

Simon Schwichtenberg

„Pay as you drive“ – neue und altbekannte Probleme

Der „Pay-as-you-drive“-Tarif hat Einzug in den deutschen Versicherungsmarkt gehalten. Mit ihm kommt es zu einer neuen Dimension der Datenerhebung im Alltagsleben. Dadurch stellen sich zahlreiche Fragen rund um das Recht der Datenverarbeitung, die für die Zukunft reichlich Diskussionsstoff beinhalten.

1 Einleitung

„Pay as you drive“ – zahle wie du fährst. Dieses Prinzip entwickelt sich in der Kfz-Versicherungsbranche zum neuesten Trend. Im Jahr 2011 noch als Versicherungsmodell der Zukunft bezeichnet,¹ bietet die „Sparkassen Direktversicherung AG“ (S-Direkt) als Pionier auf dem deutschen Versicherungsmarkt bereits seit Ende 2013 einen „Pay-as-you-drive“ (PAYD) Versicherungstarif an.² Aus der Zukunft ist damit schneller als gedacht die Gegenwart geworden.

Auf Seiten der Versicherungsnehmer scheint das neue Versicherungsmodell auf reges Interesse zu stoßen. Zumindest sind die ersten 1000 Testeinheiten des angebotenen PAYD-Tarifs vergriffen und es existiert eine Warteliste, in die sich weitere Interessierte eintragen können. Auch bei einem zuvor von der Württembergische Gemeinde-Versicherung (WGV) durchgeführten Testlauf zeigten die Teilnehmer, dass sie derartigen Modellen nicht abgeneigt sind.³

Im Folgenden soll dargestellt werden, vor welche altbekannten, aber auch neuen Fragestellungen das Recht rund um die Datenerhebung und -verarbeitung gestellt wird: Während die Probleme der Betroffenenrechte und die Fragen nach den Grenzen der Freiwilligkeit einer Einwilligung aus dem ebenfalls der Versicherungsbranche entstammenden früheren „Uniwagnis“-Modell vertraut erscheinen, sind die Fragen nach der prozessualen Verwertbarkeit der Fahrdaten im Gerichtsprozess aufgrund einer neuen Dimension der Datenerhebung aus dem Alltag bedeutsam wie nie zuvor. Zugleich bedingt das neue Ausmaß der Datener-

hebung eine wiederholte Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern das Datenschutzrecht einen Autonomie- und Diskriminierungsschutz gewährleisten sollte.

2 Das Interesse der Versicherer an PAYD-Tarifen

Der Kfz-Versicherungszweig ist nach Bruttobeitragseinnahmen hinter der Lebens- und der Privaten Krankenversicherung der drittgrößte Versicherungszweig Deutschlands.⁴ Die Versicherer sehen sich in dieser Versicherungssparte jedoch besonders schwierigen Marktbedingungen ausgesetzt, da der Markt weitgehend gesättigt und infolgedessen durch einen intensiven Preis- und Verdrängungswettbewerb geprägt ist. Die Basis für das Bestehen in diesem Wettbewerb ist ein möglichst ausdifferenziertes Prämienmodell, welches zum einen für die Kunden attraktive Konditionen beinhaltet und zum anderen zu einem adäquaten In-Verhältnis-Setzen von Prämie und übernommenem Risiko führt. Ein derartiges Prämienmodell können die Versicherer nur anbieten, wenn sie das individuelle Risiko jedes Versicherungsnehmers kennen und anhand dessen für jeden einzelnen Versicherungsnehmer die Prämie festsetzen. Das individuelle Verkehrsrisiko stellt hierbei ein hybrides Phänomen dar.⁵ Es ist zum einen das Ergebnis eines verfestigten Persönlichkeitsmerkmals im Sinne der Kraftfahreignung, zum anderen eine stets wiederkehrende Abwägungsentscheidung von Risiken und Nutzen eines gefahrgeneigten Verkehrsverhaltens, umgangssprachlich als „guter“ oder „schlechter Fahrstil“ bezeichnet. Beide Komponenten sind dem Versicherer größtenteils unbekannt, so dass er Wege finden muss, jene zu ermitteln. Einen solchen Weg hat die S-Direkt mit ihrem Versicherungsmodell gefunden, indem mit Hilfe einer Telematikbox das individuelle Fahrverhalten des Kfz-Nutzers ermittelt und die Versicherungsprämie entsprechend angepasst wird.

3 Das Modell der zwei getrennten „Datenkreise“

Prägendes Element des Modells der S-Direkt sind zwei getrennte „Datenkreise“. Dieses Modell soll verhindern, dass die erhobenen

¹ Siehe *Andelfinger*, 2025 – Die Versicherung der Zukunft, S. 18 ff.

