



§ 7 Entwicklung funktionierender Datenmärkte

Neben dem Interesse am Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen sowie ihrer Beteiligung am Wert der sie betreffenden Daten ist ein drittes Interesse zu untersuchen: das Interesse an funktionierenden Datenmärkten. Funktionierende Märkte sind schliesslich die notwendige Bedingung für den Austausch handelbarer Güter⁸²⁴ und eine Datenwirtschaft wurde in der europäischen, deutschen und Schweizer Politik ausdrücklich befürwortet.⁸²⁵ Soll ein Datenschutzkonzept auch unter Privaten realistisch sein, muss es die Ökonomik berücksichtigen.⁸²⁶ Es müssen unter anderem die Marktstruktur, das Marktverhalten, der Wettbewerb und die Rechtsdurchsetzung beachtet werden.⁸²⁷ Es stellt sich die Frage, ob der derzeit geltende Rechtsrahmen diesen Anforderungen gerecht wird.

Um diese Frage zu beantworten, ist zuerst darzulegen, welche Rolle das Recht für Datenmärkte spielt (I.). Danach ist zu erläutern, wie personenbezogene Daten gehandelt werden, und ob der derzeit bestehende Marktmechanismus zu einem Marktversagen führt (II.). Nachdem der Datenhandel dargestellt wurde, wird darauf eingegangen, dass das Schaffen rechtlicher Normen im Sinne eines «Datenschuldrechts»⁸²⁸ allenfalls angebracht wäre, da Personendaten häufig durch sog. «Leistung-gegen-Daten»-Verträge gesammelt werden (III.).

I. Rolle des Rechts für Datenmärkte

Damit ein Austausch von handelbaren Gütern stattfinden kann, muss ein funktionierender Markt vorhanden sein.⁸²⁹ Der geltende Rechtsrahmen spielt für einen Datenmarkt eine grosse Rolle. Einerseits kann das Recht als Restriktion verstanden werden, denn insbesondere das regulatorische Recht, wie das Datenschutzrecht und Immaterialgüterrechte, stellt eine Beschränkung des freien Datenflusses dar.⁸³⁰ So betont die OECD die Wichtigkeit des freien Datenflusses und sieht Rechte, die diesen Fluss hemmen, als Risiko.⁸³¹

Auf der anderen Seite kann das Recht auch als den Markt fördernder Faktor gesehen werden, denn durch das Recht wird der Datenverkehr erst ermöglicht. Dabei ist zuerst das regulatorische Recht sowie das Vertrags- und Wettbewerbsrecht zu nennen, welche klare Regeln schaffen. Durch Immaterialgüterrechte werden häufig

⁸²⁴ KILIAN, CRi 2012, S. 173.

⁸²⁵ Strategie Digitale Schweiz, S. 9; BECKER, JZ 2017, S. 170 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 11; JENTZSCH, Dateneigentum, Executive Summary, S. 1; dazu auch Mitteilung EU-Kommission, Datenwirtschaft.

⁸²⁶ KILIAN, CRi 2012, S. 171.

⁸²⁷ KILIAN, CRi 2012, S. 171; vgl. NAUMER, S. 235.

⁸²⁸ SÄTTLER, JZ 2017, S. 1036; SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 306; SPECHT, DGRI 2017, N 15; SÄTTLER, Datenschuldrecht, S. 215.

⁸²⁹ KILIAN, CRi 2012, S. 173.

⁸³⁰ ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 77; ZECH, GRUR 2015, S. 1153.

⁸³¹ ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78; OECD 2015, S. 35, 195 ff.

