

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen JZ Zeitung

18

75. Jahrgang
18. September 2020
Seiten 861–912

Aus dem Inhalt:

**Hans Michael Heinig, Thorsten Kingreen,
Oliver Lepsius, Christoph Möllers,
Uwe Volkmann, Hinnerk Wißmann**

Why Constitution Matters – Verfassungs-
rechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise

Tatjana Hörnle

Der niederländische Hoge Raad und das BVerfG
zu Fragen der Sterbehilfe: Die Abgrenzung von
Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Einzelfall
und als Leitlinie für die Rechtspolitik

Thomas Hoeren und Stefan Pinelli

Daten im Rechtsverkehr – Überlegungen für ein
allgemeines Datenvertragsrecht

Michael Dudek

Rückgang der Fallzahlen – Änderung der Konfliktkultur

EuGH mit Anmerkung von

Sören Segger-Piening

Internationaler Erfüllungsgerichtsstand ohne
vertragliche Beziehung zwischen den Parteien

BVerfG mit Anmerkung von

Markus Ogorek

Zur strafrechtlichen Qualifikation des sogenannten
„Containerns“ als Diebstahl



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

18 75. Jahrgang
18. September 2020

JZ Juristen Zeitung

Inhalt

Aufsätze

Professor Dr. **Hans Michael Heinig**,
Professor Dr. **Thorsten Kingreen**,
Professor Dr. **Oliver Lepsius**, LL.M. (Chicago),
Professor Dr. **Christoph Möllers**, LL.M. (Chicago),
Professor Dr. **Uwe Volkmann**,
Professor Dr. **Hinnerk Wißmann**
Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft
in Zeiten der Corona-Krise **861**

Professorin Dr. **Tatjana Hörnle**
Der niederländische Hoge Raad und das BVerfG zu Fragen
der Sterbehilfe: Die Abgrenzung von Selbstbestimmung
und Fremdbestimmung im Einzelfall und als Leitlinie für
die Rechtspolitik **872**

Professor Dr. **Thomas Hoeren** und **Stefan Pinelli**
Daten im Rechtsverkehr – Überlegungen für ein
allgemeines Datenvertragsrecht **879**

Michael Dudek
Rückgang der Fallzahlen – Änderung der
Konfliktkultur **884**

Umschau

Tagungsbericht

100 Jahre ILO – Globalisierung und menschenwürdige
Arbeit
Konferenz am 26. und 27. September 2019 in Halle (Saale)
Felix Bischof, **Eva Frenz** und **Hendrik Wolters** **893**

Literatur

Benno Zabel: Die Ordnung des Strafrechts
Professor Dr. Dr. h.c. mult. **Michael Pawlik**,
LL.M. (Cantab.) **896**

Jens Prütting: Rechtsgebietsübergreifende Normenkollision
Professor Dr. **Andreas Spickhoff** **897**

Franziska Knur: Individuelle Rechtspositionen gegenüber
internationalen Organisationen und Institutionen
Professor Dr. **Peter Hilpold** **898**

Entscheidungen

EuGH, 26. 3. 2020, C-215/18
mit Anmerkung von
Dr. **Sören Segger-Piening**, LL.M. Eur.
Internationaler Erfüllungsgerichtsstand ohne vertragliche
Beziehung zwischen den Parteien **899**

BVerfG, 5. 8. 2020, 2 BvR 1985/19, 1986/19
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Markus Ogorek**, LL.M. (Berkeley)
Zur strafrechtlichen Qualifikation des sogenannten
„Containers“ als Diebstahl **906**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **561***
Gesetzgebung **562***
Entscheidungen in Leitsätzen **563***
Neuerscheinungen **573***
Zeitschriftenübersicht **585***
Festschrift **589***
Impressum **589***

Professor Dr. Thomas Hoeren, Münster und Stefan Pinelli, Wolfsburg*

Daten im Rechtsverkehr – Überlegungen für ein allgemeines Datenvertragsrecht

Über Daten wird juristisch viel gestritten. Dabei setzt dieser Diskurs selten dort an, wo industrielle Daten ihren Ursprung haben und ihre erste juristische Relevanz zeigen, nämlich bei nicht personenbezogener Rohdaten. Ausgehend von diesem Phänomen lässt sich ein allgemeines Datenvertragsrecht entwickeln, das bislang kaum im Fokus der Diskussion stand. Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden vertragsrechtliche, und hierbei insbesondere vertragstypologische, gewährleistungs- und haftungsrechtliche Themen rund um das Rechtsgut der Rohdaten vorgestellt.

I. Problemstellung

In der Diskussion um das Datenrecht spielt das Vertragsrecht überraschenderweise bislang eine untergeordnete Rolle. Dies ist insofern erstaunlich, als in der sogenannten Industrie 4.0 die Verarbeitung und Kommerzialisierung von Rohdaten¹ in den kommenden Jahren eine bedeutsame Rolle spielen werden. Allein der Wert des EU-Datenmarkts betrug im Jahr

¹ Der Begriff ist missverständlich. Es gibt keine Rohdaten, da alle Daten schon immer in einer Form der Generierung, Sammlung und Speicherung vorliegen. Gemeint sind Daten, die unmittelbar Informationen aus der Umwelt repräsentieren und nicht aus der Verarbeitung anderer Daten entstehen. Siehe dazu *Fries/Scheufen*, Märkte für Maschinendaten, MMR 2019, 721 (722).

