

Datenintermediäre und Data Governance Act

Prof. Dr. Moritz Hennemann und Lukas v. Ditfurth*

Zentraler Baustein des am 3.6.2022 veröffentlichten Data Governance Act (ABl. 2022 L 152, 1) sind die Regelungen für Datenintermediäre (Art. 10 ff. DGA). Sie sind eines der Mittel, mit denen die EU-Verordnung existierende Datenbestände besser nutzbar machen will. Das Regulierungsregime soll das Marktvertrauen in Datenintermediäre stärken und wettbewerbliche Fehlentwicklungen frühzeitig verhindern. Der Beitrag stellt die neuen Vorschriften für Datenintermediäre vor und unternimmt eine Bewertung im Lichte der voranschreitenden Kodifizierung des Datenwirtschaftsrechts.

I. Einleitung

1Die EU soll Vorbild für eine datennutzende Gesellschaft werden. Dafür hat die Kommission mit der Europäischen Datenstrategie wesentliche Schritte definiert.¹ Ziel ist die Entstehung eines auf gemeinsamer Datennutzung aufbauenden Ökosystems, das auch einer (Daten-)Konzentration auf wenige Tech-Giganten vorbeugt.² So soll europäischen Unternehmen, Behörden und Wissenschaftlern der Zugang zu großen Mengen hochwertiger Daten eröffnet werden.³ Die Zielsetzung eines florierenden Datenaustausches steht freilich im Spannungsverhältnis zum strengen unionalen Datenschutzrecht,⁴ weswegen die Kommission ihre Hoffnungen auch auf die Nutzung maschinengenerierter, nicht-personenbezogener⁵ Industrie-Daten setzt.⁶

2Von den kommissionsseitig vorgelegten Regulierungsvorhaben hat nun der Data Governance Act (DGA) den Gesetzgebungsprozess als erster durchlaufen. Ende des Jahres 2021 einigten sich Kommission, Rat und Parlament über die endgültige Fassung (sog. Trilog),⁷ nachdem die Kommission ihren ersten Entwurf im November 2020 vorgelegt hatte.⁸ Im Gegensatz zu anderen Vorschlägen, wie dem Digital Markets Act (DMA), dem Digital Services Act (DSA) und dem Data Act (DA), findet der DGA in der breiteren Öffentlichkeit bislang vergleichsweise wenig Beachtung. Dabei ist der DGA aus Sicht der Kommission ein zentraler Baustein für die unionale Datenregulierung, dessen konkrete Ausformung allerdings bereits erhebliche Kritik auf sich gezogen hat.⁹ Dies gilt auch und gerade angesichts der Tatsache, dass der DGA Teil eines übergreifenden Regulierungsansatzes ist und die weiteren Vorhaben demnach stets mitzudenken sind.¹⁰

3Der DGA regelt im Wesentlichen drei unterschiedliche Aspekte der Datennutzung und -weitergabe: die Wiederverwendung von Daten des öffentlichen Sektors (Art. 3–9 DGA), Datenvermittler (Art. 10–15 DGA) und datenaltruistische Organisationen (Art. 16–25 DGA). Angesprochen sind sowohl personenbezogene als auch nicht-

personenbezogene Daten (als codierte bzw. digital strukturierte Informationen¹¹). Gemeinsames Ziel dieser Regelungen ist es, die bessere Nutzbarmachung existierender Datenbestände durch Weitergabe an Dritte zu fördern.¹² Im Fokus der folgenden Ausführungen

Hennemann/von Ditfurth: Datenintermediäre und Data Governance Act(NJW 2022, 1905)

1906

stehen solche Datenvermittler, die den Handel von Daten zwischen Unternehmen vermitteln (B2B-Datenintermediäre).¹³

II. Der B2B-Datenaustausch aus ökonomischer Perspektive

4Aus Sicht der Kommission ist der gegenwärtige Zustand der Datenmärkte nicht zufriedenstellend.¹⁴

1. Das Potenzial des Datenaustausches

5Unter Berufung auf Schätzungen der OECD nimmt die Kommission an, dass der verstärkte Austausch von Unternehmensdaten zu gesamtwirtschaftlichen Vorteilen iHv 1–2,5 % des europäischen BIP führen kann.¹⁵ Diese Erwartung beruht im Wesentlichen auf den zentralen Eigenschaften von Daten: ihrer Nicht-Rivalität und ihrer Vielseitigkeit bei der Nutzung für unterschiedliche Zwecke sowie ihrem hohen wirtschaftlichen Potenzial.¹⁶ Daten werden deswegen bereits als eigenständige Produkte auf Datenmärkten gehandelt.¹⁷ Mangels eines absoluten Rechts an Daten ist die faktische Kontrolle des Datenzugriffs durch den sogenannten Dateninhaber Grundlage des Handels.¹⁸ Ein solcher Handel ist aber derzeit nur schwach ausgeprägt.¹⁹ Häufig sind Unternehmen nicht bereit, ihre Daten mit anderen Unternehmen zu teilen, etwa weil sie einen Verlust von Wettbewerbsvorteilen durch die Datenweitergabe befürchten.²⁰

