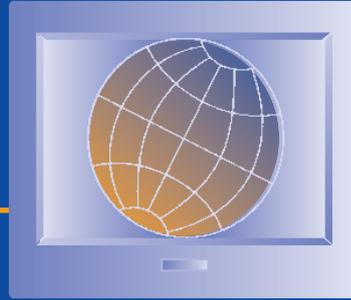


Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

4
K&R

- Editorial: Clash of Cultures – Medienfreiheit vs. Datenschutz?
Dr. Stefan Brink
- 217 Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2017
Dr. Sebastian Meyer und Dr. Christoph Remppe
- 223 Penetrationstest bei Auftragsverarbeitung
Dr. Florian Deusch und Prof. Dr. Tobias Eggendorfer
- 230 Datenzugangsverhältnis, FRAND und Wettbewerbsrecht
Sebastian Louven
- 236 Rundfunkrecht in der Entwicklung (Teil 2)
Prof. Dr. Christoph Degenhart
- 243 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 245 BGH: Werbe-Einwilligung kann mehrere Werbekanäle umfassen
- 249 BGH: Konferenz der Tiere: Mittäter-Haftung für Filesharing von Dateifragmenten
- 252 BGH: Resistograph: Metatag auf Website kann Hinweis auf Markenbenutzung mit Inlandsbezug sein
- 256 BGH: Drittauskunft bei Vollstreckung von Rundfunkbeiträgen
- 259 OLG Köln: WiFi-Hotspot: Internetanbieter darf Kunden-Router für Dritte freischalten
- 262 OLG München: Academic Conditions: Kein Anspruch auf Software zu Vorzugskonditionen
- 269 LG Berlin: AGB-Verstöße und rechtswidrige Datenschutz-Voreinstellungen in sozialem Netzwerk mit Kommentar von *Lasse Konrad*
- 282 Hamburgisches OVG: Untersagte Datenweitergabe von WhatsApp an Facebook rechtmäßig mit Kommentar von *Frank Trautwein und Philipp Heindorff*

21. Jahrgang

April 2018

Seiten 217 – 288

Zudem kann ein unterlassener Pentest für den Auftragsverarbeiter gemäß den Art. 32, 83 Abs. 4 lit. a DSGVO ein Bußgeld nach sich ziehen. Zuständig hierfür ist jedoch die Aufsichtsbehörde und nicht der Verantwortliche.

Mangels ausreichender gesetzlicher Möglichkeiten für den Verantwortlichen, Anbieter von Auftragsverarbeitungen zur Erfüllung datenschutzrechtlicher Erfordernisse zu veranlassen, sind die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden aufgerufen, auf DSGVO-konforme Angebote hinzuwirken, etwa durch Hinweise oder die Nutzung der aufsichtsrechtlichen Instrumente des Art. 58 Abs. 1 und 2 DSGVO. Andernfalls bleiben die Verantwortlichen gegenüber marktbeherrschenden Anbietern von Auftragsverarbeitungen „im Regen stehen“.

V. Fazit

1. Auftragsverarbeiter treffen nach der DSGVO eigenständige Pflichten zur Erfüllung datenschutzrechtlicher Vorgaben.

2. Web-basierte Verarbeitungen personenbezogener Daten sind mit internet-spezifischen Risiken verbunden. Diese Risiken sind von der herkömmlichen „TOM-Prüfung“ nicht erfasst.

3. Ein ordnungsgemäß durchgeführter Pentest ist ein geeignetes Mittel, um die internet-spezifischen Gefahren web-bezogener Verarbeitungen zu erfassen und anschließend zu eliminieren.

4. Pentests gehören deshalb zum Stand der Technik und sind bei allen web-bezogenen Verarbeitungen personenbezogener Daten gemäß Art. 32 Abs. 1 DSGVO zwingend.

5. Im Verhältnis zwischen dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter gibt es keinen gesetzlichen Anspruch auf Durchführung oder Nachweis eines Pentests. Deshalb sind die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden aufgerufen, auf datenschutzkonforme Angebote der Auftragsverarbeiter hinzuwirken.

RA Sebastian Louven, Oldenburg*

Datenzugangsverhältnis, FRAND und Wettbewerbsrecht

Daten sind eine wesentliche Grundlage wirtschaftlichen Wachstums in der Europäischen Union geworden. Nicht nur dass die Digitalbranche selbst neue Entwicklungen mit sich gebracht hat, auch herkömmliche Wirtschaftszweige werden zunehmend digitalisiert. Dabei zeigt sich zunehmend die wirtschaftliche Bedeutung von Daten, sei es als Ressource für neue Geschäftsmodelle, wettbewerbswesentliche Information oder auch im negativen Sinn als Möglichkeit zur Wettbewerbsbeschränkung, indem Unternehmen Daten nicht teilen. Doch können nach bereits bestehenden wettbewerbsrechtlichen Regelungen Unternehmen gezwungen werden, anderen Unternehmen bestimmte Daten bereitzustellen? Wie könnte ein derartiges Datenzugangsverhältnis aussehen und welche Rahmenbedingungen könnten gelten?

I. Einleitung – „Building a European Data Economy“

Am 10. 1. 2017 hat die EU-Kommission eine Mitteilung mit dem Titel „Building a European Data Economy“ veröffentlicht, mit der verschiedene Ideen und Vorschläge für rechtliche Rahmenbedingungen im Zusammenhang mit der europäischen Datenwirtschaft unterbreitet werden.¹ Neben einem europaweiten grenzüberschreitenden Datenfluss, Haftungsaspekten bei autonomen Systemen und Internet-of-Things-Anwendungen sowie Portabilität und Interoperabilität von nicht-personenbezogenen Daten und Standards wird dort auch der Zugang und die Übertragung von Daten diskutiert. Ergänzt wird diese Mitteilung durch ein Arbeitspapier.² Der Veröffentlichung ist ein Konsultationsprozess vorangegangen.

