

## Big Data und Zivilrecht

*Thomas Hoeren*

Neben den in den vorhergehenden Kapiteln vorrangig auf das öffentliche Recht und das Strafrecht bezogenen Themen wirken sich die Digitalisierung und die damit verbundenen Möglichkeiten des Umgangs mit Big Data auch in erheblichem Maße auf das Zivilrecht aus. Der folgende Abschnitt verdeutlicht beispielhaft die Vielfalt der betroffenen Regelungsfelder. Freilich kann dahingehend nur ein kursorischer Überblick gegeben werden, doch sei angemerkt, dass die Digitalisierung häufig zu rechtlich erheblichen Fragen führt, die jenseits der traditionellen Disziplingrenzen der Rechtswissenschaft liegen. Dementsprechend haben mehrere der hier angesprochenen Themenfelder auch Berührungspunkte zu anderen Rechtsgebieten als dem Zivilrecht.

### *1. Daten im Rechtsverkehr*

Daten stellen den Privatrechtsverkehr sowohl in sachenrechtlicher als auch schuldrechtlicher Hinsicht vor große Herausforderungen: Praktisch können sie Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen sein, vielfach werden sie wie Sachen „gehandelt“ und kommerzialisiert. Rechtlich sind die Anknüpfungspunkte für den alltäglichen Umgang mit Daten aber alles andere als selbstverständlicher Natur.

Zunächst ist sachenrechtlich völlig unklar, ob und inwieweit Ausschließlichkeitsrechte an Daten begründet werden können. Das bürgerliche Recht gibt in dieser Frage allenfalls partielle Hinweise. Im Hinblick auf das Eigentum, das an die Sachverkörperung nach §§ 903 S. 1, 90 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) anknüpft, dürfte eine eigenständige physische Existenz von Daten ausscheiden.<sup>1</sup> Auch eine analoge Anwendung der sachenrechtlichen Vorschriften wirft die Problematik auf, ob und inwie-

---

<sup>1</sup> Statt vieler Stresemann, C. (2015). §§ 90–103. In F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker & B. Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB* (§ 90 BGB, Rn. 25). München: Beck.

fern Prinzipien wie Publizität und Bestimmbarkeit von Daten gewährleistet sind. Insbesondere ist fraglich, ob Daten – verstanden als Informationsgrundlage – eine exklusive Zuordnung erlauben. Hierfür streiten etwa §§ 398, 413 sowie 453 BGB, die die Einräumung und Übertragung von Rechtspositionen erlauben.<sup>2</sup> Versuche, eine ausschließliche Zuordnung von Datenrechten über §§ 950, 812 oder 823 BGB zu konstruieren, führen nur zu verhaltenen Ergebnissen.<sup>3</sup> Schließlich müsste im Rahmen dieser Ansprüche wiederum geklärt werden, in welche Rechtspositionen eingegriffen wird. Allenfalls Schnittpunkte mit dem Strafrecht und den dort vorgefundenen Vorschriften zum Schutz des Informations- und ökonomischen Interesses nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 202a ff., 303a Strafgesetzbuch (StGB) können Anhaltspunkte der Zuweisung von Daten – wie etwa der Skripturakt – geben.<sup>4</sup>

Mit der vorgenannten Problematik geht die Einordnung von Daten als entgeltliche Leistung einher.<sup>5</sup> Als Wirtschaftsfaktor und Gegenleistung für im Übrigen unentgeltliche Internet-Dienstleistungen ist die Hergabe und Aufgabe der Datensouveränität ein zentrales Kennzeichen des digitalen Wandels. Dies könnte auf der schuldrechtlichen Ebene durch neuartige Vertragstypen und eine sekundärrechtliche Berücksichtigung – etwa bei der Rückabwicklung von Schuldverhältnissen – Relevanz entfalten. Es gilt insoweit auch, über Beteiligungs- und Lizenzmodelle für die Nutzung von Daten als Informationen nachzudenken.<sup>6</sup> Besondere Probleme können sich ferner mit Blick auf einzelne Bereiche der Rechtsgeschäftslehre wie etwa den Vertragsschluss mit Minderjährigen ergeben. Hier ist problematisch, ob die Hergabe von Daten in sozialen Netzwerken oder dergleichen nicht rechtlich nachteilhaft und daher ein Großteil der darunterfallenden Verträge unwirksam ist.

---

2 Vgl. Hoeren, T. (2013). Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht. *MultiMedia und Recht*, 486 (489).

3 S.a. Specht, L. (2016). Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen. *Computer und Recht*, 288 (289); Zech, H. (2015). Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“. *Computer und Recht*, 137 (142 f.).