2. Marktversagen auf B2B-Datenmärkten

6Selbst wenn Unternehmen zum Teilen von Daten bereit sind, sind die Kosten (Vertragsanbahnung, -abschluss und -durchführung²¹) für Datentransaktionen hoch.²² Durch Informationsasymmetrien können erhebliche Suchkosten entstehen.²³ Für Datennachfrager ist es oft nicht ersichtlich, wer über die von ihnen benötigten Daten verfügt.²⁴ Ebenso muss aufwendig festgestellt werden, ob die vertragsgegenständlichen Daten die gewünschte Qualität haben.²⁵ Die Preisbildung ist aufgrund des (noch) niedrigen Transaktionsvolumens und der Heterogenität unterschiedlicher Datensätze mit Schwierigkeiten behaftet.²⁶ Ferner ist die rechtssichere Handhabung von Datentransaktionen anspruchsvoll. Die Gestaltungsoptionen für Daten(lizenz)verträge²⁷ sind mannigfaltig,²⁸ und es hat sich für diesen gesetzlich nicht geregelten Vertragstyp noch keine etablierte Vertragspraxis herausgebildet. Eine große Herausforderung für rechtssichere Datentransaktionen ist vor allem das Datenschutzrecht.²⁹ In vielen Fällen setzt die Durchführung eines Datenaustausches zudem die Prüfung kartellrechtlicher Vorgaben voraus.³⁰ Weiterhin

entstehen, insbesondere bei der Herstellung der Interoperabilität unterschiedlicher Datensätze, erhebliche technische Kosten.³¹ Zuletzt ist die Überwachung der Einhaltung vertraglicher Bestimmungen mit einem hohen Aufwand verbunden. Teils ist es nahezu unmöglich festzustellen, ob der Datenerwerber vertragsgemäß mit den Daten umgeht und sie nicht etwa unbefugt mit Dritten teilt.³²

3. Datenintermediäre als Chance für Datenmärkte

Vor diesem Hintergrund haben plattformgestützte Geschäftsmodelle das Potenzial, Datentransaktionen zu befördern, indem sie Transaktionskosten senken.³³ Das durch Plattformen erleichterte *matching* verringert Suchkosten.³⁴ Datenintermediäre können zusätzlich bei der Vertragserstellung oder der Herstellung von Interoperabilität behilflich sein.³⁵ Gleichzeitig sind zweiseitige Plattformen aber ein allfällig bekanntes Risiko für den Wettbewerb. Aufgrund von positiven Netzwerk- und Skaleneffekten können Plattformen vergleichsweise schnell eine starke Marktposition gewinnen.³⁶ Da Plattformbetreiber über den Zugang zu und die Regeln für die Nutzung der Plattformen bestimmen, besteht die Gefahr eines Marktmachtmissbrauchs.³⁷

4. Arten von Datenintermediären

Bislang haben sich im Wesentlichen – bei Mischformen im Detail – zwei Arten von Datenintermediären entwickelt, die den direkten Datenaustausch zwischen Unternehmen ermöglichen: Datenmarktplätze und industrielle Datenplattformen. Datenmarktplätze für Unternehmen entsprechen dem Modell zweiseitiger *Matchmaking*-Plattformen.³⁸ Die Datenangebote von Dateninhabern aus unterschiedlichen Sektoren und Industrien werden in einem nach Stichworten durchsuchbaren Online-Katalog gebündelt, wodurch es po-

Hennemann/von Ditzfurth: Datenintermediäre und Data Governance
Act(NJW 2022, 1905)

1907

tenziellen Datennutzern erleichtert wird, benötigte Daten zu finden. Der Datenmarktplatz Dawex Global Data Marketplace beschreibt sich anschaulich als einen „Mix aus Ebay, Amazon und AirBnB für Daten“.³⁹ Viele Datenmarktplätze unterstützen nicht nur bei der Anbahnung von Transaktionen, sondern auch bei deren rechtlicher und technischer Durchführung (etwa bei der Anonymisierung).⁴⁰

Bei industriellen Datenplattformen, worunter vor allem Datenpools oder Datenräume fallen,⁴¹ steht demgegenüber nicht die Monetarisierung von Daten, sondern die Zusammenarbeit von Unternehmen durch die gemeinsame Datennutzung im Fokus.⁴² Bei Datenpools geben die Teilnehmer bestimmte Daten in den Pool und erhalten im Gegenzug Zugriff auf die insgesamt eingespeisten Daten der anderen Teilnehmer.⁴³ Bei Datenräumen findet hingegen kein Pooling statt. Stattdessen können Teilnehmer ihre Daten gezielt mit anderen Teilnehmern teilen. Der Datenraum dient als technische Infrastruktur für den Datenaustausch.⁴⁴ Betrieben werden industrielle

Datenplattformen häufig, aber nicht zwangsläufig,⁴⁵ von Unternehmen aus dem Kreis der Teilnehmer.⁴⁶ Industrielle Datenplattformen sind zudem als offene oder geschlossene Modelle denkbar.⁴⁷ Bei geschlossenen Plattformen ist der Teilnehmerkreis auf ausgewählte Unternehmen beschränkt, zum Beispiel auf Zulieferer und Kunden des Plattformbetreibers.⁴⁸

III. Die Regulierung von B2B-Datenintermediären durch Art. 10–15 DGA

1. Zielsetzung(en)

10Die Regulierung durch den DGA soll in erster Linie das Vertrauen in Datenintermediäre stärken und so die Verfügbarkeit von Daten erhöhen (Erwgr. 5, 32 DGA).⁴⁹ Die aktuell geringe Bereitschaft von Unternehmen, Datenintermediäre zu nutzen und ihre Daten mit anderen Unternehmen zu teilen, liegt nach Ansicht der Kommission vor allem an Vertrauensdefiziten auf Datenmärkten.⁵⁰ Nur wenn Unternehmen Datenvermittlern ausreichend vertrauen, können diese große Nutzerzahlen gewinnen und erfolgreich zu einem florierenden Datenaustausch in der EU beitragen.⁵¹ Indem die Regulierung durch den DGA das nötige Vertrauen in Datenvermittler herstelle, fördere sie folglich Datenintermediäre und ver helfe ihnen zu einer größeren Nutzerbasis.⁵² Zudem soll der DGA *ex ante* verhindern, dass sich potenzielle wettbewerbliche Risiken durch zweiseitige Plattformen realisieren. Wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit den großen Digitalplattformen aufgetreten sind (zB Selbstbevorzugungen oder Ungleichbehandlungen), soll (sehr) frühzeitig entgegengewirkt werden (Erwgr. 33).⁵³

