

B. Der EU Data Act als Grundgesetz der Datenwirtschaft

Der Entwurf der Europäischen Kommission für den EU Data Act hat das Potential eine Art „Grundgesetz“ der Datenwirtschaft zu werden.

I. Ziele und Regelungsmechanismen des Data Act-Entwurfs

Der Data Act ist von der Kommission als horizontales Instrument geplant, das über alle Sektoren hinweg Regelungen für den Datenzugang bei Produkten oder verbundenen Diensten schafft.¹⁹ Es handelt sich um Regelungen für das Internet of Things, in dem Produkte zunehmend mit Chips zum Datensammeln und Sendern zur Kommunikation der gesammelten Daten vertrieben werden. Es geht also um Regeln, die z.B. für den „intelligenten“ Kühlschrank gelten sollen, der in ein Smart-Home-Netzwerk eingebunden ist, smarte Fahrzeuge oder Maschinen in der vernetzten Fabrik.

Der hier beleuchtete Aspekt des Datenzugangs für Unternehmen ist nur ein Teilaспект des Data Acts. Die Verordnung, gestützt auf Art. 114 AEUV, soll einzelne Teil des EU-Datenrechts umfassend regeln. Damit ist sie in die EU-Datenstrategie eingepasst²⁰, die u.a. auch den Digital Markets Act²¹ und den Data Governance Act²² umfasst. Der Data Act-Vorschlag der Kommission umfasst folgende Kapitel:

- Kapitel I (Art. 1-2) definiert den Anwendungsbereich des Data Acts und wichtige Begriffe.
- Kapitel II (Art. 3-7) regelt die Weitergabe von Daten durch Unternehmen, die den Zugang zu den Daten faktisch kontrollieren (sog. Dateninhaber) an Verbraucher (Nutzer) und an Dritte (sog. Datenempfänger). Für die Verhältnisse zwischen diesen Parteien werden in Kapitel

19 Data Act-E – Begründung, S. 6.

20 Mitteilung der Kommission, Eine europäische Datenstrategie, 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

21 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828.

22 Verordnung (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724.

III (Art. 8-12) und IV (Art. 13) Bedingungen stipuliert. Dieser Teil steht im Fokus dieser Studie.

- Die übrigen Kapitel regeln die Datenweitergabe an öffentliche Stellen (Kapitel V, Art. 14-22), Portabilitätsverpflichtungen für sog. Datenverarbeitungsdienste (i.e. Cloud-Anbieter) (Kapitel VI, Art. 23-26), Schutzvorkehrungen für nicht-personenbezogene Daten im internationalen Verkehr (Kapitel VII, Art. 27) sowie Interoperabilitätsverpflichtungen (Kapitel VIII, Art. 28-30).
- In Kapitel IX (Art. 31-34) wird die Rechtsdurchsetzung thematisiert. Diese wird bei nationalen Behörden und in der privaten Rechtsdurchsetzung angesiedelt.
- Abschließende Regelungen betreffen das Datenbankrecht nach Richtlinie 96/9/EG (Kapitel X, Art. 35) und Schlussbestimmungen (Kapitel XI, Art. 36-42).

Die hier interessierende Thematik der Einräumung von Datenzugang wird im Dreiecksverhältnis gelöst. Beteiligt sind die *Nutzer* der smarten Produkte, die Inhaber der faktischen Kontrolle über die Daten (*Dateninhaber*) und Dritte, die Zugang zu diesen Daten begehrten (*Datenempfänger*). Produkte sollen schon so konzipiert werden, dass Nutzer des Produkts standardmäßig, sicher und einfach direkten Zugang zu den bei der Nutzung erzeugten Daten haben (*access by design*), Art. 3 Abs. 1 Data Act-E. Ist ein solcher Zugang nicht vorhanden oder nicht möglich, gewährt der „Dateninhaber“ (wobei die Verordnung offenbar davon ausgeht, dass es sich regelmäßig um den Hersteller des Produkts handelt)²³ dem Nutzer unverzüglich, kostenlos und ggf. kontinuierlich und in Echtzeit Zugang zu diesen Daten. Nutzer erhalten also gem. Art. 3 und 4 Data Act-E umfassend Zugang zu den Daten, die sie selbst bei der Produktnutzung erzeugt haben. Vor Erwerb des Produkts sind die Nutzer über Kernpunkte zu informieren (Art. 3 Abs. 2 Data Act-E). In Art. 4 werden weitere Vorgaben im Verhältnis Dateninhaber – Nutzer gemacht.