4 Hoeren, T. (Fn. 2), 486 (486 ff.).

5 Vgl. Westphalen, F. & Wendehorst, C. (2016). Hergabe personenbezogener Daten für digitale Inhalte – Gegenleistung, bereitzustellendes Material oder Zwangsbeitrag zum Datenbinnenmarkt? *Betriebs-Berater*, 2179 (2179).

6 Zu Datennutzungsrechten Buchner, B. (2006). *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 276 ff.

In schuldrechtlicher Hinsicht spielt schließlich auch das Thema Datenqualität eine gewichtige Rolle. Damit sind zwei Dimensionen gemeint: einerseits die technische Lesbar- sowie Verarbeitungsfähigkeit, andererseits die Richtigkeit der in den Daten abgebildeten Informationen. Dies ist beispielsweise bei Ankäufen von Datensätzen und der kaufvertraglichen Gewährleistung relevant. Es muss u.a. bestimmt sein, ob und wie die mittlere Art und Güte von Daten bestimmt werden kann, d.h., welche IT-Standards für die technische Verarbeitung der Daten zugrunde gelegt werden.

## 2. Wirtschaftsrechtliche Implikationen

Die rechtlichen Unklarheiten im Umgang mit Daten als Teil des Privatrechtsverkehrs setzen sich im wirtschaftsrechtlichen Kontext fort. Exemplarisch lässt sich dies am Beispiel des Insolvenz- und Kartellrechts aufzeigen.

So ist insbesondere die zunehmende Auslagerung von Services und Datenbeständen durch Privatpersonen, Behörden und Unternehmen in die Cloud ein spannendes Thema für Wirtschaftsjuristen. Bislang funktioniert dieses „Cloudsourcing“ reibungslos, doch stellt sich mittelfristig die Frage: Was geschieht mit dem Datenbestand des Kunden im Fall der Insolvenz des Providers? Da es Daten – anders als klassischen Wirtschaftsgütern – an der für den sachenrechtlichen Eigentumsbegriff notwendigen Körperlichkeit mangelt (s.o.), birgt die Aussonderung der Daten nach § 47 Insolvenzordnung (InsO) besondere Herausforderungen, vor allem hinsichtlich ihrer Bestimmbarkeit. Gegenwärtig wird der „Dateneigner“ seinen Herausgabeanspruch auf schuldrechtliche Positionen stützen. Für mehr Rechtssicherheit könnte ein quasidingliches Recht am Datum sorgen. Auch andere Ansätze, das Insolvenzrecht „digitalisierungsfest“ zu machen, sind denkbar. So hat etwa Luxemburg jüngst einen dezidierten Herausgabeanspruch für Daten in der Insolvenz geschaffen, der klare Tatbestandsvoraussetzungen normiert (Art. 567 Abs. 2 Code de Commerce).<sup>7</sup>

Kartellrechtliche Herausforderungen ergeben sich aus den Geschäftsmodellen großer Unternehmen, die auf der Erhebung und Verarbeitung

---

7 Zur Thematik von Daten in der Insolvenz Jülicher, T. (2015). Daten in der Cloud im Insolvenzfall. Ein internationaler Überblick. *Kommunikation und Recht*, 448 (448 ff.); ders. (2015). Die Aussonderung von (Cloud-)Daten nach § 47 InsO. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2063 (2063 ff.).

von Daten – sowohl auf digitalen als auch auf nicht digitalen Märkten – beruhen und einen großen Umsatz generieren. Meist sind es die „Global Player“, die marktübergreifend vielfältig strukturierte Daten erzeugen und zu komplexen Datensätzen zusammenführen können (sog. cross-usage). Hierdurch kann es in Gestalt nicht reproduzierbarer Datensätze zu einer erheblichen Machtakkumulation kommen (sog. Datenvorteil),<sup>8</sup> der mithilfe kartellrechtlicher Instrumentarien zu begegnen ist.<sup>9</sup> In diesem Zusammenhang wird es eine wichtige Aufgabe sein, einer mit der Entstehung von Machtkonzentration aufkommenden Datenknappheit entgegenzuwirken. Denn obwohl es sich bei Daten per se um ein unbegrenzt reproduzierbares, nicht rivalisierendes Gut handelt, sind die umfassenden und vielfältigen Datensätze in der Hand weniger marktmächtiger, weitreichend verzweigter Unternehmen und der Zugang hierzu exklusiv. Der Zugriff auf diese Datensätze ist für kleinere Marktteilnehmer in Anbetracht des damit verbundenen Kostenaufwands hingegen erschwert, sofern er überhaupt möglich ist.<sup>10</sup>

### 3. Zivilrechtlicher Schutz vor Diskriminierung

Diskriminierung ist ein Big-Data-Analysen immanentes Risiko. Durch die umfassende Auswertung vielfältiger personenbezogener Daten können aussagekräftige Prognosen gemacht werden, die eine immer dezidiere Kategorisierung von Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, Gesundheitszustand und weiteren Eigenschaften und Anlagen der Betroffenen ermöglichen. Insbesondere bei Vertragsverhältnissen, in denen ein Subordinationsverhältnis zwischen den Parteien besteht – etwa in Beschäftigungs-, Kredit- oder Krankenversicherungsverhältnissen – droht die Gefahr einer sich weiter verfestigenden Machtasymmetrie durch die Profilerstellung

---

8 Zur Frage, inwiefern Wissen Marktmacht darstellt, Körber, T. (2016). „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 303 (303 ff.) und *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 348 (348 ff.).

