

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einführung in die Thematik 25

§ 1	Einleitung	25
§ 2	Problemaufriss	26
§ 3	Gang der Untersuchung und Methodik	28
§ 4	Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	30
§ 5	Begriffsbestimmung wesentlicher Merkmale	31
A.	Der Datenbegriff	31
I.	Information als Verringerung von Unbestimmtheit	31
II.	Information und Bedeutung	32
III.	Unterscheidbare Informationsebenen innerhalb von Daten	33
1.	Strukturelle Information	33
2.	Syntaktische Information	34
3.	Semantische Information	34
IV.	Speicherung, Verarbeitung und Erzeugung von Information	35
V.	Daten als maschinenlesbar codierte Information	35
VI.	Der juristische Datenbegriff	36
B.	Softwareüberlassung	37
C.	Stationäre und mobile Endgeräte	38

Teil 2

Rahmenbedingungen der Austauschverhältnisse 40

§ 6	Wirtschaftliche Grundlagen	41
A.	Personenbezogene Daten als Wirtschaftsgut	41
I.	Anfänge der Kommerzialisierung personenbezogener Daten	41
II.	Digitalisierung des Alltags	43
III.	Das Datensubjekt als Kunde und Rohstoffquelle	45
IV.	Ökonomie der Privatsphäre	47
1.	Thesen der Chicago School	48
2.	Aufkommen der elektronischen Datenverarbeitung	49

3. Beginn des digitalen Zeitalters	50
B. Geschäftsmodelle datengetriebener Austauschgeschäfte	51
I. Personalisierte Online-Werbung	52
1. Geschäftsmodell	52
2. Akteure	53
a) Werbetreibende	53
b) Werbeträger und Vermarkter	54
3. Ablauf der Schaltung personalisierter Werbung	54
II. Suchmaschinenmarketing	56
1. Geschäftsmodell	56
2. Akteure	57
3. Ablauf der Werbeausspielung auf Suchmaschinen	57
III. Soziale Netzwerke und Medien	58
1. Geschäftsmodell und Akteure	58
2. Werbeschaltung in sozialen Medien	59
IV. Telematik-Tarife	59
1. Geschäftsmodell und Akteure	59
2. Ablauf der Datenerfassung und der Prämienberechnung	60
V. Resümee zu den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen	61
§7 Technische Grundlagen	62
A. Übermittlung personenbezogener Daten im Internet	62
I. Datenerzeugung in informationstechnologischen Systemen	62
II. Beteiligte informationstechnologische Systeme	63
III. Die Verknüpfung von Endgeräten im Internet	64
IV. Ablauf der Datenübermittlung über Netzwerkprotokolle	65
V. Übertragung auf das Untersuchungsmodell	67
B. Methoden der Datenerhebung und Datenverarbeitung	67
I. Digital Analytics	69
1. Logdateien-Analyse	69
2. Cookies	71
3. Zählpixel, JavaScript und Fingerprints	71
4. Netzwerkprotokollanalyse oder Data-Sniffing-Technologien	73
5. Mobile Advertising IDs (MAIDs)	73
II. Eingebettete Systeme	73
1. In mobile Endgeräte eingebaute Sensorik	74
2. Technologien zur Ortung des Datensubjekts	76
3. Datenverarbeitung im Rahmen von Telematik-Tarifen	78
III. Resümee zu den Methoden der Datenerhebung und -verarbeitung	79

