

## DGA - einige Bemerkungen aus ökonomischer Sicht

Aus ökonomischer Sicht ist der Ausgangspunkt des Data Governance Acts ebenso wie die Mitteilung *A European Strategy for Data* (und bereits 2017 die Mitteilung *Building a European Data Economy*) das Problem, dass zwar eine Fülle von Daten zur Verfügung steht, diese aber nur unzureichend genutzt werden. Ein Hauptgrund dafür ist, dass datenhaltende Akteure, sei es der Staat, Unternehmen, aber auch Privatpersonen nicht in ausreichendem Umfang die von ihnen gehaltenen Daten mit anderen teilen, die sie als Input zur Entwicklung von Innovationen nutzen könnten. Hieraus ist die Diskussion entstanden, wie mehr Datenzugang und Datenteilung erreicht werden kann, mit dem Ziel von mehr Innovationen (einschl. wissenschaftlicher Forschung). Eine erste Gruppe von Lösungen zielt in Richtung auf Ausweitung von Verpflichtungen zu Datenzugang und Datenteilung, bspw. im Wettbewerbsrecht, durch sektorspezifische Regulierungen oder Regelungen im neuen Vorschlag eines Digital Market Acts (zur Plattformregulierung). Eine zweite Gruppe möchte das Problem durch eine stärkere freiwilligen Datenteilung (bzw. gemeinsame Datennutzung) erreichen. Der Data Governance Act gehört mit seinen Vorschlägen eindeutig zu dieser zweiten Gruppe. In ihm wird explizit klar gestellt, dass durch ihn keine neuen Rechte auf Datenzugang bzw. Verpflichtungen zur Datenteilung geschaffen werden sollen. Dies soll vielmehr einem bereits angekündigten zukünftigen Data Act vorbehalten sein.

In allen drei Teilen des DGA (Kap.2 bis 4) geht es darum, dass bestehende Hürden und Probleme für das Teilen von Daten abgebaut werden sollen. In Kap.2 geht es darum, dass zwar im Prinzip bereits Regelungen existieren, die staatliche Institutionen der Mitgliedstaaten verpflichten, ihre Daten für die Nutzung durch Firmen zur Verfügung zu stellen, aber diesbezüglich noch erhebliche Hindernisse bestehen. Der DGA adressiert hierbei das spezifische Problem, dass diese Daten oftmals auch personenbezogene Daten, die durch die DSGVO geschützt sind, als auch als Geschäftsgeheimnisse oder durch IPRs geschützte Daten enthalten, die beide nicht ohne die Zustimmung der Rechteinhaber weitergegeben werden dürfen. In den Vorschlägen des DGA geht es nun darum, klarere und in der EU einheitliche Regeln dafür zu schaffen, wie diese Datenbestände für die Weiterverwendung geöffnet werden können, ohne die Rechte dieser Personen und Unternehmen zu verletzen. Durch Schaffung von mehr Rechtssicherheit soll es möglich sein, mehr von solchen staatlich vorhandenen Datenbeständen für die Nutzung durch die Datenökonomie zur Verfügung zu stellen. Dies schließt ein: technische Vorkehrungen (wie bspw. Anonymisierung), Unterstützung bei der Einholung notwendiger Einwilligungen, Regelungen für Gebühren, leichtere Information über Datenbestände, Regelungen für die Sicherung von Wettbewerb, aber auch risikobasierte Regelungen bzgl. Verarbeitung von Daten außerhalb der EU etc. Die primäre Zielrichtung des DGA ist dabei weniger, die Rechte dieser Personen oder Unternehmen besser zu schützen, als vielmehr umgekehrt dafür zu sorgen, dass die Existenz dieser Rechte nicht zu einer unüberwindbaren Hürde für die Offenlegung großer Teile der Datenbestände staatlicher Stellen wird.