Gem. Art. 5 Data Act-E sind die Daten auf Verlangen des Nutzers auch Dritten unverzüglich zur Verfügung zu stellen. Diese Dritten, die sog. „Datenempfänger“, sind nach dem gesetzlichen Leitbild vor allem Unternehmen, die auf einem nachgelagerten Markt Leistungen erbringen wollen.²⁴ Die Nutzung der vom Dateninhaber nach Zustimmung des Nutzers bereitgestellten Daten erfolgt zu bestimmten Bedingungen und ggf. gegen eine Gegenleistung. Der Data Act sieht dafür einen umfangrei-

23 Näher dazu *Specht-Riemenschneider*, MMR 2022, 809, 813.

24 Erwägungsgrund 6 Data Act-E; Data Act-E – Begründung, S. 16.

II. Überzeugende Ausgangspunkte des Data Act-Entwurfs

chen Katalog von Vorgaben vor: Die Pflichten der Dritten sind in Art. 6 Data Act-E festgehalten – etwa ein Verbot, mit den erhaltenen Daten ein Konkurrenzprodukt zum Ausgangsprodukt entwickeln. Art. 5 und 8 Data Act-E benennen Vorgaben für das Verhältnis von Dateninhaber und Datenempfänger, z.B. eine Pflicht, Daten zu FRAND-Bedingungen²⁵ zur Verfügung zu stellen, oder Vorgaben zum Datenschutz. Art. 9 Data Act-E bestimmt, dass eine angemessene Gegenleistung zu entrichten ist.

Sind die Datenempfänger Kleinstunternehmen oder kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) i.S.v. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG gelten spezielle Beschränkungen.²⁶ Die Gegenleistung darf dann nur die Kosten der Bereitstellung umfassen (Art. 9 Abs. 2 Data Act-E), zum Schutz dieser Unternehmen findet eine spezielle Klauselkontrolle nach Art. 13 (AGB-Kontrolle) statt.

Zur Rechtsdurchsetzung ist ein (nicht-verpflichtender) Streitbeilegungsmechanismus in Art. 10 Data Act-E vorgesehen. Das sonstige Rechtsdurchsetzungsrepertoire mit nationalen Behörden und Sanktionen ist in Art. 31-33 Data Act-E vorgeschrieben. Die private Rechtsdurchsetzung bei nationalen Gerichten bleibt möglich, wird im Data Act-E aber nur kurSORisch angesprochen (z.B. in Art. 10 Abs. 5).

II. Überzeugende Ausgangspunkte des Data Act-Entwurfs

Der Data Act ist aus wettbewerblicher Sicht grundsätzlich zu begrüßen. Verbraucherinnen und Verbrauchern erhalten erstmals ein gesichertes Fundament, um auf Daten, die sie erzeugen zugreifen zu können – und das in besonders starker Form (access by design als Standardfall). Unternehmen, die auf Zugang zu Daten angewiesen sind, wird ein Weg aufgezeigt, wie sie diesen Zugang erlangen können. Das Dreiecksverhältnis wird geordnet. Es besteht das Potenzial, ein „Grundgesetz“ des Internet of Things für den europäischen Binnenmarkt zu schaffen, das möglicherweise sogar darüber hinaus ausstrahlt.

Die Europäische Kommission erkennt zutreffend das Regelungsbedürfnis, um im Interesse aller Marktteilnehmer die vorhandenen Daten mög-

25 FRAND = fair, reasonable and non-discriminatory, vgl. Art. 8 Abs. 1 (fair, angemessen und nichtdiskriminierend).

26 Solche Unternehmen haben weniger als 250 Beschäftigte und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. EUR.

lichst effizient und innovativ zu verwerten.²⁷ Dass Wettbewerb auch in diesem Verhältnis – entgegen der Tendenz zur Datenkonzentration – aufrecht zu erhalten ist, wird festgestellt.²⁸ Der Kommissionsentwurf beinhaltet viele wichtige Grundlinien, an denen im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens festgehalten werden sollte. Schwachstellen, die im späteren Verlauf des Gutachtens aufgezeigt werden, knüpfen gerade an diese positiven Ausgangspunkte an.

1. Grundsätzliche Eröffnung von Datenzugang

An der grundlegenden Eröffnung eines Zugangs zu Daten, die bei der Nutzung „smarter“ Produkte durch Verbraucher oder gewerbliche Nutzer entstehen, ist festzuhalten. Die Europäische Kommission bietet mit dem Data Act einen Lösungsansatz für das in den vergangenen Jahren breit diskutierte Problem des Datenzugangs.²⁹ Erkannt wurde, dass die Erschließung von nachgelagerten Märkten voraussetzt, dass angemessene Zugangsmöglichkeiten bestehen. Abseits der bereits genannten sektorspezifischen Zugangsansprüche genügt das jetzige, vor allem auf Freiwilligkeit basierende System nicht den Bedürfnissen einer modernen Informationsgesellschaft.

a) Nutzerorientierung

Der Data Act stellt konzeptionell den Nutzer in den Mittelpunkt. Damit wird ein Legitimationsanker für die Zugangsgewährung gesetzt. Das ist gut vertretbar: Das marktwirtschaftliche System dient dazu, die Bedürfnisse der Nachfrager zu befriedigen. Sie an eine Schlüsselstelle zu rücken, ist konzeptionell daher ein gangbarer Weg. Die Entscheidungsbefugnis über den Zugang zu Daten soll damit bei den jeweiligen Eigentümern oder Nutzern der Produkte liegen. Sie haben für den Gegenstand gezahlt, der die Daten sammelt, erst ihre Produktnutzung erzeugt die Daten. Auch

