

Erläuternder Bericht

Datum: 31. August 2020

An: Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE) – Herr Anaïc Cordoba

Von: Michel Jaccard / Juliette Ancelle

Betreffend: Musterverträge Sachdaten

I. Einführung

- 1 Das IGE hat die id est avocats GmbH (id est, nachfolgend «wir») mit der Ausarbeitung von Musterverträgen betreffend Transfer und Austausch von technischen Daten (nachfolgend «Musterverträgen») beauftragt. Dieses Mandat ist Teil des dem IGE vom Bundesrat erteilten allgemeineren Auftrags, die Problematik des Zugangs zu Sachdaten in der Schweiz und im Ausland zu analysieren und Vorschläge und Lösungen zur Förderung des Austauschs solcher Daten zu formulieren¹. Das IGE wurde daher beauftragt, die Zweckmässigkeit eines möglichen Zwangslizenzierungssystems zu prüfen und auch nach anderen Lösungen für den Zugang zu Sachdaten zu suchen².
- 2 In der Regel wird der Begriff der Sachdaten negativ definiert, d.h. indem auf personenbezogene Daten im Sinne der geltenden Rechtsvorschriften³ Bezug genommen wird. Demnach umfasst der Begriff üblicherweise nicht-personenbezogene Daten, d.h. Daten, die sich nicht auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen, sowie anonymisierte personenbezogene Daten. Dazu können z.B. meteorologische, Umwelt- oder statistische Daten zählen, aber auch solche, die von Maschinen wie Sensoren oder Sonden automatisch erzeugt werden, oder von natürlichen Personen, wie z.B. Daten über die Häufigkeit oder Intensität der Nutzung eines Produkts⁴. Wenn diese Daten genutzt werden können, haben sie das Potenzial, zur technologischen Innovation beizutragen und sind von grossem wirtschaftlichen Wert. Diese Daten, deren Zirkulation und Nutzung für die Entwicklung einer Datenwirtschaft unerlässlich sind, sind jedoch häufig im Besitz von privaten Akteuren, die den Zugang auf freiwilliger Basis oder in Ermangelung von Lösungen zur gemeinsamen Nutzung einschränken. Das Ziel unserer Arbeit ist es, eine standardisierte Vertragsdokumentation vorzuschlagen, um den Austausch dieser technischen Daten zu erleichtern, indem solche Daten, die im Besitz von Akteuren des Privatsektors sind, anderen Organisationen oder privaten Einrichtungen für deren eigenen Gebrauch zur Verfügung gestellt werden können.
- 3 In einer ersten Phase führte die angewandte Methodik zur Ermittlung der abzudeckenden Bedürfnisse auf der Grundlage der immer wiederkehrenden Probleme, die in der bestehenden Literatur und insbesondere in den europäischen Arbeiten im Bereich des Datenaustauschs

¹ Bericht der Expertengruppe zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit, Empfehlung n° 20, 17. August 2018; Bericht zu den Empfehlungen der Expertengruppe zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit: Kenntnisnahme und weiteres Vorgehen, UVEK, 15. Oktober 2019.

² Bericht zu den Empfehlungen der Experten-gruppe zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit: Kenntnisnahme und weiteres Vorgehen, UVEK, 15. Oktober 2019, S. 9.

³ Art. 1 und 3 Abs. 1 der Europäischen Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Leitlinien zur Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union vom 29. Mai 2019, S. 5.

⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, S. 6 ff.; siehe auch Gefion Thuermer, Johanna Walker, Elena Simperl, Data Sharing Toolkit, S. 16; sowie die praktischen Beispiele verfügbar unter <<https://eudatasharing.eu/data-sharing-practice-examples>> (letztmals abgerufen am 20. Mai 2020).

aufgeworfen werden. Nachdem diese Bedürfnisse ermittelt worden waren, versuchten wir, sie durch einen entsprechenden vertraglichen Rahmen zu erfüllen. Unsere Analyse wurde unabhängig von Fragen der Qualifikation der betreffenden Daten oder des rechtlichen Eigentums an ihnen sowie den möglichen technologischen Modalitäten der gemeinsamen Nutzung durchgeführt, deren Beantwortung über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausginge.

- 4 In diesem erläuternden Bericht werden zunächst die wiederkehrenden Themen und Bedürfnisse vorgestellt, die im Zusammenhang mit dem Datenaustausch zwischen Akteuren des Privatsektors identifiziert wurden (unten, Ziff. II.) und anschliessend der auf dieser Grundlage entwickelte vertragliche Rahmen in Form eines Benutzerhandbuchs erläutert (unten, Ziff. III.).

Der Bericht begleitet die Vertragsdokumentation, die im Rahmen unseres Mandats entwickelt wurde, d.h. die verschiedenen Vertragsmodelle, die jeweils in unkommentierter und kommentierter Fassung verfasst wurden, um ihre Verwendung zu erleichtern.