² Ein ähnliches Angebot hält seit kurzem auch die Signal Iduna Tochter *sijox* unter dem Namen APP-Drive für Fahrer unter 30 bereit, siehe <https://www.sijox.de/meine-mobilitaet.html> (Stand: 18.03.2015); als Vorstufe eines solchen Angebotes kann auch die AXA-Drive-APP betrachtet werden, siehe dazu: <https://www.axa.de/das-plus-von-axa/auto-kfz-unterwegs/app-axa-drive> (Stand: 18.03.2015).

³ Vgl. Auswertung des Testdurchlaufs, abrufbar unter http://www.es-ruock.de/resources/es/generic/publications-es/forum/forum_2007/5_Hackbarth.pdf (Stand: 18.03.2015).



Simon Schwichtenberg

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht (IGMR), Universität Bremen

E-Mail: s.schwichtenberg@uni-bremen.de

⁴ *GDV*, Jahrbuch 2012, S. 4.

⁵ Gutachten *BAST*, Risikoorientierte Prämien differenzierung in der Kfz-Haftpflichtversicherung, S. 10.

Daten einer konkreten Person zugeordnet werden können, und so die Datenschutzkonformität und das „gute Gefühl“ der Versicherungsnehmer wahren.⁶

Im ersten Datenkreis erhebt die im Auto verbaute Telematikbox während der Fahrt in einem Zeittakt von 20 Sekunden die sogenannten Fahrdaten: die Position des Fahrzeugs, die Uhrzeit, eventuelle Geschwindigkeitsübertretungen, das Brems-/Beschleunigungsverhalten, die zurückgelegten Kilometer und die Fahrtrichtung. Diese werden sodann mit der dem Versicherungsnehmer zugeordneten Kunden-ID an eine Datenverarbeitungsanlage, deren Plattform von der Firma Masternaut im Auftrag der Telefónica Deutschland betrieben wird, übermittelt. Ähnlich wie beim Kredit scoring errechnet Telefónica aus den erlangten Daten fünf Einzelscores: einen Gesamtscore sowie vier Subscores zu Geschwindigkeit, Fahrweise, Nacht- und Stadtfahrten. Diese Werte sowie die gefahrenen Kilometer und die Kunden-ID werden einmal pro Monat in den zweiten Datenkreis übermittelt, in dem sich die persönlichen Daten des Versicherungsnehmers befinden. Anhand der Kunden-ID ordnet die S-Direkt die erlangten Scorewerte einem Versicherungsnehmer zu und gewährt ihm ab einem bestimmten Scorewert fünf Prozent Rabatt auf seine Prämie im Folgejahr.⁷

Sofern die Box einen Unfall registriert, werden des Weiteren zusammen mit der Kunden-ID die Unfalldaten zur Einleitung von Rettungsmaßnahmen von Telefónica über S-Direkt an den Servicedienstleister „Deutsche Assistance“ weitergeleitet, welcher zuvor von S-Direkt die persönlichen Daten des Versicherungsnehmers erhalten hat. Im Falle eines Diebstahls werden außerdem die Standortdaten des Fahrzeuges von Telefónica an S-Direkt weitergegeben.

Dem Bild der „getrennten Datenkreise“ entsprechend kann Telefónica dabei lediglich auf den ersten Datenkreis und die S-Direkt ausschließlich auf den zweiten zugreifen. Der Versicherungsnehmer hat hingegen über eine von Telefónica angebotene APP die Möglichkeit, jederzeit sowohl auf seine Fahrdaten als auch auf seine Scorewerte zuzugreifen.

4 Das Leerlaufen der Betroffenenrechte

Wirkt das Modell der zwei Datenkreise auf den ersten Blick noch datenschutzfreundlich, ändert sich diese Wahrnehmung, wenn man in einem zweiten Blick auch die Betroffenenrechte mit in den Fokus nimmt. Die Betroffenenrechte sind die „Magna Charta des Datenschutzrechts“⁸. Erst sie ermöglichen es dem Betroffenen, sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung effektiv auszuüben.

Die S-Direkt selbst räumt ein, dass die erhobenen Fahrdaten fehlerhaft sein können.⁹ Daher ist es umso wichtiger, dass die teilnehmenden Versicherungsnehmer ihre Betroffenenrechte geltend machen können, um sich gegen eine fehlerhafte Scorewertberechnung und mithin gegen eine falsche Prämienbemessung zur

Wehr zu setzen. Durch § 35 BDSG wird dem Betroffenen ein Anspruch auf Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten und ein Widerspruchsrecht eingeräumt. Mit diesen Rechten kann der Betroffene einer unrechtmäßigen Datenspeicherung und damit einer Umgehung seines informationellen Selbstbestimmungsrechts entgegenwirken.