27 Erwägungsgrund 1 Data Act-E.

28 Vgl. Data Act-E – Begründung, S. 2, 8, 16; Erwägungsgrund 28, 29, 43 Data Act-E.

29 Vgl. Schweitzer, GRUR 2019, 569; Tribess, ZD 2020, 440; Wischmeyer/Herzog, NJW 2020, 288; Brenner in: Bien et. al., Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kapitel 1 Rn. 59 ff.; Westermann in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Band 2, 2022, § 20 GWB Rn. 68 ff. Siehe dazu außerdem schon ausführlich Podszun, Handwerk in der digitalen Ökonomie, 2021.

wenn kein „Dateneigentum“ im eigentlichen Sinn begründet wird, lässt sich dieser Anknüpfungspunkt gut legitimieren.

Damit verschiebt der Data Act – im Ausgangspunkt – die Datenhoheit von den Herstellern oder den Operateuren von Netzwerken hin zu den Nutzern. Theoretisch kann der Nutzer auch dem Hersteller eines smarten Produkts die Datennutzung untersagen.

Die Alternative, die Entscheidungsbefugnis unmittelbar einzelnen Unternehmen zuzuweisen (wohl den Herstellern), wäre zwar denkbar gewesen.³⁰ Die Folgefragen, die sich ergeben hätten, um Wettbewerbsverzerrungen, Lock-in-Effekte und Monopolisierungstendenzen zu vermeiden, wären jedoch anspruchsvoll gewesen. Der Nutzer ist als „Schiedsrichter im Wettbewerb“ in einer neutraleren Position.

Möglicherweise wäre auch vorstellbar gewesen, die Daten ohne derartige Zuweisung zu belassen. Das wäre der allgemeinen Verfügbarkeit von Daten und der fehlenden rechtlichen Zuordnung gerecht geworden. Es hätten sich allerdings zwei Probleme gestellt: Erstens wäre es wesentlich schwieriger gewesen, die Verhältnisse unter den tatsächlich beteiligten Personen zu strukturieren. Im Data Act-E wird durch die Konstruktion von Vertragsverhältnissen den Interessen der drei Gruppen (Nutzer, Dateninhaber, Datenempfänger) Rechnung getragen – und das unter Berücksichtigung der Privatautonomie. Zweitens wird durch den Weg über die Nutzer-Einwilligung das datenschutzrechtliche Problem mitgelöst: Die datenschutzrechtlich in vielen Fällen erforderliche Einwilligung zur Datenverarbeitung (vgl. Art. 6 DSGVO) wird durch den Weg über den Nutzer gesichert.

b) Ökonomische Vorteile

Es ist nicht nur normativ richtig, sondern hat auch ökonomische Vorteile, Datenzugang umfassend zu ermöglichen.³¹ So werden die Leistungen möglich, von denen die digitale Wirtschaft belebt werden soll.

30 Siehe dazu *Leistner/Antoine*, IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors, 2022, S. 16 f.

31 Vgl. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 128 ff; *Prüfer/Schottmüller*, Competing with Big Data, TILEC Discussion Paper 2017–006, 2019; *Lundqvist*, EuCML 2018, 146; *Schweitzer/Metzger et al.*, Data access and sharing in Germany and in the EU: Towards a coherent legal framework for the emerging data economy, Final

Indem der Nutzer in den Mittelpunkt gestellt wird, wird zugleich die Erwartung konstruiert, dass diese Leistungen an einem Nutzerbedürfnis orientiert werden. Innovationen auf Basis des Data Act werden so in die richtige Richtung gesteuert.

c) Standardsetzung für Folgerechtsakte

Positiv zu bewerten ist, dass der Data Act ein horizontales Grundlagen-ge-setz für den Datenzugang ist.³² Zukünftige sektor- oder anwendungs-spezifische Zugangsansprüche können auf dem Data Act aufbauen. Solange solche spezifischeren Lösungen (z.B. innerhalb einer Branche) nicht gefunden werden, stellen die Regeln des Data Act für alle Wirtschafts-zweige eine Auffanglösung zur Verfügung. Dass weitere sektorspezifische Zugangsansprüche neben den vereinzelt bereits bestehenden Lösungen³³ entstehen werden, ist zu erwarten, da der allgemein gefasste Data Act nicht sämtliche spezifische Detailfragen lösen kann. Für Folgenormierungen hat der Data Act dann aber Modellcharakter. So werden spezifischere Lösun-gen nicht hinter die gesetzten Standards zurückfallen können. Dazu zählen die Regeln über die Einbeziehung der Nutzer, FRAND-Bedingungen als Minimalmaßstab und die Ansätze für Datenzugang in Echtzeit.

d) Europäische Harmonisierung

Zu begrüßen ist, dass mit dem Data Act eine EU-weite Lösung angestrebt wird. Die Lösung auf Ebene des Unionsrechts nimmt zwar dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, weitere Datenzugangsregime zu schaffen,³⁴

Report, 8 July 2022 (Gutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz), S. 118 ff.

