

§ 4 Das vertragsrechtliche Datenzugangsregime in praktischer Anwendung

Das alternative vertragstheoretische Vorverständnis¹⁵⁴⁶ hat es im vorhergehenden Kapitel erlaubt, ein umfassendes Zugangsregime für Industriedaten mit vertragsrechtlichen Mitteln zu entwickeln. Dieses kann jedoch nur dann überzeugen, wenn es in praktischer Hinsicht tragfähige Ergebnisse liefert. Das bedeutet insbesondere, dass es diejenigen Nachteile¹⁵⁴⁷ überwinden muss, die mit alternativen Regulierungsansätzen wie namentlich der Statuierung eines datenbezogenen Eigentumsrechts¹⁵⁴⁸ oder dem Datenzugang auf kartellrechtlicher Basis verbunden sind. Um die Vorzugswürdigkeit eines regulativen Vertragsrechts für die Datenwirtschaft zu untermauern, wird das vertragsrechtliche Zugangsmodell daher im Folgenden anhand des eingangs geschilderten Anwendungsbeispiels¹⁵⁴⁹ auf seine Haltbarkeit hin überprüft. Hierfür ist der Blick entsprechend der vertragstheoretischen Grundlegung zunächst auf die Interaktionsebene zu richten (A.). Anschließend werden Zugangsszenarien auf institutioneller (B.) und gesellschaftlicher (C.) Ebene untersucht.

A. Datenzugang der Maschinennutzerin auf Interaktionsebene

Zweck des Datenzugriffsrechts auf Interaktionsebene ist die Gewährleistung digitaler Selbstbestimmung der Fabrikbetreiberin. Hieran müssen sich die einzelnen Zugangsregime messen lassen. Das bedeutet, dass sie der Zugangspetentin diejenigen Daten verschaffen müssen, die diese benötigt, um die mit der Digitalisierung der Fabrikeinheit verbundenen Vorzüge zu realisieren. Zu diesen Vorteilen zählen neben dem Auf- bzw. Ausbau und dem Betrieb einer sich selbst steuernden Fabrik die Inanspruchnahme ma-

1546 Ausführlich hierzu oben S. 39 f., 171 ff.

1547 Hierzu bereits oben S. 118 ff., 136 ff.

1548 Die nachfolgenden Ausführungen hinsichtlich eines Dateneigentumsrechts beschränken sich auf den wirtschaftsspezifischen Ansatz wie er namentlich von *Wiebe, Zech* und der *Europäischen Kommission* unterbreitet wurde. Siehe hierzu oben S. 123 ff.

1549 Hierzu oben S. 23 ff.

schinen- bzw. fabrikbezogener Mehrwertdienste. Es wird daher zunächst untersucht, ob und gegebenenfalls inwieweit sich dieses Ziel auf dem Boden einer eigentums- bzw. immaterialgüterrechtlichen Zuweisung der Daten (I.) oder mittels kartellrechtlicher Zugangsansprüche (II.) erreichen lässt. Diesen Lösungsmodellen ist sodann das vertragsrechtliche Datenzugriffsrecht der Maschinennutzerin gegenüberzustellen (III.).

I. Gewährleistung digitaler Selbstbestimmung durch ein Dateneigentumsrecht

Die Debatte um die Einführung eines Eigentumsrechts an Daten erweist sich mittlerweile – zumindest mit Blick auf die vorliegend interessierenden Sachverhaltskonstellationen – als nur noch theoretischer Natur. In praktischer Hinsicht konnte sich dieser Vorschlag nicht durchsetzen.¹⁵⁵⁰ Gleichwohl soll dieser Ansatz im Folgenden auf seine Leistungsfähigkeit zur Gewährleistung digitaler Selbstbestimmung der Maschinennutzerin hin untersucht werden.

Entscheidend für die Begründung einer Zugriffsbefugnis auf Industriedaten auf der Basis eines Dateneigentumsrechts ist im Ausgangspunkt die Frage, wer als Rechtsinhaber zu qualifizieren ist. Diese Entscheidung bestimmt maßgeblich, ob und gegebenenfalls inwieweit bestehende Allokationsprobleme gelöst und dadurch Transaktionskosten zur Umverteilung der Ressource gesenkt werden können.¹⁵⁵¹ Die *Europäische Kommission*, *Wiebe* und *Zech* sprechen sich in diesem Zusammenhang für die jeweilige Datenerzeugerin aus und scheinen dabei überwiegend die Eigentümerin oder langfristige Nutzerin einer datengenerierenden Einheit vor Augen zu haben.¹⁵⁵² Ursächlich hierfür sei deren wirtschaftliche Verantwortlichkeit

1550 *Van Geerenstein*, Maschinenbau und Industrie 4.0, in: Frenz (Hrsg.), Handbuch Industrie 4.0 (2020), S. 637, 640; *Hennemann*, RDi 2021, S. 61 Rn. 62.

1551 *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft (2017), S. 71; vgl. *Grünberger*, Data access rules, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 255, 257.

1552 *Europäische Kommission*, Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft, COM(2017) 9 final, S. 14; *dies.*, Commission Staff Working Document on the free flow of data, SWD(2017) 2 final, S. 35; *Zech*, CR 2015, S. 137, 144; unentschieden in diesem Zusammenhang jedoch *Wiebe*, GRUR Int. 2016, S. 877, 883, der darauf hinweist, dass verschiedene Marktakteure als Datenerzeuger in Betracht zu ziehen sind.

für den Codierungsvorgang, die als maßgebliches Zuordnungskriterium fungiere. Bezogen auf den Beispielsfall würde folglich L das datenbezogene Eigentumsrecht zustehen. Inhaltlich verschafft das Dateneigentumsrecht seiner Inhaberin insbesondere das Recht, die Daten durch statistische Analysen zu nutzen. Damit würde L grundsätzlich über die vorliegend begehrte Möglichkeit verfügen, die zum Betrieb einer sich selbst steuernden Fabrik erforderlichen Datenverarbeitungsprozesse entweder fabrikintern oder durch die Inanspruchnahme externer Analysekapazitäten vorzunehmen. Insbesondere könnte L ihre Daten sowohl an W als auch an T weitergeben, um deren maschinen- bzw. fabrikbezogene Mehrwertdienste erhalten zu können. Im Ausgangspunkt würde L aufgrund eines datenbezogenen Eigentumsrechts mithin über umfassende digitale Selbstbestimmung verfügen.

Schwierigkeiten bereitet jedoch zunächst die Tatsache, dass ein Eigentumsrecht an Daten in der Gestalt eines Datenherstellerrechts jeweils nur die im Rahmen des Maschinenbetriebs anfallenden Daten erfasst. Das bedeutet, das L keine Möglichkeit zur Verfügung stünde, einem Anbieter maschinen- bzw. fabrikbezogener Mehrwertdienste wie vorliegend etwa W Zugriff auf die zur Leistungserbringung erforderliche Vergleichsdatenbasis zu verschaffen. Mit Blick auf die digitale Selbstbestimmung der L erwiese sich dieser Umstand als unproblematisch, wenn W anderweitige Möglichkeiten offen stünden, auf die dem Dienstleistungsangebot zugrunde liegenden aggregierten Daten zuzugreifen. Allerdings handelt es sich im Falle von Industriedaten um sogenannte „single source Daten“, hinsichtlich derer sowie der hieraus abgeleiteten Erkenntnisse der Anlagenbauer derzeit über exklusiven Zugriff verfügt.¹⁵⁵³ Ein Ausschließlichkeitsrecht an Industriedaten würde L folglich regelmäßig nicht in die Lage versetzen, maschinen- bzw. fabrikbezogene Mehrwertdienste in Anspruch zu nehmen, weil potentielle Anbieter nicht in der Lage sind, die als Grundlage der Leistungserbringung dienende Vergleichsdatenbasis selbst aufzubauen oder Zugriff hierauf anderweitig zu organisieren.

1553 Vgl. hierzu auch oben S. 142; siehe ferner *Schweitzer u.a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht (2018), S. 166; vgl. *Drexler*, JIPITEC 2017, S. 257 Rn. 128; *Paal*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht (2021), Art. 102 AEUV Rn. 92; *Sura*, in: Sassenberg/Faber (Hrsg.), Rechts-handbuch Industrie 4.0 und Internet of Things (2021), § 7 Rn. 46; *Telle*, Kartellrechtlicher Zugangsanspruch zu Daten, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung (2017), S. 73, 81; allgemeiner *Weber*, WRP 2020, S. 559 Rn. 14.

Darüber hinaus wäre auch ein Eigentumsrecht an Industriedaten nicht geeignet, das vielfach beklagte Kräfteungleichgewicht zwischen Maschinenhersteller und Maschinennutzerin zu überwinden.¹⁵⁵⁴ Ein derartiges Verhandlungsungleichgewicht bedingt jedoch die Möglichkeit des Anlagenbauers, seinen Willen hinsichtlich der Datenzuordnung im Wege des vertraglichen Übergangs der Rechtsposition auf seine Person durchzusetzen.¹⁵⁵⁵ Verfügt L im Beispielsfall also nicht über die nötige Verhandlungsmacht, um das AGB-rechtlich vereinbarte „Dateneigentum“ des H auszuschließen, so liegt der Schluss nahe, dass sie auch einem vertraglichen Ausschluss einer im Ausgangspunkt zu ihren Gunsten bestehenden Rechtsposition nichts entgegenzusetzen vermag. Im Falle der dispositiven Ausgestaltung der Rechtsposition ist mithin davon auszugehen, dass H das Dateneigentumsrecht der L „wegverhandeln“ könnte und würde.

