuerkennung neuer Eigentumsrechte den Grundsätzen der angestrebten sharing economy.
- Eine zweite Reihe von Argumenten gründet sich auf systematische Erwägungen. Folgt man etwa der Unterscheidung in semantische, syntaktische und strukturelle Informationen, so kann ein einzelnes Datum definitionsgemäß nicht Träger syntaktischer Bedeutung sein, „da keine semantische Information vorstellbar ist, die durch sie repräsentiert werden könnte“.²⁵ Gegenstand ausschließlicher Rechtsbefugnisse können daher „begriffsnotwendig nur ‚Datenbestände‘ sein“, und für diese besteht bereits – allenfalls mit Ausnahme unstrukturierter Rohdaten – das Datenbankrecht. Zugleich würde die Schaffung eines Eigentumsrechts an Daten hinsichtlich Zuordnung, Schutzvoraussetzungen, Schutzzumfang und Ausdifferenzierung nach der Vielzahl von Entstehungs- und Nutzungszusammenhängen – nicht zuletzt durch das komplexe Nebeneinander von personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten – mehr Fragen aufwerfen als Antworten geben. Sofern schließlich der Grund für die Zuerkennung von Eigentumsrechten an Daten in der Förderung der datenproduzierende Ge-

(Fn. 5), GRUR Int. 2016, 989; Heymann, a. a. O. (Fn. 5), CR 2016, 650; Härting, a. a. O. (Fn. 5), CR 2016, 646, 649; Dorner, a. a. O. (Fn. 5), CR 2014, 617. – Zu den eher ablehnenden Empfehlungen an die deutsche Industrie s. *Żdanowiecki*, Recht an Daten, in: Bräutigam/Klindt (Hrsg.), Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0, 2015, S. 18 ff., http://bdi.eu/media/themenfelder/digitalisierung/downloads/20151117_Digitalisierte_Wirtschaft_Industrie_40_Gutachten_der_Noerr_LL.Pdf, und zu den Gründen der Zurückhaltung der Industrie *Drexl*, a. a. O. (Fn. 5), S. 5 f. Industrieseitig scheint die Diskussion für die Einführung von Verfügungsrechten vor allem von der Automobilindustrie getrieben zu sein.

²⁵ So mit der von *Zech*, a. a. O. (Fn. 5), S. 36 ff. vorgenommenen Unterscheidung in semantische, syntaktische und strukturelle Information *Heymann*, a. a. O. (Fn. 5), CR 2016, 650, 651; a. A. *Hoeren*, a. a. O. (Fn. 5), MMR 2013, 486, 488; *Härting* a. a. O. (Fn. 5), CR 2016, 646 („Daten verkörpern Informationen“).

räte herstellenden Industrie liegt, sollte eine solche Industrieförderung besser unter der Flagge des öffentlichen Rechts segeln.

- Gesellschaftspolitische Erwägungen zielen schließlich vor allem auf die Folgewirkung eines Eigentums an personenbezogenen Daten, die weniger Begüterte dazu verleiten könnten, ihre eigenen Daten zu kapitalisieren, wohingegen Reichen der Weg offen stünde, sich unter Verzicht auf eine Kapitalisierung in den Datenschutz „einkaufen“ zu können. Das pauschale Verdikt, es führten „[a]lle Versuche der Schaffung eines umfassenden ‚Dateneigentums‘ als immaterielles Recht ... in letzter Konsequenz in gesellschaftliche Szenarien, die dem Bild einer offenen, auf Wissens- und Informationsaustausch vertrauenden Gesellschaft diametral widersprechen“,²⁶ vermag dagegen nicht so recht zu überzeugen. Denn nach geltendem Recht werden bestimmten Produkten, die im Wege der Informationsverarbeitung entstanden sind (urheberrechtlich geschützten Werken, investitionsintensiven Datenbanken), ja durchaus Ausschließlichkeitsrechte zuerkannt und diesbezüglich – wie die gegenwärtig von der EU-Kommission vorgeschlagene Ausnahmebestimmung für die Vornahme von Text- und Data-Mining zeigt²⁷ – in einem für erforderlich gehaltenen Umfang Beschränkungen des Ausschließlichkeitsschutzes vorgesehen.

Ohne diese Diskussion an dieser Stelle abzuschließen zu wollen und das Für und Wider der einzelnen Argumente im Einzelnen zu erörtern, sei abschließend nur noch darauf hingewiesen, dass die Diskussion um Ausschließlichkeitsrechte nicht auf Daten allein beschränkt bleiben, sondern die einzelnen Stufen der Wertschöpfungsketten wenn nicht gar –netzwerke²⁸ insgesamt in den Blick nehmen sollte.

2. Rechtsdogmatische Konstruktion eines Dateneigentums

Sucht man ein Eigentumsrecht an Daten rechtsdogmatisch zu begründen, so könnte ein erster Ansatz daran anknüpfen, dass die als solche unkörperlichen Daten zu ihrer Aufzeichnung eines Aufzeichnungsmediums bedürfen, an dem Eigentumsrechte bestehen. Auf diese Weise ließe sich etwa ein Eigentum an Fahrzeugdaten zugunsten des Fahrzeuginhabers oder an Energieverbrauchsdaten zugunsten des Eigentümers eines Smart Meter herleiten. Um diesem auch die Nutzung der immateriellen Daten zuzuordnen, müsste man allerdings zusätzlich annehmen, dass das Sacheigentum an einer körperlichen Sache auch die Nutzung der in dieser enthaltenen unkörperlichen Daten vermittelt. In der Praxis würde ein solcher Ansatz jedoch nicht weiterhelfen, lässt sich die Entstehung eines Dateneigentums beim Eigentümer der die Daten enthaltenen körperlichen Sache doch recht einfach dadurch vermeiden, dass der Hersteller, Händler oder Systembetreiber die

²⁶ Härting, a. a. O. (Fn. 5), CR 2016, 646, 649.