II. Möglichkeiten für bestehende Datenzugangsverhältnisse

Ein Datenzugangsverhältnis lässt sich als eine konkrete rechtliche Beziehung zwischen einem Anbieter und einem Nachfrager über den Zugang zu Daten beschreiben.³ Losgelöst von einer freiwilligen Zugangsgewährung und vertraglichen Ausgestaltung dieser Beziehung stellt sich im Zusammenhang mit der Mitteilung der Kommission die Frage nach einem Zugangsanspruch zu Daten unter wettbewerblichen Gesichtspunkten, also als Vorleistungsprodukt. Hierbei könnte das grundsätzliche Bestehen eines Datenzugangsverhältnisses zwar bereits unter verschiedenen einfachgesetzlichen Bestimmungen diskutiert werden. Eine einheitliche Regelung über das „Ob“ eines allgemeinen Zugangsanspruchs zu Daten lässt sich bislang aber nur unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten annehmen.⁴

1. Verschiedene Typen von Daten

Unabhängig von zivilprozessualen Bestimmtheitsvoraussetzungen stellt sich im Zusammenhang mit dem Zugang

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, gehalten auf der DSRI-Herbstakademie 2017, erschienen im Tagungsband der Herbstakademie 2017: *Telle*, Daten und FRAND – Regulatorische Bedingungen von Datenzugangsverhältnissen, in: Taeger (Hrsg.), *Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren*, 2017, S. 421 ff. Sämtliche zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am: 8. 3. 2018. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

1 Commission, COM(2017) 9 final.

2 Commission, SWD(2017) 2 final.

3 Übersicht dazu: Commission, COM(2017) 9 final, S. 11 ff.

4 Commission, SWD(2017) 2 final, S. 21; dazu *Telle*, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), *Immaterialgüter und Digitalisierung*, 2017, S. 73 ff.; *König*, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 89 ff.

zu Daten die grundlegende Frage, um welche Daten es geht und was diese Daten in wettbewerblicher Hinsicht auszeichnet. Die Kommission differenziert in ihrer Mitteilung jedenfalls zwischen personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten.⁵ Diese Differenzierung macht aus zwei Gründen Sinn und soll deshalb auch hier im Wesentlichen nicht angezweifelt werden. Zum einen bildet hinsichtlich personenbezogener Daten das europäische und mit ihm eingeschlossen das mitgliedstaatliche Datenschutzrecht einen stark vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geprägten Rechtsrahmen, der von einem grundsätzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgeht.⁶ Dies lässt personenbezogene Daten in Abgrenzung zu den diesen besonderen Bestimmungen nicht unterliegenden nicht-personenbezogenen Daten grundlegend anders erscheinen.⁷ Zum anderen erscheint diese Unterscheidung auch in wirtschaftlich-tatsächlicher Hinsicht den Gegebenheiten zu entsprechen. Denn unabhängig von Einzelfragen der Marktabgrenzung scheint es jedenfalls einen erheblichen Unterschied auszumachen, ob und zu welchem Zweck Unternehmen Daten verwenden.⁸ So beziehen sich personenbezogene Daten auf mögliche Adressaten, während andere Daten sich häufig auf bestimmte Produkte oder Leistungen und damit auf den Gegenstand von Märkten selbst beziehen.⁹

Von der vorangegangenen Unterscheidung zwischen personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten losgelöst, lässt sich noch ein dritter Untersuchungsgegenstand feststellen. Angesichts der argwöhnisch betrachteten zunehmenden wirtschaftlichen Erfolge überwiegend wohl nicht-europäischer Internet-Unternehmen wird zunehmend diskutiert, ob eine gesonderte wettbewerbliche Betrachtung sogenannter Datenpools gerechtfertigt sein kann.¹⁰ So könnten weniger spezifische, dafür aber größere Big-Data-, Bulk-Data- oder aufkommend diskutiert sogar auch Dark-Data-Ansammlungen in Zusammenhang mit besonderen wettbewerblichen Phänomenen eine eigene Kategorie bilden.¹¹

2. Wettbewerbliche Situation

a) Datenmärkte

Datenmärkte bestehen vereinzelt bereits in einigen Branchen. Die Kommission führt hierzu als ein wesentliches Beispiel die Finanzbranche an.¹² Auch in anderen Branchen lässt sich bereits beobachten, dass Unternehmen ihre Datensätze bewusst vermarkten und in diesem Zusammenhang nach außen öffnen. Dies betrifft zum Beispiel auch die deutsche Automobilindustrie, die angesichts immer weiter fortschreitender Vernetzungsmöglichkeiten von Fahrzeugen bereits Möglichkeiten einer gewinnbringenden Verwertung dieser Daten diskutieren. Daneben treten Unternehmen auf verschiedenen Ebenen der Datenverarbeitungskette zunehmend in wirtschaftliche Kooperationen ein. Hier sei zum Beispiel der Dienst *Here* erwähnt, der aus einer Kooperation verschiedener Datenlieferanten besteht und eine große Datenvertriebsplattform betreiben soll.

Die wirtschaftlichen Beweggründe sind vielfältig und meistens wahrscheinlich weniger altruistisch als zunächst vermutet.¹³ Mag bei einigen Unternehmen das schlichte Interesse an einer kommerziellen Verwertung der vorhandenen Daten treibender Faktor sein, können auch weitere vertriebsstrategische Faktoren eine Rolle spielen.¹⁴ Vor allem nicht-personenbezogene Daten hängen häufig mit Angeboten eines vorgelagerten Produkt- oder Leistungs-

markts zusammen oder sind ihrerseits erforderlich, um überhaupt auf einem bestimmten nachgelagerten Markt tätig werden zu können. Ein Beispiel hierfür können Herstellerdaten zu bestimmten Produkten sein, wie dies bei Automobilen der Fall ist.¹⁵

b) Besonderheiten bei Plattformmärkten

Besondere Beachtung verdienen die in der Digitalwirtschaft in den letzten Jahren zunehmend auftretenden Plattformgeschäftsmodele.¹⁶ Dabei können grob verschiedene Modelle unterschieden werden: Medienportale, Suchmaschinen, Kommunikationsplattformen sowie Handels- und Vermittlungsplattformen. Gemeinsamkeiten bestehen dahingehend, dass Plattformen verschiedene Nutzergruppen zusammenführen und besondere wettbewerbliche Effekte ausnutzen.¹⁷ Regelmäßig sind Daten eine wesentliche, wenn nicht sogar die entscheidende oder ausschließliche, Grundlage des Geschäftsmodells, insbesondere bei Suchmaschinen.¹⁸ Diese werden häufig zu Werbezwecken oder zur Verbesserung der angebotenen Dienste verwendet.

