

## D. Lehren aus dem Digital Markets Act

Mit dem Digital Markets Act (DMA)<sup>202</sup> hat die EU eine erste umfassende Regulierung für digitale Gatekeeper auf den Weg gebracht. In diesem Rechtsakt sind auch Datenzugangsansprüche vorgesehen, die zum Teil die Regelungen im Data Act ergänzen.<sup>203</sup> Der DMA soll gem. Art. 1 Abs. 1 DMA für bestreitbare und faire Märkte sorgen. Davon sollen gewerbliche Nutzer und Endnutzer von digitalen Plattformen profitieren.

### I. Adressaten des DMA

Der DMA sieht Vorschriften für Torwächter vor. Adressiert werden nur Unternehmen, die von der Kommission als solche gem. Art. 3 DMA bestimmt werden. Umfasst sind besonders mächtige Unternehmen, die sog. zentrale Plattformdienste bereitstellen. Die Torwächter sind typischerweise Unternehmen, die digitale Plattformen betreiben. Nicht erfasst werden insbesondere klassische Industrieunternehmen, die in der Fertigung von smarten Geräten aktiv sind. Sie werden im Data Act prototypisch adressiert. Eine Schnittmenge ergibt sich im Adressatenkreis dort, wo Torwächter die Datenverwaltung im IoT-Sektor übernehmen. Es wird damit gerechnet, dass etwa 10 bis 20 Unternehmen vom DMA erfasst werden, allen voran die dominanten Internetunternehmen Amazon, Alphabet, Apple, Meta und Microsoft. Die Verpflichtungen gelten für ihre zentralen Plattformdienste (z.B. Online-Vermittlungsdienste, Betriebssysteme, virtuelle Assistenten), die in Art. 2 Abs. 2 DMA abschließend aufgezählt sind. Nur für diesen begrenzten Kreis von Diensten gelten die Vorgaben des DMA, darunter auch vereinzelte Datenzugangsansprüche.

---

202 VO (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte). Siehe dazu im Überblick *Podszun/Bongartz/Kirk*, NJW 2022, 3249 ff.

203 Siehe dazu *Schweitzer/Metzger et al.*, Data access and sharing in Germany and in the EU: Towards a coherent legal framework for the emerging data economy, Final Report, 8 July 2022 (Gutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz), S. 198 ff.

## II. Datenzugangsansprüche im DMA

Im DMA sind die Verpflichtungen, die die Torwächter für ihre zentralen Plattformdienste treffen, in Art. 5-7 festgelegt. Diese Verpflichtungen gelten automatisch, sie sollen „self-executing“ sein und sind gerade darauf ausgerichtet, dass die Torwächter die Ge- und Verbote ohne weitere Befassung einer Behörde einhalten können. In der Liste von Verpflichtungen finden sich auch Datenzugangsansprüche:

In Art. 5 Abs. 9 und 10 DMA sowie in Art. 6 Abs. 8 DMA wird Zugang zu Informationen bezüglich Werbung, die beim Gatekeeper geschaltet wird, eingeräumt. Werbetreibende und Herausgeber sowie von diesen beauftragte Dritte sollen so in die Lage versetzt werden, die Werbeleistungen und -erfolge selbstständig überprüfen zu können. Interessant ist insbesondere die Formulierung in Art. 6 Abs. 8 DMA: Demnach sollen die Werbetreibenden und Herausgeber sowie von diesen „beauftragte Dritte“ kostenlos Zugang erhalten

„zu den Daten, die sie benötigen, um ihre eigene unabhängige Überprüfung (...) vorzunehmen, einschließlich aggregierter und nichtaggregierter Daten. Diese Daten werden so bereitgestellt, dass Werbetreibende und Herausgeber ihre eigenen Überprüfungs- und Messinstrumente einsetzen können, um die Leistung der von den Torwächtern bereitgestellten zentralen Plattformdienste zu bewerten.“

An dieser Formulierung sind mehrere Aspekte bemerkenswert:

Erstens werden auch aggregierte Daten bereitgestellt. Zweitens wird der Umfang der Daten nach dem Zweck bestimmt – bereitgestellt werden müssen alle Daten, die für den angestrebten Zweck nötig sind. Drittens wird postuliert, dass diese in einer Form bereitgestellt werden, die es erlaubt, mit eigenen Tools darauf zuzugreifen. Viertens wird umstandslos darauf abgestellt, dass Dritte von den Zugangspetenten beauftragt werden und sodann gleiche Rechte genießen. Schließlich ist festzustellen, dass keine weiteren Bedingungen genannt werden (etwa ein Konkurrenzverbot).