²⁷ Art. 3 des Vorschlags für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM(2016) 593 final v. 14.09.2016.

²⁸ S. Drexler, a. a. O. (Fn. 5), S. 16 ff.

Überlassung eines Fahrzeuges oder eines Smart Meters rechtlich nicht im Wege der Eigentumsübertragung, sondern in Form einer lediglich mietweisen Überlassung der die Daten enthaltenden Sache ausgestaltet.

Ein anderer Ansatzpunkt bestünde darin, in Anlehnung an das Urheberrecht zwischen Berechtigungen an immateriellen Daten und Berechtigungen an deren materieller Verkörperung zu unterscheiden und ausschließliche Rechte an den als solche immateriellen Daten gesondert vom Sacheigentum an deren materiellem Träger zu gewähren. Diese Unterscheidung erwies sich vor allem bei Computerprogrammen als erfolgreich, da der materielle Träger gegenüber dem Programm regelmäßig von nur untergeordnetem Wert war und sich in Zeiten unkörperlicher Online-Übermittlung sogar weitgehend verflüchtigte. Das würde freilich nicht schon als solches präjudizieren, welcher Art eine eigentumsrechtliche Berechtigung an Daten zu konstruieren wäre. Denn selbst im Recht des geistigen Eigentums stehen sich translativ frei übertragbare (z. B. im Patentrecht) und nur gebunden übertragbare Befugnisse (z. B. im Urheberrecht) gegenüber. Dieses Vorbild ermöglicht immerhin eine differenzierte Behandlung von personen- und nichtpersonenbezogenen Daten. Während bei nicht personenbezogenen Daten das patentrechtliche Vorbild einer translativen Übertragung eigentumsähnlicher Ausschließlichkeitsrechte an Daten durchaus in Betracht käme, liegen bei personenbezogenen Daten Anleihen beim urheberrechtlichen Modell der Verwertungs- und Nutzungsrechte näher. Eine besondere Vergleichbarkeit besteht für personenbezogene Daten vor allem zum Modell der rechtlich anerkannten Kommerzialisierbarkeit abspaltbarer Persönlichkeitsbestandteile, wie sie in der Dogmatik zum Recht am eigenen Bild in besonderem Maße ausdifferenziert ist.²⁹ Ohnehin ist Bildnisschutz in seinem Kern Datenschutz. Es hat allerdings rund einhundert Jahre gedauert, ehe die Rechtsprechung die durch die Fotografie ermöglichte tatsächliche Handelbarkeit von Bildnissen entgegen der persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln des Rechts am eigenen Bild als dem Abgebildeten vorbehalten anerkannt und diese Befugnis auch für vererblich erklärt hatte. Offen ist insoweit jedoch nach wie vor, ob die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts unter Lebenden übertragen werden und ob an ihnen Nutzungsrechte eingeräumt werden können, mag die Praxis dies auch längst tun.

3. Neuere Entwicklungen: Zuerkennung und Zuordnung

Als aufschlussreich sowohl hinsichtlich der grundsätzlichen Frage der Zuordnung zumindest eigentumsähnlicher Befugnisse in Bezug auf Daten als auch hinsichtlich der Frage, wem solche Befugnisse zugeordnet werden sollen, erweist sich darüber hinaus der Blick auf Gesetze und Gesetzgebungsvorhaben neueren Datums.

²⁹ S. die Nachw. zur Rechtsprechung bei *Specht* in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 1. – In diese Richtung u. a. auch *Wandtke*, a. a. O. (Fn. 5), MMR 2017, 6.

Dort lässt sich in der Tat eine gewisse Tendenz hin zu einer rechtlichen Anerkennung des ökonomischen Verwertungspotenzials von Daten ausmachen.

Freilich mag zunächst das Recht der Datenübertragbarkeit gem. Art. 20 der DSGVO³⁰ nicht primär auf eine kommerzielle Verwertbarkeit abzielen, sondern eher der Verwirklichung der autonomen Ausübung des Rechts, den für die Datenverarbeitung verantwortlichen Anbieter zu wählen, dienen.³¹

Der Vorschlag einer Richtlinie für digitale Inhalte immerhin sieht, wie oben erwähnt, vor, dass die im synallagmatischen Austauschverhältnis vom Verbraucher vertraglich geschuldete Gegenleistung durchaus auch in der Gestattung der Nutzung personenbezogener oder sonstiger Daten bestehen kann.³² Mit der dogmatischen Charakterisierung der Daten befasst sich der Richtlinienvorschlag jedoch nicht weiter, ist sein Augenmerk doch nahezu ausschließlich auf die Leistung digitaler Inhalte gerichtet. So soll der Verbraucher lediglich einen Anspruch auf die Wiedererlangung der Daten nach Vertragsbeendigung erhalten.³³ Den Informationsgehalt, den der Vertragspartner des Verbrauchers aus den hingegebenen Daten – allein oder im Zusammenhang mit anderen Daten – hat ableiten können, dürfte dieser Anspruch dagegen gerade nicht erfassen, so dass von einem umfassenden Daten„eigentum“, das dem „Eigentümer“ auch die Nutzung der Daten vorbehalten, gerade nicht gesprochen werden kann.

