

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 351

Datenzugangsansprüche im Recht der marktstarken Unternehmen

Von

Anna-Lena Weusthof



Duncker & Humblot · Berlin

ANNA-LENA WEUSTHOF

Datenzugangsansprüche im Recht
der marktstarken Unternehmen

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 351

Datenzugangsansprüche im Recht der marktstarken Unternehmen

Von

Anna-Lena Weusthof



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-19047-8 (Print)
ISBN 978-3-428-59047-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/2023 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Die Disputation fand im April 2023 statt. Rechtsprechung und Literatur konnte bis einschließlich Juni 2023 berücksichtigt werden.

Mein herzlichster Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M. (Berkeley) für die umfangreiche Betreuung und Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit. Frau Prof. Dr. Dörte Poelzig, M.Jur. (Oxon) danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gilt meinen Freunden und früheren Kollegen für die Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit. Hervorzuheben ist insbesondere die Unterstützung von Frau Marlena Meier. Sie unterstützte mich nicht nur durch ihr Korrekturlesen, sondern hatte auch stets ein offenes Ohr. Ihre unaufhörliche Aufmunterung hat zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen.

Zudem gilt Herrn Martin Bach mein größter Dank. Er hatte nicht nur Verständnis für Zeiten geringer Freizeit, sondern hat mich in diesem Vorhaben stets unterstützt. Ohne seinen unermüdlichen Zuspruch wäre diese Arbeit so nicht entstanden.

Nicht zuletzt gilt mein Dank meinen Eltern, Erika und Stephan Weusthof. Ihre bedingungslose Unterstützung und liebevoller Zuspruch haben meine Ausbildung und diese Arbeit erst ermöglicht. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Bonn, im September 2023

Anna-Lena Weusthof

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	19
I. Anlass der Untersuchung	19
1. Daten als Wertschöpfungs- und Wettbewerbsfaktor	19
2. Zugang zu Daten als Partizipationsvoraussetzung	21
3. Das Kartellrecht als Ansatzpunkte zur Ermöglichung eines Datenzugangs	23
a) Marktmachtmissbrauchsrecht als Anknüpfungspunkt	24
b) Fallgruppe der Geschäftsverweigerung	26
c) Zugangsansprüche im Recht der marktstarken Unternehmen	26
aa) Die Essential Facilities-Doktrin als Grundlage eines Zugangsanspruchs	26
bb) Das allgemeine Behinderungs- und Diskriminierungsverbot	30
II. Ziel der Untersuchung und Themeneingrenzung	32
III. Gang der Untersuchung	34
B. Daten als Zugangsobjekt	35
I. Der Datenbegriff	35
1. Annäherung an den Datenbegriff	35
2. Information als mehrdimensionales Phänomen	37
3. Das Verhältnis von Daten und Information	39
4. Der Datenbegriff im Rahmen der kartellrechtlichen Zugangsansprüche	40
5. Big Data	42
II. Kategorisierung von Daten	43
1. Einteilung nach der Art der Datenerhebung	43
a) Freiwillig zugänglich gemachte, beobachtete und abgeleitete Daten	44
b) Maschinengenerierte und nutzergenerierte Daten	45
2. Einteilung nach dem Bezugspunkt der codierten Information	46
a) Personenbezogene Daten	47
b) Auf ein Geschäftsgeheimnis bezogene Daten	49
c) Unternehmens- und sachbezogene Daten	53
3. Weitere Einteilungsmöglichkeiten	54
III. Ökonomische Grundlagen von Daten und datenbasierten Märkten	54
1. Eigenschaften von Daten als ökonomisches Gut	55
a) Nicht-Rivalität	55
b) Ausschließbarkeit und Exklusivität der Information	55

