

## Vorwort

Ein Handwerker, der die Heizung in einem digital vernetzten Gebäude reparieren soll, braucht nicht mehr Zangen und Wasserwaage und Schraubendreher im Werkzeugkasten. Er braucht möglicherweise auch einen „digitalen Schlüssel“, um Zugang zur Steuerungssoftware oder zu den Heizungsdaten zu erhalten. Wenn der Zugang zum „Smart Home“ von einem Digitalkonzern kontrolliert wird, droht eine Gefahr: Der Inhaber des digitalen Schlüssels wird zum „Gatekeeper“, der entscheiden kann, wer überhaupt noch wirtschaftlich tätig werden kann. Handwerksbetriebe, seit Jahrhunderten als selbstständige Unternehmen eine Säule des europäischen Wirtschaftsmodells, könnten in die Abhängigkeit von Datenmonopolisten geraten.

Das „Smart Home“ ist nur ein Beispiel dafür, wie sich das wirtschaftliche Umfeld für das Handwerk durch die Digitalisierung ändert. Je nach Gewerk mag die Lage ganz unterschiedlich sein. Neben Risiken gibt es auch Chancen: Innovative Unternehmen können dank der Digitalisierung effizienter werden, spannende Kooperationen eingehen und neue Leistungen entwickeln. Der Zugang zu Daten, Plattformen und Software bleibt aber auch bei der Wahrnehmung dieser Chancen ein entscheidendes Thema.

In dieser Untersuchung wird die Zugangsproblematik aus rechtlicher Perspektive beleuchtet: Welche Regeln gelten – und wie sollte der rechtliche Rahmen zukünftig ausgestaltet sein? Es geht nicht darum, mit neuen Vorschriften Innovationen auszubremsen, neue Bürokratie zu schaffen oder einzelne Branchen protektionistisch zu schützen. Im Gegenteil: Mich leitet die Überzeugung, dass die Wirtschaft am besten funktioniert, wenn es einen freien und fairen Leistungswettbewerb gibt. Über Erfolg oder Misserfolg von Unternehmen sollen die Verbraucher entscheiden – sie sind die Schiedsrichter im Wettbewerb, nicht die digitalen Gatekeeper. Leistungswettbewerb und Konsumentensouveränität brauchen aber einen rechtlichen Rahmen, und dieser muss von Zeit zu Zeit neuen wirtschaftlichen Phänomenen angepasst werden.

Das Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften hat diese Untersuchung angeregt und unterstützt. Zu danken ist dem Direktor des Instituts, meinem sehr geschätzten Kollegen Prof. Dr. Martin Burgi, sowie seinem Team. Die Projektpartner des Ludwig-Fröhler-Instituts – Hand-

## *Vorwort*

werkskammern, Verbände und Ministerien – haben die Untersuchung begleitet, aber keinen Einfluss auf ihren Inhalt genommen. Eine Studie aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht zu der Thematik wird im Volkswirtschaftlichen Institut für Mittelstand und Handwerk an der Universität Göttingen vorbereitet.

Philipp Offergeld und Clemens Pfeifer, Wissenschaftliche Mitarbeiter an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, haben intensiv an dieser Untersuchung mitgearbeitet. Ihnen danke ich herzlich.

