

# Jenseits von Unternehmen und Verbraucher:innen – Die nutzer:innenzentrierte Perspektive des europäischen Digitalwirtschaftsrechts

Arne Radeisen\*

## I. Einleitung

Innovation spielt eine zentrale Rolle in der Digitalökonomie. Innovation zu fördern war auch Ziel des europäischen Gesetzgebers, als er den Digital Markets Act (DMA), den Digital Services Act (DSA) und den Data Act (DA) geschaffen hat.

Die klassische ökonomische Theorie beschreibt Innovation als markt-basierten Prozess.<sup>1</sup> Unternehmen identifizieren profitable Marktlücken, investieren in die Entwicklung neuer Produkte und bieten diese auf dem Markt an. Seit den 1970er Jahren wird dieses Modell durch eine nutzer:innenbasierte Perspektive ergänzt.<sup>2</sup> Nutzer:innen entwickeln Produkte und Dienste oft selbst, um eigene Bedürfnisse zu befriedigen, anstatt auf Angebote von Unternehmen zu warten. Die digitale Umgebung ist eine fruchtbare Umgebung für nutzer:innenbasierte Innovation, da Kosten für Entwicklung, Kommunikation und Verbreitung gering sind.

Das Recht kann Zugang zu Ressourcen wie Informationen und Daten ermöglichen oder erschweren. Insbesondere steuert die Regulierung der Digitalökonomie, wem und wie Zugang verschafft wird. In Märkten benötigen nur gewerbliche Unternehmen Ressourcenzugang und Verbraucher:innen brauchen lediglich Informationen und Wahlfreiheit über angebotene

---

\* Der Autor ist Doktorand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Recht der Digitalisierung (Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale)) an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Autor dankt Katharina de la Durantaye für wertvolle Gespräche sowie dem gesamten Lehrstuhlteam, insbesondere Paul Suilman, für hilfreiche Anregungen.

1 Vgl. *J. Schumpeter*, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung. Eine Untersuchung über Unternehmerrgewinn, Kapital, Kredit, Zins und den Konjunkturzyklus.*, Berlin 1934; siehe auch *E. von Hippel*, *Free Innovation*, Cambridge, Mass. 2017, S. 6 ff. m.w.N.

2 *E. von Hippel*, *The Dominant Role of Users in the Scientific Instrument Innovation Process*, *Research Policy* 1976, 212; *E. von Hippel*, *The sources of innovation*, New York 1988.

Produkte und Dienste. Entsprechend hat das europäische Verbraucherrecht klassischerweise keine unmittelbar innovationsfördernde Funktion.

Nutzer:innen hingegen benötigen für innovative Produktion Zugang zu Einsatzgütern und Diffusionsmechanismen. Die europäische Regulierung der Digitalökonomie verfolgt einen breiten Ansatz. Sie schützt Nutzer:innen mit Instrumenten, die traditionell dem Verbraucherrecht zugeordnet werden, unterscheidet aber oft nicht danach, ob die Nutzung gewerblich erfolgt.

Der Beitrag untersucht, inwiefern das Unionsrecht nutzer:innenseitige Innovationen in der Digitalökonomie fördert. Hierfür werden zunächst wirtschaftswissenschaftliche Grundlagen zu Innovationsprozessen und infrastrukturellen Gütern dargestellt (II.). Anschließend wird die Rolle vom Recht bei Innovationsprozessen erörtert und gezeigt, dass das Vertragsrecht Innovation hemmen oder ermöglichen kann (III.). Mit Blick auf die untersuchten Instrumente werden dann die Rechtsbegriffe „Verbraucher:in“ und „Nutzer:in“ unionsrechtlich kontextualisiert (IV.). Schließlich werden Zugangsregeln und Schutzmechanismen untersucht, denen eine innovationsfördernde Funktion innewohnt, sowohl im Hinblick auf Daten (V.), als auch auf Plattformen (VI.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (VII.).

## *II. Innovationsmodelle und Wertschöpfung in der Digitalökonomie*

Innovationen zu fördern ist erklärtes Ziel des europäischen Gesetzgebers bei der Regulierung der Digitalökonomie. Der DA soll laut ErwGr. 32 „die Entwicklung neuer, innovativer vernetzter Produkte oder verbundener Dienste [...] fördern“ und dient dazu, „die Entwicklung völlig neuartiger Dienste unter Nutzung der betreffenden Daten anzuregen“. Laut ErwGr. 103 sollen auch „wissenschaftliche Forschung oder zivilgesellschaftliche Initiativen“ gefördert werden. Auch der DSA dient laut ErwGr. 4, ErwGr. 9 und Art. 1 Abs. 1 DSA der Förderung von Innovation. Dass Innovation Schutz- und Förderungsgegenstand des DMAs ist, ergibt sich insbesondere aus ErwGr. 4, 17 und 32. Nach ErwGr. 33 ist die angemessene Wertabschöpfung für innovative Tätigkeiten auch eine Frage der Fairness.

Innovation ist also Ziel wirtschaftlicher Regulierung; was Innovation bedeutet, lässt sich mit Blick auf ökonomische Maßstäbe konkretisieren. Das Oslo-Handbuch der OECD definiert Innovation in seiner aktuellen Ausgabe als „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).<sup>3</sup> Diese Definition umfasst ausdrücklich alle Sektoren und auch Haushalte.<sup>4</sup> Außerdem sieht die Definition, im Gegensatz zur vorigen Version des Oslo-Handbuchs,<sup>5</sup> keine Markteinführung als notwendige Implementierung vor. Die neuere Definition lässt auch andere Diffusionsmechanismen neben Märkten zu, etwa kollaborative Projekte oder *Commons*-Strukturen.<sup>6</sup>

## 1. Von Schumpeters Marktmodell zu nutzer:innenbasierter Innovation

Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts entwickelte *Schumpeter* seine Theorie zu Innovationsprozessen; sie prägt damit bis heute das Verständnis davon, wie neue Produkte und Dienste entwickelt werden.<sup>7</sup> *Schumpeters* Kernaussage ist, dass neue Produkte auf einem Markt angeboten werden, um Profite zu erzielen.<sup>8</sup> Nach diesem Modell treibt nicht primär die eigene oder fremde Bedürfniserfüllung Innovation. Neuartiges wird nicht entwickelt, um es selbst zu nutzen, sondern weil es verkauft werden kann. Kommerzielle Hersteller:innen identifizieren potenziell profitable Marktbedürfnisse, um anschließend in die Entwicklung neuer Produkte und Dienste zu investieren, welche sie dann wiederum marktseitig anbieten können.<sup>9</sup> Indem kommerzielle Hersteller:innen die Entwicklungskosten an alle Abnehmer:innen verteilen können, sind sie in der Lage, große Summen in die Produktentwicklung zu investieren – Entwicklungskosten, die einzelne Nutzer:innen nicht tragen könnten.

---

3 OECD/Eurostat, Oslo-Handbuch 2018: Leitlinien für die Erhebung, Darstellung und Nutzung von Innovationsdaten, 4. Ausgabe, Paris 2024, S. 33.

4 Vgl. OECD/Eurostat, Oslo-Handbuch 2018 (Fn. 3), S. 33.

5 Vgl. OECD/Eurostat, Oslo Manual Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, 3rd Ed., Paris 2005, S. 47.

6 Vgl. von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 146; F. Gault, User innovation and the market, Science and Public Policy 2012, 118.

7 Vgl. J. Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung (Fn. 1); siehe auch von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 6 ff. m.w.N.

8 Vgl. Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung (Fn. 1), S. 99 ff.

9 Vgl. Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung (Fn. 1), S. 99 ff.; siehe auch von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 6 f.