2. Systematik

11Die Regulierung der Art. 10–15 DGA richtet sich gem. Art. 10 DGA an sogenannte Datenvermittlungsdienste.⁵⁴ Unternehmen müssen eigenständig und auf eigenes Risiko prüfen, ob es sich bei ihrem Geschäftsmodell um einen Datenvermittlungsdienst nach Art. 10 DGA handelt.⁵⁵ Ist dies der Fall, sind sie gem. Art. 11 I DGA zur Anmeldung bei der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dem sie ihre Hauptniederlassung haben (Art. 11 II DGA), verpflichtet (Erwgr. 38). Erst nach Übermittlung der Anmeldung ist die Aufnahme der Vermittlungstätigkeiten gestattet (Art. 11 IV DGA, „Verbot mit (...) Anmeldevorbehalt“⁵⁶). Bei der Anmeldung sind der Behörde gem. Art. 11 VI DGA bestimmte Informationen, etwa zur Rechtsform oder den beabsichtigten Tätigkeiten des Datenvermittlungsdienstes, mitzuteilen (Erwgr. 39). Nimmt ein Datenvermittlungsdienst seine Tätigkeit auf, unterliegt er den Vorgaben des Art. 12 DGA und muss die dort festgelegten Verhaltenspflichten einhalten (siehe unten Rn. 18 ff.)

12Die internationale Anwendbarkeit der Art. 10 ff. DGA ist recht versteckt normiert. Datenvermittlungsdienste mit Sitz im EU-Ausland unterliegen allerdings ebenso der Regulierung des DGA, falls sie ihre Dienste innerhalb der EU anbieten (Erwgr. 42). Mittelbar ergibt sich das aus Art. 11 III DGA, wonach Dienste einen Vertreter in der EU

(entsprechend Art. 27 DS-GVO) benennen müssen. Erwgr. 42 verdeutlicht zudem, dass in der Sache das aus der DS-GVO vertraute Marktortprinzip (Art. 3 II Buchst. a DS-GVO) mit bekannten Abgrenzungskriterien zugrunde gelegt wird.

13 Die Einhaltung der Anmeldepflicht und der Verhaltenspflichten wird gem. Art. 14 DGA von der zuständigen Behörde überwacht.⁵⁷ Jeder Mitgliedstaat muss nach Art. 13 DGA eine oder mehrere Behörden bestimmen, die hierfür verantwortlich sind (Erwgr. 44). Bei Verstößen gegen die Anmeldepflicht oder die Verhaltenspflichten stehen den Behörden gem. Art. 14 IV DGA verschiedene Sanktionsmittel zur Verfügung. Unter Umständen können Bußgelder verhängt (Erwgr. 55) sowie die vorübergehende Unterbrechung oder dauerhafte Einstellung der Dienste angeordnet werden.

3. Anwendungsbereich

a) Datenvermittlungsdienste

14 Sehr zu begrüßen ist die im Vergleich zum ursprünglichen Kommissionsentwurf nun in Art. 2 Nr. 11 DGA getroffene Legaldefinition von Datenvermittlungsdiensten (Art. 10 I Buchst. a DGA). Danach handelt es sich um Dienste, die darauf abzielen, durch technische, rechtliche oder sons-

Hennemann/von Ditfurth: Datenintermediäre und Data Governance Act (NJW 2022, 1905)

1908

tige Mittel Geschäftsbeziehungen zum Zwecke des Teilens von Daten (gemeinsame Datennutzung) zwischen einer unbestimmten Zahl von Dateninhabern und Datennutzern herzustellen.⁵⁸ Nach dieser Definition genügt grundsätzlich jede geeignete Art der Hilfestellung bei der Anbahnung von geschäftlichen Datentransaktionen. Das bloße *Match-making* zwischen Dateninhabern und -nutzern ohne weitere rechtliche oder technische Hilfestellungen reicht aus. Es muss eine direkte Geschäftsbeziehung zwischen Dateninhabern und Datennutzern angebahnt werden. Nicht erfasst werden daher sogenannte Datenbroker, also Unternehmen, die Daten einer Vielzahl von Unternehmen ankaufen, um sie aufzubereiten und anschließend an andere Unternehmen weiterzuverkaufen (vgl. Art. 2 Nr. 11 Buchst. a DGA).

15 Des Weiteren müssen die Vermittlungsdienste einer unbestimmten Anzahl von Dateninhabern und Datennutzern offenstehen. Dies schließt geschlossene Datenplattformen, an denen nur ein im Vorhinein festgelegter Kreis von Unternehmen teilnehmen darf, vom Anwendungsbereich aus. Eine Klarstellung findet sich insoweit (nun) auch in Art. 2 Nr. 11 Buchst. c DGA. Ebenso werden solche Plattformen nicht erfasst, über die lediglich ein Unternehmen seine Daten mit anderen Unternehmen teilt (vgl. Erwgr. 28). Ein Beispiel hierfür ist die B2B-Plattform BMW Car Data, über die der Zugang zu Daten von BMW-Fahrzeugen erworben werden kann.⁵⁹ Ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden gem. Art. 2 Nr. 11 Buchst. b DGA auch

Intermediäre für urheberrechtlich geschützte Inhalte, wie Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten gem. Art. 2 Nr. 6 UrhR-RL (Erwgr. 29).⁶⁰

16Die Legaldefinition bleibt allerdings an einer entscheidenden Stelle zu vage. Denn danach genügt es bereits, dass Datenvermittlungsdienste Geschäftsbeziehungen zum Zwecke des Teilens von Daten anbahnen. Diese Formulierung zielt in erster Linie auf Datenmarktplätze und die Betreiber von industriellen Datenplattformen, wie Datenpools oder Datenräume, ab (Erwgr. 28). Weder aus dem Wortlaut der Definition noch aus den Erwägungsgründen geht aber eindeutig hervor, dass das Teilen von Daten der Hauptzweck der angebahnten Geschäftsbeziehung sein muss.⁶¹ Eine entsprechende Auslegung (etwa das „abzielen“ betonend) erscheint allerdings angezeigt. Da Unternehmen heute in den meisten Geschäftsbeziehungen bestimmte Daten miteinander teilen, könnte das Tatbestandsmerkmal andernfalls zu einem ausufernden Anwendungsbereich des Art. 10 DGA führen. Denkbar erschiene es zum Beispiel, dass B2B-Marktplätze für physische Güter, wie Stahl oder Öl,⁶² als Datenvermittlungsdienste iSd Art. 2 Nr. 11 DGA begriffen werden, da im Rahmen der dort angebahnten Transaktionen oftmals auch Daten ausgetauscht werden.