* Professor Dr. *Thomas Hoeren* ist Direktor des ITM an der Universität Münster. *Stefan Pinelli* ist Rechtsanwalt und Leiter des Bereiches Recht DIGITAL bei der Volkswagen AG in Wolfsburg.

2016 fast 60 Mrd. Euro, was einem Wachstum von fast 10 Prozent gegenüber dem Vorjahr entsprochen hätte.² 2020 könnte sich der EU-Datenmarkt bereits auf über 106 Mrd. Euro belaufen, so die Prognosen.³

Entsprechend der großen Bedeutung des Datenvertragsrechts soll im Folgenden versucht werden, die Hauptprobleme bei der Gestaltung solcher Verträge herauszuarbeiten. Dabei soll es nicht um personenbezogene Daten gehen. Es soll stattdessen von einer industriellen Konstellation ausgegangen werden, in der nicht personenbezogene bzw. nicht personenbeziehbare Daten (zum Beispiel Maschinendaten) gehandelt werden. Der Normalfall soll daher darin bestehen, dass Daten ohne Personenbezug transferiert werden.⁴ Ferner soll der Bereich der Transaktionen mit Verbraucherrelevanz ausgeschlossen werden, der gerade nach der Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte⁵ Gegenstand unzähliger Regelungen und Publikationen geworden ist.⁶ So kann das Datenvertragsrecht auf seinen ureigensten Rechtsgegenstand bezogen werden, nämlich das „nackte“, reine Datum.

Schon unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen zeichnen sich einige besondere und bislang kaum diskutierte Fragestellungen ab, die im Folgenden erörtert werden sollen. Diese bedürfen einer eigenständigen Lösung unter Zugrundelegung der Prinzipien des allgemeinen Zivilrechts, wobei Gedankenzüge des Urheberrechts und des Datenschutzrechts durchaus in die Lösung einfließen können. Insofern soll der Beitrag Bausteine zur Klärung der Frage liefern, welche zivilrechtlichen Herausforderungen bei der Abfassung von Verträgen über die Transaktion und Nutzung von Daten zu meistern sind.

II. Vertragsgegenstand und Rechtsnatur

Der Vertragsgegenstand ist in dem hier fokussierten Bereich bestimmt durch Rohdaten. Daten sind durch eine Reihe von Eigenschaften vom klassischen Eigentum zu unterscheiden. Von ihrem Wesen her handelt es sich im nicht-juristischen Sinne um nicht-rivale, nicht ohne Weiteres exklusive und nicht abnutzbare Gegenstände.⁷ Daten als Informationsgut sind nicht-rival im Konsum, weil eine Nutzung des Gutes durch mehrere Personen gleichzeitig möglich ist. Daten sind auch nicht exklusiv, da man sie von ihrer Natur her unbegrenzt und nicht auf eine Person bezogen handeln kann.

² Siehe die Angaben in der Verordnung der EU zum freien Datenmarkt von 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679> (zuletzt abgerufen 15.5.2020).

³ Dazu auch https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ME MO_17_6 (zuletzt abgerufen 15.5.2020).

⁴ Siehe zum weiten Anwendungsbereich personenbezogener Daten i.S. von Art. 4 Nr. 1 DS-GVO: Metzger, Digitale Mobilität – Verträge über Nutzerdaten, GRUR 2019, 129 (131); Ernst, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 3.

⁵ RiL 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. L 136/1, 22.5.2019.

⁶ Siehe unter anderem Bach, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705; Metzger, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?; Spindler/Sein, Die Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte, MMR 2019, 488; Staudenmayer, Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen, ZEuP 2019, 663; ders., Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte, NJW 2019, 2497.

⁷ Sie sind daher nicht das Öl der Informationsgesellschaft. Scheufen, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, 1. Aufl. 2018, S. 108 ff.; Zech, Die „Befugnisse des Eigentümers“ nach § 903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen, AcP 219 (2019), 488 (561 ff.).

Rohdaten sind mögliche Gegenstände eines Kaufvertrages nach Maßgabe von § 453 BGB.⁸ Denn Daten gelten nach der Gesetzesbegründung als sonstiger Gegenstand im Sinne des § 453 BGB, auf den die Vorschriften über den Kauf von Sachen entsprechende Anwendung finden sollen. Die Datenübertragung ist insofern unter die Übertragung „von Elektrizität und Fernwärme, von (nicht geschützten) Erfindungen, technischem Know-how, Software, Werbeideen“ zu subsumieren⁹, die seit der Modernisierung des Schuldrechts im Jahre 2001 als Regelbeispiele in der Gesetzesbegründung zu § 453 BGB genannt werden. Wenn solche Daten auf Dauer gegen Bereitstellung anderer Daten und Dienste überlassen werden, handelt es sich um einen Tauschvertrag i.S. von § 480 BGB, auf den die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden. Als bloßes funktionales Äquivalent ist die Bereitstellung von Daten zum Zugriff über Schnittstellen (API) anzusehen. Auch wenn diese Daten aktiv an Dritte weitergegeben oder diesen zum Zugriff bereitgestellt werden, macht dies keinen juristischen Unterschied; es bleibt letztendlich beim Datenkauf.