II. Bedürfnisanalyse

- 5 Mit den Musterverträgen sollen die wichtigsten Fragen, die sich aus der gemeinsamen Nutzung technischer Daten ergeben, aus rechtlicher und praktischer Sicht geregelt werden, und zwar unabhängig von den technologischen Aspekten einer solchen gemeinsamen Nutzung oder den Fragen des rechtlichen Eigentums an den Daten.
- 6 In diesem Zusammenhang wurden die Bedürfnisse und der daraus resultierende Handlungsbedarf auf der Grundlage der vorhandenen Literatur, einschliesslich der verschiedenen Arbeiten der Europäischen Union über die gemeinsame Nutzung von Daten und deren Übertragbarkeit⁵, ermittelt. Diese Arbeiten unterstreichen das Entstehen einer Datenökonomie, den Wert von Daten als Vermögenswert und die überragende Bedeutung der Datenzugänglichkeit⁶. Die gemeinsame Nutzung von Daten ist dort definiert als die Ermöglichung eines spezifisch autorisierten Zugriffs auf Datensätze durch Dritte mit dem Ziel der Wertschöpfung⁷, unter dem Blickwinkel der Förderung datengestützter Innovation⁸. Auf schweizerischer Ebene teilt der Bericht der Expertengruppe vom 17. August 2018 diese Vision und stellt fest, dass die Frage des Datenzugriffs und -besitzes «grosse Herausforderungen für den B2B-Bereich»⁹ darstellt.
- 7 Im Zusammenhang mit Datenaustausch zwischen privaten Akteuren werden in den verschiedenen berücksichtigten Studien immer wieder die folgenden Fragen diskutiert:
 - das Modell der vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien;
 - die Art der gemeinsam genutzten Daten;
 - die Qualität der gemeinsam genutzten Daten; oder auch
 - die Verwendung der gemeinsam genutzten Daten durch den Empfänger.

⁵ Vgl. Die Arbeiten des durch die Europäische Kommission geschaffenen Support Centre for Data Sharing, insb.: Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden für die gemeinsame Nutzung von Daten des Privatsektors in der europäischen Datenwirtschaft vom 25. April 2018; Mitteilung der Kommission zum „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“ vom 25. April 2018, Mitteilung der Kommission vom 29. Mai 2019; Support Centre for Data Sharing (SCDS), Bericht über die erfassten Mustervertragsbedingungen, 26. Juli 2019; SCDS, Analytical report on EU law applicable to sharing of non-personal data, 24. Januar 2020.

⁶ Vgl. das «Data Sharing Toolkit», das im Rahmen des EU-Programmes Horizon 2020 Data Pitch von Thuermer, Walker und Simperl entwickelt wurde, online verfügbar unter <<https://datapitch.eu/datasharingtoolkit>> (zuletzt besucht am 14. Mai 2020).

⁷ Freie Übersetzung von “Data sharing in this sense means allowing third parties specifically permissioned access to datasets to generate value” (Gefion Thuermer, Johanna Walker, Elena Simperl, Data Sharing Toolkit, S. 4).

⁸ Thuermer, Walker, Simperl, Data Sharing Toolkit, p. 5.

⁹ Bericht, S. 4 ff.

