

C. Parameter einer Neugestaltung

Angesichts der Umwälzungen in der digitalen Wirtschaft droht eine strukturelle Einschränkung des freien Wettbewerbs. Es sind nicht mehr nur Einzelfälle, so wie einst im Porsche-Tuning-Fall, in denen Anbieter vom Markt verdrängt werden oder in starke Abhängigkeiten geraten. Vielmehr droht flächendeckend eine Abhängigkeit von Gatekeepern. Zugangsansprüche können dem entgegenwirken. Die Analyse bestehender Zugangsrechte, etwa im Kartellrecht, hat aber auch deutlich gemacht: Auf die Ausgestaltung kommt es an. Eine Neuregelung muss darauf abzielen, Handwerksbetrieben den Zugang zu Daten, Softwaretools, Diensten, Schnittstellen, Online-Marktplätzen und Plattformen so zu eröffnen, dass sie ihre Leistungen am Markt erbringen können. Jedenfalls soll nicht ein Gatekeeper die Entscheidung über den Markterfolg anderer Unternehmen treffen, sondern der Verbraucher, der sein Geld ausgibt.

Diese Forderung ist nicht nur rein wettbewerblich legitimiert, sondern auch gesellschaftlich: Handwerksbetriebe sind oft kleine und mittelständische Unternehmen. Die Unternehmerinnen und Unternehmer, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gehören oft zu den Stützen einer Stadtgesellschaft. Das Handwerk gehört seit Jahrhunderten zur sozialen Marktwirtschaft in Deutschland. Handwerker dürfen nicht zu abhängigen Auftrags-erfüllern von Plattformbetreibern degradiert werden.

Im Folgenden wird zunächst die Problematik noch einmal zusammenfassend für die Ausgangsszenarien auf den Punkt gebracht (C.I). Sodann werden Legitimationsstrategien identifiziert, die einen erweiterten Zugang rechtfertigen können (C.II). Regelungen, die zur Verwirklichung des hier umrissenen Ziels beitragen, müssen in Einklang mit sonstigen Rechtsvorschriften stehen – ein nicht gerade triviales Problem (C.III).

I. Zielsetzung nach Konstellationen

Aufgrund der weiten Verbreitung digitaler „Schlüssel“ und der steigenden Bedeutung von Daten und Plattformen sind viele Handwerksbetriebe, wenn sie im Geschäft bleiben wollen, zunehmend auf die Gewährung von Zugang zu Kunden, Produkten oder nachgelagerten Märkten angewiesen.

1. Kein unreflektierter „Zugang zu Daten“

Ein Ausbau der bestehenden Möglichkeiten sollte eine wettbewerbliche Strategie verfolgen und die Ungleichgewichte in Verhandlungssituationen auffangen. Nur so kann die zunehmende Abhängigkeit der selbstständigen Handwerksunternehmen von digitalen Gatekeepern durchbrochen werden. Der gelegentlich plakativ geforderte „Zugang zu Daten“ wird der Thematik jedoch nicht gerecht: Ein Bäckereibetrieb ist kein IT-Unternehmen, ein Orthopädietechniker ist kein Data Scientist. Mit Daten, möglicherweise gar Rohdaten, allein können viele Betriebe nichts anfangen. Die Handwerksbetriebe bleiben vielmehr die primären Leistungserbringer für das, was als „Handwerk“ ihr Metier ist. Hier kommt es zur Digitalisierung vieler Arbeitsschritte, die selbstverständlich vom Handwerk mitgegangen, zum Teil vorausgegangen werden. Die Frage des Zugangs zum Kunden ist aber nicht in erster Linie eine Datenfrage, sondern die Frage eines wirtschaftlichen Verteilungskampfs. Das muss bei einer Neuregelung berücksichtigt werden. Dafür sind die unterschiedlichen Konstellationen zu differenzieren. Zunächst muss eine Neuregelung die Differenzierung leisten, was mit Zugang gemeint ist und zu welchen Bereichen Zugang wesentlich ist. Ein Zugangsanspruch kommt in Betracht, wenn ohne einen solchen eine Ausübung der handwerklichen Tätigkeit, die Erbringung der individuellen Leistung dem Kunden gegenüber auf dessen Wunsch hin, nicht mehr möglich ist.

Als Ausgangsszenarien wurden fünf typische Fälle identifiziert, in denen handwerkliche Leistungen zu erbringen sind: die Reparatur eines Kfz, die Wartung einer vernetzten Heizung, der Ausbau eines Smart Homes, die Anbahnung des Kundenkontakts über eine digitale Plattform sowie der Austausch über eine B2B-Plattform.

2. Zugang zur Leistungserbringung

Die ersten drei Fälle betreffen Konstellationen, bei denen der Zugang zur Leistungserbringung gesperrt oder wesentlich erschwert ist, wenn nicht vom Inhaber des digitalen Schlüssels, dem „Torwächter“, Zugang eröffnet wird.

In diesen drei Fällen ist nicht der Zugang zu Rohdaten entscheidend, also zu allen Aufzeichnungen, die getätigt wurden. Vielmehr benötigen die Unternehmen erstens die Möglichkeit, die digitale Verschlüsselung aufzuheben, und sie benötigen Zugang zu den Informationen, die für die kon-

krete Auftragsbearbeitung erforderlich sind. Welche dies sind, kann von Fall zu Fall unterschiedlich sein, eine pauschale Lösung verbietet sich insofern. Zugang kann auch zu einer bestimmten Software, zu bestimmten Bedien- oder Steuerungselementen erforderlich sein.

Rechtfertigung findet ein Zugangsanspruch in erster Linie im Kundenwunsch, dass eine bestimmte Leistung handwerklich erbracht wird. Das ist der Auslöser dafür, dass der Gatekeeper Zugang einräumen muss, was auch in seinem Interesse liegt. In vielen Fällen wird also Zugang eingeräumt werden, damit unmittelbare Kundenbedürfnisse (z.B. Reparatur eines Gegenstands) gewahrt werden können.

Problematisch wird aber die Steuerungsrolle, die der Gatekeeper annehmen kann: Faktisch ist der Handwerker immer von der Zustimmung des Gatekeepers und damit von seinen Konditionen abhängig. Das gilt selbst dann, wenn der Kundenwunsch individuell an den Handwerker herangetragen wird. Ruft beispielsweise der Bewohner eines Smart Homes einen gut bekannten Tischler, der einen Einbau entwerfen soll, oder einen langjährig vertrauten Installateur, der etwas reparieren soll, schiebt sich auch in diesen Fällen der Gatekeeper in die Beziehung zwischen Kunde und Handwerker und muss zunächst den Handwerker freischalten.

Trifft der Gatekeeper gleich die Auswahl, welcher Handwerker tätig werden darf oder trifft er eine Vorauswahl (z.B. in Form eines Rankings von Vertragshandwerkern, das angezeigt wird), wird die Auswahlentscheidung des Verbrauchers erheblich vorgeprägt. Die Entscheidung wird weitgehend vom Kunden weg zum Gatekeeper verlagert.