Damit der Betroffene seine Rechte aus § 35 BDSG jedoch ausüben kann, muss er zunächst einmal Kenntnis haben, welche Daten überhaupt über ihn gespeichert werden. Neben der Benachrichtigungspflicht der verantwortlichen Stelle aus § 33 BDSG stellt das Auskunftsrecht nach § 34 BDSG das wichtigste Mittel zur Kenntniserlangung dar. Die Auskunftserlangung ist demnach die Vorstufe zur Ausübung der Betroffenenrechte aus § 35 BDSG.

4.1 Keine Betroffenenrechte als Folge mangelnder Personenbezogenheit

Es liegt in der Natur der Betroffenenrechte, dass diese einen Personenbezug der Daten voraussetzen und nicht bei anonymisierten Daten greifen. Die im ersten Datenkreis erhobenen Fahrdaten sollen und können jedoch keinem konkreten Versicherungsnehmer zugeordnet werden. Damit fehlt es ihnen an einem Personenbezug, so dass der Betroffene im Zuge einer Erhebung und Speicherung dieser Daten auch keine Rechte geltend machen kann. Lediglich die in den zweiten Datenkreis übermittelten Scorewerte können von der S-Direkt einem Versicherungsnehmer zugeordnet werden und stellen daher personenbezogene Daten dar, bezüglich derer der Versicherungsnehmer seine Betroffenenrechte geltend machen kann.¹⁰ Jedoch sind diese Scorewerte das Resultat komplexer Berechnungen, die es dem Betroffenen unmöglich machen, nachzuvollziehen, ob diese Werte im Ergebnis korrekt sind und/oder die ihnen zugrundeliegenden Fahrdaten überhaupt zutreffend sind. Mangels Nachvollziehbarkeit kann sich der einzelne Betroffene vor einer Erhebung fehlerhafter Daten und einer fehlerhaften Scorewertberechnung und mithin einer falschen Prämienbemessung kaum schützen – seine Betroffenenrechte greifen damit ins Leere.¹¹

4.2 Lückenschließung dank APP?

S-Direkt und Telefónica versuchen die Lücke der Auskunftsrechte mit Hilfe der APP, über welche der Versicherungsnehmer jederzeit seine Fahrdaten überprüfen kann, zu schließen. Mit dieser APP soll der Versicherungsnehmer kontrollieren können, ob die erhobenen Fahrdaten und errechneten Scorewerte plausibel erscheinen, und zugleich sein Fahrverhalten situationsangepasst optimieren.¹²

Jedoch ist die APP nicht datenschutzkonform und kann daher nicht die Lücke in den Betroffenenrechten schließen. Mit der APP in ihrer derzeitigen Form droht eine Totalüberwachung der Fahrer durch den Versicherungsnehmer in alldenjenigen Fällen, in denen das Fahrzeug von mehreren Fahrern genutzt wird. Der Versicherungsnehmer bekommt alle Fahrdaten auf sein Smart-

⁶ Siehe dazu insbesondere „Merkblatt zum Datenschutz“ der „Sparkassen DirektVersicherungs AG“: <https://www.sparkassen-direkt.de/telematik/merkblatt/datenschutz.html> (Stand: 18.03.2015).

⁷ Zur Gewichtung der Einzelscores und den Berechnungsregeln siehe: https://www.sparkassen-direkt.de/fileadmin/images/divers/Telematik/2014-08-08_score-logik.jpg (Stand: 18.03.2015).

⁸ Wedde, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.4, Rn. 2.

⁹ Siehe Endkundenvertrag, § 11d, abrufbar unter: <https://www.sparkassen-direkt.de/fileadmin/pdf/telematik/Endkundenvertrag.A2.2.pdf> (Stand: 18.03.2015).

¹⁰ Vgl. zur Anwendbarkeit des BDSG ab Übermittlung des Scorewertes: *Ehmann*, in: *Simitis*, BDSG, § 29 Rn. 210 ff; zum Streit, ob es sich beim Scorewert um ein personenbezogenes Datum handelt, siehe: *Helfrich*, *Kredit scoring und Scorewertbildung der SCHUFA* S. 48 ff; *Beckhusen*, *Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA*, S. 234 ff.

¹¹ Ähnlich i.E.: *Liedke*, in: *Taeger*, *Big Data & Co*, 133, 138.

¹² Vgl. Beschreibung der APP bei GooglePlay: <https://play.google.com/store/apps/details?id=telefonica.tid.insurancetelematics.sparkassen> (Stand: 18.03.2015).