Weiterhin setzt das Energiewirtschaftsgesetz seit 2011 auf eine Art „Datenhoheit“, indem es die Schutzpflicht des Staates für personenbezogene Daten seiner Bürger in Form einer Verpflichtung von Lieferanten konkretisiert, „für Haushaltskunden stets mindestens einen Tarif anzubieten, für den die Datenaufzeichnung und -übermittlung auf die Mitteilung der innerhalb eines bestimmten Zeitraums verbrauchten Gesamtstrommenge begrenzt bleibt“.³⁴ Ausweislich der Gesetzesbegründung wird damit jedoch allein das Ziel verfolgt, die Aufzeichnung und Übermittlung von Daten auf ein Minimum zu begrenzen.³⁵

Die jüngste Änderung des Straßenverkehrsgesetzes zum autonomen Fahren schließlich schreibt die Speicherung der Daten darüber, ob das Kraftfahrzeug durch den Fahrzeugführer oder mittels hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktionen gesteuert wird, ob eine Aufforderung zur Übernahme der Fahrzeugsteue-

³⁰ Verordnung 2016/679 v. 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 v. 05.04.2016, S. 1 ff.

³¹ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 20 Rn. 1. – Ausweislich des 69. Erwägungsgrundes geht es dabei um eine „bessere Kontrolle über die eigenen Daten“. *Piltz* in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 20 Rn. 3 nennt darüber hinaus unter Hinweis auf Ziff. 4 des Standpunktes des Rates die gleichzeitige wettbewerbs- und binnenmarktpolitische Zielsetzung; ebenso *Kammann/Braun*, in: Ehmman/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 20 Rn. 3.

³² S. oben (Fn. 6).

³³ Ebd., Art. 13 Nr. 2 Buchst. b.

³⁴ § 40 Abs. 5 EnWG.

³⁵ BT-Drucks. 17/6072, S. 84.

rung erfolgt ist und ob eine technische Störung vorliegt, in einer Blackbox vor, die erst im Nachhinein durch die zuständigen Kontroll- und Straßenverkehrsbehörden zur Beantwortung der Schuldfrage ausgelesen werden kann.³⁶ Das lässt andere Daten, die während des Fahrbetriebs anfallen, allerdings unberührt. Die vom Verkehrsministerium eigens eingesetzte Ethik-Kommission spricht sich hier dafür aus, dass „[e]rlaubte Geschäftsmodelle, die sich die durch automatisiertes und vernetztes Fahren entstehenden, für die Fahrzeugsteuerung erheblichen oder unerheblichen Daten zunutze machen, ... ihre Grenze in der Autonomie und Datenhoheit der Verkehrsteilnehmer“ finden.³⁷ Eine eigentumsähnliche Zuordnung ist auch insoweit jedenfalls weder zugunsten des Verkehrsteilnehmers, noch zugunsten des Fahrzeugherstellers beabsichtigt. Allerdings dürfte die Fokussierung der Ethikkommission auf den Schutz der Verkehrsteilnehmer die Möglichkeit weitgehender Befugnisse zugunsten der Hersteller jedenfalls nicht ausschließen, wenn nicht sogar begünstigen.

4. Zwischenfazit

Insgesamt lässt sich festhalten, dass eine dogmatische Konstruktion des Eigentums an Daten *de lege lata* nicht ohne weiteres möglich ist. *De lege ferenda* erscheint, wenn überhaupt, eine Anlehnung an die urheberrechtliche Konstruktion der gesetzlichen Gewähr ausschließlicher Nutzungsrechte wie auch an die Rechte hinsichtlich kommerzialisierbarer Persönlichkeitsbestandteile am ehesten sinnvoll. Allerdings ließe auch dies die Frage, wem solche Ausschließlichkeitsrechte als Rechtsinhaber zustehen sollten, zunächst noch unbeantwortet. Denn anders als bei urheberrechtlich geschützten Werken, bei denen sich die Urheber ermitteln lassen, tragen zur Erzeugung von Daten mehrere Handelnde bei. Anfängliche Überlegungen, an den Skripturakt anzuknüpfen, erweisen sich angesichts des komplexen Zusammenwirkens von Hardware, Software und dem für die Datengenerierung verantwortlichen Handeln letztlich wohl als wenig zielführend.³⁸

³⁶ § 63a StVG i. d. F. des 8. Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes v. 16.06.2017, BGBl. I, S. 1648.

³⁷ Empfehlung 15 der Ethikkommission „Autonomes und vernetztes Fahren“; www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Presse/084-dobrindt-bericht-der-ethik-kommission.pdf?__blob=publicationFile. Danach sollen „Fahrzeughalter oder Fahrzeugnutzer grundsätzlich über Weitergabe und Verwendung ihrer anfallenden Fahrzeugdaten entscheiden“. Zugleich „setzt die Freiwilligkeit solcher Datenpreisgabe das Bestehen ernsthafter Alternativen und Praktikabilität voraus. Einer normativen Kraft des Faktischen, wie sie etwa beim Datenzugriff durch die Betreiber von Suchmaschinen oder sozialen Netzwerken vorherrscht“, sollte nach Auffassung der Ethikkommission „frühzeitig entgegengewirkt werden“.

³⁸ Das gesteht trotz grundsätzlicher Befürwortung selbst *Hoeren*, a. a. O. (Fn. 5), MMR 2013, 486, 487 f. ein („fraglich ist aber, wie viel Anteil an der Skriptur durch einen vorprogrammierten Prozess eine Person noch hat, die nur einen unwesentlichen Teil dieses Prozesses, aber damit das Resultat beeinflusst“), der überdies dem Eigentümer eines von einem Dritten beschriebenen Datenträgers gegen diesen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche einräumen muss.

