

**Europäisches Wirtschaftsrecht**

Simon Deuring

# **Datenmacht**

Zugang als Herausforderung

**Nomos | C.H. Beck**

**Europäisches Wirtschaftsrecht**

**Begründet von**

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. Klaus Hopt

Prof. em. Dr. Wulf-Henning Roth

**Herausgegeben von**

Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M.

Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M.

**Band 69**

Simon Deuring

# Datenmacht

Zugang als Herausforderung



**Nomos**





Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

Zugl.: München, LMU, Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8353-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2739-6 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Kapitel 1: Interessen im Spannungsfeld	19
A. Einführung	19
B. Gegenstand der Arbeit	24
C. Forschungsgebiet und Forschungslücke	30
Kapitel 2: Daten als Gegenstand des Rechts	33
A. Der Daten- und Informationsbegriff in der Rechtswissenschaft	34
I. Information als rechtliches Objekt	35
II. Einordnung von Daten	37
B. Rechtliche Abstraktion von Daten	40
I. Daten als Gut	41
1. Nützlichkeit	42
2. Vorrechtliche Existenz außerhalb der Person	43
3. Exklusivität und Rivalität der Nutzung	46
II. Daten als Rechtsgut	47
C. Daten als Gegenstand von Handelsbeziehungen	48
I. Daten als Zahlungsmittel	49
II. Handel mit personenbezogenen Daten	50
1. Dialogmarketing	51
2. Risikoinformationen	54
III. Handel mit Maschinendaten	55
D. Ergebnisse des 2. Kapitels	59
Kapitel 3: Stärkung der Datenmärkte	61
A. Mögliches Marktversagen	64
I. Beschränkte Datensammlungsmöglichkeiten	65
II. Datenhortung mangels Beherrschbarkeit / Vorgehen gegen gutgläubige Dritte	71
III. Ungleiche Verhandlungsstärken / Ausübung faktischer Kontrolle	74

*Inhaltsverzeichnis*

IV. Zwischenergebnis	80
B. Gewährleistung von Rechtssicherheit	81
I. Verschlankung des Datenschutzrechts	81
1. Unwiderruflichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung	82
2. Lockerung des Zweckbindungsgrundsatzes	83
II. Absoluter Schutz gegenüber (gutgläubigen) Dritten	90
1. Deliktischer Schutz	91
a) § 823 Abs. 2 BGB iVm Normen des StGB	91
b) § 826 BGB: Verleitung zum Vertragsbruch	94
2. Wettbewerbsrechtlicher Schutz	98
a) Der Begriff des Mitbewerbers nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG	99
aa) Duale Angebots- oder Nachfragesituation	100
bb) konkretes Wettbewerbsverhältnis	101
b) gezielte Behinderung	107
c) übrigen Tatbestandsvoraussetzungen	112
d) Zusammenfassung	112
3. Urheberrechtlicher Schutz von Datenbanken und Datenbankwerken	114
a) Datenbankschutz nach den §§ 87a ff. UrhG	115
aa) unabhängige Elemente	115
bb) Sammlung	116
cc) wesentliche Investition	117
(1) Vermeidung der Monopolisierung von Information	121
(2) Systematisierung der teleologischen Zielrichtung	124
(3) Eigenständige Datenproduktion durch Dritte	129
(4) Selbständiger Aufwand zur Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung von Daten	132
(5) Zwischenergebnis	134
dd) Rechtsschutzmöglichkeiten	135
b) Datenbankwerke nach § 4 Abs. 2 UrhG	141
c) Überblick	146
4. Schutz von Geschäftsgeheimnissen	148
a) Die Definition des „Geschäftsgeheimnisses“	149
aa) geheime Informationen	150
bb) wirtschaftlicher Wert	151