§ 8 Rechtliche Grundlagen	80
A. Verfassungs- und europarechtlicher Rahmen	80
I. Datenschutzrecht	80
1. Europarechtlicher Rahmen	81
a) Primärrechtliche Quellen	81
b) Sekundärrechtliche Quellen	82
2. Quellen des Datenschutzes im Grundgesetz	83
II. Das Austauschverhältnis ausgestaltende Grundrechtspositionen	83
1. Grundrechtspositionen des Datensubjekts	84
a) Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung	84
b) Personenbezogene Daten als Eigentum	87
aa) Rechtsstellung an der strukturellen Informationsebene	88
bb) Rechtsstellung an der syntaktischen Informationsebene	89
cc) Rechtsstellung an der semantischen Informationsebene	91
c) Allgemeine Handlungsfreiheit	93
d) Grundrechtliche Grenzen von Telematik-Versicherungen	94
2. Grundrechtspositionen der datenverarbeitenden Partei	95
a) Informationsfreiheit	95
b) Berufsfreiheit	97
c) Kein Eigentumsrecht an personenbezogenen Daten	97
d) Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG	98
III. Resümee zum verfassungs- und europarechtlichen Rahmen	99
B. Vertragsrechtlicher Rahmen	99
I. Daten in zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen	100
1. Personenbezogene Daten als Gegenstand und Immaterialgut	100
2. Daten als Vertrags- und Leistungsgegenstand	101
3. Die datenschutzrechtliche Einwilligung im Zivilrecht	104
4. Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht	108
II. Besonderheiten des Urheber- und Versicherungsvertragsrechts	110
1. Urheberrechtliche Besonderheiten der Softwareüberlassung	110
a) Software als Immaterialgut nach dem Urheberrecht	110
b) Urhebervertragliches Fundament	111
c) Konsequenzen für das Austauschverhältnis	112
2. Versicherungsvertragliche Besonderheiten der Telematik	113
a) Rechtliche Rahmenbedingungen	114
aa) Zulässigkeit nach Versicherungszweigen	114
bb) Voraussetzungen und Folgen von Gefahrerhöhungen	115
b) Einfluss des VVG auf die vertragliche Ausgestaltung	116

C. Datenschutzrechtlicher Rahmen	117
I. Zur Geschichte des europäischen Sekundärrechts	117
II. Umsetzung des europäischen Datenschutzrechts in Deutschland	118
III. Rahmenbedingungen der DSGVO	119
1. Anwendungsbereich	119
2. Personenbezogene Daten nach der DSGVO	121
a) Identifizierte oder identifizierbare natürliche Person	121
b) Relativer oder absoluter Personenbezug	122
aa) Streitstand vor Einführung der DSGVO	122
bb) Streitstand nach Einführung der DSGVO	124
3. Wesentliche Datenkategorien	126
a) Besondere personenbezogene Daten nach Art. 9 DSGVO	126
b) Sach- und Geodaten	127
c) Pseudonymisierte Daten	127
d) Anonymisierte Daten	128
e) Personenbezug statischer und dynamischer IP-Adressen	128
IV. Relevanz des Datenschutzrechts für das Austauschverhältnis	129
V. Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung	130
1. Eindeutig bestätigende Handlung der betroffenen Person	131
2. Bestimmtheit der Einwilligung	132
3. Informiertheit des Betroffenen	133
4. Freiwilligkeit der Einwilligung	134
5. Form der Einwilligung und formularmäßige Einwilligungen	135
VI. Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO	136
1. Allgemeines	136
2. Anwendung auf datengetriebene Austauschgeschäfte	137
VII. Widerruflichkeit der Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO	141
1. Allgemeines	141
2. Bedenken gegen die Uneinschränkbarkeit des Widerrufsrechts	143
3. Vorschläge zur Einschränkung des Widerrufsrechts	145
a) Uneinschränkbarkeit des Widerrufsrechts	145
b) Einschränkung oder Ausschluss des Widerrufsrechts	147
aa) Übersicht zum Meinungsstand	147
bb) Relevanz schützenswerter Datenverarbeitungsinteressen?	149
c) Teleologische Reduzierung von Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO	151
4. <i>De lege lata</i> : Uneinschränkbarkeit des Widerrufsrechts	153