Neben den allgemeinen Zugangsanspruch tritt daher insbesondere der Anspruch, individuelle Kundenwünsche unabhängig von einem Dritten erfüllen zu können, der mit dieser konkreten Leistungserbringung nichts zu tun hat. Neben die Gewährung des Zugangs tritt damit die Kontrolle der Bedingungen, unter denen Zugang gewährt wird und die Sicherung einer freien Kommunikation zwischen Kunde und Leistungserbringer. Es ist ein Anliegen einer freiheitsorientierten Wirtschaftspolitik, die eigenverantwortliche Entscheidung der Parteien in solchen Konstellationen zu fordern und zu erhalten. Für den Kunden mag es bequem sein, alle Entscheidungen zentral an den Gatekeeper abzugeben. Bequemlichkeit führt aber, wie so oft, zu einer schleichenden Aufgabe von selbstverantwortlichen Entscheidungen – und damit zu einer weniger freien, gesteuerten Wirtschaftslenkung. In langfristiger Perspektive ist das der Einstieg in eine Fremdbestimmung der wirtschaftlichen Persönlichkeit, wie sie sich in manchen Bereichen schon jetzt abzeichnet.

3. Zugang zum Kunden

Beim Fall der Kundenvermittlungsplattform ist erforderlich, dass der Handwerker Zugang zum Kunden erhalten kann und der Plattformbetreiber seine Vermittlungsleistung auf faire Weise erbringt. In diesem Fall geht es um Zugang zur Plattform und damit zum Kunden.

Dass ein Vermittler (Intermediär) die Beziehung zum Kunden über eine digitale Kopplung zerschneidet, ist nicht für sich genommen unzulässig. In erster Linie werden durch solche Vermittlungsplattformen Transaktionskosten gesenkt, Kunden erhalten größere Auswahl, Anbieter einen größeren Kundenkreis. Wahr ist aber auch, dass gerade das Handwerk von der individuellen Beziehung von Handwerksbetrieb und Kunde geprägt ist. Wenn durch die Vermittlungsleistung diese Beziehung durchbrochen wird, darf das jedenfalls nicht in eine Monopolisierung der Kundenschnittstelle umschlagen, sodass nur noch der Gatekeeper direkten Zugang zum Kunden hat.

Das wäre nicht nur wettbewerbswidrig, sondern auch unfair: Der Plattformbetreiber als Intermediär (in gesteigerter Form: der Betreiber des Ökosystems) erbringt seine Vertriebsdienstleistung zu mehreren Marktseiten hin. Der Plattformbetreiber handelt als Agent sowohl für den Handwerksbetrieb wie auch für den Verbraucher. Beiden sich gegenüberstehenden Marktseiten verspricht der Plattformbetreiber einen guten Deal. Das führt zu einem Interessenkonflikt. Das widerspricht dem Vermittlungsgedanke, der eigentlich voraussetzt, dass es zwischen Geschäftsherrn und Agent eine Treuebeziehung gibt, in der ein möglicher Missbrauch durch Informationen, Aufsicht oder andere Mechanismen unterbunden wird (Stichwort: principal-agent-Konflikt).²²⁶ Eine Doppelvertretung ist im Recht in anderen Fällen nur selten zulässig. So untersagt beispielsweise § 181 BGB das In-sich-Geschäft grundsätzlich. Anwälte dürfen standesrechtlich nicht beide Seiten vertreten (§ 43a BRAO, § 3 BORA). Alles andere ist unfair.

Jedenfalls müssen in solchen Fällen Vorkehrungen getroffen werden, damit mögliche Interessenkonflikte von einem in beide Richtungen handelnden Vermittler nicht ausgenutzt werden. Dies geschieht etwa beim Selbsteintritt des Kommissionärs (§ 400 Abs. 5 HGB) oder beim Verbot des Insiderhandels (§ 119 Abs. 3 WpHG). Eine solche Kontrolle ist rechtlich bislang aber bei Plattformen nicht vorgesehen, ja, sie ist für die Prinzipale selbst nicht einmal möglich: Sie erhalten ihre Informationen über die Transaktionen nur vom Intermediär, der die Abwicklung über seine Web-

226 Vgl. *Podszun*, Gutachten zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. F50.

sites steuert. Weder der Handwerksbetrieb noch der Kunde können den Plattformbetreiber kontrollieren – sie sind massiven Informationsasymmetrien ausgesetzt. Kontrolle scheidet damit aus.

Noch gefährlicher wird die Vermittlung zu mehreren Marktseiten hin, wenn der Plattformbetreiber selbst in Konkurrenz zu den Anbietern auftritt. Dann können besonders lukrative Aufträge rasch für das Plattformunternehmen reserviert werden. In diesem Fall eröffnen Plattformbetreiber nicht nur Märkte und setzen die Regeln für diese Märkte, sondern spielen selbst auf diesen Märkten mit – die Unfairness ist mit Händen zu greifen. Handwerker, die solchen Märkten ausgesetzt sind, lassen sich auf ein Spiel ein, bei dem sie die Regeln nicht kennen, einen völlig überlegenen Gegner haben und das Ergebnis so akzeptieren müssen, wie es kommt.

4. Zugang zu Kooperationen (B2B-Plattformen)

Ein letzter Beispielsfall betrifft die Kooperation auf einer B2B-Plattform. Diese Konstellation kann ebenfalls Zugangsprobleme hervorrufen, wenn der Ausschluss von der Plattformnutzung bedeutet, dass das Unternehmen von wichtigen Entwicklungen, Standardisierungen oder Datensätzen abgeschnitten wird und dadurch Geschäftschancen auf anderen Märkten wegbrechen. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn die B2B-Plattform eine gewisse Marktmacht erlangt hat.

Die wettbewerblichen und sonstigen Gefahren sind in diesem Szenario allerdings am wenigsten stark ausgeprägt. Es besteht kein unmittelbarer Kontakt zum Endverbraucher. Die Beteiligten sind als Unternehmer und Wettbewerber zum Teil auf gleichen Stufen tätig und können die unternehmerischen und wettbewerblichen Risiken einschätzen. Das Risiko scheint durch kartellrechtliche Zugangslösungen weitgehend beherrschbar.

5. Folgeaufträge und Innovationen

Den Szenarien ist gemein, dass das Handwerksunternehmen eine digitale Sperre überwinden muss, um weiterhin Leistungen erbringen zu können, was de facto heißt: um im Geschäft bleiben zu können. Je weiter solche digitalen Sperren verbreitet werden, desto gravierender wird das Problem

und desto mehr steigt die Abhängigkeit von denjenigen, die diese Sperren errichten und einen „Wege Zoll“ verlangen.

Die hier skizzierten Problemsituationen helfen nur hinsichtlich der primären Leistungserbringung ab. Das ist kommerziell allerdings zu kurz gegriffen: Wenn Handwerker in diesen Situationen ihre Leistung erbringen können, bleiben sie dennoch in einem Korsett eingeschnürt – sie werden, wenn Zugang gewährt wird, in die Lage versetzt, eine eng definierte und technisch auch so eingegrenzte Leistung zu erbringen. Das ist eventuell schon mehr als ihnen bislang möglich ist, wenn Zugang zu Kunden und Produkten abgeschottet wird.

