

Mehr Freiheit wagen auf dem Markt der Daten:

Voraussetzungen und Grenzen eines Marktmodells für „big data“

erscheint in Dutta/Heinze (Hrsg.), Mehr Freiheit wagen – Symposium zur Emeritierung von Jürgen Basedow, Mohr Siebeck, 2018.

von Axel Metzger, Berlin

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	1
II. Verträge über personenbezogene Daten.....	2
1. Altes Paradigma und neue Datenschutz-Grundverordnung.....	2
2. Neues Paradigma: „Richtlinie über vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“	3
III. „Big data“: Verträge über Maschinendaten und andere Datensammlungen.....	6
1. Anwendungsbeispiele und datenschutzrechtliche Einordnung.....	6
2. Vertragsgegenstand: Zugang zu den Daten.....	7
3. Braucht es ein Immaterialgüterrecht an Daten?.....	7
IV. Portabilität, Interoperabilität, Zugangsrechte.....	10
1. Sicherung des Wettbewerbs durch Zugangsrechte.....	10
a) Zugangsrechte nach allgemeinen Kartellrecht.....	10
b) Zugangsrechte im Datenschutzrecht.....	11
c) Zugangsrechte bei digitalen Inhalten im B2C-Bereich.....	11
d) Sektorspezifische Zugangsrechte im B2B-Bereich.....	12
e) Zugangsrechte für den B2B-Bereich verallgemeinern?.....	12
2. Transaktionskosten.....	15
3. Informationsasymmetrien.....	15
V. Fazit.....	15

I. Einleitung

Jürgen Basedow hat sich schon früh für verschiedene nationale und internationale Märkte interessiert. Seit den späten 1970er Jahren schrieb er zu Handelsvertretern, den verschiedenen Transportmärkten, dem Markt für Rechtsberatung, den Versicherungsmärkten, dem Rabattgesetz, Factoring, den verschiedenen Dienstleistungsmärkten, den freien Berufen, den Energiemärkten sowie zu allgemeinen Fragen der Marktregulierung, der Wettbewerbspolitik, des Kartellrechts, der Grundfreiheiten, des AGB- und Verbraucherrechts sowie zum (europäischen) Vertragsrecht. Dieses – auch biographisch bedingte Interesse – am Handel und an den Märkten zieht sich wie ein breiter roter Faden durch seine lange Liste viel gelesener und viel zitierter Veröffentlichungen. Es darf deswegen angenommen werden, dass auch die neuerdings ins Blickfeld der Wissenschaft geratenen Märkte für Daten sein Interesse finden werden. Trotz aller Warnungen vor einer Kommerzialisierung der eigenen Persönlichkeit tauschen Verbraucher tagtäglich ihre personenbezogenen Daten gegen Dienstleistungen ein. Die hierauf basierenden Märkte für Daten sind längst eröffnet, auch wenn der europäische Gesetzgeber erst jetzt mit Verspätung beginnt, die regulatorischen Rahmenbedingungen zu setzen. Zusätzliches Interesse gebührt den aktuellen Gesetzgebungsverfahren in Brüssel, weil sie von der Kommission anstelle des bislang wichtigsten Projekts des europäischen Privatrechts – des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts – auf die

politische Agenda gesetzt worden sind.¹ Die digitale Transformation des Privatrechts ist deswegen heute in aller Munde. Zentral sind hierbei die verschiedenen Märkte für Daten. Der folgende Beitrag versucht, insoweit der methodischen Breite des Jubilars verpflichtet, einen holistischen Blick auf das Geschehen zu werfen, der Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, Marktregulierung sowie die mögliche Rolle von (geistigen) Eigentumsrechten miteinander verbindet.

II. Verträge über personenbezogene Daten

1. Altes Paradigma und neue Datenschutz-Grundverordnung

Verbraucher (bzw. „Betroffene“ oder „betroffene Personen“ in der Terminologie des Datenschutzrechts) setzen heute vielfach ihre personenbezogenen Daten als Gegenleistung in Verträgen ein.² Sie bekommen Onlinedienste aller Art, wie Suchmaschinen, Social Media Plattformen oder Messenger Dienste, und digitale Inhalte, wie Spiele, Software, Filme oder Musikdateien, scheinbar kostenlos zur Verfügung gestellt, sofern sie bereit sind, aktiv ihre Daten preiszugeben oder dem Vertragspartner zumindest die passive Sammlung ihrer Daten zu gestatten.

Rein faktisch setzen Verbraucher ihre personenbezogenen Daten damit als Leistung in einem Austauschverhältnis ein. Versteht man dieses Austauschverhältnis im Sinne eines Vertrags „Dienst gegen Daten“ mit Rechten und Pflichten beider Vertragsparteien, so steht dies im Widerspruch zu einer paternalistischen Tradition im Vertragsrecht, die Vertragsparteien vor Verträgen über Persönlichkeitsrechte schützen möchte. In der Rechtsprechung³ und der älteren Zivilrechtslehre findet sich vielfach das Prinzip „Persönlichkeitsrechte sind unübertragbar“.⁴ Unter diesem Prinzip versammeln sich die Fallgruppen von vermögenswerten Positionen, die ihrer Natur nach nicht auf andere übertragen werden können, wie Urlaubsansprüche oder Unterhalts- und Rentenansprüche,⁵ mit anderen Fallgruppen, bei denen Privatpersonen im besonders sensiblen Bereich der Persönlichkeitsrechte vor unvorteilhaften Verträgen geschützt werden sollen.⁶

1

Siehe zum Zusammenhang COM(2014) 910 final, Annex II, Nr. 60.

2

Siehe zum Folgenden bereits ausführlich *Axel Metzger*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 817-865. Vgl. jetzt auch *Christian Berger*, Property Rights to Personal Data? – An Exploration of Commercial Data Law, ZGE 2017, 340-355, 340 ff.; *Louisa Specht*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763-770.

3

Vgl. bspw. BGH 1.12.1999 – I ZR 49/97, BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich: „Soweit die Persönlichkeitsrechte dem Schutz ideeller Interessen dienen, sind sie unauflöslich an die Person ihres Trägers gebunden und als höchstpersönliche Rechte unverzichtbar und unveräußerlich, also nicht übertragbar und nicht vererblich.“

4

Aus der älteren Literatur *Karl Larenz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. (München 1989) 240 und bei *Andreas von Tuhr*, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1 (Berlin 1910) 219; die klassische Formulierung findet sich noch heute etwa bei *Heinz Georg Bamberger*, in: BeckOK BGB § 12, Rn. 118.

5

Vgl. die Übersicht zu höchstpersönlichen oder personengebundenen Ansprüchen bei *Günther H. Roth/Eva-Maria Kieninger*, in: Münchener Kommentar zum BGB (München 2016) § 399, Rn. 7 ff.

6

BeckOK BGB-Bamberger, § 12, Rn. 118.

2

Handelt der Verbraucher nicht selbstbestimmt, weil er über die Tragweite des Geschäfts nicht ausreichend informiert worden ist oder seine Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so sind Verträge über Daten in der Tat problematisch. Ein „weicher“ Paternalismus ist weithin anerkannt und muss als Grenze für vertragliche Bindungen auch in einer Marktordnung akzeptiert werden.⁷ Liegen dagegen die Voraussetzungen für eine freie und selbstbestimmte Entscheidung vor, so ist ein Schutz von Verbrauchern vor Rechtsgeschäften im Bereich des Datenschutzes ethisch und rechtlich kaum zu rechtfertigen. Wer alle Informationen zur Verfügung hat, um eine informierte Entscheidung zu treffen, und zudem uneingeschränkt geschäftsfähig ist, sollte vom Recht nicht daran gehindert werden, Dispositionen über seine personenbezogenen Daten zu treffen.⁸ Ein Schutz vor sich selbst im Sinne eines „harten“ Paternalismus ist weder verfassungsrechtlich geboten⁹ noch gibt es ein ehernes Dogma des Zivilrechts, welches jedwede Rechtsgeschäfte im Bereich des Persönlichkeitsrechts verbieten würde.¹⁰

Die Datenschutz-Grundverordnung, die ab dem 25. Mai 2018 anzuwenden ist, nimmt gleichwohl eine deutlich restriktive Linie ein. Artikel 7 regelt die Einwilligung in die Datenverarbeitung. In Abs. 4 d heißt es: „Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“¹¹ Die Regelung beruht auf einem Grundverständnis, welches einen vertraglichen Austausch von Leistungen gegen personenbezogene Daten per se als Ausdruck eines Ungleichgewichts ansieht, obwohl gerade auch der Abschluss eines Vertrags Ausdruck der Privatautonomie des Verbrauchers sein kann, sofern die Voraussetzungen für eine selbstbestimmte Entscheidung gegeben sind. Allerdings ist das sogenannte Kopplungsverbot in Art. 7 Abs. 4 nicht als ausnahmsloser Tatbestand formuliert, sondern lässt Raum für eine umfassende Beurteilung der Freiwilligkeit der Zustimmung des Verbrauchers. Die Vorschrift wird in der Literatur denn auch nicht als Ausschluss jedweder Verbindung von Datenverarbeitung und Gegenleistung verstanden.¹²

7

Dies dürfte weithin unbestritten sein, s. *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. (Tübingen 2015) 359; *Wolfgang Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht (München 1996) 19; *Klaus U. Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht (Tübingen 2014) 24 ff. u. 912.