cc) angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen	154
b) Inhabende des Schutzrechts	156
c) Reichweite des absoluten Schutzes	160
aa) Zulässiger Erwerb und Nutzung von Geschäftsgeheimnissen	161
bb) Konkurrenzverhältnis zu anderen Vorschriften	165
III. Zwischenergebnis	167
C. Ausgleich dominanter Verhandlungsstärken	170
I. Personenbezogene Daten	171
1. Ansprüche auf Preisgabe der aufgezeichneten Datenaußerhalb des Datenschutzrechts	171
a) Vorüberlegung: Selbstaulesung durch Eigentum	172
b) Dingliche Ansprüche im Kontext einer Analogiebildung	173
c) Vertragliche Ansprüche	175
aa) Das mietrechtliche Wegnahmerecht	176
bb) Vertragliche Nebenpflicht und Kontrahierungszwang	177
d) Ansprüche im Streitfall unter Berücksichtigung prozessualer Möglichkeiten	180
aa) Vorlegungsanspruch aus § 810 BGB	180
bb) Besichtigungsrecht aus § 809 BGB	181
cc) Prozessuale Erzwingung	183
e) Das Recht am eigenen Datenbestand	185
2. Datensammlung im Lichte des Datenschutzrechts	187
a) BDSG, DS-GVO, TMG, TKG, e-Privacy-VO: Die Frage nach dem anwendbaren Recht	187
b) Der Personenbezug von Daten	191
aa) relativer vs. absoluter Personenbezug	192
(1) Wortlaut	193
(2) Systematik	194
(3) Sinn und Zweck	196
(4) Rechtsprechung des EuGH	197
(5) Zusammenführung	199
bb) Bewertung im Kontext der Speicherung von Fahrzeugdaten	202
c) Das Auskunftsrecht aus Art. 15 DS-GVO	205
aa) Zulässigkeit der Datenerhebung	205
bb) Bereitstellung von Zusatzinformationen durch die Betroffenen	208

*Inhaltsverzeichnis*

cc) Durchsetzung des Anspruches	208
d) Das Recht auf Datenportabilität aus Art. 20 DS-GVO	210
e) Rekonstruktion	212
4. Fazit	214
II. Nicht personenbezogene Daten	215
1. Allgemeiner Auskunftsanspruch § 242 BGB	215
2. Abgas-RL 1999/94/EC / Pkw-EnVKV	216
3. Datenschutz-RL für die elektronische Kommunikation 2002/58/EG / TKG	216
4. Digitale-Inhalte-RL 2019/770/EU / § 327p Abs. 3 BGB	217
5. Energieeffizienz-RL 2012/27/EU / Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende	217
6. Fluggastdaten-RL 2004/82/EC und 2016/681 / FluggastdatenG	218
7. Gesellschaftsrecht §§ 166, 233 HGB	218
8. Intelligente-Verkehrssysteme-RL / IVSG / Delegierte VO 2015/962/EU	219
9. Lebensmittelinfo-VO 1169/2011/EU	219
10. RLen 90/385/EG, 93/42/EWG und 98/79/EG über Medizinprodukte / MPG	220
11. Finanzdaten	221
12. Patentrecht § 140b PatG	221
13. Pflanzenschutzmittel-VO 1107/2009/EU / PflanzenschutzG	223
14. REACH-VO	224
15. Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG / VAG	226
16. Sortenschutz § 37b SortSchG	226
17. Sonstige Ansprüche auf Drittauskunft	227
18. Typengenehmigungs-VO 2018/858/EU	227
19. Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU	228
20. Systematisierung	229
21. Zwischenergebnis	231
III. Fazit	231
D. Ergebnisse des 3. Kapitels	232
Kapitel 4: Zugang zu fremden Daten	235
A. Einführung eines „Eigentums an Daten“	236
I. Rechtliche Zuweisung von Information: Verdinglichung	239



II. Wesensmerkmale von Ausschließlichkeitsrechten	240
1. Wirkung inter omnes	241
2. Subjektiver Güterschutz	242
3. Abwehrmöglichkeit der Einflussnahme Dritter	243
4. Freiheitsermächtigung durch positive Befugnisse	244
5. Übertragbarkeit als Voraussetzung?	245
6. Begriffliche Abgrenzung	247
7. Zusammenführung	248
III. Auswirkungen	249
1. Arbeitsprozesse im Computer	250
2. Der Speicherprozess	256
3. Zwischenergebnis	260
4. Weitere Folgen	261
IV. Erweiterte Zuweisung als Zirkelschluss	263
B. Europarechtlicher Zugang zu fremden Datenbeständen: Eine Orientierung zwischen allgemeinen Missbrauchstatbeständen und der essential-facilities-doctrine im Rahmen von Art. 102 AEUV	264
I. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als Ausgangspunkt	264
II. Fallkonstellationen und das Begründungsproblem der Förderung eigener Konkurrenz	266
1. Vorüberlegung: Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften	269
2. Marktschädigende Verhaltensweisen im Ausgangsmarkt	271
a) Regelbeispiele und Fallgruppen	271
b) Kategorisierung der Datenbegehrlichkeiten	276
aa) Maschinenherstellende / Maschinennutzende	276
bb) Drittanbietende im Wertschöpfungsnetz	276
cc) Zugang zu Datenpools	277
dd) Training von KI	278
ee) Gemeinsamkeit: Datenschutz durch Ausschließlichkeitsrechte	278
c) Missbrauch durch Ausschließlichkeitsrechte: Ein Widerspruch in sich?	279
d) Zwischenergebnis	283
3. Marktschädigende Verhaltensweisen in angeschlossenen Märkten	284
a) Behinderungsmissbrauch im US-amerikanischen anti-trust-law	285