Weniger geeignet erscheint die teilweise in der Literatur¹⁰ vorgeschlagene Einordnung als Lizenzvertrag über die Nutzung einer Datenbank im urheberrechtlichen Sinne, da es bei solchen Verträgen über Rohdaten regelmäßig nicht um die Einräumung von Rechten an Datenbanken geht. Das Urheberrecht kommt erst zur Anwendung, wenn zu dem Bestand an Rohdaten ein sogenanntes Value Added Design hinzukommt, etwa durch aufwändige Strukturierung der Daten. Nur in einem solchen Fall ist der Added Value geschützt nach dem Datenbankherstellerrecht (§ 87a UrhG). Der Aufwand für die Beschaffung oder Erzeugung der Daten ist hingegen nicht Gegenstand eines solchen Sonderrechts.¹¹ Das verkennen weite Teile der Forschung, die immer wieder nach dem Urheberrecht als Anknüpfungspunkt des Datenbankvertrages fragen.¹²

III. Löschung oder Rückgabe – wie?

In bestimmten Konstellationen, etwa bei Vertragskündigung oder bei Rückabwicklung wegen Mängeln, müssen Daten eigentlich zurückgegeben oder gelöscht werden.

1. Rückgabepflichten

Aus dem Softwarebereich ist ein erstes Problem bereits bekannt. Hier stellt sich die forensisch geprägte Frage, wie man bei einer Zug-um-Zug-Verurteilung Software zurückgeben kann. Hierzu bedarf es für die Zwecke der zwangsvollstreckungsrechtlichen Durchsetzung einer Spezifizierung der Software. Diese war und ist schon immer schwierig, etwa wenn es sich um Individualsoftware handelt(e). Wie kann man eine solche Software so konkretisieren, dass der Ge-

⁸ Stieper, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2017, § 90 Rn. 17; Beckmann, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, § 453 Rn. 37. So auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.2.2010 – I – 17 U 167/09; LG München I, Urteil v. 10.12.2008 – 16 HK O 10382/08.

⁹ Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 14.5.2001, BT-Drucks. 14/6040, 242.

¹⁰ Graf von Westphalen, Datenvertragsrecht – disruptive Technik – disruptives Recht, IWRZ 2018, 9 (15).

¹¹ EuGH, Urteil v. 9.11.2004 – C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695, The British Horseracing Board; a.A. Wiebe, Schutz von Maschinendaten durch das sui-generis-Schutzrecht für Datenbanken, GRUR 2017, 338 (341).

¹² So z.B.: Koch, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 77 Datenbankverträge Rn. 1, 132 ff.

richtsvollzieher mit hinreichender Bestimmtheit weiß, was er zurückzugeben oder abzuholen hat? Das *LG Düsseldorf* hatte diese Probleme schon 1994 erkannt und auf die Diskettenbeschriftung abgestellt; ein Anspruch auf Herausgabe von Individualsoftware müsse so formuliert werden, dass diese anhand der äußeren Merkmale von Disketten eindeutig identifiziert werden kann.¹³ Mit Disketten haben wir es heutzutage selbstverständlich nicht mehr zu tun. In Bezug auf die Software unserer Tage bietet sich ein kryptografisches Prüfsummenverfahren (Check sum) an.¹⁴ Hierbei wird aus den Ausgangsdaten eine Prüfsumme berechnet, mithilfe derer man in der Lage ist, einen Bitfehler zu erkennen. Die Prüfsumme wird vom Sender errechnet und mit den Daten übermittelt. Der Empfänger kann seinerseits eine Prüfsumme feststellen; ist diese nicht mit der Prüfsumme des Senders identisch, spricht dies sehr stark für eine Veränderung des Datenpakets.¹⁵ In diesem Fall besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die zurückgegebenen Daten nicht identisch sind mit den ursprünglich herausgegebenen. Insofern wäre die Rückgabeverpflichtung im Zuge einer Rückabwicklung wegen Kündigung oder in einem Gewährleistungsfall nicht erfüllt.

2. Rückgabe von Daten

Als zweites Problem stellt sich die Frage, wie man bei einer Rückabwicklung des Vertrages die bereits erhaltenen Daten zurückgeben kann.¹⁶ Wählt der Käufer den Rücktritt, müssen die Parteien einander gemäß § 346 Abs. 1 BGB die empfangenen Leistungen zurückgewähren.¹⁷ Hier bereitet vor allem die Rückgewähr von Daten faktische Schwierigkeiten, da Daten unbeschränkt kopierbar sind. Letztendlich erfolgt statt der Rückgabe der Daten die Löschung der beim Anwender verbliebenen Kopien.¹⁸ Aber auch die Löschung ist faktisch schwierig. Der Käufer (Nutzer) kann regelmäßig nicht sicherstellen, dass die Daten gelöscht sind. In nicht wenigen Fällen behilft man sich hier mit notarieller Beurkundung.¹⁹ Die Rechtsprechung zweifelt aber zunehmend, ob notarielle Erklärungen die Löschung effektiv absichern können. So hat der *BGH*²⁰ im Rahmen der für Software geltenden Erschöpfung erklärt, dass der spätere Erwerber sich nur dann auf die Erschöpfung berufen könne, wenn der Ersterwerber die entsprechend veräußerten Kopien des

