

GRUR Junge Wissenschaft
München 2025

Antoine | Radtke | Wiedemann [Hrsg.]

Innovation durch Regulierung?

Perspektiven des europäischen
Daten-, Immaterialgüter-, Medien-
und Wettbewerbsrechts



Nomos

GRUR Junge Wissenschaft

München 2025

Die Zeichen GRUR und die grüne Farbe sind eingetragene Marken der GRUR-Vereinigung. GRUR – der grüne Verein.
Verwendung mit freundlicher Genehmigung der GRUR-Vereinigung.

Antoine | Radtke | Wiedemann [Hrsg.]

Innovation durch Regulierung?

Perspektiven des europäischen
Daten-, Immaterialgüter-, Medien-
und Wettbewerbsrechts



Nomos

Die Printpublikation wurde mit freundlicher Unterstützung der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR) gedruckt, die Open Access Publikation erscheint mit freundlicher Unterstützung des LMU Open Access Fonds.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2025

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0176-7
ISBN (ePDF): 978-3-7489-5096-7

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748950967>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Die Frage, wie Regulierung und die Förderung von Innovation miteinander zusammenhängen, beschäftigt den „Grünen Bereich“ schon seit seinen Anfängen. Neben den klassischen Rechtsgebieten des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts spielt das Daten- und Digitalrecht in diesem Zusammenhang eine zunehmend wichtigere Rolle. Die unionale digitalrechtliche Gesetzgebung der letzten Jahre lässt insoweit eine neue Dimension des Grundgedankens „Innovation durch Regulierung“ erkennen: Mit Rechtsakten wie dem Digital Services Act, dem Digital Markets Act, dem Data Act und dem AI Act ist die Hoffnung verbunden, dass Innovation durch Regulierung angestoßen und gezielt im Einklang mit demokratischen Werten und Grundrechten gefördert werden kann. Unter diesem Blickwinkel stellen sich vielgestaltige Fragen, etwa nach der Verzahnung der unterschiedlichen Rechtsakte im Hinblick auf ihre innovationsfördernde Zielsetzung, nach der Belastbarkeit der Rechtfertigungsansätze und dem gesetzgeberischen Umgang mit neuen Phänomenen, wie etwa der sog. Künstlichen Intelligenz.

Diese und weitere Fragestellungen griff die 10. Tagung „GRUR Junge Wissenschaft“ auf. Die Nachwuchstagung fand am 4. und 5. Juli 2025 in München unter dem Titel „Innovation durch Regulierung? – Perspektiven des europäischen Daten-, Immaterialgüter-, Medien- und Wettbewerbsrechts“ statt.

In den Referaten wurden nicht nur grundlegende Funktionen des Rechts *für* Innovation hinterfragt, sondern auch verschiedene Aspekte der Innovation *im* Recht. Ausgehend vom Recht des Geistigen Eigentums und seiner grundlegenden Innovationsfunktion wurde die schwierige Balance zwischen Innovationsförderung und Investitionsschutz im Datenrecht ebenso diskutiert wie Chancen und Hindernisse für Innovation im Kontext der Gatekeeper- und Plattformregulierung. Verschiedene Vorträge beleuchteten ferner Innovation durch „Künstliche Intelligenz“ und deren potenzielle Ermöglichung oder Beschränkung durch Regulierung im Bereich des Berufs-, Lizenz-, Datenschutz- und Haftungsrechts. Auch die Ebene der Rechtsdurchsetzung und die Frage, wie sich diese auf Innovationsprozesse auswirkt, fanden unter verschiedenen Gesichtspunkten Beachtung.

Diese vielfältigen Perspektiven der Vortragenden auf spezifische Rechtsfragen der unterschiedlichen Rechtsgebiete und auf das Zusammenspiel von Recht und Innovation mitsamt den Erkenntnissen aus den lebhaften Diskussionen sind im vorliegenden Tagungsband dokumentiert.

Unser herzlicher Dank gilt der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR) und dem Nomos Verlag, die durch ihre überaus großzügige Unterstützung einen beständigen und verlässlichen Rahmen für den Austausch der Nachwuchswissenschaft im – erweiterten – Grünen Bereich bieten und damit einen wichtigen Beitrag zur Durchführung der Tagung und der Veröffentlichung dieses Tagungsbandes leisten. Wir danken dem LMU Open Access Fonds herzlich für die großzügige Finanzierung der Open-Access-Veröffentlichung.

Die 11. Tagung „GRUR Junge Wissenschaft“ wird am 3. und 4. Juli 2026 unter dem Thema „Recht & Rechtsdurchsetzung“ in Osnabrück stattfinden.

München, im August 2025

Lucie Antoine, Tristan Radtke und Klaus Wiedemann

Inhaltsverzeichnis

Recht und Innovation: Grundlagen

Luca Fynn Duda

Recht als Ermöglichungsinstrument der Europäischen Union 11

Carl Jasper Schönermark

Regulatorische Schutzrechte sui generis als Anreiz für Innovation –
Das Arzneimittelrecht als Vorbild? 29

Anreizparadigma: vom Geistigen Eigentum zur Datenwirtschaft

Alexander Keller

Das Einheitspatentsystem und das Anreizparadigma –
Innovationsanreiz und -hemmnis zugleich? 47

Florian Schweitzer, Leon Wardelmann

Datenzugang nach dem Data Act – Fixing the Regulatory Game 67

Maren K. Wöbbeking, Marko Andjic

Europäische Dateninvestitionsschutzgrenze – Datenrechte im
Spannungsfeld von Innovation und Investition 87

Rechtsdurchsetzung und Innovation

Pascal T. Sierek

Private Enforcement als Innovationshemmnis? 109

Innovationsförderung durch Gatekeeper- und Plattform-Regulierung?

Korbinian Schrom

Innovationsförderung durch Datenzugang – Art. 6 Abs. 11 DMA als Negativbeispiel zu eng gezogener Innovationsräume durch den europäischen Gesetzgeber? 129

Lukas Breide

Innovation in digitalen Ökosystemen: Welche Rolle spielen Killer Acquisitions und der DMA? 147

Marc André Bovermann

Zwischen Missbrauchsaufsicht, systemischen Risiken und Innovation: Was die Plattformregulierung vom Kartellrecht lernen kann 171

KI-Regulierung und Innovation

Melina Braun

Ethische Lizenzierung als Regulierungswerkzeug für Open-Source-KI? 191

Konstantinos Tsakiliotis

Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Training von KI-Systemen aufgrund „berechtigter Interessen“ gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO: im Zweifel für die informationelle Selbstbestimmung 211

Chuai Feng

Liability of Generative AI for Outputs Drawing Experience on Internet Intermediary 229

Recht und Innovation: Grundlagen

Recht als Ermöglichungsinstrument der Europäischen Union

Luca Fynn Duda*

A. Der Innovationsanspruch der Union

Kommissionspräsidentin *Ursula von der Leyen* erhielt am 29.5.2025 den Internationalen Karlspreis der Stadt Aachen. In ihrer Rede stellte sie heraus, der Auftrag an die Europäische Union (EU) heiße vor allem europäische Unabhängigkeit. Noch im gleichen Atemzug betonte *von der Leyen* die Priorität europäischer Wettbewerbsfähigkeit, die sie konjunktiv mit Innovation ins Zentrum der Erneuerung Europas rückt.¹

Der Konnex ist kein Zufall; das Mantra von Innovation und Wettbewerbsfähigkeit ist omnipräsent in kontemporären Äußerungen der EU-Organen, allen voran der Kommission. Nachdem die Union in den vorhergehenden Administrationen – insbesondere auch in der Kommission *von der Leyen* I – immer mehr Bürokratie angehäuft hatte, sind die Segel nun auf umgekehrten Kurs entlang einer Welle der Deregulierung gestellt, um das ausgelobte Ziel von Wettbewerbsfähigkeit qua Innovation zu erreichen. Das zeichnete sich bereits in den politischen Leitlinien der Kommission *von der Leyen* II ab.² Überraschend zügig schritt man mit dem Kompass für Wettbewerbsfähigkeit³ und den sog. Omnibus-Paketen⁴ voran. Geplant

* Der Verfasser ist Promovend und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Göttinger Institut für Völkerrecht und Europarecht, Abteilung Europarecht bei Prof. Dr. Frank Schorkopf. Der Beitrag behandelt Teilaspekte der aktuellen Forschungen des Verfassers im Kontext einer europarechtlichen Möglichkeits- und Innovationsforschung. Dank gebührt der wissenschaftlichen Leitung der 10. Tagung GRUR Junge Wissenschaft, insbesondere Dr. Klaus Wiedemann sowie darüber hinaus den Herren Maximilian Mitter und Leon Knepper für ihre Anmerkungen zum Manuskript. Sämtliche Internetverweise wurden zuletzt abgerufen am 28.7.2025.

1 Europäische Kommission, Rede von Präsidentin von der Leyen anlässlich der Verleihung des Internationalen Karlspreises zu Aachen v. 29.5.2025, SPEECH/25/1366.

2 *von der Leyen*, Politische Leitlinien für die nächste Europäische Kommission 2024–2029, S. 12: „Europa ist seit jeher ein Kontinent der Industrie, der Unternehmen und der Innovation [...]“.

3 COM (2025) 30 final.

4 Zu Omnibus I COM (2025) 80 final; 81 final; 87 final; Teil 1 am 17.4.2025 in Kraft getreten, s. ABl. 2025 L 794. Zu Omnibus II COM (2025) 84 final. Omnibus III COM

ist zudem ein europäischer Innovation Act.⁵ Europa müsse seinen Innovationsmotor wieder ans Laufen bekommen, so die Kommissionspräsidentin.⁶ Denn die Union hat ein Innovationsdefizit, das ihre Wettbewerbsfähigkeit hemmt.⁷

Seit jeher operiert die EU dabei mit dem Recht als Operationsbesteck, um ihre Politiken umzusetzen. Nicht zuletzt deshalb ist auch von einer Integration durch Recht die Rede.⁸ Die nachgeschärften Innovationspolitiken bedürfen für ihre Umsetzung eines rechtlichen Zugriffs, der dem Anspruch an eine wettbewerbsfähige EU durch die Förderung von Innovationen gerecht wird.

Die hiesige Betrachtung beginnt dafür aus einer theoretischen Perspektive, indem sie danach fragt, weshalb das Recht gemeinhin eher als Verhinderungs- denn als Ermöglichungsinstrument begriffen wird und warum dies zu kurz greift (B.). Im Anschluss soll anhand ausgewählter Wegmarken gezeigt werden, dass der Innovationstopos keine Neuerfindung ist, sondern von Anfang an maßgeblicher Schrittmacher der europäischen Integration war (C.). Schließlich werden Fragmente eines Innovationsrechts im geltenden Unionsrecht gefunden (D.) und Konzeptualisierungspotenziale aufgezeigt (E.).

B. Theorie: Ermöglichung als Aufgabe des Rechts

Einem Recht, das einen Wandel von der Begriffs- zur Interessenjurisprudenz erfahren hat,⁹ fällt die Gewährleistung von Erwartungssicherung bei

(2025) 236 final. Omnibus IV COM (2025) 501 final; 502 final; 503 final; 504 final; 258 final. Omnibus V COM (2025) 821 final; 822 final; 823 final. Omnibus VI COM (2025) 526 final; 531 final. Omnibus VII und VIII sind bisher nur in der Binnenmarktstrategie angekündigt, s. COM (2025) 500 final.

5 S. die geplanten Vorhaben in COM (2025) 30 final, 10; COM (2025) 45 final.

6 Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 29.1.2025, IP/25/339.

7 So heißt es im Kompass für Wettbewerbsfähigkeit COM (2025) 30 final, 1: „Die eigentliche Ursache dafür [gemeint ist die mangelnde Wettbewerbsfähigkeit] ist der Mangel an Innovation.“ Deshalb soll die „Innovationslücke“ geschlossen werden, so auf den S. 4 ff. Viel beachteter Antrieb dieser Vorhaben ist der sog. Draghi-Bericht, *Draghi*, The future of European competitiveness, Part A: A competitiveness strategy for Europe, September 2024; weniger bekannt hingegen der sog. Letta-Bericht, *Letta*, Much more than a market, April 2024.

8 Zuletzt *Lautsch*, Integration durch Recht, 2023. Vgl. auch Hallsteins Konzept der Rechtsgemeinschaft in *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 31 ff.

9 Statt vieler nur *Heck* AcP 112 (1914), 1.

gleichzeitiger Verhaltenssteuerung schwer, wenn es um das Mögliche geht.¹⁰ Eine Ermöglichung, zumal wenn sie auf die Innovationsförderung bezogen ist, muss letztlich das Ungewisse antizipieren, bevor es Wirklichkeit geworden ist.¹¹ Vielleicht ist dies ein Grund, weshalb das Recht gemeinhin eher als Begrenzungs- denn als Ermöglichungsinstrument verstanden wird. Es vollzieht häufig nur nach, was außerrechtlich bereits geschehen ist; es reagiert, anstatt zu agieren. Die Begrenzungsaufgabe fällt leichter als die Ermöglichungsfunktion. Zwar ist eine Begrenzung durch Recht notwendig, auch und gerade um Freiheit zu ermöglichen. Doch ist die Ermöglichungsfunktion des Rechts bis dato unterbelichtet geblieben. Wenn aber nach „Innovation durch Regulierung“ gefragt ist, bedarf sie eines stärkeren Gewichts im Funktionenkanon des Rechts.

I. Zum Innovationsbegriff

Innovation, begriffsethymologisch dem lateinischen „innovare“ (verändern, erneuern) bzw. spätlateinischen „innovatio“ (Veränderung, Erneuerung) entstammend, meint vor allem die Schaffung von etwas Neuem, die Veränderung hin zum regelmäßig, aber nicht notwendig Besseren.¹² Die OECD definiert Innovation in ihrem Oslo-Handbuch wie folgt:

„Eine Innovation ist ein neues oder verbessertes Produkt bzw. ein neuer oder verbesserter Prozess (oder eine Kombination der beiden), das bzw. der sich von den bisherigen Produkten bzw. Prozessen der Einheit merklich unterscheidet und für potenzielle Nutzer verfügbar gemacht wurde (Produkt) bzw. in der Einheit eingeführt wurde (Prozess).“¹³

Während die *Invention* die eigentliche Erfindung meint und die *Diffusion* die weitere Verbreitung derselben in der Gesellschaft, ist mit der *Innovation*

10 Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts, 1. Auflage 1999, S. 73 ff., insb. S. 77.

11 Vgl. Roßnagel, Das Neue regeln, bevor es Wirklichkeit geworden ist – Rechtliche Regelungen als Voraussetzung technischer Innovation, in: Sauer/Lang, Paradoxien der Innovation, 1999, S. 193; jüngst dazu Blöcher, Regulierung trotz Nichtwissen, 2024; Spiecker gen. Döhmman, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, 2025 i.E.

12 Zu verschiedenen Nuancierungen des Innovationsbegriffs Hoffmann-Riem AöR 131/2 (2006), 255; Müller InTeR2013, 58 (60). Calliess ZEuS 2021, 125 (128) hingegen begreift Fortschritt als Teil des Innovationsbegriffs.

13 OECD, Oslo-Handbuch, 4. Ausgabe 2018, S. 20.

die praktische Nutzbarmachung der Neuerung bezeichnet.¹⁴ Die eigentliche Idee, die Invention, kommt dabei vom Individuum. Die Gesellschaft muss diese im Zuge der Diffusion akzeptieren. Ob der Prozess aber hier überhaupt ankommt, ob aus der Invention eine Innovation wird, die in der Gesellschaft Verbreitung findet, liegt auch im Gestaltungsauftrag des Rechts. Schon begrifflich wird somit klar, dass das Recht vor allem auf Ebene der Innovation ermöglichen kann.

Die Zukunftsfähigkeit der modernen Gesellschaft wird, namentlich in der EU, mittlerweile maßgeblich über ihre Innovationsfähigkeit beschrieben.¹⁵ Dem war nicht immer so, wurde Innovation dereinst vor allem von konservativen Kreisen mehr als Bedrohung denn als Chance wahrgenommen.¹⁶ Beides hängt zusammen mit der innovationsbedingt engen Verknüpfung von technologischem Fortschritt und wirtschaftlicher Entwicklung.¹⁷ Eine einseitige Ausrichtung auf Wachstum und Wettbewerb droht überdies die soziale Dämpfung der Wirtschaftsordnung zu vernachlässigen. Die EU hilft dann schließlich selbst aus, indem sie im Rechtsakt zur Errichtung des Europäischen Technologieinstituts den Innovationsbegriff in einem umfassenden Sinne legaldefiniert als

-
- 14 Sog. Drei-Phasen-Modell Schumpeters, vgl. Brockhaus, Enzyklopädie Art. „Innovation“ <<https://brockhaus.de/ecs/enzy/article/innovation?isSearchResult=true>>. Noch früh ohne explizite Erwähnung *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 9. Auflage 1997; die Innovationstheorie wird dann entwickelt in *ders.*, Konjunkturzyklen, Band 1, 1961, S. 95 ff. Schumpeters Theorie der „schöpferischen Zerstörung“ hat sich als die maßgebliche Innovationstheorie durchgesetzt. Ein erster systematischer Zugang zu einer Innovationstheorie wird dagegen *Tarde*, The laws of imitation, 1903 zugeschrieben.
- 15 *Trute*, Innovation, III. Rechtswissenschaftliche Perspektive, in: Staatslexikon, Dritter Band, 8. Auflage 2019, S. 295. Es ist insofern kein Zufall, dass die rechtswissenschaftliche Perspektive auf den Innovationsbegriff gerade mit der Strategie der Innovationsunion der Kommission beginnt.
- 16 *Burke*, Letter to William Elliot 26 May 1795, in: McDowell/Todd, The Writings and Speeches of Edmund Burke, Vol IX I: The Revolutionary War, 1794–1797, S. 29 (40): „I wished to warn the people against the greatest of all evils – a blind and furious spirit of innovation, under the name of reform.“ Die Begriffshistorie wird entwickelt bei *Godin*, Innovation Contested, 2015.
- 17 Dazu *Müller InTer*2013, 58 (60); *Hoffmann-Riem*, Innovationen durch Recht und im Recht, in: Schulte, Technische Innovation und Recht, S. 3 (12); differenzierend *Klotz*, Innovation im Telekommunikationssektor, in: Hoffmann-Riem, Innovation und Telekommunikation, 2000, S. 129. Im Gegenwartsdiskurs *Etzemüller Merkur* 79 (April 2025), 5, der ein differenziertes Bild der Moderne, geprägt von „Sozialingenieuren“ als kühle Experten zeichnet und nicht zuletzt auch auf die Technikfaszination faschistischer Systeme hinweist; in diesem Sinne auch *Yoran*, Die Verkämpfung der Welt, 2025, S. 47, 49.

*„den Prozess, einschließlich seiner Ergebnisse, bei dem neue Ideen hervor-
gebracht werden, die auf gesellschaftliche, wirtschaftliche oder ökologische
Bedürfnisse und die Nachfrage ausgerichtet sind, sodass daraus neue Pro-
dukte, Prozesse, Dienstleistungen oder Unternehmens-, Organisations- und
Sozialmodelle entstehen, die erfolgreich in bestehende Märkte eingeführt
werden oder die Schaffung neuer Märkte ermöglichen und die für die
Gesellschaft von Nutzen sind“¹⁸*

II. Ermöglichungsfunktion des Rechts

Dass das Recht ermöglicht, ist keine Selbstverständlichkeit. Schon inner-
halb der Jurisprudenz wird ihm selten die Aufgabe zugeschrieben, ermögli-
chend tätig zu werden. Erst recht das nichtjuristische Umfeld nimmt den
Juristen und „seine“ Rechtsordnung zumeist mehr als behindernde Last
denn als Innovationskatalysator wahr.¹⁹ Nimmt man die tradierten Funk-
tionen des Rechts in den Blick, so fällt auf, dass die Möglichkeitsdoktrin
eine Leerstelle bleibt.²⁰ Von „Innovation durch Regulierung“ kann kaum
die Rede sein.

Aber kann das Recht überhaupt eigenständig ermöglichen? Dass ihm
notwendigerweise eine Begrenzungsfunktion zukommt, bleibt jedenfalls
der Sache nach unstreitig. Insbesondere im Technikrecht wird dieser
jedoch eine Ermöglichungsfunktion zur Seite gestellt.²¹ Technikrecht ist
Technikvoraussetzung, als es Rechtssicherheit gewährleistet und für Akzep-
tanz sorgt.²² Es schafft dergestalt einen Rahmen, in dem Innovationen
abgesichert und so überhaupt erst ermöglicht werden, weil sie sich in einem
sicheren Rahmen entwickeln lassen. Die Ermöglichungsfunktion ist aber

18 VO (EU) 2021/819, Art. 2 num. 1.

19 Etwa Kloepfer GAIA 1998, 127 „belastender Standortfaktor“: „Der unbeliebte Jurist tritt so als scheinbar überflüssiger Bedenkenträger und Störfaktor in die schöne Welt der freien Technikentwicklung durch Naturwissenschaftler, Ingenieure und Markt-entfalter.“ Selbstredend gilt dies nicht absolut, gerade der Nichtjurist wird auch auf Rechtssicherheit Wert legen.

20 Zur Funktionenlehre Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Auflage 2022, § 3.

21 Kloepfer GAIA 1998, 127; ders., Technik und Recht im wechselseitigen Werden, 2002, S. 86 ff.; ders., Technikgestaltung durch Recht, in: Grunwald, Technikgestaltung zwi-
schen Wunsch und Wirklichkeit, S. 139.

22 Kloepfer GAIA 1998, 127 (130 ff.); ders., Technik und Recht im wechselseitigen Wer-
den, 2002, S. 105 spricht von leistender Technikermöglichung durch rechtliche Nor-
mierung.

mehr als bloßer Reflex der Begrenzung: Das Recht fördert Innovationen aktiv und regt zu ihrer Entwicklung an.

Camilla Haake hat in ihrer Innovationsforschung mit Bezug auf das Völkerrecht ein (innovations-)steuerndes Recht in vier Funktionen kategorisiert: Ermöglichung, Stimulation, Begrenzung und Revision.²³ Das Recht *ermöglicht*, indem es die Gelegenheit zur Produktion einer Innovation eröffnet, sie mitunter gar aktiv fördert, Rechtssicherheit schafft und zugleich den Innovationsrahmen durch bestimmte Vorgaben absteckt. Die Spur einer Ermöglichung und die Leitplanken ihrer Begrenzung verlaufen insofern zunächst weitestgehend parallel.²⁴ Es *begrenzt* noch darüber hinaus, indem es zwischen erwünschten gemeinwohlfördernden und unerwünschten gemeinwohlunverträglichen Innovationen in seinem Regulierungskanon unterscheidet. Das Recht *stimuliert*, indem es also nur bestimmte Innovationen unterstützt, manche gar zu verhindern weiß und gleichzeitig Mechanismen der Streitbeilegung für die Kollision gegenläufiger oder konkurrierender Interessen bereitstellt. Es *revidiert* schließlich, indem es fortlaufende Wissensgenerierung betreibt, neue Erkenntnisse adoptiert und dergestalt vorhandene Regelwerke anpasst.

III. Solutionismus und Brussels Effect

Blickt man auf die Rechtsetzung der Union, fällt auf, dass diese einer „Innovation durch Regulierung“ bereits umfassend Rechnung zu tragen versucht. So findet sich in großen Sekundärrechtsakten der letzten Jahre immer wieder ein Rückgriff auf den Innovationstopos, so etwa im AI-Act,²⁵ im Data Act,²⁶ im Digital Services Act (DSA)²⁷ und im Digital Markets Act (DMA)²⁸.

Eine Rolle spielt hier der sog. *Brussels Effect*, der von der amerikanischen Rechtswissenschaftlerin *Anu Bradford* geprägt wurde und dem *California*

23 Vgl. hierzu wie zum Folgenden *Haake*, Technik – Recht – Raum, 2022, S. 471 ff.

24 Nach *Kloepfer*, Technik und Recht im wechselseitigen Werden, 2002, S. 86 sind Technikbegrenzung und Technikermöglichung zwei Seiten einer Medaille.

25 VO (EU) 2024/1689, insb. Erwgr. 1–3, 25, 121, 138 und 139. Erwgr. 176 adressiert dabei auch das Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 Abs. 3 EUV hinsichtlich der Innovationsförderung.

26 VO (EU) 2023/2854, insb. Erwgr. 1, 32 und 90.

27 VO (EU) 2022/2065, insb. Erwgr. 1, 4 und 9.

28 VO (EU) 2022/1925, insb. Erwgr. 25 und 100.

Effect des Silicon Valley entlehnt ist.²⁹ Gemeint ist der Versuch der EU, über den Zugang zum Binnenmarkt ihre Regulierungsinstrumente zum normativen Exportgut zu avancieren, dem sich letztlich alle Handelspartner auch ohne völkervertragliche Verpflichtung anpassen sollen müssen. Die EU verspricht sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil durch eigene Standardsetzung.³⁰

Beide Effekte haben einen ähnlichen Ausgangspunkt, obgleich sich das ihnen zugrunde liegende Staatsmodell unterscheidet: Während das lange Zeit als Innovationseldorado begriffene Silicon Valley einem Minimalstaatsmodell folgt(e), das Regulierung gemeinhin als innovationsfeindlich und den Staat vielmehr als Problem denn als Problemlöser begreift, zeigt sich in der Union ein eher regulierungsaffirmatives Verständnis.³¹ Auch im Silicon Valley kommen unter dem Begriff des *Techlash* indes schon seit alters Bestrebungen auf, die Gefahren neuer Technologien regulativ einzufangen.³² Der Glaube des sog. Solutionismus an die selbstregulative Kraft der Technik bröckelt.³³ Das Spannungsfeld zwischen physikalisch

29 Zum Brussels Effect *Bradford*, Brussels Effect, 2020, auf S. ix und 59–60 mit Bezug zum California Effect; zu diesem *Vogel*, Trading Up: Consumer and Environmental Regulation in a global Economy, 1997, S. 248 ff.; s. auch *Kowalski/Dörr*, Die Europäisierung des Silicon Valleys, FAZ v. 2.9.2022, S. 16, die die Frage aufwerfen, ob Europa damit bloß in der Regulierung fremder Innovationen innovativ ist, nicht aber technologisch.

30 *Bradford*, Brussels Effect, 2020, S. 21 ff.

31 Darin zeichnet sich auch eine kategoriale Unterscheidung des amerikanischen vom kontinentaleuropäischen Liberalismus ab, s. *Kowalski/Dörr*, Die Europäisierung des Silicon Valleys, FAZ v. 02.09.2022, S. 16; kritisch zur Ideologie des Silicon Valley *Di Fabio*, Künstliche Intelligenz und vernetzte Wertschöpfung, in: ders./Dörr/Kowalski, Made in California, 2022, S. 215 (224), der darauf hinweist, dass die Kraft zur Selbstregulierung nicht durch den technologischen Fortschritt obsolet wird: „All das muss nicht einfach zugelassen, sondern es muss reguliert werden.“ So weist auch *Kloepfer*, Technik, 2002, S. 106 in seiner Forschung darauf hin, die Vorstellung, je weniger Technikrecht es gäbe, desto mehr Technikentfaltung sei möglich, erweise sich gerade in der historischen Betrachtung als schlicht falsch. *Nettesheim* EuR 2024, 269 (296) beschreibt das Selbstverständnis der EU-Organen dahingehend, dass diese sich eher als stolze Regulierungsweltmeister denn als Wohlfahrtsförderer verstehen würden, was angesichts der Wettbewerbsprobleme europäischer Volkswirtschaften verwundere.

32 Vgl. *Kowalski/Dörr*, Die Europäisierung des Silicon Valleys, FAZ v. 02.09.2022, S. 16, die ferner darauf hinweisen, dass auch das Silicon Valley nie ganz ohne staatliche Unterstützung auskam; weiterführend *Wheeler*, Techlash, 2023.

33 Zu dem hinter dieser politischen Ideologie liegenden Theorie des Solutionismus näher *Kowalski/Dörr*, Die politische Ideologie des Silicon Valley, in: dies., Made in California, 2022, S. 28 ff. mit Bezug auf *Nachtwey/Seidl*, Die Ethik der Solution und

Möglichem und sozial Ermöglichtem als Quelle des solutionistischen Impetus eines Anti-Regulationismus hatte seine Hochkonjunktur.³⁴ Der Staat als Regulator ist wieder auf das Spielfeld getreten. Übertragen auf die EU: Der Modus des Rechts ist gefragt; der *Brussels Effect* ist kein bloßer Programmbegriff, sondern wirtschaftspolitisch relevant.

IV. Sachzwang und Technokratie

Dem hier gewählten Verständnis des Rechts mag indes schon von vornherein entgegnet werden, dass damit die Möglichkeiten des Rechts überschätzt werden. Und in der Tat: Die Erwartungssicherung stößt zumindest bei unbegrenzten Möglichkeiten an ihre Grenzen. Eine Ermöglichung ohne gleichzeitige Begrenzung erscheint *prima facie* undenkbar; das Recht wäre im System überfordert.³⁵ Dem Recht als Ermöglichungsinstrument könnte ferner der Sachzwang des Rechts entgegenstehen. Auf Grundlage eines technokratischen Verständnisses kann das Recht nicht selbst ermöglichen, sondern nur das schon Mögliche umsetzen. Das Mögliche und das Notwendige sind so gesehen ein und dasselbe.³⁶ Als Aufgabe des Rechts verbleibt allein die Verteilung des durch außerrechtliche Faktoren bereits Vorgegebenen.³⁷

Das aber ändert nichts an der Prämisse, dass es Innovationen durch Recht geben kann. Der Vorbehalt des Möglichen ist seinerseits variabel. Auch *Lino Munaretto* erkennt dies grundsätzlich an, wenn er auf die Zuständigkeit des demokratischen Gesetzgebers verweist, bei dem das Recht kontingent bleibe: Aus dem „Vorbehalt des Möglichen“ werde so ein „Vorbe-

der Geist des digitalen Kapitalismus, IFS Working Paper 11/2017, S. 21 ff. Ein solches Verständnis geht von vornherein davon aus, dass der Staat nur begrenzen, nicht aber ermöglichen kann.

34 Vgl. *Kowalski/Dörr*, Die politische Ideologie des Silicon Valley, in: dies, *Made in California*, 2022, S. 31; *Nachtwey/Seidl*, Kapitalismus, IFS Working Paper 11/2017, S. 24 ff. So sprach Alphabet-CEO *Larry Page* etwa noch davon, eine Technologie die gesellschaftlich derart wichtig sei, müsse einfach – gleichsam *eo ipso* – legal sein, s. *Levy*, *Google Inside*, 2012, S. 454 ff. (Zitat S. 458 f.).

35 Vgl. *Luhmann*, *Ausdifferenzierung*, 1. Auflage 1999, S. 80–85.

36 Im Ansatz *Selk*, *Demokratiedämmerung*, 2023, S. 116 f. mit Bezug auf *Schelsky*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, 1961, S. 24, damit werde der Sachzwang zur Staatsräson.

37 Dazu *Munaretto*, *Der Vorbehalt des Möglichen*, 2022.

halt des auch anders Möglichen“.³⁸ Man könnte dies noch erweitern und den Anspruch formulieren: Es sollte für das Recht nur noch der „Vorbehalt des nicht mehr (anders) Möglichen“ gelten. Die gewissermaßen absolute Grenze des Rechts wird einerseits durch das praktische Faktum, andererseits durch das höherrangige Verfassungs- und Unionsrecht vorgegeben.³⁹ In dem dadurch vorgegebenen Raum aber kann das Recht sich frei bewegen. Der Sachzwang ist dem Recht nicht prädisponiert, sondern wird durch dasselbe mitbestimmt.

V. Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung

Nachdem die 1970er-Jahre erstmals eine intensivere Beschäftigung mit Technik und Innovation hervorbrachten, kam in den 1990er-Jahren das Feld einer rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung auf. Andere Disziplinen betrieben eine solche bereits erheblich früher.⁴⁰ Sie ist unmittelbar mit dem Namen *Wolfgang Hoffmann-Riem* verbunden, der – später gemeinsam mit anderen Kollegen⁴¹ – dieses juristische Forschungsfeld fortwährend prägt.⁴² Dreißig Jahre nach seinem Partus ist es um dasselbe, den bewegten Zeiten zum Trotz, wieder ruhiger geworden. Insbesondere ein umfassender Bezug auf die EU scheint eine Leerstelle zu bleiben.

Die rechtswissenschaftliche Innovationsforschung unterscheidet grundlegend zwischen Innovationen durch Recht und Innovationen im Recht.⁴³ Ihr Schwerpunkt liegt indes auf der Erforschung eines innovationstaugli-

38 *Munaretto*, Vorbehalt, 2022, S. 482 ff., nach dem das positive Recht sich gerade nicht unhinterfragten Sachzwängen beugt, sondern einen Raum politischer Gestaltungsfreiheit markiert; dabei mit dem Hinweis auf das abweichende Verständnis von *Habermas*, Faktizität und Geltung, 8. Auflage 2023, S. 562 („funktionaler Imperativ“).

39 Vgl. *Kloepfer*, Technik, 2002, S. 103: „Der [...] Gestaltungsfreiheit steht die Bindung des Gesetzgebers durch höherrangiges Recht gegenüber, der Autonomie des Rechtssystems sein Wirklichkeitsbezug.“

40 Vgl. *Hoffmann-Riem* AöR 131/2 (2006), 255.

41 S. exemplarisch die Nachweise bei *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 35 Fn. 34.

42 Beispielhaft *Hoffmann-Riem* AöR 131/2 (2006), 255–277; früh schon *ders./Schmidt-Aßmann*, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994; *ders./Schneider*, Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998; ferner *Eifert/ders.*, Innovation und Recht Band I-IV, 2008–2011; zuletzt umfassend *Hoffmann-Riem*, Innovation, 2016.

43 So auch bei *Haake*, Technik, 2022, S. 463 ff.

chen Rechts, demnach auf Innovationen durch Recht.⁴⁴ Die Ermöglichung von rechtsexternen Innovationen unter Einwirkung des Rechts wirkt wiederum auf das Recht zurück und kann so zu rechtsinternen Innovationen führen. Mehr noch: Innovationen durch Recht erfordern Innovationen im Recht.

Eine weitere Unterscheidung liegt in der Innovationsermöglichung auf der einen und der Innovationsverantwortung auf der anderen Seite. Es sind die Rechtspositionen der Innovatoren selbst wie gleichermaßen der Innovationsbetroffenen in den Blick zu nehmen, die einer Abwägung zugänglich und bedürftig sind. Die Gemeinwohlverträglichkeit darf daher nicht ausgeblendet, sondern muss bei der Ermöglichung und Förderung von Innovationen stets mitgedacht werden.⁴⁵

Stefan Müller orientiert sich dabei am *Schumpeter'schen* Drei-Phasen-Modell, wonach das Recht zunächst in der Phase der Invention die Innovationsförderung, v.a. durch Innovationsschutz, zu adressieren hat. In der eigentlichen Innovationsphase ist insbesondere der Innovationswettbewerb abzusichern. Schließlich kommt dem Recht in der Phase der Diffusion Innovationsverantwortung zu.⁴⁶ Dies bereits zeigt die Vielfältigkeit der Rechtsgebiete eines Innovationsrechts.

Wichtig bleibt unterdessen die Einsicht, dass ein Großteil der Innovationsvoraussetzungen nicht im Recht liegt. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Innovatoren ihre Innovationschancen nutzen können und wollen. Die Kreativität zur Innovation kann durch das Recht nicht *geboten*, sondern nur *ermöglicht* werden.⁴⁷ Das mindert die Bedeutung des Rechts indessen nicht. So hieß es zur Technologiepolitik der EG dereinst schon:

*„Es hat wenig Sinn, das Pferd, das den Karren ziehen soll, mit Zucker und roten Rüben zu einer schnellen Gangart verlocken zu wollen, wenn hinten beim Wagen die Bremsen festgestellt bleiben oder gar noch angezogen werden.“*⁴⁸

44 Vgl. Hoffmann-Riem AöR 131/2 (2006), 257.

45 Vgl. Kreibich, Grundlinien politischer Technikgestaltung, in: Zöpel, Technikgestaltung durch den Staat, 1988, S. 116.

46 Müller InTeR2013, 58 (61).

47 Hierzu wie zum Vorstehenden Hoffmann-Riem, Innovation, 2016, S. 710 ff. (insb. Thesen 68, 70, 86); s. ferner Assmann, Neue Technologien als Herausforderung des Rechts – Fragestellungen und Hypothesen, in: Asada et al., Das Recht vor den Herausforderungen neuer Technologien, 2006, S. 5 (8 f.).

48 Starbatty/Vetterlein, Die Technologiepolitik der Europäischen Gemeinschaft, 1990, S. 151.

C. Historie: Innovation als Integrationstopos

Technikregulierung und Innovationsförderung sind schon immer Aufgabe und Motiv europäischer Integration gewesen. Das Bedürfnis nach gemeinschaftskollektiver Innovationssteuerung zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit stellt *ratio* und Rechtfertigung des organisierten Europas dar.⁴⁹

*„Europas Sorge um die Technik ist so alt wie der europäische Integrationsprozess. [...] Auch heute noch wird man in den Regelungsaufgaben der ‚modernen technisch-industriellen Welt‘ die entscheidende Legitimationsgrundlage des Integrationsprozesses sehen können.“*⁵⁰

Das Innovationsrecht erfüllt als Ermöglichungsinstrument in Bezug auf die EU somit eine Doppelfunktion: Es sorgt nicht nur für die Förderung von Innovationen durch Recht, sondern ist zugleich Motor europäischer Integration.⁵¹ Letzteres gilt für das Recht im Allgemeinen wie für das Innovationsrecht im Besonderen. Häufig waren es Innovationen im Recht, die zur Integration durch Recht beigetragen haben. *Jörg Philipp Terhechte* bezeichnete die EU deshalb als „Innovationsverbund“, die Verträge als „Innovationsverfassung“.⁵²

Die Innovationspolitik der Union geht zurück bis in die 1960er-Jahre. 1967 veröffentlichte der Ausschuss für mittelfristige Wirtschaftspolitik nach Einrichtung einer Arbeitsgruppe den sog. PREST-Bericht, in dem auf die wachsende Bedeutung von Innovationen hingewiesen wurde.⁵³ In den Folgejahren entwickelte sich Innovation von einem Thema der Forschungspolitik auch zu einem solchen der Industriepolitik.⁵⁴

49 *Brenner*, Innovationssteuerung im Europarecht, in: Hoffmann-Riem/Schneider, Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, S. 351 (359).

50 *Röthel*, Europarechtliche Vorgaben für das Technikrecht, in: Schulte/Schröder, Handbuch des Technikrechts, 2. Auflage 2011, S. 201 mit Bezug auf *Roman Herzog*, zitiert nach *Oppermann*, Europarecht, 3. Auflage 2005, § 12 Rn. 32.

51 Zur Rolle der Kommission *Thiele*, Motor der Integration, 2019.

52 *Terhechte* EuR 2017, 3 (3): „Die DNA der Union ist so auf Fortentwicklung angelegt.“

53 Communautés Europeennes, Second Programme de Politique Economique a Moyen Terme, 1968, Annexe IV/V; s. dazu auch *Dahrendorf*, Forschung, Wissenschaft und Bildung, Arbeitsprogramm, 1973, S. 10 ff.

54 Für die vielfältigen historischen Anknüpfungspunkte vgl. überblicksartig nur *Reillon*, Die Innovationspolitik der EU, Teil I, in: Europäisches Parlament, Wissenschaftlicher Dienst, 2016 – PE 583.778, S. 9 ff.

1995 legte die Kommission ihr „Grünbuch zur Innovation“ auf.⁵⁵ Ziel war es, „Maßnahmen zu formulieren, die eine Steigerung der Innovationsfähigkeit in der Union ermöglichen.“⁵⁶ Zu solchen Maßnahmen zählte auch eine Anpassung und effizientere Nutzung des rechtlichen und ordnungspolitischen Umfelds.⁵⁷ Darauf folgte der „Erste Aktionsplan für Innovation in Europa“.⁵⁸ Im Jahre 2006 brachte die Kommission sodann die europäische Innovationsstrategie auf den Weg.⁵⁹

Eine weitere Vertiefung des Innovationsbezuges folgte zur Jahrtausendwende mit der „Lissabon-Strategie“⁶⁰ sowie später durch ihren Nachfolger, der „Strategie Europa 2020“⁶¹, in der offiziell das Ziel der „Innovationsunion“ ausgeflaggt wurde. Diese war als Leitinitiative wesentlicher Teil der Gesamtstrategie.⁶² Die Strategie Europa 2020 wurde, anders als noch die Lissabon-Strategie, zunächst von der Kommission vorgeschlagen und sodann vom Europäischen Rat angenommen, der die Forschung und Innovation in den Mittelpunkt der Strategie stellte.⁶³

Einen direkten Nachfolger für die Innovationsunion i.S.d. Strategie Europa 2020 gibt es nicht. Erst im Jahr 2022 hat die Kommission unterdessen „Eine neue europäische Innovationsagenda“ ins Leben gerufen, die Europa an die Spitze der technologieintensiven Innovation bringen will.⁶⁴ Zu beachten sind ferner die eingangs benannten Initiativen der Kommission, insbesondere der avisierte europäische Innovation Act.⁶⁵

55 KOM (95) 688 endg.

56 KOM (95) 688 endg., 1c.

57 KOM (95) 688 endg., 39 ff., 56 ff., die Union habe einen eher abschreckenden Rechtsrahmen (S. 46). Als Aktionslinie wird die allgemeine Einführung von Leistungsnormen benannt (S. 56).

58 KOM (96) 589 endg.

59 KOM (2006) 502 endgültig.

60 Europäischer Rat v. Lissabon, 23. und 24.3.2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes.

61 S. die Mitteilung der Kommission zur Strategie Europa 2020, KOM (2010) 2020 endgültig; sodann die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates v. 17.6.2010, Dok. EUCO 13/10.

62 KOM (2010) 546 endgültig.

63 Vgl. dazu auch die Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union v. 25./26.11.2010: Leitinitiative der Strategie Europa 2020 – „Innovationsunion“, Dok. 17165/10.

64 COM (2022), 332 final.

65 Oben A.

D. Praxis: Fragmente eines Innovationsrechts

Die EU ist ein Innovationsprojekt eigener Art.⁶⁶ Sie entscheidet durch ihre Rechtsetzung unter dem Verdikt des Anwendungsvorrangs⁶⁷ einerseits und ihre wirtschaftliche Klammerwirkung in Gestalt des Binnenmarktes andererseits maßgeblich über das Innovationspotenzial und sohin die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft des organisierten Europas. Gleichwohl stellte die Kommission im Zuge der Innovationsstrategie für die Union schon im Jahre 2006 fest:

*„Die EU verfügt über ein außergewöhnliches Innovationspotenzial, das jedoch ungenügend ausgeschöpft wird. Auch die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in Europa sind Innovationen nicht in ausreichendem Maße förderlich.“*⁶⁸

Geht es um das Recht als Ermöglichungsinstrument für die EU und fragt man nach „Innovation durch Regulierung“ (anstelle von „Innovation trotz Regulierung“), so ist zugleich die Frage nach der Gestaltform des Europarechts und den Rahmenbedingungen aufgeworfen, unter denen dies möglich ist. Die Analyse zeigt, dass sich bereits Fragmente eines europäischen Innovationsrechtes identifizieren lassen, die allerdings einer übergreifenden Dogmatik entbehren.

I. Herausforderungen

Ein Innovationsrecht der EU steht vor drei wesentlichen Herausforderungen.⁶⁹ Es muss *erstens* in die Zukunft schauen, anstatt nur die Gegenwart zu bewältigen; namentlich muss es prospektiv Chancen gestalten, nicht nur reaktiv Risiken ordnen.⁷⁰ *Zweitens* muss das Recht dem Problem der Intertemporalität zwischen Regelung und Regelungsgegenstand gerecht wer-

66 Hoffmann-Riem, Innovation, 2016, S. 719 (These 108).

67 EuGH, Rs. 26/62, Urt. v. 5.2.1963 – Slg. 1963, I – van Gend & Loos; Rs. 6/64, Urt. v. 15.7.1964, Slg. 1964, 1251 – Costa/ENEL.

68 KOM (2006), 502 endgültig. Die Union müsse aber eine innovationsbasierte Gesellschaft werden, so heißt es, wozu ein Rahmen für die Förderung sämtlicher Innovationen festgelegt werden soll.

69 Dazu wie nachfolgend Kloepfer, Technik, 2002, S. 100 ff.

70 S. auch Kloepfer, Planung und prospektive Rechtswissenschaft, in: FS Hoppe, 2000, S. 111 (115 ff.).

den. *Drittens* schließlich ist das richtige Maß zwischen unionaler, letztlich verwaltungsrechtlicher Regulierung von oben und der Möglichkeit auch gesellschaftlicher Selbstregierung zu finden.⁷¹ Das Recht muss flexibel bleiben, aber gleichzeitig rechtssicher sein. Dazu gehören einerseits eine Folgenabschätzung rechtlicher Regelungen wie andererseits die Einbringung von Expertenwissen in den Gesetzgebungsprozess.⁷² Der Versuch einer Umsetzung durch die Union findet sich bereits in den sog. Reallaboren (*Regulatory Sandboxes*), wie sie der AI Act in den Art. 57 ff. des Kapitels VI („Maßnahmen zur Innovationsförderung“) vorsieht, die einen flexiblen Rechtsrahmen in Abweichung von der allgemeingültigen Norm zwecks Ermöglichung von Innovationen schaffen.⁷³

II. Primärrechtliche Anknüpfungspunkte

Abschließend stellt sich die Frage nach dem Bestand, dem *acquis communautaire* eines Rechts der EU zur Innovationsförderung. Ein primärrechtlicher Anknüpfungspunkt findet sich in Titel XIX des dritten Teils des Arbeitsweisevertrages, den Art. 179 bis 190 AEUV. Auf Grundlage von Art. 182 AEUV sind bis dato insgesamt neun Rahmenprogramme aufgestellt wor-

71 Dass eine zukunftsfähige Steuerung nicht in Überregulierung begründet liegt hat denn auch die Kommission erkannt. Zum Bürokratieproblem auf Unionsebene *Canik Leviathan* 2020, 612.

72 Dazu *Blöcher*, Nichtwissen, 2024; ferner *Hoffmann-Riem*, Innovation, 2016, S. 707 ff. (These 57 ff.); *Haake*, Technik, 2022, S. 459. Zur Folgenabschätzung *Roßnagel*, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenabschätzung, 1993. Im Bundestag existiert seit 1993 das Büro für Technikfolgenabschätzung (TAB). Der Ausschuss für Forschung, Technologie und Technikfolgenabschätzung ist gem. § 56a GOBT mit der Technikfolgenanalyse betraut. Auf Unionsebene existiert als Zusammenschluss das sog. EPTA-Netzwerk sowie als Beratungsgremium des EP das sog. STOA-Panel.

73 Zu Reallaboren *Spindler/Büning* JZ 2023, 799. Daran lässt sich wiederum die theoretische Frage des Verhältnisses von Ermöglichung und Begrenzung exemplifizieren.

den.⁷⁴ Das neueste von ihnen, „Horizont Europa“⁷⁵, läuft noch bis 2027. Ferner spricht Art. 173 Abs. 1 Uabs. 2 vierter Spiegelstrich AEUV von der *„Förderung einer besseren Nutzung des industriellen Potenzials der Politik in den Bereichen Innovation, Forschung und technologische Entwicklung.“* So stützte sich das Rahmenprogramm Horizont 2020 neben der Kompetenzbestimmung des Art. 182 Abs. 1 AEUV erstmals auch auf Art. 173 Abs. 3 AEUV. Denn Horizont 2020 fasste die Programme zu Innovation, Forschung und technologischer Entwicklung in einem einzigen Rahmenprogramm zusammen.⁷⁶ Schließlich ist in Art. 3 Abs. 3 S. 3 EUV der technische Fortschritt als Ziel der Union festgeschrieben. Gem. Art. 4 Abs. 3 AEUV besteht eine geteilte Zuständigkeit zwischen EU und Mitgliedstaaten. In Hinblick auf die Grundrechtecharta, gem. Art. 6 Abs. 3 EUV Teil des Primärrechts, ist überdies auf die Besonderheit des Art. 16 GRCh hinzuweisen, der explizit die unternehmerische Freiheit festschreibt, welche sich im Kontext eines europäischen Innovationsrechts aktivieren lässt.

III. Innovationsrecht und Innovationsprinzip

Aus dem Primärrecht selbst lässt sich aber jedenfalls kein Innovationsrecht der EU ableiten. Die Entwicklung eines solchen kann indes nicht nur von oben oder judiziell durch den Gerichtshof erfolgen; sie kann gleichermaßen von unten initiiert werden. Daher lohnt ein Blick ins Sekundärrecht.

74 Die ersten drei Rahmenprogramme waren noch Entschlüsse des Rates, s. Entschließung v. 25. Juli 1983 über das Erste Rahmenprogramm; Zweites Rahmenprogramm, Beschluss Nr. 87/516/Euratom, EWG; Drittes Rahmenprogramm, Beschluss Nr. 90/221/Euratom, EWG. Sodann wurde in den Modus des Mitentscheidungsverfahrens gewechselt, Viertes Rahmenprogramm, Beschluss Nr. 1110/94/EG; Fünftes Rahmenprogramm, Beschluss Nr. 182/1999/EG; Sechstes Rahmenprogramm, Beschluss Nr. 1513/2002/EG; Siebtes Rahmenprogramm, Beschluss Nr. 1982/2006/EG. Dem Siebten Rahmenprogramm wurde noch ein Rahmenprogramm Wettbewerbsfähigkeit und Innovation, Beschluss Nr. 1639/2006/EG, zur Seite gestellt. Die beiden Horizont-Programme schließlich wurden in der Rechtsform der Verordnung erlassen, Rahmenprogramm Horizont 2020, VO (EU) 1291/2013; Rahmenprogramm Horizont Europa, VO (EU) 2021/695. Für einen Überblick s. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Eikenberg*, 84. EL Januar 2025, AEUV Art. 182 Rn. 38 ff.

75 Rahmenprogramm Horizont Europa, VO (EU) 2021/695.

76 Zu Horizont 2020 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Eikenberg*, 84. EL Januar 2025, AEUV Art. 182 Rn. 49 ff.

Anthony Bochon hat in seiner Untersuchung nach einem europäischen Innovationsprinzip gefragt.⁷⁷ Dieses bleibe jedoch zunächst politisches Prinzip ohne Rechtsverbindlichkeit. Anders als etwa das Vorsorgeprinzip,⁷⁸ das in Art. 191 AEUV festgeschrieben ist und als dessen Gegengewicht sich das Innovationsprinzip begreifen lässt,⁷⁹ finden sich für das Innovationsprinzip nur Anknüpfungspunkte im Sekundärrecht respektive in Dokumenten der EU-Organe.⁸⁰ Ungeachtet dessen lässt sich das Innovationsprinzip in einen breiteren Kontext eines emergenten europäischen Innovationsrechts einordnen, das sich aus verschiedenen Referenzgebieten speist und dessen Ziel die Entwicklung eines kohärenten Rechtsrahmens ist, der Innovationen nicht hemmt, sondern ermöglicht.

Daneben lassen sich Institutionen erkennen, die auf eine Innovationsförderung abzielen: Zu nennen sind etwa die Europäische Investitionsbank (EIB)⁸¹, das Europäische Institut für Innovation und Technologie (EIT)⁸² und der Innovationsrat (EIC)⁸³. Zur Innovationsförderung werden über-

77 *Bochon* Cahiers de Droit européen 2023–2024–2025 no. 1, 179. Das Innovationsprinzip wird bereits seit einigen Jahren in der Literatur diskutiert, s. etwa *Calliess* ZEuS 2021, 125, nach dem man bereits ein rechtliches Innovationsprinzip als Bestandteil der Grundrechtsabwägung erkennen könne.

78 Der EuGH scheint in diesem zudem einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts zu sehen, s. EuGH, Rs. C-157/96, Urt. v. 5.5.1998 – Slg. 1998 I-2211; Rs. C-180/96, Urt. v. 5.5.1998 – Slg. 1998 I-2265 – BSE.

79 Anders *Calliess* ZEuS 2021, 125 (133, 141).

80 Erstmalige Erwähnung im Kontext der Union bei Europäische Kommission, Open Innovation, Open Science, Open to the World, Rede v. Carlos Moedas v. 15.6.2015, 'A new start for Europe: Opening up to an ERA of Innovation' Conference, SPEECH_15_5243: „How do we make sure that regulation is based on an innovation principle as well as a precautionary principle?"; später dann vom Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA), Stellungnahme zu COM (2015) 497 final, ABL (EU) 2016 C/264/123 sowie explizit in der Stellungnahme zum Thema „Innovation als Impulsgeber für neue Geschäftsmodelle“, ABL (EU) 2016 C/303/04: „Das „Innovationsprinzip“ sollte als Ergänzung des Vorsorgeprinzips angewandt werden, ohne dass Letzteres die Innovation behindert. Laut diesem „Innovationsprinzip“ sind die Auswirkungen von Gesetzen und Rechtsvorschriften auf die Innovation zu berücksichtigen.“ Für die Kommission s. COM (2015) 215 final; sekundärrechtlich schließlich explizit im Rahmenprogramm Horizont Europa, VO (EU) 2021/695, Erwgr. 6 sowie implizit in der Netto-Null-Verordnung, VO (EU) 2024/1735, insb. Erwgr. 52.

81 Diese wurde bereits 1958 zusammen mit der EWG ins Leben gerufen. Rechtsgrundlage sind die Art. 308, 309 AEUV und das Protokoll über die Satzung der EIB.

82 VO (EG) 294/2008; VO (EU) 2021/819 (Neufassung).

83 Der Innovationsrat wurde mit dem Programm Horizont Europa ins Leben gerufen, VO (EU) 2021/695, Art. 9.

dies zahlreiche Finanzmittel bereitgestellt. Prominentes Beispiel ist der europäische Innovationsfond.⁸⁴

Der Blick auf den *acquis* eines europäischen Innovationsrechts zeigt insgesamt eine Fragmentierung der Innovationslandschaft auf Unionsebene.⁸⁵ Ein eigenes Rechtsgebiet mit übergreifender Dogmatik und rechtsverbindlichen Prinzipien ist zwar (noch) nicht zu erkennen, wohl aber eine Dynamik in der Entwicklung auf diesem Gebiet, die von den Organen und aus dem Sekundärrecht heraus vorangetrieben wird.

E. Das Recht als Ermöglichungsinstrument europäischer Wettbewerbsfähigkeit

Trotz theoretischer Unvollkommenheit prägte der Innovationstopos mit dem Recht als Werkzeug die Europäische Union seit ihren Anfängen. Offen indes bleiben die Potenziale, die in der Identifikation eines europäischen Innovationsrechts liegen, das das Recht als Ermöglichungsinstrument der institutionell postulierten Stärkung europäischer Wettbewerbsfähigkeit begreift. Dies erfordert eine genauere Identifikation, Ordnung und analytische Rekonstruktion des hierauf gerichteten Rechts der EU. All dies konnte hier nur in ersten Ansätzen vorgenommen werden. Die Innovationspolitiken sind normativ determiniert und durch Rechtsnormen begründet, ermöglicht, umgesetzt und begrenzt. Das europäische Innovationsprinzip bleibt politisch und ohne rechtliche Verbindlichkeit; ein europäisches Innovationsrecht fragmentarisch und ohne eine verklammernde Dogmatik.

Angesichts von Tempo und Intensität der gesellschaftlichen Veränderungen bedarf es einer Ausdifferenzierung der Funktionen bei gleichzeitiger Abstraktion der Dogmatik des Rechts.⁸⁶ Es besteht Bedarf nach einer rechtswissenschaftlichen, letztlich rechtsdogmatischen Konzeptualisierung eines europäischen Innovationsrechts, das sich der historischen Bedeutung des Innovationstopos vergewissert und sich als verbindendes Element verschiedener Referenzgebiete mit übergeordneten Grundsätzen und Prinzi-

⁸⁴ RL 2003/87/EG, Art. 10a Abs. 8.

⁸⁵ Vgl. *Reillon*, in: Europäisches Parlament, 2016, PE 583.779, S. 39 ff.

⁸⁶ Vgl. *Luhmann*, Ausdifferenzierung, 1. Auflage 1999, Kapitel 5 V., S. 85–88: „Die Ansprüche an die Dogmatik müssen zunehmen, nicht abnehmen, wenn das Recht größere Diskrepanzen zwischen Vergangenheit und Zukunft zu überbrücken hat.“ (S. 87).

pien begreift.⁸⁷ Daraus schließlich kann sodann auch im Einzelfall ein Recht entstehen, das den Anforderungen eines Selbstverständnisses der EU gerecht wird, die ihren Innovationsmotor wieder ans Laufen bekommen will.

87 Mit einem ähnlichen Anspruch auch *Bochon* Cahiers de Droit européen 2023 2024 2025 no. 1, 179.

Regulatorische Schutzrechte sui generis als Anreiz für Innovation – Das Arzneimittelrecht als Vorbild?

*Carl Jasper Schönermark**

A. Einführung

Die Daten- und Digitalwirtschaft ist nicht der erste evolvierende Sektor, zu dessen Regulierung sich die Europäische Union bei gleichzeitigem Streben nach einer ausreichenden Incentivierung von Innovation, Forschung und Entwicklung veranlasst sieht. Der Ausgleich zwischen dem Bedürfnis einer angemessenen Regulierung und der makroökonomischen Notwendigkeit einer innovationsfreundlichen Rechtsumgebung ist also nicht erstmalig zu bewältigen. Eine vergleichbare Konstellation bestand vor knapp fünfzig Jahren nach der Reform des Arzneimittelrechts, mittels derer die Zulassungspflicht für Arzneimittel eingeführt wurde. Ausgehend von der RL 65/65/EG waren Arzneimittelhersteller fortan gezwungen, ihre Forschungsunterlagen und -daten zu ihrem neuen, innovativen Pharmazeutikum gegenüber der Zulassungsbehörde offenzulegen. Zugleich gestattete die Zulassungsbehörde in der gängigen Praxis konkurrierenden Herstellern, sich auf diese offengelegten Forschungsdaten und -unterlagen zu beziehen, ihren eigenen Forschungsaufwand damit signifikant zu verringern und das Zulassungsverfahren zu verkürzen. Mithilfe der herkömmlichen gewerblichen Schutzrechte konnte keine interessengerechte Lösung herbeigeführt werden. Der Gesetzgeber erkannte daher die Notwendigkeit einer Reaktion auf diese Lage und schuf rechtliche Schutzmechanismen, um die Forschungsleistung der innovativen Originalhersteller und den aus ihr gewachsenen Marktvorsprung abzusichern. Nach Weiterentwicklungen durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis werden diese Schutzmechanismen vermehrt als positive Schutzmöglichkeiten, als Schutzrechte erkannt. Die praktische Bedeutung der neu geschaffenen zulassungsrechtlichen Schutzrechte ist mittlerweile groß, für Pharmaunternehmen ist ihre Ausgestaltung ein zentraler Faktor im internationalen Standortwettbewerb.

* Dr. iur., Rechtsanwalt bei der Kanzlei SZA, Schilling, Zutt & Anschütz, München. Sämtliche Internetverweise wurden zuletzt am 4.10.2025 abgerufen.

Aktuell sind die Schutzrechte abermals Gegenstand von kontroversen Debatten, hervorgerufen durch den Vorschlag der EU-Kommission zur umfassenden Reform des Arzneimittelrechts.¹

Die Existenz der regulatorischen Schutzrechte aus dem Arzneimittelrecht belegt, dass der (Unions-) Gesetzgeber auch abseits der herkömmlichen Immaterialgüterrechte auf das Bedürfnis nach Innovations- und Investitionsschutz reagieren kann. Es bedarf zunächst der näheren Untersuchung jener zulassungsrechtlichen regulatorischen Schutzrechte, einschließlich einer bündigen dogmatischen Klassifizierung (dazu unter B.) und der Darlegung ihrer praktischen und ökonomischen Bedeutung (dazu C.), bevor das Ziehen erster verallgemeinerungsfähiger Rückschlüsse versucht wird (dazu D.).

B. Regulatorische Schutzinstrumente im Arzneimittelrecht

Hintergrund der regulatorischen bzw. arzneimittelrechtlichen Schutzinstrumente ist der Interessenkonflikt zwischen den Herstellern von Originalpräparaten und den Herstellern von Nachahmerprodukten, Generika. Die Entwicklung von Originalarzneimitteln verlangt einen immensen finanziellen und wissenschaftlichen Aufwand, da alle Eigenschaften, Wirkmechanismen und Nebenwirkungen eines neuen Pharmazeutikums eigens erforscht, erprobt und nachgewiesen werden müssen.² Generika hingegen sind den Originalen nachgebildet.³ Die Entwicklung von Generika – vereinfacht ausgedrückt, die Nachahmung des Originals – nimmt wesentlich weniger Zeit und Ressourcen in Anspruch, weswegen Generika weitaus günstiger

1 RL-Vorschlag KOM (2023) 192 endg. und VO-Vorschlag KOM (2023) 193 endg., jeweils vom 26.4.2023.

2 Im Durchschnitt fallen dafür ca. 3 Milliarden US-Dollar an Kosten an, vgl. *Neumann*, Durchschnittliche Entwicklungskosten der weltweiten Pharmaindustrie je neuem Wirkstoff in den Jahren 2004 bis 2019 <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/311808/umfrage/durchschnittliche-entwicklungskosten-derweltweiten-pharmaindustrie-je-neuem-wirkstoff/>>. Andere Studien gehen jedenfalls von Forschungs- und Entwicklungskosten von mehreren hundert Millionen bis zu über eine Milliarde US-Dollar aus, *Wouters/McKee/Luyten*, Estimated Research and Development Investment Needed to Bring a New Medicine to Market, 2009–2018, *Journal of the American Medical Association* 323 (2020), 844.

3 Um als Generikum zu gelten, muss das nachgebildete Arzneimittel dieselbe qualitative und quantitative Wirkstoffzusammensetzung und Darreichungsform wie das Original aufweisen und zu diesem bioäquivalent sein, vgl. § 24b Abs. 2 AMG.

angeboten werden können.⁴ Die Nachbildung des innovativen Originals ist vom Gesetzgeber nicht nur toleriert, sondern maßgeblich ermöglicht. In § 24b AMG sieht er für die Zulassung von Generika ein abgekürztes Zulassungsverfahren vor und gestattet den Generikaherstellern die Bezugnahme auf die Forschungsdaten, -unterlagen und Nachweise zum Originalpräparat. Gegenläufiger Patentschutz hindert Generikaherstellung und -vertrieb nicht effektiv, insbesondere wegen der erheblichen Latenz zwischen Patentanmeldung und Marktzulassung eines Pharmazeutikums und praktischer Schwächen von Pharmapatenten.⁵

Dass die Hersteller der Originale, die ihre innovative Leistung realisieren und ihre Investitionen amortisieren wollen, kein Interesse an wesentlich günstigeren Nachahmerprodukten haben, ist evident. Volkswirtschaftlich sind aber sowohl die Forschung an und Entwicklung von innovativen, neuen Arzneimitteln als auch der Marktzutritt von Generika erwünscht. Letzterer insbesondere mit Blick auf seine preissenkende Wirkung und die Kostenersparnis für das öffentliche Gesundheitssystem sowie die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit erschwinglichen Arzneimitteln.

Der Gesetzgeber versucht daher, einen Rechtsrahmen zu schaffen, der die gegenläufigen Interessen gleichermaßen berücksichtigt. Ein Mittel dazu ist die Ausgestaltung von Innovations- und Investitionsschutz für die Originalhersteller über zwei regulatorische Schutzinstrumente: Unterlagenschutz und Vermarktungsexklusivität.⁶

4 Der Branchenverband Pro Generika e.V. spricht von durchschnittlich um zwei Drittel niedrigeren Preisen <<https://www.progenerika.de/newsroom/faq/#:~:text= Sind%20Generika%20im%20Vergleich%20zu,den%20Wettbewerb%20und%20sinkende%20Arzneimittelpreise>>.

5 Die Latenz wird zwar durch das ergänzende Schutzzertifikat nach der VO (EG) 469/2009 auszugleichen versucht, vgl. *Meier/v. Czettritz/Gabriel/Kaufmann*, Pharmarecht, 3. Aufl. 2023, § 4 Rn. 141 f., kann aber ebenso wenig wie der Patentschutz eine Zulassung eines Generikums verhindern, vgl. *Kügel/Müller/Hofmann/Kortland*, 3. Aufl. 2022, AMG § 24b Rn. 8. Der Patentschutz ist wiederum Drittangriffen ausgesetzt und muss aufwendig durchgesetzt werden, dazu näher unten C.

6 Die Terminologie zu den Schutzinstrumenten ist noch nicht einheitlich, vgl. *Gassner PharmR* 2024, 15, der von regulatorischen Exklusivitäten spricht und seinerseits auf das *Changieren* der Terminologie hinweist, *PharmR* 2024, 15 (16). *Meier/v. Czettritz/Gabriel/Kaufmann*, Pharmarecht, 2023, § 4 Rn. 186 ff. bezeichnen Unterlagenschutz etwa als Datenexklusivität, das Vermarktungsexklusivitätsrecht als Marktschutz.

I. Genese der regulatorischen Schutzrechte

1. AMG 1976 bis zur aktuellen Rechtslage

Der zulassungsrechtliche Schutz für Arzneimittel bzw. für die hinter diesen stehende Forschungsleistung geht initial auf die Einführung der Zulassungspflicht für Arzneimittel zurück. Mit dem Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts vom 24.8.1976⁷ wurde die zuvor bestehende bloße Registrierungspflicht durch ein materielles Zulassungsverfahren abgelöst. Dies erfolgte in Umsetzung der RL 65/65/EG, der nationale Gesetzgeber sah zu einer stärkeren Regulierung des Arzneimittelrechts keine Alternative.⁸ Das Zulassungsverfahren sah erstmals vor, dass Antragsteller Nachweise zu Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit eines Arzneimittels durch Unterlagen belegen, § 22 Abs. 2 AMG 1976. Antragsteller waren damit gezwungen, ihre Forschungsunterlagen und -daten, unter anderem zur pharmakologischen und toxikologischen Wirkweise sowie die Ergebnisse klinischer Studien, offenzulegen. Unmittelbar damit ging die Frage einher, ob die offengelegten Forschungsunterlagen und -daten durch Konkurrenten oder die Zulassungsbehörde selbst im Rahmen von folgenden Zulassungsanträgen rechtmäßig genutzt werden konnten – die sog. *Zweitianmelderproblematik*.⁹ Die behördliche Praxis ging trotz gewichtiger Gegenargumente, insbesondere verfassungsrechtlicher Bedenken¹⁰, sehr zeitnah zugunsten nachfolgender Antragsteller von der Zulässigkeit der weiteren Verwertung aus.¹¹ Diese Verwertung der fremden Forschungsdaten verkürzte den Weg eines Nachanmelders zur Zulassung seines Arzneimittels. Damit war Raum für Generika geschaffen, die schneller, ohne Erforschung und Erprobung *ab initio* und mithin kosteneffizienter auf dem Markt platziert werden konnten.

Der Gesetzgeber erkannte darin gleichwohl eine Privilegierung der Anbieter der konkurrierenden Produkte und eine gewisse Entwertung von durch die Eigentumsgarantie geschützten Know-hows des Erstanmelders.¹² Daher sah er sich veranlasst, die widerstreitenden Interessen zwischen dem

7 AMNOG 1976, BGBl. I S. 2445.

8 Vgl. die Gesetzesbegründung zum AMNOG 1976, BT-Drs. 7/3060, S. 48 f.

9 Siehe etwa *Bullinger NJW* 1978, 2121; *Böttcher GRUR* 1980, 78.

10 *Papier NJW* 1985, 12.

11 Bekanntmachung des Bundesgesundheitsamts vom 30. Mai 1979, BAnz. Nr. 106 v. 9.6.1979.

12 *Böttcher GRUR* 1980, 78 (81); *Scholz GewArch* 1982, 345; *Papier NJW* 1985, 12.

innovativen Erstanmelder und dem von der fremden Forschungsleistung profitierenden Zweit- oder Nachanmelder aufzulösen.¹³ Etwa zehn Jahre nach der Einführung der Zulassungspflicht führten der europäische und der nationale Gesetzgeber vor diesem Hintergrund eine zehnjährige Sperrfrist für die Nutzung der Forschungsdaten und -unterlagen des Erstanmelders für Folgezulassungsverfahren ein.¹⁴ Mit Konkurrenz durch preisgünstige Generika musste der Innovator für die Dauer von zehn Jahren nicht rechnen.

Diese Sperrfrist avancierte zu einem wichtigen Aspekt der umfassenden Reform des europäischen Arzneimittelrechts, das unterdessen mittels RL 2001/83/EG zum Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel zusammengefasst wurde.¹⁵ Mit der Änderungsrichtlinie 2004/27/EG setzte der Uniongesetzgeber EuGH-Rechtsprechung um, die zu jener Zweitanmelderproblematik und der Sperrfrist ergangen war,¹⁶ und versuchte, die widerstreitenden Interessen unter Anlegung erneuerter Wertungsmaßstäbe in einen Ausgleich zu bringen.¹⁷ Innovative Unternehmen sollten dabei nicht benachteiligt werden.¹⁸ Die zehnjährige Sperrfrist wurde später durch einen achtjährigen Unterlagenschutz und ein zehnjähriges Marktexklusivitätsrecht abgelöst, Art. 10 Abs. 1 RL 2001/83/EG bzw. § 24b Abs. 1 AMG. Darüber hinaus gibt es weitere Schutzmöglichkeiten für innovative Weiterentwicklungen des Originalarzneimittels (etwa sogenanntes *Drug Repurposing*).¹⁹

2. Gegenstand der Debatte und Ausblick

Seit ihrer Einführung sind Unterlagenschutz und Marktexklusivitätsrecht zu ökonomisch und rechtlich starken Schutzpositionen evolviert, deren

13 Vgl. BT-Drs. 10/5112, S. 13; ferner *Gassner* GRUR Int. 2004, 983 (984); *Krüger/Sander PharmR* 2024, 156.

14 § 24a Abs. 2 AMG 1986 (Arzneimittelgesetz idF v. 16.8.1986, BGBl. I 1296) bzw. Art. 1 RL 87/21/EWG.

15 Eingehend *Gassner* GRUR Int. 2004, 983.

16 Insbesondere die Urteile EuGH, Urt. v. 3.12.1998 – C-368/96, BeckRS 2004, 76793 – Generics; EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – C-106/01, EuZW 2004, 408 – SangStat; EuGH, Urt. v. 9.12.2004 – C-36/03, EuZW 2005, 58 – APS.

17 Vgl. *Jäkel A&R* 2012, 57 (58).

18 Erwgr. 9 RL 2001/83/EG.

19 Dazu umfassend *Schönermark*, Rechtliche Schutzinstrumente für Repurposed Drugs, 2025, S. 118 ff.

konkrete Ausgestaltung zeitweise kontroverse Debatten auslöst. Abermals akut sind diese Debatten seit der Vorstellung des weitreichenden Reformvorhabens der EU-Kommission am 26.4.2023.²⁰ Der Wertungsmaßstab zur Lösung des hinter der Ausgestaltung des Schutzrechts stehenden Interessenkonflikts hat sich erneut verschoben: Der globale Standortwettbewerb und das Bedürfnis nach resilienten Lieferketten bzw. einem höheren Maß an geopolitischer Unabhängigkeit sprechen für eine Stärkung des Rechtsschutzes für innovative Unternehmen, während steigende Kosten der öffentlichen Gesundheitssysteme, Ressourcenschonung und das Ziel einer flächendeckenden Versorgung mit erschwinglichen Arzneimitteln für die Vereinfachung des Marktzutritts für kostengünstige Generika angeführt werden können. Die EU-Kommission scheint dabei letztere Position stärker zu gewichten, wie viele Stellen des Richtlinienentwurfs erkennen lassen.²¹

Vor diesem Hintergrund sieht das Reformvorhaben eine Art (im Grundsatz begrüßenswerte) Modularisierung der zulassungsrechtlichen Schutzinstrumente vor: Der Unterlagenschutz soll auf sechs Jahre verkürzt werden, allerdings mit mehreren kumulierbaren Verlängerungsoptionen; etwa für den Fall, dass das betreffende Arzneimittel eine Versorgungslücke schließt (Art. 81 Abs. 2 lit. b, Art. 83 RL-E), oder wenn der Zulassungsinhaber im Rahmen der klinischen Erprobung des Pharmazeutikums eine Vergleichsstudie durchgeführt hat (Art. 81 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 RL-E). Nach fristgebundenem Erlöschen des Unterlagenschutzes stünde dem Zulassungsinhaber für zwei Jahre das Marktexklusivitätsrecht zu, Art. 80 Abs. 2 RL-E. Vor allem Regierungen von Mitgliedstaaten und Branchenverbände haben in zahlreichen Stellungnahmen ihre Interessen und Argumente platziert.²² Die Europawahl 2024 hat das Reformvorhaben zunächst entschleunigt, am 17.6.2025 ist das Vorhaben wieder Gegenstand im Rat gewesen.²³

20 Maßgeblich der Richtlinienentwurf COM (2023) 192 final, nachstehend der *RL-E*. Vgl. *Stief/Grabow PharmR* 2023, 317.

21 So wird die Bedeutung von erschwinglichen Arzneimitteln bereits in Erwgr. 2 und 3 betont und Erwgr. 45 statuiert das Bedürfnis nach einem vereinfachten Marktzutritt für Generika.

22 Bis zum 8. November 2023 gingen Stellungnahmen von 254 Absendern ein <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12963-Uberarbeitung-der-allgemeinen-EU-Arzneimittelvorschriften/feedback_de?p_id=32050059>.

23 Stand: 25.7.2025. Der aktuelle Stand des Gesetzgebungsverfahrens ist unter <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:52023PC0192&qid=1708089335069>> abrufbar.