2. Verfügungsrechte an Daten	57
a) Verfügungsrechte <i>de lege lata</i>	57
b) Ausschließliches Verfügungsrecht <i>de lege ferenda</i> ?	58
c) Faktische Kontrollmöglichkeit an Daten	59
3. Wettbewerbliche Besonderheiten von Daten und Datenprimärmärkten	60
a) Skalen- und Verbundeffekte	60
b) Netzwerkeffekte	64
c) Lock-In-Effekte	66
IV. Die Datenmärkte und ihre abgeleiteten Märkte	68
1. Methodik der Marktabgrenzung	69
2. Die Datenmärkte	70
a) Grundsätze und Problematik der Abgrenzung von Märkten für Daten	71
b) Kriterien zur sachlichen Abgrenzung eines Datenmarktes	74
aa) Inhalt	74
(1) Segmentierung von Märkten für online generierte Nutzerdaten	75
(2) Produkt- bzw. herstellerspezifische Märkte	76
bb) Wertschöpfungsstufe	79
cc) Detailgrad	79
dd) Aktualität	80
ee) Umfang	81
ff) Verfügbarkeit von Daten	82
3. Die abgeleiteten Märkte	82
V. Fazit	84
C. Datenzugang nach der Essential Facilities-Doktrin im deutschen und im europäischen Recht	86
I. Die Essential Facilities-Doktrin als Grundlage eines Datenzugangsanspruchs	87
1. Die Besonderheiten von Daten im Rahmen der Essential Facilities-Doktrin	87
2. Die Voraussetzungen der Essential Facilities-Doktrin im Einzelnen	88
a) Zwei abhängige Märkte als Ausgangspunkt	89
aa) Bestimmung eines Marktes bei intern genutzten Ressourcen	89
bb) Abgrenzung von vor- oder nachgelagerten Märkten	91
b) Zuordnung der Marktbeherrschung zum Primär- bzw. Sekundärmarkt	93
c) Unerlässlichkeit	95
aa) Objektive Notwendigkeit nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	95
bb) Anforderungen der Unerlässlichkeit	97
d) Drohender Ausschluss wirksamen Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt	97
aa) Anforderungen an den drohenden Ausschluss wirksamen Wettbewerbs	97
bb) Notwendigkeit des Bestehens eines Wettbewerberverhältnisses?	99
(1) Verständnis auf europäischer Ebene	99

(2) Verständnis im deutschen Recht	101
(3) Vereinbarkeit mit dem Sinn und Zweck?	103
e) Neuheit des Produktes als zusätzliche Voraussetzung?	106
f) Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung	111
aa) Interessenabwägung	112
bb) Objektive Gründe	113
cc) Effizienzerwägungen	113
dd) Beweislastverteilung	115
(1) Im europäischen Recht	115
(2) Im deutschen Recht	116
3. Zwischenergebnis	117
II. Zugang zu Daten nach der Essential Facilities-Doktrin	118
1. Das marktbeherrschende Unternehmen als Normadressat	118
a) Die Abgrenzung von (hypothetischen) Datenmärkten	119
b) Marktbeherrschende Stellung des Dateninhabers	120
aa) Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung	120
bb) Die Bestimmung der Marktbeherrschung in Datenzugangsszenarien	121
(1) Keine Frage von Datenmacht	122
(2) Kriterien zur Bestimmung der Beherrschung eines Datenmarktes	123
2. Unerlässlichkeit von Daten	125
a) Substituierbarkeit der Daten	125
aa) Erforderlichkeit	125
bb) Alternative Bezugswege	126
(1) Datenhandel als alternativer Bezugsweg	127
(2) Zugang über den Nutzer	127
(a) Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DSGVO	128
(b) Portabilitätsverpflichtung im Digital Markets Act	130
(c) Datenzugang nach dem EU Data Act-E	131
(d) Datenportabilitätsrechte als Bezugsalternative?	132
b) Duplizierbarkeit	134
aa) Berücksichtigung der Besonderheiten des Zugangsobjekts Daten	134
bb) Tatsächliche Hindernisse	136
cc) Rechtliche Hindernisse	137
dd) Wirtschaftliche Hindernisse	140
(1) Skalen- und Verbundeffekte	142
(2) Netzwerkeffekte	144
(3) Lock-In-Effekte	145
c) Ergebnis	146
3. Drohender Ausschluss wirksamen Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt	148

4. Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung	148
a) Objektive Rechtfertigungsgründe	148
aa) Kapazitätserwägungen und Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit	148
bb) Umstände in der Person des Zugangspetenten	149
cc) Rechtliche Vorgaben	150
(1) Datenschutz als Rechtfertigungsgrund	150
(a) Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung, Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO	151
(b) Legitime Interessen, Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO	153
(c) Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO	155
(d) Datenschutz als Hemmnis für den Datenzugang	157
(2) Grenzen des Kartellverbots	158
(3) Geschäftsgeheimnisschutz als Rechtfertigungsgrund?	159
b) Effizienzerwägungen	162
aa) Verminderung von Innovationsanreizen	162
bb) Abwägung mit Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung	165
c) Zwischenergebnis	166
III. Fazit	166
D. Datenzugang bei relativer Marktmacht	169
I. Normadressatenstellung aufgrund relativer Marktmacht	169
1. Relative Marktmacht gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GWB	170
a) Anforderungen des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB	170
aa) Der relevante Markt	171
bb) Abhängigkeit als Kernvoraussetzung	171
(1) Ausweichmöglichkeiten	172
(2) Fallgruppen der Abhängigkeit	173
(a) Unternehmensbedingte Abhängigkeit	173
(b) Sortiments-, Nachfrage- und mangelbedingte Abhängigkeit ..	175
cc) Gegenmacht-Kriterium	175
b) Relative Marktmacht in Datenzugangssachverhalten nach § 20 Abs. 1 S. 1 GWB	177
c) Zwischenergebnis	178
2. Relative Marktmacht aufgrund von Datenabhängigkeit nach § 20 Abs. 1a GWB	179
a) Regelungsgehalt von § 20 Abs. 1a GWB im Verhältnis zu § 20 Abs. 1 S. 1 GWB	179
b) Der relevante Markt und die Vertikalbeziehung	180
aa) Der relevante Markt	181

bb) Drittkonstellationen: Erfordernis einer Anbietertätigkeit des Dateninhabers?	181
(1) Enges Verständnis: Notwendigkeit einer Vertikalbeziehung (zumindest) auf anderen Produktmarkt	182
(2) Weites Verständnis: Kein vorausgehendes Näheverhältnis erforderlich	183
(3) Kritische Würdigung	184
(a) Wortlaut	184
(b) Systematik	184
(c) Gesetzesmaterialien	185
(d) Sinn und Zweck	186
(4) Ergebnis	188
c) Angewiesenheit auf den Datenzugang für die eigene Tätigkeit	188
aa) Von einem Unternehmen kontrollierte Daten	189
bb) Angewiesenheit für die eigene Tätigkeit	190
cc) Angewiesenheit auf den Zugang zu Daten	192
(1) Maßstab	192
(a) Keine Übernahme der Anforderungen der Essential Facilities-Doktrin	192
(b) Verhältnis zur Abhängigkeitsprüfung nach § 20 Abs. 1 S. 1 GWB	193
(2) Ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten bei Datenzugangsbegehren	195
(a) Ausweichmöglichkeiten	195
(b) Bewertung der Ausweichmöglichkeiten	196
(aa) Datenhandel	196
(bb) Bezug vom Nutzer	197
(cc) Marktzutrittsbarrieren	198
(c) Fallgruppen	199
(aa) Wertschöpfungsnetzwerke	199
(bb) Drittkonstellationen	200
dd) Kriterien der Datenabhängigkeit	201
d) Deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht des anderen Unternehmens	201
3. Zwischenergebnis	202
II. Zugangsverweigerung als unbillige Behinderung, § 20 Abs. 1a S. 2, 3 GWB ..	203
1. Keine Auswirkungen der Umgestaltung von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	203
2. Missbrauch nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB	204
a) Behinderung und Diskriminierung nach § 20 Abs. 1a S. 2 GWB	204
b) Behinderung und Diskriminierung	206
c) Erstmalige Drittbelieferung	207