Düsseldorf, im März 2021

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

*Wesentliche Ergebnisse*

**Kapitel A: Ausgangspunkte**

1. Der digitale Wandel erfasst das Handwerk. Anwendungsbeispiele sind etwa
  - notwendiger Datenzugang bei der Kfz-Reparatur;
  - vorausschauende Wartung von vernetzten Geräten;
  - Leistungserbringung im Smart Home oder in der Smart Factory;
  - Vertrieb von Handwerksleistungen über digitale Plattformen;
  - Zusammenarbeit in Wertschöpfungsnetzwerken auf B2B-Plattformen.
2. Charakteristika der digitalen Ökonomie sind Plattformen, Daten und eine zunehmende Vernetzung von Produkten, Leistungen, Kunden, Märkten. Plattformmärkte tendieren zu Marktmacht. Immer stärker werden Plattformen zu digitalen Ökosystemen ausgebaut, insbesondere seitens der digitalen Infrastrukturbieter.
3. Die Plattformökonomie bringt eine Disruption des marktwirtschaftlichen Wettbewerbsmodells mit sich: Leistungserbringende Unternehmen (z.B. Handwerk) verlieren die unmittelbare Kundenschnittstelle. Diese wird zunehmend von digitalen Gatekeepern besetzt. Sie steuern wirtschaftliche Entscheidungen und prägen sie vor. Das Paradigma des freien und fairen Leistungswettbewerbs mit dem Nachfrager als „Schiedsrichter“ wird durch zentrale, datenbasierte Steuerung verdrängt.
4. Zugleich bietet die datenbasierte Ökonomie auch Chancen für das Handwerk. Diese sind gekennzeichnet durch besonders individuelle Leistungen, einen engen Kundenkontakt und hohes Innovationspotential. Diese Qualitäten können durch Datenanalyse bereichert werden.

**Kapitel B: Zuordnung und Zugang im geltenden Recht**

5. Für das Handwerk wird entscheidend sein, Zugang zu Plattformen, Daten und Software zu erlangen. Zudem sind eigene erbrachte Leistungen davor zu schützen, durch Plattformunternehmen ohne angemessene Gegenleistung ausgebeutet zu werden.
6. Der Ausschluss anderer von der Nutzung ergibt sich v.a. durch rein faktische Herrschaft, vereinzelt auch aus anderen Rechtszuweisungen.
7. Das primäre Instrument zur Verschaffung von Zugang im geltenden Recht sind vertragliche Vereinbarungen. Diese sind grundsätzlich vor-

- teilhaft, setzen aber ein ungefähres Verhandlungsgleichgewicht der Vertragsparteien voraus.
8. Wird Zugang nicht auf vertraglicher Basis gewährt, kommen zwangsweise Zugangsansprüche in Betracht. Der Gesetzgeber hat mit der Novellierung des Kartellrechts 2021 dem Grunde nach weitreichende Zugangsansprüche gewährt. Die zwangsweise Durchsetzung kartellrechtlicher Zugangsansprüche ist in der Praxis jedoch schwerfällig. Weitere Zugangsansprüche ergeben sich aus sektorspezifischen Regelungen und künftig möglicherweise aus dem Digital Markets Act gegenüber digitalen Gatekeepern. Für eine flächendeckende, strukturelle Lösung von Zugangsproblemen sind jedoch die Zugangsansprüche in ihrer aktuellen Ausgestaltung nicht geeignet, da die Durchsetzung zu schwierig ist.

#### Kapitel C: Parameter einer Neugestaltung

9. Die Erweiterung des Zugangs von Handwerksbetrieben zu Plattformen, Software und Daten sollte sich nicht in einer unreflektierten Forderung nach „Zugang zu Daten“ erschöpfen. Relevant sind vielmehr ganz allgemein die Ermöglichung der Leistungserbringung, der unmittelbare Zugang zum Kunden und der Zugang zu Kooperationen. Dabei muss einerseits die Chance des Handwerks gewahrt bleiben, sich in einem fairen Wettbewerb zu bewähren (Leistungswettbewerb), andererseits die Chance der Kunden, ihre eigenen Auswahlentscheidungen zu treffen (Konsumentensouveränität). Handwerksbetriebe dürfen nicht zu abhängigen Auftragserfüllern von IT-Konzernen werden.
10. Die Erweiterung des Zugangs kann legitimiert werden mit Blick auf ein Marktversagen (ökonomische Sicht), den Ausgleich von Interessen (zivilrechtliche Sicht) oder als Ausdruck einer Wertbindung der Wirtschaftsordnung (normative Sicht).
11. Bei der Gestaltung sind die Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten zu berücksichtigen, insbesondere Kartellrecht, Datenschutz, Immaterialgüterrecht und Geheimnisschutz. Diese Hürden sind für viele Anwendungsfälle nicht unüberwindlich hoch und dürfen nicht als Vorwand zur Verweigerung des Zugangs geltend gemacht werden. Allerdings stößt insbesondere die Zusammenarbeit in IoT- und B2B-Netzwerken an Grenzen.

