

## Vorwort

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

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

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

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

## *Vorwort*

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

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

Düsseldorf, im März 2021

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Wesentliche Ergebnisse

Kapitel A: Ausgangspunkte

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

Kapitel B: Zuordnung und Zugang im geltenden Recht

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

teilhaft, setzen aber ein ungefähres Verhandlungsgleichgewicht der Vertragsparteien voraus.

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

#### Kapitel C: Parameter einer Neugestaltung

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

#### Kapitel D: Rechtliche Lösungen für erweiterten Zugang

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

#### Kapitel E: Schlussfolgerungen

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



# Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

