



**An den Ausschuss Digitale Agenda  
zHd des Vorsitzenden  
MdB Manuel Höferlin  
Deutscher Bundestag  
Platz der Republik 1  
10117 Berlin**

Deutscher Bundestag  
Ausschuss Digitale Agenda  
  
Ausschussdrucksache  
**19(23)092**

Bürgerliches Recht und  
Immaterialgüterrecht,  
insbesondere  
Gewerbliche Rechtsschutz

Principle Investigator am  
Weizenbaum Institut für die  
vernetzte Gesellschaft

**Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard)**

Datum: 28.10.2020

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses Digitale Agenda  
am 28. Oktober 2020 zu GAIA X, Datenräume,  
Datentrategie**

**Hier: Stellungnahme zum Fragenkatalog**

Sehr geehrte Mitglieder des Ausschusses Digitale Agenda,

der Ausschussvorsitzende MdB M. Höferlin hat mich durch Schreiben vom 30.9.2020 eingeladen, an der o.g. öffentlichen Anhörung als Experte teilzunehmen. Zur Vorbereitung wurde mir am 12.10.2020 der interfraktionelle Fragebogen zur Vorbereitung auf die Anhörung zugesandt. Im Folgenden würde ich gerne vorab schriftlich zu einigen der Fragen Stellung nehmen. Nach Rücksprache mit dem Ausschussvorsitzenden erlaube ich mir, nur zu den Fragen zur Datenstrategie Stellung zu nehmen (Fragen 23-28). Die Fragen zur Einrichtung einer europäischen Cloud-Infrastruktur (GAIA X usw.) verfolge ich zwar ebenfalls mit Interesse, betreibe als Jurist aber keine Forschung in diesem Bereich, so dass ich insoweit keine Auskunft als Experte geben kann. Dies gilt auch für den Zugang zu öffentlichen Daten (Fragen 25, 26). Meine Stellungnahme basiert in wesentlichen Teilen auf Vorarbeiten der Forschungsgruppe 4 des Weizenbaum Instituts für die vernetzte Gesellschaft.

Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie die nachfolgende Stellungnahme zur Kenntnis nehmen würden. Bei der öffentlichen Anhörung beantworte ich gerne weitergehende Fragen.

Mit freundlichen Grüßen

*Axel Metzger*

**Postanschrift:**

Humboldt-Universität zu Berlin  
Unter den Linden 6  
10099 Berlin  
Telefon +49 [30] 2093-91410  
Telefax +49 [30] 2093-91411

[sekretariat.metzger@rewi.hu-berlin.de](mailto:sekretariat.metzger@rewi.hu-berlin.de)  
<http://metzger.rewi.hu-berlin.de/>

**Sitz:**

Unter den Linden 11  
Raum 403  
10119 Berlin

**Verkehrsverbindungen:**

S- und U-Bahnhof Friedrichstraße  
Bus: Linien 100, 200 und TXL,  
Haltestelle Staatsoper

# **Stellungnahme zur deutschen und europäischen Datenstrategie und den erforderlichen gesetzlichen Maßnahmen**

(Fragen 23, 24, 27, 28 des Katalogs vom 12.10.2020)

## **Zusammenfassung/Executive Summary**

**1. Datenschutz und Datenwirtschaft sind heute stark europäisierte Politikfelder. Die Handlungsspielräume für eine nationale Datenstrategie sind dementsprechend begrenzt. Sie sind aber dennoch vorhanden. Zum einen kann die europäische Datenpolitik über die Mitwirkung im Rat aktiv mitgestaltet werden. Zum anderen sind die Spielräume auszufüllen, die das europäische Recht für nationale Initiativen lässt. Die Europäische Kommission hat im Februar 2020 eine „europäische Datenstrategie“ vorlegt, die einen Perspektivwechsel beim Umgang mit Daten einleitet. Ging es auf dem Weg zur DSGVO primär um den Schutz des Einzelnen vor einer zu weitgehenden Verarbeitung und unerwünschten Kommerzialisierung seiner Daten, so folgt die nun vorliegende europäische Datenstrategie einer marktorientierten Logik. Gleichzeitig soll das hohe Datenschutzniveau der EU gewahrt werden. Dieser Perspektivwechsel bildet die Realität auf den digitalen Märkten ab und sollte auf nationaler Ebene durch Maßnahmen unterstützt werden, die die Funktionsfähigkeit der Märkte stärken, ohne die Verbraucherrechte zu schwächen.**