Um zum eingangs genannten Beispiel des selbstfahrenden Autos zurückzukehren: während des Betriebs anfallende Daten setzen die Tätigkeit des Konstrukteurs, des Herstellers, des Programmierers der die Daten erhebenden Software ebenso voraus, wie das Fahren durch den Nutzer des Fahrzeugs. Insofern unterscheiden sich diese Daten erheblich von den klassischen personenbezogenen Daten, die ihre Quelle allein in der Person des Betroffenen haben. Nicht zuletzt erfolgt die Informationsgewinnung auf der Grundlage einmal erhobener Daten oft in mehreren Stufen, so wenn sich aus den vom Hersteller erhobenen Daten Erkenntnisse z. B. für die staatliche Verkehrsplanung gewinnen lassen oder Daten in Echtzeit für weitergehende wertschöpfende Informationsdienste wie etwa Straßenzustandsdaten, Verkehrsinformationen und Wetterberichte nutzen lassen, aus denen sich ggf. wiederum weitere Korrelationen ermitteln lassen. All dies erschwert eine sinnvolle Zuordnung von eigentumsähnlichen Rechten, es sei denn, man vertraut auf einen ökonomisch effizienten Handel von Eigentumsrechten an Daten auf vertraglicher Grundlage.³⁹

IV. Bündeltheorie statt festumschriebene Institution?

Auch wenn die Diskussion um ein Daten„eigentum“ inzwischen schon weit fortgeschritten und die wesentlichen Argumente bereits ausgetauscht zu sein scheinen, sei das Augenmerk doch nochmals auf zwei Erwägungen gerichtet, aus denen heraus die Diskussion im ein Eigentum an Daten vielleicht dann doch in einem anderen Licht erscheint. Der eine Blickwinkel setzt am Verständnis des Eigentums nicht als eines monolithischen Rechts, sondern als eines Bündels von Berechtigungen an (IV.1), der andere fokussiert auf das Verhältnis von Eigentumsbefugnissen zu diesbezüglichen vertraglichen Regelungen (IV.2) und auch technischen Schutzmechanismen (IV.3).

1. Eigentum: monolithisches Recht oder Bündel von Befugnissen?

Ist von „Eigentum“ an Daten die Rede, so legt die darin liegende begriffliche Anlehnung an das Sacheigentum – „der Eigentümer einer Sache kann ... mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“⁴⁰ – zum einen eine Herrschaftsbeziehung zwischen dem Eigentümer und der ihm gehörenden Sache nahe, die zum anderen insofern als „monolithisch“ bezeichnet werden kann, als sie dem Eigentümer auf der Grundlage des einen Eigentums an einer Sache deren sämtliche Nutzungsmöglichkeiten zuzuordnen scheint. Diese Sichtweise wird durch das von Rechteinhabern immaterieller Güter immer wieder ins Feld geführte verfassungsrechtliche Kürzel der „Eigentumsgarantie“ noch ver-

³⁹ S. dazu nachfolgend IV.2.

⁴⁰ § 903 Satz 1 BGB.

stärkt. Bei einer Fokussierung auf den Eigentümer und die ihm gehörende Sache bleibt zum einen jedoch ausgeblendet, dass es beim Eigentum weniger um das Verhältnis des Eigentümers zu einer Sache geht, als vielmehr um die Berechtigung des Eigentümers gegenüber Dritten in Bezug auf die betreffende Sache, wie es in der Benennung des negativen Verbotungsrechts als Bestandteil neben dem positiven Benutzungsrecht im Gesetzestext ja durchaus zum Ausdruck gebracht ist. Zum anderen widerspricht ein monolithisches Verständnis des Eigentums dem Gestaltungsspielraum, den die Verfassung dem Gesetzgeber offen lässt, und der diesen lediglich zur Zuerkennung bestimmter, durchaus jedoch nicht aller nur denkbaren Ausschließlichkeitsbefugnisse verpflichtet.

Geht es aber um die Abgrenzung von Kontroll- und Nutzungsbefugnissen des Eigentümers gegenüber Dritten in Bezug auf einen Schutzgegenstand, so verlagert sich der Schwerpunkt der eigentumsrechtlichen Diskussion vom „einen“ Eigentum auf die Mehrzahl der Befugnisse, die unter dem Stichwort „Eigentum“ zusammengefasst werden.⁴¹ Dieses vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis vorherrschende Verständnis des Eigentums als einem Bündel von Befugnissen ermöglicht gegenüber einem eher monolithischen Eigentumsverständnis kontinentaleuropäischer Prägung eine differenziertere Ausgestaltung gleich in zweierlei Hinsicht. Zum einen lautet die entscheidende Frage nicht mehr „Eigentum ja oder nein?“, sondern es ist hinsichtlich jeder einzelnen, dem Bündel von Herrschafts- und Kontrollbefugnissen potentiell zuzuordnenden Befugnis zu entscheiden, ob sie dem Daten-„Eigentümer“ gewährt werden soll oder nicht. Die Entscheidung darüber kann hinsichtlich jeder einzelnen Befugnis gesondert abgeleitet und gerechtfertigt werden.⁴² Auch müssen die Maßstäbe, anhand derer über eine Zuordnung entschieden wird, nicht für alle Befugnisse die gleichen sein. So mag, um nur ein Beispiel zu nennen, eine wirtschaftlich relevante Ausschließlichkeitsbefugnis durchaus nach Optimierungsgesichtspunkten, eine die Persönlichkeit betreffende Befugnis hingegen nach Grundsätzen zuerkannt werden, die ihre Wurzeln in der grundgesetzlich in Art. 1 Abs. 1 GG verbürgten Menschenwürde haben. Zum anderen muss nicht jede dieser Befugnisse notwendig als Ausschließlichkeitsrecht ausgestattet sein. Zur Verfügung steht vielmehr für jede einzelne Befugnis ein ganzes Instrumentarium von Hoheitsrechten, Informationsansprüchen, Zustimmungser-