## Kapitel D: Rechtliche Lösungen für erweiterten Zugang

12. Zugangsprobleme werden schon im Ausgangspunkt vermieden, wenn technische Barrieren erst gar nicht entstehen. Durch gesetzgeberische Incentivierung und durch intensive Zusammenarbeit in den betroffenen Branchen sollten daher Interoperabilitäts-, Standardisierungs- und Portabilitätslösungen etabliert werden.
13. Die vertragliche Eröffnung von Zugang würde durch eine bessere Abbildung entsprechender Verträge im Gesetz und durch die Vorbereitung von (branchenspezifischen) Muster-Verträgen gefördert.
14. Neben die bereits sehr weitgehenden kartellrechtlichen Zugangsansprüche könnten als zwangsweise durchsetzbare Ansprüche auch allgemeine oder sektorspezifische regulatorische Zugangsansprüche treten. Lösungen, die automatisiert Zugang verschaffen (etwa durch verpflichtend offene Schnittstellen bei Smart Homes) sind in der Praxis besonders hilfreich.
15. Entscheidend für die Wirksamkeit der Zugangsansprüche ist jedoch die rasche und praxisnahe Klärung der Modalitäten der Zugangseröffnung und der Vergütung. Um dies zu gewährleisten, sollten schnell agierende Streitschlichtungsmechanismen oder Ombudsverfahren vorgesehen werden.
16. Eine Schaffung von Rechten an Daten (z.B. in Form von Dateneigentum) ist nicht zu empfehlen.
17. Weitergehende regulatorische Überlegungen zu offenen Datenräumen (ggf. sektorspezifisch), wie sie insbesondere von der EU-Kommission ins Spiel gebracht werden, können hilfreich sein. Wichtig ist, dass für die Governance solcher Datenräume der Bedarf kleinerer und mittlerer Unternehmen berücksichtigt wird.
18. Das Handwerk könnte durch die Zusammenarbeit in Datenpools, IoT-Netzwerken und B2B-Kooperationen erheblich profitieren. Dazu sind ggf. Lockerungen im Kartell- und Datenschutzrecht erforderlich.

## Kapitel E: Schlussfolgerungen

19. Die Herausforderungen der digitalen Ökonomie setzen Anstrengungen der Handwerks-Unternehmen, ihrer Verbände und Körperschaften, insbesondere der Handwerkskammern, und der Politik voraus.
20. Das Handwerk wird die digitale Revolution überstehen. Die Gestaltung der Rahmenbedingungen entscheidet aber darüber, ob die Individualität, die Innovationskraft und die Unabhängigkeit dieser Säule unseres Wirtschaftsmodells – und unserer Gesellschaft – erhalten bleiben.



# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| A. Ausgangspunkte  | 17 |
| I. Handwerk in der Plattformökonomie                           | 17 |
| 1. Digitaler Wandel im Handwerk                                | 18 |
| 2. Ausgangsszenarien   | 21 |
| a) Kfz-Reparatur   | 22 |
| b) Wartung einer vernetzten Heizung                            | 23 |
| c) Smart Home  | 24 |
| d) Digitale Vertriebsplattformen                               | 25 |
| e) B2B-Plattformen   | 26 |
| 3. Schlüsselthema Zugang                                       | 27 |
| II. Charakteristika der digitalen Ökonomie                     | 29 |
| 1. Plattformmärkte   | 30 |
| a) Grundlegender Mechanismus von Plattformen                   | 31 |
| b) Tendenz zur Marktmacht                                      | 33 |
| c) Digitale Infrastruktur Anbieter                             | 34 |
| 2. Daten   | 35 |
| 3. Vernetzung  | 38 |
| III. Risiken und Chancen                                       | 42 |
| 1. Die Disruption des marktwirtschaftlichen Wettbewerbsmodells | 42 |
| a) Verlust der Kundenschnittstelle                             | 43 |
| b) Steuerung wirtschaftlicher Entscheidungen                   | 44 |
| c) Abkehr vom Wettbewerbsparadigma                             | 45 |
| 2. Chancen des Handwerks                                       | 48 |
| 3. Die rechtspolitische Diskussion                             | 50 |
| B. Zuordnung und Zugang im geltenden Recht                     | 54 |
| I. Zuordnung   | 54 |
| 1. Ausschluss als faktische und rechtliche Möglichkeit         | 55 |
| a) Faktische Herrschaft  | 55 |
| b) Rechtliche Zuordnung  | 56 |
| c) Rechte an Daten   | 57 |
| aa) Eigentum   | 57 |