**2. Der Bundestag sollte durch die zügige Verabschiedung des „GWB-Digitalisierungsgesetzes“ (10. GWB-Novelle) für eine Stärkung des Wettbewerbs auf den digitalen Märkten sorgen. Zusätzlich sollten datenerhebungsfreie Dienstleistungen und Produkte durch Selbstregulierung oder per Gesetz als Alternative zu entgeltlichen Angeboten vorgeschrieben werden. Verbraucher sollten die Wahl haben, ob sie mit ihren Daten bezahlen oder ein monetäres Entgelt entrichten. Dies würde den Wettbewerb zwischen verschiedenen Bezahlmodellen stärken und zugleich für mehr Preistransparenz sorgen.**

**3. Die Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, die bis Juli 2021 ins nationale Recht umzusetzen ist, erkennt in Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 2 an, dass Verbraucher mit personenbezogenen Daten für einen digitalen Inhalt oder eine digitale Dienstleistung „bezahlen“ können. Bei der Umsetzung ist darauf zu achten, dass für beide Vertragsparteien Rechtssicherheit hergestellt wird, ohne die Standards der DSGVO aufzuweichen. Für Verträge über Daten zwischen Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.**

- 4. Bei der Preisgabe personenbezogener Daten im Rahmen von Verbraucherverträgen bestehen nach wie vor Informationsdefizite. Abhilfe könnten hier Pflichten zur Bereitstellung vereinfachter Informationen in Form von Grafiken („Privacy Icons“) oder PIMS (Personal Information Management-System) schaffen. Zusätzlich können alternativ angebotene entgeltliche Dienstleistungen und Produkte Verbrauchern dabei helfen, den Wert der eigenen Daten einzuschätzen. Im B2B-Bereich sollte die Einführung einer allgemeinen sektorenübergreifende Informationspflicht hinsichtlich der Sammlung und des Umgangs mit Unternehmensdaten geprüft werden.**
- 5. Bei den Portabilitätsrechten gem. Art. 20 DSGVO und Art. 16 Abs. 4 der Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen sollte eine Übertragung auf bzw. Rechtsdurchsetzung durch Treuhänder oder Dritte geprüft werden. Art. 16 Abs. 4 der Richtlinie sollte auch für die ordentliche Kündigung von Verträgen umgesetzt werden. Dagegen sollten im B2B-Bereich keine allgemeinen und zwingenden Datenzugangsrechte eingeführt, sondern nur sektorspezifisch vorgegangen werden.**
- 6. Der Aufbau europäischer Datenräume sollte durch die Förderung der Infrastruktur, der Interoperabilität und einheitlichen Beschreibung von Datensammlungen unterstützt werden. Regulatorische Maßnahmen sollten bis auf Weiteres auf spezifische Sektoren beschränkt bleiben, bei denen die Notwendigkeit solcher Maßnahmen nachgewiesen ist.**

# Stellungnahme zur deutschen und europäischen Datenstrategie und den erforderlichen gesetzlichen Maßnahmen

(Fragen 23, 24, 27, 28 des Katalogs vom 12.10.2020)

## - Ausführliche Fassung -

### A. Allgemeines

Die Gesetzgebung im Bereich des Datenschutzes und der Datenwirtschaft ist heute **ein primär europäisches Politikfeld**, auch wenn nach wie vor **Spielräume für nationale Akzente** bestehen. Dieser Befund liegt spätestens seit der Verabschiedung der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) im Jahr 2016 auf der Hand. Deswegen geht bei der Frage nach der künftigen europäischen Datenstrategie der Blick zunächst in Richtung Brüssel, wo die **Europäische Kommission im Februar 2020 „Eine europäische Datenstrategie“**<sup>1</sup> vorgelegt hat, welche den Fahrplan der Kommission für die angedachten Initiativen der laufenden europäischen Legislaturperiode beschreibt.

Die vorliegende europäische Datenstrategie, auf deren einzelne Maßnahmen noch weiter unten eingegangen wird, ist durch einen bemerkenswerten **Perspektivwechsel beim Umgang mit Daten** gekennzeichnet. Ging es auf dem Weg zur DSGVO primär um den Schutz des Einzelnen vor einer zu weitgehenden Verarbeitung und unerwünschten Kommerzialisierung seiner Daten, so **folgt die nun vorliegende europäische Datenstrategie einer marktorientierten Logik**, welche den Einzelnen als Verbraucher auf den verschiedenen datengetriebenen Märkten ansieht. Die Betonung der enormen wirtschaftlichen Chancen, die sich in der Datenwirtschaft für Unternehmen und Verbraucher gleichermaßen ergeben, zieht sich wie ein roter Faden durch die europäische Datenstrategie. Dabei möchte die Kommission keinen Zweifel daran lassen, dass eine **Absenkung des Schutzniveaus im Datenschutz nicht** auf der Agenda steht. Dennoch strebt die europäische Datenstrategie nunmehr in eine andere Richtung, nämlich der Förderung der Datennutzung, des Zugangs von Unternehmen zu Datensammlungen oder allgemeiner gesagt: der Steigerung der Wertschöpfung in der Datenwirtschaft, und zwar möglichst durch europäische Unternehmen im Interesse der europäischen Bürger.

