

Wilfried Reiners

Datenschutz im Rahmen einer Personal Data Economy (PDE) – Eine Chance für Europa -

Auf dem World Economic Forum in Davos wurde folgender Satz geprägt: "Personal data will be the new "oil", a valuable resource of the 21st century.¹" Das haben Internetunternehmen wie Google, Facebook, etc. längst erkannt. Der soziale Kontext, den z.B. Facebook schafft, Daten über das Individuum, dessen Interessen und seines Umfeldes zu generieren, hat auch für Dritte unbestritten einen enormen Wert. Daraus resultiert der Wert dieser Internetunternehmen. Während die USA den Wert einer Personal Data Economy bereits verstanden hat, versucht Europa diesem Ansatz noch mit datenschutzrechtlichen Bedenken zu begegnen anstatt ihn in den europäischen Datenschutz zu integrieren und dem Individuum einen Nutzen zu verschaffen.

On the World Economic forum in Davos the following sentence was stamped: "Personal data will be the new "oil", a valuable resource of the 21st century". Internet enterprises like Google, Facebook, etc. have recognised this long ago. The social context which, e.g. Facebook creates collecting data about the individual, his interests and his sphere, also has a huge value for third parties. This is the real value behind these Internet enterprises. While the USA has already understood the value of a Personal Data Economy, Europe tries to face this beginning still with data protection-juridical doubts instead of integrating it into the European data protection and getting a use the individual.

I. Einführung

Die Richtlinie 95/46/EG der EU (Datenschutzrichtlinie) definiert den Begriff der personenbezogenen Daten für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Artikel 2 lit. a als alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person ("betroffene Person"); als bestimmbar wird eine Person angesehen, die direkt oder indirekt identifiziert werden kann, insbesondere durch Zuordnung zu einer Kennnummer oder zu einem oder mehreren spezifischen Elementen, die Ausdruck ihrer physischen, physiologischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität sind. Das deutsche Bundesrecht definiert in § 3 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) personenbezogene Daten als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher Person“. Solche Daten können freiwillig oder unfreiwillig, sie können über Aktionen, Standorte oder aus abgeleiteten Informationen entstehen. Unter Personal Data werden hier nachfolgend personenbezogene Daten im vorgenannten Sinne verstanden.

¹ http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf

Die Antwort auf die Frage, wer welche Rechte an den eigenen personenbezogenen Daten hat, scheint – auch manchem Juristen - einfach und profan. Es wird angenommen, dass das Individuum selbst der Eigentümer seiner Daten ist und es das alleinige Bestimmungsrecht über diese Daten hat. Aber schnell wird klar, dass es Daten gibt, die personenbezogen sind und über die das Individuum kein Bestimmungsrecht hat, z.B. das Strafregister, die Daten beim Finanzamt, bei den Krankenkassen und Vieles mehr.

Um von einer Personal Data Economy² zu sprechen, müssen die Daten einen Wert haben. Welchen pekuniären Wert personenbezogene Daten haben, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Dazu zählen unter anderem die zugrunde liegenden rechtlichen, geschäftlichen und technologischen Gegebenheiten. Hinzu kommt, dass diese einem ständigen Wandel unterliegen. Um beim Ausgangsbild „new oil“ zu bleiben: Rohöl ist recht zäh, zum Treibstoff wird es erst nach einer Behandlung. Es steht seit Facebook und Co. außer Frage, dass personenbezogene Daten einen mikro- und makroökonomischen Treibstoff darstellen. Dass dabei die datenschutzrechtlichen Vorschriften zu beachten sind, sollte selbstverständlich sein, dass es auch Missbräuche geben wird, ist sehr wahrscheinlich. Dies soll jedoch nicht davon abhalten, die enormen Möglichkeiten, die eine Personal Data Economy unter Einbeziehung der europäischen Datenschutzgrundsätze für Europa bieten kann, zu beleuchten.