Das ist aber noch bei weitem nicht die eigenständige Geschäftsentwicklung, die für das selbstständige Unternehmertum kennzeichnend ist. Im Idealbild soll auch in Zukunft der Handwerker ein aktiver Unternehmer sein, und nicht bloß der Erfüllungsgehilfe in einem IoT-Netzwerk, das von einem Silicon Valley-Konzern gesteuert wird.

Für das handwerkliche Unternehmertum sind enge, auch langjährige Kundenbeziehungen prägend. Diese erlauben es den Unternehmen, auf individuelle Wünsche einzugehen und passgenaue Lösungen zu finden. Dieser Vorteil wird beschnitten, wenn nur in abgegrenzten Teilbereichen eine Auftragserfüllung erfolgt. Zur Geschäftsgestaltung gehört dann auch die Generierung von Folgeaufträgen, das „Upselling“, die Weiterentwicklung von Kundenwünschen mit neuen Ideen und im Zusammenwirken mit dem Kunden. Man stelle sich vor, eine Handwerkerin wird gerufen, um in einem Smart Home einen Ausbau vorzunehmen. Hier ist gut vorstellbar, dass aus dem ursprünglichen Kundenwunsch ein größerer Gesamtauftrag, vielleicht mit Folgeaufträgen, wird. Wenn die Handwerkerin noch eine Idee für ein anderes Gestaltungsthema im Haus hat, kann sich daraus eine ganz neue, eigene geschäftliche Linie entwickeln. Dränge sich der Gatekeeper in diese Verhältnisse herein, etwa durch Forderung einer Provision, wäre das in keiner Weise gerechtfertigt und nicht Ausdruck eines Leistungswettbewerbs. Vielmehr würde ein Trittbrettfahren auf den Leistungen der Handwerkerin stattfinden, das wettbewerbswidrig wäre.

Zunehmend ist zu erwarten, dass Innovationen, Weiterentwicklungen und kreative Ideen von Handwerkern abhängig von der Analyse von Daten sind. Wenn also zu Beginn dieses Kapitels dargestellt wurde, dass der Zugang zu Rohdaten häufig gar nicht der relevante Aspekt für die Auftragserledigung ist, dass es sogar schwierig für den Handwerksbetrieb sein kann, mit Rohdaten zu arbeiten, so muss auch die andere Seite betrachtet werden: Je wichtiger Daten für die Leistungserbringung und die Endprodukte sind, desto wichtiger wird der Zugang zu ihnen für die Fortentwick-

lung des Handwerks selbst. „Predictive maintenance“, die vorausschauende Wartung anhand der Auswertung von Leistungs- und Verschleißdaten, ist in dieser Hinsicht nur der Anfang. Der Charme und das Innovationspotenzial der Datenökonomie liegen gerade darin, dass durch „Big Data“ neue Zusammenhänge erkannt werden können, Präferenzen sichtbar werden und Vernetzungslösungen möglich werden, die bislang nicht einmal bekannt waren. Daten sind dann der Treiber der Innovation. Diese Innovation wird aber bei demjenigen monopolisiert, der Zugang zu den Daten hat. Das mag im Augenblick noch nicht das größte Problem sein. Im Zeitverlauf besteht aber die Gefahr, dass klassische Handwerksbetriebe ihre Innovationskraft verlieren und Gatekeeper mit Lizenzbetrieben oder eigenen Tochtergesellschaften auch im Handwerk zu Technologieführern werden. Die Innovationspotenziale der Digitalisierung können jedoch nur gehoben werden, wenn viele Akteure in den Netzwerken 4.0 von Handwerk, Industrie und Datenkonzernen zusammenwirken. In solchen Wertschöpfungsnetzwerken ist also auf eine Datenteilung zu achten. Berechtigt ist das mindestens dann, wenn die Handwerksbetriebe einen Beitrag zur Sammlung dieser Daten geleistet haben.

Dass dazu die Handwerksunternehmen und -verbände auch einen eigenen Beitrag leisten müssen, etwa durch eigene digitale Weiterentwicklungen und Kooperationen, versteht sich von selbst. Bestandsschutz gegen andere Geschäftsmodelle wird aus rechtlicher Sicht nicht gewährt.

II. Legitimationsstrategien eines erweiterten Zugangs

Die bisherigen Ansätze zur Gewährung von Zugang haben erhebliche Schwächen: Vertragsrechtliche Lösungen sind möglich, es gibt dafür aber keine zwingenden Anreize und keine Muster. In den Vertragslösungen kommt es zu erheblichen Verzerrungen, da häufig die Zugangspetenten in Abhängigkeitspositionen sind und auch hinsichtlich der Informationen benachteiligt sind. Die sektorspezifische Regulierung reicht nicht aus, um das Problem für das „Internet der Dinge“ insgesamt zu lösen. Kartellrechtliche Zugangsansprüche wirken nur in Ausnahmefällen, bieten aber keinen flächendeckenden, zukunftsorientierten Ansatz. In allen Fällen wird auch deutlich, dass der reine Zugangsanspruch als solcher wenig nutzt und immer auch die Folgefragen (Vergütung, Formen und Bedingungen der Bereitstellung usw.) geregelt werden müssen.

In diesem Abschnitt soll die Legitimation eines erweiterten Zugangs beleuchtet werden: Je nachdem, welche Motive oder prägende Gedanken die

Erweiterung leiten, lassen sich unterschiedliche Regelungslogiken erkennen. Zugangsansprüche lassen sich nämlich mit verschiedenen Argumentationslinien begründen. Je nach Wahl einer solchen Begründungsstrategie lassen sich dann unterschiedliche Anforderungen klarer erkennen.²²⁷

1. Ökonomische Notwendigkeit

Erweiterte Zugangsansprüche lassen sich ökonomisch rechtfertigen. Ohne hier weitergehenden ökonomischen Studien vorgreifen zu wollen,²²⁸ lässt sich bereits erkennen, dass Geschäftsverweigerungen mittelfristig negative Wohlfahrtswirkungen für Verbraucher entfalten können: Die Vorteile einer Vernetzung von Geräten und Leistungen werden potentiell durch den Wegfall von Wettbewerb wieder aufgefressen. Da Wettbewerb ausgeschaltet werden kann, sinkt der Anreiz, entstehende Effizienzvorteile an Verbraucher weiterzureichen. Gatekeeper können dann Monopolrenditen einstreichen. Die Teilung von Daten, insbesondere hin zu kleineren Wettbewerbern (als Teil einer asymmetrischen Regulierung), kann erheblich positive Wirkungen entfalten und insbesondere Monopolisierungstendenzen abschwächen.²²⁹

Auch aus institutionenökonomischer Perspektive besteht Handlungsbedarf: Verhandlungsungleichgewichte, Abhängigkeiten, Marktabstottungen und Informationsasymmetrien sind bekannte Phänomene, die die Funktionsfähigkeit von Märkten schwächen. Die auf Märkten stattfindende Koordination von Angebot und Nachfrage wird beeinträchtigt, wenn sich Anbieter und Nachfrager nicht mehr unmittelbar treffen (Verlust der Kundenschnittstelle) oder Anbieter und Nachfrager nicht auf Augenhöhe miteinander verhandeln können. Die Ressourcenallokation erfolgt dann nicht in einem freien Aushandlungsprozess, dieser Aushandlungsprozess ist vielmehr verzerrt zugunsten des marktmächtigen und informationsmächtigen Anbieters.