Alle fünf Punkte ließen sich für die Gestaltung von Datenzugangsansprüchen nach dem Data Act fruchtbar machen: ein weiter Umfang von Daten, die nach ihrer Finalität bestimmt werden und in weiterverwertbarer Form bereitzustellen sind. Dritte können umstandslos nutzen, weitere Bedingungen werden nicht erhoben.

Der Abgleich des Data Acts mit dieser Vorschrift zeigt, dass auch wesentlich großzügigere Formulierungen möglich sind, als sie im Data Act vorgesehen sind. Dies bestätigt auch ein Blick auf Art. 6 Abs. 10 DMA. In

diesem wird ein Datenzugangsanspruch für gewerbliche Nutzer von Plattformen (sowie für von diesem beauftragte Dritten) zu solchen Daten statuiert, die durch die gewerblichen Nutzer selbst oder durch deren Endnutzer auf der Plattform generiert oder bereitgestellt wurden. Die Nutzung dieser Daten ist den gewerblichen Nutzern zu ermöglichen. Sie (bzw. ihre Dritten) erhalten

„auf ihren Antrag hin kostenlos einen effektiven, hochwertigen und permanenten Echtzeitzugang zu aggregierten und nichtaggregierten Daten, einschließlich personenbezogener Daten“.

Wiederum wird ein Modell vom Verordnungsgeber gewählt, das in aller Deutlichkeit die Effektivität des Datenzugangs postuliert.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch der Umgang mit personenbezogenen Daten. Diese dürfen vom Torwächter bereitgestellt werden, wenn die personenbezogenen Daten unmittelbar mit der Nutzung der Produkte oder Dienstleistungen in Zusammenhang stehen und die Endnutzer in eine Weitergabe eingewilligt haben. Die erste Voraussetzung dürfte bei den vom Data Act in den Blick genommenen Daten, die bei der Nutzung smarterer Geräte anfallen, stets gegeben sein. Die zweite Voraussetzung, die Einwilligung, ist dem Datenschutzrecht immanent und ist wohl machbar.

Einen weiteren Datenzugangsanspruch erhalten die Betreiber von Suchmaschinen gem. Art. 6 Abs. 11 DMA zu FRAND-Bedingungen. Sie sollen Zugriff auf Suchdaten u.ä. erhalten. Satz 2 stellt schlicht fest:

„Alle derartigen Anfrage-, Klick- und Ansichtsdaten, bei denen es sich um personenbezogene Daten handelt, werden anonymisiert.“

Hier wird also hinsichtlich persönlicher Daten mit einer Anonymisierungslösung gearbeitet. Nähere Auskünfte über die Kostentragungspflicht der Anonymisierung sind nicht gegeben.

Zahlreiche weitere Verpflichtungen im DMA sichern den Zugang von gewerblichen Nutzern zu Plattformen und eine faire Behandlung von Endnutzern. Die einzelnen Pflichten hier aufzuführen, würde zu weit führen.<sup>204</sup> Im DMA wurde aber an vielen Stellen darauf geachtet, tatsächliche Zugangsbarrieren abzubauen. Zudem wird deutlich, dass Plattformen keinen Anspruch auf die Daten erheben können, die bei ihnen durch Aktivitäten Dritter (der gewerblichen Nutzer oder der Endnutzer) anfallen.

---

204 Siehe etwa den Überblick bei *Herbers*, RDi 2022, 252; zu datenrechtlichen Aspekten *Kerber*, ZD 2021, 544;

Auch dieser Gedanke, der eine Zuordnung der Datenhoheit konsequent verweigert und eine Offenheit des Datenzugangs mit sich bringt, ist auf den Data Act übertragbar.

### III. Erkenntnisse für den Data Act

Der DMA wird mit seinem Wirksamwerden, das für 2024 erwartet wird, die Möglichkeiten gewerblicher Nutzer von besonders mächtigen Plattformen verbessern. Ob die Vorschriften in der Praxis den gewünschten Nutzen stiften, ist aber auch von der Durchsetzung abhängig, die im DMA mit einem ans Kartellrecht angelehnten Regime gewährleistet werden soll.