Statt jedoch ihre vorhandenen Daten aus diesen Geschäftsmodellen für sich zu behalten, kommerzialisieren einige Unternehmen diese und geben sie an Dritte frei. Bei Plattformen mit mehrseitigen Marktbeziehungen kommen diesen Unternehmen damit die typischen Netzwerkeffekte zugute.¹⁹ Diese Netzwerkeffekte beschreiben die Auswirkungen der Entscheidungen einzelner Individuen auf andere im Zusammenhang mit der Nutzung der Plattform. Zum Beispiel kann ein positiver Netzwerkeffekt in der Form auftreten, dass sich mehrere Nutzer für eine bestimmte Plattform entscheiden. Da mit zunehmender Nutzerzahl auch der Nutzen steigt, werden sich voraussichtlich weitere Nutzer für diese Plattform entscheiden, um mit möglicherweise verbundenen Nutzern zu kommunizieren. Bei Plattformen als sogenannten mehrseitigen Märkten treten daneben besonders stark wirkende indirekte Netzwerkeffekte auf. Da Plattformmärkte häufig mehrseitige Marktbeziehungen haben, treten sie entsprechend mehrseitig mit verschiedenen Marktakteuren in Kontakt und verknüpfen deren Interessen. Dadurch können die Entscheidungen der Nutzer einer Marktseite Auswirkungen auf die Entscheidungen einer anderen Marktseite haben. Diese indirekt wirkenden Netzwerkeffekte und die Ent-

5 Commission, COM(2017) 9 final, S. 4 f., 9.

6 Kamann, in: Körber/Immenga (Hrsg.), Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 2016, S. 59, 68 f.

7 Tucker/Welford, <https://ssrn.com/abstract=2549044>, S. 6; zum Schutz maschinengenerierter Daten umfassend Sattler, in: Sassenberg/Faber (Hrsg.), Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2017, A. Rn. 7 ff.

8 Vgl. insbesondere zur Bedeutung maschinengenerierter und nicht vom Datenschutzrecht umfasster Daten Sattler, in: Sassenberg/Faber (Fn. 7), A. Rn. 3; Zech, in: Körber/Immenga (Fn. 6), S. 315.

9 Commission, COM(2017) 9 final, S. 9.

10 Vgl. das gemeinsame Papier der französischen Wettbewerbsbehörde und des Bundeskartellamts „Competition Law and Data“ vom 10. 5. 2016, S. 31 ff.

11 Telle, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73, 78.

12 Commission, SWD(2017) 2 final, S. 13.

13 Einführend zu wirtschaftlichen Interessenlagen in der Datenwirtschaft Zech, in: Körber/Immenga (Fn. 6), S. 315 ff.

14 Drexler, Max Planck Institute for Innovation und Competition Research Paper No. 16 - 13, S. 30 ff.

15 Vgl. zu den sektorspezifischen Regelungen hierzu die aktuelle Entscheidung des OLG Frankfurt a. M., 23. 2. 2017 – 6 U 37/16.

16 Commission, SWD(2017) 2 final, S. 13; Telle, in: Taeger (Hrsg.), Smart world – smart law?, 2016, S. 835, 836.

17 Telle, in: Blocher/Heckmann/Zech (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2016, S. 143, 145 f.

18 Kerber, GRUR Int. 2016, 639, 640 f.

19 Telle, in: Taeger (Fn. 16), S. 835 ff.

scheidungen möglicher Datenzugangspetenten könnten sich zugangsgewährende Unternehmen zunutze machen.²⁰

3. Sektorspezifische Rechtsgrundlagen über Datenzugang

Sektorspezifische Regelungen finden sich partikular bereits in verschiedenen Bereichen. Die Kommission nennt übersichtshalber einige dieser Vorschriften in ihrer Mitteilung und dem begleitenden Arbeitspapier.²¹ Bezeichnend und ausschlaggebend für die Kommissions-Initiative ist dabei jedoch, dass sämtliche Regelungen nur fleckenhafte Regelungen über möglichen Datenzugang enthalten. Überwiegend sollen diese Regelungen besondere spezialgesetzliche Zwecke erfüllen, die als Annex zu dem jeweiligen gesetzlichen Hauptzweck gedacht sind. Teilweise sind auch wettbewerbliche Zwecke miteingefasst, jedoch in der Regel nicht prägend. Darüber hinaus sind die meisten punktuellen Zugangsmöglichkeiten uneinheitlich an besondere Voraussetzungen geknüpft. Eigene Regelungen hinsichtlich eines intendierten europäischen Datenmarktes fehlen bislang noch.²²

Im öffentlichen Bereich gibt es bereits Regelungen über die Informationsweiterverwendung. Dabei geht es um Informationen, die für öffentliche oder behördliche Zwecke angelegt werden. In diesem Fall besteht kein wirtschaftliches und möglicherweise sogar grundrechtlich geschütztes Interesse an einer eigenständigen Verwertung. Die ursprünglich allein aus hoheitlichem Interesse angelegten Datensätze sollen dann weiteren Verwertungsmöglichkeiten zugeführt werden. Verpflichtete sind aufgrund dieser Vorschriften jedoch nicht Privatunternehmen.

Etwas weiter noch gehen die Regelungen über die Einrichtung der Markttransparenzstellen, zum Beispiel hinsichtlich der für Kraftstoffe. Bei diesen Vorschriften werden Unternehmen verpflichtet, besondere Grunddaten (u. a. Name, Standort, Öffnungszeiten) und Preisdaten über den Kraftstoffvertrieb in Echtzeit an das Bundeskartellamt zu übermitteln. Die Behörde gibt nach § 47 k Abs. 5 GWB die aggregierten Daten an gesondert zuzulassende Verbraucher-Informationendienste über eine von ihr definierte Standardschnittstelle weiter, die für Verbraucher nutzbare Vergleichsplattformen anbieten.

Erwähnenswert ist auch der Zugang zu Infrastrukturdaten in der Telekommunikationsbranche. So regelt § 77 a TKG den von der Bundesnetzagentur betriebenen Infrastrukturatlas. Dabei handelt es sich um eine von der Behörde betriebene Datensammlung, die aufgrund gesetzlicher Anordnung durch die Unternehmen beliefert wird, die über zu Telekommunikationszwecken verwendbare Einrichtungen verfügen, und zu der dritte Unternehmen bei Vorliegen eines besonderen Interesses Zugang haben. Daneben ermöglicht § 77 b TKG unter bestimmten Umständen auch direkte Informationsansprüche von Unternehmen untereinander.

Datenschutzrechtliche Regelungen enthalten keine zugangsbezogenen Regelungen, sondern regeln Betroffenenrechte. Vereinzelt Vorschriften können auch zugangsbezogen interpretiert werden. So ist in Art. 20 DSGVO ein Recht auf Datenportabilität geregelt, dass die betroffene Person im Falle automatisierter Verarbeitung von dem Verantwortlichen die bereitgestellten Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format herausverlangen kann.²³ Darüber hinaus hat sie das Recht, diese Daten ohne Behinderung durch den vorherigen Ver-

antwortlichen einem neuen Verantwortlichen zu übermitteln. Soweit diese Vorschrift auch wettbewerbsfördernde Zielrichtungen hat, zielt dies eher auf einen Wettbewerb der Verantwortlichen als Diensteanbieter untereinander durch Lockerung möglicher Lock-in-Effekte ab.²⁴ Die Vorschrift hat insofern eine vergleichbare Wirkung wie die bei einem gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Anbieterwechsel. Die Förderung eines einheitlichen Datenmarktes lässt sich daraus jedoch nicht unmittelbar ableiten. Zudem handelt es sich um ein Betroffenenrecht, das von Unternehmen als Schutzadressaten des Kartellrechts nicht wahrgenommen werden kann. Gleichwohl könnten sich hiernach verpflichtete Unternehmen aufgrund der grundsätzlichen Bereitstellungspflicht für die personenbezogenen Daten veranlasst sehen, auch hinsichtlich nicht-personenbezogener Daten Prozesse oder Vertriebsstrategien zu entwickeln und Datenzugang zu ermöglichen.