Seit den 1970er Jahren gerät dieses Fundament marktwirtschaftlicher Überlegungen ins Wanken. Der amerikanische Ökonom *von Hippel* vermutete, dass das Modell *Schumpeters* nur ein unvollständiges Bild von Innovationsprozessen zeichnet. Seine These: Nutzer:innen von Produkten und Diensten, sowohl in Unternehmen als auch in öffentlichen Einrichtungen und privaten Haushalten haben oft unmittelbare, eigene Bedürfnisse, die sie erfüllen wollen; sie treiben deshalb selbst neue Entwicklungen voran, um ihre Innovation selbst zu nutzen.<sup>10</sup> Die Entwicklungskosten werden durch die mit der Nutzbarkeit des neuen Produkts verbundenen Vorteile kompensiert. Transaktionen, welche die Entwicklungskosten ausgleichen und Gewinne erzielen, werden nicht beabsichtigt. Im Gegensatz zu kommerziellen Hersteller:innen haben Nutzer:innen kontextspezifische Kenntnis von den Problemen, die zu lösen sind; sie sind nicht auf marktseitige Nachfrage angewiesen, um den eigenen Bedarf zu identifizieren.<sup>11</sup> Zunächst im Wissenschaftssektor wies *von Hippel* durch eine empirische Studie nach, dass der überwiegende Teil der von ihm untersuchten Instrumente entwickelt wurden, weil Wissenschaftler:innen diese selbst nutzen wollten.<sup>12</sup> In den nachfolgenden Jahren konnten *von Hippel* und andere Forscher:innen ihr Modell nutzer:innenbasierter Innovation weiter ausformulieren und theoretisch sowie empirisch unterfüttern und auf andere Sektoren übertragen.<sup>13</sup>

Kennzeichnend für nutzer:innenbasierte Innovation ist, dass die Entwicklung selbstbelohnend ist.<sup>14</sup> Nutzer:innen handeln um ihre Entwicklung selbst nutzen zu können,<sup>15</sup> aus Freude an der Entwicklung selbst, für den Lernprozess und eigene Fähigkeiten zu verbessern oder sie handeln altruis-

---

10 *von Hippel*, Scientific Instrument Innovation (Fn. 2); *von Hippel*, sources of innovation (Fn. 2).

11 *E. von Hippel*, "Sticky Information" and the Locus of Problem Solving: Implications for Innovation, *Management Science* 1994, 429.

12 Siehe *von Hippel*, Scientific Instrument Innovation (Fn. 2), welcher früh nachweisen konnte, dass etwa 80% der untersuchten Prototypen von Wissenschaftler:innen selbst und nicht von kommerziellen Herstellern entworfen und hergestellt wurden.

13 Vgl. m.w.N. *D. Harhoff/K. Lakhani*, 1: Revolutionizing Innovation: Fundamentals and New Perspectives, in: *Harhoff/Lakhani* (Hrsg.), *Revolutionizing Innovation: Users, Communities, and Open Innovation*, Cambridge, Mass. 2016, 1.

14 Vgl. *E. von Hippel*, *Democratizing Innovation*, Cambridge, Mass. 2005, S. 60 f.; *von Hippel*, *Free Innovation* (Fn. 1), S. 27 ff.

15 *R. Stock/P. Oliveira/E. von Hippel*, Impacts of Hedonic and Utilitarian User Motives on the Innovativeness of User-Developed Solutions, *Journal of Product Innovation Management* 2015, 389.

tisch, um anderen zu helfen.<sup>16</sup> Da die Entwicklung selbst hinreichende Anreize schafft, teilen viele Nutzer:innen ihre Entwicklungen ohne Entgelt.<sup>17</sup> Der gesellschaftliche Wohlfahrtsgewinn durch solche freien Innovator:innen ist deshalb immens.

Innovationen durch Nutzer:innen finden insbesondere auch im Haushaltssektor statt. Mehrere Studien konnten in den letzten Jahren nachweisen, dass privat handelnde Personen in ihrer Freizeit in erheblichem Umfang innovativ tätig sind.<sup>18</sup> Diese Personen sind häufig freie Innovator:innen, also solche, die ohne entgeltliche Kompensation tätig werden und ihre Entwicklungen auch kompensationsfrei weitergeben.<sup>19</sup> Diese Nutzer:innen unterscheiden sich von Verbraucher:innen. Verbraucher:innen handeln in Transaktionen. Kollaborative Innovationsprojekte und *Commons* hingegen sind transaktionsfrei. Der eigene Beitrag wird nicht synallagmatisch verknüpft mit einer Gegenleistung.

Von Hippiels Theorie der „*user innovation*“ stellt das Innovationspotenzial von Produktentwicklungen durch Unternehmen nicht grundsätzlich in Frage – sie ergänzt nur das *Schumpetersche* Modell. Von freien Innovator:innen profitiert auch unternehmerische Innovation. Innovative Designs werden in der kommerziellen Entwicklungsphase übernommen und angepasst; die Produktion von marktfähigen Gütern standardisiert die Produktionsabläufe und bietet einheitliche Vertriebswege an.<sup>20</sup>

Potenzielle Hemmnisse nutzer:innenbasierter Innovation sind zum einen die Herstellungskosten und zum anderen die Kosten der Kommunikation unter den Nutzer:innen.<sup>21</sup> Je billiger das Experimentieren ist, desto mehr Nutzer:innen partizipieren im Innovationsprozess. Je billiger die ein-

---

16 Vgl. *Stock/Oliveira/von Hippel*, Hedonic and Utilitarian User Motives (Fn.15); *E. von Hippel/J. De Jong/S. Flowers*, Comparing Business and Household Sector Innovation in Consumer Products: Findings from a Representative Study in the United Kingdom, *Management Science* 2012, 1669; *von Hippel*, Democratizing Innovation (Fn. 14), S. 60 f.; *von Hippel*, Free Innovation (Fn. 1), S. 27 ff. m.w.N.

17 Vgl. *von Hippel/de Jong/Flowers*, UK Consumer Products (Fn. 16), S. 1677; *von Hippel*, Free Innovation (Fn. 1), S. 34.

18 Vgl. *von Hippel*, Free Innovation (Fn. 1), S. 19 ff.

19 Vgl. *von Hippel*, Free Innovation (Fn. 1), S. 1 ff.

20 Vgl. *C. Hienerth*, The commercialization of user innovations: the development of the rodeo kayak industry, *R&D Management* 2006, 273.

21 Vgl. *Y. Benkler*, When von Hippel Innovation Met the Networked Environment: Recognizing Decentralized Innovation, in: Harhoff/Lakhani (Hrsg.), *Revolutionizing Innovation* (Fn. 13), S. 195 (200 f.).

zelen Nutzer:innen miteinander kommunizieren können, desto einfacher können sie kollaborieren und neuartige Entwicklungen austauschen.

In einer digitalen, vernetzten Gesellschaft können diese Hindernisse leichter überwunden werden als in der analogen. In der Digitalwirtschaft ist freie Innovation deshalb besonders präsent. Das liegt zunächst an geringen Entwicklungskosten für digitale Produkte und Dienste; über die entscheidenden Kapitalgüter wie Computer, die benötigt werden, verfügen die Nutzer:innen oft ohnehin.<sup>22</sup> Weitere benötigte Ressourcen wie Software und Daten sind grundsätzlich nicht rival, die Nutzung durch eine Person schließt die Nutzung durch eine andere Person nicht aus.<sup>23</sup>

Außerdem kann leicht miteinander kommuniziert werden. Nutzer:innen können sich über Online-Plattformen miteinander vernetzen, Lösungsansätze teilen und ihre neuartigen Entwicklungen verbreiten. Plattformen, wie etwa soziale Medien, sind deshalb häufig Startpunkt nutzer:innenbasierter Innovation.<sup>24</sup> Statt einzelner, isolierter Nutzer:innen handeln in einer vernetzten Gesellschaft Communities. Solche Communities können aus einem gewerblichen, nicht-gewerblichen oder gemischten Teilnehmer:innenkreis bestehen.<sup>25</sup>

Diese Produktionstätigkeit beschränkt sich nicht auf innovative Produkte und Dienste. Nutzer:innen produzieren auch digitale Inhalte, die nicht notwendigerweise neu sind, aber gesellschaftlichen Wert haben, und machen diese frei verfügbar.<sup>26</sup> „User generated content“<sup>27</sup> liegen vergleichbare Mechanismen wie nutzerbasierter Innovation zugrunde: Die Entwicklung ist selbstbelohnend und Entwicklungs- und Diffusionskosten sind in der digitalen Umgebung gering.<sup>28</sup>

---

22 Vgl. Benkler, Decentralized Innovation (Fn. 21), S. 196.

23 Vgl. Benkler, Decentralized Innovation (Fn. 21), S. 200.

24 Vgl. F. Gault, User Innovation in the Digital Economy, Foresight and STI Governance 2019, 6 (9).

25 Vgl. J. Potts/A. Torrance/D. Harhoff/E. von Hippel, Profiting from Data Commons: Theory, Evidence, and Strategy Implications, Strategy Science 2024, 1.

26 Siehe nur von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 151 ff.

27 Eine OECD-Studie definiert „user generated content“ als „i) content made publicly available over the Internet, ii) which reflects a ‘certain amount of creative effort’, and iii) which is ‘created outside of professional routines and practices’“, vgl. S. Wunsch-Vincent/G. Vickery, Participative Web and User-Created Content: Web 2.0, Wikis and Social Networking, Paris 2007, S. 4.