- 8 Zusätzlich zu diesen Elementen werden folgenden Bedenken am häufigsten als Hindernis für die gemeinsame Nutzung von Daten durch private Akteure genannt:
- Verlust der Kontrolle über die gemeinsam genutzten Daten;
 - der Schutz von Daten oder Interessen bei der gemeinsamen Nutzung (z.B. Wettbewerbsfähigkeit, Geschäftsgeheimnisse etc.);
 - die Komplexität des anwendbaren rechtlichen und regulatorischen Rahmens sowie dessen Einhaltung durch den Datenbereitsteller und den Empfänger;
 - das Fehlen guter Praktiken; oder
 - die Kosten für die Aufbereitung der Daten im Hinblick auf die gemeinsame Nutzung.
- 9 Parallel dazu hat unsere Analyse aber auch eine Vielzahl potenzieller Geschäftsmodelle im Zusammenhang mit dem Datenaustausch identifiziert, die von der Art der offengelegten Daten und den Interessen der beteiligten Parteien beeinflusst werden. So kann die gemeinsame Nutzung beispielsweise über Online-Verkaufsräume oder Austauschplattformen erfolgen, die als Vermittler fungieren¹⁰, auf der Grundlage bilateraler Verträge oder sogar auf der Grundlage von Modellen, die offenen Daten nahe kommen. Hier ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die auf europäischer Ebene durchgeführten Studien ergeben haben, dass der Austausch zwischen privaten Akteuren in erster Linie auf bilateralen oder Mehrparteienverträgen beruht¹¹. Aus technischer Sicht werden Daten am häufigsten über Programmschnittstellen, sogenannte Application Programming Interfaces (APIs) ausgetauscht, sowie über Plattformen, die die Daten hosten¹².
- 10 Während Fragen technischer Natur wahrscheinlich technische Standards erfordern, können Fragen im Zusammenhang mit dem regulatorischen und vertraglichen Rahmen durch standardisierte Vertragsmodelle gelöst werden.
- 11 Im Zusammenhang mit der Entwicklung solcher Modelle stellt sich zunächst die Frage nach der Beziehung zwischen den am Austausch beteiligten Parteien. Diese kann langfristig sein oder auch nicht, eine Entschädigung als Gegenleistung für die gemeinsame Nutzung von Daten oder den gegenseitigen Austausch vorsehen oder kostenlos. Zweitens kann es sich bei den von einer gemeinsamen Nutzung betroffenen Daten z.B. nur um Sachdaten handeln, unter Ausschluss jeglicher personenbezogenen Daten im Sinne der geltenden (Datenschutz-) Vorschriften. Dieser letzte Punkt wirft neben Fragen zu möglichen Anforderungen an die Datenqualität selber auch die Frage allfälliger von beiden Parteien abgegebenen vertraglicher Garantien und deren Durchsetzbarkeit auf. Im Hinblick auf mögliche Einschränkungen bei der Nutzung der Daten umfasst letztere Frage mögliche Einschränkungen des Nutzungsumfangs der Daten, vor allem aber Verbote zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder anderen vertraulichen Informationen des Datenbereitstellers. Wiederum stellt sich auch hier die Frage, wie die Parteien solche Klauseln durchsetzen und ihre sich daraus ergebenden Rechte geltend machen können, da allfälligen Konventionalstrafen von vornherein ungeeignet für das mit den Modellen angestrebte Ziel der Vereinheitlichung erscheinen.
- 12 In der Tat müssen die vorgestellten Musterverträge primär für den Austausch zwischen privaten Akteuren gelten, die zurzeit keinen Zugang zu Sachdaten haben. Sie richten sich daher in erster Linie an KMU und andere juristische Personen ähnlicher Grösse. Denn in der Literatur wird beobachtet, dass grosse Wirtschaftsakteure bereits die Mittel haben, ihre Daten zu nutzen und von ihnen zu profitieren. Die Vertragsdokumentation muss daher den Bedürfnissen der Zielnutzer entsprechen und eine einfache und breit gefächerte Nutzung ermöglichen. Einerseits muss die vorliegende Dokumentation den Anforderungen der Standardisierung und des Pragmatismus

¹⁰ Vgl. z.B. die Plattformen Hazy <www.hazy.com> oder Truata <www.truata.com> (Letzter Zugriff am 20. Mai 2020).

¹¹ Vgl. insb. die Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 25. April 2018, S. 6.

¹² Zu den technischen Aspekten des allgemeinen Datenaustausches, siehe Wout Hofman, Madan Rajagopal, A Technical Framework for Data Sharing, Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research, Vol. 9, Ausgabe 3, 2014, S. 45-58.

genügen, was der Kreativität ihrer Nutzer wenig Spielraum lässt. Andererseits muss sie auch ausreichend detailliert sein, um die Bedürfnisse und Anliegen der erwähnten Interessengruppen angemessen abzudecken.

- 13 Schliesslich setzt die Verwendung der vorgeschlagenen Vertragsdokumentation voraus, dass die beteiligten Akteure das organisatorische Lernen unter sich erfolgreich umgesetzt wurde und dass sie somit über die strukturellen Mittel verfügen, um die Aufbereitung der Daten für die gemeinsame Nutzung und die Nutzung derselben für den beabsichtigten Zweck zu ermöglichen.