Märkte für unkörperliche Güter bewirkt, indem übertragbare Rechte an ihnen zugewiesen werden.⁸³² Auch Datennutzungsrechte gehören zu den marktfördernden Faktoren.⁸³³

Aufgrund dieser ambivalenten Rolle des Rechts ist es für eine funktionierende Datenwirtschaft nicht zielführend, nur so wenige rechtliche Rahmenbedingungen wie möglich zu schaffen. Stattdessen sind die rechtlichen Rahmenbedingungen so zu wählen, dass sie einem funktionierenden Datenmarkt angemessen sind.⁸³⁴

Bisher existieren jedoch noch kaum eigene Rahmenbedingungen für eine Datenwirtschaft oder für Märkte, auf denen Daten gehandelt werden.⁸³⁵ Die Europäische Kommission hat bereits an verschiedenen Stellen das Bedürfnis nach solchen Regeln zum Ausdruck gebracht,⁸³⁶ und es wurde auf ihren Vorschlag hin die Digitale Inhalte-Richtlinie vom Europäischen Gesetzgeber angenommen. Auch der wissenschaftlichen Literatur kann man entnehmen, dass das Schaffen von Rechtssicherheit für eine Datenwirtschaft begrüsst werden würde.⁸³⁷ Der Aufbau einer wettbewerbsfähigen Datenwirtschaft stellt ein wichtiges Ziel sowohl der EU als auch der Schweiz dar.⁸³⁸

Ein neuer Rechtsrahmen soll den Handel mit Daten erleichtern.⁸³⁹ Die EU-Kommission verspricht sich von einem intensiveren Datenhandel (vor allem mit nicht-personenbezogenen Daten)⁸⁴⁰ und dem daraus folgenden verbesserten Zugriff von Marktteilnehmern auf umfangreiche und vielfältige Datensätze eine «erhebliche Stärkung des europäischen Innovationspotentials im digitalen Zeitalter»^{841, 842} Ausserdem soll die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen gestärkt werden.⁸⁴³ Zwar hängt das Innovationspotenzial in der Datenwirtschaft hauptsächlich von unternehmerischen Ideen und der Fähigkeit, diese umzusetzen, ab.⁸⁴⁴ Allerdings kann

⁸³² Zum Ganzen ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 77; ZECH, GRUR 2015, S. 1153.

⁸³³ ZECH, GRUR 2015, S. 1153.

⁸³⁴ ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 77 f.

⁸³⁵ ZECH, GRUR 2015, S. 1153; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 640.

⁸³⁶ Z. B. Mitteilung EU-Kommission, *Datenwirtschaft*, S. 12 ff.; Vorschlag Verordnung freier Datenverkehr, COM (2017) 495 final; vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1040; DREXL et al., *Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten*, S. 1 f.; DRUSCHEL/LEHMANN, CR 2016, S. 244 ff.; CHROBAK, S. 267.

⁸³⁷ Z. B. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1040, 1045; SATTLER, JZ 2017, S. 1037; ZECH, GRUR 2015, S. 1153; KILIAN, CRi 2012, S. 173; vgl. *Strategie Digitale Schweiz*, S. 30.

⁸³⁸ Mitteilung EU-Kommission, *Datenwirtschaft*, S. 4 ff.; SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 11; *Strategie Digitale Schweiz*, S. 30; vgl. auch SATTLER, *Personenbezug*, S. 49; DRUSCHEL/LEHMANN, CR 2016, S. 244.

⁸³⁹ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275.

⁸⁴⁰ So konzentriert sich die Europäische Kommission bei ihren Reformbestrebungen vorerst auf nicht-personenbezogene Daten, vgl. Mitteilung EU Kommission, *Datenwirtschaft*, S. 4 ff. sowie Vorschlag Verordnung über freien Datenverkehr.

⁸⁴¹ SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 19 f.

⁸⁴² SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 19; Mitteilung EU-Kommission, *Datenwirtschaft*, S. 9.

⁸⁴³ SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 20; EU Kommission, *Staff Working Document*, S. 12.