Computerprogramms für sich selbst unbrauchbar gemacht habe. Es müsse im konkreten Fall vom Zweiterwerber hinreichend sichergestellt werden, dass die Software beim Ersterwerber auch tatsächlich gelöscht wurde. Die Vorstellung, man könne Software oder Daten durchgängig rückstandslos löschen, geht aber an der technischen Realität vorbei. Nach dem derzeitigen Stand der Technik würde das nur über eine physische Vernichtung des Datenträgers in Form einer Zerkleinerung oder Entmagnetisierung möglich sein. Wie *Hunzinger* im Kontext des Datenschutzrechts deutlich gemacht hat²¹, ist Löschung eine Utopie, die durch das Unbrauchbarmachen ersetzt werden sollte. Dies würde es ermöglichen, auch Verfahren wie eine Verschlüsselung zu berücksichtigen, die keinem Löschen im engeren Sinne entsprechen.

3. Reichweite von § 346 Abs. 2 BGB

Im Übrigen ändert die Löschung nichts daran, dass der Anwender aufgrund der ursprünglich überlassenen Daten Kenntnisse und Produkte entwickeln kann, deren Rückgabe im Rahmen der Rücktrittsabwicklung nicht geschuldet ist. Wissen im „Hirn“, das zeigt schon die Diskussion um den Geheimnisschutz nach dem Geheimnisschutzgesetz, gehört niemandem außerhalb des „Hirns“. ²² Von daher bringt die Rückgabe von Daten im Rahmen von § 346 Abs. 1 BGB wenig. Würde man aus dieser Vorschrift eine Pflicht zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen annehmen, so müsste der Rücktrittsschuldner alle mit dem Wissen entwickelten Produkte und Dienstleistungen herausgeben. Dies kann nicht Sinn und Zweck der Vorschrift sein und zeigt, dass diese aus dem Zeitalter des Property Right, nicht hingegen des Access Right kommt.²³ Hier passen die Wertersatzregeln des § 346 Abs. 2 BGB nicht richtig. Man könnte an eine Anwendung des § 346 Abs. 2 Satz 1 BGB denken und den Schuldner zum Wertersatz verpflichtet sehen, soweit die Rückgewähr nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist. Allerdings scheint dem § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB entgegen zu stehen, der eine Wertersatzpflicht für die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung ausdrücklich ausschließt. Man könnte also argumentieren, dass die Nutzung der Daten ihrer Bestimmung entspricht und deren Ingebrauchnahme insofern nicht zu Kompensationsansprüchen führt. Allerdings ist diese Ausnahme nur auf den Fall der Verschlechterung nach Nr. 3 bezogen, nicht aber auf den in Nr. 1 erwähnten Fall des Ausschlusses der Rückgewähr nach der Natur des Erlangten.²⁴ Insofern ist der Wortlaut eindeutig und eröffnet daher die Möglichkeit, sogar neben der Rückgewähr eine Wertersatzpflicht zu statuieren.²⁵ Der Wertersatz wäre nach der vertraglich bestimmten Gegenleistung zu berechnen, in Ermangelung einer solchen Bestimmung nach dem objektiven Wert der Leistung. Allerdings soll § 346 Abs. 2 BGB der faktischen Vertragserfüllung dienen. Das Gesetz geht davon aus, dass eben die

¹³ *LG Düsseldorf*, Urteil v. 16. 3. 1994 – 5 O 4/94. Das *AG Offenbach*, Beschluss v. 27. 1. 1989 – 62 M 841/89 hat die Vollstreckbarkeit gänzlich verneint. Vgl. auch *KG Berlin*, Beschluss v. 8. 3. 1994 – 1 W 7446/93.

¹⁴ Sehr schön technisch beschrieben wird das Verfahren bei *Jockisch*, Praktische Anwendung kryptografischer Prüfsummen, <http://peterjockisch.de/texte/computerartikel/Kryptographische-Pruefsummen/Kryptographische-Pruefsummen.html> (zuletzt abgerufen 25. 5. 2020).

¹⁵ Siehe *Basar/Hieramente*, Datenbeschlagnahme in Wirtschaftsstrafverfahren und die Frage der Datenlöschung, *NStZ* 2018, 681 (685).

¹⁶ Dieses Problem nimmt noch bei der Verwendung von Cloud-Diensten zu. Im Zeitalter der überwiegenden Nutzung von Cloud-Funktionalitäten im Sinne von Software-as-a-Service und damit überwiegend Mietvertragskonstellationen wird der Großteil der Software und Daten den Unternehmen nicht physisch überlassen, sondern als Cloudservice zur Verfügung gestellt. Dann stellt sich aber erst recht die Frage, wie man im Rahmen eines solchen Mietvertrages die Rückgabe von gemieteten Daten überhaupt bewerkstelligt.

¹⁷ Bedauerlicherweise hat *Marly* neuerdings die Ansicht vertreten, dass bei Software der Rücktritt automatisch einen Wegfall der bestehenden Nutzungsrechte auslöst; vgl. *Marly*, *Praxishandbuch Softwarerecht*, 7. Aufl. 2018, Rn. 1311 gegen seine eigene Ansicht bis zur 5. Aufl.