⁴¹ S. zu der zunächst für das US-amerikanische Recht entwickelten Bündeltheorie vor allem *Hohfeld*, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, YLJ 23 (1913), 16, 28 ff., und dazu zusammenfassend etwa *Stepanians*, *Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen „Ding“ und „Bündel“*, in: *Eckl/Ludwig, Was ist Eigentum? – Philosophische Positionen von Platon bis Habermas*, 2005, 232 ff.; *Wesche*, *Schwerpunkt Eigentum – Einleitung*, DZPhil 2014, 409 ff.; *Zech*, a. a. O. (Fn. 5), S. 97 ff.

⁴² Zur normativen Neutralität des Eigentumsbegriffs und zu dessen darüber hinausgehender Einbettung in normative Gerechtigkeitsvorstellungen, nach denen das Eigentum „seinen normativen Gehalt einer Typologie gerechtigkeitsrechtlicher Rechtfertigungen [verdankt]“, s. *Wesche*, a. a. O. (Fn. 41), S. 410 m. w. N.

fordernissen und Widerrufsmöglichkeiten, gesetzlichen Vergütungsansprüchen bis hin eben zu ausschließlichen Nutzungsrechten.

Auf der Grundlage einer solchen Differenzierung lässt sich dann auch eine unterschiedliche Behandlung personen- und nicht personenbezogener Daten nicht nur erklären, sondern auch ausgestalten. Auf diese Weise lässt sich der Datenschutz problemlos in das Gesamtsystem einer „Eigentums“-ordnung an Daten einpassen. Darüber hinaus lassen sich manche Daten für kommerzialisierbar erklären und andere dem Marktgeschehen entziehen. Die Differenzierung vermag zugleich Zugangs- von Nutzungsbefugnissen zu unterscheiden und ggf. sogar so weit gehen, dass selbst eine Differenzierung ermöglicht wird, je nachdem, ob die Verwertung durch öffentliche Stellen oder durch private, kommerziell agierende Unternehmen erfolgt. Bislang freilich sind derartige Differenzierungsansätze nur schwach ausgebildet, so immerhin aber, wenn es um den schon seit längerem relevanten Umgang mit Gesundheitsdaten geht, die im Gegensatz zu anderen Daten grundsätzlich in der Hoheit der Nutzer verbleiben sollen, oder wenn die Datenhoheit bei Smart-Metern beim Benutzer liegt, die beim Betrieb eines selbstfahrenden Automobils aber etwa dem Hersteller zugeordnet werden soll.

Das ist die Richtung, so die hier vertretene These, in der in Zukunft unter dem Stichwort „Dateneigentum“ weitergedacht werden sollte. An dieser Stelle muss es freilich bei diesen kurzen Ausführungen verbleiben, da ein Eigentum an Daten sinnvoll nicht ohne den Blick auf den Zusammenhang mit dem Vertragsrecht wie auch mit technischen Schutzmaßnahmen ausgestaltet werden kann.

2. Eigentum und Vertragsrecht

Es ist von besonderer Wichtigkeit und darf daher bei der Diskussion um ein „Eigentum“ an Daten nicht aus dem Blick geraten, dass es beim Zuschnitt einer rechtlichen Ordnung ausschließlicher Rechtsbefugnisse in Bezug auf Daten nicht allein auf das Institut des Eigentums, sondern auch auf dasjenige des Vertragsrechts ankommt. Dazu seien hier wiederum nur zwei Anmerkungen gemacht, von denen die eine auf die Empirie und die andere auf eine ökonomische Analyse verweist.

Die auf die Empirie verweisende Überlegung geht von der rechtstatsächlichen Beobachtung aus, dass komplexe automatisierte und zunehmend lernfähige Maschinen vom Hersteller in der Regel nur zusammen mit umfangreichen Verträgen ausgeliefert werden. In diesen Verträgen ist überaus detailliert festgelegt, wer was wann mit welchen Daten anfangen darf, die im Zuge des Betriebs der ausgelieferten Maschine anfallen. Angesichts dessen drängt sich die Frage auf, ob der Gesetzgeber wirklich gut beraten ist, eine „one-size-fits-all“-Lösung für alle Konstellationen zu dekretieren, in denen Daten anfallen. Man mag sich sogar fragen, ob es dem Gesetzgeber angesichts der in erheblichem Umfang ausdifferenzierten realweltlichen Szenarien überhaupt noch gelingen kann, eine solche, für alle Arten

von Maschinen passende „one-size-fits-all“-Lösung realistischer Weise zu verabschieden.⁴³