## Inhaltsverzeichnis

|   |     |
|---|-----|
| bb) Weitere Ausschließungsbefugnisse                    | 59  |
| (1) Urheberrecht  | 59  |
| (2) Datenschutzrecht                                    | 62  |
| (3) Geschäftsgeheimnisse                                | 63  |
| 2. Zwischenergebnis                                     | 65  |
| II. Sicherung eigener Arbeitsergebnisse                 | 66  |
| III. Vertragliche Gestaltung von Zugang                 | 68  |
| 1. Vor- und Nachteile vertraglicher Lösungen            | 69  |
| 2. Charakteristika von Zugangsverträgen                 | 70  |
| 3. Voraussetzung Verhandlungsgleichgewicht              | 71  |
| a) Vertragsungleichgewichte in der Plattformökonomie    | 72  |
| b) Abhängigkeit   | 74  |
| c) Gegeneinwand der Zustimmung                          | 75  |
| IV. Zugangsansprüche nach geltendem Recht               | 75  |
| 1. Kartellrecht   | 76  |
| a) Zugangsansprüche wegen Missbrauchs von<br>Marktmacht | 76  |
| aa) Marktabgrenzung                                     | 77  |
| bb) Marktmacht  | 78  |
| (1) Marktbeherrschung                                   | 78  |
| (2) Relative oder überlegene Marktmacht                 | 79  |
| (3) Abhängigkeit nach der 10. GWB-Novelle               | 80  |
| cc) Missbrauch  | 81  |
| (1) Geschäftsverweigerung und Diskriminierung           | 82  |
| (2) Essential facility-Doktrin                          | 85  |
| (3) Zwangslizenz im Immaterialgüterrecht                | 86  |
| (4) Missbrauch von Datenmacht nach § 20<br>Abs. 1a GWB  | 88  |
| (5) Verpflichtungen nach § 19a GWB                      | 90  |
| b) Kartellrechtliche Kontrolle von Vertragsbedingungen  | 91  |
| c) Probleme kartellrechtlicher Ansprüche                | 92  |
| 2. Sektorspezifische Zugangsansprüche                   | 94  |
| a) Kfz-Branche  | 95  |
| b) Zahlungsdienste                                      | 96  |
| c) Portabilität nach Datenschutzrecht                   | 98  |
| d) Chemie (REACH)                                       | 99  |
| e) Telekommunikationsrecht                              | 100 |
| 3. Pläne im Digital Markets Act                         | 101 |
| V. Zusammenschau  | 102 |

|  |     |
|--|-----|
| C. Parameter einer Neugestaltung                                 | 105 |
| I. Zielsetzung nach Konstellationen                              | 105 |
| 1. Kein unreflektierter „Zugang zu Daten“                        | 106 |
| 2. Zugang zur Leistungserbringung                                | 106 |
| 3. Zugang zum Kunden   | 108 |
| 4. Zugang zu Kooperationen (B2B-Plattformen)                     | 109 |
| 5. Folgeaufträge und Innovationen                                | 109 |
| II. Legitimationsstrategien eines erweiterten Zugangs            | 111 |
| 1. Ökonomische Notwendigkeit                                     | 112 |
| 2. Ausgleich von Interessen                                      | 114 |
| 3. Wertbindung   | 115 |
| 4. Dogmatik  | 117 |
| 5. Zusammenschau   | 117 |
| III. Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten                    | 117 |
| 1. Datenschutzrecht  | 118 |
| 2. Kartellrechtliche Grenzen                                     | 121 |
| 3. Immaterialgüterrecht  | 122 |
| 4. Geschäftsgeheimnisschutz und Datensicherheit                  | 123 |
| 5. Zusammenfassung   | 124 |
| D. Rechtliche Lösungen für erweiterten Zugang                    | 126 |
| I. Abbau technischer Barrieren                                   | 127 |
| 1. Interoperabilität, Portabilität, Standardisierung und Normung | 128 |
| 2. Rechtliche Einflussmöglichkeiten                              | 129 |
| 3. Vor- und Nachteile des Abbaus technischer Schranken           | 131 |
| II. Konsensuale Lösungen   | 132 |
| 1. Selbstregulierung   | 132 |
| a) Beispiel Automobilwirtschaft                                  | 132 |
| b) Vorbild FRAND-Lizenz?   | 134 |
| c) Sonstige Selbstverpflichtungen                                | 136 |
| d) Aufbau kollektiver Gegenmacht                                 | 137 |
| 2. Datenschuldrecht  | 137 |
| a) Regelungsgegenstand   | 139 |
| b) Derzeit maßgebliche Vorschriften und deren Probleme           | 139 |
| aa) Rechtliche Einordnung von Datenverträgen                     | 139 |
| (1) Einordnung des Datenzugangsvertrags                          | 140 |
| (2) Einordnung des Datenlizenzvertrags                           | 141 |