¹⁸ *Redeker*, in: *Redeker*, *IT Recht*, 6. Aufl. 2017, Rn. 366; v. *Gravenreuth*, Probleme im Zusammenhang mit der Minderung oder Wandlung mangelhafter Software, *BB* 1989, 1925 (1926).

¹⁹ Siehe dazu ausführlich *Stefan Seitz*, *Gebrauchte Softwarelizenzen*, 2010, S. 227 ff.

²⁰ *BGH*, Urteil v. 11. 12. 2014 – I ZR 8/13.

²¹ *Hunzinger*, *Das Löschen im Datenschutzrecht*, 2018 (zugleich Diss. Münster 2018).

²² Siehe *Gaugenrieder*, Einheitliche Grundlage für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Europa – Zukunftstraum oder Alptraum, *BB* 2014, 1987 (1992); *Schregle*, Neue Maßnahmen zum Geheimnisschutz in Geschäftsgeheimnisstreitsachen, *GRUR* 2019, 912 (915).

²³ Siehe dazu grundlegend *Rifkin*, *The Age of Access*, 2001.

²⁴ Siehe *Kaiser*, *Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform*, *JZ* 2001, 1057 (1061 ff.).

²⁵ Allerdings ist der Wortlaut von § 346 Abs. 2 BGB insofern misslungen, als dort ausdrücklich auf den Fall *statt* der Rückgewähr oder Herausgabe abgestellt wird. Dem steht aber entgegen, dass eine Wertersatzpflicht besteht, *soweit* die Rückgewähr nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist

Sache schon so wie gedacht genutzt würde und die Einpreisung der Sache durch den Verkäufer auf der einen Seite dem Nutzungsgewinn des Käufers auf der anderen Seite entspricht. Das legt den Schluss nahe, dass das Gesetz auch bei Daten davon ausgeht, dass sämtliche Nutzungen durch die Rücktrittspartei schon im ursprünglichen Kaufpreis eingepreist sind. Indem dieser als Wertersatz dem Verkäufer erstattet wird, wird der Vertrag also faktisch erfüllt. Mit der Begrenzung auf den Kaufpreis handelte es sich um eine ökonomisch äußerst sinnvolle Regelung, gerade bei Daten, da die Berechnung des Wertersatzes für jegliche Weiterverwendung der Daten enorme Schwierigkeiten aufwerfen würde, die wiederum in einem (zu) hohen Preis der Daten münden würde. Die entscheidende Frage wäre also, ob auch im Datenkontext die Nutzungsgewinne Äquivalent zum ursprünglichen Erwerbspreis der Kauf- bzw. Nutzungsberechtigung sind. Davon ist in einer Marktwirtschaft auszugehen. Im Ergebnis entsprechen die Wertersatzregeln des § 346 BGB gerade der Besonderheit des Datenmarktes nicht.

IV. Qualität

Es stellt sich im Weiteren die Frage, wie man aus rechtlicher Sicht die Aktualität, Anpassung, Anreicherung und Portabilität von Daten sicherstellt. Im Schwerpunkt sollen im Folgenden die besonderen Probleme der Aktualisierung und Anpassung von Daten thematisiert werden.

1. Aktualisierung

Daten im Industrie-4.0-Umfeld müssen stetig aktualisiert werden und werden regelmäßig von Maschinen generiert. Daten in einem vertrieblichen Umfeld werden auch immer up-to-date benötigt, hingegen aber regelmäßig durch externe Faktoren wie das Nutzungs- bzw. Anwendungsverhalten von natürlichen Personen bestimmt. Für den Bereich der Mängelansprüche ist daher die Konkretisierung der Datenqualität von zentraler Bedeutung. Dieses Prinzip findet sich spezialgesetzlich im Datenschutzrecht wieder.²⁶ Dort erweist sich die Veränderung des Prinzips allerdings als eher unglücklich und wenig durchdacht. Mit Datenschutz hat die Frage der Datenqualität wenig zu tun. Es geht vielmehr um eine Frage des allgemeinen Zivilrechts.²⁷

Die vertragsrechtlichen Regeln zur Sicherung der Datenqualität sind überaltert. Sie stammen aus den warenorientierten Wirtschaftsstrukturen des 19. Jahrhunderts und sichern allenfalls ausnahmsweise eine Haftung in vertraglichen oder vertragsähnlichen Verhältnissen. Dementsprechend erörtern die wenigen Literaturstimmen zur Datenqualität bei Big Data im Kern nur die Haftung für Übertragungsfehler.²⁸

2. Reichweite der Informationshaftung

Zum Schwur kommt die Thematik der Informationshaftung in der Informationsgesellschaft gerade dadurch, dass Daten selbst zum Gegenstand von Verträgen gemacht werden.²⁹

²⁶ Art. 5 DSGVO; siehe dazu *Hoeren*, Big Data und Datenqualität – ein Blick auf die DS-GVO, ZD 2016, 459 (495 ff.).

²⁷ Siehe *Hoeren*, Thesen zum Verhältnis von Big Data und Datenqualität – Erstes Raster zum Erstellen juristischer Standards, MMR 2016, 8 (10).

²⁸ Siehe *Peschel/Rockstroh*, Big Data in der Industrie – Chancen und Risiken neuer datenbasierter Dienste, MMR 2014, 571 (575).