Das leitet über zu der auf den ersten Blick gegenteiligen wirtschaftswissenschaftlichen Fokussierung weniger auf die Gewähr von ausschließlichen Rechten des geistigen Eigentums als vielmehr auf die Transaktionskosten von deren Handel. Danach kommt es – sofern man sich einmal für die Zuerkennung ausschließlicher Befugnisse in Bezug auf immaterielle Schutzgegenstände entschieden hat – weniger darauf an, wem diese umfassenden Ausschließlichkeitsrechte anfänglich gesetzlich zugeordnet werden. Denn selbst im Fall einer ursprünglichen Allokation von Rechten bei demjenigen, der die geschützten Gegenstände nicht selbst nutzen will, gelangen diese im Wege vertraglicher Markttransaktionen letztlich zu demjenigen, der die Nutzung – jedenfalls nach eigener Einschätzung – am besten vornimmt. Freilich setzt dies voraus, dass der Handel mit Ausschließlichkeitsbefugnissen keine oder zumindest nur vernachlässigende Transaktionskosten erforderlich macht und auch sonst ein unverfälschter Wettbewerb herrscht.⁴⁴ Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht lässt sich der aus der empirischen Beobachtung abgeleiteten Bevorzugung vertraglicher Vereinbarungen also entgegenhalten, dass die Einführung eines umfassenden Eigentums an Daten nicht grundsätzlich schädlich sein muss, jedenfalls solange die Transaktionskosten des Handels mit den Ausschließlichkeitsrechten an Daten nicht zu hoch sind oder zumindest durch andere normative Werte – wie etwa die Würde des Menschen – ausgeglichen werden.

Sowohl aus empirischer als auch aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht kommt dem Vertragsrecht jedoch entscheidende Bedeutung zu. Letztlich könnte es sogar als zweitrangig erscheinen, ob ursprünglich überhaupt ausschließkeitsrechtliche Befugnisse bestanden haben oder nicht. Freilich wirken nur eigentumsähnliche Rechte *erga omnes*, wohingegen vertragliche Vereinbarungen Wirkung immer nur *inter partes* entfalten. Diese grundlegende Unterscheidung des Zivilrechts verliert jedoch dort ihre Bedeutung, wo die Daten technologisch so verkapselt sind, dass sie dem direkten Zugriff Dritter mit Ausnahme des Hacking entzogen sind.⁴⁵

⁴³ S. dazu bereits für digitalisierte Informationsdienste Dreier, Technische Konvergenz und Konvergenz der urheberrechtlichen Regulierung, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), Vom Magnettonband zu Social Media – Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), S. 339 ff., und bereits früher ders., „De fine“: vom Ende des Definierens? – Zur Abgrenzung von Münzkopierern, Personal Video Recordern und Serverdiensten, in: Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein, Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 37 ff.

⁴⁴ S. zur Rolle der Transaktionskosten etwa die Arbeiten von *Merges*, Institutions for Intellectual Property Transactions – The Case of Patent Pools, in: Dreyfuss/Zimmerman/First (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 2001, S. 123 ff. (zur kollektiven Rechtswahrnehmung); ders., *Autonomy and Independence – The Normative Face of Transaction Costs*, 53 *Ariz. L. Rev.*, 2001, S. 145 ff. (zu Transaktionskosten im Verhältnis zu anderen normativen Werten).

⁴⁵ S. zu einer ausschließkeitsrechtliche Befugnisse überschießenden technischen faktischen Ausschließlichkeit noch nachfolgend IV. 3.

Folglich spielt die Frage, ob und wem Daten ursprünglich gehören, allenfalls noch eine Rolle für die Ausgangslage der Verträge, für die Frage also, wer sich welche Rechte in Abweichung von der gesetzlichen „default“-Regelung einräumen lassen oder aber zurückbehalten muss. Für das eingangs genannte Beispiel des automatisierten KfZ etwa bedeutet dies: „gehören“ die beim Betrieb anfallenden Daten dem Fahrer, so müssten sich Leasinggeber, Hersteller und Zulieferer den von ihnen gewünschten Zugang und die Erlaubnis zur Nutzung beim Betrieb des KfZ anfallender Daten auf vertraglichem Weg verschaffen bzw. vorbehalten. „Gehören“ die genannten Daten dagegen dem Hersteller, so müssten sich umgekehrt Zulieferer, Leasingnehmer und auch der Fahrer vertraglich diejenigen Daten vorbehalten, die sie allein für sich nutzen wollen. „Gehören“ die Daten dagegen keinem der Genannten, dann wären die Rechtsbeziehungen aller Genannten untereinander in Bezug auf die Daten allein von den vertraglichen Vereinbarungen abhängig.

Kommt es aber entscheidend auf vertragliche Vereinbarungen an, so ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass sich ungleiche Machtpositionen der Beteiligten im Inhalt der Verträge niederschlagen. Daher sollte der Gesetzgeber zum einen bereits mit der Vergabe ausschließlicher Rechtspositionen an ohnehin schon marktmächtigere Anbieter Vorsicht walten lassen. Sofern die gesetzliche Regelung demjenigen Nutzer ausschließliche Rechte an den von ihm erzeugten Daten zuerkennt, in dessen Eigentum der datenerzeugende Gegenstand steht, sollte zugleich verhindert werden, dass marktmächtigere Verkäufer sich im Wege vertraglicher Abreden aus dem „Eigentum“ in miet- oder lizenzrechtliche Lösungen flüchten. Auf jeden Fall aber muss der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, dass vertragliche Abreden als AGB einer wirksamen gerichtlichen inhaltlichen Kontrolle unterliegen. Für die Ausgestaltung der AGB-Kontrolle und insbesondere dessen, was als unzulässige Vereinbarung angesehen wird, spielt es – das sei hier nur am Rande bemerkt – dann freilich doch wiederum eine Rolle, ob die Befugnisse, die in den vertraglichen Vereinbarungen ausgehandelt werden, in der Zuerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts gründen oder aber ihre Grundlage lediglich auf vertraglicher Basis haben.

