

Klauselkontrolle im Data Act

Sebastian Omlor*

I. Genese eines EU-Datenwirtschaftsrechts

Zu den Profilthemen von Georgios Gounalakis in seinen vielfältigen wie weitreichenden Forschungsaktivitäten zählen das Medien- und Kommunikationsrecht, das Recht des elektronischen Rechtsverkehrs sowie privat-rechtsvergleichende Fragen der Digitalisierung. Regelmäßig befasste sich der Jubilar dabei auch mit dem AGB-Recht.¹ Von daher besteht Grund zur Hoffnung, dass der nachfolgende Beitrag zum EU-Datengesetz (Data Act – DA²) und seiner neuen AGB-Kontrolle sein freundliches Interesse finden könnte.

Der im Januar 2024 in Kraft getretene Data Act gilt zwar einschließlich seiner Sonderregeln zur Klauselkontrolle erst ab dem 12. September 2025. Aber die Regelungen werfen ihre langen Schatten bereits voraus, da komplexe Vertrags- und Klauselkonglomerate einer vorherigen Konformitätsprüfung und ggf. Anpassung bedürfen. Der Data Act versteht sich dabei als ein zentraler Baustein des sich seit Jahren formierenden EU-Datenwirtschaftsrechts, zu dessen kodifikatorische Grundlagen zudem der Digital Markets Act (DMA)³ und der Digital Services Act (DSA)⁴ zählen. Der Data Act will – vereinfacht formuliert – Daten besser nutzbar machen. Instrumentarisch greift der Data Act hierfür zentral auf vertragliche Übereinkünfte zurück und rückt damit die Privatautonomie mit ihren Grenzen in den Mittelpunkt. In diesen Kontext ordnet sich die Schaffung einer

* Der Beitrag basiert auf Omlor, ERPL 32 (2024) 173 ff.

1 Stellvertretend *Gounalakis*, NJW 1990, 752; *Gounalakis/Waltermann*, NWB 1991 (Fach 21), 1019 ff.; *Gounalakis/Breidenstein*, NWB 1992 (Fach 21), 1045 ff.; *Gounalakis/Klose-Mokroß*, ZAP 1994 (Fach 6), 193 ff.

2 Verordnung (EU) 2023/2854 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung vom 13.12.2023, ABl. EU L, 2023/2854 vom 22.12.2023.

3 Verordnung (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor vom 14.09.2022, ABl. EU Nr. L 265 S. 1 vom 12.10.2022.

4 Verordnung (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste vom 19.10.2022, ABl. EU Nr. L 277 S. 1 vom 27.10.2022.

eigenständigen Klauselkontrolle nach Kapitel IV DA ein. Sie bedarf nicht nur einer systematischen Abgrenzung zur Klauselrichtlinie (KlauselRL)⁵ und dem nationalen AGB-Recht, sondern auch einer grundlegenden tatbestandlichen Konturensetzung hinsichtlich des Anwendungsbereichs, des Prüfungsmaßstabs und der Rechtsfolgen eines Verstoßes.

II. Ziele

Der Data Act weist den vertraglichen Vereinbarungen der Beteiligten eine besonders herausgehobene Bedeutung für die Verwirklichung der aus der Verordnung erwachsenen Rechte zu.⁶ Damit wird aber unmittelbar die Gefahr des „Missbrauch[s] vertraglicher Ungleichgewichte“⁷ verbunden. Solche Ungleichgewichte sieht der Data Act als potenzielles Hindernis für die angestrebte Fairness bei Datenzugang und Datennutzung an.⁸ Sofern eine stärkere Verhandlungsposition entsprechend ausgenutzt werde, drohe eine zumindest wirtschaftliche Aushöhlung der rechtlichen Positionen, deren Gebrauch daher im Ergebnis unattraktiv würde.⁹ Vor diesem Hintergrund stellt Art. 13 DA besondere Anforderungen an die Wirksamkeit von Vertragsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr.

Allerdings erkennen die Erwägungsgründe, dass ein wirtschaftliches Machtgefälle keine Entstehungsvoraussetzung für missbräuchliche Vertragsklauseln darstellt.¹⁰ Vielmehr kommt es infolge eines Motivations- und Informationsgefälles zu einem Marktversagen, das sich in einer „rationalen Ignoranz“ des Vertragspartners des Verwenders äußert.¹¹ Insofern ist zwischen den gesetzgeberischen Zielen und der rechtspolitischen Rechtferdigung der Klauselkontrolle zu unterscheiden.

5 Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 05.04.1993, ABl. EG Nr. 95 S. 29 vom 21.04.1993.

6 Erwägungsgrund 5 DA.

7 Erwägungsgrund 2 DA.

8 Erwägungsgründe 5, 58 DA.

9 Erwägungsgrund 58 DA.

10 Eingehend *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 149 ff. m.w.N.

11 *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 154 ff.; *Staudinger BGB/Mäsch*, 2022, Vorbem 8 zu §§ 305 ff., jeweils m.w.N.

III. Verhältnis zur Klauselrichtlinie und dem nationalen AGB-Recht

1. Grundlagen

Bereits die Ziele des unionalen Gesetzgebers machen deutlich, dass Art. 13 DA materiell einen Sonderfall der AGB-Kontrolle beinhaltet. Damit entstehen im europäischen Mehrebenensystem zwei systematische Abgrenzungsfragen: zum einen innerhalb des Unionsprivatrechts und zum anderen gegenüber den nationalen Privatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Im Sekundärrecht bedarf es einer Klärung des Verhältnisses zur Klauselrichtlinie. Aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verlangen die dortigen AGB-Kontrollregime eine besondere Beachtung.

Den Ausgangspunkt muss dabei die Normenhierarchie und damit die Vorgabe der mit Anwendungsvorrang ausgestatteten EU-Verordnung bilden.¹² Dabei ordnet der Data Act eine Vollharmonisierung an. Dieser Harmonisierungsgrad lässt sich zwar dem eigentlichen Verordnungstext nur andeutungsweise entnehmen, wenn Art. 1 Abs. 1 DA von „harmonisierte[n] Vorschriften“ für die nachfolgend aufgelisteten Bereiche spricht. Eindeutig äußert sich hingegen Erwägungsgrund 4, der zusätzliche nationale Anforderungen im Anwendungsbereich der Verordnung ausschließt. Damit soll das Agieren im Binnenmarkt erleichtert werden.