⁸⁴⁴ SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 20.

die Kontrolle über Daten und der Zugriff auf sehr grosse, aggregierte Datensammlungen ein entscheidender Wettbewerbsvorteil sein, insbesondere in Zusammenhang mit der Anwendung von künstlicher Intelligenz.⁸⁴⁵

Ein generell offener Zugriff auf Daten durch Dritte kann – natürlich neben den persönlichkeitsrechtlichen Aspekten – zu Anreizproblemen betreffend die Investition in das Sammeln und Speichern von Daten führen und somit problematisch sein.⁸⁴⁶ Grundsätzlich ist es aber zur Steigerung der Wohlfahrt wünschenswert, dass Unternehmen, die neue Ideen für nutzbringende Einsatzmöglichkeiten für Daten haben, insbesondere datengetriebene Produkte und Services, Zugang zu den erforderlichen Daten erhalten.⁸⁴⁷ Auch die Verknüpfung verschiedener Datensätze kann je nach Anwendungs idee in zusätzlichem Nutzen resultieren.⁸⁴⁸ Der Rechtsrahmen sollte also den Handel mit Daten ermöglichen und nicht ohne Not beschränken.

II. Primär- und Sekundärmärkte für den Handel mit Personendaten

Die rechtlichen Rahmenbedingungen wirken sich demnach stark auf die Funktionsweise und die Grenzen von Datenmärkten aus.⁸⁴⁹ Deshalb müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen bei einer Analyse eines allfälligen Marktversagens stets berücksichtigt werden.⁸⁵⁰ Vor der Frage, ob die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen einer Anpassung bedürfen, ist darzustellen, welche Märkte es für Personendaten gibt.

Obwohl Markttransaktionen klassischerweise auf dem Austausch von eigentumsartigen Rechten an verkehrsfähigen Gütern basieren,⁸⁵¹ werden Daten bereits faktisch auch ohne Bestehen echter Ausschliesslichkeitsrechte an ihnen gehandelt.⁸⁵² Dies kann hinsichtlich personenbezogener Daten zunächst damit erklärt werden, dass die Bedeutung der Datenverwertung im Bereich zwischen Unternehmen und den von Daten Betroffenen bedeutend zugenommen hat, «seit mit der Verbreitung mobiler Endgeräte grosse Mengen an Echtzeitdaten über das Nutzerverhalten zur Verfügung stehen.»⁸⁵³ So werden Personendaten vor allem über den Primärmarkt direkt von den Betroffenen gesammelt, wobei sie direkt oder indirekt als Vertragsgegenstand fungieren.⁸⁵⁴

⁸⁴⁵ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 20; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; vgl. auch DIVSI, Daten als Handelsware, S. 30 f.; SCHNEIDER, S. 116; NAUMER, S. 235.

⁸⁴⁶ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18.

⁸⁴⁷ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18.

⁸⁴⁸ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18.

⁸⁴⁹ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 12.

⁸⁵⁰ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 12.

⁸⁵¹ KILIAN, CRi 2012, S. 171.

⁸⁵² SATTLER, JZ 2017, S. 1037; DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 3; METZGER, AcP 2016, S. 826.

⁸⁵³ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 14.

⁸⁵⁴ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 7, 22, 35; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 310; SPECHT, DGRI 2017, N 15; ähnlich SCHNEIDER, S. 117; vgl. SCHWEITZER, S. 304; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 178; dazu eingehend oben § 3 und § 4. SATTLER, Personenbezug, S. 51, sieht in der Kommerzialisierung von Personendaten auf dem Primärmarkt noch keine Form von Datenhandel, da «Datenhandel professionelle Händler voraussetzt».