²⁹ Erstaunlich ist, dass Experten zu dem Thema nichts anderes als Vertragsstrafen einfällt, „weil das gesetzliche Schadensersatzrecht mit den hohen Hürden für den konkreten Nachweis eines Schadens für weite Bereiche

Traditionell geht die Rechtswissenschaft für den ehemals einzig denkbaren Fall eines Informationsverkaufs – in Buchform – davon aus, dass hierbei der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch nur schwer bestimmt werden könne.³⁰ Ein Käufer/Leser eines Buches hege keine schützenswerten Erwartungen an den Inhalt eines Buches;³¹ solche Erwartungen seien regelmäßig nur irrelevante Informationswünsche.³² Grenzen seien erst überschritten, wenn eine überdurchschnittlich hohe Zahl von Druckfehlern vorliege, Seiten fehlten oder etwa eine Gesetzensammlung vollständig veraltet sei.³³ Alternativ wird mit Zusicherungen³⁴ oder einem selbständigen Beratungsvertrag³⁵ gearbeitet. Ansonsten bestehe die Gefahr, dass die gewöhnlich zu fordernde Verlässlichkeit tatsächlicher Angaben verschuldensunabhängig zur Gewährleistung führen würde.³⁶

3. Standards zur Datenqualität

Als Vision wäre es möglich, Datenqualität durch die Verbindung mit entsprechenden Datenqualitätsstandards abzusichern und durch harte zivilrechtliche Instrumentarien einzufordern. Eine Kategorisierung von Daten in „richtig“ oder „falsch“ ist nicht sachgerecht. Big Data hat mit Korrelationen und Wahrscheinlichkeiten zu tun und eignet sich nicht für bipolare Wahrheitsaussagen. Aber gerade in der Gleichsetzung von Wahrscheinlichkeiten und Tatsachen liegt eine der größten Haftungsfallen der Big-Data-Diskussion. *Danah Boyd*, eine bekannte US-amerikanische Soziologin, hat schon 2010 vor den tragischen Missverständnissen in der Szene gewarnt: „Bigger Data are not always better Data“.³⁷ Und sie weist zu Recht darauf hin:

„Interpretation is the hardest part of doing data analysis. And no matter how big your data is, if you don't understand the limits of it, if you don't understand your own biases, you will misinterpret it.“

Dabei erweist es sich allerdings als fatal, dass die IT-Diskussion um Standards für die Datenqualität nach anfänglichem Aufflackern im Sande verlaufen ist. Aus den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts stammen die gängigen Datenqualitätsstandards, zum Beispiel Korrektheit, Konsistenz, Aktualität, Vollständigkeit, Eindeutigkeit.³⁸ Diese Dis-

des Datenhandels ungeeignet ist“ (*Fries/Streifen*, Märkte für Maschinendaten, MMR 2019, 721 [724]).

³⁰ *BGH NJW* 1988, 2597; auch dazu *Wertenbruch*, Gewährleistung beim Kauf von Kunstgegenständen nach neuem Schuldrecht, NJW 2004, 1977 (1979 f.); *Haberstumpf*, Verkauf immaterieller Güter, NJOZ 2015, 793 (796) hält daran fest, dass nur der körperliche Gegenstand Anknüpfungspunkt für einen Sachkauf sein könne.

³¹ *Westermann*, in *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2019, § 434 Rn. 79.

³² *BGH NJW* 1958, 138.

³³ *AG Stuttgart NJW-RR* 1995, 565; siehe auch *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 53. Ed. 2020, § 434 Rn. 72; *Foerste*, Die Produkthaftung für Druckwerke, NJW 1991, 1433 (1436); *Huber*, in: *Soergel*, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 a. F. Rn. 344.

³⁴ *BGH NJW* 1973, 843; krit. dazu *Huber*, in: *Soergel* (Fn. 33), § 459 a. F. Rn. 344.

³⁵ *BGH NJW* 1978, 997; näher *Köndgen*, Die Haftung von Börseninformationsdiensten, JZ 1978, 389; v. *Herzberg*, Die Haftung von Börseninformationsdiensten, 1987.

³⁶ *Westermann*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 31), § 434 Rn. 79.

³⁷ *Boyd*, Privacy and Publicity in the Context of Big Data, WWW, Raleigh, North Carolina 2010, abrufbar unter: <http://www.danah.org/papers/talks/2010/WWW2010.html> (zuletzt abgerufen 14. 4. 2020).

³⁸ *Heinrich/Klier*, Datenqualitätsmetriken für ein ökonomisch orientiertes Qualitätsmanagement, in: *Hildebrand* et al. (Hrsg.), Daten- und Informationsqualität, 2. Aufl. 2012, S. 49–66; *Heinrich/Kaiser/Klier*, How to measure Data Quality? A Metric-based Approach, in: 28th International Conference of Information Systems (ICIS), Montreal 2007, abrufbar unter: <https://epub.uni-regensburg.de/23633/1/heinrich.pdf> (zuletzt abgerufen 14. 4. 2020).

kussion wurde bis 2008 geführt und mündete in der Gründung einer Deutschen Gesellschaft für Datenqualität (DGDQ), die dann um 2010 wieder aufgelöst wurde. Derzeit wird immer noch über eine ISO-Normierung (ISO 8000)³⁹ nachgedacht, deren Konturen allerdings noch nicht abzusehen sind.