2. Klauselrichtlinie

Spezifisch zur Klauselrichtlinie lässt sich vergleichsweise unkompliziert eine Abgrenzung vornehmen. Ihr persönlicher Anwendungsbereich ist auf Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern beschränkt (Art. 1 Abs. 1 KlauselRL). Demgegenüber erfasst Art. 13 DA abweichend nur Vertragsklauseln, die zwischen Unternehmen eingesetzt werden. Diese Einschränkung folgt nicht nur aus dem Tatbestand von Art. 13 Abs. 1 DA („ein Unternehmen einem anderen Unternehmen“), sondern auch aus der amtlichen Überschrift von Kapitel IV („zwischen Unternehmen“). Dement-

12 Allgemein zum Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht vgl. EuGH 15.07.1964 – 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – Costa/E.N.E.L; 09.03.1978 – 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17 – Simmenthal II; 08.09.2010 – C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503, Rn. 60 f. – Winner Wetten-GmbH; 26.02.2013 – C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 59 – Melloni/Fiscal; Zuleeg, Das Recht der Europäischen Gemeinschaft im innerstaatlichen Bereich, 1969, S. 136 ff.

sprechend kommt der gesonderten Konkurrenzregelung in Art. 1 Abs. 9 DA, getragen von Erwägungsgrund 9 DA, vorwiegend eine klarstellende Bedeutung zu. Danach bleiben die Vorgaben der KlauselRL durch den Data Act unberührt und werden nicht eingeschränkt. Davon sind naturgemäß auch die Umsetzungsvorschriften zur KlauselRL in den Mitgliedstaaten erfasst, soweit der persönliche Anwendungsbereich der KlauselRL reicht. Daher unterliegen Verbraucherverträge auch im Anwendungsbereich des Data Act ungehindert den §§ 305 ff. BGB.¹³

Diese Eigenständigkeit muss aber nicht automatisch bedeuten, dass bei der Auslegung und Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Verträge von unternehmerischen Verwendern mit Verbrauchern die Wertungen des Data Act gänzlich unberücksichtigt bleiben müssen.¹⁴ Die Grenze zieht Art. 1 Abs. 9 DA erst bei einer Verringerung des Verbraucherschutzniveaus. Die allgemeinen Zielsetzungen des Data Act und die besonderen Wertungen aus Art. 13 DA für die Vertragsklauseln innerhalb seines sachlichen Anwendungsbereichs können in diesem Rahmen durchaus in die Auslegung des nationalen AGB-Rechts einfließen. Zu den übertragbaren Wertungen zählen insbesondere die Vorgaben aus Art. 13 Abs. 2-4 DA, nicht jedoch das Erfordernis des einseitigen Auferlegens aus Art. 13 Abs. 6 DA.

3. Mitgliedstaatliches AGB-Recht

Komplexer gestaltet sich hingegen die Abgrenzung gegenüber den mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen, soweit deren AGB-Recht jenseits des Anwendungsbereichs der KlauselRL betroffen ist. Dazu verhält sich Art. 1 Abs. 9 DA nicht, sondern beschränkt sich ausdrücklich auf das Unionsrecht.¹⁵ Im Verhältnis zum nationalen Vertragsrecht äußert sich hingegen Erwägungsgrund 9 Satz 1 DA. Danach lässt der Data Act auch „das nationale Vertragsrecht einschließlich der Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen, ihre Gültigkeit oder ihre Rechtsfolgen oder über die Auswirkungen der Beendigung eines Vertrags unberührt“¹⁶. Dazu lässt sich auch das AGB-Recht zählen, zumal im selben Erwägungsgrund auch das Verhältnis zu KlauselRL adressiert wird. Allerdings lässt der Data Act dieses

13 Wiebe, GRUR 2023, 1569 (1574).

14 Offen Bomhard/Merkle, RDi 2022, 168 Rn. 36.

15 Ebenso Erwägungsgrund 9 Satz 2 DA.

16 Erwägungsgrund 9 Satz 1 DA.

nationale Vertragsrecht nur insoweit unberührt, als in ihm nichts anderes vorgesehen ist.

Damit kommt es entscheidend auf den Anwendungsbereich von Art. 13 DA an. Soweit in Art. 13 DA vollharmonisierende Regelungen für die AGB-Kontrolle von Vertragsklauseln vorgesehen sind, wird das nationale AGB-Recht vollständig verdrängt.¹⁷ Eine Doppelkontrolle findet nicht statt. Ansonsten würde das Harmonisierungsziel zur Förderung des Binnenmarkts torpediert.¹⁸ In seinem Anwendungsbereich formuliert Art. 13 DA ein umfassendes Regelungswerk mit gegenüber dem sonstigen AGB-Recht zum Teil abweichenden Vorgaben. Diese gesetzgeberischen Entscheidungen dürfen nicht durch eine parallele Anwendung nationaler AGB-Vorschriften unterlaufen werden.

Ein zentrales Problem stellt trotz dieser allgemeinen Systematik der im Vergleich zu § 305 Abs. 1 BGB deutlich engere Begriff der Vertragsklauseln dar, die einseitig auferlegt werden. Eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB erfordert lediglich ein Stellen durch den Verwender. Dazu genügen die Einbringung einer vorformulierten Bedingung durch eine Partei und das Verlangen ihrer Verwendung für den Vertragsschluss.¹⁹ Einer besonderen Reaktion der Gegenseite des Verwenders bedarf es nicht. Demgegenüber erfolgt nur dann ein einseitiges Auferlegen i.S.d. Art. 13 Abs. 1 DA, wenn die andere Vertragspartei einen erfolglosen Versuch, darüber zu verhandeln, zuvor unternommen hat (Art. 13 Abs. 6 Satz 1 DA). Damit ist die normative Aussage verbunden, dass Vertragsklauseln i.S.d. Art. 13 Abs. 1 DA nur dann einer Missbrauchskontrolle zu unterziehen sind, sofern sie einseitig auferlegt wurden. Gelangte das nationale AGB-Recht der §§ 310 Abs. 1, 305 ff. BGB daneben auf Vertragsklauseln i.S.d. Art. 13 Abs. 1 DA Anwendung, die nicht einseitig auferlegt wurden, würde das Harmonisierungsziel der Verordnung unterlaufen. Das in Erwägungsgrund 4 DA und Art. 1 Abs. 1 DA zum Ausdruck kommende Anliegen, einheitliche Regelungen im gesamten Binnenmarkt aufzustellen, würde torpediert.

Damit ist im Ergebnis zu differenzieren: Art. 13 DA und §§ 305 ff. BGB finden nebeneinander Anwendung, soweit der Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie eröffnet ist. Jedoch werden §§ 310 Abs. 1, 305 ff. BGB durch Art. 13 DA verdrängt, soweit Vertragsklauseln i.S.d. Art. 13 DA („Vertragsklauseln in Bezug auf den Datenzugang und die Datennutzung oder die

17 Ebenso Wiebe, GRUR 2023, 1569 (1574).

18 Vgl. Erwägungsgrund 4 DA.

19 BGHZ 184, 259 Rn. 11; BGH NJW-RR 2014, 937 Rn. 9 m.w.N.

Haftung und Rechtsbehelfe bei Verletzung oder Beendigung datenbezogener Pflichten“) im unternehmerischen Verkehr betroffen sind.

IV. Anwendungsbereich

Der räumliche Geltungsbereich von Art. 13 DA weist keine Besonderheiten gegenüber der übrigen Verordnung auf.²⁰ Spezifika sind hingegen beim zeitlichen, sachlichen wie persönlichen Geltungsbereich zu gewärtigen.

1. Zwingende Geltung

Art. 13 Abs. 9 DA ordnet die zwingende Geltung von Art. 13 DA an. Eine vertragliche Abweichung ist unzulässig und unwirksam. Auch Umgehungsversuche, die wirtschaftlich auf dieses Ziel ausgerichtet sind, scheitern an Art. 13 Abs. 9 DA und dessen weitem Wortlaut („dessen Wirkungen nicht abändern“). Der Bestimmung kommt ein klarstellender Charakter zu, weil sich die fehlende Dispositivität bereits aus Sinn und Zweck der Regelung ergibt.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich (Art. 50 Abs. 5 DA)

Ebenso wie im Grundsatz auch die übrige Verordnung gilt Art. 13 DA erst mit einer Übergangsfrist von 20 Monaten ab dem Inkrafttreten der Verordnung. Art. 50 Abs. 5 DA präzisiert – in Anlehnung an Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 KlauselRL – lediglich, dass für die Zeitrechnung der wirksame Abschluss des betroffenen Vertrags maßgeblich ist. Verträge, die vor diesem Zeitpunkt wirksam zustande gekommen sind, unterliegen keiner Klauselkontrolle nach Art. 13 DA. Hängt danach die Wirksamkeit eines Vertrags von weiteren Voraussetzungen (z.B. Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB) ab, müssen auch diese erfüllt gewesen sein, um einen Vertragsschluss i.S.d. Art. 50 Abs. 5 DA darzustellen.