8

Um die verschiedenen Formen des Paternalismus hat sich mittlerweile eine breite, international geführte Grundsatzdebatte entwickelt, die hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden kann. S. hierzu nur *Eidenmüller*, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814-821, 814; *Stephan Kirste*, Harter und Weicher Rechtspaternalismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, JZ 2011, 805-814, 805; *Schmolke*, a.a.O., 9 ff., 174 ff. jeweils m.w.N.

9

Vgl. hierzu *Christian Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst (Berlin 1992) 109; *Kirste* JZ 2011, 805, 813.

10

S. bereits *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht (München 2002) 105 ff. m.w.N.

11

S. auch Erw. 43 a.E.

12

Wie hier *Peter Schantz*, Die neue Datenschutzgrundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung

3

Vielmehr dürfte darauf abzustellen sein, ob eine Zwangslage für den Verbraucher besteht oder ob es die Möglichkeit des Ausweichens auf kostenpflichtige Angebote desselben Anbieters oder vergleichbare Dienste anderer Anbieter gibt.¹³ Auch kommt der Information über das Ausmaß der Datenverarbeitung gem. Art. 13-15 Datenschutz-Grundverordnung eine maßgebliche Bedeutung zu. Einzubeziehen ist zudem, dass die Einwilligung des Verbrauchers gem. Art. 7 Abs. 3 der Datenschutz-Grundverordnung stets frei widerruflich ist. Kurzum: Die Unwirksamkeit eines Vertrags ist allenfalls als ultima ratio in Betracht zu ziehen. Maßgeblich ist, ob die Zustimmung freiwillig erteilt wurde oder nicht.

2. Neues Paradigma: „Richtlinie über vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“

Der Vorschlag der Europäischen Kommission vom 9.12.2015 für eine „Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“¹⁴ leitet hier nun einen Paradigmenwechsel ein. Er vollzieht auf der normativen Ebene nach, was auf der faktischen Ebene bereits seit langem gelebte Vertragspraxis ist.¹⁵ In Artikel 3 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags heißt es: „Diese Richtlinie gilt für alle Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt.“ Die Kommission erteilt damit der Vorstellung scheinbar kostenloser Internetdienste eine Absage, die in Wirklichkeit von der Nutzung der personenbezogenen Daten ihrer Nutzer leben und hieraus beachtliche Unternehmensgewinne generieren. Erwägungsgrund 14 stellt dabei klar, was sich die Kommission unter einer aktiven Überlassung von Daten vorstellt. Hierunter sollen zwar Daten und auch Fotos des Verbrauchers fallen, die dieser im Rahmen einer „individuellen Registrierung oder auf der Grundlage eines Vertrags, der den Zugang zu Fotos des Verbrauchers gestattet“, überlässt, nicht aber solche Daten, die der Anbieter „für die vertragsgemäße Funktionsweise digitaler Inhalte benötigt, beispielsweise Angaben zum geografischen Standort, die für das ordnungsgemäße Funktionieren einer mobilen Anwendung erforderlich sind. Ebenso wenig sollte die Richtlinie gelten in Fällen, in denen die Datenerhebung ausschließlich der Erfüllung rechtlicher Anforderungen dient, beispielsweise wenn die Registrierung des Verbrauchers zu Sicherheits- und Identifizierungszwecken gesetzlich vorgeschrieben ist. Diese Richtlinie sollte auch

im Datenschutzrecht, NJW 2016, 1841-1847, 1845. Vgl. auch *Eike Michael Frenzel* in Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung (München 2017) Art. 7, Rn. 18-21; *Kai-Uwe Plath*, BDSG/DSGVO (München 2016) Art. 7, Rn. 14-16. Wohl zu eng *Jan Phillip Albrecht*, Das neue EU-Datenschutzrecht – Von der Richtlinie zur Verordnung, CR 2016, 88-98, 91: „...dass die Einwilligung in der Regel nicht frei erfolgen kann, wenn sie zur Bedingung für die Ausführung eines Vertrages gemacht wird“. Ähnlich auch Erw. 43 („gilt nicht als freiwillig erteilt“). Der ursprüngliche Vorschlag des Europäischen Parlaments ging über die jetzige Fassung hinaus („Die Erfüllung eines Vertrags oder die Erbringung einer Dienstleistung darf nicht von der Einwilligung in eine Verarbeitung von Daten abhängig gemacht werden...“), siehe Legislative Entschließung vom 12.3.2014, 2012/0011(COD), C7-0025/2012.

13

So der ursprüngliche Vorschlag des Rats, siehe die allgemeine Ausrichtung des Rates v. 11.6.2015, 2012/0011(COD), 9565/15, Erw. 34, die den Hintergrund der jetzigen Regelung bildet.

14

COM(2015) 634 final.

15

S. hierzu die Ergebnisse der DIVSI-Studie „Daten – Ware und Währung“, Hamburg 2014, abrufbar unter <www.divsi.de/wp-content/uploads/2014/11/DIVSI-Studie-Daten-Ware-Waehrung.pdf>, S. 16, nach der 67% der Befragten auf die Frage „Welche Formen des Bezahlens für Internetangebote kennen Sie?“ die Antwort „Eingabe meiner persönlichen Daten und Zustimmung zur Verwertung“ wählten.

nicht in Fällen gelten, in denen der Anbieter Informationen einschließlich personenbezogener Daten wie z. B. die IP-Adresse oder sonstige automatisch generierte Informationen wie durch Cookies gesammelte und übermittelte Informationen erhebt, ohne dass der Verbraucher diese aktiv bereitstellt, wobei das Akzeptieren von Cookies durch den Verbraucher nicht als aktives Bereitstellen von Informationen zählt.“ Der Ausschluss der für die Vertragsdurchführung erforderlichen Daten findet sich auch in Artikel 3 Abs. 4 des Vorschlags.

Das Konzept der Bereitstellung von Daten als Gegenleistung ist nach dem Vorschlag der Kommission damit stark begrenzt. Dies wird in der Literatur¹⁶ und in Stellungnahmen zum Richtlinienvorschlag¹⁷ zu Recht kritisiert. Auch wenn der Verbraucher passiv bleibt und die Erhebung seiner Daten durch den Anbieter lediglich duldet, hängen die Datenerhebung und -verarbeitung in aller Regel von der Einwilligung des Betroffenen ab. Zudem ist der wirtschaftliche Wert der durch den Anbieter selbst erhobenen Daten – etwa bei Geodaten oder bei Suchbegriffen – sehr erheblich. Auch bei der bloß passiven Duldung der Datenerhebung findet also ein Austausch Dienst gegen Daten statt.

Zwischenzeitlich haben sich auch die anderen europäischen Institutionen zu dem Vorschlag positioniert. Die zahlreichen Änderungsanträge im Entwurf des Berichts des Rechtsausschusses vom 15.2.2017¹⁸ bestätigen ganz überwiegend die Einbeziehung von personenbezogenen Daten als Gegenleistung und fordern zum Teil auch die Einbeziehung von Daten, die der Dienstanbieter von passiven Verbrauchern sammelt.¹⁹ Von besonderem Interesse ist die Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten vom 14.3.2017²⁰, der zwar einerseits ganz in der Tradition des alten Paradigmas die Kommerzialisierung von Daten ablehnt,²¹ andererseits aber doch den Verbraucherschutz bei (scheinbar) kostenlos gewährten Diensten stärken möchte.²² Mittlerweile liegt auch die allgemeine Ausrichtung des Rats vom 1.6.2017²³ vor, welche zwar die Stellungnahme

16

S. Gerald Spindler, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze, MMR 2016, 147-153, 149 f.

17

Der Rat der Europäischen Union hat Zweifel an einer Verengung auf die aktive Datenpreisgabe, s. die erste Stellungnahme des Rates vom 2.6.2016, 2015/0287 (COD), Anlage, Nr. 14. Kritisch auch *European Law Institute*, Statement on the European Commission’s Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers, 3 und 15 f.