*Inhaltsverzeichnis*

b) Behinderungsmissbrauch in der europäischen Rechtsprechung	290
c) Zwischenfazit	294
III. Zur Legitimation der essential-facilities-doctrine	295
1. Förderung unabhängiger Märkte, Innovation und Wettbewerb: Untersagung von Hebelwirkungen	295
2. Wesentlichkeit als entscheidender Faktor	296
3. Neuheit des Produkts	299
4. Sicherstellung der effizienten Nutzung von Ausschließlichkeitsrechten	303
5. Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung	304
IV. Rekonstruktion: Eignung der essential-facilities-doctrine zu einem angemessenen Interessenausgleich	305
1. Maschinenherstellende und -nutzende	305
2. Drittanbietende im Wertschöpfungsnetz	307
3. Zugang zu Datenpools	307
4. Training von KI	308
V. Fazit	308
C. Nationales Kartellrecht als Zugangsinstrument	309
I. Das Spannungsfeld zwischen Grundrechten und Wettbewerb	309
II. Fortentwicklung im Überblick	314
III. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	314
IV. § 19a GWB	316
V. § 20 Abs. 1a GWB	319
VI. Zugang als Innovations- und Erhebungshemmnis	322
VII. Erfordernis eines „Neuen Produkts“?	322
VIII. Praktische Ausgestaltung de lege ferenda	323
1. Datenschutz	323
2. Technische Ausgestaltung: Live-Daten Zugriff	324
3. Interoperabilität	325
IX. Fazit	325
D. Ergebnisse des 4. Kapitels	327
Gesamtergebnis	330
Literaturverzeichnis	333

## Gesamtergebnis

Ziel der Arbeit war es, zu untersuchen, ob und welche Lösungsansätze es für die auftretenden Interessenkonflikte infolge Datenmacht gibt. Daten, eine Sonderform von Information, können dabei ebenso zugewiesen werden, wie dies auch für andere Gegenstände, körperlicher oder unkörperlicher Natur, der Fall ist. Dabei liegen in der großen Menge generierter Daten erhebliche wirtschaftliche Potenziale, die einen Informationsvorsprung gewähren und zu wirtschaftlicher Macht durch überlegenes Wissen führen. Datenmacht kann sich sowohl aus Daten mit und ohne Personenbezug ergeben, obgleich Daten mit Personenbezug bislang stärker reguliert wurden. Als mögliche Gründe, weshalb sich Datenmärkte und Geschäftsmodelle, die auf Daten basieren, nur zögerlich und oftmals nur unter Beteiligung von Unternehmen entwickeln, die auch an der Datenproduktion beteiligt waren, lassen sich zum einen die Befürchtung von Rechtsunsicherheit und zum anderen die fehlende Bereitschaft, Einnahmequellen mit anderen teilen zu wollen, ausmachen. Dabei konnte bewiesen werden, dass fehlende Rechtssicherheit kein Argument sein kann, um Daten nicht mit Dritten teilen zu wollen. Im Gegenteil, mit dem Inkrafttreten des Geschäftsgeheimnisgesetzes besteht die Möglichkeit sich sogar mithilfe eines absolut wirkenden Ausschließlichkeitsrechts gegen den Zugriff Dritter zu verteidigen. Einzig die faktische Weigerung mit anderen kooperieren zu wollen ist geeignet, die Marktentwicklung zu behindern und das Entstehen von Datenmacht zu fördern. Grund für die fehlende Kooperationsbereitschaft ist die Angst, neue Trends und Geschäftsfelder zu verpassen, was zu einer generellen Weigerung der Veröffentlichung führt. Um dem entgegenzuwirken bietet sich auch nicht die Schaffung weiterer Ausschließlichkeitsrechte an, weil dies nur zu neuen *lock-in*-Effekten führt. Die Lösung kann nur in der Auflösung von Datenmacht liegen. Zugangsgewährung zu Daten in fremden Herrschaftsbereichen ist dabei kein Novum; vielmehr gibt es bereits eine Vielzahl verschiedener Zugangsansprüche, die jedoch weit überwiegend nicht dazu dienen, den Unwillen, Daten mit Dritten teilen zu wollen, zu beseitigen, sondern vor allem dazu geschaffen wurden, die Rechte von Verbrauchenden zu schützen. Aus diesem Grund war der Blick auf kartellrechtliche Möglichkeiten zu richten. Auf europäischer Ebene ist die wettbewerbsrechtliche Eingriffsmöglichkeit zwingend mit der vorher-