Diese Tatsache könnte für einen zwingenden Charakter oder aber zumindest eine AGB-feste Ausgestaltung des Eigentumsrechts an Daten sprechen. In diesem Fall würde sich jedoch die Frage, wem ein solches Recht zuzuordnen ist, mit voller Schärfe stellen, weil sich eine ineffiziente Zuweisung nachträglich nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen korrigieren ließe. Bezogen auf die gegenständlichen Sachverhaltskonstellationen käme ein Eigentumsrecht der L an den maschinengenerierten Daten also nur dann in Betracht, wenn sich eine Zuordnung der Daten zur Maschinenbetreiberin stets als bestmögliche Allokation erweisen würde. Eine derartige Aussage lässt sich jedoch insbesondere im B2B-Verhältnis nicht immer mit der nötigen Sicherheit treffen. Vielmehr verbieten sich mit Blick auf die kurzen Entwicklungszyklen innerhalb dieses dynamischen Regulierungsumfelds derzeit Aussagen über langfristige Auswirkungen einer abschließend getroffenen Zuordnungsentscheidung.¹⁵⁵⁶ Damit

1554 *Drexl*, Connected devices, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 477, 495; *ders.*, NZKart 2017, S. 339, 343; vgl. *Grünberger*, Data access rules, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 255, 257; *MPI für Innovation und Wettbewerb*, Position Statement (2017), Rn. 18.

1555 *Drexl*, Connected devices, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 477, 495; *ders.*, NZKart 2017, S. 339, 343; *Grünberger*, Data access rules, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 255, 257; vgl. *Denga*, NJW 2018, S. 1371, 1374; *MPI für Innovation und Wettbewerb*, Position Statement (2017), Rn. 18.

1556 Vgl. *Drexl*, JIPITEC 2017, S. 257 Rn. 14.

droht die frühzeitige Etablierung eines starren Rechtsrahmens noch in der Entwicklung befindliche Marktgeschehnisse zu verfestigen und innovative Geschäfts- und Lösungsmodelle im Keim zu ersticken.¹⁵⁵⁷ Eine zwingende Zuordnung der Rechtsposition löst damit zwar das Problem eines etwaigen Kräfteungleichgewichts zwischen Maschinenhersteller und Maschinennutzerin; dies jedoch nur zu dem Preis, eine Zuweisung mit ungewissen Konsequenzen zu perpetuieren.

Unabhängig von der Frage nach dem dispositiven Charakter eines Dateneigentumsrechts erweist sich eine Zuordnungsentscheidung zugunsten der Maschineninhaberin jedoch nicht als zwingend.¹⁵⁵⁸ Vielmehr ist es auch in Betracht zu ziehen, das datenbezogene Eigentum originär bei demjenigen entstehen zu lassen, der die Speicherung der Daten vornimmt.¹⁵⁵⁹ Vorliegend wäre demnach also H als Eigentümer der Daten anzusehen. Dem Zugangsinteresse der L wäre dann über entsprechende Schrankenregelungen Rechnung zu tragen.¹⁵⁶⁰ Allerdings verkehrt ein derartiges Vorgehen das ökonomisch fundierte Verhältnis von ausschließlicher Begründung einer Rechtsposition und deren anschließender Begrenzung ins Gegenteil. Insbesondere droht hierbei die Gefahr, über einen falschen Zuschnitt der Rechtsposition nicht das gewünschte Ergebnis zu erzielen.¹⁵⁶¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass Schutzschranken zwar regelmäßig die Freistellung bestimmter Formen der Nutzung vorsehen, praktisch aber nie Zugang und damit auch keine echten Nutzungsrechte gewährleisten.¹⁵⁶² Der Vorschlag, ein Datenzugangsregime über eine ent-

1557 *Van Geerenstein*, Maschinenbau und Industrie 4.0, in: Frenz (Hrsg.), Handbuch Industrie 4.0 (2020), S. 637, 640; vgl. *Duch-Brown/Martens/Mueller-Langer*, Economics of ownership, access and trade (2017), S. 42 f.; *Grünberger*, Data access rules, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 255, 257; *Schlinkert*, ZRP 2017, S. 222, 224; *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft (2017), S. 72.

1558 *Van Geerenstein*, Maschinenbau und Industrie 4.0, in: Frenz (Hrsg.), Handbuch Industrie 4.0 (2020), S. 637, 640; *MPI für Innovation und Wettbewerb*, Position Statement (2017), Rn. 15; vgl. *Wiebe*, GRUR Int. 2016, S. 877, 883.

1559 Vgl. *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document on the free flow of data, SWD(2017) 2 final, S. 35.

1560 *Allgemeiner Drexl*, JIPITEC 2017, S. 257 Rn. 94 f.

1561 Vgl. *Drexl*, JIPITEC 2017, S. 257 Rn. 99 f.; *MPI für Innovation und Wettbewerb*, Position Statement (2017), Rn. 22.

1562 *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data (2021), S. 429; *Wielsch*, Zugangsregeln (2008), S. 61.

sprechende Ausgestaltung der Schrankenregelungen zu erzielen, ist mithin abzulehnen.

II. Kartellrechtlicher Datenzugangsanspruch der Maschinennutzerin

Aus kartellrechtlicher Perspektive kommt ein Datenzugriffsrecht der Maschinennutzerin L zuvörderst in Betracht, wenn die Zugriffsverweigerung seitens des Maschinenherstellers H als Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren ist, Art. 102 AEUV. Grundsätzlich stehen in datenbezogenen Sachverhaltskonstellationen insoweit insbesondere die *essential facilities*-Doktrin und die *aftermarket*-Doktrin als Begründungsansätze zur Verfügung.¹⁵⁶³ Da die Grundsätze der *essential facilities*-Doktrin jedoch einen Sonderfall der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens im Verhältnis zu einem Wettbewerber auf einem angrenzenden Markt bilden, kommt ein hierauf aufbauender Zugangsanspruch nur zugunsten derjenigen Marktakteure in Betracht, deren Anwendungsidee wie etwa im Falle des W ein Konkurrenzangebot zu den Leistungen des originären Dateninhabers bilden würde.¹⁵⁶⁴ Damit liegt die Ausübung eines datenbezogenen Zugangsanspruchs nach der *essential facilities*-Doktrin zwar durchaus im Interesse der Fabrikbetreiberin, die aufbauend auf einem Datenzugriff neben dem Betrieb einer sich selbst steuernden Fabrik auch die Inanspruchnahme maschinen- bzw. fabrikbezogener Mehrwertdienste unterschiedlicher Marktakteure anstrebt. Allerdings treffen dessen Voraussetzungen mangels Wettbewerbsverhältnisses zum Anlagenbauer regelmäßig nicht unmittelbar auf die Maschinennutzerin selbst zu. Der digitalen Selbstbestimmung der Fabrikbetreiberin dient die *essential facilities*-Doktrin mithin allenfalls mittelbar, wenn ein entsprechender Anbieter datenbasierter Mehrwertdienste von seinem etwaigen Anspruch aus Art. 102 AEUV Gebrauch macht.

Demgegenüber begründet die *aftermarket*-Doktrin eine eigene datenbezogene Rechtsposition der Eigentümerin oder langfristigen Nutzerin einer datengenerierenden Einheit, wenn der Maschinenhersteller seine marktbeherrschende Stellung dazu ausnutzt, um einen nicht durch Leistungswettbewerb gerechtfertigten dateninduzierten *lock-in* der Fabrikbetreiberin

1563 Ausführlich hierzu bereits oben S. 137 ff.

1564 *Drexel*, Connected devices, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 477, 508; *ders.*, NZKart 2017, S. 415, 419.

herbeizuführen.¹⁵⁶⁵ Auf Rechtsfolgenrechte folgt aus der Anwendung dieser Grundsätze jedoch kein eigenes Zugriffsrecht der Maschinennutzerin, sondern lediglich ein Anspruch auf Übertragung der Daten zu einem Wettbewerber des Maschinenherstellers auf einem nachgelagerten Markt. Unter der Voraussetzung, dass H tatsächlich über eine marktbeherrschende Stellung auf dem jeweils relevanten Markt – in diesem Fall dem Markt für die konkret begehrte datenbasierte Leistung¹⁵⁶⁶ – verfügt, könnte L also vorliegend von H die Portierung der im Rahmen des Fabrikbetriebs anfallenden Daten zu einem leistungsbereiten Wettbewerber wie im Beispielfall etwa W verlangen und so zumindest partielle digitale Selbstbestimmung erlangen. Allerdings würde sich das Übertragungsrecht hierbei nicht auf solche Erkenntnisse erstrecken, die H erst aufgrund eigener Analyseprozesse gewonnen hat. Diese können sich jedoch als notwendige Grundlage erweisen, um entsprechende Dienstleistungen überhaupt erst entwickeln und anbieten zu können.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch die *aftermarket*-Doktrin nur im Verhältnis zu Marktakteuren Anwendung findet, die in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zum Anlagenbauer stehen. Unterstellt, dass H selbst nicht im Tintenpatronengeschäft tätig ist, wäre also ein Transfer der Daten zu dem ebenfalls auf einem potentiell nachgelagerten Markt aktiven T mangels eines Wettbewerbsverhältnisses zu H ausgeschlossen. Auf tatbestandlicher Ebene verschafft die *aftermarket*-Doktrin der Fabrikbetreiberin somit lediglich einen Teil der erforderlichen Handlungsoptionen, um in digitaler Selbstbestimmung die datengenerierende Einheit in ihren Fabrikbetrieb zu integrieren.