18

Rechtsausschuss, Entwurf eines Berichts v. 15.2.2017 (Evelyne Gebhardt, Axel Voss), 2015/0287(COD), PE592.444v01-00, Änderungsanträge 442-456 mit Ausnahme der Anträge 444, 445 und 447.

19

A.a.O., Änderungsanträge 442, 446, 449 und 452.

20

Opinion 4/2017 of the European Data Protection Supervisor v. 14.3.2017.

21

Und den Handel mit Daten rhetorisch verunglückt mit dem Organhandel vergleicht, den man auch nicht legalisieren solle, nur weil er faktisch stattfindet, a.a.O., Rn. 17.

22

A.a.O., Rn. 29 ff.

23

des Datenschutzbeauftragten zur Kenntnis genommen hat, gleichwohl aber die Einbeziehung personenbezogener Daten als Gegenleistung befürwortet und sogar die Einbeziehung von Daten andeutet, die der Dienstanbieter durch Cookies oder Ähnliches sammelt, sofern dies nach nationalem Recht zum Abschluss eines Vertrags führt.²⁴ Die klar erkennbare Tendenz im Trilogverfahren geht also in Richtung der Einbeziehung personenbezogener Daten als vertraglicher Gegenleistung, wobei die Einzelheiten des Vertragsschlusses (und auch die Rechtsfolgen für den Dienstanbieter) der mitgliedstaatlichen Ebene überlassen bleiben sollen.²⁵

Noch nicht abschließend geklärt ist das Verhältnis der Richtlinie zum Kopplungsverbot in Art. 7 Abs. 4 der Datenschutz-Grundverordnung. Der Richtlinienentwurf geht zwar gem. Art. 3 Abs. 8 und Erwägungsgrund 22 ausdrücklich von einem Vorrang der europäischen Datenschutzregelungen aus. Die allgemeine Anerkennung eines Austauschverhältnisses Dienst gegen Daten in Art. 3 Abs.1 der Richtlinie steht jedoch in Widerspruch mit der restriktiven Position der Datenschutz-Grundverordnung. Die Lösung dieses Normenkonflikts dürfte darin liegen, die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses durch den Verbraucher auch bei einem Vertragsschluss sicherzustellen. Zum einen sind die Datenschutz-Richtlinien oder -Erklärungen des Anbieters im Hinblick auf die Informationspflichten gem. Art. 12 ff. Datenschutz-Grundverordnung zu überprüfen und bei Verstößen § 307 Abs. 1 BGB anzuwenden.²⁶ Auf diese Weise können unzureichende Informationen mit den Mitteln des Vertragsrechts sanktioniert und Informationsasymmetrien beseitigt werden.²⁷ Zudem muss durch einen ausreichenden Wettbewerb zwischen verschiedenen Angeboten,²⁸ die auch durchaus vom gleichen Dienst – einmal mit, einmal kostenpflichtig ohne Datenerhebung²⁹ – angeboten werden können, und niedrige Transaktionskosten beim Wechsel von einem Anbieter³⁰

Rat der Europäischen Union, Allgemeine Ausrichtung v. 1.6.2017, Anlage 1, 2015/0287(COD), 9901/17 ADD 1.

24

A.a.O., Fn. 15.

25

Vgl. hierzu im Einzelnen *Metzger*, AcP 216 (2016), 817-865 m.w.N.

26

S. aus der jüngeren Rspr. KG CR 2014, 319 = BeckRS 2014, 03648 zu einzelnen Datenschutzbestimmungen von Facebook, insb. unter V; s. auch grundlegend BGH 19.9.1985 – III ZR 213/83, BGHZ 95, 362 – Schufaklausel; BGH 23.1.2003 – III ZR 54/02, BGH MMR 2003, 389.

27

Vgl. hierzu eher skeptisch *Yoan Hermstrüwer*, Contracting Around Privacy – The (Behavioral) Law and Economics of Consent and Big Data, JIPITEC 8 (2017) 9-26, para. 31-37.

28

Siehe hierzu *Heike Schweitzer*, Neue Machtlagen in der digitalen Welt? Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen, in: Kühling/Körber (Hrsg.), Regulierung, Wettbewerb, Innovation. Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht (Baden-Baden 2017) 269, 291 ff.

29

Siehe hierzu zuletzt *Maxilian Becker*, Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte, JZ 2017, 170-181 sowie *ders.*, Reconciling Data Privacy and Trade in Data – A Right to Data-avoiding Products, ZGE 2017, 371-393, 371 ff.

30

S. hierzu *Chris Jay Hoofnagle/Jan Whittington*, Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price, 61 UCLA Law Review (2014) 606-670, 612 ff. Vgl. auch *Benedikt Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (Tübingen 2006) 179 ff.

zum anderen sichergestellt werden, dass Verbraucher beim Abschluss von Verträgen tatsächlich frei und selbstbestimmt agieren können. Ist dies der Fall, so ist der Abschluss eines Vertrags über die Verarbeitung personenbezogener Daten auch freiwillig im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung. Anders gewendet: Wenn auf dem Markt für Daten mehr Freiheit gewagt werden soll, so müssen auch die Bedingungen für einen funktionierenden Markt gegeben sein.

III. „Big data“: Verträge über Maschinendaten und andere Datensammlungen

1. Anwendungsbeispiele und datenschutzrechtliche Einordnung

Mit dem Bild von den „Daten als Öl des 21. Jahrhunderts“ wird weniger die individuelle Überlassung von personenbezogenen Daten an einen Diensteanbieter beschrieben als die Verarbeitung von größeren Datenmengen, so genannter „big data“. Die Europäische Kommission hat im Januar 2017 eine einschlägige Mitteilung zum „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ vorgelegt.³¹ Welche wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Potentiale in der Verarbeitung großer Datenmengen liegen, lässt sich heute nur erahnen. Als Beispiel können etwa die Daten genannt werden, die moderne PkWs über ihre Nutzer sammeln (können), etwa wann der PkW wie gefahren worden ist, wie viele Insassen zu welcher Zeit mitgefahren sind und – besonders relevant – welche Routen zu welchen Zeiten mit welchen Geschwindigkeiten gefahren wurden. Das LG Köln hat erst kürzlich in einem Strafprozess³² die Log-Daten eines Carsharing-Moduls verwendet, um einen Täter der fahrlässigen Tötung zu überführen. In dem Verfahren wurde gezeigt, dass das Carsharing-Modul eine lückenlose Speicherung unterschiedlichster Daten, u.a. von GPS-Positionen und Geschwindigkeiten, vornimmt. Dies zeigt das Potential moderner IT-Ausrüstung von KfZ nicht nur für staatliche Stellen. Die zunehmende Ausrüstung von Hausgeräten und Konsumgütern mit Informationstechnologie und ihre Vernetzung im so genannten „Internet der Dinge“ wird die Flut großer und wirtschaftlich relevanter Datenmengen weiter anwachsen lassen. Ein oft zitiertes Beispiel bieten die Daten, die Traktoren und andere Landmaschinen über den Ackerboden und die Klimabedingungen sammeln.³³ Es liegt auf der Hand, dass diese Daten für Landmaschinenhersteller, Saatgutproduzenten und Agrarchemieunternehmen von großem wirtschaftlichen Wert sind. Ähnliche Beispiele finden sich heute überall in unserer technisch hochgerüsteten Wirtschaft, etwa wenn Windkraftanlagen Daten sammeln etc.

Ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen entsprechende Datensammlungen wirtschaftlich verwertet werden können, hängt von der Frage ab, ob es sich um personenbezogene Daten handelt. Ist dies der Fall, so hängt die Verarbeitung, Übermittlung und Verbreitung von der Einwilligung des Betroffenen ab, sofern nicht einer der eng gesteckten gesetzlichen Ausnahmetatbestände greift, siehe Art. 6 und 7 Datenschutz-Grundverordnung. Als personenbezogene Daten definiert Art. 4 Nr. 1 der Verordnung „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen“, bevor eine recht weit Bestimmung der „identifizierbaren Person“ folgt. Der EuGH hat kürzlich – allerdings noch zur alten Datenschutz-

31

Mitteilung der Kommission, „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ v. 10.1.2017, COM(2017) 9 final.

32

LG Köln ZD 2017, 192. S. hierzu auch *Frederik Bockslaff/Oliver Kader*, Umfangreiche Datenspeicherung bei Carsharing-Anbietern. Möglichkeit zur Erstellung von Bewegungsprofilen und rechtliche Probleme, ZD 2017, 166-170, 166.

33

Das Beispiel wird diskutiert in der Mitteilung der Kommission, „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ (supra Fn. 31), S. 9.

