B. Zuordnung und Zugang im geltenden Recht

In der digitalen Ökonomie werden Marktabschottungen zum Problem, weil es einige neuralgische Punkte in der Wertschöpfungskette gibt, die von einzelnen Unternehmen, Gatekeepern, besetzt werden können. Das zentrale Thema für andere Unternehmen ist: Zugang. Der Zugang zu Kunden und Märkten belebt den Wettbewerb. In den beispielhaften Szenarien, die in A.2 skizziert wurden, ist für Handwerksunternehmen Zugang das Schlüsselthema. Die rechtliche Einordnung von Zugang führt ins Feld der Zuordnung von Ressourcen und Gegenständen zu bestimmten Personen und zu den vielfältigen Zugangsansprüchen, durch die der Ausschluss anderer von der Nutzung überwunden wird.

Im Folgenden wird Zuordnung als rechtliches Thema beleuchtet (B.I). Ein Wechsel in der Zuordnung und die Gewährung von Zugang funktionieren primär über vertragliche Mechanismen (B.II). Gelegentlich wird aber auch mit hoheitlichen Zugangsansprüchen eingegriffen (B.III).

I. Zuordnung

Wenn es um die Verteilung von unternehmerischen Chancen geht, ist das Idealbild in einer wettbewerblich strukturierten Marktwirtschaft geprägt von großer Offenheit: „Möge der Beste gewinnen!“, ist der Leitspruch derjenigen, die sich einer freien Koordination der Kräfte am Markt, wie im Modell von Ökonomen seit Adam Smith beschrieben, verpflichtet fühlen.

Zugang wird nicht ungehindert gewährt. Es gibt rechtliche und faktische Exklusivitätspositionen, die Zugang vereiteln können. Dem Zugang aller steht der Zugriff Einzelner gegenüber, der durch die faktische oder rechtliche Zuordnung gewährt wird.[90]

---

90 Instruktiv die diversen Beiträge in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2005, Zugang und Ausschluss als Gegenstand des Privatrechts, 2006. Zu Daten siehe *Fritzsche* in: FS Harte-Bavendamm, 2020, S. 33 ff.; *Specht/Kerber*, Datenrechte, 2017, S. 17 ff. Grundlegend *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, der Zugangsregeln als „Garantie dezentraler Wissensteilung“ versteht (S. 6) und leitet daraus die Forderung einer „Konstitutionalisierung wissensteiliger sozialer Prozesse“ ab (S. 273). Für Zugang in der Datenökonomie lässt sich daraus wohl die Forderung

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Ausschluss als faktische und rechtliche Möglichkeit

Vorrangstellungen, die den freien Zugang erschweren, ergeben sich aus verschiedenen Quellen. Ausschluss kann faktisch und rechtlich begründet werden: Ein Ausschluss kann etwa darüber erfolgen, dass spezielle, herstellerspezifische Werkzeuge für die Arbeiten erforderlich sind, auf welche manche Handwerker schlicht keinen Zugriff haben. Als Werkzeug kommt zunehmend Software zum Einsatz, die für die Durchführung von Reparaturen erforderlich wird, beispielsweise um ein Ersatzteil in ein bestehendes Gesamtsystem einzubinden. So hat etwa Apple mit dem iPhone 12 eine Sperre eingeführt, welche die Funktionalität des Gerätes beschränkt, wenn ein Ersatzteil nicht mit Apples eigener Software aktiviert wird – selbst, wenn es sich um ein originales Bauteil handelt.[91]

Für bestimmte Reparaturen können Daten/Informationen erforderlich sein, etwa Sensordaten des Gerätes oder Protokolle über die bisherige Nutzung. Insbesondere relevant ist dies für den Bereich der vorausschauenden Wartung, in welchem der Tausch bestimmter Verschleißteile oder andere Wartungsarbeiten in Abhängigkeit von der tatsächlichen Intensität der Nutzung erfolgt. Wer die Daten nicht auslesen kann, ist ausgeschlossen.

Ein Ausschluss kann auch erfolgen, wenn der Zutritt auf eine Plattform verweigert wird, indem die Einrichtung eines Kundenkontos verwehrt wird. Die Verschlüsselung von APIs[92], also Schnittstellen, ist ein weiteres Modell, um andere von Nutzungsmöglichkeiten auszuschließen.

In diesen Konstellationen stellt sich die Frage, was die Parteien überhaupt ermächtigt, Dritte auszuschließen – immerhin wird damit das freie Wettbewerbsmodell ausgebremst.

a) Faktische Herrschaft

An erster Stelle steht eine rein faktische Zuordnung im Sinn einer tatsächlichen Herrschaft über die Sachen, die Zugang vermitteln können: Wer Zugang zu einem Fahrzeug haben will, muss das Fahrzeug erst einmal in

---

ableiten, Macht und subjektive Rechte durch weitgehende Nutzungs-/Zugangsmöglichkeiten zu kompensieren.

91 https://de.ifixit.com/News/45921/is-this-the-end-of-the-repairable-iphone; https://www.connect.de/news/iphone-12-reparatur-kamera-display-apple-3201278.html; https://9to5mac.com/2020/10/30/iphone-12-camera-repair/.

92 API steht für application programming interface. Damit wird die Schnittstelle bezeichnet, über die zwei Programme miteinander kommunizieren können.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

seinen Einflussbereich bringen: Tatsächliche Sachherrschaft – Besitz im Sinne von § 854 BGB – ist die unmittelbarste Form des Zugriffs und damit des möglichen Ausschlusses Dritter. Das Konzept von Herrschaft über eine Sache ist geprägt von der Vorstellung vertretbarer Sachen im Sinne von § 91 BGB: Bewegliche Gegenstände, die anfassbar, zählbar, messbar sind – so wie ein Auto.

Eine faktische Herrschaft kann sich auch in der Plattformökonomie über den Besitz bestimmter Geräte ergeben, z.B. in Form eines Smartphones, eines Chips, eines Datenträgers oder eines Tokens. Die Sachherrschaft darüber liegt häufig beim Endverbraucher.

Faktische Herrschaft (noch ohne rechtliche Zuordnung) kann sich aber auch an Daten oder Softwareprogrammen ergeben. Entgegen der konzeptionellen Vorstellung von überall verfügbaren Daten sind diese faktisch eben nicht frei verfügbar. Sie sind vielmehr regelmäßig geschützt gespeichert, etwa in einer Cloud. Zugang zu den Daten ist nur für den möglich, der das Login kennt, ein Passwort oder eine andere Form von digitalem Schlüssel hat. Faktischen Zugriff hat derjenige, der die Daten erhebt und speichert.

In allen genannten Fällen ist diese rein faktische Herrschaftsmacht unabhängig von der rechtlichen Frage, ob diese Macht zurecht besteht.

b) Rechtliche Zuordnung

Zugriff kann rechtlich vermittelt sein. Aufbauend auf der faktischen Herrschaft kann rechtliche Herrschaft gewährt werden. Die entsprechende Zuordnung kann der Gesetzgeber vornehmen. Sie kann aber auch privat durch autonome Vereinbarungen gesetzt sein.

Exklusive Rechte entstehen bei unkörperlichen Gegenständen wie etwa Daten nicht automatisch durch die Kreation oder die Datenerhebung an sich. Wer eine Software programmiert, ist nicht automatisch rechtlich befugt, andere von der Nutzung eben dieser Software auszuschließen. Wer Daten erhebt, speichert oder auswertet, ist nicht automatisch befugt, diese Daten zu nutzen oder gar exklusiv zu nutzen. Für Daten, Informationen und Ideen gelten spezifische Zuordnungsregime, die im Folgenden dargestellt werden. Die faktische Ebene ist von der rechtlichen Bewertung klar zu trennen.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Rechte an Daten

In den vergangenen Jahren wurde immer wieder diskutiert, welche rechtliche Zuordnung an Daten vorgenommen werden soll – und welche bereits besteht. Modelle wie „Dateneigentum" werden teilweise als Lösung für das Zugangsproblem empfohlen. Schon jetzt gilt es, bei Daten zu differenzieren: Teilweise entsteht auch nach geltendem Recht ein exklusiver Schutz.

Fraglich ist, welche Rechte einen Ausschluss Dritter von dem Zugriff und der Nutzung von Datensätzen ermöglichen. Untersucht werden hierbei Daten, welche etwa von Sensoren in Geräten über den Nutzungszeitraum beim Endkunden generiert werden (z.B. Fahrzeugdaten) oder Protokolldaten in Steuerungscomputern von Geräten über die Nutzung (etwa wie oft ein Aufzug mit welchem Gewicht welche Strecken beim Kunden gefahren ist).

aa) Eigentum

Einen eigentumsartigen Schutz wie nach § 903 BGB gibt es für bloße Informationen oder Rohdaten als solche nicht, es handelt sich nicht um körperliche Sachen im Sinne des § 90 BGB.[93]

Anderes gilt für den Datenträger als solchen, also die konkrete Festplatte/SSD, auf welcher die Informationen gespeichert sind. Hier sind die Sacheigenschaft und damit die Möglichkeit, Eigentum daran zu haben, zu bejahen. Allerdings bezieht sich dieser Schutz zunächst nur auf den Datenträger als solchen ohne einen gesonderten Schutz der gespeicherten Informationen.[94] In der Praxis werden Daten außerdem in der Regel vielfach gesichert und auf mehreren Datenträgern verteilt, die wiederum in dezentralisierten Rechenzentren von häufig externen Anbietern betrieben werden. Anhand des bloßen Sacheigentums an einem Datenträger eine Ausschließbarkeit abzuleiten, ist somit nicht zielführend.

---

93 *Ellenberger* in: Palandt, 80. Auflage 2021, § 90 BGB Rn. 1; *Stresemann* in: MüKo-BGB, Band 1, 8. Auflage 2018, § 90 Rn. 1.

94 *Schur*, Die Lizenzierung von Daten, 2020, S. 40; *Sieber*, NJW 1989, 2569, 2573; *Redeker*, NJW 1992, 1739; *Specht*, CR 2016, 288, 292; *Peukert* in: FS Schricker, S. 149, 151; *Hoeren/Völkl* in: Hoeren, Big Data und Recht, 2014, S. 16; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 334 f.; *Stresemann* in: MüKo-BGB, Band 1, 8. Auflage 2018, § 90 Rn. 25; *Fritzsche* in: BeckOK-BGB, 56. Edition 2020, § 90 Rn. 25; für mögliche Auswirkungen des Sacheigentums auf die Erhebung von Daten siehe aber *Raue*, NJW 2019, 2425.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ob darüber hinaus ein eigentumsartiges Recht auch für Daten selbst bestehen kann, wird vielfach diskutiert, ist im Ergebnis aber abzulehnen.

Daten haben einen vermögenswerten Charakter und können zudem räumlich abgegrenzt und beherrscht werden, womit sie als Gegenstände einzuordnen sind.[95] Der Mehrwert von elektronischen Daten liegt in der Darstellung von Information.[96] Problematisch ist bei Daten jedoch das Kriterium der Körperlichkeit. Das Eigentumsrecht dient dem Schutz der für körperliche Gegenstände charakteristischen Exklusivität des Zugangs, Rivalität und Abnutzbarkeit.[97] Daten können ohne Abnutzung von einer Vielzahl von Personen verwendet und unproblematisch vervielfältigt werden,[98] wodurch sie diese Kriterien nicht erfüllen. Daten können damit keine körperlichen Gegenstände und folglich keine Sachen sein, womit ein Dateneigentum nach § 903 BGB ausgeschlossen ist.

Mit Blick auf einige strafrechtliche Normen, welche den Informationsgehalt von Daten ähnlich dem Eigentum unter Schutz stellen (so wird etwa die Datenveränderung gemäß § 303a StGB ähnlich der Sachbeschädigung gemäß § 303 I StGB bestraft) wird teilweise vertreten, § 903 BGB dennoch für Daten analog anzuwenden.[99]

Eine analoge Anwendung von Normen kommt in Betracht, wenn der Sachverhalt unter eine Regelungslücke fällt und diese Lücke zudem planwidrig, also vom Gesetzgeber so nicht beabsichtigt ist; außerdem muss auch eine vergleichbare Interessenlage zwischen dem geregelten und ungeregelten Sachverhalt bestehen.[100]

Es fehlt aber nicht an einer planwidrigen Regelungslücke: Dem Gesetzgeber ist das Thema bekannt, er hat bislang darauf verzichtet, eine Regelung zu erlassen. Im Gegenteil war bei Schöpfung geistiger Eigentumsrechte der erklärte Wille, Informationen und Ideen von Schutzrechten freizuhalten. Der umfassende Schutz bestimmter geistiger Schöpfungen und Gü-

---

95 Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart" der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15.5.2017, S. 33.

96 *Buchner* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, 54. EL 2020, Teil 18.4 Rn. 51.

97 *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 327 f.; *Hoeren*, MMR 2019, 5, 6.

98 *Raue*, NJW 2019, 2425.

99 *Hoeren*, MMR 2013, 486, 491.

100 BGH, 13.7.1988, Az. IVa ZR 55/87, NJW 1988, 2734; *Beaucamp*, AöR 134 (2009), 83, 84 ff.; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Auflage 2019, S. 115 f.; *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Auflage 1992, Rn. 321 ff.; *Schwacke*, Juristische Methodik, 5. Auflage 2011, S. 133 ff.; *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter im Urheberrecht, über den Datenschutz, den Geschäftsgeheimnisschutz etc. legt nahe, dass keine planwidrige Regelungslücke für ein generelles „Dateneigentum" vorliegt.[101] Der Gesetzgeber hat also den Wert von Informationen in Daten erkannt und sich bewusst für einen getrennten Schutz entschieden. Für Informationen folgt diese Zurückhaltung einer exklusiven Zuweisung auch aus der grundrechtlichen Verbürgung der Kommunikationsfreiheit.[102]

Es ist aber auch keine vergleichbare Interessenlage gegeben: Der Schutzumfang bei Daten ist nicht eingrenzbar, Nutzungsbefugnisse sind, anders als bei körperlichen Gegenständen, nicht klar abgrenzbar.[103] Nach aktueller Rechtslage besteht kein Eigentumsrecht an Daten.

bb) Weitere Ausschließungsbefugnisse

Daten und Informationen sind nicht per se von jedem Schutz – und damit einer individuellen Zuweisung an eine Person – ausgenommen. Vielmehr gibt es in anderen Rechtsbereichen einen Schutz von Daten, der bei der Zugangsgewährung zu beachten ist. In Betracht kommen insbesondere Immaterialgüterrechte, Datenschutz- und Geheimnisschutzrechte.

Die im Rahmen des hier beleuchteten Untersuchungsgegenstandes entstehenden Daten können von folgenden Rechten betroffen sein:

(1) Urheberrecht

Mit dem Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten wird eine exklusive Zuweisung von geistigen Leistungen an eine Person vorgenommen. Darin schwingt häufig die Belohnung für eine kreative Leistung oder für einen besonderen Investitionsaufwand mit.[104] Die Verwertung in der Folge derartiger Leistungen soll dann dem Schutzrechtsinhaber zukommen. Bei der hier interessierenden Zugangsthematik kommen u.a. folgende Schutzrechte als relevant in Betracht:

---

101 *Thalhofer*, GRUR-Prax 2017, 225, 226.
102 Vgl. dazu eingehend *Wiebe/Schur*, ZUM 2017, 461.
103 *Ehlen/Brandt*, CR 2016, 570, 571.
104 Siehe zur rechtstheoretischen Begründung des Urheberrechts *Loewenheim* in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Auflage 2020, Einleitung zum UrhG Rn. 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Computerprogramme: Nach §§ 2 I Nr. 1, 69a Abs. 1 UrhG werden Computerprogramme geschützt. Es handelt sich dabei um „Sprachwerke", welche Ausdruck einer persönlichen geistigen Schöpfung sind. Eine CAD-Software, wie sie für Entwürfe häufig eingesetzt wird, ist demnach urheberrechtlich geschützt und darf nicht ohne Zustimmung des Urhebers verbreitet werden.[105] Nach § 69a Abs. 1 UrhG kommt für Datenbanken ein Schutz in Betracht, wenn die Datenbank selbst Befehls- oder Steuerungsanweisungen durchführt.[106] Es geht dann aber nicht um die in der Software aufgeführten Daten.