In praktischer Hinsicht ist zudem zu beachten, dass kartellrechtliche Maßnahmen ausschließlich reaktiv im Nachhinein zu einem bereits eingetretenen Wettbewerbsverstoß wirken,¹⁵⁶⁷ Kartellverfahren sich in zeitli-

1565 Ausführlich hierzu oben S. 145 ff.

1566 Aufgrund des hochdynamischen Umfelds digitaler Produkte sowie der vielfältigen Entwicklungsmöglichkeiten für etwaige Komplementärprodukte und -dienstleistungen ist davon auszugehen, dass die Maschinennutzerinnen nicht in der Lage sind, *ex ante* Sekundärangebote unmittelbar in ihre Kaufentscheidungen einzubeziehen, sodass regelmäßig kein einheitlicher Systemmarkt, sondern jeweils ein getrennter Primär- und Sekundärmarkt vorliegt: *Schweitzer u.a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht (2018), S. 174f.; siehe hierzu bereits auch oben S. 146 ff.

1567 *Drexl*, Connected devices, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare* (2021), S. 477, 510; *MPI für Innovation und Wettbewerb*, *Ausschließlichkeits- und Zugangsrecht*

cher Hinsicht oftmals über viele Jahre erstrecken¹⁵⁶⁸ und das Wettbewerbsrecht nicht über das nötige Instrumentarium verfügt, um Bedingungen und Preise der Zugangsgewährung festzulegen.¹⁵⁶⁹ Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Maschinennutzerin zur Inanspruchnahme der mit der Digitalisierung der Fabrikeinheit verbundenen Vorteile sowohl auf einen zeitnahen Datenzugriff als auch auf verlässliche Anhaltspunkte hinsichtlich des Ausgangs eines etwaig eingeleiteten Verfahrens angewiesen ist. Daher erweisen sich kartellrechtliche Datenzugangsansprüche gem. Art. 102 AEUV auf Interaktionsebene allenfalls als theoretischer Natur.

Darüber hinaus kommt ein datenbezogener Zugangsanspruch der Maschinennutzerin gegen den Maschinenhersteller auf nationaler Ebene auch jenseits der Schwelle der Marktbeherrschung in Betracht, wenn letzterer über sogenannte „relative Marktmacht“ im Verhältnis zur Fabrikbetreiberin verfügt und diese Überlegenheit zu missbräuchlichem Verhalten ausnutzt, § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB.¹⁵⁷⁰ Wie § 20 Ia 1 GWB insoweit nunmehr ausdrücklich klarstellt, kann sich das bilaterale Abhängigkeitsverhältnis auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für seine eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden (sogenannte „datenbedingte Abhängigkeit“¹⁵⁷¹). Zudem legt § 20 Ia 2 GWB fest, dass sich der Missbrauchsvorwurf gegenüber einem relativ marktmächtigen Unternehmen insbesondere daraus ergeben kann, dass dieses den Zugang zu Daten im Sinne des § 20 Ia 1 GWB auch gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts verweigert.

te an Daten (2016), Rn. 32; *Spindler*, ZGE 2017, S. 309, 404; vgl. *Grünberger*, AcP 218 (2018), S. 213, 245.

1568 *BMWi*, Neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft (2019), S. 38; *Datenethikkommission*, Gutachten (2019), S. 153; *Drexl*, Connected devices, in: *BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb* (Hrsg.), *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare* (2021), S. 477, 510; *MPI für Innovation und Wettbewerb*, *Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten* (2016), Rn. 38; *Rusche/Scheufen*, *On (Intellectual) Property and other Legal Frameworks in the Digital Economy* (2018), S. 25; *Schweitzer u.a.*, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht* (2018), S. 168; *Spindler*, ZGE 2017, S. 309, 404; *Staudenmayer*, IWRZ 2020, S. 147, 155; vgl. *Denga*, NJW 2018, S. 1371, 1372; *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, S. 34, 38.

1569 *Podszun*, ZGE 2017, S. 406, 409; *Schweitzer*, GRUR 2019, S. 569, 577.

1570 Ausführlich hierzu bereits oben S. 149 ff.

1571 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 19/23492, S. 80.

Berücksichtigt man, dass die Maschinennutzerin L vorliegend Zugriff auf die ihrer Fabrikosphäre entstammenden Daten des H verlangt, um ihre fabrikinternen Abläufe zu optimieren und letzterer nicht zum Teilen „seines“ Datenbestandes bereit ist, kommt es durchaus in Betracht, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB im gegenständlichen Zugangsszenario als erfüllt anzusehen. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der Vorstellung der *Bundesregierung*, wonach der Anwendungsbereich der Norm insbesondere „Vertragsverhältnisse innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken [betrifft]. [...] Sofern [...] gemeinsame Wertschöpfungsbeiträge erbracht werden, sollen auch die im Rahmen der zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse entstehenden Daten gemeinsam und unter Berücksichtigung der jeweiligen Wertschöpfungsbeiträge genutzt werden können“.¹⁵⁷² Insgesamt herrscht derzeit jedoch noch kaum Klarheit hinsichtlich der genaueren Konturen der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen eines derartigen Anspruchs auf Datenzugang sowie dessen Reichweite.¹⁵⁷³ Es bleibt also insbesondere fraglich, ob L auch Zugriff auf solche Informationen erlangen kann, die – wie etwa im Falle von Vergleichsdatenbasen – einem maschinen- bzw. fabrikbezogenen Mehrwertdienst zugrunde liegen. Eine abschließende Bewertung des Anspruchs aus § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB im Hinblick auf das Ziel, der Fabrikbetreiberin zu digitaler Selbstbestimmung zu verhelfen, verbietet sich damit also.

III. Vertragsrechtliches Datenzugriffs- und Portabilitätsrecht der Fabrikbetreiberin

Das vertragsrechtliche Datenzugangsregime knüpft auf Interaktionsebene an dem der Maschinenüberlassung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen Maschinenhersteller und Maschinennutzerin an. Für den – vorliegend unterstellten – Fall, dass der Überlassungsvertrag hinsichtlich der datengenerierenden Einheit zwischen H und L eine datenbezogene Exklusivitätsvereinbarung zugunsten des H in den Allgemeinen Geschäfts-

1572 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 19/23492, S. 80.

1573 *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft (2017), S. 83; vgl. *Kerber*, JIPITEC 2018, S. 310 Rn. 48; *Schweitzer/Welker*, A legal framework for access to data, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare* (2021), S. 103, 139; *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, S. 34, 37 f.

bedingungen vorsieht, bedingt dies ein zweistufiges Vorgehen, um der Maschinennutzerin zu digitaler Selbstbestimmung zu verhelfen: In einem ersten Schritt gilt es die Unwirksamkeit der Klausel im Rahmen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB zu begründen.¹⁵⁷⁴ Erst hierdurch entsteht der nötige Handlungsspielraum, um in einem zweiten Schritt positive Datennutzungsrechte der L zu begründen.¹⁵⁷⁵

Als Maßstab der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle dient gem. § 307 II Nr. 2 BGB die vor dem Hintergrund zivilrechtlicher Grundgedanken haltbare Erwartung der Fabrikbetreiberin L, die mit der Digitalisierung der Fabrikeinheit verbundenen Vorteile zu ihren Gunsten ausschöpfen zu können. Da L im Beispielsfall jedoch weder über die zum Betrieb einer sich selbst steuernden Fabrik erforderlichen Daten verfügt noch mangels Datenzugriffs zur autonomen Inanspruchnahme datenbasierter Mehrwertdienste von W oder T in der Lage ist, widerspricht die seitens H gestellte Exklusivitätsvereinbarung dem auf Interaktionsebene maßgeblichen vertraglichen Leitbild digitaler Selbstbestimmung. Die gem. § 307 II Nr. 2 BGB unangemessen benachteiligende Klausel ist somit unwirksam (§ 307 I 1 BGB). Daraus folgt, dass sich der Vertragsinhalt grundsätzlich nach den gesetzlichen Vorschriften richtet, § 306 II BGB, und im Ausnahmefall im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist.

Hinsichtlich des von L begehrten Datenzugriffs bedeutet das, dass sich H nicht auf sein vertragliches „Dateneigentum“ berufen kann, sondern gem. § 241 I BGB zunächst dazu verpflichtet ist, L Zugriff auf die während des Maschinenbetriebs anfallenden Daten zu gewähren. Die so erlangten Daten kann L anschließend entweder unternehmensintern zum Auf- bzw. Ausbau einer smarten Fabrik sowie zur selbstständigen Entwicklung datenbasierter Mehrwertdienste nutzen oder aber zu letztgenanntem Zweck an spezialisierte Marktakteure weitergeben. Dabei umfasst das Zugriffsrecht nicht nur die unmittelbar dem Maschinenbetrieb entspringenden Daten, sondern gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts im Ausnahmefall auch die aus den Rohdaten abgeleiteten Erkenntnisse, sofern ein Zugriff auf diese Informationen wie beispielsweise im Falle von Vergleichsdatenbasen im Interesse digitaler Selbstbestimmung zwingend erforderlich ist.

Darüber hinaus entspringt § 241 I BGB die inhaltlich an das Zugriffsrecht der L anknüpfende Pflicht, Daten direkt zu einer datenverarbeiten-

1574 Ausführlich hierzu bereits oben S. 196 ff.

1575 Ausführlich hierzu bereits oben S. 241 ff.

den Stelle zu portieren. Damit ermöglicht das vertragliche Datenzugangsregime auf Interaktionsebene nicht nur die von L angestrebte Koordination ihrer Maschinen und Betriebsmittel, sondern auch die Inanspruchnahme sämtlicher von L beehrter Mehrwertdienste. Auch in diesem Fall umfasst das Datenzugangsrecht ausnahmsweise die Ergebnisse datenbezogener Analyseergebnisse, wenn nur auf diese Weise die digitale Selbstbestimmung der Fabrikbetreiberin gewährleistet ist. Das vertragsrechtliche Datenzugangsregime verhilft der Maschinennutzerin auf Interaktionsebene damit zu umfassender digitaler Selbstbestimmung.