Richtlinie aus dem Jahr 1995 – ebenfalls einen weiten Begriff der identifizierbaren Person angenommen und dynamische IP-Adressen, die letztlich nur der Accessprovider bestimmten natürlichen Person zuordnen kann, als personenbezogene Daten eingestuft.³⁴ Wendet man diesen Maßstab auf die genannten Beispielfälle an, so werden viele „Maschinendaten“ am Ende doch dem Datenschutzrecht unterfallen, etwa die in KfZ oder Haushaltsgeräten gespeicherten Daten. Für eine wirtschaftliche Auswertung bedarf es hier entweder der Einwilligung (aller) Betroffenen oder die Daten müssen vollständig anonymisiert werden, so dass jede Rückverfolgbarkeit auf bestimmte Personen ausgeschlossen ist.³⁵ Dagegen fehlt den von Traktoren oder Landmaschinen gesammelten Daten über den Ackerboden oder die Klimabedingungen ebenso der Bezug zu einer Person wie den Daten aus einer Windkraftanlage.

2. Vertragsgegenstand: Zugang zu den Daten

Maschinendaten und Datensammlungen haben erheblichen Wert. Dieser kann jedoch nur ausgeschöpft werden, wenn die Teilnehmer des betreffenden Marktes Zugang zu den Daten bekommen und diese auch verarbeiten dürfen. Dies wirft zunächst die Frage auf, wer den Zugang zu den betreffenden Daten rein faktisch kontrolliert, wenn man vertragliche Regelungen zunächst einmal außer Betracht lässt. Dies wird im Beispiel des PkW entweder der PkW-Hersteller oder der Zulieferer sein, der die betreffende Komponente geliefert hat. Im Fall des LG Köln wurde der Kfz-Hersteller zur Herausgabe der Daten verpflichtet. Bei der Windkraftanlage, den Traktoren und den informationstechnisch ausgerüsteten Haushaltsgegenständen wird es ebenfalls entweder der Hersteller der Anlage bzw. des Geräts oder der Hersteller der betreffenden Komponente sein. Wollen andere Akteure Zugang zu den Daten erlangen, so brauchen sie die Zustimmung und Mitwirkung des Herstellers. Andererseits kann eine Datenverwertung auch an der fehlenden Mitwirkung des Eigentümers bzw. des Betreibers der Maschine oder Anlage scheitern, etwa wenn Daten wegen der großen Menge nur lokal ausgelesen werden können.

Die wirtschaftliche Verwertung der Daten setzt also die Zustimmung der den Zugang kontrollierenden Partei voraus. Damit rückt die Bedeutung des Vertragsrechts in den Mittelpunkt. Verträge sorgen nach dem *Coase* Theorem dafür, dass vermögenswerte Gegenstände am Ende zu demjenigen Marktteilnehmer gelangen, der die größte Wertschöpfung aus dem Gegenstand erzielen kann. Nach *Coase* berühmtem Aufsatz „The Problem of Social Cost“³⁶ ist davon auszugehen, dass Güter unter den Bedingungen eines freien und transaktionskostenfreien Tausches letztlich effizient verteilt werden. Güter, die von einer Person auf eine andere Person übertragen werden können, werden am Ende bei der Person landen, die den höchsten Gewinn aus ihnen erzielen und deswegen den höchsten Preis auf dem Markt bezahlen kann.³⁷ Die unsichtbare Hand des Marktes sorgt für eine effiziente Allokation des Gutes. So dürften bspw. im Fall des Traktors die erhobenen Daten zwar von großem Wert für den Hersteller des Traktors sein. Für Saatgutproduzenten und

34

EuGH 19.10.2016 – Rs. C-582/14 (*Frank Breyer ./ Bundesrepublik Deutschland*). Siehe auch BGH 16.5.2017 – VI ZR 135/13, BGH NJW 2017, 2416.

35

S. hierzu Erw. 26 Datenschutz-Grundverordnung. Eine bloße Pseudonymisierung reicht dagegen nicht aus.

36

Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 The Journal of Law & Economics (1960) 1-44.

37

Nach *Coase* ist die effiziente Allokation des Gutes bei einem vollkommenen Markt dabei immer gleich (invariant), und zwar unabhängig davon, wem das Gut zuerst zugeordnet ist, a.a.O., 8.

Agrarchemieunternehmen dürften die Daten aber einen mindestens ebenso großen Wert haben. Um ihnen den Zugang zu den Daten zu gewähren, bedarf es eines Rechtsrahmens, der einen freien Austausch mit geringen Transaktionskosten ermöglicht.

3. Braucht es ein Immaterialgüterrecht an Daten?

In diesem Zusammenhang ist die Frage aufgeworfen worden, ob es zur Etablierung eines Marktes für Maschinendaten der Einführung eines geistigen Eigentumsrechts an diesen Daten bedarf.

Die Frage würde sich erübrigen, wenn es bereits ein solches Schutzrecht im geltende Recht geben würde. Zu denken ist hier vor allem an das Datenbankherstellerrecht gem. Art. 7 der Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, die auch nicht-schöpferische Sammlungen von Daten schützt, sofern sie systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit elektronischen Mitteln oder auf andere Weise zugänglich sind. Art. 7 verlangt jedoch für die Annahme eines Schutzrechts für den Datenbankhersteller, „dass für die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung ihres Inhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition erforderlich ist.“ Der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung *British Horseracing Board/William Hill* klargestellt, dass die Investition in Entsprechung des Wortlauts der Vorschrift in die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung der Inhalte fließen muss, während Investitionen in die Erzeugung der Daten außer Betracht bleiben.³⁸ Dies bedeutet, dass es zwar ein Datenbankherstellerrecht an aufbereiteten Daten geben kann, welches dann auch Grundlage für eine vertragliche Rechtseinräumung sein kann. Werden jedoch nicht weiter bearbeitete Rohdaten überlassen, so kann es an einer Investition in die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung der Daten fehlen.³⁹ Die Abgrenzung bei Maschinendaten ist allerdings schwierig und noch keineswegs abschließend ausgelotet, da man hier auch mit guten Gründen vertreten kann, dass vorbestehende (also nicht erst erzeugte Daten) kostspielig beschafft werden.⁴⁰

Die Unsicherheiten bei der Einordnung von Datensammlungen und Rohdaten nach der Datenbank-Richtlinie und die faktischen Kontrolle der Hersteller oder Diensteanbieter über die Daten haben die Europäische Kommission zu der Frage geführt, ob neue „Rechte des Datenerzeuger“ eingeführt werden sollten, durch die dem Eigentümer oder Besitzer der Anlage oder des Geräts das Recht gewährt wird, nicht personenbezogene Daten zu nutzen oder anderen deren Nutzung zu gestatten.⁴¹ Ein solcher Schritt sollte wohlüberlegt sein. Immaterialgüterrechte sollen Anreize für die

38

EuGH 9.11.2004, Rs. C-203/02 (*The British Horseracing Board Ltd. u.a. ./ William Hill Organization Ltd.*), Ls. 1.

39

S. *Herbert Zech*, „Industrie 4.0“ – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, 1151-1160, 1157 f. So auch die Mitteilung der Kommission, „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ (supra Fn. 31), S. 11.

40

Eingehend *Andreas Wiebe*, Schutz von Maschinendaten durch das sui-generis-Schutzrecht für Datenbanken, GRUR 2017, 338-345, 340 ff.; *Kirsten Johanna Schmidt/Herbert Zech*, Datenbankherstellerschutz für Rohdaten?, CR 2017, 417-426, 421 ff. Siehe jetzt auch *Matthias Leistner*, Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools* (Baden-Baden 2017) 27 ff.

