

**Prof. Dr. Stephan Wernicke –
Begrüßung und Perspektiven des DIHK**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Vor einer Woche fand das World Economic Forum in Davos statt. Unmittelbar nach der Rede der Bundeskanzlerin sprach einer der gegenwärtig einflussreichsten Historiker, Yuval Noah Harari¹ aus Israel, bekannt durch seine weltweiten Verkaufserfolge „Sapiens“ und „Homo Deus“. Seine Arbeiten betreffen die Veränderung des Menschen und der menschlichen Gesellschaft durch Algorithmen. Er sagte wörtlich:

„Those people who own the data will control the future not only of humanity but of life itself”

„Wem die Daten gehören, dem gehört nicht nur die Zukunft, sondern die Ausgestaltung des Lebens selbst“ – biometrische und psychometrische Daten und ihre Beeinflussbarkeit veränderten den Menschen an sich, weit über den technischen und zivilisatorischen Kontext hinaus.

¹ <http://www.ynharari.com/wef2018/>

Dieser Zukunftsvision muss man nicht folgen – aber offenkundig haben die damit verbundenen Fragen die politische Ebene endlich erreicht.

Um die richtigen Fragen und um erste Lösungsansätze ringen wir alle – auch heute hier in Berlin auf der Konferenz zur „Datenökonomie – Wem gehören die Daten“ des DIHK in Berlin, zu der ich sie alle herzlich begrüßen darf – und die Teilnehmerzahl deutet darauf hin, wie aktuell das Thema ist.

Ziel des heutigen Tages ist aus Sicht des DIHK zweierlei:

Erstens ein state of play, eine Bestandsaufnahme. Wo stehen wir in dieser Debatte? Wie geht die gewerbliche Wirtschaft mit den auch gesellschaftlich umstrittenen Themen um?

Und **zweitens der Versuch, vorsichtig tastend den rechtlichen und ökonomischen Rahmen** auszuloten: wo gibt es Handlungsbedarf, wo müssen erste Grenzen gesetzt werden, wie schnell muss gehandelt werden, damit Entwicklungsoptionen sich nicht schließen?

(I) Stand der Dinge

Vor wenigen Wochen, Mitte Dezember 2017 hat der DIHK das IHK-Unternehmensbarometer zur Digitalisierung veröffentlicht. Befragt wurden ca. 1800 Unternehmen. Ein wesentliches Ergebnis dieser Unternehmensbefragung war die Feststellung von signifikanten Defiziten im Bereich Weiterbildung und IT-Sicherheit. Bemerkenswert ist aber, dass fast zwei Drittel der antwortenden Unternehmen klare und praktikable Regeln beim wirtschaftlichen Umgang mit Daten vermissen. Sie fordern **Rechtssicherheit** im Umgang mit Daten ein, der als wichtiger **Standortfaktor für Deutschland** gesehen wird.

Wo liegen diese offenen Rechtsfragen?

Die Datenökonomie verändert durch daten-basierte Innovationen Wettbewerbsdynamiken. Lineare Wertschöpfungsketten gehören der Vergangenheit an. Unternehmen suchen nach plattformgeeigneten Prozessen, nach skalierbaren Dienstleistungen und Produkten. Die „Datafizierung“ ist der Kern von neuen Geschäftsmodellen und Produktionsmöglichkeiten, Kundenbindungssystemen und der zunehmenden Verlagerung der

Wertschöpfung auf Plattformen. (Preisdifferenzierung, Dynamische Preise, personalisierte Supermarkt Rabatte sind die Stichworte).

Künftig dürfte immer häufiger der **Wert der Daten den Wert der Dinge** übersteigen und **möglicherweise die Daten zum wichtigsten IP-Asset** von Unternehmen werden.

Wie kann künftig vor diesem Hintergrund der Schutz von Privatsphäre, wie können Fairness und Nicht-Diskriminierung gewährleistet werden? Wem „gehören“ eigentlich die Daten, die eingesammelt und ausgewertet werden? Zwischen der Auswertung personenbezogener Daten und Daten, die allein durch Maschinen generiert werden, sollten sicher Unterschiede in ihrer rechtlichen Bewertung gemacht werden. Wo aber liegen die genauen Grenzen? Können solche wirklich exakt gezogen werden, zumal Auslöser der Aufzeichnungen durch Maschinen doch wiederum häufig Personen sind.