4. Ebenen der Datenqualität

Standard ist inzwischen die Differenzierung zwischen fünf Qualitätsebenen: availability, usability, reliability, relevance, and presentation quality.⁴⁰ Dieses Modell verweist auf die Komplexität einer Qualitätssicherung bei Big Data. Gefordert ist hier nicht nur die Genauigkeit der Input-Daten. Vielmehr muss der gesamte Vorgang vom Input der Daten bis hin zur Präsentation der endgültigen Datenkorrelationen angemessen strukturiert sein.

Bei der Verfügbarkeit (availability) wird zwischen der Zugänglichkeit der Daten (accessibility) und der zeitlichen Aktualität (timeliness) unterschieden. Die accessibility wird mit Indikatoren wie der Möglichkeit einer Datenzugangsschnittstelle und der Chance, die verwendeten Daten frei oder kostengünstig erhalten zu können, gemessen. Die „timeliness“ soll über Verfahren gesichert werden, die das regelmäßige Update der Input-Daten und eine angemessene Projektierung der Zeitphasen vom Input über die Verarbeitung bis hin zum Output gewährleisten. Auch die usability muss gesichert werden, etwa über die regelmäßige Auditierung durch Experten oder über die Beachtung der Herkunft der Input-Daten. Zu beachten ist ferner, dass nicht nur die Relevanz des Outputs („fitness for purpose“) gefordert wird, sondern ein Schwerpunkt auch auf die „readability“ gelegt wird – die Verständlichkeit des Outputs und dessen Präsentation in einer Art und Weise, die Missverständnisse vermeidet. Insofern bedarf es dringend einer allgemeinen industriepolitischen Diskussion um Datenstandards unter besonderer Berücksichtigung der Qualität von Daten. Auch die wissenschaftliche Diskussion um Data Quality muss vorangetrieben werden, da es hier um eine der Grundfragen für die Entwicklung ganzer Märkte geht.

V. AGB-Recht: neu – gebraucht

Schwierigkeiten ergeben sich auch bei der Frage, ob die Gewährleistung bei Daten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 309 Nr. 8b bb BGB beschränkt werden darf. Denn diese Bestimmung gilt nur für Verträge über die Lieferung neu hergestellter Sachen. Bei Verträgen über den Kauf gebrauchter Sachen wird der formularmäßige Ausschluss der Gewährleistung grundsätzlich für zulässig erachtet.⁴¹ So sollen die Formeln „wie steht und liegt“ oder „wie besichtigt unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“ auch bei verborgenen Mängeln der Kaufsache wirksam sein. Die Ratio der Vorschrift und der darin zugrunde gelegten Unterscheidung

von neuen und gebrauchten Sachen liegt in dem Vorliegen von Abnutzungs- und Verschleißerscheinungen bei Secondhand-Produkten.⁴² Wie einleitend erläutert, sind Daten ein Gut, das keinem Verschleißprozess unterliegen kann. So hat der *EuGH* in der Entscheidung „Tom Kabinett“ entschieden:

„Es kann jedoch nicht angenommen werden, dass die Überlassung eines Buches auf einem materiellen Träger und die Überlassung eines E-Books in wirtschaftlicher und funktioneller Hinsicht vergleichbar sind. So werden die nicht körperlichen digitalen Kopien – anders als Bücher auf einem materiellen Träger – nämlich durch den Gebrauch nicht verschlechtert, so dass die ‚gebrauchten‘ Kopien einen perfekten Ersatz für neue Kopien darstellen.“⁴³

Daraus könnte sich ergeben, dass Daten als solche immer als neu einzustufen sind. Nach der herrschenden Meinung ist aber eine Sache neu, solange sie noch nicht in ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch genommen wurde.⁴⁴ Man kann diese Definition auch im Lichte des Wortlauts des § 309 Nr. 8b bb BGB verstehen, der zusätzlich noch Werkleistungen anspricht. Es soll unterschieden werden zwischen Verträgen über Individualprodukte und über Produkte, die schon als standardisiert, vorgefertigt zu verstehen sind. Legt man diese Definition zugrunde, sind Daten oft nicht neu, da sie regelmäßig vor dem Weiterverkauf eingesetzt und verwendet worden sind. Diese Definition geht ersichtlich von einer technischen Herstellung von Gegenständen aus und damit auch von klassischen Wertschöpfungsketten und Vertriebsmechanismen. All das wird bei Daten im heutigen Big-Data-Kontext auf den Kopf gestellt aufgrund der zirkulären Wertschöpfung, bei der es zu keiner Sekunde einen nicht bestimmungsgemäßen Gebrauch gibt. Notwendig ist daher noch eine teleologische Auslegung.