Teil 3

	Die Einordnung der Austauschverhältnisse	156
§ 9	Vertragstypologie datengetriebener Austauschverhältnisse	156
	A. Einleitung und historischer Überblick	156
	B. Grundlagen der Vertragstypologie	157
	C. Notwendigkeit einer vertragstypologischen Einordnung	159
	D. Das System der Vertragstypen	160
	I. Typische und atypische Verträge	160
	II. Kriterien der Qualifikation als gesetzlicher Vertragstypus	162
	E. Zur rechtlichen Behandlung atypischer Verträge	162
	I. Theorien zur Rechtsnaturbestimmung	163
	II. Vorzüge eines faktisch teleologischen Vorgehens	163
§ 10	Qualifizierung der Austauschverhältnisse	165
	A. Bestimmung der Einordnungskriterien	165
	I. Zwecksetzung der Vertragsparteien und typische Interessenlage	165
	1. Ausgangskonstellation	165
	2. Ausgestaltung datengetriebener Austauschgeschäfte	166
	a) Die Geschäftsbedingungen zur Google-Suche	167
	aa) Google-Nutzungsbedingungen	167
	bb) Google-Datenschutzerklärung	168
	b) Benutzung des sozialen Netzwerks von Facebook	170
	aa) Facebook Nutzungsbedingungen	170
	bb) Facebook-Datenrichtlinie	171
	c) Allianz BonusDrive-Versicherung	171
	d) Erkenntnisse aus der Gestaltung der Geschäftsbedingungen	172
	3. Typische Interessenlage der Vertragsparteien	173
	a) Wesentliche Anbieterinteressen	175
	aa) Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten	175
	bb) Richtigkeit der Daten	177
	cc) Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung	178
	b) Wesentliche Interessen der Datensubjekte	179
	aa) Erlangung der Anbieterleistung	179
	bb) Personalisierung von Werbung und Angeboten?	180
	cc) Unentgeltlichkeit der Anbieterleistung?	181
	4. Relevanz und Einfluss des Privacy Paradox	182
	5. Resümee zu Interessen und Zwecksetzung	186

a) Interessen auf Seiten der Anbieter	186
b) Interessen auf Seiten der Datensubjekte	186
II. Ausgangspunkt der rechtlichen Bewertung	187
1. Kein Vorliegen eines Gefälligkeitsverhältnisses	187
2. Nutzungsbedingungen und Datenschutzerklärung als AGB	190
3. Zustandekommen der Vertragsverhältnisse	191
III. Prägende Merkmale datengetriebener Austauschverhältnisse	192
1. Beliebigkeit der Anbieterleistung	192
2. Die Leistung des Datensubjekts	193
a) Grundlagen und Konzeption	193
b) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	195
aa) Die bloße Datenübermittlung als Gegenleistung	197
bb) Die Ansicht von Linardatos	197
cc) Die Einwilligung als Kern der Gegenleistung	199
dd) Vorzugswürdigkeit des Abstellens auf die Einwilligung	201
c) Dauerschuldcharakter der Leistungspflichten	204
d) Restimee zur Leistung des Datensubjekts	205
IV. Entgeltlichkeit datengetriebener Austauschverhältnisse	206
1. Daten als Zahlungsgegenstand	206
2. Voraussetzungen der Entgeltlichkeit	207
3. Bedeutung der Entgeltlichkeit	209
4. Anwendung auf datengetriebene Austauschgeschäfte	210
a) Objektive Unentgeltlichkeit	210
aa) Die Überlassung von Daten	211
bb) Die datenschutzrechtliche Einwilligung	212
cc) Die Möglichkeit einer Kommerzialisierung	212
b) Subjektive Unentgeltlichkeit	213
aa) Meinungsstand in der Rechtswissenschaft	213
bb) Unbeachtlichkeit einer (kommerziellen) Datenpreisgabe	214
cc) Würdigung	215
5. Gegenleistungscharakter	217
a) Vertragserfüllung und vorvertragliche Maßnahmen (lit. b)	219
aa) Zweck und Anwendungsbereich	219
bb) Relevanz für datengetriebene Austauschgeschäfte	220
cc) Restriktive Auslegung des Erforderlichkeitskriteriums	222
b) Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (lit. c)	226
aa) Untauglichkeit als Rechtsgrundlage im Ausgangspunkt	226
bb) Legitimierung über Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 DSGVO	226