Zudem haben sich Sekundärmarkte für den Handel mit Personendaten zwischen Unternehmen gebildet.⁸⁵⁵ Über das Zugreifen auf gesammelte Daten durch Dritte entscheiden die Unternehmen im Regelfall selbst, da sie den Zugang zu den jeweiligen Speichermedien kontrollieren.⁸⁵⁶ Somit können Dritte von der Nutzung der gesammelten Daten faktisch ausgeschlossen werden, weshalb ein Handel mit Daten möglich wird.⁸⁵⁷ Häufig werden dabei die Datensätze nicht tatsächlich übertragen, sondern verbleiben auf dem ursprünglichen Server und Dritte erhalten selektive Zugriffs- und Nutzungsmöglichkeiten, welche häufig technisch auf bestimmte Verarbeitungsvorgänge beschränkt sind.⁸⁵⁸ Gerade von Unternehmen, welche über grosse Mengen an Daten verfügen, wird für diesen Vorgang der Begriff der «Daten-ökosysteme» anstatt «Datenhandel» vorgezogen, wonach bei einem gemeinsamen Interesse an der Datennutzung bestimmte und auf Grundlage individueller Vereinbarungen und «Data Governance»-Systeme ausdifferenzierte Zugriffe auf Daten erlaubt werden.⁸⁵⁹ Dabei kann auch eine Kombination aus eigener Datenerhebung und Beschaffen von Daten auf einem Sekundärmarkt (d. h. eine Kombination aus dem Handel auf dem Primär- und auf einem Sekundärmarkt) vorliegen, was «Data Sharing» genannt wird.⁸⁶⁰ Neben diesen Varianten, bei denen Unternehmen stets für eigene Zwecke und gegen die Leistung eines Entgelts Zugriff auf Daten anderer Unternehmen erlangen, existiert auch ein Handel mit «aggregierten, häufig standardisierten Datenpaketen».⁸⁶¹ Zudem besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen gar keinen Zugriff auf die Daten Dritter benötigen, sondern selbst auf Daten basierende

⁸⁵⁵ SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 310 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 15; METZGER, GRUR 2019, S. 135; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 178; RICHTER/HILTY, S. 253; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 7, 11, 25 ff., und 36; dazu SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 26, 32 ff. Hervorzuheben ist, dass gemäss HAUCK/HOFMANN/ZECH, S. 147, auf Sekundärmärkten für Daten und andere digitale Güter keinesfalls zweitklassige Produkte gehandelt werden – im Gegensatz zu Sekundärmärkten für körperliche Güter, wo Gebrauchsgüter gehandelt werden –, da «die digitale Kopie von dem Original auch noch nach einer Vielzahl von Kopiervorgängen nicht zu unterscheiden [ist].»

⁸⁵⁶ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18.

⁸⁵⁷ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18 f., wobei anzumerken ist, dass so nicht notwendigerweise auch der Zugriff auf vergleichbare Daten oder (teilweise) dieselben Daten aus einer anderen Datensammlung verwehrt wird.

⁸⁵⁸ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 19; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 181; SATTLER, Personenbezug, S. 58 f.

⁸⁵⁹ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 19, 22; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275 f.; vgl. FAUST, S. 99.

⁸⁶⁰ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 21, 23, m. H. auf die Möglichkeit des sog. «Data Pooling» für die Nutzung komplementärer Daten, in Fällen in denen alle Beteiligten einen Vorteil aus der Nutzung des erweiterten Datensatzes haben. In Bezug auf das vernetzte und automatisierte Fahren ist dies denkbar, beispielsweise «wenn bei Zugriff auf die gesammelten Mobilitätsdaten selbstfahrender Autos in Gefahrensituationen besser reagiert werden kann, als wenn die Reaktion alleine auf Basis der Sensoren des einzelnen Fahrzeugs erfolgt.» Die gemeinsame Nutzung von Daten könnte gesetzlich vorgegeben werden.

⁸⁶¹ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 22.

Dienstleistungen («Datenderivate»⁸⁶²) in Anspruch nehmen, welche auch als «Substitut für einen direkten Datenzugang dienen können»^{863, 864}