Kap. 3 und 4 des DGA beschäftigen sich nicht mehr mit solchen staatlichen Daten, sondern mit dem Problem, wie die Daten von Unternehmen und Privatpersonen besser geteilt werden können, und zwar auf einer rein freiwilligen Basis. Hierbei geht es sowohl um personen- und nicht personenbezogene Daten. Der eigentliche Kern des DGA ist dabei Kap.3, in dem es um Anbieter von *data intermediary services* geht (sog. Datenmittler). Aus ökonomischer Sicht sollte es eigentlich kein Problem sein, dass Datenmärkte entstehen: Auf der einen Marktseite würden datenhaltende Unternehmen oder Personen ihre Daten zur Nutzung anbieten und auf der anderen Seite Unternehmen Daten nachfragen (*data market places*). Auch könnten *data pools* entstehen, in die Unternehmen und/oder Privatpersonen ihre Daten einbringen und diese dann gemeinsam zur Nutzung an datennachfragende Unternehmen anbieten. Da Daten nicht rival sind und deshalb -

zumindest theoretisch - die Kosten einer zusätzlichen Nutzung der Daten durch andere für das datenhaltende Unternehmen gering sind, und gleichzeitig die Nachfrager einen unter Umständen hohen Ertrag aus der Nutzung dieser Daten durch neue Innovationen ziehen können, sollten hohe Tauschgewinne möglich sein und damit funktionsfähige Märkte entstehen, ohne dass es eines staatlichen Eingriffs bedarf. Allerdings haben sich solche Märkte noch nicht in befriedigender Weise herausgebildet, was auf das Bestehen von Hürden und/oder Marktversagen hindeutet.

Die Vorschriften des Kap.3 über Anbieter von *data intermediary services* können nun aus ökonomischer Sicht interpretiert werden als ein Versuch, durch eine spezifische Regulierung von solchen Anbietern mehr Vertrauen zu schaffen und damit zu einer besseren Funktionsfähigkeit solcher Datenmärkte zu kommen, die dann wiederum zu einer besseren Nutzung der vorhandenen Datenbestände für Innovationen in der Datenwirtschaft führen. Aus ökonomischer Sicht besteht die zentrale Frage dann darin, welche Hürden und Marktversagensprobleme für solche Datenmärkte bestehen und ob die Regulierung in der DGA diese Probleme in so ausreichendem Maße lösen kann, dass es gut funktionierende Märkte für solche *data intermediary services* gibt und damit auch den Beitrag zu einer stärkeren Teilung und Nutzung von Daten leisten können, den sich die DGA davon verspricht. Eine solche wirtschaftspolitische Analyse ist hier nicht möglich. Im folgenden soll aber zumindest auf einige wichtige Punkte hingewiesen werden.

Die DGA sieht das Grundproblem für das Fehlen solcher Märkte in einem fehlenden Vertrauen in die Anbieter solcher Dienstleistungen und möchte deshalb helfen, vertrauenswürdige Anbieter zu schaffen. Hierzu sollen diese Intermediäre bestimmte Anforderungen erfüllen. Wichtig ist, dass in Kap.3 (im Gegensatz zu Kap.4) davon ausgegangen wird, dass die Anbieter solcher Vermittlungsleistungen kommerzielle, gewinnorientierte Unternehmen sind. Eine Grundsatzfrage, die bei den Beratungen im Vorfeld eine große Rolle gespielt hat, ist, ob eine *Labelling*-Lösung für solche Intermediäre oder eine Regulierung für solche Anbieter eingeführt werden soll. Letzteres bedeutet, dass alle Anbieter, die solche Dienstleistungen anbieten, dann die Anforderungen in der DGA erfüllen müssen. In der DGA hat man sich für eine Regulierung entschieden, was im Gegensatz zu einer reinen *Labelling*-Lösung viel weitergehende und evtl. auch sehr problematische Konsequenzen haben kann und deshalb eine viel tiefere und kritischere Analyse erfordert. (Im Gegensatz dazu hat man sich in Kap.4 bei datenaltruistischen Organisationen nur für eine *Labelling*-Lösung entschieden).