Dieser Perspektivenwechsel besteht letztlich in der **Anerkennung des faktischen Geschehens auf den digitalen Märkten**. Verbraucher nehmen ihre umfangreichen Rechte nach der DSGVO nur selten wahr, sind aber zugleich bereit, ihre **personenbezogenen Daten als einer Währung vergleichbar** auf den verschiedenen digitalen Märkten einzusetzen. Sie agieren eher als Verbraucher und weniger als „betroffene Person“, wie sie die DSGVO tituliert. Zugleich zeigt sich, dass **europäische Unternehmen bislang nicht die gleiche Agilität** an den Tag legen,

1 Mitteilung der Kommission, COM(2020) 66 final.

wenn es um die Etablierung datenbasierter Geschäftsmodelle geht, sondern die Märkte allzu häufig Unternehmen aus den USA und China überlassen. Hier stellt sich die Frage, ob europäische Unternehmen den Vorsprung der großen internationalen Internetunternehmen noch aus eigener Kraft aufholen können und ob die Marktmechanismen noch funktionieren oder ob es der staatlichen Intervention bedarf. Die europäische Datenstrategie der Kommission adressiert hier einige der zentralen Aspekte, lässt aber auch Lücken, in der die nationalen Gesetzgeber gefordert sein könnten, auf die deutlichen **Anzeichen eines Marktversagens** zu reagieren. Im Folgenden werden einige dieser Punkte aufgegriffen und näher beleuchtet.

## B. Maßnahmen zur Stärkung des Wettbewerbsrechts

Der marktorientierte Ansatz der Datenstrategie trägt nur, soweit ein funktionsfähiger Markt garantiert werden kann. Dafür ist insbesondere ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern erforderlich. Doch auch unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten bringt ein funktionierender Wettbewerb Vorteile mit sich: Wo sich mögliche Abnehmer von digitalen Dienstleistungen nicht zwischen verschiedenen Anbietern entscheiden können, sind sie letztlich gezwungen, die datenintensiven Geschäftsbedingungen zu akzeptieren. Es ist offenkundig, dass es auf **vielen Märkten für digitale Dienstleistungen jedoch an einem echten Wettbewerb fehlt**, sei es, weil einzelne Anbieter bereits in eine marktbeherrschende Stellung hineingewachsen sind, sei es, weil Netzwerkeffekte und fehlende Interoperabilität die Nutzer in die Arme eines dann alternativlosen Anbieters treiben. Die **europäische Datenstrategie** der Kommission spricht das Problem an verschiedenen Stellen an, stellt allerdings **keine umfassenden Änderungen am europäischen Wettbewerbsrecht in Aussicht**, sondern beschränkt sich im Wesentlichen auf die mögliche Einführung von Regelungen zum erleichterten Datenzugang für Unternehmen. Auf dieses Thema wird weiter unten im Einzelnen eingegangen (siehe unten E). Mit Spannung zu erwarten ist demgegenüber der für Dezember 2020 angekündigte Kommissionsentwurf des Digital Services Act, der insbesondere marktstarke Gatekeeper adressieren soll.<sup>2</sup>

Dagegen verläuft die Diskussion über eine Verschärfung des Wettbewerbsrechts für die digitale Wirtschaft in Deutschland sehr dynamisch. Die Bundesregierung hat gerade unlängst den Entwurf eines „**GWB-Digitalisierungsgesetzes**“ an den Bundestag übersandt.<sup>3</sup> Der Entwurf erweitert die Missbrauchsaufsicht gem. 19a GWB-E auf „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ auf digitalen Märkten, auch wenn diese nicht marktbeherrschend sind. Zugleich sollen die Kataloge der verbotenen Verhaltensformen für marktbeherrschende Unternehmen (§ 19 GWB) oder solche mit relativer Marktmacht (§ 20 GWB) um datenspezifische Tatbestände ergänzt werden, insbesondere soll die Verweigerung des Zugangs zu Daten – die nunmehr zu den wesentlichen Infrastruktureinrichtungen gem. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E zählen sollen – künftig missbräuchlich sein, auch soll die Behinderung der eigenständige Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber künftig als unbillige Behinderung gem. § 20 Abs. 3, 3a GWB-E eingeordnet werden. Die Regelungen der