II. Grundlagen

Die Entwicklung der Diskussion über die Verwertung von personenbezogenen Daten, ausgehend von User Analytics (Anwendung von Algorithmen, um Verbraucherverhalten vorhersagbar zu machen) über Big Data (Anwendung solcher Algorithmen über große, diversifizierte Datenvolumina hinweg) über Public Data (Zur-Verfügung-Stellen der Daten für die Masse bzw. um öffentliche Interessen zu unterstützen) hin zur „Persönlichen Digitalen Datenwirtschaft“ (der Ansatz, das Individuum in die Lage zu versetzen, selbstbestimmt mit den personenbezogenen Daten umzugehen) zeigt, dass der Versuch einer ausschließlichen datenschutzrechtlichen Strategie, das Individuum durch „Anonymisierung seiner Daten“ zu schützen in Zukunft, nicht mehr greifen wird. Umgekehrt werden die positiven Elemente des rasanten Fortschritts im Umgang mit dem „Rohstoff“ personenbezogene Daten bislang in Europa nicht angemessen genutzt.³

Den Weg in die richtige Richtung gibt der Erwägungsgrund Nr. 2 der neuen Datenschutz-Grundverordnung vor: Die Verarbeitung personenbezogener Daten steht im Dienste des Menschen; die Grundsätze und Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der

² Hans-Günter Lind (Fraunhofer MOEZ), Dr. Hanns Suckfüll (HSBD GmbH) ausführlich in DIE INITIATIVE ZU EINER DEUTSCHEN DATEN TREUHAND (DEDATE) ALS ULTIMA RATIO DER PERSÖNLICHEN DIGITALEN DATENWIRTSCHAFT (PDD)

³ Fraunhofer, Lind, Suckfüll in: Weiterentwicklung der Rolle des Smart Meter Gateway Administrators zu einem Treuhänder für personenbezogenen Energiedaten.

Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten sollten gewährleisten, dass ungeachtet der Staatsangehörigkeit oder des gewöhnlichen Aufenthaltsorts der natürlichen Personen deren Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten gewahrt bleiben. Die Datenverarbeitung sollte zur Vollendung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und einer Wirtschaftsunion, zum wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt, zur Stärkung und zum Zusammenwachsen der Volkswirtschaften innerhalb des Binnenmarktes sowie zum Wohlergehen der Menschen beitragen⁴. Das Wohlergehen des Menschen dürfte auch eine Personal Data Economy umfassen.

III. Ökonomische Überlegungen

Ein Wandel hin zu einer Personal Data Economy mit freiem Verfügungsrecht an den eigenen Daten verspricht eine interessante ökonomische Entwicklung.

Persönliche (oder personenbezogene) Daten stellen eine überaus wichtige Ressource dar, die dem Kapital und der Arbeit gleichzustellen ist⁵. Sie können ein massives Wachstum der stagnierenden europäischen Wirtschaft antreiben, wobei der Wert auf bis zu acht Prozent des Bruttoinlandsprodukts der EU-27 bis 2020 geschätzt wird⁶. Der (volks-)wirtschaftliche Wert steigt dabei überproportional mit dem quantitativen und qualitativen Wachstum der personenbezogenen Daten. Dabei ist es notwendig, dass eine entsprechende „Intelligenz“ bei der Zusammenführung der Daten-Cluster zu volkswirtschaftlich relevanten Nutzenstiftung erfolgen muss⁷. Entsprechende Anreize können durch regulative Maßnahmen geschaffen werden. Vor allem die Kombination von Datenquellen bzw. -Clustern, wie beispielsweise mit Geo-Daten oder Daten aus sozialen Netzwerken im Rahmen sog. „Big Data“-Anwendungen, erhöht erheblich die Möglichkeit der Entwicklung innovativer Geschäftsmodelle aufgrund neuer Produkte und Dienstleistungen⁸. Die Verwertung der oben genannten Kombinationen von persönlichen Daten bringen Nutzen nicht nur für das Individuum, einzelne Unternehmen, die diese verarbeiten und für ihre strategischen Entscheidungen sowie für die Entwicklung neuer Produkte bzw. Dienstleistungen nutzen können, sondern auch für gesamte Branchen

⁴ VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), Brüssel, den 25.1.2012, KOM(2012) 11 endgültig

⁵ The Economist (2010): Data, data everywhere, unter: <http://www.economist.com/node/15557443> (abgerufen am 15.1.2013).

⁶ The Boston Consulting Group (2012): The Value of Our Digital Identity, Published by Liberty Global, Inc. with permission of The Boston Consulting Group Seite 101

⁷ Fraunhofer, Lind, Suckfüll in: Weiterentwicklung der Rolle des Smart Meter Gateway Administrators zu einem Treuhänder für personenbezogenen Energiedaten.