32 So auch Kerber, Governance of IoT Data: Why the EU Data Act will not Fulfill Its Objectives, 2022, S. 25; 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 on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), 2022, Rn. 1; BDI, Stellungnahme zum Legislativvorschlag des EU-Data Act, 2022, S. 16.

33 Siehe dazu Data Act-E – Begründung, S. 6f. Genannt werden etwa die Kfz-Ty-pengenehmigung nach VO (EU) 2018/858 und VO (EU) 167/2013 oder die offe-ne Schnittstelle für Finanzdienstleistungen nach der PSD2-Richtlinie (RL (EU) 2015/2366).

34 Erwägungsgrund 4 Data Act-E, Art. 1 Abs. 4 Data Act-E e.c.

II. Überzeugende Ausgangspunkte des Data Act-Entwurfs

die Harmonisierung schafft jedoch einen einheitlichen Rechtsrahmen für den Datenzugang für Europa. Im Sinne des „Brussels effect“³⁵ ist denkbar, dass die Vorgaben des Data Act auch außerhalb der Europäischen Union Wirkungen entfalten werden.

e) Überschaubarer Aufwand

Entgegen der Kritik einiger Stakeholder und Autoren bedeuten die Verpflichtungen aus dem Data Act für Dateninhaber keinen unverhältnismäßigen Aufwand.³⁶ Nach Art. 3 Abs. 1 Data Act-E sind die Unternehmen zwar gehalten ihre Produkte mit Blick auf den einfachen Datenzugang zu konzipieren (access by design), was zweifelsfrei mit Aufwand verbunden ist. Für die meisten Branchen kommen diese Hinweise aber in einem noch frühzeitigen Stadium, zumal nach Art. 42 Data Act-E nach Inkrafttreten eine Frist von weiteren 12 Monaten bis zur Umsetzung gilt.

Wer sich bislang darauf eingestellt hatte, Daten exklusiv kontrollieren zu können, hat auf extrem unsicherer Grundlage agiert: Dass eine Regelung der Datenthematik ansteht, war lange erwartet worden. Dass es gerade keine rechtliche Zuweisung der Daten an Hersteller oder Netzwerkoperatoren gibt, ist in juristischen Kreisen bereits länger Konsens. Wer sein Geschäftsmodell auf die Kontrolle nachgelagerter Märkte ohne Einbindung der Produktnutzer/innen ausgerichtet hat, hat die rechtliche Lage und die rechtspolitische Diskussion verkannt und hat sich einer Rechtsmacht berühmt, die nie bestand. Zudem ist im Data Act Entwurf der Datenzugang für Dritte nur gegen angemessene Gegenleistung zu gewähren. Der verbleibende Umsetzungsaufwand für Unternehmen ist sachlich gerechtfertigt und zur Erreichung der Regelungsziele des Data Act verhältnismäßig.

³⁵ Vgl. Bradford, The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, 2019.

³⁶ So aber BDI, Stellungnahme zum Legislativvorschlag des EU-Data Act, 2022, S. 12. Kritisch mit Blick auf Marktzutrittsbarrieren Leistner/Antoine, IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors, 2022, S. 15.

2. Asymmetrische Regulierung

Zu begrüßen ist der Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission auch hinsichtlich der darin erfolgenden asymmetrischen Regulierung. Es handelt sich nicht um eine allgemeingültige, für alle beteiligten Unternehmen gleichermaßen geltende Regulierung, sondern es wird anhand bestimmter Kriterien zwischen Unternehmen differenziert.

a) Ausnahme zu Lasten von Gatekeepern

Torwächter (Gatekeeper), die aufgrund Benennung durch die Kommission den Verpflichtungen des Digital Markets Act (DMA) unterliegen, kommen nur eingeschränkt als Datenempfänger in Betracht, Art. 5 Abs. 2 Data Act-E. Sie können den Zugang nicht wie andere Dritte verlangen. Zugangsberechtigten Datenempfängern ist es zudem untersagt, die aufgrund des Data Act erlangten Daten an Gatekeeper weiterzugeben, Art. 6 Abs. 2 lit. d Data Act-E. Sie können also nicht vom verpflichtenden Datenzugang profitieren.

Unbenommen bleibt es Dateninhabern jedoch, auf freiwilliger Basis Verträge über die Datennutzung mit Gatekeepern zu schließen, sofern der Nutzer dies nach Art. 4 Abs. 6 Data Act-E erlaubt.³⁷ Der Dateninhaber benötigt dafür zwar die Zustimmung des Nutzers. Praktisch wird der Dateninhaber diese Zustimmung wohl häufig im Rahmen des Erwerbs des Produkts, z.B. in AGB, erhalten.³⁸

Die Kommission geht davon aus, dass es unverhältnismäßig wäre, Dateninhaber zum Datenteilen zugunsten von Gatekeepern zu verpflichten, da diese aufgrund ihrer Marktmacht und insbesondere finanziellen Mitteln auf einen Kontrahierungszwang nicht angewiesen sind.³⁹ Der Data Act knüpft an die Designation als Gatekeeper nach Art. 3 DMA an. Erfasst ist somit der gesamte Konzern. Ob die Daten für zentrale Plattformdienste i.S.d. DMA verwendet werden sollen oder nicht, ist irrelevant.