Sekundärmärkte für den Handel mit Personendaten sind aufgrund der datenschutzrechtlichen Beschränkungen vergleichsweise schwach ausgeprägt.⁸⁶⁵ Bei Fehlen eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrunds für die Datenbearbeitung hängt die Zulässigkeit eines Sekundärhandels von der wirksamen Einwilligung durch die betroffenen Personen ab.⁸⁶⁶ Da eine wirksame Erteilung der Einwilligung die hinreichende Zweckbestimmung der beabsichtigten Datenbearbeitung voraussetzt und Blankoeinwilligungen unwirksam sind,⁸⁶⁷ ist ein Handel mit Personendaten, bei dem die Datennachfrager die Daten für ihre eigenen, nicht näher bestimmten Zwecke nutzen können, nicht möglich.⁸⁶⁸ Selbst wenn der Zweckbindungsgrundsatz weit ausgelegt werden würde und die weitere Datennutzung für mit dem Erhebungszweck kompatible Zwecke erlaubt wäre, müsste die Kompatibilität anhand einer umfangreichen Interessenabwägung bestimmt werden.⁸⁶⁹ Eine erteilte Einwilligung kann zudem jederzeit widerrufen werden.⁸⁷⁰ Dementsprechend fehlt es hinsichtlich des Sekundärmarkts für Personendaten an mehreren Stellen an der notwendigen Rechtssicherheit.⁸⁷¹ Gewiss zieht jedoch auch eine gelockerte Auslegung des Zweckbindungsgrundsatzes Sekundärmärkten für Personendaten gewichtige Grenzen.⁸⁷² Durch diese Beschränkungen kann das volle Innovationspotenzial von Personendaten nicht umgesetzt werden.⁸⁷³ Die datenschutzrechtlichen Einschränkungen entfallen immer dann, wenn mit anonymisierten Daten gehandelt wird.⁸⁷⁴

Aufgrund der beschränkten Realisierbarkeit von Sekundärmärkten stehen in der Praxis vor allem die Primärmärkte im Vordergrund, wenn Unternehmen Zugriff auf

⁸⁶² SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 21, 23; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 219; SATTLER, Personenbezug, S. 60.

⁸⁶³ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 21.

⁸⁶⁴ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 22 f., unter Einbezug möglicher Anonymisierung S. 32 ff.; FAUST, S. 99; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 219; SATTLER, Personenbezug, S. 59 f; vgl. SCHNEIDER, S. 117 f.; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 994; HEYMANN, CR 2016, S. 653; BAERISWYL, digma 2013, S. 16.

⁸⁶⁵ METZGER, GRUR 2019, S. 135; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 178; RICHTER/HILTY, S. 253; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 7, 11, 25 ff., und 36, mit dem Hinweis, dass in der Vergangenheit vor allem der Sekundärhandel mit Adressen für Werbezwecke bedeutsam war, sowie S. 37 f.; vgl. aber auch KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 994 f., mit dem Hinweis, dass noch nicht viele empirische Studien hinsichtlich Datenmärkten existieren.

⁸⁶⁶ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 38; vgl. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 155.

⁸⁶⁷ Dazu § 5 II.

⁸⁶⁸ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 38; vgl. METZGER, GRUR 2019, S. 135.

⁸⁶⁹ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; vgl. SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 38.

⁸⁷⁰ METZGER, GRUR 2019, S. 135.

⁸⁷¹ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276.

⁸⁷² SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 39.

⁸⁷³ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 39.

⁸⁷⁴ Vgl. METZGER, GRUR 2019, S. 135. WENDEHORST, Data Economy, S. 330 f., weist allerdings darauf hin, dass bei völliger Anonymisierung der potenzielle Wert der Daten sinkt.

Personendaten erlangen wollen.⁸⁷⁵ Obwohl Unternehmen, die über einen grossen Nutzerkreis verfügen, dabei im Vorteil sind, können auch kleinere Unternehmen und solche, die neu in den Wettbewerb eintreten, Daten direkt von den betroffenen Personen erheben.⁸⁷⁶ Datenderivate bzw. Datendienste stellen überdies eine zufriedenstellende Antwort von Unternehmen auf die datenschutzrechtlichen Einschränkungen hinsichtlich der Weitergabe von Personendaten dar.⁸⁷⁷ Beispielsweise im Bereich der personalisierten Werbung sind Märkte für Datenderivate bereits gut ausgebildet.⁸⁷⁸