phone übertragen und kann so Fahrzeit, -position und -verhalten aller Fahrer bestimmen. Für diese Überwachung der Fahrzeugnutzer durch den Versicherungsnehmer liegt hingegen weder eine Einwilligung vor, noch greift aufgrund der entgegenstehenden Interessen des Fahrers, insbesondere hochsensible Standortdaten nicht preisgeben zu müssen, ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand. Zwar verpflichtet die S-Direkt den Versicherungsnehmer in ihren AGB dazu, jeden Fahrer auf den Einsatz der Telematikbox hinzuweisen,¹³ doch kann ein solcher Hinweis keine datenschutzrechtliche Einwilligung ersetzen. Für eine solche wäre vielmehr erforderlich, dass jeder Fahrer freiwillig, informiert und bestimmt sein Einverständnis in die Datenerhebung erteilt.¹⁴ Dazu müssten technische Vorrichtungen installiert werden, die es jedem Fahrer selbstbestimmt überlassen, über die Preisgabe der Fahrdaten zu bestimmen. Eine Möglichkeit zur Ausgestaltung dieses Erfordernisses wäre beispielsweise, dass beim Starten des Fahrzeuges über die installierte Telematikbox in der Multifunktionsanzeige informiert und der Fahrer alsdann aufgefordert wird, per Knopfdruck in die Datenerhebung einzuwilligen.

Damit ist die APP in ihrer derzeitigen Form zwar gut gemeint, jedoch schlecht gemacht. Sie kann allenfalls ein allererster Schritt sein, um die Datenverarbeitung rund um das Automobil transparenter zu machen. Zur Einräumung effektiver Betroffenenrechte, insbesondere auf Auskunft und Korrektur der Daten, müssen die Autohersteller und Dienstanbieter konsequent den nächsten Schritt gehen, indem sie die Gefahr einer stetigen Überwachung der Fahrer durch den Versicherungsnehmer bzw. Halter bannen und diesem zugleich neben Auskunftsrechten auch bisher nicht existierende Möglichkeiten zur Korrektur der erhobenen Daten einräumen.

5 Grenzen der Einwilligung: das Kriterium der Freiwilligkeit

Um im Wettbewerb der Versicherungskonzerne bestehen zu können, haben Versicherer ein großes Interesse daran, dass alle Versicherungsnehmer einen PAYD-Tarif abschließen. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass Versicherer ihre Kunden durch Prämienhöhung bei anderen Tarifen zum Wechsel drängen werden. Damit droht die Gefahr, dass für Versicherungsnehmer, die ihre Fahrdaten nicht preisgeben möchten, alternative Verträge immer teurer werden – Datenschutz mithin immer kostspieliger wird. Umso wichtiger ist es daher, dass die Grenzen einer zulässigen Prämienendifferenzierung zwischen PAYD- und den bisherigen Standardverträgen ausgelotet werden.

Die Datenverarbeitung im Rahmen von PAYD-Tarifen wird durch eine Einwilligung des Versicherungsnehmers legitimiert. Diese muss nach § 4a BDSG insbesondere freiwillig erfolgen. Von einer solchen freiwilligen Einwilligung kann allerdings dann nicht mehr gesprochen werden, wenn alternative Prämienmodelle dem Versicherungsnehmer nicht mehr zumutbar erscheinen,¹⁵ dieser faktisch also gezwungen wird, einen PAYD-Tarif abzuschließen.

Maßgeblich ist daher, welche Tarifabweichungen das Kriterium der Freiwilligkeit noch zulässt. Da es sich hierbei um ein unbestimmtes Kriterium handelt, birgt diese Frage großes Diskus-

sionspotenzial. Vorgeschlagen wird, eine Freiwilligkeit dann abzulehnen, wenn die Versicherungstarife ohne PAYD eine im Vergleich zu Tarifen mit PAYD sittenwidrige Höhe erreichen.¹⁶ Indes ist der Begriff der „Sittenwidrigkeit“ ebenso auslegungsbedürftig wie der Begriff der „Freiwilligkeit“, so dass dieser Vorschlag zwar einen neuen Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der Grenzen beinhaltet, diese letztendlich aber nicht festlegen kann.

Stattdessen bietet es sich an, eine Grenze der Freiwilligkeit der Einwilligung dort zu ziehen, wo die Prämienendifferenz zwischen einem üblichen Versicherungs- und einem PAYD-Tarif in keinem Verhältnis zum gewonnenen Nutzen des Versicherungsunternehmens und des Versicherungsnehmers steht.¹⁷ Der Nutzen eines PAYD-Tarifs besteht in der Ermittlung von individuellen Risiken, sprich der Unfall- und Schadenswahrscheinlichkeiten, durch die Fahrdatenerhebung. Der Versicherer kann anhand der individuellen Unfall- bzw. Schadenswahrscheinlichkeit eine Prämienanpassung vornehmen, während der Versicherungsnehmer sein Fahrverhalten zur Senkung der Wahrscheinlichkeit – und damit zum Vorteil für sich, seinen Versicherer und seine Umwelt – optimieren kann. Der Nutzen eines PAYD-Tarifs lässt sich mithin auf die Höhe der ermittelbaren und anderweitig verborgenen Unfallwahrscheinlichkeiten beziffern. Wird im Rahmen eines PAYD-Tarifs die Geschwindigkeit des Versicherungsnehmers erfasst und folgt aus einer erhöhten Geschwindigkeit beispielsweise eine Zunahme der Unfallwahrscheinlichkeit um 20%, könnte dieser Wert somit als Orientierung für eine zulässige Differenzierungshöhe dienen.