28 Vgl. von Hippel, Free Innovation (Fn. 1), S. 151 ff.

## 2. Infrastrukturelle Güter

Innovation und Produktion in der Digitalökonomie kann nur treffend beschreiben, wer einen Blick auf die entscheidenden Ressourcen wirft, welche zur Herstellung (neuartiger) Produkte, Dienste und Prozesse benötigt werden. Innovation entsteht nicht im luftleeren Raum, sondern bedarf Einsatzgüter. Einsatzgüter der digitalen Welt haben besondere wirtschaftliche Eigenschaften. Hiernach richtet sich, wie diese verteilt werden sollten.

Viele digitale Güter lassen sich als Infrastrukturen im Sinne von *Frischmann* beschreiben. Infrastruktur in diesem Sinne ist eine abstrakte ökonomische Kategorie von Gütern. Es handelt sich nicht nur um physische Ressourcen in großem Maßstab für die allgemeine Verwendung, wie etwa Straßen. Abstrakt betrachtet sind Infrastrukturen „*shared means to many ends*“<sup>29</sup>.

Infrastrukturelle Güter haben demnach drei Eigenschaften:<sup>30</sup> Erstens sind sie nicht rival; der Konsum durch eine Person schließt die Nutzung durch eine andere Person nicht aus. Zweitens dienen die Ressourcen nicht dem unmittelbaren Konsum, sondern sind Einsatzgut für die Produktion anderer Güter oder Dienste. Drittens sind diese anderen Güter oder Dienste, die mittels Infrastrukturen produziert werden, äußerst vielgestaltig. Infrastrukturen sind also nicht nur eine notwendige Vorstufe für die Produktion eines bestimmten Gutes, sondern können der Produktion vieler verschiedener privater oder öffentlicher Güter dienen.

Kern der normativen Folgerung *Frischmanns* ist, dass Infrastrukturen als *Commons* behandelt werden sollten; zu Infrastrukturen sollte möglichst diskriminierungsloser Zugang gewährt werden.<sup>31</sup> Diskriminierungsloser Zugang heißt, dass nicht nach Art der Nutzung oder Nutzer:in unterschieden werden sollte, denn es kann nicht antizipiert werden, welche Nutzung oder Nutzer:in den höchsten gesellschaftlichen Wert generiert. Insbesondere gilt dies bei gemischten oder öffentlichen Infrastrukturen, also solchen Infrastrukturen, die nicht allein der Generierung von exklusiven und rivalen Gütern als Output dienen. Nicht rivale Einsatzgüter mit vielgestaltigen Outputmöglichkeiten generieren demzufolge dann den höchsten Wert,

---

29 *B. Frischmann*, *Infrastructure: the social value of shared resources*, New York 2012, S. 4.

30 Vgl. *Frischmann*, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 61.

31 Vgl. *Frischmann*, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 91 ff.; *B. Frischmann*, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, *Minnesota Law Review* 2005, 917.

wenn nicht ausschließlich die Personen, die das jeweilige Gut am meisten schätzen, Zugang erhalten, sondern alle, die die Einsatzressource nutzen und damit Wert generieren. Ein Markt führt nicht zur optimalen Verteilung des Guts, denn selbst wenn das Nachfragesignal akkurat den Wert für die Konsument:in abbildet, ist das nur der Wert, der jeweils vereinnahmt werden kann, ohne dass sich hieraus positive Externalitäten ableiten lassen. Zugangsregeln sollten deshalb die Zugangsgewährung nicht davon abhängig machen, ob eine kommerzielle Nutzung beabsichtigt ist oder nicht.<sup>32</sup>

In der Digitalwirtschaft existieren viele Ressourcen mit infrastrukturellem Charakter. Im Folgenden werden zwei Kategorien betrachtet, deren besonderes wirtschaftliches Potential auch die Europäischen Kommission betont: Plattformen und Daten.

#### a) Plattformen

Auf Plattformen treten Nutzer:innen direkt miteinander in Kontakt. Das Angebot des Plattformdienstes besteht darin, die Interaktion der Nutzer:innen zu optimieren; diese Interaktionen können kompetitiv oder kooperativ sein.<sup>33</sup>

Online-Plattformen haben oft infrastrukturellen Charakter.<sup>34</sup> Soziale Medien wie Facebook oder Instagram verlieren ihren Nutzen, wenn niemand Inhalte auf die Plattform stellt. Die Plattform fungiert als Intermediär.

Eine Plattform kann als Dienst sowohl öffentliche als auch private Infrastruktur sein. Die geteilten Inhalte können vielerlei Gestalt haben. Die Nutzung von Plattformen ist nicht auf den Vertrieb von Waren gegen ein Entgelt beschränkt. Die Regelungsmacht von Plattformen betrifft damit nicht nur Geschäftspartner:innen und Mitbewerber:innen in ihrer Gestaltungsautonomie, sondern auch Endnutzer:innen. Plattformen im Sinne des DSA sind damit für Nutzer:innen typischerweise gemischte Infrastrukturen. Sie dienen als Einsatzressource der Herstellung sowohl öffentlicher und privater Güter.

---

32 Vgl. *Frischmann*, Infrastructure (Fn. 29), S. 72 ff.

33 Siehe nur *J. van Dijck/D. Nieborg/T. Poell*, Reframing platform power, Internet Policy Review 2019, 1.

34 So auch *van Dijck/Nieborg/Poell*, Platform power (Fn. 33), 9.

b) Daten

Auch Daten können infrastrukturellen Charakter haben.<sup>35</sup> In ihrer Mitteilung über eine europäische Datenstrategie betont auch die Kommission die fehlende Rivalität von Daten.<sup>36</sup> Darüber hinaus erkennt sie, dass Daten nur Einsatzgüter sind und nicht unmittelbar verbraucht werden: „[D]er eigentliche Wert von Daten liegt in ihrer Nutzung und Weiterverwendung“.<sup>37</sup> In dieser Nutzung und Weiterverwendung liegt vielfältiges Innovationspotenzial, beispielhaft werden „personalisierte Medizin, eine neue Mobilität“ und der „Beitrag zum europäischen Grünen Deal“ genannt.<sup>38</sup>

Auch der normativen Folgerung *Frischmanns* folgt die Kommission implizit, wenn sie (unter Berücksichtigung von möglichen datenschutzrechtlichen Bedenken) fordert, dass nicht-personenbezogene Daten „allen zugänglich sein [sollten] – ob öffentlich oder privat, ob groß oder klein, ob Start-up oder Gigant“.<sup>39</sup> Solche Bestrebungen, Daten offen als *Commons* zu teilen, bringen erhebliche Innovationsmöglichkeiten für Unternehmen und individuelle Nutzer:innen.<sup>40</sup>

### III. Recht als Ermöglichungsstruktur für Produktion und Innovation

Das Recht kann Innovation fördern. Dies kann auf unterschiedliche Weisen geschehen. Das Urheberrecht etwa macht kreative Leistungen zu marktfähigen Gütern. Dadurch schafft es Anreize für die Entwicklung weiterer Güter.<sup>41</sup> Wenn die Entwicklung von Gütern selbstbelohnend ist, es also keiner externen Incentivierung bedarf, bedarf es derartiger Anreize nicht. Dann ist möglichst große Nutzer:innenfreiheit innovationsfördernd. Nutzer:innen sind dann frei, wenn sie effektiv viele Möglichkeiten haben, Res-

35 Vgl. *OECD*, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-being*, Paris 2015, S. 177 ff.

36 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen Eine europäische Datenstrategie, COM/2020/66, S. 5.

37 *Europäische Kommission*, Datenstrategie (Fn. 36), S. 7.

38 *Europäische Kommission*, Datenstrategie (Fn. 36), S. 1.

39 *Europäische Kommission*, Datenstrategie (Fn. 36), S. 1.

40 Vgl. *Potts/Torrance/Harhoff/von Hippel*, *Data Commons* (Fn. 25).

41 M.w.N. S. *Grundmann/F. Möslein*, *Vertragsrecht und Innovation – Gedanken zur Gesamtarchitektur*, in: S. *Grundmann/F. Möslein* (Hrsg.), *Innovation und Vertragsrecht*, Tübingen 2020, S. 3 (21 ff.).

sources für beliebige Zwecke einzusetzen und ihre Produkte anschließend frei zu verteilen, ohne dabei andere Nutzer:innen einzuschränken.<sup>42</sup> Entscheidend sind also Ressourcenzugang und Erhaltung von Autonomie. Der Wirkungszusammenhang zwischen Innovation und dessen Förderung und Ermöglichung durch das (Privat-)Recht ist dabei nicht beschränkt auf das Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.<sup>43</sup> Auch das Vertragsrecht spielt bei der Entwicklung neuen Wissens eine wesentliche Rolle, denn es bildet den Rahmen für die Transaktionen, die Ressourcen zugänglich machen und neue Entwicklungen verteilen.<sup>44</sup>

#### IV. Nutzer:innen statt Verbraucher:innen

Nach Art. 2 lit. b) Klausel-RL<sup>45</sup> sind Verbraucher:innen Personen, die nicht gewerblich oder beruflich tätig sind.