III. Musterverträge – Nutzungsanleitung

A. Vorstellung der einzelnen Vertragskategorien

- 14 Die Vertragsdokumentation wurde unter Berücksichtigung der in unserer Analyse (vorne, Ziff. II) identifizierten Bedürfnisse entwickelt, was eine Fokussierung auf die häufigsten Nutzungsarten ermöglichte. Im Einzelnen müssen die Musterverträge folgende Situationen abdecken:
 - die punktuelle Bereitstellung von Daten;
 - den Zugang zu einem «Datenstrom» oder die regelmässige Bereitstellung von Langzeitdaten; und
 - den Datenaustausch zwischen den Parteien.
- 15 Die Verträge sind deshalb in drei verschiedene Modelle gegliedert. Diese wurden alle auf der Grundlage einer gemeinsamen Struktur erstellt und sollten somit sowohl inhaltlich als auch formal für die Nutzer gleichermaßen zugänglich sein.
- 16 Die Musterverträge sind bilateral ausgestaltet und umfassen sowohl Vereinbarungen mit langfristiger Charakter als auch Vereinbarungen für einmalige Transaktionen. Die gemeinsame Nutzung kann einseitig durch Bereitstellung oder zweiseitig durch einen Austausch von Daten erfolgen.
- 17 Die vorgeschlagenen Musterverträge sind:
 - eine Vereinbarung zur Übertragung Sachdaten (einseitig);
 - eine Abonnementsvereinbarung über den Zugang zu Sachdaten; und
 - eine Vereinbarung über den gegenseitigen Austausch von Sachdaten.
- 18 Um dem Benutzer die Auswahl der passenden Mustervereinbarung zu erleichtern, fassen wir die Situationen, die von den einzelnen Mustervereinbarungen abgedeckt werden, nachfolgend zusammen:
 - a) **Die Vereinbarung zur Übertragung Sachdaten (einseitig).** Diese Mustervereinbarung ist für (den i.d.R. weniger häufigen) Fall der einmaligen Bereitstellung von Daten gedacht oder wenn die Parteien eine Datenstichprobe im Hinblick auf den späteren Abschluss einer der beiden anderen Vereinbarungen testen wollen. Die Übertragung kann kostenlos oder gegen Entschädigung sein.
 - b) **Die Abonnementsvereinbarung über den Zugang zu Sachdaten (einseitig).** Diese Vereinbarung ist für die regelmässige und einseitige Bereitstellung von Daten durch einen Datenbereinsteller über einen bestimmten Zeitraum vorgesehen, ohne dass dieser selber ein Interesse an den Ergebnissen der Verarbeitung oder Weiterverwendung der bereitgestellten Daten hat. Der Zugang kann kostenlos oder in Form eines kostenpflichtigen Abonnements gewährt werden, wenn der Datenbereinsteller seine Dienste monetarisieren möchte. Diese Mustervereinbarung gibt dem Datenbereinsteller die Möglichkeit, den Geschäftsbetrieb des Empfängers bei Bedarf zu überprüfen, um die Einhaltung der Vereinbarung sicherzustellen. Dies ist in erster Linie für Fälle gedacht, in denen der Datenbereinsteller zwar nicht

beabsichtigt, die von ihm erhobenen Daten selbst zu verwerten, aber ein potentielles wirtschaftliches Interesse daran hat, die Daten Dritten gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen, sei es zu Forschungszwecken oder zur weiteren kommerziellen Verwertung.

- c) **Vereinbarung über den gegenseitigen Austausch von technischen Daten.** Diese Mustervereinbarung ist die umfassendste Form der gemeinsamen Nutzung. Sie empfiehlt sich in Situationen, in denen die Parteien ein gegenseitiges Interesse am Austausch ihrer jeweiligen Sachdaten haben. In solchen Situationen ist der Zugang im Prinzip kostenlos und umfasst alle Aktualisierungen sowie die von beiden Seiten neu erhobenen Datensätze. Die Parteien können sich auch gegenseitig Zugang zu den auf den erhaltenen Daten basierenden Ergebnissen sowie ein gegenseitiges Recht auf Betriebsprüfung (Audit) einräumen.

B. Formelle Aspekte

- 19 Bei den Mustervereinbarungen handelt es sich jeweils um bilaterale Vereinbarungen zwischen einem Datenbereiter und einem Empfänger, dem Datennutzer, unter Ausschluss von Dritten als Vermittler.
- 20 Um eine einfache Nutzung zu gewährleisten und die Vereinbarungen an eine Vielzahl von Nutzungsfällen anzupassen, sind die Mustervereinbarungen in einer standardisierten Form verfasst worden und weisen alle die gleiche Struktur auf, d.h.:
- Ein Deckblatt, das von den Parteien mit folgenden Angaben auszufüllen ist:
 - Das Datum der Vereinbarung, Name und Kontaktinformationen der Parteien
 - die Art der betreffenden Daten
 - das Datenformat
 - die technischen Modalitäten für die Bereitstellung von Daten
 - die finanziellen Aspekte
 - etwaige Nutzungsbeschränkungen
 - Dauer und Beendigung
 - eine Definition der verwendeten Begriffe
 - die für die jeweilige Mustervereinbarung relevanten Vertragsklauseln
 - die Unterschriften der Parteien
- 21 Der Arbeitsaufwand der Parteien wird dadurch reduziert. Sie müssen lediglich das Deckblatt ausfüllen, dass sie entweder mit blossen Sachdaten (Identität, Adresse, technische Angaben, Preise usw.) oder durch Auswahl von angebotenen Optionen vervollständigen. Auch im Vertragstext selber müssen die Parteien lediglich zwischen Alternativen wählen, die es ihnen ermöglichen, die Vereinbarung an ihre spezifischen Bedürfnisse anzupassen. In die kommentierten Versionen wurden Anmerkungen eingefügt, um den Parteien die Auswahl der geeigneten Option zu erleichtern.
- 22 Die Ausgestaltung der Vereinbarungen spiegelt den Wunsch wieder, ein einheitliches Format zu verwenden, um die Implementierung und Automatisierung zu erleichtern. Dies geschieht über auszufüllende Felder auf dem Deckblatt und vorgegebener Auswahlmöglichkeiten innerhalb der Vertragsklauseln. In der Praxis können die Mustervereinbarungen damit den Benutzern online in einem kompatiblen Format zur Verfügung gestellt werden, dass die Nutzung von digitalen Signaturwerkzeugen sowie die elektronische Ausfertigung erlaubt¹³.