gehenden Feststellung von absoluter Marktmacht verbunden. Im Übrigen ist die Eingriffsmöglichkeit als Generalklausel in Art. 102 AEUV ausgestaltet. Dabei handelt es sich um ein Mittel, das von der Rechtsfolgenseite her dazu geeignet ist, Zugang zu Daten zu gewähren. Diese Generalklausel des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung hat durch die Rechtsprechung eine Vielzahl von Gesichtern bekommen, wovon der dem US-amerikanischen *anti-trust-law* entstammende Begründungsansatz der *essential-facilities-doctrine* der vielversprechendste ist. Dabei handelt es sich um einen Ausnahmetatbestand von dem Grundsatz, mit seinem Eigentum nach Belieben verfahren zu dürfen – aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dies ein Ausdruck der Sozialbindung des Eigentumsrechts. Diese Freiheit findet dort ihre Grenze, wo sie dazu benutzt wird, unzulässige Monopole zu bilden, die nicht auf einer überlegenen Leistung, sondern auf der Ausnutzung von Hebelwirkungen beruhen. Differenzierter und feingliedriger ausgestaltet ist das nationale Wettbewerbsrecht, das einen Zugang zu unter fremder Kontrolle stehender Datenbestände deutlich früher zulässt. Das hängt wesentlich damit zusammen, dass auf nationaler Ebene der Tatbestand der „relativen Marktmacht“ eingeführt wurde. Mit den §§ 19 ff. GWB stehen mehrere Tatbestände zur Verfügung, um Datenmacht aufzubrechen und neu zu verteilen. Unbenommen der Vorteile, birgt dieser weitreichende Ansatz jedoch auch Risiken mit sich. Zum einen ist die Rechtszersplitterung im Verhältnis zum europäischen Recht offensichtlich und kann unter Umständen zu einem Nachteil des Rechtsstandorts Deutschland führen. Andererseits besteht auch die Gefahr der Überregulierung, insbesondere weil es bislang eine ausgeprägte Kasuistik auf der Rechtsfolgenseite nicht gibt. Hier ist, unter Anerkennung der gesetzlichen Wertentscheidung für eine Förderung der Datenproduktion durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten, eine regulatorisch maßvolle Zurückhaltung von Eingriffen zu erhoffen. Jedenfalls muss der primäre Fokus der Rechtsentwicklung zunächst auf die Harmonisierung mit anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem Datenschutzrecht, gelegt werden. Des Weiteren läuft die anerkanntswerte Bemühung des Gesetzes zum Aufbruch von Datenmacht ins Leere, wenn die praktische Ausgestaltung von Interoperabilitätsbemühungen auf der Strecke bleibt. Gleiches gilt für die konkrete Ausgestaltung des Datenzugriffes und der Art und Weise der Datenbereitstellung. Hier ist es geboten, einen Live-Daten Zugriff zuzusprechen, um die davon ausgehenden positiven Effekte nicht zu verwischen. Im Zuge der Untersuchung wurde aber auch deutlich, dass trotz dieses Ansatzes das Wettbewerbsrecht nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen ein gangbarer Weg ist, um Zugang zu fremden Daten zu

*Gesamtergebnis*

erhalten. Insbesondere stehen einem Zugangsgesuch auch Verhinderungsmöglichkeiten im Weg, denn ein Zugang kann nicht verlangt werden, wenn die Datensammlung mit einem wirtschaftlich vertretbaren Aufwand selbst erreicht werden könnte; die Abwälzung des Investitionsrisikos war und ist nicht im Sinne der Gesetzgebung. Das Entstehen und Sich-Festigen von Datenmacht ist vielmehr bewusst in Kauf genommen worden und Ausdruck verschiedener Schutzmechanismen. Eine rein rechtspolitisch motivierte Änderung des Sinn und Zweckes dieser Gesetze verbietet sich daher. Zeigt sich in der Zukunft, dass der wettbewerbsrechtliche Zugangsanspruch zur Lösung auftretender Herausforderungen nicht ausreichend ist, kann nur die Schaffung sektorspezifischer Zugangsansprüche in Frage kommen.