b) Technische Unterstützungsdienstleister

17Dienstleister, die selbst keinen Datenvermittlungsdienst anbieten, werden von Art. 10 I Buchst. a DGA erfasst, wenn sie stattdessen technische oder andere Mittel zum Betrieb von Datenvermittlungsdiensten anbieten. Gemeint sind Unternehmen, die darauf spezialisiert sind, die Cloud-Infrastruktur für den Betrieb von Datenplattformen den Betreibern zur Verfügung zu stellen.⁶³ Nach Erwgr. 28 DGA sollen solche Dienstleister aber nur dann in den Anwendungsbereich fallen, wenn ihre Angebote nicht bloß der technischen Durchführung, sondern auch der geschäftlichen Anbahnung des Datenaustausches dienen, oder sie im Rahmen ihrer Aktivitäten Kenntnisse über die Anbahnung solcher geschäftlichen Beziehungen erlangen können. Gewöhnliche Cloud-Dienste,⁶⁴ Datenanalyse- oder E-Mail-Anbieter werden daher laut Erwgr. 28 DGA von Art. 10 I Buchst. a DGA nicht erfasst.

4. Verhaltenspflichten

18Wenn ein Intermediär in den Anwendungsbereich von Art. 10 DGA fällt, muss er nach Art. 12 DGA eine Vielzahl von Verhaltenspflichten beachten. Die wichtigsten Pflichten werden im Folgenden vorgestellt.

a) Neutralitätsgebot

19Nach Art. 12 Buchst. a DGA wird der Datenvermittlungsdienst zur strikten Neutralität hinsichtlich der zwischen Dateninhaber und -nutzer auszutauschenden Daten verpflichtet. Er darf die Daten, die über seine Plattform ausgetauscht werden, nicht für andere Zwecke verwenden, als sie den jeweiligen Datennutzern zugänglich zu machen. „Die europäische Art der Daten-Governance“ sieht eine strikte Trennung von

Datenvermittlung und -nutzung vor (Erwgr. 32). Dies bedeutet zum einen, dass der Plattformbetreiber lediglich Metadaten, die bei der Durchführung der Vermittlungsdienste anfallen, gem. Buchst. c für die Verbesserung der eigenen Plattform verwenden darf. Zum anderen darf der Vermittlungsdienst Dateninhabern oder -nutzern grundsätzlich keine datenbezogenen Leistungen anbieten; zum Beispiel darf er die ausgetauschten Daten nicht im Auftrag des Datenerwerbers analysieren. Eine Ausnahme von dieser strengen Zweckbindung ergibt sich aus Art. 12 Buchst. e DGA. Danach dürfen Datenvermittlungsdienste zumindest solche datenbezogenen Dienstleistungen vornehmen, die ausschließlich der Erleichterung des Datenaustausches dienen. Sie können also zum Beispiel bei der Anonymisierung von Daten behilflich sein (Erwgr. 32). Diese Ausnahme ist mit Blick auf die Unterstützungsfunktion von Datenintermediären bei der technischen Durchführung des Datenaustausches zu begrüßen.

20 Das Neutralitätsgebot wird zusätzlich dadurch abgesichert, dass nach Art. 12 Buchst. a DGA die strukturelle Trennung des Datenvermittlungsdienstes von anderen Einheiten des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe erforderlich ist. Der Datenvermittlungsdienst muss also von einer (separaten) juristischen Person erbracht werden. Ähnlich wie bei *chinese walls* und dem aus dem klassischen Regulierungsrecht bekannten *Unbundling*⁶⁵ soll die Trennung möglichen Interessenkonflikten vorbeugen (Erwgr. 33).⁶⁶ Nicht erforderlich soll allerdings sein, dass der Datenvermittlungsdienst von der Muttergesellschaft auch wei-

Hennemann/von Ditzfurth: Datenintermediäre und Data Governance Act (NJW 2022, 1905)

1909

sungs- und wirtschaftlich unabhängig ist.⁶⁷ Zu beachten ist zudem, dass sich die Art. 10 ff. DGA nach Erwgr. 28 nur auf die Datenvermittlungsdienste eines Unternehmens und nicht auf etwaige andere angebotene datenbezogene Dienstleistungen beziehen. Solche Dienstleistungen können weiterhin von strukturell getrennten Mutter- oder Schwestergesellschaften des Datenvermittlungsdienstes erbracht werden.

b) Verbot von Koppelungsgeschäften

21 Nach Art. 12 Buchst. b DGA darf der Datenvermittlungsdienst seine Nutzungsbedingungen, inklusive seiner Gebühren, nicht davon abhängig machen, dass seine Nutzer noch andere Dienste des Vermittlers oder der mit ihm verbundenen Mutter- oder Schwestergesellschaften nutzen. Der Nutzer eines Datenvermittlungsdienstes darf also keine günstigeren Konditionen erhalten, weil er noch andere Dienstleistungen des Unternehmens in Anspruch nimmt. Eine solche Koppelung unterschiedlicher Dienstleistungen gilt im Wettbewerbsrecht und der Wettbewerbsökonomie nicht zwangsläufig als wettbewerbsschädlich.⁶⁸ Zum Beispiel ist es positiv zu bewerten, wenn Unternehmen durch die Koppelung von Produkten Kosteneinsparungen an ihre Kunden weiterreichen oder deren Suchkosten reduzieren.