Das Bild der unionsrechtlichen Verbraucher:in ist davon bestimmt, dass sie die schwache Vertragspartei und typischerweise strukturell benachteiligt ist.<sup>46</sup> Ihre Schwäche resultiert nach Konzeption des EuGH aus Informationsdefiziten<sup>47</sup> oder ungleichen Verhandlungspositionen.<sup>48</sup>

Das Begriffsverständnis der Klausel-RL legen auch Art. 3 lit. c) DSA und Art. 2 Nr. 23 DA zugrunde. Anders als der DMA verwenden sie den Begriff der Verbraucher:in. DA, DMA und DSA knüpfen aber primär an den Status als Nutzer:in an; dieser Rechtsbegriff ist ein zentraler Ausgangspunkt für Schutzinstrumente der jeweiligen Rechtsakte.<sup>49</sup>

---

42 Vgl. *Benkler*, Decentralized Innovation (Fn. 21), S. 201 f.

43 Vgl. *Grundmann/Möslein*, Vertragsrecht und Innovation (Fn. 41), S. 26 ff.

44 Vgl. S. *Grundmann/F. Möslein*, Vertragsrecht als Infrastruktur für Innovation, ZfPW 2015, 435 (438 ff.); *Grundmann/Möslein*, Vertragsrecht und Innovation (Fn. 41), S. 34 ff.; T. *Riehm*, Vertragsrecht als Infrastruktur von Innovation in: *Grundmann/Möslein* (Hrsg.) Innovation und Vertragsrecht (Fn. 41), S. 143 ff.

45 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95, S. 29–34.

46 Vgl. E. *Hondius*, The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis, *Journal of Consumer Policy* 2004, 245; *Meli*, Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party, *European Review of Contract Law* 2006, 159.

47 EuGH, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, Rn. 59 - Karel de Grote.

48 EuGH, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, Rn. 27 - Costea.

49 Auch der Data Governance Act kennt den Begriff der (Daten-)nutzer:in. Datennutzer:in ist gemäß Art. 2 Nr. 9 DGA eine natürliche oder juristische Person, die rechtmäßig Zugang zu bestimmten personenbezogenen oder nicht personenbezogenen

## 1. DA

Nutzer:in im Sinne des DAs ist nach Art. 12 Nr. 12 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“. Aus der rechtmäßigen Nutzung des Produkts oder des verbundenen Dienstes leitet der europäische Gesetzgeber die rechtmäßige Nutzbarkeit der erzeugten Daten ab.<sup>50</sup> Die weite Definition von Nutzer:innen umfasst sowohl gewerbliche als auch private Personen. Außerdem kann es mehrere Nutzer:innen desselben Produkts oder Dienstes geben.<sup>51</sup> Laut ErwGr. 18 DA sollen alle rechtmäßigen Nutzer:innen des Produkts aus zwei Gründen Datenzugang haben: Erstens, weil sie an der Erzeugung der Daten mitgewirkt haben („*co-generation*“). Dieser Begründung liegt eine Gerechtigkeitserwägung zugrunde; es sollen alle, die das wirtschaftlich wertvolle Gut hergestellt haben, von diesem auch profitieren dürfen. Zweitens nennt ErwGr. 18 einen funktionalen Grund: Verschiedene Nutzer:innen können unterschiedliche Interessen an verschiedenen Formen der Nutzung haben. Hier tritt der infrastrukturelle Charakter von Daten zutage: Aufgrund fehlender Rivalität und weil die positiven Externalitäten der jeweiligen Nutzung nicht vorherbestimmt werden kann, soll ein möglichst breiter Kreis an Nutzer:innen mit Zugangsrechten ausgestattet werden.

## 2. DMA

Der DMA differenziert zwischen Endnutzer:innen und gewerblichen Nutzer:innen; eine übergeordnete Definition der Nutzer:in liefert er nicht.

---

Daten hat und diese für kommerzielle oder nicht kommerzielle Zwecke nutzen darf. Zugang i.S.d. DGA ist nach Art. 2 Nr. 13 die Datennutzung im Einklang mit bestimmten technischen, rechtlichen oder organisatorischen Anforderungen; die Daten müssen nicht heruntergeladen oder übertragen werden.

Zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Nutzung differenziert der DGA ausdrücklich nicht. Der DGA erkennt damit an, dass juristische wie natürliche Personen als rechtmäßige Datennutzer in ähnlicher Position sind, unabhängig von deren (nicht-)kommerziellen Motivation.

50 Vgl. *L. Antoine*, Datenzugangsrechte im finalen DA – Fortschritt, Rückschritt, neue Fragen? — Schlüssel zur Förderung datengetriebener Geschäftsmodelle?, CR 2024, 1, 3 f.

51 Siehe auch ErwGr. 18 und 21 DA.

Endnutzer:in ist nach Art. 2 Nr. 20 DMA „eine natürliche oder juristische Person, die zentrale Plattformdienste nutzt und nicht als gewerblicher Nutzer auftritt“. Gewerbliche Nutzer:in ist demgegenüber „eine natürliche oder juristische Person, die im Rahmen einer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit zentrale Plattformdienste zum Zweck oder im Zuge der Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen für Endnutzer nutzt“. Der gewerbliche Charakter besteht damit im Verhältnis zu anderen Nutzer:innen. Gemeinsam haben End- und gewerbliche Nutzer:innen, dass sie den Plattformdienst in Anspruch nehmen.

Auf den ersten Blick erinnert diese Binnenunterscheidung an die bewährte Dichotomie von Unternehmer:innen und Verbraucher:innen. Allerdings trägt dieser Eindruck: Die Abgrenzung betrifft allein das Verhältnis der Nutzer:innen untereinander. Der DMA bildet ein dreiseitiges Verhältnis ab, Plattformdienste vermitteln gewerblichen Nutzer:innen den Zugang zu Endnutzer:innen.<sup>52</sup> In diesem Dreiecksverhältnis ist die gewerbliche Nutzer:in gegenüber Torwächtern strukturell benachteiligt – ähnlich wie Verbraucher:innen gegenüber Unternehmen.<sup>53</sup> Die gewerbliche Nutzer:in wird, genauso wie die Endnutzer:in, durch den DMA geschützt. Dies ist untypisch, üblicherweise hat die Gewerblichkeit die Auferlegung von Pflichten zur Folge.<sup>54</sup>

### 3. DSA

In der Plattformökonomie verwischen die Grenzen zwischen passiven Konsument:innen und aktiven Produzent:innen. Auch rein privat handelnde Nutzer:innen verteilen über Plattformen Produkte, etwa selbst erstellten Content. Das bildet der DSA ab: Art. 3 lit. b) DSA definiert die Nutzer:in als „jede natürliche oder juristische Person, die einen Vermittlungsdienst in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen“. Nutzer:innen, die Content auf Plattformen verbreiten, stellen damit Informationen im Sinne der Vorschrift zur Verfügung. Entsprechend erfasst die Definition nach Art. 3 lit. b) DSA sowohl aktive als auch passive Nutzer:innen. Erfasst werden sowohl kommerzielle als

---

52 P. Bongartz/A. Kirk in: R. Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act Gesetz über digitale Märkte, 1. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 2 Rn. 104.

53 Vgl. ErwGr. 2, 4, 7, 13, 33 DMA.

54 Vgl. Bongartz/Kirk (Fn. 52), Art. 2 Rn. 104.

auch nicht-kommerzielle Nutzer:innen, unabhängig davon, ob sie natürliche und juristische Personen sind.<sup>55</sup>

#### 4. Essentielle Charakteristika von Nutzer:innen

Nutzer:innen als rechtliche Kategorie ähneln Verbraucher:innen insofern, als sie sich in einer ungleichen Verhandlungsposition befinden, die regulatorisch auszugleichen ist. Die Rolle von Verbraucher:innen im Unionsrecht ist allerdings eine fundamental andere als die von Nutzer:innen, denn der Informationszugang, den das Verbraucherrecht vermitteln soll, dient dazu, dass diese auf einem Markt Nachfragesignale entsprechend ihren Präferenzen senden. Während das nationale Vertragsrecht historisch die individuelle Person und deren Freiheit in den Mittelpunkt stellt, betrachtet das europäische Verbraucherrecht Verbraucher:innen als Vehikel zur Marktintegration.<sup>56</sup> Verbraucher:innen dienen damit der Funktionsfähigkeit von Märkten.<sup>57</sup> Entsprechend sind verbraucherrechtliche Instrumente ausgestaltet.