20 Dazu Wiebe, GRUR 2023, 1569 f.

3. Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 13 Abs. 1 DA)

a) Überblick

Der sachliche Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle nach Art. 13 DA wird durch Art. 13 Abs. 1 DA – zusammen mit dem allgemeinen Art. 1 DA – abschließend und eigenständig festgelegt. Eine Einschränkung auf einzelne Rechte oder Ansprüche aus dem Data Act z.B. solche nach Art. 4 oder 8 DA erfolgt nicht. Insofern grenzt sich die Klauselkontrolle nach Art. 13 DA beispielsweise von der Anordnung der halbzwangenden Geltung spezifisch der Rechte des Nutzers nach Kapitel II DA (Art. 7 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 DA) oder Kapitel III DA (Art. 12 Abs. 2 DA) ab. Tatbeständlich bestehen daher drei Voraussetzungen nach Art. 13 Abs. 1 DA: erstens das Vorliegen einer Vertragsklausel, zweitens deren Bezug auf a) den Datenzugang und die Datennutzung oder b) die Haftung bei Verletzung datenbezogener Pflichten und drittens das einseitige Auferlegen der Vertragsklausel.

b) Vertragsklausel

Der Data Act definiert nicht den Begriff der Vertragsklausel. Insofern liegt eine Anlehnung an das Begriffsverständnis der KlauselRL²¹ nahe, die jedoch ebenfalls keine Legaldefinition enthält. Der geforderte Bezug zum Datenzugang und zur Datennutzung besteht insbesondere bei den Bedingungen nach Art. 8 DA. In Art. 8 Abs. 1 und 2 DA wird ausdrücklich auf Art. 13 DA (= Kapitel IV DA) Bezug genommen. Aber auch Datennutzungsverträge im Kontext von Art. 4 und 5 DA unterliegen der Klauselkontrolle nach Art. 13 DA.²² Es besteht keine Beschränkung auf einzelne Zugangsansprüche.²³ Die eigentliche Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs liegt hingegen im erforderlichen Bezug der einzelnen Vertragsklausel zur Bereitstellung von Daten.²⁴ Innerhalb eines einheitlichen Vertragswerks kann daher eine gespaltene Prüfung je nach betroffener Klausel erforder-

21 Dazu Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/*Pfeiffer*, 7. Aufl. 2020, RL 93/13 EWG Art. 3 Rn. 2.

22 Wiebe, GRUR 2023, 1569 (1574).

23 Wiebe, GRUR 2023, 1569 (1574).

24 Erwägungsgrund 60 DA; vgl. dazu *Leistner/Antoine*, IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors, 2022, S. 108.

lich werden.²⁵ Einzelne Klauseln können je nach Inhalt an Art. 13 DA und andere an §§ 310 Abs. 1, 305 ff. BGB zu prüfen sein.

c) Einseitiges Auferlegen

Eine im Vergleich zur KlauselRL und zu § 305 BGB erhebliche Hürde im Tatbestand von Art. 13 DA liegt im Erfordernis des einseitigen Auferlegens. Insofern soll eine Orientierung an Art. 7 Abs. 1 GEK²⁶ erfolgt sein. Demgegenüber fordert Art. 3 Abs. 2 KlauselRL lediglich, dass der Verbraucher auf die im voraus abgefasste Klausel keinen inhaltlichen Einfluss nehmen konnte. Darüber geht Art. 13 Abs. 6 DA nochmals hinaus, indem ausdrücklich ein Verhandlungsversuch der anderen Vertragspartei verlangt wird. Zumaldest pro forma muss daher der andere Vertragspartner versuchen, den Inhalt der Klausel durch Verhandlungen zu ändern.²⁷ Ein solcher Verhandlungsversuch ist für Art. 3 Abs. 2 KlauselRL und § 305 Abs. 1 BGB nicht erforderlich;²⁸ ebenso wenig wird er von Art. 7 Abs. 1 GEK vorausgesetzt. Klauseln, die eine Vertragspartei ohne Widerspruch akzeptiert hat, unterliegen daher keiner Inhaltskontrolle nach Art. 13 DA und wegen der Sperrwirkung im unternehmerischen Verkehr auch keiner Inhaltskontrolle nach §§ 310 Abs. 1, 305 ff. BGB. Im Fokus stehen Situationen „ohne Verhandlungsspielraum“²⁹. Eine Beeinflussung durch die andere Vertragspartei war hingegen möglich, wenn die Vertragsklausel im Laufe der Verhandlungen geändert wurde³⁰ und diese Änderung ihr zurechenbar ist.

Der förmliche Verweis auf den erfolglosen Verhandlungsversuch wird im Kontext der Teleologie³¹ von Art. 13 DA gelesen, welche die Vertragsfreiheit der Parteien als Ausgangspunkt der Klauselkontrolle einordnet.³² Diese Ausrichtung ist gerade für den unternehmerischen Rechtsverkehr

25 *Staudenmayer*, EuZW 2022, 596 (600); *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1574).

26 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig.

27 *Schippel*, ITRB 2023, 79 (81); *Witzel*, CR 2022, 561 (563); siehe auch *Holznagel/Freese*, EuZ 2023, 1 (24).

28 Die 305 ff. BGB finden nur dann keine Anwendung, wenn die fragliche Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt wurde, BGH NJW 2019, 2080 (2082); *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht/*Pfeiffer*, 7. Aufl. 2020, RL 93/13 EWG Art. 3 Rn. 15.

29 Erwägungsgrund 59 DA.

30 Erwägungsgrund 59 DA.

31 Erwägungsgrund 59, 61 DA.

32 *Staudenmayer*, EuZW 2022, 596 (600).

vorbehaltlos zu begrüßen. Dennoch drängt das obligatorische und generelle Verhandlungserfordernis die Parteien zu stark zu einer bloßen Förmeli, wenn lediglich zur Eröffnung der Klauselkontrolle ein beweisbarer Verhandlungsversuch unternommen werden muss. Zudem fehlt eine diesbezügliche Rechtskenntnis nicht selten bei solchen Vertragspartnern, die weniger geschäftserfahren und daher eigentlich erhöht schutzbedürftig sind.³³ Auch kann faktisch ein Verhandlungsversuch „by design“ erheblich erschwert werden, wenn im digitalen Massengeschäft nur eine simple Zustimmungsoption angezeigt wird.³⁴ Um das gesetzliche Konzept zu verdeutlichen, hätte es ausgereicht, den Verhandlungsversuch als schlichtes Regelbeispiel für eine fehlende Beeinflussungsmöglichkeit auszugestalten.

d) Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast ist zulasten des Verwenders verteilt; dieser hat zu beweisen, dass kein einseitiges Auferlegen erfolgt ist (Art. 13 Abs. 6 Satz 2 DA). Der Gesetzeswortlaut ist insofern aber ungenau, weil diese Beweislastverteilung zunächst voraussetzt, dass eine Vertragsklausel von einer Vertragspartei eingebracht wurde. Erst unter dieser Voraussetzung hat der Verwender sodann zu beweisen, dass die andere Vertragspartei den Inhalt trotz Verhandlungsversuchs nicht beeinflussen konnte. Angesichts der Satzstruktur, des Wortlauts und der Anbindung an den vorherigen Satz geht die Formulierung des Umfangs der Beweislast („nicht einseitig auferlegt“) zu weit und ist auf den zweiten Definitionsbestandteil, d.h. die fehlende Möglichkeit zur Beeinflussung zu reduzieren.