227 Vgl. *Staudenmayer*, IWRZ 2020, 147, 155.

228 Eine solche Studie erarbeitet das Volkswirtschaftliche Institut für Mittelstand und Handwerk an der Universität Göttingen (ifh).

229 *Prüfer/Schottmüller*, Competing with Big Data, TILEC Discussion Paper 2017–006, 2019; *Lundqvist*, EuCML 2018, 146; *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 52 ff.

In der Folge kann es zu einer Monopolisierung des Marktes kommen (bei Plattformen häufig „tipping“ genannt) oder ein Marktversagen eintreten, indem nicht mehr die Wünsche der Nachfrager befriedigt werden.

Daneben tritt ein wirtschaftspolitischer Aspekt: Werden Handwerksbetriebe zunehmend von Plattformbetreibern, den Anbietern digitaler Ökosysteme oder Datenmonopolisten abhängig, büßen sie an wirtschaftlicher Kraft und an selbstständigen Entscheidungsmöglichkeiten ein. Die unternehmerischen Chancen für kleinere und mittlere Unternehmen sinken; Handwerk und Mittelstand, vom selbstständigen Unternehmertum getragene Säulen der sozialen Marktwirtschaft in Deutschland, geraten in Abhängigkeiten.

Das ist umso problematischer als die Handwerksbetriebe die Leistung erbringen, die eigentlich vom Verbraucher nachgefragt wird: Letztlich richtet sich die Nachfrage nicht auf die Zusammenführung von Daten oder ein digitales Vermittlungsangebot, sondern auf die Reparatur der Heizung, die Anfertigung eines Schrankes oder das Schleifen von Brillengläsern. Um diese Tätigkeiten geht es eigentlich. Ein potentiell immer größerer Teil des zu zahlenden Entgelts für diese Leistungen wird aber von digitalen Intermediären als Provision abgezogen. Da die Zahlungsbereitschaft der Kunden begrenzt ist, können diese Kosten nicht ohne weiteres weitergereicht werden. In der Folge reduziert sich das Kapital der Leistungserbringer wegen der Taxe an die digitale Plattform. Damit steht weniger Geld für die Leistungserbringung, aber auch für Investitionen und Innovationen, für eigene Marketingmaßnahmen und Übernahmen zur Verfügung. Der Verbrauchernutzen an der eigentlich nachgefragten Leistung sinkt, die finanziell stärker in Bedrängnis geratenden Leistungserbringer geraten in einer zunehmende Abhängigkeit, aus der sie sich mangels finanzieller Ressourcen noch schlechter befreien können: sie sind auf Kundschaft angewiesen, die ihnen über Gatekeeper vermittelt wird. Die zunächst möglicherweise größere Auswahl in der digitalen Welt führt schleichend zu einer Leistungsverminderung. Dabei ist besonders listig, dass die verminderte Leistung nicht dem Vermittler negativ zugerechnet wird, sondern dem Leistungserbringer: Der Kunde beschwert sich nicht beim Gatekeeper über eine fehlgeschlagene Reparatur oder schlechten Service, sondern beim leistungserbringenden Unternehmen. Dass ein Handwerker die Heizung mangels Datenzugriff nicht reparieren kann oder dass dieser Handwerker weniger an einem Auftrag verdient als zuvor und also Einsparungen vornimmt, wird nicht dem Gatekeeper angekreidet, sondern im Zweifel dem Handwerker.

So kommt es zu einer erheblichen Verschiebung in der Wertschöpfungskette: Unternehmen, die lediglich eine Vermittlungsleistung erbringen, erhalten hohe Renditen, ohne Risiken tragen zu müssen. Das ist ein wirtschaftlich fundamental fehlerhafter Prozess.²³⁰

Aus der hier skizzierten ökonomischen Logik heraus sind Zugangsansprüche ähnlich wie im Kartellrecht aufzubauen: Der Fokus liegt auf der Eröffnung des Marktzugangs und dem Erhalt wettbewerblicher Prozesse, denen sich auch der Gatekeeper stellen muss.

2. Ausgleich von Interessen

Ein zweiter Begründungsweg für erweiterten Zugang lässt sich aus dem normativen Bild einer vertraglich-konsensualen Zusammenarbeit gewinnen. Im Prinzip besteht die Win-win-Situation, die jedem Vertrag zugrundeliegt, selbst in Abhängigkeitssituationen fort: Der Gatekeeper braucht Unternehmen, die die eigentlich nachgefragte Leistung erbringen. Der Leistungserbringer benötigt Zugang, um die Leistung erbringen zu können. Knüpft man an dieser Komplementarität der Interessen an, geht es normativ bei einer Erweiterung des Zugangs darum, die Interessen in das Gleichgewicht zu bringen, das dem Idealbild eines Vertrags auf Augenhöhe entspricht. Die Parteien sollen wie auf einem „level playing field“ miteinander kooperieren können. Dieser Anspruch an die Vertragsgerechtigkeit bedeutet, dass die Vertragsparteien fair miteinander verhandeln können, gleichwertige Verhandlungsmacht haben und keine Informationsasymmetrien fortwirken.²³¹

Sieht man diesen Aspekt als entscheidend an, sind vor allem Regelungen vorzusehen, die das Ungleichgewicht bei Vertragsverhandlungen ausgleichen, ansonsten aber den Parteien die Möglichkeit lassen, ihre Interessen selbst miteinander in Ausgleich zu bringen.

Das bedeutet erstens, dass ein grundsätzlicher Zugangsanspruch zu gewähren ist, um das zentrale Ungleichgewicht auszubalancieren. Sodann sind Vorschriften vorzusehen, die Informationsdefizite beim Leistungserbringer beseitigen. Die Vertragsverhandlungen können durch Verbotsvor-

230 Zum Zusammenhang von Gewinnmöglichkeiten und Risiko gilt das Diktum von Walter Eucken: „Wer den Nutzen hat, muss auch den Schaden tragen.“ Siehe Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1967, S. 172.

231 Vgl. Grünberger in: BMJV/MPI, Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 255 ff.

schriften (etwa wie im AGB-Recht) gesteuert werden. Die allgemeine vertragliche Verpflichtung aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) würde durch einzelne Vorschriften, wie etwa im Verbraucherrecht, konturiert.

Ziel dieser Maßnahmen wäre primär, die Parteien in die Lage zu versetzen, einen Vertragsabschluss zu erzielen und dabei ein Mindestmaß an Vertragsgerechtigkeit gegenüber beiden Seiten zu erreichen.