Vereinzelt Regelungen über Daten finden sich auch im Immaterialgüterrecht, allerdings ebenso ohne konkrete Zugangsregelung. Auch eine positive Zwangslizenz ist nicht geregelt. Ähnliches gilt für den lauterkeitsrechtlichen Schutz von Know-how, das durch seinen Schutz vor unberechtigtem Zugriff sogar einem Zugang entgegensteht, oder den ergänzenden lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz für Datenbanken bei Einrichtung einer technischen Schutzvorkehrung.²⁵

4. Kartellrechtliche Zwangslizenz

Unabhängig von sektorspezifischen Regelungen könnte sich ein Datenzugangsverhältnis in Form einer kartellrechtlichen Zwangslizenz ergeben.²⁶ In Betracht dafür könnte ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 GWB, ggf. i.V.m. § 20 GWB, kommen.²⁷ Das setzt grundsätzlich voraus, dass ein Unternehmen seine Marktmacht missbräuchlich ausnutzt. Ein derartiger Marktmachtmisbrauch wäre im Zusammenhang mit Daten in verschiedenen Konstellationen denkbar. Zum einen könnte die Nachfrage zu den Daten an sich derart stark sein, dass die Zugangsverweigerung eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt.²⁸ Zum anderen könnte sich die Nachfrage des Zugangspetenten zwar nicht unmittelbar auf den Zugang zu den Daten selbst richten, sondern auf ein anderes Produkt. Die Verweigerung des Zugangs oder die genaue Ausgestaltung könnte den Wettbewerb jedoch einschränken. Diese Konstellation ist vor allem in vertikalen Marktbeziehungen denkbar. In horizontaler Hinsicht könnten Zugangsverlangen dem Einwand begegnen, dass ein Unternehmen keinen Wettbewerb zu seinen eigenen Ungunsten ermöglichen muss.²⁹

a) Marktmacht und Datenmacht

Grundlegende Voraussetzung von Ansprüchen basierend auf dem Marktmachtmisbrauch ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 18 Abs. 1 GWB,

²⁰ Kerber, GRUR Int. 2016, 639, 642 f.

²¹ Commission, SWD(2017) 2 final, S. 11; Commission, SWD(2017) 2 final, S. 19 ff.

²² Wiebe, CR 2017, 87, 91.

²³ Brüggemann, K&R 2018, 1 ff.

²⁴ Paal, in: Paal/Pauly, DSGVO, 2017, Art. 20 Rn. 6.

²⁵ Rolfs, in: Taeger (Hrsg.), Recht 4.0, 2017, S. 389 ff.

²⁶ Wiebe, CR 2017, 87, 91; ausführlich hierzu Telle, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73 ff.

²⁷ Vgl. ähnlich bereits BGH, 6. 10. 2015 – KZR 87/13, WRP 2016, 229 = GRUR-RR 2016, 134 – Porsche Tuning.

²⁸ Telle, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73, 79.

²⁹ Kritisch hierzu: Foerster, WuW 2015, 233 ff.

also stark verkürzt das Fehlen von Wettbewerbern oder wesentlichen Wettbewerbs oder eine im Verhältnis zu Wettbewerbern überragende Marktstellung. Wann dies vorliegt, bestimmt sich nach einer marktbezogenen Wertung. Aufgrund der bei Plattformen häufig vorliegenden mehrseitigen Marktbeziehungen sind dabei die sich an Marktanteilen orientierenden Vermutungen des § 18 Abs. 4, 5 und 6 GWB nicht hilfreich.³⁰ Stattdessen sind die wettbewerblichen Verhältnisse anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu untersuchen. Besondere praxisrelevante – aber nicht abschließend aufgeführte – Kriterien bot bereits § 18 Abs. 3 GWB. Seit der im Juni 2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle sind mit § 18 Abs. 3 a GWB weitere Kriterien insbesondere für mehrseitige Märkte und Netzwerke hinzugekommen. Diese „neuen“ Marktmachtkriterien eröffnen der Kartellrechtspraxis dagegen keine neuen Entscheidungsmöglichkeiten, da bereits nach der bisherigen Rechtslage besondere wettbewerbliche Phänomene berücksichtigt werden konnten.

Die Besonderheiten datengetriebener Geschäftsmodelle wurden in der 9. GWB-Novelle zum Anlass genommen, mit § 18 Abs. 3 a Nr. 4 GWB ein zusätzliches Kriterium zur Bestimmung der Marktmacht eines Unternehmens aufzunehmen. Danach soll auch „sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ berücksichtigt werden. Diese Vorschrift ist ungenau. Denn zum einen erscheint die Verwendung des Wortlauts „wettbewerbsrelevant“ tautologisch, da nur im Fall der marktbeherrschenden Stellung eine derartige Wettbewerbsrelevanz angenommen werden kann. Würde diese aber nicht vorliegen, erscheint auch eine Marktmachtstellung unwahrscheinlich. Insofern ist diese – im Entwurf noch nicht vorgesehene – Formulierung überflüssig. Darüber hinaus bezieht sich das Kriterium auf den Zugang des Unternehmens zu Daten. Dabei könnte zum einen kritisiert werden, wie dieser Zugang zu dem in § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB beschriebenen Zugang zu Beschaffungsmärkten abzugrenzen sei. Soweit eher exklusive Zugriffsmöglichkeiten geregelt werden sollten,³¹ wird dies nicht anhand dieses Kriteriums allein deutlich.

Eine marktbeherrschende Stellung durch Datenmacht kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn das dateninhabende Unternehmen durch seine Entscheidung den Wettbewerb beeinflussen kann. Dies kann der Fall sein, wenn der Zugang zu Daten eine Marktzutrittsschwelle darstellt oder Wettbewerber in sonstiger Weise ausgeschlossen werden können.³² Dabei hängt dies besonders von der Art und Qualität der jeweiligen Daten ab. Wird bei personenbezogenen Daten immer wieder auf die Metapher von dem neuen Öl zurückgegriffen, erledigt sich diese bereits bei einem Vergleich mit der Analogiegrundlage. Denn anders als der fossile Rohstoff Öl sind personenbezogene Daten weder exklusiv noch rival.³³ Ihre Inhaberschaft schließt eine andere Inhaberschaft durch einen Wettbewerber nicht aus. Auch können sie ohne Weiteres selbst von dem nachfragenden Unternehmen generiert werden. Dagegen können andere Umstände hinsichtlich nicht-personenbezogener Daten in Betracht kommen. So können bestimmte herstellerbezogene Daten nur durch den Hersteller oder direkt Berechtigten erstellt werden und sind häufig aufgrund rechtlicher oder faktischer Hindernisse nicht duplizierbar.