¹³ Siehe Ziff. 7.2 der Mustervereinbarungen. Obwohl die elektronische Signatur über DocuSign oder PDF den Anforderungen Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES) nicht genügt, gilt der Grundsatz der Formfreiheit

C. Inhalt der Mustervereinbarungen

- 23 Als Vorbemerkung ist festzuhalten, dass die Mustervereinbarungen keine Regelung der rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Eigentum an den Sachdaten enthalten. Sie äussern sich nicht über das Bestehen oder Nichtbestehen eines möglichen Eigentumsrechts, denn ihr Ziel besteht lediglich darin, die Verbreitung der Daten zu erleichtern. Der rechtliche und regulatorische Rahmen darf jedoch nicht gänzlich ignoriert werden, weshalb bestimmte Klauseln die Existenz möglicher geistiger Eigentumsrechte berücksichtigen, die (allenfalls auch bloss teilweise) die Nutzung der zur Verfügung gestellten Daten betreffen können (Nachfolgend, Ziff. 31). Gleiches gilt für Klauseln, die möglichen Fragen im Zusammenhang mit den geltenden Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten vorzugreifen (nachfolgend, Ziff. 26 und 36).
- 24 Zusätzlich zum Deckblatt basieren die drei Mustervereinbarungen auf einer gemeinsamen Struktur, die in sechs Teile gegliedert ist:
- Allgemeine Bestimmungen: Dieser Abschnitt steckt den allgemeinen Rahmen für die Bereitstellung und Nutzung der unter den Vertrag fallenden Daten ab, einschliesslich der Modalitäten der Datenbereitstellung, allfälliger Entschädigung, anwendbarer Nutzungsbeschränkungen und anderer Bedingungen im Zusammenhang mit der gemeinsamen Nutzung. Der Inhalt der allgemeinen Bestimmungen ist von Vereinbarung zu Vereinbarung unterschiedlich.
 - Zusätzliche Dienstleistungen: Dieser Abschnitt befasst sich mit allfälligen zusätzlichen Dienstleistungen, die von den Parteien erbracht werden und sieht hierfür gegebenenfalls den Abschluss zusätzlicher Vereinbarungen vor.
 - Namensnennung: Dieser Abschnitt betrifft die Herkunft der Daten und die Frage, ob die Identität des Datenbereitstellers im Falle einer späteren Verbreitung durch den Empfänger offengelegt werden soll oder nicht.
 - Gewährleistungen: Dieser Abschnitt enthält die Haftungsausschlüsse der Parteien in Bezug auf den Inhalt der Daten, ihre Qualität etc. sowie die Verpflichtungen der Parteien in Bezug auf die Einhaltung der anwendbaren Gesetze sowie die Handhabung vertraulicher Informationen.
 - Vertragsdauer und Auflösung: Die Mustervereinbarungen sehen eine Mindestlaufzeit und eine freiwillige oder automatische Auflösung der Vereinbarung im Falle eines Vertragsbruchs sowie die Folgen einer solchen Auflösung vor.
 - Verschiedenes: Dieser Abschnitt enthält die üblichen Schlussklauseln, die sich insbesondere auf Form, Änderung, Auslegung, anwendbares Recht und Gerichtsstand beziehen. Was die Form betrifft, so können die Parteien elektronische Signaturen verwenden.
- 25 Auf der Grundlage dieser gemeinsamen Grundstruktur unterscheiden sich die drei Mustervereinbarungen je nach ihrem Verwendungsgebiet. Bezüglich des Inhalts dieser Mustervereinbarungen wurden bestimmte Entscheidungen getroffen, die sich wie folgt zusammenfassen lassen.
- 26 **Die Art der gemeinsam genutzten Daten**: Die Verträge beziehen sich ausschliesslich auf Sachdaten, unter Ausschluss jeglicher personenbezogenen Daten (Personendaten) im Sinne von Art. 3 lit. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG). Unter technischen Daten sind daher Daten zu verstehen, die sich nicht auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (z.B. meteorologische Daten), oder personenbezogene Daten, die so anonymisiert wurden, dass sie

auch für die vorliegenden Mustervereinbarungen, da sie von Gesetzes wegen keine besondere Form erfordern. Die Parteien sind daher frei in der Wahl der Form, wobei aus Beweisgründen natürlich empfehlenswert ist, dass der Wille zum Vertragsabschluss ausreichend dokumentiert wird. Eine elektronische Unterschrift bzw. Signatur erfüllt diese Beweisfunktion.

nicht mehr einer bestimmten Person zugeordnet werden können. Die Mustervereinbarungen decken auch nicht die Übertragung von gemischten Daten ab, d.h. Datensätze von technischen Daten, die auch personenbezogene Daten enthalten und die ebenfalls den Datenschutzbestimmungen unterliegen. In der Praxis ist es notwendig, dass trotz der Fortschritte in Technologie und Datenanalyse keine Verbindung zwischen Daten und einer bestimmten Person hergestellt werden kann. Der Anbieter muss daher über die Technologie verfügen, die Daten zu sortieren, nötigenfalls zu trennen und sie vor jeder Übertragung regelgemäss zu anonymisieren. Um dieses potentielle Datenschutzrisiko zu mindern, sehen die Vereinbarungen eine gegenseitige Verpflichtung der Parteien vor, die gesetzlichen Verpflichtungen in diesem Bereich zu erfüllen (hinten, Ziff. 36).