Dieses Ziel ließe sich auch durch die Bündelung von Verhandlungsmacht erreichen, so wie es aus dem kollektiven Arbeitsrecht bekannt ist: Arbeitnehmer, die grundsätzlich in einer typisiert schwächeren Position sind, vertreten ihre Interessen gemeinsam und erreichen so ein Verhandlungsgleichgewicht zu den Arbeitgebern bei Tarifabschlüssen. Entsprechend könnte Verhandlungsmacht generiert werden, wenn den großen Gatekeepern kleine Unternehmen kollektiv gegenübertreten und beispielsweise für alle Handwerker gemeinsam Zugangsbedingungen aushandeln. Ein „race to the bottom“ der Handwerkerschaft würde vermieden. Ohne Handwerker aber ließe sich kein Auto verkaufen und kein Smart Home betreiben – die Abhängigkeit vom Gatekeeper würde durchbrochen. Dieses Modell würde freilich an kartellrechtliche Grenzen stoßen. Da diese auch im europäischen Recht verankert sind (Art. 101 AEUV), müsste ein Aushandeln von Musterverträgen oder Standards für alle Angehörigen eines Handwerks zunächst kartellrechtlich abgesichert werden. Das ginge nur mit einer entsprechenden Freistellung (ggf. gesetzlich). Die Europäische Kommission hat für die kollektive Verhandlung solcher Verträge eine Initiative angestoßen, deren Ausgang bei Abschluss dieses Texts noch nicht absehbar war.²³²

3. Wertbindung

Die Legitimation eines erweiterten Zugangs lässt sich normativ auch mit Blick auf Grundwerte rechtfertigen, die als konstitutiv für das Bild einer sozialen Marktwirtschaft angesehen werden. Zu denken ist an Gleichheits-, Sozial- und Fairnesserwägungen. Auch wenn diese Begrifflichkeiten im Wirtschaftsrecht schwer operabel zu machen sind, sind es doch legitime

232 Aktuell würde eine solche gemeinsame Verhandlung kartellrechtlich problematisch sein. Die Europäische Kommission erwägt allerdings gerade, das Verbot der kollektiven Verhandlungen für Unternehmer in bestimmten Situationen zu lockern, vgl. die Initiative „Collective bargaining agreements for self-employed“, Inception Impact Assessment, 6.1.2021.

Anknüpfungspunkte für gesetzgeberische Maßnahmen. Eine Wertbindung der Marktwirtschaft ist, jedenfalls in Deutschland, selbstverständlicher Bestandteil der rechtspolitischen Überlegungen. Immerhin war auch der für das Konzept der sozialen Marktwirtschaft prägende Einfluss der Freiburger Schule (Ordoliberalismus) tief verankert in einem Wertebewusstsein.

Ökonom Walter Eucken sah...

„eine große Aufgabe darin, dieser neuen industrialisierten Wirtschaft mit ihrer weitgreifenden Arbeitsteilung eine funktionsfähige und menschenwürdige Ordnung der Wirtschaft zu geben, die dauerhaft ist. Funktionsfähig und menschenwürdig heißt: In ihr soll die Knappheit an Gütern, die sich Tag für Tag in den meisten Haushaltungen drückend geltend macht, so weitgehend wie möglich und andauernd überwunden werden. Und zugleich soll in dieser Ordnung ein selbstverantwortliches Leben möglich sein.“²³³

Natürlich atmet Euckens Aussage den Geist seiner Zeit. Gleichwohl lassen sich das soziale Postulat einerseits und das von Freiheit und Verantwortung geprägte Menschenbild andererseits als Grundpfeiler ausmachen, die bis heute der Vorstellung einer sozialen Marktwirtschaft zugrunde liegen. Eucken sah im Leistungswettbewerb einen Weg, um diese Prinzipien zu verwirklichen. Ein „Update“ des Ordnungsgedankens von Eucken für „diese neue digitalisierte Wirtschaft“ kann hier nicht umfassend skizziert werden. Doch Machtballungen, risikoloser Profit und Ausschluss einzelner Akteure vom Markt sind mit Euckens Idealmodell nicht vereinbar. Das gilt erst recht für die Einbindung des einzelnen, selbstständigen Unternehmers in ein Abhängigkeitsnetz. Wer den ordoliberalen Grundgedanken schätzt, muss das selbstbestimmte Unternehmertum, das im Wettbewerb um den Kunden kämpft, schützen.²³⁴

Ein wertbasiertes Zugangsmodell würde die Entscheidungssouveränität der einzelnen Akteure betonen, Diskriminierungen und Ausschluss bekämpfen und leistungsloses Einkommen zurückfahren.

233 Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Auflage 1959, S. 240. Siehe auch Eyerund/Wildner in: Rodenstock/Sevse-Tegethoff, Werte – und was sie uns wert sind, 2018, S. 191.

234 Die Verabschiedung des GWB-Digitalisierungsgesetz im Januar 2021 nannte der Abgeordnete Durz „die Geburtsstunde der sozialen digitalen Marktwirtschaft“, vgl. Bundestag, Plenarprotokoll 19/204, S. 25642.

4. Dogmatik

Zugangsansprüche können auch von subjektiven Rechtspositionen aus gedacht werden. Ein derartiger Ansatz bliebe am stärksten der zivilrechtlichen Dogmatik verpflichtet, die Zugangsansprüche aus Rechtspositionen heraus vergibt. Eine entsprechende Zuordnungsmechanik ist aus dem Urheberrecht sowie dem Patentrecht vertraut. Allerdings sind derzeit, wie gesehen, nur in geringem Umfang solche Rechtspositionen so gesichert, dass Zugangsansprüche in Betracht kommen. Rechte, die sich aus Datenschutzgründen/Persönlichkeitsrechten ergeben, sind zwar gesichert, machen aber nicht das Gros der hier relevanten Daten aus und werden, wie die Praxis zeigt, schnell übertragen.

Die Zuweisung einzelner Rechte würde zwar die Zuordnung erleichtern, wäre aber, wie dargestellt, auch mit Problemen verbunden.²³⁵ In der Folge wäre ein Schutzsystem mit genauen Bestimmungen zu entwerfen, das an die Immaterialgüterrechte angelehnt ist. Dogmatik als rechtsinterne Lösung hat einen geringen Eigenwert.

5. Zusammenschau

Die Übersicht über mögliche Legitimationsstrategien für erweiterten Zugang zu Daten, Software oder Plattformen belegt die Vielfalt der Ansatzpunkte. Ob erweiterter Zugang gewährt wird, ist letztlich eine politische Frage, die der Entscheidung durch den kompetenten Gesetzgeber bedarf. Bei dieser Entscheidung sollten die unterschiedlichen Begründungsmuster aber berücksichtigt werden, damit die Lösungen systematisch sinnvoll gestaltet werden.

III. Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten

Wird ein erweitertes Recht auf Zugang gewährt, müssen Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten beachtet werden.²³⁶ Damit ist auch die Frage zu beantworten, ob sich der Gatekeeper darauf berufen kann, dass andere

235 Grundlegend kritisch daher auch die Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Dateneigentum, siehe https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung/Argumentarium_Dateneigentum_de.pdf.

236 Vgl. Staudenmayer, IWRZ 2020, 147, 156.

Rechte – Datenschutz, Kartellrecht, Immaterialgüterrechte, Geheimnisschutz – entgegenstehen. Eine Durchsicht der wichtigsten Regelungsbereiche zeigt, dass keine unüberwindlichen Hürden gegeben sind.