Wichtig ist indessen, dass die «Verfügbarkeit von Daten an sekundären Datenmärkten [...] in der modernen Datenwirtschaft mithin nur einer von verschiedenen Faktoren» ist.⁸⁷⁹ Von einem Marktversagen, welches der gesetzgeberischen Intervention bedarf, kann deshalb erst gesprochen werden, wenn Unternehmen auf keinem der dargestellten Wege auf Daten zugreifen können, und deshalb nicht wettbewerbsfähig sind oder sogar auf die Umsetzung ihrer Geschäftsideen verzichten müssen, oder wenn vermeidbare und erhebliche Transaktionskosten entstehen.⁸⁸⁰ Ausserdem sollte im Hinterkopf behalten werden, dass ein gewisses Mass an Ineffizienz im Markt auch mit der Verfolgung höherrangiger Ziele gerechtfertigt werden kann.⁸⁸¹ So ist die derzeitige Begrenzung (bis hin zur Verhinderung) von Sekundärmärkten für Personendaten durch das Datenschutzrecht als gesellschaftliche bzw. politische Wertentscheidung zugunsten des Persönlichkeitsschutzes der von Daten betroffenen Personen zu werten.⁸⁸² Diese Entscheidung könnte auch anders getroffen werden.

III. Auf dem Weg zu einem Datenschuldrecht?

Auch wenn die Kommerzialisierung von Personendaten besonders von Datenschutzrechtsexperten stark abgelehnt wird, ist dies bereits Realität.⁸⁸³ Auf den Primärmärkten für Personendaten hat das Geschäftsmodell «Leistung gegen Daten» erhebliche

⁸⁷⁵ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 35, 40; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 277.

⁸⁷⁶ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 277; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 40; kritisch SCHNEIDER, S. 116, 118, m. H. auf Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 52 f., 152 ff. Wenn Daten frei genutzt werden können («Open Data»), wird nicht von Datenhandel gesprochen, weil die Gegenleistung für die Datennutzung fehlt, dazu SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 21 f.

⁸⁷⁷ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 25, 35.

⁸⁷⁸ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 23.

⁸⁷⁹ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 25.

⁸⁸⁰ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 25, 39 f.; vgl. jedoch KERBER, Rights on Data, S. 120 f., wonach noch keine umfassende Analyse von Datenmärkten hinsichtlich allfälligen Marktversagen existiert.

⁸⁸¹ SCHÄFER/OTT, Einleitung S. XXXIX ff., weisen daneben darauf hin, dass eine effiziente Gesellschaft allerdings nicht zwangsläufig auch eine gerechte Gesellschaft sein muss. Allenfalls müssen deshalb Effizienzverluste in Kauf genommen werden, um höherwertige Ziele zu erreichen. Zur Allokationseffizienz von Datenmärkten JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 189.

⁸⁸² SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 40, vgl. 51; RICHTER/HILTY, S. 253 f.

⁸⁸³ HEUN/ASSION, CR 2015, S. 813; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 39; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; SPECHT, ODW 2017, S. 121; vgl. EDSB,

Verbreitung erfahren,⁸⁸⁴ wobei Personendaten als vertragliche Gegenleistung behandelt werden.⁸⁸⁵ Dies wirft verschiedene Rechtsfragen auf, die noch nicht klar beantwortet werden können.

Zunächst ist fraglich, ob die Anforderungen an eine wirksame Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung eingehalten werden. Wie bereits dargelegt,⁸⁸⁶ könnten insbesondere das Zweckbindungsgebot und die Freiwilligkeit der Einwilligungserteilung nicht erfüllt sein, womit die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Datenbearbeitung in einigen Fällen nicht zuverlässig erscheint.⁸⁸⁷ Das Sichverlassen auf ein überwiegendes Interesse zur Datenbearbeitung erscheint allerdings ebenfalls heikel, zumal das Ergebnis der Interessenabwägung häufig vorab nicht sicher bestimmt werden kann.⁸⁸⁸