⁸ Wie vor mit weiteren Nachweisen

und europäische Volkswirtschaften, indem sie die Produktivität, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit fördern⁹. Dieser Bereich wird Gegenstand umfassender Forschung sein.

Vorteile entstehen zum Beispiel für das Individuum etwa in der Weiterentwicklung von personalisierten „Bonussystemen“.

IV. Beispiele für eine Personal Data Economy

1. Automotive

Ende Januar 2014 diskutierten Experten auf dem 52. Deutschen Verkehrsgerichtstag in Goslar die Frage, wem die Fahrzeugdaten gehören? Anstelle einer Chance für das Individuum, sieht der ADAC durch die bisher kaum geschützte Datennutzung die Gefahr, dass der Verbraucher am Ende nicht mehr die Möglichkeit hat, selbst zu bestimmen, wie und mit wem das Auto kommuniziert. Da Fahrzeugdaten heiß begehrte Informationen für verschiedenste Interessengruppen darstellen, sei es dringend erforderlich, den Zugriff im Sinne des Verbrauchers und des freien Wettbewerbs zu regulieren.

Szenario einer möglichen zukünftigen Entwicklung: Ein Gewerbetreibender leaset ein Kfz der neuesten Oberklassegeneration. Das Kfz wird allein von ihm gefahren. Nach drei Jahren gibt er das Kfz zurück und möchte das Folgemodell leasen. Welche Informationen über das Fahrverhalten von Kfz (und Fahrer) sind gespeichert? Denkbar sind z.B. Längsbeschleunigung, Querbeschleunigung, Richtungsänderung, Positionen, Licht ein- oder ausgeschaltet, Bremsenbetätigung, Blinker gesetzt oder nicht, Verbrauch, Sicherheitsgurt angelegt oder nicht, etc.. Zu jedem Ereignis werden Datum und Uhrzeit gespeichert. Diese Informationen gehen – wenn das Kfz aus dem Leasing läuft – nicht unter. Es ist anzunehmen, dass sie den Automobilherstellern wichtige Informationen für die Weiterentwicklung der Fahrzeuge liefern. Datenschützer warnen vor einem Big Brother Effekt. Das Thema lässt sich aber auch noch von einer anderen Warte betrachten. Was wäre, wenn der Gewerbetreibende die Überlassung der Daten an die Automobilhersteller von einer Zahlung an ihn abhängig machen würde. „Nach dem Motto: Ich habe stetig Daten gesammelt, nun möchte ich die Früchte meines Tuns ziehen“. Viel interessanter für den Automobilhersteller und den Datensammler wäre allerdings ein anderes Modell. Der Automobilhersteller wertet die Daten der letzten drei Jahre für den Fahrer individuell aus und liefert ihm einen detaillierten Bericht, z.B. welcher Kfz-Typ für ihn der Ökonomisch am Sinnvollsten wäre. Dafür darf er im Gegenzug die Daten des Datensammlers anonymisiert für eigene Zwecke verwenden.

⁹ McKinsey Global Institute (2011): Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity, unter: http://www.mckinsey.com/insights/mgi/research/technology_and_innovation/big_data_the_next_frontier_for_innovation (abgerufen am 16.1.2013).

Denkbar ist auch, dass sich der Gewerbetreibende seine Fahrdaten auf einem Datenträger zur Verfügung stellen lässt und sie dazu verwendet, dass für ihn günstigste Kfz auch bei anderen Herstellern zu suchen.

2. Versicherungen

Andere Beispiele existieren bereits. Telefónica will das Fahrverhalten von Autofahrern seit Ende 2013 an Versicherungen übermitteln. Die Daten sollen Grundlage für den Tarif sein. Datenschützer äußern Bedenken. Sie sehen das Telefónica-Modell kritisch: „Wer einen derartigen Tarif wählt, muss sich darauf einlassen, dass eine Vielzahl von Daten erhoben, gespeichert und ausgewertet wird“, sagte der damalige Bundesdatenschutzbeauftragte Peter Schaar gegenüber der dpa. Es handle sich um eine freiwillige Vorratsdatenspeicherung des Kfz-Halters. Die Freiwilligkeit aber könnte zu einem „ökonomischen Zwang“ werden, befürchtete der ehemalige Bundesdatenschutzbeauftragte Schaar¹⁰. Hier wäre zu wünschen, dass der ehemalige Bundesdatenschutzbeauftragte sich sorgfältiger und ausgewogener mit dem Thema befasst hätte. Der ökonomische Zwang entstammt der sozialistischen Wirtschaftslehre. Er bezeichnet den Druck, die Unausweichlichkeit, sich den kapitalistischen Gesetzen zu unterwerfen. Davon ist das Modell, dass das Individuum selbst bestimmt, wer mit seinen Daten was machen darf, weit entfernt.