Wie die Bestimmung der Grenzen der Freiwilligkeit im Allgemeinen, so ist auch dieser Ansatz im Besonderen mit hohem (mathematischen) Aufwand verbunden. Doch so schwierig die Bestimmung der Grenzen auch ist, so wichtig ist sie, um einem Zwang zur Preisgabe sensibler Fahrdaten entgegenzuwirken und damit Datenschutz auch in der Zukunft „bezahlbar“ zu halten.

6 Verwertung der Fahrdaten im Prozess

„Mein Auto, mein Brutus“¹⁸ – mit dieser Metapher kann die Gefahr der Verwertung von Fahrdaten im Prozess verdeutlicht werden. Mit steigender Datenmenge nimmt auch das Interesse von Strafverfolgungsbehörden sowie von privaten Klägern und Beklagten an der Verwertung der Fahrdaten im Prozess zu. Um einem „Vertrat“ durch das eigene Fahrzeug entgegenzuwirken, ist zumindest im Strafprozess der Verwertung belastender Fahrdaten ein Riegel vorzuschieben, sofern der Betroffene sie nicht selbst eingeführt hat.

6.1 Verwendung der Fahrdaten im Strafprozess

Im Strafprozess sind zwei Wege denkbar, über die die Fahrdaten in den Prozess gelangen können. Ein Weg ist die Beschlagnahme der Daten durch die Strafverfolgungsbehörden nach § 94 StPO.¹⁹ Allerdings bedarf diese Ermächtigungsgrundlage einer verfassungskonformen Einschränkung im Einzelfall, da ander-

16 Siehe Spies, ZD-Aktuell 2013, 03539.

17 Vgl. zu diesem Anknüpfungspunkt Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 266.

18 Diese Metapher verwendete treffend Klaus Müller Vorstand der vzbv auf der Fachtagung „Automobil auf der Datenautobahn“.

19 Vgl. Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2.A., S. 354. Befindet sich der Datenträger, auf dem die Fahrdaten gespeichert werden, im Ausland, ist ein Rechtshilfeersuchen erforderlich, vgl. Art. 31 Cybercrime Convention.

13 Siehe Endkundenvertrag, § 9i.

14 Dieselbe Problematik stellt sich trotz anderer Ausgestaltung beim Versicherungsangebot der sijos.

15 Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 265; ders., DuD 2010, 39, 41. Vgl. auch Taeger, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 4a Rn. 40 ff.

weitig ein Verstoß gegen das vom BVerfG im Beschluss zur „Onlinedurchsuchung“ als Verfassungsgut anerkannte Recht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme vorläge.²⁰ Eine staatliche Datenerhebung aus komplexen informationstechnischen Systemen weist ein beträchtliches Potenzial für die Ausforschung der Persönlichkeit des Betroffenen auf, welcher der Betroffene gerade bei einer Heimlichkeit des Zugriffs zunächst machtlos gegenüber steht.²¹ Im Lichte der Verfassung hat der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf den Fahrdatenbestand daher hohen Rechtfertigungsanforderungen zu unterliegen. Somit kann er nur rechtmäßig sein, wenn eine Beeinträchtigung bedeutsamer Rechtsgüter wie Leib, Leben oder Freiheit einer Person vorliegt.

Der zweite Weg stellt eine Datenübermittlung durch die datenverarbeitende Stelle gestützt auf § 28 Abs. 2 Nr. 2b) BDSG dar. So können Telefónica die Fahrdaten samt Kunden-ID und S-Direkt die zur Kunden-ID gehörenden Daten des Versicherungsnehmers übermitteln, woraufhin die Strafverfolgungsbehörde die Fahrdaten unmittelbar einer Person zuordnen und mithin in den Prozess einführen kann.

