

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

<b>A. Einführung</b> .....	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 Zugangsans-	
spruchs .....	26
bb) Das allgemeine Behinderungs- und Diskriminierungsverbot .....	30
II. Ziel der Untersuchung und Themeneingrenzung .....	32
III. Gang der Untersuchung .....	34
<b>B. Daten als Zugangsobjekt</b> .....	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
<b>C. Datenzugang nach der Essential Facilities-Doktrin im deutschen und im europäischen Recht .....</b>	<b>86</b>
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
<b>D. Datenzugang bei relativer Marktmacht</b>	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 Drittlieferung .....	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 Drittlieferung .....	216
d) Zwischenergebnis .....	218
4. Verhältnis zum Datenzugangsanspruch nach der Essential Facilities-Doktrin .....	218
III. Fazit .....	220
<b>E. Die Rechtsfolge der Zugangsgewährung .....</b>	<b>223</b>
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 Interessen .....	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
<b>F. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung .....</b>	<b>270</b>
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
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>281</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>304</b>

## 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 Kraftfahrzeugersatzteilen, 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> Die Wertschöpfung

---

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

<sup>2</sup> *Komm.*, Eine Europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, S. 2.

<sup>3</sup> *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; *Graeff/Tombal/de Streef*, Limits and Enablers of Data-Sharing, S. 5.

<sup>4</sup> Vgl. auch *OECD*, Data-Driven Innovation, S. 33, 132 ff.

<sup>5</sup> *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.<sup>6</sup>

Wesentliche Einsatzbereiche von Daten sind neben dem Einsatz zur Qualitätsverbesserung und Prozessoptimierung, die Personalisierung von Produkten und Diensten.<sup>7</sup> Daten können einerseits z. B. zur Realisierung von Lerneffekten eines Algorithmus eingesetzt werden oder können andererseits Informationen über Funktionsprobleme und erforderliche Wartungsarbeiten enthalten.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Daneben stellen Daten auch Innovationstreiber dar.<sup>10</sup> Ein und derselbe Datenbestand kann hinsichtlich unterschiedlicher Verwendungszwecke analysiert werden und somit unterschiedliche Informationen zur Verwendung in unterschiedlichen Geschäftsmodellen bereitstellen.<sup>11</sup> Darüber hinaus können aus gesammelten Nutzerdaten neue Trends abgeleitet werden, die der Entwicklung neuer Produkte und Dienste zugrunde gelegt werden können.<sup>12</sup> 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.

---

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

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

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

<sup>9</sup> *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*.

<sup>10</sup> *Monopolkommission*, Sondergutachten Nr. 68, Rn. 78.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> *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.<sup>13</sup> Immer häufiger stellt der Zugang zu Daten somit eine „wirtschaftliche Partizipationsvoraussetzung“<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Ist eine Gegenleistung nicht erforderlich, wie z. B. bei der Nutzung von Sensoren zur Erhebung öffentlich zugänglicher Daten, wird auch von kostenloser Selbsterhebung gesprochen.<sup>18</sup> 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

---

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

<sup>14</sup> *Karbaum/Schulz*, NZKart 2022, 187, 191.

<sup>15</sup> *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.

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

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

<sup>18</sup> *Dewenter/Lüth*, Datenhandel und Plattformen, S. 19.