3. Energie

Der Energiemarkt ist bekanntermaßen datenintensiv. Vor dem Hintergrund einer wachsenden Anzahl dezentraler Energieerzeugungsanlagen, des effizienten Umgangs mit Energie sowie der 2006 erlassenen EU-Richtlinie¹¹, sind zur Flexibilisierung des Energieversorgungssystems neue technische und wirtschaftliche Maßnahmen erforderlich¹². Diese beinhalten auch die geplante Einführung von „intelligenten“ Zählern (Smart Metern) in europäischen Haushalten. Bis 2020 ist unter bestimmten Voraussetzungen mit einer bis zu 80-prozentigen Abdeckung mit „intelligenten“ Zählern zu rechnen.¹³ Smart Meter erheben personenbezogene „Energie-Daten“¹⁴, sodass von einer erheblichen Zunahme dieser Daten auszugehen ist¹⁵. Der Smart

¹⁰ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Telefonica-vernetzt-das-Auto-mit-der-Versicherung-1842870.html>

¹¹ Richtlinie 2006/32/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006

¹² Horváth & Partners (2010): Smart-Metering-Studie 2010, unter: http://www.horvath-partners.com/fileadmin/media/PDF/de/04_Publikationen/smartmeteringstudie.pdf (abgerufen am 20.1.2013).

¹³ Europäisches Parlament (2009): Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council, unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0055:0093:EN:PDF> (abgerufen am 10.1.2013).

¹⁴ 3 Grundsätzlich sind hierunter alle Smart-Meter bzw. Smart Home Daten zu verstehen, welche einem Individuum bzw. einem Haushalt direkt zurechenbar sind.

¹⁵ Deutsche Bank Research (2011): Smart Grids. Energiewende erfordert intelligente Elektrizitätsnetze, unter: http://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD000000000273605.pdf (abgerufen am 10.1.2013).

Meter Roll out ist in den europäischen Ländern inzwischen weit vorangekommen. Deutschland hinkt hinter her.

Am 10. Juni 2011 schrieb das unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein an das Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein zum Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften / BR Drs. 343/11¹⁶:

„Mit der verpflichtenden Einführung (§ 21c EnWG-E) intelligenter Messsysteme gemäß § 21d EnWG-E und der Möglichkeit der Steuerung von unterbrechbaren Verbrauchseinrichtungen gemäß § 14a EnWG-E entstehen aus zwei Gründen Gefahren für die Persönlichkeitsrechte der privaten Anschlussnutzer: Zum einen besteht nunmehr die technische Möglichkeit der Erstellung hochaufgelöster und gerätegenauer Nutzungsprofile über den Verbrauch von Energie. Tagesabläufe spiegeln sich in der Nutzung von Energie wieder. Vergegenwärtigt man sich diese Abhängigkeit, wird deutlich, wie sehr die gerätegenaue Erfassung verbrauchter Energie zu einer Ausforschung der Lebensgewohnheiten der Betroffenen führen kann. Die elektronische Erfassung von Energieverbrauchsdaten einer Person erlaubt die unbegrenzte Speicherung und den jederzeitigen und ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle möglichen Abruf dieser Informationen. Zum anderen gefährdet die Technik des Fernmessens und Fernwirkens die Transparenz der Datenerhebung. Anschlussnutzer sind gegebenenfalls nicht in der Lage nachzuvollziehen, wer zu welchem Zeitpunkt Daten über den Verbrauch ausgelesen und zu welchen Zwecken verarbeitet oder weiterübermittelt hat. Dies kann zu einer Erosion der Kontrolle des Anschlussnutzers über die erhobenen Verbrauchsdaten führen.“