Gelangen belastende Fahrdaten in den Prozess, steht ihrer Verwertung jedoch der „nemo-tenetur“-Grundsatz entgegen.²² Dieser sichert seither die Subjektstellung des Beschuldigten, welche ihren Ausdruck darin findet, dass er vor staatlicher Willkür zu schützen und seine Persönlichkeit zu achten ist, er mithin nicht als Mittel der unbedingten Wahrheitsforschung zum bloßen Objekt degradiert werden darf.²³ Die Einführung der Fahrdaten bedingt hingegen einen mit diesem Grundgedanken unvereinbaren Verlust der kommunikativen Autonomie. Zwar steht der „nemo-tenetur“-Grundsatz einer Verwertung von Wissen und Informationen aus der Umwelt des Beschuldigten nicht entgegen. So können Aussagen von Zeugen, Urkunden und Erkenntnisse aus heimlichen Überwachungsmaßnahmen gegen ihn verwendet werden. Doch haben alle Formen dieser Informationspreisgabe etwas gemeinsam: Sie können zum einem vom Beschuldigten mehr oder weniger beeinflusst werden, so dass eine Wissenspreisgabe weitgehend bewusst und freiwillig erfolgt, und zum anderen lassen sie stets Raum für Interpretation und Auslegung. So kann die Produktion einer Urkunde wie z.B. eines Tagebucheintrages oder eines Kassenzettels, anhand dessen der Aufenthaltsort des Beschuldigten rekonstruierbar ist,²⁴ durch den Beschuldigten gesteuert und durch den Verzicht auf das Führen eines Tagebuches, auf einen Einkauf oder durch den Hinweis, dass kein Kassenbeleg benötigt werde, verhindert werden. Hat er hingegen einmal eine Einwilligung in die Fahrdatenerhebung erteilt, kann er die Erhebung zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht mehr verhindern. Zwar hat er die Möglichkeit, seine Einwilligung zu widerrufen und damit die Erhebung zu beenden, doch greift dieser Widerruf aufgrund der nötigen Verarbeitungsprozesse nicht sofort, sondern wirkt erst für die Zukunft.²⁵ Auch kann nicht auf die Erteilung der Einwilligung als mögliche Wahrnehmung der verbleibenden Steuerungsmöglichkeit verwiesen werden, da es dem Unterzeichnenden zu diesem Zeitpunkt an

der Einsicht fehlt, welche Bedeutung und Tragweite die von ihm abgegebene Einwilligung hat. Eine Einflussmöglichkeit verbleibt dem Täter selbst bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen, wie der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO oder dem Einsatz eines IMSI-Catchers nach § 100i StPO. Diesen kann sich der Täter entziehen, indem er beispielsweise auf andere Kommunikationsmittel zurückgreift. Die Verwendung eines anderen Autos ist hingegen nicht praktikabel. Sobald das Auto bei der Begehung der Straftat eingesetzt wird, fehlt es dem Täter mithin an der die Subjektqualität kennzeichnenden „Rückzugsmöglichkeit“²⁶; er kann nicht sagen „Nein – diese Daten jetzt nicht“.

Doch auch wenn der Täter diese Rückzugsmöglichkeit nicht wahrnimmt, stellen die entstandenen Beweismittel immer nur eine Momentaufnahme dar. Ein Kassenzettel kann beispielsweise allein belegen, dass sich der Beschuldigte zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem Supermarkt aufgehalten hat.²⁷ Woher er kam und wohin er ging, lässt sich diesem jedoch nicht entnehmen. Fahrdaten hingegen ermöglichen die Rekonstruktion eines kompletten Tagesablaufs. Dadurch wird dem Betroffenen im Prozess die Wahl zwischen einer Aussage oder dem Gebrauch des Schweigerechts gänzlich genommen. Denn entweder er sagt aus, oder aber seine Fahrdaten werden in den Prozess eingebracht und überführen ihn aufgrund ihres Aussagegehalts bei begangener Tat. Das Schweigen und das alternative Geständnis führen so zu demselben Ergebnis, weshalb für den Beschuldigten nur eine Verhaltensoption, nämlich die der Aussage, sinnvoll erscheint

Um die Subjektstellung des Beschuldigten zu wahren, muss der „nemo-tenetur“-Grundsatz daher die Verwertung von Fahrdaten im Prozess unterbinden. Irrelevant hat dabei zu sein, dass in dieser Situation die Informationspreisgabe nicht von staatlicher Seite, sondern von privaten Versicherungsunternehmen veranlasst wird. Trotz der rechtmäßigen Prozesseinführung ist die Verwertung belastender Fahrdaten im Prozess insgesamt zu untersagen – anderenfalls droht ein Rückschritt bezüglich der hart erkämpften Subjektstellung des Beschuldigten bzw. Angeklagten. Etwas anderes kann nur gelten, wenn es dem Betroffenen ermöglicht wird, mittels technischer Vorkehrungen auf einfachem Wege der Datenweitergabe mit sofortiger Wirkung zu widersprechen. Denn dann erhält er seine Steuerungsmöglichkeit zurück, welche gestattet, ihm das Risiko einer nicht wunschgemäßen Verwendung aufzubürden.

6.2 Verwendung der Fahrdaten im Zivilprozess

Auch im Zivilprozess gibt es zwei Wege, über die die Fahrdaten ohne Zutun des Betroffenen in den Prozess gelangen können. Ein Weg stellt hier die Anordnung der Augenscheinnahme nach § 144 ZPO dar.²⁸ Das Gericht kann gegenüber Telefónica und S-Direkt als „Dritten“ nach § 144 ZPO anordnen, die Kunden-ID und die gesammelten Fahrdaten einer Prozesspartei zu übermitteln. Da die Anordnung der Augenscheinnahme jedoch im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes steht, muss dieses die durch die Anordnung betroffenen Grundrechte beachten.²⁹ An-

20 Vgl. BVerfG NJW 2008, 822.

21 BVerfG NJW 2008, 822, 830.

22 So auch Mielchen, SVR 2014, 81, 85.

23 Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 93 ff.; Nothelfer, Die Freiheit von Selbstbezeichnungszwang S. 6 f.