## Inhaltsverzeichnis

|   |     |
|---|-----|
| (3) Einordnung des Softwarevertrags                       | 143 |
| bb) Vertragsgemäßheit der Daten                           | 144 |
| cc) Rückabwicklung  | 145 |
| c) Legislative Möglichkeiten                              | 146 |
| aa) Neue Vertragstypen                                    | 146 |
| bb) Erleichterung der AGB-Kontrolle                       | 147 |
| cc) Musterverträge und Standardklauseln                   | 148 |
| 3. Zusammenfassung  | 149 |
| III. Zugangsansprüche                                     | 150 |
| 1. Kartellrechtliche Ansprüche                            | 150 |
| 2. Alternativer Zugangsanspruch                           | 152 |
| a) Anspruchsberechtigte Personen                          | 152 |
| b) Identifikation des Zugangsziels                        | 153 |
| c) Materielle Voraussetzungen                             | 153 |
| 3. Sektorspezifische Zugangsansprüche                     | 156 |
| a) Vorbild-Regelungen                                     | 157 |
| b) Begrenzung   | 158 |
| c) Automatisierung des Zugangs                            | 159 |
| d) Öffnung von Schnittstellen                             | 159 |
| e) Branchenspezifische Ausgestaltung                      | 161 |
| 4. Realisierung, Bedingungen und Vergütung                | 161 |
| a) Modalitäten der Zugangseröffnung                       | 162 |
| b) Beschränkungen und Bedingungen                         | 164 |
| c) Vergütung  | 166 |
| 5. Durchsetzung   | 167 |
| a) Ausgestaltung des Anspruchs                            | 167 |
| b) Rechtsdurchsetzung                                     | 168 |
| c) Regelungstechnik                                       | 170 |
| IV. Data-Governance-Lösungen                              | 170 |
| 1. Eigentumslösung mit Zuordnungsmodell                   | 171 |
| a) Schaffung von Rechten an Daten als Option              | 171 |
| b) Unterschied zu Sachgütern und immateriellen Leistungen | 173 |
| c) Kritik an einer Schutzrechts-Lösung                    | 173 |
| 2. Modell der offenen Datenräume                          | 177 |
| a) EU-Daten-Governance-Verordnung                         | 177 |
| b) Daten für alle-Gesetz                                  | 179 |
| c) Stufenmodelle  | 181 |
| 3. B2B-Kooperationen als Chance des Handwerks             | 182 |
| a) Definition von Datenpools                              | 182 |

## *Inhaltsverzeichnis*

|  |     |
|--|-----|
| b) Bedingungen der Pool-Mitgliedschaft                               | 183 |
| c) Perspektiven der Kooperation                                      | 185 |
| d) Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht                            | 185 |
| <br>   |     |
| E. Schlussfolgerungen  | 188 |
| I. Ausgangssituation   | 188 |
| II. Handlungsbedarf  | 188 |
| III. Die Rolle von Unternehmen, Handwerkskammern und<br>Gesetzgebung | 189 |
| IV. Bestehende Regelungen  | 190 |
| V. Regelungsoptionen für die Zukunft                                 | 191 |
| <br>   |     |
| Literaturverzeichnis   | 195 |