41

S. Mitteilung der Kommission, „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ (supra Fn. 31), S. 14.

Produktion kreativer Inhalte oder Technologien schaffen.⁴² Sie sollen dafür sorgen, dass klar umrissene Rechte auf den Märkten gehandelt werden können, weil die Rechtsinhaber Zugang gewähren können und gleichwohl gegen eine nicht-autorisierte Verbreitung vorgehen können.⁴³ Sie helfen zudem dabei, den Wert von immateriellen Unternehmenswerten zu quantifizieren, etwa wenn Start-ups Kapitalgeber überzeugen wollen.⁴⁴ Alle diese Funktionen von Immaterialgüterrechten beruhen jedoch auf der Prämisse des Marktversagens.⁴⁵ Neue Schutzrechte sollten nur eingeführt werden, wenn es ohne diese Schutzrechte keine ausreichenden Anreize für die Produktion gibt, wenn der Zugang der anderen Akteure auf dem Markt nicht auch mit anderen Mitteln (hierzu sogleich) gesichert werden kann oder wenn Unternehmenswerte nicht anders bewerten können. Für ein solches Marktversagen auf dem Markt für Maschinendaten und andere Datensammlungen fehlt bislang aber jeder Nachweis.⁴⁶ Es ist offenkundig, dass es den Akteuren nicht an Anreizen fehlt, Daten aller Art zu produzieren und zu sammeln. Auch fehlt bislang der empirische Beleg für die Annahme, dass das Fehlen von Schutzrechten ein Hindernis für den Abschluss von Verträgen über Maschinendaten darstellt. Gleiches gilt für die Annahme, Kapitalgeber könnten den Wert von datenintensiven Geschäftsmodellen ohne eigenes Schutzrecht nicht richtig bemessen. Ohne den Nachweis eines Marktversagens sollten Gesetzgeber keine neuen Schutzrechte einführen. Denn ist ein solches Schutzrecht erst einmal eingeführt worden, ist seine spätere Abschaffung mit hohen rechtlichen und ökonomischen Hürden verbunden und dadurch quasi ausgeschlossen.⁴⁷

42

Zum klassischen Anreizparadigma s. *Kenneth Arrow*, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in *National Bureau of Economic Research* (ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* (Cambridge, Massachusetts 1962) 609-626; *Steven Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Harvard 2004) 137-174.

43

Siehe bspw. *Edmund W. Kitch*, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 *The Journal of Law & Economics* (1977) 265-290, 275 ff. sowie *Christine Godt*, *Eigentum an Information* (Tübingen 2007), 555 ff.

44

Siehe bspw. *Stuart J. H. Graham/Robert P. Merges/Pamela Samuelson/Ted. M. Sichelman*, 24 *Berkeley Technology Law Journal* 255-327 (2009).

45

S. speziell für die Diskussion über einen Datennutzungsrecht *Wolfgang Kerber*, *A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis*, *GRUR Int.* 2016, 989-999, 993. Siehe auch „Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission’s ‘Public consultation on Building the European Data Economy’“, Rn. 8.

46

Deutlich in diesem Sinne *Kerber* *GRUR Int.* 2016, 989, 993. Siehe auch *Andreas Christians/Michael Lipien*, *The Consequences of Digitalization for German Civil Law from the National Legislators Point of View*, *ZGE* 2017, 331-339, 331 ff.; *Specht*, *Property Rights Concerning Personal Data*, *ZGE* 2017, 411-415, 411 ff.; *Wiebe*, *A new European Data Producers’ Right for the Digital Economy?*, *ZGE* 2017, 394-398, 394 ff.

47

So schon *Fritz Machlup*, *Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts*, *GRUR Int.* 1961, 524-537, 537: „Gäbe es bei uns keinen Patentschutz, so wäre es nach der gegenwärtigen Kenntnis seiner wirtschaftlichen Folgen unverantwortlich, die Annahme eines Patentgesetzes zu empfehlen. Da wir aber seit langer Zeit ein Patentgesetz haben, wäre es nach unserem gegenwärtigen Kenntnisstand ebenso unverantwortlich, seine Abschaffung zu empfehlen.“ Ähnlich auch die Evaluierung der Datenbank-Richtlinie durch die Kommission im Jahr 2005, „DG Internal Markt First evaluation of Directive 96/9/EC

Die Einführung eines Immaterialgüterrechts an Daten ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt ökonomisch also nicht geboten. Gleichwohl wird in der Literatur vereinzelt die Einführung eines solchen Rechts für personenbezogene Daten gefordert, um den Betroffenen eine Beteiligung an den Umsätzen zu ermöglichen, die mit ihren Daten generiert werden.⁴⁸ Die Anklänge an die persönlichkeitsrechtliche Tradition im Urheberrecht liegen hier auf der Hand, welche ebenfalls auf die Bindung der Werks an die Person des Urhebers als rechtfertigendes Argument für die Zuerkennung eines Schutzrechts rekurriert hat.⁴⁹ Diesem Ansatz ist allerdings entgegen zu halten, dass es im 18. und 19. Jahrhundert nicht um die Schaffung eines neuen Rechts, sondern um die Zuordnung der bereits früher existenten Schutzrechte an geistigen Werken zu ihrem Schöpfer, dem Urheber ging.⁵⁰ Auch erscheint es als zweifelhaft, allein aus dem Umstand des Personenbezugs von Informationen die Einführung eines eigentumsähnlichen Rechts zu fordern.⁵¹ Die informationelle Selbstbestimmung ist durch das Datenschutzrecht geschützt. Auch kann der Betroffene, wie oben gezeigt, Verträge schließen und von den Gegenleistungen profitieren. Eines zusätzlichen Anreizes oder gar einer Belohnung durch die Anerkennung eines Immaterialgüterrechts bedarf es hierfür nicht.

IV. Portabilität, Interoperabilität, Zugangsrechte

Ergibt sich damit eine maximale Wertschöpfung aus personenbezogenen Daten und Maschinendaten bereits automatisch, wenn man auf die Kräfte des Marktes vertraut? Die Antwort ist nach jetzigem Stand der Erkenntnis ein „Ja, aber“. Die Anwendung eines Marktmodells dürfte als Ausgangspunkt jedenfalls für nicht personenbezogene Daten unbestritten sein. Lehnt man, wie oben dargestellt, einen harten „Paternalismus“ im Sinne eines Schutz vor sich selbst ab, so ist der Ausgangspunkt für personenbezogene Daten letztlich der Gleiche. Verbraucher und Unternehmer sollten die Freiheit haben, Verträge über ihre personenbezogenen Daten oder die von ihnen gesammelten Daten zu schließen. Dies ist Ausdruck von Selbstbestimmung und sorgt für eine effiziente Verwendung der Daten. Aber: ein solches Modell kann nur funktionieren, wenn die Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Markt gegeben sind. Das *Coase* Theorem basiert auf mehreren Prämissen, namentlich der Prämisse eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt sowie der modellhaften Annahme, dass die Transaktionskosten für die

on the legal protection of databases“ v. 12.12.2005: „On the other hand, even if a piece of legislation has no proven positive effects on the growth of a particular industry, withdrawal is not always the best option. Removing the 'sui generis' right and thereby allowing Member States to revert to prior forms of legal protection for all forms of “non-original” databases that do not meet the threshold of “originality”, might be more costly than keeping it in place.“

48

S. Buchner (Fn. 30), 202 ff.; ders., Is there a Right to One's Own Personal Data?, ZGE 2017, 416-419, 416 ff.; Karl-Heinz Fezer, Dateneigentum, MMR 2017, 3-5; Artur-Axel Wandtke, Ökonomischer Wert von persönlichen Daten, MMR 2017, 6-12, 6. Zu den Folgefragen, die sich aus der Einführung eines solchen Rechts ergeben würden, bspw. im Bereich von erforderlichen Schutzrechtsschranken, siehe Zech, Building a European Data Economy – The European Commission's Proposal for a Data Producer's Right, ZGE 2017, 317-330, 317 ff.

49

So Fezer MMR 2017, 3, 4 f.

50

Vgl. nur Martin Vogel, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. (München 2017) Einl. Rn. 120 ff.

51

So auch dezidiert Zech, Information als Schutzgegenstand (Tübingen 2012) 219 f.; ders. GRUR 2015, 1151, 1154 f.

gehandelten Güter bei null liegen. Das weitere Problem der asymmetrischen Informationen der Vertragsparteien⁵² stellt sich vor allem bei Verträgen zwischen Verbrauchern und Diensteanbietern und wurde bereits oben angesprochen.

1. Sicherung des Wettbewerbs durch Zugangsrechte

a) Zugangsrechte nach allgemeinem Kartellrecht

Eine der zentralen Bedingungen für die effiziente Allokation von Gütern nach *Coase* ist, dass die Vertragsparteien unter Bedingungen vollkommener Konkurrenz agieren.⁵³ Dies ist in einer modellhaften Betrachtung denkbar, unter realen Bedingungen aber faktisch ausgeschlossen. Für die Datenmärkte stellt sich das besondere Problem, dass der Zugang zu Daten technisch beschränkt ist auf das Unternehmen, das die Daten erfasst und sammelt und seine Systeme entsprechend sichert. Kann man sich auch hier auf die Kräfte des Marktes verlassen oder muss das Recht punktuell eingreifen, und den Zugang zu Daten ermöglichen, um Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen?