II. Funktionsweise und Schutzwirkung

Grundlage für die zulassungsrechtlichen Schutzinstrumente bleibt somit einstweilen Art. 10 Abs. 1 RL 2001/83/EG bzw. § 24b Abs. 1 AMG, die Regelung für die vereinfachte Zulassung von Generika. Vordergründiger Regelungsgegenstand ist, dass ein Generikahersteller im abgekürzten Zulassungsverfahren gem. § 24b Abs. 1 S. 1 AMG auf die Zulassungsunterlagen eines Originalherstellers Bezug nehmen kann – allerdings erst nach Ablauf von acht Jahren seit der Erstzulassung. § 24b Abs. 1 S. 2 AMG bestimmt, dass das Generikum erst zehn Jahre nach der Erstzulassung in Verkehr gebracht werden darf. Gleichzeitig sind die Bestimmungen die Grundlage für die beiden zulassungsrechtlichen Schutzrechte Unterlagenschutz und Vermarktungsexklusivität.²⁴

1. Unterlagenschutz

Schutzgegenstand des Unterlagenschutzes sind die Forschungsunterlagen des Erstanmelders, namentlich die Ergebnisse der pharmakologisch-toxikologischen Versuche (§ 22 Abs. 2 Nr. 2 AMG), die Ergebnisse klinischer Prüfungen oder sonstiger (zahn-) ärztlicher Erprobung (§ 22 Abs. 2 Nr. 3 AMG) und die dazugehörigen Sachverständigengutachten (§ 24 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 3 AMG). Hinter der Anfertigung dieser Unterlagen steht nicht nur ein enormer Kostenaufwand²⁵, sondern auch eine wissenschaftliche und innovatorische Leistung von Gewicht: Die Erstellung von belastbarem wissenschaftlichen Erkenntnismaterial erfordert die Durchführung zahlreicher präklinischer und klinischer Studien mit teilweise sehr komplexem Studiendesign, einwandfreie wissenschaftliche Methodik nach GxP-Standards und erhebliche interdisziplinäre naturwissenschaftliche Eigenleistungen. Hinzu kommt die Aufbereitung des wissenschaftlichen Materials in die für das Zulassungsverfahren vorgegebene Form.²⁶ Diese Forschungsleistung und

24 Zur Bedeutung der nicht durchweg berücksichtigten Differenzierung vgl. *Nack/Kühne* GRUR Int. 2018, 1152.

25 Die Forschungs- und Entwicklungskosten, eingerechnet der Kosten für gescheiterte Vorhaben, betragen für ein neuzugelassenes Arzneimittel im Durchschnitt 2,2 Milliarden US-Dollar, vgl. *Deloitte*, Measuring the return from pharmaceutical innovation <<https://www.deloitte.com/content/dam/assets-zone2/ch/en/docs/industries/life-sciences-health-care/2025/ch-deloitte-report-pharmastudy-roi-r-d-en.pdf>>.

26 Vgl. dazu nur § 1 Arzneimittelpflichtlinien-Verordnung i.V.m. Anhang I RL 2001/83/EG.

die dazugehörigen Investitionen²⁷ honoriert der Gesetzgeber damit, dass er ihre Nutzung im Zulassungsverfahren und damit ihre ökonomische Realisierung allein ihrem Initiator zuweist.

Obwohl die Erkenntnisse aus den Forschungsunterlagen vorliegen, publik sind, darf sich für die Dauer von acht Jahren kein anderer Arzneimittelhersteller in seinem eigenen Zulassungsverfahren darauf beziehen. Die geschützten Unterlagen werden also vor einer Inbezugnahme bewahrt – erfasst sind sowohl die unmittelbare Bezugnahme als auch die mittelbare Bezugnahme über Sekundärliteratur.²⁸ Eine solche Inbezugnahme kann aber ausschließlich im Kontext des behördlichen Zulassungsverfahrens erfolgen. Es besteht kein Schutz vor einer Publikation oder Replikation der Unterlagen.²⁹ Der Schutz bindet subjektiv nicht nur jeden Nachanmelder, dem die Inbezugnahme der Unterlagen verwehrt wird, sondern auch die Zulassungsbehörde, die ein Befassungsverbot hinsichtlich jeglicher (auch partiell) bezugnehmender Zulassungsanträge trifft – diese sind als unzulässig abzuweisen.³⁰ Eine dennoch erfolgende Inbezugnahme der Unterlagen und deren Perpetuierung durch die Erteilung einer entsprechenden (generischen) Zulassung stellt eine Verletzung des Unterlagenschutzes dar. Diese Verletzung berechtigt den Schutzinhaber zum Vorgehen gegen die schutzrechtswidrige Zulassung mittels verwaltungsprozessualen Widerspruchs bzw. Anfechtungsklage mitsamt den dazugehörigen Möglichkeiten des Eilrechtsschutzes.³¹ Für eine zivilprozessuale Durchsetzung des Unterlagenschutzes ist aufgrund seiner situativen Einbettung in das behördliche Zulassungsverfahren kein Raum.

2. Vermarktungsexklusivitätsrecht

Das Vermarktungsexklusivitätsrecht ist vom Unterlagenschutz separiert und unabhängig. Anders als beim Unterlagenschutz ist die Wirkung des Vermarktungsexklusivitätsrechts gerade nicht auf das Zulassungsverfahren

27 Stief GRUR 2024, 722 (723) stellt auf die Investitionen als Schutzgegenstand des Unterlagenschutzes ab.

28 OVG Münster A&R 2018, 128 (131).

29 Gassner GRUR Int. 2004, 983 (984); Fackelmann, Patentschutz und ergänzende Schutzinstrumente für Arzneimittel im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation, 2009, S. 255.

30 Rehmann, 5. Aufl. 2020, AMG § 24b Rn. 11; Kügel/Müller/Hofmann/Kortland, 3. Aufl. 2022, AMG § 24b Rn. 42; Fulda PharmR 2008, 589 (591).

31 Vgl. EuGH, Urt. v. 23.10.2014 – C-104/13, PharmR 2014, 570 – Olainfarm.

beschränkt. Schutzgegenstand ist die Marktposition des Inhabers der Erstzulassung, die auf seiner Forschungs- und Entwicklungsleistung basiert. Das heißt, nicht die Zulassungsunterlagen, sondern die Berechtigung zu ihrer ökonomischen Nutzung am Markt ist geschütztes Gut.

Für zehn Jahre ab der Erstzulassung des Originalpräparats darf kein anderer Arzneimittelhersteller – selbst, wenn er bereits über eine bezugnehmende Zulassung verfügt³² – ein Generikum des Originals in Verkehr bringen. Die ökonomische Realisierung der eigenen Zulassung bleibt dem Inhaber des Marktexklusivitätsrechts vorbehalten. Geschützt ist der Inhaber der Schutzposition vor allen Handlungen, die als *Inverkehrbringen* gem. § 4 Abs. 17 AMG einzuordnen sind. Der Wortlaut von § 4 Abs. 17 AMG ermöglicht ein weites Begriffsverständnis, das bereits Vorbereitungshandlungen erfasst und weit in die unternehmerische Tätigkeit des Nachanmelders hineinreicht.³³ Subjektiv durch die Schutzwirkung gebunden ist nur der Nachanmelder, da die Zulassungsbehörde beim Akt des Inverkehrbringens keine Rolle spielt. Bestimmt wird also das Verhältnis unter Privatrechtssubjekten, sodass der Inhaber der Schutzposition sein Recht gegenüber dem Nachanmelder privatrechtlich durchsetzen kann.³⁴ Gleichzeitig kann es im verwaltungsprozessualen Eilrechtsschutz Geltungswirkung entfalten.³⁵

III. Dogmatische Einordnung

Obwohl die normative Ausprägung der zulassungsrechtlichen Schutzinstrumente denkbar schwach ist, lassen die Erkenntnisse zu ihrem Schutzgegenstand und ihrer Schutzwirkung eine dogmatische Einordnung zu:

32 Nach fristgemäßem Erlöschen des Unterlagenschutzes könnte ein Zulassungsantrag gestellt, bearbeitet und bewilligt werden.

33 Vgl. *Rehmann*, 5. Aufl. 2020, AMG § 4 Rn. 16 ff. mwN.

34 Vgl. *Nack/Kühne* GRUR Int. 2018, 1152 (1155); *Rehmann*, 5. Aufl. 2020, AMG § 24b Rn. 16; *Meier/v. Czettritz/Gabriel/Kaufmann*, Pharmarecht, 2023, § 4 Rn. 207; andeutsungsweise *Stief* GRUR 2024, 1176 (1184).

35 Das VG Köln, Beschl. v. 9.8.2023 – 7 L 843/23, BeckRS 2023, 21953 wertet das Vermarktungsexklusivitätsrecht als Hindernis, eine generische Zulassung für vollziehbar zu erklären. Damit missachtet das VG Köln zwar die grundsätzliche Systematik zwischen den zulassungsrechtlichen Schutzinstrumenten. Die Entscheidung belegt aber die Berücksichtigung des Schutzrechts in der verwaltungsgerichtlichen Praxis.

1. Unterlagenschutz

Für gewisse Zeit wurde der Unterlagenschutz als einfache, öffentlich-rechtliche Verwertungssperre für die Zulassungsbehörde eingeordnet.³⁶ Angesichts seiner schmalen gesetzlichen Ausgestaltung und der situativen Beschränkung seiner Wirkung erscheint dies *prima facie* naheliegend. Damit würde allerdings verkannt, dass die subjektive Wirkung über das konkrete Zulassungsverfahren hinausgeht und abstrakt *jeden* denkbaren, potentiellen Nachanmelder erfasst.³⁷ Außerdem verkürzte jene Einordnung des Unterlagenschutzes als bloße Verwertungssperre die legislatorisch intendierte Honorierung der Forschungs- und Investitionsleistung. Der Gesetzgeber will mit dem Unterlagenschutz einen positiven Ausgleich schaffen.³⁸ Schließlich hat der EuGH in seiner *Olainfarm*-Entscheidung bestätigt, dass Unterlagenschutz eine subjektive und zur Klage befugende Rechtsposition darstellt.³⁹

Trotz der vordergründig engen Geltungswirkung allein im Zulassungsverfahren ist die rechtliche und praktische Wirkung des Unterlagenschutzes beachtlich: Der Gesetzgeber weist die rechtliche Möglichkeit der ökonomischen Realisierung der (publizierten) Forschungsleistung allein dem Inhaber des Schutzrechts zu, jeder denkbare Nachanmelder ist ausgeschlossen. Innerhalb jenes situativen Kontextes besteht somit eine Ausprägung als absolute Rechtsposition, denn eine solche verlangt Zuordnung und Ausschluss.⁴⁰ Darüber hinaus sind Gemeinsamkeiten mit den klassischen Immaterialgüterrechten erkennbar, in erster Linie das Zusammenspiel von innovatorischer Leistung und der Gewährung von Rechtsschutz. Auch der Konflikt zwischen Ausschließlichkeit und Zugänglichkeit der wissenschaftlich-innovatorischen Errungenschaft für die Allgemeinheit⁴¹ tritt beim Un-

36 Fackelmann, Patentschutz und ergänzende Schutzinstrumente für Arzneimittel im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation, 2009, S. 467 ff.

37 Das ergibt sich daraus, dass der Nachanmelder die Bezugnahmeerklärung abgibt, dazu Kügel/Müller/Hofmann/Kortland, 3. Aufl. 2022, AMG § 24b Rn. 29, sowie aus der unionsrechtlichen Grundlage (Art. 10 Abs. 1 RL 2001/83/EG), deren Normadressat explizit der Nachanmelder ist.

38 Von diesem Ausgleich war bereits bei der 2. AMG-Novelle 1986 die Rede, BT-Drs. 10/5112, S. 13.

39 EuGH PharmR 2014, 570 Rn. 33 ff. – *Olainfarm*.

40 Statt vieler Raiser JZ 1961, 465 (467); *Canaris*, Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 I BGB, in: Deutsch/Klingmüller/Kullmann, FS Steffen, 1995, S. 85 (90).

41 Vgl. dazu *Ohly* JZ 2003, 545 (552 f.).

terlagenschutz deutlich zutage. Vor diesem Hintergrund wird Unterlagen-schutz vermehrt als IP-Recht eingeordnet.⁴² Klarstellend ist hinzuzufügen, dass es sich mangels Ubiquität des Schutzgegenstands nicht um ein klassisches Immaterialgüterrecht handelt. Unterlagen-schutz ist ein Schutzrecht *sui generis*.⁴³

2. Vermarktungsexklusivität

Aufgrund seiner privatrechtlichen Wirkung hat das Marktexklusivitätsrecht eine vergleichsweise stärkere Ausprägung als subjektives Recht, das seinen Schutzgegenstand – die Marktposition – seinem Inhaber zuweist und andere Marktteilnehmer vollständig ausschließt. Denn anders als beim Unterlagen-schutz besteht kein diese Wirkung relativierender Kontext des Zulassungsverfahrens. Daher kann das Marktexklusivitätsrecht ohne Einschränkung als absolutes Recht eingeordnet werden.⁴⁴ Zugleich besteht keine so enge Verknüpfung zu einer geistigen, wissenschaftlichen Leistung wie es beim Unterlagen-schutz der Fall ist: Die Vermarktungsexklusivität wird zwar, wie die Gesetzeshistorie belegt,⁴⁵ ebenfalls als Honorierung der Forschungsleistung gewährt und steht dieser gewissermaßen gegenüber. Die geschützte Marktposition ist aber nachgelagerte Folge der Forschungsleistung und mit dieser nur mittelbar verknüpft, was eine Einordnung als reines Immaterialgüterrecht ausschließt – das Marktexklusivitätsrecht ist ebenfalls Schutzrecht *sui generis*.⁴⁶

In nuce: Der Gesetzgeber hat in Folge einer weitergehenden Regulierung des Arzneimittelrechts zwei neue Rechtspositionen geschaffen, die als Schutzrechte *sui generis* einzuordnen sind. Diese Schutzrechte kommen

42 Etwa Jähnich, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum, 2002, S. 154; Cook, The Protection of Regulatory Data in Pharmaceutical and Other Sectors, 2002, S. 5; Kim, Access to Non-Summary Clinical Trial Data for Research Purposes Under EU Law, 2021, S. 98 f.

43 So für *Regulatory Data Protection* nach Art. 39 Abs. 3 TRIPS-Übereinkommen Cook, Regulatory Data Protection in Pharmaceuticals and Other Sectors, in: Krattinger/Mahoney/Nelsen et al., Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices, Vol. 2, 2007, S. 437 (441).

44 So auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 3.7.2024 – U 1/24, GRUR-RS 2024, 16347; ebenfalls LG Hamburg, Beschl. v. 15.4.2024 – 315 O 46/24, BeckRS 2024, 17584 (Rn. 4); LG Hamburg, Einstweilige Verfügung v. 16.4.2024 – 315 O 28/24, BeckRS 2024, 17585 (Rn. 6); andeutungsweise Stief GRUR 2024, 1176 (1184 f.).

45 Vgl. oben sowie eingehend Gassner GRUR Int. 2004, 983.

46 AA Nack/Kühne GRUR Int. 2018, 1152 (1157), die im Marktexklusivitätsrecht ein Recht des Geistigen Eigentums erblicken.

denjenigen zugute, die ursprünglich vom regulatorischen Ansatz des Gesetzgebers belastet wurden.

C. Ökonomische Auswirkungen: Steigerung von Innovationstätigkeit?

Ob das Erwachsen der neuen Schutzrechte *sui generis* aus der stärkeren Regulierung des Arzneimittelrechts allein unmittelbar und kausal zu einer Steigerung von Innovation geführt hat, kann nicht eindeutig belegt werden. Konkrete und repräsentative Untersuchungen zu korrelativen oder kausalen Beziehungen zwischen der Einführung der neuen Schutzrechte und Innovationen sind selten. Gaessler und Wagner haben unter Einbeziehung des Patentschutzes die Bedeutung von Marktexklusivität im weiteren Sinne⁴⁷ für Forschungs- und Entwicklungstätigkeit und schlussendlich für die erfolgreiche Marktzulassung eines Arzneimittels nachgewiesen.⁴⁸ Seitens der forschenden Arzneimittelhersteller wird in repetitiver Eindringlichkeit auf eine wesentliche Bedeutung der Schutzinstrumente für die Innovationsförderung hingewiesen.⁴⁹ Zugleich werden die wirtschaftlichen Auswirkungen des zulassungsrechtlichen Schutzes für das Gesundheitssystem uneinheitlich beantwortet: Teilweise wird zu belegen versucht, dass ein stärkerer Schutz langfristig keine zusätzlichen Kosten verursacht;⁵⁰ teilweise wird behauptet, dass jedes Jahr zulassungsrechtlichen Schutzes eines Arzneimittels in Deutschland Kosten von einer Milliarde Euro auslöst.⁵¹

47 Dh, nicht nur die durch zulassungsrechtliche Schutzrechte gewährte, sondern auch die durch Patentschutz gewährte Marktexklusivität.

48 Gaessler/Wagner, Patents, Data Exclusivity, and the Development of New Drugs, The Review of Economics and Statistics (2022) 104 (3):571–586.

49 Vgl. vfa, Stellungnahme zum EU-Pharma Paket, 18.7.2023 <<https://www.vfa.de/de/forschung-entwicklung/stellungnahmen>> oder vfa, Patentschutz und Unterlagenschutz von Arzneimitteln, 19.4.2023 <<https://www.vfa.de/de/gesundheitsversorgung/eu-pharma-paket/patentschutz-und-unterlagenschutz-von-arzneimitteln>>; Novartis Position on Regulatory Data Protection, Dezember 2023 <https://www.novartis.com/sites/novartis_com/files/regulatory-data-protection.pdf>.

50 Copenhagen Economics, Cost and Value of Regulatory Data Protection, 2024 <<https://copenhageneconomics.com/wp-content/uploads/2024/05/Cost-and-value-of-RDP-Copenhagen-Economics-May-2024-2.pdf>>.

51 Deutsche Sozialversicherung Europavertretung, EU pharmaceutical reform: The cost of one more year of regulatory data protection <https://dsv-europa.de/lib/Hintergrund/2024-03-07-DSV-calculations-on-additional-revenue-through-exclusivity-protection_EN.pdf>.

Während der empirische Nachweis konkreter, kausaler oder korrelativer Innovationssteigerungen also nur schwer erbracht werden kann, ist gut erkennbar, dass die zulassungsrechtlichen Schutzrechte mittlerweile ein zentraler Bestandteil des Life-Cycle-Managements von Arzneimitteln sind.⁵² Das liegt maßgeblich daran, dass sie Schwächen der herkömmlichen gewerblichen Schutzrechte, insbesondere des Patentrechts, überwinden. Der Patentschutz für Arzneimittel setzt bereits beim Auffinden von Wirkstoffkandidaten an, ganz zu Beginn der Arzneimittelentwicklung. Das verkürzt angesichts der langen Entwicklungsdauer von Arzneimitteln die effektive, das heißt ökonomisch nutzbare Patentlaufzeit.⁵³ Der zulassungsrechtliche Schutz wird dagegen erst mit der Marktzulassung des Originalpräparats gewährt. Patente können von Dritten angegriffen werden. Gerade im pharmazeutischen Bereich besteht aufgrund zahlreicher (bereits den Zulassungsverfahren selbst immanenten) Publikationen ein großes Risiko neuheitsschädlicher Vorveröffentlichungen, was Angriffe auf den Rechtsbestand der Pharmapatente provoziert. Gegen die zulassungsrechtlichen Schutzinstrumente gibt es hingegen keine Angriffsmöglichkeiten Dritter. Sind sie *ipso iure* mit der Zulassung des Originalarzneimittels gewährt, haben sie Bestand.⁵⁴ Im Fall des Unterlagenschutzes kommt hinzu, dass er die Zulassungsbehörde bindet. Diese setzt das Schutzrecht zu Gunsten des Schutzrechtsinhabers faktisch durch, indem sie schutzrechtswidrige Zulassungsanträge als unzulässig abweist. Die praktischen Herausforderungen eines kontradiktorischen Patentverletzungsverfahrens müssen im Fall des Unterlagenschutzes nicht bewältigt werden.

Insgesamt sichern die zulassungsrechtlichen Schutzrechte *sui generis* die Rechtsposition ihres Inhabers effektiv ab und ermöglichen eine umfängliche ökonomische Realisierung der Innovationsleistung. Sie stellen daher

52 Vgl. von Falck/Slopek/Thiermann GRUR 2015, 1050 (1057 ff.).

53 Vgl. Copenhagen Economics, Study on the economic impact of supplementary protection certificates, pharmaceutical incentives and rewards in Europe, Final Report <https://health.ec.europa.eu/system/files/2018-05/pharmaceuticals_incentives_study_en_1_0.pdf>; ferner von Falck/Slopek/Thiermann GRUR 2015, 1050 (1053 ff.).

54 Denn das würde gleichzeitig ein Vorgehen gegen die Arzneimittelzulassung erfordern, das einem Dritten nicht offensteht, Kügel/Müller/Hofmann/Wysk, 3. Aufl. 2022, AMG Einführung Rn. 169 f.; Rehmann, 5. Aufl. 2020, AMG Einführung Rn. 12.

nicht nur Vermögenswerte dar⁵⁵, sondern sind ein entscheidender Faktor für die Standortattraktivität für forschende Arzneimittelhersteller.⁵⁶

D. Abstraktionsfähige Erkenntnisse

Die vorstehende Darstellung zeigt die große praktische, rechtliche wie ökonomische Bedeutung der zulassungsrechtlichen Schutzrechte *sui generis*. Deren Entstehen und Weiterentwicklung kann initial auf eine stärkere Regulierung der Arzneimittelindustrie zurückgeführt werden. Belegt ist damit zunächst, dass sich aus einer neuen regulatorischen Gestaltung starke Rechtspositionen entwickeln können, die das Gefüge des Marktes empfindlich beeinflussen und sich so auf die wirtschaftliche und innovatorische Tätigkeit von Unternehmen auswirken können. Der Gesetzgeber hat gezeigt, dass er das Bedürfnis nach einem angemessenen Schutzniveau für Innovation anerkennt, auch wenn er dieses erst durch seine Regulierung hervorgerufen hat. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass auch in anderen Sektoren auf erkannte Schutzlücken reagiert wird und außerhalb der herkömmlichen Immaterialgüterrechte Rechtsschutz geschaffen wird, der zu Innovationen und Investitionen anregt und diese absichert.

Vor dem Ziehen voreiliger Rückschlüsse ist aber zum einen zu bedenken, dass der Arzneimittelsektor sehr stark reguliert ist, einer weitgehenden Marktkontrolle unterliegt und daher nicht durchweg als Referenz herangezogen werden kann. Zum anderen steht hinter den arzneimittelrechtlichen Schutzrechten *sui generis* der Mechanismus der Verknappung, der Exklusivität. Für den Fortschritt, der der nachgewiesenen Innovationsleistung (kurz: die Erforschung, Erprobung und Entwicklung eines neuen Arzneimittels) immanent ist und der gesamtgesellschaftlich positiv bewertet wird, gewährt der Gesetzgeber eine exklusive Nutzungsmöglichkeit für eine gewisse Dauer. Dieser Mechanismus erinnert an das Patentrecht, das die Offenlegung der Erfindungsleistung mit dem Patentschutz belohnt.⁵⁷ Trotz dieser Vergleichbarkeit mit Bekanntem ist die starke situative Ein-

55 Vgl. Stief BB 2023, 2057 (2061).

56 Vgl. BMG, Strategiepapier: Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Pharmabereich in Deutschland, 2023/12/13 <<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/nationale-pharmastrategie-beschlossen-pm-13-12-23.html>>, in dem sich das Bundesgesundheitsministerium gegen eine Verkürzung der Unterlagenschutzfrist ausspricht.

57 Vgl. BGH GRUR 2000, 299.

engung der gewährten Exklusivität des Unterlagenschutzes bemerkenswert: Der Ausschluss von einer einzigen Handlung – der Inbezugnahme der geschützten Unterlagen im Zulassungsverfahren – hat erhebliche ökonomische Implikationen und dient dem gesetzgeberisch intendierten Interessenausgleich. Dieser geradezu minimalinvasive Ansatz bei Zuordnung und Ausschluss von Nutzungsrechten könnte auch in anderen Sektoren ergiebig sein, wenn innovationshemmende Schutzlücken festgestellt werden. So könnte perspektivisch etwa das Überschreiten einer „Dateninvestitionsschutzgrenze“, die in Erwgr. 15 Data Act aE angelegt ist⁵⁸, eine starke rechtliche Schutzposition begründen, mit der die Investition in Datengenerierung, -verarbeitung und -aufbereitung über Ausschluss- oder Abwehrrechte abgesichert wird.

Im Übrigen lassen sich die Erkenntnisse zu den arzneimittelrechtlichen Schutzrechten jedoch nur schwerlich verallgemeinern. Der Ansatz des Unionsgesetzgebers in den jüngst regulierten Sektoren ist bislang ein anderer, der nicht auf eine horizontale und exklusive Zuordnung von Ressourcen zu einzelnen Akteuren im Gegenzug für ihre unternehmerische oder innovatorische Leistung gerichtet ist.⁵⁹

E. Fazit

Das Arzneimittelrecht hat infolge einer Änderung seines Regulierungsrahmens neuartige regulatorische Schutzinstrumente eigener Art hervorgebracht: Unterlagenschutz und Vermarktungsexklusivität. Diese sind mittlerweile als starke Schutzrechte *sui generis* anerkannt, weisen eine große praktische und ökonomische Bedeutung auf und werden von Marktakteuren als innovationsfördernde Standortbedingung wahrgenommen. Das Beispiel des Arzneimittelrechts belegt, dass der Gesetzgeber auf innovationshemmende oder -gefährdende Schutzlücken, die eine neue Regulierung hervorrufen kann, reagiert. Außerdem veranschaulicht insbesondere der Unterlagenschutz, dass mit einer sehr präzisen Zuweisung von Rechtspositionen eine große Wirkung erzielt werden kann. Derartige rechtliche Instrumente scheint der Unionsgesetzgeber bei seiner aktuellen Strategie zur Regulierung von zukunftssträchtigen Sektoren nicht nutzen zu wollen. Ergibt sich

58 Dazu eingehend *Wöbbecking/Andjic*, S. 87 (in diesem Band).

59 Im Gegenteil, der Data Act sieht beispielsweise eine Art „Kollektivierung“ vor, vgl. *Becker* RDi 2024, 615, die mit der Mitwirkung der Nutzer an der Generierung der Daten legitimiert wird.

zukünftig Handlungsbedarf, bietet sich ein komparativer Rückgriff auf die Erkenntnisse aus dem Arzneimittelrecht jedoch an.

Anreizparadigma: vom Geistigen Eigentum zur Datenwirtschaft

Das Einheitssystem und das Anreizparadigma – Innovationsanreiz und -hemmnis zugleich?

Alexander Keller*

A. Einführung

Seit dem 1.6.2023 ergänzen das Patent mit einheitlicher Wirkung (EPeW) und das neu geschaffene Einheitliche Patentgericht (EPG) die bislang fragmentierte europäische Patentlandschaft. Nach Erwgr. 4 EPVO¹ wird dieser neu geschaffene einheitliche Patentschutz durch einen leichteren, weniger kostspieligen und rechtssicheren Zugang zum Patentsystem den wissenschaftlich-technischen Fortschritt und die Funktionsweise des Binnenmarkts fördern. Diese Annahme soll vor dem Hintergrund des patentrechtlichen Anreizparadigmas näher untersucht werden. Dazu stellt der Beitrag zunächst die zentralen rechtsökonomischen Legitimationsansätze für das Patentrecht vor (B.). Auf der Grundlage der diese Ansätze vereinigenden Patentfunktionslehre sollen sodann die wesentlichen Veränderungen, die das EPeW mit sich bringt, eingeordnet werden (C.), bevor abschließend bewertet werden kann, ob diese modifizierte Form eines altbekannten Schutzrechts² – des klassischen Europäischen Patents (EP) – ausschließlich Innovationsanreize verstärkt oder womöglich auch Innovationshemmnisse nach sich zieht (D.).

* Doktorand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum, Prof. Dr. Christoph Ann, LL.M. (Duke). Der Autor dankt Dr. Lucie Antoine, Magnus Reiner, Katharina Köhler, Franziska Glogger und Clara Neuffer für wertvolle Anregungen. Sämtlich Internetverweise wurden zuletzt abgerufen am 23.7.2025.

1 VO (EU) Nr. 1257/2012 (ABl. 2012 L 361/1).

2 Bopp/Kircher/Ackermann, Handbuch Europäischer Patentprozess, 2. Aufl. 2023, § 5 Rn. 2.

B. Rechtsökonomische Legitimationsansätze für das Patentrecht

Seit Anbeginn des Patentrechts wird dessen Legitimation kontrovers diskutiert.³ Vor allem die auf ökonomischen Erwägungen beruhende Anreiztheorie bildet das Fundament der jüngeren rechtsökonomischen Legitimationsansätze für das Patentrecht.⁴ Diese Ansätze lassen sich zunächst danach unterscheiden, ob die besondere Anreizwirkung des Patentrechts entweder in der Phase vor (I. Ex ante-Legitimation) oder nach (II. Ex post-Legitimation) der Patenterteilung gesehen wird.⁵ Die Patentfunktionslehre (III.) fasst darauf aufbauend diese Ansätze unter Hinweis auf deren komplexe Wechselwirkungen als ein Gesamtsystem auf.

I. Ex ante-Legitimation

Die Ex ante-Legitimation bildet die Grundlage des klassischen Anreizparadigmas. Sie begreift das Patentsystem primär als Schutzinstrument zur Förderung des Erfindens und damit zur Schaffung neuen technischen Fortschritts.⁶ Erfindungen sind aufgrund ihrer Nicht-Rivalität und Nicht-Ausschließbarkeit öffentliche Güter.⁷ Eine offenbarte Erfindung kann von mehreren Akteuren zeitgleich ohne gegenseitige Behinderung genutzt und ihre Verbreitung nicht verhindert werden. Ohne ein Schutzrecht könnte jeder Wettbewerber als Trittbrettfahrer die Erfindung frei nutzen. Da die Wettbewerber keine F&E-Kosten zu tragen haben, können sie im Preiswettbewerb bei der Verwertung der Erfindung den Erfinder unterbieten, so dass Letzterer seine F&E-Kosten nur schwer amortisieren könnte.⁸ Die Folge wäre, dass Investitionen in F&E sinken und somit Erfindertätigkeit insgesamt abnehmen würde. Dies wäre dem technischen Fortschritt und damit der

3 Zur ersten Systematisierung der daraus hervorgegangenen vier Patentrechtstheorien *Machlup/Penrose* Journal of Economic History 10 (1950), 1 (10 ff.).

4 Metzger, Patentrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 5.

5 Grundlegend zur Differenzierung zwischen Ex ante- und Ex post-Legitimationen *Lemley* University of Chicago Law Review 71 (2004), 129 (129 ff.).

6 *Lemley* University of Chicago Law Review 71 (2004), 129 (129 ff.); *Uhrich*, Stoffschutz, 2010, S. 110; *Blanke-Roeser*, Die Erschöpfung von Patenten und ihre Grenzen, 2023, S. 70.

7 Vgl. *Arrow*, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in: NBER, The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, 1962, S. 609 (614 ff.).

8 *Pretnar* GRUR Int. 2004, 776 (780 ff.).

Gesamtwohlfahrt abträglich. Das Patentrecht löst dieses Problem, indem die Erfindung als öffentliches Gut durch ein Ausschließlichkeitsrecht privatisiert und damit künstlich verknappt wird.⁹

II. Ex post-Legitimation

Die Ex post-Legitimation begreift das Patentsystem primär als Schutzinstrument zur effizienten Nutzung bestehender Erfindungen.¹⁰ Hierzu zählt zunächst die Kommerzialisierungstheorie.¹¹ Das Patentsystem schaffe nicht nur einen Anreiz zum Erfinden. Vielmehr setze es auch einen Anreiz zur Kommerzialisierung der Erfindung, also zur Schutzrechtsverwertung. Denn erst daraus resultiere der tatsächliche gesellschaftliche Nutzen der Erfindung.¹² Die Kosten und Risiken der (erstmaligen) Kommerzialisierung übersteigen die des Erfindens nicht selten um ein Vielfaches.¹³ Um auch hier ein Trittbrettfahrerproblem zu vermeiden, soll das Patentsystem einen „post grant“-Kommerzialisierungsanreiz schaffen.¹⁴ Eine Abwandlung dieser Theorie findet sich in der Investitionstheorie. Sie betont, dass das Patentsystem nicht nur die Verwertung durch den Patentinhaber, sondern auch die Konkurrenz zu Investitionen in die Weiterentwicklung der Erfindung bei gleichzeitiger Umgehung des Patents anreize.¹⁵

9 *Bauch*, Erfindungsschutz zwischen Offenlegung und Patenterteilung, 2019, S. 48.

10 *Lemley* University of Chicago Law Review 71 (2004), 129 (129 ff.); *Uhrich*, 2010, S. 110; *Blanke-Roeser*, 2023, S. 70.

11 *Rich* Journal of the Patent and Trademark Office Society 24 (1942), 159 (177 ff.); *Kieff* Minnesota Law Review 85 (2001), 697 (703 ff.).

12 *Lamping*, Patentschutz und Marktmacht, 2010, S. 110.

13 *Scherer*, Industrial market structure and economic performance, 1980, S. 440: „development outlays constitute more than three-fourths of all industrial R&D expenditures.“ Ähnlich bereits *Kaufer*, Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, 1970, S. 114 der von „10–20mal höhere[n] Aufwendungen“ für die Kommerzialisierung ausgeht. Dies führen *Mansfield et al.*, The Production and Application of New Industrial Technology, 1977, S. 70 darauf zurück, dass in der Kommerzialisierungsphase verschiedene Kostenpunkte aufeinandertreffen. So müsse ua ein Produktionsprozess samt Produktionsstätten und Arbeitskraft in Gang gesetzt, die Produkte beworben und ein Vertriebssystem aufgebaut werden.

14 Kritisch *Ann*, Patent Trolls – Menace or Myth?, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., FS Straus, 2009, S. 355 (356).

15 *Geißler* GRUR Int. 2003, 1; zur Kritik siehe *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, 2018, S. 234.

Eng mit der Kommerzialisierungs- ist die Transaktionstheorie verbunden. Sie sieht die Ex post-Legitimation des Patentsystems vor allem in der Verkehrsfähigkeit der Erfindung. Erst die Handelbarkeit der Erfindung infolge des Schutzes durch ein Ausschließlichkeitsrecht ermögliche deren effiziente Verwertung.¹⁶

III. Patentfunktionslehre

Stierle fasst die obigen Legitimationsansätze im Rahmen einer allgemeinen Betrachtung der patentrechtlichen Soll-Funktion umfassend mit seiner Patentfunktionslehre zusammen.¹⁷ Er sieht das Patent als Regulierungsinstrument, das mit verschiedenen Teilfunktionen dezentral Gemeinwohl in Form technischen Fortschritts schaffe.¹⁸ Demnach seien vom Erfinden bis zur Verwertung der fertigen Erfindung vier Teilfunktionen zu unterscheiden, die jeweils verschiedene verhaltenssteuernde Anreize betonen. Dies seien erstens in der Phase des Erfindens der *Inventionsanreiz* als Anreiz zum Erfinden sowie zweitens in der Phase zwischen Fertigstellung der Erfindung und Patenterteilung der *Informationsanreiz* als Anreiz zur Offenbarung der Erfindung. Drittens und viertens wirkten in der Phase zwischen Patenterteilung und Verwertung der Erfindung auf dem Markt der *Innovations-*¹⁹ und *Transaktionsanreiz* – Ersterer im Falle der Kommerzialisierung durch den Patentinhaber und Letzterer bei Kommerzialisierung durch einen Dritttinnovator. Die Teilanreize vor der Patenterteilung fasst *Stierle*

16 *Arrow*, in: NBER, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, 1962, S. 609 (615); *Merges* *Berkeley Technology Law Journal* 20 (2005), 1477 (1503 f.); zur Kritik siehe *Stierle*, 2018, S. 229 f.

17 *Stierle*, 2018, S. 237 ff. Ähnlich bereits das „Zwei-Säulen-Modell“ nach *Godt*, *Eigentum an Information*, 2007, S. 563 ff., das eine Gegenläufigkeit von Investitionsschutz und Technologietransfer propagiert. Zur Kritik siehe *Ann*, *Patentrecht*, 8. Aufl. 2022, § 3 Rn. 64 Fn. 75. Darüber hinaus bleiben komplexe Wechselwirkungen innerhalb dieses Modells unberücksichtigt.

18 *Stierle*, 2018, S. 238 f.

19 Das dieser Arbeit zugrundeliegende Verständnis des *Innovationsanreizes* umfasst den gesamten Zeitraum vom Erfinden bis zur Kommerzialisierung der Erfindung. Daher wird im Folgenden für diesen Teilanreiz der Patentfunktionslehre weiterhin der aus der Kommerzialisierungstheorie stammende Begriff des *Kommerzialisierungsanreizes* verwendet.

als „pre grant“-Anreize, die Teilanreize nach der Patenterteilung als „post grant“-Anreize zusammen.²⁰

Die Besonderheit dieses viergliedrigen Anreizsystems liegt in der Berücksichtigung systeminhärenter Wechselwirkungen zwischen den Teilanreizen.²¹ Wird die Anreizstruktur eines Patentsystems „exogen“ verändert, kann dies bei dynamischer Betrachtung unterschiedliche Auswirkungen positiver oder negativer Art auf das Gesamtziel des technischen Fortschritts haben.²² Eine künstliche Erhöhung des „post grant“-Kommerzialisierungsanreizes kann sich zB negativ auf den „pre grant“-Inventionsanreiz auswirken.²³

An dieser Stelle kann nicht ausführlich auf alle rechtsökonomischen Legitimationsansätze eingegangen werden.²⁴ Da die Patentfunktionslehre ex ante- und ex post-Legitimation verbindet, ist sie besonders geeignet, komplexe Veränderungen im Patentsystem abzubilden.²⁵ Auch im Hinblick auf das Einheitspatentsystem können durch die Patentfunktionslehre die Veränderungen auf das Anreizparadigma umfassend aufgezeigt werden. Sie nimmt dabei nach hiesiger Lesart nicht nur die Anreize für den Rechteinhaber, sondern auch diejenigen anderer Innovatoren in den Blick.²⁶ Daher soll sie die methodische Grundlage für die nachfolgende Untersuchung der Veränderungen des europäischen Patentsystems bilden.

20 Stierle, 2018, S. 239 f. (siehe insbes. auch Abb. 8, S. 240); zur Kritik an der schematischen Abgrenzung siehe Blanke-Roeser, 2023, S. 82.

21 Stierle, 2018, S. 240 f.

22 Stierle, 2018, S. 241.

23 Siehe für ein entsprechendes Bsp. Stierle, 2018, S. 241.

24 Für Weiterentwicklungen des klassischen Anreizparadigmas siehe die *Patent-Induced Theory* bei Oddi American University International Law Review 38 (1989), 1097 (1101 ff.); kritisch Slopek, Die Ökonomie der Erfindungshöhe (2011), S. 166 und die *Race-to-Invent Theory* bei Mergers/Nelson Columbia Law Review 90 (1990), 839 (868 ff.); kritisch Bauch, 2019, S. 54 f. Für weitere Ex post-Legitimationsansätze siehe die *Prospect Theory* von Kitch The Journal of Law and Economics 20 (1977), 265 ff.; kritisch Mergers/Nelson Columbia Law Review 90 (1990), 839 (875) und die *Rent-dissipation Theory* von Grady/Alexander Virginia Law Review 78 (1992), 305 (316 ff.); kritisch Bauch, 2019, S. 58 f.

25 Ähnlich auch Blanke-Roeser, 2023, S. 82.

26 Siehe hierzu die Kritik von Uhrich, 2010, S. 116 an den Ex post-Legitimationsansätzen.

C. Das EPeW im viergliedrigen Anreizsystem der Patentfunktionslehre

Mit dem neuen Einheitspatentsystem besteht nun ein europäischer Patentschutz mit vier sich überlappenden Schutzkreisen.²⁷ So haben Anmelder die Wahl zwischen einem nationalen Patent, einem EP innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs des EPGÜ²⁸ sowie schließlich dem neuen EPeW. Nachfolgend werden ausschließlich die Veränderungen mit Blick auf deren Wechselwirkungen im viergliedrigen Anreizsystem der Patentfunktionslehre beleuchtet, durch die sich das EPeW weiter vom EP unterscheidet.²⁹ Denn auch für das EP gilt gem. Art. 3 lit. c EPGÜ das EPGÜ in den EU-Mitgliedstaaten, die das Übereinkommen ratifiziert haben.³⁰

I. Horizontal fragmentierte Einheitswirkung

Das EPeW hat horizontale Einheitswirkung. Es hat gem. Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 EPVO einen einheitlichen Charakter und bietet nach S. 2 einheitlichen Schutz und hat gleiche Wirkung in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten. Daraus folgen zwei Dimensionen der Einheitlichkeit: der einheitliche Charakter und der einheitliche Schutz. Dass sie Unterformen der einheitlichen Wirkung sind, folgt zum einen aus dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 EPVO und zum anderen systematisch daraus, dass die EPVO im Übrigen fast nur noch von einheitlicher Wirkung spricht.³¹

27 Hilty et al. MPI-IPRP No. 12–12, 1 f.

28 Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (ABl. 2013 C 175, 1). Zum Geltungsbereich des EPGÜ siehe Berns GRUR 2024, 1768 ff.

29 Insoweit wird auch die für das EPeW geltende Erschöpfung gem. Art. 6 EPVO nicht näher untersucht, da sich in Art. 29 EPGÜ eine entsprechende Regelung für das EP findet. Vgl. insb. zu den Ausnahmen von der Erschöpfung Blanke-Roeser GRUR 2025, 873 ff.; Ohly GRUR 2025, 879 ff.

30 Zur Anwendung des EPGÜ durch die nationalen Gerichte bei einem Opt-Out gem. Art. 83 EPGÜ Tilmann/Plassmann/Tilmann, 1. Aufl. 2024, EPGÜ, Art. 83 Rn. 38 ff.

31 Vgl. Tilmann/Plassmann/Tilmann, 1. Aufl. 2024, EPatVO, Art. 3 Rn. 56.

1. Einheitlicher Charakter

Der einheitliche Charakter kennt wiederum drei konkrete Ausprägungen. Die Einheitlichkeit in Erteilung, Bestand und Übertragung.³² Erstens wird ein EPeW nach Art. 3 Abs. 1 EPVO mit den gleichen Ansprüchen für alle teilnehmenden Mitgliedstaaten erteilt. Zweitens kann es gem. Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2, Abs. 3 EPVO nur im Hinblick auf alle diese Staaten beschränkt, für nichtig erklärt werden oder erlöschen.³³ Drittens kann es grundsätzlich nach Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 EPVO nur einheitlich übertragen werden. Letzteres ergibt sich aus der Sachnormverweisung³⁴ des Art. 7 EPVO, der das anwendbare Recht bestimmt.

Eine Ausnahme von der einheitlichen Übertragung bildet gem. Art. 3 Abs. 2 UAbs. 3 EPVO die Lizenzierung, wonach das EPeW auch nur für einen Teil der Hoheitsgebiete der teilnehmenden Mitgliedstaaten – unabhängig von Staatsgrenzen³⁵ – lizenziert werden kann. Gegenüber dem EP bringt die Lizenzierbarkeit des EPeW zwei wesentliche Änderungen mit sich. Erstens gilt das anwendbare nationale Recht einheitlich für das gesamte EPeW.³⁶ Zweitens ist der Verweis auf das nationale Recht in Art. 7 EPVO ein statischer.³⁷ So bestimmt sich das anwendbare nationale Recht nach dem Zeitpunkt der Anmeldung des EPeW. Ein späterer Inhaberwechsel hat darauf keine Auswirkungen.

32 Tilmann/Plassmann/*Tilmann*, 1. Aufl. 2024, EPatVO, Art. 3 Rn. 56; aA wohl Luginbühl/Hüttermann/*Luginbühl*, 1. Aufl. 2024, EPVO, Art. 3 Rn. 21.

33 Str. ist, welche Auswirkungen ein älteres nationales Recht iSv Art. 139 Abs. 2 EPÜ – auf den Art. 65 Abs. 2 EPGÜ verweist – auf den Bestand des EPeW hat. Eine Entscheidung des EPG hierzu steht bislang noch aus. Bopp/Kircher/*Ackermann*, EurPatentprozess-HdB, 2. Aufl. 2023, § 14 Rn. 147; Luginbühl/Hüttermann/*Luginbühl*, EPVO, 1. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 13 sprechen sich für eine (Teil-)Beschränkung/-Nichtigkeit mit Wirkung für alle teilnehmenden Mitgliedstaaten aus. Hüttermann, Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht, 2. Aufl. 2023, Rn. 123 ff. hält demgegenüber ältere nationale Rechte nur in denjenigen Staaten für relevant, nach deren Rechtsordnung das EPeW gem. Art. 7 EPVO als nationales Recht behandelt wird. Tilmann/Plassmann/*Tilmann*, 1. Aufl. 2024, EPatVO, Art. 3 Rn. 60 ff. vertritt hingegen die Auffassung, dass eine (Teil-)Beschränkung/-Nichtigkeit des EPeW nur in dem betreffenden Mitgliedstaat des älteren nationalen Rechts ihre Wirkung entfaltet.

34 Zur Abgrenzung von der Gesamtnormverweisung McGuire MdP 2015, 537 (540).

35 Tilmann/Plassmann/*Tilmann*, 1. Aufl. 2024, EPatVO, Art. 3 Rn. 66.

36 Tochtermann GRUR Int. 2016, 721 (725).

37 McGuire MdP 2015, 537 (541); MüKoBGB/Drexler, 9. Aufl. 2025, Rom II-VO, Art. 8 Rn. 154.

Das EPeW ist damit ein „transnationales“ und „multiterritoriales Recht“.³⁸ Erfindungen können einheitlich, das heißt ohne Einzelvalidierungen in zahlreichen nationalen Patentsystemen, im Geltungsbereich der teilnehmenden Mitgliedsstaaten kommerzialisiert werden. Gleichwohl bleibt diese horizontale Einheitswirkung fragmentiert. Sie ist auf die teilnehmenden Mitgliedsstaaten³⁹ begrenzt und wird durch ihre statische Wirkung weiter zementiert.⁴⁰ So können EPeW gem. Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 EPVO nur in denjenigen Staaten ihre einheitliche Wirkung zeitigen, in denen zum Zeitpunkt der Registrierung das EPGÜ bereits wirksam war. Das hat zur Folge, dass parallel verschiedene Generationen von EPeW mit unterschiedlicher territorialer Einheitswirkung existieren können.⁴¹ Daher kann von horizontal fragmentierter Einheitswirkung gesprochen werden.⁴²

2. Einheitlicher Schutz

Der einheitliche Schutz (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2, 5 EPVO) meint die einheitliche Schutzwirkung, die vom EPeW ausgeht. Nach Art. 5 Abs. 1 EPVO verleiht das EPeW seinem Inhaber das Recht, Dritte daran zu hindern, Handlungen zu begehen, gegen die dieses Patent innerhalb der Hoheitsgebiete der teilnehmenden Mitgliedsstaaten vorbehaltlich geltender Beschränkungen Schutz bietet. Die Rechtsgrundlage dieses Schutzes ist grundsätzlich Art. 64 EPÜ, da es sich auch beim EPeW um ein EP handelt.⁴³ In einem ersten Schritt nimmt also Art. 5 Abs. 1 EPVO den normativen Inhalt des Art. 64 EPÜ in sich auf, um ihn in einem zweiten Schritt durch Art. 5 Abs. 2 und 3 EPVO in einen einheitlichen Schutz umzuwandeln.⁴⁴ Dabei verweist Art. 5 Abs. 3 EPVO – anders als Art. 64 EPÜ – nicht auf das nationale Recht schlechthin, sondern allein auf dasjenige des teilnehmenden Mitgliedsstaats, das nach Art. 7 EPVO Regelungen für EPeW bereithält. Regelungen dazu

38 *Dornis* GRUR Patent 2024, 230 (232).

39 Eine Teilnahme nur einzelner EU-Mitgliedsstaaten wird durch das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit gem. Art. 20 EUV iVm Art. 326 ff. AEUV ermöglicht. Eine Übersicht der teilnehmenden Mitgliedsstaaten findet sich unter <<https://www.unified-patent-court.org/de/organisation/epg-mitgliedstaaten>>.

40 *Dornis* GRUR Patent 2024, 230 (233).

41 *Luginbühl* GRUR Int. 2013, 305 (308).

42 Ähnlich *Dornis* GRUR Patent 2024, 230 (233).

43 Tilmann/Plassmann/*Tilmann*, 1. Aufl. 2024, EPatVO, Art. 5 Rn. 10.

44 Tilmann/Plassmann/*Tilmann*, 1. Aufl. 2024, EPatVO, Art. 5 Rn. 10 ff. mit dem Verweis, dass eine solche Umwandlung wegen Art. 142 Abs. 1 EPÜ rechtmäßig ist.

finden sich ausschließlich im EPGÜ, das Teil des nationalen Rechts der teilnehmenden Mitgliedsstaaten ist. Art. 5 Abs. 2 EPVO konkretisiert Abs. 1 dahingehend, dass sich die Einheitswirkung auf den Umfang und die Beschränkungen des EPeW bezieht. Aus dem Verweis in Art. 5 Abs. 3 EPVO folgt wiederum, dass sich der Umfang aus den Rechten gem. Art. 25 f. EPGÜ und die Beschränkungen aus den Schranken gem. Art. 27 f. EPGÜ ergeben.⁴⁵

Der einheitliche Schutz wird vor dem EPG im Rahmen einer Verletzungsklage (Art. 63 f., 67 f. EPGÜ)⁴⁶ geltend gemacht. Für Verfahren in Bezug auf das EPeW ist das EPG gemäß Art. 32 EPGÜ ausschließlich zuständig.⁴⁷ Die territoriale Einheitswirkung flankiert also eine zentralisierte und einheitliche Rechtsfindung.⁴⁸ Nach Art. 34 EPGÜ erstreckt sich der räumliche Geltungsbereich der Entscheidung des EPG einheitlich auf das Hoheitsgebiet aller teilnehmenden Mitgliedsstaaten.⁴⁹ Die Zentralisierung soll eine Aufsplitterung in zahlreiche Einzelklagen vor nationalen Gerichten und die damit einhergehenden Divergenzen in der Rechtsprechung verhindern.⁵⁰

3. Einordnung im viergliedrigen Anreizsystem

Eine Einordnung der horizontal fragmentierten Einheitswirkung in das viergliedrige Anreizsystem fördert ein differenziertes Bild zutage.

45 Tilmann/Plassmann/*Tilmann*, 1. Aufl. 2024, EPatVO, Art. 5 Rn. 16.

46 Die Regelungen werden nicht von der Sachnormverweisung in Art. 5 Abs. 3 EPVO erfasst, weil diese ausschließlich den Schutzzumfang betrifft. Dazu und zur Anwendung des EPGÜ *McGuire* MdP 2015, 537 (542).

47 Für das EP besteht hingegen eine Opt-out-Option nach Art. 83 EPGÜ.

48 EPG-Entscheidungen sind gem. Art. 82 Abs. 1 EPGÜ in den teilnehmenden Vertragsstaaten unmittelbar vollstreckbar. Art. 82 Abs. 3 EPGÜ verweist für die Vollstreckung auf das nationale Recht, sofern das EPGÜ oder die Satzung keine Regelungen vorsehen. Ausführlich Bopp/Kircher/*Kircher*, EurPatentprozess-HdB, 2. Aufl. 2023, § 27 Rn. 1 ff.

49 Zu den seltenen Fällen, in denen ein nationales Gericht über den nicht-nationalen Teil eines EP entscheidet siehe LG Düsseldorf GRUR Int. 2001, 983.

50 Für ein Bsp. zu solchen Divergenzen siehe *Ann*, 2022, § 32 Rn. 37 mwN.

a) „Post grant“-Anreize⁵¹

Ein territorial breiteres Schutzrecht eröffnet zunächst die Möglichkeit, die Erfindung auf einem größeren Markt entweder selbst zu kommerzialisieren oder sie zur Kommerzialisierung an Dritte zu übertragen bzw. zu lizenzieren.

Die Möglichkeit zur territorial fragmentierten Lizenzierung des EPeW verstärkt diesen „post grant“-Anreiz. Nicht nur kann das gesamte Territorium des Einheitspatentsystems für einzelne Lizenznehmer wirtschaftlich zu groß sein, vor allem aber hat der Einheitspatentinhaber ein Interesse daran, verschiedene Lizenznehmer je nach regionaler Expertise und Verwurzelung einzusetzen oder sich selbst Regionen zur Kommerzialisierung vorzubehalten.⁵² Die einheitliche Anwendung einer nationalen Rechtsordnung für die Lizenzierbarkeit eines EPeW und die damit verbundene Schaffung eines einheitlichen Vermögensgegenstands ermöglicht einheitliche Vertragsgestaltungen und reduziert Komplexität.⁵³ Das senkt nicht zuletzt die Transaktionskosten des Einheitspatentinhabers. Ferner kann das für die Lizenzierbarkeit anwendbare nationale Recht durch strategische Auswahl des Anmelders beeinflusst werden. Gerade bei größeren Konzernen kann als Anmelderin eine Tochtergesellschaft mit Sitz in einem teilnehmenden Mitgliedsstaat gewählt werden, dessen Regelungen für die rechtsgeschäftliche Verwertung von Patenten besonders günstig sind.⁵⁴

Gehemmt werden die „post grant“-Anreize dadurch, dass durch die horizontal statisch-fragmentierte Einheitswirkung wesentliche europäische Märkte nicht unter dem Schutz des EPeW kommerzialisiert werden können.⁵⁵ Hierfür müssten zusätzlich zB EP validiert werden. Das beeinträchtigt die effiziente Ressourcenallokation im Kommerzialisierungsprozess.⁵⁶

Gestärkt werden die „post grant“-Anreize schließlich durch die einheitliche und zentralisierte Rechtsdurchsetzung des EPeW vor dem EPG. Die

51 Da sich die positiven Anreize für die „post grant“-Phase bei dynamischer Betrachtung negativ auf die „pre grant“-Phase auswirken, werden im Folgenden – entgegen der chronologischen Reihenfolge der Anreizphasen – zunächst die Auswirkungen auf die „post grant“- und anschließend jene auf die „pre grant“-Anreize untersucht.

52 Tilmann/Plassmann/*Tilmann*, 1. Aufl. 2024, EPatVO, Art. 3 Rn. 66.

53 *McGuire* MdP 2015, 537 (541).

54 Zu den teilweise signifikanten Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen siehe *Tochtermann* GRUR Int. 2016, 721 (725).

55 Vor allem Polen und Spanien.

56 *Ullrich* MPI-IPRP No. 12–03, 1 (27).

Einheitlichkeit ermöglicht es, mit einem Titel im gesamten Territorium des Einheitspatentsystems gegen den Verletzer vorzugehen. Die Zentralisierung sorgt – insbesondere bei territorial fragmentierten Verletzungshandlungen⁵⁷ – für mehr Rechtssicherheit bei der Kommerzialisierung, da die Unwägbarkeiten nationaler Rechtsprechungsentwicklungen vermieden werden.⁵⁸ Freilich wird dies mit einem bestimmten Grad an Rechtsunsicherheit hinsichtlich der konkreten Entscheidungspraxis des EPG erkaufte.⁵⁹ Diese dürfte jedoch mit zunehmender Anzahl an Entscheidungen des EPG abnehmen.

b) „Pre grant“-Anreize

Der mit der erleichterten Lizenzierbarkeit einhergehende positive Transaktionsanreiz könnte sich systeminhärent negativ auf den Inventionsanreiz auswirken. Der erleichterte und wohl im Vergleich zu Lizenzen an zahlreichen einzelvalidierten Patenten kostengünstigere Zugang zu Lizenzen – und damit zur Verwertung einer durch das EPA geprüften Erfindung – könnte auf der einen Seite den Anreiz mindern, in eigene F&E zu investieren und die damit verbundenen Risiken ergebnisloser Forschung in Kauf zu nehmen.⁶⁰ Dies gilt vor allem in den teilnehmenden Staaten, in denen Patentinhaber vor Inkrafttreten des Einheitspatentsystems weniger validierten, weil die Validierungskosten und die unsichere Rechtsdurchsetzung den Nutzen des Patents für diesen Markt überwogen.⁶¹ Verstärkt wird dies weiter dadurch, dass sich vor allem KMU nicht selten dazu gezwungen sehen, in Lizenzverhandlungen einzutreten, weil sie die aufwendigen Recherchen und Kosten einer umfangreichen Rechtsberatung bei Abmahnung durch große multinationale Konzerne nicht stemmen können.⁶² Ferner

57 *Rantasaari*, Panorama of the Issues for SMEs and Possible Solutions, in: Desautettes-Barbero et al., *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court*, 2023, S. 439 (444).

58 Für eine Erhöhung des Transaktionsanreizes durch eine zentralisierte Rechtsfindung siehe das Bsp. zum US CAFC bei *Galasa/Schankerman* *RAND Journal of Economics* 41 (2010), 472 (501).

59 *Hüttermann*, 2023, Rn. 56.

60 *Leone/Reichstein* *Strategic Management Journal* 33 (2012), 965 (967). Für den EDV-Bereich siehe *Noel/Schankerman* CEP Discussion Paper 740 (2006), 1 (28).

61 Bsp. Rumänien bei *Hüttermann*, 2023, Rn. 198.

62 *Xenos* *SCRIPTed* 10 (2013), 246 (268) mwN.

wird durch die einheitliche und zentrale Rechtsdurchsetzung das Druckpotenzial bei Lizenzverhandlungen zwischen dem Einheitspatentinhaber und dem Lizenznehmer weiter erhöht.⁶³

Gleichwohl kann die erleichterte Lizenzierung auf der anderen Seite einen Inventionsanreiz für den Lizenznehmer darstellen, weil er – durch das zusätzliche Know-how, das Lizenzgeber häufig ebenso zur Verfügung stellen⁶⁴ – seine F&E gezielt auf die Weiterentwicklung der bestehenden Technologie richten kann.⁶⁵ Mit dem EPeW werden ferner Imitationen eingeschränkt, mithin weitere Inventionsanreize gesetzt. Das betrifft vor allem teilnehmende Mitgliedstaaten mit geringeren nationalen Anmeldungen. Unternehmen, die sich auf die Vermarktung von Produkten auf den Märkten dieser Staaten beschränken, können durch den territorialen Geltungsbereich des EPeW nicht mehr problemlos imitieren. Bleibt eine Lizenz am EPeW aus, müssen sie – im Sinne der Investitionstheorie – selbst in die Weiterentwicklung der geschützten Erfindung investieren.⁶⁶

Die Kehrseite der einheitlichen und zentralen Durchsetzbarkeit des EPeW, die sich als solche bereits positiv auf die „pre grant“-Phase auswirkt,⁶⁷ ist aus Sicht des Einheitspatentinhabers der zentrale Nichtigkeitsangriff. Er wirkt sich negativ auf die „pre grant“-Anreize aus. Die Aussicht, das Schutzrecht durch eine Entscheidung im Geltungsbereich aller teilnehmenden Mitgliedsstaaten zu verlieren, stellt ein Investitionsrisiko vor allem für die F&E-Phase dar.⁶⁸ Verstärkt wird dies dadurch, dass eine gezielt fragmentierte Anmeldung nur auf den Märkten, auf denen Wettbewerber nicht aktiv sind, um die Wahrscheinlichkeit von Nichtigkeitsangriffen zu minimieren, mit dem EPeW nicht mehr möglich ist.⁶⁹ Allerdings bestand bereits vor Einführung des EPeW und des EPG mit dem Einspruch vor dem EPA

63 Dies mit Blick auf die hohen Verfahrenskosten auch betonend *Lunze/Rektorschek* MdP 2023, 253 (257).

64 *Stadler/Martinez-Giral/Pérez-Castrillo* Research Policy 25 (1996), 43 (52).

65 *Leone/Reichstein* Strategic Management Journal 33 (2012), 965 (967).

66 Europäisches Patentamt, Economic Analysis of the Unitary Patent and Unified Patent Court (2014) S. 12 mwN <https://link.epo.org/web/economic_analysis_up_and_upc_04_2014_en.pdf>.

67 Vgl. *Bechtold/Frankenreiter/Klerman* Southern California Law Review 92 (2019), 487 (521 f.); *Chen/Wang*, Intellectual Property Protection, R&D Investment and Digital Technology Innovation: An Empirical Study Based on the Revision of the Patent Law, 2025 <<https://doi.org/10.1016/j.jiref.2025.104320>>.

68 Darin auch einen negativen „post grant“-Anreiz zu sehen, stößt auf Bedenken, weil eine Kommerzialisierung und Transaktion zu Unrecht erteilter Patente kaum Funktion des Patentrechts und damit Grundlage positiver oder negativer Anreize sein kann.

69 Europäisches Patentamt, Economic Analysis (2014), S. 12 f.

die Möglichkeit eines zentralen Nichtigkeitsangriffs gegen ein EP. Dabei ist die Wirkung jedoch auf die in der Anmeldung benannten Mitgliedstaaten beschränkt (Art. 99 Abs. 2 EPÜ) und der Einspruch nur innerhalb der verhältnismäßig kurzen Frist von neun Monaten nach Bekanntmachung der Erteilung möglich (Art. 99 Abs. 1 S. 1 EPÜ). Der Einspruch relativiert daher nicht die Bedeutung der zentralen Nichtigkeitsklage.

Die statisch-fragmentierte Einheitswirkung kann sich zudem negativ auf den „pre grant“-Informationsanreiz auswirken. Die mangelnde Aussicht auf eine dynamische Erweiterung des territorialen Schutzbereichs auf EPGÜ-Unterzeichnerstaaten, die das Übereinkommen noch nicht ratifiziert haben, oder EU-Mitgliedsstaaten, die das EPGÜ noch nicht unterzeichnet haben, könnte den Anreiz zur Offenbarung bei Erfindern hemmen, die von den Vorteilen des EPeW profitieren wollen, aber gleichzeitig Wert auf ein unionsweites (nicht-fragmentiertes) Schutzrecht legen.⁷⁰

II. Vertikal fragmentiertes Mehrebenensystem

Im Rahmen des einheitlichen Charakters und Schutzes des EPeW wurde bereits die normhierarchische Verweisungstechnik von der EPVO (und EPSVO⁷¹) in das EPÜ und EPGÜ und schließlich in die nationalen Patentrechtsordnungen vorgestellt. An dieser Stelle soll dieses vertikal fragmentierte Mehrebenensystem als solches näher untersucht werden.

Sowohl der einheitliche Charakter als auch der einheitliche Schutz werden durch eine – auch im Vergleich zum EP – gesteigerte Verweisungskomplexität bestimmt.⁷² Die Erteilungs- und Bestandsvoraussetzungen richten sich im Wesentlichen nach dem EPÜ. Die Übertragung und Lizenzierbarkeit richten sich durch den Verweis in Art. 7 EPVO nach dem jeweiligen nationalen Recht (s.o. C.I.1.). Der einheitliche Schutz findet seinen Ausgang in der fragmentarischen Regelung des Art. 5 EPVO. Über die Sachnormverweisungen der Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 EPVO⁷³ gelangt man weiter in das EPGÜ (s.o. C.I.2.), das die materiellrechtlichen Lücken der EPVO direkt

70 Hüttermann, 2023, Rn. 261 zeigt verschiedene Verzögerungstaktiken bei der Eintragung auf.

71 VO (EU) Nr. 1260/2012 (ABl. 2012 L 361, 89).

72 So auch Dornis GRUR Patent 2024, 230 (234).

73 Da es sich nicht um Gesamtnormverweisungen handelt, findet die Kollisionsnorm des Art. 24 EPGÜ keine Anwendung. Die Art. 25 ff. EPGÜ sind direkt anzuwenden. Dazu insgesamt McGuire MdP 2015, 537 (541).

oder durch Weiterverweis auf das nationale Recht⁷⁴ teilweise schließt. Die hierbei verbleibenden sach- oder kollisionsrechtlichen Lücken⁷⁵ werden schließlich durch die Gesamtnormverweisung in Art. 24 Abs. 1 lit. e, Abs. 2 EPGÜ mit nationalem Recht gefüllt.⁷⁶ Aufgrund der vielen Lücken auf den verschiedenen normhierarchischen Ebenen kann von einem vertikal fragmentierten Mehrebenensystem gesprochen werden. Der Grund für die Verweisungskomplexität liegt nicht zuletzt darin, dass dem EuGH Entscheidungen über komplexe patentrechtliche Fragen nicht zugetraut wurden.⁷⁷ Daher findet sich in der EPVO und der EPSVO so gut wie kein materiell-rechtliches Patentrecht.⁷⁸

Die Folgen der vertikalen Fragmentierung des Einheitspatentrechts zeigen sich besonders exemplarisch an der Zwangslizenz.⁷⁹ Weder in der EPVO noch im EPÜ finden sich hierzu Regelungen. Sie gehört, anders als die rechtsgeschäftliche Lizenz, nicht zum Gegenstand des Vermögens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EPVO.⁸⁰ Sie soll vielmehr nach Erwgr. 10 EPVO den nationalen Rechtsordnungen unterfallen.⁸¹ Diese unterscheiden sich jedoch zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf das jeweilige Zwangslizenzrecht mitunter wesentlich, da der allgemein gehaltene und insbesondere nicht

74 So zB beim Vorbenutzungsrecht nach Art. 28 EPGÜ.

75 ZB bei der Haftung mehrerer Beteiligter für Patentverletzungen.

76 Für die Bestimmung der anwendbaren nationalen Rechtsordnung sind vor allem die über Art. 24 Abs. 2 lit. a EPGÜ anwendbare Rom I-VO und Rom II-VO von praktischer Relevanz Bopp/Kircher/Kircher, EurPatentprozess-HdB, 2. Aufl. 2023, § 2 Rn. 25. MüKoBGB/Drexler, 9. Aufl. 2025, Rom II-VO, Art. 8 Rn. 157; Staudinger/Fezer/Koos, 2023, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 1063 befürworten eine Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO bei EPeW; aA Haedicke GRUR Int. 2013, 609 (611).

77 Pagenberg GRUR 2012, 582 (586 f.); zur Kritik daran Jaeger IIC 2013, 389 (391).

78 Ohly ZGE 2012, 419 (431) schließt aus der Hybridität der Rechtsgrundlagen auf die Hybridität des Rechtstitels; kritisch McGuire MdP 2015, 537 (539 Fn. 37).

79 Ein weiteres Bsp. ist das Vorbenutzungsrecht nach Art. 28 EPGÜ. Der Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen führt dazu, dass sich der Schutzbereich für EPeW in den teilnehmenden Mitgliedstaaten unterscheiden kann, Tilmann/Plassmann/Busche, 1. Aufl. 2024, EPGÜ, Art. 28 Rn. 5.

80 Müller-Stoy/Paschold GRUR Int. 2014, 646 (655); Wernick, UPC – Substantive Aspects of Compulsory Licenses, in: Desaunettes-Barbero et al., The Unitary Patent Package & Unified Patent Court, 2023, S. 515 (516).

81 Zur Kritik zB Hilty et al. MPI-IPRP No. 12–12, 1 (3, 5 f.); Wernick, in: Desaunettes-Barbero et al., The Unitary Patent Package & Unified Patent Court, 2023, S. 515 (524). Die Kommission legte 2023 einen Verordnungsvorschlag (KOM(2023) 224 endg.) für eine unionsweite Zwangslizenz vor, die jedoch gem. Art. 4 auf Krisen- oder Notfallmodi beschränkt ist; zur Kritik siehe Stierle GRUR Patent 2024, 2 (7 ff.).

konkrete Erteilungsgründe regelnde Art. 31 TRIPS-Übereinkommen keine hinreichende Harmonisierung schafft.⁸²

Das vertikal fragmentierte Mehrebenensystem kann aufgrund seiner Lückenhaftigkeit und Verweisungskomplexität zu einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen.⁸³ Denn schließlich wird vor allem bei Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen das lückenfüllende Statut eines EPeW jeweils individuell bestimmt. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts und dessen Anwendung kann ein Verfahren verlängern und die Prozesskosten erhöhen. Dies wirkt sich zuvorderst auf die „post grant“-Anreize negativ aus, weil das Mehrebenensystem vor allem ab dem Zeitpunkt der Patenterteilung seinen Wirkungsmechanismus in Gang setzt.⁸⁴

Auf die Zwangslizenz gewendet ergibt sich ein differenzierteres Bild. Mangels eines einheitlichen Kommerzialisierungs- und Transaktionszwangs durch eine einheitlich geregelte Zwangslizenz – sei es durch eine unmittelbare Regelung in der EPVO oder als Teil des Vermögens im Sinne des Art. 7 Abs. 1 EPVO – besteht kein zusätzlicher „post grant“-Anreiz. Ein solcher Anreiz lässt sich im deutschen Recht für die Zwangslizenz aus § 24 Abs. 5 PatG herleiten,⁸⁵ wonach eine Zwangslizenz unter den Voraussetzungen von Abs. 1 auch dann erteilt werden kann, wenn der Patentinhaber die patentierte Erfindung nicht oder nicht überwiegend im Inland ausübt. Der Aufwand und die Kosten für die Erwirkung einer Zwangslizenz in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten sowie die fortbestehende Rechtsunsicherheit hinsichtlich ihrer Erlangung senken den Anreiz für Lizenzsucher, eine solche zu beantragen.⁸⁶ Diese fehlende „Nachfrage“ auf Lizenznehmerseite könnte zunächst den Transaktionsanreiz beim Einheitspatentinhaber senken. Allerdings könnten dadurch auch „pre grant“-Anreize gestärkt werden. Denn ohne einen Kommerzialisierungs- und Transaktionsdruck ist der potenzielle Einheitspatentinhaber womöglich eher gewillt, seine Erfindung offenzulegen, selbst wenn er sich die Schutzrechtsverwertung noch

82 Stierle GRUR Patent 2024, 2 (3 f.) mwN.

83 Dornis GRUR Patent 2024, 230 (231); Jaeger, Alternatives to the UP and the UPC, in: Desaunettes-Barbero et al., The Unitary Patent Package & Unified Patent Court, 2023, S. 591 (596).

84 Gleichwohl kann sich dies – wenn auch in abgeschwächter Form – auch auf die „pre grant“-Phase negativ auswirken.

85 So im Ergebnis auch Stierle, 2018, S. 224 f.

86 Kaesling UCL Journal of Law and Jurisprudence 2 (2013), 87 (109); Wernick, in: Desaunettes-Barbero et al., The Unitary Patent Package & Unified Patent Court, 2023, S. 515 (519).

offenhalten will.⁸⁷ Das Fehlen einer unionsweiten Zwangslizenz kann sich schließlich negativ auf den Inventionsanreiz für abhängige Erfindungen auswirken.⁸⁸

III. Kosten

Auch die Untersuchung der Kosten für das EPeW und für Verfahren rund um das Schutzrecht führen bei dynamischer Betrachtung zu unterschiedlichen Auswirkungen auf das viergliedrige Anreizsystem.⁸⁹

Zunächst entfallen mit dem EPeW die Kosten einer Einzelvalidierung in den teilnehmenden Mitgliedstaaten.⁹⁰ Gleichwohl bleibt ein EPeW mit Blick auf die Jahresgebühren deutlich teurer als ein nationales Patent für zB Deutschland und Frankreich⁹¹ – die zwei größten Patentanmeldeländer der EU.⁹² Hierbei sind zwei Effekte hervorzuheben: der Grenzkosten- und der Ausdünneneffekt.

Nach dem Grenzkosteneffekt ist das EPeW kostengünstiger als das EP, sobald eine bestimmte Anzahl an Einzelvalidierungen überschritten wird. Bisher verursachte jedes zusätzlich validierte Land auch zusätzliche Kosten. Für das EPeW wird hingegen eine feste Jahresgebühr für das gesamte Territorium der teilnehmenden Mitgliedstaaten gezahlt.⁹³ Wurde bislang also auf die Validierung in einzelnen Staaten verzichtet, weil der Grenznutzen einer Anmeldung in diesen Ländern die Grenzkosten nicht aufwog, erhält man diese Staaten mit dem EPeW „quasi umsonst“ dazu.⁹⁴

87 Siehe den umgedrehten Beispielsfall bei *Stierle*, 2018, S. 241.

88 Ähnlich *Galloux*, Some Shortcomings of the UPC System, in: *Desaunettes-Barbero et al.*, The Unitary Patent Package & Unified Patent Court, 2023, S. 149 (151).

89 Zur Relevanz von Kosten auf das Patentierungsverhalten siehe Europäisches Patentamt, Economic Analysis (2014), S. 7 ff., 12 mwN.

90 *Hüttermann*, 2023, Rn. 2226.

91 Siehe hierzu *Hüttermann*, 2023, S. 45 f.

92 EPA, 2025/3/25 <<https://www.epo.org/de/news-events/press-centre/press-release/2025/1352247>>. Für den Kostenvergleich bei verschiedenen Länderkombinationen siehe *Harst/Koukounis/Wolke*, in: *Koukounis/Hülsewig*, Praxishandbuch Einheitspatentsystem, 1. Aufl. 2024, Kap. 1 Rn. 91 ff.

93 Vgl. 3.1.7. RL für das Einheitspatent.

94 *Hüttermann*, 2023, Rn. 189 ff. sieht diesen Grenzkosteneffekt ab ca. fünf Ländern für gegeben, wobei er die Einzelfallabhängigkeit dieser Zahl betont. *Harst/Koukounis/Wolke*, in: *Koukounis/Hülsewig*, Einheitspatentsystem-HdB, 1. Aufl. 2024, Kap. 1 Rn. 115 sehen diesen Effekt schon bei vier Ländern für gegeben.

Dieser Grenzkosteneffekt wird jedoch durch das Ausbleiben eines Ausdünneffekts beim EPeW relativiert. Nicht selten wird der Patentschutz bei Einzelvalidierungen in verschiedenen Staaten nach einer gewissen Zeit aufgrund von Kosten-Nutzen-Erwägungen aufgegeben.⁹⁵ Das ist beim EPeW kraft seiner Einheitswirkung nicht möglich. Es wird daher bei zunehmender Patentdauer – relativ gesehen – unattraktiver.⁹⁶

Sämtliche Verfahren betreffend EPeW werden ausschließlich vor dem EPG geführt (C.I.2.). Es entfallen daher die Kosten für nationale Verfahren. Allerdings haben die Parteien die Verfahrenskosten des EPG (Art. 69 ff. EPGÜ) zu tragen.⁹⁷ Diese liegen deutlich über den Kosten nationaler Verfahren, selbst im Falle mehrerer paralleler Prozesse in verschiedenen Ländern.⁹⁸ Auch hier könnte es ab einer bestimmten Anzahl nationaler Verfahren zu einem Grenzkosteneffekt kommen. Allerdings ist die Zahl duplizierter Verletzungsverfahren in den teilnehmenden Mitgliedstaaten bislang niedrig.⁹⁹

Der geringere Aufwand einer Anmeldung bei gleichzeitig geringeren Kosten und Jahresgebühren ab einer bestimmten Anzahl an Staaten kann zu einer schnelleren Kommerzialisierung der Erfindung führen, weil die nationalen Verfahrensschritte „post grant“ entfallen. Die wegfallenden nationalen Validierungsgebühren machen eine Kommerzialisierung und Transaktion der Erfindung vor allem in kleineren Staaten attraktiver.¹⁰⁰ Verstärkt wird dieser Kommerzialisierungs- und Transaktionsanreiz durch den wegfallenden Ausdünneffekt: Der Einheitspatentinhaber wird dazu angereizt, das EPeW im gesamten Territorium zu kommerzialisieren oder an Drittinnovatoren zu lizenzieren, da sich andernfalls insbesondere die

95 Hüttermann, 2023, Rn. 202 ff. mwN, der auch die starke Branchenabhängigkeit dieses Effekts betont.

96 Hüttermann, 2023, Rn. 217.

97 Zu den Verfahrenskosten im Detail siehe Bopp/Kircher/Lux, EurPatentprozess-HdB, 2. Aufl. 2023, § 29 Rn. 1 ff.; Lunze/Rektorschek MdP 2023, 253 (254 ff.).