Unmittelbare Auswirkungen auf den Datenzugang für Handwerksunternehmen und andere Dienstleister haben die Vorschriften nur in begrenzter Weise. Zum einen geht es nur um einzelne spezifische Datenzugangsansprüche, die für andere Branchen relevanter sind (Werbe- und Suchdaten). Zum anderen werden nur einige wenige zentrale Plattformdienste von Torwächtern reguliert, nicht aber die Masse der Hersteller smarter Geräte. Es ist allerdings denkbar, dass Handwerksunternehmen ihre Leistungen über Plattformen erbringen, die vom DMA erfasst sind, etwa wenn Dienstleistungen über Amazon vertrieben werden. Zudem können derartige Plattformen gerade mittelbar auch in das IoT-Geschäft einsteigen. Wenn beispielsweise eine Software von Alphabet das Smart Home verwaltet oder über ein Gerät über einen virtuellen Assistenten gesteuert wird, der von einem Gatekeeper betrieben wird, kann der DMA unmittelbar hereinspielen. Der DMA bietet dafür eine gute Grundlage. Art. 6 Abs. 10 DMA tritt, soweit es sich um zentrale Plattformdienste von Torwächtern handelt, neben die Ansprüche aus dem Data Act.

Wichtig ist für die Gestaltung des Data Act, dass sich anhand des DMA alternative Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigen lassen. Diese beziehen sich insbesondere auf die folgenden Aspekte:

- Datenformat: Die Daten sind so bereitzustellen, dass sie von den Datenempfängern mit eigenen Tools genutzt werden können.
- Datenumfang: Es sind alle Daten zur Verfügung zu stellen, die für den gedachten Zweck (z.B. das Tätigwerden auf dem nachgelagerten Markt) benötigt werden.
- Art der Zugangsgewährung: Der Zugang ist durch einen kostenlosen, effektiven, hochwertigen, permanenten Echtzeitzugang zu gewähren.

- Verhältnis der Parteien: Die Gatekeeper haben auf Antrag hin zu agieren, beauftragte Dritte sind gleichwertig zu behandeln, eine Einwilligung der Nutzer ist nur bei personenbezogenen Daten erforderlich.
- Art der Daten: Aggregierte Daten und personenbezogene Daten werden einbezogen.

Die Vorschriften fallen zugunsten der Zugangspetenten tendenziell im DMA großzügiger aus als im Data Act-E. Ein Abgleich der Formulierungen würde die oben benannten Empfehlungen zur Gestaltung des Datenzugangs bestärken.

Der DMA ist ein Beispiel für die Regulierung von Unternehmen, die eine besondere Stellung erlangt haben – eben als Gatekeeper. Die Verordnung zeigt insofern eine machtbegleitende Differenzierung von Pflichten. Das ist perspektivisch auch für den Datenzugang in anderen Bereichen vorbildhaft. Sollte sich herausstellen, dass einige Unternehmen eine besonders große Bedeutung für den IoT-Markt erhalten und Zugangsfragen ihnen gegenüber kritisch sind, ließe sich am DMA für eine gesonderte Regulierung solcher Unternehmen Maß nehmen. Dies ist allerdings derzeit noch nicht absehbar. Qualitative und quantitative Kriterien dafür, etwa Marktbeherrschung oder eine besonders hohe Nachfrage nach Datenzugang bei einem Produkt, könnten entwickelt werden.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der DMA ein eigenes, zentralisiertes europäisches Durchsetzungsregime vorsieht. Der Data Act-E hingegen überlässt die Durchsetzung weitgehend den Mitgliedstaaten (vgl. Art. 31-33 Data Act-E). Es lässt sich fragen, ob nicht für besonders gravierende Verstöße auch eine zentralisierte Kompetenz bei der Europäischen Kommission vorzusehen ist, die ggf. auch mit Bußgeldern die Unternehmen sanktionieren sollte. Das Durchsetzungsmodell des Data Act würde dadurch erheblich verändert.

**(28) Empfohlen wird, die Regeln im Data Act-Entwurf mit denen des Digital Markets Act abzugleichen.**