Als Ausgangspunkt liegt hier das Kartellrecht nahe. Einige Märkte für Internetdienste, die sich über das Sammeln und Verwerten der Daten ihrer Kunden direkt oder indirekt refinanzieren, sind durch marktbeherrschende Unternehmen oder Oligopole geprägt. Man denke etwa an den Markt für Internetsuchmaschinen,⁵⁴ wobei nicht automatisch von einer dominanten Stellung auf einem Markt für angebotene Dienste auf den Markt der dadurch gesammelten Daten geschlossen werden sollte. Wenn es sich um Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen handelt, so ist das Wettbewerbsrecht berufen, missbräuchliche Verhaltensweisen zu verhindern, insbesondere auch im Hinblick auf unangemessene Geschäftsbedingungen oder Datenschutzpraktiken.⁵⁵ Die Erzwingung des Zugangs zu einem bestimmten Datensatz ist im Kartellrecht an enge Voraussetzungen geknüpft.⁵⁶ Der Inhaber von Daten muss auf einem bestimmten Datenmarkt marktbeherrschend sein. Zudem muss der Zugang zu den betreffenden Daten für den anderen Marktteilnehmer unentbehrlich sein.⁵⁷ Der Maßstab der Unentbehrlichkeit ist nach der Rechtsprechung des EuGH streng: Sie sollte jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn die Daten mit dem gleichen Aufwand

52

S. hierzu allgemein *Andreas Nicklisch/Niels Petersen*, Vertragstheorie, in *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht* (Tübingen 2010) 121 ff.; *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. (Berlin u.a. 2012) 80.

53

Coase, 3 *The Journal of Law & Economics* (1960) 1.

54

Das Bundeskartellamt geht für Deutschland von einem Marktanteil von 90-95% von Google bei Internetsuchdiensten aus, s. Bundeskartellamt, Beschluss v. 8.9.2015, Az. B6-126/14 – Google/VG Media, Rn. 21.

55

S. hierzu eingehend *Heike Schweitzer/Thomas Fetzer/Martin Peitz*, *Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen*, ZEW Discussion Paper No. 16-042 v. 29.5.2016, abrufbar unter <ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16042.pdf>, 37 ff. Zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Verwendung unwirksamer AGB oder Datenschutzverstöße s. *Jens-Uwe Franck*, Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmisbrauch durch rechtswidrige Konditionen, ZWeR 2016, 137-165, 137; *Tobias Lettl*, Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB und Rechtsbruch, WuW 2016, 214-221, 214 ff.

56

Hierzu eingehend *Josef Drexl*, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft?, NZKart 2017, 415-421, 418 f.

nochmals gesammelt werden könnten.⁵⁸ Zugangsrechte für Wettbewerber dürften also vielfach an den engen Voraussetzungen des Art. 102 AEUV scheitern, selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung zu bejahen ist. Es sind aber auch Fälle denkbar, bei denen Daten von Wettbewerbern nicht erneut gesammelt werden können, etwa wenn es um Fahrplandaten des öffentlichen Personenverkehrs geht.⁵⁹

b) Zugangsrechte im Datenschutzrecht

Einen indirekten wettbewerbspolitischen Effekt haben Zugangsrechte im Datenschutzrecht. Verbraucher können durch die Speicherung umfangreicher Daten bei einem Dienst faktisch von einem Wechsel zu einem anderen Dienst abgehalten werden. Solche Lock-In-Effekte führen zu einer Behinderung des Wettbewerbs im Hinblick auf personenbezogene Daten zwischen den Diensten. So mag es bei einer ersten Entscheidung für den Beitritt zu einer sozialen Plattform für berufliche Kontakte noch verschiedene Anbieter geben, zwischen denen sich ein Nutzer entscheiden kann. Hat er einmal eine Wahl getroffen und jahrelang Kontakte und Daten auf dieser Plattform angesammelt, so ist für den Nutzer ein Wechsel auf eine andere Plattform mit erheblichen technischen Hürden verbunden, will er nicht die gespeicherten Kontakte und Daten verlieren. Die Möglichkeit eines Wechsels von einem Anbieter zu einem anderen wird bei personenbezogenen Daten durch spezielle Rechte gesichert. Art. 20 Datenschutz-Grundverordnung sieht ein „Recht auf Datenübertragbarkeit“ vor: „Die betroffene Person hat das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten, und sie hat das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln (...).“ Gem. Abs. 2 hat die betroffene Person sogar „das Recht, zu erwirken, dass die personenbezogenen Daten direkt von einem Verantwortlichen einem anderen Verantwortlichen übermittelt werden, soweit dies technisch machbar ist.“ Die Vorschrift dient nach Erw. 68 in erster Linie dazu, „im Fall der Verarbeitung personenbezogener Daten mit automatischen Mitteln eine bessere Kontrolle über die eigenen Daten zu haben“. Die Pflicht zur Verwendung gängiger Formate und – noch deutlicher – der Anspruch auf die direkte Übertragung an einen anderen Dienst offenbart aber auch eine wettbewerbspolitische Stoßrichtung.⁶⁰ Diese gewährt allerdings nicht dem konkurrierenden Dienst selbst ein Zugangsrecht zu den Daten, was in Anbetracht des datenschutzrechtlichen Einwilligungsvorbehalts ohnehin nur mit Zustimmung des Betroffenen denkbar wäre. Der Effekt ist vielmehr ein mittelbarer: Die Verbraucher werden in die Lage versetzt, ihre Daten einem Wettbewerber anzuvertrauen, damit dieser in Wettbewerb mit dem bisherigen Dienstanbieter treten kann.

57

Vgl. EuGH 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P (*Magill*), Slg. 1995, I-743 und EuG 17.9.2007, Rs. T-201/04 (*Microsoft ./.* *Kommission*), Slg. 2007, II-3601.

58

Vgl. hierzu EuGH 26.11.1998, Rs. C-7/97 (*Bronner ./.* *Mediaprint*), Slg. 1998, I-7791.

59

Dieses Beispiel verwenden *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte: Funktionsweise und Regelungsbedarf, (Mannheim 2017) 76.

60

Ruth Janal, Data Portability – A Tale of Two Concepts, JIPITEC (8) 2017 59-69 Rn. 4 m.w.N.; vgl. auch *Tobias Herbst* in: Kühling/Buchner, DS-GVO (München 2017) Art. 20, Rn. 4; *Wulf Kamlah*, in: Plath, BDSG/DSGVO (Berlin 2016) Art. 20, Rn. 2; *Boris Paal*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung (München 2017) Art. 20, Rn. 3.

c) Zugangsrechte bei digitalen Inhalten im B2C-Bereich

Einen Schritt weiter geht die Portabilitätsregelung im Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte.⁶¹ Art. 13 Abs. 2 lit. c) des Vorschlags sieht die Verpflichtung des Anbieters bei Beendigung des Vertrags vor, dem Verbraucher „die technischen Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen der Verbraucher die von ihm bereitgestellten Inhalte und sonstige Daten wiedererlangen kann, die durch seine Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind, soweit der Anbieter diese Daten gespeichert hat.“ Dies muss unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten innerhalb einer angemessenen Frist und „in einem allgemein gebräuchlichen Datenformat“ erfolgen. Die Regelung betrifft also nicht nur personenbezogene Daten, sondern auch sonstige Daten und vom Verbraucher bereitgestellte Inhalte, bspw. Fotografien, Sammlungen (bspw. Playlisten bei Musikstreamingdiensten), Audio- und Videodateien etc. Insoweit geht die Regelung über Art. 20 Datenschutz-Grundverordnung hinaus. Zugleich bleibt sie aber auch hinter dieser Regelung zurück, weil sie nur bei Vertragsbeendigung eingreift.

Die Erwägungsgründe 39 und 46 des Vorschlags der Richtlinie über digitale Inhalte machen deutlich, dass die Zugangsrechte den Verbraucher vor Lock-In-Effekten schützen und damit den Wettbewerb zwischen verschiedenen Diensten absichern sollen.⁶² Die Regeln sind gem. Art. 19 zwingend. Abweichungen zum Nachteil des Verbrauchers sind unwirksam. Die Stoßrichtung des Verbraucherschutzes erklärt, warum der Gesetzgeber nicht auf die Kräfte eines unregulierten Marktes vertraut. Zwar wäre es theoretisch denkbar, dass sich Verbraucher in einem funktionierenden Markt für den Anbieter entscheiden, der ihnen die großzügigeren Bedingungen bei Vertragsbeendigung anbietet. Verbraucher neigen aber dazu, die langfristigen Nachteile bei Verträgen zu unterschätzen und sich durch kurzfristige Vorteile „einfangen“ zu lassen („Fast food-Argument“).⁶³ Zudem handelt es sich bei Vertragsbedingungen in AGB bekanntlich um einen Markt für Zitronen, auf dem Verbraucher die vorteilhaften Angebote nicht als solche wahrnehmen, was nach und nach zu einem Absinken des Niveaus bei den Wettbewerbern führt.⁶⁴ Im Verbraucherbereich sprechen deswegen gute Gründe für die Einführung zwingender Vertragsregeln zur Portabilität von Daten und Inhalten von Verbrauchern.