Über diese beiden Gruppen hinaus könnten auch große Datenpools Objekt der Marktmacht sein, wenn das inhabende Unternehmen seine Wettbewerber vom Wettbewerb ausschließen kann. Dabei gilt grundsätzlich, dass

wettbewerbliche Vorsprünge und insbesondere wirtschaftliche Größe allein kartellrechtlich unbedenklich sind. Auch kann es einem Unternehmen nicht verboten werden, aus eigener Anstrengung zu wachsen und gegenüber seinen Wettbewerbern Vorsprünge zu gewinnen. Es müssten stattdessen weitere Umstände hinzukommen. Dies könnten Spiral- und Rückkoppelungseffekte sein, wenn also die auftretenden indirekten Netzwerkeffekte eine sich gegenseitig verstärkende Tendenz haben und dadurch die mit der Plattform verbundenen Marktbeziehungen fördern, gleichzeitig aber Wettbewerber abstoßen. In dieser Situation könnten die Märkte zugunsten eines Unternehmens kippen (Tipping). Diese Umstände dürften die Praxis vor Herausforderungen stellen, da weder eine rechtliche geschweige denn eine tatsächliche Vermutung hinsichtlich dieser besonderen die Marktmacht begründenden Umstände vorliegt.

b) *Essential-Facilities-Doktrin*

Eine besondere Ausprägung des Marktmachtmissbrauchs stellt die Geschäftsverweigerung im Zusammenhang mit dem Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung dar. Nach diesen Umständen kann eine Geschäftsverweigerung ausnahmsweise kartellrechtswidrig sein, wenn eine mindestens potenzielle Nachfrage für ein Angebot auf einem nachgelagerten Markt besteht, die Einrichtung nur unter unzumutbaren Umständen dupliziert werden kann, die Geschäftsverweigerung ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt und durch die Verweigerung der Nachfrager vom Wettbewerb ausgeschlossen wird. Diese ursprünglich aus der amerikanischen Kartellrechtsdogmatik stammende Figur wurde zunächst auf natürliche Monopole wie zum Beispiel Brücken oder Häfen angewandt. Darüber hinaus wurde sie auch bereits auf rechtliche Monopole angewandt, wie sie sich im Immaterialgüterrecht finden.³⁴

In Bezug auf Daten fehlt es jedoch weitgehend an einem rechtlichen Monopol.³⁵ Zwar bestehen vereinzelte Regelungen mit absolutem Ausschlusscharakter, aufgrund derer der Rechteinhaber Unterlassungsansprüche geltend machen könnte und damit eine potenzielle Nachfrage beschränken könnte. Jedoch sind diese Regelungen nur lückenhaft und gewähren kein vollständiges rechtliches Monopol an dem Datenangebot selbst. Zum Beispiel richtet sich der Datenbankwerkschutz nach der Schöpfungshöhe, das Leistungsschutzrecht der Datenbankanhaber nach einer wesentlichen Investition und auch der lauterkeitsrechtliche Know-how-Schutz gilt nicht umfassend. Statt eines natürlichen oder rechtlichen Monopols kommt deshalb nur noch das faktische Monopol durch die Inhaberschaft und die bloße Möglichkeit der Zugangsverweigerung unter den in Ziff. 2.4.1 dargestellten Grundsätzen in Betracht.³⁶ Entsprechend kann eine Zwangslizenz unter folgenden Voraussetzungen beansprucht werden:

30 Vgl. bereits *Kersting/Dworschak*, Ifo Schnelldienst 2014, 7; *Telle*, in: Taeger (Fn. 16), S. 835 ff.; *Telle*, WRP 2016, 814 ff.; *ders.*, in: Blocher/Heckmann/Zech (Fn. 17), S. 143, 149.

31 Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/10207, S. 51.

32 *Telle*, in: Blocher/Heckmann/Zech (Fn. 17), S. 143, 150.

33 *Drexel* (Fn. 14), S. 46 f.; *Kaben*, in: Körper/Immenga (Fn. 6), S. 123.

34 EuGH, 6. 4. 1995 – C-241/91 P und C-242/91 P – Magill; EuGH, 26. 11. 1998 – C-7/97 – Oscar Bronner; EuGH, 29. 4. 2004 – C-418/01 – IMS Health; EuG, 17. 9. 2007 – T-201/04 – Microsoft Interoperabilitätsinformationen; EuGH, 16. 7. 2015 – C-170/13 – Huawei Technologies.

35 Commission, COM(2017) 9 final, S. 10; Commission, SWD(2017) 2 final, S. 19 ff.; *Wiebe*, GRUR Int. 2016, 877, 881; *Specht*, CR 2016, 288, 289.

36 Commission, COM(2017) 9 final, S. 10 f.; *Drexel*, Max Planck Institute for Innovation und Competition Research Paper No. 16 - 13, S. 44 f.; *Telle*, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73, 79 ff.

1. Die Zugangsverweigerung verhindert die Entwicklung eines weiteren Angebots auf einem nachgelagerten Markt.
2. Die Daten an sich sind für den nachgelagerten Markt unersetzlich.
3. Die Zugangsverweigerung verhindert effektiven Wettbewerb.
4. Es besteht keine objektive Rechtfertigung für die Zugangsverweigerung.