B. Institutionelle Zugangsrechte der Wertschöpfungspartner

Die institutionelle Ebene ist in den gegenständlichen Sachverhaltskonstellationen durch das Bestehen netzwerkartiger Strukturen geprägt.¹⁵⁷⁶ Das bedeutet, dass zahlreiche rechtlich selbstständige Marktteilnehmer wie etwa der Anlagenbauer, Sensorhersteller, Anbieterinnen von externen Speicherlösungen oder Marktakteure, die auf nachgelagerten Märkten tätig sind und beispielsweise maschinen- bzw. fabrikbezogene Mehrwertdienste gegenüber der Maschinennutzerin erbringen oder künftig erbringen wollen, anlassbezogen einen einheitlichen Zweck verfolgen. Diese Ausrichtung an einem konkreten übergeordneten Fernziel unterscheidet das institutionelle Datenzugangsersuchen von sektorspezifischen Interessen an (Industrie-)Daten.¹⁵⁷⁷ Vorliegend ist der Netzweck in der Entwicklung, der Herstellung sowie dem Betrieb einer smarten Fabrikeinheit zu erblicken und bedingt, dass sowohl die während des Maschinenbetriebs anfallenden als auch sonstige netzwerkbezogenen Daten potentiell nicht nur für den jeweiligen Dateninhaber oder die jeweilige Dateninhaberin, sondern auch für sonstige Netzwerkmitglieder von Interesse sein können. Dieses Zugangsinteresse speist sich zunächst aus dem Umstand, dass die Datenentstehung als gemeinschaftlicher Akt des Netzwerks zu qualifizieren ist und sich nicht einem einzigen Netzwerkmitglied zuordnen lässt.¹⁵⁷⁸ Darüber hinaus enthalten die im Zuge der gemeinsamen Wertschöpfung

1576 Hierzu bereits oben S. 55 ff., 209 ff.

1577 Vgl. hierzu bereits oben S. 353.

1578 Vgl. *Datenethikkommission*, Gutachten (2019), S. 90, 147; *Kerber*, in: Specht-Riemenschneider/Werry/Werry (Hrsg.), *Datenrecht in der Digitalisierung* (2020), § 4.1 Rn. 7; *ders.*, *Rights on Data*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy* (2017), S. 109, 126.

erzeugten Daten Informationen, die für jedes Netzwerkmitglied potentiell bedeutsam sind, weil sie sowohl zu einer Verbesserung des eignen Leistungsangebots als auch des gemeinsamen Wertschöpfungsprozesses beitragen und aufbauend darauf die durch das Netzwerk hervorgebrachten Gesamtergebnisse verbessern können.¹⁵⁷⁹ Schließlich verhindert ein offener Datenzugang die Entstehung von Wissensdefiziten, die aus der arbeitsteiligen Wertschöpfung resultieren können. In der Gesamtschau kann der Datenzugriff also dazu dienen, die mit der gemeinschaftlichen Wertschöpfung angestrebten Effizienzziele zu erreichen bzw. zu übertreffen. Mit Blick auf die institutionelle Ebene stellt sich also die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit ein datenbezogenes Eigentumsrecht (I.), kartellrechtliche Datenzugangsansprüche (II.) oder ein vertragsrechtliches Datenzugangsregime (III.) dazu geeignet sind, netzwerkbezogene Datenzugangsinteressen zu erfüllen.

I. Befriedigung netzwerkbezogener Datenzugangsinteressen durch ein Eigentumsrecht an Industriedaten

Zum Teil wird diskutiert, ob sich das ursprünglich für bipolare Sachverhaltskonstellationen wie das Verhältnis zwischen Maschinenhersteller und Maschinennutzerin erwogene Dateneigentumsrecht auch innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken heranziehen lässt, um den insoweit bestehenden Zugangsinteressen Rechnung zu tragen.¹⁵⁸⁰ Bezogen auf das gegenständliche Fallbeispiel wäre demnach ein Eigentumsrecht an den netzwerkbezogenen Daten zugunsten einer der Personen zu erwägen, die dem um den Maschinenbetrieb bestehenden Netzwerk angehören, also namentlich zugunsten von H, L, T oder W. Die „Multiplikation rechtlich relevanter Akteure“¹⁵⁸¹ innerhalb eines solchen Netzwerks führt jedoch dazu, dass die sich dann stellende Zuordnungsfrage mit noch

1579 Vgl. Kerber, Rights on Data, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy (2017), S. 109, 126.

1580 Vgl. Europäische Kommission, Commission Staff Working Document on the free flow of data, SWD(2017) 2 final, S. 35.

1581 Grünberger, AcP 218 (2018), S. 213, 286; allgemeiner Börding u.a., CR 2017, S. 134, 136 f.; Firsching, Vertragsstrukturen (2020), S. 168 f.; Hennemann, Interaktion und Partizipation (2020), S. 194; Schweitzer u.a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht (2018), S. 191; im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen siehe Kerber, 15 Journal of Competition Law & Economics, S. 381, 389 (2019).

mehr Schwierigkeiten behaftet ist als auf Interaktionsebene.¹⁵⁸² Insbesondere bergen die vorgeschlagenen Zuweisungskriterien wie etwa die Erzeugerverantwortlichkeit oder die Rechtsinhaberschaft der unter Effizienzaspekten würdigsten Partei mit Blick auf netzwerkartige Strukturen das Problem, dass sich der originäre Dateneigentümer unter den zahlreichen Netzwerkmitgliedern nicht zweifelsfrei ermitteln lässt.¹⁵⁸³ Darüber hinaus droht im Falle ungleicher Verhandlungsmacht zwischen den einzelnen Wertschöpfungspartnern wiederum eine Wegverhandlung des Eigentumsrechts durch das jeweils überlegene Netzwerkmitglied.¹⁵⁸⁴ Schließlich bestehen erhebliche Bedenken, ob sich die vielfältigen Zugangsinteressen unterschiedlicher Wertschöpfungspartner durch eine eigentumsrechtliche Zuweisung der Daten an einen einzigen Netzwerkteilnehmer befriedigen lassen.¹⁵⁸⁵ Vielmehr bedürfte es mit Blick auf die Vielzahl der Netzwerkmitglieder nicht nur einer eigentumsrechtlichen Zuweisung, sondern auch einer umfassenden Festlegung entsprechender Schrankenregelungen, um sämtlichen Zugangersuchen gerecht werden zu können. Hierbei droht jedoch ebenso wie bei einer entsprechenden Vorgehensweise auf Interaktionsebene die Gefahr, über einen falschen Zuschnitt der Rechtsposition nicht das gewünschte Ergebnis zu erzielen.¹⁵⁸⁶ Würde man hingegen ein datenbezogenes Eigentumsrecht zugunsten sämtlicher Netzwerkmitglieder anerkennen, würden die zahlreichen damit verbundenen Rechtspositionen möglicherweise eine Verwertung der Daten blockieren.¹⁵⁸⁷ Ein Dateneigentumsrecht ist somit nicht geeignet, die vielfältigen datenbezogenen Interessen innerhalb eines Wertschöpfungsnetzwerks miteinander in Einklang zu bringen.

1582 Vgl. *Drexl*, JIPITEC 2017, S. 257 Rn. 106; *Kerber*, GRUR Int. 2016, 989, 995; *Wiebe*, GRUR Int. 2016, S. 877, 883.

1583 *Kerber*, GRUR Int. 2016, S. 989, 995.

1584 *Kerber*, in: Specht-Riemenschneider/Werry/Werry (Hrsg.), *Datenrecht in der Digitalisierung* (2020), § 4.1 Rn. 7; *ders.*, GRUR Int. 2016, S. 989, 996.

1585 *Kerber*, GRUR Int. 2016, S. 989, 996.

1586 Vgl. *Drexl*, JIPITEC 2017, S. 257 Rn. 108; *Kerber*, *Rights on Data*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy* (2017), S. 109, 129 f.

1587 *Drexl*, JIPITEC 2017, S. 257 Rn. 106; vgl. *MPI für Innovation und Wettbewerb*, *Position Statement* (2017), Rn. 15; *Wiebe*, GRUR Int. 2016, S. 877, 883.

II. Datenzugang in Wertschöpfungsnetzwerken nach kartellrechtlichen Grundsätzen

Nach den Grundsätzen der *essential facilities*-Doktrin setzt ein kartellrechtlicher Datenzugangsanspruch aus Art. 102 AEUV das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Dateninhaber und dem jeweiligen Zugangspetenten im Hinblick auf die angestrebte datenbasierte Leistung voraus.¹⁵⁸⁸ Allerdings ergänzen sich die Wertschöpfungsbeiträge der einzelnen Netzwerkmitglieder innerhalb eines Wertschöpfungsnetzwerks regelmäßig und erweisen sich damit nicht als konkurrierende Angebote. Die Grundsätze der *essential facilities*-Doktrin vermögen mithin kein allgemeines netzwerkbezogenes Zugriffsrecht zu begründen. In ähnlicher Weise statuiert auch die *aftermarket*-Doktrin nur zum Zwecke der Inanspruchnahme eines mit dem Leistungsangebot des Anlagenbauers konkurrierenden Mehrwertdienstes ein datenbezogenes Übertragungsrecht der Fabrikbetreiberin.¹⁵⁸⁹ Folglich resultiert auch aus diesem Ansatz kein netzwerkweites Datenzugangsregime. Mit Blick auf das gegenständliche Fallbeispiel lässt sich ein zugunsten des Netzwerks wirkender Datenzugangsanspruch sowohl nach der *essential facilities*-Doktrin als auch nach der *aftermarket*-Doktrin somit allenfalls zugunsten des W annehmen, wenn man mit der hier vertretenen Meinung¹⁵⁹⁰ konkret leistungsfähige und -bereite Marktakteure bereits als Netzwerkmitglied betrachtet. Im Falle des T ist ein datenbezogenes Zugriffsrecht hingegen mangels Wettbewerbsverhältnisses zu H auf Basis des Kartellrechts ausgeschlossen.