Datenbank: Als Speicherort von Informationen kann eine Datenbank schon für sich urheberrechtlich geschützt sein. Man denke beispielsweise an eine Materialdatenbank, die für Restauratoren zur Verfügung gestellt wird. Hierbei wird zwischen dem Urheberrecht an Datenbankwerken gemäß § 4 Abs. 2 UrhG und dem Datenbankherstellerrecht gemäß § 87b UrhG unterschieden. Für den Schutz als Datenbankwerk ist Schöpfungshöhe, also ein gewisses Maß an geistiger Leistung erforderlich. Diese muss sich hierbei nicht auf die Inhalte der Datenbank, sondern auf die Art und Weise der Auswahl und Anordnung der jeweiligen Inhalte beziehen.[107] Diese geistige Leistung wird nicht bereits durch besondere Expertise oder Aufwand in der Erstellung der Anordnung erreicht, sondern bedarf einer schöpferischen Leistung.[108] Bei reinen Datenaufzeichnungen sind die getroffenen Kategorisierungen aber zumeist lediglich technisch bedingt und eine schöpferische Leistung in der Datenbank an sich kommt nur selten in Betracht.[109]

Anders als beim Datenbankwerk wird bei dem einfachen Datenbankherstellerrecht nach § 87b UrhG nicht die geistige Leistung des Schöpfers honoriert, sondern die für die Kategorisierung getätigte Investition, § 87a I 1 aE UrhG.[110] Entsprechend sind die inhaltlichen Anforderungen

105 Siehe beispielhaft BGH, 20.5.2009, Az. I ZR 239/06, NJW 2009, 3509 – *CAD-Software*.

106 *Dreier* in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Auflage 2018, § 69a Rn. 12; *Czychowski* in: Fromm/Nordemann, UrheberR, 12. Auflage 2018, § 69a UrhG Rn. 12; *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, PK-UrheberR, 5. Auflage 2019, § 69a UrhG Rn. 17.

107 *Ahlberg* in: BeckOK UrhR, 29. Edition 2018, § 4 UrhG Rn. 26.

108 BGH, 24.5.2007, Az. I ZR 130/04, MMR 2007, 589, 590 – *Gedichttitelliste I*; *Schur*, Die Lizenzierung von Daten, 2020, S. 45.

109 EuGH, 1.3.2012, Rs. C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115, Rn. 39 – *Football Dataco*; *Schur*, Die Lizenzierung von Daten, 2020, S. 45.

110 EuGH, 9.10.2008, Rs. C-304/07, ECLI:EU:C:2008:552, Rn. 33 – *Directmedia Publishing*; *Vohwinkel* in: BeckOK UrhR, 29. Edition 2019, § 87a UrhG Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anders gelagert. Es werden keine Anforderungen an eine schöpferische Leistung gestellt, sowohl bei der Auswahl/Anordnung als auch bei den Inhalten selbst. Für die Inhalte der Datenbank werden geringe Anforderungen gestellt; bereits Daten oder Zahlen sind ausreichend, solange ein eigener Informationswert in ihnen besteht.[111] Hierunter können also auch allgemeine Protokolldaten, wie etwa die Aufzeichnungen, zu welchen Uhrzeiten wie lange ein Gerät genutzt wurde, fallen.

Auf der anderen Seite verlangt § 87a I 1 aE UrhG dann aber eine für die Kategorisierung (Anordnung, Auffindbarkeit) getätigte erhebliche Investition (eine hohe Investition für die Datenerzeugung ist nicht ausreichend). Der Begriff der Investition umfasst den Einsatz von Finanzmitteln, aber auch von Zeit, Arbeit und Energie und ist weit zu verstehen.[112] Erheblichkeit liegt bei Investitionen „von einigem Gewicht" vor, dies kann sich hierbei aus qualitativen oder quantitativen Aspekten ergeben (Art. 7 I Datenbank-RL[113]).[114]

Es erscheint fraglich, ob in den Datenszenarien des Untersuchungsgegenstandes Konstellationen häufig sind, in welchen Rohdaten in diesem für den Schutz nach § 87b UrhG besonderen Maße aufgearbeitet werden. Rohdaten selbst werden jedenfalls keinen Schutz genießen – anders als möglicherweise die Aufbereitung in der Datenbank.

Für den Untersuchungsgegenstand erscheinen Szenarien, in welchen urheberrechtlicher Schutz einem Datenzugang entgegenstehen könnte, weniger typisch.

111 EuGH, 9.11.2004, Rs. C-444/02, ECLI:EU:C:2004:697, Rn. 23 – *Fixtures-Fußballspielpläne II*; *Dreier* in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Auflage 2018, § 87a Rn. 4; *Hermes* in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 5. Auflage 2019, § 87a Rn. 9.

112 BGH, 1.12.2010, Az. I ZR 196/08, GRUR 2011, 724, 725 – *Zweite Zahnarztmeinung II*; *Dreier* in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Auflage 2018, § 87a Rn. 12.

113 Richtlinie v. 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl.EG Nr. L 77/20 v. 27.3.1996, umgesetzt durch Art. 7 des IuKDG v. 22.7.1997, BGBl. I S. 1870.

114 LG Köln, 25.8.1999, Az. 28 O 527/98, ZUM-RD 2000, 304, 306 – *Kidnet.de*; *Dreier* in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Auflage 2018, § 87a Rn. 14; *Vohwinkel* in: BeckOK UrhR, 29. Edition 2019, § 87a UrhG Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Datenschutzrecht

Aus Datenschutzrecht kann sich ein Ausschließlichkeitsrecht an Daten ergeben. Dieses entsteht aber nicht an Informationen als solchen, sondern vor allem kraft Zuordenbarkeit zu einer bestimmten natürlichen Person.

Der Ausschließlichkeitsanspruch ist hier Ausfluss der Privatheit und des Schutzes der individuellen Persönlichkeitsrechte und weitreichend grundrechtlich anerkannt.[115] Die gesetzgeberische Grundentscheidung geht dahin, dass personenbezogene Rechte derjenigen natürlichen Person zugeordnet werden (und damit in deren Rechtskreis gelangen), die über diese Daten identifiziert werden. Die für das europäische Datenschutzrecht maßgebliche DS-GVO[116] findet auf die zumindest teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind, Anwendung (Art. 2 DS-GVO). Personenbezogen ist bereits jede Information, welche sich zu einer natürlichen Person auch nur indirekt zuordnen lässt, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO.[117] Es geht darum, dass die Person identifizierbar ist.[118] Gemäß Art. 4 Nr. 1 DS-GVO wird dadurch jedoch auch lediglich die natürliche Person geschützt, auf welche sich die Daten beziehen.[119] Maschinendaten oder anonymisierte Transaktionsdaten können damit auch nur dieser Person rechtlich zugeordnet werden (wenn überhaupt), nicht aber einem Dritten.

Geht man beispielhaft davon aus, eine smarte Heizung erfasst Daten (z.B. ein Protokoll der Betriebszeiten einer Heizungsanlage), können diese durch die DS-GVO geschützt sein. Isoliert betrachtet stellen die reinen Informationen über die Betriebszeiten einer Heizung zwar lediglich sogenannte Sachendaten dar und unterliegen keinem Datenschutz. Die daraus zu entnehmende Information, wann eine Person ihre Heizung genutzt hat, ist hingegen personenbezogen. Sobald die Daten also im konkreten Kontext geeignet sind, Rückschlüsse auf die (wirtschaftlichen, sozialen, rechtlichen, ...) Positionen einer Person oder auch über ihre individuellen Verhältnisse zu ziehen, liegen personenbezogene Daten vor. Der Begriff geht damit relativ weit.

---

115 Art. 8 EU-Grundrechtecharta; grundlegend BVerfG, 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83 u.a., NJW 1984, 419 – *Volkszählung*; BVerfG, 27.2.2008, Az. 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, NJW 2008, 822 – *Computer-Grundrecht.*

116 Verordnung (EU) 2016/679.

117 *Schild* in: BeckOK DatenschutzR, 34. Edition 2020, Art. 4 DS-GVO Rn. 3, 14.

118 *Schild* in: BeckOK DatenschutzR, 34. Edition 2020, Art. 4 DS-GVO Rn. 15b.

119 *Schild* in: BeckOK DatenschutzR, 34. Edition 2020, Art. 4 DS-GVO Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wenn sodann auch zumindest potenziell feststellbar ist, welcher konkreten Person die Informationen zuzuordnen sind, findet Datenschutzrecht Anwendung. Bei einer in bestimmten Räumen installierten Heizung liegt diese Zuordnung auf der Hand. Die Anwendung von Datenschutzrecht ist auch unabhängig davon, ob die Person selbst Zugriff auf die Daten hat oder überhaupt von ihrer Speicherung weiß.

Gleiches gilt etwa auch für die Fahrdaten von Kfz. Aus ihnen lässt sich ableiten, wann und wie der Nutzer das Fahrzeug eingesetzt hat und damit auch, wie die Person sich verhalten hat.

Bei allgemeinen Massendaten kann dies anders sein. Wenn die gespeicherten Informationen in geeigneter Weise anonymisiert sind, also wenn die Personenzuordnung unmöglich oder unverhältnismäßig aufwendig wäre, entfällt der Personenbezug.

Aus Datenschutzrecht kann sich also ein Schutz von Daten ergeben. Das ist nicht gleichbedeutend mit einer exklusiven Nutzungszuweisung. Vielmehr geht es primär darum, dass die betroffene Person ein Entscheidungsrecht bei der Nutzung der Daten haben soll, soweit nicht Ausnahmetatbestände der DS-GVO eingreifen. Keinesfalls ergibt sich aus der DS-GVO für den tatsächlichen Inhaber der Daten (z.B. Fahrzeughersteller) ein Ausschließlichkeitsrecht.

(3) Geschäftsgeheimnisse

Darüber hinaus wird – abgeleitet aus dem Leistungsprinzip – die Exklusivität von Geschäftsgeheimnissen in Unternehmen durch das Gesetz zum Schutz vor Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) gedeckt. Soweit bei einer Datennutzung oder einem Datenaustausch Geschäftsgeheimnisse betroffen sein können, greift ein spezifisches Schutzregime, das wiederum exklusive Rechtezuweisungen enthält. Die entsprechenden Verbotstatbestände (u.a. Nutzung und Kenntniserlangung) sind gem. § 23 GeschGehG strafbewehrt. Damit ist das GeschGehG ein Baustein der normativen Zuordnung von Informationen zu einzelnen Personen.[120]

Der Gesetzgeber hat damit die europarechtlichen Vorgaben aus der Richtlinie RL (EU) 2016/943 umgesetzt. Diese bezweckt den Schutz des „intellektuellen Kapitals“, welches innovative Unternehmen unter teils erheblichem Aufwand generieren (Erw.Gr. 1, RL (EU) 2016/943). Die Nutzung dieser Informationen soll dem Geheimnisinhaber vorbehalten blei-

120 Vgl. hierzu *Alexander*, WRP 2017, 1034 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ben, der damit einen Innovationsanreiz hat und seine Kosten auf Basis einer Vorreiterrolle amortisieren kann (Erw.Gr. 4, RL (EU) 2016/943).

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist in § 2 Nr. 1 GeschGehG legaldefiniert und umfasst Informationen, die nicht allgemein bekannt und daher von wirtschaftlichem Wert sind. Außerdem muss der Inhaber der Informationen angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen durchführen und es muss ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung bestehen.

Anders als im Urheberrecht kommt es für den Geheimnisschutz hier nicht noch auf qualitative Anforderungen an die Information (etwa Schöpfungshöhe oder dergleichen) an, vielmehr kann theoretisch jede Information ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des GeschGehG werden.[121] Das gilt selbst für maschinengenerierte Daten.

Viele für das Handwerk bedeutsame technische Daten liegen in der Regel in branchenüblich verschlüsselter Form vor. Nur bestimmte Unternehmen haben Zugriff. Die Informationen sind damit nicht allgemein bekannt und durch die Verschlüsselung sind auch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen. An den wirtschaftlichen Wert stellt das GeschGehG keine hohen Anforderungen. Wenn die Daten für die Handwerker von Bedeutung sind, ist in der Regel also auch die Schutzschwelle des GeschGehG erreicht.

Eine Einschränkung wird jedoch getroffen mit dem Erfordernis eines „berechtigten Interesses" an der Geheimhaltung. Dieses ist weit zu verstehen und soll lediglich völlig „belanglose Informationen"[122] vom Anwendungsbereich ausschließen.[123]

Weiterhin ist die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem GeschGehG ausgeschlossen, wenn dies unter Berücksichtigung der Gesamtumstände missbräuchlich erscheint, § 14 GeschGehG. Hierbei ist eine Abwägung im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nach § 242 BGB erforderlich.[124] Ein Missbrauch liegt in der Regel vor, wenn die Geltendmachung überwiegend sachfremde Ziele verfolgt.[125] Sachfremd ist

---

121 *Alexander* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Auflage 2021, § 2 GeschGehG Rn. 26 f.

122 Erw.Gr. 14, RL (EU) 2016/943.

123 *Hiéramente* in: BeckOK GeschGehG, 6. Edition 2020, § 2 Rn. 70–71.

124 *Spieker* in: BeckOK GeschGehG, 6. Edition 2020, § 14 Rn. 3. Zum Begriff des Rechtsmissbrauchs vgl. BGH, 3.3.2016, Az. I ZR 110/15, GRUR 2016, 961, 962; BGH, 6.10.2016, Az. I ZR 25/15, GRUR 2017, 266, 268 – *World of Warcraft I.*

125 Vgl. BGH, 17.11.2005, Az. I ZR 300/02, GRUR 2006, 243, 244 – *Mega Sale*; BGH, 3.3.2016, Az. I ZR 110/15, GRUR 2016, 961, 962; *Haertel*, in BeckOK UWG, 11. Edition 2021, § 8 Rn. 202.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

etwa das Ziel, den Antragsteller lediglich in seinem Zugang zum Markt zu beschränken.[126]

Die Erlangung von Geschäftsgeheimnissen ist gemäß § 3 GeschGehG erlaubt, wenn sie auf eigenständigen Wegen erlangt werden (etwa durch eigene Entdeckung oder Herleitung anhand von öffentlich Bekanntem, § 3 Abs. 1 Nr. 1, 2 GeschGehG). Ebenso ist eine Erlangung zulässig, wenn sie auf andere Weise durch Gesetz, aufgrund eines Gesetzes oder rechtsgeschäftlich gestattet wurde.

Das GeschGehG als besonderes Deliktsrecht verleiht somit kein Ausschließlichkeitsrecht an den Informationen, welches einer Herausgabe durch den Informationsinhaber entgegenstehen könnte. Auch in den Erwägungsgründen der zugrundeliegenden EU-Richtlinie wird eine generelle Ausschließlichkeit abgelehnt.[127]

Sind die Informationen nicht bekannt, besteht eine faktische Machtposition, die rechtlich abgesichert wird, indem Kenntniserlangung erschwert wird. Wiederum nimmt die Rechtsordnung damit eine Zuordnung der Information zu einer Person vor, die dem freien Datenfluss im Weg stehen kann.

2. Zwischenergebnis

An bloßen Daten oder Datensätzen besteht in der Regel kein Ausschließlichkeitsrecht. Eine eigentumsartige Konstruktion für den reinen Informationsgehalt an Daten ist abzulehnen. Urheberrechtlicher Schutz besteht regelmäßig für Software. Nur in Fällen einer besonderen Aufbereitung kann urheberrechtlicher Schutz für Daten entstehen –dann aber auch nur für diese Aufbereitung und nicht für die zugrundeliegenden Daten als solche. Das Geschäftsgeheimnisgesetz verhindert zwar unter Umständen, dass Daten ohne rechtliche Grundlage erlangt werden, weist aber kein exklusives Datenrecht zu. Das ist vor dem Hintergrund von Innovationsanreizen und Kommunikationsfreiheit grundsätzlich konsequent. Etwas anderes gilt nur für personenbezogene Daten, die der Person, auf die sich die Daten beziehen, über die DS-GVO und als Ausfluss von Grundrechten zugeordnet werden.

Umfassende Rechte, andere von der Datennutzung auszuschließen, bestehen aber für sehr viele Daten nicht. Vielmehr wird der Ausschluss Drit-

126 BT-Drs. 19/4724.
127 Erw.Gr. 16, RL (EU) 2016/943.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter durch die tatsächliche Inhaberschaft derzeit auf rein faktischer Ebene erreicht. Das macht, sowohl für den Bereich der personenbezogenen Daten, als auch bei Geschäftsgeheimnissen oder sonstigen Daten und Software letztlich aber doch ein Aufbrechen solcher Exklusiv-Stellungen erforderlich, wenn keine Abschottung entstehen soll. Das weist den Weg zu Lizenzverträgen.