Problematisch sind Koppelungen aber, wenn sie eine Marktmachtübertragung bewirken. Aufgrund der dann möglichen wettbewerbsverfälschenden und marktverschließenden Wirkungen können Koppelungsgeschäfte durch marktmächtige Unternehmen gegen Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB verstoßen.⁶⁹ Da sie im Einzelfall aber auch positive Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können, wird ein generelles Verbot von Koppelungsgeschäften ohne Verteidigungsmöglichkeit der Unternehmen im Hinblick auf den DMA-E mitunter kritisiert.⁷⁰ Diese Kritikpunkte treffen grundsätzlich auch auf Art. 12 Buchst. b DGA zu.

c) Umwandlung von Datenformaten

22 Nach Art. 12 Buchst. d DGA muss der Datenvermittler die vom Dateninhaber erlangten Daten grundsätzlich im selben Format an den Datennutzer weiterleiten, in dem er sie erhalten hat. Er darf das Datenformat nicht eigenmächtig umwandeln. Art. 12 Buchst. d DGA soll dazu beitragen, die Neutralität des Vermittlers sicherzustellen.⁷¹ Durch das Verbot soll verhindert werden, dass Intermediäre eigene Datenformat-Standards setzen, die womöglich nicht im Interesse der Parteien sind oder die den Wettbewerb beeinträchtigen, indem sie etwa den Wechsel zu anderen Diensten, die nicht dieses Datenformat verwenden, erschweren (sog. Lock-in). Ausnahmsweise ist die Formatumwandlung aber zulässig, wenn sie zur Herstellung der Interoperabilität notwendig ist und von den Parteien der Datentransaktion gewünscht wird, gesetzlich vorgeschrieben ist⁷² oder dazu dient, internationale oder europäische Standards einzuhalten. Denn in diesen Fällen verbessert die Umwandlung die Nutzbarkeit der Daten und fördert den B2B-Datenaustausch (Erwgr. 32).

d) Interoperabilität zwischen Datenvermittlungsdiensten

23 Der Verhinderung eines Lock-in dient auch die Pflicht des Art. 12 Buchst. i DGA, wonach Datenvermittler angemessene Maßnahmen treffen müssen, um die Interoperabilität mit anderen Datenvermittlungsdiensten zu gewährleisten. Es sollen offene Standards verwendet werden, die es den Nutzern erlauben, relativ einfach von einem Datenvermittlungsdienst zu einem anderen zu wechseln. Indem verhindert wird, dass Nutzer technisch an den Dienst eines Anbieters gebunden werden, soll die Funktionsfähigkeit des Marktes für Datenvermittlungsdienste gewahrt werden (Erwgr. 34). Momentan existieren allerdings (wohl) keine entsprechenden Standards für Datenvermittlungsdienste. Es ist daher unklar, welche Maßnahmen zunächst ergriffen werden sollten.⁷³ Langfristig soll das noch zu gründende European Data Innovation Board gem. Art. 30 DGA solche Standards entwickeln.

e) Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot

24 Art. 12 Buchst. f DGA bestimmt, dass die Zugangsbedingungen und die Konditionen von Datenvermittlungsdiensten fair, transparent und nicht-diskriminierend sein müssen. Hierdurch soll die neutrale Stellung der Intermediäre (weiter) abgesichert werden. Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung einzelner

Plattformnutzer ist demnach unzulässig. Im Hinblick auf den Zugang zu Datenvermittlungsdiensten können durch das Diskriminierungsverbot mögliche Wettbewerbsverzerrungen und Marktabstottungen verhindert werden. Denn der Zugang zu einer industriespezifischen Datenplattform kann für Unternehmen aus dem jeweiligen Sektor eine notwendige Voraussetzung für die Erhaltung ihrer Wettbewerbsfähigkeit sein.⁷⁴ Das Diskriminierungsverbot für Preise und andere Konditionen kann kleinere Unternehmen schützen, die über eine geringe Verhandlungsmacht verfügen. Datenvermittlungsdienste sind außerdem verpflichtet, ihre Gebühren und sonstigen Konditionen gegenüber potenziellen Plattformnutzern offenzulegen. Nutzer sollen hierdurch in die Lage versetzt werden, den attraktivsten Dienstleister auszuwählen. So soll der Preis- und Konditionenwettbewerb zwischen Datenvermittlungsdiensten gestärkt werden.⁷⁵

f) Überwachungs- und Sicherheitspflichten

25Der DGA sieht in Art. 12 Buchst. g, h, j, k, l, o umfangreiche Überwachungs- und Sicherheitspflichten für Datenvermittlungsdienste vor. Nach Art. 12 Buchst. j DGA muss der Datenvermittler angemessene Maßnahmen ergreifen, um die rechtswidrige Weitergabe nicht-personenbezogener Daten zu verhindern. Diese Vorgabe wird auf absehbare Zeit für erhebliche Diskussionen sorgen. Denn der Datenvermittler ist damit in der Sache verpflichtet, die Datentransaktionen seiner Nutzer grundsätzlich zu überwachen und Rechtsverstöße selbst zu unterbinden. Der DGA statuiert damit eine weitreichende Pflicht zur Gewährleistung rechtskonformen Nutzerverhaltens.⁷⁶ In Betracht kommende Rechtsverstöße sind unter anderem Verletzungen des Ge-

Hennemann/von Ditfurth: Datenintermediäre und Data Governance
Act(NJW 2022, 1905)

1910

schäftsgeheimnisgesetzes oder des Strafrechts. Der DGA enthält allerdings keine Vorgaben dazu, was angemessene Maßnahmen im Sinne des Buchst. j sein sollen; Instrumente anderer Rechtsgebiete (wie etwa die UrhR-RL) können insoweit zumindest einen Anhalt bieten.⁷⁷