Der Kern der Regulierung besteht nun darin, die Bereitstellung, die Vermittlung und die Nutzung von Daten institutionell voneinander zu trennen, d.h. dass der Anbieter solcher Vermittlungsleistungen nur helfen soll, den Austausch zwischen den datenhaltenden Unternehmen (bzw. Personen) und den Datennutzern zu erleichtern, aber diese Daten nicht selbst für andere Zwecke nutzen oder mit ihnen handeln darf. Auch die dabei anfallenden Metadaten dürfen nur für die Verbesserung dieser Vermittlungsleistungen verwendet werden. Das soll helfen, dass die datenhaltenden Akteure auch eine bessere Kontrolle über (die Nutzung) ihre Daten behalten. Um dies besser abzusichern, wird zusätzlich gefordert, dass solche Intermediärsleistungen in einer rechtlich getrennten Unternehmung stattfinden. Weiterhin sollen diese *data intermediary services* in einer nichtdiskriminierenden, fairen und transparenten Weise angeboten werden. Dies alles ist das, was mit der "Neutralität" der Anbieter von solchen Datenvermittlungsleistungen gemeint. Darüberhinaus können solche Intermediäre weitere Leistungen anbieten, wie bspw. technische Infrastrukturleistungen etc., die die Transaktionskosten eines solchen Austausches weiter reduzieren; allerdings sind dies eher wünschenswerte Leistungen, die nicht regulatorisch gefordert sind. (Auf das Problem treuhänderischer Anforderungen bei Daten von privaten Personen wird weiter unten separat eingegangen).

Obwohl die Anforderung einer solchen "Neutralität", insbesondere auch vor dem Hintergrund der vielfältigen negativen Erfahrungen mit dem Umgang von Daten durch Plattformen, intuitiv einsichtig erscheint, und es zweifellos (auch bestätigt durch Konsultationen der EU-Kommission) einen Bedarf an vertrauenswürdigen Plattformen und Intermediären gibt, ist es nicht klar, worin genau die Begründung dafür liegt, weshalb nun für alle Anbieter von solchen *data intermediary services* eine solche Neutralitätspflicht erforderlich ist, bzw., umgekehrt, weshalb diese spezifische Neutralitätspflicht ausreichend sein soll, um einen funktionsfähigen Markt für Datenteilung und gemeinsame Datennutzung zu schaffen. Das Problem besteht darin, dass es bisher immer noch sehr wenig Forschung gibt, worin die Hürden und Probleme wirklich liegen. In der Literatur werden bspw. immer wieder auch folgende Probleme genannt: 1) Informations(asymmetrie)probleme über die Qualität und die Herkunft von angebotenen Daten, 2) Unsicherheit darüber, ob Datennutzer sich auch an die Verträge halten oder diese Daten dann auch für andere Zwecke nutzen (oder gar Daten weitergeben), so dass der ursprüngliche Datenanbieter die Kontrolle verliert. Solche Probleme werden durch die Regulierung in der DGA nicht gelöst.