Kritisch zu bewerten ist, dass eine entsprechende Regelung bislang nicht auch für Waren vorgesehen ist, die im Schwerpunkt zwar körperliche Gegenstände sind, aber doch datenverarbeitende Einheiten besitzen, etwa Fitnesstracker. Diese sollen nach der Vorstellung der Kommission nicht der Richtlinie über digitale Inhalte, sondern allein der Richtlinie über „bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren“ unterfallen, die keine vergleichbaren Regeln für die Bereitstellung der Daten nach

61

Supra Fn. 14.

62

S. auch *Janal* JIPITEC (8) 2017 59 Rn. 5; *Spindler*, Verträge über digitale Inhalte – Haftung, Gewährleistung und Portabilität – Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 219-224, 221 f.

63

S. *Ian Brown*, The economics of privacy, data protection and surveillance, in: Bauer/Latzer (Hrsg.), Research Handbook on the Economics of the Internet (Cheltenham 2014), 247-261, 247 ff.; *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung (Tübingen 2016) 296 ff.

64

Schäfer/Ott, supra Fn. 52, 422. S. hierzu auch *MüKo-Basedow* Vorbemerkung vor § 305 BGB, Rn. 6.

Vertragsende vorsieht. Die Regelung passt nicht zum „Internet der Dinge“, bei dem immer mehr Alltagsgegenstände Daten sammeln und verarbeiten.⁶⁵

d) Sektorspezifische Zugangsrechte im B2B-Bereich

Zugangsrechte zu Daten finden sich nicht nur im Bereich personenbezogener Daten oder bei Verbrauchern, sondern auch in einzelnen Sektoren des B2B-Bereichs, namentlich im Automobilssektor, und zwar hier als direkte Zugangsrechte von Unternehmen auf nachgelagerten Märkten.⁶⁶ Art. 6 der Verordnung 715/2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge⁶⁷ sieht eine Verpflichtung der Hersteller vor, „unabhängigen Marktteilnehmern über das Internet mithilfe eines standardisierten Formats uneingeschränktem und standardisiertem Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen auf leicht und unverzüglich zugängliche Weise“ zu gewähren. Die Regelung soll sicherstellen, dass gegenüber dem Zugang der autorisierten Händler und Reparaturbetriebe für die unabhängigen Werkstätten keine Diskriminierung stattfindet. Die Verordnung schreibt hierfür die Verwendung eines konkreten, offenen Dateiformats (OASIS) vor.⁶⁸ Gem. Art. 7 dürfen Hersteller hierfür eine angemessene Gebühr verlangen, die allerdings nicht abschreckend wirken darf. Die Regelungen sind im Kontext der wettbewerbspolitischen Ziele der Kommission für KfZ-Anschlussmärkte, insbesondere für Wartung und Reparatur, zu sehen, die auch mit KfZ-Gruppenfreistellungsverordnung⁶⁹ umgesetzt werden.⁷⁰ Die Kommission sieht den Wettbewerb zwischen Vertragswerkstätten und unabhängigen Werkstätten als gefährdet an, wenn der Zugang der unabhängigen Werkstätten zu Ersatzteilen und technischen Informationen behindert wird.⁷¹ Die Zugangsregeln sichern also den Wettbewerb auf einem benachbarten Markt, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 102 AEUV insbesondere eine Marktbeherrschung nachgewiesen werden muss.

65

Kritisch *European Law Institute*, Statement on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers, 10-12; *Karin Sein*, What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods?, JIPITEC 8 (2017) 96-110 Rn. 40 ff.

66

Zum Folgenden siehe *Drexler*, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft?, NZKart 2017, 339-345, 344.

67

Verordnung (EG) Nr. 715/2007 v. 20.6.2007, ABl. L 171/1.

68

Kritisch hierzu aus Industriesicht *Sebastian Petrusch*, Die Zukunft des Automobilvertriebs und damit verbundener Dienstleistungen im EU-Recht unter Compliance-Gesichtspunkten, CCZ 2008, 144-148, 144 ff.

69

Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. L 129/52.

70

Vgl. *Petrusch*, CCZ 2008, 144 ff.

71

Erw. 13 a.E. der Verordnung 461/2010, supra 69.

e) Zugangsrechte für den B2B-Bereich verallgemeinern?

Sollte man entsprechende Zugangsrechte auch für andere Datensammlungen einführen? Wenn ja, für welche Marktakteure (oder Behörden⁷²) und unter welchen Bedingungen? Die Diskussion steht hier noch sehr am Anfang. Nimmt man das *Coase* Theorem als Ausgangspunkt, so sorgen bereits die Märkte für effiziente Zugangsregeln. Dies soll im Folgenden anhand der oben genannten Beispiele illustriert werden.

Im Beispiel des Landmaschinenherstellers, der technisch als einziger Zugang zu den Boden- und Klimadaten hat, die die Landmaschine bei der Arbeit auf dem Acker sammelt, sollte man auf ein Marktmodell vertrauen dürfen. Will der Saatguthersteller Zugang zu den Daten, um die von ihm gezüchteten oder vermehrten Pflanzen an die Bedingungen besser anzupassen, so können Vertragsverhandlungen zu einer effizienten Verteilung der Daten führen. Der Landmaschinenhersteller hat keinen Grund, den Zugang zu den Daten bei einer entsprechenden Gegenleistung zu versagen. Rechnet sich die Datenerfassung schon wegen der besseren Marktposition der optimierten Landmaschinen, so wird er bereit sein, dem Saatguthersteller auch schon für einen relativ niedrigen Preis Zugang gewähren. Warum sollte er auf den Zuverdienst verzichten, wenn ihm nicht ein anderer Saatguthersteller einen höheren Preis für einen exklusiven Zugang zu den Daten zahlt? Ist der Landmaschinenhersteller dagegen auf eine Amortisation durch die Gegenleistung des Saatgutherstellers angewiesen, kann die Preisvorstellung eine andere sein. Aus der Sicht des Saatgutherstellers wird sich der Preis am erwarteten Nutzen des Datenzugangs ausrichten. Dabei wird es auch eine Rolle spielen, ob der Saatguthersteller auf andere Anbieter ausweichen kann, etwa auf die Daten anderer Landmaschinenhersteller oder auf Daten, die Landwirte direkt sammeln. Es spricht einiges dafür, dass im Verhältnis der Landmaschinenhersteller und der Agrarchemieunternehmen tatsächlich der Markt für einen Zugang zu Datensammlungen sorgen wird. Gleiches sollte im Grundsatz auch im Verhältnis von Landmaschinenherstellern und Landwirten gelten. Dies gilt umso mehr, wenn man sich vom romantischen Bild des Kleinbauers löst und in den Blick nimmt, dass es sich heute vielfach um größere, von Agronomen geleitete Unternehmen mit hochmodernen Maschinenparks handelt.

Das Beispiel der Windkraftanlage liegt auf den ersten Blick ähnlich. Die Hersteller von Windkraftanlagen sammeln über Sensoren an den Anlagen vielfältige Daten über den Wind, über den Zustand der Windturbine, aber auch über Wellengang bei Offshore-Anlagen und über weitere Klimadaten.⁷³ Die Daten sind nicht nur von Interesse, um die Steuerung der Anlage zu optimieren. Sie dienen zugleich als Ausgangsinformationen für die Errichtung neuer Anlagen. Da die Daten technisch zunächst einmal vom Hersteller der Anlage erfasst und gesammelt werden, stellt sich auch hier die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die Hersteller den Betreibern der Anlagen Zugang zu den Daten verschaffen. Genügt hier das Vertrauen auf den Markt oder braucht es einen regulatorischen Eingriff? Aus der Sicht des Herstellers der Anlage sichert der alleinige Zugriff auf die Daten auch das Monopol auf benachbarten Märkten, insbesondere bei der Reparatur und Wartung der Anlagen. Die Daten sind zugleich auch für die Steuerung „smarter“ Windparks und damit letztlich auch für den erfolgreichen Betrieb der Anlagen selbst erforderlich. Gegenwärtig sind die Märkte einerseits für die Herstellung und andererseits für den Betrieb von Windkraftanlagen

⁷²

Hierzu Max Planck Institute for Innovation and Competition, Position Statement of 26 April 2017 on the European Commission's Public consultation on Building the European Data Economy, abrufbar unter <<http://www.ip.mpg.de/en/research/research-news/position-statement-public-consultation-on-building-the-european-data-economy.html>>, Rn. 28.