26Ergänzend verlangt Art. 12 Buchst. g DGA, dass Mechanismen zur Vermeidung und Sanktionierung missbräuchlicher Verhaltensweisen von Nutzern implementiert werden.⁷⁸ Die nach Buchst. o vorgeschriebene Aufzeichnung aller Vermittlungstätigkeiten soll über erfolgte Datentransaktionen Aufschluss geben. Buchst. h sieht außerdem vor, dass Datenvermittlungsdienste Vorkehrungen für den Fall einer Insolvenz treffen. Zusätzliche Sicherheitsmaßnahmen werden für nicht-personenbezogene Daten statuiert.⁷⁹ Bei der Speicherung, Verarbeitung und Übertragung nicht-personenbezogener Daten muss nach Buchst. l ein angemessenes Sicherheitsniveau eingehalten werden.⁸⁰ Wenn unautorisierte Datenzugriffe erfolgen, müssen die Dateninhaber hierüber gem. Buchst. k informiert werden.

5. Datenschutz- und Kartellrecht

27 Art. 1 III, IV sowie Erwgr. 35, 37, 60 DGA stellen ergänzend klar, dass Datenvermittlungsdienste die Anforderungen der DS-GVO und des Kartellrechts unbeschadet der Vorgaben des DGA einhalten müssen. Damit sind erhebliche weitere Compliance-Vorkehrungen verbunden, deren Last durch bestehende Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung noch gesteigert werden.⁸¹

IV. Gesamtbewertung

28 Ob die Regulierung der Datenvermittlungsdienste geeignet ist, den Datenaustausch zwischen Unternehmen in der EU zu beleben und zu fördern, lässt sich im Moment noch nicht abschließend absehen.⁸² Skepsis ist jedoch aus unterschiedlichen Gründen angezeigt.

1. Förderung durch Regulierung?

29 Bisher liegen zum einen keine verlässlichen Anhaltspunkte dafür vor, dass die geringe Nutzung von Datenvermittlungsdiensten tatsächlich auf einem Vertrauensdefizit beruht. Naheliegender ist es, dass die technischen, rechtlichen und sonstigen Hindernisse für den Datenhandel auch die Nutzung von Datenintermediären bremsen.⁸³ Zum anderen erscheint zweifelhaft, ob der DGA ein solches Vertrauen tatsächlich herstellen kann. Denn der DGA setzt allein auf eine behördliche *ex-post*-Kontrolle. Der Betrieb von Datenvermittlungsdiensten wird gerade nicht *ex ante* genehmigt. Außerdem erschwert die Regulierung des DGA das Geschäftsmodell von Datenvermittlungsdiensten weiter; die hohen Compliance-Kosten machen die Tätigkeit unattraktiv bzw. unattraktiver.⁸⁴ Die parallelen Zuständigkeiten unterschiedlicher Fachbehörden tragen dazu zusätzlich bei. Die von der Kommission ursprünglich erwogene Regulierungsalternative⁸⁵ einer freiwilligen Zertifizierung von Datenintermediären wäre gerade vor diesem Hintergrund vorzugswürdig gewesen.⁸⁶ Der Wettbewerb zwischen zertifizierten und nicht-zertifizierten Akteuren hätte zeigen können, ob ein (selbstaufgelegter) Pflichtenkatalog das Vertrauen in die Intermediärstätigkeit tatsächlich erhöht.

2. Wettbewerbliche Effekte

30 Ebenso sind mit Blick auf die wettbewerblichen Risiken Zweifel angezeigt, ob die sehr strenge Regulierung durch Art. 12 DGA zum aktuellen Zeitpunkt zweckmäßig ist. Analog zum DMA-E⁸⁷ und zum DSA-E⁸⁸ wendet sich der unionale Gesetzgeber bei der Regulierung von Datenintermediären von verschiedenen Grundsätzen des Kartellrechts ab: Statt einer nachträglichen Verhaltensprüfung anhand allgemeiner und flexibel gefasster Normen (Art. 102 AEUV, § 19 GWB) werden die Datenintermediäre *ex ante* durch die Auferlegung konkreter Verhaltenspflichten reguliert. Die Berücksichtigung von pro-kompetitiven Auswirkungen ist nicht möglich. Der Gesetzgeber verfolgt zudem einen *One-size-fits-all*-Ansatz. Datenintermediäre werden unabhängig von ihrer Marktmacht reguliert. Es bleibt im Ausgangspunkt offen, warum der geltende

kartellrechtliche Rahmen nicht ausreichend ist.⁸⁹ Gleichwohl ist zu konzedieren, dass sich durch den DGA womöglich Vermachtungstendenzen und andere Fehlentwicklungen frühzeitig verhindern lassen. Ohne Risiko ist dieses Vorgehen mit Blick auf unbekannte Auswirkungen der Regulierung freilich nicht.⁹⁰ Das (zu) enge Korsett für zulässige Geschäftsmodelle könnte Innovationen von Datenvermittlern nachhaltig hemmen.⁹¹ Moderne Datenregulierung bedingt freilich stets bis zu einem gewissen Grad eine Regulierung „ins Offene“ hinein. Die konkrete Konzeption des DGA setzt allerdings nicht nur keine greifbaren Anreize für Datenintermediäre, sondern benachteiligt sie zusätzlich durch die Verhaltenspflichten im Wettbewerb mit ähnlichen Geschäftsmodellen, wie Datenbrokern oder geschlossenen Datenplattformen. Ausweichbewegungen sind daher mehr als naheliegend.⁹²

V. Fazit

31 Es ist zu befürchten, dass der DGA sein primäres Ziel der besseren Nutzarmachung von Daten im B2B-Bereich nicht vollständig erreichen wird. Das Potenzial von Datenintermediären droht durch die strenge und starre Regulierung beeinträchtigt zu werden. Es bleibt zu hoffen, dass der unionale Gesetzgeber den in Art. 35 DGA vorgesehenen Evaluierungsprozess ernst nehmen und auf unbeabsichtigte Auswirkungen der Regulierung zügig und angemessen reagieren wird.