3. Unbilligkeitsprüfung von Datenzugangsweigerungen	209
a) Interessenabwägung	209
b) Kriterien	210
aa) Vermachtung der Sekundärmärkte	210
bb) Substanzielle Wertschöpfung	211
cc) Auswirkungen auf Innovations- und Investitionsanreize	212
dd) Wettbewerbsverhältnis	212
ee) Sachliche Rechtfertigung aufgrund rechtlicher Vorgaben	213
(1) Datenschutz und Kartellverbot	213
(2) Geschäftsgeheimnisschutz	214
ff) Bereinigungs- und Offenlegungsaufwand als Rechtfertigungsgrund?	215
c) Fallgruppen	216
aa) Wertschöpfungsnetzwerk	216
bb) Drittkonstellationen und Verpflichtung zur erstmaligen Drittbeliefe- rung	216
d) Zwischenergebnis	218
4. Verhältnis zum Datenzugangsanspruch nach der Essential Facilities-Doktrin	218
III. Fazit	220
E. Die Rechtsfolge der Zugangsgewährung	223
I. Die Rechtsfolge des Kontrahierungszwangs und seine Durchsetzung	223
1. Kontrahierungszwang	223
2. Durchsetzungsdefizite	225
II. Die Modalitäten der Zugangsgewährung	226
1. Maßstab	227
a) Anforderungen nach dem Missbrauchsverbot	227
b) FRAND – Angemessene und nicht-diskriminierende Zugangsbedingungen	230
aa) FRAND-Selbstverpflichtung bei Standardisierungsorganisationen	230
bb) Übernahme für Datenzugangssachverhalte	232
cc) FRAND in Datenzugangssachverhalten	234
(1) Diskriminierungsfreiheit	234
(2) Angemessenheit	235
2. Konkretisierung der Zugangsmodalitäten	236
a) Umfang der Zugangsverpflichtung	237
b) Angemessenes Entgelt	237
aa) Grundsatz der Entgeltlichkeit	238
(1) Wortlaut und Gesetzesmaterialien im deutschen Recht	238
(2) Grundsatz der Entgeltlichkeit als Ausgleich widerstreitender In- teressen	239
(3) Argument der Kostentragung	241
(4) Vergleich zu weiteren Datenzugangsansprüchen	241

(5) Zwischenergebnis	242
bb) Ermittlung eines angemessenen Entgeltes	243
c) Ausgestaltung des Zugangsverhältnisses und Interoperabilität	246
aa) Interoperabilität	246
(1) Strukturelle Interoperabilität	247
(2) Syntaktische und semantische Interoperabilität	249
bb) Push- & Pull-Lösungen	251
d) Vertragslaufzeit und Verpflichtung zu Aktualisierungen	252
e) Pflichten des Zugangspetenten	253
aa) Weiterverwendung und Weitergabe der Daten	253
bb) Vergabe von Gegenlizenzen	255
3. Überwachung der Einhaltung und Umsetzung	255
III. Bestehen von Mitwirkungsobliegenheiten	257
1. Das Verhandlungsschema nach der Entscheidung <i>Huawei/ZTE</i>	258
2. Übertragbarkeit auf Datenzugangsansprüche	260
a) Vergleichbarkeit	260
b) Verhandlungsschema in Datenzugangsszenarien	261
aa) Verletzerhinweis	262
bb) Verpflichtung zur Abgabe des ersten Angebots	262
cc) Abgabe eines Gegenangebots und Streitbeilegung	266
3. Zusammenfassende Bewertung	267
IV. Fazit	268
F. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	270
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung	270
1. Daten als Zugangsobjekt	270
2. Datenzugang nach der Essential Facilities-Doktrin im europäischen und im deutschen Recht	271
3. Datenzugang bei relativer Marktmacht	274
4. Die Rechtsfolge der Zugangsgewährung	276
II. Schlussbetrachtung	277
Literaturverzeichnis	281
Stichwortverzeichnis	304

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union Fassung aufgrund des am 1. 12. 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABIEG Nr. C 115 vom 9. 5. 2008, S. 47)
a. F.	alte Fassung
API	Application Programming Interfaces
Ausschussdrucks.	Ausschussdrucksachen
B2C	Business to Consumer; Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen und Privatperson
BB	Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BR	Bundesrat
BReg	Bundesregierung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Data Act-E; auch Entwurf des Data Acts	Kommission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), COM(2022) 68 final
Datenbank-RL	Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABIEG 1996 L 77/20
DB	Der Betrieb
DGA	Verordnung (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt), ABIEU L 152, S. 1–44
d. h.	das heißt
DIN	Deutsches Institut für Normung e. V.
Djt	Deutscher Juristentag