- 27 **Die technischen Modalitäten der gemeinsamen Nutzung.** Das Format der Daten (Beispieldaten, künstlich erzeugte Daten etc.) sowie die technischen Modalitäten der gemeinsamen Nutzung werden von den Parteien im Deckblatt festgelegt. In der Praxis ist es wahrscheinlich, dass die Daten über eine API oder über eine Plattform zur Verfügung gestellt werden, wobei die Nutzung dieser Werkzeuge regelmässig einem gesonderten vertraglichen Rahmen (z.B. in Form von Nutzungsbedingungen) unterliegt, der auch vom Empfänger der Daten, dem Datennutzer, akzeptiert werden muss.
- 28 **Die Entschädigung bzw. Gegenleistung.** Die Parteien können zwischen einer kostenlosen oder einer Mitbenutzung gegen Entschädigung wählen. Wird eine Entschädigung vereinbart, so obliegt es den Parteien, den Preis und im Falle regelmässiger Zahlungen (insbesondere im Rahmen der Abonnementsvereinbarung) den Abrechnungszeitraum festzulegen. Standardmässig haben wir eine Vorauszahlung vorgesehen, die es dem Datenbereinsteller erlaubt, die Daten zurückzuhalten, solange die Zahlung nicht erfolgt ist, oder den Zugang im Falle der Nichtzahlung einer Monats- oder Jahresrate zu unterbrechen.
- 29 **Keine Ausschliesslichkeit.** Da das Ziel dieser Mustervereinbarungen darin besteht, die Verbreitung von technischen Daten zu erleichtern, ist standardmässig vorgesehen, dass die Bereitstellung der betreffenden Daten auf nicht-ausschliesslicher Basis erfolgt. Dies bedeutet, dass der Datenbereinsteller die betreffenden Daten weiterhin für sich selbst nutzen oder anderen Dritten zur Verfügung stellen kann.
- 30 **Nutzungsbeschränkungen.** Um Bedenken hinsichtlich eines Kontrollverlustes über die gemeinsam genutzten Daten auszuräumen, erlaubt das Deckblatt dem Datenbereinsteller, die kommerzielle Nutzung sowie die Weitergabe der Daten oder der darauf basierenden Ergebnisse (d.h. der Resultate) an Dritte zu verbieten. Die Begriffe der «Weitergabe» sowie der «kommerziellen Nutzung» werden in allen drei Mustervereinbarungen einheitlich definiert, um eine einheitliche Wirkung sicherzustellen. Im Hinblick darauf haben wir den Begriff der «kommerziellen Nutzung» an seine Definition in den Creative-Commons-Lizenzen angeglichen, die öffentlich breit anerkannt ist¹⁴. Der Begriff der «Weitergabe» bezieht sich auf die Fälle, in denen Daten Dritten sowohl in ihrem ursprünglichen Format als auch in einem modifizierten Format zur Verfügung gestellt werden, sofern die ursprünglichen Daten daraus rekonstruiert werden können. Sofern der Datenbereinsteller die Kontrolle über die Datenempfänger behalten will, soll damit verhindert werden, dass der ursprüngliche Empfänger der betreffenden Daten das Format der Daten bloss geringfügig ändert und sie dann an Dritte weitergibt. Es ist weiter zu beachten, dass eine Weitergabe auch ohne kommerziellen Zweck erfolgen kann, weshalb diese Möglichkeit getrennt von der kommerziellen Nutzung behandelt wird. Darüber hinaus können sich Nutzungsbeschränkungen zum einen auf die übermittelten Daten beziehen, zum anderen aber auch auf die Ergebnisse, die der Datennutzer auf der Grundlage dieser Daten erzielt. Es sind Fallkonstellationen denkbar, in denen ein Datenbereinsteller bereit ist, Zugang zu seinen technischen Daten zu gewähren, um z.B. die Forschung zu fördern, jedoch nicht wünscht, dass die bereitgestellten Daten und die daraus gewonnenen Resultate kommerziell verwertet werden (d.h. also nur die interne Nutzung der betreffenden Daten erlaubt ist).

¹⁴ Die Lizenzen sind öffentlich zugänglich unter <<https://creativecommons.org/>> (letzter Zugriff am 28. Mai 2020).