9 Etwa im Rahmen der kartellrechtlichen Fusionskontrolle Holzweber, S. (2016). Daten als Machtfaktor in der Fusionskontrolle. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 104 (108 ff.).

10 Differenzierend Nuys, M. (2016). „Big Data“. Die Bedeutung von Daten im Kartellrecht. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 512 (512).

(potentieller) Beschäftigter, Kreditnehmer<sup>11</sup> oder Krankenversicherter<sup>12</sup>. Beim wertenden Abgleich mit bereits erstellten Profilen erfolgreicher Arbeitnehmer, zuverlässiger Kreditnehmer oder gesunder Krankenversicherter (Scoring) besteht u.a. das Problem, dass die für den Algorithmus eingesetzten Unterscheidungsmerkmale als Geschäftsgeheimnis gelten und nicht offengelegt werden müssen. Dies verhindert eine Prüfung, ob Entscheidungen beispielsweise aus Gründen von nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verbotenen Unterscheidungsmerkmalen wie Geschlecht oder ethnischer Herkunft getroffen wurden. Andererseits kann der Einsatz von datengetriebenen, rationalen und sachlich nachvollziehbaren Beurteilungen – etwa hinsichtlich zukünftiger Vertragspartner – die Möglichkeit bieten, bestehende Probleme wie unbewusste oder verdeckte Diskriminierung einzugrenzen.

Im Einzelhandel besteht das Risiko der Preisdiskriminierung, wenn Waren nicht nur zu dynamischen, sondern zu individualisierten Preisen angeboten werden. Entscheidend hierbei ist, dass die Differenzierung auf der Grundlage subjektiver Kriterien erfolgt. Die Höhe des Kaufpreises ergibt sich folglich aus Faktoren, die in der Person des Kunden liegen und die – algorithmisch prognostiziert – auf seine Zahlungsbereitschaft bzw. -fähigkeit schließen lassen. Regulierungsbedarf hinsichtlich rechtsmissbräuchlicher Tendenzen der Preisgestaltung (§ 138 Abs. 1, 2 BGB) und der Verletzung arbeits- und zivilrechtlicher Gleichbehandlungs- und Verbraucherschutzgesetze besteht insbesondere in Bezug auf Transparenzvorschriften.<sup>13</sup>

#### 4. Ausblick: BGB und Digitalisierung

Die Digitalisierung ist ein dynamisches Phänomen, das kontinuierlich neue Herausforderungen für das Recht und die Gesellschaft produziert. Um diesen Herausforderungen sachgerecht und technikneutral zu begegnen

11 Zum Scoring etwa Weichert, T. (2014). Scoring in Zeiten von Big Data. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 168 (168 ff.).

12 Im Detail Becker, D. & Schwab, E. (2015). Big Data im Gesundheitswesen. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit und Lösungsansätze. *Zeitschrift für Datenschutz*, 151 (151 ff.).

13 Umfassend Moos, F. & Rothkegel, T. (2016). Nutzung von Scoring-Diensten im Online-Versandhandel. Scoring-Verfahren im Spannungsfeld von BDSG, AGG und DS-GVO. *Zeitschrift für Datenschutz*, 561 (561 ff.).

nen, liefert das Zivilrecht – insbesondere das bürgerliche Recht – in vielfacher Hinsicht ein geeignetes und bewährtes Instrumentarium, an das sich anknüpfen lässt. Es lässt aber zugleich auch viele Fragen offen. Spannende Entwicklungen liegen dahingehend etwa im Schnittfeld des Vertragsrechts, des Internet of Things (IoT) und des klassischen Haftungsrechts.

So gewinnt im Vertragsrecht die Verwendung von Smart Contracts zunehmend an Bedeutung. Hierunter werden automatisierte Protokolle verstanden, die nach passgenauen Algorithmen die Durchführung eines Vertrages (in Echtzeit) gewährleisten.<sup>14</sup> Im Optimalfall führt dies dazu, dass die Interessen der Vertragsparteien adäquat abgebildet sind, ohne dass es einer Mittlerstelle bedarf, die der jeweiligen Seite zur Durchsetzung der Vertragsbestimmungen verhilft. Gleichwohl müssten die Protokolle zur Schaffung einer synallagmatischen Parität transparent und ausgewogen die Interessen aller Parteien berücksichtigen.<sup>15</sup> Dies könnte einen Regulierungsbedarf erfordern, der Rechte und Pflichten bei der automatisierten Geschäftsdurchführung berücksichtigt.