24 Vgl. dazu z.B. OLG Hamburg, Urteil vom 05.02.2004 – 2 BJs 85/01 -5-.

25 Schaar, MMR 2001, 644, 647: „Der Widerruf einer Einwilligung kann naturgemäß erst für die Zukunft Wirkung entfalten.“

26 Vgl. Engländer, ZIS 2008, 163, 166; Ellbogen, Kriminalistik 2006, 544, 547.

27 Vgl. in einer ähnlichen Konstellation: OLG Hamburg, Urteil v. 05.02.2004 – 2 BJs 85/01.

28 A.A. Mielchen, SVR 2014, 81, 85, die auf § 142 ZPO abstellt. Fahrdaten werden jedoch üblicherweise elektronisch gespeichert und sind als elektronisches Dokument gemäß § 371 I ZPO Gegenstand der Augenscheinnahme.

29 BGHZ 173, 23, 31; ebenso mit ausführlicher Auseinandersetzung zu § 142 ZPO: OLG Braunschweig, Beschluss vom 05.11.2008 – 1 W 64/08. Vgl. auch: Stadler, in: Musielak, ZPO, § 142 Rn. 1; BeckOK, von Selle, ZPO, § 142 Rn. 15.

ders als der Zugriff durch die Strafverfolgungsbehörde greift die Vorlage der Fahrdaten nicht in das Recht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme ein. Die Fahrdaten-Vorlage führt nämlich nicht zu einer Infiltration des Fahrdatenspeichers, sondern lediglich zu einer Übermittlung einzelner Daten durch denjenigen, der die Verfügungsgewalt hat. Mangels Infiltration fehlt es an derjenigen Gefahrenlage, für die das Recht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme geschaffen wurde. Da die Fahrdaten jedoch einem neuen Personenkreis offenbart werden, liegt ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht vor. Ob dieser gerechtfertigt ist, muss im Einzelfall festgestellt werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, welche Arten von Fahrdaten eingeführt werden sollen. So lassen zwar auch Geschwindigkeitsdaten Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Fahrers zu,³⁰ weisen aber beispielsweise eine geringere Sensibilität als Standortdaten auf. Ihre singuläre Vorlage lässt sich daher eher mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbaren als die Vorlage von Standortdaten.

Der zweite Weg ist das Einbringen der Fahrdaten durch Telefónica oder S-Direkt als Prozesspartei in Form eines Augenscheinbeweises nach § 371 I ZPO. Bedeutsam ist hier insbesondere der Fall, dass die S-Direkt als Prozesspartei zur Klärung von Haftungsfragen die Fahrdaten einführen will. Eine derartige Einbringung kann jedoch nur erfolgen, wenn die Erhebung und Weiterleitung der Daten zuvor nach dem BDSG zulässig war.³¹ Da der Betroffene nur in die Datenerhebung durch Telefónica, nicht jedoch durch S-Direkt, eingewilligt hat, kommt als gesetzlicher Erlaubnistatbestand lediglich § 28 I 1 Nr. 2 BDSG in Betracht. Nach diesem ist die Datenerhebung zur Wahrung berechtigter Interessen zulässig, sofern keine überwiegenden Interessen seitens des Betroffenen entgegenstehen.³² Wenn durch die Fahrdaten Haftungsfragen geklärt werden können, weist die S-Direkt grundsätzlich ein berechtigtes Interesse auf.

Ein Zugriff auf die Fahrdaten durch S-Direkt wurde, mit Ausnahme eines Zugriffs auf die Standortdaten beim Diebstahl, jedoch vertraglich ausgeschlossen. Zwar wird dies in den Vertragsklauseln nur recht vage formuliert,³³ doch ist bei deren Auslegung auch der Sinn und Zweck des Modells der „zwei getrennten Datenkreise“ zu berücksichtigen.³⁴ Dieses soll verhindern, dass die S-Direkt Zugriff auf die Fahrdaten erlangt, um das „gute Gefühl“ des Versicherungsnehmers, mit anderen Worten sein informationelles Selbstbestimmungsrecht, zu wahren. Um dieses von der S-Direkt selbst zu verantwortende Ziel nicht ins Leere laufen zu lassen, ist § 28 BDSG als Abbedungen zu betrachten. Ein Zugriff der S-Direkt auf die Fahrdaten ist mithin auch zur Prozesseinführung ausgeschlossen.