- 31 **Die Handhabung allfälliger Immaterialgüterrechte.** Die Musterverträge definieren den Begriff der Immaterialgüterrechte und halten fest, dass keine der Parteien ihre diesbezüglichen Rechte in irgendeiner Weise auf die andere Partei übertragen. Ohne sich zum Bestehen oder Nichtbestehen solcher Immaterialgüterrechte an den betreffenden Daten zu äussern, berücksichtigen die Mustervereinbarungen dennoch, dass solche Rechte allenfalls bestehen können, insbesondere z.B. Urheberrechte oder sogar ein Recht sui generis an Datenbanken (oben, Ziff. 23). Um zu verhindern, dass solche Rechte den Vollzug der Mustervereinbarungen blockieren, gewährt der Datenbereitsteller dem Datennutzer eine Nutzungslizenz, um die vereinbarungsgemässe Nutzung zu ermöglichen.
- 32 **Geheimhaltung.** Zu den wiederkehrenden Themen beim Datenaustausch gehören auch Bedenken hinsichtlich möglicher Interessen oder vertraulicher Informationen, die beim Austausch geschützt werden sollen. Diese Problematik wird durch eine Geheimhaltungsklausel abgedeckt, die es dem Empfänger der Daten verbietet, an vertrauliche Informationen des Datenbereitstellers zu gelangen, sei es im Rahmen der Bereitstellung technischer Daten, oder durch andere Methoden wie Reverse-Engineering, und solche vertraulichen Informationen an Dritte weiterzugeben. Es wird jedoch in erster Linie in der Verantwortung des Datenbereitstellers liegen, sicherzustellen, dass die übertragenen Daten keine vertraulichen Informationen über sein Geschäft (oder personenbezogene Daten) enthalten.
- 33 **Betriebsprüfung (Audit).** Da es die Mustervereinbarungen den Parteien erlauben, strenge Nutzungsbeschränkungen zu vereinbaren, stellt sich die Frage, wie deren Einhaltung überwacht werden kann. Im Geschäftsalltag werden häufig Konventionalstrafen eingesetzt, die der Partei, die gegen ihre Verpflichtungen verstösst, die Zahlung eines im Voraus von den Parteien festgelegten Betrags auferlegen. Allerdings erachten wir ein solches Instrument im Zusammenhang mit Mustervereinbarungen für ungeeignet, da die Bedingungen für solche Strafen von Fall zu Fall sehr unterschiedlich sein können. Daher wurde anstelle einer Konventionalstrafe die automatische Kündigung im Falle des Vertragsbruchs gewählt (hinten Ziff. 37). Um eine Verletzung feststellen zu können, muss der Datenbereitsteller die Möglichkeit haben, Die Einhaltung der Vereinbarung beim Datennutzer zu überprüfen, weshalb eine optionale Audit-Klausel eingefügt wurde. Anzumerken ist aber, dass eine solche Klausel nur in Fällen gerechtfertigt ist, in denen die Parteien tatsächlich Nutzungsbeschränkungen vereinbart haben.
- 34 **Zusätzliche Dienstleistungen.** Die Mustervereinbarungen sollen nur die Bereitstellung von technischen Daten abdecken. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass der Datenbereitsteller neben dem eigentlichen Zugang zu den Daten, insbesondere über eine Plattform, auch zusätzliche Dienstleistungen wie Support- oder Wartungsdienste, Hosting-Dienste etc. anbietet. In Anbetracht der Vielzahl denkbarer Dienstleistungen und der Bedingungen für deren Erbringung können in den Mustervereinbarungen nicht alle Eventualitäten abgedeckt werden. Aber falls solche Dienstleistungen angeboten werden, scheint es ratsam, in den Vereinbarungen auf sie Bezug nehmen zu können und anzugeben, ob sie separaten Vertragsbedingungen unterliegen.
- 35 **Namensnennung.** Je nach Situation hat der Datenbereitsteller ein Interesse daran, dass sein Name und die Herkunft der gelieferten Daten im Falle einer genehmigten Weitergabe der betreffenden Daten erwähnt werden. Andererseits möchte ein Datenbereitsteller möglicherweise nicht mit einer bestimmten Weitergabe seiner Daten in Verbindung gebracht, oder er möchte zumindest vorgängig konsultiert werden, bevor er als Ursprung der fraglichen Daten genannt wird. Diese Frage muss zwischen den Parteien geklärt werden, die zwischen den beiden in den Mustervereinbarungen vorgesehenen Optionen wählen können.
- 36 **Gewährleistungen:** Um Bedenken hinsichtlich der Qualität der bereitgestellten Daten, ihrer Verwendung durch den Empfänger, der Einhaltung des geltenden Rechts (inkl. Drittrechte) etc. auszuräumen, werden häufig verschiedene vertragliche Schutzmassnahmen gefordert wie Gewährleistungen gefordert. Obwohl sie in traditionellen Verträgen üblich sind, erhöhen solche Klauseln fast zwangsläufig die Komplexität der Vereinbarungen, was nicht dem mit den Mustervereinbarungen verfolgten Zweck vereinbar ist. Um ihre Wirksamkeit sicherzustellen, begleiten Gewährleistungen oft Strafklauseln und Schadensersatzregelungen. All dies ist mit standardisierten Vereinbarungen über einfache und manchmal nur einmalige Transaktionen, bei