Selbst unterstellt, dass dies dem Grunde nach richtig ist; wie sieht es denn aus, wenn die Verbraucher ebenso an den Werten, die von ihnen gesammelten Daten, partizipieren wollen? Dabei geht es nicht um das politisch diskutierte Thema der Vorratsdatenspeicherung, sondern vielmehr um die Vermarktung selbst gesammelter Daten. Schlichtweg, es geht um das Geld des aufgeklärten Verbrauchers. Es steht nicht zur Disposition nur die Risiken, nicht aber auch die wirtschaftlichen Chancen des Verbrauchers zu berücksichtigen. Es ist an der Zeit den „Betroffenen“ auch im Datenschutz ihre Geschäftsfähigkeit anzuerkennen. Anderenfalls ist die Störung der deutschen Ökonomie ihrer Natur nach nicht nur eine Vorübergehende.

In der aktuellen Diskussion¹⁷ werden „Energie-Daten“ lediglich für die Planung bzw. Steuerung von Netzkapazitäten und/oder zur Optimierung der Energiebedarfsplanung bzw.

¹⁶ <https://www.datenschutzzentrum.de/smartmeter/20110615-smartmeterregelung.pdf>.

¹⁷ Bundesnetzagentur (2011): „Smart Grid“ und „Smart Market“. Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur zu den Aspekten des sich verändernden Energieversorgungssystem, unter: <http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Energie/Sonderthemen/>

Bereitstellung von Verbrauchstransparenz verwendet. Smart Metering bietet jedoch neben der Zählerstandfassung die Möglichkeit umfangreicher weiterer Funktionalitäten. Somit verfügen die Energieversorger über für das Individuum oder auch für andere Unternehmen potenziell interessante Daten. Diese potenzielle Verwertung der „Energie-Daten“ im Rahmen der sog. „over the top“- Infrastruktur¹⁸ und der damit verbundene enorme (volks-)wirtschaftliche Wert dieser Daten wird bis heute jedoch vernachlässigt¹⁹.

Hierzu ein einfaches Beispiel. Der Ausleser des Smart Meters bietet Folgendes an: Wenn er die Daten eines Haushalts in anonymisierter Form für weitere eigene Zwecke (statistische Modelle) verwenden darf, bietet er im Gegenzug dem Haushalt folgende Leistung an: Er misst alle Verbraucher regelmäßig durch. Sollte sich ein Verbraucher (z.B. Kühlschrank) als ineffizient herausstellen, wird er hierüber aufklären und z.B. 3 Angebote für effizientere Lösungen vorlegen, verbunden mit einer Berechnung, bis wann sich die Neuanschaffung amortisiert hat. Diese Leistung ist für den Haushalt kostenfrei. Der Haushalt muss diesen Service nicht in Anspruch nehmen, er hat aber die Option. Er hat selbstverständlich auch die Option, zu einem beliebigen, von ihm gewählten Zeitpunkt, von dieser Option wieder Abstand zu nehmen (opt in und opt out).

In November 2013 diskutierten auf Anregung des APDE e.V.²⁰ und auf Einladung von EU Energie Kommissar Oettinger Experten aus dem Bereich Energieversorgung mit Repräsentanten der unterschiedlichen Kommissionen (u.a. Energie, Datenschutz, Verbraucher) in Brüssel die Frage, wem die in Haushalten produzierten Energiedaten wirtschaftlich zustehen und wie sie einer Verwertung unter Berücksichtigung des europäischen Datenschutzgedankens zugeführt werden können. Im Ergebnis wurde u.a. festgehalten, dass Europas Chance nicht darin liegt, sich einer Personal Data Economy zu entziehen oder sie dem Individuum vorzuenthalten, sie liegt darin, sie europäisch datenschutzkonform zu gestalten.

V. Normative Überlegungen

Um die rechtlichen Möglichkeiten einer relevanten Personal Data Economy auszuloten, sind deutsche und europäische Normen zu analysieren und bereits existierende oder zukünftige Szenarien herauszuarbeiten. Die zunächst zentrale Frage ist: Gewährt das derzeitige Recht

SmartGridEckpunktepapier/SmartGridPapierpdf.pdf;jsessionid=A621D3A47CC281470D6DF9972AC08F9C?__blob=publicationFile (abgerufen am 14.1.2013).

¹⁸ Over the Top (OTT, dt. Über die Spitze) beschreibt Dienste und Anbieter, die einen bereits vorhandenen Dienst oder eine Infrastruktur nutzen, ohne diese selbst anzubieten.