Gelangen die Fahrdaten rechtmäßig in den Zivilprozess, stehen ihrer Verwertung keine Beweisverwertungsverbote³⁵ entgegen. Wie im Strafprozess kann zwar auch im Zivilprozess die Fahrdateneinführung zu einem Verlust der kommunikativen Autonomie führen, doch kann diese im Zivilprozess keine absolu-

te Geltung beanspruchen. Denn anders als im Strafprozess steht dem Betroffenen hier nicht die Staatsgewalt, sondern eine private Partei gegenüber, deren Rechte ebenfalls zu berücksichtigen sind. Daher ist eine Abwägung zwischen der drohenden Autonomiebeeinträchtigung und den Interessen der Gegenpartei vorzunehmen. Da allerdings bereits die Einführung der Fahrdaten in den Prozess im Rahmen des § 144 ZPO oder des § 28 BDSG eine umfassende Interessenabwägung bedingt, kommt der Betrachtung der Interessenlage nach einer zulässigen Prozesseinführung keine eigenständige Bedeutung zu: Sofern die Einführung zulässig ist, muss nämlich aufgrund derselben Abwägungsaspekte auch die Verwertung zulässig sein.

Gelangen die Daten hingegen unter Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht in den Prozess, ist auch ihre Verwertung unzulässig. Denn diese führte den Grundrechtsverstoß fort und intensiviert ihn.³⁶

So ist nur bei einem Verstoß gegen den vertraglich vereinbarten Ausschluss nach Prozesseinführung eine Interessenabwägung vorzunehmen. Bei dieser ist zu fragen, ob Einführung und Verwertung zugleich das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen und mit ihm seine kommunikative Autonomie verletzen. Nur wenn ein Grundrechtsverstoß nicht festgestellt werden kann, ist eine Fahrdatenverwertung trotz Vertragsverstößes zulässig.

7 Ausblick: Datenschutz = Autonomie- und Diskriminierungsschutz?

Die Datenerhebung und -verarbeitung im Rahmen des PAYD-Tarifs steht exemplarisch für die Auswirkungen von Big Data: Große Mengen an Daten werden erhoben und verarbeitet, um mit ihnen in die Zukunft zu blicken. Mit dieser neuen Dimension der Datennutzung gehen neue Risiken einher:³⁷ Wenn jede Entscheidung im Alltagsleben zur Verschlechterung von Scorewerten führt, dann werden wir uns jede einzelne genau überlegen und einen Zwang zu normkonformem Verhalten empfinden. Abweichen, die sich nicht normkonform verhalten und/oder nicht dem „Mainstream“ folgen, wird aufgrund ihrer schlechten Scorewerte der Zugang zu Leistungen und mithin die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben versperrt. Ebenso beinhaltet eine derartige Tarifgestaltung ein neues Diskriminierungspotenzial: Im Fall von PAYD etwa werden Großstädter und Nachtarbeiter regelmäßig nur geringe Chancen auf eine Prämiensenkung haben.

In einer Rechts- und Gesellschaftsordnung, die die Privatautonomie hochhält, kann es zwar auch im Datenschutzrecht nicht darum gehen, jeden Ansatz einer Ungleichbehandlung zu unterbinden. Das PAYD-Tarif-Modell verdeutlicht aber exemplarisch, dass in Zukunft verstärkt die Gefahr einer Reduzierung des Menschen auf seine Datenlage und damit einer Beeinträchtigung der individuellen Entscheidungsfreiheit droht. Daher ist ein erneuter Anstoß erforderlich, ob und inwiefern das Datenschutzrecht einen Autonomie- und Diskriminierungsschutz gewährleisten und der Reduzierung des Individuums auf eine bloße Ziffer entgegenwirken sollte³⁸ – sonst wird irgendwann aus dem „Pay as you drive“ ein „Pay as you live“.

30 Vgl. bspw. zum aggressiven Fahrverhalten junger Fahrer: *Petermann/Koglin*, Aggression und Gewalt von Kindern und Jugendlichen, S. 107 f.

31 *Pötters/Wybitul*, NJW 2014, 2074.

32 So auch *Pötters/Wybitul*, NJW 2014, 2074, 2077.

33 Vgl. § 9c, d, f des Endkundenvertrages.

34 Vgl. zur Auslegung von Vertragsklauseln nach Sinn und Zweck: BGH, Urteil vom 16. Oktober 2013 – VIII ZR 57/13.

35 Vgl. zu Beweiserhebungs- und Beweiseinführungsverboten im Hinblick auf datenschutzrechtliche Fragen: *Pötters/Wybitul*, NJW 2014, 2074.

36 I.E. ebenso: *Pötters/Wybitul*, NJW 2014, 2074, 2078; *Kiethe*, MDR 2005, 965, 966.

37 Anschaulich: *Mayer-Schönberger/Cukier*, BigData, S. 12 ff; *Klausnitzer*, Das Ende des Zufalls, S. 31 ff.

38 Ebenso: *Piltz*, in: Taeger, Big Data & Co, 149 ff.