3. *Eigentum und technische Schutzmaßnahmen*

Aber auch jenseits einer solchen AGB-rechtlichen Kontrolle vertragsrechtlicher Klauseln könnten vor allem marktmächtige Anbieter versucht sein, vertragsrechtlich unzulässige Zugangsbarrieren und Nutzungsbedingungen an Daten im Wege der technischen Konfiguration der von Ihnen hergestellten datenproduzierenden Gegenstände rein faktisch durchzusetzen. Die Marktmacht der Hersteller und die Möglichkeiten der technischen Konfigurierbarkeit jedenfalls fordern geradezu dazu heraus, die eigenen Interessen am Markt durchzusetzen. Im Ergebnis lassen auf diese Weise zwar keine ausschließlichen Verfügungsrechte, wohl aber tatsächliche ausschließliche Verfügungsmöglichkeiten schaffen. Aus der Sicht der Anbieter

ist die mit den Mitteln der Technik erzielte faktische Ausschließlichkeit einer bloß rechtlichen Ausschließlichkeitsstellung sogar noch überlegen, ist die technische Lösung doch nicht wie das Recht lediglich eine Sollensanordnung, sondern wirkt dem Nutzer gegenüber selbstvollziehend. Zu Ende gedacht würde dies die Debatte darüber, ob an Daten ein „Eigentum“ bestehen sollte und, wenn ja, wie dieses auszugestalten wäre, obsolet machen. Wollte man das ungehindert zulassen, dann hätten das Recht und mithin der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ihre Gestaltungsmacht jedoch vollständig an die privaten Akteure abgegeben. Diese orientieren ihre Entscheidungen in der Regel jedoch nicht am Gemeinwohl, sondern an den jeweils eigenen ökonomischen Interessen, sofern sie nicht bestimmte ideologische Vorstellungen davon verwirklichen wollen, wie menschliche Kommunikation ausgestaltet sein sollte.

Dieses eher dystopisch anmutende Szenario führt zu der generellen Frage, wie mit den Mitteln der Politik und des Rechts damit umzugehen ist, dass Anbieter mittels Technik das faktische Können der Nutzer unabhängig davon begrenzen, dass diesen vom Gesetzgeber ein umfangreicheres Dürfen zugestanden ist.⁴⁶ Bei der damit erforderlichen Abwägung von „private ordering“ und „public choice“⁴⁷ hat der Gesetzgeber bislang keine einheitliche Linie verfolgt und offenbar auch noch kein einheitliches Modell für eine mögliche gesetzgeberische Reaktion entwickelt. Genannt seien hier nur zwei prominente Beispiele.

Im Urheberrecht, in dem bestimmte Handlungen der Nutzer im Wege von Ausnahmebestimmungen (sog. Schranken⁴⁸) auch ohne Zustimmung der Rechteinhaber zulässig sind, bedurfte es einer Regelung für den Fall, dass ein Anbieter – an sich durchaus legitim – mittels technischer Schutzmaßnahmen unzulässige Nutzungshandlungen unterbindet und auf diese Weise zugleich Nutzungen unmöglich macht, die nach dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen einer Schrankenbestimmung auch ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig sind. In diesen Fällen hat der Gesetzgeber den dem Rechtsinhaber grundsätzlich gewährten rechtlichen Umgehungsschutz⁴⁹ eingeschränkt. So muss der Anbieter, der die technische Schutzmaßnahme angebracht hat, dem dadurch in der Nutzung behinderten Nutzer die Mittel zur Verfügung stellen, derer dieser zu einer Nutzung im Rahmen der Schrankenbestimmung bedarf. Allerdings gilt diese Regelung nicht für alle Schrankenbestimmungen, insbesondere nicht für das Zitatrecht und das Recht der Privatkopie.⁵⁰ Die Abwägung fällt hier vor dem Hintergrund konfligierender Eigentums- und Zugangsrechte also recht differenziert aus.

⁴⁶ S. dazu eingehend *Specht*, Diktat der Technik – Rematerialisierung der Privatautonomie im informationstechnologischen Umfeld, im Erscheinen.

⁴⁷ S. dazu etwa *de Filippi*, Copyright Law in the Digital Environment – Private Ordering and the regulation of digital works, 2012, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00713403/document>.

⁴⁸ §§ 44a ff. UrhG, und dazu *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, a. a. O. (Fn. 9), vor §§ 44a.

⁴⁹ §§ 95a ff. UrhG.

⁵⁰ § 95b UrhG. – Ein Recht zur Selbsthilfe ist damit allerdings nicht verbunden; BT-Drucks.

In der Frage der territorialen Aufspaltung der Rechte zur Nutzung von Online-Musikdiensten hingegen ist der europäische Gesetzgeber dabei, ein klares technisches und rechtliches Verbot bestimmter technischer Geo-Blockaden auszusprechen. Um Abonnenten, die sich vorübergehend im Ausland befinden, auch dort den Zugriff auf ihr im Inland ordnungsgemäß lizenziertes Musikrepertoire zu ermöglichen, ist vorgeschlagen, dass Anbieter von Online-Inhaltendiensten den Zugriff von außerhalb technisch ermöglichen müssen und dass dieser Verpflichtung entgegenstehende Vertragsbedingungen nicht durchsetzbar sind.⁵¹