denen nur wenig oder gar nichts verhandelt werden kann, nur schwer vereinbar. Aus diesen Überlegungen hinaus sind die Mustervereinbarungen als das einzige Bindeglied und Vertrauensgefäss zwischen den Parteien gedacht, die über das Teilen der Daten hinaus keine weitergehenden rechtlichen Beziehungen unterhalten sollten. Die einzigen vertraglichen Gewährleistungen, die die Mustervereinbarungen bieten, beschränken sich deshalb auf die Einhaltung des anwendbaren Rechts, die jeweiligen Mustervereinbarungen und die Geheimhaltung. In diesem Zusammenhang wird der Empfänger der Daten darauf aufmerksam gemacht, dass die zur Verfügung gestellten Daten zwar so aufbereitet sind, dass sie keine personenbezogenen Daten enthalten, der Datenbereiter aber nicht ausschliessen kann, dass der Empfänger durch den Zugriff auf die technischen Daten nicht trotzdem in der Lage ist, personenbezogene Daten zu erlangen, beispielsweise durch Kombination mit anderen vorhandenen Daten. In einem solchen Fall verpflichtet sich der Empfänger, alle anwendbaren Datenschutzverpflichtungen einzuhalten. Darüber hinaus bietet der Datenbereiter keine Qualitätsgarantie und übernimmt keinerlei Haftung.

- 37 **Vertragsdauer und Auflösung.** Obwohl die Vereinbarung über den technischen Datentransfer nur zur einmaligen Bereitstellung von Daten gedacht ist, sind alle drei Mustervereinbarungen langfristiger Natur, da die Nutzung der zur Verfügung gestellten Daten zeitlich über die blossere Bereitstellung hinausgeht. Die Parteien können deshalb die Dauer ihres Vertragsverhältnisses und allfällige Kündigungsfristen selber festlegen. Es ist ein automatischer Auflösungsmechanismus für den Fall eines Verstosses gegen die Bedingungen der Vereinbarung vorgesehen. Zu den Konsequenzen der Auflösung der Vereinbarung gehört die Beendigung der Nutzung der bereitgestellten Daten. Diesbezüglich wird empfohlen, den vertraglichen Mechanismus durch technische Mittel zu ergänzen, die insbesondere eine Unterbrechung des Zugangs zu den Daten ermöglichen, soweit dies nach den von den Parteien gewählten Übertragungsmodalitäten möglich ist.
- 38 **Gerichtsstand und anwendbares Recht.** Bei der Entwicklung der Mustervereinbarungen stellte sich die Frage, ob ein alternatives Streitbeilegungsverfahren durch vorherige Vermittlung oder die Aufnahme einer möglichen Schiedsklausel eingefügt werden sollte. Da es in der Schweiz derzeit keine spezialisierte Stelle gibt, die sich mit solchen Streitigkeiten befassen könnte, wurde darauf verzichtet. Es sind daher die Gerichte, die im Streitfall angerufen werden müssten. Schliesslich unterstehen die Mustervereinbarungen angesichts des Kontextes, in dem unser Mandat erfüllt wurde, ausschliesslich schweizerischem Recht. Diese Wahl erlaubt es den Parteien insbesondere, sich auf den allgemeinen Mechanismus der Artikel 97 ff. Obligationenrecht (OR) zu berufen. Damit können sie im Falle eines Vertragsbruchs Schadenersatz zu erhalten, indem sie sich auf die Verschuldensvermutung und auf die reichhaltige Lehre und Rechtsprechung zum Schadensbegriff berufen, der auch entgangenen Gewinn umfasst.

IV. Schlussfolgerungen

- 39 Die vorliegenden Mustervereinbarungen sind nicht dazu gedacht, sich an den juristischen Debatten zu Fragen des Eigentums an Daten zu beteiligen. Sie wurden als unabhängige Instrumente konzipiert, die unabhängig von allfälligen Antworten auf diese Fragen rechtsgültig angewendet werden können sollen. Diese Vereinbarungen beabsichtigen, privaten Akteuren, die nicht über die Mittel für eine komplexe Strategie zum Austausch Sachdaten verfügen, einfache rechtliche Instrumente in die Hand zu geben, um diese Daten wirtschaftlich zu nutzen. Der Einsatz dieser Vereinbarungen setzt jedoch zum einen die Sensibilisierung und zum anderen organisatorisches Lernen bei den betroffenen Akteuren voraus. Es wird an ihnen liegen, einerseits die bereitzustellenden Daten so aufzubereiten, dass sowohl ihre Geschäftsgeheimnisse geschützt als auch das geltende Recht respektiert wird und andererseits die erhaltenen Daten so zu verarbeiten, dass daraus Nutzen entsteht. Schliesslich müssen die Parteien auch die für die gemeinsame Nutzung geeigneten Technologien auswählen.