Worauf können wir uns bei diesen Fragen stützen?

Auf dem Deutschen Juristentag 2016 gab es ein **Gutachten von Prof. Dr. Faust** zur Digitalen Wirtschaft unter dem Titel „Braucht das BGB ein

Update?“. Die Antwort – auch des Juristentages - war im Kern ablehnend - wir werden heute vielleicht hören, was sich verändert hat.

Das Bundeswirtschaftsministerium hat 2016 eine Studie im Rahmen der Plattform Industrie 4.0 veröffentlicht, ein Schwerpunkt war die Thematik der Willenserklärungen von Maschinen und Machine to Machine Communication. Und 2017 hat das BMWi dann mit seinem umfangreichen Weißbuch nach einem langen Konsultationsprozess ausgewählte Aspekte der Datenökonomie beleuchtet, vor allem auch die Plattformökonomie: ich freue mich auf den Vortrag von Herrn Hartl dazu, der uns weitere Bausteine für eine Antwort vermitteln wird.

Das BMVI hat ebenfalls im letzten Jahr eine Studie über die Eigentumsordnungen von Mobilitätsdaten veröffentlicht – und forderte sehr weitgehend und für manche überraschend ein dem Eigentumsrecht vergleichbares Ausschliesslichkeitsrecht, angedacht wurde gar ein eigenständiges Datengesetz.

Die Europäische Union schließlich hat sich ebenfalls das Thema zu eigen gemacht und möchte einen „klaren und angepassten Rechtsrahmen“ schaffen - was nebenbei bemerkt für die Frage des Eigentums an

Daten keineswegs selbstverständlich möglich ist, denn: Die EU hat zur Regelung des Eigentums schlicht keine Kompetenz, Art. 345 AEUV belässt die Eigentumsordnung ausdrücklich in der Hand der Mitgliedstaaten. Ein Eigentumsrecht könnte die EU damit nicht begründen, allerdings kann sie sehr wohl die Ausübung dieser Rechte im Binnenmarkt regeln. An dieser Stelle sind auch die Diskurse zur „Gemeinfreiheit“ von Daten zu verorten, zu der neu entstehenden public domain im Datenrecht.²

Zu Recht ist die EU daher - laut der Mitteilung der Kommission von 2017 – am Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft interessiert. Sie möchte datengestützte Geschäftsmodelle fördern sowie die Verfügbarkeit und den Nutzen von Daten sicherstellen, kurz: sie strebt einen offenen „Datenhandel“ an, vielleicht sogar als neue, fünfte Grundfreiheit.

Sicher, schon die Datenschutzgrundverordnung, die uns alle dieser Tage wegen des Inkrafttretens im Mai umtreibt, hatte dieses Ziel bereits mit im Blick. Die Hauptmittel werden aber die gegenwärtig im Trilog befindliche „E-Privacy-Verordnung“ sein sowie der Vorschlag einer Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr von nicht-personenbezogenen Daten („free flow of data“). Ergänzend tritt das Wettbewerbsrecht hinzu mit neuen Konzeptionen zu Marktdefinitionen und Datenzugang, z.B. im

² Dazu Wernicke in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Kommentar zum EUV /AEUV, Art. 345, Rn. 21.

Bereich des Verbotes des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen.

(II) Zukünftiger Rahmen

Von diesem Ausgangspunkt her hat sich auch der DIHK ausführlich mit den vielfältigen Themen befasst. Wir haben mit Unterstützung unseres Rechtsausschusses, in dem fast einhundert Unternehmen aller Größen aus ganz Deutschland vertreten sind, ein Thesenpapier erarbeitet, mit dem wir uns an die Lösung der rechtlichen Fragestellungen sehr vorsichtig herantasten, handelt es sich doch bisweilen um Aporien. Das Papier ist als „work in progress“ gedacht und die heutige Veranstaltung kann mit dazu beitragen, die Aussagen zu konkretisieren, zu verändern oder zu ergänzen.