⁷³

Siehe bspw. den Bericht der Deutschen Welle „Windkraft: Mehr Effizienz durch Big Data“, abrufbar unter <<http://www.dw.com/de/windkraft-mehr-effizienz-durch-big-data/a-36211691>>.

jeweils durch intensiven Wettbewerb gekennzeichnet.⁷⁴ Wie sich hier die Verhältnisse im Zeitalter von „big data“ weiterentwickeln werden, lässt sich allerdings nur schwer prognostizieren.

Kurzum: Nach gegenwärtiger Lage der Dinge wird es vielfach an den Voraussetzungen eines Missbrauchs gem. Art. 102 AEUV fehlen, wenn Unternehmen der Zugang zu „big data“-Datensammlungen verwehrt wird. Greift keiner der Tatbestände der bestehenden Zugangsrechte aus dem Datenschutz- und Verbraucherrecht, so sollte der Gesetzgeber nur bei einem deutlichen empirischen Nachweis für ein Marktversagen regulatorisch eingreifen, wie etwa im Automobilsektor geschehen. Wettbewerbsbehörden und Gesetzgeber sollten aber sorgfältig darauf achten, ob sich die Machtverhältnisse auf den Märkten durch „big data“ verändern und ob sich Abhängigkeiten auf Nachbarmärkten ergeben.

Zudem sollte, in Anlehnung an die Portabilitätsregeln in der Datenschutz-Grundverordnung und der geplanten Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte, auch für den B2B-Bereich ernsthaft über die Einführung von Regelungen nachgedacht werden, die bei der Vermeidung von Lock-In-Effekten im Hinblick auf Unternehmensdaten helfen. Auch im B2B-Bereich würde es den Wettbewerb befördern, wenn Unternehmen einen Anspruch gegen die Anbieter von Informationstechnologie hätten, bei Vertragsbeendigung die dem Anbieter übermittelten oder in den Kundensystemen abgelegten Unternehmensdaten „in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten“, so wie es Art. 18 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung vorsieht.⁷⁵ Dies würde mittelbar für den Zugang zu Daten durch Wettbewerber sorgen.

2. Transaktionskosten

Eine weitere Prämisse des *Coase Theorems*, neben der vollkommenen Konkurrenz, ist, dass die Kosten der Transaktionen bei null liegen.⁷⁶ Bei oberflächlicher Betrachtung spielen Transaktionskosten beim Austausch von Daten gegen Dienste keine Rolle, weil die Übermittlung von Daten mit nur geringen Kosten verbunden ist. Bezieht man aber die nach Vertragsschluss entstehenden Kosten mit ein, verändert sich das Bild. Ex post-Transaktionskosten können sich immer dann ergeben, wenn ein späterer Wechsel zu einem anderen Dienst technisch oder auf andere Weise erschwert wird (Lock-In-Effekte).⁷⁷ Bezieht man die späteren Wechselkosten mit ein, so kann dies den Gewinn erheblich reduzieren. Die Datenschutz-Grundverordnung sowie der Vorschlag für eine Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte versuchen, wie bereits gezeigt, entsprechende Effekte durch die Einführung von zwingenden Rechten des Verbrauchers (insbesondere bei Vertragsbeendigung) abzumildern. Für den B2B-Bereich fehlt es bislang an entsprechenden Regeln. Unternehmen, die ihre Daten in die „Cloud“ eines anderen Anbieters legen oder ihre Datenverarbeitung ganz „outsourcen“, müssen sich mit klaren vertraglichen Regelungen

74

Vgl. BMWI (Hrsg.), Marktanalyse – Windenergie an Land, 18.2.2015, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/studie-windenergie-an-land.html>.

75

Noch einen Schritt weiter ginge eine gesetzliche Pflicht zur Verwendung offener Standards, vgl. hierzu *Felix Greve*, Die staatliche Gewährleistungsverantwortung für offene Standards (Baden-Baden 2015) passim. Ähnlich auch *Spindler*, Data and Property Rights, ZGE 2017, 399-405, 399 ff., der für eine allgemeine Interoperabilitätsregel plädiert.

76

Coase, 3 The Journal of Law & Economics (1960) 1, 19, 15 ff.

77

S. hierzu eingehend *Hoofnagle/Whittington*, Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price, 61 UCLA Law Review 606, 612 ff. (2014). Vgl. auch *Buchner*, supra 30, 179 ff.

vor entsprechenden Lock-In-Effekten schützen.

3. Informationsasymmetrien

Ein primär vertragsrechtliches Problem liegt in den asymmetrischen Informationen der Vertragsparteien.⁷⁸ Das Problem betrifft vor allem Verbraucher, deren Daten verarbeitet werden, aber durchaus auch Unternehmen, wenn diese gar nicht die Information erhalten, dass ihre Dienstleister Daten erfassen und sammeln. *Drexl* schlägt die Einführung einer allgemeinen Informationspflicht vor, die als Teil eines sich entwickelnden Datenvertragsrechts geregelt werden sollte.⁷⁹ Für eine solche Informationspflicht sprechen in der Tat gute Gründe, weil auch Unternehmen als Kunden von Informationstechnologiediensten wegen der Komplexität der Produkte und Dienstleistungen und der geheimgehaltenen Algorithmen nicht erkennen können, welche Daten im Einzelnen erfasst und verarbeitet werden. Wer aber nicht weiß, welche Daten er preisgibt und wie diese weiterverarbeitet werden, kann auch nicht den Wert seiner überlassenen Daten erkennen.

V. Fazit

Kann man also mehr Freiheit wagen auf dem Markt für Daten? Die Antwort muss beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung lauten: Ja, aber die Rahmenbedingungen müssen stimmen! Ein Marktmodell für personenbezogene Daten setzt voraus, dass die Verbraucher über die Datensammlung und -verarbeitung umfassend, aber zugleich übersichtlich und transparent informiert werden, um bewusste Entscheidungen zu treffen. Zudem ist ein Marktmodell nur denkbar, wenn Verbraucher zwischen verschiedenen Diensten oder zwischen datenintensiven und datensparsamen Angeboten desselben Anbieters wählen können. Schließlich gilt es, Lock-In-Effekte zu verhindern, so dass Verbraucher den Anbieter wechseln können und ihre Daten ohne Überwindung technischer Hürden mitnehmen können. Der europäische Gesetzgeber (und die Wettbewerbsbehörden) haben sich auf den Weg gemacht, die genannten Rahmenbedingungen zu schaffen. Das Ziel eines funktionsfähigen Marktes ist aber noch nicht erreicht. Gleichwohl verdient die Initiative der Kommission Zustimmung, mit dem Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte nunmehr einen Paradigmenwechsel einzuleiten. Der Markt für personenbezogene Daten mit all seinen Dysfunktionalitäten ist faktisch schon lange eröffnet. Das Vertragsrecht darf den Verbraucher nicht schutzlos den Anbietern ausliefern. Für die Märkte für Datensammlungen stellen sich naturgemäß andere Probleme, weil Verbraucher hier nicht unmittelbar beteiligt sind. Plänen für die Einführung von neuen Immaterialgüterrechten für „big data“ ist nach momentaner Lage eine Absage zu erteilen. Datensammlungen sind in vielen Fällen bereits de lege lata auf Grundlage der Datenbank-Richtlinie aus dem Jahr 1996 geschützt. Aber auch dort, wo die Richtlinie nicht greift, wird „big data“ erzeugt und gehandelt. Es scheint also genügend Anreize zu geben. Im B2B-Bereich stellt sich allerdings die Frage, ob jenseits der heute bereits anerkannten, sektorspezifischen Rechte auf Zugang zu Datensammlungen weitere, allgemeine Zugangsrechte erforderlich sind. Der Gesetzgeber sollte hier zunächst die weitere Entwicklung abwarten. Stand heute fehlt der empirische Nachweis für ein Marktversagen. Erwogen werden sollten aber weniger einschneidende Maßnahmen, um den Wettbewerb auf den Datenmärkten zu befördern. Insbesondere sollten überall dort Regelungen zur Portabilität geschaffen werden, wo Lock-In-Effekte den Wettbewerb verhindern. Auch sollten Informationspflichten bei Erhebung von Unternehmensdaten in Betracht gezogen werden.

⁷⁸

S. hierzu allgemein *Nicklisch/Petersen*, supra Fn. 52, 121 ff.; *Schäfer/Ott*, supra Fn. 31, 80.

⁷⁹

Drexl NZKart 2017, 415, 418.