Teleologisch geht es um den Verschleiß der Sache: Der Gebrauchwarenverkauf soll erleichtert werden, da auch die Erwartungen des Käufers andere sind. Bei Daten geht der Käufer dagegen von derselben Qualität aus, es verändert sich nur der relative Bezug der Daten zur Außenwelt, etwa wenn die Daten heute veraltet sind oder wenn das Format heute nicht mehr „en vogue“ ist. Die absoluten Eigenschaften des Datensatzes bleiben aber unverändert; die Unterscheidung zwischen neuen und gebrauchten Daten ist daher nicht zulässig. Praktisch bedeutet das nicht, dass der vollständige Ausschluss der Haftung für Sachmängel in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig wäre und die gesetzlich vorgegebene Risikoverteilung gerade beim Datenmarkt aufgehoben werden könnte. Die Sachmängelhaftung ist ein tragendes Prinzip des Kaufrechts, das man nicht vollständig ausschließen darf. Jedoch sind mangels Anwendbarkeit von § 309 Nr. 8b bb BGB für den Unternehmer wohl mehr Möglichkeiten gegeben, die Haftung im Rahmen des § 307 BGB zu beschränken. Unter Beachtung der Generalklausel ist es daher möglich, die Risiken von Datenmängeln weitgehend auf den Käufer zu verlagern. Dies gibt den Unternehmen auf dem Datenmarkt zusätzlichen Gestaltungsspielraum insbesondere für die Handhabung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen, um eigene Standards insbesondere für die Gewährleistung und Haftung beim Austausch von Daten zu vereinbaren.

³⁹ Wang, J. L./Li/Wang, Q., Research on ISO 8000 Series Standards for Data Quality, Standard Science 12 (2010), 44–46.

⁴⁰ Capiello/Françalanci/Pernici, Data quality assessment from user's perspective. Procedures of the 2004 International Workshop on Information Quality in Information Systems, New York, ACM 2004, 78 ff.

⁴¹ Coester-Waltjen, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, § 309 Nr. 8 Rn. 21.

⁴² Dazu auch Hoeren, Ausschluss der Gewährleistung bei Gebrauchsoftware, CR 1992, 257 (257 f.).

⁴³ EuGH, Urteil v. 19. 12. 2019 – C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111, Nederlands Uitgeversverbond/Groep Algemene Uitgevers, Rn. 58.

⁴⁴ Coester-Waltjen, in: Staudinger (Fn. 41), § 309 Nr. 8 Rn. 22.

VI. Fazit

Datenverträge sind schon nach dem guten alten BGB handhabbar und können nach allgemeinen Prinzipien des Zivilrechts strukturiert werden. Man sollte sich hüten, vorschnell auf das Urheberrecht, Verbraucherschutzrecht oder Datenschutzrecht zu schießen.⁴⁵ Allerdings gilt es, den Besonderheiten des Datenmarkts entsprechend, die Spezifika eines allgemeinen Datenvertragsrechts zu bestimmen. So können die Risiken der Mangelhaftigkeit von Daten weitestgehend im Rahmen von §§ 307 ff. BGB auf dem Käufer abgewälzt werden. Dinglich wirkende Verfügungsbeschränkungen an Daten sind unzulässig. Besondere technische Maßnahmen sind zur Spezifizierung des Vertragsgegenstandes erforderlich, etwa was dessen Rückgabe oder Löschung angeht. Grundlage für alle Klauseln ist die Anwendbarkeit des Kaufrechts über § 453 BGB.

Diese Überlegungen können aber nur ein erster Anstoß sein. Der Datenmarkt ist notwendigerweise international. Insofern bedarf es weiterer Untersuchungen etwa zur Reichweite des UN-Kaufrechts für Rohdaten⁴⁶ und zu der Stellung solcher Daten in den Rechtssystemen anderer Staaten,

allen voran in den USA und China⁴⁷. Die EU-Verordnung über den freien Datenmarkt⁴⁸ stellt insofern nur einen ersten Schritt zur Etablierung europaweiter Freiheitsstandards im rechtlichen Umgang mit Rohdaten dar. Es bräuchte einen klaren pragmatischen Blick im Umgang mit Daten gerade auch in der internationalen Perspektive. Am Ende muss es künftig darum gehen, einen verlässlichen juristischen Weg für eine nicht an Grenzen haltmachende Nutzung von (nicht personenbezogenen) Daten aufzuzeigen, der auf der einen Seite verantwortungsvoll und ethisch vertretbar ist und auf der anderen Seite die EU in die Lage versetzt, etwaigen Nachholbedarf bei der Kommerzialisierung von Daten gegenüber den USA und China zu kompensieren, um sich mit juristischer Unterstützung auch international ökonomische Vorteile zu verschaffen.

⁴⁵ Koch, in: *Loewenheim* (Fn. 12), § 77 Datenbankverträge Rn. 1, 132 ff.; Hoeren (Fn. 27), S. 9.

⁴⁶ Hierzu bereits Scheuch, Daten als Gegenstand von Leistung und Gegenleistung im UN-Kaufrecht, *ZVglRWiss* 118 (2019), 375–421.

⁴⁷ Zur Diskussion in den USA: Kommission, Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy Accompanying the document Communication Building a European data economy, SWD/2017/02 final, S. 24; Zur Diskussion in China: Yi, Daten als eigentumsrechtlicher oder immaterialgüterrechtlicher Gegenstand in China, *GRUR Int.* 2019, 238–246.

⁴⁸ VO (EU) 2018/1807 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14. 11. 2018 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht personenbezogener Daten in der Europäischen Union, ABl. L 303/59, 28. 11. 2018; Im Kommissionsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht wurden digitale Inhalte erstmals aufgenommen; hierzu eine umfassende Analyse bei Druschel, Die Behandlung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR), 2014.