Damit wird wegen der negativen Formulierung („... Beweislast ..., dass ... nicht einseitig auferlegt ...“) vermutet, dass eine Vertragsklausel, die eine Vertragspartei eingebracht hat, von der anderen Vertragspartei trotz Verhandlungsversuchs nicht beeinflusst werden konnte. Der Verwender kann diese gesetzliche Vermutung durch den Beweis des Gegenteils widerlegen (§ 292 ZPO). Der Rückgriff auf § 292 ZPO wird durch den Data Act nicht gesperrt, weil der Data Act insofern keine Regelung enthält und Art. 13 Abs. 6 Satz 2 DA lediglich vervollständigt.

33 Wiebe, GRUR 2023, 1569 (1575).

34 Noch weitergehend Wiebe, GRUR 2023, 1569 (1575).

4. Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 13 Abs. 1 DA)

a) Vertragspartner als Unternehmer

In Art. 13 Abs. 1 DA und der amtlichen Überschrift von Kapitel IV DA wird der persönliche Anwendungsbereich der Klauselkontrolle auf Vertragsklauseln zwischen Unternehmen beschränkt. Bei Beteiligung eines Verbrauchers scheidet die Klauselkontrolle nach Art. 13 DA aus. Der Unternehmensbegriff basiert auf der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 24 DA und stellt dabei auf den gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Zweckzusammenhang des handelnden Vertragspartners ab. Die Überlegungen aus dem ursprünglichen Kommissionsentwurf, den persönlichen Anwendungsbereich auf KMU zu beschränken,³⁵ wurden daher aufgegeben.³⁶ Rechtspolitisch hätte erwogen werden können, auch staatliche Institutionen und gemeinnützige Organisationen ebenfalls dem Schutz des Art. 13 DA zu unterwerfen.³⁷ De lege lata ist die Entscheidung des Gesetzgebers aber hinzunehmen, zumal insofern eine Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB nicht versperrt ist.

b) Dritte als Vertragspartner

Jenseits der Unternehmereigenschaft formuliert Art. 13 DA keine weiteren Anforderungen an die erfassten Vertragspartner. Damit sind namentlich Nutzer und Dateninhaber in beliebigen Rollen vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst. Problematisch könnte die Einbeziehung von Dritten sein, die weder Dateninhaber noch Nutzer sind. In der Literatur wird teilweise bezweifelt, dass solche – in Art. 2 DA nicht gesondert legaldefinierte

³⁵ Art. 13 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung, COM(2022) 68 final.

³⁶ Zur Kritik *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 harmonized rules on fair access to and use of data (Data Act), 17.06.2022, S. 46.

³⁷ So die Forderung von *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 harmonized rules on fair access to and use of data (Data Act), 17.06.2022, S. 47.

– Dritte des Schutzes aus Art. 13 DA bedürften.³⁸ Der Zweck der Klauselkontrolle, einen Missbrauch infolge Marktversagens zu verhindern, greife gegenüber Dritten nicht ein. Während Nutzer sich häufig nicht sonderlich für die von ihrem vernetzten Produkt generierten Daten interessierten, sei die Tätigkeit dieser Dritten auf den Datenzugang geradezu ausgerichtet. Daher bestehe in diesem Verhältnis kein „Lemon Market“. Vielmehr gehe es um die Verhinderung des Missbrauchs einer Monopolstellung. Hierzu sei der FRAND-Mechanismus aus Art. 8 Abs. 1 DA besser geeignet.

Die Ausgangsbeschreibung, wonach Dritte anders als Nutzer nicht in einem „Lemon Market“ agierten, erscheint vielfach zutreffend. Daraus lässt sich durchaus eine typisiert geringere oder zumindest andere Schutzbedürftigkeit von Dritten ableiten. Allerdings beschränkt sich die Teleologie von Art. 13 DA nicht auf einzelne Szenarien, in denen ein spezifisches Marktversagen auftritt. Vielmehr adressiert Art. 13 DA nach Erwägungsgrund 58 DA jegliche Fälle von Ungleichgewichten in der Verhandlungsposition. Auch der Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 DA weist keinerlei Einschränkungen auf, die sich für Besonderheiten bei Dritten heranziehen ließen. Eine teleologische Reduktion erscheint wegen des umfassenden und durch Erwägungsgrund 58 DA getragenen Zwecks methodisch ausgeschlossen. Mithin greift Art. 13 DA auch ein, wenn ein Dritter Vertragspartner ist.

5. Kontrollfreiheit

a) Übereinstimmung mit Unionsrecht (Art. 13 Abs. 2 DA)

Vertragsklauseln, die im Einklang mit Bestimmungen des Unionsrechts stehen, werden als nicht missbräuchlich eingeordnet (Art. 13 Abs. 2 DA) und daher der Klauselkontrolle a priori entzogen. Das relevante Unionsrecht besteht sowohl aus dem Primär- als auch dem Sekundärrecht. Im Fokus dürfte jedoch das Sekundärrecht, namentlich das Datenwirtschafts- und das Unionsprivatrecht, stehen. Eine Differenzierung zwischen Verordnungen und Richtlinien erfolgt nicht. Auch der Data Act selbst zählt zum Unionsrecht i.S.d. Art. 13 Abs. 2 DA. Irrelevant ist dabei, ob es sich um eine zwingende oder dispositive Vorschrift handelt. In beiden Fällen unterstellt Art. 13 Abs. 2 DA, dass eine gesetzgeberische Interessen- und Rechtsgüterabwägung stattgefunden hat und in die konkrete Norm eingeflossen ist.

³⁸ Zum Folgenden *Metzger/Schweitzer*, ZEuP 2023, 42 (64 f.); *Picht*, Journal of European Competition Law & Practice 14 (2023), 64 (80).

Eine solche demokratische Entscheidung trägt ihre rechtliche Legitimation in sich und steht einer Einordnung als missbräuchlich entgegen. Letztlich ordnet Art. 13 Abs. 2 DA systematisch eine Subsidiarität der Klauselkontrolle nach dem Data Act gegenüber vorrangigen Wertungen anderer Sekundärrechtsakte an.