98 Lunze/Rektorschek MdP 2023, 253 (257); Hüttermann, 2023 Rn. 538.

99 Nach Cremers et al. ZEW-DP No. 13–072, 1 (5) werden nur 8,4 % aller EP vor mehr als einem nationalen Gericht durchgesetzt.

100 Zur Relevanz der Größe des Marktes für Kostenüberlegungen siehe de Rassenfosse/van Pottelsberghe de la Potterie Oxford Review of Economic Policy 23 (2007), 588 (592 f.). Xenos SCRIPTed 10 (2013), 246 (273) zieht aus der Tatsache, dass nur 2 % aller Patente in sämtlichen EU-Mitgliedstaaten validiert wurden, den Schluss, dass Patentinhaber grundsätzlich kein Interesse an einem breiten territorialen Schutz hätten. Dass dies auf das bestehende Kostensystem zurückzuführen sein könnte, bleibt bei ihm unberücksichtigt.

Jahresgebühren nicht amortisieren lassen. Für einen Transaktionsanreiz kommt ferner hinzu, dass bei Abgabe einer Lizenzbereitschaftserklärung nach Art. 8 EPVO die Jahresgebühren gem. Art. 11 Abs. 3 EPVO um bis zu 15 %¹⁰¹ gesenkt werden können. Gleichwohl müssen für eine unionsweit geschützte Kommerzialisierung wegen der horizontal fragmentieren Einheitswirkung neben dem EPeW auch EP validiert werden, was zusätzliche Kosten verursacht. Schließlich können sich die hohen Gerichtskosten vor dem EPG negativ auf die „post grant“-Anreize auswirken, weil das Risiko hoher Verfahrenskosten bei einer Niederlage die Schutzrechtsverwertung unattraktiv machen.

Der geringere Aufwand bei gleichzeitig niedrigeren Kosten ab einer bestimmten Zahl von Anmeldungen wirkt sich zunächst auch positiv auf die „pre grant“-Anreize aus. Allerdings können die mit zunehmender Laufzeit – auch infolge des fehlenden Ausdünneffekts – hohen Kosten für das EPeW, verbunden mit hohen Verfahrenskosten auch negative „pre grant“-Anreize nach sich ziehen. So kann vor allem der Inventionsanreiz gehemmt sein, weil durch die perspektivisch hohen Jahresgebühren und Verfahrenskosten auch das Amortisierungsrisiko für die F&E-Investitionen steigt. Ferner kann der Informationsanreiz gehemmt sein, wenn unklar ist, in welchem Umfang die Erfindung verwertbar ist und die Jahresgebühren nicht flexibel an diese Ungewissheit angepasst werden können.

D. Schlussbetrachtung

Der Beitrag hat einzelne Veränderungen der europäischen Patentlandschaft durch Einführung des Einheitspatentsystems anhand der Patentfunktionslehre auf ihre positiven und negativen Anreizwirkungen untersucht. Insgesamt verstärkt das neue System vor allem Innovationsanreize, bringt mitunter aber auch potenzielle Innovationshemmnisse mit sich. Positive Anreize ergeben sich vor allem in der „post grant“-Phase. So kann der Einheitspatentinhaber sein EPeW auf einem größeren Markt ohne zusätzliche Kosten einzelner Validierungen kommerzialisieren. Er kann sein Schutzrecht einheitlich und zentral vor dem EPG durchsetzen. Daneben besteht die Möglichkeit, das EPeW auf diesem größeren Markt bei gleichzeitig niedrigeren Transaktionskosten an einzelne oder mehrere Drittinnovatoren

101 Lunze/Rektorschek MdP 2023, 253.

zu lizenzieren. Die Auswirkungen des EPeW auf die „pre grant“-Anreize sind ambivalenter. So kann der Inventionsanreiz eines Erfinders durch leichteren Zugang zu lizenzierbaren EPeW gehemmt werden. Verstärkt durch das scharfe Schwert eines zentralen Nichtigkeitsangriffs und perspektivisch nicht ausdünnbarer Jahresgebühren erhöht sich damit das Risiko nicht amortisierbarer F&E-Kosten. Profiteure dieser Veränderungen werden vor allem Akteure sein, die besonders in der „post grant“-Phase tätig werden – nicht zuletzt also auch Patenttrolle.¹⁰² Damit bringt der einheitliche Patentschutz mit Erwägungsgrund 4 EPVO einen leichteren und rechtssicheren, nicht unbedingt aber auch weniger kostspieligen Zugang zum Patentsystem. Er wird durch die einheitliche Kommerzialisierung die Funktionsweise des Binnenmarkts fördern. Ob er jedoch auch zusätzlich den wissenschaftlichen-technischen Fortschritt fördern wird, bleibt offen.

102 So auch *Rantasaari*, in: *Desaunettes-Barbero et al., The Unitary Patent Package & Unified Patent Court*, 2023, S. 439 (440, 451); *Xenos SCRIPTed 10* (2013), 246 (274).

Datenzugang nach dem Data Act – Fixing the Regulatory Game

Florian Schweitzer*, Leon Wardelmann**

A. Einleitung

Europa hat ein Innovationsproblem. Gerade auf digitalen Märkten, die zu einem großen Teil für das volkswirtschaftliche Wachstum der letzten Dekaden verantwortlich sind, liegt die Union zurück. Keines der zehn umsatzstärksten Digitalunternehmen hat seinen Sitz in der EU.¹ Auch die Innovationsdiffusion im Binnenmarkt ist erlahmt: Ohne eine Trendwende werden bis zum Jahr 2030 nur 64 % der europäischen Unternehmen Cloud-Computing nutzen, 50 % Big Data und 17 % KI.²

Innovationen benötigen (digitale) Infrastruktur, Fachkräfte, Finanzierung, und Innovationswissen. Der Förderung all dieser Faktoren hat sich die EU-Kommission in ihrer Digitalstrategie verschrieben.³ Sie soll dazu beitragen, die Diffusion von Daten als kritischer Innovationsrohstoff⁴ im Binnenmarkt zu verbessern. Im digitalen Zeitalter ist die gesamte Wirtschaft zur Datenwirtschaft geworden. Produktions- wie Konsumgüter werden durch Sensorik zunehmend sinnesfähig. Die Zahl der vernetzten Produkte, insbesondere der IoT-Geräte (*Internet of Things*), wächst rasant.

* Senior Consultant Strategy, Risk & Transactions bei Deloitte.

** Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht (Prof. Dr. Rupprecht Podszun) an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Sämtliche Internetverweise wurden zuletzt abgerufen am 27.7.2025.

1 EU-Kommission, The Draghi report: A competitiveness strategy for Europe (Part A), 2025, S. 24.

2 EU-Kommission, Zweiter Bericht über den Stand der digitalen Dekade: verstärkte gemeinsame Anstrengungen zur Förderung des digitalen Wandels in der EU nötig, Pressemitteilung vom 2. Juni 2025 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/de/ip_24_3602/IP243602DE.pdf>.

3 EU-Kommission, Digitalstrategie der Europäischen Kommission – Digitale Kommission der nächsten Generation, KOM(2022) 4388 endg.

4 OECD/Eurostat, Oslo-Handbuch 2018: Leitlinien für die Erhebung, Darstellung und Nutzung von Innovationsdaten, Paris: OECD Publishing, 4. Aufl. 2024, S. 140 <<https://doi.org/10.1787/9d73fbba-de>>.

Weltweit befanden sich 2023 15,8 Milliarden IoT-Geräte im Umlauf, 2033 sollen es schon über 38 Milliarden sein.⁵ Das daraus hervorgehende massive Datenvolumen ließe erwarten, dass sich mit der Verbreitung dieser Datensammlungsmaschinen ein lebhafter Datenmarkt entwickeln würde. Der Datenschatz befindet sich jedoch faktisch unter der Kontrolle der Hersteller der vernetzten Produkte, die durch ihre technologische Herrschaft im Produktdesign bestimmen können, wer Zugang zu den gesammelten Daten erhält.⁶

Ihre Entscheidung bislang: niemand sonst. Die Exklusivnutzung wird in der Praxis nicht aufgebrochen; ein freiwilliger Datenaustausch erfolgt kaum.⁷ Dahinter steht die Sorge um den Verlust der eigenen Marktstellung. Diese Sorge speist sich im Wesentlichen aus zwei Bedrohungsszenarien – dem *Copy Cat*-Szenario und dem *Hostile Innovation*-Szenario. Beide Bedrohungen werden durch das im Data Act vorgesehene Zugangsregime nicht aufgelöst, sondern von der vertraglichen auf die regulatorische Ebene verlagert. Dabei entsteht erhebliches *Gaming*⁸-Potenzial. Zentrale Begriffe bleiben vage und die technologische Herrschaft der Produkthersteller über die Erhebung und Aufbereitung der Daten bleibt weitgehend unangetastet.

Diese Ausgangslage bildet den Rahmen für die folgenden Ausführungen. Im Beitrag werden die beiden Bedrohungsszenarien näher analysiert⁹, die systematischen Schwächen des Data Act offengelegt¹⁰ und schließlich Lösungsansätze dahingehend diskutiert, wie Vertragslösungen gestärkt und das *Gaming*-Potenzial verringert werden können.¹¹ Dabei wird sich auf

5 Transforma Insights, IoT Connections Forecast 2023–2034 <<https://transformainsights.com/research/forecast/highlights>>.

6 Eckardt/Kerber European Journal of Law and Economics 57(1) (2024), 113 (114); Schweitzer/Peitz NJW 2018, 275 (278); Specht-Riemenschneider ZRP 2022, 137 (137); dies. MMR 2022, 809 (809); differenzierend zur faktischen Herrschaftsstellung als ökonomische Prämisse Drexl et al., Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation of Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data (Data Act), 2022, Rn. 32 ff. <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4136484>>.

7 EU-Kommission, Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy, SWD(2017) 2 final, 15; Röhl/Bolwin/Hüttel, Datenwirtschaft in Deutschland, 2021, S. 23 ff.; Schweitzer/Peitz NJW 2018, 275 (275).

8 *Gaming* soll hier als das bewusste Ausnutzen von Rechtsunsicherheiten und -offenheit eines Rechtsaktes verstanden werden.

9 Siehe unten B. I.

10 Siehe unten C. I., II.

11 Siehe unten C. III.

Konstellationen beschränkt, in denen der Produkthersteller zugleich Dateninhaber ist¹² und es sich bei den Datenbeständen ausschließlich um nicht-personenbezogene Produktdaten handelt.

B. Datenzugang nach dem Data Act

I. Das Problem: Sorge um den Verlust der eigenen Marktposition schafft Anreizproblem

Der Mangel an Datenaustausch wird im Data Act auf fehlende Anreize zur freiwilligen Datenweitergabe zurückgeführt.¹³ Die Ursachen dieses Anreizmangels werden jedoch nicht präzisiert. Sie sind im Charakter von Daten als nicht-rivale¹⁴ Güter zu finden. Denn neben den Bereitstellungskosten für die Datenübertragung, welche als fixe Positionen gut berechenbar sind und sich folglich leicht einpreisen lassen¹⁵, sieht sich der Produkthersteller grundsätzlich zwei Risikokostenszenarien tatsächlichen Datenkontrollverlustes ausgeliefert.

Einerseits droht dem Dateninhaber ein klassisches Trittbrettfahrer-Problem¹⁶. Fallen Dritten die von ihm durch kostenträchtige Datensammelungsprozesse erlangten Rohdaten seiner Produkte in die Hände, muss er befürchten, dass potenzielle Konkurrenten im Wege des *Reverse Engineerings* Rückschlüsse auf die Funktionsweise seiner vernetzten Produkte ziehen können. Gelingt dies, so können Wettbewerber sein Geschäftsmodell ko-

12 Zum Potenzial für multipolare Verhandlungssituationen bei Auseinanderfallen dieser Rollen vgl. Metzger/Schweitzer ZEuP 2023, 42 (51).

13 Vgl. Erwgr. 2 DA.

14 Nicht-Rivalität bedeutet, die Nutzung des Guts durch den einen schränkt nicht die Nutzung des Gutes durch den anderen ein, grundlegend Samuelson The Review of Economics and Statistics 36(4) (1954), 387 (387); Daten als nicht-rivale Güter klassifizierend auch Eckardt/Kerber European Journal of Law and Economics 57(1) (2024), 113 (117); Schweitzer GRUR 2019, 569 (570).

15 Drexel et al., Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation of Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data (Data Act), 2022, Rn. 72 <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4136484>>; Eckardt/Kerber European Journal of Law and Economics 57(1) (2024), 113 (125); Martens, Pro- and anti-competitive provisions in the proposed European Data Act, TILEC Discussion Paper No. 2023–03, S. 11 <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4387612>>.

16 Grundlegend Olson, The Logic of Collective Action, Public Goods and the Theory of Groups, 1965, S. 11.

pieren und mangels der Kosten für Entwicklung und Datensammlung günstiger am Markt anbieten (*Copy Cat*-Szenario).

Ferner können die vorhandenen, abgegriffenen Daten als innovationsrelevantes Wissensfundament dienen, um ein darauf aufbauendes, innovativeres Produkt zu schaffen. Konkurrenten würden so zur kreativen Zerstörung der Marktposition des Unternehmers befähigt (*Hostile Innovation*-Szenario).

Beide Risikoszenarien haben gemein, dass sie die Marktstellung des Produktherstellers grundlegend bedrohen. Angesichts dieser potenziellen Schadenshöhe ist davon auszugehen, dass Unternehmen bezüglich der Datenweitergabe das Vorsichtsprinzip walten lassen. Selbst wenn die Datenweitergabe gegen Vergütung erfolgt, kann diese nicht das Schadensrisiko aufwiegen. Die Folge dieses Anreizmangels: Datenbestände werden nicht geteilt, sondern exklusiv genutzt.

II. Exklusive Nutzung von Produktdaten ist ineffizient

Die exklusive Nutzung der von vernetzten Produkten generierten Daten ist ineffizient.¹⁷ Daten sind nicht-rivalisierende Güter – aus Wohlfahrtssicht wäre eine Maximierung der Datendiffusion optimal. Ohne Datenweitergabe bilden sich stattdessen exklusiv genutzte Datenbestände (*Datensilos*).¹⁸ So kann weder auf dem vorhandenen Wissen aufgebaut werden, um produktive Effizienzen zu finden und so inkrementelle Innovation zu schaffen. Noch kann das Wissen auf nachgelagerten Märkten zur Optimierung oder gar Ermöglichung von Geschäftsmodellen genutzt werden – es resultiert ein nachgelagerter Marktverschluss.¹⁹ Schließlich weist die Datenbündelung Synergie- und Verbundvorteile auf (*economies of scale and scope*): Eine große Menge an Daten in einem Pool zu vereinigen, generiert werthaltigere Erkenntnisse als solche, die aus separaten *Datensilos* gezogen werden

17 Einschränkung Metzger/Schweitzer, wonach in Ausnahmefällen exklusive Datennutzungsrechte effizient sein könnten, wenn nur dadurch hinreichende Investitionsanreize für Datensammlung gewährt werden können, vgl. *dies*. ZEuP 2023, 42 (51).

18 Vgl. Erwgr. 2 DA.

19 Kerber GRUR Int. 2023, 120 (122).

können.²⁰ Bleiben Datensätze ungebündelt, verschleißt das Inselwissen jede Metaanalyse als Grundlage für radikale Innovation.

III. Die Lösung? Gesetzliche Datenzugangsrechte nach Art. 3–5 DA

Der Ineffizienz der exklusiven Datennutzung setzt der Europäische Gesetzgeber den Data Act als Teil der Datenstrategie²¹ entgegen. Er soll nicht nur Innovationen auf bestehenden Märkten fördern, sondern darüber hinaus „die Entwicklung völlig neuartiger Dienste“²² anregen. Statt punktuelle marktmachtbezogene Asymmetrien zu lösen, möchte der Europäische Gesetzgeber mittels eines regulatorischen Fundaments einen Markt schaffen und aktiv mitgestalten (*market shaping approach*).²³

Zu diesem Zweck verändert der Data Act im Sinne der normativen *Property Rights*-Theorie²⁴ die Zuordnung der zugrundeliegenden Verfügungsrechte. Neben dem faktisch berechtigten Hersteller räumt er den Nutzern vernetzter Produkte und Dritten eigene Zugangsrechte ein. Dies erfolgt auf drei Arten: Erstens soll gemäß Art. 3 DA ein Datenzugang des Nutzers schon in der Konstruktion des vernetzten Produkts angelegt sein (*access by design*²⁵). Zweitens erhält der Nutzer²⁶ nach Art. 4 DA einen direkten Anspruch auf Bereitstellung bestimmter Daten, die durch von ihm erworbene Produkte generiert werden. Schließlich erhalten Dritte gemäß Art. 5 DA einen Datenzugangsanspruch. Der Anspruch besteht nicht direkt, sondern setzt das Verlangen des Nutzers gegenüber dem Dateninhaber auf Weitergabe an Dritte voraus, Art. 5 Abs. 1 DA. Der Zugang erfolgt somit immer nur

20 Jones/Tonetti American Economic Review 110(9) (2020), 2819 (2832); Martens, Pro- and anti-competitive provisions in the proposed European Data Act, TILEC Discussion Paper No. 2023–03, S. 20 <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4387612>>.

21 EU-Kommission, Eine europäische Datenstrategie, KOM(2020) 66 endg.

22 Erwgr. 32 DA.

23 Metzger/Schweitzer ZEuP 2023, 42 (50).

24 Zur *Property Rights*-Theorie grundlegend Demsetz American Economic Review 52(2) (1967), 347 (348).

25 Podszun/Pfeiffer GRUR 2022, 953 (956); Steinrötter GRUR 2023, 216 (220).

26 Nutzer ist gemäß Art. 2 Abs. 12, Erwgr. 18 DA jede natürliche oder juristische Person, die ein vernetztes Produkt besitzt oder der vertraglich zeitweilige Rechte für die Nutzung des vernetzten Produkts übertragen wurden oder die verbundenen Dienste in Anspruch nimmt. Der Beitrag beschränkt sich auf vernetzte Produkte, sodass sich der Nutzerbegriff auf den Besitzer des Produktes einengt.

„über’s Eck“. Die ständige Einbindung des Nutzers verleiht dem Data Act seinen nutzerzentrierten²⁷ Charakter.

C. Der Data Act als Regulatory Game

I. Verlagerung des Anreizproblems auf die Regulierungsebene

Der Mangel an freiwilliger Datenweitergabe wird so durch gesetzliche Weitergabepflichten „behooben“; die faktische technologische Herrschaft der Dateninhaberschaft wird aufgebrochen. Das zugrundeliegende Anreizproblem, resultierend aus den zwei Bedrohungsszenarien, wird dabei jedoch nicht gelöst. Zwar sieht der Data Act Instrumente zum Schutz der Markstellung und der Geschäftsgeheimnisse des Dateninhabers vor. Empfänger dürfen mit den Daten keine Konkurrenzprodukte entwickeln oder sie dazu weitergeben, Art. 4 Abs. 10, Art. 6 Abs. 2 lit. e DA. Dateninhaber und -empfänger vereinbaren angemessene technische und organisatorische Maßnahmen (TOM) zum Geschäftsgeheimnisschutz; notfalls kann die Weitergabe eingestellt oder abgelehnt werden (Art. 4 Abs. 6–8 bzw. Art. 5 Abs. 9–11 DA). Gegen unbefugten Zugang wird dem Dateninhaber ein Recht auf geeignete technische Schutzmaßnahmen (TSM) eingeräumt, Art. 11 DA. Es ist jedoch zu bezweifeln, dass diese Schutzinstrumente den oben genannten Bedrohungsszenarien vorbeugen können.

1. Irreversibilität der Datenweitergabe

Zunächst stellt sich das Problem der Irreversibilität der Datenweitergabe. Werden unter Verstoß gegen technische und organisatorische Schutzmaßnahmen Geschäftsgeheimnisse in Datenbeständen gelüftet, kann sich das Innovationswissen durch schnelle, mitunter schwer nachverfolgbare digitale Übermittlungswege wie ein Lauffeuer verbreiten. Die Nicht-Rivalität der Datennutzung wird dem Produkthersteller zum Verhängnis. Denn trotz vertraglicher Vereinbarungen und auch technischer Schutzmaßnahmen ist die Nutzbarkeit in Umlauf geratener Datenbestände durch andere faktisch kaum zu beschränken.

27 Monopolkommission, XXV. Hauptgutachten 2024, S. 201 Rn. 448; kritisch u.a. *Podszun*, Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks, 2023, S. 62; *Rohner* EuDIR 2025, 10 (14 f.).

2. Praktische Probleme bei der Durchsetzung von Sekundäransprüchen

Bei Pflichtverletzungen (etwa von TOM-Vereinbarungen) könnten Schadensersatzansprüche die Abschöpfung der rechtswidrig erzielten Gewinne ermöglichen – theoretisch. Sie ergeben entweder aus dem nationalen Vertragsrecht²⁸ – der Data Act setzt einen Vertrag im Verhältnis Dateninhaber zum Nutzer²⁹ sowie zu Dritten³⁰ voraus. Aber auch außervertraglich ist eine Schadensersatzhaftung nach dem Deliktsrecht³¹, den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* oder aus § 9 UWG denkbar.³² Praktisch ist die Durchsetzung von Sekundäransprüchen in jedem Falle durch Nachweisprobleme belastet: Wird das Geschäftsmodell nicht offensichtlich kopiert, dürfte einerseits der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität schwerfallen. Der Geschädigte müsste beweisen, dass sein Datenbestand den entscheidenden Wissensvorteil enthielt, welchen der Konkurrent auch nicht auf andere Weise erlangen konnte. Andererseits stellt sich die Frage nach der Höhe des Schadens. Neben der zu ermittelnden hypothetischen Vergütung für die Datenweitergabe wird es dem Kläger auf den entgangenen Gewinn ankommen. Dieser kann nur ebenfalls nur hypothetisch ermittelt werden, was von vielen kaum berechenbaren Variablen abhängig ist.³³

3. Entstehen eines *Regulatory Game* für den Produkthersteller

Das aus den Bedrohungsszenarien hervorgehende Anreizproblem wird durch die gesetzlich angeordnete Datenweitergabe nicht entkräftet, sondern von der Vertrags- auf die Regulierungsebene verlagert. Aus der Perspektive des Produktherstellers müssen zum Schutze der eigenen Marktstellung die drohenden Risiken aus der auferzwungenen Datenweitergabe minimiert werden. Er wird versuchen, seinen Pflichtenkreis so weit wie möglich zu verkleinern. Es entsteht ein *Regulatory Game*, welches der Unternehmer zu seinen Gunsten zu lösen versucht.

28 Dresselhaus EuDIR 2025, 131 (134).

29 Vgl. Art. 4 Abs. 13 S. 1, Abs. 14 S. 1 DA.

30 Vgl. Art. 8, 9 DA.

31 McGuire/Schulte-Nölke ZdiW 2024, 73 (77 f.).

32 Dresselhaus EuDIR 2025, 131 (135); kritisch Becker RDi 2024, 615 (625); Bomhard/Merkle RDi 2022, 168 (175).

33 Daher für eine materielle Konkretisierung plädierend Coenen CR 2025, 353 (360).

II. Unterlaufen der Regulierungsarchitektur: *Solving the Regulatory Game*

Rechtsunklarheiten im Data Act eröffnen dem Produkthersteller dazu erhebliche Spielräume. Sind diese nicht ausreichend, kann der Produkthersteller seine Produkte auch so verändern, dass der Data Act gar nicht erst zur Anwendung kommt.

1. Unterlaufen des Anwendungsbereichs

Zunächst kann der Dateninhaber versuchen, mit seinem vernetzten Produkt von vorneherein aus dem Anwendungsbereich des Data Acts zu fallen. Gemäß Erwägungsgrund 15 DA und Art. 2 Nr. 15 DA fallen in den sachlichen Anwendungsbereich grundsätzlich alle Produktdaten, die durch die Nutzung des Produktes generiert werden und die der Hersteller so konzipiert hat, dass sie von einem Nutzer, Dateninhaber oder Dritten – gegebenenfalls einschließlich des Herstellers – aus dem vernetzten Produkt abgerufen werden können. Diese Einschränkung wird noch erweitert im Zugangsanspruch des Nutzers nach Art. 4 Abs. 1 DA, der auf Daten limitiert ist, die „ohne Weiteres verfügbar“ sind. Das Kriterium der Abrufbarkeit stellt hier ein erhebliches Einfallstor für *Gaming* dar.³⁴ Der Hersteller kann Datensätze, die er nicht selbst benötigt, als nicht (oder zumindest nicht ohne Weiteres) abrufbar konzipieren, sodass sie nicht in den Anwendungsbereich fallen. Gleichzeitig stellt das Kriterium der Abrufbarkeit auch den persönlichen Anwendungsbereich infrage. Wenn ein Datum nicht dem Produkthersteller zugänglich ist, erscheint zweifelhaft, wie er als „Inhaber“ der Daten von Weitergabepflichten betroffen sein kann.

2. Unbrauchbarmachen von Datensätzen durch Schutzinstrumente

Neben der Minimierung des eigenen Pflichtenkreises wird der Produkthersteller auch die Schutzinstrumente des Data Acts maximal zur Geltung bringen wollen. Ihre Ausgestaltung bleibt im Data Act offen („Technikneutralität“³⁵), was der Hersteller einseitig für sich ausnutzen kann. Bezüglich der TSM ergibt sich dies schon aus der Konstruktion als Recht des Dateninhabers statt eines Vertragsinhalts. Zwar dürfen Schutzmaßnahmen nicht

34 Ebenso Kerber GRUR Int. 72(2) (2023), 120 (126).

35 HK-Datenrecht/*Denga*, 2. Aufl. 2025, DA Art. 11 Rn. 2.

die Rechte von Nutzern und von Dritten behindern, Art. 11 Abs. 1 S. 2 DA, der Produkthersteller ist nicht völlig frei. Im Falle von Behinderungen liegt aber die Aktionslast beim Zugangspetenten³⁶, der Behinderungen im Wege der Klageerhebung beseitigen muss. Bezüglich der vereinbarten TOM resultiert das *Gaming*-Potenzial aus der Informationsasymmetrie³⁷ zwischen den Parteien. Der Produkthersteller kennt als Entwickler seines vernetzten Produktes den Umfang, die Vertraulichkeit und damit die Werthaltigkeit der gesammelten Daten viel besser als außenstehende Nutzer oder Dritte.³⁸ Für den Zugangspetenten wird es daher gar nicht oder zumindest nur mit erheblichen Transaktionskosten (etwa durch die Einschaltung externer Sachverständiger³⁹) möglich sein, die Vorschläge des Dateninhabers für TOM beurteilen zu können.⁴⁰ Im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten eröffnet sich damit ein erhebliches Verzögerungs- und Obstruktionspotenzial.⁴¹

3. Verändern der Ausgangslage: *Changing the Game*

Auch vorgelagert zur Frage der Anwendbarkeit kann der Produkthersteller bereits frei entscheiden, welche und wie viele Daten durch seine Produkte gesammelt werden – eine Datensammlungspflicht ist im Data Act nicht vorgesehen.⁴² Damit tritt neben die faktische Herrschaft über die Datenweitergabe die faktische Herrschaft über die Datensammlung, gemeinsam mit denselben Anreizproblemen. Sollte sich die Datensammlung nicht rentieren, so schränkt der Produkthersteller sie ein.⁴³

4. Zwischenergebnis: Zwangsläufiger regulatorischer Balanceakt

Durch die Offenheit und Unklarheit des Rechtsaktes ist der Data Act anfällig dafür, unterlaufen zu werden. Angesichts des *Gaming*-Potenzials zeigt sich, dass der Europäische Gesetzgeber bei der Zuordnung von Verfügungsrechten einen regulatorischen Balanceakt zu vollführen hat. Daten-

36 *Specht-Riemenschneider* MMR 2022, 809 (823).

37 Grundlegend *Schmolke*, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2023, Rn. 273.

38 *Metzger/Schweitzer* ZEuP 2023, 42 (57).

39 *Podszun*, 2023, S. 43.

40 *Kerber* GRUR Int. 72(2) (2023), 120 (126).

41 *Kerber* GRUR Int. 72(2) (2023), 120 (126).

42 *Podszun*, 2023, S. 23.

43 *Kerber* WuW 2020, 249 (251).

diffusion erfordert das Aufbrechen exklusiver Datensilos der Produkthersteller. Gleichzeitig ist der Produkthersteller ein notwendiger Akteur der Datenwirtschaft. Die Ziele des Data Acts – das Schaffen neuer Märkte und Innovationsförderung – lassen sich nicht verwirklichen, wenn er sowohl Anlass als auch die Möglichkeit dazu hat, die Regulierungsarchitektur zu unterlaufen. Aktuell scheint jedoch genau das der Fall zu sein.

III. Lösungsvorschläge: *Fixing the Game*

Innovationsförderung durch Datendiffusion lässt sich am besten dadurch verwirklichen, dass das Anreizproblem schon durch effizientere Vertragsschlüsse gelöst wird, sodass es auf die zwingenden Regelungen des Data Act nicht mehr ankommt (1.). Für den Fall, dass die Weitergabe dennoch erzwungen werden muss, werden gesetzgeberische Nachschärfungspotenziale zur Reduzierung des *Gaming*-Potenzials aufgezeigt (2.).

1. Stärkung von Vertragslösungen

Um das Anreizproblem zu lösen, muss das *Game* für alle Stakeholder attraktiver ausgestaltet werden. Im Optimalfall haben alle Beteiligten ein Interesse an Datendiffusion und der Dateninhaber gibt auch abgeleitete und aggregierte Datensätze freiwillig weiter. Vertragslösungen können gestärkt werden, indem Informationsasymmetrien beseitigt, die Verhandlungsposition des Zugangspetenten verbessert und alternative Vergütungsmodelle erwogen werden.

a) Informationsasymmetrien im Data Act

Datenbezogene Verhandlungen sind von Informationsasymmetrien geprägt, die das Erreichen effizienter Ergebnisse verhindern.⁴⁴ Um Allokationseffizienz im Sinne der Pareto-Effizienz⁴⁵ zu erreichen, müssen beide

44 *Stefan* European Law Journal 14(6) (2008), 753 (766).

45 Ein pareto-effizienter Zustand ist erreicht, wenn keine Veränderung einer Güterallokation zwischen verschiedenen Parteien herbeigeführt werden kann, ohne dass eine Partei durch diese schlechter gestellt wird als zuvor, vgl. *Pareto*, Manuale di economia politica, 1906, Kap. VI, Nr. 33.

Vertragsparteien die Verhandlungsparameter exakt bepreisen können.⁴⁶ Datensätze sind dagegen grundsätzlich eine *Blackbox* – ihre Kapazität zur Gewinnung innovationsrelevanter Erkenntnisse ist für Dritte „von außen“, also ohne die Auswertung der sie umfassenden Daten, kaum messbar.⁴⁷ Sie können so weder eine vertragsgerechte noch eine „faire und angemessene Vergütung“ der Datenweitergabe im Sinne von Art. 8 Abs. 1 DA bestimmen.

aa) Außervertragliche Bewertungsmöglichkeiten der Zugangspetenten

Um den Wert des Datenbestandes zu ermitteln, benötigt der Zugangspetent einen Einblick in den Datenbestand. Außerhalb eines vertraglichen Informationsaustauschs stehen zwar Mittel dafür im DA zur Verfügung; sie sind aber unzureichend.

Zunächst sieht Art. 3 Abs. 2, 3 DA vorvertragliche Informationspflichten über die Art und Umfang der Daten sowie ihre Erhebung vor. Indes wird der Produkthersteller oft selbst nicht alle möglichen Anwendungsfälle eines gehobenen Datenschatzes überblicken – aufgrund der geringen Kosten werden Daten oft auch ohne konkrete Verwendungspläne erhoben.⁴⁸ Ferner gilt die Pflicht zur Informationsbereitstellung nur gegenüber dem Nutzer, nicht gegenüber Dritten. Schließlich lassen sich Informationspflichtverletzungen für den Petenten kaum nachvollziehen.

Alternativ könnten Dritte das vernetzte Produkt erwerben, um als Nutzer auf die von ihm gesammelten Daten nach Art. 3, 4 DA zuzugreifen. Möglich ist das allerdings nur für Produkte, die kostengünstig und schnell erwerblich sind. Außerdem ist der so erlangte Datensatz zwangsläufig auf das konkret erworbene Produkt beschränkt. Da Umfang, Granularität und Repräsentativität eines nutzerübergreifenden Datenschatzes gerade wesentliche Parameter für dessen Werthaltigkeit darstellen⁴⁹, lässt sich davon aus-

46 Schmolke, in: Towfigh/Peterson, 2023, Rn. 273.

47 Metzger/Schweitzer ZEuP 2023, 42 (57); Picht, Caught in the Acts: Framing Mandatory Data Access Transactions under the Data Act, further EU Digital Regulation Acts, and Competition Law, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 22–12, S. 30 <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4076842>>.

48 Metzger/Schweitzer ZEuP 2023, 42 (57).

49 Vgl. Eckardt/Kerber, Virtual Competition, 2016, S. 15; Jones/Tonetti American Economic Review 110(9) (2020), 2819 (2832); Martens, Pro- and anti-competitive provisions in the proposed European Data Act, TILEC Discussion Paper No. 2023–03, S. 20 <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4387612>>.

gehend wohl nur im Ansatz auf die Werthaltigkeit des Datenbestandes insgesamt schließen.

Schließlich können zur Bewertung von Datenbeständen externe Sachverständige herangezogen werden, was aber einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand nach sich zieht, also die Transaktionskosten signifikant erhöhen würde.⁵⁰

bb) Lösungen zur Beseitigung der Informationsasymmetrie

Werden die Informationsasymmetrien nicht beseitigt, droht das Problem adverser Selektion.⁵¹ Zugangspetenten gehen ohne besseres Wissen von einer geringen Innovationsrelevanz aus und erachten aufgrund ihres niedrigen Erwartungsnutzens nur ein niedriges Preisniveau als angemessen. Der Produkthersteller wird dagegen auf die Werthaltigkeit seiner Daten pochen – Unklarheit und Rechtsstreitigkeiten sind unausweichlich. Die Informationsasymmetrie sollte daher durch eine Erweiterung der Transparenzpflichten entschärft werden.

(1) Erweiterung des Adressatenkreises von Informationspflichten

Der Adressatenkreis der vorvertraglichen Informationspflichten sollte auf alle Zugangspetenten erweitert werden. Produkthersteller sollten dazu angehalten werden, öffentlich oder zumindest auf Antrag gegenüber Zugangspetenten darzulegen, welche Daten von ihren Produkten erhoben werden, wie viele Daten sie bereits teilen. Da die Informationen zur Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten aus Art. 3 DA schon erhoben werden, fallen die damit verbundenen Sammlungs- und Bereitstellungskosten ohnehin an. Als fixe Kosten sind sie zudem leicht im Produktpreis zu inkludieren.⁵² Eine Verbreiterung des Informationsadressatenkreises dürfte somit keine signifikante Steigerung der Transaktionskosten nach sich zie-

⁵⁰ Podszun, 2023, S. 43.

⁵¹ Grundlegend Akerlof Quarterly Journal of Economics 84(3) (1970), 488 ff.

⁵² Drexel et al., Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation of Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data (Data Act), 2022, Rn. 72 <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4136484>>; Eckardt/Kerber European Journal of Law and Economics 57(1) (2024), 113 (125).

hen – der Produkthersteller ist der *cheapest cost avoider*⁵³. Damit würde besonders kleineren Wettbewerbern, die eine umfassende Marktanalyse nicht selbst bewerkstelligen können, ein besserer Einblick in die Datensammelungspraxis gewährt.

(2) Einführung eines Datendashboards

Mit einem möglichen Tool zur Verbesserung der Informationsbalance wird im Entwurf der FiDA-VO⁵⁴ experimentiert. Artikel 8 FiDA-VO-E sieht ein Dashboard für Kunden von Finanzdienstleistungen vor, mit dem sie die Zugriffsrechte auf ihre Finanzdaten verwalten können. Dadurch soll das Vertrauen der Kunden in den Umgang mit ihren Daten gestärkt und ihre Kontrolle erleichtert werden.⁵⁵ Der Data Act sollte ein ähnliches Datendashboard vorsehen, auf dem Informationen zu Art, Format und Umfang der gesammelten Daten einsehbar sind. Zugangspetenten könnten so den Datenbestand leichter bewerten und entscheiden, ob er für sie innovationsrelevant sein könnte. Gleichzeitig würde die Offenlegung den Innovationsdruck auf den Dateninhaber erhöhen und ihn dazu bringen, sich vertieft mit ihrem eigenen Datensatz auseinanderzusetzen. Mit der Aussicht darauf, dass ein anderer den Datensatz erhalten könnte, wird der Produkthersteller ein Interesse daran haben, das Innovationspotenzial selbst schnellstmöglich zu realisieren.

53 Für das Konzept, ursprünglich für die deliktische Verantwortlichkeit entworfen, vgl. *Calabresi, The Costs of Accidents*, 1970.

54 Der Entwurf der *Financial Data Access-Verordnung* (FiDA-VO) der EU-Kommission verfolgt (aufbauend auf die Zahlungsdiensterichtlinie PSD2) das Ziel der Schaffung einer offenen Datenwirtschaft für Finanzdaten in der EU, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Rahmen für den Zugang zu Finanzdaten und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 1094/2010, (EU) Nr. 1095/2010 und (EU) 2022/2554, KOM/2023/360 endg., S. 3; vgl. auch *Britz/Schum* MMR 2024, 1005 (1005).

55 EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Rahmen für den Zugang zu Finanzdaten und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 1094/2010, (EU) Nr. 1095/2010 und (EU) 2022/2554, KOM/2023/360 endg., S. 6.

b) Verbesserung der Verhandlungsposition des Petenten

Die Aussicht auf eine vertragliche Datenweitergabe könnte weiterhin durch Erhöhung des Verhandlungsdrucks auf den Dateninhaber verbessert werden. Dem aktuellen Rechtsakt zufolge mündet die Durchsetzung des Zugangsanspruchs von Dritten nach Art. 5 DA mit hoher Wahrscheinlichkeit in einem Rechtsstreit um das Niveau fairer, angemessener und nichtdiskriminierender Bedingungen (FRAND-Bedingungen) im Sinne von Art. 8 Abs. 1 DA zu definieren.

aa) FRAND-Bedingungen nach dem Huawei-Urteil

Die FRAND-Bedingungen sind ein Vergütungskonzept für Zugangssituationen im Wettbewerbsrecht, besonders im Digitalrecht.⁵⁶ Sie sollen einen gerechten Ausgleich der betroffenen Interessen im Wege eines prozeduralen Verhandlungsrahmens erreichen, dessen Schritte vom Europäischen Gerichtshof im *Huawei*-Urteil bezüglich der Lizenzierung standardessenzieller Patente (SEP) niedergelegt wurden.⁵⁷ Der genauere Inhalt, der den Parteien obliegenden Verhaltenspflichten ist jedoch sehr umstritten.⁵⁸ Jurisdiktionen weichen in ihrer Vorgehensweise bei der Ermittlung von FRAND-Bedingungen voneinander ab.⁵⁹ Bei der Übertragung der FRAND-Wertungen aus der SEP-Rechtsprechung würden die Rechtsunsicherheiten mitimportiert.

bb) Problem der *ex ante*-Verhandlung

Besonders die lange Dauer von FRAND-Streitigkeiten ist im Rahmen der Datenweitergabe noch problematischer als im Patentrecht.⁶⁰ Im Patentrecht

56 Vgl. Art. 6 Abs. 5 S. 2, Abs. 11 S. 1, Abs. 12 DMA, Art. 12 lit. f DGA.

57 EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-170/13, GRUR 2015, 764 (Rn. 55, 61–67) – Huawei Technologies/ZTE.

58 *Habich* IIC 2022, 1343 (1361); HK-DatenR/*Steinrötter*, DA Art. 8 Rn. 32 mwN.

59 Während in den USA die gerichtliche Festsetzung von FRAND-Bedingungen (*Rate Setting*-Verfahren) verbreitet ist, gibt es nach deutscher Rechtsprechung kein punktuell-elles FRAND-Lizenzentgelt, sondern einen FRAND-Korridor; vgl. *Coenen* CR 2025, 353 (354) mwN.

60 Deshalb gegen eine einfache Übertragung auch *Habich* IIC 2022, 1343 (1363); *Picht*, Caught in the Acts: Framing Mandatory Data Access Transactions under the Data Act, further EU Digital Regulation Acts, and Competition Law, Max Planck Institute

resultiert der Rechtsstreit aus der lizenzlosen Nutzung, die dank Veröffentlichung der Patentschrift und Standarderklärung bereits möglich ist⁶¹; das Gericht entscheidet anschließend über die Vergütung (*ex post*-Verhandlung). Aufgrund der faktischen technologischen Kontrolle kann der Dateneinhaber vor Einigung die Datenweitergabe blockieren; die Verhandlung ist der Datendiffusion vorgelagert (*ex ante*-Verhandlung). Der Dateneinhaber kann durch Verzögerung des Rechtsstreits die Datenweitergabe damit erheblich behindern.⁶²

cc) Lösungsvorschlag: Prozessökonomische FRAND-Roadmap

Um dem Petenten einen Zugang in absehbarer Zeit gewähren zu können, ist eine rechtssichere und effiziente FRAND-Roadmap⁶³ im Data Act umso wichtiger. Dabei sollte der Zugangspetent das initiale FRAND-Angebot auf Grundlage der vom Dateneinhaber bereitgestellten Informationen machen.⁶⁴ Hier würden sich die vorgenannten Transparenzmaßnahmen zur Beseitigung von Informationsasymmetrien⁶⁵ auszahlen. Zusätzlich könnte der Weg zu FRAND-Bedingungen verkürzt werden, wenn mehr Transparenz hinsichtlich der bestehenden Vergütungspraxis bestünde. Im Rahmen von SEP-Streitigkeiten wird die Lizenzpraxis typischerweise erst im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung offengelegt, um die FRAND-Konformität zu beweisen. Hier sollte die Transparenz (etwa durch Vergütungskorridore nach Empfänger kategorien gemäß Art. 9 Abs. 7 DA) von vornherein im Dashboard geschaffen werden, um schon den vertraglichen Einigungsprozess zu informieren. Da die Bedingungen nicht-diskriminie-

for Innovation and Competition Research Paper No. 22–12, S. 26 ff. <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4076842>>; HK-DatenR/Steinrötter, DA Art. 8 Rn. 31.

61 Coenen CR 2025, 353 (357).

62 Etzkorn CR 2025, 114 (115); Habich IIC 2022, 1343 (1361); Gajec/Hegener GRUR 2024, 1068 (1075); Leistner/Antoine, IPR and the Use of Open Data and Data Sharing Initiatives by Public and Private Actors, Study commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the request of the Committee on Legal Affairs, 2022, S. 103.

63 Begriff nach Heinemann GRUR 2015, 855 (856).

64 So auch Habich IIC 2022, 1343 (1366).

65 Siehe oben C. III. 2. bb).

rend sein müssen, sollten vergleichbare Weitergabekonditionen für ähnliche Zugangsverlangen ohnehin dem Zweck des Art. 8 DA entsprechen.⁶⁶

Nach Erhalt des FRAND-Angebots sollte dem Dateninhaber eine vorgegebene Frist zur Abgabe eines Gegenangebots gesetzt werden, um das Verzögerungspotenzial zu limitieren. Bei fehlender Einigung trotz Einhaltung des FRAND-Verfahrens sollten beide Parteien mit dem Recht auf Anrufung einer Streitbelegungsstelle mit obligatorischer Bindungswirkung ausgestattet werden. Eine Bindungswirkung besteht derzeit nur in abgeschwächter Version hinsichtlich der Kostentragungspflicht nach Art. 10 Abs. 3 DA. Das kann nicht genügen, da sich ein obstruierender Produkthersteller schon gar nicht auf die fakultative⁶⁷ Streitbeilegung einlassen würde.

Die FRAND-Roadmap könnte schließlich durch die Einführung von *Penalty Defaults* im Falle von Verfahrensverstößen abgesichert werden. Im Falle eines Verfahrensverstößes durch den Dateninhaber könnte eine Datenweitergabe kostenfrei oder nur zu Übermittlungskosten drohen. Bei Verstößen durch den Zugangspetenten könnte sein Recht erlöschen oder nur zu den Bedingungen des FRAND-Angebots des Dateninhabers erfolgen, das sich am oberen Rand des FRAND-Korridors befinden sollte.

c) Alternative Vergütungsmodelle zur Verbesserung der Weitergabeanreize

Um das Anreizproblem des Produktherstellers zu lösen, muss seine Vergütung attraktiv genug sein, um eine hinreichende Aneignenbarkeit seiner Investitionsrendite sicherzustellen. Der Data Act lässt die Art und Weise der Gegenleistung für die Parteien offen. Aufgrund der oben genannten Informationsasymmetrien werden Zugangspetenten oft Schwierigkeiten haben, eine angemessene Gegenleistung in Form einer Direktzahlung zu eruieren. Neben der direkten Geldzahlung sollen deshalb im Folgenden alternative Vergütungsmodelle vorgestellt werden.

Neben einer fixen Geldleistung könnte eine erfolgsabhängige Bonusvergütung entsprechend der Innovationsrelevanz des Datensatzes angedacht werden. Eine solche setzt für den Dateninhaber Anreize, besonders wertvolle Daten weiterzugeben. Außerdem könnte eine Vergütung um eine Anteilsbeteiligungskomponente erweitert werden. Ist der Datensatz für die Zugangspetenten unerlässlich, wird eine Beteiligungslösung auch in seinem

66 Bzgl. SEP aus dem Diskriminierungsverbot ein Transparenzgebot ableitend Kurtz/Straub GRUR 2018, 136 (137).

67 Art. 10 Abs. 12 DA.

Interesse sein. Die Beteiligung schaltet die Interessen der Akteure am Erfolg der Innovationstätigkeit gleich und verwandelt so eine bedrohende Innovationstätigkeit in eine erwünschte. Gleichwohl flammt auch bei diesen Komponenten die *Blackbox*-Problematik wieder auf. Als immaterielle Vergütungskomponente könnte der Dateninhaber schließlich als Co-Innovator gegenüber den Vertragspartnern des Zugangspetenten auszuweisen sein. Mit diesem Recht auf „Datensammlerbenennung“ könnte der Dateninhaber Imagepflege betreiben und so einen immateriellen Gewinn aus der Datenweitergabe erzielen.

2. Reduzierung des *Gaming*-Potenzials

Daneben sollte das *Gaming*-Potenzial im Data Act durch nachgelagerte Rechtssetzung begrenzt werden. *Soft Law* wie FAQs, Leitlinien und Mitteilungen zur Entscheidungspraxis erhöhen die Rechtssicherheit, indem sie den Rahmen des Erlaubten durch Konkretisierung der Verhaltensvorgaben abstecken.⁶⁸

a) Absicherung des Anwendungsbereichs

Wie oben dargelegt, geht das Umgehungspotenzial im Anwendungsbereich aus dem Kriterium der Abrufbarkeit hervor. Der Dateninhaber darf sich hier nicht dadurch aus dem Anwendungsbereich des Data Acts ziehen dürfen, dass er ihnen selbst keinen Wert zumisst und deshalb keine Abrufbarkeit technisch vorgesehen hat. Stattdessen sollte es darauf ankommen, dass die Produktdaten, wie bisher, durch die Nutzung generiert werden und durch den Hersteller als abrufbar konzipiert werden könnten (potenzielle Abrufbarkeit). Gleichzeitig muss Rechtssicherheit hinsichtlich der Verarbeitungsschwelle hergestellt werden, um möglichst viele innovationsrelevante Daten im Anwendungsbereich zu belassen. Gemäß Erwgr. 15 DA erstreckt sich dieser neben Rohdaten auch auf zur Verständlichkeit und Nutzbarkeit aufbereitete Daten (*pre-processed data*). Nicht anwendbar ist der Data Act dagegen auf Daten, die aus Verarbeitung kraft zusätzlicher

68 Grundlegend zur Wirkung von *Soft Law*: Faure/Philipsen, An Economic Analysis of Soft Law as a Regulatory Tool, in: Eliantonio/Korkea-aho/Mörth, Research Handbook on Soft Law, 2023, S. 56 ff.

Investitionen⁶⁹ (etwa durch komplexe proprietäre Algorithmen) gewonnen werden. Eine Ausbuchstabierung in Form einer wertbezogenen Signifikanzschwellen könnte Rechtssicherheit schaffen.

b) Standardisierte, überprüfbare Schutzinstrumente

Aufgrund der vorherrschenden Informationsasymmetrien ist es dem Zugangspetenten kaum möglich, die Angemessenheit der TOM gemäß Art. 4 Abs. 6, 5 Abs. 9 DA beziehungsweise der TSM gemäß Art. 11 DA zu prüfen. Hier sollten klare Maßgabenkataloge und standardisierte Schutzmaßnahmen als Benchmark durch die Kommission erarbeitet oder von einem Beteiligtenengremium (*multi-stakeholder approach*⁷⁰) aufgestellt werden. Maßgeblich ist, dass die einseitige Vorprägung durch den informationell bevorzugen Produktinhaber unterbunden wird. Vorlagen und Standards bilden ähnlich wie dispositives Recht Verhandlungsanker, von denen ein Abweichen gegenüber dem Vertragspartner einer Rechtfertigung bedarf. Hierbei kommt den Muster- und Standardvertragsklauseln auf Basis von Art. 41 DA eine entscheidende Rolle zu. Sie können den Ausgangspunkt für Verhandlungen über Schutzinstrumente richtungsweisend vorbestimmen.

D. Fazit

Mit dem Data Act gestaltet der Europäische Gesetzgeber die *Property Rights* über Daten vernetzter Produkte zugunsten von Nutzern und Dritten um. Dabei verfolgt er das Ziel, die nur in überaus begrenztem Umfang stattfindende freiwillige Datenweitergabe durch gesetzliche Zugangs-, Nutzungs- und Weitergaberechte anzukurbeln. Das Anreizproblem als Ursache für das nicht ausgeschöpfte Potenzial des *data sharing* wird dabei nicht hinreichend adressiert. Stattdessen wird es auf eine Regulierungsarchitektur mit erheblichen Unsicherheiten und Ausweichmöglichkeiten verlagert. Zur Schaffung eines funktionierenden Datenmarktes sollten im Data Act Vertragslösungen gestärkt und das *Gaming*-Potenzial eingedämmt werden.

69 Kritisch zum investitionsbezogenen Kriterium *Kim/Kwok* JIPITEC 2024, 139 (146).

70 Zum Ansatz, bezogen auf das Datenschutzrecht vgl. *Will, Privacy and Big Data: The need for a multi-stakeholder approach for developing an appropriate privacy regulation in the age of Big Data*, 2015, S. 9 ff. <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2634970>>.

Der Europäische Gesetzgeber muss dabei einen Balanceakt vollführen: Die Schaffung neuer Märkte und die Förderung von Innovation sind durch Regulierung nur dann möglich, wenn die Normadressaten auch an dem entstehenden Markt partizipieren wollen, statt lediglich die Lücken seiner Regelungsarchitektur auszunutzen.

Europäische Dateninvestitionsschutzgrenze – Datenrechte im Spannungsfeld von Innovation und Investition

Dr. Maren K. Wöbbeking & Dr. Marko Andjic*

A. Einleitung

Die EU hat mit dem Data Act (DA) einen wegweisenden Rechtsakt für das Datenprivatrecht geschaffen. Er normiert Datenrechte der Nutzer von IoT-Produkten und verbundenen Diensten. Zugang gewähren muss der Dateninhaber, der ua Produkthersteller sein kann. Die Entscheidung, ob und wie Daten genutzt oder weitergegeben werden, liegt beim Nutzer. Ein absolutes Datenrecht – Dateneigentum – sollte nicht geschaffen werden.¹

Die nutzerzentrierte Datensouveränität soll einen effizienten und innovativen Datenbinnenmarkt ermöglichen.² Wo die Nutzerrechte enden, bestimmt sich die Datensouveränität nach bisherigen Maßstäben. Bestehen an den Daten keine anderen Rechte, etwa des Geistigen Eigentums, bleibt sie faktisch beim Dateninhaber, der die Daten generiert oder erlangt hat.³

Damit kommt dem Umfang der Nutzerrechte entscheidende Bedeutung zu. In positiver Hinsicht beziehen sie sich auf sog. Produktdaten und verbundene Dienstdaten, jedenfalls soweit diese ohne Weiteres verfügbar sind. Das inkludiert die für die Auslegung und Nutzung erforderlichen Metadaten. Nachfolgend wird hier nur von Produktdaten gesprochen, die Ausführungen gelten aber entsprechend für verbundene Dienstdaten.

Bereits diese im DA verwendeten Begriffe werfen Fragen auf. Noch mehr Unsicherheit besteht mit Blick auf die Begrenzung dieser Rechte. Die größ-

* Dr. Maren K. Wöbbeking und Dr. Marko Andjic sind Postdocs am European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück.

1 Vgl. Erwgr. 6 DA, wonach die Zuweisung der Datenrechte keine exklusiven Rechte gewähren soll; zur gesetzgeberischen Intention s. *Staudenmayer* EuZW 2022, 1037 (1038); zur dennoch umstrittenen Rechtsnatur, s. *Lienemann/Wienroeder*, Data Licence Agreement and User's Right of Access (Art. 4), in: *Hennemann et al.*, Data Act, 2024, S. 71 (78 f.) mwN; *Funk* CR 2023, 421, Rn. 14–29.

2 Vgl. Erwgr. 1 DA.

3 *Becker* RD 2024, 615, Rn. 85; *McGuire/Schulte-Nölke* ZdiW 2024, 73 (74); *Metzger/Schweitzer* ZEuP 2023, 42 (54); *Podszun/Pfeifer* GRUR 2022, 953 (956).

ten Schwierigkeiten bereitet eine in Erwgr. 15 DA beschriebene Grenze, die einen Ausschluss für aus Daten „gefolgerte oder abgeleitete Informationen“ vorsieht, die „das Ergebnis zusätzlicher Investitionen in die Zuweisung von Werten oder Erkenntnissen aus den Daten sind“.

Dabei kommt ein für die Datenregulierung symptomatischer Konflikt zum Ausdruck: Der Balanceakt zwischen Innovationsförderung durch Nutzerrechte und Wahrung der Investitionsanreize für Dateninhaber, indem ihre faktische Datensouveränität unangetastet bleibt.⁴ Für sie kommt die Begrenzung der Nutzerrechte einem faktischen Investitionsschutz – einer Dateninvestitionsschutzgrenze – gleich. Damit will der DA einen Ausgleich schaffen, der auch Investitionen der Dateninhaber unterhalb der Schwelle des Geistigen Eigentums berücksichtigt, aber nicht jede Investition erfasst. Aufbereitete Daten, die ebenfalls das Ergebnis gewisser Investitionen sind, sind nämlich Gegenstand der Nutzerrechte. Im Nachfolgenden findet eine Bestimmung dieser praktisch relevanten Grenze statt.

B. Die Dateninvestitionsschutzgrenze im Data Act

Der Bezugspunkt der Nutzerrechte im DA lässt sich als Regel-Ausnahme-Verhältnis verstehen. Einerseits weist der DA dem Nutzer von IoT-Produkten weitgehend die Rechte an den in diesem Zusammenhang generierten Daten samt Metadaten zu. Andererseits werden diese Nutzerrechte auf verschiedene Weise begrenzt, was wiederum faktischen Investitionsschutz für Dateninhaber bedeuten kann.

I. Von Nutzerrechten erfasste Daten

1. Rechte an Produktdaten

Art. 3 Abs. 1 DA normiert ein Recht des Nutzers an den „Produktdaten [...] – einschließlich der für die Auslegung und Nutzung erforderlichen relevanten Metadaten“, die ihm bereits *by design* des Produkts zugänglich sind. Adressaten der Norm sind Dateninhaber, die auf das Design Einfluss

4 Vgl. Erwgr. 1, 15 DA; s. dazu ausführlich unten B. II. 2.

nehmen können, also allen voran die Hersteller der IoT-Produkte und Entwickler verbundener Dienste.⁵

Produktdaten werden in Art. 2 Nr. 14 bzw. Nr. 15 DA definiert. Dort finden sich in Nr. 1 und Nr. 2 auch Definitionen von „Daten“ und „Metadaten“. Umfassende ergänzende Erläuterungen finden sich in Erwgr. 15 DA. Zusammengefasst sind Produktdaten digitale Darstellungen, die im direkten oder indirekten Zusammenhang mit der Produktnutzung generiert wurden. Erwgr. 15 DA nennt u.a. „automatisch von Sensoren generierte Daten und Daten, die von eingebetteten Anwendungen aufgezeichnet werden, einschließlich Anwendungen, die den Hardwarestatus und Funktionsstörungen angeben“. Erfasst sind sowohl Roh-, als auch aufbereitete Daten (Erwgr. 15 DA). Rohdaten sind unveränderte Daten, wie sie etwa von einem Bodenfeuchtigkeitssensor bei einer smarten Gartenberechnungsanlage erfasst werden. In dem für IoT-Systeme üblichen Format JSON könnten sie wie folgt aussehen:

```
{  
  "device_id": "soil-sensor-23",  
  "ts": 1716895200000,  
  "val": 42.1  
}
```

Als solche sind sie weitgehend wertlos. Werteeinheiten lassen sich bloß mutmaßen, eine korrekte Interpretation und sinnvolle Weiterverarbeitung sind nicht gewährleistet.

Aufbereitete Daten sind dagegen so bereinigt, dass sie sich weiterverarbeiten lassen. Die Aufbereitung kann zB in der Umrechnung in gebräuchliche Einheiten oder einer semantischen Anreicherung liegen. Die obigen Rohdaten können aufbereitet so aussehen:

5 BeckOK DatenschutzR/Schemmel, 52. Ed. 1.5.2025, DA Art. 3 Rn. 6 ff.

```
{  
  "device_id": "soil-sensor-23",  
  "timestamp": "2024-05-28T12:00:00Z",  
  "soil_moisture": 42.1  
}
```

Dabei wurde das Unix-Timestamp auf das ISO-8601-Zeitformat gebracht und der zweite Wert (42.1) um die Information angereichert, dass es sich um eine Angabe zur Bodenfeuchtigkeit handelt.

Wirklich wertvoll werden aber auch diese Daten erst durch Metadaten, also „eine strukturierte Beschreibung der Inhalte oder der Nutzung von Daten, die das Auffinden eben jener Daten bzw. deren Verwendung erleichtert“ (Art. 2 Nr. 2 DA). Mit Blick auf die Bodenfeuchtigkeitssensordaten könnten folgende Metadaten dazukommen:

```
{  
  "device_id": "soil-sensor-23",  
  "timestamp": "2024-05-28T12:00:00Z",  
  "soil_moisture": 42.1,  
  "unit": "%",  
  "location": {  
    "latitude": 48.1351,  
    "longitude": 11.5820,  
    "altitude_m": 472,  
    "sensor_depth_cm": 15  
  }  
}
```

Hinzu kommen die Informationen, dass die Bodenfeuchtigkeit in Prozent angegeben wird sowie zum Sensorstandort. Angenommen, eine Vielzahl an Sensoren auf dem Rasen des Nutzers würden die Bodenfeuchtigkeit

jede Stunde messen, lässt sich mit den Daten einiges anfangen. Der Nutzer könnte sie an den Hersteller smarterer Mähroboter weitergeben, der sie nutzt, um seine Roboter auf ein bodenschonendes Rasenmähen zu trainieren. Allerdings unterliegt das Datenzugangsrecht des Nutzers nach Art. 3 Abs. 1 DA bereits zwei inhärenten Grenzen, welche dieser Vision entgegenstehen könnten.

Die erste Grenze zieht Art. 3 Abs. 1 DA, der Nutzerrechte auf die für die Auslegung und Nutzung der Produktdaten „erforderlichen relevanten Metadaten“ beschränkt. Bei einem engen Verständnis wären nur Metadaten erfasst, welche für das Auffinden und korrekte maschinelle Interpretieren der einzelnen Produktdaten genügen. Im Beispiel wäre dies nur der Sensorstandort. Auf den ersten Blick geht dies mit dem DA konform, wonach Metadaten einschließlich ihres grundlegenden Kontexts und Zeitstempels erfasst sein sollen (Erwgr. 15 DA).

Erwgr. 15 DA verdeutlicht jedoch an anderen Stellen eine weitergehende Datenzuweisung zum Nutzer.⁶ Dort finden sich Anhaltspunkte zum Telos der Bereitstellung. So sollen Daten zB die Wartung und Reparatur der Produkte erleichtern. Während der Hersteller eines innovativen Produkts wie des genannten Mähroboters mit einem Bruchteil der Metadaten etwas anfangen könnte, können für die Reparatur der Beregnungsanlage alle der oben angeführten und weitere Metadaten potenziell „erforderlich und relevant“ sein. Die Entscheidung über die Datenverwendung ist dem Nutzer zugewiesen (vgl. Erwgr. 30 DA). Demnach bilden diese *potenzielle* Erforderlichkeit und Relevanz für eine Wartung oder Reparatur den Maßstab für die erfassten Metadaten.

Eine umfassende Datenzuweisung zum Nutzer erfolgt aber auch vor dem Hintergrund des weiten Begriffsverständnisses der Produktdaten selbst. So hat der Nutzer nicht nur Rechte an sensorgenerierten Daten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit seiner Nutzung erfasst wurden. Produktdaten sollen gemäß Erwgr. 15 DA auch indirekt durch Nutzerhandlungen generierte Daten „über die Umgebung oder Interaktionen des vernetzten Produkts“ sein. Auch Daten zu eingebetteten Anwendungen, „einschließlich Anwendungen, die den Hardwarestatus und Funktionsstörungen angeben“, sind erfasst, selbst wenn das Produkt im Bereitschaftszustand oder ausgeschaltet ist. Viele Metadaten sind nach dem DA also gleichzeitig Produktdaten. Hinzukommen könnten zudem zB folgende Produktdaten über Interaktionen und eingebettete Anwendungen:

6 Ähnlich Niehaus/Siems ZdiW 2024, 50 (52).

```
{  
  "metrics": {  
    "soil_deficit_pct": 6.5,  
    "recommended_duration_min": 9.75,  
    "recommended_volume_l": 24.4  
  },  
  "daily_statistics": {  
    "date": "2024-06-15",  
    "avg_soil_moisture": 46.2,  
    "total_water_used_l": 150.0  
  }  
}
```

Dieser doppelte Boden schafft eine weitgehend nutzerzentrierte Datenzuweisung. Eine echte inhärente Grenze wird durch das Merkmal der „erforderlichen relevanten Metadaten“ mithin nicht gezogen.

Wirkmächtiger ist auch nicht, dass Dateninhaber ggf. nicht zur Bereitstellung *by design* verpflichtet sind. Dafür spricht ua, dass der subsidiär ausgestaltete Art. 4 Abs. 1 DA sonst obsolet wäre.⁷ Eine Vermeidung des *access by design* kann Vorteile bzgl. des Geheimnisschutzes bieten.⁸ Abgesehen davon stellt der Bezug „auf ohne Weiteres verfügbare Daten“ nach Art. 4 f. DA aber keine echte Begrenzung der erfassten Daten dar.

7 Ebenso BeckOK DatenschutzR/*Schemmel*, 52. Ed. 1.5.2025, DA Art. 3 Rn. 15; s. auch *Grapentin* RDi 2023, 173 (176); für einen Nutzeranspruch dagegen: *Podszun/Pfeifer* GRUR 2022, 953 (959); zur Rechtsnatur auch *Ebner/Wienroeder*, SME-Exemption (Art. 7), Product Design, Service Design, and Informational Duties (Art. 3), in: Hennemann et al., Data Act, 2024, S. 49 (55); *Hennemann/Steinrötter* NJW 2022, 1481 (1483).

8 S. etwa *Schmidt-Kessel* MMR 2024, 75 (80).

2. Rechte an ohne Weiteres verfügbaren Daten

Art. 4 Abs. 1 und 5 Abs. 1 DA sehen hinsichtlich der erfassten Daten einen weitgehenden Gleichlauf zu Art. 3 Abs. 1 DA vor. Auch Erwgr. 15 DA differenziert insoweit nicht. Dass nicht von „erforderlichen *relevanten*“ Metadaten die Rede ist, ist ein redaktionelles Versehen. In der englischen Fassung ist der Wortlaut in allen drei Artikeln derselbe. Der Unterschied zu Art. 3 Abs. 1 DA ist, dass Nutzerrechte nach Art. 4 f. DA nur bestehen, wenn die Daten „ohne Weiteres verfügbar“ sind. Art. 2 Nr. 17 DA spricht insoweit von Daten, „die ein Dateninhaber ohne unverhältnismäßigen Aufwand rechtmäßig von dem vernetzten Produkt [...] erhält oder erhalten kann, wobei über eine einfache Bearbeitung hinausgegangen wird“. Gemeint ist mit dem letzten Halbsatz, dass eine einfache Bearbeitung noch keinen unverhältnismäßigen Aufwand darstellt.⁹

Sinnvoll interpretieren lässt sich der Ausdruck nur vor dem Hintergrund, dass der Dateninhaber als Verpflichteter nach Art. 4 f. DA, anders als bei Art. 3 DA, nicht der Hersteller (oder Entwickler) sein muss. Er ist nur zur Bereitstellung der ihm nach dem Produktdesign mit verhältnismäßigem Aufwand zugänglichen Daten verpflichtet.¹⁰ Der Ausdruck beschränkt damit die Pflicht des Dateninhabers, bereits generierte Daten *zu erlangen*. Er stellt aber keine Grenze für die anschließende *Bereitstellung* der Daten dar. Auch Produktdaten, die der Dateninhaber mit unverhältnismäßig großem Aufwand erlangt hat, muss er dem Nutzer bereitstellen.¹¹

II. Begrenzung der von den Nutzerrechten erfassten Daten

1. Grenzen fernab des faktischen Investitionsschutzes

Der DA begrenzt die Datenzuweisung zum Nutzer auf verschiedene Weise. Art. 1 Abs. 8 DA setzt etwa eine Grenze für Daten, die als Geistiges Eigentum geschützt sind. Eng damit verbunden ist ein Ausschluss für „nicht verwandte Software und Inhalte“ (Erwgr. 16, Art. 1 Abs. 2 lit. a DA). So

⁹ S. BeckOK DatenschutzR/Raue, 52. Ed. 1.5.2025, DA Art. 4 Rn. 17.

¹⁰ Marly/Hartl, SoftwareR-HdB, 8. Aufl. 2024, § 13 Rn. 236; zur Verhältnismäßigkeit s. Niehaus/Siems ZdiW 2024, 50 (53), die allerdings auch die Bereitstellung vom verhältnismäßigen Aufwand abhängig machen.

¹¹ Vgl. BeckOK DatenschutzR/Raue, 52. Ed. 1.5.2025, DA Art. 4 Rn. 90; aA Niehaus/Siems ZdiW 2024, 50 (53).

kann zB das mit einem Smartphone abgespielte Video in Form von Daten gespeichert werden.¹² Auch wenn es sich dann um Produktdaten handelt, werden diese nicht dem Nutzer zugewiesen. Begründet wird das auch mit dem Bezug zu einem anderen Markt als dem für IoT-Daten (Erwgr. 16 DA). Daneben werden Daten von den Nutzerrechten ausgenommen, die im Auftrag Dritter verarbeitet wurden (Erwgr. 16 DA). Weitere Grenzen zieht der DA beim Datenschutz (Art. 1 Abs. 5, Erwgr. 7 DA) und bei der Datenweitergabe an Dritte. Geheimnisschutz rechtfertigt dagegen nur unter strengen Voraussetzungen eine Einschränkung der Nutzerrechte.¹³

2. Ausschluss von gefolgerten und abgeleiteten Informationen als faktischer Investitionsschutz

Der DA sieht keine Pflicht der Dateninhaber vor, Produktdaten zu generieren und zu speichern.¹⁴ Tun sie dies dennoch, werden diese Daten grundsätzlich unabhängig vom Investitionsaufwand dem Nutzer zugewiesen. Lediglich „gefolgerte oder abgeleitete Informationen, die das Ergebnis zusätzlicher Investitionen in die Zuweisung von Werten oder Erkenntnissen aus den Daten sind“ (Erwgr. 15 DA), sind vom Anwendungsbereich ausgenommen.

Die Formulierung wirft diverse Fragen auf: Sowohl bezüglich des Informationsbegriffs als auch, ob es einen Überschneidungsbereich mit den positiv vom DA erfassten Daten gibt und wo genau dieser verläuft.

Informationen und Daten sind nicht gleichzusetzen. Letztere können digitale Zeichendarstellungen (Kodierungen) von Nachrichten sein, die durch Interpretation zu semantischen Informationen werden.¹⁵ Die Kodierung als solche, also das Datum, kann man wiederum als syntaktische Information bezeichnen.¹⁶ Die Rechte im DA knüpfen nur an die syntaktische Information an. Die semantische Information bleibt gemeinfrei. Würde sich der Ausschluss auf semantische Informationen beziehen, wäre die Aussage,

12 Ebenso BeckOK DatenschutzR/Veil, 52. Ed. 1.2.2025, DA Art. 1 Rn. 334.

13 Vgl. Art. 4 Abs. 7, 8 sowie Art. 5 Abs. 9, 10 DA.

14 Specht/Hennemann/Deternmann, Data Act/Data Governance Act, 2. Aufl. 2025, DA Art. 3 Rn. 54; Niehaus/Siems ZdiW 2024, 50 (52); vgl. auch Erwgr. 20 DA.

15 Ausf. Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, insb. S. 37 ff.; an dieses Verständnis knüpft auch Art. 2 Nr. 1 DA an.

16 Zech, Information, 2012, insb. S. 56; s. auch Carstensen u.a., Computerlinguistik, 2010, S. 533.

dass gefolgerte und abgeleitete Informationen nicht in den Anwendungsbereich des DA fallen, Makulatur. Gemeint sein kann daher nur, dass auch die digitale Darstellung dieser Informationen als Daten nicht vom Anwendungsbereich erfasst sein soll, wie es an anderer Stelle in Erwgr. 15 DA auch verdeutlicht wird, wo dann richtigerweise auch von „Daten“ die Rede ist.¹⁷

Der DA differenziert nicht weiter zwischen abgeleiteten und gefolgerten Daten. In beiden Fällen geht es um Daten, die neue Werte oder Erkenntnisse liefern. Außerhalb des DA findet zum Teil eine Differenzierung anhand der Verarbeitungsmethode statt.¹⁸ Für den DA bietet dies aufgrund der Gleichbehandlung keinen Mehrwert, weshalb im Folgenden nur noch von abgeleiteten Daten gesprochen wird.

Wie stehen abgeleitete Daten zu den vom DA erfassten Produkt- und Metadaten? Bei Rohdaten handelt es sich mangels Verarbeitung nie um abgeleitete Daten. Auch aufbereitete Daten sollen keine abgeleiteten Daten sein.¹⁹ Verarbeitungen zur Bereinigung oder Transformation der Daten, die der einfacheren Weiterverarbeitung und Auffindbarkeit dienen, ändern nichts an der Nutzerzuweisung, selbst dann, wenn es um Daten einer Gruppe verbundener Sensoren geht (vgl. Erwgr. 15 DA). Insofern führen selbst wesentliche Investitionen des Dateninhabers nicht zu einem Ausschluss aus dem Anwendungsbereich, der einem faktischen Investitionsschutz gleichkäme. Der DA verdeutlicht aber an dieser Stelle in Erwgr. 15 auch, dass es bei der Aufbereitung insb. um die Umrechnung physikalischer Größen geht.

Bei Metadaten und nicht-sensorgenerierten Produktdaten wird die Abgrenzung schwieriger. So sind zB die obigen Daten zum Bodenfeuchtigkeitsdefizit oder der empfohlenen Berechnungsdauer Produktdaten. Selbst die Angabe der durchschnittlichen Bodenfeuchtigkeit am 15.6.2024 wäre ein Produktdatum, wenn sie durch eine eingebettete Anwendung gewonnen wurde. Diese Daten sind das Ergebnis eines Verarbeitungsschrittes, der zu einem neuen Wert oder Erkenntnissen führt und über eine Aufbereitung hinausgeht. Damit sind sie strenggenommen abgeleitet. Der Ausschluss präzisiert mithin den Begriff der vom DA erfassten Produktdaten. Dass

17 Erwgr. 15 DA: „[S]omit sollten Dateninhaber bei *diesen Daten* auch nicht dazu verpflichtet sein, sie einem Nutzer oder Datenempfänger bereitzustellen [...]“ (Kursivierung durch die Verf.).

18 S. zB OECD, Enhancing Access to and Sharing of Data, 2019, S. 30, <<https://doi.org/10.1787/276aaca8-en>>.

19 Vgl. noch 2022/0047(COD) – ST-15035–2022-INIT, S. II.

er nur in den Erwägungsgründen Ausdruck findet, steht dieser Annahme nicht entgegen.²⁰

Fraglich ist aber, ob der DA tatsächlich alle abgeleiteten Daten vom Anwendungsbereich ausschließt. Die Komplexität der Verarbeitungsschritte variiert stark: Das Datum zum Bodenfeuchtigkeitsdefizit ist bloß das Ergebnis eines Soll-Ist-Abgleichs. Ähnlich wenig Rechenaufwand steckt hinter der Durchschnittsfeuchtigkeit. Für die empfohlene Berechnungsdauer könnte aber ein deutlich aufwändigerer Rechenprozess erforderlich sein, der etwa Verdunstungsprozesse berücksichtigt.