* Der Autor Hennemann, M. Jur. (Oxon.), ist Inhaber des Lehrstuhls für Europäisches und Internationales Informations- und Datenrecht sowie Leiter der Forschungsstelle für Rechtsfragen der Digitalisierung (FREDI) der Universität Passau. Der Autor v. Ditzfurth, LL. M. (Chicago), ist Doktorand am vorgenannten Lehrstuhl.

¹ COM(2020) 66 final.

² COM(2020) 66 final, 6.

³ COM(2020) 66 final, 5.

⁴ S. nur Lohsse/Schulze/Staudenmayer/Wendehorst Trading Data in the Digital Economy, 2017, 327.

⁵ Vgl. aber Purtova Law, Innovation and Technology, Vol. 10/2018, 40.

⁶ COM(2020) 66 final, 3, 5.

⁷ Europäische Kommission, Pressemitte. v. 30.11.2021. Die finale und im Amtsblatt der EU veröffentlichte Fassung des DGA vom 30.5.2022 ist abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0868&from=EN>. Gemäß Art. 38 DGA tritt der DGA 20 Tage nach seiner Veröffentlichung im EU-Amtsblatt (3.6.2022) in Kraft und gilt ab dem 24.9.2023.

⁸ COM(2020) 767 final.

⁹ S. etwa Richter ZEuP 2021, 634; Spindler CR 2021, 98; Veil Data Governance Act IV – Dataismus, CR-Online-Blog v. 7.12.2021.

¹⁰ S. zum Data Act Hennemann/Steinrötter NJW 2022, 1481; zum Datenwirtschaftsrecht Steinrötter RDİ 2021, 480; zum Datenprivatrecht Hacker Datenprivatrecht, 2020; Richter ZEuP 2021, 634 (635 ff., 663 f.).

¹¹ S. hierzu nur Steinrötter RDİ 2021, 480 (481, 485).

¹² Vgl. Erwgr. 5, 6, 27, 45; COM(2020) 66 final, 14 f.; SWD(2020) 295 final, 19. S. nun auch Art. 4 f. DA-E.

¹³ Die ebenfalls von dem Anwendungsbereich der Art. 10 ff. DGA umfassten Datentreuhänder (s. nur Specht-Riemenschneider ua MMR-Beil. 2021, 25) und Datengenossenschaften (s. etwa Atik/Martens 3 JIPITEC 2021, 370 (390 ff.)) sowie Art. 2 XV, Erwgr. 31 DGA) werden hier nicht diskutiert. Funktionsweise und Zweck unterscheiden sich von B2B-Datenintermediären.

¹⁴ SWD(2020) 295 final, 9; COM(2020) 66 final, 8 f.

¹⁵ SWD(2020) 295 final, 9; OECD Enhancing Access to and Sharing of Data, 2019, 11, 62 ff.

¹⁶ Statt vieler OECD Data Driven Innovation, 2015, 150 ff., 179, 181; Brynjolfsson/Jin/McElheran Business Economics 56/2021, 217; Niebel/Rasel/Viete Economics of Innovation and New Technology 28/2019, 296.

¹⁷ Drexel NZKart 2017, 415 (417). In Abgrenzung zur Erhebung bzw. Erzeugung (Primärmarkt) auch als Sekundärmarkt bezeichnet, vgl. Schweitzer/Peitz NJW 2018, 275 (276).

¹⁸ Drexel JIPITEC 8/2017, 257 (272); Schweitzer NJW 2018, 275 (278).

¹⁹ SWD(2017) 2 final, 15; BDI/IW Datenwirtschaft in Deutschland, 2021, 23 ff.

²⁰ SWD(2020) 295 final, 11. Dieser Problemstellung nimmt sich nun (auch) der Data Act an.

²¹ Grundlegend Dahlman The Journal of Law & Economics 22/1979, 141 (147).

²² SWD(2020) 295 final, 11.

²³ Martens ua Business-to-Business data sharing, 2020, S. 29.

²⁴ SWD(2020) 295 final, 15 f.

²⁵ Zu sog. *evaluation agreements* s. Hennemann RDİ 2021, 61 Rn. 13, zur Datenqualität v. Lewinski/Hähnle DuD 2021, 686 (687).

²⁶ Hartl/Ludin MMR 2021, 534 (536); Specht-Riemenschneider/Werry/Werry/Lehner Datenrecht in der Digitalisierung, 2020, 471 (485).

²⁷ Hierzu Hennemann RDİ 2021, 61; Schur GRUR 2021, 1142.

²⁸ S. die Klassifizierung unterschiedlicher *data contracts* bei ALI/ELI, Principles for a Data Economy, 2021, 48 ff. Gesetzliche Vorgaben für Datenverträge finden sich nun in Art. 4 ff., 8 ff., 13, 23 ff., 30 DA-E.

²⁹ S. nur Pertot/Sattler Rechte an Daten, 2019, S. 49.

³⁰ Vgl. Polley CR 2021, 701.

³¹ SWD(2020) 295 final, 15. So nun auch Art. 28 ff. DA-E.