Auf nationaler Ebene kommt es jedoch in Betracht, ein kartellrechtliches Datenzugriffsrecht innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken über § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB zu begründen. Dies setzt voraus, dass es sich bei dem Dateninhaber H im Verhältnis zu den Netzwerkmitgliedern T und W um ein Unternehmen mit relativer Marktmacht handelt. Aufgrund des neu eingeführten § 20 Ia 1 GWB kann sich die relative Marktmacht auch aus der exklusiven Dateninhaberschaft des H ergeben, wobei die Neuregelung ausweislich des Referentenentwurfs zur 10. GWB-Novelle insbesondere Konstellationen in Wertschöpfungsnetzwerken vor

1588 Drexl, Connected devices, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 477, 508; ders., NZKart 2017, S. 415, 419.

1589 Ausführlich hierzu oben S. 145 ff.

1590 Hierzu oben S. 216 f.

Auge hat.¹⁵⁹¹ Darüber hinaus müsste H seine Wertschöpfungspartner unbillig behindern, § 20 I 1 GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB, wobei insoweit seit der 10. GWB-Novelle gem. § 20 Ia 2 GWB insbesondere die Zugangsverweigerung zu den die relative Marktmacht begründenden Daten diese Voraussetzung erfüllt. Mit Blick auf den neu eingeführten § 20 Ia GWB erscheint es damit künftig nicht ausgeschlossen, einen kartellrechtlichen Datenzugang innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken aus der nationalen Sondervorschrift des § 20 I 1 GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB abzuleiten. Insgesamt herrscht derzeit jedoch noch wenig Klarheit hinsichtlich der genauen Tatbestandsvoraussetzungen eines derartigen Anspruchs auf Datenzugang sowie dessen Reichweite.¹⁵⁹²

III. Institutionelles Datenzugriffsrecht aus vertragsrechtlicher Perspektive

Ebenso wie auf Interaktionsebene knüpft ein vertragsrechtliches Datenzugangsregime auch auf institutioneller Ebene an den Überlassungsvertrag hinsichtlich der datengenerierenden Einheit an. Die insoweit wiederum erforderliche Aufhebung der datenbezogenen Exklusivitätsklausel findet ihre Legitimation in netzwerkbezogenen Sachverhaltskonstellationen in der normativ berechtigten Erwartungshaltung der Netzwerkmitglieder, dass alle Wertschöpfungspartner ein dem einheitlichen Netzzweck zuträgliches Verhalten pflegen.¹⁵⁹³ Allerdings unterbindet die exklusive Dateninhaberschaft des Maschinenherstellers netzzweckfördernde Aktivitäten aufgrund von Informationsdefiziten und unterbliebenen Innovationen im Hinblick auf einzelne Leistungsbeiträge sowie die Organisation der gemeinsamen Wertschöpfung. Aus diesem Grund widerspricht die datenbezogene Exklusivitätsvereinbarung dem auf institutioneller Ebene vorherrschenden vertraglichen Leitbild (§ 307 II Nr. 2 BGB) eines netzwerkweiten Datenzugriffs. Die Datenklausel ist deswegen gem. § 307 I 1 BGB unwirksam.

1591 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 19/23492, S. 80 mit Verweis auf *Schweitzer u.a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht – Projekt im Auftrag des BMWi (2018), S. 156.

1592 *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft (2017), S. 83; vgl. *dies./Welker*, A legal framework for access to data, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 103, 139; *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, S. 34, 37 f.

1593 Ausführlich hierzu oben S. 209 ff.

Das vertragliche „Dateneigentum“ des H steht somit vorliegend einem positiven Datennutzungsrecht zugunsten von T und W nicht entgegen.

Dessen Begründung erfolgt in einem zweiten Schritt entweder über das zwischen zwei Netzwerkmitgliedern bestehende Vertragsverhältnis oder über § 311 II Nr. 3 BGB.¹⁵⁹⁴ Maßgeblich ist in letztgenanntem Fall, dass sämtliche Wertschöpfungspartner unabhängig von einer unmittelbaren Vertragsbeziehung in einem fundierten Vertrauensverhältnis zueinander stehen, das auf institutioneller Ebene die Begründung zusätzlicher Pflichten im Sinne des § 241 II BGB rechtfertigt. Der Inhalt dieser sogenannten „Verbundpflichten“ richtet sich allgemein nach dem einheitlichen Netzzweck und betrifft in datenbasierten Wertschöpfungsnetzwerken insbesondere ein Datenzugriffsrecht sämtlicher Netzwerkmitglieder, sofern ein solches netzzweckfördernde Maßnahmen ermöglicht oder erleichtert. Da sowohl das Zugangsbegehren des W als auch des T darauf gerichtet ist, im Interesse des Netzzwecks eine Leistung gegenüber der Maschinennutzerin L zu entwickeln bzw. zu optimieren, verfügen mithin beide Marktakteure über ein institutionelles Datenzugriffsrecht.

C. Gesellschaftsweiter Datenzugriff zur Realisierung zusätzlicher Effizienzgewinne

Aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive kann ein breiter Datenzugriff zur Realisierung zusätzlicher Effizienzgewinne beitragen. Diese wohlfahrtssteigernden Effekte können zum einen aus der Schaffung wettbewerblicher Strukturen auf Märkten resultieren, die von einem Datenzugang abhängig sind, und sich zum anderen aus der Hervorbringung geschäftsmodellbezogener Innovationen ergeben.¹⁵⁹⁵ Während erstgenannte Fälle vor allem Sachverhaltskonstellationen erfassen, in denen die auf dem Datenzugriff aufbauende Tätigkeit mit dem ursprünglichen Entstehungskontext der Daten in Zusammenhang steht, können letztgenannte Zugangsszenarien sowohl maschinen- bzw. fabrikbezogene als auch hiervon unabhängige Geschäftsmodellinnovationen betreffen. Es bietet sich daher an, zwischen sektorspezifischen (I.) und allgemeinen Datenzugangsrechten (II.) zu unterscheiden.

1594 Ausführlich hierzu oben S. 317 ff.

1595 Ausführlich hierzu bereits oben S. 57 ff., 71 f.

I. Sektorspezifischer Datenzugriff zur Umsetzung maschinen- bzw. fabrikbezogener Anwendungsideen

Sektorspezifische Datenzugangsrechte betreffen vorliegend ausschließlich Anwendungsideen, die mit dem ursprünglichen Entstehungskontext der Daten in Zusammenhang stehen. Bezogen auf das gegenständliche Fallbeispiel stellt sich damit die Frage, wie dem Zugangsinteresse des W Rechnung getragen werden kann, der – anders als T – nicht nur als Mitglied eines konkreten Wertschöpfungsnetzwerks um Datenzugang ersucht, sondern auch allgemein eine Tätigkeit auf einem der Datenentstehung nachgelagerten Markt anstrebt. Rechtfertigen lässt sich dieses Zugangsersuchen zum einen über die aus dem Datenzugriff resultierenden Wettbewerbsstrukturen auf dem Markt für Wartungsdienstleistungen hinsichtlich der Maschinen des H, der bisher ausschließlich von H selbst bedient wurde. Zum anderen ist W nach eigener Aussage dazu in der Lage, seine Dienstleistungen deutlich besser an Kundenbedürfnissen auszurichten, sodass sein Angebot zusätzlich innovative Elemente aufweist. Im Folgenden wird daher untersucht, ob und gegebenenfalls inwieweit ein Eigentumsrecht an Maschinendaten (1.), kartellrechtliche Datenzugangsansprüche (2.) oder ein vertragsrechtliches Datenzugangsregime (3.) zur Realisierung des den Daten inwohnenden Potentials auf Gesellschaftsebene beitragen können.

1. Sektorspezifischer Datenzugang mittels dateneigentumsbezogener Schutzschranken

Die Einführung eines Dateneigentumsrechts wurde vor allem mit Blick auf das bipolare Verhältnis zwischen Maschinenhersteller und Maschinennutzerin diskutiert.¹⁵⁹⁶ Dem entspricht es, dass hinsichtlich der zu treffenden Zuordnungsentscheidung sonstige Marktakteure überwiegend ausgeblendet wurden. Ein Datenzugangsrecht des W kommt somit allenfalls unter dem Aspekt der Schrankenregelungen in Betracht. Zwar wurde insoweit treffend festgestellt, dass „[b]ei den Schranken [...] dem Interesse

1596 Ausführlich hierzu bereits oben S. 123 f.; vgl. *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document on the free flow of data, SWD(2017) 2 final, S. 35.

der Gemeinfreiheit besonderes Augenmerk zu widmen“ ist.¹⁵⁹⁷ Allerdings fehlt es bisher an ausdifferenzierten Vorschlägen, wie entsprechende Regelungen auszugestalten sind. Darüber hinaus ist wiederum zu berücksichtigen, dass ein immaterialgüterrechtliches Ausschließlichkeitsrecht primär nicht der Etablierung eines auf Schutzschranken aufbauenden Zugangsregimes dient, sondern vielmehr die Handelbarkeit dieser Güter und darauf aufbauend dynamische Effizienzgewinne gewährleisten soll.¹⁵⁹⁸ Sektorspezifische Zugangsinteressen lassen sich folglich nicht über ein datenbezogenes Eigentumsrecht befriedigen.