Nimmt man Erwgr. 15 DA wörtlich, kann auch die simple Berechnung des Bodenfeuchtigkeitsdefizits als Ergebnis einer zusätzlichen Investition in eine Verarbeitung verstanden werden. Eine „wesentliche“ Investition wird nicht gefordert. Erwgr. 15 DA bezieht sich im Weiteren jedoch insbesondere auf Ableitungen mittels „komplexer proprietärer Algorithmen“. Als Beispiel wird die Sensorfusion genannt, bei der die Ableitung aus Daten von mehreren Sensoren in einem Produkt mittels solcher Algorithmen erfolgt, die Rechten des Geistigen Eigentums unterliegen können. Das gewählte Beispiel lässt vermuten, dass erst bei bestimmten Investitionen ein abgeleitetes Datum vorliegen soll. Auch in ihren FAQ zum DA beschreibt die Kommission abgeleitete Daten als „*highly enriched*“.²¹

Die Dokumente zum gesetzgeberischen Verfahren sind insoweit wenig aufschlussreich. Ersichtlich wird lediglich, dass der LIBE-Ausschuss vorgeschlagen hatte, aus personenbezogenen Daten abgeleitete Daten dem Nutzer zuzuweisen.²² Die Ratspräsidentschaft hatte sich dagegen mit ihrem Ansatz durchgesetzt, abgeleitete Daten auszuschließen.²³ Dies ist vor dem Hintergrund des geltenden Datenschutzrechts auch konsequent.²⁴

Auch systematisch ergibt sich eine Tendenz, nicht jedes abgeleitete Datum von den Nutzerrechten auszuschließen. So liegt dem DA ein an vielen Stellen angesprochener Interessenausgleich zugrunde: Nutzer und Allgemeinheit versus Dateninhaber.

Gerechtfertigt werden die Nutzerrechte im DA mit der Mitwirkung des Nutzers an der Datengenerierung (Erwgr. 6, 15 DA). Zudem wird für die

20 Zur Bedeutung von Erwägungsgründen für die Auslegung: Stotz, Die Rechtsprechung des EuGH, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, S. 653 (662 f.) mwN.

21 European Commission, FAQ, Data Act, 3 February 2025, Version 1.2, S. 6.

22 LIBE PE737.389 S. 3, II, 13.

23 ST-15035–2022-INIT_en, S. II.

24 S. hierzu C.

Nutzerrechte angeführt, dass er die Daten anderen zugänglich machen würde (vgl. etwa Erwgr. 5 f.).²⁵ Dies fördere Wettbewerb und Innovation (vgl. Erwgr. 1, 15, 20, DA). Zudem seien die Daten für die Wartung und Reparatur der betroffenen Produkte wichtig und würden damit Gemeinwohlzielen wie Umweltschutz, Gesundheit und Kreislaufwirtschaft dienen (Erwgr. 15 DA).

Gegen Nutzerrechte werden Interessen der Dateninhaber angeführt. Dabei bedeutet ihr Fehlen nicht etwa, dass dem Dateninhaber ein Datenrecht zugewiesen würde. Die Daten bleiben rechtlich gemeinfrei, soweit sie nicht dem Nutzer zugewiesen sind oder schon Rechte des Geistigen Eigentums bestehen.²⁶ Dennoch stellt der DA nicht auf die Gemeinfreiheit als Gemeinwohlziel ab, denn anders als bei anderen gemeinfreien Immaterialgütern sichern sich Dateninhaber mit technischen Mitteln die eigene exklusive Nutzung (vgl. Erwgr. 3 DA). Damit steht die Begrenzung der Nutzerrechte einer faktischen Zuweisung zum Dateninhaber gleich. Das hat der Gesetzgeber offenbar bewusst wahrgenommen. Für die Position des Dateninhabers wird angeführt, dass er ebenfalls an der Datengenerierung beteiligt sei (Erwgr. 6 DA) und ein Interesse daran bestehe, dass er weiter in (innovative) IoT-Produkte investiert (Erwgr. 30 DA a.E.). Letzteres sichert wiederum die Gemeinwohlziele ab, die durch Nutzerrechte erreicht werden sollen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich auch der Ausschluss von abgeleiteten Daten als Ergebnis zusätzlicher Investitionen besser einordnen. Für einen weiten Ausschluss spricht, dass sich selbst bei Daten, die das Ergebnis einfacher Verarbeitungen und damit geringer Investitionen sind, eine Nutzerzuweisung nicht mit dessen Mitwirkung rechtfertigen lässt. Stattdessen nimmt der Dateninhaber durch seine Investition eine eigene Wertschöpfung vor,²⁷ weshalb ihm der faktisch exklusive Zugriff erhalten bleibt. Dies könnte auch Investitionen in IoT-Produkte insgesamt fördern, während ein eng verstandener Ausschluss das Risiko bergen kann, dass weniger in solche investiert wird. Relevant ist insoweit, dass Art. 4 Abs. 13 DA die Nutzung von in den Anwendungsbereich fallenden Daten durch den Dateninhaber (was auch die Ableitung selbst umfasst) von einem Vertrag mit

25 Becker RD i 2024, 615, Rn. 61 ff., 70, 82; Metzger/Schweitzer ZEuP 2023, 42 (50, 54); zur Rechtslage vor Inkrafttreten des DA: Podszun/Pfeifer GRUR 2022, 953 (953 f.); Wiebe GRUR 2023, 227 (227 f.).

26 Becker RD i 2024, 615, Rn. 88 ff.; Podszun/Pfeifer GRUR 2022, 953 (955).

27 Hennemann/Steinrötter NJW 2024, 1 (3); zustimmend BeckOK DatenschutzR/Veil, 52. Ed. 1.2.2025, DA Art. 1 Rn. 331.

dem Nutzer abhängig macht. Allerdings verdeutlicht Erwgr. 25 DA auch, dass ein solcher Vertrag zusammen mit dem Vertrag über das vernetzte Produkt verbunden werden kann. In den allermeisten Fällen dürfte eine Nutzung daher vereinbart werden können. Bereits diese Aussicht dürfte für den Dateninhaber einen Anreiz darstellen, bestimmte Daten zu generieren. Entscheidend ist, welche Relevanz es für ihn hat, dass er die Daten faktisch exklusiv nutzen darf, weil sie aus dem DA ausgeschlossen sind.

Für einen engeren Ausschluss spricht, dass auch andere Grenzen im DA eher restriktiv gehandhabt werden. Der Geheimnisschutz führt sogar nur im Ausnahmefall zu einer echten Begrenzung der Datenbereitstellung an den Nutzer (vgl. Art. 4 Abs. 8 DA). Noch markanter ist, dass Rechte des Geistigen Eigentums zwar grundsätzlich eine Grenze darstellen, nach Art. 43 DA für das Datenbankherstellerrecht aber eine Ausnahme formuliert wird.²⁸ Dabei stellt gerade dieses auf Investitionsschutz im Zusammenhang mit Daten ab.²⁹ Der Gesetzgeber hat jedoch das Risiko gesehen, dass das Datenbankherstellerrecht zur Behinderung der Nutzerrechte missbraucht werden könnte (vgl. Erwgr. 112 DA). Dies spricht dafür, dass Datenverarbeitungen zur Umgehung von Nutzerrechten nicht dem Ausschluss für abgeleitete Daten unterfallen. Würde der Dateninhaber zB alle Produktdaten mit dem Faktor 2 multiplizieren, sind die Ergebnisse keine abgeleiteten Daten iSd Erwgr. 15 DA.³⁰ Es liegt nahe, von Art. 43 DA aber auch darauf zu schließen, dass nicht jede Investition des Dateninhabers in die Verarbeitung die Rechtfertigung der Nutzerzuweisung entfallen lässt. Dazu passt auch, dass die verfolgten Gemeinwohlziele besser erreicht werden können, umso mehr Daten dem Nutzer zugewiesen werden.

Die stärkeren Argumente im DA sprechen also dafür, nicht alle abgeleiteten Daten aus dem Anwendungsbereich auszuschließen. Welche ausgeschlossen sind und welche Investitionen des Dateninhabers damit faktisch geschützt werden, beantwortet der DA hingegen nicht ausdrücklich.

C. Faktischer Investitionsschutz im sonstigen Datenrecht

Anhaltspunkte dafür, wie die Investitionsschutzgrenze im DA abschließend gezogen werden kann, könnten sich jedoch in anderen europäischen Da-

28 Dazu ausf. *Schreiber/Pommerening/Schoel*, Der neue DA, 2. Aufl. 2024, § 4 Rn. 119 ff.

29 S. dazu D. I.

30 Vgl. noch ST-15035–2022-INIT_en, S. 11 „substantial modification“.

tenrechtsakten finden und ggf. bei der Auslegung des DA berücksichtigt werden. Der Begriff abgeleiteter oder gefolgterter Informationen bzw. Daten taucht in diesen jedoch nur vereinzelt auf. So stellt etwa Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 DMA klar, dass die nicht öffentlich zugänglichen Daten gewerblicher Nutzer auch abgeleitete Daten umfassen. Für den DA bringt diese Passage keinen Mehrwert. Aufschlussreicher ist die DSGVO. Hier wird in Erwgr. 35 klargestellt, dass zu personenbezogenen Gesundheitsdaten auch aus körperlichen Untersuchungen oder Substanzen abgeleitete Informationen gehören. Verallgemeinert kann es sich bei allen aus personenbezogenen Daten abgeleiteten Daten um solche handeln, die dem Auskunftsrecht nach Art. 15 DSGVO unterliegen.³¹ Abgeleitete Daten sollen dagegen mangels *Bereitstellung* durch den Betroffenen nicht dem Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DSGVO unterliegen,³² zB Creditscores oder Profilingdaten.³³ Art. 20 DSGVO greift sogar durchaus einen auch im DA angelegten Wettbewerbsgedanken auf.³⁴ Eine parallele Wertung erscheint denkbar. Der genaue Ausschlussumfang ist jedoch hoch umstritten und bisher nicht höchstrichterlich geklärt.³⁵ Die DSGVO bietet damit sogar weniger Anhaltspunkte als der DA. Über diese Regelung hinaus ist nicht ersichtlich, dass faktischer Investitionsschutz auf europäischer Ebene als Begründung für den Ausschluss von Datenrechten angeführt wird.

D. Immaterialgüterrechtliche Theorien – im Datenrecht?

Das Vorstehende zeigt, dass das sonstige europäische Datenrecht keine abschließende Bestimmung des Ausschlusses für „abgeleitete Daten“ ermöglicht. Eine systematische Annäherung erlauben aber ggf. die Begründungstheorien für Immaterialgüterrechte. Dieser Ansatz stützt sich darauf, dass Daten mit Immaterialgütern, die als Geistiges Eigentum geschützt

31 S. etwa The European Data Protection Board, Guidelines 01/2022 on data subject rights – Right of access, Version 2.1, Adopted on 28 March 2023, S. 33.

32 S. *Article 29 Working Party*, Guidelines on the right to data portability, WP 242 rev.01, 5.4.2017, S. 10 f.

33 BeckOK DatenschutzR/von Lewinski, 52. Ed. 1.5.2025, DSGVO Art. 20 Rn. 47.

34 BeckOK DatenschutzR/von Lewinski, 52. Ed. 1.5.2025, DSGVO Art. 20 Rn. 9 ff.

35 S. etwa Strubel ZD 2017, 355 (357 ff.), der sich für eine „service-spezifische“ Auslegung ausspricht; s. auch BeckOK DatenschutzR/von Lewinski, 52. Ed. 1.5.2025, DSGVO Art. 20 Rn. 40 mwN; BeckOK IT-Recht/Steinrötter, 18. Ed. 1.1.2023, DS-GVO Art. 20 Rn. 18 ff. mwN; Kühling/Buchner/Herbst, 4. Aufl. 2024, DSGVO Art. 20 Rn. 11.

sind, zunächst einmal elementare Gemeinsamkeiten aufweisen: Beide sind ubiquitär und nicht rivalisierend.³⁶ Sowohl für die Gewährung der Nutzerrechte als auch für den faktischen Investitionsschutz der Dateninhaber lässt sich daher unter Umständen eine Parallele zur Rechtfertigung Geistigen Eigentums ziehen, die aufschlussreich für die Bestimmung der Dateninvestitionsschutzgrenze sein kann. Voraussetzung ist jeweils eine hinreichende Vergleichbarkeit mit dem Immaterialgüterrecht, was einer differenzierten Betrachtung bedarf.

I. Darstellung der Begründungstheorien

Die Frage nach dem Schutz innovativer Ideen reicht weit in die prädigitale Zeit zurück. Mittelalterliche Privilegien stellten einen Vorläufer des Patent- und Urheberrechtes dar.³⁷ Die aufgeklärte Gesellschaft nahm Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund von willkürlichen Privilegien nicht länger hin und forderte Kriterien für die Gewährung der Rechte des Geistigen Eigentums.³⁸ Immaterialgüterrechte haben Privilegien aber nicht geräuschlos abgelöst:³⁹ Diese Rechte bedurften wegen ihrer Ubiquität und Nichtrivalität besonderer Rechtfertigung.⁴⁰ Immaterialgüterrechte stellten ein Novum dar, da das römische Recht nur das Sacheigentum kannte.⁴¹ Letztendlich hat sich ein privatrechtliches Schutzkonzept durchgesetzt,

36 Für Daten: *Becker* RD 2024, 615, Rn. 88; *Metzger/Schweitzer* ZEuP 2023, 42 (50); *Schweitzer* GRUR 2019, 569 (570); *Drexler et. al.*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), Rn. 6.

37 Vgl. *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 10. Aufl. 2014, § 2 Rn. 14.

38 *Götting*, 10. Aufl. 2014, § 2 Rn. 18; *Klippel* ZGE 2015, 49 (57 f.).

39 Vgl. *Eisfeld*, Der Gegensatz von naturrechtlichem und historischen Denken in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts am Beispiel des Geistigen Eigentums, in: *Pahlow/Eisfeld*, FS Klippel, 2008, S. 52 (68 ff.); *Klippel* ZGE 2015, 49 (49 ff.).

40 *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, Nachdruck 2013, S. 528; *Haedicke*, Patentrecht, 7. Aufl. 2025, Kap. 1, Rn. 3; *Metzger*, Patentrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 7; *Ohly*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit: Forschungsperspektiven, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, S. 1 (3); *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 109.

41 Vgl. *Bydlinski*, Nachdruck 2013, S. 516, 518; *Klippel* ZGE 2015, 49 (69); *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2021, Rn. 106.

welches die Rechte des Geistigen Eigentums als Nutzungs- und Ausschließlichkeitsrechte anerkennt, sofern die Schutzvoraussetzungen erfüllt sind.⁴²

Das Recht des Geistigen Eigentum erfüllt mit dem Ausgleich widerstrebender Interessen eine Kernaufgabe des Rechts.⁴³ So gewährt zB das Patent das ausschließliche Nutzungsrecht, obwohl es sich ggf. um eine lebenswichtige Erfindung handelt.⁴⁴ Der Patentinhaber will diese Monopolstellung möglichst lange innehaben.⁴⁵ Damit kollidiert das Allgemeininteresse, Technologien umfassend und günstig zu nutzen, wobei berücksichtigt werden muss, dass es solche Neuheiten eher gibt, wenn das Recht Investitionsschutz gewährleistet.⁴⁶

Verschiedene Theorien rechtfertigen Immaterialgüterrechte, wobei keine von ihnen aufgrund empirischer Erkenntnisse uneingeschränkt Geltung beansprucht.⁴⁷ Zunächst ist die Eigentumstheorie zu nennen, die am stärksten mit der naturrechtlichen Idee des Geistigen Eigentums verknüpft ist: Demjenigen, der etwas aus dem Nichts schafft, sollen alle Rechte an der Schöpfung zustehen.⁴⁸ Dies ist ein Wesensmerkmal der Immaterialgüterrechte, die eine irgendwie geartete Leistung schützen.⁴⁹ Nach der im Patentrecht herangezogenen Vertrags- bzw. Offenbarungstheorie stellt ein Schutzrecht eine Gegenleistung dafür da, dass jemand sein Wissen mit der Allgemeinheit teilt.⁵⁰ Die veröffentlichten Informationen stehen dann zur Verfügung, um darauf aufbauende Erkenntnisse zu gewinnen. Ein weiterer theoretischer Ansatz ist die Belohnungstheorie. Danach stellt das Schutzrecht eine Belohnung für denjenigen dar, der im gesamtgesellschaftlichen

42 Vgl. Bydlinski, Nachdruck 2013, S. 516, 526 ff.; Götting/Hofmann/Zech, Gewerblicher Rechtsschutz, 12. Aufl. 2024, § 1 Rn. 7, 10 ff.; Haedicke, 2025, Kap. 1, Rn. 22; zur historischen Entwicklung: Klippel ZGE 2015, 49 (60 f., 65).

43 Vgl. Götting/Hofmann/Zech, 12. Aufl. 2024, § 1 Rn. 16; Ohly ZGE 2010, 365 (373).

44 Bartels ZGE 2019, 1 (12 f.); Haedicke, 2025, Kap. 1, Rn. 2; vgl. auch: Peukert, 2008, S. III mwN; für das Urheberrecht: Schack, 2021, Rn. 23.

45 Haedicke, 2025, Kap. 1, Rn. 3.

46 Haedicke, 2025, Kap. 1, Rn. 7–9; vgl. auch Bydlinski, Nachdruck 2013, S. 530 f.

47 Bartels ZGE 2019, 1 (7, 11 ff.); Haedicke, 2025, Kap. 1, Rn. 17; Metzger, 2023, Rn. 7, 23 f.; Ohly, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, S. 1 (2); s. zur ökonomischen Betrachtung des Patentrechts grundlegend: Machlup GRUR Ausl 1961, 373.

48 Bydlinski, Nachdruck 2013, S. 526 f.; Eisfeld, in: FS Klippel, 2008, S. 52 (58 f.) mwN; Klippel ZGE 2015, 49 (60); vgl. auch BGH GRUR 1955, 492 (496).

49 Götting/Hofmann/Zech, 12. Aufl. 2024, § 5 Rn. 23 ff.

50 Haedicke, 2025, Kap. 1, Rn. 14; Metzger, 2023, Rn. 4.

Interesse zum technischen oder ideellen Fortschritt beiträgt.⁵¹ Abschließend ist die Anspornungstheorie zu nennen, die unterstellt, dass allein die Aussicht auf gewinnbringende Verwertung einen Anreiz bietet, in Forschung und Entwicklung bzw. kreative Schaffensprozesse zu investieren.⁵² Dieser Rechtfertigungsansatz ist am stärksten ökonomisch getrieben.⁵³

II. Übertragung auf die Investitionsschutzgrenze

Der Gedanke der Eigentumstheorie, dass wer „etwas Neues“ erschafft, Zuordnungssubjekt wird, lässt sich teilweise in den Nutzerrechten des DA erkennen. Der Nutzer nutzt das Produkt und generiert dabei Rohdaten, die die Nutzung digital abbilden.⁵⁴ Deshalb ist es konsequent, dass der DA dem Nutzer diesbezüglich Rechte einräumt. Dies rechtfertigt auch die Schlüsselrolle, die Art. 4 Abs. 13 DA dem Nutzer gibt.⁵⁵ Dasselbe Argument ließe sich allerdings auch für den Dateninhaber anführen, der an der Generierung von Rohdaten durch die Produktarchitektur ebenfalls mitwirkt. Dass der Nutzer zudem Zugang zu aufbereiteten Daten erhält, vermag die Eigentumstheorie nicht zu erklären.⁵⁶ Hinsichtlich des in Erwgr. 15 DA genannten Ausschlusses würde der Gedanke der Eigentumstheorie alle abgeleiteten Daten der Sphäre des Dateninhabers zuweisen: Es ist der Dateninhaber, der durch die Ableitung neue Daten schafft, sodass ein Zugriffsrecht des Nutzers grds. ausscheiden müsste.

Die Vertrags- bzw. Offenbarungstheorie lässt sich dagegen zugunsten eines engen Ausschlusses fruchtbar machen, da eher beim Nutzer die Hoffnung besteht, dass er Daten mit der Allgemeinheit teilt. Es ist dagegen nicht ersichtlich, weshalb *per se* eine Belohnung des Dateninhabers oder

51 Vgl. Badura, Privatnützigkeit und Sozialbindung des geistigen Eigentums, in: Ohly/Klippel, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, S. 45 (52); Haedicke, 2025, Kap. 1, Rn. 14; Metzger, 2023, Rn. 6; Schack, 2021, Rn. 544.

52 Badura, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, S. 45 (52); Bydlinski, Nachdruck 2013, S. 530; Haedicke, 2025, Kap. 1, Rn. 14; Metzger, 2023, Rn. 5; Schack, 2021, Rn. 544.

53 Bartels ZGE 2019, 1 (7 f.); Metzger, 2023, Rn. 5; Ohly, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, S. 1 (3).

54 S. auch: Funk CR 2023, 421, Rn. 25, der das Produkt als „Erzeuger“ ansieht.

55 Becker RD i 2024, 615, Rn. 40; McGuire/Schulte-Nölke ZdiW 2024, 73 (74 f.); Podszun/Pfeifer GRUR 2022, 953 (960 f.); Schmidt-Kessel MMR 2024, 75.

56 Vgl. auch Becker RD i 2024, 615, Rn. 23; Drexel et al., Position Statement, 2022, Rn. 23, 28.

Nutzers erfolgen sollte. Das bloße Erzeugen, Aufbereiten oder Weiterverarbeiten von Daten stellt für sich genommen keine schutzwürdige Leistung dar.⁵⁷ Dieser Vorgang ist kein Selbstzweck, sondern es kommt für die Wertschöpfung entscheidend darauf an, wie und wozu Daten genutzt werden.⁵⁸ Eine Belohnung ist deshalb allenfalls dort angezeigt, wo irgendwie geartete Mehrwerte entstehen.

Hinsichtlich der Anspornungstheorie ist fraglich, ob sie sich auf Daten übertragen lässt. Wäre es zutreffend, dass Hersteller smarter Produkte Daten nur erheben, weil sie bis dato weitgehend exklusiven Zugriff auf die Daten hatten, würden Hersteller hiervon, soweit der Ausschluss nach Erwgr. 15 DA reicht, zukünftig Abstand nehmen und der DA würde sich selbst seiner Anwendungsfälle entledigen. Dieses Szenario wird aber ein hypothetisches bleiben. Dies gilt, obwohl Art. 4 Abs. 13 DA die Nutzung einschließlich der Ableitung von in den Anwendungsbereich fallenden Daten durch den Dateninhaber von einem Vertrag mit dem Nutzer abhängig macht. Dieser wird nämlich i.d.R. mit dem Vertrag über das vernetzte Produkt verbunden werden (vgl. Erwgr. 25 DA). Bereits diese Aussicht dürfte für den Dateninhaber einen Anreiz darstellen, Daten zu generieren, was Investitionen in IoT-Produkte insgesamt fördert. Außerdem bietet der Umstand, dass er dann als erster über die Daten verfügt, Wettbewerbsvorteile.⁵⁹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass er die Investitionskosten auch über die Vertriebskette amortisieren kann.

III. Erkenntnisgewinn für die Investitionsschutzgrenze

Es zeigt sich, dass die Begründungstheorien des Geistigen Eigentums für den Ausschluss nach Erwgr. 15 DA ein widersprüchliches Bild liefern. Ihre Übertragbarkeit muss zudem schon deshalb in Frage gestellt werden, weil die Gewährung eines absoluten Rechts einem anderen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt ist als die Gewährung der begrenzten Nutzerrechte nach dem DA oder die Aufrechterhaltung einer faktischen Herrschaftsposition für Dateninhaber. Die Nutzerrechte nach dem DA lassen sich daran anknüpfend auch nicht vollends mit der Zugangsgewährung zu Immaterialgü-

57 Vgl. *Becker* ZGE 2017, 253 (256); *Funk* CR 2023, 421, Rn. 23 f.

58 Vgl. *Schweitzer* GRUR 2019, 569 (569 f.).

59 S. *Wunner* ZUM 2024, 424 (428 f., 433 f.), die Zugriffsrechte an abgeleiteten Daten gegen Entgelt zur Diskussion stellt.

terrechten durch zB Kontrahierungszwang vergleichen. Im Recht des Geistigen Eigentums sind Zugangsrechte Ausnahmen gegenüber den Schutzwirkungen,⁶⁰ wohingegen der DA dem Nutzer Rechte an lediglich faktisch exklusiv gesicherten Daten zuweist.

Die Generierung von Daten – selbst von abgeleiteten Daten – lässt in den meisten Fällen zudem bereits eine geistige Leistung vermissen, die mit der im Immaterialgüterrecht angesetzten Erfindungs-⁶¹ bzw. Gestaltungshöhe⁶² vergleichbar ist. Nichtsdestotrotz sind Investitionen erforderlich, um Daten überhaupt zu generieren und zu speichern.⁶³ Am ehesten lässt sich für die Position des Dateninhabers daher noch ein Vergleich mit der Gewährung von bestimmten Leistungsschutzrechten anstellen, die wie das Datenbankherstellerrrecht an Investitionen anknüpfen, insoweit dann aber auch nicht jede Investition ausreichen lassen, sondern eine Wesentlichkeit derselben erfordern.⁶⁴

E. Stellungnahme

Aus dem DA folgt eine sehr weitgehende Nutzerzuweisung der Produktdaten. Wie genau diese Zuweisung durch den Ausschluss für abgeleitete Daten nach Erwgr. 15 DA begrenzt wird, beantwortet der DA dagegen nicht ausdrücklich. Die Auslegung des DA spricht jedoch dafür, dass nicht alle abgeleiteten Daten aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen werden. Auch das übrige Datenrecht und die immaterialgüterrechtlichen Begründungstheorien stützen die These, dass der Ausschluss enger zu verstehen ist, als der Wortlaut des Erwgr. 15 DA vermuten lässt. Gerade der Vergleich mit dem Investitionsschutz durch Leistungsschutzrechte wie das Datenbankherstellerrrecht legt insofern nahe, dass der Ausschluss im Ergebnis eine gewisse Wesentlichkeit der Investitionsleistung des Dateninhabers erfordert.

Gestützt wird dies vor allem dadurch, dass Art. 43 DA das Datenbankherstellerrrecht als Grenze der Nutzerrechte ausschließt, obwohl dies seiner-

60 Godt ZGE 2014, 279 (295 f.).

61 Götting/Hofmann/Zech, 12. Aufl. 2024, § 5 Rn. 272.

62 Vgl. Schack, 2021, Rn. 186, 306 ff.

63 Schweitzer GRUR 2019, 569 (570 f.).

64 Vgl. Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 96/9/EG, der eine „für die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung ihres Inhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition“ fordert; dazu statt vieler Hoeren/Sieber/Holzsnagel/Antoine, MMR-HdB, 62. EL Juni 2024, Teil 7.6 Rn. 16 ff.

seits schon eine wesentliche Investition erfordert. Der Ausschluss nach Erwgr. 15 DA sollte unseres Erachtens daher nur solche Daten erfassen, die das Ergebnis einer Ableitung sind, die der Nutzer allein aus den sonstigen Produktdaten nicht hätte vornehmen können. Nur eine solche, in qualitativer Hinsicht wesentliche Investition rechtfertigt den Ausschluss, denn bei solchen Daten kann davon ausgegangen werden, dass eine Zuweisung an den Nutzer nicht mehr mit einer im DA angelegten Begründung für Nutzerrechte gerechtfertigt werden kann. Insoweit ist daher dem Dateninhaber faktischer Investitionsschutz zu gewähren.

Aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen sind daher auf jeden Fall sog. aggregierte Daten, die das Ergebnis der Verarbeitung von Produktdaten verschiedener IoT-Produkte sind. Hier besteht schon offensichtlich kein ausschließlicher Bezug mehr zum Produkt des Nutzers.⁶⁵ Ebenso ausgeschlossen sind die vom DA selbst als Beispiel genannten abgeleiteten Daten, die das Ergebnis einer Sensorfusion mittels eines komplexen proprietären Algorithmus sind. Ausgeschlossen sind aber auch alle sonstigen Daten, die das Ergebnis einer Verarbeitung durch den Dateninhaber sind, die selbst ein datenverarbeitungsversierter Nutzer mangels zur Verfügung stehender Informationen nicht hätte vornehmen können. Hinsichtlich der oben genannten Datenbeispiele wäre etwa das Datum zur empfohlenen Beregnungsdauer ausgeschlossen, wenn der Verarbeitungsvorgang auf eigenen Erkenntnissen oder Erfahrungswerten des Dateninhabers zu Verdunstungsprozessen beruht. Gegebenenfalls könnte auch das Datum zum Bodenfeuchtigkeitsdefizit vom Ausschluss erfasst sein, wenn der zugrunde liegende Sollwert nicht zu den sonstigen Produktdaten gehört bzw. nicht vom Nutzer selbst festgelegt wurde. In diesen Fällen würden die Investitionen des Dateninhabers demnach faktisch durch den Ausschluss geschützt. Das abgeleitete Datum zur Durchschnittsfeuchtigkeit würde hingegen in den Anwendungsbereich fallen, da es das Ergebnis einer Verarbeitung ist, die der Nutzer mit den ihm zur Verfügung stehenden nicht-abgeleiteten Daten selbst hätte vornehmen können.

65 Schweitzer GRUR 2019, 569 (571); Wiebe GRUR 2023, 227 (228).

Rechtsdurchsetzung und Innovation

Private Enforcement als Innovationshemmnis?

Pascal T. Sierek*

A. Einleitung

Die Europäische Union hat den digitalen Binnenmarkt weitreichend reguliert. Rechtsakte wie die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO),¹ Plattform-to-Business Verordnung (P2B-VO),² der Digital Services Act (DSA),³ Digital Markets Act (DMA),⁴ Data Act (DA),⁵ Data Governance Act (DGA)⁶ oder die Verordnung über Künstliche Intelligenz (KI-VO)⁷ formen den Rahmen der europäischen Digitalwirtschaft. Angesichts dieser engmaschigen Regulierung stellt sich die Frage: Wer setzt sie durch?

Ersichtlich haben die vorgenannten Digitalverordnungen – mit Ausnahme der P2B-VO – einen öffentlich-rechtlichen Charakter. Behörden wachen über ihre Einhaltung (vgl. Art. 51 DSGVO, Art. 49 DSA, Art. 20 DMA, Art. 37 DA, Art. 13 DGA, Art. 70 KI-VO) und können bei Verstößen Sanktionen verhängen (public enforcement).⁸

Daneben ist es denkbar, dass die Verordnungen eine Doppelnatur aufweisen und ihre Adressaten bei Verstößen auch durch Private „sanktioniert“ werden können, insbesondere im Wege von Schadensersatzansprüchen (private enforcement⁹).¹⁰ Der EuGH hat mit Verweis auf den Effekti-

* Dr., wissenschaftlicher Referent und Habilitand am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

1 VO (EU) 2016/679, ABl. 2016 L 119, 1.

2 VO (EU) 2019/1150, ABl. 2019 L 186, 57.

3 VO (EU) 2022/2065, ABl. 2022 L 277, 1.

4 VO (EU) 2022/1925, ABl. 2022 L 265, 1.

5 VO (EU) 2023/2854, ABl. 2023 L 2023/2854.

6 VO (EU) 2022/868, ABl. 2022 L 152, 1.

7 VO (EU) 2024/1689, ABl. 2024 L 2024/1689.

8 *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (941); für den DSA *Buchhheim/Schrenk* NVwZ 2024, 1 (5).

9 Zum Begriff *Bauermeister*, Die private Rechtsdurchsetzung des DMA – Vorgaben und Forderungen des Unionsrechts, in: Becker, Wettbewerb auf digitalen Märkten, 2025, S. 357 (360 f.).

10 Neben Ansprüchen auf Schadensersatz sind auch andere Sanktionen denkbar, wie die Unwirksamkeit eines Vertrags, (vgl. EuGH NJW-RR 2023, 557 (Rn. 86 f.) – K. D./Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S. A.) oder Unterlassungsansprüche.

vitätsgrundsatz in anderen Rechtsgebieten bereits wiederholt entschieden, dass die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sind, parallel zur behördlichen Überwachung privatrechtliche Sanktionsmechanismen vorzusehen.¹¹

Der vorliegende Beitrag wird zunächst eine ökonomische Perspektive auf das private enforcement einnehmen und insbesondere auf die Risiken eines weitreichenden private enforcements hinweisen (B.). Anschließend wird gezeigt, dass aus dem Effektivitätsgrundsatz regelmäßig die Pflicht der Mitgliedstaaten folgt, private Schadensersatzansprüche bei Verstößen gegen die Digitalverordnungen im nationalen Recht vorzusehen (C.). Dabei wird sich die Untersuchung auf die einleitend genannten Verordnungen konzentrieren und insbesondere private Durchsetzungsmechanismen in Bezug auf Richtlinien ausklammern.¹² Der Anspruch selbst folgt im Mehrebenensystem sodann aus nationalem Recht (D.). Abschließend werden die Ergebnisse des Beitrags in zwei Thesen zusammengefasst (E.).

B. Ökonomische Perspektive

Das private enforcement bringt aus ökonomischer Sicht zahlreiche Vorteile mit sich:¹³ Es nutzt etwa Informationen der Zivilgesellschaft und mobilisiert private Ressourcen.¹⁴ Die dezentrale Rechtsdurchsetzung verspricht weiterhin eine größere Zahl von Gerichtsentscheidungen und vermag damit zur Rechtssicherheit beizutragen.

Ein umfassendes Rechtsdurchsetzungsregime birgt aber das Risiko eines over-enforcements.¹⁵ Dieses ist dann besonders groß, wenn die Regelungsadressaten rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten nicht sicher unter-

11 Siehe unten C.I.

12 Zum private enforcement von Richtlinien *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 21 ff.).

13 Ausführlich *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 361 ff.; *Klöhn*, Die private Durchsetzung des Marktmanipulationsverbots. Europarechtliche Vorgaben und rechtsökonomische Erkenntnisse, in: *Kalss/Fleischer/Vogt*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, 2014, S. 229 (236–245).

14 *Zurth* GRUR 2023, 1331 (1332); *Pauer*, Private Enforcement und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes, in: *Bauermeister/Schwamberger*, Private Enforcement im Digitalen Binnenmarkt, 2025, S. 1 (13); *Bauermeister*, Private Rechtsdurchsetzung 2.0?, in: *Croon-Gestefeld et al.*, Das Private im Privatrecht, 2022, S. 29 (31).

15 Ähnlich *Schmolke* NZG 2016, 721 (728); *Bauermeister*, in: *Das Private im Privatrecht*, 2022, S. 29 (32 f.).

scheiden können und über die erforderlichen Sorgfaltsanforderungen im Unklaren sind.¹⁶ Laufen sie unter diesen Umständen Gefahr, mit einer Vielzahl an Rechtsstreitigkeiten belastet zu werden, die durch Aufsichtsbehörden und (vermeintlich) geschädigte Private angestrengt werden, kann dies im Ergebnis dazu führen, dass sie auch eigentlich rechtmäßige Handlungen unterlassen. Gerade im Hinblick auf die Digitalverordnungen erweist sich dieser Aspekt als heikel. Sie schaffen neuartige Rechtsbereiche, die von chronischer Rechtsunsicherheit gekennzeichnet sind. Ein weitreichendes private enforcement droht folglich übermäßig abschreckende Wirkung zu entfalten. Mögliche Folgen sind chilling effects, aufgrund derer Akteure risikoavers agieren und von eigentlich rechtmäßigen Digitallösungen Abstand nehmen, weil sie die Erfolgchancen ihrer Verteidigung nicht einschätzen können, sodass die erwarteten Kosten unter Berücksichtigung des Prozessrisikos den erwarteten Nutzen überschreiten (over-deterrence).¹⁷ Mit dem Ziel der meisten Verordnungen, Innovationen im Digitalbereich zu fördern, wäre das nicht vereinbar. Um Innovationshemmnisse zu vermeiden, ist es notwendig, die (private) Rechtsdurchsetzung maßvoll zu gestalten.¹⁸

C. Pflicht zur privaten Rechtsdurchsetzung („Ob“)

Das Unionsrecht und das deutsche Recht bieten hierfür – wie sich nachfolgend zeigen wird – genügend Raum, da die Pflicht der Mitgliedstaaten zum private enforcement stets unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit steht.

Eine Pflicht zur privaten Rechtsdurchsetzung kann aus dem Effektivitätsgrundsatz (Art. 4 Abs. 3 EUV)¹⁹ folgen. Demnach dürfen die Mitgliedstaaten die Tragweite und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht be-

16 Klöhn, in: Kalss/Fleischer/Vogt, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2014, S. 229 (240); Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2020, S. 363–368.

17 Poelzig ZGR 2015, 801 (826); vgl. auch dies., Normdurchsetzung, 2012, S. 372.

18 Vgl. Poelzig ZGR 2015, 801 (826), die zu einer ausgewogenen Ausgestaltung der Haftung mahnt; zur Bedeutung ökonomischer Erwägungen dies., Normdurchsetzung, 2012, S. 374 mwN.

19 Daneben verlangt der hier nicht näher behandelte Äquivalenzgrundsatz, dass die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts nicht weniger günstig ausgestaltet ist als diejenige des nationalen Rechts.

einträchtigen.²⁰ Das umfasst die Pflicht, Verstöße gegen das Unionsrecht zu sanktionieren. Dabei sind die Mitgliedstaaten bei der Wahl und Ausgestaltung geeigneter Durchsetzungsmechanismen grundsätzlich frei²¹ – Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht können sie entsprechend aufsichtsrechtlich, privatrechtlich oder strafrechtlich sanktionieren.²² Allerdings erfordert das Effektivitätsgebot, dass die gewählten Durchsetzungsinstrumente „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind.²³ Daher kann sich das Effektivitätsgebot zu einer mitgliedstaatlichen Verpflichtung verdichten, auch private Durchsetzungsinstrumente vorzusehen, wenn andere Sanktionsmechanismen nicht ausreichend wirksam sind.

I. Rechtsprechung des EuGH

Eine erste²⁴ Leitentscheidung des EuGH erging in der Rechtssache *Courage*. Demnach berechnen Art. 85, 86 EGV (nunmehr Art. 101, 102 AEUV) unabhängig von der Existenz eines öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsregimes auch Private, Schadensersatz bei Verstößen gegen das Kartell- und Marktmissbrauchsverbot zu verlangen.²⁵ Diese Rechtsprechungslinie, die sich zur Begründung maßgeblich auf den Effektivitätsgrundsatz stützte, führte der EuGH in der Rechtssache *Manfredi* fort. Demnach kann bei

-
- 20 EuGH NJW 1984, 2024 (2025) – Milchkontor; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schill/Krenn, 84. EL 2025, EUV Art. 4 Rn. 93; Pauer, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (1).
 - 21 Bereits zu Verstößen gegen das Anti-Diskriminierungsrecht (RL 76/207) EuGH NJW 1984, 2021 (2021) – Colson u. Karmann; EuGH BeckRS 2004, 75871 (Rn. 23) – Marshall; EuGH BeckRS 2004, 73533 (Rn. 24) – Kommission/Griechenland; EuGH NZA 2007, 1271 (Rn. 44) – Paquay; zudem allgemein Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 95 ff.; Wagner NJW 2023, 1761 (Rn. 2).
 - 22 Wagner NJW 2023, 1761 (Rn. 2); Hornkohl EuZW 2024, 941 (946).
 - 23 Grundlegend EuGH BeckRS 2004, 73533 (Rn. 24) – Kommission/Griechenland; EuGH BeckRS 2004, 76902 (Rn. 22) – Kommission/Großbritannien; ähnlich bereits zu Sanktionen bei Verstößen gegen das Anti-Diskriminierungsrecht (RL 76/207) EuGH NJW 1984, 2021 (2021) – Colson u. Karmann.
 - 24 Bereits zuvor entschied der EuGH NJW 1984, 2021 (2022) – Colson u. Karmann zur RL 76/207/EWG, dass die Richtlinie keine bestimmte Sanktion erfordere, sie aber voraussetze, dass Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot „eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben“ müssen; weitere Überblicke bei Bauermeister, in: Wettbewerb auf digitalen Märkten, 2025, S. 357 (364 ff.); Wagner NJW 2023, 1761 (Rn. 3); mit differenzierter Darstellung Oster EuR 2019, 578 (583 ff.).
 - 25 EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 23–36) – Courage.

Verstoßen gegen das Kartell- und Marktmissbrauchsverbot nicht nur eine Vertragspartei, sondern jedermann ursächliche Schäden ersetzt verlangen.²⁶ In der Rechtssache *Muñoz* übertrug der EuGH diesen Ansatz auf das Sekundärrecht und entschied zugunsten der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzbarkeit einer Verordnung zur Kennzeichnungspflicht von Obst.²⁷ Alle drei Urteile eint die Begründung, dass bei bloßer behördlicher Aufsicht die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt wäre.²⁸ Das gilt vor allem für solche Regelungen, deren Einhaltung durch Behörden nur schwer überprüfbar ist.²⁹ Daher subjektiviert der EuGH das Gemeinschaftsrecht aus funktionalen Erwägungen:³⁰ Defizite bei der behördlichen Aufsicht werden durch die Mobilisierung Privater ausgeglichen, weil mögliche Schadensersatzansprüche als negative Verhaltensanreize wirken.³¹ Im Sinne eines „Modells wechselseitiger Auffangordnungen“³² tritt das private enforcement neben das public enforcement und verhilft dem Gemeinschaftsrecht zu größerer Wirksamkeit.³³

Anders als die vorgenannten Entscheidungen vermuten lassen, geht der EuGH aber nicht so weit, dass jeder Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht zwingend privatrechtlicher Sanktionen bedarf.³⁴ In den Entscheidungen *Genil* 48 und *TÜV Rheinland* befand der EuGH, dass die gegenständlichen Richtlinien zwar Individualinteressen schützen, sich daraus aber nicht zwingend privatrechtliche Ansprüche ableiten lassen. Vielmehr bleibt die Durchsetzung in den Grenzen des Effektivitätsgrundsatzes mitgliedstaatli-

26 EuGH EuZW 2006, 529 (Rn. 62) – Manfredi.

27 EuGH LMRR 2002, 63 (Rn. 32) – Muñoz.

28 EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 22, 79) – Courage; EuGH EuZW 2006, 529 (Rn. 60) – Manfredi.

29 EuGH LMRR 2002, 63 (Rn. 31) – Muñoz; ähnlich EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 27) – Courage.

30 Die Rede ist daher von funktionaler Subjektivierung: *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 272 ff.; *Wagner* AcP 206 (2006), 352 (446); *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 627.

31 EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 27) – Courage; *Bauermeister*, Private Rechtsdurchsetzung 2.0, in: *Das Private im Privatrecht*, 2025, S. 29 (30); *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 480.

32 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 310 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 565 ff.

33 Allgemein *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (941); *Oster* EuR 2019, 578 (588 ff.); zu Art. 82 DSGVO EuGH NJW 2024, 1561 (Rn. 59) – GP/juris GmbH.

34 Zur Rechtsprechungsentwicklung nach *Muñoz* siehe *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 7 ff.).

chem Recht überlassen.³⁵ Wichtig ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass der EuGH zwar implizit davon auszugehen schien, die Wirksamkeit des Unionsrecht sei nicht gefährdet,³⁶ er in beiden Fällen eine mitgliedstaatliche Pflicht zum private enforcement aber auch nicht grundsätzlich ausschloss.³⁷ Er übertrug es vielmehr den nationalen Gerichten, festzustellen, ob die bestehenden Sanktionsmechanismen den Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes genügen.³⁸

Noch unklarer wird die Linie des Gerichtshofs schließlich durch die Rechtssache *Thermofenster*. Hier entschied der EuGH, dass die aus der RL 2007/46 folgende Pflicht des Herstellers eines Kfz, diesem eine Übereinstimmungserklärung beizulegen, eine „unmittelbare Verbindung“ mit dem Käufer dieses Kfz herstelle.³⁹ Aus dem individualschützenden Charakter der einschlägigen Vorschriften der Richtlinie folge iVm den Anforderungen der VO 715/2007 ein „Anspruch“⁴⁰ des Käufers gegen den Hersteller, dass das Kfz nicht mit einer unzulässigen Abgaseinrichtung ausgestattet ist.⁴¹ Weiterhin sehe die gegenständliche Verordnung eine Pflicht der Mitgliedstaaten vor, „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen“ festzulegen. Zusammen besehen folge daraus, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, privatrechtliche Schadensersatzansprüche des Käufers gegen

35 EuGH EuZW 2013, 557 (Rn. 57) – Genil 48; EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55–59) – TÜV Rheinland; zudem *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 7 f.); MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 632.

36 Vgl. *Uhlmann*, Individualschutz im Kapitalmarkt- und Bankenaufsichtsrecht, 2021, S. 149 f.

37 So auch *Heinze* ZEuP 2024, 187 (199 f.); ähnlich *Einsele* JZ 2014, 703 (713 Fn. 96).

38 *Bauermeister*, in: Wettbewerb auf digitalen Märkten, 2025, S. 357 (370 f.) führt diese abweichende Rechtsprechungslinie maßgeblich darauf zurück, dass den Urteilen nicht Primärrecht oder Verordnungen, sondern Richtlinien zugrunde lagen; zudem *Scholz* ZBB 2022, 200 (204).

39 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 78, 82) – *Thermofenster*; Schlussantrag GA Rantos, BeckRS 2022, 12232 (Rn. 45) – *Thermofenster*.

40 Inwiefern der EuGH mit diesem Begriff einen Anspruch iSv § 194 BGB meint, ist zweifelhaft, zumal in der englischen und französischen Sprachfassung von „right“ und „droit“ die Rede ist. Daher wird nachfolgend bewusst unspezifisch von einer „Verhaltenspflicht“ gesprochen, deren privatrechtliche Qualifikation offengelassen wird.

41 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 68–85) – *Thermofenster*; zudem *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 10); *Heinze* ZEuP 2024, 187 (193) weist auf die Verwendung des Adverbs „somit“ hin. Da es sich bei der RL 2007/47/EG allerdings um eine Richtlinie handelt, wird die Verhaltenspflicht richtigerweise aus §§ 6 I, 27 I EG-FGV folgen, dazu *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 25).

den Hersteller vorzusehen.⁴² Im Ergebnis begründet der EuGH damit die Pflicht zum private enforcement ebenfalls mit dem Effektivitätsgrundsatz.⁴³ Allerdings führt er anders als in den Rechtssachen *Courage*, *Manfredi* und *Muñoz* zur Begründung zusätzlich den individualschützenden Charakter der jeweiligen Rechtsakte an, der wiederum in den Rechtssachen *Genil 48* und *TÜV Rheinland* nicht ausreichte, um privatrechtliche Ansprüche herzuleiten.⁴⁴

II. Europäische Grundsätze der privaten Rechtsdurchsetzung

Was folgt daraus? Obwohl sich die vorgenannten EuGH-Entscheidungen auf den ersten Blick zu widersprechen scheinen,⁴⁵ lassen sich aus ihnen meines Erachtens zwei Schlüsse ziehen:

Erstens zeigen die Entscheidungen *Genil 48* und *TÜV Rheinland*, dass eine Pflicht zum private enforcement nicht mit dem individualschützenden Charakter der jeweiligen Unionsnorm begründet werden kann.⁴⁶ In beiden Entscheidungen hob der Gerichtshof allerdings hervor, dass die Ausgestaltung des Sanktionssystems den Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes entsprechen muss.⁴⁷ Die *Thermofenster*-Entscheidung steht damit nicht im Widerspruch, denn der EuGH hat hier aus dem individualschützenden Charakter lediglich eine Verhaltenspflicht des Herstellers gegenüber dem

42 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 87–91) – *Thermofenster*; zudem Wagner NJW 2023, 1761 (Rn. 11); Heinze ZEuP 2024, 187 (193).

43 Vgl. EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 93 f.) – *Thermofenster*. So auch Heinze ZEuP 2024, 187 (195 f.); Nordemann/Rasouli ZUM 2024, 780 (783).

44 Ähnlich Wagner NJW 2023, 1761 (Rn. 10), der feststellt, dass der EuGH Elemente aus den Entscheidungen *Courage*, *Manfredi* und *Muñoz* sowie *Genil 48* und *TÜV Rheinland* „auf eigenartige Weise“ verbinde.

45 So auch Wagner NJW 2023, 1761 (Rn. 26), der in der EuGH-Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des private enforcements kein „kohärentes Ergebnis“ sieht; ebenso Nordemann/Rasouli ZUM 2024, 780 (783).

46 EuGH EuZW 2013, 557 (Rn. 57) – *Genil 48*; EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55) – *TÜV Rheinland*; siehe auch EuGH EuZW 2004, 689 (Rn. 38–40) – Paul. Zudem Ebers, Rechte, 2016, S. 170; Pauer, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (7). Vgl. aber auch Heinze ZEuP 2024, 187 (196 f.), der das Individualschutzkriterium – außerhalb des Bereichs wettbewerbsrechtsschützender Unionsnormen – als konstitutiv ansieht.

47 EuGH EuZW 2013, 557 (Rn. 57) – *Genil 48*; EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 59) – *TÜV Rheinland*.

Käufer begründet;⁴⁸ die tragende Erwägung für die Notwendigkeit eines Schadensersatzanspruchs war demgegenüber der Effektivitätsgrundsatz.⁴⁹

Das führt zur zweiten Ableitung: Entscheidend für eine Pflicht zum private enforcement ist die Feststellung, dass ohne die Existenz eines privatrechtlichen Anspruchs die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt und damit der Effektivitätsgrundsatz verletzt wäre.⁵⁰ Diese funktionale Subjektivierung bildet den Kern des europäischen Systems privater Rechtsdurchsetzung.⁵¹ Allerdings hat der EuGH die entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen der Effektivitätsgrundsatz verletzt ist, bisher nur fragmentarisch beantwortet.⁵² Teilweise finden sich Vorschläge für übergeordnete, systembildende Kriterien, wie etwa der Wille des Unionsgesetzgebers.⁵³ Diese finden in der EuGH-Rechtsprechung allerdings nur bedingt Rückhalt.⁵⁴ Ausgangspunkt muss daher die „Rechtsdurchsetzungsautonomie“⁵⁵ der Mitgliedstaaten sein. Nimmt man diese ernst, bedarf die Annahme einer Pflicht zum private enforcement stets einer besonderen Begründung, die zeigt, dass ohne die Existenz eines privatrechtlichen Schadensersatzanspruchs die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt wäre.⁵⁶ Aus der Rechtsprechungshistorie folgen zugleich zwei Fallgruppen, in denen der mitgliedstaatliche Ermessensspielraum auf Null reduziert ist

48 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 89) – Thermofenster.

49 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 90) – Thermofenster.

50 So im Ergebnis auch *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 284; ähnlich *Nordemann/Rasouli* ZUM 2024, 780 (783); *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 627. Zudem *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 520.

51 So im Ergebnis auch *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 119 f.; *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 631; *Nordemann/Rasouli* ZUM 2024, 780 (783); kritisch *Mörsdorf/RabelsZ* 83 (2019), 797 (810 f.).

52 Mit derselben Feststellung *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 521. Für eine ausführliche Untersuchung *Ebers*, Rechte, 2016, S. 271 ff.

53 *Mörsdorf/RabelsZ* 83 (2019), 797 (814 ff., 819); *Zurth* GRUR 2023, 1331 (1332); *Schmolke* NZG 2016, 721 (723), der allerdings anschließend die Wertung des Art. 4 Abs. 3 EUV berücksichtigt; kritisch zu vom Unionsgeber festgesetzten „Grenzen der erstrebten Effektivität“ *Poelzig* ZGR 2015, 801 (814).

54 Anklang findet diese Erwägung in dem Umstand, dass der EuGH mitunter eine Pflicht zum private enforcement mit fehlenden entsprechenden Vorschriften in den jeweiligen Rechtsakten verneint, vgl. EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55–59) – TÜV Rheinland. Kritisch *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 627.

55 *Hellgardt* ZEuP 2022, 7 (38).

56 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 274 ff.

und die sich (vorsichtig) verallgemeinern lassen:⁵⁷ Zum einen sind Mitgliedstaaten zum private enforcement verpflichtet, wenn im Einzelfall⁵⁸ Anhaltspunkte bestehen, dass andere und insbesondere aufsichtsrechtliche Durchsetzungsinstrumente nicht ausreichend sind, um Verstöße wirksam zu sanktionieren.⁵⁹ Das ist ausweislich der Entscheidungen *Courage* und *Muñoz* vor allem dann der Fall, wenn die zuständigen Behörden rechtswidriges Verhalten nur unzureichend aufdecken können.⁶⁰ Zum anderen legt die *Thermofenster*-Entscheidung nahe, dass Schadensersatzansprüche dann unionsrechtlich zwingend sind, wenn der jeweilige Rechtsakt Verhaltenspflichten zwischen Privaten statuiert und ein Schadensersatzanspruch zur Wirksamkeit dieser Pflichten erforderlich ist.⁶¹ Letzteres wird regelmäßig anzunehmen sein, denn auch hier lässt sich argumentieren, dass Aufsichtsbehörden in diesen Fällen Verstöße nur unzureichend aufdecken können, weil sie selbst nicht am Marktgeschehen teilnehmen und keinen Einblick in die jeweiligen Rechtsverhältnisse haben.⁶² Das steht im Übrigen nicht im Widerspruch zu den Entscheidungen *Genil 48* und *TÜV Rheinland*, da der EuGH hier aus den jeweiligen Rechtsakten schon keine konkreten Verhaltenspflichten gegenüber den Geschädigten ableitete.⁶³

Geht man von diesen Fallgruppen aus, stellen zwingende private Schadensersatzansprüche keinesfalls die Ausnahme dar, sondern werden regelmäßig anzuerkennen sein.⁶⁴ Häufig wird man Informationsdefizite der Behörde oder Verhaltenspflichten zwischen Privaten annehmen, insbesondere – wie im nächsten Abschnitt gezeigt wird – im europäischen Digitalrecht.⁶⁵ Gleichwohl ist zu betonen, dass daraus kein Automatismus für ein priva-

57 Siehe zudem *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 521–523 mit zahlreichen Kategorien; ders. ZEuP 2024, 187 (197 f.); kritisch zu Verallgemeinerungen *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 133.

58 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 272.

59 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 276, der auch auf die Möglichkeit empirischer Nachweise verweist.

60 EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 27) – *Courage* („oft verschleierte“); EuGH LMRR 2002, 63 (Rn. 31) – *Muñoz*; siehe auch *Ebers*, Rechte, 2016, S. 316.

61 Siehe auch Schlussantrag GA Rantos, BeckRS 2022, 12232 (Rn. 54) – *Thermofenster*.

62 Vgl. *Poelzig*, Normdurchsetzung, S. 570 f.

63 Besonders deutlich EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55) – *TÜV Rheinland*. Zur Einordnung beider Entscheidungen in das europäische Haftungssystem zudem *Heinze* ZEuP 2024, 187 (199 ff.). Vgl. auch *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 18 f.).

64 Ähnlich *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 515 f., 523 f.; ders. ZEuP 2024, 187 (198); kritisch *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 126–140.

65 *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 500, 515; *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (946); kritisch für den DSA *Buchheim/Schrenk* NVwZ 2024, 1 (6).

te enforcement folgt. Bestehen umfassende, behördliche Kontrollmechanismen und finden sich auch im Rechtsakt selbst keinerlei Hinweise auf ein privatrechtliches Durchsetzungsregime, spricht dies eher für die Rechtsdurchsetzungsautonomie der Mitgliedstaaten.⁶⁶ Ebenso fehlt es an einer Pflicht zum private enforcement, wenn diese ausdrücklich⁶⁷ oder implizit ausgeschlossen ist, etwa weil das Unionsrecht eigenständig privatrechtliche Sanktionsmechanismen normiert.⁶⁸

III. Übertragung auf die Digitalverordnungen

Hiervon ausgehend kommt es für die Frage zwingender Schadensersatzansprüche Privater bei Verstößen gegen die eingangs genannten Digitalverordnungen darauf an, ob ohne die Existenz eines solchen Anspruchs deren Wirksamkeit beeinträchtigt wäre. Unterstrichen wird dies durch die deklaratorische⁶⁹ Verpflichtung der Mitgliedstaaten, „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionen vorzusehen, die sich in den meisten Digitalverordnungen findet (Art. 84 DSGVO, Art. 34 DGA, Art. 15 P2B-VO, Art. 52 DSA, Art. 40 DA, Art. 99 KI-VO).⁷⁰ Der Effektivitätsgrundsatz findet hier seinen sekundärrechtlichen Niederschlag. Ob private Rechtsdurchsetzungsinstrumente zwingend sind, kann dabei nicht für die Verordnungen insgesamt festgestellt werden, sondern ist für jede Norm einzeln zu prüfen.⁷¹ Bei vergleichender Betrachtung der Digitalverordnungen lassen sich jedoch einige allgemeine Feststellungen treffen, die ein abgestuftes Regelungssystem erkennen lassen:

Zunächst fällt Art. 82 DSGVO ins Auge, der einen eigenständigen Schadensersatzanspruch normiert. Damit hat der Unionsgesetzgeber implizit ausgeschlossen, dass die Mitgliedsstaaten eine Pflicht zum weitergehenden

66 So etwa für das Anlegerschutzrecht (sehr str.) EuGH EuZW 2013, 557 Rn. (57) – Genil 48; BGH BKR 2014, 32 (Rn. 31); zustimmend *Harnos* ZEuP 2015, 546 (562); für das Kapitalmarkt- und Bankenaufsichtsrecht *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 140–150; zudem EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55–59) – TÜV Rheinland; Ebenroth/Boujong/*Poelzig*, 5. Aufl. 2024, WpHG § 97 Rn. 56; enger *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 526–532.

67 *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (947) mit Verweis auf Art. 3 Nr. 10 RL (EU) 2019/770; *Heinze* ZEuP 2024, 187 (198).

68 *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 538 f.; *ders.* ZEuP 2024, 187 (198).

69 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 261.

70 *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (947).

71 Vgl. *Pauer*, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (16).

private enforcement trifft, etwa zugunsten von Mitbewerbern.⁷² Der weite Anwendungsbereich des Anspruchs stützt diesen Befund: Zum einen ist jede natürliche⁷³ Person anspruchsberechtigt, die durch den Verstoß einen Schaden erleidet. Zum anderen sanktioniert die Vorschrift jeden Verstoß gegen die DSGVO und ist erkennbar vom Gedanken einer umfassenden Rechtsdurchsetzung getragen.⁷⁴

Im Unterschied dazu findet sich in Art. 54 DSA eine unvollkommene Haftungsnorm. Nutzer sollen bei Verstößen gegen den DSA Anspruch auf Schadensersatz „im Einklang“ mit nationalem Recht haben. Art. 54 DSA verweist damit für die weiteren Anspruchsvoraussetzungen auf nationale Schadensersatznormen. In der Sache handelt es sich um eine Konkretisierung des Effektivitätsgrundsatzes für nutzerbezogene Pflichten.⁷⁵ Die Suche nach der geeigneten Anspruchsgrundlage im nationalen Recht folgt daher den nachfolgend aufgezeigten Regeln (D.) – Art. 54 DSA verweist im Ergebnis auf § 280 Abs. 1 BGB.⁷⁶ Gleichzeitig schließt Art. 54 DSA wie Art. 82 DSGVO eine Pflicht zum weitergehenden private enforcement für jedenfalls diejenigen Vorschriften aus, bei denen durch nutzerseitige Schadensersatzansprüche eine ausreichende Durchsetzung gewährleistet ist (zB bei Art. 25 DSA).⁷⁷

Demgegenüber enger statuiert die P2B-VO in Art. 14 Abs. 1 P2B-VO einen Unterlassungsanspruch für qualifizierte Einrichtungen. Mangels Sanktionswirkung ist ein Unterlassungsanspruch für eine wirksame Durchsetzung der P2B-VO aber nicht ausreichend.⁷⁸ Da sich der deutsche Gesetzgeber zudem gegen eine administrative Kontrolle der P2B-VO entschieden hat,⁷⁹ zwingt das Unionsrecht, private Schadensersatzansprüche im nationalen Recht vorzusehen.⁸⁰

72 Gleichwohl steht es den Mitgliedstaaten offen, weitergehende Ansprüche vorzusehen. Art. 82 DSGVO entfaltet keine Sperrwirkung, EuGH GRUR 2024, 1721 (Rn. 46–73) – Arzneimittelbestelldaten.

73 BeckOK Datenschutzrecht/*Quaas*, 51. Ed. 1.2.2025, DSGVO Art. 82 Rn. 38.

74 Ähnlich *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (943).

75 Ähnlich *Raue/Heesen* NJW 2022, 3537 (Rn. 18).

76 Vgl. *Raue/Heesen* NJW 2022, 3537 (Rn. 18, 41); Hoffmann/*Raue/Raue*, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 39 und DSA Vor Art. 11 ff. Rn. 24 f.

77 Vgl. *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (947 f.), die eine Pflicht zum private enforcement für Art. 4–6 DSA erwägt.

78 Hierzu *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 538.

79 Vgl. ErwGr. 46 P2B-VO.

80 Busch/*Höppner/Wick*, 1. Aufl. 2022, P2B-VO Art. 15 Rn. 10, 21 f.; knapp *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (947); vgl. allgemein *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 538.

Wiederum anders geregelt ist die Durchsetzung im Data Act. Dieser nennt vereinzelt Schadensersatzansprüche (etwa Art. 11 Abs. 2 lit. d DA). Da hierdurch aber nur einzelne Rechtsverstöße sanktioniert werden, hat der Unionsgesetzgeber damit – im Unterschied zu Art. 82 DSGVO – eine Pflicht zu weitergehenden nationalen Schadensersatzansprüchen nicht implizit ausgeschlossen.⁸¹ Weil der DA (etwa in Kapitel II–IV, VI, nicht dagegen in Kapitel V) Verhaltenspflichten zwischen Privaten statuiert, sind im Lichte der *Thermofenster*-Entscheidung Schadensersatzansprüche zwingend (vgl. auch Art. 5 Abs. 12 DA).⁸²

Der DMA statuiert dagegen keine individuellen Ansprüche. Für Verletzungen der Art. 5–7 DMA hat der deutsche Gesetzgeber aber weitreichende private Schadensersatzansprüche in §§ 33a Abs. 1, 33 Abs. 1 GWB normiert, wonach Torwächter bei schuldhaften Verstößen jedermann zum Schadensersatz verpflichtet sind. Hierin mag man eine legislative Umsetzung der *Muñoz*-Rechtsprechung sehen,⁸³ durch die der deutsche Gesetzgeber seine Pflicht, ein wirksames Sanktionsregime vorzusehen, spezialgesetzlich umgesetzt hat.⁸⁴

Für Verstöße gegen den DGA und die KI-VO finden sich schließlich weder in den Verordnungen noch in deutschen Gesetzen ausdrücklich normierte Schadensersatzansprüche. Die vorgehend entwickelten Grundsätze sprechen allerdings dafür, dass Verstöße gegen zahlreiche Vorschriften des DGA und der KI-VO zwingend private Schadensersatzansprüche auslösen, da sie Verhaltenspflichten zwischen Privaten begründen und/oder Verstöße für die Aufsichtsbehörden nur schwer aufdeckbar sind.⁸⁵

81 Vgl. ähnlich in Bezug auf Art. 94 Abs. 2 SortenschutzVO *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (943).

82 Vgl. EuGH BeckRS 2023, 4652 (Rn. 89–91) – *Thermofenster*.

83 In Bezug auf Kartellrechtsverstöße Immenga/Mestmäcker/*Franck*, 7. Aufl. 2024, GWB § 33a Rn. 19.

84 Vgl. Immenga/Mestmäcker/*Göhl/Zimmer*, 7. Aufl. 2025, VO (EU) 2022/1925 Art. 1 Rn. 31.

85 ZB Art. 12, 21, 22 DGA, Art. 5, Art. 16 lit. a iVm Art. 8–10 u. 13–15, 26 Abs. 1–7 u. 11, 50, 53 KI-VO.

D. Nationale Ausgestaltung der privaten Rechtsdurchsetzung („Wie“)

Aufgrund der kompetenziellen Trennung von Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung⁸⁶ folgt der Schadensersatzanspruch bei einer Pflicht der Mitgliedstaaten zum private enforcement aus dem nationalen Recht.⁸⁷ Dabei gibt der Effektivitätsgrundsatz grobe Leitlinien: Der Schadensersatzanspruch muss wirksam, abschreckend und verhältnismäßig sein. Bedeutsam ist dabei – auch mit Blick auf die vorgehend aufgezeigten ökonomischen Implikationen des private enforcements⁸⁸ – das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit.⁸⁹ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht im Spannungsverhältnis zu den Erfordernissen der Wirksamkeit und Abschreckung; er dient als begrenzendes Element und Abwägungsfaktor auf Seiten der Regelungsadressaten. In ihm kommt zum Ausdruck, dass der Effektivitätsgrundsatz keinesfalls eine maximale Wirksamkeit des Unionsrechts fordert,⁹⁰ sondern ein ausgewogenes Mindestmaß an Wirksamkeit.⁹¹

Bei der Frage der Verhältnismäßigkeit des gebotenen Anspruchs ist unter anderem der Kreis der Anspruchsberechtigten von Bedeutung.⁹² Das deutsche Recht bietet allgemein drei Wege, um einen Schadensersatzanspruch zu konstruieren: § 280 Abs. 1 BGB, §§ 3a, 9 UWG und § 823 Abs. 2 BGB. Im Fall von § 280 Abs. 1 BGB ist der Kreis der Anspruchsberechtigten vergleichsweise klein, weil eine Sonderverbindung vorausgesetzt wird. Der Anwendungsbereich der §§ 3a, 9 UWG ist demgegenüber größer; anspruchsberechtigt sind insbesondere Mitbewerber. Ähnliches gilt für § 823 Abs. 2 BGB, bei dem eine Eingrenzung über den persönlichen Schutzbereich des jeweiligen Schutzgesetzes stattfindet.⁹³

In der Literatur wird bei festgestellter Pflicht zum private enforcement der Schadensersatzanspruch häufig im Deliktsrecht verortet. Der Anspruch folge vor allem aus § 823 Abs. 2 BGB, weil die verletzte Unionsnorm im

86 Uhlmann, Individualschutz, 2021, S. 115.

87 Hornkohl EuZW 2024, 941 (946) mit Verweis auf EuGH EuZW 2006, 529 (Rn. 64) – Manfredi.

88 Siehe oben B.

89 Zur Wirksamkeit und abschreckenden Wirkung allgemein Poelzig, Normdurchsetzung, 2012, S. 301 ff.

90 Pauer, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (10); Uhlmann, Individualschutz, 2021, S. 151.

91 Poelzig, Normdurchsetzung, 2012, S. 304 f.

92 Weitere Aspekte wären zB die Anforderungen an ein Verschulden, Beweislastverteilungen oder die Anforderungen an eine Interessenbeeinträchtigung iSd § 3a UWG.

93 Vgl. dazu BeckOGK-Voigt, Stand 1.5.2025, BGB § 823 Rn. 271.

Lichte des Effektivitätsgrundsatzes ein Schutzgesetz darstelle. Es komme dann nicht auf die etablierten Grundsätze zur Bestimmung eines Schutzgesetzes an (Individualschutz, Tragbarkeit im Gesamtsystem), sondern § 823 Abs. 2 BGB sei unionsrechtskonform auszulegen.⁹⁴ Dieser Ansatz führt indes zu weit.⁹⁵ Es besteht kein mit dem Effektivitätsgrundsatz begründbarer Automatismus zwischen der Pflicht zum private enforcement und einem deliktischen Anspruch. Wenn die Mitgliedstaaten schon bei der Wahl des Durchsetzungsregimes im Grundsatz Ermessen haben, muss ein solcher Spielraum erst recht für die Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs im nationalen Recht bestehen. Entsprechend zwingt der Effektivitätsgrundsatz im Regelfall nicht zur Anerkennung einer deliktischen Anspruchsgrundlage. Wie nachfolgend gezeigt wird, kann auch ein Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB dem Effektivitätsgrundsatz genügen, solange die Sanktion im Ergebnis wirksam und abschreckend ist.

Daher ist es vorzugswürdig, zweistufig vorzugehen: Zunächst ist die Anspruchsgrundlage nach nationalem Schadensrecht zu bestimmen.⁹⁶ Erst im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die gefundenen Anspruchsgrundlagen dem Effektivitätsgrundsatz genügen. Ist das nicht der Fall, muss der Anwendungsbereich der „sachnächsten“ Anspruchsgrundlage (die dann in der Tat häufig § 823 Abs. 2 BGB als „Transmissionsriemen“⁹⁷ sein wird) im Wege der europarechtskonformen Auslegung erweitert werden.⁹⁸

Diese Lösung hat zwei Vorteile: Erstens ist sie systemverträglich, weil sie sich zunächst um Integration in das nationale Schadensrecht bemüht. Zweitens vermindert sie – zumindest für das deutsche Recht – das Risiko

94 *Hellgardt* AG 2012, 154 (165), der mit Blick auf *Muñoz* feststellt, dass im Bereich des unmittelbar geltenden Unionsrechts der Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB „nicht mehr davon ab[hängt], ob die verletzte Norm dem Schutz Privater zu dienen bestimmt ist, vielmehr ist jeder von dem Rechtsverstoß ‚Betroffene‘ aktivlegitimiert.“ Ähnlich *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 626; *ders.* AcP 206 (2006), 352 (417 f.); implizit jedenfalls für Marktverhaltensnormen *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 484–492, die § 823 Abs. 2 BGB funktional auslegt, sodass ein Automatismus zwischen Pflicht zum private enforcement und deliktischem Anspruch nahe liegt. Für das Digitalrecht *Hornkohl* EuZW 2024, 948 (946 f., 948). Für die KI-VO *Theis* BKR 2024, 414 (415 f.); *Linaratos* GPR 2022, 2022, 58 (60); für Art. 52 KI-VO *Kraetzig* CR 2024, 207 (210).

95 Kritisch auch *Harnos* ZEuP 2015, 546 (563).

96 So auch BGH NJW 2012, 928 (Rn. 24); kritisch *Ackermann/Franck* GRUR 2012, 291 (298 f.).

97 *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 587; vgl. auch *Deutsch* JZ 1963, 385 (389).

98 Zu § 823 Abs. 2 BGB *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 491.

eines over-enforcements,⁹⁹ welches der Effektivitätsgrundsatz keinesfalls gebietet. Das Unionsrecht verlangt lediglich ein ausgewogenes Mindestmaß an Wirksamkeit und Abschreckung. Die im deutschen Deliktsrecht vorgesehene eingeschränkte Haftung für reine Vermögensschäden erscheint damit ganz im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Ein gutes Beispiel, um die vorgeschlagene Lösung zu illustrieren, ist Art. 16 lit. a iVm Art. 13 KI-VO.¹⁰⁰ Demnach sind Anbieter von Hochrisiko-KI-Systemen verpflichtet, diese so zu konzipieren und zu entwickeln, dass ihr Betrieb hinreichend transparent ist, damit die Betreiber die Ausgaben eines Systems angemessen interpretieren und verwenden können.

Zwischen dem Anbieter und Betreiber wird immer ein Schuldverhältnis in Form eines Lizenzvertrags bestehen. Das gilt auch bei Hochrisiko-KI-Systemen, die unentgeltlich unter einer freien und quelloffenen „Lizenz“ bereitgestellt werden (Art. 2 Abs. 12 KI-VO). Entsprechend lässt sich die Transparenzpflicht des Art. 13 KI-VO als Konkretisierung der Verhaltenspflichten aus dem Lizenzvertrag lesen (§ 241 Abs. 2 BGB).¹⁰¹ Erfüllt der Anbieter diese pflichtwidrig nicht, ist er gegenüber dem Anbieter zum Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB verpflichtet.¹⁰²

Daneben kann durch die Verletzung der Pflichten aus Art. 13 KI-VO auch Dritten ein Schaden entstehen, die mit dem vom Betreiber verwendeten KI-System in Berührung kommen. Denkbar ist etwa, dass das KI-System fehlerhaft bereitgestellt wird, weil der Anbieter unzureichende oder falsche Angaben machte. Als Anspruchsgrundlage kommt hier vor allem § 823 Abs. 2 BGB in Betracht. Entscheidend ist somit, ob es sich bei Art. 13 KI-VO um ein Schutzgesetz handelt. Das wird in der Literatur überwiegend bejaht.¹⁰³ Bei der Anerkennung von Schutzgesetzen fordert

⁹⁹ Siehe oben B.

¹⁰⁰ Vergleichbar zu Art. 12 DGA *Sierek*, Datenaustausch durch Datentreuhand, 2025, S. 395–397.

¹⁰¹ Ähnlich Martini/Wendehorst/Wendehorst, 1. Aufl. 2024, KI-VO Art. 1 Rn. 90; ähnlich für die nutzerbezogenen Sorgfaltspflichten des DSA *Raue/Heesen* NJW 2022, 3537 (Rn. 18, 41); Hoffmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Vor Art. 11 ff. Rn. 24 f.; für die P2B-VO Busch/Höppner/Wick, 1. Aufl. 2022, P2B-VO Art. 15 Rn. 22; vgl. allgemein *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 461.

¹⁰² Ähnlich *Linardatos* GPR 2022, 58 (60).

¹⁰³ *Theis* BKR 2024, 414 (415 f.); *Grütmacher* CR 2021, 433 (Rn. 38 f.); knapp *Spindler* CR 2021, 361 (Rn. 4); differenziert BeckOK KI-Recht/*Henke*, 1. Ed. 1.5.2025, KI-VO Art. 16 Rn. 61, der dies allerdings auch für Art. 13 KI-VO annimmt; differenziert *Roos/Weitz* MMR 2021, 844 (850); zudem Martini/Wendehorst/Wendehorst, 1. Aufl. 2024, KI-VO Art. 1 Rn. 85.

der BGH allerdings Zurückhaltung, um die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine allgemeine deliktische Haftung für Vermögensschäden nicht zu unterlaufen.¹⁰⁴ Das gilt in besonderem Maße für Verhaltensanforderungen in vertraglichen Sonderbeziehungen, die nicht vorschnell zu „Jedermannspflichten“ umqualifiziert werden dürfen.¹⁰⁵ Maßgeblich ist daher nicht nur der individualschützende Charakter der jeweiligen Vorschrift, sondern zusätzlich eine wertende Betrachtung.¹⁰⁶ Zu prüfen ist, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, Anbieter für Normverstöße gegen Art. 13 KI-VO gegenüber Dritten deliktisch haften zu lassen.¹⁰⁷

Für die Anerkennung des Art. 13 KI-VO als Schutzgesetz spricht zunächst, dass die Transparenzanforderungen auch dem Schutz Dritter dienen, die mit den vom Betreiber verwendeten KI-Systemen in Kontakt kommen.¹⁰⁸ Zudem handelt es sich bei der KI-VO im Kern um Produktsicherheitsrecht und produktsicherheitsrechtliche Vorschriften sind grundsätzlich Schutzgesetze.¹⁰⁹ Allerdings finden sich im Verordnungstext selbst keinerlei Hinweise und damit keine Tendenz, dass der Unionsgesetzgeber mit Art. 13 KI-VO eine deliktische Einstandspflicht des Anbieters für Vermögensschäden im Sinn hatte.¹¹⁰ Der Erwgr. 72 KI-VO betont vielmehr in erster Linie die Pflicht des Anbieters gegenüber dem Betreiber.¹¹¹ Entscheidend ist letztlich, dass eine Anerkennung des Art. 13 KI-VO als Schutzgesetz eine ausufernde Haftung der Anbieter zur Folge hätte – diese würden einem unüberschaubaren Kreis an potentiell Geschädigten auch für nur fahrlässig verursachte Vermögensschäden haften, deren Eintritt sie im Vorhinein kaum abschätzen können.¹¹²

104 BeckOK BGB/Förster, 74. Ed. 1.2.2025, BGB § 823 Rn. 278.

105 BGH BeckRS 2008, 7112 (Rn. 20).

106 Poelzig, Normdurchsetzung, 2012, S. 489.

107 BGH GRUR-RS 2023, 11768 Rn. 12 m.w.N.; BGH NJW 2023, 2259 Rn. 20; kritisch Uhlmann, Individualschutz, 2021, S. 183 f.