Sofern nur ein politischer Wille gegeben ist, allzu weitreichende Nutzungsbeschränkungen privater Anbieter zu unterbinden, lässt sich der Primat des Rechts als gesellschaftliches Steuerungsinstrument also durchaus aufrechterhalten. Anzumerken bleibt allerdings, dass jede Kontrolle vertraglicher wie auch technischer Zugangs- und Nutzungsrestriktionen mit dem Problem der Unsicherheit prognostischer Beurteilungen der jeweiligen Auswirkungen von rechtspolitischen Entscheidungen zu kämpfen hat. Bestimmte vertragliche Regelungen und/oder technische Konfigurationen mögen zugunsten der Anbieter – und zulasten der Verbraucher – volkswirtschaftlich gesehen unerwünschte Monopolrenten sichern helfen. Es könnte aber auch sein, dass sie für neue Geschäftsmodelle der Produktdifferenzierung und unterschiedlichen Preisgestaltung notwendig sind, die ihrerseits zu mehr innovativem Wettbewerb und letztlich einer besseren Verbraucherversorgung führen. Trotz diesem Zwang zur Entscheidung unter Unsicherheit, dem die Gesetzgebung und im Wege der Gesetzesauslegung auch die Rechtsprechung ausgesetzt ist, sollten zumindest eindeutig missbräuchliches Verhalten und allem Anschein nach kontraproduktive vertragliche Beschränkungen per Gesetz für unzulässig erklärt werden. Vorbilder dafür gibt es vor allem im Urheberrecht, in dem bestimmte Rechte vom Gesetzgeber explizit als unverzicht- bzw. unabdingbar ausgestaltet sind.⁵² So ließen sich – um nur ein Beispiel zu nennen – insbesondere etwa Auskunftsrechte der eigentlichen Datenproduzenten vertragsfest ausgestalten. Die Diskussion über die Grenzen dessen, was in Bezug auf Daten auf vertraglichem Wege wirksam vereinbart werden kann, und welche technischen Schutzmaßnahmen mit welcher Wirkung nicht eingesetzt werden dürfen, sollte jedenfalls ebenfalls mit Nachdruck geführt werden, und entsprechende Verbote der vertraglichen Abdingbarkeit explizit ins Gesetz aufgenommen werden. Fehlt es nämlich an einer solchen expliziten Bestimmung, ist in jedem Einzelfall im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob der Gesetzgeber das betreffende Recht tatsächlich

15/38, S. 27), auch ein Anspruch auf die Zugänglichmachung von Umgehungsmitteln ist damit nicht verbunden. Zu Einzelheiten s. etwa Dreier, in: Dreier/Schulze, a. a. O. (Fn. 9), § 95b Rn. 1 ff.

⁵¹ Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 des Vorschlags für eine Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltendiensten im Binnenmarkt, COM(2015) 627 final v. 09.12.2015.

⁵² S. z. B. §§ 32c Abs. 3 Satz 1; 38 Abs. 4 Satz 3; 63a S. 1; 87e UrhG.

vertragsfest gewähren wollte oder nicht. Der Rechtssicherheit ist dies ebenso wenig förderlich wie letztlich auch dem Schutz der Betroffenen.

V. Einbettung in allgemeines Umfeld des Zugangs und der Nutzung von Daten

Nur kurz kann hier darauf hingewiesen werden, dass eine zivilrechtliche Erfassung von Daten nicht isoliert betrachtet werden kann. Das gilt selbst dann, wenn sie bereits um datenschutzrechtliche Aspekte ergänzt ist. Denn zum einen stehen Daten in unverbrüchlichem Zusammenhang mit Informationen und mit Wissen. Ändert man das rechtliche Regime für Daten, so hat das zwangsläufig Auswirkungen auf die Produktion, Verbreitung und Nutzung von Informationen wie auch auf die Generation von Wissen. Zum anderen besteht in Bezug auf Informationen und mithin auch auf Daten schon jetzt eine Reihe von Sondergesetzen, von denen hier stellvertretend nur die Informationsfreiheitsgesetze (IFGs) und das Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) genannt seien.⁵³ Mit diesen Gesetzen sind Regelungen eines Dateneigentums oder auch nur eigentumsähnliche Befugnisse in Bezug auf Daten in Einklang zu bringen. Das gilt ebenso für das jüngst verabschiedete Open-Data-Gesetz in Ergänzung des E-Government-Gesetzes, mit dem eine weitere, momentan noch alleinstehende Regelung ins Auge gefasst worden ist.⁵⁴

Wie wenig hier bislang ein stimmiger Ordnungsrahmen auf einheitlicher informationstheoretischer Grundlage ausgearbeitet ist, mag nur das Beispiel der gegenläufige Regulierungsansätze belegen, die sich beim wissenschaftlichen Publizieren in Form des Open Access zum einen und bei der Weiterverwendung von Informationen der öffentlichen Hand zum anderen finden. Sucht man bei Open Access die bisherige Verwertung mit öffentlichen Mitteln erarbeiteter Forschungsergebnisse den privaten Verlegern zu entziehen und sie in öffentlicher Hand zu organisieren,⁵⁵ wird bei Informationen der öffentlichen Hand der umgekehrte Weg beschritten und die Verwertung in die Hände privater Akteure zu legen versucht.⁵⁶

VI. Ausblick

Aus der vorgenannten Analyse lassen sich einige erste Schlussfolgerungen ziehen.

- So stehen den Gründen für die Einführung eines umfassenden, einheitlichen Dateneigentums für alle möglichen Fallkonstellationen, in denen personenbezo-

⁵³ Zum Versuch einer Systematisierung s. etwa *Dreier/Fischer/van Raay/Spiecker* (Hrsg.), *Informationen der öffentlichen Hand – Zugang und Nutzung*, 2016.

⁵⁴ Erstes Gesetz zur Änderung des E-Government-Gesetzes v. 05.07.2017; BGBl. I, S. 2206.

⁵⁵ Gesetzlich vertragsfest fixiert in § 38 Abs. 4 UrhG.

⁵⁶ S. den Grundsatz der Weiterverwendung in § 2a IWG.