II. Sicherung eigener Arbeitsergebnisse

Das Zuordnungsthema, das bislang in erster Linie als problematisch zu bewertender Ausschluss Dritter von der Nutzung thematisiert wurde, lässt sich selbstverständlich auch in genau umgekehrter Richtung lesen – auch für das Handwerk: Angenommen, Handwerksunternehmen entwickeln eigene digitale Produkte oder Dienste, können innovative, datenbasierte Lösungen vorlegen, entwickeln bekannte Werkzeuge digital weiter – wie lassen sich dann solche Erfindungen, Daten, Entwicklungen schützen? Es gilt im Wesentlichen das oben Gesagte, jetzt nur positiv gewendet:

Wer seine Arbeitsergebnisse vor dem Zugriff Dritter sichern will, ist auf die Regeln für das Immaterialgüterrecht (Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht, Urheberrecht, Designschutz, Markenrechte u.ä.) angewiesen. Diese gewerblichen Schutzrechte sowie das Urheberrecht haben je eigene Schutzanforderungen, die freilich nicht für digitale Entwicklungen geschaffen wurden. Wie gesehen wird weder für Daten noch für Ideen ein Schutz gewährt.[128]

In der IT-Wirtschaft haben sich deshalb andere Schutzsysteme stärker etabliert:

Erstens werden wichtige Entwicklungen als Geschäftsgeheimnisse behandelt. Es werden besondere Vorkehrungen getroffen, um diese nicht offenlegen zu müssen. Dies wird durch das GeschGehG unterstützt.

Zweitens wird durch technische Ausschließung, also den Weg faktischer Grenzen, ein Schutz erreicht, etwa durch verschlüsselte Schnittstellen oder eigene Softwaresysteme. So können Dritte jedenfalls nicht ohne Zustimmung zugreifen.

Drittens wird versucht, den sog. *first-mover-advantage* auszuschöpfen. Damit wird der Vorteil desjenigen am Markt gekennzeichnet, der sein Pro-

128 Zum Schutz von maschinengenerierten Daten bzw. genauer: zum Nicht-Schutz siehe auch *Sattler* in: Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Auflage 2020, § 2.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dukt als erster herausbringt. Wenn es gelingt, den Markt schnell zu fluten und den Absatz rasch zu skalieren, kann dieser Geschwindigkeitsvorteil vor Nachahmern genügen, um die Investitionen zu amortisieren. Das gilt insbesondere bei kurzlebigen Produkten.

Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen stellt sich die Sicherung solcher Arbeitsergebnisse ggf. als schwierig dar. Zu empfehlen ist insoweit eine enge Kooperation mit Partnern und ggf. auch die rasche Lizenzierung an vertriebsstarke Unternehmen.

Eine weitere Schutzdimension ist im Verhältnis von Unternehmen und großen Plattformbetreibern zu beachten, wenn die Unternehmen auf die Plattform angewiesen sind. Hier kann es dazu kommen, dass Daten und Leistungen der Nutzer der Plattform von dieser „abgegriffen" werden und in gewisser Weise ein „Trittbrettfahren" auf den Nutzerbeiträgen stattfindet. Im Beispiel der digitalen Vertriebsplattform kann der Plattformbetreiber etwa die Transaktionsdaten zwischen Handwerker und Kunde einsehen. Da der Plattformbetreiber auch zahlreiche weitere Daten sieht (z.B. die Suchhistorie und Entscheidung des Kunden nachvollziehen kann), erhält der Plattformbetreiber hier einen exzellenten Marktüberblick, der letztlich aber darauf basiert, dass Nutzer ihre Leistungen anbieten. In ähnlicher Weise kann der Betreiber einer Smart Factory vom beteiligten Handwerksunternehmen möglicherweise zahlreiche Nutzungsdaten abgreifen und analysieren. Wiederum werden so Anstrengungen des Handwerksunternehmens hintertrieben, weil ein Unternehmen mit größerer Datenmacht auf Informationen zugreifen kann, ohne dass Reziprozität besteht. Die eigentliche fachliche Leistung wird dann vom Handwerk erbracht, die darauf aufbauende Innovationsleistung kann aber möglicherweise von einem anderen Unternehmen dem Handwerk weggenommen werden.

Für diese Fälle bieten das Wettbewerbs- und das Kartellrecht gewisse Abwehrmöglichkeiten. Zudem kann – theoretisch – in Verträgen ein Schutzwall dagegen errichtet werden. Letzteres würde jedoch Verhandlungsmacht voraussetzen, die typischerweise nicht gegeben sein wird. Nach UWG darf ein Unternehmen ein anderes Unternehmen nicht gezielt behindern (§ 4 Nr. 4 UWG). Hier ist an die Fallgruppe der parasitären Leistungsangebote zu denken, bei denen der wirtschaftliche Erfolg eines anderen ausgebeutet wird, indem dessen Leistungsergebnisse weggenommen

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden.[129] Zuzugeben ist, dass diese Fallgruppe bislang wenig Beachtung gefunden hat.

Im Kartellrecht ist ein solcher Schutz vor der Leistungsübernahme dann möglicherweise verboten, wenn der „Parasit" ein marktmächtiges Unternehmen ist, sodass der Anwendungsbereich von §§ 19, 19a, 20 GWB oder Art. 102 AEUV eröffnet ist. Eine etablierte Fallgruppe ist der Missbrauch fremder Leistungsergebnisse im hier beschriebenen Sinn jedoch bislang nicht. Etwas anderes ergibt sich nun freilich aus § 19a Abs. 2 Nr. 4, 6 und 7 GWB. Die neu eingefügte Vorschrift adressiert zwar nur wenige Unternehmen, die zudem vom Bundeskartellamt benannt werden müssen. Diesen ist es dann aber, falls das Bundeskartellamt das so entscheidet, nach den hier genannten Ziffern ausdrücklich verboten, von Nutzern der Plattform in unangemessener Weise die Zurverfügungstellung eigener Arbeitsergebnisse zu verlangen – beispielsweise Daten und Rechte – oder unzureichend über eigene Erfolge der Nutzer zu informieren. Auch wenn § 19a GWB seiner Struktur nach nicht dazu angetan ist, flächendeckend entsprechende Verstöße abzustellen, wird mit der ausdrücklichen Benennung aufgezeigt, dass möglicherweise auch andere Missbrauchsverfahren darauf gestützt werden können.

Gleichwohl gilt insgesamt: Wenn das Recht nur in begrenzter Weise exklusive Zuordnungen für den Bereich der Digitalwirtschaft vornimmt, wirkt dies einerseits zugunsten der Handwerksunternehmen, aber – im Fall eigener digitaler Entwicklungen – auch zu ihren Lasten. Im Wesentlichen bleibt die Möglichkeit, faktisch den Zugang Dritter zu verhindern.

III. Vertragliche Gestaltung von Zugang

Die Übertragung des Zugriffs von einem faktischen oder rechtlichen Zugriffsinhaber auf eine andere Person passiert im Wege von Verträgen. Die Rechte können etwa im Wege eines umfassenden Lizenzvertrags mit Vergütungspflichten eingeräumt werden oder aber auch im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Teil des „Kleingedruckten". Die Verträge unterliegen den allgemeinen Regeln. Sie sind, wie alle Verträge, grundsätzlich Ausdruck einer Win-win-Situation: Die Parteien einigen sich auf ein Modell des Zugangs, das für beide vorteilhaft ist – andernfalls

129 Vgl. BGH, 12.1.2017, Az. I ZR 253/14, GRUR 2017, 397, 403 – *World of Warcraft II*; *Omsels* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Auflage 2016, § 4 Nr. 4 Rn. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kommt es nicht zu einer Einigung. Diese Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus[130] funktioniert grundsätzlich: Durch Verträge wechselt auf faire Weise die Zuordnung oder es wird Zugang eröffnet.

Zugang wird demnach in erster Linie ohne jede gesetzgeberische Intervention durch vertragliche Vereinbarung gewährt. Dies gilt für alle oben benannten Ausgangsszenarien: Die Kfz-Reparatur, die Wartung einer vernetzten Heizung, das Smart Home, digitale Vertriebsplattformen und B2B-Plattformen. In allen Konstellationen kann derjenige, der aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen in einer Schlüsselstellung als Gatekeeper ist, Zugang gewähren. Diese Zugangsgewährung läuft über die Einigung der Parteien.

Der aktuelle Rechtsrahmen wird ganz überwiegend von derartiger privater Normsetzung bestimmt. Unternehmen, die Zugang benötigen, werden in erster Linie auf vertraglicher Basis versuchen, diesen zu erhalten und Unsicherheiten über entgegenstehende Rechte aus den oben genannten Schutzregimen auszuräumen. Bei Verbrauchern genügt in der Regel eine Einwilligung zur Datensammlung und -verwertung, die dann zur Basis eines umfassenden Datenbestands wird, zu dem Zugang erlangt werden muss.

1. Vor- und Nachteile vertraglicher Lösungen

Vertragliche Lösungen haben den Vorteil, dass sie passgenau auf die jeweilige Konstellation zugeschnitten werden können. Die Parteien können ihre jeweiligen Interessen einbringen und im Wege gegenseitigen Ausgleichs zur Geltung bringen. Ihr Verhandlungsgeschick entscheidet über die Durchsetzung ihrer jeweiligen Interessen. Verträge als konsensuale Lösungsform vermeiden Auseinandersetzungen und gerichtliche Verfahren. Sie sind konfrontativen Lösungen überlegen, soweit beide Seiten sich „auf Augenhöhe“ begegnen, also eine ungefähr gleichgewichtige Verhandlungsmacht haben.

Der Nachteil vertraglicher Lösungen liegt in den hohen Transaktionskosten, wenn man die Lösungen mit einem allgemein geregelten Zugangsanspruch vergleicht. Für jede Konstellation ist im Zweifel ein eigener Vertrag auszuarbeiten. Dies wird umgangen, indem Formulare, AGB usw. verwendet werden. Das relativiert aber den Vorteil der interessennahen Ausgestaltung der Vertragsbestimmungen. Verträge sind zudem häufig Aus-

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

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

druck einer Augenblicksaufnahme, werden aber nur selten dynamisiert. Gibt es Ungleichgewichte im Verhandlungsprozess, erbringen vertragliche Lösungen nicht mehr das erwünschte Gleichgewicht. Die Vertragsrichtigkeit wird ausgehebelt, wenn es zwischen den Parteien zu Verhandlungsungleichgewichten, Informationsasymmetrien, Machtgefällen kommt oder wenn die Einigung der Parteien zwar für diese vorteilhaft ist, aber Dritte oder Allgemeininteressen erheblich verletzt.

Praktisch gewendet: Der Handwerksbetrieb, der individuell mit einem US-amerikanischen Tech-Unternehmen aushandeln will, welche Daten wer erhält, wird keinen Vertrag erhalten.

2. Charakteristika von Zugangsverträgen

Zugangsverträge können je nach Zielrichtung unterschiedlichen Vertragstypen angehören. Geht es um die reine Bereitstellung von Daten, so wird es sich um eine Art Lizenz handeln. Wird Zugang zu einer Plattform gewährt, so handelt es sich um einen Plattformnutzungsvertrag. Häufig werden Zugangsansprüche in größeren Vertragswerken eingebunden, etwa wenn der Hersteller eines Produkts mit Handwerksbetrieben Service-Verträge abschließt oder sie in sein System von Vertragswerkstätten aufnimmt. In diesen Verträgen werden sodann Einzelheiten auch hinsichtlich des Zugangs zu Software, Kundendaten oder Maschinendaten geregelt.

Bei derartigen größeren Vertragswerken ist zu beachten, dass der Zugangsanspruch Teil eines Gesamtpakets ist. Diesen isoliert zu sehen, würde der Architektur des Vertrags nicht gerecht. Stets ist bei Verträgen für beide Seiten abzuwägen, welche Kosten entstehen und welcher Nutzen gegeben ist. Diese Bilanzierung wird umso komplexer, je mehr Gegenstände im Vertrag geregelt sind. Der Zugangsanspruch kann dann beispielsweise als Gegenleistung zu einem gänzlich anderen Vertragsbestandteil gelesen werden.

Der Kern des Zugangsanspruchs ist, dass eine Seite der anderen Seite Zugang zu Infrastruktur, Daten, Software o.ä. einräumt. Ob dafür eine unmittelbare monetäre Gegenleistung zu erbringen ist, mag differieren: So ist denkbar, dass ein Handwerker, der Zugang zur Software erhält, mit der ein bestimmter Gegenstand repariert werden kann, pro Reparaturvorgang eine Provision von x % entrichten soll. Es kann aber auch sein, dass es für den Hersteller des Gegenstands wichtig ist, dass ein Netz von Vertragswerkstätten bereitsteht, um den Gegenstand zu reparieren. Dann wird der Ausgleich möglicherweise anderweitig gesucht. Bei der Gewährung von

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zugang zu einer Plattform kann es eine Eintrittsgebühr geben oder eine Provisionszahlung für jede auf der Plattform getätigte Transaktion oder eine pauschale Summe als Gegenleistung für ein bestimmtes Transaktionsvolumen. Es ist aber genauso gut denkbar, dass der Zugang unentgeltlich gewährt wird, weil die dritte Marktseite die Plattform finanziert oder weil dem Plattformbetreiber gerade daran gelegen ist, möglichst viele Handwerksbetriebe auf seiner Plattform zu haben. Ein einheitliches Vergütungsmodell gibt es nicht. Möglicherweise erfolgt die Vergütung nicht-monetär, indem z.B. Daten hergegeben werden müssen. Dann ist die Bereitstellung des Zugangs ggf. daran geknüpft, dass das zugangsgewährende Unternehmen seinerseits auf Daten des Leistungserbringers zugreifen darf.

Die Zugangsgewährung kann mit Bedingungen einhergehen. So kann z.B. Regelungsgegenstand eines Vertrags sein, dass bestimmte Standards, Zertifikate, Ausbildungen oder Kenntnisse nachgewiesen werden. Es kann vereinbart werden, dass nur bestimmte Zwecke verfolgt oder dass die Informationen, zu denen Zugang erlangt wird, nur für bestimmte Verwendungen eingesetzt werden dürfen. Es kann sein, dass Bestimmungen zum Datenschutz und zur Datensicherheit im Vertrag aufgenommen werden. Gewährleistungsrechte und Haftungsfragen werden ebenfalls regelmäßiger Bestandteil der Verträge sein.

Weitergehende Beschränkungen können auch unternehmerische Entscheidungen betreffen, z.B. Exklusivitätsvereinbarungen, Vorgaben für die Gestaltung des Außenauftritts bei Nutzung des Zugangs, Werbevereinbarungen usw. Typischerweise wird zudem die Laufzeit des Zugangs festgelegt, wenn es sich nicht um eine ad-hoc-Vereinbarung oder einen einmaligen Zugang handelt.

Die keinesfalls Vollständigkeit beanspruchende Auflistung hier dient in erster Linie zur Verdeutlichung, wie weitgehend Regelungsbedarf vorhanden sein kann und welche vielfältigen Möglichkeiten das Vertragsmodell bietet, um den Parteien gerecht zu werden. Um die Aushandlungslast zu reduzieren, werden Vertragsmuster und -formulare, etwa in Form von AGB verwendet. Entscheidend ist: Verträge ermöglichen Zugang. Zugleich können sie aber Konditionen enthalten, die weitere Probleme aufwerfen.

3. Voraussetzung Verhandlungsgleichgewicht

Vertragsgerechtigkeit wird nur dann erreicht, wenn zwischen den Parteien ein Verhandlungsgleichgewicht besteht. Dieses ist gegeben, wenn beide

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Parteien frei entscheiden können, ohne ökonomische oder sonstige Zwänge, wenn keine Informationsasymmetrie gegeben ist und die Verhandlungsstärke insgesamt ausgeglichen ist.

a) Vertragsungleichgewichte in der Plattformökonomie

Das Vertragsungleichgewicht zu Lasten der Handwerksbetriebe wird durch zwei Aspekte signifikant verschlechtert: Informationsasymmetrien und die Dynamik der Plattformökonomie.