Solche Formen der Automatisierung von Verträgen wirken sich insbesondere im industriellen Kontext und im Anwendungsbereich des Internet of Things aus.<sup>16</sup> Überträgt man Maschinen die Verantwortung zur „eigenverantwortlichen“ Entscheidung und zur Interaktion mit anderen Geräten, wird die klassische Rechtsgeschäftslehre in Frage gestellt, wenn etwa Bestellungen oder Aufträge abgeschlossen werden, ohne dass eine menschliche Willenserklärung vorliegt. Braucht es im Fall einer solchen Machine-to-Machine(M2M)-Kommunikation möglicherweise ein neues Konstrukt neben den natürlichen und juristischen Personen des bürgerlichen Rechts (sog. E-Person)?

---

14 Kaulartz, M. & Heckmann, J. (2016). Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie. *Computer und Recht*, 618 (618 f.); Fries, M. (2016). PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht? *Neue Juristische Wochenschrift*, 2860 (2862); Klein, D. (2015). Vernetztes Identity Management – Risiko oder Eröffnung neuer Geschäftsmodelle? In J. Taeger (Hrsg.), *Internet der Dinge – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, Tagungsband Herbstakademie 2015* (S. 429–440, [434]). Edewecht: Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht.

15 Boehm, F. & Pesch, P. (2014). Bitcoins: Rechtliche Herausforderungen einer virtuellen Währung. Eine erste juristische Einordnung. *MultiMedia und Recht*, 75 (76).

16 Instruktiv zu den rechtlichen Herausforderungen durch die Industrie 4.0 s. Bräutigam, P. & Klindt, T. (2015). Internet 4.0, das Internet der Dinge und das Recht. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1137 (1137 ff.).

Zugleich fordert der Einsatz neuer Technologien wie Big-Data-Prognosen, selbstfahrender Autos oder intelligenter Industrieroboter das Haftungsrecht heraus. Wer haftet, wenn infolge falscher Entscheidungen autonomer Systeme und selbstlernender Algorithmen Schäden verursacht werden? Das Prinzip der Verschuldenshaftung stößt hier an seine Grenzen. Deshalb wird im Kontext des selbstfahrenden Autos gerne die verschuldensunabhängige Haftung nach § 7 Straßenverkehrsgesetz (StVG) herangezogen.<sup>17</sup> Jenseits des Straßenverkehrsrechts existieren aber keine vergleichbaren Gefährdungstatbestände. Sollte deshalb eine spezifische Gefährdungshaftung für autonome Systeme – etwa nach dem Vorbild von § 833 BGB – geschaffen werden?<sup>18</sup> Oder lässt sich die Problematik über die bewährten Zurechnungsregime des Zivilrechts lösen?

Die vorstehenden Themenbereiche zeigen, dass die Digitalisierung viele ungelöste Fragen mit sich bringt, die Stoff für reichlich Diskussion bieten. Hier sind Wissenschaft und Praxis gleichermaßen aufgerufen, sich zu beteiligen.

---

17 Zu Haftungsfragen beim autonomen Fahren jüngst etwa Borges, C. (2016). Haftung für selbstfahrende Autos. Warum eine Kausalhaftung für selbstfahrende Autos gesetzlich geregelt werden sollte. *Computer und Recht*, 272 (272 ff.); Jänich, V., Schrader, P. & Reck, V. (2015). Rechtsprobleme des autonomen Fahrens. *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 313 (315 ff.); Kütük-Markendorf, M. E. & Essers, D. (2016). Zivilrechtliche Haftung des Herstellers beim autonomen Fahren. Haftungsfragen bei einem durch ein autonomes System verursachten Verkehrsunfall. *Multi-Media und Recht*, 22 (24 ff.); Lutz, L. (2015). Autonome Fahrzeuge als rechtliche Herausforderung. *Neue Juristische Wochenschrift*, 119 (119 ff.).

18 So Bräutigam, P. & Klindt, T. (Fn. 16), 1137 (1138 f.); Horner, S. & Kaulartz, M. (2016). Haftung 4.0: Rechtliche Herausforderungen im Kontext der Industrie 4.0. *Zeitschrift für Innovations- und Technikrecht*, 22 (25); Rempe, C. (2016). Smart Products in Haftung und Regress. *Zeitschrift für Innovations- und Technikrecht*, 17 (19).