³⁷ Vgl. Erwägungsgrund 38. Siehe auch Kerber, Governance of IoT Data: Why the EU Data Act will not Fulfill Its Objectives, 2022, S. 20; Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Verbraucher:innen beim Data Act im Blick behalten, 2022, S. 13.

³⁸ Siehe dazu auch unten.

³⁹ Erwägungsgrund 36 Data Act-E.

Die Erschwerung des Zugriffs von Gatekeepern auf Daten bedeutet, dass besonders datenmächtige und finanzstarke Unternehmen vom Data Act nicht in gleicher Weise wie andere Unternehmen profitieren können. Das könnte Innovationen etwas ausbremsen. Bedacht werden sollte auch, dass der Ausschluss von Gatekeepern auch die Freiheit der Nutzer einschränkt, „ihre“ Daten zu beliebigen Zwecken zu verwenden.⁴⁰ In einer Gesamtschau ist aber zu erwarten, dass die wettbewerblichen Chancen, die sich so für andere Marktteilnehmer eröffnen, die Nachteile überwiegen. Die Gatekeeper haben bereits derart verfestigte Machtpositionen, dass sie ohne weiteres das Feld rasch zu ihren Gunsten aufrollen könnten. Das würde Abhängigkeiten verschärfen und Machtzentren einseitig weiter anwachsen lassen. Dass sie weitere Daten nutzen wollen, um sozial wünschenswerte Innovationen hervorzubringen, ist keineswegs ausgemacht. Vielmehr könnten die Daten gerade auch verwendet werden, um Entwicklungen zu bremsen oder zu verhindern, die den Interessen der Gatekeeper zuwiderlaufen. Es ist im Übrigen davon auszugehen, dass die Verhandlungsmacht der Gatekeeper auch ohne die Möglichkeiten des Data Act groß genug ist, um Vertragsschlüsse herbeiführen zu können. Ein Innovationsverlust durch Ausklammern der Gatekeeper ist also nicht zu befürchten.

Erwogen werden sollte, dass auch Dateninhaber keine Möglichkeit erhalten, Gatekeepern die Daten zu überlassen. Jedenfalls sollte eine solche Befugnis an hohe Voraussetzungen hinsichtlich der Einwilligung der Nutzer und an weitere Bedingungen geknüpft werden, die sicherstellen, dass die Abhängigkeit von Gatekeepern für andere Unternehmen nicht steigt.

b) Levelling für kleinere Unternehmen

Im Data Act-E finden sich an verschiedenen Stellen Ausnahmen und Erweiterungen zugunsten von kleineren Unternehmen. Nach Art. 7 Abs. 1 Data Act-E sind Kleinst- und Kleinunternehmen (nicht aber mittlere Unternehmen) i.S.d. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG nicht zur Herausgabe von Daten verpflichtet.⁴¹ Damit werden diese Unternehmen, die meist weder über Datenexperten noch über

40 Schweitzer/Metzger et al., Data access and sharing in Germany and in the EU: Towards a coherent legal framework for the emerging data economy, Final Report, 8 July 2022 (Gutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz), S. 212.

41 Erwägungsgrund 37 Data Act-E.

Rechtsabteilungen verfügen, vor einer Überlastung durch Zugangsverlangen geschützt. Sie können auch ohne Beeinträchtigung durch Dritte ihre Produkte und Dienste entwickeln.

Kleinstunternehmen und KMU sind zudem nur zur Entrichtung einer Gegenleistung in Höhe der Kosten verpflichtet, die mit der Bereitstellung für den Datenempfänger unmittelbar zusammenhängen und dem Verlangen zuzurechnen sind. Obwohl der genaue Umfang auch dieser Kosten noch teilweise unklar ist,⁴² wird damit verdeutlicht, dass die Kosten für diese Unternehmen, wenn sie Datenzugang begehrten, auf das erforderliche Minimum zu begrenzen sind.

Darüber hinaus greift die AGB-Fairnesskontrolle gemäß Art. 13 Abs. 1 Data Act-E nur zugunsten von Kleinst- oder kleinen und mittleren Unternehmen i.S.d. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG. Die Kommission sieht hier richtigerweise die Gefahr von Verhandlungsungleichgewichten zulasten von KMU.⁴³ Der besondere Schutz dieser Gruppe von Unternehmen rechtfertigt sich aus ihrer strukturell unterlegenen Position im Wettbewerb.

c) Weitergehende Differenzierung?