Als Informationsasymmetrie wird es bezeichnet, wenn eine Seite einen wesentlich besseren Informationsgrad hat als die andere Seite, also über Kenntnisse verfügt, die die andere Seite nicht hat. In vielen der hier betrachteten Szenarien werden Handwerksbetriebe nicht über Einblicke in das Geschäftsmodell der Gegenseite und die Mechanismen dieser Modelle verfügen. Dazu sind diese Mechanismen zu neu und auch zu wenig durchschaubar. Viele Aktivitäten in datengetriebenen Bereichen sind wenig transparent, etwa durch die Nutzung von Algorithmen und Daten. In der Europäischen Union wurde das dadurch entstehende erhebliche Potenzial zu Missbräuchen durch die sog. P2B-Verordnung abgemildert.[131] In dieser Verordnung sind Transparenzvorschriften enthalten, die von Suchmaschinen und Plattformbetreibern eingehalten werden müssen. So muss z.B. über die grundlegende Funktionsweise von Rankings ebenso aufgeklärt werden wie über die Bevorzugung eigener Dienste (wenn es sich um eine Hybridplattform handelt). Die dadurch hergestellte Transparenz kann zumindest einige der Probleme entschärfen. Transparenz ohne echte Auswahlmöglichkeit bleibt aber ein stumpfer Rechtsbehelf: Ermöglicht wird den Vertragspartnern im Wesentlichen, ihr Verhalten anzupassen – sie haben aber kaum eine echte Wahl, wenn sie auf Zugang angewiesen sind.[132]

Das zweite Problem liegt in der Dynamik der Plattformökonomie. Mag bei Einführung einer digitalen Schnittstelle oder beim Launch einer Plattform noch reichhaltige Auswahl gegeben sein und der Einfluss des neuen Marktakteurs gering sein, so ist es gerade der Kern der entsprechenden Geschäftsmodelle, rasant zu wachsen. Mit dieser Schnelligkeit, dem starken

131 Verordnung (EU) 2019/1150 vom 20.6.2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. L 186/57 vom 11.7.2019; vgl. *Busch*, GRUR 2019, 788 ff.

132 Vgl. *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, S. F64 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wachstum und häufig auch der Aggressivität im unternehmerischen Vorgehen wird häufig bei Vertragsschluss nicht gerechnet. Und es ist auch in keiner Weise sicher, dass jedes derartige Modell funktioniert. Wenn es aber funktioniert, wachsen die Betreiber schnell in eine Gatekeeper-Position. Aus dem schwachen Gegenüber kann dann in Windeseile ein Gatekeeper werden. Das wird bei der vertraglichen Aushandlung häufig nicht berücksichtigt. Die Dynamik zukünftiger Entwicklungen abzubilden, ist wird bei Vertragsverhandlungen zuweilen übersehen.

In den Erwägungsgründen der P2B-Verordnung haben die europäischen Gesetzgeber genau diese Tendenz treffend beschrieben:

> „Online-Vermittlungsdienste können für den geschäftlichen Erfolg von Unternehmen, die solche Dienste nutzen, um die Verbraucher zu erreichen, von entscheidender Bedeutung sein. Um die mit der Online-Plattformwirtschaft verbundenen Vorteile voll auszuschöpfen, ist es daher wichtig, dass die Unternehmen den Online-Vermittlungsdiensten, mit denen sie in Geschäftsbeziehungen eintreten, vertrauen können. Dies ist hauptsächlich deswegen von Bedeutung, weil der Anstieg bei der Vermittlung von Transaktionen über Online-Vermittlungsdienste, den starke, durch Daten ausgelöste indirekte Netzeffekte noch weiter vorantreiben, dazu führt, dass gewerbliche Nutzer, insbesondere Kleinstunternehmen, kleine und mittlere Unternehmen (KMU), die Verbraucher erreichen wollen, zunehmend von diesen Diensten abhängig werden.“[133]

Konstatiert wird also zunächst das Ziel eines partnerschaftlichen Miteinanders („Vertrauen“), das die Basis für eine fruchtbare, vertraglich basierte Kooperation ist. Vertrauen ist aber vor allem deshalb nötig, weil das disziplinierende Gleichgewicht beider Seiten rasch aufgehoben werden kann und Abhängigkeitssituationen entstehen. In der P2B-Verordnung heißt es weiter:

> „Angesichts dieser wachsenden Abhängigkeit haben die Anbieter dieser Dienste häufig eine größere Verhandlungsmacht, die es ihnen gestattet, sich einseitig in einer möglicherweise unlauteren Weise zu verhalten, die den legitimen Interessen ihrer gewerblichen Nutzer und indirekt auch der Verbraucher in der Union schaden kann. Sie könnten beispielsweise gewerblichen Nutzern einseitig Praktiken aufzwingen, die gröblich von der guten Geschäftspraktik abweichen oder gegen das

133 P2B-Verordnung (VO (EU) 2019/1150) Erw.Gr. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs verstoßen. Die vorliegende Verordnung befasst sich mit solchen potenziellen Reibungen in der Online-Plattformwirtschaft."[134]

Damit sind die Gefahren derartiger Kontakte für die Zugangspetenten prägnant und amtlich umrissen. Die P2B-Verordnung ist allerdings bestenfalls ein allererster Ansatz, um diese „Reibungen in der Online-Plattformwirtschaft" zu glätten.

Es stellt sich damit als Regelungsauftrag, das Verhandlungsgleichgewicht und die Rechte der Allgemeinheit (z.B. das Schutzinteresse am freien Wettbewerb) bei konsensualen Lösungen für Zugangsfragen zu wahren.

b) Abhängigkeit

Dabei ist keineswegs gesagt, dass bei Zugangsansprüchen stets der Zugangspetent in einer unterlegenen Situation ist. Vielmehr kann sich auch die Situation einstellen, dass der Betreiber einer Plattform oder der Inhaber eines Zugangsschlüssels geradezu darauf angewiesen ist, dass jemand Zugang begehrt. So kann die Situation beispielsweise liegen, wenn der Plattformbetreiber auf ein starkes Startangebot angewiesen ist oder ein Smart Home nur betrieben werden kann, wenn bestimmte Unternehmen sich beteiligen, die für das reibungslose Funktionieren vor Ort sorgen.

Die typische Situation ist dies aber nicht. Wer Zugang begehrt, ist offenbar in einer Position, in der Zugang überhaupt erforderlich ist, also eine Abschottung bereits vorliegt. Die Einführung von Plattformmodellen und datenbasierten Zugängen ist gerade darauf gerichtet, Kontrolle zu behalten und andere auszuschließen. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB eine Norm eingeführt, die ausdrücklich vorsieht, dass der Zugang zu relevanten Daten zu Marktmacht führen kann.[135] Dies ist eine wesentliche Klarstellung der Wirkung von Daten in Märkten und macht deutlich, dass Abhängigkeiten entstehen können.[136] Wer eine faktische oder rechtliche Herrschaftsposition hat, ist in einer überlegenen Verhandlungsposition, wenn der Vertragspartner auf den Zugang angewiesen ist,

---

134 P2B-Verordnung (VO (EU) 2019/1150) Erw.Gr. 2.

135 Vgl. *Grave* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 50 ff.

136 Zum Begriff der Abhängigkeit siehe etwa *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 20 GWB Rn. 20 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um überhaupt seinen Geschäften nachgehen zu können. Wirtschaftliche Macht, ob faktisch oder rechtlich vermittelt, wird zum *Gamechanger*. Sie wird in Gatekeeper-Situationen häufig vorliegen.

Insbesondere wer sein Geschäftsmodell bislang auf freien Zugang ausgerichtet hatte (etwa freie Werkstätten und unabhängige Unternehmen – selbstständige Akteure, die die Essenz der Marktwirtschaft ausmachen), gerät plötzlich in eine Position der Abhängigkeit. Hersteller und Plattformbetreiber können beeinflussen oder entscheiden, wer mit wem und zu welchen Bedingungen Verträge schließt. Das Vertragsangebot einer mächtigen Plattform auszuschlagen, ist in der Regel keine Alternative. Nachteilige Bedingungen an der Schmerzgrenze werden dann hingenommen, wenn die Alternative noch schlechter ist und beispielsweise im Ausscheiden aus dem Markt besteht.

c) Gegeneinwand der Zustimmung

Nun ließe sich dagegen einwenden, dass die Zustimmung des benachteiligten Partners im Vertrag ja signalisiere, dass der Vertrag für diesen noch immer die Win-win-Situation verwirkliche. Das wäre allerdings zu kurz gegriffen: Ein Vertrag ist nicht schon dann von der Rechtsordnung legitimiert, wenn beide Seiten zustimmen. Das würde die Not- oder Drucksituation verkennen, in der Zustimmungen ggf. erteilt werden. Zur Wahrung eines materiellen Mindeststandards schreitet die Rechtsordnung ein und erklärt Verträge im Zweifel für nichtig, anfechtbar oder widerrufbar, etwa wenn eine Sittenwidrigkeit vorliegt, die Geschäftsgrundlage gestört ist oder andere zwingende Erfordernisse des Rechts übergangen wurden. Im unternehmerischen Rechtsverkehr wird zwar eine hoheitliche Intervention nur mit Zurückhaltung befürwortet werden können. Gleichwohl gibt es auch in Vertragsverhältnissen zwischen Unternehmen korrekturbedürftige Vereinbarungen, ob zum Schutz einer Seite oder zur Wahrung öffentlicher Interessen (etwa dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb).

IV. Zugangsansprüche nach geltendem Recht

Schon jetzt gibt es nach geltendem Recht Zugangsansprüche ganz unterschiedlicher Art, die zwangsweise durchgesetzt werden können und die so die Zuordnung aufbrechen. Im Wirtschaftsrecht greifen Zugangsansprü-

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

che, wenn andernfalls ein Marktversagen droht, etwa weil Innovationen behindert werden oder der Wettbewerb zum Erliegen kommt. Dann wird – bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen – in die Zuordnung eingegriffen oder ein Kontrahierungszwang ausgesprochen. Die Ansprüche ergeben sich vor allem aus Kartellrecht und sektorspezifischen Regelwerken, aber auch aus sonstigen Vorschriften, die quer über das gesamte Recht verteilt sind. Sie sind daraufhin auszuwerten, ob sie für die Regelung eines verbesserten Zugangs in den Ausgangsszenarien reichen. Ist dies der Fall, ist kein weiterer Regelungsbedarf gegeben. Hinzu kommt, dass die Ausgestaltung und die Schwierigkeiten dieser Ansprüche Hinweise für die zu klärenden Parameter neuer Zugangsregeln geben.

1. Kartellrecht

Das Kartellrecht, geregelt im GWB und in den europäischen Vorschriften (Art. 101, 102 AEUV), dient dem Wettbewerbsschutz und hat daher die Aufgabe, Vermachtungen aufzubrechen und Abschottungsstrategien zu verhindern. Dazu vermittelt es Zugangsansprüche, die also ökonomisch-wettbewerblich legitimiert sind. Die Voraussetzungen für einen hoheitlich angeordneten kartellrechtlichen Zugangsanspruch sind jedoch hoch. Eine flächendeckende Marktwirkung ist von ihnen nicht zu erwarten.

a) Zugangsansprüche wegen Missbrauchs von Marktmacht

Zugangsansprüche setzen materiell zunächst voraus, dass der Inhaber des Zugangsschlüssels marktmächtig ist. Dies kann in Form von Marktbeherrschung (§ 18 GWB, Art. 102 AEUV) der Fall sein. Zugangsansprüche können sich nach deutschem Recht aber schon bei relativer oder überlegener Marktmacht ergeben (§ 20 GWB). Die Feststellung einer marktmächtigen Stellung hängt wesentlich von der Definition des relevanten Marktes ab. Ist der relevante Markt definiert, ist in einem zweiten Schritt die Position des Unternehmens, dem der Kartellrechtsverstoß vorgeworfen wird, auf

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diesem Markt zu prüfen.[137] Zugang wird nur gewährt, wenn ein Missbrauch der so festgestellten Marktmacht vorliegt.[138]

aa) Marktabgrenzung

Die Abgrenzung des relevanten Markts erfolgt auf drei Ebenen, nämlich in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht. Besondere Schwierigkeiten bereitet regelmäßig die sachliche Marktabgrenzung. Die Marktabgrenzung erfolgt nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept. Abgestellt wird darauf, welche Leistungen von der Gegenseite als austauschbar angesehen werden: Werden etwa verschiedene Thermometer als in ihrer Funktion austauschbar vom Kunden akzeptiert, konkurrieren die Hersteller im selben Markt miteinander.[139] Dabei können verschiedene Märkte auch zwischen an sich identischen oder sehr ähnlichen Produkten bestehen, wenn erhebliche Preisunterschiede zwischen diesen bestehen.[140]

Die Kriterien wurden für die Marktabgrenzung im Allgemeinen entwickelt, nicht speziell für Datenmärkte.[141] Wie in Konstellationen, in denen die Lizenzierung eines Immaterialgüterrechts begehrt wird,[142] ist die Marktabgrenzung in den Plattform- und Datenzugangskonstellationen vergleichsweise unproblematisch: Begehrt Unternehmen A von Unternehmen B Zugriff auf einen bestimmten Datensatz oder Zugang zu einer Plattform, so ist festzustellen, ob A Ausweichmöglichkeiten auf andere „Angebote“ hat.

---

137 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 21, 36 – *Hoffmann-La Roche*.

138 Eine umfassende Studie neueren Datums zum Zugang zu Daten nach Kartellrecht stammt von *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, mit zahlr. weiteren Nachweisen.

139 Vgl. für Art. 102 AEUV EuGH, 21.2.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 32 – *Continental Can*.
Für § 18 GWB vgl. BGH, 27.4.1999, Az. KZR 35/97, GRUR 2000, 95.

140 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Auflage 2019, Art. 102 AEUV Rn. 50.

141 Näher zur Marktabgrenzung bei Zugangsansprüchen zu Daten *Graef,* Data as Essential Facility, 2016, S. 254 f.; *Kerber*, 15(4) Journal of Competition Law & Economics 2019, S. 398.

142 Vgl. *Bergmann/Fiedler* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, Art. 102 AEUV Rn. 122.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Marktmacht

Für Unternehmen ergeben sich besondere Pflichten aus den oben genannten Vorschriften nur dann, wenn sie marktbeherrschend sind (bei Art. 102 AEUV, § 19 GWB) oder sie gegenüber anderen Unternehmen relative oder überlegene Marktmacht haben (bei § 20 GWB).

(1) Marktbeherrschung

Eine marktbeherrschende Stellung ist nach ständiger Rechtsprechung eine

> „wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens [...], die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten."[143]

Zur besseren Handhabung dieser offenen Definition werden verschiedene Kriterien zur Konkretisierung herangezogen, die jeweils nicht für sich alleine die marktbeherrschende Stellung begründen können, sondern in ihrer Gesamtschau.[144] Für die Analyse der Marktstruktur haben die Marktanteile der Wettbewerber das größte Gewicht.[145] Im deutschen Recht wird nach § 18 Abs. 4 und 6 GWB eine marktbeherrschende Stellung beim Überschreiten bestimmter Marktanteilsschwellen widerleglich vermutet. Im europäischen Kartellecht sind die Marktanteile dagegen stets nur ein Indiz, wobei besonders hohe Marktanteile entgegenstehende Indizien eher in den Hintergrund rücken lassen.[146]

Eine marktbeherrschende Stellung liegt im Kontext von Immaterialgüterrechten vor, wenn das Substrat des Immaterialgüterrechts gerade den relevanten Markt ausmacht oder die Lizenzierung für das Tätigwerden auf

143 EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 63/66 – *United Brands*; EuG, 25.6.2010, Rs. T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255, Rz. 254 – *ICI/Kommission*.

144 EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 63/66 – *United Brands.*

145 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Auflage 2019, Art. 102 AEUV Rn. 87.

146 Vgl. EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 40 ff. – *Hoffmann-La Roche*.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einem nachgelagerten Markt zwingend erforderlich ist.[147] Das gleiche gilt bei faktischen Monopolen, die bspw. aufgrund technischer Schutzvorkehrungen bestehen.[148]

Hier lassen sich die Zugangsbedürfnisse des Handwerks verorten: Gibt es auf dem Markt beispielsweise nur eine Software (die zudem urheberrechtlich geschützt ist), ist eine marktbeherrschende Stellung des Softwareanbieters wahrscheinlich. Geht es um einen Datensatz, handelt es sich möglicherweise um ein faktisches Monopol ohne Ausweichmöglichkeiten. Aus diesen Gründen kann in den Zugangskonstellationen eine marktbeherrschende Stellung – je nach Marktabgrenzung – anzunehmen sein. Wenn, wie gesehen, Plattformen aktiv sind, werden diese häufig den Markt für sich gewinnen können (*tipping*). Dann entspricht ihre Gatekeeper-Position einer marktbeherrschenden Stellung.