Lassen Sie mich ausgewählte Thesen in aller Kürze vorstellen und kurz erläutern, das Papier liegt auch aus:

Ähnlich wie bei der Debatte ums Urheberrecht sind im Zusammenhang mit der Datenökonomie, also der wirtschaftlichen Nutzung von Daten, wir

alle in unseren unterschiedlichen Interessensphären betroffen, jeder Einzelne, ob als Unternehmer oder Bürger.

Unsere **1. These** zeugt daher als erstes davon, dass der **Rechtsrahmen einen angemessenen Ausgleich der verschiedenen Interessen gewährleisten muss. Er darf aber – als determinierend für die wirtschaftliche Entwicklung – auch nicht innovationshemmend wirken. Im Rechtsstandort Deutschland und Europa muss sichergestellt werden, dass wir insoweit nicht im internationalen Wettbewerb verlieren.**

Unternehmen haben derzeit Sorge, dass ein überbordender Datenschutz z. B. durch die Regelungen der angesprochenen E-Privacy-Verordnung, die ja auch die Maschine-zu-Maschine-Kommunikation umfassen soll, ihre bestehenden, aber auch ihre zukünftigen Geschäftsmodelle behindert, wenn nicht gar unmöglich macht.

Das berührt bereits den heiklen Punkt des „Dateneigentums“: Deutschland hat aufgrund seiner industriegeprägten Wirtschaft ein hohes Interesse daran, dass die Nutzung und Zuordnung von Daten rechtssicher

ausgestaltet ist. Das gilt sowohl für besonders geschützte personenbezogene wie auch nicht-personenbezogene Daten.

Ich hatte bereits das Ergebnis unseres Unternehmensbarometers erwähnt: Die Mehrzahl der Unternehmen konstatierte eine **erhebliche Rechtsunsicherheit** bezüglich der Frage, wem welche Daten zugeordnet sind und wer sie wie nutzen darf.

Übrigens nicht nur Unternehmen. Persönlich bin ich durchaus der Überzeugung, dass wir über **digitale Souveränität** neu nachdenken müssen, sowohl im Sinne der digitalen Souveränität als nationale und europäische Aufgabe als auch der Datensouveränität auf persönlicher Ebene. Wenn wir juristisch bislang keine eindeutige Tendenz zu einer eindeutigen Zuordnung von Daten erkennen können, wenn ökonomische Ansätze keine effizienten Marktstrukturen und Allokationen zu sichern scheinen, und wir nicht einmal technisch wissen, ob Verfügungsrechte und Identitätsmanagement immer funktionieren, dann ist es vielleicht durchaus an der Zeit, Privatsphäre ganz neu zu denken, ebenso wie die Begriffe, die in der Wirtschaft eher selten gebraucht werden wie öffentliche Güter, Gemeinfreiheit, ja sogar den der Allmende, der gemeinsamen Datenwiese des Dorfes.

Was wir jedenfalls wissen ist, dass auch wenn wir nicht handeln sollten die Welt weiter geht – schneller, als sich viele das wünschen werden. Wir müssen nur die Situation im Handel anschauen, um die Tragweite zu sehen. Soweit wir wissen kennt **Payback** das Einkaufsverhalten **von 30 Millionen aktiven Payback-Nutzern** in Deutschland – und alle Daten über das nahezu totale Einkaufsverhalten eines Verbrauchers kosten nicht mehr als ein Kochtopfset? Erstaunlich. Für Amazon kenne ich die Zahlen nicht – hinsichtlich der tatsächlichen Nutzung von social plugins (facebook-button) der auf dieser Basis generierten Daten können wir nur spekulieren.

Die Frage drängt sich auf: Ist all das von der **datenrechtlichen Einwilligung** gedeckt? Fraglos ist, – **so unsere nächste These** – dass das **Datenschutzrecht nicht der richtige Ort ist, um dem Berechtigten seine personenbezogenen Daten auch in ökonomischer Hinsicht zuzuweisen, also in Bezug auf Zugehörigkeit und Nutzungsrechte.** Datenschutz stellt sich als Abwehrrecht dar und hat damit gänzlich andere Funktionen als ökonomische Auswertungsregeln festzuschreiben. Das Datenschutzrecht löst keine Haftungs-, Zuordnungs- oder Gewährleis-

tungsfragen im Umfeld von Big Data, dem Internet of Things oder der Künstlicher Intelligenz.