2 Siehe <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>.

3 BT-Drs. 19/23492 v. 19.10.2020.

Novelle sind im Einzelnen kontrovers und werden in den nächsten Monaten den Deutschen Bundestag beschäftigen. Zum Teil werden sie von der Rechtsprechung auch schon vorweg genommen, wie die aktuelle Auseinandersetzung um die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes zeigt.<sup>4</sup> Ohne zu einzelnen Regelungen abschließend Stellung zu nehmen, verdient die **generelle Stoßrichtung des Entwurfs jedoch Zustimmung**. Auch wenn das Wettbewerbsrecht nicht dazu berufen sein kann, etwaige Vollzugsdefizite im Datenschutzrecht auszugleichen, so ist doch zu konstatieren, dass gerade die Akkumulation großer Datenmengen, ihre plattformübergreifende Nutzung durch wenige Anbieter sowie die fehlende Interoperabilität dem Entstehen voll funktionsfähiger Märkte für datenbasierte Dienstleistungen im Wege stehen. Hierauf sollte der Gesetzgeber reagieren.

Flankierend zu den genuin wettbewerbsrechtlichen Regelungen des GWB können auch durch Regelungen anderer Rechtsgebiete, die primär anderen Zielen dienen, zumindest mittelbar positive Effekte für den Wettbewerb erzielt werden. Hier ist zunächst das (datenschutzrechtliche) Recht auf Datenportabilität gem. Art. 20 DSGVO zu nennen, auf das im Zusammenhang mit anderen Datenzugangsrechten weiter unten eingegangen wird (unter E). Zusätzlich sollte auf nationaler Ebene über eine **Stärkung datenerhebungsfreier Dienstleistungen und Produkte** nachgedacht werden.

Verbraucher sollten eine echte Wahl haben, ob sie mit ihren Daten bezahlen oder ein monetäres Entgelt entrichten wollen.<sup>5</sup> In der Literatur wurde bereits eine gesetzliche Pflicht zum Angebot alternativer, datenerhebungsfreier Produkte in die Diskussion gebracht.<sup>6</sup> Entsprechende Alternativangebote würden die Wahlfreiheit der Verbraucher und das Bewusstsein für den Geldwert der eigenen Daten stärken. Vor einer gesetzlichen Regulierung wäre mit den betroffenen Branchen über die Bereitschaft zu einer **Selbstregulierung** zu sprechen. Mögliche Ansatzpunkte für eine gesetzliche Regelung könnten die DSGVO, das Lauterkeitsrecht (UWG bzw. auf europäischer Ebene die UGP-Richtlinie<sup>7</sup>) oder das Verbraucherschutzrecht sein.

### C. Vertragsrecht in der Datenwirtschaft

Funktionsfähige Märkte setzen weiter voraus, dass die Akteure **rechtssichere Verträge** schließen können. Für Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen liegt seit Mai 2019 die **Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen** (DIRL)<sup>8</sup> vor, die bis Juli 2021 ins nationale Recht umzusetzen ist.<sup>9</sup> Die DRL erkennt in Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 2 an, dass **Verbraucher mit personenbezogenen Daten für einen digitalen Inhalt oder eine digitale**

4 Zuletzt BGH, Kartellsenat, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19 – Facebook II.

5 Das Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO konnte mit seiner finalen, sehr weichen, Formulierung einen solchen Effekt bislang nicht erreichen; s. bspw. die weite Auslegung bei Engeler, Das überschätzte Kopplungsverbot - Die Bedeutung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO in Vertragsverhältnissen, ZD 2018, 55.

6 Maximilian Becker, Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte, JZ 2017, 170-181.

7 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern.

8 Richtlinie 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

9 Die Veröffentlichung eines Referentenentwurfs ist schon seit längerem angekündigt und steht offenbar unmittelbar bevor.