(2) Relative oder überlegene Marktmacht

Gemäß § 20 GWB genügt auch relative oder überlegene Marktmacht gegenüber anderen Unternehmen für die Geltendmachung von Zugangsansprüchen. Die Vorschrift weitet die nach § 19 GWB für marktbeherrschende Unternehmen geltenden Pflichten auf Abhängigkeitssituationen aus. Im Unterschied zur Marktbeherrschung genügt es dann, dass Unternehmen von anderen Unternehmen abhängig sind, selbst wenn diese im Markt möglicherweise nicht dominant sind. Solche Abhängigkeiten können sich etwa daraus ergeben, dass Unternehmen ihre Produktion ganz auf einen bestimmten Abnehmer ausgerichtet haben (unternehmensbedingte Abhängigkeit) oder der Zugang zu einem bestimmten Produkt im Markt schlicht erwartet wird (sortimentsbedingte Abhängigkeit) – etwa bei „must stock items".[149] Beide Konstellationen sind auch im Handwerk gut denkbar, wenn beispielsweise ein Handwerksbetrieb sich ganz auf einen Großkunden ausgerichtet hat oder z.B. ein bestimmter Elektrogeräte-Anbieter abgedeckt werden muss, weil die Kundschaft das erwartet. Schutzzweck

147 Vgl. EuGH, 6.4.1995, Rs. C-241/91 P, ECLI:EU:C:1995:98, Rz. 46 ff. – *Magill*; *Bergmann/Fiedler* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, Art. 102 AEUV Rn. 122.

148 Vgl. EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz. 37 ff. – *Bronner*; *Bergmann/Fiedler* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, Art. 102 AEUV Rn. 123.

149 Vgl. *Nothdurft* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage 2014, § 20 GWB Rn. 37 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Norm ist, die aus diesem Abhängigkeitsverhältnis resultierende Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der abhängigen Unternehmen und negative Auswirkungen auf den Wettbewerb als solchen zu verhindern.[150] Auch Newcomer können sich auf § 20 Abs. 1 GWB berufen, wenn sie ihre Geschäftstätigkeit auf neue Bereiche ausdehnen oder erstmals auf einem Markt tätig werden wollen.[151] Die Vorschrift bezweckt, den Marktzugang generell offen zu halten.[152]

Auch § 20 Abs. 3 S. 1 GWB kann in der Plattformökonomie eine Rolle spielen. Nach dieser Vorschrift dürfen Unternehmen mit gegenüber ihren Wettbewerbern überlegener Marktmacht ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Sinn und Zweck ist damit der Schutz von Wettbewerbern auf horizontaler Ebene.[153] Auch in solchen Konstellationen kann von den marktmächtigen Unternehmen wettbewerbsschädliches Verhalten ausgehen.[154] Voraussetzung für ein horizontales Wettbewerbsverhältnis und damit für die Anwendbarkeit von § 20 Abs. 3 S. 1 GWB ist, dass der Normadressat und das mutmaßlich unbillig behinderte Unternehmen auf dem selben Markt tätig sind.[155] Das ist in den Plattformfällen vor allem dann gegeben, wenn der Plattformanbieter selbst eine Ware oder Dienstleistung anbietet. Im Handwerk ist das für Dienstleistungen eher selten der Fall, beim Verkauf von Waren aber gut denkbar.

(3) Abhängigkeit nach der 10. GWB-Novelle

In der 10. GWB-Novelle, die 2021 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber eigens mit Blick auf die Datenökonomie die Abhängigkeitstatbestände

150 Vgl. zu § 26 Abs. 2 S. 1 GWB a.F. BGH, 20.11.1975, Az. KZR 1/75, GRUR 1976, 206, 207.

151 Vgl. zu § 26 Abs. 2 S. 1 GWB a.F BGH, 30.6.1981, Az. KZR 19/80, GRUR 1981, 917, 918.

152 Vgl. zu § 26 Abs. 2 S. 1 GWB a.F. BGH, 17.1.1979, Az. KZR 1/78, NJW 1979, 2152, 2153.

153 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 6. Auflage 2020, § 20 GWB Rn. 64.

154 Vgl. *Westermann* in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Band 2, 3. Auflage 2020, § 20 GWB Rn. 57.

155 Vgl. zu § 20 Abs. 4 GWB a.F. BGH, 9.7.2002, Az. KZR 30/00, NJW 2002, 3779, 3781 – *Fernwärme für Bornsen*.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nachgeschärft. In § 20 Abs. 1a GWB ist folgende weitreichende Neuerung vorgesehen:

> „Eine Abhängigkeit nach Absatz 1 kann sich auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten gegen angemessenes Entgelt kann eine unbillige Behinderung nach Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 1 darstellen. Dies gilt auch dann, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist."

Die Vorschrift setzt einen markanten Punkt für den Anwendungsbereich des kartellrechtlichen Zugangsanspruchs, indem Abhängigkeit von Datenmacht ausdrücklich als Ansatzpunkt für einen Missbrauch durch Datenzugangsverweigerung angesehen wird. Die Norm geht auf einen Vorschlag aus einer vorbereitenden Studie zurück, in der das Datenzugangsthema von den Autoren bereits als ein Kernproblem der digitalen Ökonomie benannt wurde.[156]

Damit wird jedenfalls außer Streit gestellt, dass sich eine Abhängigkeitssituation wegen Daten ergeben kann. In der Folge kann ein Missbrauch vorliegen (dazu sogleich). Eine Besonderheit ist, dass vorhergehende Geschäftsbeziehungen nicht erforderlich sind, wie Satz 3 zeigt. Der Dateninhaber muss anderen nicht einmal Zugangsrechte eingeräumt haben, damit ein Abhängigkeitstatbestand begründet sein kann.[157] Die Abhängigkeit kann sich auch ad hoc ergeben – im Verhältnis von Unternehmen zueinander, die bislang keine geschäftlichen Kontakte hatten. Der Gesetzgeber hat damit den Anwendungsbereich von Datenzugangsansprüchen deutlich ausgeweitet.

cc) Missbrauch

Ist ein Unternehmen Normadressat von § 20 GWB, kann ein Missbrauch der marktstarken Stellung vorliegen. Ein solcher liegt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH in Verhaltensweisen

156 *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 147 ff.

157 BT-Drucks. 19/23492, S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> „eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln des normalen Produkt- und Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen".[158]

Für die Beurteilung von Verhaltensweisen, die eine Zugangsverweigerung zum Gegenstand haben, haben sich verschiedene Fallgruppen etabliert.

(1) Geschäftsverweigerung und Diskriminierung

Der Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen oder die Verweigerung einer Geschäftsaufnahme kann eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung darstellen. Mit der Geschäftsverweigerung gleichgestellt sind Fälle, in denen das marktmächtige Unternehmen zwar die Fortführung oder Aufnahme der Geschäftsbeziehung anbietet, dies jedoch von solch unangemessenen Bedingungen abhängig macht, dass es einer Geschäftsverweigerung praktisch gleichkommt.[159]

Zur unternehmerischen Freiheit gehört grundsätzlich auch die Entscheidungsfreiheit über den Geschäftspartner. Die Aufnahme oder Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist daher im Normalfall nicht rechtfertigungsbedürftig. Etwas anderes kann aber beim Vorliegen von wirtschaftlicher Macht gelten. Im Einzelfall kann der Adressat der Missbrauchsverbote aus Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB in seiner Vertragsfreiheit beschränkt und zur Aufnahme von Geschäftsbeziehungen verpflichtet sein, sog. Kontrahierungszwang.[160] Das ist auch verständlich: Ein Gatekeeper kann allein aufgrund seiner Schlüsselstellung über den wirtschaftlichen Erfolg anderer Unternehmen durch Zugangsgewährung und Zugangsverweigerung entscheiden. Das weicht von der Vorstellung eines Leistungswettbewerbs ab, denn nicht Leistung entscheidet über den Markt, sondern die

---

158 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91 – *Hoffmann-La Roche*.; EuGH, 16.7.2015, Rs. C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rz. 45 – *Huawei/ZTE*.

159 *Eilmansberger/Bien* in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Band 1, 3. Auflage 2020, Art. 102 AEUV Rn. 444.

160 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Auflage 2019, Art. 102 AEUV Rn. 305.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Willkür des Gatekeepers.[161] Dem schiebt das Missbrauchsverbot einen Riegel vor – insbesondere, damit der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt nicht beeinträchtigt wird.[162]

So lag es bspw. im *Porsche-Tuning*-Fall[163]: Eine Kfz-Werkstatt hatte sich vollständig auf die Individualisierung und Veredelung von Porsche-Fahrzeugen spezialisiert, so dass sie auf die weitere Belieferung mit Porsche-Neuwagen zur Fortsetzung ihres Geschäftsmodells angewiesen war.[164] Die Geschäftsverweigerung war geeignet, den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Tuning-Markt zu beschränken, da dann nur Porsche selbst entsprechende Leistungen anbieten konnte.[165] Damit bestand die Gefahr, dass sich die von Porsche angebotenen Tuning-Leistungen auf dem Markt gegenüber denen von Drittanbietern durchsetzen, obwohl es sich nicht um die beste Leistung handelt. Ein solcher Transfer von Marktmacht vom beherrschten Markt (Angebot von Porsche-Neuwagen) auf den nachgelagerten Markt (Tuning-Leistungen) wird auch als *leveraging* bezeichnet.[166] Der BGH urteilte, dass die Geschäftsverweigerung eine unbillige Behinderung der Kfz-Werkstatt darstellt. Der Leistungswettbewerb würde verfälscht.

Ähnlich gelagert war der *Jaguar-Vertragswerkstatt*-Fall[167]: Nachdem eine Kfz-Werkstatt über mehrere Jahre mit dem Fahrzeughersteller einen sog. „Service-Vertrag" unterhielt, der ihr den Status eines „autorisierten Jaguar Servicebetriebs" verlieh, kündigte der Hersteller den Vertrag mit der Begründung, das Servicenetz für die eigenen Fahrzeuge neu strukturieren zu wollen. Die klagende Werkstatt wurde bei dieser Neustrukturierung nicht berücksichtigt. Der BGH bejahte eine marktbeherrschende Stellung des Fahrzeugherstellers gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB auf dem Angebotsmarkt für solche Service-Verträge, da nur dieser entsprechende Verträge anbieten kann.[168] Der marktbeherrschende Fahrzeughersteller ist daher verpflichtet,

---

161 Vgl. Kronberger Kreis, Neue Diskriminierungsverbote für die digitale Welt?, 2017, S. 25 ff.

162 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Auflage 2019, Art. 102 AEUV Rn. 306.

163 BGH, 6.10.2015, Az. KZR 87/13, WRP 2016, 229 – *Porsche-Tuning*.

164 Hier wird die sog. Transaktionskostentheorie relevant, vgl. dazu *Kerber/Schwalbe* in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Band 1, 3. Auflage 2020, 1. Teil Grundlagen Rn. 494.

165 BGH, 6.10.2015, Az. KZR 87/13, WRP 2016, 229 – *Porsche-Tuning*.

166 *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Auflage 2019, Art. 102 AEUV Rn. 306.

167 BGH, 26.1.2016, Az. KZR 41/14, NJW 2016, 2504 – *Jaguar-Vertragswerkstatt*.

168 BGH, 26.1.2016, Az. KZR 41/14, NJW 2016, 2504, 2505 – *Jaguar-Vertragswerkstatt*.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jeder Kfz-Werkstatt, welche die qualitativen Anforderungen erfüllt, den Abschluss eines entsprechenden Vertrages anzubieten, sofern dem keine sachlichen Gründe entgegenstehen.[169]

Mit diesen Fällen vergleichbar ist der Zugang zu Messen oder sonstigen Veranstaltungen. Für Handwerker oder Händler kann es ganz entscheidend sein, sich auf einer Fachmesse für die von ihnen angebotenen Produkte und Dienstleistungen präsentieren zu können.[170] Gibt es keine anderen vergleichbaren Messen oder sonstige Präsentationsmöglichkeiten, so handelt es sich regelmäßig um einen eigenständigen Markt, auf dem der Messeveranstalter als einziger Anbieter marktbeherrschend i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist.[171] In diesen Fällen darf der Messebetreiber nicht ungerechtfertigt zwischen gleichartigen Interessenten differenzieren.[172] Die Zulassungskriterien müssen deshalb objektiv und nachvollziehbar sein.[173] Im deutschen Recht ergibt sich neben kartellrechtlichen Tatbeständen zudem aus § 70 Abs. 1 GewO ein Anspruch auf Zulassung zu einer allgemein zugänglichen Messe. Auch hierfür ist eine Begrenzung nur aus Sach- oder Kapazitätsgründen zulässig, § 70 Abs. 2, 3 GewO.

Dass sich diese Fälle aus der traditionellen Wirtschaft in der Plattformökonomie alltäglich ganz vergleichbar stellen können, liegt auf der Hand: Immer öfter rücken Plattformbetreiber in die Rolle des Gatekeepers, der über Wohl und Wehe seiner Geschäftspartner entscheidet und dabei nicht diskriminieren oder ohne Rechtfertigung Geschäfte verweigern darf.[174] Allerdings ist stets festzustellen, ob es eine Situation von vor- und nachgelagertem Markt und eine mögliche Hebelwirkung zwischen beiden Märkten gibt. Alternative Zugangsmöglichkeiten dürfen nicht bestehen.

---

169 BGH, 26.1.2016, Az. KZR 41/14, NJW 2016, 2504, 2505 – *Jaguar-Vertragswerkstatt*.

170 *Lübbert/Schöner* in: Wiedemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 23 Rn. 120.

171 Vgl. OLG Düsseldorf, 30.1.2008, Az. VI-U (Kart) 28/07, BeckRS 2008, 11171, Rz. 14 ff. – *Dentalmesse*.

172 Vgl. OLG Düsseldorf, 30.1.2008, Az. VI-U (Kart) 28/07, BeckRS 2008, 11171, Rz. 25 – *Dentalmesse*.

173 Näher dazu *Lübbert/Schöner* in: Wiedemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 23 Rn. 123.

174 Siehe auch *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 172 ff. Zu Spezialfragen des Zugangs siehe *Schwarz*, Zugang zu App Stores, 2017 (mit starkem medienrechtlichen Einschlag), sowie *Weber*, Zugang zu den Softwarekomponenten der Suchmaschine Google nach Art. 102 AEUV, 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Essential facility-Doktrin

Die sog. essential-facility-Doktrin stellt eine Untergruppe der Fälle missbräuchlicher Geschäftsverweigerung dar.[175] Der Unterschied besteht darin, dass das marktmächtige Unternehmen bei der „allgemeinen" Geschäftsverweigerung ihre Leistungen im Grundsatz auch nach außen hin anbietet, während die Fälle der essential-facility-Doktrin durch Infrastruktureinrichtungen geprägt sind, die das Unternehmen für sich exklusiv halten möchte bzw. für die bisher kein eigener Markt eröffnet wurde.[176] Im deutschen Recht findet sich eine an die Rechtsprechung der Unionsgerichte angelehnte Spezialvorschrift in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB.[177] Durch die 10. GWB-Novelle wurde die Vorschrift auf den Zugang „zu Daten, Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen" erweitert.

Bei der ursprünglich aus dem US-Kartellrecht stammenden essential-facility-Doktrin geht es um Fälle, in denen sich ein Unternehmen weigert, anderen Unternehmen Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung zu gewähren, um dadurch den nachgelagerten Markt vor Wettbewerbern abzuschirmen und damit monopolisieren zu können.[178] Weigert sich, wie in einem *leading case*, ein Hafenbetreiber, der zugleich Fährdienste anbietet, anderen Fährdiensten Zugang zu dem Hafen zu gewähren, so kann er damit alleine auf dem nachgelagerten Markt für Fährdienste tätig werden.[179] Im grundlegenden *Bronner*-Urteil[180] stellte der EuGH drei Kriterien auf, unter denen die Zugangsverweigerung einen Missbrauch i.S.d. Art. 102 AEUV darstellen könne: (1) Die begehrte Einrichtung muss für das Tätigwerden auf dem nachgelagerten Markt unerlässlich sein, da dafür kein tatsächlicher oder potenzieller Ersatz besteht, (2) die Zugangsverweigerung muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt auszuschalten, (3) die Verweigerung darf nicht sachlich gerechtfer-

175 *Uphues* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, 53. EL 2020, Teil 15.3 Big Data in Online-Medien und auf Plattformen Rn. 32.

176 Vgl. *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Auflage 2019, Art. 102 AEUV Rn. 331.

177 Vgl. zur Gesetzgebungshistorie *Wiedemann* in: Wiedemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 23 Rn. 230 ff.