Bereits an dem ersten Kriterium dürften in der Praxis die meisten geltend gemachten Zugangsansprüche scheitern, da nur schwer nachweisbar wäre, dass es für die Entwicklung eines bestimmten neuen Produktes gerade auf die konkreten Daten ankommt.³⁷ Dies erscheint nur hinsichtlich bestimmter exklusiver nicht-personenbezogener Daten nachvollziehbar.³⁸ Hinsichtlich personenbezogener Daten fehlt es an einer Exklusivität.³⁹ Darüber hinaus dürften die datenschutzrechtlichen Verbote regelmäßig eine auch nicht durch das Kartellrecht übersteuerbare objektive Rechtfertigung für die Zugangsverweigerung darstellen. Bezüglich Datenpools müsste der Zugangspetent die seinen Anspruch begründenden Tatsachen substantiiert darlegen und beweisen.

c) Behinderungsmisbrauch

Neben der missbräuchlichen Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen kann ein Marktmachtmissbrauch auch dadurch erfüllt sein, dass ein Unternehmen seine Datenmacht missbraucht, indem es wettbewerbsbeschränkende Strategien verfolgt und durchsetzt. In Betracht kommen könnten hierbei Formen des Ausbeutungsmisbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, wenn das zugangsgewährende Unternehmen Preise oder sonstige Bedingungen fordert, die unter wettbewerbslich geprägten Umständen nicht vereinbart würden. Preisbezogen könnte auch ein Behinderungsmisbrauch nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 GWB in Form einer Preis-Kosten-Schere vorliegen, wenn der Dateninhaber im Zusammenhang mit einer vertikalen Integration auch auf dem nachgelagerten Markt tätig ist und sich für den Zugangsnachfrager aufgrund des Vergleichs zwischen den Kosten für den Datenzugang und dem Preis auf dem nachgelagerten Markt keine angemessene Verzinsung ergibt. Der Dateninhaber würde in diesem Fall durch seinen eigenen Auftritt auf dem nachgelagerten Markt und die Preisstrategie andere Unternehmen behindern.

Ähnlich missbräuchlich könnten Exklusivitätsvereinbarungen wirken sowie Lock-in-Effekte. Bei Letzteren werden die nachfragenden Unternehmen durch die Zugangsbedingungen derart an das anbietende Unternehmen gebunden, dass eine Loslösung oder ein Wechsel zu einem anderen Angebot nur mit unangemessenen Kosten verbunden wäre. Hier können Portabilitätsregelungen wie in der Datenschutzgrundverordnung entgegenwirken.⁴⁰

d) Diskriminierungsmisbrauch

Schließlich könnten die Zugangsbedingungen derartig ausgestaltet sein, dass einzelne Unternehmen ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt werden. Dies kann zum einen in der Form eines nicht begründbaren Ausschlusses erfolgen. Zum anderen könnte ein Unternehmen den Zugang zu seinen Daten zwar grundsätzlich gewähren, die Bedingungen hierfür jedoch unangemessen erschweren oder unbillig gestalten. Das könnte zum Beispiel auch dadurch erfolgen, dass das zugangsgewährende Unternehmen nur eine besondere eigene Schnittstelle verwendet

und die nachfragenden Unternehmen diese Schnittstelle teuer lizenzieren müssen.

e) Kollusion

Daneben ist die Frage des diskriminierungsfreien Zugangs zu Daten auch unter Aspekten kollusiven wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens relevant. Grundsätzlich verbieten Art. 101 Abs. 1 AEUV wie auch § 1 GWB den Wettbewerb beschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse oder sonstige abgestimmte Verhaltensweisen. Dies erfasst auch grundsätzlich horizontale oder vertikale Vereinbarungen, die Daten selbst zum Gegenstand haben oder mittelbaren Einfluss auf den Zugang haben. Auch ein Informationsaustausch kann unter das kartellrechtliche Kooperationsverbot fallen.⁴¹

Allerdings gibt es von diesem Grundsatz auch Ausnahmen, die entweder eine prima-facie-Kartellrechtswidrigkeit bereits auf der Tatbestandsebene entfallen lassen oder aber eine Freistellung bewirken. Diesen Ausnahmen ist gemein, dass bestimmte wettbewerbslich günstig wirkende Umstände kartellrechtsfrei sein sollen. Dies könnte einerseits anzunehmen sein, wenn die kollusive Maßnahme selbst dazu dienen soll, das jeweilige Angebot überhaupt erst wettbewerbsfähig zu machen oder seine Wettbewerbsfähigkeit zu sichern. Dies ergänzend, könnten wettbewerbsliche Zweifel durch eine bewusst gewählte Öffnungsstrategie und Standardisierung ausgeräumt werden. In beiden Fällen könnte ein zwar freiwilliges Zugangsangebot mittelbar aufgrund eines kartellrechtlichen Verbots angenommen werden.⁴²

III. Rechtliche Rahmenbedingungen für Datenzugangsverhältnisse

Ist das grundsätzliche Bestehen eines möglichen wettbewerbsrechtlichen Datenzugangsverhältnisses geklärt, stellt sich auf der nächsten Stufe die Frage nach dem „Wie“, also der konkreten Ausgestaltung der Bedingungen des Datenzugangsverhältnisses. Hierbei können die von der Kommission in die Diskussion eingebrachten FRAND-Grundsätze sowie kartellrechtliche Grundsätze eine wichtige Rolle spielen.

Schuldrechtliche Aspekte oder die Anwendung vertragsrechtlicher Vorschriften können dabei aufgrund des kartellrechtlich und damit gesetzlicher Vorschriften angeordneten Datenzugangsverhältnisses nur eine untergeordnete Rolle spielen, zumal zudem der Vorrang der vertraglichen Zugangsvereinbarung gilt. Haben die Zugangsparteien die konkreten Bedingungen des Datenzugangsverhältnisses nicht vertraglich vereinbart, kann ein Maßstab für die Zulässigkeit der einzelnen Bestimmungen nicht durch eine analoge Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften wie des AGB-Rechts gebildet werden. Stattdessen bildet auch weiterhin das Wettbewerbsrecht die Rahmenbedingungen.

1. Standardisierter Datenzugang und FRAND

Der Begriff FRAND hat in den letzten Jahren eine wichtige Rolle im Patentrecht gewonnen. Das Patentrecht als recht-

37 *Drexel* (Fn. 14), S. 49 f.

38 *Telle*, in: Taeger (Fn. 16), S. 835, 841; Komm., 14. 5. 2008, COMP/M.4854 – TomTom/Tele Atlas, Rn. 193 ff.

39 *Zech*, CR 2015, 137, 139; *Telle*, in: Taeger (Fn. 16), S. 835, 841.