Im Vergleich zur Parallelregelung in Art. 1 Abs. 2 KlauselRL bezieht Art. 13 Abs. 2 DA ausdrücklich auch dispositives Gesetzesrecht mit ein. Während sich die KlauselRL auf „bindende[n] Rechtsvorschriften“ beschränkt, bezieht Art. 13 Abs. 2 DA neben „zwingenden Bestimmungen“ auch die „bei Fehlen von Vertragsklauseln zur Regelung der Angelegenheit geltende[n] Bestimmungen“ mit ein. Diese Erweiterung ist zu begrüßen. Eine Differenzierung zwischen zwingendem und dispositivem Recht trägt teleologisch nicht, da es nicht auf die fehlende Ausweichmöglichkeit des Verwenders, sondern auf die materielle Legitimation durch den demokratischen Gesetzgebungsprozess ankommt.

b) Hauptgegenstand des Vertrages und Preis der Gegenleistung (Art. 13 Abs. 8 DA)

Aus dem sachlichen Anwendungsbereich von Art. 13 DA generell ausgenommen werden Vertragsklauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrags oder das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung festlegen. Damit lehnt sich Art. 13 Abs. 8 DA teilweise an Art. 4 Abs. 2 KlauselRL an. Allerdings besteht der nicht unerhebliche Unterschied, dass die KlauselRL auch solche Vertragsklauseln einer Kontrolle unterwirft: lediglich keiner Inhalts-, sondern einer Transparenzkontrolle. Der Data Act verzichtet hingegen vollständig auf eine Klauselkontrolle einschließlich der Transparenzkontrolle. Ob tatbestandlich die Hauptleistung des Vertrages oder das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betroffen ist, lässt sich im Ausgangspunkt in Anlehnung an Art. 4 Abs. 2 KlauselRL bestimmen.³⁹ Allerdings ist der Tatbestand tendenziell weiter als in der KlauselRL auszulegen, weil der unternehmerische Rechtsverkehr betroffen ist und die Erwägungsgründe 59 und 61 DA die Vertragsfreiheit als dessen Grundkonzept auf zentraler Position sehen.

³⁹ Ebenso *Staudenmayer*, EuZW 2022, 596 (601). Zu Art. 4 Abs. 2 KlauselRL vgl. EuGH 27.04.2023 – C-705/21, ECLI:EU:C.2023:352 – Caixabank.

V. Prüfungsmaßstab für eine Missbräuchlichkeit

1. Leitmotive

Die durch die Klauselkontrolle bewirkte Einschränkung der Vertragsfreiheit wird allgemein durch zwei Erwägungen gerechtfertigt.⁴⁰ Erstens soll der Vertragspartner des Verwenders vor Vereinbarungen geschützt werden, die inhaltlich nicht ausgewogen sind, aber praktisch akzeptiert werden mussten. Zweitens soll die freiheitliche Marktregulierung gesichert werden, die durch eine einseitige Inanspruchnahme von Vertragsgestaltungsmacht gefährdet wäre. Diese Rechtfertigungsgründe werden im Grundsatz auch auf den unternehmerischen Rechtsverkehr übertragen.⁴¹ Der BGH spricht daher ungeachtet von § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB den Wertungen aus §§ 308, 309 BGB im Rahmen der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB eine Indizwirkung zu.⁴² Um die Vertragsfreiheit im unternehmerischen Rechtsverkehr in teilweiser Abkehr von dieser Judikatur zu stärken, wurden bereits vor längerer Zeit verschiedene Reformvorschläge entwickelt.⁴³ Einen Schritt in diese Richtung hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Zukunftsfinanzierungsgesetz⁴⁴ unternommen, indem sektorspezifisch für den Bereich bestimmter Bankverträge die Klauselkontrolle ausgeschlossen wurde (§ 310 Abs. 1a BGB).⁴⁵

Auf letzterer Linie bewegen sich auch die Erwägungsgründe 59 und 61 DA. Bei der Klauselkontrolle müsse die Vertragsfreiheit als „wesentliches Konzept“⁴⁶ einbezogen werden. Die wirtschaftliche Nachteiligkeit einer Klausel begründe keine Missbräuchlichkeit.⁴⁷ Die „überwiegende Mehrheit der Vertragsklauseln“⁴⁸ sei daher nicht missbräuchlich. Es bedürfe daher

40 Dazu stellvertretend Staudinger BGB/Mäsch, 2022, § 307 Rn. 2 m.w.N.

41 Kritisch u.a. Berger, NJW 2010, 465 ff.; Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309 ff.; Leuschner, JZ 2010, 875 ff.

42 Grundlegend BGHZ 90, 273 (278) = NJW 1984, 1750 (1751); BGHZ 174, 1 Rn. 11 f.; BGH NJW 2014, 3722 Rn. 32; umfassend zur Kritik an der Rechtsprechung *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 923 m.w.N.

43 Stellvertretend Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (528); Becker, JZ 2010, 109 (1105).

44 BGBl. 2023 I Nr. 354, Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) v. 14.12.2023.

45 Überblick bei Kropf, WM 2024, 377 ff.

46 Erwägungsgrund 59 DA.

47 Erwägungsgrund 61 DA.

48 Erwägungsgrund 61 DA.

einer „grobe[n] Abweichung“⁴⁹, um eine Missbräuchlichkeit bei objektiver Betrachtung annehmen zu können. Der Data Act verfolgt daher einen ultima-ratio-Ansatz zur Klauselkontrolle, der restriktiver als beispielsweise das deutsche AGB-Recht für B2B-Verträge ist. Die Erwägungsgründe zu Art. 13 DA gehen teilweise noch über § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB hinaus, da sie davon ausgehen, im zumindest empirischen Regelfall sei nicht von einer Missbräuchlichkeit auszugehen. Die BGH-Rechtsprechung zur Indizwirkung wäre mit diesen Vorgaben nicht vereinbar. Da der Rückgriff auf das nationale AGB-Recht im Anwendungsbereich von Art. 13 DA aber gesperrt ist, kommt es darauf nicht mehr an.

2. Keine Transparenzkontrolle

Anders als nach der KlauselRL und nach §§ 310 Abs. 1, 307 Abs. 1 Satz 2 BGB findet im Anwendungsbereich von Art. 13 DA keine Transparenzkontrolle statt. Den Hintergrund bildet das Konzept des GEK, wonach im unternehmerischen Rechtsverkehr keine Transparenzkontrolle vorgesehen ist (Art. 82, 80 Abs. 2 GEK).⁵⁰ Eingebettet wird diese Einschränkung der Kontrolldichte durch die Erwägungsgründe 59 und 61 DA, die im Lichte der Vertragsfreiheit die Klauselkontrolle als ultima ratio ausgestalten. Hervorgehoben wird explizit, dass die wirtschaftliche Nachteiligkeit einer Klausel für eine Vertragspartei ein marktübliches („normales“) Phänomen darstelle und nur grobe Abweichungen von einer guten Geschäftspraxis als Missbrauch zu werten sind.⁵¹ Daher darf ein Verstoß gegen die Generalklausel des Art. 13 Abs. 3 DA nicht aus einer Intransparenz der Klausel abgeleitet werden. Dieses Ergebnis wird auch durch einen systematischen Abgleich mit Art. 8 Abs. 1 DA belegt, der anders als Art. 13 DA ausdrücklich die Transparenz einbezieht.⁵²

49 Erwägungsgrund 61 DA.

50 Staudenmayer, EuZW 2022, 596 (602).

51 Erwägungsgrund 61 DA.

52 Siehe auch Erwägungsgründe 25, 34, 42 DA.

3. Systematik

Ähnlich wie das deutsche AGB-Recht⁵³ folgt Art. 13 Abs. 3-5 DA einem dreistufigen Prüfungsaufbau.⁵⁴ Bevor die Generalklausel in Art. 13 Abs. 5 DA geprüft wird, müssen zunächst zwei Listen mit konkreten Klauseltypen untersucht werden. Begonnen wird mit einer Liste von Klauseln, deren Verwendung stets und ausnahmslos als missbräuchlich eingestuft wird („schwarze Liste“, Art. 13 Abs. 4 DA). Zwar kommt im Wortlaut diese zwingende Rechtsfolge auch im systematischen Wortlautvergleich mit Art. 13 Abs. 5 DA nur unzureichend zum Ausdruck. Allerdings erläutert Erwägungsgrund 62 Satz 1 und 2 DA präzise die systematische Rollenverteilung zwischen den beiden Listen. Im Fall der generellen Missbräuchlichkeit nach Art. 13 Abs. 4 DA gelten die Klauseln „stets als missbräuchlich“⁵⁵, während bei der Liste in Art. 13 Abs. 5 DA nur eine widerlegliche Vermutung der Missbräuchlichkeit eingreift („graue Liste“). Auf die Generalklausel aus Art. 13 Abs. 3 DA darf sodann nur zurückgegriffen werden, wenn kein Treffer in einer der beiden Listen zu vermelden ist. Ihr kommt eine Auffangfunktion zu.

Der europäische Gesetzgeber möchte die beiden Listen als „Maßstab“⁵⁶ für die Auslegung der Generalklausel verwenden. Diese Vorgabe verharrt teilweise im Unklaren. Damit könnte verbunden sein, dass die beiden Listen zugleich eine positive Wirksamkeitsaussage zu Klauseln enthielten, die nicht von den Listen umfasst werden. So weit dürfte die Bedeutung der Listen aber nicht reichen, weil ansonsten die Generalklausel ihre Auffangfunktion überwiegend verlieren würde. Aber die beiden Listen konturieren das normative Gewicht, das für eine Missbräuchlichkeit verlangt wird.

4. Generelle Missbräuchlichkeit („schwarze Liste“, Art. 13 Abs. 4 DA)

Die stets zu einer Missbräuchlichkeit führende Verbotsliste aus Art. 13 Abs. 4 DA kennt inhaltlich teilweise eine direkte Entsprechung in der Liste aus dem Anhang zur KlauselRL. Beim Verbot, die Haftung für vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen zu beschränken oder auszuschließen (Art. 13 Abs. 4 lit. a DA), besteht hingegen eine Parallelie zu § 309 Nr. 7

53 Dazu BeckOK BGB/Schmidt, 70. Ed. 1.5.2024, BGB § 307 Rn. 18.

54 Wiebe, GRUR 2023, 1569 (1575).

55 Erwägungsgrund 62 Satz 1 DA.

56 Erwägungsgrund 62 Satz 4 DA.

lit. b BGB. Eine Einschränkung auf bestimmte Haftungsgründe (z.B. wegen Verletzung hochrangiger Rechtsgüter) erfolgt nicht. Zudem wird für den Ausschluss der Vorsatzhaftung das auch individualvertragliche Verbot⁵⁷ aus § 276 Abs. 3 BGB aufgegriffen. Nach Sinn und Zweck ist es nicht erforderlich, dass ausdrücklich ein solcher Haftungsausschluss in der Vertragsklausel formuliert wird. Vielmehr genügt es, wenn nach Auslegung ein solcher Ausschluss in der betroffenen Bestimmung enthalten ist. Auch die Festlegung einer absoluten Obergrenze für die Schadenshöhe, etwa um die Versicherbarkeit von Risiken zu erreichen, scheitert an Art. 13 Abs. 4 lit. a DA, weil damit oberhalb dieser Grenze auch die Haftung für vorsätzliches und grob fahrlässiges Handeln ausgeschlossen wird.⁵⁸ Das in Art. 13 Abs. 4 lit. b DA enthaltene Klauselverbot orientiert sich demgegenüber an lit. b Anhang zur KlauselRL. Auch Art. 13 Abs. 4 lit. c DA spiegelt ein Klauselverbot aus der KlauselRL. Nach lit. m Anhang zur KlauselRL darf sich der Verwender nicht das exklusive Recht zusprechen, über die Vertragsgemäßheit seiner Leistung zu entscheiden oder Vertragsklauseln auszulegen.

5. Vermutete Missbräuchlichkeit („graue Liste“, Art. 13 Abs. 5 DA)

Anders als die Tatbestände aus Art. 13 Abs. 4 DA bewirkt die Verbotsliste aus Art. 13 Abs. 5 DA lediglich die Vermutung der Missbräuchlichkeit, die der Verwender im Einzelfall widerlegen kann. Dabei lässt sich die Verbotsliste in zwei Gruppen unterteilen. Während lit. a allgemein und vertrags-typübergreifend formuliert ist, weisen lit. b-g verordnungsspezifische Zielsetzungen auf. In lit. a wird generell die Rechtsposition des anderen Vertragspartners bei Leistungsstörungen vor unangemessenen Verschiebungen geschützt. Demgegenüber verfolgen lit. b-g datenrechtliche Zielsetzungen, die eng mit der allgemeinen Teleologie des gesamten Data Act⁵⁹ verbunden sind.⁶⁰ Vertragliche Hindernisse für die Datenweitergabe sollen weitgehend ausgeschaltet werden. Dazu zählt auch lit. d zur Einschränkung der Kündigungsrechte des anderen Vertragspartners, auch wenn im Wortlaut – anders als bei lit. b, c, e-g – dieser Bezug nicht unmittelbar zum Ausdruck

57 Umfassend dazu *Wienhaus*, Haftungsfreizeichnungsklauseln, 2003; zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen *Brunns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S.165 ff.

58 Ebenso zu § 309 Nr. 7 lit. b BGB BGH NJW 2013, 2502 (2503).

59 Insbesondere Erwägungsgründe 2, 4 und 5 DA.

60 Kritisch zur hinreichenden Konturenschärfe *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2022, 1481 (1485).

kommt. Als Folge davon sind die datenrechtlichen Zielsetzungen des Data Act sowohl in die Auslegung des Tatbestands von lit. b-g als auch in die Widerlegung der Vermutung der Missbräuchlichkeit zentral einzubeziehen. Zwar unterliegen Art. 13 Abs. 4 und Abs. 5 lit. a DA ebenfalls dieser übergreifenden Zielsetzung. Dennoch schützen diese Klauselverbote im Schwerpunkt das vertragliche Äquivalenzverhältnis und die gegenseitigen Rechte bei Leistungsstörungen, während Art. 13 Abs. 5 lit. b-g DA eine spezifisch datenrechtliche Ausrichtung innewohnt.

6. Generalklausel (Art. 13 Abs. 3 DA)

a) Verhältnis zu den Verbotskatalogen

Auf die Generalklausel aus Art. 13 Abs. 3 DA kann erst dann subsidiär zurückgegriffen werden, wenn kein vorrangiger Spezialtatbestand aus Art. 13 Abs. 4-5 DA erfüllt ist. Beide Listen dienen sodann als Auslegungsmaßstab für die Generalklausel.⁶¹ Daraus folgt zum einen, dass die mit den Verbotslisten verfolgten Zielsetzungen auch für die Generalklausel von Bedeutung sind. Als besonders schützenswert gelten damit namentlich die beiderseitigen Rechte und Pflichten bei Leistungsstörungen (vgl. Art. 13 Abs. 4 und Abs. 5 lit. a DA). Weiterhin liegt eine Missbräuchlichkeit umso näher, je intensiver die datenrechtliche Zielsetzung zur Erleichterung der Datenweitergabe ohne rechtfertigenden Grund eingeschränkt wird (vgl. Art. 13 Abs. 5 lit. b-g DA).

b) Vorrang der Vertragsfreiheit

Einzubeziehen ist jedoch ebenfalls, dass anders als im Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie der unternehmerische Rechtsverkehr betroffen ist. Daher betonen die Erwägungsgründe 59 und 61 DA die Vertragsfreiheit und den ultima-ratio-Charakter der Klauselkontrolle besonders. Erst eine „grobe Abweichung“⁶² von der guten Geschäftspraxis vermag das Verdikt der Missbräuchlichkeit zu tragen. Insofern liegt die tatbestandliche Hürde höher als bei § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

⁶¹ Erwägungsgrund 62 DA.

⁶² Erwägungsgrund 61 DA.

c) Bedeutung der Mustervertragsklauseln

Nicht zweifelsfrei äußert sich der Data Act zur Bedeutung der Mustervertragsklauseln, welche die Kommission nach Art. 41 DA erstellt, für die Durchführung der Klauselkontrolle. Nach Art. 41 DA kommt ihnen lediglich eine unterstützende Funktion zu.⁶³ Auch Erwägungsgrund 62 DA sieht die Mustervertragsklauseln als „hilfreich“ bei der Vertragsabfassung an. Die Mustervertragsklauseln werden zudem als unverbindlich eingeordnet. Daraus leitet sich zunächst ab, dass die Nichtverwendung der Mustervertragsklauseln keine negativen Auswirkungen auf die Missbräuchlichkeitsprüfung hat. Den Parteien steht es in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit offen, ob und in welchem Umfang sie auf die Mustervertragsklauseln der Kommission zurückgreifen.

Sofern sie von den Mustervertragsklauseln jedoch Gebrauch machen, sind sie damit nicht automatisch vor einer Klauselkontrolle geschützt. Zwar dürfte Art. 41 DA die Erwartung des unionalen Gesetzgebers zugrunde liegen, die Kommission werde rechtskonforme Klauseln entwerfen. Allerdings verzichtet der Data Act ausdrücklich auf die Anordnung, die Mustervertragsklauseln seien einer Klauselkontrolle entzogen und generell als nicht missbräuchlich einzuordnen. Die Letztentscheidungskompetenz kommt insofern dem Europäischen Gerichtshof bei der Auslegung und Anwendung von Art. 13 DA zu. Allerdings verpflichtet Art. 41 DA die Kommission zur Abfassung von „fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden“ Klauseln. Die Einhaltung dieser Vorgaben führte dazu, dass auch eine Missbräuchlichkeit i.S.d. Art. 13 DA abzulehnen wäre. Daher kann jedenfalls von einer Indizwirkung ausgegangen werden: Die Verwendung von Mustervertragsklauseln indiziert die Konformität mit Art. 13 DA. Dennoch bleiben diese Vertragsklauseln der Klauselkontrolle unterworfen, da insbesondere Umstände des Einzelfalls wie namentlich die vertragliche Risikoverteilung und besondere Vertragszwecke eine Missbräuchlichkeit begründen können.

VI. Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit

1. Nichtigkeit (Art. 13 Abs. 1 DA)

Die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel hat zwingend zur Folge, dass sie für die andere Vertragspartei „nicht bindend“ (Art. 13 Abs. 1 DA) ist. In-

⁶³ Ähnlich *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2022, 1481 Rn. 27.

sofern lehnt sich der Wortlaut an Art. 6 Abs. 1 Halbsatz 1 KlauselRL an, der ebenfalls von einer Unverbindlichkeit spricht. In beiden Fällen kommt den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum zu, wie sie in ihren Privatrechtsordnungen diese Unverbindlichkeit rechtstechnisch erreichen. Wegen des offenen Wortlauts von Art. 13 Abs. 1 DA steht insofern nicht entgegen, dass der Data Act als Verordnung keiner Umsetzung bedarf. Für das deutsche Privatrecht liegt eine Übernahme der Rechtsfolgen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nahe, so dass eine Unwirksamkeit eintritt. Methodisch wäre eine Analogie zu § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zu ziehen, da die Vorschrift unmittelbar im Anwendungsbereich von Art. 13 DA systematisch gesperrt ist.

2. Abtrennbarkeit (Art. 13 Abs. 7 DA)

Die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel berührt die Wirksamkeit des übrigen Vertrags nicht, sofern die betroffene Klausel von den übrigen Vertragsbestandteilen abtrennbar ist. Das Erfordernis der Abtrennbarkeit findet sich sowohl in Art. 13 Abs. 7 DA als auch in Erwägungsgrund 62 DA. Wann eine solche Abtrennbarkeit besteht, legt der Data Act nicht im Einzelnen fest. Auch Art. 6 Abs. 1 Halbsatz 2 KlauselRL ordnet einen Fortbestand des übrigen Vertrags an, sofern ein solcher ohne die missbräuchliche Klausel möglich ist. Die von Art. 13 Abs. 7 DA explizit zugelassene Klauselabgrenzung ist auch im Anwendungsbereich der KlauselRL zulässig.⁶⁴ Insofern verfolgen beide Vorschriften einen vergleichbaren Regelungszweck: Den nicht missbräuchlichen Teil des Vertragswerks nach Möglichkeit zu erhalten, um der Privatautonomie der Parteien umfänglich Rechnung zu tragen. Hierzu muss eine voneinander unabhängige Überprüfbarkeit der missbräuchlichen Vertragsklausel und des restlichen Vertragswerks vorgenommen werden können. Insofern kann im Grundsatz auf die Auslegung von § 306 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden, die zwischen einer sachlichen und personalen Abtrennbarkeit/Teilbarkeit unterscheidet.⁶⁵ Damit steht auch der Blue-pencil-Test in engem Zusammenhang, der aus dem englischen Recht stammt und unzulässige Teile einer Klausel abspaltet,

64 BeckOGK BGB/Bonin, Stand: 1.3.2024, § 306 Rn. 15 f.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/Pfeiffer, 7. Aufl. 2020, RL 93/13 EWG Art. 6 Rn. 11.

65 Grundlegend BGH NJW 1982, 178 (181); eingehend dazu BeckOGK BGB/Bonin, Stand: 1.3.2024, § 306 Rn. 16 ff. m.w.N.

sofern sie sprachlich abtrennbar sind.⁶⁶ In Abgrenzung zur Auslegung der KlauselRL sind jedoch die wirksamkeits- und privatautonomiefreundlichen Erwägungsgründe zu Art. 13 DA und der auf den unternehmerischen Verkehr zugeschnittene Anwendungsbereich einzubeziehen. Daher ist im Zweifel von einer Abtrennbarkeit auszugehen.

3. Geltungserhaltende Reduktion

Nicht mit der durch Art. 13 Abs. 7 DA adressierten Abtrennbarkeit identisch ist die Frage nach der Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion.⁶⁷ Durch die gesetzliche Zulassung der Abtrennung von missbräuchlichen Klauselbestandteilen hat die geltungserhaltende Reduktion zwar einen Teil ihrer rechtspraktischen Bedeutung verloren. Auch konnte der EuGH bislang allenfalls im Anwendungsbereich der KlauselRL ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bindend vorgeben.⁶⁸ Dennoch nimmt die deutsche Rechtsprechung ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch jenseits der KlauselRL im unternehmerischen Verkehr an.⁶⁹

Ebenso wie im Anwendungsbereich der KlauselRL⁷⁰ lässt sich dem Wortlaut keine eindeutige Vorgabe zur geltungserhaltenden Reduktion entnehmen. Die für ein solches Verbot vorgebrachte generalpräventive Teleologie (Abschreckungswirkung)⁷¹ hingegen könnte auch eine Erstreckung auf Art. 13 DA tragen. Allerdings gilt es die besondere Betonung der Vertragsfreiheit für die Klauselkontrolle nach dem Data Act und deren Einordnung als ultima ratio zu beachten. Zudem kennt Art. 13 DA anders als die KlauselRL keine Transparenzkontrolle, so dass die Begründung⁷² mit Unklarheiten über den genauen Umfang der Aufrechterhaltung beim anderen Vertragspartner insofern nicht tragen kann. Auch besteht angesichts der systematischen Eigenständigkeit von Art. 13 DA keine Anbindung an die

66 MünchKomm BGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, § 306 Rn. 22; Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, 1979, S. 79 f.; Dedual, Geltungserhaltende Reduktion, 2017, S. 59 f.

67 Zu den beiden Möglichkeiten einer geltungserhaltenden Reduktion siehe Uffman, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, S. 225 ff.

68 EuGH 26.3.2019 – C-70/17, C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250, Rn. 53 f. - Abanca Corporación Bancaria m.w.N.

69 BGH NJW-RR 2004, 1498; 2018, 1811 (1812); 2007, 3421 (3422).

70 Dazu stellvertretend EuGH 3.3.2020 – C-125/18, ECLI:EU:C:2020:138, Rn. 59 - Gómez del Moral Guasch.

71 Dazu EuGH 25.11.2020 – C-269/19, ECLI:EU:C:2020:954, Rn. 38 - Banca B.

72 BGHZ 143, 103 (119).

Auslegung der KlauselRL und des nationalen AGB-Rechts. Der Data Act hat einen Sondertatbestand aufgestellt, der nicht nur auf den unternehmerischen Verkehr beschränkt ist, sondern ausweislich der Erwägungsgründe auch eine wirksamkeitsfreundliche Grundstruktur erhalten hat.

Im Ergebnis kann das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch auf Art. 13 DA übertragen werden. Tragend erscheint insofern die Abschreckungsfunktion für den Vertragspartner, der die Klausel einseitig auferlegt hat. Insofern bestehen keine durchgreifenden Unterschiede zwischen Art. 13 DA und der KlauselRL. Den Bedenken gegen ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion sollte im Anwendungsbereich von Art. 13 DA durch eine wirksamkeitsfreundliche Anwendung von Art. 13 Abs. 7 DA und eine deutlich weitreichendere Befugnis zur Lückenfüllung als nach der KlauselRL Rechnung getragen werden. Die Grundlage bilden namentlich die Erwägungsgründe 59 und 61 DA.

4. Lückenfüllung

Jenseits der Anordnung einer fehlenden Bindungswirkung von missbräuchlichen Vertragsklauseln für den anderen Vertragspartner (Art. 13 Abs. 1 DA) äußert sich der Data Act nicht gesondert zu den Folgen der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln. Insofern unterscheidet er sich schon in Wortlaut und Systematik deutlich von der KlauselRL. Insbesondere kennt der Data Act keine Parallelvorschrift zu Art. 7 KlauselRL, auf den der EuGH⁷³ seine einschränkende Rechtsprechung zur Lückenfüllung bei unwirksamen AGB-Klauseln maßgeblich stützt. Ganz im Gegenteil betont Erwägungsgrund 59 DA die Bedeutung der Vertragsfreiheit als „wesentliches Konzept in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen“. Daher grenzt sich Art. 13 DA deutlich von der Lückenfüllung nach der KlauselRL ab und unterliegt einer eigenständigen Auslegung. Zudem bleibt zu beachten, dass auch die KlauselRL grundsätzlich eine Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung zulässt.⁷⁴

Daher können durch die Unwirksamkeit von missbräuchlichen Vertragsklauseln nach Art. 13 Abs. 1 DA entstandene Lücken im Vertrag durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden. Anders als nach der

⁷³ EuGH 27.1.2021 – C-229/19, C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68, Rn. 64 - Dexia Nederland BV m.w.N.

⁷⁴ *Omlor*, WM 2023, 1994 (1998) m.w.N. zum Streitstand.

KlauselRL kennt der Data Act keine Einschränkungen auf Konstellationen, in denen eine Gesamtnichtigkeit besonders nachteilige Folgen für den anderen Vertragspartner hätte.⁷⁵ Auch hieran zeigt sich, dass Art. 13 DA keine Verbraucherschutzvorschrift darstellt.

VII. Zusammenfassung

1. Zu den gesetzgeberischen Zielen der DA-Klauselkontrolle zählt der Ausgleich eines wirtschaftlichen Machtgefülles. Allerdings wird dabei die „rationale Ignoranz“ von Vertragsparteien unzureichend gewichtet, die zu einem Marktversagen durch ein Informations- und vor allem Motivationsgefälle führt; darin liegt ebenfalls eine rechtspolitische Rechtfertigung des mit Art. 13 DA bewirkten Eingriffs in die Vertragsfreiheit.
2. Die KlauselRL und der Data Act stehen angesichts unterschiedlicher persönlicher Anwendungsbereiche weitgehend unberührt nebeneinander. Gegenüber dem nationalen AGB-Recht hingegen stellt Art. 13 DA eine abschließende Sonderregelung auf, soweit eine Vertragsklausel i.S.d. Art. 13 Abs. 1 DA betroffen ist.
3. Im Vergleich zur KlauselRL ist der sachliche Anwendungsbereich von Art. 13 DA durch das Erfordernis des einseitigen Auferlegens deutlich eingeschränkt. Soweit eine Klausel ansonsten den Tatbestand des Art. 13 Abs. 1 DA erfüllt, aber lediglich nicht einseitig auferlegt ist, unterliegt sie zudem keiner Kontrolle nach der KlauselRL und dem nationalen AGB-Recht.
4. Die DA-Klauselkontrolle findet auch dann Anwendung, wenn ein Dritter Vertragspartner ist.
5. Wegen der Beschränkung auf den B2B-Bereich lässt die DA-Klauselkontrolle erheblich mehr Spielräume als die KlauselRL. Überdies verzichtet der Data Act auf eine gesonderte Transparenzkontrolle.
6. Die DA-Klauselkontrolle folgt einem dreistufigen Prüfungsaufbau, der mit den konkreten Verbotskatalogen in einer „schwarzen Liste“ (Art. 13 Abs. 4 DA) und einer „grauen Liste“ (Art. 13 Abs. 5 DA) beginnt, sodann erst subsidiär zur Generalklausel (Art. 13 Abs. 3 DA) übergeht.

75 Zur KlauselRL diesbezüglich vgl. EuGH 11.09.2019 - C-143/1, ECLI:EU:C:2019:701 - Dzuibak; 31.03.2022 - C-472/20, ECLI:EU:C:2022:242 - Lombard Lizing; 08.09.2022 - C-80/21, C-81/21, C-82/21, ECLI:I:EU:C:2022:646 - D.B.P. (Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères) u.a.

7. Im Fall einer Missbräuchlichkeit einer Klausel wird der übrige Vertrag davon nicht berührt, sofern die Regelungen abtrennbar sind, wovon im Zweifel auszugehen ist.
8. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gilt auch bei der DA-Klauselkontrolle.
9. Durch eine unwirksame Klausel entstandene Vertragslücken können durch eine ergänzende Vertragsauslegung gefüllt werden.