Leistner und *Antoine* kritisieren, dass die asymmetrische Regulierung noch nicht passgenau genug sei. Die jetzige Fassung des Data Act sei insofern zu weit gefasst, als dass Zugangsansprüche auch in Situationen ohne Indikation für ein Marktversagen gewährt würden.⁴⁴ Gleichzeitig sei sie zu eng, da in Bereichen mit erheblichem Marktversagen keine ausreichende Abhilfe geboten werde.⁴⁵ Diese Überlegungen sind nicht unberechtigt. Möglicherweise lässt sich im Entwurf des Data Act noch spezifischer auf die ungleiche Macht verschiedener Akteure abstellen. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass der Ansatz der Verordnung nicht allein in einer Bekämpfung von Marktversagen aufgrund ungleicher Verhandlungsstärke begründet ist. Vielmehr soll – richtigerweise – die Datenteilung allgemein gefördert werden. Zudem birgt jede weitergehende Differenzierung hö-

42 Siehe dazu unten.

43 Erwägungsgrund 25 und 26 Data Act-E.

44 *Leistner/Antoine*, IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors, 2022, S. 14.

45 *Leistner/Antoine*, IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors, 2022, S. 14.

here Umsetzungskosten. Eine asymmetrische Regulierung, die über die genannten Aspekte hinausgeht, wäre insofern sehr sorgfältig abzuwägen.

3. Fairness-Paradigma im B2B-Verhältnis

Positiv zu würdigen ist der Vorstoß im Data Act, dass auch im B2B-Verhältnis eine Fairnesskontrolle der Datenteilungsverträge stattfinden soll.⁴⁶ Das ist für das Unionsrecht ein Novum. Während eine AGB-Kontrolle im deutschen B2B-Rechtsverkehr nach den §§ 305 ff. BGB schon lange stattfindet, ist dies in vielen anderen europäischen Rechtsordnungen eher ungewöhnlich und auch dem Unionsrecht fremd.

Die deutsche AGB-Kontrolle im B2B-Verhältnis stößt vielfach auf Kritik.⁴⁷ Eingewendet wird, dass Unternehmen grundsätzlich selbstverantwortlich ihre Vertragsfreiheit ausüben sollen und – anders als beispielsweise Verbraucherinnen und Verbraucher – nicht schutzbedürftig seien.⁴⁸ Eine richterliche Klauselkontrolle sei daher übergriffig. Schließlich bringt dies eine erhöhte Rechtsunsicherheit für die Parteien mit sich.

Diese Argumentation ist grundsätzlich zutreffend, soweit die Vertragsverhandlungen von ausgewogenen Machtverhältnissen gekennzeichnet sind. Gibt es jedoch strukturelle Ungleichgewichte, kann auch in B2B-Beziehungen ein hoheitliches Eingreifen erforderlich werden.⁴⁹ Die „Richtigkeitsgewähr“ der Vertragsfreiheit ist sonst gestört.⁵⁰

Im Fall des Datenzugangs wird für KMU – und nur für diese soll die AGB-Kontrolle greifen – eine solche strukturelle Benachteiligungssituation vielfach vorliegen. Zum einen sind KMU größeren Unternehmen tendenziell im Verhandlungsgewicht unterlegen. Führt man sich etwa die Situation eines inhabergeführten Handwerksbetriebs mit vier Mitarbeitenden vor

46 So auch *Witzel*, CR 2022, 561, 565.

47 Vgl. *Staudenmayer*, IWRZ 2020, 147, 154, *Schlinkert*, ZRP 2017, 222, Europäische Kommission, Mitteilung zum Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft, 2017, S. 14; *Schweitzer/Welker*, A legal framework for access to data – a competition policy perspective, 2020, S. 7

48 Siehe zur rechtspolitischen Diskussion *Richters/Friesen* in: BeckOGK-BGB, 2022, § 310 BGB Rn. 28 ff.

49 *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 on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), 2022, Rn. 120.

50 Vgl. *Schmidt-Rimpler* in: FS Raiser, 1974, S. 3, 5 f.

Augen, der mit einem größeren Gerätshersteller verhandeln soll, dessen Produkte im Markt sehr weit verbreitet sind, hat der Handwerksbetrieb kaum eine Wahl als die Bedingungen des Herstellers zu akzeptieren.

Zum anderen entsteht das strukturelle Ungleichgewicht durch die faktische, aber rechtlich nicht legitimierte Datenkontrolle: Die Verhandlungen sind über ein Gut zu führen, auf das die Partei in der besseren Verhandlungsposition (z.B. der Gerätshersteller) gar keinen rechtlichen Anspruch erheben kann. Es ist eine rein faktische Machtposition, aus der heraus verhandelt wird. Das ist strukturell unfair gegenüber demjenigen, der kein geringeres Recht an dem begehrten Gut hat als der tatsächliche Kontrolleur des Zugangs. Daher ist ein Minimum an Fairnesskontrolle angebracht.

Positiv hervorzuheben ist auch die Regelung in Art. 5 Abs. 5 Data Act-E, die es dem Dateninhaber untersagt, aus Daten keine Vorsprünge für die eigene wettbewerbliche Position zu folgern. Diese Möglichkeit ist auch Gegenstand kartellrechtlicher Verfahren und ein Element in Art. 6 Abs. 2 DMA.