108 BeckOK KI-Recht/Henke, 1. Ed. 1.5.2025, KI-VO Art. 16 Rn. 61. Dieses Argument findet sich in Bezug auf Art. 53 KI-VO etwa bei Nordemann/Rasouli ZUM 2024, 780 (785).

109 BeckOK KI-Recht/Henke, 1. Ed. 1.5.2025, KI-VO Art. 16 Rn. 61.

110 Generell kritisch Mörsdorf RabelsZ 83 (2019), 797 (815).

111 Vgl. BGH NJW 1994, 1801 (1803); BeckOK BGB/Förster, 74. Ed. 2025 BGB, § 823 Rn. 280.

112 Vgl. MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 624 f.; Uhlmann, Individualschutz, 2021, S. 203 f., der den etablierten Kriterien des BGH allerdings kritisch gegenübersteht; vgl. zudem die weitere und hier übertragbare Argumentationslinie zu § 31 f. WpHG aF bei Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, 2022, S. 469 f.

Folgt man dem, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob durch das Fehlen eines Schadensersatzanspruchs Dritter bei Verstößen gegen Art. 13 KI-VO der Effektivitätsgrundsatz verletzt ist. Fest steht, dass eine Pflicht zum private enforcement besteht. Art. 13 KI-VO regelt Verhaltenspflichten zwischen Privaten und die Einhaltung der Vorschrift ist im Einzelfall für Behörden nur schwerlich überprüfbar, weil sie keine Einblicke in das Verhältnis zwischen Anbieter und Betreiber haben. Ob die Pflicht zum private enforcement so weit geht, Dritten einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, ist wiederum davon abhängig, ob andernfalls die Wirksamkeit des Art. 13 KI-VO beeinträchtigt wäre. Zweifellos würden Schadensersatzansprüche Dritter die Durchsetzungskraft der Norm erhöhen. Indes fordert der Effektivitätsgrundsatz keine maximale, sondern ein ausgewogenes Mindestmaß an Wirksamkeit. Es ist davon auszugehen, dass Schadensersatzansprüche von Betreibern aus § 280 Abs. 1 BGB diese Anforderungen ausfüllen.¹¹³ Dafür sprechen zwei Gründe: Erstens sind Betreiber durch Verstöße besonders betroffen. Sie werden in diesem Fall regelmäßig Vermögenseinbußen erleiden und daher gegenüber dem Anbieter Schadensersatzansprüche geltend machen. Bedeutsam ist schließlich zweitens, dass die Anerkennung deliktischer Ansprüche eine weitreichende Haftung mit – wie gezeigt – unüberschaubarem und damit unverhältnismäßigem Haftungsrisiko für den Anbieter zur Folge hätte.¹¹⁴ Im Ergebnis sprechen damit ähnliche Gründe gegen eine Pflicht zum deliktischen Schadensersatz, die bereits gegen die Anerkennung als Schutzgesetz sprachen.

Nach der vorgehend aufgezeigten Methode ist für jede Vorschrift in den Digitalverordnungen vorzugehen, für die private Schadensersatzansprüche zwingend sind.¹¹⁵ Dabei wird man im Ergebnis häufig – anders als im vorgehend gezeigten Beispiel – dazu kommen, dass Verstöße unabhängig vom Effektivitätsgrundsatz deliktische oder wettbewerbsrechtliche Schadensersatzansprüche auslösen. Ist das aber nicht der Fall, gilt es zu prüfen, ob der Effektivitätsgrundsatz solche Ansprüche gebietet. Sofern wenigstens ein Anspruch aus § 280 BGB besteht, wird dies indes regelmäßig für eine wirksame Durchsetzung des Unionsrechts ausreichen. Damit dürfte der Effektivitätsgrundsatz – jedenfalls für das deutsche Recht – eine geringere Rolle spielen, als dies auf den ersten Blick scheinen mag.

113 Ähnlich Benicke, Wertpapiervermögensverwaltung, 2022, S. 472.

114 Dieckmann AcP 213 (2013), I (12).

115 Pauer, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (16).

E. Zusammenfassung in Thesen

1. Das Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten aus dem Effektivitätsgrundsatz regelmäßig, Verstöße gegen Unionsrecht auch privatrechtlich zu sanktionieren. In der EuGH-Rechtsprechung haben sich zwei Fallgruppen herauskristallisiert: Eine Pflicht zum private enforcement besteht zum einen in der Regel dann, wenn das Unionsrecht Verhaltenspflichten zwischen Privaten regelt. Zum anderen sind private Schadensersatzansprüche zwingend anzuerkennen, wenn Behörden nicht in der Lage sind, Verstöße aufzudecken.

2. Die Anspruchsgrundlage folgt aus nationalem Recht. Dabei ist zunächst – unabhängig vom Effektivitätsgrundsatz – zu prüfen, ob private Schadensersatzansprüche bestehen, primär aus § 280 Abs.1 BGB, § 823 Abs.2 BGB oder §§ 9, 3a UWG. Anschließend gilt es zu untersuchen, ob die gefundenen Anspruchsgrundlagen mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar sind. Das ist vor allem fraglich, wenn man vorgehend deliktische und wettbewerbsrechtliche Ansprüche verneint hat. Solche Ansprüche sollten dann aber nicht vorschnell mit Verweis auf den Effektivitätsgrundsatz angenommen werden, denn dieser fordert nicht nur wirksame und abschreckende, sondern auch verhältnismäßige Sanktionen. Gerade bei der Anerkennung eines deliktischen Anspruchs aus § 823 Abs.2 BGB besteht die Gefahr, dass der Kreis an potentiell anspruchsberechtigten Personen zu weit gezogen und das Haftungsrisiko für den Regelungsadressaten in der Folge unüberschaubar wird. Es besteht das Risiko eines unverhältnismäßigen over-enforcements mit potentiell innovationshemmender Wirkung.

Innovationsförderung durch Gatekeeper- und Plattform-Regulierung?

Innovationsförderung durch Datenzugang – Art. 6 Abs. 11 DMA als Negativbeispiel zu eng gezogener Innovationsräume durch den europäischen Gesetzgeber?

Korbinian Schrom*

A. Einleitung

Mit dem Digital Markets Act (DMA)¹ verfolgt der europäische Gesetzgeber ausweislich Art. 1 Abs. 1 DMA das Ziel, die Bestreitbarkeit und Fairness zentraler digitaler Plattformdienste sicherzustellen, die von sogenannten „Torwächtern“ bereitgestellt werden. Besonders bei den als zentraler Plattformdienst erfassten „Online-Suchmaschinen“ werden die Marktprozesse aufgrund der spezifischen Marktcharakteristika als nicht mehr funktionsfähig angesehen und daher ein Markteingriff des Gesetzgebers für erforderlich gehalten.² Das angenommene Marktversagen wird dabei insbesondere auf den Zugang zu den aggregierten Datensätzen zurückgeführt, die von der Torwächter-Suchmaschine gesammelt werden und die erhebliche Marktzutritts- und Expansionshindernisse begründen würden.³

Den hierdurch hervorgerufenen Konzentrationstendenzen des Suchmaschinenmarktes möchte der europäische Gesetzgeber mit dem in Art. 6 Abs. 11 DMA vorgesehenen Datenzugangsrecht begegnen. Gemäß Art. 6 Abs. 11 DMA ist die Torwächter-Suchmaschine dazu verpflichtet, Drittun-

* Rechtsanwalt in München. Der Beitrag behandelt Teilaspekte der vom Verfasser an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2025 eingereichten Dissertation mit dem Titel "Der Zugang zu Daten als rechtliches Instrument zur Förderung des direkten Wettbewerbs mit dem Dateninhaber: Eine sektorspezifische Untersuchung für den Suchmaschinenmarkt anhand von Art. 6 Abs. 11 Digital Markets Act". Der Autor dankt RA'in Anna Chietini für die kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anregungen. Sämtliche Internetverweise wurden zuletzt abgerufen am 15.07.2025.

1 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.09.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. EU v. 12.10.2022, L 265/1.

2 Vgl. Erwgr. 13 f. DMA.

3 Vgl. Erwgr. 61 DMA.

ternehmen, die Online-Suchmaschinen bereitstellen, zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang zu den über ihre Online-Suchmaschine generierten Ranking-, Anfrage-, Klick- und Ansichtsdaten in Bezug auf unbezahlte und bezahlte Suchergebnisse zu gewähren. Dieses Datenzugangsrecht soll den direkten Wettbewerb mit dem Dateninhaber auf dessen Kernmarkt ermöglichen und ist mit dieser Zielsetzung (soweit ersichtlich) bislang weltweit präzedenzlos. Ob und inwieweit Art. 6 Abs. 11 DMA als Vorbild für weitere Datenzugangsrechte dienen kann, ist Gegenstand dieses Beitrags, wobei ein besonderer Schwerpunkt darauf gelegt werden soll, welche Anforderungen an die Ausgestaltung von Datenzugangsrechten zu stellen sind, wenn diese Innovationsräume eröffnen sollen.

B. Die Diskussion um Datenzugangsrechte und ihre Systematisierung

Zumindest in Europa hat sich die anreizgeprägte Diskussion um neue Ausschließlichkeitsrechte an Daten auf die stärker wettbewerbs- und innovationsorientierte Debatte um Datenzugangsrechte verlagert.⁴ Dies ist unter anderem der Erkenntnis geschuldet, dass bereits die Möglichkeit, Daten faktisch exklusiv zu halten, es den Dateninhabern erlaubt, ihre Daten zu kommerzialisieren und aus ihren Datensammlungen Wettbewerbsvorteile zu ziehen.⁵ Schon aufgrund dessen bestehen Anreize für die Dateninhaber, in die Erhebung und Analyse von Daten zu investieren.⁶ Zudem sind Daten nicht rival und können somit zeitgleich und mehrfach von verschiedenen Unternehmen zu verschiedenen Zwecken verwendet werden, ohne dass

4 Vgl. *Leistner/Antoine*, IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors. Study for the European Parliament's Committee on Legal Affairs (JURI), 2022, S. 23, 29 <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2022\)732266](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2022)732266)>; s. hierzu auch *Kerber*, Specifying and Assigning „Bundles of Rights“ on Data. An Economic Perspective, in: *Hofmann/Raue/Zech*, Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 2022, S. 151 (156–164); *Schweitzer et al.*, Data access and sharing in Germany and in the EU: Towards a coherent legal framework for the emerging data economy. A legal, economic and competition policy angle, 2022, S. 119 <<https://www.publikationen-bundesregierung.de/pp-de/publikationssuche/data-access-and-sharing-2164826>>.

5 Vgl. *Kerber*, Rights on Data: The EU Communication 'Building a European Data Economy' from an Economic Perspective, in: *Lohsse/Schultze/Staudenmayer*, Trading Data in the Digital Economy, 2017, S. 109 (118); *Krämer et al.*, Making Data Portability More Effective for the Digital Economy. Economic Implications and Regulatory Challenges, 2020, S. 61 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3866495>>.

6 *Krämer et al.*, Making Data Portability More Effective, 2020, S. 61.

sich dies negativ auf ihre Verfügbarkeit oder Nutzbarkeit für den ursprünglichen Dateninhaber auswirken würde.⁷ Die faktische Datenexklusivität kann es den Dateneinhabern unter Umständen allerdings ermöglichen, bestimmte Märkte zu kontrollieren oder die Schaffung neuer Innovationsräume zu verschließen. Dies wirft die Frage auf, ob und inwieweit der faktischen Exklusivität von Daten durch ein Datenzugangsrecht rechtliche Grenzen zu ziehen sind.⁸

Im Laufe der diesbezüglichen Diskussion haben sich Konstellationen herausgebildet, in denen die Durchbrechung der faktischen Exklusivität durch Datenzugangsrechte als gerechtfertigt angesehen werden kann.⁹ Nach einer grundlegend auf *Schweitzer* zurückgehenden Kategorisierung wird hierbei zwischen drei Zugangsszenarien unterschieden: Das erste Szenario bezieht sich auf *individual level data*, die entweder dazu gebraucht werden, um einem Nutzer auf einem nachgelagerten oder komplementären Markt Zusatzdienste anbieten zu können oder auf dem Primärmarkt mit dem Dateneinhaber zu konkurrieren. In dem zweiten Zugangsszenario geht es um *bundled individual level data* oder aggregierte Nutzungsdaten, die benötigt werden, um auf einem Primär- oder Sekundärmarkt aktiv werden zu können. Die dritte Konstellation behandelt Fälle, in denen die Daten nicht dazu verwendet werden, in einem vom Dateneinhaber bedienten Primär- oder Sekundärmarkt tätig zu werden, sondern um in einen davon unabhängigen Markt einzutreten.¹⁰

Es ist gerade die zuletzt genannte dritte Fallgruppe, die ein allgemeines innovationspolitisches Ziel verfolgt.¹¹ Besonders umfangreiche und vielfäl-

7 S. statt vieler *Krämer et al.*, The Role of Data for Digital Markets Contestability. Case Studies and Data Access Remedies, 2020, S. 56 <<https://cerre.eu/publications/data-digital-markets-contestability-case-studies-and-data-access-remedies>>; *Krämer et al.*, Making Data Portability More Effective, 2020, S. 51.

8 *Schweitzer* GRUR 2019, 569 (570).

9 Vgl. *Leistner/Antoine*, Study JURI Committee, 2022, S. 23, 30; *Leistner/Antoine* Economics 2023, Vol. 17, 20220043, S. 4.

10 *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 17; *Schweitzer/Welker*, A Legal framework for access to data – A competition policy perspective, in: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz/Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 103 (106, 115, 150); *Schweitzer* GRUR 2019, 569 (573); *Schweitzer et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 130 <<https://www.publikationen-bundesregierung.de/pp-de/publikationssuche/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen-1523114>>.

11 *Schweitzer/Welker*, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 103 (106, 115, 150).

tig einsetzbare Datensätze können einen Dateninnovationsraum („*innovation space*“) begründen, sodass ein Zugang hierzu unerlässlich sein kann, um einen Innovationswettbewerb zu ermöglichen und so einen Wettbewerbsdruck auf den Dateninhaber zu begründen beziehungsweise aufrechtzuerhalten.¹² Daten, die bisher einigen wenigen großen Digitalunternehmen vorbehalten sind, sollen daher als Input für Innovationen zugänglich gemacht werden.¹³

C. Erfordernis der Rechtfertigung von Datenzugangsrechten

Diese Kategorisierung kann für sich genommen einen Datenzugang allerdings noch nicht rechtfertigen, sondern ermöglicht lediglich eine gewisse Systematisierung und Einordnung von Datenzugangsrechten.¹⁴ Insbesondere ist trotz des scheinbaren Überflusses an Daten ein allumfassender Datenzugang nicht automatisch und in jeder Situation wünschenswert, da es gerade die (faktische) Exklusivität an Daten ist, die – funktionierende Märkte vorausgesetzt – die Voraussetzung schafft, einen Datenzugang vertraglich auszugestalten und so eine gemeinsame Datennutzung ermöglicht.¹⁵ Zudem kann der Wettbewerb gerade wesentlich von der Kontrolle über Daten bestimmt werden und somit zu Investitionen und Innovationen im Hinblick auf die Sammlung und Generierung von Daten führen.¹⁶ Darüber hinaus werden durch ein Datenzugangsrecht die Rechte und Interessen des Dateninhabers berührt. Ein Datenzugangsrecht bedarf daher einer Rechtfertigung.

Nach der klassischen Marktversagensanalyse müsste sich für eine solche Rechtfertigung ein Marktversagen feststellen lassen, welches ausschließlich durch einen Datenzugang behoben werden kann und die Vorteile des ein-

12 Schweitzer GRUR 2019, 569 (580).

13 Schweitzer/Welker, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 103 (143).

14 Leistner/Antoine, Study JURI Committee, 2022, S. 24.

15 Drexler, Data access as a means to promote consumer interests and public welfare – An introduction, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 11 (21).

16 Drexler, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 11 (18); s. hierzu auch Drexler, Connected devices – An unfair competition law approach to data access rights of users, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 477 (480); Martens, Data access, consumer interests and social welfare – An economic perspective on data, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 69 (76).

geräumten Datenzugangs müssten die damit verbundenen Nachteile überwiegen.¹⁷ Dieses könnte sich dadurch begründen lassen, dass Daten eine wesentliche Ressource für Innovationen darstellen und einen Wettbewerbsvorteil zugunsten des Dateninhabers schaffen und dessen Marktstellung dauerhaft sichern. Sofern Wettbewerbern kein Zugang zu den für Innovationen erforderlichen Daten eingeräumt wird, besteht für das dominierende Unternehmen nur ein geringerer Anreiz, seine Position durch eigene Innovationen zu behaupten, da konkurrierende Unternehmen mangels Datenzugang ohnehin nicht innovativ tätig werden können und somit geringeren Wettbewerbsdruck ausüben. Sobald die Wettbewerber dies realisieren, reduzieren sich auch ihre Innovationsanreize.¹⁸

Ein Datenzugang sollte allerdings nicht nur als Mittel zur Korrektur eines Marktversagens betrachtet werden, sondern auch vor dem Hintergrund, dass dadurch neue Märkte geschaffen und gestaltet werden können.¹⁹ So ist *Schweitzer et al.* darin zuzustimmen, dass angesichts der transformativen Kraft der Datenökonomie ein über die traditionelle Begründung der Marktversagensanalyse hinausgehender analytischer Ansatz erforderlich ist, der gerade auch das Innovationspotenzial von Daten einbezieht, um einen Handlungsbedarf zu begründen.²⁰ So lässt sich unter Umständen bereits gar kein klar bestimmbares Marktversagen feststellen, aber dennoch kann ein Eingriff geboten sein, weil beispielsweise ein noch nicht existierender Markt bereits in seiner Entstehung gehindert wird.²¹ Ein verpflichtender Datenzugang sollte daher nicht nur damit gerechtfertigt werden können, dass ein Marktversagen vorliegt oder ohne Datenzugang eine Marktabstottung zu befürchten ist. Vielmehr sollte es auch als Rechtfertigung dienen können, dass ein Datenzugang erforderlich ist, um es einem Datenzugangspetenten überhaupt erst zu ermöglichen, innovativ zu sein, und ihm so den Eintritt in Märkte oder die Begründung gänzlich

17 *Leistner/Antoine*, Study JURI Committee, 2022, S. 30; *Leistner* GRUR Int. 2021, 925 (929); so auch Europäische Kommission, Mitteilung v. 19.2.2020, Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, 2020, S. 16.

18 Vgl. *Hillmer*, Daten als Rohstoffe und Entwicklungstreiber für selbstlernende Systeme. Zum Regulierungsbedürfnis von Innovationshemmnissen durch Datennetzwerkeffekte, 2021, S. 323 f.

19 *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 76, 116.

20 *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 72.

21 *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 115 f.

neuer Märkte zu ermöglichen. Die Diskussion um den Zugang zu Daten lässt sich so als Teil der Innovationspolitik betrachten.²²

Die Richtung dieser über ein Datenzugangsrecht angestrebten Innovationen darf allerdings nicht durch den Gesetzgeber vorgegeben werden, sondern ist den Marktteilnehmern zu überlassen.²³ Es ist nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, den Wettbewerb oder die Innovationsräume zu bestimmen, die durch den Datenzugang geschaffen werden können.²⁴ Dies gilt insbesondere, da oftmals gar nicht von vornherein ersichtlich ist, welche Erkenntnisse aus den Daten gezogen werden können und welche Maßnahmen sich hieraus ableiten lassen.²⁵

Zudem darf der Gedanke datengetriebener Innovationen nicht zu pauschal als Rechtfertigung für Datenzugangsrechte herangezogen werden, um damit zu weitreichende Zugangsregelungen zu begründen.²⁶ Der Datenzugang ist kein Selbstzweck, sondern hat dazu beizutragen, effiziente und wettbewerbsorientierte Märkte zu schaffen und Innovationen zu fördern.²⁷ Er darf nicht dazu führen, dass Investitionsanreize vernichtet werden oder ein *free riding* auf Kosten der Investitionen des Dateninhabers betrieben wird.²⁸ Im Grundsatz ist die Exklusivität und nicht der Zugang die Regel, sodass der Zugang einer besonderen Rechtfertigung bedarf, die besondere Umstände erfordert. In einer freien Marktwirtschaft ist grundsätzlich darauf zu vertrauen, dass die Kräfte des Marktes Innovationen hervorbringen, ohne dass es eines staatlichen Eingriffs bedarf.²⁹

22 Kerber European Business Law Review 2023, Vol. 34, 993 (1010).

23 Schweitzer et al., Data access and sharing, 2022, S. 116.

24 Drexel Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law 2017, Vol. 8, 257 (276).

25 Vgl. Feasey/de Streel, Data sharing for digital markets contestability: towards a governance framework, 2020, S. 36 f. <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3855489>>; Krämer et al., Making Data Portability More Effective, 2020, S. 28.

26 Hoffmann, Safeguarding innovation in the framework of sector-specific data access regimes: The case of digital payment services, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 343 (397 f.).

27 Drexel/Hilty et al. GRUR Int. 2016, 914 (918); Drexel, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 477 (487).

28 Drexel, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 11 (18).

29 Hoffmann, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 343 (397 f.).

D. Notwendigkeit der Abwägung bei Datenzugangsrechten

Liegt ein Rechtfertigungsgrund für ein Datenzugsrecht vor, muss vor der Schaffung eines solchen Rechts noch eine Abwägung seiner Vor- und Nachteile erfolgen.

Die Verpflichtung, einen rechtmäßig erworbenen Datenbestand oder Teile davon – und damit gegebenenfalls einen erheblichen Vermögenswert – zur Verfügung zu stellen, kann einen schwerwiegenden Eingriff für den Dateninhaber bedeuten, der nicht nur Auswirkungen auf dessen Innovationsanreize, sondern auch auf das Geschäftsmodell des Dateninhabers haben kann.³⁰ Darüber hinaus sind die Auswirkungen eines Datenzugsrechts auf die Innovationsanreize des Datenzugangsneten zu berücksichtigen.³¹ So könnten Zugangsneten über ein Zugangsrecht in einen „engen Entwicklungskorridor“ gedrängt und „Pfadabhängigkeiten“ begründet werden.³² In der Folge könnte ein Datenzugang eher Imitationen anstatt Innovationen hervorbringen.³³ Anstatt disruptive Innovationen zu fördern, könnte ein Datenzugang dazu führen, dass bloß inkrementelle Innovationen zu einer immer weiteren Differenzierung des Marktes führen. Ziel eines Markteingriffs sollte es aber nicht sein, dass letzten Endes mehrere Unternehmen dieselben Produkte und/oder Dienstleistungen erbringen.³⁴

Ein Datenzugsrecht sollte aufgrund dessen nur dann eingeführt werden, wenn seine Vorteile die damit einhergehenden Nachteile überwiegen.³⁵ Dabei sind insbesondere die Innovationschancen, die für Wettbewerber aus der Datenteilung erwachsen, die sich hieraus ergebende Bestreitbarkeit von Machtpositionen und die damit einhergehenden positiven Effekte einerseits

30 *Furman et al.*, Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, S. 75 <<https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>>.

31 *Hillmer*, Daten als Rohstoffe, 2021, S. 172.

32 *Hillmer*, Daten als Rohstoffe, 2021, S. 358 f.

33 *S. Hillmer* ZfDR 2021, 255 (275 f.).

34 *Hillmer*, Daten als Rohstoffe, 2021, S. 179.

35 Vgl. statt vieler ACCC, Digital Platform Services Inquiry. Interim Report No. 5 – Regulatory Reform, 2022, S. 170 <<https://www.accc.gov.au/about-us/publications/serial-publications/digital-platform-services-inquiry-2020-25-reports/digital-platform-services-inquiry-september-2022-interim-report-regulatory-reform>>; CMA, Online platforms and digital advertising. Market study final report, 2020, Appendix V, VI9 <<https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study#final-report>>; *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 106 <<https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>>; *Drexler*, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 477 (487); *Kerber* WuW 2020, 249 (251 f.).

und die etwaigen negativen Auswirkungen auf Investitionen und Innovationen für die verschiedenen Marktteilnehmer andererseits gegeneinander abzuwägen.³⁶

E. Das Datenzugangsrecht des Art. 6 Abs. 11 DMA

Als beispielhaftes Ergebnis dieser Diskussion um Datenzugangsrechte kann Art. 6 Abs. 11 DMA angeführt werden. Mit dieser Norm möchte der europäische Gesetzgeber eine Abhilfemaßnahme gegen die Konzentration auf dem Markt der Online-Suchmaschinen bereitstellen. Dieser wird im Wesentlichen weltweit von Google dominiert.³⁷ Art. 6 Abs. 11 DMA ist mit dieser Zielsetzung der zweiten Fallkonstellation zuzuordnen, und zwar in der Alternative, dass ein Datenzugang erforderlich ist, um auf dem Primärmarkt des Dateninhabers tätig zu werden und mit diesem zu konkurrieren.³⁸ Schwerpunktmäßig behandelt der DMA mit Art. 6 Abs. 9 und Abs. 10 indes das erste Zugangsszenario.³⁹ Das dritte Szenario lässt der DMA außer Acht.⁴⁰ Bei einer anderen Ausgestaltung hätte Art. 6 Abs. 11 DMA allerdings durchaus einen stärker innovationspolitischen Ansatz verfolgen können.

I. Innovation durch direkten Wettbewerb als gesetzgeberische Annahme

Das sektorspezifische Datenzugangsrecht des Art. 6 Abs. 11 DMA verfolgt mit seiner Konzeption das Ziel, direkten Wettbewerbern der Torwächter-Suchmaschine einen Zugang zu bestimmten, aggregierten Datensätzen ein-

36 Vgl. *Crémer et al.*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 98, 105; *Feasey/de Streel*, Data Sharing, 2020, S. 37; *Hillmer* ZfDR 2021, 255 (276); *Krämer*, Introduction, in: *Krämer*, Digital Markets and Online Platforms: New Perspectives on Regulation and Competition Law, 2021, S. 12 (14); Monopolkommission, Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act. Sondergutachten 82, 2022, S. 53 f.; *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 159; *Schweitzer* GRUR 2019, 569 (571).

37 Vgl. <<https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share#monthly-200905-202505>>.

38 *Schweitzer/Metzger* GRUR Int. 2023, 337 (339); *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 156; s. hierzu auch Monopolkommission, Sondergutachten 82, 2022, S. 51.

39 *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 17 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 82, 2022, S. 51.

40 *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 206 f.

zuräumen und ist mit dieser Zielsetzung im europäischen „Datenacquis“ bisher einzigartig.⁴¹ Nach der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers ist es gerade der Zugang zu den Ranking-, Anfrage-, Klick-, und Ansichtsdaten, der die wesentliche Hürde für den Erfolg und die Expansion konkurrierender Suchmaschinen begründet, sodass es gerade des Zugangs zu diesen Daten bedürfe, um einen wirksamen Wettbewerb und die Bestreitbarkeit des Suchmaschinenmarktes wiederherzustellen und zu gewährleisten.⁴² Zur Erreichung seiner Zielsetzung setzt Art. 6 Abs. 11 DMA auf den direkten horizontalen Wettbewerb allgemeiner Suchmaschinen und lässt den Wettbewerb über Komplementärmärkte außer Acht,⁴³ obwohl gerade auch dies eine mögliche Zielsetzung gewesen wäre.⁴⁴

Der europäische Gesetzgeber folgt der Vorstellung, dass sich der erhoffte Wettbewerbsdruck gerade aus einem direkten Wettbewerb ergibt. Im Gesetzgebungsverfahren hat die Kommission zwar durchaus vorgebracht, dass Innovationen maßgeblich durch disruptive Unternehmen hervorgebracht würden und das Ziel daher ein disruptiver Wettbewerb sein müsse.⁴⁵ Zutreffend wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Kommission dieses Ziel der disruptiven Innovation als einen frontalen Wettbewerb „um den Markt“ misszuverstehen scheint.⁴⁶ Der DMA folgt nach wie vor dieser Vorstellung, wie sich gerade besonders deutlich in Art. 6 Abs. 11 DMA zeigt.⁴⁷ Es wird gerade davon ausgegangen, dass über den eingeräumten Datenzugang andere Suchmaschinen in die Lage versetzt werden, die Torwächter-Suchmaschine mit einem Angebot herauszufordern, das im Wesentlichen ihrem eigenen Angebot entspricht.⁴⁸

41 *Leistner/Antoine*, Economics 2023, Vol. 17, 20220043, S. 4 f.; *Leistner/Antoine*, Study JURI Committee, 2022, S. 42, 89.

42 *Schweitzer/Metzger* GRUR Int. 2023, 337 (352); *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 201; s. auch Erwgr. 61.

43 Zu denken ist hier insbesondere an Suchangebote, die über vertikale Suchmaschinen, soziale Medien oder generative KI bereitgestellt werden.

44 *Schweitzer et al.*, Data access and sharing, 2022, S. 23.

45 Europäische Kommission, SWD(2020) 363 final Part 1/2, Rn. 279.

46 *Larouche/de Stree* Journal of European Competition Law & Practice 2021, Vol. 12, 542 (550).

47 *Larouche/de Stree* Journal of European Competition Law & Practice 2021, Vol. 12, 542 (550 f.).

48 Vgl. *Krämer*, Data Access Provisions in the DMA, in: de Stree et al., Effective and Proportionate Implementation of the DMA, 2023, S. 117 (136 f.).

II. Entsprechend eng gefasster Kreis der Berechtigten

Dem Leitbild eines direkten Wettbewerbs folgend, zieht der europäische Gesetzgeber dann auch den Kreis der Berechtigten des Art. 6 Abs. 11 DMA entsprechend eng.

Um den für Art. 6 Abs. 11 DMA zentralen Begriff der Online-Suchmaschine zu definieren, greift Art. 2 Nr. 6 DMA auf Art. 2 Nr. 5 P2B-VO⁴⁹ zurück. Ein wesentliches Merkmal dieser in Bezug genommenen Definition ist, dass der Dienst es Nutzern ermöglichen muss „prinzipiell auf allen Websites oder auf allen Websites in einer bestimmten Sprache eine Suche zu einem beliebigen Thema vorzunehmen“. Vertikale Suchmaschinen erfüllen die Voraussetzung dieser Definition nicht,⁵⁰ und sind damit auch keine Online-Suchmaschinen im Sinne des Art. 2 Nr. 6 DMA.⁵¹ Vertikale Suchmaschinen unterfallen damit nicht der Verpflichtung des Art. 6 Abs. 11 DMA,⁵² sind dann aber auch nicht als „Drittunternehmen, die Online-Suchmaschinen bereitstellen“ im Sinne von Art. 6 Abs. 11 DMA anzusehen.⁵³ Auch *Large Language Modells* (LLMs) fallen aus dem Kreis der Berechtigten, da diese nicht „alle Webseiten“ nach einem „beliebigen Thema“ durchsuchen, sondern ihre Ergebnisse anhand eines bestimmten Trainingsdatensatzes, der in seinem Umfang begrenzt und nicht vollends aktuell ist, generieren.⁵⁴

49 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.06.2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, Abl. EU v. 11.07.2019, L 186/57.

50 Vgl. Köhler/Fedderson/Alexander, 43. Aufl. 2025, P2B-VO Art. 2 Rn. 30 f.; Busch/Schulte-Nölke, 2022, P2B-VO, Art. 2 Rn. 63 f.

51 Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun/Dietrich/Jung, 5. Aufl. 2025, DMA Art. 2 Rn. 12.

52 Vgl. Cabral et al., The EU Digital Markets Act. A Report from a Panel of Economic Experts, JRC122910, 2021, S. 23 Fn. 57 <<https://dx.doi.org/10.2760/139337>>; de Streel et al., Making the DMA more resilient and effective, 2021, S. 12 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3853991>>.

53 Edelson et al., Access to Data and Algorithms: For an Effective DMA and DSA Implementation, 2023, S. 16 (76) <<https://cerre.eu/publications/access-to-data-and-algorithms-for-an-effective-dma-and-dsa-implementation/>>; Immenga/Mestmäcker/Göhl/Zimmer, Bd. 1, 7. Aufl. 2025, DMA Art. 6 Rn. 272; aA FK-KartellR/Serafimova, 108. Lieferung 05/2024, DMA Art. 6 Abs. 11 Rn. 265, 276; BeckOK InfoMedienR/Louven, 47. Ed. 01.08.2023, DMA Art. 6 Rn. 162; HK-DMA/Wolf-Posch, 2023, Art. 6 Rn. 257, 260.

54 Immenga/Mestmäcker/Göhl/Zimmer, Bd. 1, 7. Aufl. 2025, DMA Art. 6 Rn. 271; MüKo WettbR/Bueren/Weck, Bd. 1–1, 4. Aufl. 2023, Kap. 4, DMA Art. 6 Rn. 252; aA Picht NZKart 2023, 510 (514), der die Aufnahme von LLMs in die Definition bereits mit dem Argument verneint, dass LLMs keinen Web-Index durchsuchen.

III. Dynamisches Wettbewerbsumfeld erfordert aber weiten Kreis der Berechtigten

Vor dem Hintergrund, dass der europäische Gesetzgeber das Ziel der höheren Bestreitbarkeit des allgemeinen Suchmaschinenmarktes gerade durch die Förderung eines direkten Wettbewerbs erreichen möchte, ist der eng gezogene Kreis der Berechtigten auf diese direkten Wettbewerber konsequent. Letztlich soll es über Art. 6 Abs. 11 DMA unterschiedlichen Anbietern ermöglicht werden, dasselbe Angebot in vergleichbarer Qualität zu erbringen, um somit eine identische Nutzernachfrage bedienen zu können. Es ist allerdings bereits fraglich, ob sich ein solcher direkter Wettbewerb angesichts der Vielzahl an Wettbewerbsvorteilen des dominierenden Unternehmens, die über den Zugang zu Daten hinausgehen, überhaupt erzielen lässt.⁵⁵ Zudem wird eine solche statische Betrachtung des Wettbewerbs den dynamischen digitalen Märkten nicht gerecht. Auf digitalen Märkten entwickelt sich der Wettbewerb nicht zwingend von horizontalen Wettbewerbern oder direkten Substituten. Stattdessen sind es komplementäre Wettbewerber oder Marktteilnehmer aus anderen Märkten, die ihre auf diesen Märkten entwickelten Fähigkeiten dazu verwenden, in weitere Märkte zu expandieren.⁵⁶ Gerade auf Plattformmärkten, auf denen starke positive Netzwerkeffekte wirken, dürfte sich daher der Markteintritt über einen Nischenmarkt, über welchen Schritt für Schritt der Kernmarkt des etablierten marktbeherrschenden Unternehmens angegriffen werden kann, als erfolgversprechender erweisen.⁵⁷

55 Vgl. *Larouche/de Stree* Journal of European Competition Law & Practice 2021, Vol. 12, 542 (550); *Lerner*, The Role of “Big Data” in Online Platform Competition, 2014, S. 55 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482780>>; s. allgemein im Hinblick auf Plattformmärkte *MüKoWettbR/Krämer*, Bd. 1–1, 4. Aufl. 2023, Kap. 4 Ökon. Grundl. Rn. 133; *Krämer/Schnurr* Journal of Competition Law & Economics 2022, Vol. 18, 255 (274); *Krämer et al.*, Role of Data, 2020, S. 7; *Petit/Teece* Industrial and Corporate Change 2021, Vol. 30, 1168 (1189 f.).

56 *Teece/Kahwaty*, Is the proposed Digital Markets Act the Cure for Europe’s Platform Ills? Evidence from the European Commission’s Impact Assessment, 2021, S. 28 <https://media.thinkbrg.com/wp-content/uploads/2021/04/11215103/Is-the-DM-A-the-Cure_Teece_Kahwaty.pdf>; s. hierzu auch OECD, An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, 2019, S. 36 <<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>>; *Petit/Teece* Industrial and Corporate Change 2021, Vol. 30, 1168 (1189 f.).

57 *Schweitzer et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, 2018, S. 123; ähnlich bereits *Stucke/Ezrachi* Yale Journal of Law & Technology 2016, Vol. 18, 70 (84).

Auch gemessen an innovationspolitischen Zielen erscheint ein direkter Wettbewerb nicht wünschenswert, sondern es sollte stattdessen ein disruptiver Wettbewerb gefördert werden. Sofern lediglich ein etabliertes Unternehmen durch einen Wettbewerber ersetzt wird, der im Grunde den gleichen Dienst anbietet, führt dies bloß zu einer ineffizienten Verdoppelung der hierfür erforderlichen Infrastruktur.⁵⁸ Zudem ist zu beachten, dass eine Marktkonzentration auch zu erheblichen Effizienzvorteilen führen kann und Netzwerkeffekte⁵⁹ sich so voll realisieren lassen, was sich positiv auf die Qualität des Angebots auswirkt.⁶⁰ Die Duplizierung von Diensten könnte diese Effizienzgewinne gerade zunichtemachen.⁶¹

Ein Datenzugangsrecht sollte daher nicht die ineffiziente Duplizierung mehr oder weniger identischer Dienste fördern.⁶² Stattdessen sollte es darauf gerichtet sein, neue Innovationen hervorzubringen, die es dem Datenzugangspetenten erlauben, den Dateninhaber herauszufordern. Durch die Förderung des disruptiven Wettbewerbs statt des direkten statischen Wettbewerbs lässt sich das Ziel, Märkte bestreitbarer zu gestalten, wohl eher erreichen.⁶³ Den Wettbewerbern ist es zu ermöglichen, an dem Wettbewerb um den Markt teilzunehmen, wofür die Innovations- und Wettbewerbszyklen für alle Marktteilnehmer offengehalten werden müssen. Gerade in einem solchen dynamischen Verständnis von Wettbewerb kommt die Fortschrittsfunktion des Wettbewerbs zur Geltung.⁶⁴ Ein so geförderter disruptiver Verdrängungswettbewerb sollte sich dann jedoch nicht nur auf einen isoliert betrachteten zentralen Plattformdienst beschränken, sondern darauf abzielen, ganze digitale Ökosysteme zu erfassen.⁶⁵ Gerade dieser Zielsetzung sollte ein Datenzugangsrecht dienen.⁶⁶

Konsequenterweise darf dann auch das Wettbewerbsumfeld nicht statisch betrachtet werden, sondern muss künftigen Entwicklungen offen ge-

58 Vgl. Krämer/Schnurr *Journal of Competition Law & Economics* 2022, Vol. 18, 255 (271 f.); Krämer *et al.*, *Role of Data*, 2020, S. 77.

59 S. hierzu Tucker *Review of Industrial Organization* 2019, Vol. 54, 683 (685).

60 Krämer, in: *Digital Markets and Online Platforms*, 2021, S. 12 (16).

61 Krämer/Schnurr *Journal of Competition Law & Economics* 2022, Vol. 18, 255 (273).

62 Krämer/Schnurr *Journal of Competition Law & Economics* 2022, Vol. 18, 255 (272); Krämer *et al.*, *Role of Data*, 2020, S. 78.

63 Vgl. Larouche/de Streel *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, Vol. 12, 542 (550).

64 Göhsl, *Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft*, 2023, S. 291 f.

65 Vgl. Göhsl, *Marktübergreifendes Wachstum in der Digitalwirtschaft*, 2023, S. 290.

66 Vgl. Krämer/Schnurr *Journal of Competition Law & Economics* 2022, Vol. 18, 255 (274); Krämer *et al.*, *Role of Data*, 2020, S. 10 f., 79.

genüberstehen. Wenn eine Datenteilung dazu dienen soll, die Bestreitbarkeit eines Marktes zu fördern, ist es nicht sinnvoll, den Kreis der Berechtigten, die von der Datenteilung profitieren, zu beschränken. Es obliegt nicht dem Gesetzgeber, abzuschätzen, aus welcher Richtung sich der durch die Datenteilung ermöglichte Wettbewerbsdruck letztlich ergibt.⁶⁷ Bezogen auf Art. 6 Abs. 11 DMA bedeutet dies, dass in den Kreis der Berechtigten des Art. 6 Abs. 11 DMA alle einzubeziehen gewesen wären, deren Angebot zumindest potenziell dasselbe Nutzerbedürfnis, namentlich die Befriedigung eines Informationsinteresses durch die Auswahl und Bereitstellung von Online-Inhalten, erfüllen kann. Dies wären neben anderen allgemeinen Suchmaschinenanbietern spezialisierte Suchmaschinen, Anbieter sozialer Netzwerke, die gerade von jüngeren Nutzern als Alternative zu klassischen Suchmaschinen verwendet werden,⁶⁸ LLMs, die sich als Antwortmaschinen als Wettbewerber zu allgemeinen klassischen Suchmaschinen positionieren könnten sowie sonstige Anbieter, die zwar bisher noch keine Suchmaschine betreiben, aber über die notwendigen finanziellen und technischen Voraussetzungen verfügen, um eine solche aufzubauen und insbesondere den erforderlichen Zugang zu den Endnutzern haben. Für all diese Anbieter könnten die von Art. 6 Abs. 11 DMA erfassten Daten Innovationsräume schaffen und daraus hervorgehend einen Innovationswettbewerb ermöglichen.

Positiv hervorzuheben an der Ausgestaltung des Art. 6 Abs. 11 DMA ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass Art. 6 Abs. 11 DMA zumindest nicht andere Torwächter aus dem Kreis der Berechtigten ausschließt.⁶⁹ Denn Innovationen, die zu einer erhöhten Bestreitbarkeit auf dem Suchmaschinenmarkt führen, könnten gerade von anderen Torwächtern hervorgebracht werden, die sich auf andere Märkte ausdehnen beziehungsweise ihr Ökosystem vergrößern wollen.⁷⁰

67 Vgl. *Feasey/de Streef*, Data Sharing, 2020, S. 59.

68 Vgl. Adobe Express, Using TikTok as a Search Engine. Your new way to search: exploring TikTok's hidden search engine powers, 03.01.2024 <<https://www.adobe.com/express/learn/blog/using-tiktok-as-a-search-engine>>; *Iskiev*, The Way People Search the Web is Changing, HubSpot Blog, 23.07.2024 <<https://blog.hubspot.com/marketing/how-search-behaviors-are-changing>>.

69 *Podszun*, Economics 2023, Vol. 17, 20220037, S. 9; FK-KartellR/*Serafimova*, 108. Lieferung 05/2024, DMA Art. 6 Abs. 11, Rn. 276; HK-DMA/*Wolf-Posch*, 2023, Art. 6 Rn. 261; aA *Immenga/Mestmäcker/Göhl/Zimmer*, Bd. 1, 7. Aufl. 2025, DMA Art. 6 Rn. 274.

70 Vgl. *Larouche/de Streef* Journal of European Competition Law & Practice 2021, Vol. 12, 542 (553); *Mast/Kettemann/Dreyer/Schulz/Oster*, 2024, DMA Art. 6 Rn. 155.

Diese Ausweitung des Kreises der Berechtigten widerspricht auch nicht den vorangehend dargelegten Grundsätzen, dass ein Datenzugangsrecht einer Rechtfertigung bedarf und das Ergebnis einer Interessenabwägung ist. Zwar können aufgrund dessen Datenzugangsrechte prinzipiell nicht zugunsten jedermann begründet werden, da die Zielsetzung, mit der das Datenzugangsrecht geschaffen wurde, den Kreis der zum Datenzugang Berechtigten beschränkt. Der hierdurch vorgegebene Rahmen darf allerdings nicht zu eng gefasst werden, sondern ist auf das zu beschränken, was erforderlich ist, um der dem Datenzugangsrecht zugrundeliegenden Rechtfertigung und Interessenabwägung gerade noch gerecht zu werden. Innerhalb des so gezogenen Rahmens darf ein Datenzugangsrecht dann aber keine Wettbewerbs- oder Innovationsrichtung vorgeben, die über den Zugang zu den Daten eröffnet werden soll. Solange die Datenzugangspetenten den Zweck erfüllen können, der das Datenzugangsrecht rechtfertigt – bezogen auf Art. 6 Abs. 11 DMA die Gewährleistung der Bestreitbarkeit des Online-Suchmaschinenmarkts – sind sie in den Kreis der Berechtigten einzubeziehen.

F. Schlussfolgerungen für die Ausgestaltung eines Datenzugangsrechts mit dem Ziel der Innovationsförderung

Bedauerlicherweise folgt der europäische Gesetzgeber mit Art. 6 Abs. 11 DMA einem zu engen Wettbewerbs- und Innovationsverständnis, sodass Art. 6 Abs. 11 DMA nur bedingt als Vorbild für Datenzugangsrechte mit dem Ziel der Innovationsförderung dienen kann. Durch die Beschränkung des Datenzugangs auf „Drittunternehmen, die Online-Suchmaschinen bereitstellen“, werden die Möglichkeiten der Innovationsförderung durch die erfassten Daten unnötig eingeschränkt. Der europäische Gesetzgeber geht bei Art. 6 Abs. 11 DMA offenbar davon aus, dass eine höhere Bestreitbarkeit des allgemeinen Suchmaschinenmarktes gerade durch die Förderung des direkten Wettbewerbs durch einen engen Kreis von Berechtigten erreicht werden kann. Ziel ist es, den unmittelbaren Wettbewerbern der Torwächter-Suchmaschine zu ermöglichen, dasselbe Angebot in vergleichbarer Qualität anzubieten, um dasselbe Nutzerinteresse befriedigen zu können. Ein solcher direkter Wettbewerb erscheint jedoch wegen der vielfältigen Wettbewerbsvorteile des dominierenden Unternehmens, die über den bloßen Datenzugang hinausgehen, nicht nur unrealistisch, sondern auch gar

nicht erstrebenswert. Denn er würde die ineffiziente Duplizierung bestehender Infrastrukturen erfordern, während gerade die bestehende Konzentration erhebliche Effizienzvorteile ermöglicht – etwa durch die volle Ausschöpfung von Netzwerkeffekten.⁷¹ Aufgrund dieser Beschränkungen verschenkt Art. 6 Abs. 11 DMA sein Innovations- und Wettbewerbspotenzial⁷² und erkennt seine innovationspolitische Dimension,⁷³ die in Erwgr. 107 DMA mit der Zielsetzung, für Innovationen zu sorgen, explizit anklingt.

Für den europäischen Gesetzgeber bestand keine Notwendigkeit, sich für ein derart enges Wettbewerbsverständnis zu entscheiden und damit die durch einen Datenzugang potenziell erzielbaren Innovationsräume und -möglichkeiten von vornherein einzuschränken. Zwar muss sich ein Datenzugang innerhalb seiner Rechtfertigung bewegen. Sofern sich der Gesetzgeber allerdings für einen Markteingriff durch eine Datenzugangsverpflichtung entscheidet, sollte das in diesen Daten liegende Innovations- und Wettbewerbspotenzial dann aber auch voll ausgeschöpft werden, soweit dies noch von der den Markteingriff rechtfertigenden Begründung gedeckt ist. Es ist nicht die Aufgabe des Gesetzgebers zu entscheiden, aus welcher Richtung und von welchen Wettbewerbern die Innovationen kommen dürfen, mit denen letztlich den Umständen, die die Datenzugangsverpflichtung rechtfertigen, begegnet werden soll. Diesen Anforderungen genügt Art. 6 Abs. 11 DMA nicht. Bei der Entwicklung weiterer Datenzugangsrechte sollten diese Erkenntnisse Berücksichtigung finden und stattdessen verstärkt der Vorstellung eines disruptiven Wettbewerbs aus Nischen- und Zukunftsmärkten gefolgt werden. Gerade zur Förderung eines solchen Wettbewerbs kann ein Datenzugsrecht das richtige Mittel sein.

Datenzugangsrechte sollten mit der Zielsetzung geschaffen werden, einen Innovationswettbewerb zu ermöglichen. Dabei ist zu beachten, dass sich dieser Innovationswettbewerb nicht zwingend aus einem direkten Wettbewerb mit dem Dateninhaber ergeben muss. Der Datenzugangsberechtigte kann die Daten zunächst auch nutzen, um in einen Markt einzutreten, in dem der Dateninhaber möglicherweise gar nicht tätig ist, oder um seine Stellung in diesem Markt auszubauen. Anschließend kann er die aus diesem Markt gezogene Kraft nutzen, um den Kernmarkt des Dateninhabers anzugreifen. Suchmaschinendaten könnten einem Unternehmen beispiels-

71 S. hierzu bereits oben Abschnitt E.III.

72 Krämer, in: *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, 2023, S. 117 (136).

73 Vgl. Hillmer ZfDR 2021, 255 (275).

weise ermöglichen, in einen digitalen Markt einzutreten und sich von dort aus sukzessive zu einem Wettbewerber auf digitalen Märkten insgesamt zu entwickeln.⁷⁴

Bei der Bestimmung der zum Datenzugang Berechtigten ist daher darauf zu achten, dass die Daten für verschiedene Zwecke genutzt werden können und dass sich Innovationen und ein damit einhergehender Wettbewerb aus verschiedenen Bereichen entwickeln können. Der Kreis der Berechtigten sollte deshalb nicht zu eng gefasst werden, sondern auch potenziellen Wettbewerbern des Dateninhabers, die sich derzeit noch in anderen Märkten bewegen, Innovationen ermöglichen. Zudem ist anzuerkennen, dass gerade die ohnehin schon datenreichen Torwächter oder andere große Digitalunternehmen in der Lage sein dürften, die über einen Datenzugang erlangten Daten für Innovationen zu nutzen, auch wenn dies nicht das Ziel des Gesetzgebers sein mag. Torwächter und andere bereits marktstarke Unternehmen sollten deshalb nicht von einem Zugang zu den Daten ausgeschlossen werden. Auch ein Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen kann Innovationen hervorbringen und ein dadurch verstärkter Wettbewerb eine Verbesserung des Status quo begründen. Gerade im Hinblick auf diesen Wettbewerb sollten Datenzugsrechte daher „ökosystembezogen“ gedacht werden und vor dem Hintergrund betrachtet werden, ob sie einen innovationsgetriebenen Wettbewerb zwischen digitalen Ökosystemen ermöglichen können. Dementsprechend sollten sie ausgestaltet werden.

Bei alledem ist darauf zu achten, dass die zur Verfügung gestellten Daten auch tatsächlich von den Datenzugangspetenten für Innovationen genutzt werden können. Ist die schiere Datenmenge, die zur Verfügung gestellt wird, zu groß, könnten die Datenzugangspetenten gar nicht in der Lage sein, sie zu verarbeiten und zu speichern.⁷⁵ Steht den Datenzugangspetenten die hierfür erforderliche technische Infrastruktur nicht zur Verfügung, kann dies die praktischen Auswirkungen und Möglichkeiten einer Datenteilung beschränken.⁷⁶ Es könnte für den Datenzugangspetenten mit so hohen Kosten und einem so hohen Zeitaufwand verbunden sein, die zur Verfügung gestellten Daten nutzbar zu machen, dass er sie gar nicht

74 Krämer, in: *Effective and Proportionate Implementation of the DMA*, 2023, S. 117 (136).

75 Tombal, *Imposing Data Sharing among Private Actors: A Tale of Evolving Balances*, 2022, S. 398.

76 Fast et al. *Journal of Information Technology* 2023, Vol. 38, 202 (217).

nutzt.⁷⁷ Um die über ein Datenzugangsrecht bereitgestellten Datenmengen handhabbar zu machen wird daher eine Auswahl vorzunehmen sein. So wird beispielsweise im Hinblick auf Art. 6 Abs. 11 DMA vorgeschlagen, den Umfang der bereitgestellten Daten auf gewisse Suchanfragen, Antworten und Klickdaten zu limitieren.⁷⁸ Welche (Teil-)Datensätze dann tatsächlich bereitzustellen sind, wird allerdings nicht von dem Gesetzgeber festgelegt werden können, sondern ist von den betreffenden Marktteilnehmern zu erarbeiten.⁷⁹

Bei der Schaffung von Datenzugangsrechten sollte daher stets ihr innovationspolitisches Potenzial berücksichtigt werden, damit sie dementsprechend ausgestaltet werden können. Art. 6 Abs. 11 DMA steckt die durch einen Datenzugang ermöglichten Innovationsräume zu eng ab, sodass die Norm überwiegend als Negativbeispiel eines Datenzugangsrechts zur Förderung von Innovationen dient. Die daraus gezogenen Lehren sollten bei der Schaffung zukünftiger Datenzugangsrechte berücksichtigt werden, um mittels einer solchen Regulierung einen Beitrag zur Innovationsförderung leisten zu können.

77 *Gal/Petit* Berkeley Technology Law Journal 2021, Vol. 36, 617 (649).

78 *Martens* European Competition Journal 2024, Vol. 20, 537 (550).

79 Um den absehbaren Meinungsverschiedenheiten in diesem Zusammenhang zu begegnen, wäre es jedoch denkbar, dass die Europäische Kommission den Prozess koordiniert und einen offenen, transparenten Konsultationsprozess initiiert, an dem alle betroffenen Akteure beteiligt werden.

Innovation in digitalen Ökosystemen: Welche Rolle spielen Killer Acquisitions und der DMA?

Lukas Breide*

A. Einleitung

Die These, es käme auf Digitalmärkten aufgrund von „Killer Acquisitions“ zu weniger Innovation, gilt bislang als wenig haltbar. Trotz tausender Übernahmen von Big Tech, oft auch über deren Kernmärkte hinaus, wurden nur wenige Innovationen im Nachhinein „gekillt“. Vielmehr ermöglichen die schiere Größe, Vielfalt und Interoperabilität der Big-Tech-Ökosysteme eine schnelle Integration neuer Innovationen und deren rasche Umsetzung in Dienste oder Funktionen für ihre Nutzer. Diese Integration führt aber auch zu einer erheblichen Konzentration und Marktkonsolidierung sowie zu einer „Schließung“ und Homogenisierung der Ökosysteme.

Dieser Beitrag befasst sich, beginnend mit der ökonomischen Literatur zum schwer bestimmbareren Verhältnis von Innovation und Wettbewerb (B), zunächst mit einem Überblick über die Literatur zu sogenannten „Killer Acquisitions“ (C) und inwiefern diese tatsächlich in digitalen Märkten vorkommen (D). Nach einer eingehenden Betrachtung des Phänomens der digitalen Ökosysteme wird dann eine Schadenstheorie präsentiert, die den komplexen und im Gegensatz zum klassischen Wettbewerbsrecht nicht-linearen Zusammenhängen, die digitale Ökosysteme ausmachen, Rechnung trägt (E). Ausgehend von den Einsichten dieser Schadenstheorie wird abschließend bewertet, inwieweit aktuelle Regulierungsregime, wie beispielsweise der DMA, den besonderen Herausforderungen in Form der digitalen Ökosysteme gewachsen sind (F). Der letzte Abschnitt fasst die Erkenntnisse zusammen (G).

* Doktorand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Law and Economics of Digitization an der Technischen Universität Ilmenau.

B. Innovation und Wettbewerb – ein kurzer Abriss

Das Verhältnis zwischen Marktkonzentration und Innovation ist in der ökonomischen Literatur seit Jahrzehnten ein kontrovers diskutiertes Forschungsgebiet, was insbesondere am Theorienstreit der frühen Schriften von Schumpeter¹ und Arrow² liegt. Um die ökonomischen Implikationen und die mehr oder weniger starken Bemühungen zur Regulierung von „Killer Acquisitions“ besser zu verstehen, lohnt sich daher ein Blick auf die verschiedenen Theorien, die in diesem Bereich veröffentlicht wurden.

Auf der einen Seite vertreten Anhänger³ der Theorien Schumpeters die These, dass eine zunehmende und hohe Konzentration auf Märkten nicht kontraproduktiv für deren Innovationsfähigkeiten sein muss. Dies wird insbesondere mit Verweisen auf die größeren Ressourcen und (finanziellen) Möglichkeiten, die größere Unternehmen haben, etwa, um in Forschung und Entwicklung zu investieren, begründet. Demnach haben solche Großunternehmen nicht nur die größeren Möglichkeiten, sondern auch die Motivation, Produkte (weiter) zu entwickeln, da sie ihren Platz als Marktführer behalten und diesen nicht an konkurrierende Unternehmen verlieren wollen. Diesem Verständnis liegt das Schumpetersche Bild vom Wettbewerb als „Akt schöpferischer Zerstörung“ im Rahmen eines Innovations-Imitations-Wettbewerbs zugrunde, also eines dynamischen und von stetiger Innovation geprägten Prozesses, in welchem die Konkurrenten des temporären Marktführers dessen optimale Strategie imitieren und auf diese Weise den Innovationsvorsprung dieses Marktführers wieder verringern.

Auf der anderen Seite finden sich die Anhänger⁴ der Theorie von Arrow, welcher postulierte, dass es für das Innovationsniveau eines Marktes besser sei, wenn es auf diesem eine Vielzahl kleinerer Unternehmen gäbe, die miteinander konkurrieren. Hintergrund dieser Überlegung ist, dass große, marktbeherrschende Unternehmen wenig Interesse daran haben, den Status Quo, in welchem sie die größten Profite erwirtschaften, zu ändern.

1 Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, NY.: Harper 1942.

2 Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in: Nelson/Phelps/Winter, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton, N.J.: Princeton University Press 1962, S. 609.

3 Siehe etwa: Dasgupta/Stiglitz *The Bell Journal of Economics* 11 (1), 1980, 1; Stiglitz *American Economic Review* 71 (2), 1981, 184; Gilbert, *Looking for Mr. Schumpeter. Where are we in the Competition-Innovation Debate?*, in: Jaffe/Lerner/Stern, *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 6, 2006, S. 159.

4 Siehe etwa: Porter *The Antitrust Bulletin* 46 (4), 2001, 919; Holmes/Schmitz *Annual Review of Economics* 2 (1), 2010, 619.

Daher haben sie auch weniger Ambitionen, neue Produkte zu entwickeln, die auf irgendeine Weise ein Risiko der Disruption ihres profitablen Status Quo darstellen könnten. Arrow und diejenigen Theoretiker, die sich auf ihn beziehen, sehen daher in einer Monopolstellung eines Unternehmens einen der größten Hinderungsgründe für weitergehende Innovation auf diesem Markt.

Was bei der scheinbar deutlichen Gegensätzlichkeit der beiden ökonomischen Theorien von Schumpeter einerseits und von Arrow andererseits jedoch beachtet werden muss, ist, dass sich diese beiden Ansichten zu Marktkonzentration und Wettbewerb nicht notwendigerweise immer widersprechen. So geht Schumpeter in seinem Ansatz davon aus, dass Monopole stets nur temporär gebildet werden, bis die Konkurrenz des Monopolisten zu diesem aufgeschlossen hat. Eine dauerhafte Monopolstellung wäre auch nach der Schumpeterschen Theorie kontraproduktiv für die Innovationskraft eines Marktes, was den scheinbar großen Gegensatz zu Arrows Ansatz zumindest etwas kleiner erscheinen lässt.

Zusätzlich zu diesen beiden wesentlichen Theorien im Bereich der Forschung zu Marktkonzentration und Innovation ist noch auf das Wettbewerbsverständnis von Hayek⁵ zu verweisen, da dieser Ansatz für das Phänomen der „Killer Acquisitions“ zentral erscheint. Hayek sah Wettbewerb als einen „Entdeckungsprozess“, in dessen Rahmen private Akteure, typischerweise Firmen, über den Verkauf ihrer Ware Informationen über Kundenpräferenzen und effektive Technologien erhalten. Mithilfe dieser Informationen, etwa, ob ein bestimmtes Produkt gut verkauft wurde oder nicht, können die Firmen dann ihre Produkte an den Kundenpräferenzen ausgerichtet verbessern und auf diese Weise ihren Profit steigern.⁶ Die Konkurrenz dieser erfolgreichen Firmen kann dann von deren Strategie lernen und ihrerseits ihre Produktpalette entsprechend anpassen, sodass die Konsumenten letztendlich die volle Macht darüber haben, welche Art von Produkten auf dem Markt angeboten werden.

Aufbauend auf diesem Verständnis von Wettbewerb nach Hayek formulierten dann weitere Theoretiker, etwa Kerber⁷ und Farrell⁸, Implikationen,

5 Hayek *The Quarterly Journal of Austrian Economics* 5, 1968, 9.

6 Hayek *The Quarterly Journal of Austrian Economics* 5, 1968, 9 (13).

7 Kerber, *Competition, Innovation and Maintaining Diversity Through Competition Law*, in: Drexel/Kerber/Podszun, *Economic Approaches to Competition Law: Foundations and Limitations*, 2011, S. 173.

8 Farrell *The Antitrust Bulletin* 51 (1), 2006, 165.

die sich daraus für Märkte ergeben, die zunehmend konzentriert sind. Schließen sich auf einem Markt immer mehr Unternehmen zusammen, sinkt dadurch auch die Anzahl der Unternehmen, die parallel an der Lösung für bestimmte Kundenpräferenzen arbeiten.⁹ Auf diese Art und Weise bringt der Markt nur einen Ansatz hervor, um ein bei den Konsumenten bestehendes Problem zu lösen, und nicht eine Vielzahl unterschiedlicher Lösungsansätze unabhängig experimentierender und konkurrierender Firmen.¹⁰ Als Folge sinkt nicht nur die Menge generierten Wissens im Markt, da lediglich ein Unternehmen Feedback hinsichtlich des von ihm verkauften Produktes erhält, sondern die Konsumenten verlieren auch jegliche Wahlmöglichkeit, da es nur ein Produkt für ein bestimmtes Problem gibt.¹¹ Aus diesem Grund plädieren Ökonomen wie Kerber¹² oder Farrell dafür, dass ein gewisser Grad an Diversität in einem Markt notwendig sei, um Schaden von den Konsumenten abzuwenden, der entsteht, wenn es keine alternativen Lösungsansätze für ihre Probleme gibt. Wie hoch der Grad an Diversität sein sollte und ob er für jeden Markt gleich ist, kann kaum bestimmt werden, doch ist ein hinreichend starker Wettbewerb mit konkurrierenden und alternativen Lösungsansätzen für Kundenpräferenzen

9 Kerber, in: *Economic Approaches to Competition Law: Foundations and Limitations*, 2011, S. 173 (183).

10 Farrell *The Antitrust Bulletin* 51 (1), 2006, 165 (168).

11 Kerber, in: *Economic Approaches to Competition Law: Foundations and Limitations*, 2011, S. 173 (176).

12 In den Schriften von Kerber wird ein Bild von Wettbewerb als wissensgenerierendem Prozess gezeichnet, in welchem Firmen miteinander konkurrieren, um ihr Wissen und ihre Fähigkeiten zur Entwicklung neuer und besserer Lösungen (Produkte) zu verbessern. Siehe etwa: Kerber *Review of Political Economy* 5 (4), 1993, 427; Kerber, *Recht als Selektionsumgebung für evolutionäre Wettbewerbsprozesse*, in: Priddat/Wegner, *Zwischen Evolution und Institution – Neue Ansätze in der ökonomischen Theorie*, 1996, S. 301; Kerber, *Wettbewerb als Hypothesentest: Ein evolutionäres Konzept wissenschaftlichen Wettbewerbs*, in: Delhaes/Feöh, *Dimensionen des Wettbewerbs*, 1997, S. 31; Kerber *Journal of Economic Issues* 40 (2), 2006, 457; Kerber, *Competition, innovation and competition law: Dissecting the interplay*, in: Gerard, *Dynamic Markets and Dynamic Enforcement – The Impact of the Digital Revolution and Globalisation on the Enforcement of Competition Law in Europe*, Brüssel: Bruylant, 2018, S. 33; Kerber, *Dynamic Competition and Innovation: An Evolutionary Approach of Knowledge-Generating Competition*, manuscript, 2023; Kerber, *Towards a dynamic concept of competition that includes innovation – Note*, OECD DAF/COMP/WD(2023)42, 2023.

gegenüber einer „monokulturellen“ Marktstruktur ohne jegliche Diversität zu bevorzugen.¹³

C. Killer Acquisitions – Ursprünge und allgemeiner Überblick

Der Begriff der „Killer Acquisition“ bezeichnet eine Unternehmensübernahme, deren Sinn und Zweck es ist, ein Forschungsprojekt, eine Technologie, eine Produktlinie des übernommenen Unternehmens oder sogar das ganze Unternehmen selbst zu eliminieren.¹⁴ Haucap definiert eine typische „Killer Acquisition“ wie folgt: „[Sie] wird in der Regel als Übernahme eines kleineren, innovativen Start-ups durch ein großes etabliertes Unternehmen beschrieben. Oft hat das Start-up nur einen begrenzten oder gar keinen Umsatz (und kann daher unter den relevanten Umsatzschwellen für die Fusionskontrolle liegen) und hat möglicherweise noch nie einen Gewinn erzielt, dennoch kann der gezahlte Preis erheblich sein. Die Definition wird manchmal erweitert, um darauf hinzuweisen, dass der Grund für die Übernahme darin besteht, einem Wettbewerb zwischen dem Start-up und dem etablierten Unternehmen zuvorzukommen.“¹⁵

Zunehmende Aufmerksamkeit bekam das Thema der „Killer Acquisitions“ dann in jüngerer Vergangenheit mit dem einflussreichen Beitrag von Cunningham et al., in welchem das Phänomen dieser Übernahmen theoretisch und empirisch mit Bezug auf die Pharmaindustrie untersucht wurde.¹⁶ So stellen sie beispielsweise fest, dass „Killer Acquisitions“ insbesondere dann wahrscheinlich sind, wenn die Substituierbarkeit zwischen den Projekten (z.B. der Entwicklung eines Medikaments) der übernehmenden und der übernommenen Firma hoch ist und die Erfolgswahrscheinlichkeit des etablierten Marktteilnehmers, ein neues Produkt zu entwickeln, gering ist.¹⁷ In der empirischen Untersuchung wurden die theoretischen Annahmen ihres Beitrags dann weitestgehend bestätigt: Sowohl für die Substitutionswirkung als beiträgendem Faktor für eine „Killer Acquisition“, als auch für

13 Farrell The Antitrust Bulletin 51 (1), 2006, 165 (169); Kerber, in: Economic Approaches to Competition Law: Foundations and Limitations, 2011, S. 173 (194).

14 Katz Information Economics and Policy 54, 2021, 1.

15 Haucap, Killerakquisitionen als Herausforderungen für Wettbewerb und Fusionskontrolle, in: Haucap/Polk/Stöhr, Wettbewerb und Ordnungspolitik im globalen Kontext, 2025, S. 209.

16 Cunningham/Ederer/Ma Journal of Political Economy 129 (3), 2021, 649.

17 Cunningham/Ederer/Ma Journal of Political Economy 129 (3), 2021, 649 (696).

den Fakt, dass die Übernahmen häufig knapp unterhalb der Schwellenwerte stattfinden, die eine kartellrechtliche Prüfung nach sich ziehen würden, konnten empirische Belege gefunden werden.¹⁸ Somit konnte in diesem Beitrag theoretisch und empirisch nachgewiesen werden, dass etablierte Unternehmen durchaus Anreize haben, Marktneulinge zu übernehmen und deren Innovationen einzustellen, um den potentiellen Verlust an Gewinn durch bestehende Produkte des eigenen Unternehmens zu verhindern. Je schwächer der Wettbewerbsdruck im Markt ist, desto stärker sind dabei die Anreize der etablierten Unternehmen, ihre Marktmacht zu schützen und „Killer Acquisitions“ durchzuführen.¹⁹ Diese Argumentation weist somit große Ähnlichkeiten zur allgemeinen ökonomischen Theorie von Arrow auf, in welcher die Innovationsfähigkeit und -bereitschaft großer marktbeherrschender Unternehmen aus ähnlichen Gründen angezweifelt wurde.

Ausgehend von und im Zusammenhang mit dieser einflussreichen Studie von Cunningham et al. wurden diverse weitere Untersuchungen hinsichtlich „Killer Acquisitions“ durchgeführt, die sich ebenso auf den Pharmasektor konzentrierten. So stellten diverse Studien bereits vor der Untersuchung von Cunningham et al. fest, dass die zunehmende Marktkonsolidierung in der pharmazeutischen Industrie zu erheblichen Reduktionen bei den Forschungsausgaben und der Patentproduktion der fusionierten Unternehmen führt, sowie zu einem signifikanten Rückgang der Produktivität von Forschern und Entwicklern aus den übernommenen Zielunternehmen.²⁰ Zu ähnlichen Ergebnissen wie Cunningham et al. kam darüber hinaus eine Studie von Wollmann, die feststellt, dass nach der Anhebung der Schwelle für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben in den USA die Pharmaindustrie zu den fünf Branchen mit der höchsten Zahl an horizontalen, von der Anmeldung befreiten Fusionen in der Zeit nach der Änderung gehört.²¹ Dies steht auch im Einklang mit der Bewertung von Fusionen durch die Europäische Kommission, die die Umsatzschwellen

18 Cunningham/Ederer/Ma *Journal of Political Economy* 129 (3), 2021, 649 (671).

19 Cunningham/Ederer/Ma *Journal of Political Economy* 129 (3), 2021, 649 (696).

20 Siehe dazu etwa: Ornaghi *International Journal of Industrial Organization* 27 (1), 2009, 70; Haucap/Rasch/Stiebale *International Journal of Industrial Organization* 63, 2019, 283; Ornaghi/Cassi, *Acquisitions, inventors' turnover, and innovation: evidence from the pharmaceutical industry*, Discussion Paper in Economics and Econometrics, University of Southampton, 2023.

21 Wollmann *American Economic Review: Insights* 1 (1), 2019, 77.

der EU-Fusionskontrollverordnung nicht erreicht haben.²² Die Bewertung ergab, dass es im Pharmasektor Fusionen zwischen Unternehmen mit sich überschneidenden Arzneimittelprojekten gab, die die Umsatzschwellen nicht erreichten, obwohl die Käufer bereit waren, einen hohen Preis für den Erwerb von innovativen Unternehmen mit niedrigem Umsatz zu zahlen.²³ Eine andere Untersuchung des DG für Forschung und Innovation mit „Informa Pharma Consulting“ zeigt darüber hinaus, dass die Wahrscheinlichkeit der Einstellung eines Arzneimittelprojekts steigt, wenn es mit einem anderen Projekt des erwerbenden Unternehmens für dieselbe Indikation überlappt.²⁴ Zudem zeigt die Studie, dass es nach einer Übernahme keine Beschleunigung in der Entwicklung von Arzneimitteln gibt, entgegen den Behauptungen der Industrie, dass Übernahmen den F&E-Prozess beschleunigen würden. Eine weitere Untersuchung mit Bezug zur Pharmaindustrie, hier für den Bereich des Markts für Antidiabetika, wurde von Malek, Seldeslachts & Veugelers durchgeführt. Diese kam zum Ergebnis, dass Fusionen und Übernahmen im Vergleich zu einer Vergleichsgruppe nicht übernommener Unternehmen die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass die Projekte der Zielunternehmen nach der Übernahme eingestellt werden. Diese Entwicklung äußerte sich unter anderem in einer Verringerung der Patentierungswahrscheinlichkeit.²⁵

Neben diesen Untersuchungen, die das Vorkommen von „Killer Acquisitions“ in der pharmazeutischen Industrie nahelegen, existieren jedoch auch Studien, die den Effekt als weniger deutlich ansehen oder differenzierter betrachten. So bieten etwa empirische Forschungen zu Allianzen zwischen kleineren Biotech-Firmen und größeren pharmazeutischen Unternehmen als potenzielle Alternativen oder Ergänzungen zu Fusionen eine andere Sichtweise, da sie eine positive Korrelation zwischen der klinischen Entwicklungskompetenz eines größeren Unternehmens und dem Erfolg

22 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt Nr. L 024 vom 29.01.2004, 1–22.

23 *European Commission: DG for Competition/Lear*, Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects – Final report and appendices, Publications Office of the European Union, 2024.

24 *DG for Research and Innovation (European Commission)/Informa Pharma Consulting/Szücs*, Study on the impact of mergers and acquisitions on innovation in the pharmaceutical sector, 2020.

25 *Malek/Seldeslachts/Veugelers*, Are M&As Spurring or Stifling Innovation? Evidence from Antidiabetic Drug Development, unpublished working paper, 2023.

kleiner Firmen aufzeigen.²⁶ Darüber hinaus konnte auch nachgewiesen werden, dass viele Fusionen und Übernahmen auf dem Pharmamarkt zwischen kleinen und forschungsorientierten Unternehmen stattfinden. Diese Unternehmen sind auch diejenigen Firmen, die häufig an Transaktionen mit neuartigen und damit (finanziell) riskanten Projekten teilnehmen. Etablierte Unternehmen verlassen sich demnach eher auf die internen F&E-Abteilungen.²⁷

D. Killer Acquisitions in der Digitalindustrie – empirische Befunde und mögliche Schadenstheorien

Wie nun anhand diverser Beispiele dargelegt, ist das Phänomen der „Killer Acquisitions“ insbesondere ein Problem mit Relevanz für die pharmazeutische Industrie und deren Innovationstätigkeiten. Dennoch gab es darüber hinaus Bestrebungen, das Konzept der „Killer Acquisitions“ auch auf andere Märkte und Branchen auszudehnen und anzuwenden, insbesondere auf die moderne Digitalindustrie, die wesentlich von den Big Tech-Konzernen (insbesondere Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) geprägt wird. In dieser Hinsicht stellten etwa Calvano und Polo und Argentesi et al. Untersuchungen an, die die Auswirkungen von solchen Übernahmen auf die digitale Industrie analysieren. Demnach spielen bei den Auswirkungen einer Fusion oder einer Übernahme insbesondere Faktoren wie das Ausmaß der Netzwerkeffekte, der Verlust potentiellen Wettbewerbs oder der Verlust von Wettbewerb um die Aufmerksamkeit der Konsumenten eine Rolle.²⁸ Bryan und Hovenkamp stellten daneben fest, dass die Vermarktung von Innovationen durch etablierte Unternehmen ebenfalls wettbewerbsbindernd sein kann, da sie den bereits bestehenden technologischen Fortschritt des marktbeherrschenden Unternehmens bestehen lassen oder vergrößern und den Markteintritt anderer Unternehmen zusätzlich

26 Grabowski/Kyle, Mergers and alliances in pharmaceuticals: effects on innovation and R&D productivity, in: Gugler/Burcin Yurtoglu, The Economics of Corporate Governance and Mergers, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2008, S. 262.