Nutzer:innenseitige Innovation hingegen findet nicht auf Märkten statt. Innovationen sind sowohl im gewerblichen als auch im nicht-gewerblichen Bereich zu beobachten und dienen nicht dazu, die neuartige Entwicklung marktseitig anzubieten. Nutzer:innenschutz ist damit nicht spezifischer Verbraucher:innenschutz; soweit Nutzer:innen untereinander Innovationen austauschen, findet das überwiegend in kollaborativen Strukturen statt.

Außerdem leitet der europäische Gesetzgeber aus der rechtmäßigen Inanspruchnahme von Produkten oder Diensten die Rechtmäßigkeit nachgelagerter Nutzungen ab, die es zu erhalten gilt. Der DA soll nicht nur die Nutzung eines Produkts gewährleisten, sondern auch die spätere Nutzbarkeit von Daten. Die Plattformregulierung soll nicht nur die Nutzung der Plattform, sondern auch die nachgelagerte Interaktion mit anderen Nutzer:innen gewährleisten. Ob diese nachgelagerten Nutzungen gewerblichen Charakter haben, ist durch die Gewerblichkeit der Nutzung des Produktes oder des Dienstes nicht vorherbestimmt.

---

55 Vgl. *F. Hofmann* in: *F. Hofmann/B. Raue*, Digital Services Act Gesetz über digitale Dienste, Baden-Baden 2023, Art. 3 Rn. 23.

56 Vgl. *M. Bartl*, Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political, *European Law Journal* 2015, 572 (581 ff. m.w.N).

57 Vgl. *M. Bartl*, Socio-Economic Imaginaries and European Private Law, in: *P. Kjaer* (Hrsg.), *The Law of Political Economy*, Cambridge 2020, S. 228 (240 ff.).

Die digitalökonomische Regulierung knüpft deshalb treffenderweise nicht an einer Unterscheidung an, die ihren Ursprung in der Funktionsweise von Märkten hat. Damit erübrigen sich auch Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Verbraucher:innen und Kleinunternehmen, etwa in Fällen von „*user entrepreneurship*“.<sup>58</sup>

## V. Datenrecht – Zugang zu Ressourcen

Eine wichtige Ressource für innovative Prozesse sind Daten. Sie können ohne hohe Kosten vervielfältigt werden und bieten sich dafür an, als geteiltes Gut verwaltet zu werden. Dem freien Teilen von Daten in kollaborativen Netzwerken können aber Ausschließlichkeitsrechte entgegenstehen.

Das europäische Datenrecht kennt kein Dateneigentum.<sup>59</sup> Technische Gestaltungen schaffen bereits Ausschlussmöglichkeiten, diese mussten daher nicht normativ abgesichert werden.

Auf rechtlicher Ebene können an Daten zwar immaterialgüterrechtlicher Schutz, Datenschutzrechte oder Geschäftsgeheimnisschutz bestehen.<sup>60</sup> Indes üben Dateninhaber:innen primär nicht rechtliche, sondern faktische Kontrolle durch technische Gestaltung aus. Die faktische Kontrolle hat der Gesetzgeber als tauglichen Vertragsgegenstand anerkannt. Mit dem Vertrag wird der *de facto* Zugang rechtlich verfestigt.<sup>61</sup> Auf dieser norma-

---

58 Zu den Schwierigkeiten, ab wann die Schwelle zur Gewerblichkeit überschritten wird, siehe V. Mak, How Can Consumer Interests be Protected When Consumer Identities are Increasingly Diffuse?, in: H. Micklitz/C. Twigg-Flesner (Hrsg.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Oxford 2023, S. 43 (51 ff.).

59 Ein absolutes Recht an digitalen Darstellungen von Handlungen, Tatsachen oder Informationen wurde in den letzten Jahren diskutiert, letztlich aber von Wissenschaft und Unionsgesetzgeber abgelehnt; vgl. M. Grünberger, Data access rules: The role of contractual unfairness control of (consumer) contracts, in: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz/Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, Baden-Baden 2021, S. 253 (255 f.) m.w.N.

60 Vgl. J. Drexler/R. Hilty/L. Desautettes/F. Greiner/D. Kim/H. Richter/G. Surblytė/K. Wiedemann, Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, GRUR Int. 2016, 914.

61 Vgl. F. Mezzanotte, Access to Data: The Role of Consent and the Licensing Scheme, in: S. Lohse/R. Schulze/D. Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden 2017, 159.

tiven Ebene setzt der europäische Gesetzgeber an, um Zugangsregeln<sup>62</sup> zu gestalten. Da die Ausschlussmöglichkeit vertraglich abgesichert wird, ist es genuine Aufgabe des Vertragsrechts, den faktischen Ausschluss anderer von der Nutzung von Daten zu regulieren.<sup>63</sup> Dabei beschränkt sich die vertragsrechtliche Regulierung nicht auf den bilateralen Interessenausgleich, sondern berücksichtigt auch den Rahmen, in dessen Kontext der individuelle Vertrag bestimmte Funktionen erfüllt.<sup>64</sup> Insofern steuert das (Daten-)Vertragsrecht Innovationsmöglichkeiten.<sup>65</sup> Es bestimmt Reichweite von Ausschluss- und gegenläufigen Zugangsmöglichkeiten. Funktional nimmt damit das europäische Datenrecht eine ähnliche Rolle wie das Immaterialgüterrecht ein.<sup>66</sup>

## 1. Datenzugangsregeln des DA

Der DA regelt den Zugang zu Produktdaten und Daten verbundener Dienste.<sup>67</sup> Er ist ausdrücklich kein Verbraucherrecht, sondern ergänzt dieses laut Art. 1 Abs. 9 DA und ErwGr. 9 nur. Im Mittelpunkt der Verordnung stehen Datennutzer:innen. Der DA unterstellt Datennutzer:innen eine aktive Rolle. Zentrale Handlungsoptionen sind der Datenzugang *by design* (Art. 3 Abs. 1 DA) bzw. die Ausübung von Datenzugangsrechten (Art. 4 Abs. 1 DA) und die Weiterleitung von Daten (Art. 5 Abs. 2 DA). Nach Art. 3 Abs. 1 DA müssen „Produkte so konzipiert und hergestellt und verbundene Dienste so erbracht [werden], dass die bei ihrer Nutzung erzeugten Daten standardmäßig für den Nutzer einfach, sicher und – soweit relevant und angemessen – direkt zugänglich sind“. Art. 4 Abs. 1 DA komplementiert diese Pflicht um ein subjektives Recht der Nutzer:in auf unverzüglichem und kostenlosen Datenzugang. Außerdem darf nach Art. 5 Abs. 1 DA die

---

62 Zugangsregeln steuern die Nutzbarkeit und beschränken Ausschlussmöglichkeiten; siehe grundlegend zu dieser Begrifflichkeit und Wissensteilung in Netzwerken D. Wielsch, Zugangsregeln, Tübingen 2008, S. 6 ff., S. 192 ff.

63 Vgl. Grünberger, Data access rules (Fn. 59), S. 257 ff.

64 Vgl. Grünberger, Data access rules (Fn. 59), S. 268; M. Grünberger, Verträge über digitale Güter, AcP 2018, 213 (245).

65 Siehe oben, unter III.

66 Vgl. Riehm, Vertragsrecht als Infrastruktur (Fn. 44), S. 144 f.

67 Zum (infrastrukturellen) Wert von Daten, deren Innovationspotenzial, Einsatzmöglichkeiten und existierenden Initiativen siehe nur L. Dodds/P. Wells, Data infrastructure, in: T. Davies/S. Walker/M. Rubinstein/F. Perini (Hrsg.), The State of Open Data: Histories and Horizons, Cape Town 2019, S. 260.

Nutzer:in die Weiterleitung der Daten an Dritte verlangen. Entscheidend dafür, ob der DA seine Ziele erreicht, ist aus funktionaler Perspektive, ob und wie es gelingt, die Datennutzer:innen zu aktivieren, um eine „optimale Verteilung der Daten zum Nutzen der Gesellschaft“<sup>68</sup> zu gewährleisten.