¹⁹ Zum Ganzen umfassend vgl. Fraunhofer, Lind, Suckfüll in Weiterentwicklung der Rolle des Smart Meter Gateway Administrators zu einem Treuhänder für personenbezogenen Energiedaten.

²⁰ Association for Personal Data Economy, www.apde-org.eu

auch das Recht des Einzelnen, seine personenbezogenen Daten nach eigenem Ermessen zu vermarkten?

- Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) enthält keine (Legal-)Definition des Eigentumsbegriffs; die in § 903 BGB enthaltene Regelung, dass der Eigentümer einer Sache nach Belieben mit ihr verfahren kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, legt im Wesentlichen den Inhalt der dem Eigentümer zustehenden Befugnis fest. Begrifflich ist das Eigentum das umfassendste Recht zu tatsächlicher und rechtlicher Nutzung, das die Rechtsordnung in Bezug auf bewegliche und unbewegliche Sachen zulässt; es ist ferner formaler Zuordnungsbegriff im Verhältnis von Rechtsgut und Rechtsträger. Die Formen des Eigentums sind begrenzt; das BGB unterscheidet: Alleineigentum (Rechtsinhaber ist nur eine natürliche oder juristische Person) und zum Beispiel Miteigentum nach Bruchteilen (jeder Miteigentümer hat einen ideellen Anteil an der ganzen Sache). Damit Eigentum bestehen kann, müsste es sich demnach, wie zuvor ausgeführt, bei diesen Gegenständen um Sachen im Sinne des § 90 BGB handeln. Dafür ist nach deutschem Verständnis die Körperlichkeit wesentlich. Da somit kein „normales“ Eigentum bestehen kann, scheint auf den ersten Blick zweifelhaft, ob an Daten überhaupt Eigentum entstehen kann. Es wird seit langem versucht, auch diverse - nicht greifbare - Gegenstände unter den deutschen Sachbegriff zu subsumieren, um ihnen auf diese Art den Schutz des Sachenrechts und somit des Eigentums zukommen zu lassen. Aufgrund der Ausweitung des Sachbegriffs durch Lehre und Rechtsprechung unterfallen auch virtuelle Gegenstände inzwischen dem Eigentumsbegriff. Virtuelle Gegenstände sind z.B. eine abgegrenzte Datenmenge. Diese Datenmenge muss gespeichert sein, um sie nutzen zu können. Aufgrund dieser Abspeicherung wird in Deutschland für digital abgespeicherte Daten teilweise angenommen, dass diese dann als Sachen im Sinne des § 90 BGB zu qualifizieren sind. Die Einordnung von Software oder einer abgrenzbaren Datenmenge als bewegliche Sache ist nicht mehr wirklich umstritten²¹, die Begründungen liefert der BGH im ASP Urteil²², ²³. Auch in einem weiteren, aktuelleren Urteil verweist der BGH unter Begründung der für ihre Nutzbarkeit notwendigen Verkörperung von Softwareprogrammen auf diese Rechtsprechung, nach welcher auf einem Datenträger gespeicherte Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen sei. Mit der Frage der Sacheigenschaft von Software befasst sich indirekt auch das EuGH Urteil Oracle vs. UsedSoft²⁴.

²¹ Vgl. Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, CR 1988, 908ff.).

²² BGH CR 2007, 75ff, 76.

²³ Schweinoch, Geänderte Vertragstypen in Softwareprojekten, CR 2010, 1ff.

²⁴ Grosse Kammer in der Rechtssache C-128/11 am 03.07.2012 in Sachen UsedSoft vs. Oracle