1. Datenschutzrecht

Wie gesehen unterliegen alle Daten, welche sich einer natürlichen Person auch nur indirekt zuordnen lassen, dem Schutz der DS-GVO. Darunter fallen auch die insbesondere für Reparatur und (vorausschauende) Wartungsarbeiten erforderlichen Nutzungsdaten, die sich bestimmten Personen (z.B. einem Mieter) zuordnen lassen. Ein Ausschließlichkeitsrecht aus der DS-GVO steht der betroffenen natürlichen Person zu, um deren Daten es geht.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten wird in Vertragsverhältnissen aber häufig möglich sein. In Art. 6 DS-GVO sind entsprechende Berechtigungen vorgesehen, insbesondere bei Einwilligung der betroffenen Person (Abs. 1 lit. a) und bei der Notwendigkeit zur Erfüllung eines Vertrags (Abs. 1 lit. b). Von diesen beiden Vorschriften wird in vielen Fällen die Verarbeitung der persönlichen Daten (Art. 4 Nr. 2 DS-GVO) gedeckt sein.²³⁷ Die Einwilligung wird ggf. formularmäßig erteilt. Wenn ein Handwerker die Daten zur Vertragserfüllung (z.B. Reparatur) benötigt, werden sich regelmäßig weder praktisch, noch rechtlich Schwierigkeiten stellen.²³⁸ In den eingangs genannten, beispielhaften Szenarien, die für das Handwerk in der Datenökonomie wichtig werden (Kfz-Reparatur, Wartung einer vernetzten Heizung, Smart Home, Digitale Vertriebsplattform, B2B-Kooperation) dürfte in den ersten vier Fällen für die eigentliche Auftrags-erfüllung regelmäßig eine Datenweitergabe gerechtfertigt sein. Sobald das Feld der Auftragserfüllung verlassen wird und beispielsweise weitergehende Daten zu sonstigen Zwecken weitergeleitet oder erhoben werden sollen, führt die datenschutzrechtliche Analyse jedoch langsam in einen Graubereich, der noch nicht ausjudiziert ist.

Ernsthaft problematisch werden sodann weitergehende Datenverarbeitungen, etwa zu sonstigen Auswertungen oder für Anwendungen, die nicht Bestandteil einer klar definierten Vertragserfüllung gegenüber der

237 Vgl. Bock, CR 2020, 173 ff.; Sattler, JZ 2017, 1036.

238 Dass die Daten für die Erfüllung eines Vertrages benötigt werden, bei welchem der Dateninhaber nicht beteiligt ist, ist hierbei unerheblich: Albers/Veit, in BeckOK DatenschutzR, 34. Ed. 1.5.2020, DS-GVO Art. 6 Rn. 30 a.E.

Person sind, sowie die Weitergabe an Dritte (z.B. Datendienstleister), die nicht mit der Auftragsbefriedigung unmittelbar verbunden sind.²³⁹

Hier müsste ggf. eine Einwilligung eingeholt werden, damit der Zugang datenschutzrechtskonform ausgestaltet ist. Grenzen setzen das Gebot der Zweckbestimmung in Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO und der Grundsatz der Datenminimierung, Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO.²⁴⁰ Diesen Prinzipien ist bei der Ausgestaltung von Zugangsansprüchen Rechnung zu tragen. Dies könnte auch dadurch geschehen, dass im Falle von personenbezogenen Daten ein Zugangsanspruch nur im Falle einer Einwilligung des Betroffenen erteilt wird. Das Problem einer fehlenden Einwilligung ist kein spezifisches Problem des Handwerks, es stellt sich aber für innovative Geschäftsmodelle und datengetriebene Weiterentwicklungen. Misslich ist insoweit, dass die Vorstellung, personenbezogene Daten könnten abgesondert und ausgespart werden, weit verbreitet ist. Das wird der Realität der Datenerhebung und -verarbeitung nicht gerecht: Die Nutzungsdaten einer Heizung in einem Privathaushalt lassen sich als personenbezogene Daten i.S.v. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO lesen. Selbst wenn sie anonymisiert sind, können solche Daten durch Kombination mit anderen Daten (z.B. Straße, Alter der anonymisierten Person usw.) rasch wieder re-identifizierbar werden. Eine Aggregation und Anonymisierung der Daten ist zwar denkbar, geht aber einher mit einem Qualitätsverlust des Datenmaterials und damit möglicherweise auch mit Innovationseinbußen.

Wird die Weitergabe personenbezogener Daten in IoT-Netzwerken angestrebt, um dort durch weitergehende Analyse („big data“) Muster zu erkennen oder Innovationen hervorzubringen, dürfte die Vereinbarkeit mit DS-GVO-Regeln grundsätzlich schwierig sein. Der Branchenverband Bitkom hat in einer repräsentativen Umfrage 2020 unter den für Datenschutz verantwortlichen Personen in Unternehmen die DS-GVO als „Bremse für Innovationen“ identifiziert.²⁴¹ Demnach gaben 56 % der Befragten an, die DS-GVO bremse innovative Projekte, z.B. Datenpools, aus. Interessanterweise drückten viele der Befragten eine rechtliche Unsicherheit aus – sie fürchteten, gegen die DS-GVO zu verstoßen. Ge- und Verbote sind möglicherweise zu wenig erkennbar. Dann treten „chilling effects“, also eine

239 Näher *Tombal*, GDPR as shield to a data sharing remedy, 2020, S. 6 ff.

240 *Wolff*, in BeckOK DatenschutzR, 34. Ed. 1.8.2020, Syst. A. Prinzipien des Datenschutzrechts Rn. 19 ff.

241 Bitkom, Pressemitteilung vom 29.9.2020, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Jedes-2-Unternehmen-verzichtet-aus-Datenschutzgruenden-auf-Innovationen>.

entmutigende Wirkung für Unternehmertum und Innovation, ggf. sogar ein, ohne dass dies dem Normtext nach erforderlich wäre. Klarstellungen und die Herausarbeitung dessen, was positiv möglich ist, seitens der Europäischen Kommission sind vor diesem Hintergrund unerlässlich.

In Fällen, die nicht eindeutig zulässig sind, muss entweder eine weitreichende Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden. Das dürfte angesichts der Anforderungen an eine wirksame Einwilligung²⁴² jedoch häufig schwierig sein, da die genauen Zwecke und Folgen nicht immer von vornherein feststehen dürften.²⁴³ Alternativ müssten die Daten durch Clearingstellen übertragen werden, so wie sie in Modellen der Europäischen Kommission vorgesehen sind.²⁴⁴ Das hat den Nachteil, dass durch das Clearing, also die Anonymisierung, Informationen verloren gehen, Bürokratien und Kosten entstehen und eine Zeitverzögerung einsetzt.

Der Zielrichtung der DS-GVO dürfte es entsprechen, wenn vorgesehen wird, dass die Weitergabe in entsprechenden Netzwerken nicht genutzt werden darf, um individuelle Nutzerprofile aufzubauen oder um persönliche Ansprache zu ermöglichen. Es muss also der allgemeine Innovationszweck gegenüber dem kommerziellen Interesse am Direktgeschäft im Vordergrund stehen. Eine Ausnahme für derartige Innovationszwecke ist in der DS-GVO freilich gegenwärtig nicht vorgesehen. Art. 6 Abs. 1 lit. f und Art. 6 Abs. 4 DS-GVO dürften dafür jedenfalls nicht genügen.