Eine Möglichkeit, Zugang zu regulieren, sind Klauselkontrollen. Der DA strebt eine umfassende Kontraktualisierung der Verhältnisse beteiligter Akteure an;<sup>69</sup> zum Teil durch echte Kontrahierungszwänge, zum Teil indem die Parteien incentiviert werden, Verträge zu schließen.<sup>70</sup>

Diesen Verträgen macht der DA auch auf inhaltlicher Ebene Vorgaben; vor allem sollen die Vertragsbedingungen fair<sup>71</sup> und nicht diskriminierend<sup>72</sup> sein.

Der DA schützt die Zugangsinteressen von Nutzer:innen davor, durch vertragliche Bedingungen ausgehebelt zu werden, auf zwei Weisen. Erstens nimmt er essenzielle Rechte von der Disposition der Parteien aus. Art. 7 DA erklärt jede Vertragsklausel für unwirksam, welche zum Nachteil der Nutzer:in von den Rechten aus Art. 3-6 DA abweicht, also insbesondere auch von den Datenzugangsregeln aus Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 DA. Die Privatautonomie der Parteien wird formal beschränkt, um Nutzer:innen effektive Nutzungsmöglichkeiten zu erhalten.

Zweitens normieren Art. 8 Abs. 2 Alt. 1 i.V.m. 13 DA eine allgemeine Missbrauchs- bzw. (Un-)fairnesskontrolle. Danach ist jede Vertragsklausel in Bezug auf den Datenzugang und die Datennutzung oder die Haftung und Rechtsbehelfe bei Verletzung oder Beendigung datenbezogener Pflichten, die ein Unternehmen einem anderen Unternehmen einseitig auferlegt, für letzteres Unternehmen nicht bindend, wenn sie missbräuchlich<sup>73</sup> ist. Nach Art. 13 Abs. 2 DA sind Vertragsklauseln missbräuchlich, „wenn ihre Anwendung eine grobe Abweichung von der guten Geschäftspraxis bei Datenzugang und Datennutzung darstellt oder gegen das Gebot von Treu

---

68 ErwGr. 2 DA.

69 So auch ErwGr. 5 DA; vgl. auch *D. Staudenmayer*, Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Datengesetz, NJW 2024, 1377 (1378).

70 Art. 4 Abs. 13 DA verlangt eine vertragliche Abrede für die Nutzung der erzeugten nicht-personenbezogenen Daten durch die Dateninhaber:in. Auch Art. 6 Abs. 1 DA setzt für die Rechtmäßigkeit der Weitergabe an Dritte nach Art. 5 Abs. 1 DA Grenzen. So hängt die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Nutzer:in und Dritter ab. Auch diese Beziehung ist vertragsrechtlich überformt.

71 Vgl. ErwGr. 44 DA.

72 Vgl. ErwGr. 45 DA.

73 Die englische Sprachfassung spricht von „unfair“.

und Glauben verstößt.“ Laut ErwGr. 58 DA soll vor allem Risiken aus einer „stärkeren Verhandlungsposition“ begegnet werden.

Diese Klauselkontrolle ist unmittelbar nur auf Verträge unter Unternehmen anwendbar. Damit ist das unmittelbare Schutzniveau, das der DA für unternehmerische Nutzer:innen bestimmt, höher als für rein privat handelnde Endnutzer:innen. Das mag zunächst verwundern. Allerdings ist die datenrechtliche Klauselkontrolle mit Blick auf andere Klauselkontrollen zu betrachten. Art.13 DA ist beschränkt auf unternehmerischen Verkehr, um Dopplung und Redundanz zu vermeiden. Die Klausel-RL, auf die der DA in ErwGr. 28 DA ausdrücklich verweist, verpflichtet Mitgliedstaaten nämlich bereits auf eine Missbrauchskontrolle zugunsten von Verbraucher:innen, welche der deutsche Gesetzgeber durch das AGB-Recht umgesetzt hat. Laut ErwGr. 9 DA ergänzt der DA die Klausel-RL und dient auch den Interessen der Verbraucher:innen. Zwar enthält ErwGr. 9 DA ein Unberührtheitspostulat. Der Schutz von Verbraucher:innen als Nutzer:innen berührt indes nicht den Schutz „in seiner Rolle als Verbraucher beim Kauf von Waren und Dienstleistungen“, wie es die Klausel-RL formuliert. Eine Missbrauchskontrolle, die auch produzierende Tätigkeiten und Innovationspotentiale ermöglichen soll, steht in keinem Zielkonflikt zur verbraucherschützenden Funktion der Klausel-RL.<sup>74</sup> Im Sinne der Ergänzungsfunktion, die Art.1 Abs.9 DA und ErwGr. 9 DA formulieren, lassen sich die Wertungen des DAs auf die Auslegung der Klausel-RL übertragen, denn das Schutzniveau von Verbraucher:innen sinkt hierdurch nicht.<sup>75</sup> Verbraucher:innen, im Sinne von nicht-kommerziell motivierten Akteur:innen, sind damit auch als Nutzer:innen in der Weise zu schützen, dass sie Zugang zu Daten als Produktions- und Innovationsressource erhalten müssen.

Eine allgemeine (Un-)fairnesskontrolle wirft jedoch Probleme auf. Fairness bzw. Missbräuchlichkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe. Soweit es kein dispositives Vertragsrecht gibt, welches der Gesetzgeber als fair betrachtet, gibt es keinen Maßstab, anhand dessen die Fairness beurteilt werden kann.<sup>76</sup> Staatliche Akteur:innen, seien es Gesetzgeber, Behörden

---

74 so auch *S. Omlor*, *Unfair Contractual Terms under the EU Data Act*, *European Review of Private Law* 2024, 173 (176 f.)

75 Vgl. *D. Bomhard*, *Der Anwendungsbereich des Data Act*, *MMR-Beil.* 2024, 71 (74); siehe auch *F. Graf von Westphalen*, *Der neue Data Act - Eine Kaskade AGB-rechtlicher Verbote im unternehmerischen Verkehr*, *BB* 2024, 515 (516 ff.).

76 Vgl. *J. Drexler*, *Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? Ein Plädoyer für einen wettbewerbspolitischen Ansatz – Teil 2*, *NZKart* 2017, 415 (420).

oder Justiz, unterliegen unter Umständen Wissensdefiziten, da sie selbst weder Nutzer:in noch Dateninhaber:in sind und deshalb nicht beurteilen können, wie Güter fair zu verteilen sind.<sup>77</sup> Deshalb könnte man zu dem Schluss kommen, dass eine gesetzliche Kontrolle der vertraglichen Absprachen fehlgeleitet ist; nur die Akteur:innen selbst können ermitteln, was eine gerechte, bilaterale Verteilung von Rechten ist.<sup>78</sup>

Allerdings sollte es nicht den mächtigsten *Stakeholdern* überlassen werden, einseitig zu bestimmen, was fair ist: Sehr große Unternehmen regeln einseitig, wie Nutzer:innen sich zu verhalten haben, wer Kontrolle über Daten hat und wie diese Kontrolle ausgeübt wird.<sup>79</sup> Die Fairnesskontrolle kann diese faktische Macht einhegen. Was fair bzw. unfair ist, muss nicht der Gesetzgeber selbst formulieren. Die Kontrolle dient vielmehr einer Prozeduralisierung dezentralisierten Wissens.<sup>80</sup> Sie ermöglicht es, dass unterschiedliche Personen Vertragsmodelle entwerfen, welche als abstrakt gerechter Ausgleich von Interessen etabliert werden. Diese Personen können (individuelle oder kollektivierte) Akteur:innen der Digitalwirtschaft sein, aus behördlicher Sphäre stammen oder Akademiker:innen sein.<sup>81</sup> Anhand der abstrakten Kontrolle von Modellverträgen lässt sich auf vorgeschalteter Ebene die Fairness von Klauseln feststellen. In das konkrete Vertragsverhältnis strahlt dies als (widerlegliche) Vermutung fehlender Missbräuchlichkeit ein.<sup>82</sup>

Diesem Modell folgt der DA weitgehend. Die abstrakte Wertung „Fairness“ bzw. „Missbräuchlichkeit“, welcher die Datennutzungsabreden unterliegen, wird durch Modellvertragsklauseln mit Leben gefüllt, vgl. Art. 41 DA (ErwGr. 62 DA).<sup>83</sup> Die Konstruktion über Modellvertragsklauseln er-

---

77 Vgl. *Drexl*, Datenwirtschaft (Fn. 76), 420.

78 Vgl. *A. Metzger*, Access to and porting of data under contract law: Consumer protection rules and market-based principles, in: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz/Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), *Data Access* (Fn. 59), S. 287.