- Artikel 30 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr sagt: Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur dann rechtmäßig, wenn sie auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht.
- Die Umsetzung in deutsches Recht erfolgt in § 4 Abs. 1 des Bundesdatenschutzgesetzes, der besagt: Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Diese Erlaubnisvorbehalte besagen allerdings nichts darüber, ob dem Individuum auch ein eigenes Recht an der Vermarktung der so erhobenen und verarbeiteten Daten zusteht.
- In Art. 18 der geplanten EU Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) soll explizit ein Recht auf Datenübertragbarkeit geschaffen werden. Nach Erwägungsgrund 55 geht es der darum, dass die betroffene Person befugt sein soll, „die von ihr zur Verfügung gestellten Daten von einer automatisierten Anwendung, etwa einem sozialen Netzwerk, auf eine andere Anwendung zu übertragen“. Zur Begründung heißt es: „Damit die betroffenen Personen eine bessere Kontrolle über ihre eigenen Daten haben und ihr Auskunftsrecht besser ausüben können, sollten sie im Falle einer elektronischen Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten in einem strukturierten gängigen Format ebenfalls Anspruch auf Erhalt einer Kopie der sie betreffenden Daten in einem gängigen elektronischen Format haben. Die betroffene Person sollte auch befugt sein, die von ihr zur Verfügung gestellten Daten von einer automatisierten Anwendung, etwa einem sozialen Netzwerk, auf eine andere Anwendung zu übertragen. Dies sollte dann möglich sein, wenn die betroffene Person die Daten dem automatisierten Verarbeitungssystem mit ihrer ausdrücklichen Einwilligung oder im Zuge der Erfüllung eines Vertrags zur Verfügung gestellt hat.“²⁵ Offen bleibt, ob damit tatsächlich ein freies Verfügungsrecht gegeben ist. Für das oben aufgeführte Beispiel im Bereich Automotiv könnte dies für die Verbraucher positive Effekte haben.
- Das Thema Verfügungsrecht an eigenen Daten wurde bereits früher im Zusammenhang mit dem aus Daten entstehenden eigenen Image rechtlich betrachtet. Ladeur formulierte im Jahr 2000 persönliche Daten in Medien seien „nicht mehr dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sondern als ein quasi-eigentumsrechtlich geschütztes Interesse so weit wie möglich dem Recht am eigenen Bild zuzuordnen“²⁶.

²⁵ Erwägungsgrund 55 zur DS-GVO

²⁶ Ladeur, in NJW 2000, 1977.

- Hoeren vertrat im Jahr 2010 die Auffassung, aus alten dogmatischen Strukturen müsste man ein dingliches „right to one's own image“ ableiten können. Dabei geht es eben nicht mehr um Datenschutz als Persönlichkeitsrecht, nicht mehr um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Es geht um „Datenherrschaft“²⁷. ...
- Bereits in den 1980er Jahren entschied das Bundesverfassungsgericht,²⁸: „Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit „die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“. Weiter wurde ausgeführt: „Dieses Recht auf "informationelle Selbstbestimmung" ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, unbeschränkten Herrschaft über "seine" Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann“. Das Grundgesetz hat, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mehrfach hervorgehoben worden ist, die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden²⁹. Grundsätzlich muss daher der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen. Hieraus leiten einige Autoren³⁰ ab, dass es kein Recht an den eigenen Daten gibt. Dem ist jedoch nur zuzustimmen, soweit es die Abwägung Individuum gegenüber Gemeinschaft betrifft, nicht jedoch, soweit es das Recht des Individuums betrifft, wenn die Gemeinschaft nicht betroffen ist. Am Ende kann aber auch die Klärung dieser Frage offen bleiben, wenn jedenfalls Einigkeit dahingehend besteht, dass die beteiligten Parteien zumindest auf einer vertraglichen Grundlage die Verwertung der Daten vereinbaren können.
- Am 18. 6. 2008 wurde ein Gesetzentwurf in den Deutschen Bundestag eingebracht³¹. Der Entwurf sah vor, dass das Recht auf Selbstbestimmung über persönliche Daten

²⁷ Professor Dr. Thomas Hoeren, Anonymität im Web – Grundfragen und aktuelle Entwicklungen, ZRP 2010, 251
²⁸ Volkszählungsurteil BVerfG, Urteil vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 oder auch der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshof.

²⁹ BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351 f.]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49]).

³⁰ Schneider / Härting ZD 2012, 199 ff.

³¹ Dr 16/9607 (<http://dserver.bundestag.btg/btd/16/096/1609607.pdf>). Er geht zurück auf einen Beschluss der Fraktion Bündnis90/Die Grünen vom 10. 1. 2008 in Wörlitz (<http://www.gruene-bundestag.de>).

gewährleistet wird. Beschränkungen dieses Rechts bedürfen einer gesetzlichen Grundlage."³² Dieser Entwurf wurde nicht verabschiedet.