cc) Legitimierung über Art. 6 Abs. 4 DSGVO	229
c) Wahrung berechtigter Interessen (lit. f)	230
aa) Zwecksetzung von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	230
bb) Rechtliche Vorgaben der Interessenabwägung	231
cc) Relevanz innerhalb datengetriebener Austauschgeschäfte	233
d) Resümee zum Gegenleistungscharakter der Datenpreisgabe	235
6. Verknüpfung der Leistungen	236
a) Synallagmatische Verknüpfung	237
b) Konditionale Verknüpfung	238
c) Kausale Verknüpfung	239
7. Verknüpfungsform datengetriebener Austauschverhältnisse	240
a) Grundsätzliche Ablehnung einer kausalen Verknüpfung	240
b) Synallagmatische oder konditionale Verknüpfung	241
aa) Das Synallagma als etablierte Literaturmeinung	243
bb) Irrelevanz des Einwands der fehlenden Durchsetzbarkeit	244
cc) Das konditionale Verknüpfungsmodell Hackers	246
c) Würdigung der Streitfrage	248
8. Ergebnisse der Untersuchung der Entgeltlichkeit	251
V. Dogmatische Grundstruktur der Datenpreisgabe	252
1. Die Pflicht zur Einwilligungserteilung	253
a) Behaltensgrund und Leistensollen des Datensubjekts	253
b) Eingeschränkte Durchsetzbarkeit der Leistungspflicht	254
aa) Unzulässigkeit der Leistungsdurchsetzung durch Rechtszwang	254
bb) Anwendbarkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrags	255
c) Erkenntnisse zur dogmatischen Grundstruktur	259
2. Die Pflicht zur Datenüberlassung zu kommerziellen Zwecken	260
3. Die Überlassung notwendiger Daten	261
a) Obliegenheit als Regelfall	261
b) Nebenleistungspflicht als Ausnahme	263
VI. Resümee zu den festgestellten Einordnungskriterien	265
B. Konkretisierung der vertragstypologischen Einordnung	266
I. Ausgangspunkt	266
II. Datengetriebene Austauschgeschäfte gegen monetäres Entgelt	267
1. Dauerhafte und vorübergehende Überlassung von Software	269
2. Softwarebasierte Dienstleistung über das Internet	270
III. Rechtliche Einordnung der datenbasierten Gegenleistung	272
1. Einordnung als Tausch	272
2. Einordnung als Naturalobligation	274

3. Einordnung als Obliegenheit	276
a) Konzeption nach Riehm	276
b) Würdigung	278
4. Lizenzvertragliche Einordnung	280
a) Übersicht über den Meinungsstand	280
b) Vorzugswürdigkeit der lizenzvertraglichen Qualifizierung	282
aa) Typenprägender Charakter der datenbasierten Gegenleistung ..	283
bb) Vorliegen eines sachgerechten Regelungsregimes	284
cc) Gleichlauf mit der bestehenden Rechtspraxis	287
IV. Auswirkungen auf die vertragstypologische Einordnung	289
V. Datenschutzrechtliche Verortung des Austauschvertrags?	290
§ 11 Erkenntnisse zur vertragstypologischen Einordnung	291

Teil 4

Konsequenzen der rechtlichen Qualifizierung 293

§ 12 Allgemeine Aspekte der Leistungspflichten	294
A. Anwendbarkeit des Trennungs- und Abstraktionsprinzips	294
I. Die Verpflichtung zur Datenüberlassung	294
II. Die Verpflichtung zur Einwilligungserteilung	295
1. Trennungsprinzip	295
2. Abstraktionsprinzip	296
a) Argumente gegen die Geltung des Abstraktionsprinzips	297
b) Vorzugswürdigkeit des Abstraktionsprinzips	297
B. Stellvertretungs- und Minderjährigenrecht	298
C. Besonderheiten des Verbraucherschutzes	300
I. Europäische Hintergründe der Verbraucherschutzvorschriften	300
II. Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften	301
1. Geltende Rechtslage	301
2. Änderungen infolge VerbRRl n.F. und BGB-E	302
III. Das verbraucherrechtliche Widerrufsrecht	304
1. Voraussetzungen des Widerrufsrechts	304
a) Geltende Rechtslage	304
b) Änderungen infolge VerbRRl n.F. und BGB-E	306
2. Rückgewähr der datenbasierten Leistung	308
a) Geltende Rechtslage	308
b) Änderungen infolge VerbRRl n.F. und BGB-E	310
IV. „Button-Lösung“ nach § 312j Abs. 2, 3 BGB	310