- 32 SWD(2020) 295 final, 11; OECD Enhancing Access to and Sharing of Data, 81 f.
- 33 Vgl. Erwgr. 22 DGA; SWD(2020) 295 final, 12; Martens ua S. 28 ff.
- 34 Richter/Slowinski IIC 2019, 4 (13); allg. hierzu Engert AcP 2018, 304 (332).
- 35 SWD(2020) 295 final, 12 mwN; Richter ZEuP 2021, 634 (642 f.).
- 36 S. nur Cremér ua, Competition policy for the digital era, 2019, S. 19 ff.
- 37 S. nur Cremér ua S. 60 ff. Die auf ihrer zentralen Marktstellung beruhende Macht digitaler Plattformen ist ein Regulierungstreiber, der auch für die weiteren unionalen Bestrebungen (DMA, DSA, DA) maßgeblich ist.
- 38 SWD(2018) 125 final, 10; Spiekermann Intereconomics 54/2019, 208 (209 ff.).
- 39 EU-Kommission Workshop Report: Data access and transfer, 8.7.2017, S. 9 (Übers. d. Verf.).
- 40 Richter/Slowinski IIC 2019, 4 (13 ff.).
- 41 Diese Bezeichnung entspricht der von der Kommission verwendeten Terminologie, s. nur SWD(2017) 2 final, 18.
- 42 Arnaut ua, Study on data sharing, 2018, S. 62.
- 43 Lundqvist EuCML 2018, 146.
- 44 SWD(2017) 2 final, 18.
- 45 SWD(2018) 125 final, 5.
- 46 Bspw. betreibt Airbus die Plattform Skywise selbst.
- 47 Vgl. Richter/Slowinski, IIC 2019, 4 (11 f.).
- 48 SWD(2018) 125 final, 5.
- 49 Vgl. EU-Kommission SWD(2020) 295 final, 20; Hartl/Ludin MMR 2021, 534 (537).
- 50 SWD(2020) 295 final, 11 f.
- 51 SWD(2020) 295 final, 12.
- 52 SWD(2020) 295 final, 38, 41; SMART 2020/694, 108.
- 53 Vgl. SWD(2020) 295 final, 10, 16 f., 26.
- 54 Nach Art. 15 DGA finden die Art. 10 ff. keine Anwendung auf datenaltruistische Organisationen (s. Art. 16 ff. DGA) bzw. auf Vermittlungsdienste, die ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln und keine Anbahnung geschäftlicher Beziehungen zwischen Dateninhabern und Datennutzern bezwecken (Erwgr. 28).
- 55 Gellert/Graef TILEC Discussion Paper 2021-006, 9.
- 56 Spindler CR 2021, 99 (103). Für beim Inkrafttreten des DGA bereits tätige Datenvermittler sieht Art. 37 DGA aber eine zweijährige Übergangszeit vor.
- 57 Hierzu Richter ZEuP 2021, 634 (648).

58 Definitionen für „Daten“ (engl. „data“), „Dateninhaber“ (engl. „data holder“), „Datennutzer“ (engl. „data user“) und „gemeinsame Datennutzung“ (engl. „data sharing“) finden sich in Art. 2 Nr. 1, 8, 9, 10 DGA.

59 Metzger GRUR 2019, 129 (133).

60 S. zudem Art. 2 Nr. 11 Buchst. d DGA zu öffentlichen Stellen.

61 Anders noch Erwgr. 22 des Kommissionsentwurfs.

62 S. zu B2B-Marktplätzen Podszun/Bongartz BB 2020, 2882.

63 ZB Nallian nallian.com.

64 S. insoweit aber Art. 23 ff. DA-E.

65 S. hierzu nur Armbrüster/Tremurici ZIP 2020, 2305; Staebe IR 2006, 204.

66 Zum wettbewerbspolitischen Hintergrund s. Gellert/Graef TILEC Discussion Paper 2021-006, 12.

67 Spindler CR 2021, 98 (104); Richter ZEuP 2021, 634 (654).

68 S. nur MüKoWettbR/Kerber/Schwalbe, 3. Aufl. 2020, Bd. 1, Grundlagen, Rn. 623 ff.

69 MüKoWettbR/Eilmansberger/Bien, 3. Aufl. 2020, Bd. 1, AEUV Art. 102 Rn. 600 ff.; MüKoWettbR/Westermann, 3. Aufl. 2020, Bd. 2, GWB § 19 Rn. 77.

70 Vgl. Schweitzer ZEuP 2021, 503 (537); Cabral ua The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts, 2021, 12 f.

71 Vgl. Richter ZEuP 2021, 634 (654).

72 Gesetzliche Vorgaben könnten sich künftig etwa in Art. 28 DA-E finden.

73 Erste Orientierungshilfen können Art. 28, 29 DA-E bieten.

74 Die Bedeutung des Zugangs zu einem Datenpool für den Wettbewerb wird verdeutlicht durch das kartellrechtliche Verfahren der EU-Kommission zum Datenpool Insurance Ireland; ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1389.

75 Richter ZEuP 2021, 634 (656).

76 Vgl. Gellert/Graef TILEC Discussion Paper 2021-006, 11 f.

77 S.a. (gegenläufig) Richter ZEuP 2021, 634 (653).

78 S. a. Erwgr. 36 sowie Spindler CR 2021, 98 (108).

79 Für personenbezogenen Daten ergeben sich entsprechende Verpflichtungen aus der DSGVO (vgl. ua Art. 32, 34).

80 S. auch Art. 11 DA-E.

81 Siehe oben unter Rn. 6 sowie Gellert/Graef TILEC Discussion Paper 2021-006, 14.

82 S. auch Richter ZEuP 2021, 634 (662).

83 Spindler CR 2021, 98 (107) mwN.

84 S.a. Hartl/Ludin MMR 2021, 534 (537).

85 SWD(2020) 295 final, 26, 38, 44; SMART 2020/694, 54 ff.

86 Befürwortend Hartl/Ludin MMR 2021, 534 (537); für Datentreuhänder Specht-Riemenschneider ua MMR-Beil. 2021, 25 (32).

87 Schweitzer ZEuP 2021, 503 (530 ff.).

88 Vgl. ua Art. 12 I DSA-E (EP).

89 Zu den kartellrechtlichen Anforderungen an B2B-Marktplätze s. Podszun/Bongart BB 2020, 2882.

90 Der Gesetzgeber befindet sich im sog. Collingridge-Dilemma; s. dazu Genus/Stirling Research Policy 47/2018, 61.

91 Vgl. auch Richter ZEuP 2021, 634 (662).

92 Richter ZEuP 2021, 634 (662).

© Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG 2025