DMA	Verordnung (EU) 2022/1925 der Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABIEU 2022 L 265, S. 1–66
DSGVO, auch DS-GVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABIEU 2016 L 119, S. 1–88
DS-RL	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABIEG 1995 L 281, S. 31–50
EBLR	European Business Law Review
Ed.	Edition
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ErwGr.	Erwägungsgrund
ETSI	Europäische Institut für Telekommunikationsnormen
EuCJ	European Competition Journal
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Journal of European Consumer and Market Law
FRAND	Fair, reasonable and non discriminatory
FTC	Federal Trade Commission
GA	Generalanwalt
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GeschGeh-RL	Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABIEU 2016 L 157, S. 1–18
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Rechtsprechung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Horizontalleitlinien	Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABIEU 2011 C 11/01
i. E.	im Ergebnis
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law

IoT	Internet of Things, auch Internet der Dinge
IP-Adresse	Internetprotokoll-Adresse
IR	InfrastrukturRecht
i. V. m.	in Verbindung mit
IWGDPT	International Working Group on Data Protection in Telecommunications
JCLE	Journal of Competition Law & Economics
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law & Practice
Kap.	Kapitel
Kfz-Leitlinien	Bekanntmachung der Kommission, Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeuersatzteilen, ABIEU 2010 C 138/05
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
Komm., auch Kommission oder COMP	Europäische Kommission
K&R	Kommunikation & Recht
LG	Landgericht
LIBREAS	Library Ideas
LSG	Landessozialgericht
LTO	Legal Tribute Online
MMR	Multimedia und Recht
Modernisierungsstudie	<i>Schweitzer, Heike/Haucap, Justus/Kerber, Wolfgang et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden 2018</i>
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschau
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PatG	Patentgesetz
PinG	Privacy in Germany
PSD2-RL	Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABIEU 2015 L 337, S. 35–127
RDi	Recht Digital

REACH-VO	Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Chemikalienagentur, zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der Richtlinie 76/769/EWG des Rates sowie der Richtlinien 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission, ABIEU 2006 L 396, S. 1–851
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rev Ind Organ	Review of Industrial Organization
Rs.	Rechtssache
RW	Rechtswissenschaft
SEP	Standardessentielles Patent
StGB	Strafgesetzbuch
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
TT-GVO	Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABIEU 2014 L 93, S. 17–23
Typengenehmigungs-VO	Verordnung (EU) 2018/858 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, ABIEU 2018 L 151, S. 1–218
UrhG	Urhebergesetz
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	vom
VDA	Verband der Automobilindustrie e. V.
verb.	verbunden
Vgl.	Vergleich
VO	Verordnung
WIST	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

A. Einführung

I. Anlass der Untersuchung

1. Daten als Wertschöpfungs- und Wettbewerbsfaktor

Die Digitalisierung geht mit enormen Veränderungen und technischen Entwicklungen einher. Im Zuge dessen haben sich nicht nur gänzlich neue Geschäftsmöglichkeiten für Unternehmen, wie Märkte für soziale Netzwerke und Suchmaschinen, entwickelt, sondern auch hergebrachte Geschäftsbereiche, wie die Transport- und Logistikbranche, die Landwirtschaft oder Versicherungswirtschaft, erfahren erhebliche Erneuerungen infolge steigender Möglichkeiten zur digitalen Vernetzung.¹ Ein wesentlicher Bestandteil dieser Entwicklung ist die stetig steigende Menge an Daten, die u. a. über Nutzer, Maschinen, Prozesse oder Umwelteigenschaften erhoben werden. Die Kommission nimmt z. B. an, dass im Jahr 2025 175 Zettabyte Daten generiert werden. Im Vergleich hierzu waren es im Jahr 2018 lediglich 33 Zettabyte.² Diese Daten stellen daher immer häufiger auch eine wesentliche Grundlage für solche Produkte und Dienste der Digitalwirtschaft und der sog. Industrie 4.0 dar. Die so gesammelten Daten sind dabei von einer enormen Heterogenität gekennzeichnet und können für die verschiedensten Zwecke eingesetzt und verwertet werden.³ Der Wertschöpfungsprozess gliedert sich typischerweise in vier Abschnitte. Daten werden zunächst gesammelt, organisiert und gespeichert, bevor diese analysiert und im Rahmen einer Anwendungsidee genutzt werden.⁴ Der Wert eines Datums wird dabei erst durch dessen Analyse und Verarbeitung deutlich. Er ist von dem konkreten Verwendungszweck und den Fähigkeiten des jeweiligen Unternehmens zur Datenverarbeitung abhängig.⁵ Die Wertschöpfung