27 Malek/Newham/Seldeslachts/Veugelers, Acquiring Innovation: Who, When, and What? Evidence from Antidiabetic Drug Development, DIW Discussion Papers, No. 2073, 2024.

28 Calvano/Polo Information Economics and Policy 54, 100853, 2021; Argentesi/Buccirossi/Calvano/Duso/Marrazzo/Nava Journal of Competition Law & Economics 17 (1), 2021, 95.

erschweren.²⁹ Empirische Untersuchungen im Bereich der Digitalwirtschaft wurden darüber hinaus von Ivaldi et al. angestellt, wobei die empirische Evidenz dessen, was tatsächlich als „Killer Acquisition“, zu klassifizieren ist, in ihrer Studie, auch aufgrund eines recht kleinen Samples an Fällen, recht überschaubar ist.³⁰

Auch in diesem Bereich existieren wiederum Untersuchungen, die den beschriebenen negativen Effekt von Übernahmen von Start-ups als weniger gravierend betrachten und die Übernahme solch junger Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen sogar als positiv bewerten. So zeigen Letina et al. etwa, dass ein potentiell Verbot der Übernahme von Start-ups durch etablierte Unternehmen dazu führen könnte, dass letztere die erfolgreichen Produkte der Marktneulinge duplizieren und den Wettbewerb auf diese Weise einschränken könnten.³¹ Fumagalli et al. wiederum verweisen darauf, dass Start-ups häufig mit finanziellen Engpässen konfrontiert sind, was ihre Innovationstätigkeit hemmt und möglicherweise geplante Produktentwicklungen nie auf dem Markt ankommen lässt. Die Übernahme durch ein finanzstärkeres, etabliertes Unternehmen kann in einem solchen Szenario dazu beitragen, dass die Innovationen des Start-ups zu Ende entwickelt und realisiert werden können.³² Wie Motta und Peitz jedoch zeigen, sind bei diesen Argumentationen, wonach „Killer Acquisitions“ und ihre Effekte weitaus harmloser seien oder sogar positive Effekte hervorbringen könnten, einige Besonderheiten zu beachten. So gehen die genannten Studien stets davon aus, dass es nur ein potentiell interessiertes etabliertes Unternehmen gibt, welches die Übernahme tätigen will, um etwa ein in finanziellen Nöten befindliches Start-up zu retten. Darüber hinaus ist dieses Unternehmen meist auf einem Markt tätig, welcher mit dem Markt des Start-ups verbunden ist, womit etwa konglomerate Übernahmen davon nicht erfasst sind.³³

Als letzter Punkt soll außerdem noch erwähnt werden, dass es oft die explizite Strategie von Start-ups ist, zu einem Zeitpunkt in der Zukunft profitabel von einem etablierten Unternehmen übernommen zu werden und

29 Bryan/Hovenkamp *Review of Industrial Organization* 56, 2020, 615; Bryan/Hovenkamp *The University of Chicago Law Review* 87 (2), 2020, 331.

30 Ivaldi/Petit/Ünekbass *Antitrust Law Journal* 86, forthcoming, 2024.

31 Letina/Schmutzler/Seibel *International Economic Review* 65, 2024, 591.

32 Fumagalli/Motta/Tarantino *Shelving or Developing? The Acquisition of Potential Competitors under Financial Constraints*, Economics Working Paper 1735, Department of Economics and Business, University Pompeu Fabra, 2021.

33 Motta/Peitz *Information Economics and Policy* 54, issue C, 100868, 2021.

damit bei den Marktneulungen auch ein gewisser Anreiz besteht, dass es am Ende einer Produktentwicklung zu einer „Killer Acquisition“ kommt. Diese Art der Exit-Strategie, also der Unternehmensgründung mit der Absicht, das Unternehmen letztlich per Übernahme wieder vom Markt verschwinden zu lassen, wurde unter anderem von Lemley und McCreary kritisiert³⁴, zeigt jedoch auch, dass ein pauschales Verbot von „Killer Acquisitions“ zur Bewahrung von Innovation wenig zielführend wäre, da potentielle Start-ups sich dann mangels Exit-Strategie gar nicht erst gründen und mit einem Innovationsprozess beginnen würden.

I. Zur Unterdrückung von Innovationen

Wie die Literatur zeigt, stammt der Begriff der „Killer Acquisitions“ aus einer Auseinandersetzung mit Innovationen in der Pharmaindustrie. Die ex post Studie der Europäischen Kommission über Zusammenschlüsse, aber auch andere Kooperationen in diesem Bereich, analysiert eine hohe Anzahl von Fällen in denen es nach dem Zusammenschluss oder der Kooperation zu Einstellungen überlappender Arzneimittel-F&E-Projekte, die nicht durch technische oder kommerzielle Gründe gerechtfertigt scheinen, gekommen ist und entwickelt und analysiert die Schlüsselemente von diesen sog. Killer Akquisitionen.³⁵ Die Studie von insgesamt 6.315 Transaktionen stellt fest, dass bei 38 % der Transaktionen mit engen Überlappungen mindestens eines der Projekte eingestellt wurde. Dies bestätigt *prima facie* die „Killer Acquisition“-These von Cunningham et. al. Diese Theorie der Killer Akquisition und der Gefahr der Innovationseinstellung oder -unterdrückung wurde teilweise unverändert auf den digitalen Sektor übertragen, hat sich aber in dieser Form nicht bestätigt. Auch auf Grund der oftmals vertikalen oder konglomeraten Natur der Zusammenschlüsse und Kooperationen, der geringeren Entwicklungskosten und modularen Struktur der Ökosysteme ist es nur selten bzw. kaum zu einer Einstellung von Innovationen gekommen. Die (theoretischen) Gefahren, die von Berichten

34 Lemley/McCreary Boston University Law Review 101 (1), 2021, 1.

35 European Commission: DG for Competition/Lear, Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects – Final report and appendices, Publications Office of the European Union, 2024.

wie dem Furman Report 2019 noch in Aussicht gestellt wurden, haben sich damit (noch nicht) realisiert.³⁶ Schon der Bericht von Crémer, de Montjoye und Schweitzer für die Europäische Kommission wies darauf hin, dass die empirische Evidenz solcher F  lle im digitalen Sektor   u  erst gering war: „There may indeed be cases in the digital realm where a dominant acquirer buys up innovative targets but later shuts down the relevant innovation. This is, however, not the typical scenario. Frequently, the project of the bought up start-up is integrated into the ‘ecosystem’ of the acquirer or into one of their existing products.”³⁷

II. Zum Kleinhalten von Innovationen

Eine andere Version der „Killer Acquisitions” in der Digitalindustrie bezieht sich hingegen nicht auf die Einstellung von Innovationen, sondern auf deren mangelnde Fortentwicklung oder Stagnation nach der Übernahme. In diesem Kontext wird die Übernahme von WhatsApp durch Facebook oft als „erste Killer Acquisition” bezeichnet.³⁸ Nach der Übernahme von WhatsApp durch Facebook (nunmehr Meta) kam es allerdings nicht zur Unterdrückung oder Abschaltung dieser Plattform: „(...) following its acquisition of WhatsApp, Facebook did not shut down this app, migrating users to its own Facebook Messenger, but continued growing WhatsApp and introducing new features, including those planned by WhatsApp pre-merger, such as end-to-end encryption.”³⁹

In dem derzeit laufenden US-Antitrust-Verfahren der FTC gegen Meta wird allerdings eine weitergehende Schadens- und Monopolisierungstheorie propagiert. Die FTC wirft Meta (ehemals Facebook) vor, WhatsApp mit der Absicht gekauft zu haben, diese Plattform, die sonst zu einem echten Konkurrenten geworden wäre, bewusst „kleinzuhalten” und ihre Funktionen daher im Wesentlichen auf Messaging-Dienste zu beschränken. Laut

36 *Furman*, Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel, HM Treasury, 2019.

37 *European Commission: DG for Competition/Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, Publications Office, 2019, S. 117.

38 Siehe etwa: *Haucap*, in: Wettbewerb und Ordnungspolitik im globalen Kontext, 2025, S. 209 (216).

39 *OECD: Directorate for financial and enterprise affairs, competition committee*, Start-ups, killer acquisitions and merger control – Note by the European Union, 2, no. 5, 2020.

der Klage der FTC konnte Meta (ehem. Facebook) seine Marktmacht auf beiden Marktseiten verfestigen: „By suppressing, neutralizing, and deterring the emergence and growth of personal social networking rivals, Facebook also suppresses meaningful competition for the sale of advertising.”⁴⁰ Es ist allerdings sehr fraglich, ob sich solche Effekte, jenseits einer geäußerten Strategie, auch ex ante belegen lassen. Dafür bräuchte es zumindest eine komplexere Theorie zu Innovationen innerhalb digitaler Ökosysteme.

E. Die Ökosystem-Innovation

Bereits der Bericht für die Europäische Kommission hat darauf hingewiesen, dass es in den Big Tech- Fällen bzw. im digitalen Sektor selten zu einem „shut down“ der relevanten Innovation kommt, sondern dass diese eben in den allermeisten Fällen „gut“ in das Ökosystem des übernehmenden Unternehmens integriert wird. Das heißt zunächst, dass die Innovation als solche bestehen bleibt und die Nutzer auch weiterhin von ihr profitieren können. Innerhalb eines Ökosystems haben die Nutzer eine vielfältige Auswahl an Dienstleistungen, Funktionen und Features. „Vielfalt“ ist natürlich relativ, denn auch Ökosysteme stellen eine Form der Konzentration dar. Daher könnte es sich auch in diesen Konstellationen lohnen, einer möglichen Schadenstheorie nachzugehen. Dies ist jedoch ein komplexes Unterfangen, da der Integration innovativer, ergänzender Dienste oft eine „plausible Effizienzbegründung“ zugrunde liegt.⁴¹

I. Offene und geschlossene Ökosysteme

Mit dem Aufkommen der digitalen Industrie muss auch das Wettbewerbsrecht sich neuen Herausforderungen stellen, was insbesondere mit Blick auf die vielfältigen und teils sehr komplexen Verbindungen und Beziehungen zwischen Unternehmen in diesem Bereich deutlich wird. Während das klassische Wettbewerbsrecht sich meist mit möglicherweise wettbewerbschädlichen Praktiken zwischen zwei verbundenen Firmen auf einem Markt beschäftigen musste, gibt es in der heutigen Digitalindustrie eine

40 *FTC v. Facebook Inc.*, Case No.: 1:20-cv-03590, no. 28.

41 *European Commission: DG for Competition/Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, Publications Office, 2019, S. 118.

Vielzahl von Produkten und Dienstleistungen, die zusammenhängen und auch dementsprechend wettbewerbsrechtlich bewertet werden müssen. Zu diesem Zweck wurde das Konzept des „Ökosystems“ entwickelt, welches diesen zahlreichen Interdependenzen, die heutige Digitalkonzerne ausmachen, Rechnung tragen soll. Dabei wird häufig zwischen offenen und geschlossenen Ökosystemen unterschieden, wofür insbesondere auf die Zugangsmöglichkeiten zu eben jenen Ökosystemen abgestellt wird und auf die Frage, inwiefern externe Produkt- und Systementwickler ihre Produkte dort anbieten und vertreiben können.⁴² Ein geschlossenes Ökosystem ist dementsprechend eines, in welchem solche Möglichkeiten nicht bestehen und jegliche Angebote und technischen Entwicklungen nur vom Ökosystembetreiber selbst in Verkehr gebracht werden können. Demgegenüber kann dies bei einem offenen Ökosystem auch ein anderer Anbieter machen, da der Zugang zum System hier nicht nur dem Unternehmen offensteht, dem das Ökosystem gehört. Ein klassisches Beispiel für ein geschlossenes Ökosystem wäre etwa Apple, dessen iOS-Betriebssystem das einzige ist, welches auf Apple-Smartphones installiert werden kann. Demgegenüber ist das von Google entwickelte Android-System ein offenes Ökosystem, welches auch von anderen Smartphone-Herstellern lizenziert und auf deren Smartphones installiert werden kann.⁴³ Ein weiterer bekannter Fall eines geschlossenen Ökosystems war etwa die Amazon-Entscheidung der Europäischen Kommission in Bezug auf den von Amazon vertriebenen Kindle-E-Book-Reader:

„Mit seinem Kindle-E-Book-Reader betreibt Amazon ein geschlossenes ‚Ökosystem‘ (oder einen ‚ummauerten Garten‘). Kunden, die einen Kindle besitzen, können diesen E-Book-Reader nur für E-Books verwenden, die im Kindle-Store von Amazon gekauft wurden. Darüber hinaus können E-Books, die im Kindle-Store gekauft wurden, nicht auf anderen E-Book-Readern gelesen werden, obwohl sie auf verschiedenen E-Reader-Geräten wie Tablets oder Smartphones (einschließlich Tablets und Smartphones, die nicht von Amazon unter seiner eigenen Marke hergestellt und verkauft werden) über die Kindle-App gelesen werden können (sogenanntes ‚Multi-Homing‘). Dies führt zu einer Situation, in der Kunden, die bereits Kindle-E-Books gekauft haben, Kosten für den Wechsel zu einer anderen E-

42 O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, London: Bloomsbury Publishing 2020, S. 208.

43 O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, London: Bloomsbury Publishing 2020, S. 208.

Book-Plattform entstehen können, da sie ein zusätzliches E-Book-Lesegerät erwerben müssen und die Bibliothek der im Kindle-Shop von Amazon gekauften E-Books nicht auf ein anderes E-Book-Lesegerät übertragen können. Das geschlossene Kindle-Ökosystem stellt zwar kein unüberwindbares Hindernis für den Eintritt und/oder die Expansion auf dem Markt für den Vertrieb von E-Books dar (da die Mehrfachnutzung verschiedener Geräte unter den E-Book-Lesern gängige Praxis zu sein scheint), verstärkt aber die Marktmacht von Amazon gegenüber seinen Wettbewerbern, da die Verbraucher, die zu einer anderen Plattform wechseln wollen, wahrscheinlich mit Umstellungskosten konfrontiert werden und daher faktisch in Amazons geschlossenem Ökosystem gefangen bleiben.“⁴⁴

Darüber hinaus gibt es inzwischen aber auch die Ansicht, dass die Unterscheidung zwischen offenen und geschlossenen Ökosystemen in dieser Art nicht mehr zweckmäßig ist, auch weil es aus wettbewerbsrechtlicher Sicht eher entscheidend ist, inwieweit Ökosysteme interoperabel sind. So konzeptualisiert beispielsweise Colomo den Aufbau von Ökosystemen in verschiedenen Schichten („Layers“), die gegenüber Drittanbietern oder Verbrauchern entweder geöffnet sind oder nicht.⁴⁵ So kann ein Ökosystem etwa entscheiden, sich für von Dritten entwickelte Apps zu öffnen, die Ebene des Appstores jedoch exklusiv gegenüber diesen abzuschirmen. Nach diesem Ansatz wäre ein Ökosystem nicht mehr per se als „offen“ oder „geschlossen“ zu bezeichnen, sondern wäre stets teils offen und teils geschlossen. Gründe dieser teilweisen Öffnung und teilweisen Geschlossenheit der Ökosysteme können etwa darin liegen, dass eine Schicht des Ökosystems von zentraler Bedeutung für die Monetarisierung der Firma ist oder aber, dass die Firma aufgrund von Bedenken hinsichtlich der Qualität gewisse Bereiche gegenüber Dritten abschirmt, da sie diesen nicht zutraut, die Qualitätsstandards des Ökosystems gleichermaßen erfüllen zu können.⁴⁶ Auch Yildiz argumentiert gegen eine Einteilung von digitalen Ökosystemen in geschlossene und offene Arten, da dies aus seiner Sicht zur Pauschalisierung von komplexen Sachverhalten führt und merkt dabei an, dass auch die Europäische Kommission eine einzelfallbasierte Betrachtung

44 Kommission C(2017) 2876, Fall AT.40153, 04.05.2017, Rdnr. 65.

45 Ibáñez Colomo, *The New EU Competition Law*, London: Bloomsbury Publishing 2023, S. 137.

46 Ibáñez Colomo, *The New EU Competition Law*, London: Bloomsbury Publishing 2023, S. 137.

der unterschiedliche Sachverhalte fordert.⁴⁷ Stattdessen sollte zwischen verschiedenen Wettbewerbsebenen unterschieden werden, nämlich der Wettbewerbsebene zwischen einzelnen Dienstleistungen innerhalb von Ökosystemen und der Wettbewerbsebene zwischen den digitalen Ökosystemen selbst, da gemäß des Bedarfsmarktkonzepts die Konsumenten eher weniger Ökosysteme als Ganzes als substituierbar betrachten, sondern vielmehr bestimmte Produkte und Dienstleistungen innerhalb des Ökosystems.⁴⁸ Die Europäische Kommission und auch das Gericht der Europäischen Union lassen in ihrer Argumentation im Fall „Google Android“ demnach zumindest erkennen, dass sie bereit sind, einen ebenenbasierten Ansatz in Bezug auf digitale Ökosysteme anzuwenden.⁴⁹

II. Komplexere Schadenstheorie

Da es sich bei Ökosystemen um komplexe und marktübergreifende Phänomene und Strukturen handelt, könnte eine lineare Schadenstheorie, die nur auf einen konkreten Schaden abzielt, möglicherweise nicht mehr genügen, um die Auswirkungen von Zusammenschlüssen und Übernahmen durch solche Firmen zu bewerten. Aus diesem Grund erscheint es notwendig, in diesen Fällen eine Schadenstheorie anzuwenden, die der Komplexität der Sachverhalte und Unternehmens- bzw. Marktstrukturen Rechnung trägt. Eine solche vielschichtige und auf sequentiellen Annahmen beruhende Schadenstheorie wird vor allem von Heidhues, Köster und Köszegi vertreten.⁵⁰ Demnach spielen bei der Entstehung von Ökosystemen insbesondere sogenannte „Access Points“ eine wesentliche Rolle, also digitale Einstiegspunkte, die von den als Ökosystemen bezeichneten Firmen typischerweise bereitgestellt werden, etwa Suchmaschinen, Browser oder Betriebssysteme. Ein Unternehmen, welches über einen solchen Zugangspunkt verfügt, hat nun die Möglichkeit, durch gezielte Übernahmen in angrenzenden Märkten seine Position zu stärken und so ein digitales

47 Yildiz, Kopplungsgeschäfte in der digitalen Wirtschaft: Marktabgrenzung und Marktmissbrauch in der Plattformökonomie, Zürich: EIZ Publishing, 2024, Rdnr. 490.

48 Yildiz, Kopplungsgeschäfte in der digitalen Wirtschaft: Marktabgrenzung und Marktmissbrauch in der Plattformökonomie, Zürich: EIZ Publishing, 2024, Rdnr. 491.

49 Yildiz, Kopplungsgeschäfte in der digitalen Wirtschaft: Marktabgrenzung und Marktmissbrauch in der Plattformökonomie, Zürich: EIZ Publishing, 2024, Rdnr. 492.

50 Heidhues/Köster/Köszegi A Theory of Digital Ecosystems, ECONtribute Discussion Paper, No. 329, University of Bonn and University of Cologne, RSI, 2024.

Ökosystem aufzubauen.⁵¹ Dabei verfügen diese Unternehmen über einen entscheidenden strategischen Vorteil: Sollte die Übernahme eines Unternehmens in einem angrenzenden Markt gelingen, kann das übernehmende Unternehmen den neuen Dienst mit seinem „Access Point“ verzahnen und Nutzerströme gezielt dorthin lenken. Sollte die Übernahme scheitern, kann das Unternehmen, welches in Besitz des Zugangspunktes ist, dem nun nicht übernommenen Unternehmen dennoch massiv schaden, indem es Nutzerströme von diesem Unternehmen abschneidet und stattdessen die Konkurrenz des ursprünglichen Zielunternehmens bevorzugt.⁵² Durch diese Hebelwirkung („cross-market leverage“), also einen glaubwürdigen Schadensmechanismus für den Fall, dass die Übernahme scheitert, wird der Verhandlungsspielraum des Zielunternehmens eingeschränkt, da klar ist, dass im Falle des Scheiterns der Übernahme die reale Gefahr besteht, den Zugang zum dominanten Zugangspunkt zu verlieren und damit durch das System selbst benachteiligt zu werden. Für die Verhandlungen zwischen dem übernehmenden Unternehmen und dem Zielunternehmen bedeutet dies, dass Letzteres die Gefahr einer Ablehnung der Übernahme und damit der Verdrängung aus dem Ökosystem antizipiert und daher, um den Verlust zu vermeiden, einer Übernahme zu einem niedrigeren Preis zustimmt.⁵³ Damit hat der dominante Plattformanbieter einen strukturellen Vorteil beim Erwerb angrenzender Dienste, den unabhängige Wettbewerber ohne „Access Points“ nicht haben („acquisition advantage“).⁵⁴

Dieser von Heidhues, Köster und Köszegi modellierte Mechanismus von Ökosystemen, ihrem Entstehen und der Verstärkung ihrer Machtposition führt zu einer Reihe von weiteren Implikationen und Auswirkungen. So wird deutlich, dass digitale Ökosysteme nicht nur durch technische Integration oder Benutzerfreundlichkeit entstehen, sondern durch ein rationales Verhalten der Ökosysteme unter der Berücksichtigung von Cross-Market-Effekten, um systematisch ein Portfolio ergänzender Dienste aufzubauen. Das Ökosystem zieht profitable Märkte gewissermaßen an, weil sich dort gezielte Nutzerlenkung besonders auszahlt. Als Konsequenz verstärken sich

51 Heidhues/Köster/Köszegi A Theory of Digital Ecosystems, ECONtribute Discussion Paper, No. 329, University of Bonn and University of Cologne, RSI, 2024, S. 19.

52 Heidhues/Köster/Köszegi A Theory of Digital Ecosystems, ECONtribute Discussion Paper, No. 329, University of Bonn and University of Cologne, RSI, 2024, S. 14.

53 Heidhues/Köster/Köszegi A Theory of Digital Ecosystems, ECONtribute Discussion Paper, No. 329, University of Bonn and University of Cologne, RSI, 2024, S. 11.

54 Heidhues/Köster/Köszegi A Theory of Digital Ecosystems, ECONtribute Discussion Paper, No. 329, University of Bonn and University of Cologne, RSI, 2024, S. 18.

die bestehenden Machtpositionen automatisch, was ein klarer Weg in Richtung Marktkonzentration und Pfadabhängigkeit ist. Darüber hinaus verändert die Zugangsmacht der Ökosysteme auch die Wettbewerbsbedingungen in angrenzenden Märkten tiefgreifend: Selbst wenn ein neues Produkt in einem komplementären Markt objektiv besser ist, kann es keinerlei Aufmerksamkeit und damit Profitabilität gewinnen, wenn der Zugangspunkt es nicht bevorzugt.⁵⁵ Damit wird das „Endorsement“ durch das Ökosystem zu entscheidenden Eintritts- und Erfolgsbedingung. Barrieren für neue, innovative Anbieter und Entwickler entstehen dementsprechend nicht etwa durch mangelnde Qualität, sondern vielmehr durch fehlenden Zugang zum Nutzer. Nach Heidhues, Köster und Köszegi sind diese Barrieren auch verhaltensökonomisch stabil, da Nutzer Pfadabhängigkeit und Status-quo-Bias aufweisen, wenn sie durch Ökosysteme gelenkt werden.⁵⁶ Dies wiederum führt auch zu einem Verlust an Allokationseffizienz auf dem Markt, der durch die Existenz solcher Ökosysteme hervorgerufen wird: Anbieter, die eine objektiv höhere Qualität liefern, können dennoch scheitern, weil sie nicht Teil des dominanten Ökosystems sind. Damit erhalten Nutzer objektiv nicht die besten Dienste, sondern nur diejenigen, die ins Ökosystem passen. Dies führt dazu, dass Märkte in ihrer Signalfunktion im Sinne des Hayekschen Ansatzes geschwächt werden, da sie nicht mehr primär nach den Maßstäben von Qualität und Preis funktionieren. Langfristig wird dies zu Wohlfahrtsverlusten führen, selbst wenn kurzfristig Bequemlichkeitsvorteile durch zunehmende Integration entstehen.⁵⁷

Der Beitrag von Heidhues, Köster und Köszegi unterscheidet sich von der bisherigen Debatte über digitale Ökosysteme insbesondere insofern, als dass in der bisherigen Wettbewerbsökonomik bei der Frage von Unternehmensübernahmen primär Themen wie etwa die potentielle Marktbeherrschung infolge des Zusammenschlusses, potentielle Preiserhöhungen oder potentielle Hemmnisse für Innovationen diskutiert wurden. Hier wird im Gegensatz dazu eher ein subtiler Mechanismus ins Zentrum der Debatte gestellt: Die Betreiber von „Access Points“ können demnach auch auf Märkten dominieren, auf denen sie (zunächst) nicht präsent waren, da sie als Verwalter des Zugangspunkts bessere Deals bekommen, selbst wenn

55 Heidhues/Köster/Köszegi A Theory of Digital Ecosystems, ECONtribute Discussion Paper, No. 329, University of Bonn and University of Cologne, RSI, 2024, S. 23.

56 Heidhues/Köster/Köszegi A Theory of Digital Ecosystems, ECONtribute Discussion Paper, No. 329, University of Bonn and University of Cologne, RSI, 2024, S. 30.

57 Heidhues/Köster/Köszegi A Theory of Digital Ecosystems, ECONtribute Discussion Paper, No. 329, University of Bonn and University of Cologne, RSI, 2024, S. 23.

andere Bieter bereit wären, mehr zu zahlen, aber nicht über den Hebel des Zugangspunktes verfügen.

III. Rechtliche Implikationen

Für die Regulierung von Plattformen und für die Fusionskontrolle ergeben sich aus diesen Erkenntnissen wichtige Implikationen in Bezug auf den Umgang mit Ökosystemen. Besonders wichtig erscheint eine stärkere regulative Berücksichtigung von Zugangsmacht über Märkte hinweg, auch wenn diese Macht nicht über Preise oder Marktanteile im Zielmarkt ausgeübt wird. Der oben dargestellte Mechanismus zeigt, dass das Verhalten der Besitzer von „Access Points“ nämlich auch dann wettbewerbsverzerrend sein kann, wenn keine formale Marktdominanz im Zielmarkt vorliegt – allein der Besitz des Zugangspunktes, der als strategische „Waffe“ verwendet wird, reicht aus. Regulierungsbehörden sollten daher künftig verstärkt die Cross-Market-Dynamiken in den Blick nehmen, wie es etwa im Bereich der Plattform-Ökonomie mit dem DMA oder den Diskussionen um Interoperabilitätspflichten bereits geschieht, anstatt sich zu sehr auf horizontale Marktanteile im Zielmarkt zu konzentrieren.⁵⁸ Daneben erscheint es auch ratsam, wie auch Heidhues, Köster und Köszegi hervorheben, zwischen technologischer Neutralität und Marktneutralität zu unterscheiden: Denn selbst wenn „Access Points“ technisch neutral gestaltet sind, etwa ein Browser, der theoretisch jede Seite anzeigen kann, so kann durch voreingestellte Defaults, Ranking-Algorithmen oder Designentscheidungen Marktmacht ausgeübt werden, ohne dass die Nutzer es tatsächlich merken.⁵⁹ Daher sollten bei der Regulierung solcher Ökosysteme nicht nur die technischen Möglichkeiten, sondern vielmehr die tatsächliche Nutzungsmacht über Nutzerströme als Kriterium verwendet werden.

58 Insbesondere Art. 6 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 4 DMA sind hierbei zu nennen in Bezug auf die Limitierung von Default-Einstellungen bei Betriebssystemen, Browsern oder App Stores und auch Art. 6 Abs. 5 und Art. 6 Abs. 6 DMA, die „Self-Preferencing“ und die Behinderung des „Switchings“ untersagen.

59 Heidhues/Köster/Köszegi A Theory of Digital Ecosystems, ECONtribute Discussion Paper, No. 329, University of Bonn and University of Cologne, RSI, 2024, S. 23.

F. Digital Markets Act

Bei der Bewertung, inwieweit der DMA als Regulierungsinstrument dem Phänomen der Ökosysteme nach der Theorie von Heidhues, Köster und Köszegi Rechnung trägt, lohnt zunächst ein Blick in die Erwägungsgründe der Verordnung. So wird in Erwgr. 2 DMA bereits auf die besonderen Merkmale zentraler Plattformdienste verwiesen, die von sogenannten Torwächtern bereitgestellt werden (z.B. extreme Größenvorteile, sehr starke Netzwerkeffekte, beträchtliche Abhängigkeit von gewerblichen Nutzern und Endnutzern, Lock-in-Effekte, mangelndes Multi-Homing oder vertikale Integration). Diese Merkmale verursachen demnach nicht nur eine Behinderung der Bestreitbarkeit der Plattformdienste, sondern auch eine Beeinträchtigung der Fairness in den Geschäftsbeziehungen zwischen den Plattformbetreibern und deren (gewerblichen) Nutzern. Erwgr. 5 DMA ergänzt dabei, dass die bisherigen Regelungen durch Art.101 und 102 AEUV zwar auf bestimmte Verhaltensweisen der Torwächter anwendbar sind, jedoch dort zu kurz greifen, wo sie nicht über eine marktbeherrschende Stellung im klassischen wettbewerbsrechtlichen Sinne verfügen. Diese Erläuterungen aus den Erwägungsgründen zeigen, dass der DMA die Rolle von zentralen Plattformdiensten nicht nur als bloße Marktteilnehmer, sondern als Marktarchitekten versteht.⁶⁰ Dies entspricht auch dem vorgestellten Theorieansatz, wonach Plattformen durch Kontrolle über digitale Einstiegspunkte Verhaltensmuster über Märkte hinweg prägen können.⁶¹

Obwohl der DMA Ökosysteme als solche nur selten nennt (in Erwgr. 3, 32 und 64 DMA), ist, sofern die Ökosystemtheorie als bedeutsam für das Wettbewerbsrecht erachtet wird,⁶² dennoch evident, dass er versucht, auch Ökosysteme bestreitbarer zu machen und für (diversere) Innovationen zu öffnen. Deutlich wird dies daran, dass der DMA mit den verwendeten Begrifflichkeiten, wie „Plattformdienste“, „Gatekeeper“ oder „digitale Dienste“ und deren Kombinierung über Märkte hinweg, zentrale funktionale Komponenten, die typisch für digitale Ökosysteme sind, in den Blick nimmt. Anstatt den juristisch (noch) nicht eindeutig definierten Begriff des „Ökosystems“ in die Verordnung aufzunehmen, der für Interpretations-

60 Siehe dazu: *Cennamo/Diaferia/Gaur/Salviotti* MIS Quarterly Executive 21 (1), 2022, 55 (56).

61 Dies grenzt auch an die Debatte zum Thema „Hypernudging“ in digitalen Märkten an; siehe dazu etwa: *Morozovaite* Policy & Internet 15 (1), 2023, 78 (81 ff.).

62 Zu einer Kritik dieser Ansicht, siehe etwa: *Yoo* Network Law Review, 2025, 1.

spielräume gesorgt hätte, werden stattdessen also konkrete Dienste und Verhaltensweisen reguliert, um effektiv und gerichtsfest eingreifen zu können.⁶³ In diesem Sinne finden sich in den Erwgr. 49–57 DMA Ansätze, die auch den Erkenntnissen der Theorie von Heidhues, Köster und Köszegi in zentralen Punkten entsprechen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es um Interoperabilitätspflichten und -anforderungen geht, etwa in Bezug auf Betriebssysteme, virtuelle Assistenten oder Webbrowser, also genau jene technischen Produkte, die im Paper als digitale Einstiegspunkte und Ausgangspunkte für das Entstehen von Ökosystemen benannt werden. Die Forderungen in den Erwägungsgründen, so etwa in Erwgr. 49 DMA, dass Nutzer vom Torwächter vorinstallierte Software-Anwendungen oder Dienste deinstallieren können, oder dass sie, wie in Erwgr. 53 DMA gefordert, zwischen verschiedenen Software-Anwendungen oder Diensten wechseln können, weisen diesbezüglich in eine richtige Richtung. Ein solches problemloses Wechseln zwischen zentralen Diensten der Ökosysteme und vor allem Dritter wäre ein zentraler Schritt, um auch außerhalb der Ökosysteme entstandene Innovationen den Nutzern verfügbar zu machen.⁶⁴

Beim Blick auf den verfügbaren Teil des DMA lassen sich dann konkret einige Regelungen ausmachen, die zentrale Problematiken in Bezug auf Innovationen in Ökosystemen anzugehen versuchen. Dabei ist jedoch festzustellen, dass die Regelungen des DMA hierbei noch nicht durchgehend systematisch erscheinen und verschiedene Aspekte noch nicht ausreichend in den Blick nehmen.

Der DMA weist in seinem Kern einen Ansatz auf, bei dem der Fokus auf marktübergreifende Akteure gelegt wird, nämlich die nach Art. 3 DMA designierten „Gatekeeper“, also digitale Plattformen mit Zugangsmacht. Die Definition des Begriffes des „zentralen Plattformdienstes“ nach Art. 2 DMA weist dabei explizit marktübergreifende Komponenten auf, wonach es nicht um einzelne Märkte geht, auf die sich die Verordnung konzentriert, sondern um systemische Positionen mit Zugangsmacht. Dieser grundlegende Ansatz ist auch eine der zentralen Annahmen, etwa des Modells von Heid-

63 Mehr zur schwierigen juristischen Definition von digitalen Ökosystemen, siehe: *Lianos/Eller/Kleinschmitt Towards a Legal Theory of Digital Ecosystems*, CLES Research Paper Series 2/2024, S. 10 f.

64 Interoperabilitätsvorgaben seitens der Wettbewerbsbehörden sind dabei nicht erst seit dem Aufkommen der Digitalindustrie Instrumente, die eingesetzt werden, etwa als Abhilfemaßnahmen in wettbewerbsrechtlichen Fällen; siehe dazu etwa: *Kades/Scott Morton Interoperability as a competition remedy for digital networks*, SSRN Electronic Journal, 2021, S. 1 (15 f.).

hues, Köster und Köszegi, und somit weitestgehend deckungsgleich mit ihrer Analyse.

Daneben erhält der DMA auch spezifische Verpflichtungen, die das Cross-Market-Verhalten der digitalen Ökosysteme einschränken sollen. Zu nennen ist dabei zunächst Art. 5 Abs. 2 DMA, der das Zusammenführen von Daten aus verschiedenen, vom Ökosystem angebotenen Diensten verbietet und somit versucht, das immer weitere Verstärken der eigenen Marktstellung des Ökosystems durch die Akquirierung immer größerer Datenmengen zu verhindern.⁶⁵ Ebenfalls zu nennen sind die Bestimmungen des Art. 6 DMA, so etwa des Art. 6 Abs. 3 und Abs. 4 DMA, welche darauf abzielen, dass Nutzer voreingestellte Software-Anwendungen, die vom Ökosystem als Default installiert wurden, deinstallieren können und Anwendungen Dritter stattdessen installieren und effektiv nutzen können. Der „Gatekeeper“ darf diese Löschung seiner eigenen Anwendung und den Ersatz durch externe Anwendungen dabei nicht auf technischem Wege behindern. Dies korrespondiert mit den Erwgr. 49–57 DMA und könnte langfristig für einen stärkeren Zuwachs von Innovationen (z.B. Software-Anwendungen) außerhalb der Ökosysteme sorgen, die von den Nutzern dann auch tatsächlich installiert und genutzt werden könnten. Kleinere Unternehmen hätten dann die Chance, ihre Innovationsbestrebungen besser innerhalb bestehender Ökosysteme zu verwirklichen.⁶⁶ In eine ähnliche Richtung weisen dabei auch die Inhalte der Art. 6 Abs. 5 und Abs. 6 DMA,

65 Siehe dazu etwa: *Mendelsohn/Färber* MMR 2025, 3 (7); hinsichtlich der Durchsetzung der Normen ergeben sich jedoch scheinbar grundlegende Probleme, siehe etwa: *Chee*, 11.7.2025 <www.reuters.com/sustainability/boards-policy-regulation/meta-wont-tweak-pay-or-consent-model-further-despite-risk-eu-fines-sources-say-2025-07-11/>.

66 In diesem Kontext weisen etwa *Scott Morton et al.* zu Recht darauf hin, dass es wichtig ist, die „Richtung“ von Innovationen zu berücksichtigen und zu analysieren, ob sie nur den Torwächtern dienen oder sich insgesamt auf dem Markt verteilen: „It is practically impossible to regulate the direction in which firms will innovate, but regulators and competition authorities can influence the direction of innovation away from the creation of moats by making sure that the firms gain more by increasing the value to the consumers of the services they offer. A regulation that limits the value of moats, by, for example, imposing interoperability or making the migration of consumers to other platforms easier, will reduce the incentive to invest in innovation designed to increase market power through the creation of new moats or the deepening of existing ones.“ (*Scott Morton et al.*, Digital Platform Regulation: Making Markets Work for People, Yale School of Management, 2025, S. 55); mehr zur „Richtung“ von Innovation, siehe: *Mendelsohn/Breide* Journal of responsible innovation 11 (1), 2024, 1.

die sich mit dem Problem der Selbstbevorzugung der digitalen Ökosysteme sowie der Behinderung des Wechsels zwischen verschiedenen Software-Anwendungen und Diensten, auf die über die zentralen Plattformdienste des Torwächters zugegriffen wird, befassen. Sowohl das „Self-Preferencing“ als auch die Behinderung des „Switchings“ werden dabei vom DMA verboten, womit den digitalen Ökosystemen zentrale Instrumente zur Nutzerlenkung entzogen werden und der darauf aufbauende „cross-market leverage“ zumindest reduziert werden könnte.

Bei der weiteren Betrachtung des DMA werden dann allerdings auch Bereiche ersichtlich, in welchen die Verordnung den beobachteten und analysierten Effekten digitaler Ökosysteme nur in geringem Maße oder gar nicht Rechnung trägt. Dies ist etwa der Fall bei Art. 7 DMA, der die Verpflichtung der Torwächter zu Interoperabilität von Kommunikationsdiensten zum Inhalt hat. Grundsätzlich ist dieser Ansatz, der als Ziel die Vermeidung von „Lock-in-Effekten“ in den Netzwerkprodukten der digitalen Ökosysteme hat, ein erster Schritt in Richtung interoperabler und austauschbarer digitaler Dienste, doch beziehen sich die in Art. 7 DMA ausführlich und detailliert niedergeschriebenen Regelungen ausschließlich auf Messenger-Dienste (etwa die Interoperabilität zwischen WhatsApp und Signal). Die Übertragung dieser Verpflichtungen allgemein auf andere Dienste (z.B. Kalender, Cloud- oder Suchdienste) erscheint schwierig und wäre, da sie nicht Teil der gegenwärtigen Regulierung ist, auch unzulässig. Darüber hinaus bleibt auch die Interoperabilität bei Zugangspunkten selbst (z.B. Betriebssysteme, App-Stores oder Webbrowser) eher rudimentär geregelt. So existiert beispielsweise keine Verpflichtung, zentrale Betriebssystem-Funktionen (z.B. Default-Einstellungen bei Suchmaschinen) interoperabel zu gestalten, womit diese Betriebssysteme ein weitgehend proprietäres Ökosystem bleiben, auch wenn konkurrierende Dienste „zugelassen“ werden. Somit besteht in den Regelungen des Art. 7 DMA ein Werkzeug gegen „Lock-in-Effekte“, welches in seiner Wirkung jedoch begrenzt und nicht auf die digitalen Zugangspunkte zugeschnitten ist. Gleiches gilt an dieser Stelle auch für die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 9 DMA, die ebenfalls „Lock-in-Effekte“ bekämpfen sollen und dabei vor allem die Datenportabilität in den Blick nehmen.

Ein Bereich, der vom DMA jedoch überhaupt nicht adressiert wird, ist der hier als zentral vorgestellte Mechanismus der „günstigen Übernahmen“ durch das Drohszenario, Nutzerströme von einer nicht übernahmewilligen Firma abzuschneiden und umzuleiten. Der strategische Wert des „Access Points“ als Verhandlungshebel ist bisher nicht Teil der ökonomischen Ana-

lyse in der Regulierungslogik des DMA, womit ein zentraler Mechanismus bei der Entstehung und Erhaltung digitaler Ökosysteme ausgeklammert wird. Wenn dem Modell von Heidhues, Köster und Köszegi gefolgt wird, könnte ein Torwächter also unter Ausnutzung der Verhandlungsasymmetrien durch strategische Zukäufe und Übernahmen weiter expandieren und seine Macht ausbauen, selbst wenn er alle DMA-Regeln einhält. Zu dieser speziellen Dynamik äußert der DMA sich nicht. Allerdings kann Art. 14 DMA in diesem Kontext eine Rolle spielen. Demnach müssen die designierten Torwächter die Europäische Kommission über alle geplanten Übernahmen im Sinne von Art. 3 VO (EG) Nr. 139/2004 informieren, was Marktentwicklungen besser nachverfolgbar und die Vermeidung von zukünftigen Wettbewerbsverschließungen wahrscheinlicher macht. Die in Art. 14 DMA niedergeschriebene Unterrichtungspflicht könnte so dazu führen, dass das Drohszenario der Umlenkung von Nutzerströmen in der klassischen Fusionskontrolle zukünftig ebenfalls Berücksichtigung findet. Diese Entwicklung wäre zu begrüßen.

G. Zusammenfassung

Die ökonomische Literatur zu Marktkonzentration und Innovation weist in die Richtung der Notwendigkeit eines gewissen Diversitätsgrades in Bezug auf parallele F&E-Ansätze, um Schaden von den Konsumenten abzuwenden. Angesichts dieses Ziels sind Phänomene wie „Killer Acquisitions“ kontraproduktiv, die im Sinne des Einstellens von F&E-Projekten nach Unternehmensübernahmen insbesondere in der Pharmaindustrie zu finden sind. Dabei finden sie häufig unterhalb der rechtlich relevanten Umsatzschwellenwerte statt und vor allem dann, wenn der Wettbewerbsdruck im Markt gering ist. Die Übertragung des Konzepts der „Killer Acquisitions“ auf die Digitalindustrie erscheint schwierig, da hier andere Dynamiken vorherrschen und Innovationen als solche selten eingestellt, sondern vielmehr in das aufnehmende Unternehmen integriert werden. Die Vermeidung potentiellen Wettbewerbs seitens etablierter Big-Tech-Firmen ist zum „Kleinhalten“ von Innovationen Dritter somit durchaus gegeben, was jedoch schwierig ex ante zu beweisen ist. Aus diesem Grund ist eine komplexere Schadenstheorie erforderlich, die vor allem die digitalen Zugangspunkte in Besitz der digitalen Ökosysteme in den Blick nimmt und die damit einhergehenden strukturellen Vorteile für diese Unternehmen, insbesondere bei der Übernahme anderer innovativer Unternehmen,

sowie die marktwirtschaftlich kritischen Folgen für die betroffenen Märkte beinhaltet. Daher sollte bei der Regulierung der Fokus auf Zugangsmacht und marktübergreifende Dynamiken gelegt werden, wie es der DMA in einigen Bereichen bereits macht. Neben diesen schon wirksamen und in die richtige Richtung weisenden Regelungen, weist der DMA jedoch in den Bereichen Interoperabilität und Fusionskontrolle auch noch einige Lücken auf, die zur besseren Wirksamkeit der Verordnung geschlossen werden sollten. Einen Ansatzpunkt dafür kann in Bezug auf die Fusionskontrolle insbesondere Art. 14 DMA bieten, der den Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit bietet, auch neuere Erkenntnisse zu digitalen Ökosystemen auf praktikable Art und Weise in den Überprüfungsprozess einer Übernahme oder eines Zusammenschlusses in diesem Bereich zu integrieren.

Zwischen Missbrauchsaufsicht, systemischen Risiken und Innovation: Was die Plattformregulierung vom Kartellrecht lernen kann

Marc André Bovermann*

A. Einleitung

Der Digital Services Act (DSA) der Europäischen Union (EU) ist nun seit mehr als zwei Jahren in Kraft. Spürbare Veränderungen in der Landschaft der Online-Plattformen sind mit der zuvor als „Plattformgrundgesetz“ betitelten Verordnung¹ jedoch noch nicht verbunden gewesen. Vielmehr scheint die inadäquate Ausgestaltung der Meldemechanismen nicht abzunehmen² und die Plattformen sehen sich auch nicht zu einer Änderung ihrer Inholdemoderationspraxis bewegt³. Der Ausgangspunkt für diese missliche Lage findet sich wohl vor allem in einem Instrument des DSA, das neuerdings als *der* Dreh- und Angelpunkt der Verordnung gilt: das Risk Mitigation Framework. Hinter diesem Begriff versteckt sich die spezifische Interaktion zwischen Art. 34 und Art. 35 DSA, nach denen sehr große Online-Plattformen und sehr große Online-Suchmaschinen (zusammen VLOP/SEs) ihre systemischen Risiken in der EU zuerst analysieren und in einem zweiten Schritt entsprechend mindern müssen. Kommen sie diesen Verpflichtungen nicht nach, drohen nicht nur ordnungsrechtliche Maßnahmen der EU-Kommission (Art. 75 Abs. 4, 82 Abs. 1, 51 Abs. 3 DSA), sondern auch empfindliche Geldbußen (Art. 74 Abs. 1 DSA).

* Doktorand am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg i. Br. Sämtliche Internetverweise wurden zuletzt abgerufen am 13.6.2025.

1 Beckedahl, netzpolitik.org, 23.4.2022 <<https://netzpolitik.org/2022/kommentar-zum-digitalen-dienste-gesetz-das-ist-noch-kein-plattformgrundgesetz/>>; Kaesling ZUM 2021, 177 (177).

2 Holznagel, VerfBlog, 30.5.2024 <<https://verfassungsblog.de/follow-me-to-unregulated-waters/>>.

3 Zur Änderung von Moderationspraktiken gerade trotz des DSA siehe Bayer, VerfBlog, 21.1.2025 <<https://verfassungsblog.de/zuckerbergs-strategy/>>; Jennerjahn MMR 2025, 247.

Gemäß Art. 1 Abs. 1 DSA ist es unter anderem auch Ziel der Verordnung, die Innovation auf Plattformmärkten zu stärken. Ausweislich Erwägungsgrund 4 geht es spezifisch darum, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass innovative, digitale Dienste entstehen und expandieren können. Daraus ergibt sich ein Gleichlauf mit dem Digital Markets Act (DMA), der das Ziel bestreitbarer und fairer Digitalmärkte verfolgt (Art. 1 Abs. 1 DMA). Es geht den Regelwerken also um „Big Picture“ Innovationen im Sinne eines Marktzutritts europäischer Plattformen. Dass es nicht nur an der EU Digitalregulierung liegt, die Bedingungen hierfür zu schaffen, ist dabei selbstverständlich. *Hoffmann-Riem* sieht die Rolle des Rechts darin, dass es Teil einer Ermöglichungskultur sein kann, die Anreize für Innovationen setzt und sie fördert.⁴ Der Beitrag des DSA zu einer solchen muss es daher sein, Rechtssicherheit für die Unternehmen auf diesen Märkten zu schaffen, um das Innovationsstreben gleichzeitig gesellschaftlich verträglich zu gestalten.⁵

Der Kernbegriff des Risk Mitigation Framework ist der des „systemischen Risikos“. Im Gesetzgebungsverfahren finden sich keine Begründungen, warum dieser Begriff gewählt wurde,⁶ über den vagen Verweis auf die Regulierung „gesellschaftlicher Risiken“ hinaus.⁷ Der Begriff wird jedoch auch an anderer Stelle im europäischen Recht verwendet, namentlich im Bankenaufsichtsrecht. Art. 3 Abs. 1 Nr. 10 CRD IV beschreibt ein Systemrisiko als das Risiko einer Störung des Finanzsystems mit möglicherweise schwerwiegenden negativen Auswirkungen auf das Finanzsystem und die Realwirtschaft.⁸ Die Einführung des Begriffs ist dabei als Reaktion auf die Finanzkrise von 2008 zu sehen und soll eine Stärkung der Makroaufsicht über das Finanzsystem bewirken.⁹

4 *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 33; zur Infrastrukturfunktion des Rechts und der so ermöglichten Freiheitsausübung auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 56 f.

5 *Hoffmann-Riem*, 2016, S. 30 spricht insofern von einer „Innovationsverantwortung“.

6 Unsicher daher auch *Mast/Kettemann/Dreyer/Schulz/Braun Binder/Dauag*, 2024, DSA Art. 34 Rn. 2; auch *Ukrow*, Die Vorschläge der EU-Kommission für einen Digital Services Act und einen Digital Markets Act, 2021, S. 34 führt darüber keinen Nachweis.

7 Erwgr. 2, 9, 69, 76, 79 DSA.

8 Die Begriffe des „systemischen Risikos“ und des „Systemrisikos“ sind auswechselbar und beide zur Beschreibung des definierten Risikos gebräuchlich, was insbesondere die englische Fassung der CRD IV zeigt.

9 *Kaufhold*, Systemaufsicht, 2016, S. 12, 82 f.

B. Online-Plattformen als Kreditinstitute

Mit den neuen Digitalregulierungsinitiativen der EU feiert der Begriff aber eine neue Karriere: Nicht nur der DSA möchte systemische Risiken verhindert wissen, sondern auch die Verordnung über künstliche Intelligenz (AI-Act), wenn es um KI-Modelle mit allgemeinen Verwendungszwecken (Art. 55 ff. AI-Act) geht. Ob und inwieweit sich der finanzmarktrechtliche Systemrisikobegriff auch auf diese Regelungsakte übertragen lässt, ist und war bereits Anlass für rechtswissenschaftliche Untersuchungen.¹⁰ Alle diese Arbeiten gehen (jedenfalls implizit) von der Grundannahme aus, dass es gerade der bankenrechtliche Begriff war, der dem Ordnungsgeber bei der Schaffung des Risk Mitigation Frameworks vorschwebte.¹¹ Diese Annahme ist schon rein institutionell betrachtet nicht besonders naheliegend. So hat die EU mit dem European Systemic Risk Board (ESRB) ein eigenes Gremium zur „Makroaufsicht über das Finanzsystem in der Union“ (Art. 3 Abs.1 ESRB-VO), also der Bewertung systemischer Risiken, geschaffen. Eine Besonderheit des finanzmarktrechtlichen Systemrisikos ist nämlich gerade, dass es den Verbindungen zwischen den einzelnen Systemelementen innewohnt und damit durchaus auch mehr als ein Systemelement für die Entstehung des Risikos verantwortlich sein kann.¹² Aus diesem Grund setzt die Makroaufsicht gerade nicht bei den einzelnen Instituten an – eine Lehre aus der Finanzkrise von 2008.¹³ Angesprochen sind damit zugleich die für den Systemrisikobegriff ausschlaggebenden Ansteckungseffekte, die – gleich dem Flügelschlag eines Schmetterlings¹⁴ – dafür sorgen, dass sich das Risiko auch an anderer Stelle im System realisiert. Der potentielle Schaden muss sich dann zusätzlich auf weitere, benachbarte Systeme auswirken.¹⁵ Unter dem Regime des DSA obliegt es hingegen nicht einem eigens eingerichteten Gremium, diese Bewertung vorzunehmen, sondern den Anbietern selbst.

10 *Siegrist*, Systemische Risiken im Digital Services Act, 2024, S. 200 ff.; *Broughton Micova/Calef*, Elements for Effective Systemic Risk Assessment under the DSA, 2023, S. 24 ff.

11 Zweifel auch bei *Siegrist*, 2024, S. 298.

12 Vgl. *Kaufhold*, 2016, S. 122, 110, 68.

13 *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, De-Larosièrè-Bericht, 25.2.2009, S. 12.

14 *Kaufhold* Osaka University Law Review 2018, 47.

15 *Mendelsohn*, Systemrisiko und Wirtschaftsordnung im Bankensektor, 2018, S. 50.

Für das Finanzmarktrecht folgt notwendigerweise zweierlei. Zuerst lässt sich das systemische Risiko nicht immer einem einzigen Institut zuordnen.¹⁶ Zwar sind besonders große („systemrelevante“) Institute anfälliger für Ansteckungseffekte als kleine Institute, weshalb sie (zurecht) als Treiber systemischer Risiken gelten können.¹⁷ Es wäre jedoch eine unzutreffende Charakterisierung des Systemrisikos *nur diese* Institute für systemisch verantwortlich zu halten, kann von einer Gruppe kleinerer Institute letztlich dasselbe Risiko ausgehen.¹⁸ Dieses entsteht dabei immer aus der Interaktion verschiedener Systemelemente.¹⁹ Es scheint daher unzutreffend, wenn Art. 34 Abs. 1 UAbs. 1 DSA am Ende („ihrer Dienste“) von den systemischen Risiken *eines* Dienstes spricht und das finanzmarktrechtliche Verständnis zugrunde legen möchte. Zweitens folgt, dass ein Institut allein keinen Überblick über systemische Effekte haben kann. Notwendigerweise muss eine Makroaufsicht, wie sie zur Vorsorge systemischer Risiken notwendig ist, das Finanzsystem insgesamt in den Blick nehmen, um die Relevanz der Insolvenz eines Instituts für das System abschätzen zu können.²⁰ Freilich folgt daraus zugleich nicht, dass die Kreditinstitute nicht dazu verpflichtet sein können, extensives Wissen über die eigenen Risiken zu generieren, das zur Systemrisikobewertung beitragen kann.²¹ Da diese aber letztlich eine Gesamtschau des Finanzsystems und damit die Informationen über (grundsätzlich) alle Systemelemente erfordert, muss eine Systemrisikobewertung durch die Kreditinstitute allein letztlich ausscheiden.²²

Allein schon diese Umstände verdeutlichen, warum eine Anlehnung an das finanzmarktrechtliche Konzept des Systemrisikos für den DSA ausscheiden muss: Die Verortung des Risikos bei einzelnen Unternehmen kann dem Charakter des systemischen Risikos in keiner Hinsicht gerecht werden. Im Übrigen bedingt auch die Zielrichtung des Instruments, dass eine Orientierung am Finanzmarktrecht scheitern muss. Das Risk Mitigation Framework ist nicht daran interessiert, mit dem Zusammenbruch

16 Günther, Bad Banks, 2012, S. 72; Mendelsohn, 2018, S. 120 f.

17 Engel, Systemrisikovorsorge, 2020, S. 27 f.

18 Mendelsohn, 2018, 120 f.

19 Kaufhold, 2016, S. 144.

20 Genau dieser Umstand war für die Einführung des ESRB besonders relevant, Erwgr. 11 ESRB-VO.

21 Siehe Engel, 2020, S. 126.

22 In diesem Sinne auch *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, De-Larosière-Bericht, 25.2.2009, S. 11 ff.

einzelner Online-Plattformen umzugehen²³, sondern daran negative Externalitäten der Plattformen zu verhindern.²⁴ Auch das im Bankenrecht ausschlaggebende Element der „Transgressivität“ fehlt im DSA. Dies meint den Umstand, dass die Beeinträchtigung des einen Systems (Finanzmarkt) auch Auswirkungen auf ein anderes System (Realwirtschaft) hat. Stattdessen reicht jede Art der Auswirkung auf ein anderes System aus.²⁵

Aus diesem Grund möchte dieser Beitrag den Blick weiten und auf ein anderes Instrument zur Machtkontrolle richten: die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht. Für die Digitalwirtschaft ist das Instrument in den letzten Jahren ein zentrales Instrument zur Steigerung der Verbraucherwohlfahrt gewesen, also der Vorteile, die die Endverbraucher aus dem Wettbewerb generieren können.²⁶ Wegen der besonderen Beschaffenheit der Digitalmärkte hat sich aber gezeigt, dass eine Ergänzung dieses Instruments notwendig ist, was in die Neuschaffung des DMA auf europäischer und von § 19a GWB auf nationaler Ebene mündete. Diese Instrumente sind zentral, um die *wirtschaftliche* Macht der Big Tech Konzerne einzugrenzen.²⁷ Das Risk Mitigation Framework nimmt daneben eine im Hinblick auf die Adressierung der Macht eines Unternehmens ähnlich anmutende, aber im Anknüpfungspunkt doch fundamental andere Sichtweise ein. Ziel des Instruments ist es, die *gesellschaftliche* Macht der Online-Plattformen zu bändigen.²⁸ Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die Macht der Online-Plattformen verschiedene Dimensionen aufweist, beispielsweise auch eine Normsetzungsmacht.²⁹ Was die (erweiterte und modifizierte) Missbrauchsaufsicht also für die Wirtschaft schaffen soll, soll das Risk Mitigation Framework für die Gesellschaft insgesamt leisten – keine leichte Aufgabe.

23 Möchte man bestreitbare Märkte garantieren (so Art.1 Abs.1 DMA), wäre wohl gerade das Gegenteil hilfreich; siehe auch *Siegrist*, 2024, S. 308.

24 Erwgr. 2, 9 DSA.

25 Müller-Terpitz/Köhler/Beyerbach, 2024, DSA Art. 34 Rn. 14; auf dieser Linie im Ergebnis auch Hofmann/Raue/Kaesling, 2023, DSA Art. 34 Rn. 56.

26 Siehe allein EuGH GRUR 2023, 1131 – Meta Platforms (Facebook).

27 Immenga/Mestmäcker/Schweitzer, 2024, GWB § 19a Rn. 1 ff.

28 Kaesling/Wolf GRUR Int. 2025, 1 (8).

29 Mendelsohn MMR 2021, 857 (857 f.).

C. Private Macht als Topos der Plattformregulierung und des Kartellrechts

Zur Kontrolle und Beschränkung der gesellschaftlichen Macht der Online-Plattformen stellt der DSA einige Instrumente bereit, welche zu einem großen Teil verfahrensrechtlicher Natur sind.³⁰ Materiell-rechtliche Vorgaben hinsichtlich des Umgangs mit Inhalten oder den Plattformen erlaubtes Verhalten macht der DSA zu sehr großen Teilen nicht.³¹ Es gilt somit der Grundsatz „procedure before substance“³², der versucht Gerechtigkeit durch Verfahren herzustellen. Dieser Ansatz vermag es vor allem, einen Ausgleich zwischen der Online-Plattform und Nutzern als Zivilrechtssubjekten mit Rechten und Pflichten zu ermöglichen. Überindividuelle Interessen können in einem solchen Verfahren aber nur begrenzt Berücksichtigung finden.

Dieses Defizit soll das Risk Mitigation Framework beheben, indem es gerade die gesamtgesellschaftlichen Wirkungen der Plattformen in den Vordergrund rückt. Es geht daher darum, die strukturbezogene Macht der sehr großen Online-Plattformen aufzubrechen.³³ Insbesondere auf die Öffentlichkeit üben die Online-Plattformen eine besondere Wirkung aus.³⁴ Diese Macht kann modal³⁵ und kausal³⁶ vermittelt werden.³⁷ Online-Plattformen nutzen beide Möglichkeiten und die Grenzen sind fließend.

Im Kartellrecht setzt sich schon früh *Franz Böhm*, ein Begründer des Freiburger Ordoliberalismus, mit der Frage der privaten Macht auseinander.³⁸ Dazu konstatiert er, dass eine Voraussetzung der Privatrechtsordnung gerade die Abwesenheit von Zwängen ist:³⁹ Privatrechtssubjekte können ihre Privatautonomie nur ausüben, wenn sie keinen (oder jedenfalls nur rechtlich irrelevanten) Zwängen unterworfen sind. Ein solcher Zwang, der die Privatautonomie beeinträchtigen kann, ist auch der strukturelle Zwang,

30 *Griffin* EJLS 2025, 11 (22).

31 Kritik daran bei *Griffin* EJLS 2025, 11.

32 *Ortolani*, VerfBlog, 7.11.2022 <<https://verfassungsblog.de/dsa-build-it/>>.

33 *Reinelt*, in: Wöbbeking/Gerdemann/Büning ua, Digitale Plattformen und Grundrechte, 2025, S. 9 (15 f.); vgl. *Renner*, § 19 Machtbegriffe zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie, in: Möslin, Private Macht, 2016, S. 505 (519).

34 Statt vieler *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, 2022.

35 Der Handlungsspielraum eines anderen wird begrenzt.

36 Ein Akteur übt Zwang auf einen anderen aus.

37 Genauer mit soziologischer Herleitung bei *Renner*, in: Möslin, S. 505 (511 ff.).

38 *Böhm*, Reden und Schriften, 1960, 25 ff.

39 *Böhm*, 1960, S. 32.

der sich aus den Marktbegebenheiten ergibt; diesen nennt er „Organisationszwang“.⁴⁰ Aus dieser Idee ergibt sich eine Lesart des Wettbewerbsrecht als Regulativ der strukturell wirkenden, privaten Macht.⁴¹ Bezugspunkt ist dabei stets der Wettbewerbsprozess als von den Auswirkungen der Macht getroffenes System.⁴²

Für das Risk Mitigation Framework stellt sich nun die Frage, wie die strukturbezogenen Effekte des Verhaltens der VLOP/SEs, in Anbetracht der bestehenden Unklarheiten, zu fassen sind. Es bietet sich daher an, die Instrumente der Missbrauchsaufsicht und des systemischen Risikos im DSA zu vergleichen. Beide sollen in dem jeweils für sie relevanten Kontext (Kartellrecht – Wirtschaft; Plattformregulierung – Gesellschaft) eine Verfälschung der Systemstrukturen durch überbordende Macht verhindern. Während das relevante Bezugssystem im Kartellrecht stets der Wettbewerbsprozess ist, kann ein systemisches Risiko nach der Konzeption des DSA viele verschiedene Systeme betroffen, beispielsweise die Volksgesundheit oder die öffentliche Meinungsbildung.⁴³ Das Instrument muss sich daher auf einer abstrakten Ebene bewegen, um für die für die einzelnen Bezugssysteme offen zu bleiben.

D. Bestimmung der Machtposition

Nur sehr mächtige Unternehmen besitzen so starke Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gesellschaft, dass sie weitreichende staatliche Interventionen hiergegen rechtfertigen können.⁴⁴ Sowohl in der Plattformregulierung, als auch im Kartellrecht stellt die Bestimmung einer Machtposition daher eine wichtige Weichenstellung für die weitere Bewertung der Verhaltensweisen der betreffenden Unternehmen dar. Im Kartellrecht richtet sich die Feststellung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist nach seiner Stellung auf dem relevanten Markt.⁴⁵ Die Feststellung des relevanten Marktes wird durch eine Marktabgrenzung vorgenommen. Diese stellt damit den

40 Böhmer, 1960, S. 33.

41 Schweitzer, § 17 Wettbewerbsrecht und das Problem privater Macht, in: Möslein, Private Macht, 2016, S. 447 (451).

42 Schweitzer, in: Möslein, S. 447 (458).

43 Siehe dazu Erwgr. 80–83 DSA.

44 Siehe allein Erwgr. 75 DSA.

45 Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Heinemann, 2024, AEUV Art. 102 Rn. 55.

Bezugspunkt der Macht fest.⁴⁶ Nach der Marktabgrenzung schließt sich die Frage nach der Marktbeherrschung an. Welche Kriterien (insbesondere auf Digitalmärkten) hierfür heranzuziehen sind, wurde insbesondere in Deutschland in den letzten Jahren stark diskutiert und kulminierte letztlich in der Schaffung von § 19a GWB.⁴⁷ Dennoch bleibt festzuhalten, dass das praktisch wichtigste Kriterium der Marktanteil eines Unternehmens ist.⁴⁸ Das heißt, dass die Beantwortung der Frage nach der Marktbeherrschung essentiell von den Marktstrukturen abhängt.

Im Gegensatz zu diesem Vorgehen bedient sich der DSA zur Bestimmung der Machtposition eines Vorschlaghammers: Hat ein Dienst monatlich mehr als 45 Millionen aktive Nutzer in der EU, so handelt es sich um eine VLOP/SE und das Unternehmen unterliegt einer erweiterten Aufsicht durch die EU-Kommission (Art. 33 Abs. 1 DSA). Die Kennzahl der 45 Millionen Nutzer wurde gewählt, da es sich dabei um 10 % der Einwohner der EU handelt.⁴⁹

I. Wann ist ein Nutzer „aktiv“?

Indem Art. 33 DSA gerade an die „aktiven Nutzer“ einer Plattform oder Suchmaschine anknüpft, stellt sich die Frage, wann ein Nutzer „aktiv“ im Sinne der Vorschrift ist. Der Wortlaut impliziert, dass Nutzer sich entweder aktiv oder passiv verhalten können und nur diejenigen, die sich aktiv verhalten, von der Norm erfasst sind.⁵⁰ Art. 3 lit. p DSA gibt hingegen eine anderslautende Legaldefinition vor: Ein aktiver Nutzer ist, wer eine Online-Plattform damit beauftragt, Informationen zur Verfügung zu stellen, oder der ihren Inhalten ausgesetzt ist, wobei die zuletzt genannte Variante nach Art. 3 lit. q DSA auch für Online-Suchmaschinen gilt. Erwägungsgrund 77 DSA deutet darüber hinaus an, dass es nicht auf bestimmte Aktivitäten der Nutzer auf der Plattform selbst ankommt (bspw. Kommentieren oder Liken

46 Schweitzer in: Möslin, S. 447 (464).

47 Zum Ganzen *Paal/Kieß* ZfDR 2022, 1 (5 ff.); spezifisch zur Datenmacht *Louven* NZKart 2018, 217.

48 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Heinemann*, 2024, AEUV Art. 102 Rn. 112; das gilt auch für § 19a GWB, siehe beispielsweise BGH MMR 2025, 53 (55, 57) – Amazon; BGH NZKart 2025, 332 (336) – Apple.

49 Erwgr. 76 DSA.

50 In diesem Sinne wohl auch Hofmann/Raue/*Kaesling*, 2023, DSA Art. 33 Rn. 27 f.

von Beiträgen), sondern dass allein schon ein Lesezugriff dazu führen könnte, dass ein Nutzer „aktiv“ ist.⁵¹

Diese Auslegung ergibt sowohl im Rahmen einer funktionsbezogenen Betrachtung, als auch wegen der Weite des Begriffs der Online-Plattform im DSA Sinn. Die Funktion des nach Art. 33 ff. DSA erweiterten Aufsichtsregimes ist insbesondere die Regulierung gesamt-gesellschaftlich wirkender Risiken und Krisen. Geschützt sind hiervon beispielsweise der öffentliche Diskurs, die psychische Gesundheit und die Grundrechtsausübung (Art. 34 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b, c, d). Plattformen beeinflussen diese Schutzgüter gerade auch dann, wenn Personen die Inhalte einfach mitlesen. Aus Erwägungsgrund 83 und Art. 25 DSA ergibt sich, dass gerade auch den Gefahren begegnet werden soll, die aus Desinformationen oder irreführenden Benutzeroberflächen herrühren, also solchen die auf dem *Konsum* von Inhalten beruhen. Besonders klar wird dies gerade auch bei Inbezugnahme der ebenso erfassten Suchmaschinen, bei denen der Nutzer keine direkten Interaktionsmöglichkeiten mit dem Inhalt der Suchergebnisse hat. Der weit gewählte Begriff der Online-Plattform unterstützt dieses Argument noch einmal. Der DSA erfasst nicht nur Kommunikationsplattformen wie Facebook oder Twitter, sondern auch Verkaufsplattformen und Videoplattformen.⁵² Alle weisen gänzlich verschiedene Interaktionsmöglichkeiten mit ihren Inhalten auf. Der Begriff der Online-Plattform ist insofern technologieutral, da er nur auf das Vorhandensein von nutzergenerierten Inhalten abstellt. Auf eine bestimmte Nutzung der Plattform kann daher nicht abgestellt werden, ohne diese Technologieutralität zu unterwandern. Eine Aktivität ist somit im Sinne eines Lesezugriffs auf die Inhaltsdaten einer Online-Plattform zu verstehen, was aber selbst wiederum eine Vielzahl an Problemen aufwirft.⁵³ Am besten wäre es daher, der Verordnungsgeber ließe das Erfordernis der „Aktivität“ gänzlich fallen und stelle stattdessen (unter Modifikation der Grenze von 45 Millionen) schlicht auf alle (auch „nicht-unique“) Lesezugriffe ab.⁵⁴

51 So auch bereits *Bovermann*, VerfBlog, 8.1.2024 <<https://verfassungsblog.de/putting-x-s-community-notes-to-the-test/>>.

52 Müller-Terpitz/Köhler/Köhler/Holznagel, 2024, DSA Art. 3 Rn. 84 ff.

53 Dazu Mast/Kettemann/Dreyer/Schulz/Etteldorf, 2024, DSA Art. 33 Rn. 23 ff.

54 Was auch die Probleme des „unique user“ Erfordernisses lösen würde, siehe dazu Müller-Terpitz/Köhler/Beyerbach/Seyer, 2024, DSA Art. 33 Rn. 16.

II. Keine Macht „ins Blaue hinein“

Noch problematischer ist hingegen, dass, die Bestimmung des VLOP/SE-Status kein Bezugssystem aufweist. Dass Macht aber nur in Verhältnissen wirken kann, ist gerade ausschlaggebend bei der Verwendung normativer Machtbegriffe.⁵⁵ Im Kartellrecht ist es daher der relevante Markt, der als Ergebnis der Marktabgrenzung den Bezugspunkt der Macht herstellt. Während hier also klar eine institutionsbezogene Macht hinsichtlich des Wettbewerbsprozesses geprüft wird, ist eine ähnliche Differenzierung im Plattformrecht nicht möglich. Teils wird zwar auf die gesamte Gesellschaft als Bezugssystem abgestellt.⁵⁶ Doch auch dieses Kriterium lässt keine weitere Differenzierung zu. Wäre die gesamte Gesellschaft das relevante Bezugssystem, könnten eine Vielzahl von Faktoren eine Machtposition begründen – insbesondere auch der Marktanteil (vor allem bei besonders relevanten Märkten), womit man letztlich auf den kartellrechtlichen Machtbegriff rekurrieren könnte. Das scheint hingegen nicht intendiert. Letztlich muss der Machtbegriff und die damit einhergehende Kontrolle nach dem Schutzgut variieren. Beispielsweise ließe sich die psychische Gesundheit (Art. 34 Abs. 1 UAbs. 2 lit. d DSA) auch mithilfe einer distributiven Machtkontrolle⁵⁷ (also einer Umverteilung von Rechten und Pflichten im Plattform-Nutzer Verhältnis) schützen – eines Bezugs zur gesamten Gesellschaft bedarf es nicht. Dieses Argument lässt sich freilich dadurch entkräften, dass sich das Risk Mitigation Framework nur für *systemische* Risiken, also gesellschaftlich relevante Risiken, interessiert. Ein distributive Machtkontrolle ist daher ausgeschlossen. Dem lässt sich aber wiederum entgegen, dass der VLOP/SE Status nicht nur Anknüpfungspunkt für die aus Art. 34 und 35 DSA resultierenden Pflichten, sondern auch für andere, anders geartete Pflichten ist (siehe allein Art. 37, 41 DSA). Hier rückt die gesamtgesellschaftliche Dimension der Macht zugunsten der Absicherung subjektiver Rechte der Nutzer in den Hintergrund, weshalb sie nicht in den (allgemeineren) Machtbegriff des Art. 33 DSA einfließen muss. Diese Argumentation verdeutlicht damit das Grundproblem von Art. 33 DSA: Der Machtbegriff muss in einen Kontext gesetzt werden, damit er zu einer sinnvollen Regulierung führen kann.

55 Kainer/Schweitzer, § 24 Ansätze für eine Systematisierung von privater Macht und der Begrenzung privatrechtlicher Gestaltungsmacht, in: Möslin, Private Macht, 2016, S. 629 (630, 632, 634).

56 Kaesling/Wolf GRUR Int. 2025, 1 (8).

57 Dazu Kainer/Schweitzer, in: Möslin, S. 629 (635).

Nun sieht sich aber auch das Kartellrecht seit Neuerem einer Krise ausgeliefert: Die Marktabgrenzung geht gerade in der Digitalwirtschaft fehl und kann nicht für eine zutreffende Beschreibung der Wettbewerbsverhältnisse sorgen. Daher wurde die Missbrauchsaufsicht mit § 19a GWB erweitert und auch mit dem DMA ein Instrument der „kartellrechtsnahen“ Verhaltensregulierung geschaffen.⁵⁸ Eine Marktabgrenzung nimmt letzterer nicht vor, vielmehr handelt es sich um eine sektorale Regulierung, die die „Gatekeeper“ erst ab einer bestimmten (quantitativen) Aufgreifschwelle adressiert (Art. 3 DMA). Ein wichtiger Unterschied zum DSA ist, dass das zu schützende Bezugssystem weiterhin hinreichend klar ist: Es geht um die Bestreitbarkeit und Fairness von *Märkten im Digitalsektor*. Auch wenn DMA und DSA als Geschwister-Rechtsakte oder als einheitliches Paket bezeichnet wurden⁵⁹, besteht nur eine geringe Wechselwirkung zwischen beiden. Das scheint insbesondere vor dem Hintergrund verfehlt, dass mit dem Begriff der VLOP/SEs und der Gatekeeper nahezu die gleiche Gruppe an Unternehmen angesprochen werden (die sog. GAFAM Unternehmen). Diese Symmetrie kommt dabei nicht von ungefähr: Eine mächtige wirtschaftliche Stellung geht oft auch mit einer starken Stellung in anderen gesellschaftlichen Funktionssystemen einher, wie auch umgekehrt.⁶⁰ Es ist daher wohl als Versäumnis anzusehen, dass der Ordnungsgeber mit der Benennung als Gatekeeper (und mutatis mutandum auch der Benennung als VLOP/SE) keine Regelvermutung der gegenseitigen Anerkennung dieser Stellungen geschaffen hat.⁶¹ Zusätzlich sollte es der EU-Kommission auch unbenommen bleiben, Online-Plattformen abseits der Schwelle des Art. 33 Abs. 1 DSA als VLOP/SE klassifizieren zu können – nämlich spätestens dann, wenn von einer Plattform eine abstrakte Gefahr für eines der gesellschaftlich relevanten Schutzgüter ausgeht.⁶²

58 Nagel/Hillmer Der Betrieb 2021, 327 (329); Larouche/Streel Journal of European Competition Law & Practice 2021, 542 (545 ff.).