**Dienstleistung „bezahlen“ können** und sieht für diesen Fall – von einigen Ausnahmen abgesehen – die **gleichen Verbraucherrechte vor wie im Fall eines monetären Entgelts**, insbesondere bei der Mängelgewährleistung, der Portabilität von Inhalten, der Vertragsbeendigung usw. Zwar betont die Richtlinie, dass die Rechte der betroffenen Personen nach der DSGVO unangetastet bleiben, insbesondere die Anforderungen an die Freiwilligkeit der Einwilligung, die Widerrufbarkeit der Einwilligung, die Vorschriften zur Portabilität von Daten usw. Die Richtlinie setzt aber dennoch auf ein Marktmodell, bei dem der Verbraucher als Vertragspartei behandelt wird und entsprechende Rechte geltend machen kann. Bei der nun anstehenden **Umsetzung** sollte der deutsche Gesetzgeber darauf achten, dass für die Vertragsparteien **ein möglichst hohes Maß an Rechtssicherheit beim Abschluss von Verträgen** über datenbasierte Angebote erreicht wird. So sollte der Widerruf der Einwilligung nach der DSGVO uneingeschränkt möglich bleiben, bei einem Widerruf aber ein **Kündigungsrecht des Unternehmers** vorgesehen werden. Bis zum Widerruf und der Kündigung sollten die Parteien vertraglich gebunden sein. Bei den **Anforderungen an die objektive Vertragsmäßigkeit** gem. Art. 8 der Richtlinie sollte besonderes Augenmerk auf die Anforderungen an die – nicht explizit genannte – **Datensicherheit** gelegt werden; zugleich sollte darauf geachtet werden, dass man durch besonders hohe gesetzliche Standards am Ende nicht die bereits marktstarken, großen Unternehmen gegenüber kleineren Anbietern bevorzugt und auf diese Weise den Wettbewerb weiter indirekt einschränkt. Aus der Sicht der Verbraucher sollte zudem festgeschrieben werden, dass die **Verbraucherschutzstandards nach der Richtlinie auch im Fall der Unwirksamkeit der Einwilligung** anzuwenden sind; andernfalls würde man Datenschutzverstöße auf dem Feld des Verbraucherrechts noch belohnen. Des Weiteren sollten die über die DSGVO hinausgehenden Regelungen zur Portabilität von Inhalten über die Richtlinie hinaus auch bei einer ordentlichen Vertragsbeendigung gelten (siehe unter E).

Für **Verträge über Daten zwischen Unternehmen** fehlt es bislang an gesetzlichen Regelungen. Hier gilt das **Prinzip der Vertragsfreiheit**. Die europäische Datenstrategie der Kommission adressiert als Problem, dass europäische Unternehmen vielfach noch zögerten, ihre Datenbestände weiterzugeben oder gemeinsam zu nutzen, weil es den Akteuren an Vertrauen fehle, dass die Daten nur vertragsgemäß genutzt werden und Unklarheit bestehe, wer was mit den Datenbeständen machen dürfe. Zur Lösung dieser Probleme hat die Kommission Regelungen in einem „Rechtsakt über Daten“ angekündigt, der im kommenden Jahr (2021) vorgelegt werden soll.<sup>10</sup> Es steht nach der intensiven Debatte der vergangenen Jahren nicht zu erwarten, dass die Kommission darin die Einführung eines Immaterialgüterrechts an Daten („Dateneigentum“) vorschlagen wird. Die Einführung eines solchen Schutzrechts wird auch in der Wissenschaft nahezu einhellig abgelehnt. Denkbar sind aber **dispositive Vertragsnormen**, von denen die Parteien abweichen können, oder modellartige Standardklauseln. Entsprechende Instrumente greifen weniger tief in die Vertragsfreiheit ein als zwingendes Recht. Sie entfalten aber dennoch eine

10 Mitteilung der Kommission: Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, S. 5, 7-8, 15-16.

regulatorische Wirkung und sollten dementsprechend auf einer sicheren empirischen und ökonomischen Grundlage beruhen.<sup>11</sup>

## D. Informationspflichten

Eine weitere Grundbedingungen für ein Marktmodell bei Daten ist, dass die Markakteure die für die Bewertung von Produkten und Dienstleistungen erforderlichen Informationen haben und auch ihre eigene Vertragsleistung richtig bewerten können. Bei der **Preisgabe von personenbezogenen Daten im Rahmen von Verbraucherverträgen bestehen hier nach wie vor erhebliche Defizite**, die in der europäischen Datenstrategie der Kommission nur unzureichend aufgegriffen werden:

- Erstens können Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oft nicht überblicken, welche Daten erhoben und verarbeitet werden und an wen welche Daten weitergegeben werden. Zwar sieht die **DSGVO in Art. 13, 14 umfangreiche Informationspflichten** vor, die sich in der Praxis in sehr wortreichen und oft unübersichtlich gestalteten Datenschutzerklärungen von Unternehmen niederschlagen. Verbraucher sind im Alltag aber nahezu immer bereit, diese Datenschutzerklärungen „wegzuklicken“ und ohne weitere Prüfung ihre Einwilligung in die Datenverarbeitung zu erteilen. Insofern führen die Informationspflichten in der Praxis nicht dazu, dass Verbraucher tatsächlich informierte Entscheidungen treffen. Abhilfe könnten hier **zusätzliche Pflichten zur Bereitstellung vereinfachter Informationen in Form von Grafiken** („Privacy Icons“)<sup>12</sup> oder PIMS (Personal Information Management-System)<sup>13</sup> schaffen, die den Verbraucher auf einen Blick erkennen (bzw. automatisiert auswählen) lassen, wie datenintensiv ein Produkt oder eine Dienstleistung gestaltet ist. Entsprechende Modelle sind gem. Art. 12 Abs. 7 und 8 DSGVO schon heute möglich, werden aber kaum verwendet. Bislang hat die Kommission auch noch nicht von der Befugnis für den Erlass eines delegierten Rechtsakts Gebrauch gemacht.
- Zweitens können **Verbraucher den Wert ihrer eigenen Vertragsleistung**, die vielfach in der Preisgabe personenbezogener Daten und der Einwilligung in deren Verarbeitung liegt, **nicht richtig bewerten**. Der Wert einzelner Datensätze ist schwer zu beziffern. Dies behindert den Wettbewerb am Markt, weil Verbraucher das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht

11 Weiterführend Axel Metzger, Access to and Porting of Data under Contract Law: Consumer Protection Rules and Market-Based Principles, erscheint in Josef Drexl (Hrsg.), Data access, Consumer Protection and Public Welfare (Verbraucherrechtstage 2019), tbc, Nomos 2020, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3650301>.

12 Weiterführend hierzu Zohar Efroni, Jakob Metzger, Lena Mischau, Marie Schirmbeck, Privacy Icons - A Risk-Based Approach to Visualisation of Data Processing, European Data Protection Law Review 2019 (5), S. 352-366; Louisa Specht-Riemenschneider, Linda Bienemann, Informationsvermittlung durch standardisierte Bildsymbole, in Specht-Riemenschneider/Werry/Werry (Hrsg.), Handbuch Datenrecht in der Digitalisierung, Berlin 2019, 324-344.

13 Hierzu European Data Protection Supervisor, Stellungnahme 9/2016 zu Systemen für das Personal Information Management (PIM), abrufbar unter [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-10-20\\_pims\\_opinion\\_de.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-10-20_pims_opinion_de.pdf).

richtig einschätzen können, so dass ein Wettbewerb um den „besseren Datenpreis“ nicht stattfinden kann.<sup>14</sup> Abhilfe bieten hier alternative Angebote, bei denen Verbraucher entweder mit Geld oder mit ihren Daten bezahlen. Entsprechende Vorschläge der Wissenschaft liegen auf dem Tisch (siehe bereits oben unter B).

Für den **B2B-Bereich fehlt es bislang an allgemeinen Informationspflichten** im Hinblick auf Daten, die Unternehmen über andere Unternehmen sammeln. Die seit dem 12. Juli 2020 geltende **Fairness und Transparenz Verordnung**<sup>15</sup> sieht in Art. 7 Abs. 3 a) eine Pflicht für Online-Vermittlungsdienste vor, ihren gewerblichen Nutzern in den allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erläutern, zu welchen personenbezogenen und sonstigen Daten des gewerblichen Nutzers und seiner Kunden der Online-Vermittlungsdienst Zugang hat. Im Vergleich zu zwingenden Zugangsrechten sind entsprechende Informationspflichten das mildere Mittel. In der Literatur wird dementsprechend und mit guten Gründen die **Einführung einer allgemeinen sektorenübergreifende Informationspflicht** im B2B-Bereich in Bezug auf alle erhobenen Daten und deren Verwendung gefordert.<sup>16</sup> Der von der Kommission für 2021 angekündigte „Rechtsakt über Daten“ könnte hierfür den richtigen Rahmen bieten.

## **E. Zugangs- und Portabilitätsrechte**

Eine zentrale Rolle in der europäischen Datenstrategie der Kommission nehmen Zugangs- und Portabilitätsrechte ein. Die Kommission verspricht sich von der weiteren Stärkung der Zugangsrechte eine **Förderung des Wettbewerbs und der Datennutzung im Interesse der Verbraucher und Unternehmen**.