¹ Paal/Hennemann, Big Data as an Asset, S. 9; *Autorité de la concurrence/BKartA*, Competition Law and Data, S. 3.

² Komm., Eine Europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, S. 2.

³ Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, S. 12. Daten werden auch als „general purpose input“ bezeichnet, vgl. Crémer/Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 100; Graef/Tombal/de Stree, Limits and Enablers of Data-Sharing, S. 5.

⁴ Vgl. auch OECD, Data-Driven Innovation, S. 33, 132 ff.

⁵ Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, S. 17; B. Martens, in: Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, S. 72; Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft, S. 16.

an Daten stellt sich oftmals nicht als lineare Kette, sondern als komplexes Netz unterschiedlicher Akteure und Wertschöpfungsprozesse dar.⁶

Wesentliche Einsatzbereiche von Daten sind neben dem Einsatz zur Qualitätsverbesserung und Prozessoptimierung, die Personalisierung von Produkten und Diensten.⁷ Daten können einerseits z.B. zur Realisierung von Lerneffekten eines Algorithmus eingesetzt werden oder können andererseits Informationen über Funktionsprobleme und erforderliche Wartungsarbeiten enthalten.⁸ Die Sammlung von Informationen über das Verhalten eines Nutzers ermöglicht es zudem, einen Dienst an die Bedürfnisse eines Nutzers anzupassen. Eine solche Personalisierung von Diensten kann nicht nur zu einer Verbesserung eines Produktes oder Dienstes für den jeweiligen Nutzer führen, sondern erhöht die Bindung des Nutzers an das Angebot und kann für den Anbieter erweiterte Möglichkeiten zur Monetarisierung, z. B. in Form personalisierter Werbung, bereitstellen.⁹ Daneben stellen Daten auch Innovationstreiber dar.¹⁰ Ein und derselbe Datenbestand kann hinsichtlich unterschiedlicher Verwendungszwecke analysiert werden und somit unterschiedliche Informationen zur Verwendung in unterschiedlichen Geschäftsmodellen bereitstellen.¹¹ Darüber hinaus können aus gesammelten Nutzerdaten neue Trends abgeleitet werden, die der Entwicklung neuer Produkte und Dienste zugrunde gelegt werden können.¹² Daten können so einerseits als Inputressource zur Entwicklung eines eigenständigen Angebots, welches unabhängig von dem datengenerierenden Produkt bzw. Dienst steht, verwendet werden. Andererseits können diese Daten für das Angebot eines Zusatzdienstes benötigt werden. Das Angebot des Zugangspetenten steht dann komplementär zum Produkt des Dateninhabers. In beiden Ausgangssituationen ist es möglich, dass das Produkt bzw. der Dienst ohne einen Zugang zu den Daten des Dateninhabers nicht angeboten werden kann.

⁶ Kerber, WuW 2020, 249, 252 f.; Schweda/von Schreitter, WuW 2021, 145, 151; siehe auch Körber, Die Digitalisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 15.

⁷ *Autorité de la concurrence/BKartA*, Competition Law and Data, S. 10 f.; Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, S. 12.

⁸ Holzweber, NZKart 2016, 104, 106; Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, S. 14; Schweitzer/Haucap/Kerber et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 27 f.

⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten Nr. 68, Rn. 79, 82; Holzweber, NZKart 2016, 104, 106; siehe hierzu auch *BKartA*, Beschluss v. 30. 12. 2021, B7-61/21, Rn. 149 – *Google/§ 19a GWB*.

¹⁰ *Monopolkommission*, Sondergutachten Nr. 68, Rn. 78.

¹¹ Schweitzer/Haucap/Kerber et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 28; *Autorité de la concurrence/BKartA*, Competition Law and Data, S. 10; Bourreau/de Strel, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, S. 9 f.

¹² *Monopolkommission*, Sondergutachten Nr. 68, Rn. 78.

2. Zugang zu Daten als Partizipationsvoraussetzung

Daten haben sich daher in vielen Branchen zu einem wesentlichen Wertschöpfungs- und Innovationstreiber entwickelt, sodass die Ermöglichung eines Zugriffs auf diese Ressource über Innovations- und Wettbewerbschancen eines Unternehmens entscheiden kann.¹³ Immer häufiger stellt der Zugang zu Daten somit eine „wirtschaftliche Partizipationsvoraussetzung“¹⁴ dar. Für ein Unternehmen bestehen dabei unterschiedliche Möglichkeiten Daten zu sammeln und dieser einer weiteren Wertschöpfung zuzuführen. Ein Unternehmen kann die benötigten Daten zunächst selbst erheben oder diese von anderen Wirtschaftsteilnehmern erhalten.¹⁵ Rohdaten können durch Geräte des *Internet of Things*, wie *Wearables (Consumer IoT)* oder Industriemaschinen (*Industrial IoT*) oder im Internet über Plattformen, z. B. soziale Netzwerke oder Suchmaschinen generiert werden. Im Rahmen dessen wird durch das Unternehmen eine Information aufgenommen und diese erstmals als Datum codiert. Das Sammeln der Daten erfolgt als Gegenleistung für ein Produkt oder einen Dienst, sodass auch von einem Primärmarkt für Daten gesprochen wird. Die Erhebung von Daten auf dem Primärmarkt erfordert somit die Entwicklung und den Betrieb eines Geschäftsmodells, welches auf Daten basiert oder deren Sammlung zumindest ermöglicht.¹⁶ Es ist dabei möglich, dass das Primärprodukt auf die Sammlung von Daten ausgerichtet ist, wie z. B. im Fall vieler werbefinanzierter Plattformen. Andererseits können die entsprechenden Daten bei Betrieb bzw. Nutzung des Dienstes nebenbei als „by-product“-Daten anfallen. Dies wird bei vielen maschinengenerierten Daten anzunehmen sein.¹⁷ Ist eine Gegenleistung nicht erforderlich, wie z. B. bei der Nutzung von Sensoren zur Erhebung öffentlich zugänglicher Daten, wird auch von kostenloser Selbsterhebung gesprochen.¹⁸ Daneben können Daten gegen Zahlung eines entsprechenden Entgeltes von einem anderen Marktteilnehmer auf einen sogenannten Sekundärmarkt für Daten erworben werden oder der jeweilige Nutzer des Angebots stellt die begehrten Daten, sofern diese bei der Nutzung anderer Dienste durch ein anderes Unternehmen gesammelt wurden, im Wege eines Portabilitätsrechts zur Verfügung. Ein solches Recht ist z. B. in Art. 20 DSGVO für

¹³ Schweitzer/Haucap/Kerber et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, S. 159; Paal/Hennemann, Big Data as an Asset, S. 9; Fülling, in: Innovation im Kartellrecht – Innovation des Kartellrechts, S. 49.

¹⁴ Karbaum/Schulz, NZKart 2022, 187, 191.

¹⁵ Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft, S. 22. Daneben sind auch *Open Data*- oder *Data Sharing*-Modelle möglich. *Open Data* beschreibt den Umstand, dass Daten frei, ohne jegliche Gegenleistung für jedermann zugänglich sind. Demgegenüber basieren *Data Sharing*-Modelle auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit, vgl. Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, S. 19 f., 32 f.; Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft, S. 20 ff.

¹⁶ Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, S. 19; Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft, S. 22.

¹⁷ Crémer/Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 105 f.

¹⁸ Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, S. 19.