2. Kartellrechtlicher Datenzugangsanspruch im Industriesektor

Das Kartellrecht ist in seinem Anwendungsbereich nicht auf bestimmte Branchen bzw. Sektoren beschränkt, sodass der Begriff eines „sektorspezifischen“ Zugangsanspruchs insoweit verfehlt ist.¹⁵⁹⁹ Gleichwohl wurde das kartellrechtliche Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV unter dem Blickwinkel der *essential facilities*-Doktrin dahingehend analysiert, ob es den im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen entstehenden Zugangsbedürfnissen Rechnung tragen kann.¹⁶⁰⁰ Mit Blick auf die zumindest partielle Vergleichbarkeit des zugrundeliegenden Interessenkonflikts¹⁶⁰¹ lässt sich hieran anknüpfen, um die Reichweite kartellrechtlicher Zugangsansprüche im Industriesektor auszuloten. Von vornherein zu berücksichtigen ist hierbei jedoch der beschränkte Anwendungsbereich der *essential facilities*-Doktrin: Diese betrifft nur Zugangersuchen prospektiver Wettbewerber eines Dateninhabers.¹⁶⁰² In den gegenständlichen Sachverhaltskonstellationen ist ein Zugangsanspruch des W also nur deswegen zu diskutieren, weil dieser wie H Wartungsdienstleistungen im Hinblick auf die datengenerie-

1597 Zech, GRUR 2015, S. 1151, 1160; vgl. Europäische Kommission, Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft, COM(2017) 9 final, S. 14; dies., Commission Staff Working Document on the free flow of data, SWD(2017) 2 final, S. 35 f.

1598 Vgl. hierzu oben S. 128 f.

1599 Allgemeiner Grundmann, Privatrecht und Regulierung, in: Auer u.a. (Hrsg.), FS für Canaris (2017), S. 907, 940.

1600 Kerber, 15 Journal of Competition Law & Economics, S. 381, 397 ff. (2019); ders., JIPITEC 2018, S. 310 Rn. 45 ff.; Picht, IIC 2020, S. 940, 953 ff.

1601 Hierzu bereits oben S. 354 f.

1602 Drexel, Connected devices, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 477, 508; ders., NZKart 2017, S. 415, 419.

rende Einheit erbringen möchte. Wäre H hingegen selbst nicht auf diesem Markt tätig, wäre auch ein Zugangsersuchen des W abzulehnen.

Für *smart cars* wird hinsichtlich der dem Missbrauchsvorwurf zugrundeliegenden marktbeherrschenden Stellung eines Fahrzeugherstellers angenommen, diese könne sich aus dem Umstand ergeben, dass dieser der alleinige Inhaber der Fahrzeugdaten und damit als Marktbeherrscher auf dem diesbezüglichen Markt zu qualifizieren ist. Alternativ wird angenommen, dass sich die Kundinnen nach dem Fahrzeugkauf in einer dateninduzierten *lock-in*-Situation bezüglich maschinenbezogener Mehrwertdienste befänden, weswegen der Automobilhersteller auf den Sekundärmärkten für komplementäre Leistungsangebote über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.¹⁶⁰³ Berücksichtigt man, dass auch für die dem Maschinenhersteller H vorliegenden Industriedaten keine alternative Bezugsquelle existiert,¹⁶⁰⁴ lässt sich diese Einschätzung sowohl im Hinblick auf einen etwaigen Datenmarkt als auch unter dem Sekundärmarkt-Aspekt auf die gegenständlichen Sachverhaltskonstellationen übertragen. H verfügt mithin über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV. Es stellt sich somit die Frage, ob sich dessen Weigerung, W Zugriff auf „seine“ Daten zu gewähren, als missbräuchlich im Sinne der *essential facilities*-Doktrin erweist.

Insoweit wird im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen argumentiert, es handle sich bei den Fahrzeugdaten aufgrund fehlender alternativer Bezugsquellen um eine unerlässliche Ressource für die Tätigkeit auf dem Nachbarmarkt.¹⁶⁰⁵ Zudem führe diese Unerlässlichkeit des Datenzugriffs für die Entwicklung konkurrierender Angebote dazu, dass die exklusive Datenherrschaft der Fahrzeughersteller wirksamen Wettbewerb auf den Sekundärmärkten ausschalten würden.¹⁶⁰⁶ Schließlich sei nicht generell von einer objektiven Rechtfertigung der Zugangsverweigerung auszugehen,¹⁶⁰⁷ weshalb Anbieter komplementärer Leistungsangebote im Hinblick auf das vernetzte Fahrzeug grundsätzlich über die *essenti-*

1603 Kerber, 15 Journal of Competition Law & Economics, S. 381, 398 (2019); vgl. ders., JIPITEC 2018, S. 310 Rn. 47; zurückhaltender Picht, IIC 2020, S. 940, 954.

1604 Schweitzer u.a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht (2018), S. 166.

1605 Kerber, 15 Journal of Competition Law & Economics, S. 381, 399 (2019); ders., JIPITEC 2018, S. 310 Rn. 47; zurückhaltender Picht, IIC 2020, S. 940, 954 f.

1606 Kerber, 15 Journal of Competition Law & Economics, S. 381, 399 (2019); ders., JIPITEC 2018, S. 310 Rn. 47.

1607 Kerber, 15 Journal of Competition Law & Economics, S. 381, 400 (2019); vgl. ders., JIPITEC 2018, S. 301 Rn. 47; zurückhaltender Picht, IIC 2020, S. 940, 955.

al facilities-Doktrin einen kartellrechtlichen Datenzugangsanspruch gem. Art. 102 AEUV geltend machen könnten.

Gleiches trifft in dem vorliegenden Fallbeispiel auf W zu: Dieser verfügt über keine anderweitige Möglichkeit, Zugriff auf die exklusiv bei H anfallenden Industriedaten zu erlangen, wobei diese seinem Leistungsangebot zwingend zugrunde liegen und H's alleinige Datenherrschaft eine monopolähnliche Stellung auf dem Nachbarmarkt begründet. Die Industriedaten bilden somit einen unerlässlichen Input für eine Tätigkeit auf einem angrenzenden Markt, wobei die Zugangsverweigerung effektiven Wettbewerb verhindert. Allerdings können die maschinengenerierten Daten Informationen enthalten, die als Geschäftsgeheimnis im Sinne des § 2 Nr. 1 GeschGehG zu qualifizieren sind.¹⁶⁰⁸ Dieser Umstand ist geeignet, die Ablehnung eines Zugangersuchens zu rechtfertigen.¹⁶⁰⁹ Sofern sich der Geheimnisschutz kartellrechtlich also nur im Wege eines „Alles-oder-nichts“-Prinzips und nicht etwa über entsprechende Nutzungsbeschränkungen umsetzen lässt, kommt ein Datenzugangsanspruch des W nur für Daten in Betracht, die keinen Schutz nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz genießen. Außerdem sprechen auch im Hinblick auf sektorspezifische Zugangsinteressen praktische Gründe gegen ein kartellrechtliches Datenzugsregime: So wirken kartellrechtliche Maßnahmen ausschließlich reaktiv im Nachhinein zu einem bereits eingetretenen Wettbewerbsverstoß.¹⁶¹⁰ Zudem erstrecken sich Kartellverfahren in zeitlicher Hinsicht oftmals über viele Jahre,¹⁶¹¹ wobei das Wettbewerbsrecht nicht über das nötige Instru-

1608 Hierzu bereits oben S. 95 ff.

1609 Vgl. Kerber, 15 Journal of Competition Law & Economics, S. 381, 401 (2019).

1610 Drexel, Connected devices, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 477, 510; MPI für Innovation und Wettbewerb, Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten (2016), Rn. 32; Spindler, ZGE 2017, S. 309, 404; vgl. Grünberger, AcP 218 (2018), S. 213, 245.

1611 BMWi, Neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft (2019), S. 38; Datenethikkommission, Gutachten (2019), S. 153; Drexel, Connected devices, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 477, 510; MPI für Innovation und Wettbewerb, Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten (2016), Rn. 38; Rusche/Scheufen, On (Intellectual) Property and other Legal Frameworks in the Digital Economy (2018), S. 25; Schweitzer u.a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht (2018), S. 168; Spindler, ZGE 2017, S. 309, 404; Staudenmayer, IWRZ 2020, S. 147, 155; vgl. Podszun/Kersting, ZRP 2019, S. 34, 38.

mentarium verfügt, um Bedingungen und Preise der Zugangsgewährung festzulegen.¹⁶¹²

Darüber hinaus wird im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen auf nationaler Ebene zusätzlich ein datenbezogener Zugangsanspruch gem. § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB diskutiert,¹⁶¹³ wobei die Erwägungen grundsätzlich den bereits auf institutioneller Ebene angeführten Argumenten entsprechen.¹⁶¹⁴ Vorteilhaft wäre ein derartiges Vorgehen insbesondere deswegen, weil ein auf § 20 GWB gestützter Anspruch nicht nur zugunsten prospektiver Wettbewerber in Betracht kommt, sondern sämtliche sektorbezogenen Zugangsersuchen erfassen könnte. Allerdings herrscht derzeit bezüglich der genauen Tatbestandsvoraussetzungen eines derartigen Anspruchs sowie dessen Reichweite wiederum wenig Klarheit.¹⁶¹⁵ Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist es daher ungewiss, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich Wirtschaftsakteure wie beispielsweise W zur Realisierung ihrer maschinen- bzw. anlagenbezogenen Anwendungsideen auf § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB berufen können.

3. Sektorspezifischer Datenzugang nach vertragsrechtlichen Grundsätzen

Auch das sektorspezifische Datenzugangsrecht baut auf dem zwischen dem Maschinenhersteller und der Maschinennutzerin geschlossenen Überlassungsvertrag hinsichtlich der datengenerierenden Einheit auf. Die Aufhebung der dem Zugangsersuchen des W entgegenstehenden Exklusivitätsvereinbarung rechtfertigt sich insoweit durch die im Einklang mit immaterialgüterrechtlichen Grundsätzen stehenden Erwartung der Wirtschaftsakteure, dass immaterialgutbezogene Exklusivität nur dann rechtlichen Schutz genießt – sei es über das Immaterialgüterrecht oder das Vertragsrecht –, wenn die hieraus resultierenden statischen Effizienzverluste durch dynamische Effizienzgewinne aufgewogen werden.¹⁶¹⁶ Da Industriedaten

1612 *Podszun*, ZGE 2017, S. 406, 409.