Das Datenschutzrecht stellt also durchaus eine Hürde bei der Weitergabe und Nutzung von Daten dar und muss bei jeder Verarbeitung berücksichtigt werden.²⁴⁵ Aufgrund der Ausnahme zur Vertragserfüllung und der Möglichkeit der Einwilligung handelt es sich insofern jedoch nicht um unüberwindliche rechtliche Grenzen. Insbesondere sollte das Datenschutzrecht die Macht der großen Datenkonzerne über die bei ihnen gespeicher-

242 Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP259 rev. 01, 10.4.2018.

243 Siehe zu verbesserten Möglichkeiten der Einwilligung („Einwilligungsmanagement-System“) den Bericht von ConPolicy/Kettner/Thorun/Spindler, *Innovatives Datenschutz-Einwilligungsmanagement*, 2020; sowie Hacker, *Datenprivatrecht*, 2020, S. 618 („technologische Einwilligung“).

244 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über europäische Daten-Governance (Daten-Governance-Gesetz), 25.11.2020, COM(2020) 767 final.

245 Vgl. *Spiecker gen. Döhmman* in: BMJV/MPI, *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, 2021, S. 175 ff.

ten Daten verringern und diesen nicht im Gegenteil auch noch weitere Gründe liefern, die Daten für sich zu behalten.²⁴⁶

2. Kartellrechtliche Grenzen

Beim Teilen von Daten müssen kartellrechtliche Grenzen beachtet werden, die für den Austausch von wettbewerbsrelevanten Informationen zwischen Wettbewerbern gelten. Ausgehend von der EuGH-Entscheidung *Asnef-Equifax* und weiter konkretisiert in den sog. Horizontalleitlinien der Kommission gelten für die Informationsweitergabe strenge Vorgaben.²⁴⁷ Der Austausch aktueller, kommerziell relevanter Daten kann den Wettbewerbsdruck vermindern und zu gleichförmigem Verhalten im Markt führen. Zudem kann der Austausch unter einigen Marktteilnehmern den Markt für andere abschotten. Unternehmen laufen bei freimütigem Datenteilen Gefahr, für einen illegalen Informationsaustausch oder für Diskriminierung haftbar gemacht zu werden, wenn sie nicht alle Unternehmen an Datapools teilnehmen lassen. Kartellbehörden waren in den vergangenen Jahren sehr kritisch beim Informationsaustausch. Im Big-Data-Zeitalter, in dem die Zusammenführung von Daten als großer Fortschrittsbringer gilt, mutet das anachronistisch an.

Das hat auch die Europäische Kommission erkannt, die die Förderung des Datenzugangs als politisches Ziel benannt hat.²⁴⁸ Die Position der Kommission bleibt jedoch ambivalent. Zeitgleich mit dem Versuch, die Schaffung von Datapools zu fördern, wurde eine Ausnahmeregelung für Datapools im Versicherungswesen abgeschafft.²⁴⁹ Ein Abrücken von den

246 Tombal, GDPR as shield to a data sharing remedy, 2020, S. 3. Vgl. auch Kerber, GRUR Int. 2016, 639.

247 Vgl. EuGH, 23.11.2006, Rs. C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734 – *Asnef-Equifax*; Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08), Rn. 56; siehe auch Grave/Nyberg in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, Art. 101 AEUV Rn. 315 ff.; Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data in Europe, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, No. 16–13, 2016, S. 70 ff.

248 Europäische Kommission, Communication „Building a European Data Economy“, 10.1.2017, COM(2017) 9 final, S. 4.

249 Die Freistellung in Art. 2 VersicherungsgVO ist weggefallen, stattdessen wurde auf die allgemeinen Horizontalleitlinien verwiesen, siehe Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment – HT.4012 – IBER, SEC(2016) 536, S. 65.

Aussagen der Horizontalleitlinien ist – trotz politischer Lippenbekenntnisse – seitens der Kommission bislang nicht erkennbar.

Das Bundeskartellamt hat ein Gemeinschaftsunternehmen in der Automobilindustrie akzeptiert, bei dem es um den Austausch großer Datenmengen geht. Der Fall betraf die Übernahme des Kartierungsdienstes HERE, dessen Daten zum Ausgangspunkt für das vernetzte Fahren dienen sollen. HERE wurde von Daimler, BMW und Audi, führenden deutschen Automobilherstellern, gekauft.²⁵⁰ Später schlossen sich Intel, NavInfo und Tencent (aus Singapur) der Investorengruppe HERE an.²⁵¹ Das Bundeskartellamt war bereit, die wettbewerbsfördernden Auswirkungen des Datenaustausches in diesem Fall zu akzeptieren, ohne es ausdrücklich zur Bedingung zu machen, Tesla, Google oder Toyota oder Zulieferbetrieben und Kfz-Mechanikern Zugang zu gewähren. Hier hätte das Kartellamt möglicherweise schon frühzeitig, im Rahmen der Prüfung einer Fusion, die Märkte für spätere Zeiten durch eine Auflage offenhalten können.

Wie oben dargestellt gelten kartellrechtliche Grenzen auch für die Möglichkeiten der Unternehmen, Bedingungen zu setzen. So darf beispielsweise nicht im Rahmen einer Zugangsvereinbarung eine Preisvorgabe gemacht werden. Den grundsätzlichen Zugangsanspruch stellt das aber gerade nicht in Frage, im Gegenteil, insoweit wirken kartellrechtliche Grenzen wettbewerbsbelebend.

Es bleibt aber ein kartellrechtliches Restrisiko beim Teilen von Daten, wenn sich im Einzelfall die Lesart durchsetzt, dass es sich um den Austausch nicht-anonymer, aktueller, kommerziell relevanter Daten zwischen Wettbewerbern handelt.

3. Immaterialgüterrecht

Gegebenenfalls können Immaterialgüterrechte bestehen.²⁵² Wie gesehen, können solche etwa an Computerprogrammen oder Datenbanken gegeben sein. Auch Marken- und Kennzeichenrechte oder andere Schutzrechte

250 Bundeskartellamt, 6.10.2015, Pressemitteilung https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/06_10_2015_HERE.html (keine veröffentlichte Entscheidung).

251 Bundeskartellamt, 24.1.2017, Pressemitteilung, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/24_01_2017_HERE.html (keine veröffentlichte Entscheidung).

252 Vgl. allgemein *Leistner* in: BMJV/MPI, Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 209 ff.

können im Einzelfall betroffen sein, wenn ein Handwerksunternehmen auf den Datensatz oder die Vorarbeiten eines IT-Unternehmens zugreifen will. Die immaterialgüterrechtliche Ausschlusswirkung kann zwangsweise durchbrochen werden. Verfahren in dieser Richtung sind allerdings oft aufwändig und dauern lange – zu denken ist nur an Auseinandersetzungen wie *IMS Health* oder *Huawei*. Das Beharren auf dem Schutzrecht liegt in der Hand des Schutzrechtsinhabers. Sobald es für diesen einen Mehrwert durch die Lizenzeinräumung gibt, wird eine Zugangslösung gefunden werden. Eigentums- und Immaterialgüterrechte können notfalls auch durch Zwangslizenzen aufgebrochen werden. Das System dafür ist allerdings ebenfalls eher schwierig.