Ergebnis: Ob früher oder später die Anerkennung von Daten als Sache oder „wie eine Sache“ erfolgt, ist aus heutiger Sicht zweitrangig. Fakt ist, dass Daten als Wert erkannt worden sind und dass dem Datenschutz nicht das Recht zusteht, dem Individuum diesen Wert zu entziehen. Soweit keine gesetzliche Klarstellung vorgenommen wird, erfolgt die Klarstellung durch die Rechtsprechung, wobei deren Entwicklung durch den EuGH³³ vorgezeichnet ist. Dieser geht von einem „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ aus, der weiß was er mit seinen Daten macht. Somit werden selbst Zweifler sich mit dem Gedanken anfreunden müssen, dass dem Individuum das Recht zusteht, über seine Datenverwertung und Vermarktung selbst zu entscheiden, soweit dies nicht durch Gesetz oder Vertrag ausgeschlossen ist. Am Ende kann aber auch die Klärung dieser Frage offen bleiben, wenn jedenfalls Einigkeit darin besteht, dass die beteiligten Parteien zumindest auf einer vertraglichen Grundlage die Verwertung der Daten vereinbaren können. Hierzu werden die beteiligten Parteien Datenverarbeitungsverträge im Massenverfahren abschließen, die den Zweck der Datenverarbeitung und die dafür zu erbringende Gegenleistung exakt und explizit regeln. Neben Begriffen wie Privacy by Design (Datenschutz durch Technik) und Privacy by Default (datenschutzfreundliche Voreinstellungen) sollte Raum gegeben werden für Privacy by Contract. Will heißen, das Individuum bestimmt über den Umfang seines Datenschutzes und die Verwendung seiner Daten selbst. Dann gilt der Grundsatz: „Denn Sie wissen, was sie tun“. Der speziell in Deutschland zum Teil ausgeprägt bevormundende Datenschutz, muss sich dann ein Stück weit zurücknehmen und dem Individuum Souveränität zugestehen.

VI. Die Rolle des Datenschutzbeauftragten

Es gibt in Europa keine eindeutig definierte Rolle des Datenschutzbeauftragten. So besteht etwa in einigen EU Ländern keine Verpflichtung einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Aber selbst wenn eine Pflicht besteht, wird sich seine Rolle verändern. Sie wird an Bedeutung zunehmen. Denn in Zukunft wird ihm nicht nur die bisher bekannte Rolle zufallen, er wird darüber hinaus auch der Berater und Überwacher der angebotenen Services. Er wird prüfen, ob diese, so wie vereinbart, also vertragskonform, erfüllt werden oder ob eventuell ein Verstoß vorliegt, weil Daten zweckfremd genutzt wurden.

³² Künast: „Meine Daten gehören mir“ – und der Datenschutz gehört ins Grundgesetz, ZRP 2008, 201

³³ Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften v. 16.7.1998 (Rechtssache G-210/96, Gut Springenheide GmbH ./ Rudolf Tusky); veröffentlicht u.a. in GRUR Int. 1998, 795-797

VII. Fazit

Google, Facebook und Co. haben den Beweis angetreten, dass Daten einen Wert haben oder gar eine Währung sind. Die Datenerzeuger werden begreifen, dass sie durch die Produktion von Daten Werte schaffen, und sie werden einfordern, an diesen Werten partizipieren zu können. Begriffe wie Data Sharing und Personal Data Economy werden zu Alltagsvokabeln mit einem erheblichen betriebs- und volkswirtschaftlichen Begleitzug. Die Übertragung und die Verwertung von Daten werden noch einige technische, juristische und ökonomische Fragen aufwerfen. Die Antworten versprechen spannend zu werden. Es wird Personal Data Economy Gegner geben, die vor dem gläsernen Menschen und eventuellen Missbräuchen warnen werden, wie vor illegalem Organhandel. Aufgeschlossene Datenschützer werden überlegen, ob in der Ergänzung des Datenschutzes um den Bereich Personal Data Economy nicht eine große Chance für die Entwicklung eines europäischen Datenschutzes liegt. Und es wird diejenigen geben, die über interessante Mehrwertdienste nachdenken und sie schließlich anbieten. Das Individuum wird am Ende entscheiden, ob es diese Dienste in Anspruch nehmen wird.

Wilfried Reiners, MBA

Ist Partner in der Kanzlei PRW Rechtsanwälte in München und im Vorstand der Association for Personal Data Economy (APDE e.V.)