V. Erweiterung von § 312a Abs. 3 BGB	312
§ 13 Inhalt der datenbasierten Leistungspflichten	312
A. Leistungshandlung oder Leistungserfolg	312
B. Leistungszeit und Leistungsort	314
C. Richtigkeit der überlassenen Daten	315
D. Anwendbarkeit von § 243 Abs. 1 BGB	317
§ 14 Leistungsstörungsrecht	320
A. Die Leistung des Datensubjekts betreffende Störungen	320
I. Störungen der Pflicht zur Einwilligungserteilung	321
1. Verweigerung der Einwilligungserteilung	321
a) Dogmatische Umsetzung der fehlenden Erzwingbarkeit	322
aa) Vertretene Ansichten im Schrifttum	322
bb) Würdigung der Ansichten	323
b) Der Ausschluss von Sekundäransprüchen	325
c) Zulässigkeit der Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB	325
d) Kündigungsrecht des Anbieters und § 313 BGB	326
2. Folgen des Widerrufs der Einwilligung	326
a) Auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB	327
b) Kündigungsrecht des Anbieters	328
c) Vertragsbeendigung durch das Datensubjekt	330
d) Störung der Geschäftsgrundlage	331
e) Nichtigkeit nach § 139 BGB	332
II. Pflicht zur Datenüberlassung zu Kommerzialisierungszwecken	333
1. Verweigerung der Datenüberlassung	333
2. Vertragswidrigkeit der Daten	334
III. Die Überlassung notwendiger Daten	336
B. Auswirkungen von Störungen der Anbieterleistung	337
I. Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Anbieter	338
II. Die Sekundärrechte nach der DURL	339
1. Ziel und Anwendungsbereich der Richtlinie	339
2. Relevanz der Richtlinie für die datenbasierte Leistung	340
a) Rechtsbehelfe des Verbrauchers	340
b) Folgen der Vertragsbeendigung durch den Verbraucher	342
c) Umsetzung der DURL durch den BGB-E	343
aa) Anwendungsbereich und Regelungsinhalt	343
bb) Bedeutung des BGB-E für die datenbasierte Leistung	344
cc) Kritik und Modifizierungsbedarf betreffend § 327q BGB-E	347

§ 15 Schranken der Vertragsfreiheit	349
A. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	350
I. Grundlagen	350
II. Anwendung auf datengetriebene Austauschverhältnisse	351
B. Verstoß gegen die guten Sitten	357
I. Missbilligung der Kommerzialisierung von Daten	358
II. Ausnutzen von Vormachtstellungen	359
III. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	360
IV. Konsequenzen der Sittenwidrigkeit	362
C. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	363
I. Anwendbarkeit des AGB-Rechts	363
II. Einbeziehung von Klauseln in das Vertragsverhältnis	364
III. Überraschende und mehrdeutige Klauseln	365
IV. Kontrollfähigkeit der formularmäßigen Leistungspflichten	366
1. Ergänzung der oder Abweichung von der bestehenden Rechtslage	366
2. Leistungsbeschreibung und Preisvereinbarung	368
a) Kontrollfestigkeit der datenbasierten Leistungspflichten	368
b) Kontrollfähigkeit ergänzender Regelungen	370
V. Inhaltskontrolle ergänzender Regelungen	371
VI. Transparenzkontrolle der datenbasierten Leistungspflichten	374
VII. Rechtsfolgen und UKlaG	376
§ 16 Der Datenwert als ungerechtfertigte Bereicherung	378
A. Kondiktion der datenbasierten Leistung	378
I. Anforderungen der Leistungskondiktion	378
II. Anforderungen der Eingriffskondiktion	380
III. Anforderungen der <i>condictio ob rem</i>	383
B. Gegenstand und Umfang des Bereicherungsanspruchs	383
I. Grundlagen des Wertersatzanspruchs	383
II. Bemessung der Höhe des Wertersatzanspruchs	385
C. Der objektive Nutzungswert personenbezogener Daten	386
I. Ausgangspunkt der Wertbestimmung	386
II. Bewertung der datenbasierten Leistung im konkreten Fall	389

Inhaltsverzeichnis	19
--------------------	----

Teil 5

Schlussbetrachtungen	392
§ 17 Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit	392
§ 18 Befund der rechtlichen Qualifizierung	408
§ 19 Kodifikationsbedarf und Ausblick <i>de lege ferenda</i>	410
Literaturverzeichnis	412
Sachverzeichnis	432