79 Vgl. *Grünberger*, *Data access rules* (Fn. 59), S. 274.

80 Vgl. *Grünberger*, *Data access rules* (Fn. 59), S. 276 f.

81 Siehe etwa ALI-ELI Draft Principles, abrufbar unter: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ALI-ELI\\_Principles\\_for\\_a\\_Data\\_Economy\\_Final\\_Council\\_Draft.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ALI-ELI_Principles_for_a_Data_Economy_Final_Council_Draft.pdf).

82 Die Fairnesskontrolle als prozeduralisierte Zugangsregel folgt dem Entwurf von *Grünberger*, *Data access rules* (Fn. 59); siehe auch *Omlor*, *Unfair Contractual Terms* (Fn. 74), 189.

83 Vgl. *Graf von Westphalen*, *Data Act* (Fn. 75), 516.

möglicht sektorspezifische Feinjustierungen, ohne das zugrundeliegende Zugangsparadigma zu gefährden.

Der offene Rechtsbegriff der Missbräuchlichkeit ist zudem zugänglich für außerrechtliche Erwägungen.<sup>84</sup> Fairness bzw. Missbräuchlichkeit beschränkt sich nicht zwingend auf das bilaterale Verhältnis, sondern erfasst auch Umstände, die außerhalb des spezifischen Rechtsverhältnisses liegen. ErwGr. 60 und ErwGr. 2 DA liegt dieses funktionale Verständnis von Fairness zugrunde, sie setzen die effektive Ausübung von Datenzugangsrechten in Zusammenhang mit Effizienzgedanken: Nach ErwGr. 2 DA verhindern missbräuchliche Vertragsbedingungen die optimale Verteilung von Daten. Die Fairnesskontrolle ist ein Vehikel, um dieses Ziel zu erreichen. Damit öffnet die Klauselkontrolle, ihrem Sinn und Zweck folgend, das Vertragsrecht für ökonomische Wertungen. Nutzer:innen Zugang zu infrastrukturellen Gütern zu gewähren, ist wohlfahrtsökonomisch sinnvoll. Es sollte deshalb nicht zwischen verschiedenen Nutzungsarten diskriminiert werden; diese normative Implikation folgt aus *Frischmanns* Analyse von Infrastrukturen.<sup>85</sup> Diese Wertung findet sich auch im System des DAs wieder, da dieser grundsätzlich nicht zwischen verschiedenen Kategorien von Nutzer:innen differenziert. Die grundlegenden Regeln, die Art. 3-7 DA formuliert, schützen alle Nutzer:innen gleichermaßen. Über die Fairnesskontrolle können Klauseln, welche die Überführung von Daten in kollaborative Netzwerke und *Commons*-Strukturen unterbinden, für unwirksam erklärt werden.

## 2. Datenzugangsrechte des DMA

Der DMA erkennt, dass Nutzer:innen häufig auch Verbraucher:innen im klassischen Sinne sind.<sup>86</sup> Gleichzeitig versteht sich der DMA primär nicht als Verbraucher:innenschutzgesetz. Zum Teil wird bemängelt, der

---

84 Der Fairnessbegriff dient als Einfallstor für wissenschaftliche Erkenntnisse anderer Disziplinen; diese Konzeption folgt der responsiven Rechtsdogmatik von *M. Grünberger*, *Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze*, AcP 2019, 924; siehe auch *Grünberger*, *Data access rules* (Fn. 59), 267 ff.

85 Vgl. *Frischmann*, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 108 ff.

86 Art. 8 Abs. 1 DMA verweist etwa darauf, dass die Maßnahmen von Torwächtern im Einklang mit dem Verbraucherrecht durchgeführt werden.

DMA verschließe sich damit einem modernen Verbraucher:innenbild.<sup>87</sup> Allerdings muss das Verbraucher:innenrecht nicht jede individuelle, private Beteiligung an sog. Märkten abzubilden. Nicht jede private Nutzung ist auch ein Verbrauch. In einer „post-consumer“-Ära müssen Nutzer:innen nicht nur davor geschützt werden, ungewollte Entscheidungen auf dem Markt gegenüber Unternehmen zu treffen, etwa ein Produkt zu kaufen, welches der eigenen Präferenzordnung nicht entspricht. Darüber hinaus sollte das Potential von Nutzer:innen gefördert werden, selbst Produkte, Dienste und Inhalte zu schaffen und zu verteilen.

Die Datenzugangsrechte der Art. 6 Abs. 9 und Art. 6 Abs. 10 DMA sind gemeinsam zu betrachten. Beide Normen ermächtigen Nutzer:innen gegenüber Torwächtern, über Daten zu verfügen, bei deren Generierung oder Bereitstellung sie mitgewirkt haben. Insbesondere Art. 6 Abs. 9 DMA sollte nicht nur als Vorschrift zur Vermeidung von Lock-In-Effekten verstanden werden. Dann wäre es überflüssig, Endnutzer:innen selbst als potenzielle Datenempfänger:innen zu privilegieren – Art. 6 Abs. 9 DMA hätte sich in dem Fall auf die beauftragten Dritten beschränken können.<sup>88</sup> Indem der Unionsgesetzgeber normiert, dass Endnutzer:innen, die nicht gewerblich tätig sind, Zugang gewährt werden muss, erkennt er die Nutzungsmöglichkeiten durch Endnutzer:innen selbst an. Das Innovationspotenzial nicht gewerblicher Akteur:innen wird damit Ausdruck verliehen.

Art. 6 Abs. 9 und Abs. 10 DMA laufen damit gewissermaßen parallel. Dass sie nicht einheitlich geregelt werden, erklärt sich durch die Abgrenzung von End- und gewerblichen Nutzer:innen: Diese Binnenunterscheidung beruht darauf, dass gewerbliche Nutzer:innen auch im Verhältnis zu Endnutzer:innen adressiert werden. Im Verhältnis zu Torwächtern werden aber beide Nutzer:innengruppen mit ähnlichen Zugangsrechten ausgestattet.

### 3. Zwischenfazit

Sowohl DA als auch DMA erkennen das Zugangsinteresse aller Nutzer:innen als legitim an. Zum Teil werden Nutzer:innen als Verbraucher:innen

---

87 Vgl. M. Grochowski, Consumer Law for a Post-Consumer Society, *Journal of European Consumer and Market Law* 2023, 1 (2).

88 Art. 6 Abs. 9 DMA umfasst auch die Datenübertragung an Endnutzer:innen selbst; vgl. S. Louven in H. Gersdorf/B. Paal (Hrsg.), *BeckOK InfoMedienR* 45. Ed. 1.8.2023, DMA Art. 6 Rn. 135.

(bzw. Endnutzer:innen) oder als gewerbliche Nutzer:innen adressiert. Diese Unterscheidung liegt beim DA vor allem daran, dass sich dieser mit minimalen Friktionen in das bestehende Verbraucherrecht einfügen soll. Die Wertungen des DA sollten für das Verständnis verbraucherrechtlicher Klauselkontrollen aber berücksichtigt werden. Die Binnenunterscheidung des DMA beschreibt das Verhältnis der Nutzer:innen untereinander; im Verhältnis zu Dateninhaber:innen findet eine Gleichbehandlung statt.

## *VI. Plattformregulierung – Ressourcenzugang und Diffusion*

Nutzer:innen können ihre (innovativen) Produkte und Dienste auf unterschiedliche Weisen verteilen. Entweder teilen Nutzer:innen untereinander, oder sie werden gewerblich tätig und bieten ihre Produkte oder Dienste über einen Markt an oder kommerzielle Anbieter:innen übernehmen das Produkt oder den Dienst von der Nutzer:in und bieten es/ihn wiederum marktseitig an.<sup>89</sup> Da Nutzer:innen häufig Produkte entwickeln, um ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen und nicht um ein Marktgut anzubieten, fehlt es häufig an Anreizen, diese Entwicklungen mit anderen zu teilen.<sup>90</sup> Der mögliche Wohlfahrtsgewinn wird deshalb nicht ausgeschöpft. Plattformen können die Barrieren herabsenken, eigene Produkte, Dienste oder Informationen mit anderen zu teilen. Plattformen können nicht nur Märkte ermöglichen und zwischen Anbietern und Nachfragenden vermitteln, sondern auch kollaborativen *peer-to-peer*-Austausch ermöglichen. Damit verschaffen Plattformen zum einen Zugang zu Ressourcen, die durch andere Nutzer:innen zur Verfügung gestellt werden. Zum anderen dienen Plattformen zur Diffusion eigener Inhalte, Produkte und Informationen der Nutzer:innen.

---

89 Vgl. *L. Bengtsson/C. Edquist*, Towards a holistic user innovation policy, *International Journal of Innovation Studies* 2022, 35 (38).