59 Statt vieler Eifert ua CML Rev 2021, 987.

60 Crane Duke Law Journal Online 2022, 21; genau das war auch ein Hauptanliegen der ordoliberalen Schule, siehe Böhm, 1960, 25 ff.

61 Auch wenn die Schwelle für die jeweils relevante Regulierung aufgrund der unterschiedlichen Zweckrichtung im Einzelfall abweichen kann, siehe Eifert ua CML Rev 2021, 987.

62 So auch Eifert ua CML Rev 2021, 987 (998).

E. Anknüpfung an bestimmte Verhaltensweisen

Sowohl im Kartellrecht, als auch in der Plattformregulierung setzt eine staatliche Intervention also immer zuerst die Mächtigkeit des beaufsichtigten Akteurs voraus. Dieser Umstand allein ist aber nicht ausreichend, um den Eingriff zu rechtfertigen; es muss viel mehr ein auslösendes Moment hinzutreten. Im DSA ist dieses nach Art. 35 DSA das systemische „Risiko“. Nach Art. 102 Abs. 1 AEUV ist dies hingegen der „Missbrauch“. Beide setzen in ihrem Regelungskontext aber gleichermaßen die vorherige Begründung einer Machtposition voraus (also die Klassifikation als VLOP/SE, respektive die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung). Semantisch scheint es zwischen den angesprochenen Verhaltensweisen keinen Zusammenhang zu geben. Dieser Umstand allein lässt das Risk Mitigation Framework in der juristischen Diskussion stärker in die Nähe des finanzmarktrechtlichen Systemrisikos rücken. Sind Risiko und Missbrauch also wirklich so weit voneinander entfernt, wie es scheint?

I. „Risiko“ statt „Missbrauch“?

Damit die EU-Kommission Maßnahmen im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht ergreifen kann, muss ein marktbeherrschendes Unternehmen eine missbilligte Verhaltensweise an den Tag legen.⁶³ Dies ist Ausfluss des kartellrechtlichen Grundgedankens, dass es nicht bestraft werden darf, dass ein Unternehmen sich gut im Wettbewerb schlägt. Insbesondere für die Freiburger Schule, den Ordoliberalismus, war dies keinesfalls selbstverständlich: Für sie resultiert schon aus der marktbeherrschenden Stellung allein eine Beeinträchtigung der Wirtschaft und der Gesellschaft.⁶⁴ Diese Einschätzung konnte für das EU-Kartellrecht letztlich aber nicht verfangen; es verfolgt stattdessen einen „more economic approach“.⁶⁵ Aus diesem folgt notwendigerweise, dass eine bestimmte Marktstruktur allein noch keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Nur, wenn ein Unternehmen seine Stellung nutzt, um einen Vorteil gegenüber den Wettbewerbern

63 *Schweitzer* in: Möslin, S. 447 (462 f.); Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Heinemann, 2024, AEUV Art. 102 Rn. 177.

64 *Berndt/Goldschmidt* ORDO 2000, 33 (50 ff., 58).

65 Zur Übernahme der Kernelemente der rule of reason, des effects-based approach und einer stärkeren Orientierung an der Konsumentenwohlfaht aus den USA: *Meier*, Ein „More Realistic Approach“?, 2021, 199 f.

zu erlangen, kann sich dies wettbewerbshemmend auswirken.⁶⁶ Die zu beantwortende Kernfrage ist daher immer, ob die von einem marktbeherrschenden Unternehmen an den Tag gelegte Verhaltensweise eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs bedeutet.⁶⁷ Auch die Vorschriften des DMA rücken in eine vergleichbare Nähe; hier verbietet die Verordnung bestimmte Verhaltensweisen, die der Verordnungsgeber für wettbewerbschädlich hält, wie beispielsweise Art. 5 Abs. 2 DMA zeigt.

Das Risk Mitigation Framework des DSA stellt nach dem Wortlaut der Norm nicht auf einen von den VLOP/SEs an den Tag gelegten „Missbrauch“ ab. Stattdessen geht es um die systemischen Risiken, die sich aus „der Konzeption oder dem Betrieb ihrer Dienste und seinen damit verbundenen Systemen, einschließlich algorithmischer Systeme, oder der Nutzung ihrer Dienste ergeben“ (Art. 34 Abs. 1 UAbs. 1 DSA). Angesprochen sind damit drei Risikoquellen: die algorithmischen Systeme des Dienstes, die Nutzung des Dienstes und das Design des Dienstes.⁶⁸ Letztlich führt das Risk Mitigation Framework die Plattformdienste also einer vollumfänglichen Prüfung auf „systemische Risiken“ zu. Im Ergebnis führt das zu einem Gleichlauf mit der Missbrauchsaufsicht: Zwar wird nicht an bestimmte Formen des wettbewerbsverfälschenden Verhaltens angeknüpft, sondern stattdessen eine Bewertung anhand einer besonderen Risikokategorie vorgenommen. Doch dahinter steckt letztlich auch die Vorstellung, dass die Anbieter der Vermittlungsdienste bestimmte Verhaltensweisen an den Tag legen, die negative Konsequenzen für ein Bezugssystem haben können. Der Hauptunterschied liegt somit lediglich in der aus der Kategorisierung des Risk Mitigation Frameworks als Risikorecht folgenden Notwendigkeit, ein Wahrscheinlichkeitsurteil über das Eintreten dieser Konsequenzen zu fällen.⁶⁹

Dass Art. 34 DSA, anders als Art. 102 Abs. 2 AEUV, keine Regelbeispiele vorsieht, erweist sich bei näherer Ansicht ebenso also unschädlich. Die meisten unter der Missbrauchsaufsicht zusammengefassten Verhaltenswei-

66 *Schweitzer*, in: Möslin, S. 447 (462 f.). Soweit hiergegen Art. 5 Abs. 3 Data Act (kein Datenzugang für DMA-Gatekeeper) in das Feld geführt wird, ist hiergegen einzuwenden, dass die an dieser Stelle hervortretende Wertung nicht ist, dass von den Gatekeepern allein durch ihre Stellung ein Wettbewerbshemmnis ausgeht, sondern dass die ungleiche Verteilung der Datenzugangsansprüche notwendig ist, um bestehende Marktstrukturen aufzubrechen und einen Marktzugang zu ermöglichen.

67 Vgl. *Schweitzer*, in: Möslin, S. 447 (464 f.).

68 *Husovec*, Principles of the Digital Services Act, 2024, S. 319.

69 Zum Risk Mitigation Framework als Risikorecht *Siegrist*, 2024, S. 178 ff.

sen finden sich nicht in den Regelbeispielen des Art.102 Abs.2 AEUV wieder.⁷⁰ Praktisch relevant ist daher vor allem die Generalklausel des Art.102 Abs.1 AEUV. Durch ihre Anwendung haben sich die drei Fallgruppen des Ausbeutungsmissbrauchs, des Behinderungsmissbrauchs und des Marktstrukturmissbrauchs gebildet.⁷¹ Das legt nahe, dass eine entsprechende Systembildung auch im Rahmen des Risk Mitigation Frameworks angeregt werden könnte.

II. Verzahnung von Recht und Nachbardisziplinen: Ein „more digital approach“?

Doch wie kann diese Systembildung gelingen? *Podszun* spricht schon 2014 davon, dass ein Umdenken im Umgang mit den Digitalmärkten nötig ist und ein „more technological approach“ (in Anlehnung an den „more economic approach“) sinnvoll wäre, um den Eigendynamiken der (zu dieser Zeit noch) in der Emergenz betroffenen Märkte gerecht zu werden.⁷² Auch *Krönke* hat dieses Konzept aufgegriffen und für die öffentliche Wirtschaftsverwaltung zu einen „more digital approach“ geformt.⁷³ Dieser soll den Wunsch nach mehr rechtlicher Reflexion der technischen Begebenheiten auf den Digitalmärkten einlösen.

Das Selbstverständnis des DMA, der sich – ähnlich § 19a GWB – als ergänzende Kontrolle zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht begreift, kommt diesem Konzept nach. Mit klassischem Kartellrecht gerade schwer zu greifende, wirtschaftliche Phänomene (bspw. Netzwerkeffekte⁷⁴) wurden vom DMA aufgegriffen und einer Sonderregelung zugeführt. Diese haben das Potenzial, dass sie zu volkswirtschaftlich unerwünschten Ergebnissen führen (bspw. Tipping⁷⁵). Daher interveniert der Staat, um die hierzu führenden Verhaltensweisen zu beschränken und zugleich bereits bestehende Fehlentwicklungen zu korrigieren.⁷⁶

70 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Heinemann*, 2024, AEUV Art. 102 Rn. 181.

71 FK-AEUV/*Brömmelmeyer*, 2023, AEUV Art. 102 Rn. 60.

72 *Podszun* WuW 2014, 249.

73 *Krönke*, in: *Krönke*, „More Digital Approach“, 2019, S. 63 (70 f.); *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, 2020, S. 7 f.

74 Zu den ökonomischen Grundlagen: *Mast/Kettemann/Dreyer/Schulz/Mast u. a.*, 2024, Einleitung Rn. 10 ff.

75 *Podszun* NJW-Beil. 2022, 56 (56 f.).

76 *Larouche/Streel* Journal of European Competition Law & Practice 2021, 542 (546).

Der DSA und insbesondere das Risk Mitigation Framework unterliegt im Gegensatz hierzu noch einer gewissen normativen Verwirrung. Die Identifikation spezifischer, unerwünschter Effekte (und die zu ihnen führenden Verhaltensweisen), ist zu großen Teilen unterblieben. Insbesondere die Frage nach der Regulierung von „lawful but awful content“ – also grundrechtlich geschützten Aussagen⁷⁷, die aber aus verschiedensten Gründen als missbilligenswert eingestuft werden – wurde vorher nicht geklärt. Zwar schreibt sich der DSA in verschiedenen Erwägungsgründen⁷⁸ selbst auf die Fahne, dass das Risk Mitigation Framework (gesundheitsbezogenen) Desinformationen vorsorgen soll. Wann und warum das passieren soll (geschweige denn, wie das unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit möglich sein kann) – dazu schweigen DSA und Ordnungsgeber.

Stattdessen wird von vielen Stellen auf Art. 40 DSA verwiesen, der einen Zugang zu den Daten der VLOP/SEs für Forschende ermöglicht. Diese seien essentiell für die Erforschung von systemischen Risiken, da nur der Datenzugang es ermögliche, systemische Risiken als solche zu identifizieren.⁷⁹ Gerade an dieser Stelle unterliegen die Anwender des DSA einem naturalistischen Fehlschluss: Die aus dem Datenzugang resultierenden (empirischen) Forschungsergebnisse allein können noch nicht die normativen Fragen des Risk Mitigation Framework beantworten. Es liegt nahe und ist auch ganz im Sinne eines „more digital approach“, die sich bei der empirischen Forschung ergebenden Erkenntnisse in der Normanwendung zu berücksichtigen – das Kartellrecht macht es vor. Gleichzeitig können diese Erkenntnisse nicht die „Aufgreifkriterien“ des Risk Mitigation Frameworks ersetzen. Von der Hand zu weisen ist damit auf keinen Fall die Möglichkeit, normative Theorien, die der empirischen Forschung zugrunde liegen können, zur Anwendung zu bringen. Letztlich bedarf aber jede Übernahme einer solchen Wertung eines juristischen „Übersetzungsaktes“.⁸⁰ Wird diese Übersetzung nicht vorgenommen, droht eine schleichende Erosion des Risk Mitigation Frameworks als genuin *rechtliches* Instrument.

Diese Ausgangslage wird dadurch weiter erschwert, dass das Risk Mitigation Framework durch eine Klaviatur an Durchsetzungsmöglichkeiten er-

77 Nach Art.11 GRCh betrifft das auch Tatsachenbehauptungen, siehe Jarass/Jarass, 2021, GRCh Art. 11 Rn. 10.

78 Erwgr. 2, 9, 69, 83, 84, 88, 95, 104, 106, 108 DSA.

79 Ausführlich dazu Liesenfeld European Journal of Risk Regulation 2024, 1; Kaesling/Wolf GRUR Int. 2025, 1 (8).

80 Lüdemann, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, 2007, S.13; Augsberg Der Staat 2012, 117 (123).

gänzt wird, die bis hin zur Abstellung des Dienstes in der ganzen EU führen können. Die Bußgeldandrohungen in Höhe von sechs Prozent des weltweiten Konzernumsatzes verleihen dem Risk Mitigation Framework eine noch größere Wirkkraft. Schon allein deshalb ist es geboten, den VLOP/SEs die Einhaltung von Erwartungen auch möglich zu machen. Das ist nicht nur im Sinne der Betroffenen, sondern auch im Sinne des Rechtssystems (und damit im Sinne der Gesellschaft), das den Grenzübertritt so identifizieren und einem Reflexionsprozess zuführen kann.⁸¹ Eine Auslegung als Instrument der reinen Wissensgenerierung⁸² muss aus diesen Gründen abgelehnt werden; stattdessen muss die angesprochene normative Verwirrung (auch durch die Rechtswissenschaft) aufgelöst werden. Methodisch sollte das Kartellrecht als Vorbild dienen: Die Missbrauchsaufsicht funktioniert, weil das Recht nicht durch die Ökonomie ersetzt wird, sondern die ökonomischen Wertungen in Recht übersetzt werden.

F. Ein europäischer Sherman Moment – Fazit

Wir sollten das Risk Mitigation Framework stärker aus Perspektive des Kartellrechts statt des Finanzmarktrechts denken. Warum das sinnvoll ist, verdeutlicht hoffentlich nicht nur diese Untersuchung, sondern vermag auch ein Blick über den „großen Teich“ und in vergangene Zeiten zu zeigen. Das US-amerikanische Kartellrecht wurzelt im 1890 verabschiedeten Sherman Act. Das Gesetz wurde zu einer Zeit verabschiedet, in der es dazu gekommen war, dass sich auf vielen Märkten (bspw. Öl, Stahl, Schienenverkehr) Monopole gebildet hatten (sog. Trusts).⁸³ Diese brachten nicht nur den Wettbewerb auf den betreffenden Märkten zum Erliegen, sondern beeinflussten auch das politische Leben in großem Maße.⁸⁴ Insbesondere

81 Den *Siegrist*, 2024, S. 333 schon durch die Berichtspflichten allein angestoßen sieht, wobei er aber übersieht, dass es sich nicht um eine rechtliche Reflexion des Wissens handelt; nach *Gärditz NVwZ* 2009, 1005 (1009) „darf sich [ein Rechtsstaat] eine Verwaltung nach der Maxime trial and error auf Kosten der betroffenen Grundrechtsträger schlechthin nicht leisten“. Gleichzeitig muss die Handlungsfähigkeit der Verwaltung garantiert sein, welche der DSA auch durch das Risk Mitigation Framework herzustellen sucht, siehe *Bovermann*, VerfBlog, 8.1.2024 <<https://verfassungsblog.de/putting-xs-community-notes-to-the-test/>>; *Mast/Kettemann/Dreyer/Schulz/Braun Binder/Dauag*, 2024, DSA Art. 35 Rn. 53.

82 So aber wohl *Siegrist*, 2024, S. 323, 332.

83 *Orbach/Rebling Southern California Law Review* 2012, 605 (605, 610).

84 *Taft*, *The Anti-Trust Act and the Supreme Court*, 1914, S. 4.

durch die von den Trusts geleistete Lobbyarbeit, wirkten die Monopolisten als die „Bosses of the Senate“⁸⁵, also als die wahren Regelssetzer. Der Sherman Act trat dem entgegen, indem er die Trusts verbot und bereits den Versuch der Monopolisierung unter Strafandrohung stellte. Auch die „Big Tech“ Unternehmen üben nicht nur gewaltige wirtschaftliche, sondern auch politische Macht aus. Wir brauchen daher Instrumente, um diese Macht in geordnete Bahnen zu lenken. Das können das Kartellrecht und die Plattformregulierung beide leisten. Die, damals wie heute, zutage tretende Kritik⁸⁶, dass insbesondere das Kartellrecht Innovationen unterdrückt, verfängt augenscheinlich nicht. Vielmehr ist es gerade das Kartellrecht, das auch den Innovationswettbewerb schützen und wiederherstellen kann – und Innovation damit gerade begünstigt.⁸⁷ Die Rolle des DSA in diesem Kontext ist es, die Marktteilnehmer ihrer Innovationsverantwortung⁸⁸ bewusst zu machen und deren Wahrnehmung zu ermöglichen. Es ist daher Zeit für einen europäischen Sherman-Moment, der darauf zielt, die regelsetzenden „Bosses of the Internet“ vom Thron zu stoßen und sie dem (auch europäischen) Innovationswettbewerb auszusetzen.

85 *Kepler*, The Bosses of the Senate, 1889.

86 Siehe allein *The White House*, Vice President JD Vance Delivers Remarks at the Munich Security Conference, 2025; und beispielsweise *Schumpeter*, Capitalism, Socialism and Democracy, 1942, 83 f.

87 *Hoffmann-Riem*, 2016, S. 294.

88 *Hoffmann-Riem*, 2016, S. 30.

KI-Regulierung und Innovation

Ethische Lizenzierung als Regulierungswerkzeug für Open-Source-KI?

Melina Braun*

A. Einleitung

Open-Source-KI-Modelle sind weit verbreitet: Metas Llama Model4, Mistral's Mixtral-8x22B, Alibabas Qwen3, Google DeepMinds Gemma, XAIs Grok1, DeepSeeks V3-Modell und noch viele mehr. Diese offenen Modelle sind grundsätzlich frei zugänglich. Sie können von jedem verwendet, verändert und weiterverbreitet werden. Diese freie Verfügbarkeit hat ein immenses (wirtschaftliches) Innovationspotential zur Folge. Gleichzeitig bringt die Verfügbarkeit auch die Gefahr mit sich, dass das Modell auf einfache Weise für einen unethischen Zweck verwendet werden kann. Um dies zu verhindern, verbieten oft die Lizenzklauseln der Modelle den Einsatz für bestimmte Verwendungszwecke (sog. ethische Lizenzbestimmungen).

Dieser Artikel widmet sich eben diesen Lizenzbestimmungen. Der erste Teil des Beitrags thematisiert dafür die wirtschaftlichen bzw. rechtlichen Grundlagen und Begriffsbestimmungen von Open-Source-KI-Modellen. Der zweite Teil befasst sich mit den möglichen Mechanismen der Rechtsdurchsetzung bei der Verwendung des KI-Modells für durch Lizenzbestimmungen verbotene Zwecke.

* LL.B. (King's College London), Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Weizenbaum-Institut und Doktorandin bei Prof. Dr. iur. Dipl.-Biol. Herbert Zech. Sämtliche Internetverweise wurden zuletzt abgerufen am 15.7.2025.

B. Hintergrund

I. Grundlagen von Open-Source-KI

Die Terminologie für Open-Source-KI fußt auf jener für Open-Source-Software (OSS). Software¹ wird als Open-Source bezeichnet, wenn sie so zur Verfügung gestellt wird, dass jede Person sie verwenden, verändern, und weiterverbreiten darf, sowie die Veränderungen weiterverbreiten darf. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist das Programm als „offen“ oder „frei“ zu bezeichnen.² Diese Definition weist deutliche Bezüge zu den „4 Freedoms“ auf, welche die Free Software Foundation (eine der beiden wichtigsten Entitäten des Open-Source-Bereichs) als Grundvoraussetzung für offene Software aufgestellt hat.³ Diese umfassen: die Freiheit das Programm auszuführen (Freiheit 0), das Programm anzupassen (Freiheit 1), das Programm zu redistribuieren (Freiheit 2) und die Veränderungen des Programms zu redistribuieren (Freiheit 3).

Es mag naheliegend scheinen, die Definition eines Open-Source-KI-Modells (OS KI-Modell) analog zur Definition von OSS zu gestalten. Eine solche Analogie würde jedoch die abweichende Grundstruktur eines KI-Modells im Vergleich zur herkömmlichen Software unberücksichtigt lassen. Anders als ein Computerprogramm besteht ein KI-Modell aus mehreren Komponenten. Häufig wird eine Unterteilung in Gewichtungen, Programmmarchitektur und das Modell als solches vorgenommen. Bei der Programmmarchitektur handelt es sich um die Software, derer es bedarf, um das Modell laufen zu lassen, oder die zum Training des Modells erforderlich war. Gewichtungen sind, vereinfacht gesagt, numerische Werte, die beim Trainieren von KI-Modellen entstehen. Spricht man von Open-Source-KI, stellt sich also allein schon die Frage, auf welche Komponenten die „4 Freedoms“ angewandt werden sollen.

-
- 1 Im Folgenden werden die Begriffe Computerprogramm und Software als Synonyme verwendet. Zu Einzelheiten vgl. etwa ISO/IEC/IEEE 24765.
 - 2 Streng genommen unterscheiden sich die Voraussetzungen für „freie“ und „offene“ Software minimal. Mangels Erheblichkeit dieser Differenzen werden sie vorliegend als Synonyme verwendet. Zu den Unterschieden, siehe auch *Stallmann*, Why Open Source Misses the Point of Free Software, 1.1.2024 <<https://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.en.html>>.
 - 3 GNU, Freie Software. Was Ist Das?, 29.7.2019 <<https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.de.html>>.

Es bestehen mehrere Möglichkeiten. Es kann jeweils nur eine Komponente des Modells unter die „4 Freedoms“ gestellt werden (Gewichtungen, Programmarchitektur, Modell als solches) oder die Gesamtheit. Sollen beispielsweise lediglich die Gewichtungen verwendet und verändert werden, wird oft von einem „Open-Weights Modell“ gesprochen, da eben nicht das ganze Modell offen ist (sondern nur die Gewichtungen). In der Open-Source-Community wird noch intensiv über eine präzise Definition von Open-Source-KI diskutiert,⁴ auch um sog. Open-Washing⁵ zu begegnen. Die Open-Source Initiative (die zweite große Entität in diesem Bereich) hat zwar vor Kurzem die „Open Source AI Definition – 1.0“⁶ veröffentlicht; ob sich diese durchsetzen wird, bleibt jedoch abzuwarten.

In diesem Beitrag wird eine sehr weite Definition für OS KI-Modelle verwendet. Ein KI-Modell ist nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis Open-Source, wenn mindestens ein wesentlicher Bestandteil des Modells, wie beispielsweise die Gewichtungen, den Anforderungen der „4 Freedoms“ entspricht. Dieser Beitrag behandelt also neben Modellen, die lediglich als „Open-Weights“ zu klassifizieren sind (Mixtral-8x22B,⁷ Qwen3,⁸ Gemma⁹ oder Grok1¹⁰), auch Modelle, die daneben auch noch die Programmarchitektur und das Modell an sich zur Verfügung stellen (Llama Model 4¹¹ und DeepSeek-V3¹²).

-
- 4 *Free Software Foundation Contributions*, FSF Is working on freedom in machine learning applications, 22.10.2024 <<https://www.fsf.org/news/fsf-is-working-on-freedom-in-machine-learning-applications>>.
 - 5 *Gray Widder/West/Whittaker*, Open (For Business): Big Tech, Concentrated Power, and the Political Economy of Open AI, 17.8.2023 <<https://papers.ssrn.com/abstract=4543807>>.
 - 6 *Open Source Initiative*, The Open Source AI Definition – 1.0 <<https://opensource.org/ai/open-source-ai-definition>>.
 - 7 *Mistral AI*, Mixtral-8x22B-v0.1, Hugging Face <<https://huggingface.co/mistralai/Mixtral-8x22B-v0.1>>.
 - 8 *Qwen*, Qwen3-235B-A22B, Hugging Face <<https://huggingface.co/Qwen/Qwen3-235B-A22B>>.
 - 9 *Gemma*, LICENSE Google-Deepmind/Gemma, GitHub <<https://github.com/google-deepmind/gemma/blob/main/LICENSE>>.
 - 10 *Grok-1*, LICENSE Xai-Org/Grok-1, GitHub <<https://github.com/xai-org/grok-1/blob/main/LICENSE.txt>>.
 - 11 *Llama-Models*, LICENSE Meta-Llama/Llama-Models, GitHub <<https://github.com/meta-llama/llama-models/blob/main/models/llama4/LICENSE>>.
 - 12 *DeepSeek-V3*, LICENSE-MODEL Deepseek-Ai/DeepSeek-V3, GitHub <<https://github.com/deepseek-ai/DeepSeek-V3/blob/main/LICENSE-MODEL>>.

II. Wirtschaftliche Relevanz von OS KI-Modellen

OS KI-Modelle sind keine Nischenanwendung, sondern schon längst im wirtschaftlichen Tagesgeschäft angekommen. Um die wirtschaftliche Relevanz zu erläutern, sei zunächst die typische Wertschöpfungskette bei OS KI-Modellen dargestellt.

Den Ausgangspunkt bildet ein KI-Modell (z.B. Llama Model4 oder DeepSeek-V3), das von einem Anbieter (z.B. Meta oder DeepSeek) als Open-Source Variante (häufig auf den Code-Sharing-Plattformen Hugging-Face oder GitHub) zur Verfügung gestellt wird. Fast immer wird das erste Modell in der Kette ein Foundation-Model¹³ sein. Darunter sind Modelle zu verstehen, die noch nicht auf einen konkreten Anwendungszweck zugeschnitten sind, sondern an viele nachgelagerte Aufgaben angepasst werden können.¹⁴ Grundmodelle sind also so konzipiert, dass sie ein breites Spektrum an Aufgaben lösen können (Programmieren, mathematisches Denken, Texte, Musik und Bilder generieren, „Reasoning“ etc.). Im zweiten Schritt wird das Foundation-Model von einem Nutzer für seinen konkreten Verwendungszweck angepasst (sog. Fine-tuning). Hierfür stehen verschiedene technische Möglichkeiten zur Verfügung.¹⁵ Diese Herangehensweise ist häufig kosten- und ressourcenschonender, als ein KI-Modell vollständig neu zu trainieren. Aus diesem Grund ist diese Vorgehensweise weit verbreitet. Beispielsweise wurde basierend auf dem Llama-Modell ein KI-gestützter Berater für Landwirte gebaut¹⁶ oder basierend auf DeepSeek ein KI-System zur Analyse von Krankheitsakten erstellt.¹⁷ Viele verschiedene spezialisierte KI-Systeme bauen also mitunter auf demselben OS KI-Modell auf.

13 Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, wurde sich bewusst nicht auf die Definition von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck nach Art. 3 Abs. 63 KI-VO berufen.

14 Bommasani *et al.*, On the Opportunities and Risks of Foundation Models, arXiv, 12.7.2022 <<http://arxiv.org/abs/2108.07258>>.

15 Siehe hierzu etwa Hu *et al.*, LoRA: Low-Rank Adaptation of Large Language Models, 16.10.2021 <<https://doi.org/10.48550/arXiv.2106.09685>>; Dettmers *et al.*, QLoRA: Efficient Finetuning of Quantized LLMs, 23.5.2024 <<https://doi.org/10.48550/arXiv.2305.14314>>.

16 Farmer.Chat <<https://farmerchat.digitalgreen.org/>>.

17 HKU Health System, The University of Hong Kong Shenzhen Hospital Successfully Deployed AI Models Locally to Help the Development of Medical Intelligence – International Medical Center News – Shenzhen Hospital of the University of Hong Kong <https://www.hku-szh.org/xgdxszyy/gjylzx/gjylxdt/content/post_1532680.html>.

Die wirtschaftliche Relevanz von OS KI-Modellen ist enorm. Dem AI Index 2024 zufolge waren 66 % aller 2024 veröffentlichten Foundation-Models Open-Source,¹⁸ also 44 % mehr als 2023 und 33 % mehr als 2021.¹⁹ Auf der Code-Sharing Plattform HuggingFace sind mittlerweile mehr als 1,16 Millionen Open-Source-Modelle zum Download verfügbar.²⁰ Die Download-Zahlen dieser Modelle bewegen sich im Milliardenbereich.²¹ Durch OS KI-Modelle sind global positive wirtschaftliche Folgen zu erwarten. Stark gesunkene Eintrittsbarrieren erleichtern es neuen Akteuren, am wirtschaftlichen Wettbewerb teilzunehmen und bestehende Marktführer herauszufordern.²² Außerdem führt die Offenheit der Modelle zu mehr Kollaboration bei der technischen Weiterentwicklung und somit kosteneffizienter Innovation.

III. Ethische Lizenzbestimmungen

Ethische Lizenzbestimmungen sollen die von dem Lizenzvertrag oder der Lizenz²³ gedeckten möglichen Verwendungszwecke beschränken. Entweder werden bestimmte Anwendungsfälle aus dem Anwendungsbereich direkt ausgenommen, oder er wird von vornherein auf bestimmte Anwendungsfälle beschränkt. Auch wenn theoretisch (technisch) möglich, soll das KI-Modell für bestimmte Zwecke nicht eingesetzt werden.

Die ethischen Lizenzbestimmungen, die sich bei OS-KI-Modellen finden lassen, können in thematische Gruppen zusammengefasst werden. *Lemley/Henderson*²⁴ identifizieren hier

-
- 18 *Maslej et al.*, The 2024 AI Index Report, Stanford University, 4/2024 <<https://hai.stanford.edu/ai-index/2024-ai-index-report>>.
 - 19 *Maslej et al.*, The 2024 AI Index Report, Stanford University, 4/2024 <<https://hai.stanford.edu/ai-index/2024-ai-index-report>>.
 - 20 *Huggingface*, Open-source AI: year in review 2024 <<https://huggingface.co/spaces/huggingface/open-source-ai-year-in-review-2024?day=4>>.
 - 21 *Huggingface*, Open-source AI: year in review 2024 <<https://huggingface.co/spaces/huggingface/open-source-ai-year-in-review-2024?day=4>>.
 - 22 *Mozilla*, Statement from Economists on the Importance of Open Source AI, 10.12.2024 <<https://open.mozilla.org/economists/>>.
 - 23 Um begriffliche Verwirrungen zwischen der Verpflichtungs- und Verfügungsebene vorzubeugen, wird sich im Folgenden mit „Lizenzvertrag“ auf die Verpflichtungsebene und mit „Lizenz“ auf die Verfügungsebene bezogen.
 - 24 *Lemley/Henderson*, The Mirage of Artificial Intelligence Terms of Use Restrictions, Princeton University Program in Law & Public Policy Research Paper Series No.

- illegale Aktivitäten,
- schädliche oder missbräuchliche Verhaltensweisen,
- Förderung von Gewalt oder illegalen Aktivitäten,
- Inhalte oder Nutzungen, die die Privatsphäre gefährden,
- Erstellung von sexuell eindeutigem Material,
- Nachahmung realer Personen,
- Verbreitung von Desinformationen oder Beeinträchtigung demokratischer Prozesse,
- akademische Unehhrlichkeit,
- Inhalte, die Minderjährigen schaden,
- unüberwachte professionelle Beratung in kritischen Bereichen wie Finanzen, Gesundheitswesen und Rechtsberatung und
- Vorgabe von Namenskonvention für abgeleitete Modelle.

C. Rechtliche Mechanismen zur Durchsetzung der ethischen Lizenzbestimmungen

Daran schließt sich die Frage an, welche rechtlichen Mechanismen dem Anbieter eines OS KI-Modells zur Verfügung stehen, um die Lizenzbestimmungen gegenüber dem Nutzer durchzusetzen. Dazu erfolgt in einem ersten Schritt eine Einführung in das Lizenz(-vertrags)recht bei KI-Modellen. Darauf aufbauend diskutiert ein zweiter Schritt spezifische rechtliche Mechanismen.

I. Grundlagen des Lizenzrechts bei OS KI-Modellen

Auch hier wird zunächst das Lizenzmodell von OSS erläutert, bevor vor diesem Hintergrund das Lizenzrecht von OS KI-Modellen analysiert wird.

1. Lizenzmodell bei OSS

Auf Verfügungsebene räumt der Anbieter der Software (Lizenzgeber) dem Nutzer der Software (Lizenznehmer) eine Lizenz ein. Grund hierfür ist, dass Software als Computerprogramm gem. § 69a UrhG vom Urheberrecht

2025-04, 9.12.2024, S. 17 (eigene Übersetzung) <<https://papers.ssrn.com/abstract=5049562>>.

geschützt wird. Dem Urheber wird also das Ausschließlichkeitsrecht an dem Computerprogramm eingeräumt. Folglich bedarf es für die Ermöglichung der „4 Freedoms“ der Einräumung von einfachen Nutzungsrechten nach § 31 Abs. 2 UrhG. Diese Nutzungseinräumung ist dinglicher Natur. Erst durch diese Lizenz wird es ermöglicht, dass jede Person die Software verwenden, verändern und weiterverbreiten darf.

Die verfügbaren OSS-Lizenzen lassen sich grob in zwei Kategorien aufteilen: Lizenzen mit copyleft-Effekt und Lizenzen ohne copyleft-Effekt. Erstere Lizenz knüpft die Einräumung von Nutzungsrechten an die Bedingung, dass die entstandenen abgeleiteten Werke ebenfalls unter dieselbe Lizenz gestellt werden. Steht ein Computerprogramm unter dieser Lizenz, so hat dies zur Folge, dass alle Abwandlungen unter dieser Lizenz bleiben (müssen) und deswegen alle Computerprogramme in der Wertschöpfungskette offen bleiben. Das wohl bekannteste Beispiel ist die GPL.²⁵ Lizenzen ohne copyleft-Effekt beinhalten diese Bedingung nicht. Somit können die abgeleiteten Werke zwar unter diese ursprüngliche Lizenz gestellt werden, es besteht jedoch keine Verpflichtung. Dies ist etwa bei der Apache-Lizenz der Fall.²⁶

Auf der Verpflichtungsebene verpflichtet sich der Anbieter der Software typischerweise zur unentgeltlichen Erteilung einer Lizenz. Die vertragstypologische Einordnung eines solchen Lizenzvertrages ist streitig. Die Überlegungen gehen von einer GbR²⁷ bis hin zu einem atypischen Vertrag sui generis.²⁸ Die sich abzeichnende herrschende Meinung ordnet das Verpflichtungsgeschäft als Schenkungsvertrag nach § 516 BGB ein.²⁹

2. Lizenzmodell bei OS KI-Modellen

Auch hier stellt sich wieder die Frage, ob das Lizenzmodell bei OS KI-Modellen analog zur OSS strukturiert ist. Wie auch schon bei der Definition von OS KI-Modellen, begegnet eine analoge Übertragung allerdings

25 *Free Software Foundation*, GNU General Public License <<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>>.

26 *Apache*, Apache License <<https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0.txt>>.

27 *Sester* CR 2000, 797 (801 f.).

28 *Koch* CR 2000, 333 (335).

29 *Metzger/Jaeger* GRUR Int. 1999, 839 (847); *Deike* CR 2003, 9 (14); *Spindler*, Rechtsfragen der Open Source Software <https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/035cb3109455169625e840892422916e.pdf/studie_final.pdf> S. 73.

Schwierigkeiten. Grund hierfür ist die urheberrechtliche Bewertung von KI-Modellen.

Die Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von KI-Modellen ist noch nicht final geklärt. Je nach technischen Grundlagen des KI-Modells, besteht ein hohes Maß an Unsicherheit, ob ein urheberrechtlich geschütztes Werk vorliegt.³⁰ Des Weiteren kann sich die Open-Source-Qualität (wie oben dargelegt) entweder auf das Modell als solches beziehen oder nur auf eine einzelne Komponente. Auch an der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit einzelner Komponenten (z.B. Gewichtungen, Programmarchitektur) bestehen je nach betrachteter Komponente erhebliche Zweifel.³¹ Jedenfalls ist zu differenzieren: Während die Schutzfähigkeit von Gewichtungen sehr wahrscheinlich zu verneinen ist,³² ist die Programmarchitektur meistens wohl durchaus schutzfähig.³³ Aufgrund dessen empfiehlt sich eine Unterscheidung von zwei verschiedenen Konstellationen.

a. Konstellation 1: Komponente wird urheberrechtlich geschützt
(Programmarchitektur)

Sofern die Komponente, die als Open-Source-Variante ausgestaltet werden soll, dem urheberrechtlichen Schutz unterliegt (z.B. Programmarchitektur), bestehen keine Unterschiede zur Konstellation bei OSS. Es kann auf die obigen Überlegungen zurückgegriffen werden.

b. Konstellation 2: Unsicherheit bzgl. des urheberrechtlichen Schutzes
(Modell als solches, Gewichtungen)

Besteht dagegen bezüglich der Schutzfähigkeit ein nicht unerhebliches Maß an Rechtsunsicherheit (z.B. Modell als solches, Gewichtungen), so liegt der zweite Fall vor.³⁴ Insofern kein urheberrechtlicher Schutz besteht, können die Überlegungen zur OSS nicht direkt übertragen werden. Es stellt sich

30 Schumacher, Schutzfähigkeit Künstlicher Intelligenz: Die immaterialgüterrechtliche Schutzfähigkeit von KI-Technologien, digital | recht 2023, S. 177 f. <<https://digitalrecht-z.uni-trier.de/index.php/drz/catalog/book/32>>.

31 Flöter/Cordes GRUR-Prax 2024, 668 (669).

32 Flöter/Cordes GRUR-Prax 2024, 668 (669).

33 Hartmann/Prinz WRP 2018, 1431 (Rn. 23 ff.).

34 Flöter/Cordes GRUR-Prax 2024, 668 (669).

die Frage, welches, bzw. ob, ein Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zustande kommt. Dies hat nicht nur theoretische Relevanz, sondern hat Auswirkungen darauf, wie (bzw. ob) ethische Nutzungseinschränkungen geltend gemacht werden können.

Zunächst muss sich dem Verfügungsgeschäft gewidmet werden. Im ersten Schritt stellt sich die Frage, ob ein urheberrechtlich gänzlich schutzloses Objekt vorliegt (wie dies z.B. auch bei einer Turnübung der Fall wäre).³⁵ Ist dies der Fall, ist ein darauf bezogenes Verfügungsgeschäft eine Leerübertragung und es wird keine Lizenz eingeräumt. Handelt es sich allerdings bei dem Betrachtungsobjekt um einen Gegenstand, der grundsätzlich dem Schutz des Urheberrechts zugänglich ist, im Einzelfall jedoch nicht die Voraussetzungen erfüllt oder dies zumindest fraglich ist, könnte die Konstellation des Scheinrechts vorliegen.³⁶ Besteht kein urheberrechtlicher Schutzgegenstand, wird zwar auch hier keine auf Verfügungsebene wirkende Lizenz eingeräumt. Allerdings führt dies (im Gegensatz zur Leerübertragung) nicht automatisch zur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts.³⁷ Vorliegend spricht allein schon der Umstand, dass eine Schutzfähigkeit von Gewichtungen bzw. KI-Modellen von der Literatur nicht komplett ausgeschlossen, sondern diskutiert wird, stark gegen die Einordnung als urheberrechtlich gänzlich schutzloses Objekt und somit gegen die Leerübertragung. Bei KI-Modellen bzw. Gewichtungen kommt also eher die Scheinübertragung in Betracht.

Die Rechtsprechung fordert für einen wirksamen (schuldrechtlichen) Lizenzvertrag im Gefolge einer Scheinübertragung als zusätzliche Voraussetzung, dass der Lizenzgeber dem Lizenznehmer eine „wirtschaftliche Vorzugsstellung verschafft“.³⁸ Diese Vorzugsstellung liegt vor, wenn der Lizenznehmer in eine „ähnliche wirtschaftliche Lage“³⁹ versetzt wird, als wenn er ein gültiges Schutzrecht erlangt hätte.⁴⁰ Dies kann beispielsweise darin bestehen, dass der Lizenznehmer einen tatsächlichen Zugang zu einem

35 Dreier/Schulze/Mantz, 8. Aufl. 2025, UrhG § 31 Rn. 14.

36 Dreier/Schulze/Mantz, 8. Aufl. 2025, UrhG § 31 Rn. 14.

37 Dreier/Schulze/Mantz, 8. Aufl. 2025, UrhG § 31 Rn. 14.

38 BGH, Urt. v. 2.2.2012 – ZR 162/09, NJW 2012, 3512 (Rn.17) – Delcantos Hits; Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, Kap. 7.2 Rn. 3.

39 BGH NJW 2012, 3512 (Rn. 17) – Delcantos Hits.

40 BGH NJW 2012, 3512 (Rn. 17) – Delcantos Hits.

Computerprogramm erlangt, den er ohne den (Schein-)Lizenzvertrag nicht erlangt hätte.⁴¹

Für die Frage, ob ein wirksamer Lizenzvertrag vorliegt, ist also entscheidend, ob dem Lizenznehmer eine wirtschaftliche Vorzugsstellung eingeräumt wird. Bei der entgeltlichen Zurverfügungstellung eines KI-Modells entsteht diese wirtschaftliche Vorzugsstellung meist durch die Bereitstellung des tatsächlichen Zugangs zu dem KI-Modell: Ohne Lizenzvereinbarung besteht kein Zugriff auf das Modell. Bei OS KI-Modellen ist die Konstellation grundlegend anders. Hier besteht auch schon ohne Lizenzvereinbarung ein tatsächlicher Zugang zu dem Modell. Es ist in der Regel frei zugänglich im Internet verfügbar. Der Abschluss eines Lizenzvertrages ist keine (kausale) Bedingung, um faktisch das Modell zu erlangen, sondern erfolgt automatisch beispielsweise durch den Download. Ohne wirtschaftliche Vorzugsstellung könnte also auch das Verpflichtungsgeschäft unwirksam sein. Unklar ist jedoch, ob das zusätzliche Wirksamkeitserfordernis für das Verpflichtungsgeschäft ein Allgemeines ist, oder nur für den Kontext der Ansprüche auf Lizenzgebühren des Lizenzgebers ggü. dem Lizenznehmer einschlägig ist.

Abgesehen von diesem Wirksamkeitserfordernis, verpflichtet sich auf schuldrechtlicher Ebene der Lizenzgeber zur unentgeltlichen Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts in Form einer Lizenz; diese Leistung ist für ihn (in diesem Fall der Schuldner) aber objektiv und anfänglich unmöglich. Nach § 311a Abs. 1 BGB bleibt das Schuldverhältnis jedoch trotzdem wirksam.

Wird die vorliegende Konstellation als Schenkungsvertrag nach § 516 BGB eingeordnet, so bedarf es für die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts allerdings zusätzlich noch der notariellen Beurkundung nach § 518 Abs. 1 BGB, was in aller Regel jedoch nicht vorliegen wird. Eine Heilung des Formmangels durch Bewirkung der versprochenen Leistung nach § 518 Abs. 2 BGB ist aufgrund der Unmöglichkeit der Bewirkung der Leistung (also die Einräumung der Lizenz) nicht möglich. Zumindest bei einer wortlautnahen Auslegung muss also auch die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts in Frage gestellt werden. Um über dieses Wirksamkeitshindernis hinwegzukommen, kommt neben der teleologischen Reduktion des § 518 Abs. 2 BGB auch eine Einordnung der Konstellation als anderer Vertragstypus in Betracht.

41 LG Oldenburg, Urt. v. 31.1.1996 – 5 O 3578/93, GRUR 1996, 481 (484) – Subventions-Analyse-System.

c. Zwischenfazit

Je nach Komponente und der zugehörigen urheberrechtlichen Einordnung unterscheiden sich die lizenzrechtlichen Folgen. Vor allem bei der (vermeintlichen) Lizenzierung des KI-Modells oder der Gewichtungen ist es äußerst fraglich, ob eine Nutzungserlaubnis nach § 31 Abs. 2 UrhG eingeräumt wird. Ein Verpflichtungsgeschäft (Schenkung nach § 516 BGB) könnte zustande kommen.

II. Übersicht möglicher Mechanismen zur Durchsetzung von Lizenzbestimmungen

Auf Basis dieser Analyse werden nun einzelne mögliche rechtliche Mechanismen zur Durchsetzung von Lizenzbestimmungen erörtert. Dafür sind zwei verschiedene Konstellationen zu unterscheiden: Bei der ersten Konstellation geht der Anbieter des KI-Modells gegen einen Verwendungszweck vor, der auch spezifisch in den Lizenzbestimmungen untersagt ist (wie etwa bei der Verwendung des KI-Modells zur Steuerung einer militärischen Drohne trotz Verbot der militärischen Verwendung in den Lizenzbestimmungen). Die zweite Konstellation liegt vor, wenn der Anbieter zwar einen Verwendungszweck verbieten möchte, dieser allerdings nicht in den Lizenzbestimmungen ausgeschlossen ist. Das wäre etwa der Fall, wenn (i) die Lizenzbestimmungen gar keine inhaltlichen Beschränkungen regeln (wie etwa bei Qwen3, Mixtral-8x22B, Gemma und Grok1, die alle unter der Apache 2.0 Lizenz stehen), oder (ii) die Lizenzbestimmungen zwar Verwendungszwecke ausschließen, allerdings fraglich ist, ob der konkrete Fall unter eine Klausel subsumiert werden kann. Dieser zweite Fall wäre etwa gegeben, wenn der Anbieter die Verwendung des Modells in einem Computerspiel mit militärischem Einschlag verhindern möchte, allerdings in den Lizenzbestimmungen nur die Verwendung für „militärische Zwecke“ ausgeschlossen ist.

Auch hier ist die obig erläuterte Unterscheidung in zwei Konstellationen (Komponente wird urheberrechtlich geschützt bzw. nicht geschützt) von Relevanz. Befindet man sich in der zweiten Konstellation, so kommen die urheberrechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht in Betracht, da unter Umständen kein urheberrechtlich geschützter Anknüpfungspunkt besteht und wohl auch kein Scheinrecht eingeräumt wird. Es verbleiben also nur

die schuldrechtlichen Mechanismen, wobei Voraussetzung hierfür ist, dass die obig aufgezeigten Wirksamkeitshindernisse nicht bestehen.

1. Konstellation 1: Lizenz regelt Verwendungszweck

a. Lizenzbestimmung als inhaltliche Beschränkung nach § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG

Nach § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG ist es möglich, die eingeräumten Nutzungsrechte räumlich, zeitlich oder inhaltlich zu beschränken. Fraglich ist, ob die ethischen Lizenzbestimmungen als inhaltliche Beschränkung der Nutzungsrechte anzusehen sind. Dies hätte zur Folge, dass die Beschränkung nach § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG dingliche Wirkung hat, so dass ein Verstoß gegen jene (also die Nutzung des KI-Modells für einen verbotenen Zweck) automatisch zu einer Urheberrechtsverletzung führt.

An das Vorliegen einer solchen, dinglich wirkenden, inhaltlichen Beschränkung werden hohe Anforderungen gestellt. Dies ergibt sich aus dem Verkehrsschutzinteresse der Allgemeinheit, wonach es klar erkennbar sein muss, welche Rechte genau erworben werden.⁴² Deshalb muss die lizenzierte Nutzungsform nach der Verkehrsauffassung üblich, wirtschaftlich und technisch eigenständig und klar abgrenzbar sein.⁴³ Vorliegend stellt sich also die Frage, ob die Nutzungsform als Open-Source-Variante mit ethischen Lizenzbestimmungen diese Kriterien erfüllt. Nach der Rechtsprechung kann der Gebrauchszweck die Grundlage für eine inhaltliche Beschränkung sein, wenn entweder eine zweckgebundene Nutzung eines zweckfrei geschaffenen Werkes⁴⁴ oder eine zweckfreie Nutzung eines zweckgebundenen Werkes vorliegt.⁴⁵ Auch bei der Einschränkung des Gebrauchszwecks nur zur privaten oder nur zur gewerblichen Nutzung kann eine, die Kriterien erfüllende, Nutzungsform vorliegen.⁴⁶ Wie sich anhand dieser Beispiele gut illustrieren lässt, ist jedenfalls die nach der

42 Schricker/Loewenheim/*Ohly*, 6. Aufl. 2020, UrhG § 31 Rn. 29.

43 Schricker/Loewenheim/*Ohly*, 6. Aufl. 2020, UrhG § 31 Rn. 28; BGH, Urt. v. 6.7.2000 – I ZR 244/97, JurPC Web-Dok. 220/2000 – OEM-Version.

44 Fromm/*Nordemann*, 13. Aufl. 2024, UrhG § 31 Rn. 64; OLG Frankfurt, Urt. v. 25.4.1995 – 11 U 2/95, ZUM 1996, 97 – René Magritte; BGH, Urt. v. 10.6.2009 – I ZR 226/06, GRUR 2010, 62 (Rn. 18) – Nutzung von Musik für Werbezwecke.

45 Fromm/*Nordemann*, 13. Aufl. 2024, UrhG § 31 Rn. 64.

46 BGH, Urt. v. 6.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 (Rn. 46) – World of Warcraft I; Dreier/Schulze/*Mantz*, 8. Aufl. 2025, UrhG § 31 Rn. 46.

Verkehrsanschauung zu bestimmende Eigenständigkeit relevant. Bei der zu untersuchenden Nutzungsform (Open-Source mit ethischen Lizenzbestimmungen) ist das jedenfalls schwer zu bejahen.

Im Ergebnis bestehen Zweifel an der Klassifizierung als inhaltliche Beschränkung nach § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG.

b. Lizenzbestimmung als dingliche auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB

Die Lizenzbestimmung könnte eine dinglich wirkende auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB sein. Insofern dies der Fall ist, führt ein Verstoß gegen ethische Nutzungseinschränkungen automatisch zum Rückfall der Nutzungseinräumung. Es liegt also sofort eine Urheberrechtsverletzung vor. Ob eine dinglich (und nicht nur schuldrechtlich) wirkende auflösende Bedingung vorliegt, ist nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB zu bestimmen, insb. unter Zugrundelegung der Vertragsbestimmungen. Die Lizenzklausel muss also dahingehend auszulegen sein, dass eine verbotene Verwendung des KI-Modells die „automatisch[e] Beendigung der Rechte aus der Lizenz“⁴⁷ zur Folge hat.⁴⁸

In der Theorie könnte der Modell-Anbieter mit solch einer Gestaltung nicht nur gegen den ersten Nutzer der Wertschöpfungskette, sondern auch gegen darauffolgende Nutzer vorgehen. Wenn in einem hypothetischen Szenario ein Nutzer (primärer Nutzer) nach Fine-Tuning des Llama Modells im Sinne eines verbotenen Zwecks das angepasste Modell an weitere Nutzer (sekundäre Nutzer) weiterverbreitet, könnte Meta dann auch gegen letztere vorgehen. Voraussetzung hierfür wäre (angelehnt an Ziff. 10 GPL v3) eine Klausel, wonach Nutzer die Lizenz rechtlich immer direkt vom Anbieter erlangen, unabhängig davon, ob ihnen faktisch das Modell durch einen Dritten zur Verfügung gestellt wurde.

47 Siehe Ziff. 8 der GPL v3 GNU, General Public License, Version 3, GNU-Projekt, 29.6.2007 <<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.de.html>>.

48 Zur dinglichen Einordnung der Copyleft-Klausel bei dieser Formulierung: Metzger/Jaeger GRUR Int. 1999, 839; LG München I, Urt. v. 19.5.2004 – 21 O 6123/04, GRUR-RR 2004, 350.

c. Kündigung des Lizenzvertrages

Durch die Verletzung einer ethischen Nutzungsuntersagung könnte dem Lizenzgeber auch ein Kündigungsrecht für den Lizenzvertrag nach § 314 Abs. 2 BGB oder durch vertragliche Regelung (siehe Llama Model4 Ziff. 6) zustehen. Als Dauerschuldverhältnisse sind Lizenzverträge auch grundsätzlich durch Kündigung zu beenden.⁴⁹ Ebenso ist die AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB zu beachten. Auch hier kann durch eine geschickte Gestaltung der Lizenzbestimmungen eine Wirkung gegenüber sekundären Nutzern erzielt werden. Der Anbieter kann gegen den verbotenen Nutzungszweck allerdings erst nach der Kündigungserklärung (und dem erfolglosen Ablauf der Frist) vorgehen (Kündigung als Gestaltungsrecht). Dieser Mechanismus ist daher weniger effizient.

d. Vertraglicher Unterlassungsanspruch

Grundsätzlich wäre auch denkbar, dass die Verwendung des OS KI-Modells für einen untersagten Verwendungszweck einen Unterlassungsanspruch des Modell-Anbieters auslöst. Die Zulässigkeit von vertraglichen Unterlassungsansprüchen ergibt sich grundsätzlich aus der Privatautonomie.⁵⁰ Hierfür bedarf es allerdings einer entsprechenden Gestaltung des Lizenztextes. Die Formulierung muss so gewählt werden, dass eine bestimmte und ausdrückliche Unterlassungspflicht besteht und nicht nur eine abstrakte Verhaltenspflicht geregelt wird.⁵¹ In den für diesen Beitrag untersuchten Lizenzbestimmungen ließ sich eine entsprechend explizite Formulierung jedoch nicht finden.

49 Jaeger/Metzger, *Rechtliche Rahmenbedingungen der freien Software*, 4. Aufl. 2016, Rn. 178a.

50 Fritzsche, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, 2000, S. 67; BGH, Urt. v. 21.01.1999 – I ZB 135/96, GRUR 1999, 522 (524) – Datenbankabgleich.

51 Fritzsche, 2000, S. 68.

2. Konstellation 2: Lizenz regelt Verwendungszweck nicht

a. Entstehung des Werkes nach § 14 UrhG

Das Urheberrecht geht grundsätzlich davon aus, dass der Urheber und das Werk persönlich und geistig eng verbunden sind.⁵² Der Urheber kann deswegen (unabdingbar) gem. § 14 UrhG die Entstehung seines Werkes verbieten. Grob gesagt ist eine Entstehung anzunehmen, wenn die Grundauffassung des Werkes stark verzerrt oder verfälscht wird, also wenn der Sinn des gesamten Werkes oder seine wesentlichen Merkmale verändert werden, etwa weil die Schöpfung in einen ganz anderen Kontext gestellt wird.⁵³ Die Feststellung erfolgt durch eine Interessensabwägung unter Einbeziehung aller Faktoren des Einzelfalls.⁵⁴ Das berechnete Interesse des Urhebers wird anhand eines Maßstabes mit subjektiven und objektiven Elementen festgestellt. Da Sinn und Zweck des § 14 UrhG der Schutz der Interessen des Urhebers sind, muss es auf seine Sicht ankommen.⁵⁵ Die Interessen des Urhebers müssen jedoch auch objektiv nachvollziehbar sein.⁵⁶ Ein besonders relevanter Faktor für die Interessenabwägung ist die Intensität der persönlichen Prägung des Werkes.⁵⁷

Bei Anwendung auf die vorliegende Konstellation ergibt sich folgende Fragestellung: Liegt bei der Verwendung eines OS KI-Modells für einen (vom Anbieter) nicht intendierten Zweck eine Entstehung eines Werkes vor?⁵⁸ Dem Wortlaut des § 69a Abs. 4 iVm § 14 UrhG nach sind auch Computerprogramme gegen Entstehung geschützt.⁵⁹ Gleichwohl stehen der Erfüllung des Tatbestandes (teilweise erhebliche) Bedenken entgegen.

52 Schricker/Loewenheim/Peukert, 6. Aufl. 2020, UrhG § 14 Rn. 1.

53 BeckOK Urheberrecht/Götting, 45. Ed. 2024, UrhG § 14 Rn. 10; Schricker/Loewenheim/Peukert, 6. Aufl. 2020, UrhG § 14 Rn. 18.

54 Schricker/Loewenheim/Peukert, 6. Aufl. 2020, UrhG § 14 Rn. 14.

55 BGH, Urt. v. 13.10.1988 – I ZR 15/87, GRUR 1989, 106 – Oberammergauer Passionsspiele II; BeckOK Urheberrecht/Götting, 45. Ed. 2024, UrhG § 14 Rn. 11; Schricker/Loewenheim/Peukert, 6. Aufl. 2020, UrhG § 14 Rn. 18.

56 Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG § 14 Rn. 5; BeckOK Urheberrecht/Götting, 45. Ed. 2024, UrhG § 14 Rn. 11.

57 Schricker/Loewenheim/Peukert, 6. Aufl. 2020, UrhG § 14 Rn. 29.

58 Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von OS KI-Modellen siehe bereits Schumacher, 2023; insbesondere kann der Computerprogrammschutz einschlägig sein.

59 Teilweise wird vertreten, dass § 14 UrhG bei Computerprogrammen nur ausnahmsweise Anwendung findet: Wandtke/Bullinger/Grützmacher, 6. Aufl. 2022, UrhG § 69a Rn. 57.

Die erste Schwierigkeit ist, dass Computerprogramme als Schutzgegenstand grundsätzlich eher von Funktionalität geprägt sind.⁶⁰ Die Intensität des Ausdrucks einer persönlich-geistigen Schöpfung ist eher gering. Da die Konzeption der Urheberrechtspersönlichkeitsrechte aber gerade dem Schutz des persönlich geistigen Ausdrucks gilt, kann bei geringer Ausdrucksintensität auch nur ein geringes Schutzniveau vorliegen.⁶¹ Entsprechend ist eine Entstellung nach § 14 UrhG nur unter besonderen Umständen anzunehmen.

Abgesehen von diesen allgemeinen Erwägungen zur Entstellung bei Computerprogrammen gestaltet sich die Feststellung aufgrund der konkreten Konstellation bei Foundation-Models noch einmal schwieriger. Grund hierfür ist, dass Foundation-Models bewusst für einen weiten Anwendungsbereich geschaffen sind.⁶² Der Sinn und die wesentlichen Merkmale des Werkes sind also gerade die Möglichkeit, das Modell für viele sich stark unterscheidende Zwecke einzusetzen (wie etwa Rechnen, Programmieren, Argumentieren und Analysieren, Recherchieren, Generierung von Bildern und Texten etc.). Innerhalb der Interessensabwägung muss also dieser objektive Faktor (Mannigfaltigkeit der Einsatzmöglichkeiten) miteinbezogen werden. Anders würde sich die Situation bei spezialisierten KI-Systemen gestalten. Durch die Festlegung auf einen bestimmten Verwendungszweck ist wohlmöglich schon rein objektiv einfacher anzunehmen, dass eine krasse Zweckentfremdung vorliegt. Dies könnte etwa angenommen werden, wenn ein KI-Modell, das auf die Erkennung von Vögeln in Bildmaterial spezialisiert ist, im militärischen Kontext zur Erkennung von Schusszielen eingesetzt wird. Ein weiteres Beispiel wäre der Einsatz eines KI-Modells, das spezifisch zur individualisierten Erläuterung von historischen Ereignissen trainiert wurde, für gezielte Desinformationskampagnen.

Das konkrete Feststellen einer krassen Zweckentfremdung erscheint aufgrund der Offenheit des Tatbestandes schwierig. Es ist empfehlenswert, Orientierungshilfen heranzuziehen. Es bieten sich besonders die Wertungen der KI-VO an (wie etwa Art. 5 KI-VO).⁶³ Als weitere Orientierungshilfe

60 Metzger/Jaeger GRUR Int. 1999, 839 (844).

61 Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, Urheberrecht, 13. Aufl. 2024, UrhG § 14 Rn. 63.

62 Für ähnliche Überlegungen im Bereich der OSS siehe etwa Metzger/Jaeger GRUR Int. 1999, 839 (844); Wandtke/Bullinger/Grützmaker, 6. Aufl. 2022, UrhG § 69a Rn. 57; Scholz, Die rechtliche Stellung des Computerprogramme erstellenden Arbeitnehmers nach Urheberrecht, Patentrecht und Arbeitnehmererfindungsrecht, 1989, S. 90.

63 Auch die Einstufung als Hochrisiko System nach Art. 6 KI-VO könnte relevant sein.

könnte auf den Lizenztext zurückgegriffen werden. Vor allem in der (oben beschriebenen) Konstellation, in der zwar bestimmte Verwendungszwecke ausgeschlossen wurden, der vorliegende zu untersagende Zweck darunter allerdings nicht subsumiert werden kann, könnte dies ein relevanter Mechanismus sein. Zugleich muss der subjektivierte objektive Maßstab für die Bestimmung der berechtigten Interessen des Urhebers respektiert werden. Es gilt die Grenze des Vernünftigen. Schließlich könnten auch sonstige Begleitmaterialien (wie etwa Blogposts oder Hinweise in der Dokumentation) herangezogen werden, um eine krasse Zweckentfremdung zu belegen. In diesem Licht wird eine besonders krasse Zweckentfremdung (und mithin eine Entstellung nach § 14 UrhG) bei OS KI-Modellen schwer nachzuweisen sein, deren Lizenzbestimmungen keine Nutzungseinschränkungen statuiert. Dies ist bei Qwen3, Mixtral-8x22B, Gemma und Grokl der Fall, die alle unter der (inhaltlich nicht beschränkenden) Apache 2.0-Lizenz stehen.

Schließlich muss bei der Feststellung der Entstellung auch der Open-Source-Kontext berücksichtigt werden. Es ist gerade Sinn und Zweck dieser OS-Lizenzen möglichst weite Nutzungs- und Änderungsberechtigungen einzuräumen. Die Begründung einer Entstellung (und mithin im Ergebnis eine inhaltliche Beschränkung der Lizenz) steht in einem Spannungsverhältnis zur Grundkonzeption von Open-Source-Lizenzen. Auch das mahnt zur Vorsicht gegenüber einer vorschnellen Annahme einer Entstellung.

Im Ergebnis kann zwar eine Entstellung nach § 14 UrhG vorliegen. Der argumentative Aufwand, eine solche nachzuweisen, ist jedoch grundsätzlich beachtenswert.

b. Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks nach § 530 Abs. 1 BGB

Auf Verpflichtungsebene kann gem. § 530 BGB eine Schenkung widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undanks schuldig macht. Hintergrund der Regelung ist, dass aufgrund der Unentgeltlichkeit der Schenkung ein sozialadäquates Maß an Höflichkeit erwartet werden darf.⁶⁴ Auch steht dem Schenker bei einer Leistungsstörung kein Schadensersatz- oder Erfüllungsanspruch zu.⁶⁵ Der Widerruf wegen groben Undanks schließt diese Lücke. Die Feststellung von grobem

64 MüKoBGB/Koch, 9. Aufl. 2023, BGB § 530 Rn. 1.

65 MüKoBGB/Koch, 9. Aufl. 2023, BGB § 530 Rn. 1.

Undank erfolgt unter Würdigung der Gesamtumstände, anhand eines Maßstabes mit objektiven (erwartbares Maß an Dankbarkeit) und subjektiven (aus Sicht des Schenkers) Elementen.⁶⁶

Es stellt sich nun die Frage, ob sich der Anbieter eines OS KI-Modells auf groben Undank berufen kann, wenn der Nutzer das Modell für einen nicht-intendierten Zweck verwendet. Zu beachten ist hierbei, dass es sich bei der Person des Schenkers (und häufig auch des Beschenkten) um juristische Personen handelt. Es ist streitig, ob § 530 Abs.1 BGB bei juristischen Personen (als Schenker oder Beschenkte) Anwendung findet.⁶⁷ Selbst wenn dies zu bejahen ist, muss dieser Umstand, sowie auch der häufig kommerzielle Kontext, bei der Betrachtung der Gesamtumstände miteinbezogen werden. Um Rechtsunsicherheiten im wirtschaftlichen Kontext zu vermeiden, muss also ein entsprechend hoher Maßstab angesetzt werden, der wohl nur im Ausnahmefall zu erreichen ist. Mangels einschlägiger Rechtsprechung besteht auch eine erhöhte Unsicherheit, ob eine entsprechende Argumentation einer gerichtlichen Überprüfung standhalten würde.

D. Ergebnis

Der Einsatz von ethischen Lizenzbestimmungen zur Regulierung der OS KI-Wertschöpfungskette begegnet einigen Schwierigkeiten. Auf rein materiell-rechtlicher Ebene ist schon fraglich, ob überhaupt ein Anspruch des Anbieters des OS KI-Modells entsteht. In den meisten Konstellationen wird keine urheberrechtliche Lizenz eingeräumt werden. Folglich bestehen meist keine urheberrechtlichen Ansprüche, sondern am ehesten nur vertragsrechtliche. Die oben untersuchten Möglichkeiten mit Hilfe des Urheberrechts eine Verwendung des KI-Modells für einen bestimmten Zweck zu verhindern (inhaltliche Beschränkung der Lizenz nach § 31 Abs.1 S. 2 UrhG, dinglich wirkende auflösende Bedingung der Lizenz und Verletzung der Urheberrechtspersönlichkeit nach § 14 UrhG), stehen also nur in wenigen Fällen überhaupt zur Verfügung, unabhängig davon, ob die weiteren Voraussetzungen auch erfüllt sind. Die schuldrechtlichen Instrumente (Kündigung des Lizenzvertrages, Widerruf wegen groben Undanks) sind dagegen zwar eher anwendbar, die Erfüllung des Tatbestandes ist hier jedoch unsicher.

66 MüKoBGB/Koch, 9. Aufl. 2023, BGB § 530 Rn. 2.

67 MüKoBGB/Koch, 9. Aufl. 2023, BGB § 530 Rn. 14.

Selbst wenn (rein materiell-rechtlich) Ansprüche der Anbieter der KI-Modellen bestehen würden, ist mit einem starken Durchsetzungsdefizit zu rechnen. Es fehlt an klaren Anreizen der (meist kommerziell agierenden) Anbieter der OS KI-Modellen zur Investition von Ressourcen in die Rechtsdurchsetzung.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Training von KI-Systemen aufgrund „berechtigter Interessen“ gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO: im Zweifel für die informationelle Selbstbestimmung

Konstantinos Tsakiliotis*

A. Einführung

In jeder Phase eines KI-Projekts – vom Sammeln und Bewerten relevanter (Trainings-)Daten über das Training algorithmischer Modelle bis hin zu deren Überprüfung – finden unterschiedliche Verarbeitungen personenbezogener Daten statt, unter anderem werden mittels Scraping online bzw. öffentlich verfügbare personenbezogene Daten aus verschiedenen Quellen gesammelt und für das KI-Training benutzt. Personenbezogene Daten sind dabei von grundlegender Bedeutung, da sie als unverzichtbarer „Treibstoff“ für die Leistungsfähigkeit und Effektivität dieser Systeme dienen.¹ Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO stellt die Rechtsgrundlage dar, worauf Verantwortliche Datenverarbeitungen im Kontext des KI-Trainings am häufigsten stützen. Als Grund wird unter anderem angeführt, dass ansonsten die Transaktionskosten für das Einholen der Einwilligung jeder in den Trainingsdaten vertretenen betroffenen Person oft zu hoch wären. Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO ist eine Verarbeitung rechtmäßig, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen.

Dieser Beitrag analysiert den Abwägungsvorgang des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO unter Einbeziehung der Stellungnahmen des EDSA sowie der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH. Die Konzeption des Abwägungsvorgangs wird aus rechtspolitischer Perspektive kritisch hinterfragt. Der

* M.A. Science & Technology Studies (TU München), Rechtsanwalt und Doktorand an der TU Dresden. Sämtliche Internetverweise wurden zuletzt abgerufen am 25.7.2025. Der Verfasser dankt Tristan Radtke für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Anmerkungen.

1 Kramcsák Computer Law & Security Review 48 (2023), Article 105765 (2.f.) <<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105765>>.

Beitrag warnt davor, den politisch umstrittenen Begriff der „Innovation“ als Panazee im Rahmen der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO heranzuziehen, und plädiert stattdessen im Interesse der informationellen Selbstbestimmung dafür, die Einwilligung der Betroffenen einzuholen, wenn dies ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich ist. Abschließend wird ein Ausblick de lege ferenda unter anderem auf regulatorische Instrumente gegeben, mit denen eine demokratische Gesellschaft die Richtung datengetriebener Innovation mitgestalten kann.

B. Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO

Der datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestand „berechtigten Interessen“ reicht von der Datenschutz-RL 95/46/EG bis zur DSGVO und behält über all diese Jahre hinweg das Kernprinzip einer Abwägung zwischen den Interessen des Verantwortlichen und den Interessen der betroffenen Person bei.² In Ermangelung der bezweckten Harmonisierung bezüglich Art. 7 lit. f RL 95/46/EG unter den Mitgliedstaaten aufgrund des abstrakten Wortlauts der Norm (mangels relevanter Erläuterung hinsichtlich des Abwägungsvorgangs etwa in den Erläuterungsgründen) erkannte die Kommission einen entsprechenden Reformbedarf.³ Im Zuge der Arbeiten an der DSGVO schlug die Europäische Kommission im Jahr 2012 zunächst vor, die berechtigten Interessen Dritter ganz aus dem Anwendungsbereich zu entfernen und sich auf das berechnete Interesse des Verantwortlichen zu beschränken.⁴ Außerdem sollten delegierte Rechtsakte der Kommission die Rahmenbedingungen für das berechnete Interesse weiter spezifizieren, etwa in Bezug auf unterschiedliche Branchen oder hinsichtlich der Verarbeitung von Daten von Kindern.⁵ Dieser Ansatz stieß auf Kritik, da man grundlegende Fragen zur Auslegung nicht einem Exekutivorgan mit begrenztem Auftrag überlassen wollte, stattdessen sollte die Arbeit der Datenschutzgruppe WP29 bei der Erläuterung des europäischen Datenschutz-

2 Vgl. Art. 7 lit. f RL 95/46/EG; *Kamara/De Hert*, Understanding the Balancing Act behind the Legitimate Interest of the Controller Ground: A Pragmatic Approach, in: Selinger/Polonetsky/Tene, The Cambridge Handbook of Consumer Privacy, 2018, S. 321 (326 f.).

3 KOM(2003) 265 endgültig.

4 *Kamara/De Hert*, in: The Cambridge Handbook of Consumer Privacy, S. 321 (326 ff.).

5 *Kamara/De Hert*, in: The Cambridge Handbook of Consumer Privacy, S. 321 (326 ff.).

rechts vom Europäischen Datenschutzausschuss fortgeführt werden.⁶ Im sogenannten Albrecht-Bericht⁷ wurde zudem eine Positivliste vorgeschlagen, die bestimmte Anwendungsfälle des berechtigten Interesses explizit erfassen sollte, zum Beispiel die Datenverarbeitung im Kontext von Medien und Kunst. Allerdings lehnte man eine solche feste Aufzählung überwiegend ab, weil sie als zu eng und nicht zukunftsfähig galt.⁸

Bereits 2014 merkte die Artikel-29-Datenschutzgruppe (WP29) – die Vorgängerin des kraft Art. 68 Abs.1 DSGVO am 25. Mai 2018 eingerichteten Europäischen Datenschutzausschusses – in ihrer Stellungnahme 06/2014 an, dass Art. 7 lit.f RL 95/46/EG nicht als „letztes Mittel“ für seltene oder unerwartete Situationen verstanden werden sollte, in denen andere Rechtsgrundlagen nicht greifen.⁹ Ebenso wies sie darauf hin, dass Art. 7 lit.f RL 95/46/EG nicht automatisch gewählt oder sein Anwendungsbereich fälschlicherweise erweitert werden darf, nur weil es vermeintlich weniger einschränkend ist als andere Rechtsgrundlagen.¹⁰ Weiterhin betonte die Arbeitsgruppe, dass eine korrekte Prüfung gemäß Art. 7 lit.f RL 95/46/EG keine bloße Gegenüberstellung zweier leicht messbarer „Gewichte“ darstellt, sondern eine unter Umständen skalierbare und je nach Komplexität variierende umfassende Berücksichtigung verschiedener Faktoren erfordert, die allerdings nicht übermäßig belastend sein müsste („unduly burdensome“).¹¹ Die Datenschutzgruppe beklagte, dass obwohl die Vorgängernorm des Art. 6 Abs.1 lit.f DSGVO eine fundierte Interessenabwägung vorschrieb, „betrachten manche ihn fälschlicherweise als ‚offene Tür‘ für jede Datenverarbeitung, die sich nicht auf andere Rechtsgrundlagen stützen lässt“.¹²

6 Kuner, The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law, Privacy & Security Law Report 11 (2012), PVLR 06.

7 PE-CONS 76/24 <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-76-2024-INIT/en/pdf>>.

8 Kamara/De Hert, in: The Cambridge Handbook of Consumer Privacy, S.321 (326 ff.).

9 Kamara/De Hert, in: The Cambridge Handbook of Consumer Privacy, S.321 (326 ff.).

10 Article 29 Working Party, Opinion 06/2014, S. 4.

11 Article 29 Working Party, Opinion 06/2014, S. 4.

12 Article 29 Working Party, Opinion 06/2014, S. 5.

C. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO de lege lata

De lege lata ist gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO eine Verarbeitung rechtmäßig, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen. Dafür müssen die drei folgenden kumulativen Voraussetzungen erfüllt sein: (i) dass von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von einem Dritten ein berechtigtes Interesse wahrgenommen wird; (ii) dass die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Verwirklichung des berechtigten Interesses erforderlich ist; und (iii) dass die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen gegenüber dem berechtigten Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten nicht überwiegen.¹³

I. „Berechtigte Interessen“ des Verantwortlichen oder eines Dritten

Auf der ersten Stufe muss der KI-Entwickler ein berechtigtes Interesse nachweisen, das klar und präzise formuliert, real und gegenwärtig¹⁴ – also nicht spekulativ – ist.¹⁵ Das berechtigte Interesse des KI-Entwicklers an der Datenverarbeitung zum Zwecke des KI-Trainings kann tatsächlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art sein.¹⁶ Der EuGH verlangt, dass ein „berechtigtes Interesse“ nur dann vorliegt, wenn es selbst rechtmäßig ist;¹⁷ der EDSA weist im Sinne der Einheit der *acquis communautaire* darauf hin, dass die Verantwortlichen bei der Prüfung alle einschlägigen Normen, unter anderem das Verbot zielgruppenspezifischer Werbung an Minderjährige gemäß Art. 26 Abs. 3, Art. 28 DSA und die Verbote manipulativer Praktiken gemäß Art. 5 Abs. 1–2 KI-VO, in die Beurteilung einbeziehen müssen.¹⁸ Berechtigt ist jedenfalls das Interesse des KI-Entwicklers, das in den Schutzbereich eines Grundrechts nach der GRCh fällt, wie zB die Forschungsfreiheit unter Art. 14 GRCh, sowie die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GRCh oder der Grundsatz der kulturellen und sprachlichen Vielfalt gemäß

13 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 68 mit den dortigen Hinweisen auf die Rspr. des EuGH.

14 EuGH BeckRS 2019, 31011 (Rn. 44).

15 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 68.

16 Paal ZfDR 2024, 129 (149 ff.).

17 EuGH NJW 2024, 3769 (Rn. 49).

18 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 68, siehe dazu Fn. 54 in der Stellungnahme.