178 *Scholz* in: Wiedemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 22 Rn. 108. Zur Entstehungsgeschichte der Doktrin siehe *Graef*, Data as Essential Facility, 2016, S. 158 ff.

179 Vgl. Kommission, IV/34.689, Abl. 1994 L 15, 8, Rz. 66 – *Seacontainers/Stena Sealink.*

180 EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 – *Bronner* mit Verweis auf EuGH, 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98 – *Magill.*

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigt sein.[181] Diese Kriterien stellen eine große Hürde für Zugangsansprüche dar. So kommt es für die Frage, ob der Zugangspetent eine zumutbare Ausweichmöglichkeit hat, nicht auf dessen individuelle wirtschaftliche Möglichkeiten, sondern auf die eines gleich effizienten Wettbewerbers des marktbeherrschenden Unternehmens an.[182] Zudem ist umstritten, ob nur ein neuartiges Angebot für den nachgelagerten Markt zum zwangsweisen Zugang berechtigt. Das ist viel verlangt. In jedem Fall ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich.[183]

Mit der Neuregelung soll die essential facility-Doktrin explizit auch auf den Zugang zu Daten anzuwenden sein.[184] Dateninhaber werden damit in die Nähe von Infrastrukturanbietern gerückt – eine durchaus gewagte Gleichsetzung. Der Gesetzgeber wollte einen Anknüpfungspunkt für die hier diskutierten Szenarien schaffen:

> „So sind etwa Konstellationen denkbar, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen den Zugang über die Nutzungsdaten einer bestimmten Person oder Maschine kontrolliert und ein anderes Unternehmen, das Zusatzdienste für den Betreiber der Maschine oder für den Nutzer eines Dienstes anbieten will, Zugang zu den individualisierten Nutzungsdaten benötigt, um seinen Dienst (Wartung, Reparatur oder innovatives komplementäres Angebot) an die Bedürfnisse des Nutzers anpassen zu können."[185]

Die Schlagkraft der Vorschrift wird aber wegen der hohen Anforderungen und unsicheren Aussichten einer Klage begrenzt bleiben.

(3) Zwangslizenz im Immaterialgüterrecht

Für die Zugangsansprüche zu Daten werden häufig die kartellrechtlichen Zwangslizenzen bei Lizenzverweigerung im Immaterialgüterrecht beispielhaft herangezogen. Diskutiert wird beispielsweise, ob eine patentgeschütz-

---

181 EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz. 41 – *Bronner*.

182 EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz. 44, 45 – *Bronner*. Siehe aber abweichend EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz. 651 – *Microsoft*.

183 BT-Drucks. 19/23492, S. 70.

184 *Louven*, NZKart 2018, 217, 221. Siehe vorgehend schon *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 162 ff.

185 BT-Drucks. 19/23492, S. 70.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te Erfindung verwendet werden kann, wenn dies nötig ist, um auf einem nachgelagerten Markt tätig werden zu können. Kann das Kartellrecht mit seinem Anspruch, offenen Marktzugang und freien Wettbewerb zu schaffen, gegen die Patentverletzungsklage in Stellung gebracht werden? Der EuGH hat in Fällen wie *IMS Health* und *Huawei/ZTE* eine komplexe Rechtsprechung dazu entwickelt.[186] Immerhin prallt hier der Konflikt von Ausschluss und Zugang voll aufeinander: Das Recht gewährt eigens ein Patent, damit der Patentinhaber andere von der Nutzung seiner Erfindung ausschließen kann. Andererseits soll das Kartellrecht genau solche Ausschlüsse verhindern, zumindest wenn der Wettbewerb damit gänzlich ausgeschaltet wird. Die Kriterien, wann ein kartellrechtlicher Zwangslizenzanspruch gegeben ist, ähneln denen des oben zitierten *Bronner*-Falls. In den immaterialgüterrechtlichen Fällen wie *Magill*, *IMS Health* und *Microsoft* wurde festgelegt, dass der Zugangspetent die Unerlässlichkeit des Zugangs für sein Tätigwerden nachweisen muss.[187] Verlangt wird auch, dass ein neues Produkt („new product rule") (*IMS Health*) oder ein technischer Fortschritt (*Microsoft*) erzielt wird, nach dem eine Konsumentennachfrage besteht. Zudem muss es zu einer Beseitigung des Wettbewerbs kommen, und es darf keine objektive Rechtfertigung für die Zugangsverweigerung geben.

Die Auseinandersetzungen haben sich in den vergangenen Jahren jedoch verlagert – weg von den Kriterien, wann Zugang zu gewähren ist, hin zu Fragen der Durchsetzung und Abwicklung dieses Anspruchs. Zum Beispiel ist der Zugang zum Patent nicht kostenlos. Aber was ist eine angemessene Lizenzgebühr? Gelöst sind weder diese formalen Fragen, noch die davor gelagerten materiellen Fragen. Für die Zugangsfragen in der Datenökonomie sind diese Fälle eher abschreckend: Die äußerst langwierige und komplizierte Durchsetzung derartiger Ansprüche ist schlicht nicht zur Nachahmung zu empfehlen.

---

186 EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 – *IMS Health;* EuGH, 16.7.2015, Rs. C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 – *Huawei/ZTE*.

187 EuGH, 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98 – *Magill*; EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 – *IMS Health;* EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz. 651 – *Microsoft*.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Missbrauch von Datenmacht nach § 20 Abs. 1a GWB

In § 20 Abs. 1a GWB wird seit Januar 2021 die fehlende Gewährung eines Zugangs zu Daten als potentielle unbillige Behinderung gewertet. Es heißt explizit, „die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten", nämlich solchen, auf die ein Unternehmen angewiesen ist, um seine eigenen Leistungen erbringen zu können, könne eine unbillige Behinderung darstellen.

Damit ist ein Durchbruch für die digitale Wirtschaft gelungen: Anerkannt wird, dass die Verweigerung des Zugangs zu Daten in zahlreichen Konstellationen missbräuchlich sein kann, nämlich immer dann, wenn der Datenzugang für die Leistungserbringung durch ein anderes Unternehmen erforderlich ist.

In der Gesetzesbegründung werden zwei Konstellationen hervorgehoben, die durch § 20 Abs. 1a GWB erfasst sein sollen. Erstens gehe es um „Vertragsverhältnisse innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken". Gemeint sind (in Rückgriff auf eine Formulierung aus der Studie von Schweitzer, Haucap, Kerber und Welker) „die oft komplexen Multi-Stakeholder-Konstellationen in Aftermarket- und IoT-Kontexten (…), in denen oft vielfältige Leistungen von unterschiedlichen Service-Anbietern angeboten werden."[188] Hier sind IoT-Konstellationen angesprochen, wenn von mehreren Seiten kooperiert wird, indem Industrieanlagen, Handwerksbetriebe und andere miteinander zur gemeinsamen Wertschöpfung vernetzt werden.

Die zweite Konstellation ist für das Handwerk oft noch greifbarer. Demnach soll von § 20 Abs. 1a GWB insbesondere auch die Situation erfasst sein, in der der Datenzugang von Dritten begehrt wird, „die Dienste auf einem vor- oder nachgelagerten Markt anbieten möchten, ohne bisher in Geschäfts- oder Vertragsverbindung gestanden zu haben."[189] Das kann beispielsweise der Handwerker sein, der ein Gerät reparieren möchte, das mit einem Smart Device ausgestattet ist und zu einem größeren Netzwerk (z.B. dem Smart Home) gehört.

Eine Beschränkung auf diese zwei Fallgruppen ist dem Normtext selbst allerdings nicht zu entnehmen. Möglicherweise entstehen noch weitere Fallkonstellationen, die in der Rechtsprechung eine Rolle spielen können.

---

188 BT-Drucks. 19/23492, S. 78; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 156. Siehe auch *Kerber*, WuW 2020, 249 ff.

189 BT-Drucks. 19/23492, S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Für das Handwerk sind insbesondere mit der zweiten Konstellation aber Maßstäbe gesetzt, die bei klassischen Reparaturen greifen.

Es sollten aber auch die Begrenzungen der Vorschrift gesehen werden: Schwierig dürfte die Nutzung des Paragraphen sein, wenn es um „predictive maintenance" geht. Wird als eigentliche Leistungserbringung die Wartung oder Reparatur eines Geräts angesehen, ist die Offenlegung der Daten zwar erforderlich, wenn es zu dieser Reparatur kommt. Im vorgelagerten Stadium, dem Erkennen der anstehenden Wartungsnotwendigkeit, wird aber bereits die geschäftliche Entscheidung getroffen. Der Zugang zu solchen Daten dürfte wesentlich schwieriger über § 20 Abs. 1a GWB zu erlangen sein, obwohl daran ein Großteil des künftigen Wartungs- und Reparaturgeschäfts hängen dürfte.

Die Norm bezieht sich auch lediglich auf den Zugang zu Daten. Der Zugang zum Kunden, zur Software oder zu einer Vertriebsplattform ist nicht erfasst.

Das größte Hindernis für eine erfolgreiche Geltendmachung besteht allerdings im Wertungskriterium der Unbilligkeit. Nicht jede Zugangsverweigerung ist bereits ein Missbrauch. Vielmehr muss die Unbilligkeit im Wege einer umfassenden Abwägung der wettbewerblichen Interessen festgestellt werden. Gerade für die hier interessierende zweite Konstellation (Zugang zu Daten für Leistungserbringung ohne vorherigen Kontakt) heißt es bereits in der Gesetzesbegründung:

> „In diesen Konstellationen ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten und der Prüfung der Unbilligkeit besondere Beachtung zu schenken."[190]

In der Gesetzesbegründung wird ein vorsichtiger Tonfall angeschlagen, wie die Unbilligkeit zu prüfen sei:

> „Im Rahmen der Unbilligkeitsprüfung sind die Interessen des Normadressaten und des Zugangspetenten abzuwägen. Insbesondere in den letztgenannten Drittkonstellationen sind die Auswirkungen zum Anreiz auf die Datensammlung zu berücksichtigen. Allein der empirische Befund eines exponentiellen Wachstums in der Produktion von Daten indiziert noch nicht, dass genügend Anreize zur Produktion von Daten auch dann vorhanden wären, wenn Zugangsrechte bestünden. Für eine Unbilligkeit der Verweigerung des Datenzugangs sprechen des Weiteren Umstände, wie beispielsweise ein Verschluss von Sekundär-

190 BT-Drucks. 19/23492, S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> märkten durch die Verweigerung des Zugangs, die Beteiligung des abhängigen Unternehmens an der Erzeugung der wettbewerbsrelevanten Daten oder ein erhebliches Potential für zusätzliche bzw. erhöhte Wertschöpfungsbeiträge auf Seiten des abhängigen Unternehmens."[191]

Demnach verlangt die Prüfung der Unbilligkeit eine umfassende Interessenabwägung. Für den Dateninhaber ist die Amortisation seiner Datensammlung von großer Bedeutung. Hingewiesen wird im Weiteren auch auf die Schwierigkeit, Daten zur Verfügung zu stellen und diese um persönliche Daten zu bereinigen. Es bleibt damit ein vor Gericht unwägbares Unterfangen, ob Datenzugang auf diese Weise erlangt werden kann. Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Texts lag noch keine Rechtsprechung dazu vor. Selbst wenn die praktische Relevanz gering bleibt, ist mit der neuen Vorschrift aber immerhin ein Signal gesetzt.

(5) Verpflichtungen nach § 19a GWB

Mit § 19a GWB hat der deutsche Gesetzgeber eine Aufsehen erregende neue Vorschrift eingeführt, nach der „Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb" durch das Bundeskartellamt besondere Verpflichtungen auferlegt werden können. Die Zielrichtung des 2021 in Kraft getretenen Paragraphen ist, die großen Infrastrukturanbieter des Internets, Unternehmen wie Google, Apple, Facebook, Amazon und Microsoft (GAFAs), stärker zu kontrollieren und die Verfahren dafür zu beschleunigen.[192]

Die in § 19a Abs. 2 GWB vorgesehenen Verpflichtungen betreffen die Wettbewerbschancen kleinerer und mittlerer Unternehmen, die von den Normadressaten abhängig sind. Regelungen sind etwa gegen die Selbstbevorzugungspraktiken der Plattformen, die Vorinstallation von Programmen, Koppelungen, Datenausbeutung oder Beschränkungen im Umgang mit Kunden vorgesehen.

Werden diese Verpflichtungen durchgesetzt, würde das die Situation vieler Betriebe im Verhältnis zu den GAFAs erheblich verbessern. Ein Haken ist allerdings, dass nach § 19a GWB zunächst die Normadressatenstellung explizit festzustellen ist und von der Behörde ausdrücklich die

191 BT-Drucks. 19/23942, S. 79.

192 Zu § 19a GWB siehe außerdem *Höppner*, WuW 2020, 71; *Grünwald*, MMR 2020, 822; *Körber*, MMR 2020, 290, 293 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verpflichtungen festgestellt werden müssen – ggf. mit einer aufwändigen Einzelfallprüfung. Das mag strukturell mittelfristig Veränderungen mit sich bringen. Es liegt aber kein Automatismus vor, Abhilfe im konkreten Fall ist nicht ohne weiteres zu erlangen. Die Vorschrift ist daher eine wichtige Begrenzung der GAFA-Aktivitäten und eine Stärkung des Bundeskartellamts im Umgang mit diesen. Sie führt aber nicht unmittelbar zu einer Verbesserung der wirtschaftlichen Position der Handwerksunternehmen.

b) Kartellrechtliche Kontrolle von Vertragsbedingungen

Kommt es zu einem Vertragsabschluss, können die Zugangsbedingungen einer kartellrechtlichen Kontrolle nach § 1 GWB oder Art. 101 AEUV unterworfen werden. Wenn die Verträge Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, führt dies ggf. zur Nichtigkeit der Bedingungen nach § 134 BGB bzw. Art. 101 Abs. 2 AEUV.

Die Verträge zwischen Gatekeepern und Nutzern bieten dafür schon jetzt reichlich Anschauungsmaterial. So können Verträge unzulässige Exklusivitätsbeschränkungen enthalten, die Nutzer davon abhalten, auf anderen Plattformen tätig zu werden.[193] Die Zugangsgewährung kann an ausbeuterische Bedingungen geknüpft sein, etwa zu hohe Vergütungen, Rechtseinräumungen oder die Forderung nach Einblick in zahlreiche Nutzerdaten.[194] Die Nutzer können durch unzulässige Bestpreisklauseln in ihrer Vertragsfreiheit gebunden werden, etwa wenn sie auf keinem anderen Kontaktweg zum Kunden günstiger anbieten dürfen.[195] Es kann den Nutzern untersagt sein, bestimmte Kommunikations- oder Bezahlwege mit Endkunden zu beschreiten.[196] Die Nutzer können verpflichtet werden, Preisvorgaben zu beachten. Sie können gezwungen werden, Zusatzangebote anzunehmen (z.B. bestimmte Programme zu installieren), ein be-

193 OLG Düsseldorf, 3.4.2019, Az. Kart 2/18 (V), WuW 2019, 318 – *Ticketvertrieb II*; bestätigt durch BGH, 3.6.2020, KVZ 44/19, WuW 2020, 406 – *Vertragliche Exklusivitätsklauseln*.

194 Vgl. Bundeskartellamt, 17.7.2019, Az. B-88/18 (Fallbericht – ohne Entscheidung), WuW 2019, 487 – *Amazon-Marktplatz*.

195 OLG Düsseldorf, 15.2.2012, Az. VI-W (Kart) 1/12 – *JMS JustBooks Mobile/HRS*; OLG Düsseldorf, 9.1.2015, Az. VI-Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148 – *Weite Bestpreisklausel*; BGH, 18.5.2021, Az. KVR 54/20 – *Enge Bestpreisklausel*.