40 Commission, SWD(2017) 2 final, S. 20; *Paal*, in: Paal/Pauly (Fn. 24), Art. 20 Rn. 6; *Brüggemann*, K&R 2018, 1 ff.

41 Vgl. *Telle*, in: Blocher/Heckmann/Zech (Fn. 17), S. 143, 161.

42 *Geradin*, <https://ssrn.com/abstract=2765549>, S. 3, S. 9; Vgl. auch Horizontal-Leitlinien der Kommission, Nr. 269.

liches Monopol kann seinem Inhaber vor allem im Zusammenhang mit Standards die Möglichkeit eröffnen, Wettbewerber auszuschließen, wie dies bereits für die sogenannten standardessenziellen Patente angenommen wird.⁴³ Standardessenziell sind Patente, wenn für das Tätigwerden auf einem bestimmten Markt die Einhaltung eines bestimmten Standards erforderlich ist und das bestimmte Patent für die Standardeinhaltung unabdingbar ist. Die Standards werden dabei von Standardisierungsorganisationen entwickelt und umgesetzt. Dabei unterwerfen sich die an dem Standard teilnehmenden Unternehmen sogenannten FRAND-Bedingungen der Standardisierungsorganisation. FRAND steht als Abkürzung für *fair, reasonable and non-discriminatory*. Ist also ein Patent standardessenziell, so kann im Rahmen dieser FRAND-Bedingungen eine Zwangslizenz zu gewähren sein.⁴⁴

Nach der letzten Rechtsprechung des EuGH zu Unterlassungsansprüchen bei standardessenziellen Patenten können diese erst dann zulässig erhoben werden, wenn der Patentinhaber den Patentverletzer auf die Verletzung hingewiesen und ihn angehört hat.⁴⁵ Der Patentinhaber muss dabei über das konkret vorliegende standardessenzielle Patent informieren und auf die Möglichkeit hinweisen, einen Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen abzuschließen. Erwidert der Patentverletzer daraufhin, dass er einen derartigen Lizenzvertrag abschließen will, so muss der Patentinhaber ihm ein konkretes Angebot unterbreiten. Auf dieses Angebot muss der Patentverletzer innerhalb angemessener Zeit reagieren. Er kann dieses Angebot also entweder ablehnen, annehmen oder aber seinerseits ein Gegenangebot machen, das den FRAND-Bedingungen entsprechen muss. Er kann sich dann aber nur noch auf Bedingungen berufen, die der SEP-Inhaber einräumen müsste.⁴⁶ Dem Patentnachfrager werden damit Mitwirkungsobliegenheiten auferlegt, die enger sind als eine bloße Verhandlungsbereitschaft, will er tatsächlich das fragliche Patent lizenzieren.⁴⁷

Unter der grundsätzlichen Voraussetzung, dass auch bei Vorliegen eines faktischen Monopols im Zusammenhang mit Dateninhaberschaft Marktmacht angenommen werden kann, sodass sich auch hieraus eine kartellrechtliche Zwangslizenz ergeben könnte, können diese Grundsätze auf Datenzugangsansprüche übertragen werden.⁴⁸ Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn, wie von der Kommission angestrebt, Dateninhaber sich europaweiten Standardisierungsinitiativen anschließen und in diesem Zusammenhang FRAND-Bedingungen unterwerfen. Für das Datenzugangsverhältnis würde dann ebenso das Zusammenspiel aus Anbietungspflicht des Inhabers auf der einen Seite und FRAND-konformer Mitwirkungsobliegenheit des Zugangsnachfragers auf der anderen Seite gelten.⁴⁹

Für die Praxis würde sich dann die Folgefrage stellen, was genau FRAND in diesem Zusammenhang ist. Da selbst die FRAND-Bedingungen nicht konkret formuliert sind, sondern nur allgemeine Rahmenwertungen enthalten, können sie nur als ex-post-Maßstab für die Bewertung konkreter Umstände des Zugangsverhältnisses herhalten. Es kommt also im Einzelfall darauf an, ob der Zugang zu den Daten fair, angemessen und nichtdiskriminierend gewährt wird.

2. Zugriffsbedingungen

Eine besondere Herausforderung stellt sich im Zusammenhang mit der konkreten Art und Weise des Zugangs zu den

Daten. Dabei könnten im Wesentlichen drei verschiedene Zugangsmöglichkeiten naheliegen. So könnte eine unmittelbare Übergabe der Daten im Sinne eines Push-Ablaufs an den Nachfrager in Betracht kommen. Damit würde der Inhaber bei Übergabe an den Nachfrager die Kontrolle über die Daten verlieren. Gleichzeitig würde diese Möglichkeit ein hohes Ablaufrisiko und gegebenenfalls die Pflicht zur weiteren Aktualisierung mit sich bringen, was wiederum zu einer höheren Rechtsunsicherheit führen könnte. Besser wird deshalb für den Inhaber eine Pull-Lösung sein, bei der sich der Nachfrager die Daten selbst und auf eigenes Risiko holt. Dies könnte entweder durch einen reinen Lesezugang erfolgen oder aber mittels einer Schnittstelle.

Die beiden Möglichkeiten einer Pull-Bereitstellung unterscheiden sich in dem weiteren Aufwand, den der Inhaber tätigen muss. Bei einem Lesezugang könnte er sich darauf beschränken, die Daten auf eine vom Nachfrager über das Internet erreichbare Webseite einzustellen. Dagegen könnten Zugangsnachfrager ein Interesse an einer Schnittstelle haben.⁵⁰ Ob die grundsätzliche Verweigerung einer Schnittstelle FRAND-Grundsätzen widerspricht, erscheint zunächst fraglich. Denn da wettbewerbsrechtliche Zwangslizenzen die Ausnahme von dem Grundsatz der Geschäftsabschlussfreiheit darstellen, kann der Inhaber nicht zu weitergehenden, ihn belastenden Maßnahmen verpflichtet werden. Die Maßstäbe fair und angemessen können deshalb nur als Grenze dienen, wenn und soweit der Zugangsverpflichtete den Zugang für den Nachfragenden ohne sachliche Rechtfertigung erschwert oder den Zugangsanspruch vereitelt.⁵¹ Jedoch könnten einheitliche und standardisierte Schnittstellen den beabsichtigten europäischen Datenmarkt fördern, sodass hierzu gegebenenfalls eine positive gesetzliche Regelung angebracht erscheint.

3. Preisgestaltung

Im Rahmen des Datenzugangsverhältnisses wird der Inhaber ein Interesse daran haben, für die Bereitstellung der Daten ein Entgelt zu erhalten. Unterliegt die Preisgestaltung zwar ebenso grundsätzlich einer unternehmerischen Gestaltungsfreiheit, setzen ihr wettbewerbsrechtliche Vorschriften wiederum Grenzen, wobei auch dies nach der geltenden Rechtslage nicht im Sinne einer ex-ante-Kontrolle erfolgen kann. Stattdessen sind die Preisstrategien des Dateninhabers im Rahmen einer Ermessenskontrolle nach § 315 BGB sowie anhand des kartellrechtlichen Maßstabs aus dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen.⁵² In Betracht kommen dabei neben den unter § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB fallenden Preis-Kosten-Scheren oder Kosten-Kosten-Scheren auch Preismissbräuche nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB sowie ein Verstoß gegen das Anzapfverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB.⁵³

43 Einführend dazu: *Körber*, WRP 2015, 1167, 1168.

44 BGH, 6. 5. 2009 – KZR 39/06 – Orange-Book-Standard.

45 EuGH, 16. 7. 2015 – C-170/13 – Huawei Technologies.

46 *Telle*, *Telemedicus v. 27. 7. 2015*, <http://tlmd.in/a/2975>.