Sind dann vielleicht andere normative Kontexte besser geeignet? Zu denken wäre an das GWB, denn die Privatautonomie und damit die Freiheit des Nutzens von Daten ist gegenwärtig vor allem durch das Kartellrecht eingeschränkt.

Aus diesem Gedanken resultiert unsere **3. These, wonach die Bildung von Datenmonopolen bzw. ausschließlichen Nutzungsmöglichkeiten von Daten nach Möglichkeit vermieden werden muss**. Wir haben uns bei der Formulierung dieser These von der Vorstellung leiten lassen, dass unvermeidliche asymmetrische Marktstellungen von großen, mittleren bzw. kleineren Unternehmen zukunfts offene Entwicklungen nicht verhindern sollten. Dennoch müssen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gewahrt bleiben, Eingriffe in die unternehmerische Freiheit drohen sonst.

Das mag selbstverständlich klingen. Aber sie wissen wie kompliziert die Regelung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche auf Datenzugang ist. Die jüngste GWB-Novelle hat uns diesbezüglich mit § 18 Abs. 3a GWB eine neue, wenig eindeutige Norm beschert. Das Missbrauchsverbot im Kar-

tellrecht, Art. 102 AEUV war bislang der klassische Ort der rechtlichen Abwägung zwischen sogenannten „essential facilities“ und originären Zugangsrechten. Hier ist auch in der akademischen Diskussion vieles ungeklärt, insbesondere die in Bezug auf die Datenökonomie fundamentale Frage der Ausweitung des Zugangs- bzw. Nutzungsanspruchs in Situationen sogenannter **relativer Marktmacht, d.h. ohne besondere Machtpositionen.**

Die EU Kommission erwägt soweit bekannt die Lösung dieser Fragen weitgehend jenseits des Kartellrechts durch die Begründung eines neues Rechtes, eines „**Datenherstellerrecht**“ verbunden mit einem Recht auf Portabilität nicht personenbezogener Daten – soweit ich es verstanden habe ein „quasi-dingliches“ Recht.

Regelungen zur Datenökonomie müssen im Rahmen der Europäischen Union und nach Möglichkeit international verwirklicht werden – so lautet folgerichtig unsere nächste These.

Wenn wir neue Rechtsgrundlagen für die Datenökonomie benötigen, müssen sie auf **EU-Ebene im digitalen Binnenmarkt** geschaffen werden. Die geplante Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr

nicht personenbezogener Daten in der EU ist sicher ein erster Schritt. Aber die entscheidende Frage auf europäischer Ebene wird noch ausgeblendet: Wollen wir ein „market design“, d.h. die Förderung des Datenhandels in Europa im Sinne einer neuen **Grundfreiheit des freien Datenverkehrs**? Oder sollen wir nicht vielmehr - und hier darf ich die Kollegin Schweitzer von der Freien Universität aus ihrem gemeinsamen Aufsatz mit Prof. Peitz aus der jüngsten NJW zitieren,– die „*auch rechtlich geprägten Funktionsbedingungen und Funktionsdefizite von existierenden Datenmärkten zum Ausgangspunkt nehmen*“, und **nur dort eingreifen, wo eine datengetriebene Vermachtung** droht?³ Wir waren jedenfalls davor, die Steuerungsleistung des Kartellrechts übermäßig zu strapazieren. Schon der noch anhängige Facebook-Fall des BKartA zeigt, wie schwierig allein schon die Marktdefinitionen sind, von der allgemeinen Frage ganz zu schweigen, ob das Datenschutzrecht durch das GWB durchgesetzt werden sollte.