Ein weiteres noch viel komplexeres Problem besteht darin, dass mit diesen Anbietern von Datenvermittlungsleistungen ja nur eine bestimmte Form des Datenhandels und der Datenteilung reguliert wird. Kauft ein Unternehmen direkt Daten (oder Nutzungsrechte an Daten) auf und verkauft diese dann an andere, so fällt dies nicht unter die Regulierung. Auch die Datenvermittlung innerhalb einer geschlossenen Gruppe von Datenanbietern und -nutzern ist nicht erfasst. Gleiches gilt für alle IoT-Anwendungen. Abgesehen von dem Problem, dass es schwer ist, aus den Regelungen der DGA zu verstehen, was genau unter die Regulierung fallen soll und was nicht, besteht ein zentrales Problem darin, dass die Geschäftsmodelle, die unter die Regulierung fallen, in vielerlei Hinsicht aus Sicht der Datenhalter und Datennutzer in Konkurrenz stehen werden mit anderen Geschäftsmodellen über Datenhandel, Datenteilung und gemeinsame Datennutzung, die nicht unter die Regulierung fallen, und folglich keinen solchen zusätzlichen Anforderungen unterliegen. Eine zentrale Frage ist deshalb, ob denn diese regulierten Anbieter von Vermittlungsleistungen auf dem Markt konkurrenzfähig sein werden gegenüber den nichtregulierten Geschäftsmodellen. Sind sie es nicht (und mit jeder zusätzlichen obligatorischen Anforderung kann sich das Problem verstärken), besteht die Gefahr, dass dieser Markt für solche Vermittlungsdienstleistungen durch die Regulierung noch stärker schrumpft oder gar verschwindet. Das wäre natürlich das Gegenteil von dem, was die EU Kommission mit dem DGA erreichen möchte. Notwendig wäre deshalb eine tiefere Analyse der Märkte und dieser Konkurrenz mit anderen Geschäftsmodellen. Wirtschaftspolitisch wäre dann evtl. zunächst eher eine Beschränkung auf eine *Labelling*-Lösung zu empfehlen oder – umgekehrt – eine viel weitergehende Regulierung, die auch die anderen Bereiche des Datenhandels, Datenteilung und gemeinsamer Datennutzung umfasst. Hierfür wissen wir aber vermutlich bisher viel zu wenig.

Ein anderes Problem besteht darin, dass die Kommission mit einer solchen Regulierung von Anbietern von *data intermediary services* auch das seit langem bekannte (und in jüngster Zeit wieder verstärkt diskutierte) Problem angehen möchte, wie privaten Personen, d.h. primär Konsumenten, geholfen werden kann, besser mit ihren Daten (insbes. personenbezogene Daten) umzugehen, um einerseits ihre Privatsphäre besser zu schützen, und andererseits ihre Daten auch in einer kontrollierten, ihren eigenen Interessen entsprechenden Weise, anderen zugänglich zu machen. Aus Sicht der Zielsetzung der DGA steht natürlich primär die Datenteilungsfunktion hier im Mittelpunkt. Auf die lange Diskussion über PIMS, *privacy-management systems* etc. und die bisherigen nicht erfolgreichen Versuche, dass solche Intermediäre über den Markt entstehen, kann hier nicht eingegangen werden. Die DGA sieht aber ihren Vorschlag von solchermaßen regulierten vertrauenswürdigen Anbietern von *data intermediary services* auch als einen Beitrag für die Lösung dieses Problems. Hierfür führt sie eine zusätzliche regulatorische Anforderung ein, nämlich dass bzgl. privaten Daten anbietenden Individuen auch eine "treuhänderische" Verpflichtung gegenüber diesen

Individuen bestehen soll, dass diese Datenteilung dann auch im besten Interesse der datenhaltenden Person sein soll. Ansonsten aber gelten die gleichen Regulierungen wie bei der Datenteilung zwischen Unternehmen. So positiv es ist, dass dieses bisher völlig ungelöste Problem zumindest in einem ersten Schritt angegangen werden soll, so unklar ist aber auch, weshalb dies ausreichen sollte, das Problem zu lösen. Diese Problematik ist äusserst komplex, auch weil hier ganz andere Werte (Schutz der Privatsphäre) und andere Marktversagensprobleme auftreten (Informations- und Rationalitätsprobleme/*behavioral problems*), und auch völlig offen ist, wie hier profitable Geschäftsmodelle funktionieren sollen. Ein besonderes Problem ist dabei, dass solche Intermediäre evtl. auch groß genug sein müssten, um Verhandlungsmacht gegenüber datennutzenden Unternehmen/Plattformen zu haben. Auch wenn hier vertrauenswürdige Intermediäre dringend notwendig sind, ist ernsthaft zu bezweifeln, ob dieses schwierige Problem tatsächlich - hier quasi nebenbei – in der DGA mitgelöst versucht werden sollte, oder ob es nicht vielmehr angemessen wäre, dies außerhalb des DGA nach einer tiefen Analyse der Probleme und der Möglichkeiten, bspw. von datentreuhänderischen Lösungen, systematisch anzugehen.