4. Geschäftsgeheimnisschutz und Datensicherheit

Häufig werden auch Bedenken geäußert, Zugangsansprüche könnten mit dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse unvereinbar sein. In der Tat wäre es wohl unverhältnismäßig, einem Schreiner, der im Google-Ranking besser erscheinen will, den geheimen Suchalgorithmus anzuvertrauen. Dem stünde ggf. das GeschGehG entgegen. Das Gesetz soll jedoch kein Ausschließlichkeitsrecht an den Informationen begründen. Bereits in den Erwägungsgründen der zugrundeliegenden EU-Richtlinie wird dies ausdrücklich abgelehnt.²⁵³ Vielmehr sollen bestimmte Arten und Weisen eines unerwünschten Geheimnistransfers unterbunden werden. Es soll eine Schutzlücke für solche Informationen geschlossen werden, für deren Erlangung die Unternehmen den Einsatz von Innovationskraft oder Investitionen benötigen und an welchen deshalb ein wirtschaftliches Interesse besteht, die jedoch nicht durch das Immaterialgüterrecht schutzfähig sind.

Ebenso sollen ausdrücklich die Wettbewerbsvorschriften, insbesondere Artikel 101 und 102 AEUV, unberührt gelassen werden und der Geheimnisschutz nicht dazu genutzt werden, den Wettbewerb einzuschränken.²⁵⁴ Ein pauschaler Geheimnisschutz existiert also nicht.

Doch auch unabhängig vom GeschGehG besteht grundsätzlich ein rechts- und wirtschaftspolitisches Interesse daran, Geschäftsgeheimnisse zu schützen. Es muss gewährleistet werden, dass Unternehmen, die unter Einsatz von Ressourcen erlangten Informationen auch selbst verwerten können. Andernfalls entfele ein Anreiz für Innovationen. Solche Konstellatio-

253 Erwägungsgrund 16, RL (EU) 2016/943.

254 Erwägungsgrund 38, RL (EU) 2016/943.

nen werden im Zweifel durch die Abwägung von Geheimhaltungs- und Informationsinteressen aufgelöst. Ob allerdings überhaupt der Geschäftsinhaber stets ein legitimes Interesse an seinen Geschäftsgeheimnissen hat, sei in Zweifel gezogen. Die für das Handwerk relevanten Nutzungsdaten einer Anlage etwa werden schließlich primär durch die tagtägliche Nutzung des Kunden und nicht mehr aufgrund einer Leistung des Herstellers generiert. Wenn der Wert der Daten auf der Leistung eines Dritten beruht, ist der Geheimnisschutz zum Zwecke der Innovationssicherung also nicht in gleicher Intensität geboten, und es können weitergehende Zugangsansprüche geschaffen werden. Da für die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit viele Faktoren des konkreten Marktes zu berücksichtigen sind, bietet sich in solch weitergehenden Fällen die Regelung mittels sektorspezifischer Ansprüche an.

Bestehende Gesetze zum Geheimnisschutz stehen einer weitergehenden Zugangsgewährung nicht entgegen. Meist wird es gar nicht um echte Geschäftsgeheimnisse gehen. Der Zugang darf jedoch auch nicht zu freizügig gewährt werden. Ein Vergleich mit den Anforderungen der essential facilities-Doktrin erscheint hierbei grundsätzlich angemessen. Im Einzelnen können aber auch geringere Anspruchsschwellen geschaffen werden, wenn der Anreize für Innovationen dadurch nicht gefährdet werden.

Bedenken können sich auch hinsichtlich der Datensicherheit ergeben. Es ist legitim, wenn beispielsweise der Operator eines Smart Homes von Handwerksunternehmen verlangt, dass diese die Datensicherheit nicht gefährden. Sicherheitsaspekte (z.B. Schließmechanismus der Türen) dürfen nicht nach außen dringen, Schadsoftware darf nicht ins System geschleust werden, es darf nicht zu Abstürzen kommen. Entsprechende technische Vorgaben, die das absichern, sowie Haftungsregeln können selbstverständlich einbezogen werden.

5. Zusammenfassung

In diesem Kapitel wurden Gestaltungsparameter für eine Neuregelung bestimmt. Zunächst gilt, dass die Zielbestimmung nicht unreflektiert sein darf, dass „Zugang zu Daten“ erforderlich ist. Für das Handwerk muss es vor allem darum gehen, die Leistung beim Kunden noch erbringen zu können und die enge Bindung zum Kunden aufrecht erhalten zu können, ohne dass sich ein Dritter in diese Kundenbeziehung einmischt. Die bloße Möglichkeit der Leistungserbringung genügt freilich auch nicht. Sicherzustellen ist auch, dass vom Handwerk Innovationen ausgehen können.

Entsprechende Forderungen lassen sich in verschiedene „Regelungsrationaltäten“ einbinden. Damit soll verdeutlicht werden, dass je nach dominantem Regelungsmotiv unterschiedliche Ausgestaltungen möglich sind. Für eine Erweiterung von Zugangsregeln ergeben sich Ansatzpunkte sowohl aus ökonomischer Überlegung heraus (Regelungsstandort: Wirtschaftsrecht), auf Ebene der Fairness von Verträgen und aus einer Wertbindung der Wirtschaftsordnung heraus.

Der Gestaltung von Zugangsregeln könnten Hürden in anderen Rechtsgebieten gegenüberstehen. Diesbezügliche Befürchtungen erweisen sich aber als teilweise unbegründet. Gerade das Datenschutzrecht weist hier eine gemischte Bilanz auf: Stellenweise ist die DS-GVO durchaus offen für eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Die Rechtsunsicherheit ist jedoch groß, und für einige innovative Projekte, die den Bereich nicht-personenbezogener Daten überschreiten, ist in der DS-GVO keine Ausnahme vorgesehen. Eine Hürde bleibt auch das Kartellrecht mit seinen Begrenzungen für den Informationsaustausch.

Die substantiellen rechtlichen Hürden für die Zugangseröffnung bleiben überschaubar. Wer die Daten tatsächlich hat, kann sich nur selten auf eine gesicherte Rechtsposition zur exklusiven Zuweisung der jeweiligen Information berufen. Entscheidend ist für Zugangspetenten das Aufbrechen einer faktischen Zuordnung. Diese faktische Datenmacht folgt schlicht aus der Sammlung der Daten: Wer den Sensor anbringt, erfährt die Daten; wer die Plattform betreibt, sammelt die Informationen, die über die Plattform ausgetauscht oder die auf dieser generiert werden. In diesen Akten der „Datensicherung“ sind Investitionen erkennbar, die zu respektieren sind. Sie führen aber nicht dazu, dass die in diesem Kapitel dargestellten Prinzipien des Wirtschaftsrechts obsolet werden: Wo es wirtschaftlich notwendig ist, die Daten anders zu verteilen; wo der faire Interessenausgleich gestört ist; wo Leistungswettbewerb und Konsumentensouveränität als Grundwerte der Wirtschaftsordnung bedroht sind; wo die rechtliche Dogmatik eine andere Zuweisung gebietet – da ist nach rechtlichen Lösungen für einen erweiterten Zugang zu suchen. Das ist eine rechtspolitische Aufgabe.