90 Vgl. *C. Baldwin/E. von Hippel*, Modeling a Paradigm Shift: From Producer Innovation to User and Open Collaborative Innovation, *Organization Science* 2011, 1399; *J. Henkel/E. von Hippel*, Welfare Implications of User Innovation *Journal of Technology Transfer* 2005, 73.

## 1. Regulierungsmacht von Plattformen – Ausgeliefertsein von Nutzer:innen

Plattformanbieter:innen sind nicht nur in der Rolle von Marktteilnehmer:innen, sondern auch als Regulator:innen tätig.<sup>91</sup> Sie bestimmen die Rahmenbedingungen, unter denen andere Personen miteinander interagieren. Dies beinhaltet, je nach Plattform und Plattformnutzer:innen, auch die Interaktion von Marktteilnehmer:innen. Eine reine *inter partes*-Betrachtung lässt die Netzwerkstruktur von Plattformen und die sich strukturell ergebende Position des Plattformanbieters außer Acht. Der einseitigen Gestaltungsmacht von Online-Plattformen sind alle Nutzer:innen, unabhängig vom Wesen ihrer Tätigkeit auf der Plattform, ausgeliefert.<sup>92</sup>

## 2. Mechanismen zur Vermeidung von Stauwirkungen

Betrachtet man das Verhältnis von Nutzer:innen zur Plattform, zeigt sich, dass Zugangsregeln sich nicht allein darauf beschränken, wer Nutzer:innen der Plattform sein können. Auch die Aktivität von Nutzer:innen auf der Plattform wird durch Zugangsregeln bestimmt.

Der DSA enthält deshalb Melde- und Abhilfeverfahren für illegale Inhalte und Informationspflichten gegenüber betroffenen Nutzer:innen (Art. 16, 17 DSA), interne und externe Streitbeilegungsverfahren (Art. 20, 21) und den Schutz gegen Missbrauch (Art. 23).<sup>93</sup> Der DSA steuert damit die Moderationsmaßnahmen von Plattformen, damit diese illegale Inhalte löschen, ohne dabei aber *Overblocking* zu betreiben. Außerdem sichert der DSA prozeduralisierte Fairness in Fällen von legalen, aber AGB-widrigen Inhalten ab (Art. 17, 20, 21 DSA).

Aus makroökonomischer Sicht lässt sich diese Regulierung als Vermeidung von Stauwirkungen beschreiben. Moderationspflichten sorgen dafür, dass faktischer Ressourcenzugang und Diffusion auf Plattformen gewährleistet werden. Die Nutzbarkeit einer Plattform wird durch die Nutzung anderer beeinflusst; damit besteht für Plattformen potenzielle Rivalität. Wenn etwa Nutzer:innen auf sozialen Netzwerken ständig rechtswidrigen, verstö-

---

91 Vgl. *van Dijck/Nieborg/Poell*, Platform power (Fn. 32); *J. Mendelsohn*, Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung?, MMR 2021, 857.

92 Vgl. *M. Martini/C. Drews/P. Seeliger/Q. Weinzierl*, Dark Patterns, ZfDR 2021, 47 (53).

93 Vgl. *M. Berberich* in: B. Steinrötter, Europäische Plattformregulierung, Baden-Baden 2023, S. 28 ff.

renden Inhalten ausgesetzt sind, hat dies einen abschreckenden Effekt, die Plattform weiter zu nutzen.<sup>94</sup> Heterogene Nutzung kann dazu führen, dass eine Nutzungsart andere Nutzungsarten verdrängt. Als illustratives Beispiel kann man sich eine Wiese vorstellen, auf der mehrere Tiere grasen können. Solange nur Ziegen, Schafe und Esel dort grasen, ist eine simultane Nutzung problemlos möglich; die Wiese bleibt zunächst nicht rival. Sobald aber wilde Büffel auf die Wiese gestellt werden, die die anderen Tiere angreifen, werden diese verdrängt (*cross-crowding*).<sup>95</sup> Diese Staueffekte können beseitigt werden, indem die Nutzungen, welche andere Nutzer:innen beeinträchtigen, beschränkt werden; es findet also eine Priorisierung von Nutzungen statt.<sup>96</sup> Im Fall von Plattformen können auch störende, aber rechtmäßige Inhalte solche Staueffekte hervorrufen. Soweit der DSA die Moderation solcher Inhalte ermöglicht, wird zwar das Paradigma, dass gemischte Infrastrukturen als *Commons* mit diskriminierungsloser Zugangsmöglichkeit behandelt werden sollen, eingeschränkt; diese Einschränkung dient langfristig aber dem Erhalt des infrastrukturellen Charakters.<sup>97</sup> Wohlfahrtsökonomisch wertvolle Innovationen werden von Nutzer:innen aller Art geschaffen. Deshalb ergibt es Sinn, wenn die Begründungspflicht nach Art. 17 und das Beschwerdemanagementsystem der Art. 20, 21 DSA an die Nutzer:innenstellung anknüpfen, ohne zwischen privater und gewerblicher Tätigkeit zu differenzieren. Alle diese Nutzer:innen sollten dazu befähigt und berechtigt werden, den infrastrukturellen Charakter von Plattformen zu erhalten.

## VII. Fazit

Nutzer:innen produzieren und innovieren in dieser Rolle anders als Verbraucher:innen und Unternehmer:innen auf einem Markt. Antriebsfeder von nutzer:innenseitiger Produktion und Innovation ist kein Marktmechanismus, der dem Produktionsprozess nachgeschaltet ist, sondern die Produktion des Gutes selbst. Die Motivation kann vielgestaltig sein. Die weiten

---

94 K. Thomas/P. Kelley/S. Consolvo/P. Samermit/E. Bursztein, "It's common and a part of being a content creator": Understanding How Creators Experience and Cope with Hate and Harassment Online, CHI '22: Proceedings of the 2022 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems 2022.

95 Vgl. Frischmann, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 152, welchem dieses Beispiel entlehnt ist.

96 Vgl. Frischmann, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 153.

97 Vgl. Frischmann, *Infrastructure* (Fn. 29), S. 155 ff.

Definitionen des Begriffs Nutzer:in in DA, DMA und DSA umfassen auch Nutzer:innen im ökonomischen Sinne. Durch die Binnendifferenzierung gewerblicher und nicht-gewerblicher Nutzer:innen, die insbesondere der DMA vornimmt und andere Instrumente ebenso zulassen, lassen sich die jeweiligen Rollen von Nutzer:innen – auf kompetitiven Märkten oder in kollaborativen Netzwerken – einfangen und abbilden.

Die Rechte, die Nutzer:innen in dieser Rolle verliehen werden, sind Zugangsregeln. Sie dienen dem Erhalt materialer Nutzungsfreiheiten, welche wiederum innovationsfördernd sein können – entsprechend dem gesetzgeberischen Ziel. Da Nutzer:innen im wirtschaftswissenschaftlichen Sinn besonders wohlfahrtsökonomisch agieren, da sie häufig Innovationsprozesse anschieben und hierfür keine Marktanreize benötigen, ist es sinnvoll, deren Wahlmöglichkeiten zu erhalten und Zugang zu wichtigen Einsatzressourcen zu verschaffen. Das zeigt sich sowohl auf Stufe der Produktion/Invention, als auch auf Stufe der Diffusion.

Nutzer:innen wird Zugang zum Einsatzgut Daten gewährt. Sowohl DMA als auch DA verleihen Nutzer:innen subjektive Zugangsrechte, um Daten mit infrastrukturellem Wert nutzen zu können. Die faktische Kontrolle über Daten ersetzt absolute Rechtspositionen an Daten. Anstelle immaterialgüterrechtlicher Zugangsregeln in Form von gesetzlichen Erlaubnistatbeständen kommt deshalb das Vertragsrecht als entscheidende Zugangsregeln zum Einsatz. Der DA kontraktualisiert die Verhältnisse der beteiligten Akteure und etabliert Klauselkontrollen.

Online-Plattformen dienen dem Zugang zu Informationen und Inhalten anderer Nutzer:innen, welche als Einsatzressource für die eigene Produktion und Innovation von Nutzer:innen dienen können. Außerdem dienen Plattformen zur Diffusion. Kapitel III des DSA dient dazu, diese Austauschmöglichkeiten für alle Nutzer:innen zu erhalten. Indem ein sicheres vertrauenswürdige Online-Umfeld geschaffen wird, bleiben auch Möglichkeiten für Nutzer:innen erhalten, nicht nur als passive Konsument:innen, sondern als aktive Produzent:innen tätig zu werden.