4. Ansätze zur Rechtsdurchsetzung

Der in Art. 10 Data Act-E vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus zeigt, dass die Europäische Kommission das Bedürfnis erkannt hat, außerhalb gerichtlicher Verfahren Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus dem Data Act beizulegen. Das Verfahren ist auf die Bedingungen im Verhältnis zwischen Dateninhaber und -empfänger beschränkt.

Bei der Handhabung der vereinzelt bereits existierenden Datenzugangsansprüche, insbesondere den kartellrechtlichen, ist die tatsächliche Rechtsdurchsetzung ein Problem. Neben den Streitigkeiten über den Leistungsgegenstand entstehen Probleme dadurch, dass der jeweilige Inhaber zur Zugangsgewährung nicht vorbehaltlos, sondern zu „angemessenen Bedingungen“ verpflichtet ist. Werden sich die Parteien nicht einig, können umfangreiche, zeit- und kostenintensive Rechtsstreitigkeiten darüber entstehen, welche Daten unter welchen Bedingungen und zu welcher Gegenleistung herauszugeben sind. Beispielhaft für die Schwierigkeiten in derartigen Konstellationen sind die Auseinandersetzungen über kartellrechtlich erstrittene Lizenzen für die Nutzung von standardessentiellen Patenten.

Hierzu gibt es umfangreiche Judikatur.⁵¹ Umstritten ist bereits, inwieweit Angebote und Gegenangebote überhaupt einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen.⁵² Diese Probleme können sich nach der derzeitigen Ausgestaltung in ähnlicher Weise bei Art. 8, 9 Data Act-E stellen. Es ist daher zu begrüßen, dass die Europäische Kommission in ihrem Entwurf einen außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus vorgesehen hat, sodass das gerichtliche Verfahren vermieden werden kann.

Die nach Art. 10 Abs. 2 Data-Act-E zugelassenen Streitbeilegungsstellen sollen innerhalb von 90 Tagen über die Angemessenheit von Bedingungen entscheiden (Art. 10 Abs. 7 Data Act-E), was im Vergleich zu einem gerichtlichen Verfahren eine erhebliche Verkürzung bedeuten könnte. Damit wird der Gefahr vorgebeugt, dass innovative Projekte von Datenempfängern aufgrund langjähriger Gerichtsverfahren im Sande verlaufen, oder gar nicht erst versucht werden.

Der Streitbeilegungsmechanismus ist ein Einstieg in eine vereinfachte Rechtsdurchsetzung. Freilich bleibt dessen Wirkung dadurch eingeschränkt, dass nach Art. 10 Abs. 8 Data Act-E die Entscheidungen der Streitbeilegungsstelle für die Parteien nur bindend sind, wenn sie dem zuvor zugestimmt haben.⁵³

5. Anreize und Erleichterungen für konsensuale Lösungen

Neben der verpflichtenden Zugangsgewährung in Art. 3-5 Data Act-E sieht der Verordnungsentwurf auch eine Stärkung konsensualer Lösungen vor. Dies ist positiv zu bewerten: Wenn sich die Parteien auf Augenhöhe begegnen und einigen können, ist eine solche ausgehandelte Lösung einer konfrontativen Rechtsdurchsetzung stets vorzuziehen.⁵⁴ Verhandlungslösungen können durch verschiedene Anreize inzentiviert und durch gesetzgeberische Hilfestellungen erleichtert werden.

Eine Inzentivierung liegt darin, dass die typischen Verhandlungsgleichgewichte im Markt verlagert werden. Dadurch wird das „bargaining in the

51 Siehe dazu den Überblick bei *Huttenlauch* in: Loewenheim et. al., Kartellrecht, 2020, Art. 102 AEUV Rn. 261 ff. Grundlegend EuGH, 16.7.2015, Az. C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rz. 63 ff. – Huawei/ZTE.

52 Vgl. *Huttenlauch* in: Loewenheim et. al., Kartellrecht, 2020, Art. 102 AEUV Rn. 270 m.w.N.; Hess, NZKart 2022, 437.

53 Siehe dazu unten.

54 Siehe zu Lösungsmöglichkeiten *Podszun*, Das Handwerk in der digitalen Ökonomie, 2021, S. 132 ff.

shadow of the law“ beeinflusst. Parteien, die bei Anwendung des Data Act, bestimmte Konsequenzen zu gewärtigen haben, sind eher einigungsbereit, als wenn ein solches statuarisches Recht nicht vorgesehen ist.

Eine Erleichterung ist vor allem dann wichtig, wenn eine grundsätzliche Bereitschaft zum Datenteilen besteht, aber wegen praktischer Probleme unterbleibt. Neben datenschutzrechtlichen Unsicherheiten können auch Haftungsfragen oder sonstige Vertragsunsicherheiten dazu führen, dass Unternehmen zögern, Daten freiwillig anzubieten. Dafür stellt der Data Act-E grundsätzlich einen Rahmen zur Verfügung, der zwar noch nicht sämtliche Probleme löst, aber bestimmte Standards setzt. Dazu zählt auch die in Art. 34 vorgesehene Ausarbeitung von Musterbedingungen.