Art. 22 GRCh.¹⁹ Mangels einer abschließenden Definition dieses Begriffs – oder eines Beispielkatalogs – in der DSGVO kann grundsätzlich eine breite Vielfalt von Interessen als berechtigt angesehen werden.²⁰ Nach Ansicht des EDSA können – vorbehaltlich der beiden weiteren Prüfungsschritte – im Kontext von KI-Modellen unter anderem folgende Interessen als „berechtigt“ gelten: die Entwicklung eines Konversationsagenten, der Nutzer unterstützt, der Aufbau eines KI-Systems zur Aufdeckung betrügerischer Inhalte oder Verhaltensweisen und die Verbesserung der Bedrohungserkennung in einem Informationssystem.²¹

II. Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung wird bejaht, wenn das angestrebte Ziel nicht mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden kann.²² Dies sollte sich unter anderem danach richten, ob der Verantwortliche in direkter Beziehung zu den betroffenen Personen steht und die Daten selbst erhoben hat oder ob die Daten online verfügbar waren und bspw. von Dritten erhoben wurden.²³ Zwar stehen die in Art. 6 Abs. 1 DSGVO genannten Rechtsgrundlagen gleichrangig nebeneinander,²⁴ doch gilt die informierte Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a iVm Art. 7 DSGVO im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH²⁵ auf der Erforderlichkeits-ebene als weniger einschneidendes jedoch gleich effektives Mittel, soweit bereits ein Kontakt zum Betroffenen besteht. Soweit der Verantwortliche selbst die Daten erhoben hat und in direkter (Vertrags)beziehung zum Datensubjekt steht und die Datensubjekte in seiner Datenschutzerklärung nicht darüber unterrichtet hat, ist er angehalten, zunächst die Datensubjekte über den Zweck des KI-Trainings in verständlicher Sprache zu informieren und ihre Einwilligung hierzu einzuholen. Dabei kann man sich die gängige Konstellation eines Nutzers vorstellen, den der Plattformbetreiber ohne Aufwand um seine Einwilligung bitten kann. Die Rechtslage lässt

19 Vgl. *Kamara/De Hert*, in: *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, S. 321 (330).

20 EuGH NJW 2024, 417 (Rn. 76).

21 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 69.

22 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 71; vgl. EuGH ZD 2018, 420 (Rn. 113).

23 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 74.

24 EDSA, Leitlinien 1/2024, S. 4.

25 EuGH NJW 2024, 3769 (Rn. 51–53).

sich bei öffentlich zugänglichen Daten aus Drittquellen anders beurteilen, denn aufgrund des damit einhergehenden enormen Aufwands ist die Identifizierung der einzelnen Betroffenen – geschweige die Einholung deren Einwilligung – wirtschaftlich unmöglich und dieses Vorgehen wäre auch im Zusammenhang mit Art. 11 und Art. 14 Abs. 5 DSGVO im Ergebnis datenschutzfeindlich.²⁶

Auf der nächsten Ebene muss darüber hinaus in den verschiedenen Verarbeitungsphasen unter Zugrundelegung des Grundsatzes der Datenminimierung geprüft werden, ob die Datenverarbeitung erforderlich ist.²⁷ Im Zeitalter von KI ist dies Wunschdenken, denn „einen ausgewogenen Mittelweg zwischen Datenhunger und Datendürre zu finden, wird eine echte Herausforderung sein“.²⁸ Dennoch kann die Einhaltung des Grundsatzes der Datenminimierung in Kombination mit dem Grundsatz der Datenrichtigkeit die Qualität der Trainingsdatensätze und somit die Funktion des KI-Modells positiv beeinflussen.²⁹ Die Richtigkeit von KI-Trainingsdaten ist insbesondere wichtig, „um falsche, diskriminierende oder verzerrte (biased) Ergebnisse auf der Output-Ebene zu verhindern“.³⁰ Art. 10 Abs. 3 KI-VO schreibt vor, dass Trainingsdaten von Hochrisikosystemen hinsichtlich ihrer Zweckbestimmung relevant, hinreichend repräsentativ und so weit wie möglich fehlerfrei und vollständig sein müssen.³¹ Zur Einhaltung dieser Grundsätze müssten die KI-Entwickler nachweisen, dass sie die erhobenen Rohdaten gründlich bereinigt und validiert haben, bevor sie diese in geeignete Trainingsdaten umgewandelt haben.

III. Interessenabwägung: die (un)vernünftigen Erwartungen der Betroffenen

Zuletzt ist eine umfassende Abwägung der berechtigten Interessen des KI-Entwicklers mit den – möglicherweise – entgegenstehenden Interessen und Rechten der betroffenen Personen vorzunehmen. Hierbei handelt es

26 *Hacker Law, Innovation and Technology* 13 (2021), 257 (291) <<https://doi.org/10.1080/17579961.2021.1977219>>.

27 *Paal ZfDR* 2024, 129 (150); EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 73.

28 Auf Deutsch übersetzt: *Solove Florida Law Review* 77 (2025), 1 (26) <<https://doi.org/10.2139/ssrn.471311>>.

29 *Pesch/Böhme MMR* 2023, 917 (917); *Paal ZfDR* 2024, 129 (142).

30 *Paal ZfDR* 2024, 129 (141).

31 *Paal ZfDR* 2024, 129 (141).

sich um eine Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände der konkreten Verarbeitung.³² Der EDSA verlangt dafür eine nachvollziehbar dokumentierte Einzelfallanalyse, die alle relevanten Faktoren einbezieht.³³ Zu den wesentlichen Abwägungskriterien gehören neben den relevanten Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person sowie der jeweiligen Eingriffsintensität unter anderem auch die Art der Daten und Status der betroffenen Person, – im Einklang mit dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO „insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt“ – die Vereinbarkeit der Verarbeitung mit den Verarbeitungsgrundsätzen, sowie die ergriffenen technischen und organisatorischen Sicherheitsmaßnahmen.³⁴ Die Risiken reichen von Eingriffen in die Privatsphäre, Diskriminierung oder Einschränkungen der Meinungs- und Informationsfreiheit bis hin zu Gefahren für die körperliche und geistige Unversehrtheit.³⁵ Der EDSA fordert, sowohl mögliche Vorteile als auch negative Effekte für die Betroffenen zu berücksichtigen.³⁶ Maßgeblich sind die Art der Daten, der technische und organisatorische Kontext sowie alle Folgewirkungen.³⁷

Besonders kritisch sind besondere Kategorien personenbezogener Daten wie unter anderem politische Meinungen und Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO, sowie darüberhinausgehende besonders sensible Daten, wie Finanz- oder Standortangaben.³⁸ Der EuGH hat im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 1 DSGVO klargestellt, dass schon das bloße Vorhandensein auch nur eines sensiblen Elements den gesamten Datensatz in den Anwendungsbereich des Verbots rückt; ohne einschlägige Ausnahme ist die Verarbeitung damit unzulässig.³⁹ Für die Ausnahme des Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO („offensichtlich öffentlich gemacht“) verlangt der EuGH zudem den Nachweis, dass die betroffene Person ihre Daten tatsächlich bewusst und eindeutig der Allgemeinheit zugänglich machen wollte.⁴⁰ Daraus folgt,

32 Vgl. BeckOK DatenschutzR/*Albers/Veit*, 52. Ed. 1.5.2025, DS-GVO Art. 6 Rn. 71.

33 EDSA, Leitlinien 1/2024, Rn. 12 ff.; vgl. *Herfurth* ZD 2018, 514 (515 ff.), der ein handbares „3x5-Modell“ vorschlägt, das aus den drei Dimensionen „Daten“, „Akteure“ und „Datenverarbeitung“ besteht.

34 Vgl. BeckOK DatenschutzR/*Albers/Veit*, 52. Ed. 1.5.2025, DS-GVO Art. 6 Rn. 71.

35 BeckOK DatenschutzR/*Albers/Veit*, 52. Ed. 1.5.2025, DS-GVO Art. 6 Rn. 71.

36 EDSA, Leitlinien 1/2024, Rn. 39.

37 EDSA, Leitlinien 1/2024, Rn. 39.

38 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 84.

39 EuGH GRUR 2023, 1131 (Rn. 89).

40 EuGH GRUR 2023, 1131 (Rn. 90).

dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO für das KI-Training mit besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten, die mittels Scraping gesammelt wurden, in der Regel keine geeignete Rechtsgrundlage darstellt.⁴¹ Der EDSA weist ferner unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH darauf hin, dass auch Umfang, Häufigkeit und die Kombination verschiedener Datensätze das Risiko erhöhen.⁴²

Ein weiteres Abwägungskriterium, das explizit Erwgr. 47 DSGVO vorschreibt, sind die „vernünftigen Erwartungen“ der Betroffenen.⁴³ So heißt es, dass „[a]uf jeden Fall ... das Bestehen eines berechtigten Interesses besonders sorgfältig abzuwägen [wäre], wobei auch zu prüfen ist, ob eine betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände, unter denen sie erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird. Insbesondere dann, wenn personenbezogene Daten in Situationen verarbeitet werden, in denen eine betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer weiteren Verarbeitung rechnen muss, könnten die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person das Interesse des Verantwortlichen überwiegen“. Der EDSA weist darauf hin, dass dies bei komplexen KI-Systemen besonders fragwürdig ist, weil sich Nutzungsmöglichkeiten und Datenflüsse den Betroffenen häufig nicht erschließen, wobei Transparenz allein noch keine Vorhersehbarkeit begründet.⁴⁴

Das Abwägungskriterium der „vernünftigen Erwartungen“ kann auch zu unvernünftigen Ergebnissen führen, wenn die Erwartungen der Betroffenen von datenschutzrechtswidrigen Praktiken beeinflusst werden. In diesem Zusammenhang wird betont, dass Verbraucher häufig die Praktiken marktbeherrschender Anbieter als gesellschaftlichen Standard akzeptieren; so könnten diese Anbieter ihre (möglicherweise unfairen) Praktiken als „vernünftige Erwartung“ deklarieren.⁴⁵ Insbesondere im Kontext von öf-

41 Vgl. *Kuru* International Data Privacy Law 14 (2024), 326 (336 ff.) <<https://doi.org/10.1093/idpl/ipae013>>; *Rusche* *meier* DuD 2025, 349 (354).

42 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 86.

43 Siehe dazu ausführlich *Friedl*, Reasonable Expectations of Privacy – With Special Regard to European Privacy and Data Protection Law, 2025; sowie auch zur Geschichte des Konzepts siehe *Pohle*, Datenschutz und Technikgestaltung: Geschichte und Theorie des Datenschutzes aus informatischer Sicht und Folgerungen für die Technikgestaltung, 2018, S. 188 f. mit Hinweis auf *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

44 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 92; vgl. EuGH GRUR 2023, 1131 (Rn. 123).

45 *Kamara/De Hert*, in: The Cambridge Handbook of Consumer Privacy, S. 321 (335) mit Hinweis unter Fn. 78 auf *Zingales*.

fentlich verfügbaren Datensätzen erlaubt die bloße Tatsache, dass personenbezogene Daten online öffentlich zugänglich sind, sowie die faktische Zugriffsmöglichkeit der KI-Entwickler bei der Datensammlung mittels Scraping nicht den Schluss, die Betroffenen hätten die Kontrolle über ihre Daten endgültig aufgegeben und somit alle denkbaren Verarbeitungszwecke „vernünftigerweise“ erwarten müssen.⁴⁶ Die Abwägung aus dem Prisma dieses Kriteriums erfordert eine spezifische Prüfung der vernünftigen Erwartungen des jeweiligen Datensubjekts. Da eine solche ressourcenaufwändige Individualisierung im Kontext der Sammlung öffentlich verfügbarer Daten praktisch ausscheidet, kann dieses Abwägungskriterium nur dann in diesem Kontext überhaupt geprüft werden, wenn man alle Betroffenen, deren Daten öffentlich verfügbar sind, als Gruppe betrachtet, um sodann deren vernünftigen Erwartungen zu kollektivieren, um zu einem Ergebnis zu gelangen. Diese Prüfung führt spätestens dann ad absurdum, wenn man zum Ergebnis kommt, dass alle Datensubjekte, deren personenbezogenen Daten öffentlich verfügbar sind, ungeachtet des spezifischen Kontextes der Veröffentlichung die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zum KI-Training vernünftigerweise hätten erwarten müssen.

Auf einer weiteren Stufe sind die möglichen risikomindernden Maßnahmen bei der Abwägung zu berücksichtigen: Basierend auf einem eher konsequentialistischen Ansatz vertritt der EDSA die Ansicht, dass selbst wenn nach der Bewertung die Interessen der Betroffenen überwiegen, der Verantwortliche dennoch zur Verarbeitung gelangen kann, wenn er zusätzliche – über die DSGVO-Pflichten hinausgehende – Garantien schafft.⁴⁷ Dazu gehören technische Garantien wie Pseudonymisierung, Maskierung, „Differential Privacy“ oder andere Methoden, die zwar keinen vollständigen Anonymisierungsgrad erreichen müssen,⁴⁸ aber Re-Identifizierungsrisiken messbar absenken.⁴⁹ Ergänzend empfiehlt der EDSA, den Betroffenen zusätzliche Kontrollrechte einzuräumen – etwa ein gleich vor Beginn

46 Im Ergebnis so auch *Solove* Florida Law Review 77 (2025), 1 (26) <<https://doi.org/10.2139/ssrn.471311>>.

47 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 96–98.

48 Siehe dazu *Brown/Lee/Mireshghallah/Shokri/Tramèr*, What Does it Mean for a Language Model to Preserve Privacy?, in: Proceedings of the 2022 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAccT '22), 2022, S. 2280 (2282) <<https://doi.org/10.1145/3531146.3534642>>.

49 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 100 f.

des Trainings bedingungsloses Opt-out,⁵⁰ großzügige Lösch-/Entlern-Optionen und eine angemessene Karenzzeit zwischen Datenerhebung und Nutzung.⁵¹ Mehr Transparenz lässt sich unter anderem durch leicht zugängliche Modellkarten, FAQ-Seiten, Informationskampagnen oder freiwillige Jahresberichte herstellen, die Kriterien, Quellen und Schutzvorkehrungen des Trainingsdatensatzes offenlegen.⁵² Für Datensammlungen per Web-Scraping nennt der EDSA spezifische Schutzmaßnahmen, wie unter anderem den Ausschluss riskanter Quellen oder Datenkategorien, Beachtung von robots.txt/ai.txt-Signalen, zeitliche Limitierungen sowie eine vom Verantwortlichen gepflegte Opt-out-Liste, über die Betroffene das Crawling ihrer Inhalte untersagen können.⁵³ In der Einsatzphase empfiehlt der EDSA technische Filter, Wasserzeichen und andere Ausgabekontrollen, um Regurgitation, unberechtigte Weiterverwendungen oder Deepfakes einzudämmen; parallel sollen beschleunigte Verfahren für Lösch- und Berichtigungsanträge zur Verfügung stehen.⁵⁴ Schließlich erhöht die Veröffentlichung der eigenen Interessenabwägung sowie die frühzeitige Einbindung des Datenschutzbeauftragten Transparenz und Fairness gegenüber Betroffenen und Aufsichtsbehörden.⁵⁵

D. Zur Berechtigung der „berechtigten Interessen“

I. Innovationsförderung oder Regelungsmechanismus von „prozeduraler Fairness“?

Dem Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist das Spannungsverhältnis zwischen den Rechten des Betroffenen unter anderem dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 8 EMRK,⁵⁶ dem Datenschutz aus Art. 8 GRCh und dem Schutz der Privatsphäre aus Art. 7 GRCh, auf der einen Seite und

50 Das Widerspruchsrecht gem. Art. 21 DSGVO wird im Gegensatz dazu a) ex post d.h. nach Beginn der Verarbeitung ausgeübt und b) kann die Verarbeitung nur bedingt i.S.v. Art. 21 Abs. 1 S. 2 DSGVO beenden.

51 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 102.

52 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 103.

53 EDSA, Stellungnahme 28/2024 Rn. 104 ff.

54 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 107.

55 EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 108.

56 Auch aus Art. 8 EMRK wird ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet, vgl. Calliess/Ruffert/*Kingreen*, 6. Aufl. 2022, EU-GRCharta Art. 8 Rn. 5.

der „Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten“ auf der anderen Seite inhärent. Als Panazee wird oft im Kontext von KI-Training der sehr breite und philosophisch kontextabhängige Begriff der Innovation erwähnt: Aus utilitaristischer Perspektive argumentiert *Hacker*, dass durch die Nutzung vorhandener Datensätze KI-Entwickler den Aufwand und die Kosten für die erneute Einholung von Einwilligungen minimieren können, ohne dabei die Sicherheit oder den Datenschutz der betroffenen Personen wesentlich zu beeinträchtigen.⁵⁷ *Paal* argumentiert, dass KI-Entwickler in der Regel ein wirtschaftliches Interesse verfolgen, indem sie Daten für das Training ihrer Systeme verarbeiten, um diese anschließend kommerziell anzubieten.⁵⁸ Über diesen rein ökonomischen Nutzen hinaus können aber auch ideelle und gemeinwohlbezogene Interessen eine Rolle spielen – etwa wenn ein KI-System im medizinischen oder gesundheitlichen Bereich einen gesellschaftlichen Mehrwert liefern soll.⁵⁹ Insbesondere in der Forschung können Entwickler zudem auf die Freiheit von Wissenschaft und Information als relevante ideelle Interessen verweisen.⁶⁰ In diesem Kontext wird sogar vertreten, dass das KI-Training ein berechtigtes Interesse per se darstellt, wobei es sich um eine vermeidbare denklogische Tautologie handelt.⁶¹ Diese Ansätze beantworten nicht die zentrale Frage: was passiert, wenn die damit verfolgte Konsequenz bzw. „utility“ zugunsten einer Personengruppe, aber zulasten einer anderen wirkt.

*Buijsman, Klenk und van den Hoven*⁶² betonen, dass die grundlegenden philosophischen Theorien (Utilitarismus gegen Deontologische Theorien) zwar einen guten Ausgangspunkt für die Begründung der widersprüchlichen Werte in der philosophischen Debatte bieten, ihre analytische Kraft jedoch nicht ausreicht, um den feinen Nuancen kontextabhängiger ethischer Herausforderungen gerecht zu werden. Für eine praxisnahe KI-Ethik plädieren sie deshalb für Konzepte, die sich aus mittleren philosophischen Theorien in Kombination mit technologischen Designansätzen ableiten lassen. Es wird ferner unter Bezugnahme auf den Philosophen *Norman Da-*

57 *Hacker* Law, Innovation and Technology 13 (2021), 257 (291) <<https://doi.org/10.1080/17579961.2021.1977219>>.

58 *Paal* ZfDR 2024, 129 (149 f.).

59 *Paal* ZfDR 2024, 129 (149 f.).

60 *Paal* ZfDR 2024, 129 (149 f.).

61 *Franke* RDi 2023, 565 (567).

62 *Buijsman/Klenk/van den Hoven*, 3 – Ethics of AI, in: Smuha, Cambridge Handbook on the Law, Ethics and Policy of AI, 2024, S. 59.

*niels*⁶³ vertreten, dass die Gesellschaft bei fehlendem Konsens zu substantziellen Werten auf prozedurale Werte konzentrieren sollte, eine Art prozeduraler „Fairness“.⁶⁴ Einen solchen Mechanismus prozeduraler Fairness kann Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO darstellen, der – wie seine Entstehungsgeschichte zeigt – als technologische Öffnungsklausel konzipiert worden ist, die eine ad-hoc Abwägung der widerstreitenden Interessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und risikomindernden Maßnahmen ermöglicht.

II. Im Zweifel für die informationelle Selbstbestimmung

Aus rechtspolitischer Perspektive ist aber kritisch anzumerken, dass die Kehrseite der Flexibilität des Abwägungsvorgangs Willkür begünstigt und Missbrauchspotential aufweist.⁶⁵ Fast jedes nicht ausdrücklich verbotene Ziel, dass zumindest abstrakt als innovationsfördernd rechtfertigen lässt, wird als „berechtigt“ deklariert: Dabei darf der Begriff „Innovation“ nicht pauschal als Totschlagargument dienen; nicht jede inkrementelle Produktverbesserung überwiegt die Interessen der Betroffenen so deutlich, dass ihre Einwilligung entbehrlich wäre.⁶⁶ Dem falschen Narrativ, EU-Bürger müssten aufgrund geopolitischen Drucks seitens USA und China und mangels einer wettbewerbsfähigen Wirtschaft im Namen eines politisch umstrittenen Innovationsbegriffs zugunsten der KI-Entwicklung auf ein hohes Datenschutzniveau verzichten, ist jedoch eine ungesunde Dosis Technosolutionismus und – hinsichtlich der blinden Nachahmung ausländischer Wirtschaftsmodelle – Provinzialismus zu attestieren. Chronische Unterinvestitionen in zukunftsweisende Technologien, fragmentierte Märkte und die starke Abhängigkeit von ausländischer Technologieinfrastruktur stellen weitaus gravierendere Bedrohungen für die Wettbewerbsfähigkeit der EU als der Wortlaut der DSGVO dar.⁶⁷

63 *Daniels* Hastings Center Report 26 (1996), 6 (10, 11).

64 *Bak/Madai/Fritzsche/Mayrhofer/McLennan* *Frontiers in Genetics* 13 (2022), 929453 <<https://doi.org/10.3389/fgene.2022.929453>>.

65 Vgl. *Ferretti* *Common Market Law Review* 51 (2014), 843 (859); *Rofsnagel* *ZD* 2014, 545.

66 Vgl. EuGH GRUR 2023, 1131 (Rn. 123); *Ruscheimer* *DuD* 2025, 349 (352); aA *Paal* *ZfDR* 2024, 129 (150 f.).

67 Vgl. *Csernatoni* *The EU's AI Power Play: Between Deregulation and Innovation*, 2025, S. 21 f.

Ebenfalls überzeugt das Argument der Kostenersparnisse nicht, wenn diese mit strukturellen Rechtsverstößen einhergehen.⁶⁸ Die Willkür liegt zudem in der frei wählbaren Steuerung des Blickwinkels auf die Abstraktionsebene des „berechtigten Interesses“: Auf einer abstrakten Ebene wird das KI-Training mit übergeordneten Zielen wie öffentlicher Sicherheit und dem Schutz des Lebens begründet. Auf einer konkreteren Ebene könnte es jedoch faktisch darum gehen, ein KI-System mit wahlloser Überwachungstechnologie zu entwickeln, die in autoritären oder defizitär demokratischen Staaten zur politischen Unterdrückung eingesetzt werden kann. Dabei sind die vom KI-Entwickler verfolgten Ziele und geplanten Einsatzfelder des KI-Systems transparent anzugeben und im Abwägungsvorgang zu berücksichtigen. Solche Interessen, die auf verbotene KI-Praktiken im Sinne des Art. 5 KI-VO hinauslaufen, sind als keinesfalls berechtigt anzuerkennen.⁶⁹

„Dark Patterns“ unter anderem „Roach Motel“ bzw. „false hierarchy“ beim Design der Widerspruchsmöglichkeit, die Nutzern die Einlegung des Widerspruchs unter Verstoß gegen Art. 25 DSGVO de facto erschweren, stellen ebenso eine unerwünschte Folge des Opt-Out-Mechanismus des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO dar.⁷⁰ Der Vergleich der Regelungsmechanismen von Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO und Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zeigt einerseits eine ex-ante Opt-in-Regelung mit bedingungsloser Widerrufsmöglichkeit und andererseits eine Opt-out-Regelung mit bedingter Widerspruchsmöglichkeit i.V.m. Art. 21 Abs. 1 DSGVO. Wie nutzerfreundlich der KI-Entwickler das Opt-out-Verfahren gestaltet, bestimmt maßgeblich, wie viele Nutzer tatsächlich Widerspruch einlegen, die Zahl sollte aber erfahrungsgemäß niedrig sein.⁷¹ Damit wird Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO – im Gegensatz zur informierten Einwilligung – zur besonders vorteilhaften Rechtsgrundlage für KI-Entwickler. Wie aber die Datenschutzgruppe bereits 2014 betonte: „Artikel 7(f) soll nicht zu einem einfachen Ausweg werden [Englisch:

68 *Ruschmeier DuD* 2025, 349 (352).

69 Vgl. EDSA, Stellungnahme 28/2024, Rn. 68, siehe dazu Fn. 54 in der Stellungnahme; zur aA, die den Abwägungsvorgang auf die Risiken des KI-Trainings im Input-Bereich beschränken möchte, siehe *Hacker Law, Innovation and Technology* 13 (2021), 257 (291) <<https://doi.org/10.1080/17579961.2021.1977219>>; *Paal ZfDR* 2024, 129 (156).

70 *Kyi/Shivakumar/Roesner/Santos/Zufall/Biega*, Investigating deceptive design in GDPR's legitimate interest, in: CHI '23: Proceedings of the 2023 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, 2023, S. 1 (12 f.) <<https://doi.org/10.1145/3544548.3580637>>.

71 *Kyi/Shivakumar/Roesner/Santos/Zufall/Biega*, in: CHI '23, S. 1 (12 f.).

an easy way out], um den Anforderungen des Datenschutzrechts zu entgegenen“.⁷²

Ebenfalls kritisch zu betrachten ist der ergebnisorientierte Ansatz, der dem Abwägungsvorgang zugrunde liegt: Zum einen belässt der Regelungsmechanismus des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO den KI-Entwicklern die Entscheidung, ob ihre eigenen „berechtigten Interessen“ überwiegen.⁷³ Auch wenn eine solche Entscheidung widerspruchsfähig und gerichtlich überprüfbar ist, lässt sich die rechtspolitische Frage stellen, ob der Abwägungsvorgang eine Übung der Rechenschaftspflicht *per se* oder eher eine Übung in rechtlicher Argumentation seitens des KI-Entwicklers darstellt, der *ex post* eine bereits gefällte Geschäftsentscheidung rechtfertigt, um zu einem bestimmten Abwägungsergebnis zu gelangen. Zum anderen bleibt zweifelhaft, ob ein Übermaß an risikomindernden Maßnahmen eine zuvor zugunsten der Betroffenen getroffene Abwägung wieder zugunsten des KI-Entwicklers verschiebt: Kompensieren Maßnahmen zur Datensicherheit Defizite bei der informationellen Selbstbestimmung?

De lege lata ist im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO der Einwilligung der Betroffenen als wenig einschneidendes Mittel bereits auf der Erforderlichkeitsebene Vorrang zu gewähren, soweit deren Einholung nicht aufwändig ist, d.h. immer dann, wenn der Verantwortliche bereits im Kontakt zum Betroffenen steht.⁷⁴ Im Ergebnis kann die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO eine eingeschränkte Relevanz für Konstellationen des KI-Trainings aufweisen, wo die Einholung der Einwilligung der Betroffenen wirtschaftlich unmöglich ist, nämlich bei öffentlich verfügbaren personenbezogenen Daten aus Drittquellen. Selbst dann muss sichergestellt werden, dass keine besonderen Kategorien personenbezogener Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO verarbeitet werden. Der Nachweis einer Ausnahme gemäß Art. 9 Abs. 2 DSGVO wird den KI-Entwicklern unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH nämlich schwer gelingen: es ist faktisch kaum automatisiert zu prüfen, ob der Ausnahmetatbestand der offensichtlichen Veröffentlichung seitens des Betroffenen gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO im Einzelfall eingreift.⁷⁵ Im Ergebnis heißt das, dass wenn die Daten vom KI-Entwickler selbst erhoben wurden, aber auch öffentlich zugänglich sind, er trotzdem (faktisch) die Einwilligung des Daten-

72 Article 29 Working Party, Opinion 06/2014, S. 5.

73 Vgl. bereits die Kritik zum risikobasierten Ansatz: Rost vorgänge Nr. 221/222 (2018), 79 (84).

74 EuGH NJW 2024, 3769 (Rn. 51–53).

75 EuGH GRUR 2023, 1131 Rn. 89 f.

subjekts und zugleich Nutzers als weniger einschneidendes Mittel einholen müsste.

Die Betroffenen haben in Ausübung ihrer unter Art. 8 GRCh gewährleisteten informationellen Selbstbestimmung ein ausgeprägtes Interesse daran, die Kontrolle über ihre Daten zu behalten. *Floridi*⁷⁶ weist darauf hin, dass gerade die zentrale Rolle von personenbezogenen Daten in modernen, datengetriebenen Anwendungen die ethischen Herausforderungen hinsichtlich des Datenschutzes verstärkt. Angesichts dieser Problematik sollte der Schutz der Privatsphäre und die Einhaltung klar definierter Einwilligungsstandards bei der Entwicklung und Anwendung von KI-Systemen oberste Priorität haben.⁷⁷ Das Argument, eine erneute Einwilligung könne den Betroffenen aufgrund ihrer „consent fatigue“ nicht zugemutet werden,⁷⁸ überzeugt insbesondere dann nicht, wenn gerade die intransparente Datenerhebung zuvor zu dieser Ermüdung beigetragen hat. Die faktische Zugriffsmöglichkeit auf personenbezogene Daten rechtfertigt ferner keinesfalls die Schlussfolgerung, die Betroffenen hätten auf diese Kontrolle verzichtet oder sie hätten eine Verarbeitung ihrer Daten für das KI-Training zu verschiedenen Zwecken ‚vernünftigerweise‘ erwarten müssen. Eine solche Argumentation ist in der historisch als überholt geltenden binären Unterscheidung zwischen Öffentlichkeit und Privatheit gefangen und reduziert somit den Datenschutz lediglich auf Schutz der Privatheit.⁷⁹ Wie aber *Pohle* stattdessen plädiert: „Datenschutz heißt, informationell begründete soziale Macht in der Informationsgesellschaft unter Bedingungen zu stellen, sie zu zwingen, sich zu verantworten, und sie damit (wieder) gesellschaftlich verhandelbar zu machen.“⁸⁰

76 *Floridi*, The Ethics of Artificial Intelligence: Principles, Challenges, and Opportunities, Oxford: Oxford University Press 2023, S. 161.

77 *Floridi*, The Ethics of Artificial Intelligence: Principles, Challenges, and Opportunities, Oxford: Oxford University Press 2023, S. 161.

78 Siehe dazu *Paal* ZfDR 2024, 129 (148 f.).

79 *Rost* vorgänge #221/222 (2018), 79 (79 ff.).

80 *Pohle*, Datenschutz und Technikgestaltung: Geschichte und Theorie des Datenschutzes aus informatischer Sicht und Folgerungen für die Technikgestaltung, 2018, S. 253; vgl. *Schulz* ZPTh Zeitschrift für Politische Theorie, 12 (2021), 84 (87). <<https://doi.org/10.3224/zpth.v12i1.06>>.

E. „Berechtigte Interessen“ *de lege ferenda*?

De lege ferenda wird für ein konsequent risikobasiertes Modell plädiert, das die Pflichten der DSGVO graduell an das tatsächliche Gefährdungsniveau der betroffenen Personen anpasst und zugleich die Datenteilungsziele jüngerer EU-Instrumente – etwa des Data Act – reflektiert.⁸¹ In diesen Kontext fügt sich der wissenschaftliche Diskussionsentwurf für eine künftige „KI-Datenschutz-Verordnung“ ein, der für einen Workshop an der Universität Wien Anfang Dezember 2024 erarbeitet und von Wendehorst sukzessive in der KIR publiziert wurde.⁸² Art. 11 des Entwurfs stellt eine neue Rechtsgrundlage für das KI-Training und andere Formen der Massendatenverarbeitung dar. Im Ergebnis erlaubt er Verantwortlichen, bei großskaligen Datenverarbeitungen wie KI-Training pauschal auf eine einzige Rechtsgrundlage nach Art. 6 oder 9 DSGVO zu verweisen, wenn (1) die Prüfung jeder einzelnen Datengrundlage „unverhältnismäßigen Aufwand“ erfordern würde und (2) der Verantwortliche „angemessene Garantien“ einsetzt.⁸³ Praktisch eröffnet Art. 11 damit eine pauschale Rechtfertigung gerade dort, wo Art. 9 DSGVO bislang Einwilligung oder andere eng auszulegenden Ausnahmetatbestände fordert. Der Entwurf führt folglich zu einer faktischen Aushöhlung des Einwilligungserfordernisses und ist zumindest in Bezug auf Art. 11 abzulehnen. Im direkten Vergleich zeigen sich die Stärken des umfassenden einzelfallbezogenen Abwägungsvorgangs des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, der aufeinanderprallende Interessen und die jeweiligen Risiken für die Betroffenen berücksichtigt und dabei das Ergebnis der Abwägung offen lässt.

Statt eines pauschalen Erlaubnistatbestandes für eine Datenverarbeitung zum Zwecke des KI-Trainings könnte man alternativ nur bestimmte Arten von datenbasierter Wertschöpfung privilegieren.⁸⁴ Dabei stellt sich das Dilemma, ob man durch die Privilegierung bestimmter Anwendungsfelder die Entwicklung bestimmter Technologien bremst, obwohl sie – sogar besser – geeignet wären, Wohlstand und andere erwünschte politische Ziele zu erreichen, auch wenn dies im Zeitpunkt der Gesetzgebung unabsehbar

81 Bartels GRUR Int. 2024, 526 (537).

82 Wendehorst KIR 2025, 142; Wendehorst KIR 2025, 174.

83 Vgl. Wendehorst KIR 2025, 174.

84 Vgl. dazu die Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO: Im sogenannten Albrecht-Bericht wurde eine Positivliste vorgeschlagen, die bestimmte Anwendungsfälle des berechtigten Interesses explizit erfassen sollte, zum Beispiel die Datenverarbeitung im Kontext von Medien und Kunst.

ist. In diesem Zusammenhang wird die Unvorhersehbarkeit des Outputs generativer KI betont, das sich in unzähligen Kontexten und Anwendungsfeldern wiederverwenden lässt, zumal diese Systeme kontext-agnostisch trainiert werden.⁸⁵ Eine starre enge Aufzählung mittels einer Positivliste könnte legitime, gesellschaftlich wünschenswerte Anwendungen blockieren und gleichzeitig versäumen, neu entstehende Risikoszenarien abzudecken. Ebenso verfehlt ist die alternative Unterscheidung zwischen primär kommerziellen Interessen und gesellschaftlichen Interessen, denn dies missachtet solche forschungsgetriebenen Unternehmen etwa im Bereich der Biotechnologie, die kommerziell erfolgreich sein müssen, um der Gesellschaft einen effektiven Beitrag zu leisten. Wenn aber diese Positivliste breit und in Kombination mit anderen Rechtsgrundlagen, wie zB der informierten Einwilligung des Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO und einer restriktiven Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO konstruiert wird, könnte dies zugleich eine Privilegierung gesellschaftlich erwünschter Anwendungsbereiche bewirken und zugleich Innovation in unvorhersehbaren Anwendungsfeldern ermöglichen. Um der einwilligungsbezogenen Ermüdung entgegenzuwirken, muss der demokratisch legitimierte Gesetzgeber eine Grundsatzentscheidung darüber treffen, in welchen Anwendungsfeldern eine Datenverarbeitung als „berechtigt“ anzusehen ist – und darf diese Entscheidung nicht den Verantwortlichen selbst überlassen, die den Abwägungsvorgang im Zweifel zugunsten ihrer eigenen Interessen auslegen.

Ein Vorbild für eine Ausgestaltung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO *de lege ferenda* und zugleich ein geeignetes Rechtsinstrument zur gezielten politischen Förderung von Datenprojekten *de lege lata* ist die Datenverarbeitung gemäß Art. 59 KI-VO im Rahmen von KI-Reallaboren:⁸⁶ Art. 59 KI-VO normiert mit den sog. „KI-Reallaboren“ einen Experimentierraum, in dem bereits erhobene personenbezogene Daten – unter Einhaltung strenger Dokumentations-, Transparenz- und Aufsichtsvorgaben – zweckgeändert zu Forschungs-, Trainings- und Testzwecken verarbeitet werden dürfen. Die Verarbeitungsgrundlage des Art. 59 Abs. 1 lit. a KI-VO setzt die Wahrung eines erheblichen öffentlichen Interesses in den enumerativ aufgelisteten

85 Vgl. *Solove* Artificial Intelligence and Privacy, Florida Law Review 77 (2025), 1 (25) <<https://doi.org/10.2139/ssrn.4713111>>; *Helberger/Diakopoulos*, ChatGPT and the AI Act, Internet Policy Review 12 (2023), 1 (2).

86 Vgl. dazu LfDI BW, Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz – Diskussionspapier, Version 2.0 vom 17.10.2024 <<https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/rechtsgrundlagen-datenschutz-ki/>>.

Bereichen unter anderem öffentliche Sicherheit und öffentliche Gesundheit, Klimaschutz, nachhaltige Energie, Mobilität, kritischen Infrastrukturen und Netzen sowie effiziente öffentliche Verwaltung voraus.⁸⁷ Gemäß Art. 57 Abs. 9 KI-VO, Erwgr. 139 KI-VO sollen KI-Reallabore die Rechtssicherheit verbessern, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit fördern, einen Beitrag zum evidenzbasierten regulatorischen Lernen leisten sowie den Zugang von KI-Systemen zum Unionsmarkt erleichtern und beschleunigen.⁸⁸ Somit wird ein synergetischer Wissenstransfer zwischen akademischen Forschungseinrichtungen, datengetriebenen Start-ups, regionalen KMU und zuständigen Aufsichtsbehörden ermöglicht. Erstere erhalten Zugriff auf qualitativ hochwertige Datensätze, um prototypische KI-Systeme realitätsnah zu validieren; letztere gewinnen zugleich frühzeitige Einblicke in technologische und datenschutzrechtliche Risikopotenziale und können so adaptive Regulierungsstandards entwickeln, was zur nachhaltigen Stärkung lokaler Innovationsökosysteme beiträgt. Das wäre eine Möglichkeit, wie wir als demokratische Gesellschaft, die informationelle Selbstbestimmung kollektiv ausüben und die Richtung der datenbasierten wirtschaftlichen Entwicklung mitbestimmen können – und zwar aufgrund berechtigter Interessen.

87 Martini/Wendehorst/Botta, 1. Aufl. 2024, KI-VO Art. 59 Rn. 16.

88 Göbel/von Krüedener GRUR-Prax 2024, 755 Rn. 12.

Liability of Generative AI for Outputs

Drawing Experience on Internet Intermediary

Chuqi Feng*

Abstract

This contribution presents a German tort law-based liability framework for Generative AI (GenAI) system providers regarding outputs that infringe personality rights and copyright, drawing on lessons from the liability regimes of internet intermediaries. Similar to internet intermediaries, GenAI system providers do not actively generate the infringing content themselves; rather, the AI system produces the outputs. The liability of GenAI systems providers should be based on omission (*Unterlassen*) of duties of care (*Verkehrspflichten*). The determination of the duties of care of GenAI system providers crucially depends on whether the provider has knowledge of the specific infringement, including the obligation to acquire such knowledge. The specific duties of care owed by different actors along the GenAI value chain are analyzed based on their types, such as upstream GenAI model providers and downstream AI system providers. In principle, downstream GenAI systems providers' knowledge should *de lege ferenda* arise from notices by rights-holders or trusted third parties; however, for applications with a higher risk of infringement, a heightened duty of care may require proactive monitoring. Upstream GenAI models providers offering services to enterprises or releasing models as open source should be exempt from obligations to acquire knowledge of specific infringements, as well as from obligations to implement output filters.

* LL.M. (LMU Munich), Doctoral Candidate at the Chair of Civil Law and Intellectual Property Law with Information and IT Law (GRUR Chair) at Ludwig-Maximilians-Universität Munich, Visiting Scholar at the Max Planck Institute for Innovation and Competition. All online sources were last accessed on 15 July 2025.

A. Introduction

Outputs generated by systems involving Generative AI (hereinafter: GenAI) in response to end-user prompts may constitute rights-infringing content. Examples include cases where an internet portal automatically processes business information about companies but produces false factual statements,¹ cases where GenAI models generate hallucinations that violate the principle of data accuracy as outlined in Art. 5(1)(d) of the GDPR,² and cases where generated images exhibit substantial similarity to pre-existing works or qualify as derivative works thereof.³

According to Recital 99 of the Artificial Intelligence Act (Regulation (EU) 2024/1689, hereinafter: AIA), large GenAI models are a typical example of a general-purpose AI model, given that they allow for flexible generation of content that can readily accommodate a wide range of distinctive tasks. This generality may reduce the foreseeability of specific harmful outputs from the perspective of model providers. Furthermore, GenAI models are trained on vast, unstructured data and operate with billions of parameters that interact in complex, opaque ways. This opacity of GenAI models stems from the architecture of the models, particularly the way neural networks automatically learn useful internal features during training based on raw input data, without human-designed features. Although mathematically accessible, their internal workings are not human-interpretable. As models scale, they may produce random or emergent outputs, complicating the attribution of liability for infringing content. This reduces both the traceability (*Zurechenbarkeit*) between human fault and the damage caused by AI-generated outputs and the foreseeability of harmful consequences.

Generative AI models are typically integrated into operational applications, i.e., GenAI systems, that are utilized by deployers or interact with end-users who are natural persons using these systems to generate content.⁴ In the sense that GenAI systems providers do not actively generate the infringing output themselves, it is similar to cases of internet intermediaries.

1 LG Kiel MMR 2025, 227 (nicht rechtskräftig).

2 Novelli et al. Computer Law & Security Review (55) 2024, 6.

3 Thalen, Daily Dot, Artists fed up with AI-image generators use Mickey Mouse to goad copyright lawsuits, 2022 <<https://www.dailydot.com/debug/ai-art-protest-disney-characters-mickey-mouse/>>.

4 European Union Intellectual Property Office, Development of Generative Artificial Intelligence from a Copyright Perspective, 2025, p. 58 <<https://www.euipo.europa.eu/en/publications/genai-from-a-copyright-perspective-2025>>.

The contribution seeks to analyze, *de lege ferenda*, the possible legal bases under German tort law for holding providers of GenAI systems liable for outputs that infringe personality rights or copyright, drawing on the established liability framework for internet intermediaries in relation to user-generated content.

Another challenge in attributing liability to GenAI systems providers lies in the fact that the development and deployment of such models involve a wide range of actors. This complexity renders it challenging to assign responsibility for concrete infringing outputs to a specific provider. This contribution proposes that liability be assessed based on the type of GenAI systems providers within the value chain, taking into account the varying degrees of control that different actors exercise over the monitoring and filtering of infringing outputs.

The contribution first explores the grounds of liability for GenAI systems providers based on omission of duties of care (B.). It then examines the role of knowledge in determining duties of care (C.). Finally, it analyses the specific duties of care owed by different actors along the GenAI value chain, based on the types of these actors (D.).

B. Legal Bases for the Liability of GenAI Systems Providers

I. Fragmented Rules of Liability under the current EU Legal framework

Although the revision of the Product Liability Directive (EU) 2024/2853 (hereinafter: PLD) extended the terms of “product” to software, including AI systems, this does not apply to infringements of personality rights and copyright entailed in the AI-generated outputs for two reasons. First, the PLD covers liability for defective products that cause death or personal injury, property damage and destruction, or corruption of data.⁵ Thus, the general right of personality in its various dimensions lies entirely outside the scope of protection of European product liability.⁶ Intellectual property is not covered by the scope of damage in Art. 6 of the Product Liability Directive, either. Second, the PLD applies to defects in the product itself, where a product is defective when it does not provide the safety that a

⁵ Art. 6(1) PLD.

⁶ Wagner, *Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect*, 2023, p. 51 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4320285>.

person is entitled to expect.⁷ GenAI outputs are therefore not considered products under the PLD.

Through the legislative materials, it can be seen that EU regulators considered a fault-based liability regime or whatever regime is in place in national liability laws, and increased the standard by extending product liability to certain AI systems, consumer-facing products, and included certain provisions to ease the burden of proof for victims.⁸ For example, the withdrawn draft of an AI Liability Directive⁹ (hereinafter: AILD) covered claims for damages when the damage is caused by an output or the failure to produce an output by an AI system through the fault of a person, such as the provider or the user under the AI Act (Recital 15 AILD). Recital 24 of the AILD also stated that all national liability regimes have duties of care, taking as a standard of conduct different expressions of the principle of how a reasonable person should act, which also ensure the safe operation of AI systems in order to prevent damage to recognized legal interests. Such duties of care could, for instance, require users of AI systems to choose, for certain tasks, a particular AI system with concrete characteristics or to exclude certain segments of a population from being exposed to a particular AI system.

The liability limitation in Art. 6 of the Digital Services Act (Regulation (EU) 2022/2065, hereinafter: DSA) does not apply directly to providers of GenAI systems as well. According to Art. 3(g)(iii) of the DSA, providers of hosting services are those who offer the services consisting of the storage of information provided by, and at the request of, a recipient of the service. The outputs generated by the AI models during the inference phase, however, are not to be considered content being provided by and stored at the request of the end-users. Given these considerations, it is necessary to establish the underlying liability framework for generative AI providers, as discussed below.

⁷ Art. 7(1) PLD.

⁸ *Arcila*, Policy Report: AI Liability Along the Value Chain, 2025 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5209735>.

⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive), 2022/0303 (COD).

II. Basis of Liability: Negligent Omission of Duties of Care

GenAI systems providers do not actively generate the infringing output themselves. Rather, the AI system produces content. The causal link and traceability between the fault and damage caused by AI-generated outputs and the foreseeability of consequences could be weakened due to the opacity of GenAI models. Consequently, providers are not liable as direct perpetrators of an unlawful act (*Tun*) because the infringing content is not their traditional act.

Similar to this situation is the liability of providers of hosting services. Host providers are also often considered the “cheapest cost avoiders”, as they are in the best position to prevent or mitigate harm in the most cost-effective manner,¹⁰ or “gatekeepers”¹¹ in the sense of capital market law. Despite the differences among national tort laws in Member States, the DSA establishes a binding and harmonized rule across all Member States regarding liability exemptions for providers of hosting services (Art. 6 DSA). Under German civil law, host providers cannot be held liable for accessories to the infringement according to Section 830(1) of the German Civil Code (BGB), as they usually lack the intention to aid the principal infringement committed by users.¹² Rather, they are held liable as “interferer” (*Störer*) under Section 823(1) of the BGB and in analogy to Section 1004(1).¹³ The host provider is only liable for a cease and desist if it breaches so-called investigating obligations (*Prüfpflicht*).¹⁴ By invoking investigation obligations, the German Federal Court of Justice (BGH) effectively made liability as an interferer for user content dependent on a breach of duties of care, thereby limiting the measures to be taken by the service provider to what is technically feasible and economically reasonable.¹⁵ Liability of

10 *Leistner* GRUR Beil. 2010, 1 (32).

11 *Wagner* GRUR 2020, 329 (338).

12 *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 967.

13 BGH GRUR 2016, 855 – *jameda.de II*; BGH GRUR 2013, 751 – „Autocomplete“-Funktion; BGH NJW 2012, 148 – *Blogeintrag*.

14 BGH GRUR 2016, 855 Rn. 23 – *jameda.de II*; BGH NJW 2012, 148 – *Blogeintrag*; BGH NJW 2011, 753 Rn. 15; BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 20 – *Stiftparfüm*; BGH AfP 2009, 494 Rn. 18 – *Domainverpächter*; BGH GRUR 2008, 702 Rn. 50 – *Internetversteigerung III*; BGH GRUR 2004, 693 – *Schöner Wetten*; BGH GRUR 2004, 860 – *Internetversteigerung I*; *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 968.

15 *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 969. With the judgments in copyright law for right to communication to the public of the CJEU and BGH concerning the platforms YouTube and Uploaded, the special status of liability as an interferer

providers can build on general tort liability and the doctrine of duties of care.¹⁶

The development of liability of host providers could serve as a prior lesson for the liability of GenAI systems providers. Under German tort law, liability arises from omissions (*Unterlassen*) where a legal duty to act exists.¹⁷ Although GenAI systems providers do not actively generate the infringing output themselves, they may still be held liable for breaching duties of care. Duties of care are to be interpreted as duties to prevent or eliminate dangers that could harm others.¹⁸ In this context, the provider's duty of care encompasses both the obligation to take appropriate preventive measures to avoid the generation of infringing outputs and the duty to prevent the further generation of infringing outputs once they have occurred.

These duties of care could arise when the provider of an AI system with generative functions has the actual and legal possibility of controlling the dangers (*Gefahrsteuerung*) in the specific case.¹⁹ This responsibility is primarily justified by the principle that everyone is generally obligated to arrange their behavior and property so as to avoid infringing upon the legal interests of others, to the extent that this is reasonably achievable with economically proportionate effort.²⁰ It reflects the idea that everyone derives benefits from their behavior and property and must accordingly control and manage the associated risks of harm.²¹ GenAI systems can be

(*Störerhaftung*) has likely come to an end in favor of a "reunification" of the intellectual property and tort liability systems, see EuGH GRUR 2021, 1054 – YouTube und uploaded; BGH NJW 2022, 2980; Spindler NJW 2021, 2554; Ohly NJW 2022, 2961; Wagner GRUR 2020, 329 (334 f.).

16 Some scholars are in favor of the integration of the liability as an interferer into general tort liability and the doctrine of duties of care (*Verkehrspflicht*), especially in the field of personality rights, see MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 976; similarly see Czychowski/Nordemann GRUR 2013, 986 (990 f.); Hofmann JuS 2017, 713 (719); Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 413; Schiff, Informationsintermediäre, 2021, S. 250 f.; Spindler/Volkman WRP 2003, 1 (7 f.). However, there is no consensus in the debate on whether the concept of "Verkehrspflicht" or simply "Sorgfaltspflicht" in terms of negligence should continue to serve as the central basis for justifying tort liability.

17 Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 1994, § 76 III 1 d; Staudinger/Hager, 2021, BGB § 823 Rn. E 3.

18 Larenz/Canaris, § 76 III 1 d; Staudinger/Hager, 2021, BGB § 823 Rn. E 3.

19 v. Bar, Verkehrspflicht, 1980, S. 122 ff.; MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 502.

20 MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 503 ff.

21 MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 505.

regarded as part of the providers' sphere if the providers derive benefits from offering the AI system as a service.

The liability should generally be limited to negligence of the providers of the GenAI systems. The limited liability for negligence is meant to preserve freedom of action, i.e., one should not have to look over one's shoulder at every action to determine whether a, perhaps even remote, danger might materialize.²² From an incentives perspective, fault-based liability encourages actors to be careful in their activities, as if they are able to prove that they took due precautions, they will not be held liable even if an accident occurs.²³ This approach avoids unfairly attributing direct wrongful acts to providers for content autonomously generated by AI. Liability attaches only when providers neglect their preventive duties despite control and knowledge, not simply because the output infringes.

III. Restricted Implication of Regulatory Obligations of the AIA

As previously noted, it is challenging to define the applicable duties of care or standards of conduct in cases involving GenAI, and to establish their causal link to the resulting damage. EU legislators tended to ease the proof difficulties for the fault of AI providers and the causal link through presumption based on their violations of the obligations in the regulatory frameworks. For example, a presumption of the causal link between the fault of the providers or users and the output produced by the AI system provided for in Art. 4(1) of the withdrawn AILD draft required, *inter alia*, that the fault of the defendant has been proven by the claimant or presumed by the court under Art. 3(5) and that this fault involves non-compliance with a duty of care directly intended to protect against the damage that occurred.

Indeed, the determination of duties of care or standards of conduct requires a "flexible system" (*bewegliches System*), according to which the person applying the law should assess and balance the individual policy and value considerations according to their weight and importance to

22 *Deutsch* JZ 1997, 1030 (1033); Staudinger/*Caspers*, 2019, BGB § 276 Rn. 7.

23 *Arcila*, Policy Report: AI Liability Along the Value Chain, 2025 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5209735>.

achieve a fair and just decision for the specific case.²⁴ Depending entirely on the circumstances and conditions, the standard may be higher or lower, and certain measures may be indicated or unnecessary.²⁵ New technical possibilities could become the new standard, whereas a measure can lose its character as the standard if its particular danger is recognized.²⁶

The standard of care could find itself in the regulatory obligations in the AIA, aiming to protect health, safety, fundamental rights enshrined in the Charter,²⁷ or the possible code of practice in terms of Art. 56 of the AIA.²⁸ However, such sets of rules do not establish an absolute standard of care. Rather, special circumstances may arise where compliance with the rules is not sufficient in the specific case to meet the level of care required. In this respect, the regulatory obligations in the AIA have only a restricted indicative value for the determination of the liability of the providers of GenAI. The burden of proof for the equivalence of the alternative solution lies with the party that chooses that solution.²⁹

C. Knowledge-based Duties of Care

I. Knowledge as the Determinative Factor

The doctrine of duty of care can adjust tort law norms to new situations where GenAI is involved. The courts in Europe often develop duties of care (*Verkehrssicherungspflichten*, *obligations de sécurité*) for numerous new and different tort situations.³⁰ Determination of the duties of care of GenAI

24 Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1991, S. 376 f.; *Deutsch JZ* 1997, 1030 (1032); *Magnus*, *Principles of European Tort Law*, 2012 <[https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Principles_of_European_Tort_Law_\(PETL\)#4_Guiding_principles](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Principles_of_European_Tort_Law_(PETL)#4_Guiding_principles)>.

25 *Deutsch JZ* 1997, 1030 (1032).

26 *Deutsch JZ* 1997, 1030 (1032).

27 Art. 1(1) of the AIA.

28 For example the General-Purpose AI Code of Practice, which is currently under development, see General-Purpose AI Code of Practice, 6 June 2025 <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-code-practice>>.

29 Staudinger/*Caspers*, 2019, BGB § 276 Rn. 7.

30 *Magnus*, *Principles of European Tort Law*, 2012 <[https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Principles_of_European_Tort_Law_\(PETL\)#4_Guiding_principles](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Principles_of_European_Tort_Law_(PETL)#4_Guiding_principles)>. For example, the German Federal Court of Justice developed “wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht” to answer to the new situation involving internet auction, see BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien.

systems providers could draw lessons from the doctrine of duties of care for liability of internet intermediaries. The scope of duties of care crucially depends on whether the intermediary has knowledge of the infringement.³¹ There is no general obligation to monitor or check third-party content proactively before it is made available on the platform. Rather, the intermediary's liability presupposes that it has obtained knowledge of the specific infringement.³² Similarly, the duties of care of GenAI systems providers should be based on their knowledge of concrete infringements.

In German tort law, the provider of the search engine is regarded as the direct interferer for its autocomplete feature by the BGH. However, in this case, a cease-and-desist claim generally requires that the provider of a search engine has become aware of the legal violation and is then subject to investigation obligations.³³ The provider's acquisition of knowledge is thus determinative. If a person affected notifies the provider of the internet search engine of an unlawful infringement of their personality rights, the provider is obliged to prevent such violations in the future.³⁴

Compared to this case, the latest case of LG Kiel, which is still subject to appeal, seems to have set an unreasonably high standard of liability for the provider of a GenAI system. In this case, the defendant operates an internet portal through which business information about German companies can be accessed using a fully automated process. According to LG Kiel, the provider is to be regarded as a direct interferer (*unmittelbarer Störer*) because he deliberately uses his software to respond to search queries, which extracts information from mandatory publications and republishes it in processed form.³⁵ Furthermore, the provider is also liable as a direct interferer for content posted by a third party based on the so-called "Zueigenmachen" doctrine if, from the perspective of a reasonable average user, and based on an overall assessment of all relevant circumstances, the provider has appropriated the content and outwardly assumed editorial responsibility for it. The defendant does so by bundling the mandatory publications concerning a company on his site and partly linking the information to one another. In this case, the provider's liability did not depend on the

31 MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 968.

32 BGH GRUR 2016, 855 – jameda.de II; BGH NJW 2012, 148 – Blogeintrag; BGH GRUR 2011, 1038 – Stiftparfüm.

33 BGH GRUR 2013, 751 Rn. 30 – Autocomplete-Funktion.

34 BGH GRUR 2013, 751 Rn. 30 – Autocomplete-Funktion.

35 LG Kiel MMR 2025, 227 Rn. 36 (nicht rechtskräftig).

provider's knowledge of the specific infringement of the output. This risks an unreasonable overextension of liability, requiring providers to monitor every individual output, which could prove technically impracticable and economically disproportionate.³⁶

II. Normative Conception of Knowledge

The knowledge concerning the output as such, and its illegality should be concrete. This has been discussed in the intermediary liability. According to the case law of the CJEU, the condition set out in Art. 14(1)(a) of the former E-Commerce Directive (now in Art. 6 of the DSA) cannot be considered unfulfilled merely because the provider is generally aware of the fact that their platform is also used to share content that may infringe intellectual property rights.³⁷ Thus, abstract knowledge of an infringement in the form of making available protected content on the platform cannot serve as a basis for concluding that the condition for the liability privilege is not met.³⁸

It remains questionable whether the liability of GenAI systems providers should depend on the “knowledge” of the AI model itself. It is a classic principle in ethics and jurisprudence that “ought” implies “can,” in the logical sense of “if a ought to do p, then p can be done; that is, it must be possible for a to do p.”³⁹ Thus, it is questionable if the AI model as such can obtain such a kind of “knowledge” with a normative evaluating aspect. According to the prevailing opinion in the literature, the AI model is regarded as lacking the ability to carry out content moderation in the same way humans do.⁴⁰ While AI functions based on probabilistic logic, human understanding unfolds through the hermeneutic circle between the whole and the part.⁴¹ A survey shows that generative models typically struggle to produce genuine parodies in response to such requests, indicating that they

36 See also Recitals 5, 18, 21, 29 of the DSA.

37 EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. III – YouTube und uploaded.

38 BeckOK Informations- und MedienR/*Radtke*, 47. Ed. 01.02.2025, DSA Art. 6 Rn. 35.

39 *Floridi* Philosophy & Technology 2023, 36 (41).

40 *Heldt* EuR 2020, 238 (244); *Janal* ZEuP 2021, 227 (250); *Spindler* NJW 2019, 3274 (3275); *Quintais et al.* IIC 2024, 157 (176), regarding copyright law.

41 *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 4. Aufl., S. 277; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., S. 118 f.

do not consistently grasp the concept of parody.⁴² Thus, human knowledge about the illegality of *specific* output should be decisive. This interpretation aligns with Art. 6 of the DSA, which provides that legal assessments, given current technological capabilities, must rely on human judgment.

The term “knowledge” should be conceived in a normative sense, meaning it also includes the obligation to acquire knowledge of specific infringing generated outputs. However, the scope of the obligation should be limited to cases where the illegality is clearly apparent from the facts and circumstances. Such an interpretation reflects the approach taken in Art. 6(1)(a) of the DSA, which states that the liability exemption does not apply if host providers have actual knowledge or awareness of facts or circumstances from which the illegal activity or illegal content is apparent.⁴³

The obligation to acquire knowledge about the specific infringing output or user content is a part of the duties of care of AI providers and host providers and, thus, is limited to technical feasibility. The limitation and proportionality reflect on the source of the information that could trigger knowledge about specific infringing outputs or user content. The notifications from rights-holders are considered one of many sources of information. Notably, such notices constitute mere allegations of infringement, and the objective accuracy of the claim is not guaranteed, often necessitating that providers undertake fact-finding procedures.⁴⁴ It is also possible that notifications from trusted third persons who help reduce the infringement rate of outputs can trigger knowledge. Besides, the knowledge about the infringing content could also stem from one's own monitoring and investigation. Depending on the degree of controllability over the outputs, as well as the technical and economic possibilities, the extent of obligation to acquire knowledge may vary with respect to sources of information. For example, the greater the degree of controllability over the outputs, the broader the scope of relevant information sources becomes, and the more stringent the obligation to acquire knowledge is. In the next section of this contribution (D.), varying degrees of obligations to acquire knowledge will be allocated to the different actors operating GenAI models along the value chain.

42 *Henderson et al.* Journal of Machine Learning Research 24 (2023), 1 (15).

43 BeckOK Informations- und MedienR/*Radtko*, 47. Ed. 01.02.2025, DSA Art. 6 Rn. 39; Hofmann/Raue/*Hofmann*, DSA Art. 6 Rn. 58; Mast/Kettemann/Dreyer/Schulz/*Spindler*, DSA Art. 6 Rn. 32; MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 980.

44 BGH NJW 2012, 148 Rn. 25 – Blogseintrag.

III. Good Samaritan Privilege

As aforementioned, the knowledge about the infringing content could stem from one's own monitoring and investigation. In practice, to enhance user safety and experience, comply with regulations, and avoid potential legal repercussions, the providers of AI systems involving generative models could take such filtering or monitoring measures to prevent outputting infringing content. However, the providers who take voluntary measures to detect and remove infringing outputs should not be put in a worse off place than those who do not, because these measures could contribute to triggering the liability establishing knowledge about the illegal outputs, a concern commonly referred to as the “Good Samaritan Paradox”⁴⁵. Similar concerns have arisen in the context of intermediary liability. Art. 7 of the DSA addresses this dilemma by establishing that providers of intermediary services shall not be deemed ineligible for the exemptions from liability solely because they, in good faith and in a diligent manner, carry out voluntary own-initiative investigations into, or take other measures aimed at detecting, identifying and removing, or disabling access to, illegal content, or take the necessary measures to comply with the requirements of Union law and national law in compliance with Union law. It is thus necessary to ensure that the knowledge of the GenAI systems providers will not be presumed solely because they carry out voluntary own-initiative investigations into, or take other measures aimed at identifying and blocking infringing outputs, or take the necessary measures to comply with the requirements of Union law, especially the AIA, and national law in compliance with Union law. Nonetheless, if the provider adds filters and safeguards to prevent the end-user from generating infringing content, the liability can be reduced, not merely by reducing the likelihood of infringement but by making a product that is not designed to facilitate infringement.⁴⁶

45 *Madiega*, Reform der EU-Haftungsregelung für Online-Vermittler, 2020, S. 22 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_DE.pdf)>; *Kuczerawy*, CITIP Blog, 24 April 2018 <<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-eucommission-on-voluntary-monitoring-good-samaritan-2-0-or-good-samaritan-0-5/>>.

46 *Henderson et al.* *Journal of Machine Learning Research* 24 (2023), 1 (22).

D. Duties of Care along the AI Value Chain

I. Types of GenAI Providers Along the Value Chain

The involvement of multiple actors in the lifecycle of GenAI models complicates the attribution of liability for specific outputs to individual providers. Liability should be assessed based on the types of GenAI providers, as different actors along the AI value chain exercise varying degrees of control over the monitoring and filtering of infringing outputs.

Upstream GenAI model providers differ from downstream enterprises that integrate these models into end-user-facing applications.⁴⁷ GenAI models, as typical examples of general-purpose AI, are characterized by their generality and the diversity of tasks they perform. Unlike purpose-built systems, their intended uses are not predetermined and can vary widely. In contrast, downstream applications often specify concrete purposes through fine-tuning and integration into broader systems. Downstream enterprises that integrate GenAI models into larger systems and evolve them into more specialized, task-optimized solutions, either through fine-tuning, API-level configuration, or simply by adding user interfaces and integrating them into online sharing platforms, are considered providers of AI systems. Specialization of the purpose of usage of GenAI models enhances the foreseeability of the appearance of individual infringing outputs and potentially enables greater control over the legality of outputs within the context of their services.⁴⁸ This is especially the case when providers release their GenAI models as open-source software, which results in losing control over downstream use.

Notably, some GenAI model providers also offer services directly to the public, such as Chatbots or content generation tools, in addition to those tailored for enterprises.⁴⁹ Often, these services share the same underlying model but apply different filters or monitoring depending on the deployment context. Consequently, different duties of care may apply depending on the type of service provided.

47 Küspert *et al.*, The value chain of general purpose AI, 2023 <<https://www.adalovelaceinstitute.org/blog/value-chain-general-purpose-ai/>>.

48 This could be comparable to the CJEU's "The Pirate Bay" judgment, according to which those who structure their network specifically to facilitate infringements are more likely to be held liable, see EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 38 – The Pirate Bay.

49 European Union Intellectual Property Office, Development of Generative Artificial Intelligence from a Copyright Perspective, Annex IV, 2025 <<https://www.euipo.europa.eu/en/publications/genai-from-a-copyright-perspective-2025>>.

II. Source of Information

As aforementioned, the sources of information that trigger the obligation to acquire knowledge may vary depending on the degree of controllability over the outputs, as well as the technical and economic possibilities. It should also take the entrepreneurial freedom enshrined in Art.16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR) of AI systems providers and the right to freedom of expression and information under Art. 11 of the CFR, as well as the right to freedom of arts and sciences under Art. 13 of the CFR of the end-users in to consideration. To strike a balance among fundamental rights, there should be no general obligation to proactively monitor for infringements of copyright or personality rights. Notices from injured parties can drastically reduce the costs of preventing further harm, as they enable the provider to identify the specific content at issue.⁵⁰ Consequently, the sources of information available to AI providers along the value chain should, in principle, be limited to notices from rightsholders.

GenAI model providers offering services for enterprises or releasing models as open source should, in principle, be exempt from obligations to acquire or act upon knowledge of specific infringements, even when notified by injured parties. This is because enterprise clients typically concretize and exercise control over the intended use of the model and are subject to clearer regulatory responsibilities in applying the relevant compliance standards and policies.⁵¹ This, in turn, allows them to better foresee and address potential infringement risks. On the other hand, market-based mechanisms, particularly contractual indemnification, can play a role in mitigating the risk of infringement. In practice, major providers such as Microsoft and Google extend broad indemnification clauses to commercial and enterprise users, on the condition that these downstream entities comply with specific obligations, including adherence to codes of conduct and the implementation of technical filtering measures.⁵² However,

50 MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 974.

51 Customization of GenAI models for specific tasks requires compliance with sector-specific regulations, such as the EU's Medical Device Regulation 2017/745 for medical AI devices.

52 Microsoft announces new Copilot Copyright Commitment for customers, Microsoft blogs, 2023, <<https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2023/09/07/copilot-copyright-commitment-ai-legal-concerns/>>; Shared fate: Protecting customers with generative AI indemnification, Google Cloud blog, 2023, <<https://cloud.google.com/>>

when the same GenAI models are offered through services accessible to the public, providers should remain obligated to acquire knowledge through notifications, not only from injured parties but also from trusted flaggers, similar to the obligations imposed on online platform providers under Art. 22 of the DSA.

For a higher standard of duties of care, which could extend the obligation to acquire knowledge to include proactive measures to investigate the potential illegality of specific outputs even without notices from injured parties, the justification should take into account, among other things, whether applications are designed for particularly sensitive uses that carry a heightened risk of infringement. This could be compared to the CJEU judgments on “The Pirate Bay”⁵³ and “Filmspeler”.⁵⁴ Notably, commercial use should not solely justify a more intensive obligation to acquire knowledge, similar to the CJEU judgement on “YouTube and Uploaded”.⁵⁵ However, conversely, it is possible for the providers of GenAI models to reduce their liability through arguing, among others, that the nature of their models was non-commercial if they released the model under a non-commercial license and actively prevented its use for commercial purposes.⁵⁶

An example of this particularly sensitive application of a GenAI model with heightened risk of infringement is the image-generating and sharing online platform, which enables end-users to generate images based on text prompts, train LoRA models to reinforce the intended image to be generated by the GenAI model, and share the generated images on the platform. This occurred in a Chinese copyright case, whose assessment of the facts may be taken into consideration when evaluating the tort liability of GenAI

blog/products/ai-machine-learning/protecting-customers-with-generative-ai-indemnification>; European Union Intellectual Property Office, Development of Generative Artificial Intelligence from a Copyright Perspective, Annex IV, 2025, p. 334 <<https://www.euipo.europa.eu/en/publications/genai-from-a-copyright-perspective-2025>>.

53 EuGH GRUR 2017, 790 – Stichting Brein/Ziggo.

54 EuGH GRUR Int. 2017, 527 – Filmspeler.

55 EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. 86 – YouTube und uploaded.

56 A milder standard of liability applies to gratuitous contracts, cf. §§ 521, 599, and 690 of the BGB. In such cases, liability is either limited to the level of diligence ordinarily exercised by the individual in their own affairs or otherwise specifically restricted. For example, donors and lenders are only liable for intent and gross negligence, while a gratuitous safekeeper is only required to exercise the care they typically apply in their personal matters. See also *Henderson et al.* *Journal of Machine Learning Research* 24 (2023), 1 (23).

system providers under German law.⁵⁷ In this case, a Chinese court opined that the service enabling users to train LoRA models, which increases the risk of copyright infringement, justifies imposing a heightened standard of care on the provider, meaning the provider may be held liable even in the absence of notices from the rightsholder. When users only input the text prompt “Ultraman” (a famous Japanese comic character) and use the platform’s base Checkpoint model for training, it is not possible to directly generate a specific image of Ultraman. However, when the Ultraman LoRA model is added during training, the system becomes capable of generating Ultraman images. While GenAI systems typically lack identifiability and intervenability regarding the outcomes of user behavior, and their outputs are generally random, the addition of the Ultraman LoRA model led to generated images that consistently displayed recognizable Ultraman features. In this scenario, the GenAI system demonstrated increased identifiability and intervenability concerning the outcomes of user actions. Furthermore, once the Ultraman LoRA models, trained using data uploaded by end-users, are shared on the platform, they can be repeatedly used by other users. This results in the continuous generation of additional infringing content, and the risk of widespread dissemination of infringing material becomes significantly higher.

III. Obligation to Implement Output Filters and Built-in Guardrails

Once providers become aware of the illegality of a specific output, or if the illegality is so obvious that providers should have known it without unreasonable effort, the infringing outputs must be prevented from being displayed again through the user interface. One possible approach, which is more meaningful for preventing copyright infringement, could be to apply a filter during model inference so that any output that mirrors the training data can be detected.⁵⁸ This kind of filter may fail to detect those outputs that are not identical to copyrighted works but still fall within copyright exemptions and limitations. Neither could this kind of filter detect the outputs entailing false factual statements, like in the aforementioned judge-

57 Copyright Infringement and Unfair Competition Dispute Case of Zhejiang Province Hangzhou Intermediate People’s Court (China), Case No. (2024) Zhe 01 Min Zhong No. 10331, (2024)浙 01 民终 10332 号.

58 *Henderson et al.* *Journal of Machine Learning Research* 24 (2023), 1 (29).

ment of the LG Kiel.⁵⁹ Also, this filter could easily be bypassed with a single instruction. In the field of liability of social networks, in order to avoid bypassing the injunction through changing slightly words, the CJEU confirmed that an injunction may also cover future user-generated content which is substantially similar to the content that has been sentenced as personality rights infringing.⁶⁰ This requires the filtering system to detect potential outputs that mirror or are substantially similar to those reported by injured parties and identified as rights-infringing.

However, this obligation should not interfere with the exercise of the right to freedom of expression and information under Art. 11 of the CFR. This tension between two fundamental rights is particularly pronounced in copyright law. This calls for a consideration of the copyright dimension. The constitutional requirement for the proportionality of Art. 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market (EU) 2019/790, which entails a de facto obligation to implement upload filters, requires that a filtering system should be able to sufficiently distinguish between unlawful and lawful content.⁶¹ Content for which the rightholders have not given a blocking instruction to the online content-sharing service provider should not be considered manifestly infringing.⁶² Accordingly, output filters in GenAI systems should be limited to cases where substantial similarity and content infringement are manifestly evident.

As aforementioned, human knowledge about the illegality of the specific output should be decisive. Therefore, while the output filter can be implemented through algorithms, this does not preclude the need for the content moderation results to be subject to subsequent human inspection where necessary.⁶³ The rigid statutory approach to filtering systems and human review mechanisms, as seemingly endorsed by the CJEU in its *Glawischnig-Piesczek* judgment, fails to account for the necessity of case-by-case assessment.⁶⁴ The providers must demonstrate which measures they have taken to detect unlawful content and explain why these measures constitute the

59 LG Kiel MMR 2025, 227 Rn. 36 (nicht rechtskräftig).

60 EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 36 – Glawischnig-Piesczek.

61 EuGH GRUR 2022, 820 Rn. 86 – Polen/Parlament und Rat.

62 Mitteilung der Kommission, Leitlinien zu Art. 17 der RL (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, 4 June 2021, COM(2021) 288 final, 21 ff.; Leistner GRUR 2022, 803 (806).

63 Holznagel ZUM 2019, 905 (912); Janal ZEuP 2021, 227 (250); Schiff, 2021, S. 277; Spindler NJW 2019, 3274 (3275).

64 EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 46 – Glawischnig-Piesczek; Holznagel ZUM 2019, 905 (912); Kettemann/Tiedeke, Welche Regeln, welches Recht? Glawischnig-Piesczek und

best efforts they can reasonably undertake. Courts may impose obligations such as human review or the use of filtering systems. However, the question of constitutionality must still be assessed on a case-by-case basis, taking into account the specific circumstances.

Downstream providers can and should be obligated to implement output filters upon becoming aware of the illegality of a specific output, given their enhanced oversight of the model's usage and their responsibility to uphold the relevant regulatory and policy frameworks, as mentioned above. Upstream model providers offering services to downstream enterprises or releasing models as open source could be exempted from obligations to implement output filters. However, GenAI models that simultaneously provide services to the public should be required to implement such output filters in their public-facing services.

Besides implementing output filters, built-in guardrails, such as fine-tuning or Reinforcement Learning from Human Feedback (RLHF), can be employed to prevent the re-generation of infringing outputs by reinforcing desired model behaviors. Additionally, "machine unlearning" is frequently discussed as a potential solution to address privacy concerns or copyright infringements arising from AI-generated outputs.⁶⁵ However, it is widely recognized that "machine unlearning" remains an emerging and nascent field,⁶⁶ and it remains to be seen how the technology will develop and what implications it will have for liability frameworks.

E. Conclusions

This contribution proposes the legal bases, *de lege ferenda*, under German tort law for holding providers of GenAI systems liable for outputs that infringe on personality rights or copyright due to omission of duties of care. The liability of GenAI system providers should balance interests among protecting subjective rights for rightholders, the entrepreneurial freedom of AI system providers, and the right to freedom of expression and information for end-users. This balance could be achieved through the normative

die Gefahren nationaler Jurisdiktionskonflikte im Internet, 2019 <<https://verfassungsblog.de/welche-regeln-welches-recht/>>.

65 Novelli *et al.* Computer Law & Security Review 55 (2024), 9; Henderson *et al.* Journal of Machine Learning Research 24 (2023), 1 (19).

66 Henderson *et al.* Journal of Machine Learning Research 24 (2023), 1 (18); Pesch/Böhme MMR 2023, 917 (919); Piltz K&R 2016, 557 (561).

structure of duties of care reconstructed in this article. By emphasizing normative knowledge as a decisive factor, this liability framework allows for flexible tailoring of duties of care to different kinds of providers along the AI value chain and can incorporate public regulatory rules and private ordering mechanisms into tort law systems. This research highlights the urgent need for further investigation into how public regulatory norms and private ordering interact within liability frameworks under tort law systems. The significant potential of co-regulation approaches in the emerging AI landscape warrants deeper conceptual exploration.