196 Sog. Anti-Steering-Klauseln, vgl. aus der Rechtsprechung des US Supreme Court *Ohio v. American Express*, 585 U.S. ___ (2018), GRUR Int. 2018, 1082. Das Gericht hat die Klausel jedoch nach US-Kartellrecht für zulässig erachtet.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stimmtes Servicelevel vorzuhalten, ein bestimmtes Leistungsspektrum zur Verfügung zu stellen oder ein bestimmtes Design zu nutzen.[197]

All diese Beispiele sind Teil der Business-Strategien der digitalen Plattformen, die so ihre Position sichern und Nutzer in ihr System einsaugen. Das Kartellrecht kann dagegen in Stellung gebracht werden, wenn der Wettbewerb beschränkt wird, was im Zweifel in – auch ökonomisch aufwändigen – Verfahren zu klären ist.

c) Probleme kartellrechtlicher Ansprüche

Der Zugangsanspruch nach Kartellrecht ist voraussetzungsintensiv, da ein solcher nur beim Vorliegen von Marktmacht besteht. Allein die Abgrenzung von Märkten und die Bestimmung von Marktmacht ist schon für sich genommen sehr aufwändig. Der schwierige Nachweis von Marktbeherrschung wird in der Praxis durch den einfacheren Nachweis einer Datenabhängigkeit nach § 20 Abs. 1a GWB erleichtert, aber selbst hier ist schon für die Normadressatenstellung immerhin zunächst nachzuweisen, dass die andere Partei Daten hat, zu denen sonst kein Zugriff gegeben ist und die für die Leistungserbringung erforderlich sind. In der für derartige Ansprüche dominierenden privaten Rechtsdurchsetzung ist der Zugangspetent nachweisbelastet.

Selbst wenn ein kartellrechtlicher Zugangsanspruch zu bejahen ist, treten weitere Schwierigkeiten bei der Geltendmachung dieser Ansprüche hinzu: Die neueren Vorschriften im Entwurf zur 10. GWB-Novelle sind auf Daten fokussiert und zum Teil auch beschränkt. Der reine Zugang zu Daten ist aber für Zugangspetenten häufig gar nicht attraktiv. Es geht vielmehr um Marktzutritt, um die Herstellung der Kundenbeziehung, um die Nutzung von Analysetools oder Software.

Die Vorschriften setzen weitgehend eine Abwägung der Interessen voraus. Das gilt gerade auch für § 20 Abs. 1a GWB, der am ehesten auf die für das Handwerk wichtigen Konstellationen zugeschnitten ist. Hier wird eine Prüfung der Unbilligkeit verlangt, wobei zahlreiche Aspekte, gerade auch solche zugunsten des Dateninhabers, berücksichtigt werden müssen. Es ist

197 Vgl. zu unzulässigen Kopplungsgeschäften *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Auflage 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 229 f.; *Wolf* in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Band 1, 3. Auflage 2020, Art. 101 AEUV Rn. 481.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

absehbar, dass eine Klage auf Datenzugang angesichts der umfassenden Unbilligkeitsprüfung kein Selbstläufer ist.

Zugang wird typischerweise nur gegen eine Vergütung gewährt. Die Festlegung der Vergütungshöhe ist äußerst schwierig. Im Zweifel werden Gerichte sich scheuen, eine konkrete Vergütungshöhe zu beziffern. Besonders deutlich wurde dies im *Huawei/ZTE*-Fall um die kartellrechtliche Zwangslizenz: Statt eine Lizenzgebühr festzusetzen, verpflichtete der EuGH zu einem komplexen Verhandlungssystem, in dem es auf die einzelnen Schritte der beiden Partner ankommt. Das vom Gerichtshof vorgesehene Modell ist stark geprägt davon, eine hoheitliche Entscheidung über den angemessenen Preis zu vermeiden und stattdessen eine Einigung der Parteien zu inzentiveren.[198] So sinnvoll es ist, dass sich der Staat aus der Frage nach dem „gerechten Preis" heraushält –dieses Verfahren erfordert komplizierte Schritte und kann sehr langwierig sein.

Der Umfang des Zugangsanspruchs muss im Einzelfall definiert werden. Dies kann große Schwierigkeiten aufwerfen: Zu welchen Daten genau wird zu welchen Bedingungen in welcher Form Zugang gewährt? Bei einer physischen Infrastruktur, die eine essential facility darstellt, mag das noch greifbar sein. Aber welche Daten benötigt ein Handwerker genau, der eine Anlage warten soll? Wie, wann und wo sollen ihm diese zur Verfügung gestellt werden? Gibt es einen dauerhaften Anspruch oder muss für jede einzelne Reparatur aufs Neue geklagt werden?

Die bisherigen Verfahren haben darunter gelitten, dass sie aufgrund der Komplexität der zu regelnden Einzelschritte aufwändig waren und lange dauerten. Für ein Unternehmen, das nicht besonders finanzstark ist und das eine rasche Abhilfe im Markt benötigt, sind derartige Verfahren nicht attraktiv. Gerade in der digitalen Wirtschaft spielen first-mover-advantages – also die Vorteile desjenigen, der als erster auf den Markt kommt – eine erhebliche Rolle. Wird der Marktzutritt wegen eines längeren Gerichtsverfahrens verzögert, dessen Ausgang zudem ungewiss ist, kommt die Zugangsgewährung im Zweifel zu spät.

Kartellrechtliche Zugangsansprüche werden ex post, auf Beschwerde eines Zugangspetenten hin, gewährt. Es handelt sich jeweils um eine aufwändige Einzelfallprüfung. Dabei sind die Hürden, um ein solches Verfahren anzustrengen, faktisch hoch: Nicht nur sind die Nachweisanforderungen erheblich, sodass sich fragt, welche Unternehmen sich eine solche Klage (gegen ein marktmächtiges Unternehmen!) überhaupt leisten können. Vor allem aber sind die Voraussetzungen nur dann erfüllt, wenn eine Ab-

198 Vgl. *Podszun*, Antitrust Bulletin, Vol. 61 (1), S. 121 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hängigkeitssituation besteht. Gerade wenn ein Unternehmen von einem anderen abhängig ist, ist der Schritt zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung jedoch weit. Niemand gilt in seiner Branche gern als Querulant, der zu Gericht geht. Um den Goliath herauszufordern, bedarf es mindestens eines furchtlosen Davids. Aber auch dem geht auf dem Weg durch die Gerichtsinstanzen möglicherweise das Geld aus. Die Gatekeeper haben hier einen längeren Atem und können möglicherweise ihre Macht sogar nutzen, um unliebsame Unternehmen herabzustufen, im Ranking schlechter zu positionieren oder auf anderem Wege zu diskriminieren. Das führt zu einer rationalen Klageapathie: Gerade kleinere und mittlere Unternehmen werden keine Prozesse gegen Gatekeeper anstreben. Ihnen drohen, wenn sie Ross und Reiter nennen, im Zweifel noch Sanktionen.[199]

Die kartellrechtlichen Ansprüche lassen lediglich eine nachträgliche Kontrolle der Zugangsverweigerung im Einzelfall zu. Wird ein Zugangsanspruch gewährt, stellen sich schwierige Folgefragen, die die tatsächliche Zugangserlangung weiter verzögern und Gerichte wie Parteien vor schwierige Fragen stellen. Das kartellbehördliche Einschreiten ist keine Alternative: Auch Verfahren beim Bundeskartellamt dauern im Zweifel länger und können immer nur punktuell Abhilfe schaffen. Für einen existentiell herausgeforderten Handwerksmeister, dem der Zugang zu seinen Kunden versperrt wird, würde solche Hilfe zu spät kommen.

Es kann mittels kartellrechtlicher Ansprüche nicht zu einem flächendeckenden, präventiv wirkenden Zugangsregime kommen. Allerdings sind die Maßstäbe, die in diesen Verfahren gesetzt werden, beispielgebend für eine mögliche Regulierung.[200]

2. Sektorspezifische Zugangsansprüche

In einigen Fällen wurde versucht, eine sektorspezifische Regulierung vorzunehmen. In der Praxis wurden in verschiedenen Branchen unterschiedliche Lösungen gefunden, wie der Zugriff auf Daten ermöglicht werden

199 Siehe Art. 5 lit. d des Vorschlags der Europäischen Kommission eines Digital Markets Act; im Kartellrecht wird die Ross-und-Reiter-Problematik bei Abhängigkeitsverhältnissen schon lange diskutiert, siehe z.B. *Bien*, ZWeR 2013, 448.

200 In diesem Sinne auch *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann.[201] Eine solche sektorspezifische Regulierung basiert oft auf konkreten Erfahrungen der Vergangenheit. Sie bietet keine Blaupause für alle Branchen, sondern geht auf spezifische Probleme ein. Dennoch ist der Blick auf bestehende Regulierung hilfreich, um für zukünftig zu schaffende sektorspezifische Zugangsansprüche typische Probleme und damit Verbesserungspotenziale zu erkennen. Daher soll nachfolgend ein Überblick über ausgewählte Zugangsregime gegeben werden.

a) Kfz-Branche

Das prominenteste Beispiel sektorspezifischer Regulierung, die auf (Daten-)Zugang gerichtet ist, findet sich in der Kfz-Branche. Bereits 2007 trat die Verordnung (EG) 715/2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge in Kraft. In Art. 6 VO (EG) 715/2007 waren Bestimmungen niedergelegt, die unabhängigen Werkstätten den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Kraftfahrzeuge ermöglichen sollten, damit sie überhaupt Leistungen für bestimmte Automarken anbieten können.[202] Die Hersteller konnten für die Bereitstellung der Informationen nach Art. 7 VO (EG) 715/2005 eine angemessene Gebühr verlangen.

Der Zugangsanspruch hatte jedoch die Schwäche, die Hersteller nur zur Freigabe der Informationen in einem standardisierten Format zu verpflichten. Es bestand keine Pflicht zur Bereitstellung der Informationen in einem elektronisch verarbeitbaren Format.[203] Dies bedeutete in der Praxis zuweilen das „Abspeisen" der Werkstätten mit einem wenig praktikablen Web-Formular und nicht mit einer den praktischen Anforderungen der Werkstatt entsprechenden Softwarelösung. Im Fall KIA wurde die Ausein-

201 Vgl. die Beispiele der Europäischen Kommission, Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy, 10.1.2017, SWD (2017) 2 final, S. 12 ff.

202 Vgl. aus der deutschen Rechtspraxis den Fall, in dem eine Jaguar-Reparaturwerkstatt nach wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen den Zugang zu Softwareinformationen beanspruchte, um Jaguar-Fahrzeuge reparieren zu können, BGH, 26.1.2016, Case KZR 41/14, ECLI:DE:BGH:2016:260116UKZR41.14.0 – *Jaguar Vertragswerkstatt*.

203 EuGH, 19.9.2019, Rs. C-527/18, ECLI:EU:C:2019:762, Rz. 24 ff. – *KIA*.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

andersetzung um die richtige Form der Datenbereitstellung bis zum Europäischen Gerichtshof getrieben.[204]

Der in Art. 6 f. VO (EG) 715/2007 geregelte Zugangsanspruch wurde in Art. 61 ff. der Verordnung (EU) 2018/858 neu gefasst und konkretisiert. Nach Art. 61 Abs. 1 VO (EU) 2018/858 sind die Informationen nunmehr ausdrücklich in elektronisch verarbeitbarer Form bereitzustellen. Die Verordnung gilt nach Art. 91 VO (EU) 2018/858 seit dem 1. September 2020. Daher ist zu hoffen, dass den Werkstätten die relevanten Informationen in Zukunft in praktikabler Weise zur Verfügung stehen.[205]

Die Auseinandersetzung um das Datenformat – wenig praktikables Web-Formular einerseits versus maschinenlesbar und sofort weiter zu verarbeitender Datenstream andererseits – zeigt, wie wesentlich die Folgefragen sind, wenn erst einmal der grundsätzliche Anspruch auf Zugang gewährt ist. Daten, die in nicht einfach handhabbarer Form zur Verfügung gestellt werden, tun zwar möglicherweise dem Buchstaben eines Gesetzes oder einer richterlichen Anordnung Genüge – sind aber kommerziell wertlos. Das ohne Umgehungsmöglichkeiten vorab sicher zu judizieren, ist aber eine praktisch schwer zu leistende Aufgabe.

Die bisherige legislative Praxis, mit sektorspezifischen Zugangsansprüchen in die Märkte im Kfz-Sektor einzugreifen, wurde von der hochrangigen Kommission für die Automobilindustrie (GEAR 2030) positiv beschieden und auch für die Zukunft empfohlen.[206]

b) Zahlungsdienste

Datenzugang wird im Sektor für Finanzdienstleistungen durch die Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, RL (EU) 2015/2366 (Payment

---

204 Vgl. EuGH, 19.9.2019, Rs. C-527/18, ECLI:EU:C:2019:762, Rz. 24 ff. – *KIA;* vorausgehend LG Frankfurt a.M., 21.1.2016, Az. 2–03 O 505/13, GRUR-RS 2016, 9417.

205 Nur hingewiesen werden soll an dieser Stelle auf ein Gesetz vom 26.11.2013 im US-Bundesstaat Massachusetts, das ebenfalls ein „right to repair" mit entsprechender Datenklausel vorsieht: https://malegislature.gov/Laws/SessionLaws/Acts/2013/Chapter165.

206 GEAR 2030 – High Level Group on the Competitiveness and Sustainable Growth of the Automotive Industry in the European Union – Final report, 18.10.2017, abrufbar unter http://ec.europa.eu/docsroom/documents/26081. Siehe auch *Kerber/Gill*, JIPITEC 10 (2019), 244. Siehe auch unten, D.II.1.a.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Services Directive, PSD2-RL), vermittelt. Die Regelung gilt als beispielhaft auch für andere Zugangsmodelle.[207]

Nach Art. 66, 67 PSD2-RL, die in § 675f Abs. 3 BGB in nationales Recht umgesetzt wurden, haben Kontoinhaber gegenüber ihrer Bank ein Recht auf Nutzung von Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdiensten. Zahlungsauslösedienste (legaldefiniert in Art. 4 Nr. 15 PSD2-RL) sind insbesondere im E-Commerce-Sektor relevant. Bestellt ein Verbraucher bei einem Händler eine Ware oder Dienstleistung, so hat der Zahlungsauslösedienst die Funktion, dem Händler zu bestätigen, dass der Verbraucher das vereinbarte Entgelt entrichtet hat. Dies erlaubt dem Händler, unmittelbar nach Vertragsschluss die bestellte Ware zu versenden oder die Dienstleistung zu erbringen, ohne einen Zahlungsausfall zu riskieren.[208] Technisch wird dies über eine Schnittstelle ermöglicht, über die der Zahlungsauslösedienst von der Bank des Kunden die Information erhält, ob der entsprechende Zahlungsauftrag erteilt wurde.[209]

Kontoinformationsdienste sind nach Art. 4 Nr. 16 PSD2-RL Online-Dienste, die konsolidierte Informationen über ein oder mehrere Konten anzeigen oder verarbeiten, die der Nutzer bei einer oder bei verschiedenen Banken führt. So wird dem Nutzer ein besserer Überblick über seine finanzielle Situation vermittelt.[210] Im Unterschied zu den Zahlungsauslösediensten ist der Kontoinformationsdienst in keiner Weise an Zahlungsvorgängen beteiligt.[211] Eine solche Dienstleistung kann nur erbracht werden, wenn der Kontoinformationsdienst Echtzeit-Zugriff zumindest auf die Informationen hat, die der Nutzer manuell über das Online-Banking-Portal abrufen kann. Insofern besteht für den Anbieter des Kontoinformationsdienstes ein Bedürfnis nach Datenzugang, um auf einem nachgelagerten Markt tätig werden zu können. Dies setzt aber voraus, dass die kontoführende Bank eine entsprechende Schnittstelle bereitstellt.

Rechtstechnisch interessant ist, welchem Marktteilnehmer durch die PSD2-RL ein Recht eingeräumt wird. Anders als im Kfz-Sektor erhalten hier

---

207 Vgl. *Vezzoso* in: Bagnoli, Competition and Innovation, 2018, S. 30, 39; *Hoffmann* in: BMJV/MPI, Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 343 ff.

208 Vgl. Erwägungsgrund 29 PSD2-RL; *Schmalenbach* in: BeckOK-BGB, 56. Edition 2020, § 675f BGB Rn. 51; *Casper* in: MüKo-BGB, Band 6, 8. Auflage 2020, § 675f BGB Rn. 40.

209 Vgl. Erwägungsgrund 27 PSD2-RL; *Werner* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, 54. EL Oktober 2020, Teil 13.5 Rn. 88.