1613 *Kerber*, JIPITEC 2018, S. 310 Rn. 48.

1614 Hierzu oben S. 401 f.

1615 *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft (2017), S. 83; vgl. *Kerber*, JIPITEC 2018, S. 310 Rn. 48; *Schweitzer/Welker*, A legal framework for access to data, in: BMJV/MPI für Innovation und Wettbewerb (Hrsg.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare (2021), S. 103, 139; *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, S. 34, 37 f.

1616 Ausführlich hierzu oben S. 220 ff.

jedoch unabhängig von einer diesbezüglichen Anreizstruktur anfallen und gespeichert werden, entfällt die ökonomische Legitimation für eine datenbezogene Exklusivitätsklausel. Diese steht vielmehr im Widerspruch zum vertraglichen Leitbild (§ 307 II Nr. 2 BGB) auf Gesellschaftsebene, das eine uneingeschränkte Datenverfügbarkeit vorsieht. Die Klausel ist somit gem. § 307 I 1 BGB als unwirksam anzusehen und steht dem Zugangersuchen des W folglich nicht entgegen.

Als Rechtsgrundlage eines datenbezogenen Zugriffsrechts dient auf Gesellschaftsebene die Generalklausel des § 242 BGB.¹⁶¹⁷ Diese vermag es aufgrund ihrer „hochgradigen Unbestimmtheit“ besonders gut, den Vertrag bzw. dessen externe Effekte mit seiner gesellschaftlichen Umwelt in Einklang zu bringen.¹⁶¹⁸ Regelmäßig erfordert diese Operation nur die Beschränkung bzw. Nichtigkeit einer vertraglichen Regelung wie vorliegend etwa die Aufhebung der Datenklausel gem. § 307 II Nr. 2 BGB, der der Regelung des § 242 BGB im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen mittlerweile als *lex specialis* vorgeht. In den gegenständlichen Sachverhaltskonstellationen beruht die alleinige Dateninhaberschaft des H jedoch nicht nur auf originär rechtlichen Instrumenten, sondern zusätzlich *auch* auf technischen Ausschlussmechanismen. Auch diesbezüglich hat das Vertragsrecht aber im Wege der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle über das vertragliche Leitbild auf Gesellschaftsebene bereits implizit zum Ausdruck gebracht, dass diese Faktizität der Zugangskontrolle ebenso wenig wie die Datenklausel normativen Rückhalt finden kann. Um dem vom AGB-Recht angezeigten Ergebnis zur Durchsetzung zu verhelfen, kann sich die Wirkung des § 242 BGB vorliegend also nicht in einer rein beschränkenden Funktion erschöpfen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Vertrag im Allgemeinen bzw. die Exklusivitätsvereinbarung im Besonderen sich – bildlich gesprochen – gegen den Maschinenhersteller wendet und diesem gewissermaßen als *actus contrarius* zur Begründung seiner alleinigen Datenherrschaft als Annex zum Rechtsverhältnis zwischen Anlagenbauer und Fabrikbetreiberin die Pflicht auferlegt, „seine“ Daten mit sonstigen Partizipanten im Wirtschaftssystem zu teilen. Wie bereits erläutert lassen sich diese im Vergleich zum Kartellrecht¹⁶¹⁹ geringen Anforderungen für die Begründung eines datenbezogenen Zugriffsrechts

1617 Ausführlich hierzu oben S. 343 ff.

1618 Teubner, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentar zum BGB – Bd. 2 (1980), § 242 Rn. 93.

1619 Ausführlich zu datenbezogenen Zugangsansprüchen nach kartellrechtlichen Grundsätzen siehe bereits oben S. 136 ff.

auf Gesellschaftsebene mit zwei Erwägungen legitimieren:¹⁶²⁰ Zum einen bauen datenbezogene Zugangsersuchen – anders als die „klassischen“ wettbewerbsrechtlichen Zugangsszenarien – auf einer Diskrepanz zwischen faktischer Datenherrschaft und deren normativen Haltbarkeit auf. Zum anderen erweist sich das Rechtsfolgen- bzw. Rechtsdurchsetzungsregime des vertragsrechtlichen Datenzugangsregimes als milder im Vergleich zu wettbewerbsrechtlichen Datenzugangsansprüchen.

Im Hinblick auf W bedeutet das, dass diesem ein datenbezogenes Zugriffsrecht auf diejenigen Daten zusteht, die seiner Anwendungs-idee zugrunde liegen. Anders als im Falle eines kartellrechtlichen Datenzugangsanspruchs steht der vertraglichen Rechtsposition der Schutz von Daten als Geschäftsgeheimnis im Sinne des § 2 Nr. 1 GeschGehG dabei nicht per se entgegen.¹⁶²¹ Es ist vielmehr davon auszugehen, dass den diesbezüglichen Schutzinteressen über ebenfalls aus der Vertragsbeziehung folgende Nebenpflichten (§ 241 II BGB) Rechnung getragen wird.

II. Allgemeines Datenzugangsrecht zugunsten von Innovatoren in Branchen jenseits des ursprünglichen Entstehungskontextes der Daten

Das allgemeine Datenzugangsrecht betrifft Zugangsersuchen von Marktakteuren, deren Anwendungs-idee sich auf maschinen- bzw. fabrikunabhängige Innovationen bezieht. Im vorliegenden Fallbeispiel gilt es also zu klären, ob und gegebenenfalls inwieweit ein Eigentumsrecht an Daten (1.), kartellrechtliche Grundsätze (2.) oder ein vertragsrechtliches Datenzugangsregime (3.) dazu beitragen können, das den Daten innewohnende Potential durch ein Zugriffsrecht des S voll auszuschöpfen.

1. Begründung einer allgemeinen Datenzugriffsbefugnis über Einschränkungen des Dateneigentums

Ähnlich wie sektorspezifischen Zugangsersuchen bereitet auch dem allgemeinen Datenzugriffrecht der Umstand Schwierigkeiten, dass das Datenherstellerrecht überwiegend mit Blick auf den bipolaren Interessenkonflikt zwischen Maschinenhersteller und Maschinennutzerin konzipiert wur-

1620 Hierzu bereits oben S. 178 ff.

1621 Hierzu oben S. 360 ff.

de.¹⁶²² Aus diesem Grund wird sonstigen Zugangsinteressen, die es grundsätzlich über entsprechende Schrankenregelungen zu berücksichtigen gilt, kaum Beachtung geschenkt. Es bleibt damit unklar, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen S zur Realisierung seiner Anwendungs-idee auf die hierfür erforderlichen Industriedaten zugreifen kann. Zudem ist allgemein zu berücksichtigen, dass der Fokus einer immaterialgüterrechtlichen Rechtszuweisung nicht auf der Befriedigung von Zugangsersuchen über entsprechende Schrankenregelungen liegt, sondern diese vielmehr den Zweck verfolgt, die Handelbarkeit unkörperlicher Güter und darauf aufbauend dynamische Effizienzgewinne sicherzustellen.¹⁶²³ Es bestehen somit weder konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen einer zugunsten des S wirkenden Schutzschranke noch eine hinreichende Legitimation für ein dieser zugrundeliegendes Dateneigentumsrecht. Zumindest gegenwärtig lassen sich allgemeine Datenzugangsersuchen auf Gesellschaftsebene also nicht aus immaterialgüterrechtlicher Perspektive befriedigen.

2. Datenzugang nach kartellrechtlichen Grundsätzen zur Verwirklichung maschinen- bzw. fabrikunabhängiger Anwendungs-ideen

Sowohl die *essential facilities*-Doktrin als auch die *aftermarket*-Doktrin sind in ihrem Anwendungsbereich jeweils auf Zugangsersuchen betreffend Anwendungs-ideen beschränkt, die ein Konkurrenzangebot zu den seitens des Maschinenherstellers erbachten Mehrwertdiensten bilden.¹⁶²⁴ Zu dieser Einschränkung zwingt einerseits die Logik des Wettbewerbsrechts im Allgemeinen sowie andererseits die im Hinblick auf Daten relevante Erwägung, „dass es unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten weder sinnvoll sein kann, den Zugangspetenten zur Offenlegung seiner Geschäfts-idee gegenüber dem ‚Datenbesitzer‘ zu veranlassen, noch den ‚Datenbesitzer‘ unabhängig von der eigenen Geschäftstätigkeit zu einer Prüfung zu verpflichten, ob der Zugang zu den ‚eigenen‘ Daten für die Realisierung der Geschäfts-idee eines Zugangspetenten unerlässlich ist“, im Besonderen.¹⁶²⁵ Da H vorliegend jedoch nicht in dem von S bedienten Markt

1622 Ausführlich hierzu bereits oben S. 123 f.; vgl. *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document on the free flow of data, SWD(2017) 2 final, S. 35.

1623 Vgl. hierzu oben S. 128 f.

1624 Hierzu bereits oben S. 138, 141 f., 145 ff.

1625 *Schweitzer*, GRUR 2019, S. 569, 579.

tätig ist, muss ein kartellrechtlicher Datenzugangsanspruch zugunsten des Start-Ups somit ausscheiden.