Ausserdem kann selbst eine gültig erteilte Einwilligung jederzeit frei widerrufen werden.⁸⁸⁹ Das führt dazu, dass die Möglichkeit, bindende Verträge einzugehen, im Ergebnis stark eingeschränkt wird.⁸⁹⁰ Der Vertrag ist nicht bindend, wenn die betroffene Person ihr Widerrufsrecht jederzeit ausüben und sich so vom Vertrag lösen kann.⁸⁹¹ Den Einwilligungsempfängern wird keine gesicherte Rechtsposition verschafft;⁸⁹² sie können sich nicht darauf verlassen, die Daten tatsächlich nutzen zu können.⁸⁹³ Die Grundlage des Vertragsrechts ist jedoch die Möglichkeit, sich selbst zu binden.⁸⁹⁴ Deshalb ist fraglich, wie Verträge mit Daten als Leistungsgegenstand mit der jederzeitigen Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in Einklang gebracht werden können.⁸⁹⁵

Wo immer Daten als vertragliche Gegenleistung verwendet werden, geht es überdies um die Rahmenbedingungen eines «Datenschuldrechts».⁸⁹⁶ Es könnte notwendig sein, allgemeine Regeln für Personendaten als Vertragsgegenstand und als Leistungsgegenstand zu schaffen.⁸⁹⁷ Bei der Entwicklung eines Rechtsrahmens für den

Opinion 4/2017, S. 7, wo der Handel mit Personendaten sogar mit dem Handel von menschlichen Organen verglichen wird.

⁸⁸⁴ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 277.

⁸⁸⁵ Dazu eingehend oben § 4.

⁸⁸⁶ Dazu § 5.

⁸⁸⁷ Vgl. dazu auch SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 41 ff.

⁸⁸⁸ HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 6.

⁸⁸⁹ Zum Ganzen eingehend § 4 II.

⁸⁹⁰ ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; ZECH, GRUR 2015, S. 1154 f.; SATTLER, JZ 2017, S. 1043; vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

⁸⁹¹ LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221; ähnlich zu Art. 404 OR BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

⁸⁹² SATTLER, JZ 2017, S. 1039, auch 1041 f.; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043. Vgl. PICTH, Jusletter vom IT Flash 11.12.2017, Rz. 8.

⁸⁹³ SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043.

⁸⁹⁴ SATTLER, JZ 2017, S. 1041.

⁸⁹⁵ SATTLER, JZ 2017, S. 1041 f.

⁸⁹⁶ SATTLER, JZ 2017, S. 1036; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 217 ff.; vgl. DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 417.

⁸⁹⁷ ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; SPECHT, JZ 2017, S. 770.; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 646; vgl. METZGER, AcP 2016, S. 819 ff., 833 ff. Einen ersten Schritt dazu stellt die Digitale Inhalte-Richtlinie dar.

Personendatenhandel auf dem Primärmarkt bzw. eines «Datenschuldrechts» muss sich dementsprechend der Herausforderung gestellt werden, wie die tatsächlichen Bedürfnisse rechtlich umgesetzt werden können, d. h. wie verbindliche Vereinbarungen über Personendaten begründet und durchgeführt, und wie beispielsweise Fälle von Leistungsstörungen behandelt werden sollen.⁸⁹⁸ Insbesondere sollte geprüft werden, ob die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in gewissen Fällen eingeschränkt oder zumindest zur Disposition gestellt werden sollte, damit die Betroffenen die Möglichkeit erhalten, wirksame und bindende Verträge über die sie betreffenden Daten abzuschliessen.⁸⁹⁹ Dies ist auch wichtig hinsichtlich der neuen europäischen Digitale Inhalte-Richtlinie, mit welcher Personendaten auch legislativ als vertragliche Gegenleistung anerkannt wurden.⁹⁰⁰ SATTLER weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass, wenn «personenbezogene Daten das klassische Zahlungsmittel Geld teilweise ersetzen oder zumindest ergänzen können, [...] eine gewisse Emanzipation von personenbezogenen Daten vom Datensubjekt der nächste logische Schritt [ist].»⁹⁰¹ Derzeit steht ein Datenschuldrecht jedenfalls auf keiner stabilen privatrechtlichen Grundlage.⁹⁰²