Im Hinblick auf die Portabilität der personenbezogenen Daten von Verbrauchern besteht durch **Art. 20 DSGVO** bereits heute ein hoher Schutzstandard, der jedoch in der Praxis viel zu selten wahrgenommen wird, so dass die Regelung bisher nicht die erhofften wettbewerbsfördernden Effekte erzielt hat. Die Kommission schlägt hier eine weitere Stärkung der Vorschrift vor, insbesondere mit Blick auf Schnittstellen und auf Echtzeit-Daten.<sup>17</sup> Daneben sollte geprüft werden, ob die Wahrnehmung des Portabilitätsrechts durch Datentreuhänder oder auch durch den neuen Dienstleister, zu dem der Verbraucher wechseln möchte, ermöglicht werden kann. Die **Übertragung der Ansprüche aus Art. 20 DSGVO auf Dritte**, die einen erhöhten Anreiz zur Wahrnehmung dieser Ansprüche haben, könnte die Rechtsdurchsetzung erheblich stärken.

Spielraum für den nationalen Gesetzgeber besteht bei der bis Juli 2021 anstehenden Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen (DIRL). **Art. 16 Abs. 4 DIRL sieht ein Portabilitätsrecht** vor, welches sich auf nicht-personenbezogene Daten bezieht, also bspw. Landschaftsbilder von Verbrauchern.

14 Heike Schweitzer, Daten als neue Währung, FAZ v. 24.2.2017, S. 18.

15 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten.

16 Josef Drexl, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? Ein Plädoyer für einen wettbewerbspolitischen Ansatz, NZKart 2017, 415, 418.

17 Mitteilung der Kommission: Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, S. 23.

Dieses Portabilitätsrecht greift nach der Richtlinie nur bei Vertragsbeendigung aufgrund der Nicht- oder Schlechtleistung des Unternehmers. Es stünde dem deutschen Gesetzgeber frei, das Portabilitätsrecht **auch auf den Fall der ordentlichen Kündigung** auszuweiten. Zudem stellt sich auch hier die Frage, ob das Portabilitätsrecht auf Dritte übertragen bzw. von diesen geltend gemacht werden kann.

Für den **B2B Bereich** liegt zwar der Gedanke nahe, Anreize für eine sektorübergreifende Nutzung von Daten zu schaffen, um so die „datenagile Wirtschaft“ im Binnenmarkt zu stärken. Viel diskutiert wird in diesem Zusammenhang ein allgemeiner Datenzugangsanspruch. Bisher sehen jedoch **weder das europäische noch das deutsche Recht einen solchen allgemeinen Datenzugangsanspruch zwischen Unternehmen** vor, und zwar auch nicht für den Fall, dass die Daten bei dem anfragenden Unternehmen oder mit der Hilfe der Technologie dieses Unternehmens erhoben worden sind. Das europäische Recht kennt bislang nur einen wettbewerbsrechtlichen Zugangsanspruch, der allerdings an eine marktbeherrschende Stellung des Inhabers der Daten sowie weitere Voraussetzungen geknüpft ist. Daneben bestehen sektorspezifische Zugangsansprüche, etwa für freie KfZ-Werkstätten,<sup>18</sup> bei Finanzdienstleistungen<sup>19</sup> oder bei Smart metering<sup>20</sup>. Jenseits dieser gesetzlichen Regelungen hat die Kommission bislang nur Empfehlungen vorgelegt.<sup>21</sup> Die europäische Datenstrategie der Kommission möchte an diesem Ansatz festhalten. Zwar sind weitere sektorspezifische Datenzugangsansprüche geplant, etwa für den Bereich der Industrie, insbesondere der Fertigung.<sup>22</sup> Daneben setzt die Kommission aber weiter auf freiwillige Lösungen. Dieser Ansatz ist zu begrüßen. In einzelnen Sektoren können spezifische Zugangsrechte sinnvoll sein; vor der Einführung sollte aber zunächst die eingehende Untersuchung dieser Sektoren stehen. **Für allgemeine Zugangsrechte zu Unternehmensdaten fehlt bislang die ökonomische Evidenz.** Hier sind unerwünschte Nebeneffekte zu befürchten, etwa eine weitere Konzentration auf den digitalen Märkten, wenn die schon jetzt marktstarken internationalen Plattformen auf Grundlage horizontaler Datenzugangsrechte auf die Datenbestände von europäischen Unternehmen, insbesondere KMUs und Start-ups zugreifen könnten. Dies gilt uneingeschränkt für zwingende gesetzliche Zugangsrechte. Aber auch dispositive Vertragsnormen („default rules“) sind mit Vorsicht zu genießen, soweit sie nicht nur die gängige Vertragspraxis abbilden, sondern regulatorische Ziele verfolgen.<sup>23</sup> Als mildereres

18 Art. 61-66 Verordnung (EU) 2018/858 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung der Verordnungen.

19 Art. 38-60 Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt.

20 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt; Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt.