Neben der EU spielt die **internationale Ebene** eine besondere, bisweilen für unsere Fragen sehr weitreichende Rolle. Hierzu möchte ich mich auf ein aktuelles Beispiel beschränken. Sie wissen vielleicht, dass vor dem US Supreme Court gegenwärtig ein Verfahren anhängig ist, das die Zukunft der Basis vieler Anwendungen, die Cloud, existentiell betrifft. Es

³ Schweitzer, Peitz, Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte, NJW 2018, S. 275.

geht um den sogenannten **Microsoft Warrant Case**.⁴ Die US-Behörden streiten vor dem Supreme Court um das Recht, alle Daten einsehen zu können, auf die Microsoft Zugriff hat. Microsoft hatte sich geweigert, Emails an die Staatsanwaltschaft herauszugeben, die auf einem irischen Server gespeichert sind. Denn eine Herausgabe würde gegen europäisches und irisches Datenschutzrecht verstoßen. Das Department of Justice fordert aber genau dies: Terrorismusabwehr erfordere einen unbeschränkten Zugriff, auch ohne Rückgriff auf Geheimdienste.

Der DIHK hat, gemeinsam mit dem BDI sowie dem französischen Industrieverband Medef, dem polnischen Wirtschaftsverband Lewiatan sowie dem irischen Verband IBEC, einen amicus curiae brief eingereicht, in dem wir vor allem Aspekte der Rechtssicherheit betonen⁵: es darf nicht sein, dass Unternehmen nur noch die Wahl haben, gegen welche Rechtsordnung sie verstoßen. Zudem wäre die wahrscheinliche, vielleicht sogar zwingende Folge eines negativen Urteils, dass technische Barrieren der Datenlokalisierung errichtet werden müssten, damit Daten nicht mehr übertragen werden können – eine Entwicklung, die vielen Geschäftsanwendungen in der Cloud nicht gerade zuträglich wären.

⁴ US Supreme Court, United States v. Microsoft Corp., dazu <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/united-states-v-microsoft-corp/>

⁵ <https://www.dihk.de/presse/meldungen/2018-01-12-wernicke-amicus>

Diese Sorgen teilen übrigens die Europäische Kommission und viele Verbände der IT-Wirtschaft in Europa wie in den USA. Es ist aber nicht nur eine Randbemerkung, wenn ich Ihnen sage, dass Großbritannien als einziger EU-Staat auf der Seite der US-Regierung Stellung bezogen hat mit dem wenig verklausulierten Hinweis, für das gegenwärtig verhandelte britisch-US-amerikanische Abkommen über den Austausch von Daten sei ein weiterer Zugriff der USA hilfreich.

Meine Damen und Herren, wie Sie sehen, stehen wir erst am Anfang unserer Überlegungen. Wir sind gefordert, eine verlässliche Grundlage zu finden, die es ermöglicht, Daten ökonomisch zu gesellschaftlich akzeptierten Zwecken zu nutzen, ohne dass Bürger in ihren Grundrechten eingeschränkt werden und Unternehmen gehindert wären, die wirtschaftlichen Möglichkeiten und Chancen zur Förderung von Wohlstand und Gemeinwohl auszuschöpfen. Insoweit bedauere ich es übrigens, dass beim aktuellen Stand der Koalitionsverhandlungen zwar umfangreich zur Digitalisierung diskutiert wird, auch das Dateneigentum spielt eine Rolle, dass aber die rechtlichen Fragen, die rechtspolitischen Herausforderungen, bislang gänzlich unbeachtet bleiben.

Die angemessenen rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, ist natürlich nicht die einzige Herausforderung welche die Wirtschaft 4.0 bereithält. Wir wollen uns heute vornehmlich auf eine ihrer Grundfragen, dem Eigentum an Daten konzentrieren. Dabei denken wir immer mit, dass diese Frage nicht kontextfrei ist. IT-Sicherheit, Breitbandausbau, Urheberrecht, Plattformregulierung, Share Economy, Voraussetzungen von smart cities, die Stichworte sind vielfältig, und Sie finden unsere Überblicksbroschüre dazu – „We do digital“ – ebenfalls ausliegen.

Lassen Sie uns also mit der prioritären normativen Frage beginnen, wem die Daten „gehören“: Ich bin sehr gespannt auf die weiteren Überlegungen, Perspektiven des heutigen Tages.

Vielen Dank und uns allen eine erfolgreiche Konferenz!