Hervorzuheben ist indes, dass die Möglichkeit, auf den Primärmärkten Zugriff auf Daten zu erhalten, trotz der auftretenden Rechtsunsicherheiten für Unternehmen eine geeignete Art der Datenbeschaffung darstellt.⁹⁰³ Es ist deshalb kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ersichtlich, um generell den Handel mit Personendaten zu fördern.⁹⁰⁴ Diejenigen Rechtsfragen, welche Rechtsunsicherheit hervorrufen, sollten hingegen geklärt werden.⁹⁰⁵ Somit ergibt sich vielmehr ein Klärungsbedarf als ein Regulierungsbedarf.⁹⁰⁶

IV. Ergebnis

Der rechtliche Rahmen spielt für den Handel mit Daten eine grosse Rolle; er kann ihn sowohl ermöglichen bzw. fördern als auch begrenzen. Personendaten werden vor allem auf Primärmärkten, also direkt zwischen den Betroffenen und datensammelnden Unternehmen, gehandelt. Trotz der auf den Primärmärkten für Personendaten auftretenden Rechtsunsicherheiten, stellen diese Märkte eine zweckmässige Möglichkeit für Unternehmen dar, um Zugriff auf Nutzerdaten zu erlangen, weshalb kein unmittelbares Eingreifen des Gesetzgebers zur Förderung des Personendatenhandels geboten ist.

⁸⁹⁸ SATTLER, JZ 2017, S. 1037, 1042.

⁸⁹⁹ SATTLER, JZ 2017, S. 1042; SPECHT, JZ 2017, S. 769; wohl a. A. METZGER, AcP 2016, S. 825.

⁹⁰⁰ Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1037, 1045; SPECHT, DGRI 2017, N 5; Art. 3 Abs. 8 der Digitale Inhalte-Richtlinie geht von einem Vorrang des Datenschutzrechts aus; dazu METZGER, AcP 2016, S. 822 ff.

⁹⁰¹ SATTLER, JZ 2017, S. 1045.

⁹⁰² SATTLER, JZ 2017, S. 1039.

⁹⁰³ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 41.

⁹⁰⁴ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 88; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 280; vgl. allerdings DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 416 f.

⁹⁰⁵ SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 88; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 280.

⁹⁰⁶ SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 280; vgl. DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 417.

Auf Sekundärmärkten, d. h. auf der Ebene zwischen Unternehmen, ist der Handel mit Personendaten durch das Datenschutzrecht nur eingeschränkt möglich. Generell wird die Datennutzung für die Unternehmen schwieriger, je stärker ausgebildet Rechte an Daten sind, was sich auch auf die Förderung des (technischen) Fortschritts auswirken kann. Durch die Einschränkungen der Sekundärmärkte kann das Innovationspotenzial von Personendaten nicht voll ausgeschöpft werden. Dies ist aber nicht auf ein Marktversagen zurückzuführen, sondern stellt eine politische Entscheidung des Gesetzgebers dar, welche auch anders gefällt werden könnte.

Durch den hohen Stellenwert des Primärmarktes für den Handel mit Personendaten und die damit verbundene Wichtigkeit der «Leistung-gegen-Daten»-Verträge sollten allerdings Rahmenbedingungen eines Datenschuldrechts angedacht werden. Die Realität von Personendaten als Vertrags- und Leistungsgegenstand verlangt langfristig nach allgemeinen Regeln zur Abwicklung solcher Rechtsverhältnisse. Eine wesentliche Voraussetzung eines Datenschuldrechts ist die Möglichkeit, bindende Verträge über die Nutzung von Personendaten abzuschließen. Deshalb ist insbesondere die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung kritisch zu hinterfragen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.