21 Mitteilung der Kommission: Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums, COM(2018) 232 final sowie die hierzu gehörige Arbeitsunterlage der Kommissionsdiensstellen, SWD/2018/125 final.

22 Mitteilung der Kommission: Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, S. 30-39.

23 Weiterführend Axel Metzger, Access to and Porting of Data under Contract Law: Consumer Protection Rules and Market-Based Principles, erscheint in Josef Drexl (Hrsg.), Data access, Consumer Protection and Public Welfare (Verbraucherrechtstage 2019), tbc, Nomos 2020, abrufbar unter:

und effektiveres Mittel zur Förderung des B2B-Datenaustauschs sind deswegen **Informationspflichten vorzugswürdig**, wie sie jetzt in der Fairness und Transparenzverordnung für den Fall der Online-Vermittlungsdienste geregelt sind (siehe oben D).

## F. Europäische Datenräume

Auf den ersten Blick klingt der Gedanke vielversprechend, die europäische Datenwirtschaft durch die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Datenraums oder mehrerer sektorspezifischer europäischer Datenräume zu stärken, in denen Unternehmen Datensätze gemeinsam nutzen. Für **einzelne Bereiche, etwa vernetzte Verkehrssysteme, ist die Idee der gemeinsamen Datenräume zwingend**. Dementsprechend nennt die europäische Datenstrategie der Kommission die Schaffung gemeinsamer europäischer Datenräume auch als eines der zentralen Ziele. Staatliche Initiativen sollten jedoch mit Bedacht gewählt werden. Wer Unternehmen auf der Basis horizontaler, offener Tatbestände dazu zwingt, ihre Datensätze in Pools mit anderen Unternehmen zu teilen, darf sich nicht darüber wundern, wenn am Ende die heute schon marktstarken Internetplattformen die Chance ergreifen und ihrerseits Zugang zu den Datensätzen weniger marktstarker europäischer Akteure erhalten und die hierin liegenden Chancen nutzen, auf neue Märkte vorzudringen und ihre Position weiter auszubauen. Die **europäische Datenstrategie der Kommission schlägt deswegen, im Ansatz eher vorsichtig**, eine Kombination technischer Hilfestellungen beim Aufbau europäischer Infrastrukturen sowie einer Verbesserung der einheitlichen Beschreibung von Datensätzen und ihrer Interoperabilität vor. Genaueres über die europäische Datenstrategie wird man freilich erst wissen, wenn die Kommission ihre Vorschläge konkretisiert, insbesondere durch Vorlage eines Vorschlags für den angekündigten Rechtsakt über Daten, der für 2021 angekündigt ist. Darüber hinausgehende **regulatorische Maßnahmen** sollen nach den bisherigen Verlautbarungen **auf einzelne Sektoren beschränkt** bleiben, etwa für den Bereich der Mobilität, für den die Kommission eine Überprüfung der bisherigen Zugangsregelungen nach der Typengenehmigungs-Verordnung vorschlägt, während ansonsten die weitere Überprüfung und Förderung sowie der Dialog mit und zwischen den jeweiligen Akteuren im Vordergrund steht.<sup>24</sup> Dieser eher vorsichtige und auf Förderung anstelle von Zwang ausgerichtete Ansatz ist zu begrüßen und sollte durch entsprechende Maßnahmen auf nationaler Ebene flankiert werden. Dort wo eine gemeinsame Datennutzung für die Etablierung neuer Dienste und Märkte zwingend erforderlich ist, sollte der Staat sektorspezifisch eingreifen. Ein solches Eingreifen erfordert eine klare ökonomischen Evidenz. Dort wo jedoch nicht der Regelungsrahmen, sondern die fehlende Anpassungsfähigkeit von Industrie- und Dienstleistungsbranchen der Entwicklung von datengetriebenen Geschäftsmodellen im Wege steht, sollte der Staat nur unterstützend und fördernd tätig werden. Die Bundesregierung sollte hier zusätzlich zu den Initiativen der Kommission in einen **Dialog mit den Schlüsselbranchen** der deutschen Wirtschaft treten.

<https://ssrn.com/abstract=3650301>, S. 14 ff.

24 Mitteilung der Kommission: Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, S. 30-39.