47 *Körber*, NZKart 2013, 87, 88.

48 *Telle*, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73, 85.; *Drexl*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16 - 13, S. 64 f.

49 Hierzu ausführlich: *Telle*, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73, 85 f.

50 *Graef*, EU competition law, data protection and online platforms, S. 279; *Telle*, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73, 86.

51 *Graef* (Fn. 49), S. 279 f.; *Telle*, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73, 86 f.

52 *Körber*, NZKart 2013, 87, 89 f.

53 *Telle*, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73, 87.

4. Antragstellung und Bestimmtheitsgrundsatz

Verstößt ein Unternehmen gegen kartellrechtliche Bestimmungen, so steht dem Betroffenen gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 GWB ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch zu.⁵⁴ In diesem Zusammenhang kann ein Anspruch auf zukünftige Unterlassung der Geschäftsverweigerung bestehen, der in seiner praktischen Folge einer Belieferung gleichkommt.

Für den Fall eines Zivilprozesses stellen sich dann aber Fragen eines den Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entsprechenden hinreichend bestimmten Antrags. Nach der grundsätzlich vergleichbaren Rechtsprechung des BGH zur Antragstellung bei Belieferungsansprüchen im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs aufgrund Marktmachtmissbrauchs hat dieser entschieden, dass der Wortlaut des Antrags der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts derart klar umrissen sein muss, dass sich der Beklagte erschöpfend verteidigen kann.⁵⁵ Demgegenüber soll zwar die Entscheidung über die Reichweite des Verbots nicht dem Vollstreckungsgericht überlassen sein, jedoch widerspreche dies nicht der Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe im Klageantrag, wenn kein Zweifel über den Sinngehalt dieser Begriffe besteht.⁵⁶ Entscheidend ist danach also, ob grundsätzlich auslegungsbedürftige Begriffe anhand objektiver Maßstäbe abgegrenzt werden können und über die Bedeutung zwischen den Parteien kein Streit besteht.⁵⁷ Hinsichtlich nicht-personenbezogener Daten können wohl regel-

mäßig hersteller- oder sachbezogene Merkmale angeführt werden, zum Beispiel zu welchem Zweck die Daten dienen. Bei Datenpools könnte dies etwas schwieriger werden, da meistens nur die bloße Inhaberschaft bekannt ist, jedoch eine Zweckbestimmung fehlt.

IV. Zusammenfassung und Ausblick auf die praktische Entwicklung

Datenzugangsverhältnisse können grundsätzlich unter den engen Voraussetzungen kartellrechtlicher Zwangslizenzansprüche zustande kommen. Ihre genaue Ausgestaltung in der Praxis hängt aber noch von vielen Einzelfragen ab. So ist die Ausgestaltung des Zugangs, ob also durch Übergabe, Ermöglichung des Lesezugriffs oder sogar Bereitstellung über eine eigene standardisierte Schnittstelle, noch ebenso unklar wie mögliche Preiskontrollen. Soweit es um Zugang zu schwer definierbaren Datenpools geht, wird die Feststellung wettbewerblicher Relevanz bereits schwierig, ebenso wie die Formulierung eines hinreichend bestimmten Antrags.

54 BGH, 6. 10. 2015 – KZR 87/13, WRP 2016, 229 Rn. 23 = GRUR-RR 2016, 134 – Porsche Tuning, m. Anm. Telle, WRP 2017, 239 f.

55 BGH, 6. 10. 2015 – KZR 87/13, WRP 2016, 229 ff. – Porsche-Tuning, m. Anm. Telle, WRP 2017, 239 f.

56 BGH, 4. 11. 2010 – I ZR 118/09, WRP 2011, 742 ff. – Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker.

57 Telle, in: Hennemann/Sattler (Fn. 4), S. 73, 84.

Prof. Dr. Christoph Degenhart, Leipzig*

Rundfunkrecht in der Entwicklung (Teil 2)

Ein Rechtsprechungsbericht

Der nachstehende Beitrag bringt den in Heft 3 begonnenen Überblick über die Entwicklung des Rundfunkrechts in der Rechtsprechung der Verfassungs- wie der Fachgerichtsbarkeit in den letzten Jahren zum Abschluss. Schwerpunkte sind die Aufsicht über den privaten Rundfunk, Vielfaltsicherung und Jugendschutz sowie Einzelfragen der Rundfunkberichterstattung.

[III. Privater Rundfunk]

4. Weitere Aufsichtsmaßnahmen

a) Programmänderungsverlangen

Das BVerwG bestätigt im Urteil vom 6. 5. 2015¹⁰² zu „Ultimate Fighting“ – einem Zwischenurteil – auch die Klagebefugnis des Produzenten eines Programmformats gegen aufsichtliche Maßnahmen wie ein Programmänderungsverlangen gegenüber dem Rundfunkveranstalter, wenn auch auf Grundlage der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, nicht der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.¹⁰³ In seiner Verfügung vom 20. 9. 2017¹⁰⁴ bestätigte der BayVGh dann die abschließende Entscheidung

des VG München vom 9. 10. 2014,¹⁰⁵ das die aufsichtliche Verfügung der BLM aufgehoben hatte. Auch hier sieht der VGh deren Fernsehsetzung nicht als ausreichende Grundlage für die aufsichtliche Maßnahme, die bewusst nicht nach JMStV getroffen worden war.¹⁰⁶ Die Fernsehsetzung ermächtigt, so der VGh, nicht zu einer nachträglichen inhaltlichen Programmkontrolle. Auch werde mit der Beanstandung einiger Einzelformate keine Änderung des genehmigten Programmschemas verlangt, wozu die Fernsehsetzung unter bestimmten Voraussetzungen ermächtigt. Denn davon sind, so der VGh, keine inhaltlichen Änderungen umfasst. Erneut zum Scheitern verurteilt war auch hier das Bemühen der BLM, aus ihrer Grundrechtsberechtigung nach Landesverfassungsrecht – die die

* Der Bericht umfasst Rechtsprechung vorzugsweise der Obergerichte seit etwa 2012; soweit die Entscheidungen nach Randnummern zitiert sind, sind diese juris entnommen. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

102 BVerwG, 6. 5. 2015 – 6 C 11.14, BVerwGE 152, 122, Rn. 24.

103 Hierzu s. Degenhart, ZUM 2011, 375 ff.

104 BayVGh, 20. 9. 2017 – 7 B 16.1319, juris, ZUM 2018, 228 ff., Ultimate Fighting.

105 VG München, 9. 10. 2014 – M 17 K 10.1438, ZUM-RD 2015, 344 ff. – Ultimate Fighting.

106 BayVGh, 9. 10. 2017 – 7 B 16.1319, Rn. 28 ff.