III. Folgerungen

Das Grundmodell des Data Act ist zu begrüßen. Der faire Wettbewerb wird beflügelt, Verbraucherinnen und Verbraucher – die für die Marktwirtschaft entscheidenden Nachfrager – stehen konzeptionell im Mittelpunkt der Datenverteilung.

Der Data Act-Entwurf ist in vielen Punkten bereits geglückt. Die Vorteile, die von ihm ausgehen, sollten in den weiteren Verhandlungen unbedingt gewahrt bleiben. Viele Vorschriften gewährleisten, dass der faire Leistungswettbewerb und die Konsumentensouveränität als Kernelemente der Marktwirtschaft in der Datenökonomie respektiert werden. Der Data Act bezieht seine Stärke auch daraus, dass er als Basis für weitergehende Lösungen gedacht ist. Für die Unternehmen ist der Data Act das Grundmodell, auf dem etwa sektorspezifische Erweiterungen ausgehandelt werden können. Schon jetzt sollte mit dieser Perspektive an Aufbauarbeiten herangegangen werden, da – wie noch zu zeigen ist – die Lösungen des Data Act noch nicht umfassend und angemessen alle Schwierigkeiten des Datenzugangs auflösen. Für das Handwerk können hier möglicherweise Kammern und Verbände zukünftig koordinierende Aufgaben übernehmen.

In dieser Hinsicht sind fünf Aspekte zu betonen:

- Einschaltung von Datenmittlern: Wie im Data Governance Act vorgesehen können Datenmittler künftig wichtige Intermediäre werden, die z.B. die Anonymisierung von Daten übernehmen oder deren Aggregation. Im Zusammenspiel von Data Act und Data Governance Act kann sich eine Infrastruktur für einen Datenmarkt ergeben.

- Aufbau von Datenräumen und Datenpools: Für innovative Lösungen, die aus der Zusammenschau von Daten entwickelt werden, sind – neben den Datenmittlern – der Aufbau von Datenräumen und Datenpools wesentlich. Auch hier setzen Data Act und Data Governance Act erste Leitplanken. So ließe sich beispielsweise ein Datenpool des Handwerks aufbauen, in dem die vielen verschiedenen Daten zusammenfließen, aus denen mit Hilfe von Künstlicher Intelligenz oder intelligenter Forschender neue Ideen für Produkte und Dienstleistungen generiert werden können.
- Sektorspezifische Lösungen: In vielen Fällen werden sektorspezifische Lösungen (trotz ihrer Beschränktheit in einer vernetzten Wirtschaft) hilfreich sein, da nur dann spezifisch auf die Bedürfnisse der jeweiligen Branche eingegangen werden kann. Hier setzt der Data Act einen Standard, der aber im Zusammenwirken der Unternehmen in einer Branche, die auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen stehen, erheblich erweitert werden kann.
- Interoperabilitätslösungen im Markt: Interoperabilität möglichst vieler Produkte und Dienste wird als Königsweg der digitalen Zusammenarbeit angesehen.⁵⁵ Im Markt entstehen erste einheitliche Formate (*Matter*). Wichtig ist, dass gerade auch KMU frühzeitig in die Diskussionen eingebunden werden, damit nicht – wie etwa im Kfz-Bereich – Lösungen propagiert werden, die möglicherweise einseitig bestimmte Industrieinteressen bedienen.⁵⁶
- Aufbau eigener Datenpools und Stärkung von Verhandlungsmacht: Neben dem Aufbau von Datenpools, die umfassende Lösungen darstellen, ist auch denkbar, dass verschiedene kleinere Unternehmen ihre Verhandlungsmacht bündeln und somit verstärken. Dies könnte durch die Zusammenarbeit in Datenpools oder die gemeinsame Aushandlung von Datennutzungsverträgen geschehen. Der Data Act sieht solche Kollektivlösungen zwar nicht explizit vor, gibt aber ein Druckmittel an die Hand, um die Interessendurchsetzung zu verbessern.

Der Data Act ist der richtige Ansatz für eines der Schlüsselprobleme der Digitalwirtschaft. Auf diesem Fundament muss nun durch die Marktakteure das tatsächliche Datenteilungsregime weiterentwickelt werden. Die

⁵⁵ Siehe z.B. *Atik, Data Act: Legal Implications for the Digital Agriculture Sector, TILEC Discussion Paper, 2022, S. 12.*

⁵⁶ Vgl. zum Kfz-Beispiel *Kerber, JIPITEC 2018, Data Governance in Connected Cars: The Problem of Access to In-Vehicle Data, S. 310.*

B. Der EU Data Act als Grundgesetz der Datenwirtschaft

Grundkonzeption überzeugt. Allerdings bleiben noch Desiderata offen (dazu Teil C.).