Darüber hinaus kommt es auf nationaler Ebene in Betracht, einen datenbezogenen Zugriffsanspruch über die Regelung des § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB zu begründen. Ausweislich des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zu § 20 Ia GWB soll ein Datenzugangsanspruch jenseits von Vertragsverhältnissen jedoch vor allem den „Datenzugang Dritter [betreffen], die Dienste auf einem *vor- oder nachgelagerten Markt* anbieten möchten, ohne bisher in Geschäfts- oder Vertragsverbindung [zum Dateninhaber] gestanden zu haben. [...] In diesen Konstellationen ist eine unbillige Behinderung denkbar, wenn die Daten Grundlage bedeutender eigener Wertschöpfung des Zugangspetenten sein sollen bzw. ohne den Zugang eine Vermachtung nachgelagerter Märkte droht“.¹⁶²⁶ Die Neuregelung des § 20 Ia GWB hat also vor allem Sachverhaltskonstellationen vor Auge, die vorliegend dem sektoralen Zugriffsrecht auf Gesellschaftsebene zuzuordnen sind. Selbst wenn man jedoch auch ein horizontales Datenzugriffsrecht als von § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB erfasst ansehen würde, bliebe es jedoch bei dem Problem, dass diesbezügliche Einzelheiten zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch der Klärung bedürfen. Eine abschließende Aussage hinsichtlich der konkreten Tatbestandsvoraussetzungen sowie der Reichweite der Rechtsposition würde sich mithin ohnehin verbieten.

3. Beurteilung von Zugangersuchen jenseits des ursprünglichen Marktbezugs der Daten aus Sicht des vertragsrechtlichen Datenzugangsregimes

Dem allgemeinen vertraglichen Datenzugriffsrecht liegt der gleiche Begründungsansatz wie der sektorspezifischen Zugangsbefugnis zugrunde.¹⁶²⁷ Das bedeutet, dass die datenbezogene Exklusivitätsklausel in einem ersten Schritt deswegen gem. § 307 I 1 BGB aufzuheben ist, weil sie nicht im Einklang mit dem nach der ökonomischen Funktionslogik immaterieller Güter geformten vertraglichen Leitbild (§ 307 II Nr. 2 BGB) des Überlassungsvertrages hinsichtlich der datengenerierenden Einheit steht. Das

1626 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 19/23492, S. 81 (Hervorhebung der Verfasserin).

1627 Hierzu bereits oben S. 408 ff.

dem positiven Datenzugangsrecht zugrundeliegende Rechtsverhältnis folgt sodann in einem zweiten Schritt aus der Generalklausel des § 242 BGB. Dies ergibt sich im Wesentlichen aus der Erwägung, dass die von H zusätzlich zur datenbezogenen Exklusivitätsvereinbarung ergriffenen technischen Ausschlussmechanismen vor dem Hintergrund des Vertragsleitbildes ebenso wie die Datenklausel keinen normativen Rückhalt finden. Um dem Vertragsrecht zur vollen Durchsetzung zu verhelfen, wendet sich der Vertrag deswegen – bildlich gesprochen – gegen den Anlagenbauer und begründet als Annex zur Rechtsbeziehung zwischen Maschinenhersteller und Maschinennutzerin ein positives Datennutzungsrecht. Dieses dient gewissermaßen als *actus contrarius* zur ursprünglich rechtlich und faktisch begründeten Datenmacht, die das Gleichgewicht zwischen Vertrag und seiner gesellschaftlichen Umwelt stört. Im Interesse der Realisierung zusätzlicher Effizienzgewinne kann S also von W Zugang zu den für seine Anwendungsidee erforderlichen Daten verlangen. Anders als nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen steht hierbei die notwendige Offenlegung der angestrebten Geschäftsmodellinnovation sowie die Schwierigkeit, die jeweils richtigen Daten zu ermitteln, dem Zugriffsrecht nicht entgegen. Vielmehr ist diesem Umstand durch die Einrichtung neutraler Stellen zu begegnen, die sowohl im Interesse des Maschinenherstellers H als auch des digitalen Start-Ups S agieren und bei der Abwicklung des Austauschprozesses behilflich sind.

D. Ergebnis

Weder auf Interaktions- noch auf Institutions- oder Gesellschaftsebene ist ein datenbezogenes Eigentumsrecht geeignet, das den Industriedaten innewohnende Potential voll auszuschöpfen. Ursächlich hierfür sind insbesondere zwei Umstände: Zum einen steht die erforderliche zwingende oder jedenfalls AGB-feste Ausgestaltung der Rechtsposition im Widerspruch zu der nicht immer einheitlichen Interessenlage der betroffenen Parteien sowie dem dynamischen Regulierungsumfeld, das nach einem flexibleren Umgang mit einem etwaigen Eigentumsrecht an Daten verlangt. Zum anderen lassen sich vor allem die auf Gesellschaftsebene angesiedelten Zugangsersuchen aus eigentumsrechtlicher bzw. immaterialgüterrechtlicher Perspektive allenfalls über entsprechende Schrankenregelungen berücksichtigen. Diese begründen jedoch typischerweise keine positiven Nutzungsrechte, sondern nehmen nur bestimmte Handlungen vom Verbotrecht der Rechteinhaberin aus. Da es den jeweiligen Zugangsinteressenten

jedoch vielfach an einer tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit auf die Daten mangelt, besteht faktisch keine Möglichkeit, die von der Schutzschranke gedeckte Handlung vorzunehmen, sodass deren Freistellung vom Verbotsrecht letztendlich ins Leere geht.

Aus kartellrechtlicher Perspektive bestehen unter dem Aspekt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) zwar unterschiedliche Anknüpfungspunkte zur Begründung eines Datenzugangsanspruchs. Diese betreffen jedoch stets nur Zugriffsrechte zugunsten von Wettbewerbern des Maschinenherstellers als Dateninhaber. Daraus folgt, dass das Kartellrecht aufbauend auf der Regelung des Art. 102 AEUV das auf Interaktionsebene angesiedelte Zugangsinteresse der Maschinennutzerin lediglich mittelbar adressiert und institutionelle Zugangsersuchen ebenso wie ein allgemeines Datenstreben jenseits des Entstehungskontextes der Daten auf Gesellschaftsebene gänzlich unberücksichtigt lässt. Allenfalls im Hinblick auf sektorale Zugangsszenarien ergeben sich zur Realisierung datenbezogener Anwendungsideen entsprechende Datenzugangsrechte. Diese sind jedoch tatbestandlich an das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Anlagenbauer und Zugangspetent geknüpft und können damit nicht alle sektorspezifischen Zugangsinteressen befriedigen. Zudem hat ein auf Art. 102 AEUV gestützter Datenzugangsanspruch mit den praktischen Schwächen der Kartellrechtsdurchsetzung zu kämpfen.

Darüber hinaus besteht auf nationaler Ebene die Möglichkeit, einen wettbewerbsrechtlichen Datenzugangsanspruch über § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB auch jenseits der Schwelle der Marktbeherrschung zu begründen. Dieser Anspruch betrifft in erster Linie Zugangsersuchen der Fabrikbetreiberin, der Wertschöpfungspartner des Dateninhabers sowie sektorspezifische Interessen an einem Datenzugriff. Gegenwärtig herrscht jedoch aufgrund der Neuheit des § 20 Ia GWB insgesamt noch wenig Klarheit, wie dessen einzelne Tatbestandsvoraussetzungen konkret zu interpretieren sind und wie weit ein auf dieser Norm aufbauender Anspruch letztendlich reichen soll. Die Bedeutung eines auf § 20 I 1, Ia GWB i.V.m. § 19 I, II Nr. 1 GWB basierenden Datenzugriffsrechts für die digitale Ökonomie lässt sich mithin gegenwärtig nicht abschließend beurteilen.

Im Unterschied dazu erweist sich das vertragsrechtliche Datenzugangsregime jeweils als passgenaue Reaktion auf die unterschiedlichen Zugriffsbedürfnisse sowohl auf Interaktions- als auch auf Institutions- sowie Gesellschaftsebene. So obliegt es dem Maschinenhersteller im Verhältnis zur Maschinennutzerin kraft vertraglicher Nebenleistungspflicht (§ 241 I BGB), letzterer Zugriff auf sämtliche während des Maschinenbetriebs anfallende

Daten zu verschaffen und diese Daten zu sonstigen Marktakteuren zu portieren, wenn dies der Gewährleistung digitaler Selbstbestimmung der Fabrikbetreiberin dient. In institutioneller Hinsicht begründen hingegen die an das Vertragsverhältnis zwischen zwei Netzwerkmitgliedern oder § 311 II Nr. 3 BGB anknüpfenden Verbundpflichten (§ 241 II BGB) zugunsten sämtlicher Wertschöpfungspartner unabhängig vom Bestehen einer unmittelbaren Vertragsbeziehung eine datenbezogene Zugriffsbefugnis, sofern das jeweilige Netzwerkmitglied den Datenzugriff in netzwerkbezogenem Interesse anstrebt. Hierdurch lassen sich Wissensdefizite reduzieren, die aus der arbeitsteiligen Wertschöpfung resultieren, und das Ergebnis des gemeinsamen Wertschöpfungsprozesses optimieren. Auf gesellschaftlicher Ebene knüpft das vertragsrechtliche Datenzugangsregime schließlich sowohl im Hinblick auf sektorale Anwendungsideen als auch bezüglich horizontaler Zugangssuchen an das im Widerspruch zum vertraglichen Leitbild des Überlassungsvertrages (§ 307 II Nr. 2 BGB) stehende Verhalten des Maschinenherstellers an. Dieser Widerspruch begründet über § 242 BGB als Annex zur Rechtsbeziehung zwischen Anlagenbauer und Fabrikbetreiberin ein datenbezogenes Nutzungsrecht. Auf diese Weise lassen sich zum einen Effizienzgewinne realisieren, die sich aus der Schaffung bzw. Förderung wettbewerblicher Strukturen auf Märkten ergeben, die von einem Datenzugriff abhängen. Zum anderen stellen sich wohlfahrtssteigernde Effekte aufgrund der Hervorbringung maschinen- bzw. fabrikbezogener sowie hiervon unabhängiger Innovationen ein.