210 Erwägungsgrund 28 PSD2-RL.

211 *Schmalenbach* in: BeckOK-BGB, 56. Edition 2020, § 675f BGB Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Drittunternehmen nicht selbst einen Anspruch auf Datenzugang. Vielmehr räumt Art. 66 f. PSD2-RL den Kontoinhabern gegenüber ihrer Bank ein Recht auf Nutzung eines Zahlungsauslöse- oder Kontoinformationsdienstes ein. Dies führt also erst im zweiten Schritt und mittelbar zu einem Datenzugang der Anbieter solcher Dienste.[212] Nach Art. 66 Abs. 4, 67 Abs. 4 PSD2-RL ist die Erbringung der Dienstleistung und damit die Weitergabe der notwendigen Daten auch nicht von einer vertraglichen Beziehung zwischen kontoführender Bank und Dienstleister abhängig. Auch Erwägungsgrund 29 PSD2-RL nennt lediglich das Interesse von Kontoinhabern und Online-Händlern an der Nutzung solcher Dienste. Die Vorschrift wurde also überwiegend im Interesse der Kontoinhaber geschaffen und nicht, um Drittunternehmen Zugang zu diesen Daten zu vermitteln oder die Banken einem Kontrahierungszwang zu unterwerfen. Der Kunde bleibt damit konzeptionell „Schiedsrichter im Wettbewerb".

Zur Folge hat diese Regelungstechnik, dass sich die regulatorischen Vorgaben nur auf das Vertragsverhältnis zwischen Bank und Kontoinhaber auswirken (vgl. Erwägungsgrund 87 PSD2-RL). Verweigert eine Bank die Übermittlung der notwendigen Daten an den Dienstleister, muss der Kontoinhaber wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten gegen die Bank vorgehen.[213] In der Praxis stellt sich dieses Problem aber nicht, da die Banken nicht nur nach § 675f Abs. 3 BGB zivilrechtlich gegenüber ihren Kunden verpflichtet sind, sondern auch einer korrespondierenden aufsichtsrechtlichen Kooperationspflicht nach §§ 48 ff. ZAG unterliegen.[214] Daher kann jeder Drittanbieter ohne technische Schwierigkeiten und ohne rechtliche Auseinandersetzungen andocken. Offene Schnittstellen sind damit das Zugangstor für einen erheblich besseren Wettbewerb im FinTech-Segment geworden.

c) Portabilität nach Datenschutzrecht

Ein Seitenblick auf das Datenschutzrecht ergibt auch dort einen interessanten Anknüpfungspunkt. Nach Art. 20 Abs. 1 DS-GVO hat jede betroffene Person ein Recht auf Bereitstellung der personenbezogenen Daten, die diese dem Datenverantwortlichen zur Verfügung gestellt hat, und zwar in

212 *Casper* in: MüKo-BGB, Band 6, 8. Auflage 2020, § 675f BGB Rn. 39.
213 Näher *Casper* in: MüKo-BGB, Band 6, 8. Auflage 2020, § 675f BGB Rn. 43.
214 Vgl. *Zahrte*, NJW 2018, 337, 338.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einem strukturierten, gängigen, und maschinenlesbaren Format.[215] Nach Art. 20 Abs. 2 DS-GVO ist davon auch das Recht umfasst, die direkte Übertragung der Daten an einen anderen Datenverantwortlichen zu erwirken. Die Vorschrift soll es Nutzern ermöglichen, beispielsweise von einem Internetportal zu einem anderen „umzuziehen", ohne dass die Daten verloren gehen. Hier steht der betroffenen Person ein Recht auf Datenportabilität zu. Damit wird mittelbar auch die wirtschaftliche Tätigkeit des Datenempfängers gefördert oder erst ermöglicht. Art. 20 DS-GVO erreicht so eine Verringerung von Lock-in-Effekten und wird daher auch als wettbewerb(srecht)liche Norm bezeichnet.[216] Allerdings zielt die Norm wohl nicht auf kontinuierliche Datenübertragung an einen Dritten ab, sondern hat eher eine einmalige Übertragung von Daten im Sinn.[217] Eine kontinuierliche Datenübertragung könnte für einige Anwendungsbereiche aber erforderlich sein, z.B. wenn ein Drittanbieter einen Komplementärdienst anbieten möchte.[218]

In der Praxis dürfte die Vorschrift selten relevant werden: Verbraucher, um die es hier geht, sind träge. Sie ziehen selten um und wenn lassen sie im Zweifel ihr „Gepäck" beim bisherigen Portal. Zudem ist nicht gewährleistet, dass die Vorschrift zu einer einfachen und umfassenden Umzugshilfe wird.

d) Chemie (REACH)

Ein Zugangsanspruch zu wettbewerblich relevanten Daten ist auch im Chemikaliensektor in der Verordnung (EG) 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH-VO) vorgesehen. Nach Art. 5 REACH-VO darf ein chemischer Stoff in der Gemeinschaft nur hergestellt oder in den Verkehr gebracht werden, wenn dieser zuvor entsprechend der Verordnung registriert wurde.

Wurde ein Stoff innerhalb der letzten 12 Jahre bereits von einem anderen Unternehmen registriert, besteht nach Art. 27 REACH-VO in bestim-

---

215 Welche Daten von diesem Anspruch erfasst sind, ist im Einzelfall schwer zu bestimmen, vgl. dazu die Übersicht mit Blick auf die Plattformregulierung bei *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, 2020, S. 264 ff. Siehe zur Datenportabilität auch *Janal* in: BMJV/MPI, Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, S. 319 ff.

216 *Paal* in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 20 DSGVO Rn. 6.

217 Vgl. *Graef/Husovec/van den Boom*, EuCML 2020, 3, 13 f.

218 *Graef/Husovec/van den Boom*, EuCML 2020, 3, 13.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

men Fällen die Pflicht des früheren Registranten, dem neuen Registranten die für eine Registrierung notwendigen Informationen zu angemessenen Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Zu den notwendigen Informationen gehören nach Art. 10 REACH-VO unter anderem Zusammenfassungen von Studien oder Stoffsicherheitsberichte. Dabei handelt es sich um Daten mit wirtschaftlichem Wert.

Die Vorschrift dient nach Art. 25 Abs. 1 REACH-VO vorwiegend nicht dem Wettbewerbsschutz, sondern der Vermeidung nicht notwendiger Tierversuche. Dennoch ist die Vorschrift interessant, da die Parteien nach Art. 27 Abs. 3 REACH-VO darauf hinwirken müssen, dass die „Kosten für die gemeinsame Nutzung der Informationen in gerechter, transparenter und nicht-diskriminierender Weise festgelegt werden". Damit wird ein Maßstab gesetzt.

e) Telekommunikationsrecht

Ein sektorspezifischer Zugangsanspruch existiert auch zu Daten, die Betreiber von Telekommunikationsnetzen über ihre Kunden innehaben und die typischerweise in Telefonbüchern zu finden sind.[219]

Nach § 47 Abs. 1 TKG sind die Betreiber von Telekommunikationsnetzen verpflichtet, Teilnehmerdaten unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Vorschriften zum Zwecke der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten, Diensten zur Unterrichtung über einen individuellen Gesprächswunsch eines anderen Nutzers und Teilnehmerverzeichnissen zur Verfügung zu stellen. Die Vorschrift beruht auf Art. 25 Abs. 2 Richtlinie (EG) 2002/22 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie). Nach § 47 Abs. 4 TKG kann für den Datenzugang ein Entgelt erhoben werden.

Der Anspruch beruht auf der Erwägung, dass die Betreiber von Telekommunikationsnetzen eine Monopolstellung hinsichtlich dieser Daten innehaben und Drittunternehmen ohne die entsprechenden Daten die bezeichneten Dienstleistungen nicht oder nur unter stark erschwerten Bedin-

219 Ausführlicher *Wilms/Jochum* in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 47 TKG Rn. 29 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gungen erbringen können.[220] Es handelt sich damit um einen (sonder-)kartellrechtlichen Anspruch, um den Markt zu öffnen.[221]

3. Pläne im Digital Markets Act

Die Europäische Kommission hat im Dezember 2020 ihre Pläne für einen Digital Markets Act vorgestellt.[222] Ob und wie diese Verordnung in Kraft tritt, ist zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Untersuchung noch nicht absehbar. Die Kommission schlägt im Wesentlichen vor, bestimmte Unternehmen als „digitale Gatekeeper" einzustufen, die sodann einem Pflichtenregime unterliegen, das automatisch gilt („self-executable"). Damit soll eine Regelung geschaffen werden, die dem neuen § 19a GWB ähnelt, aber, anders als dieser, nicht rein kartellrechtlich ausgerichtet ist und kein Einschreiten der Kartellbehörde voraussetzt.

Der Digital Markets Act wird nur wenige große Marktakteure erfassen, insbesondere die sog. GAFA-Unternehmen, die als digitale Infrastrukturanbieter agieren. Nach den Vorschlägen der Kommission werden diese Unternehmen zur weitreichenden Eröffnung von Zugang verpflichtet. Begünstigte der Regelungen sind allerdings – bis auf eine Ausnahme für den Suchmaschinenmarkt – nicht unbeteiligte Dritte, sondern Unternehmen, die bereits in einer wirtschaftlichen Beziehung zu den Gatekeepern stehen:

Nach Art. 6 lit. h DMA-E müssen Gatekeeper wirksame Datenportabilität für solche Daten gewährleisten, die von unternehmerischen Nutzern (z.B. den Nutzern einer Vertriebsplattform für Handwerksleistungen) oder Endnutzern bereitgestellt wurden oder die im Rahmen ihrer Tätigkeit auf der Plattform generiert wurden. Die Ausübung des bereits in Art. 20 DSGVO enthaltenen Rechts natürlicher Personen auf Portabilität ihrer personenbezogenen Daten muss durch Gatekeeper erleichtert werden, insbesondere durch Ermöglichung eines Echtzeit-Zugangs mittels entsprechender

220 *Maier,* Der Zugang zu den Daten der Telefondienstkunden im novellierten deutschen und europäischen Telekommunikationsrecht, 2010, S. 97.

221 *Wilms/Jochum* in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 47 TKG Rn. 18.

222 Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 15.12.2020, Ein Europa für das digitale Zeitalter: Kommission schlägt neue Regeln für digitale Plattformen vor, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_2347. Dazu auch *Podszun/Bongartz/Langenstein*, Proposals on how to improve the Digital Markets Act, 2021; s. *Marsden/Podszun*, Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement, 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schnittstellen. Dadurch sollen Unternehmer und Endnutzer leichter zu anderen Plattformen wechseln oder parallel auf mehreren Plattformen aktiv sein können (sog. Multi-Homing).

Art. 6 lit. i DMA-E sieht einen kostenfreien Echtzeit-Zugang unternehmerischer Nutzer zu den Daten zu, die im Rahmen ihrer Tätigkeit auf der Plattform anfallen. Umfasst sind davon nicht nur Daten, die von ihnen selbst bereitgestellt oder durch die Nutzung generiert werden, sondern sogar Daten, die der Gatekeeper aus der wirtschaftlichen Tätigkeit abgeleitet hat (vgl. Erwägungsgrund 55 DMA-E). Ziel der Regelung ist, dass sich Gatekeeper keine Daten vorbehalten können, die bei wertender Betrachtung dem unternehmerischen Nutzer im Wettbewerb zustehen. So sollte etwa das auf einer Vergleichsplattform gelistete Friseurunternehmen erfahren können, wie viele Klicks sein Angebot erzielt hat. Kann sich die Plattform diese Information vorbehalten, kann sie daraus womöglich Schlussfolgerungen und wirtschaftliche Vorteile ziehen. Sofern Gegenstand des Zugangsanspruchs personenbezogene Daten sind, ist die Weitergabe nur mit Einwilligung der betroffenen Person zulässig. Die anspruchsberechtigten unternehmerischen Nutzer können auch Dritte zum Abruf der Daten autorisieren. So könnte ein Markt für solche Daten entstehen.

Datenzugang Dritter ist lediglich in Art. 6 lit. j DMA-E vorgesehen: Danach sind Gatekeeper, die Suchmaschinen betreiben (Google), verpflichtet, konkurrierenden Suchmaschinen Zugang zu Ranking, Such-, Click- und View-Daten zu gewähren, die bei Nutzung der Suchmaschine anfallen. Damit soll Drittanbietern der Marktzutritt erleichtert werden, so dass auch andere Suchmaschinen eine Chance haben, sich zu etablieren – denkbar wäre beispielsweise ein spezialisierter Nischenanbieter, der eine Suchplattform für Handwerksleistungen aufbauen will. Ohne größere Datensets sind Suchergebnisse oft qualitativ schlechter, weshalb Google als Platzhirsch bislang kaum angreifbar ist. Allerdings muss Google die Daten nicht kostenfrei bereitstellen, sondern lediglich zu FRAND-Bedingungen (fair, reasonable and non-discriminatory).

V. Zusammenschau

Das Recht kennt in vielen Konstellationen Zugangsansprüche. Neben den hier benannten wirtschaftsrechtlichen Ansprüchen, die typischerweise ein Marktversagen verhindern sollen, sind auch in ganz anderen Bereichen Ansprüche auf Zugang bekannt. Zwei weitere Beispiele mögen das belegen.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Informationsfreiheitsgesetz (IFG) gewährt in § 1 S. 1 jedermann Zugang zu amtlichen Informationen – gegen Gebühr, § 10 Abs. 1 IFG. Bestimmt wird im IFG u.a., was als Information gilt, welche Rechte Dritter eventuell entgegen stehen können und wie das Verfahren zur Informationserlangung funktioniert. Das sind allesamt Topoi, die immer wieder für Zugangsansprüche gelten.

Das zeigt sich nicht zuletzt an einem geradezu archaischen Beispiel, dem Notwegerecht unter Nachbarn. § 917 BGB gewährt dem Eigentümer eines Grundstücks einen Anspruch darauf, dass sein Nachbar die Nutzung seines Grundstückes als Durchgang duldet, wenn er andernfalls keinen Zugang zum öffentlichen Wegenetz hat. Der Anspruch wird auf Basis einer Notlage des Eigentümers gewährt, wenn dieser sein Grundstück wegen des fehlenden Zugangs sonst nicht nutzen kann. Die Ursachen für die Blockade sind grundsätzlich unerheblich.[223] Allerdings zieht das Notwegerecht nur als letzte Option (und mahnt damit zur Vorsicht bei Zugangsansprüchen): Erst wenn alle anderen Optionen so erschwert sind, dass die Wirtschaftlichkeit der Grundstücksnutzung aufgehoben oder unzumutbar verringert ist, besteht der Anspruch.[224] Zum Ausgleich erhält der Nachbar eine Zahlung, § 917 Abs. 2 BGB, allerdings nur, wenn und soweit sich der Verkehrswert seines Grundstückes durch das Notwegerecht verringert.[225] In dieser historischen Norm manifestiert sich der gesetzgeberische Eingriff als ultima ratio bei Notlagen zugunsten desjenigen, der Zugang braucht. Dieser ist im Gegenzug zur Kompensation verpflichtet. Dieser Grundgedanke zieht sich auch durch alle anderen hier betrachteten Zugangsansprüche.

So wie ein Grundstückseigentümer sein Grundstück nicht nutzen kann, wenn ein (auch nur zufällig) dazwischenstehender Dritter den Zugang blockiert, ist auch dem Handwerker seine Tätigkeit nicht möglich, wenn ihm durch Hersteller und Plattformen der Zugang zu Kunden oder wesentlichen Daten oder Programmen verwehrt wird.

So wie die Zuordnung im Recht verankert ist, so ist auch deren hoheitliche Durchbrechung verankert, wenn eine Lösung im Konsens, also durch Vertrag, nicht stattfindet. Es ist also legitim, bei entsprechenden Abhängig-

223 BGH, 24.4.2015, Az. V ZR 138/14, NJW-RR 2015, 1234, 1235; *Vollkommer* in: BeckOGK/BGB, 1.10.2020, § 917 BGB Rn. 15.

224 BGH, 7.7.2006, Az. V ZR 159/05, NJW 2006, 3426, 3427; *Vollkommer* in: BeckOGK/BGB, 1.10.2020, § 917 BGB Rn. 18.

225 BGH, 16.11.1990, Az. V ZR 297/89, NJW 1991, 564; *Herrler* in: Palandt, 80. Auflage 2021, § 917 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keitslagen einen Zugangsanspruch zu formulieren. Der springende Punkt ist, das hat dieser Überblick gezeigt, jedoch nicht so sehr das „Ob“ der Zugangsgewährung, sondern das „Wie“: Zu welchen Bedingungen wird Zugang gewährt? Was ist im Gegenzug zu leisten?

Das äußerst effektive, quasi automatische System der offenen Schnittstellen (wie bei der PSD2-RL) steht dem jeweils im Einzelfall aufwändig nachzuweisenden kartellrechtlichen Zugangsanspruch gegenüber. Hier zeichnen sich Parameter ab, wie die Digitalwirtschaft gestaltet werden sollte. Diese Parameter sind Gegenstand des nächsten Kapitels.

https://doi.org/10.5771/9783748911487-54, am 12.10.2024, 09:29:54
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb