

## Kapitel IV

### Datenzugang aus wettbewerbspolitischer Sicht

<b>Kurz gefasst .....</b>	<b>236</b>
<b>1 Einleitung.....</b>	<b>237</b>
<b>2 Bestehende Datenzugangsregelungen .....</b>	<b>237</b>
2.1 Sektorübergreifende Regeln im Rahmen der EU-Datenstrategie .....	238
2.2 Datenzugangsregelungen hinsichtlich digitaler Plattformen .....	243
2.3 Allgemeines Wettbewerbsrecht .....	246
2.4 Rechtliche Grenzen des Datenzugangs .....	251
2.5 Zwischenfazit .....	254
<b>3 Datenökonomie und Datenzugang .....</b>	<b>255</b>
3.1 Ökonomische Eigenschaften von Daten.....	255
3.2 Ausgestaltung von Datenzugängen .....	258
3.3 Daten(zugang) als Grundlage von Marktmacht .....	259
3.4 Wettbewerbliche Relevanz von Datenzugängen .....	259
<b>4 Datenzugang in der Fusionskontrolle.....</b>	<b>264</b>
4.1 Bestehende und potenzielle Datenzugänge bei Zusammenschlussparteien ermitteln .....	265
4.2 Erwartbare wettbewerbsrelevante Veränderungen bei Datenzugängen beurteilen ..	267
4.3 Wirkrichtung des wettbewerbslichen Einflusses der relevanten Datenzugänge ermitteln .....	271
4.4 Zwischenfazit .....	273
<b>5 Datenzugang in der Missbrauchskontrolle .....</b>	<b>274</b>
5.1 Missbrauchsrechtliche Datenzugangsansprüche.....	274
5.2 Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch mit Datenzugangsbezug .....	276
5.3 Mögliches Prüfschema für Missbrauchsverfahren .....	278
5.4 Zwischenfazit .....	281

---

**6 Gesamtfazit.....282**

## Kurz gefasst

**K21.** Die **Kontrolle über Daten als Wettbewerbsfaktor** gewinnt nicht nur in digitalen, sondern auch in klassischen Märkten an Bedeutung. Den Zugang von Unternehmen zu Daten anderer Unternehmen zu erleichtern, kann daher wettbewerbspolitisch gewünscht sein. Das Ziel dieses Kapitels ist es, mehr konzeptionelle Klarheit bei der Prüfung von Datenzugangsansprüchen zu schaffen, um relevante Probleme und mögliche Lösungen identifizieren zu können – analog zum vorherigen Kapitel über ein ökonomisches Prüfkonzept für digitale Ökosysteme.

**K22.** **Es gibt bereits einige gesetzliche Regelungen, die sich mit Datenzugang befassen.** Ein Anspruch auf Datenzugang kann sich z. B. aus den Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts ergeben. Daneben wurden unter anderem bezüglich digitaler Plattformen speziellere Daten Zugangsregelungen geschaffen und der Data Act enthält sektorübergreifende Datenzugangsregelungen für vernetzte Produkte und damit verbundene Dienste. Bei der Anwendung gilt erstens, dass speziellere Normen vorrangig sind und zweitens der Grundsatz der Normenhierarchie, d. h. insbesondere der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht. Zugleich ordnen sektorspezifische Regelungen in der Regel ausdrücklich an, dass allgemeine Regelungen wie das Wettbewerbsrecht unberührt bleiben. **Da viele Normen die Voraussetzungen eines Datenzugangs nicht ausdrücklich selbst regeln, sondern nur als einen möglichen Anwendungsfall miteinfassen, ist in der Praxis oft noch unklar, wie sie genau anzuwenden sind.** Zu diesem Zweck werden im vorliegenden Kapitel **Prüfungsschemata für die Fusions- und Missbrauchskontrolle erarbeitet**, die eine erste Basis für zukünftige verfeinerte Schemata bilden sollen.

**K23.** Bei **Zusammenschlussverfahren** empfiehlt die Monopolkommission (1), **bei jeder Zusammenschlusspartei die wettbewerbslich relevanten Daten zu ermitteln**, zu denen Dritten bereits Zugang gewährt wird, zu denen Dritten bisher kein Zugang gewährt wurde, obwohl sie bereits erfasst werden, und zu denen Zugang gewährt werden könnte, wenn sie erfasst würden. Als folgenden Schritt empfiehlt die Monopolkommission (2), für jeden der identifizierten (potenziellen) Datenzugänge zu klären, **ob durch den Zusammenschluss Änderungen zu erwarten sind, die sich erheblich auf die Wettbewerbssituation auswirken**. Schließlich empfiehlt die Monopolkommission (3) zu prüfen, **ob die zu erwartenden Änderungen negativ oder positiv auf die Wettbewerbssituation wirken**. Daten, die als Input in Dienstleistungen oder Produkte einfließen, könnten die Wettbewerbsintensität sowohl stärken als auch vermindern. Daten, die das Marktgeschehen betreffen, könnten von den Unternehmen für eine wettbewerbschädliche Koordinierung z. B. von Preisen oder Qualität genutzt werden.

**K24.** Bei **Missbrauchsverfahren** sollte nach Ansicht der Monopolkommission die **Leitfrage** sein, **ob ein besonderer Datenzugang existiert**, durch den sich das marktstarke Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann. Sie empfiehlt dazu eine Prüfung relevanter Kriterien in Bezug auf Datenzugänge anhand von sechs Schritten: **(1) eine Analyse der Ausgangssituation, (2) die Ermittlung kontextspezifischer Faktoren, (3) die Beurteilung der Auswirkungen auf die Marktstruktur und den Wettbewerbsprozess, (4) die Abwägung von Interessen bei der Entscheidung über Datenzugangsansprüche, (5) die Ermittlung eines angemessenen Entgelts und (6) die Festlegung der technischen Ausgestaltung des Datenzugangs.**

## 1 Einleitung

**438.** Die zunehmende Digitalisierung der Wirtschaft führt dazu, dass in immer mehr Unternehmen Daten anfallen. Zugleich werden Systeme, wie Sprachassistenten, die Prozesse von Firmen mittels Künstlicher Intelligenz (KI) unterstützen können, anwendungsfreundlicher und zugänglicher. Unter anderem für das Training von KI-Systemen werden große Mengen an Daten benötigt. Für die regulatorische Begleitung von KI-Systemen ist der Zugang zu Daten damit ein wesentlicher Aspekt. Die faktische Kontrolle über Daten als Wettbewerbsfaktor wird zukünftig jedoch nicht nur in digitalen, sondern auch in klassischen Märkten weiter an Bedeutung gewinnen. Die Bedeutung von Daten und der Zugang zu ihnen für die Wirtschaft kann also kaum überschätzt werden. Dies zeigt sich in zahlreichen gesetzlichen Regelungen zu Datenzugängen und kartellbehördlichen Verfahren, die sich damit befassen. Für einzelne Wirtschaftsbereiche (z. B. digitale Plattformen) wurden bereits teils sehr spezifische Datenzugangsregelungen geschaffen. Darüber hinaus verfolgt die Europäische Kommission mit ihrer Datenstrategie aus dem Jahr 2020 einen sektorübergreifenden Ansatz, um die Zugänglichkeit von Daten zu verbessern und teilweise auch zu erzwingen. Daneben können Datenzugangsansprüche aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht abgeleitet werden.

**439.** Diese Fülle an Rechtsnormen und auch die sehr unterschiedlichen denkbaren Szenarien, in denen der Zugang zu Daten relevant ist, stellen die Praxis vor große Herausforderungen. Im vorliegenden Kapitel werden daher für die kartellrechtlichen Bereiche Fusionskontrolle und Missbrauchskontrolle erste Handlungsanleitungen entwickelt, die Grundlage für eine systematische Herangehensweise an die komplexen Fragestellungen sein und in der Praxis weiterentwickelt werden können. Die Entwicklung einer vergleichbaren Handlungsanleitung im Bereich des Kartellverbots behält sich die Monopolkommission für die Zukunft vor. Das Ziel dieses Kapitels ist es, mehr konzeptionelle Klarheit bei der Prüfung von Datenzugangsansprüchen zu schaffen, um relevante Probleme und mögliche Lösungen identifizieren zu können – analog zum vorherigen Kapitel über ein ökonomisches Prüfkonzept für digitale Ökosysteme. In einem ersten Schritt werden in Abschnitt 2 die bereits bestehenden gesetzlichen Datenzugangsregelungen systematisiert und ihr jeweiliger Anwendungsbereich insbesondere mit Blick auf die Gesetzeskonkurrenzen geklärt. Aufbauend darauf werden in Abschnitt 3 die ökonomischen und technischen Grundlagen für das Verständnis von Daten und Datenzugang eingeführt, um dann in den Abschnitten 4 und 5 auf die Bereiche der Fusions- und Missbrauchskontrolle vertiefend einzugehen. Diese Abschnitte enthalten Schemata, die die Prüfung eines potenziellen Datenzugangserfordernisses systematisieren und erleichtern sollen.

## 2 Bestehende Datenzugangsregelungen

**440.** Für den Überblick über die Regelungen des Wirtschaftsrechts, die einen Zugang zu Daten explizit oder implizit (mit-)erfassen soll zunächst mit den derzeit bestehenden Bestrebungen der Europäischen Union, einen sektorübergreifenden Data-Governance-Rahmen zu schaffen, begonnen werden (dazu Abschnitt 2.1). Damit soll der Kontext der derzeit stattfindenden Diskussion aufgezeigt werden. Ausgehend von diesen sehr aktuellen und auf breiter Ebene stattfindenden Entwicklungen soll auf die bereits seit einiger Zeit geltenden Datenzugangsregelungen bezüglich digitaler Plattformen eingegangen werden (dazu Abschnitt 2.2), die auch im

Lichte dieser Debatte gesehen werden müssen. In einem weiteren Schritt sollen die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts beleuchtet werden (dazu Abschnitt 2.3). Dieser Abschnitt bietet einerseits einen Überblick über den Rechtsrahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts hinsichtlich Datenzugangsansprüchen. Gleichzeitig leitet er über zum Kern der vorliegenden Untersuchung und den speziellen Fragen, wie die Möglichkeit eines Datenzugangs in der Fusions- und Missbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden systematisch beurteilt werden kann (dazu Abschnitte 4 und 5). Der juristische Überblick wird durch eine Darstellung der Grenzen eines Datenzugangs abgerundet, die sich insbesondere aus dem Kartellverbot ergeben können (dazu Abschnitt 2.4). Abschließend soll ein Fazit zur Systematik der dargestellten Rechtsnormen und ihrem Verhältnis zueinander gezogen werden (dazu Abschnitt 2.5).

## 2.1 Sektorübergreifende Regeln im Rahmen der EU-Datenstrategie

**441.** Die Europäische Kommission hat in ihrer Datenstrategie im Jahr 2020 dargelegt, welche Maßnahmen sie vorschlägt, um die führende Position der Europäischen Union in der Datenwirtschaft zu behaupten. Zugleich will sie die europäischen Grundwerte wahren und fördern.<sup>631</sup> Zu den vorgeschlagenen Maßnahmen zählt insbesondere die Schaffung eines sektorübergreifenden Governance-Rahmens für Datenzugang und Datennutzung. Besonders relevant sind in diesem Kontext der Data Governance Act (DGA)<sup>632</sup> und der Data Act (DA),<sup>633</sup> die zusammen den Kern des EU-Datenrechts bilden. Dabei schafft der Data Governance Act die Prozesse und Strukturen für die Bereitstellung und den Austausch von Daten, insbesondere der Weiterverwendung von Daten im Besitz öffentlicher Stellen, und der Data Act regelt insbesondere, wer unter welchen Bedingungen Daten nutzen können soll, die von vernetzten Produkten (z. B. Smartwatches, aber auch Industrieanlagen)<sup>634</sup> generiert werden.<sup>635</sup> Sowohl beim DGA als auch beim DA handelt es sich um horizontale, vollharmonisierende Verordnungen, die durch sektorspezifische Regelungen ergänzt werden können.<sup>636</sup> Die beiden Regelungskomplexe sollen aufgrund ihrer zentralen Bedeutung für das Daten(zugangs)recht im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.

---

<sup>631</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, Brüssel, 2020, S. 2. Siehe zu dieser Strategie etwa Schreiber, K./Pommerening, P./Schoel, P., Das neue Recht der Daten-Governance: Data Governance Act (DGA), Baden-Baden, 2023, S. 34–37.

<sup>632</sup> 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) vom 30. Mai 2022, ABl L 152 vom 3. Juni 2022, 1.

<sup>633</sup> Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung) vom 13. Dezember 2023, ABl L vom 22. Dezember 2023, 1.

<sup>634</sup> S. o. zum Begriff der vernetzten Produkte Art. 2 Nr. 5 DA sowie unten Tz. 447.

<sup>635</sup> Bundesregierung, Fortschritt durch Datennutzung, Strategie für mehr und bessere Daten für neue, effektive und zukunftsweisende Datennutzung, Berlin, 2023, S. 16.

<sup>636</sup> Specht-Riemenschneider, L., Der Entwurf des Data Act, MMR, 2022, S. 809–826, S. 810.

### 2.1.1 Erleichterung des freiwilligen Datenteilens durch den Data Governance Act

**442.** Der Data Governance Act wurde am 2. Juni 2022 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Die wesentlichen Zielsetzungen und Elemente des Data Governance Act wurden bereits in der EU-Datenstrategie umrissen.<sup>637</sup> Der Data Governance Act enthält in seinen Kapiteln II bis IV drei Regelungsbereiche, die allesamt einer Förderung der gemeinsamen Datennutzung dienen.<sup>638</sup>

**443.** Kapitel II enthält Vorgaben für die Weiterverwendung bestimmter Kategorien geschützter Daten im Besitz öffentlicher Stellen. Insofern ergänzt Kapitel II des Data Governance Act die Richtlinie 2019/1024 der EU, die bereits Regelungen zur Weiterverwendung nicht geschützter („offener“) Daten im Besitz öffentlicher Stellen enthält.<sup>639</sup> Der Data Governance Act erfasst geschützte Daten, sodass sich beide Rechtsakte ergänzen. Der für die Einstufung erforderliche „Schutz“ kann sich dabei aus Geschäftsgeheimnissen, statistischer Geheimhaltung, Schutz geistigen Eigentums sowie Datenschutz ergeben (vgl. Art. 3 DGA). Beiden Rechtsakten liegt gemäß Erwägungsgrund 6 DGA zugrunde, dass die mithilfe öffentlicher Mittel generierten Daten der Gesellschaft zugutekommen sollen. Weder die Richtlinie 2019/1024 noch der Data Governance Act schaffen indes einen Zugangsanspruch. Sie setzen diesen vielmehr voraus.<sup>640</sup> Die Frage des Anwendungsvorrangs<sup>641</sup> in Bezug auf speziellere Normen oder Normen des Wettbewerbsrechts dürfte hinsichtlich des Datenzugangs keine Probleme ergeben, da der Data Governance Act selbst keine Ansprüche begründet. Er lässt zudem besondere Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts über den Zugang zu bestimmten Kategorien von Daten unberührt (Art. 1 Abs. 2 DGA). Hinsichtlich des Wettbewerbsrechts betont Art. 1 Abs. 4 DGA ausdrücklich, dass dieses vom Data Governance Act unberührt bleibt.

**444.** Der Data Governance Act ist jedoch nicht auf Daten im Besitz öffentlicher Stellen beschränkt. Kapitel III enthält Regelungen zu Anforderungen an sog. Datenvermittlungsdienste. Dies sind gemäß Art. 2 Nr. 11 DGA grundsätzlich<sup>642</sup> Dienste, mit denen Geschäftsbeziehungen

---

<sup>637</sup> EU-Datenstrategie, a. a. O., vgl. Fn. 631, S. 14–15.

<sup>638</sup> Hennemann, M./Specht-Riemenschneider, L., in: Specht-Riemenschneider, L./Hennemann, M. (Hrsg.), Data Governance Act, 2023, Einleitung Rn. 41.

<sup>639</sup> Richtlinie (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlaments und des Rates über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (Neufassung) vom 20. Juni 2019, ABl L 172 vom 26. Juni 2019, 56. Diese Richtlinie wurde in Deutschland durch das Datennutzungsgesetz umgesetzt, Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des E-Government-Gesetzes und zur Einführung des Gesetzes für die Nutzung von Daten des öffentlichen Sektors, BT-Drs. 19/27442 vom 9. März 2021, S. 2.

<sup>640</sup> Art. 1 Abs. 2 DGA, Art. 1 Abs. 3 RL 2019/1024, dazu Tolks, D., Die finale Fassung des Data Governance Act, MMR, 2022, S. 444–449, S. 445.

<sup>641</sup> Siehe zum Verhältnis des Data Governance Acts zu anderen Rechtsakten und -gebieten Hennemann/Specht-Riemenschneider, in: Data Gov. Act, a. a. O., vgl. Fn. 638, Einleitung Rn. 76 ff.

<sup>642</sup> In Art. 2 Nr. 11 Halbs. 2 DGA sind Ausnahmen von dieser Definition normiert.

zwischen betroffenen Personen<sup>643</sup> oder Dateninhabern<sup>644</sup> einerseits und Datennutzern<sup>645</sup> andererseits hergestellt werden sollen, um die gemeinsame Datennutzung zu ermöglichen. Um die Nutzung von Datenvermittlungsdiensten zu fördern, soll das Vertrauen in sie gestärkt werden, indem harmonisierte Anforderungen festgelegt und von den nationalen Behörden durchgesetzt werden (Erwägungsgrund 32 DGA).

**445.** Kapitel IV enthält Regelungen für Datenaltruismus. Dies ist nach Art. 2 Nr. 16 DGA die freiwillige gemeinsame Nutzung von Daten auf der Grundlage der Einwilligung betroffener Personen bzw. einer Erlaubnis von Dateninhabern zur Nutzung ihrer nicht personenbezogenen Daten, ohne Entgelt für Ziele von allgemeinem Interesse, wie z. B. die Gesundheitsversorgung, die Bekämpfung des Klimawandels, die Verbesserung der Mobilität usw. Der Data Governance Act bezweckt mit seinen Regelungen, solche Formen des Datenteilens zu fördern und zur Entstehung von „ausreichend großen Datenbeständen“ beizutragen (Erwägungsgrund 45 DGA).

### 2.1.2 Datenzugangsbestimmungen des Data Act

**446.** Der Data Act verfolgt gemäß Art. 1 Abs. 1 DA sowie Erwägungsgrund 5 DA mehrere Zwecke: Erstens soll sichergestellt werden, dass Nutzer von vernetzten Produkten oder verbundenen Diensten zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen Zugriff auf die mit dem Produkt generierten Daten erhalten und an Dritte ihrer Wahl weitergeben können (Kapitel II-IV DA). Daneben enthält der Data Act unter anderem zweitens Bestimmungen zur Bereitstellung von Daten für öffentliche Stellen („B2G“) bei außergewöhnlichen Ereignissen (Kapitel V DA), drittens zum Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten (Kapitel VI DA) und viertens zur Verbesserung der Interoperabilität von Daten sowie der Datenweitergabe (Kapitel VIII DA). Die Regelungskomplexe zum Datenzugang in den Kapiteln II bis IV Data Act sowie zur Verbesserung der Interoperabilität erscheinen für die vorliegende Untersuchung als am relevantesten und sollen daher knapp skizziert werden.

**447.** Der Data Act erfasst in seinem Kapitel II grundsätzlich vor allem vernetzte Produkte (und mit ihnen verbundene Dienste<sup>646</sup>) im Sinne des Art. 2 Nr. 5 DA, d. h. Gegenstände, die Daten über ihre Nutzung oder Umgebung erlangen, generieren oder erheben und die Produktdaten<sup>647</sup>

---

<sup>643</sup> Dies sind gemäß Art. 2 Nr. 7 DGA betroffene Personen im Sinne von Art. 4 Nr. 1 der DS-GVO, d. h. die Person, die von den infrage stehenden Daten identifizierbar ist.

<sup>644</sup> Dateninhaber ist gemäß Art. 2 Nr. 8 DGA eine juristische oder natürliche Person, die in Bezug auf die betreffenden Daten keine betroffene Person ist, welche berechtigt ist, Zugang zu bestimmten Daten zu gewähren.

<sup>645</sup> Datennutzer ist gemäß Art. 2 Nr. 9 DGA eine Person, die rechtmäßig Zugang zu bestimmten Daten hat und im Fall personenbezogener Daten berechtigt ist, diese zu nutzen.

<sup>646</sup> Verbundene Dienste sind gem. Art. 2 Nr. 6 DA digitale Dienste, bei denen es sich nicht um elektronische Kommunikationsdienste handelt, die zum Zeitpunkt des Kaufs, der Miete oder des Leasings so mit dem Produkt verbunden sind, dass es ohne sie eine oder mehrere ihrer Funktionen nicht ausführen könnte oder die anschließend vom Hersteller oder einem Dritten mit dem Produkt verbunden werden, um die Funktionen des vernetzten Produkts zu ergänzen, zu aktualisieren oder anzupassen.

<sup>647</sup> Produktdaten sind gemäß Art. 2 Nr. 15 DA Daten, die durch die Nutzung eines vernetzten Produkts generiert werden und die der Hersteller so konzipiert hat, dass sie über einen elektronischen Kommunikationsdienst, eine physische Verbindung oder einen geräteinternen Zugang von einem Nutzer, Dateninhaber oder Dritten – gegebenenfalls einschließlich des Herstellers – abgerufen werden können.

übermitteln können. Der Begriff ist weit zu verstehen. Er erfasst, wie Erwägungsgrund 14 aufzählt, Produkte in allen Bereichen der Wirtschaft und Gesellschaft, in Fahrzeugen, medizinischer Ausrüstung, Lifestyle-Ausrüstung, Haushaltsgeräten und industriellen Maschinen und Anlagen. Angesichts der Weite der erfassten Produkte und Dienste kann von einer „sektorübergreifenden Konzeption“ des Data Acts gesprochen werden, die zu einer Überschneidung mit zahlreichen sektorspezifischen Regelungen führt.<sup>648</sup> Abgrenzungsregelungen zu anderen Rechtsbereichen sind im Wesentlichen in Art. 1 und Art. 44 Data Act enthalten und befassen sich zum einen mit dem Datenschutzrecht und zum anderen mit sektorspezifischen Datenzugangsregelungen.<sup>649</sup> Danach gilt der Data Act unbeschadet des Datenschutzrechts auf nationaler und unionaler Ebene, das im Falle eines Widerspruchs vorrangig ist (Art. 1 Abs. 5 Data Act). Sektorspezifische Datenzugangsregelungen auf EU-Ebene bleiben gemäß Art. 44 Data Act, der in Erwägungsgrund 115 näher erläutert wird, ebenfalls unberührt. Eher deklaratorisch wird in Erwägungsgrund 116 klargestellt, dass der Data Act die Anwendung des AEUV und insbesondere die Art. 101 f. AEUV unberührt lässt.

**448.** Im Wesentlichen wird in den Kapiteln II bis IV des Data Act das Verhältnis zwischen Nutzern, Dateninhabern und Datenempfängern geregelt. Nutzer sind gemäß Art. 2 Nr. 12 DA natürliche oder juristische Personen, die vernetzte Produkte besitzen oder denen vertraglich zeitweilige Rechte für die Nutzung der vernetzten Produkte übertragen wurden oder die die verbundenen Dienste in Anspruch nehmen. Damit sind nicht nur Verbraucherinnen und Verbraucher (vgl. Art. 2 Nr. 23 DA) als Nutzer erfasst, sondern auch Unternehmen. Dateninhaber sind gemäß Art. 2 Nr. 13 DA natürliche oder juristische Person, die berechtigt oder verpflichtet sind,<sup>650</sup> Daten zu nutzen und bereitzustellen, die sie während der Erbringung eines verbundenen Dienstes abgerufen oder generiert haben. Im Ergebnis kommt es für die Einstufung als Dateninhaber darauf an, wer die Datengenerierung faktisch kontrolliert.<sup>651</sup> Datenempfänger sind gemäß Art. 2 Nr. 14 DA natürliche oder juristische Personen, die zu Zwecken innerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handeln, ohne Nutzer eines vernetzten Produktes oder verbundenen Dienstes zu sein, und denen vom Dateninhaber Daten bereitgestellt werden. Als zugangsberechtigte Datenempfänger nicht in Betracht

---

<sup>648</sup> Wiedemann, N. T./Conrad, T./Salemi, S., *Bereitstellung von Daten nach dem Data Act - offene Fragen und verbleibende Probleme*, K&R, 2024, S. 157–163, S. 157.

<sup>649</sup> Siehe dazu Schmidt-Kessel, M., *Einordnung des Data Act in das Mehrebenensystem des Unionsprivatrechts*, MMR, 2024, S. 122-128 (Beilage 1); Wiedemann u. a., *Bereitstellung von Daten nach dem Data Act - offene Fragen und verbleibende Probleme*, a. a. O., vgl. Fn. 648, S. 157–159.

<sup>650</sup> Die Definition ist damit teilweise zirkelschlüssig, da Verpflichtungen des Data Act vielfach gerade erst an die Dateninhabereigenschaft anknüpfen, siehe dazu bereits Deutscher Anwaltverein, *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Informationsrecht, den Ausschuss Geistiges Eigentum und den Ausschuss Europa zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung (Datengesetz) vom 23. Februar 2022, COM(2022) 68 final (im Folgenden „Entwurf“)*, Stellungnahme Nr. 40/2022, S. 13.

<sup>651</sup> Heinzke, P./Herbers, B./Kraus, M., *Datenzugangsansprüche nach dem Data Act*, Betriebs-Berater, 2024, S. 649-655, S. 649.

kommen die „Torwächter“, die von der Europäischen Kommission im Rahmen des Digital Markets Act (DMA)<sup>652</sup> benannt wurden (Art. 5 Abs. 3, Art. 6 Abs. 2 lit. d DA).<sup>653</sup> Insgesamt verfolgt der Data Act ein strikt nutzerzentriertes Modell mit zwingenden Datenzugangs-, Nutzungs- und Weitergaberechten des Nutzers, die grundsätzlich sowohl im B2C- als auch im B2B-Bereich gelten.<sup>654</sup> Dieses nutzerzentrierte Modell zeigt sich darin, dass der Dateninhaber selbst die generierten nicht-personenbezogenen Daten gemäß Art. 4 Abs. 13 DA nur auf Grundlage eines Vertrags mit dem Nutzer nutzen darf.<sup>655</sup> Im Folgenden wird ein Überblick über die wesentlichen Bestimmungen dieses Ansatzes gegeben.

**449.** Kapitel II des Data Acts regelt ausweislich seiner Überschrift die Datenweitergabe von Unternehmen an Verbraucherinnen und Verbraucher und zwischen Unternehmen.<sup>656</sup> Zunächst ordnet Art. 3 DA an, dass vernetzte Produkte und verbundene Dienste so zu konzipieren und herzustellen sind, dass die Produkt- bzw. Dienstdaten standardmäßig für den Nutzer einfach, sicher, unentgeltlich in einem umfassenden, strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format und, soweit relevant und technisch durchführbar, direkt zugänglich sind. Diese Pflicht richtet sich an den Hersteller bzw. Entwickler vernetzter Produkte bzw. verbundener Dienste, der oftmals mit dem Dateninhaber identisch sein wird.<sup>657</sup> Subsidiär zum direkten Datenzugang des Nutzers gemäß Art. 3 DA sieht Art. 4 DA einen Anspruch des Nutzers vor, dass der Dateninhaber grundsätzlich ohne Weiteres verfügbare Daten<sup>658</sup> kontinuierlich und in Echtzeit bereitstellt. Art. 5 DA räumt den Nutzern darüber hinaus ein Recht ein, die Daten an Dritte weiterzugeben. Dazu hat der Dateninhaber auf Verlangen des Nutzers einem Dritten die Daten bereitzustellen (Abs. 1).

**450.** In seinem Kapitel III enthält der Data Act Bestimmungen für den B2B-Bereich über die Bedingungen der Datenbereitstellung an Dritte inklusive einer Vergütung (Art. 8 ff. Data Act).<sup>659</sup>

---

<sup>652</sup> Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) vom 14. September 2022, L 265 vom 12. Oktober 2022, 1.

<sup>653</sup> Heinzke u.a., Datenzugangsansprüche nach dem Data Act, a. a. O., vgl. Fn. 651, S. 650.

<sup>654</sup> Antoine, L., Datenzugangsrechte im finalen Data Act – Fortschritt, Rückschritt, neue Fragen? — Schlüssel zur Förderung datengetriebener Geschäftsmodelle?, CR, 40, 2024, S. 1–8, S. 2. Gegen diesen nutzerzentrierten Ansatz etwa Funk, A., Das Prinzip der Nutzerzentriertheit des Data Act – ein gravierender Strukturfehler – Untersuchung und Bewertung der zentralen Rolle des Nutzers in der Datenökonomie nach der Konzeption des Data Act, CR, 2023, S. 421–427.

<sup>655</sup> Antoine, Datenzugangsrechte im finalen Data Act – Fortschritt, Rückschritt, neue Fragen? — Schlüssel zur Förderung datengetriebener Geschäftsmodelle?, a. a. O., vgl. Fn. 654, S. 6.

<sup>656</sup> Ausführlich zu Kapitel II auch Schmidt-Kessel, M., Heraus- und Weitergabe von IoT-Gerätedaten, MMR, 2024, S. 75-82 (Beilage 1).

<sup>657</sup> Heinzke u.a., Datenzugangsansprüche nach dem Data Act, a. a. O., vgl. Fn. 651, S. 651.

<sup>658</sup> Dieser Begriff ist in Art. 2 Nr. 17 DA legaldefiniert und bezeichnet Produktdaten und verbundene Dienstdaten, die ein Dateninhaber ohne unverhältnismäßigen Aufwand rechtmäßig von dem vernetzten Produkt oder verbundenen Dienst erhält oder erhalten kann, wobei über eine einfache Bearbeitung hinausgegangen wird.

<sup>659</sup> Antoine, Datenzugangsrechte im finalen Data Act – Fortschritt, Rückschritt, neue Fragen? — Schlüssel zur Förderung datengetriebener Geschäftsmodelle?, a. a. O., vgl. Fn. 654, S. 2. Ausführlich zu den Vorgaben der Art. 8 f. DA. Louven, S., Vorschriften im Data Act zur Ausgestaltung und Kompensation von Datenbereitstellungspflichten, MMR, 2024, S. 82-86 (Beilage 1).

Dabei ist bemerkenswert, dass die den Dateninhabern in den Kapiteln III und IV auferlegten Pflichten bzw. Klauselverbote gemäß Art. 8 Abs. 1 DA nicht nur für die Pflicht nach Art. 5 DA gelten, sondern für sämtliche Datenbereitstellungspflichten nach Unionsrecht oder im Einklang mit Unionsrecht erlassenen nationalem Recht. Damit handelt es sich bei den Art. 8-13 DA um eine Art allgemeines Schuldrecht für Datenzugangs- und Datendrittzugangsansprüche.<sup>660</sup> Dies gilt gemäß Art. 50 Abs. 4 DA jedoch nur für gesetzliche Datenbereitstellungspflichten, die nach dem 12. September 2025 in Kraft treten. Art. 8 DA gestaltet den vorausgesetzten Kontrahierungszwang hin zu FRAND-Bedingungen<sup>661</sup> weiter aus und enthält ein bereichsspezifisches Diskriminierungsverbot mit Beweislastumkehr.<sup>662</sup>

**451.** Kapitel IV des Data Acts besteht nur aus einem einzigen Artikel. Dieser Art. 13 DA enthält Regelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vertragsgestaltungen in Bezug auf den Datenzugang und die Datennutzung zwischen Unternehmen.<sup>663</sup> Die Norm ähnelt stark der aus dem allgemeinen Schuldrecht bekannten AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB). Als Rechtsfolge der Verwendung missbräuchlicher Klauseln sieht Art. 13 Abs. 1 DA vor, dass diese einseitig als nicht bindend anzusehen sind.

**452.** Kapitel VIII enthält schließlich mit seinen Art. 33-36 DA Vorschriften zur Interoperabilität<sup>664</sup> und bildet somit das „regulatorische Herzstück“ zur Schaffung eines Datenbinnenmarkts auf tatsächlicher Ebene.<sup>665</sup>

## 2.2 Daten Zugangsregelungen hinsichtlich digitaler Plattformen

**453.** Der Digital Markets Act gilt gemäß Art. 1 Abs. 2 DMA für zentrale Plattformdienste, die Torwächter für Nutzer in der Union bereitstellen oder anbieten. Der Anwendungsbereich des DMA ist damit auf zentrale Plattformdienste beschränkt, die in Art. 2 Nr. 2 DMA abschließend<sup>666</sup> genannt sind. Ein Unternehmen wird dann als Torwächter eingestuft, wenn es erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, einen zentralen Plattformdienst bereitstellt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass es eine solche

---

<sup>660</sup> Schmidt-Kessel, Heraus- und Weitergabe von IoT-Gerätedaten, a. a. O., vgl. Fn. 656, S. 76.

<sup>661</sup> Der Begriff FRAND steht für Fair, Reasonable and Non-Discriminatory. Hinsichtlich der „Fairness“ der vereinbarten Bedingungen dürfte im Wesentlichen die Klauselkontrolle nach Art. 13 DA maßgeblich sein, vgl. Erwägungsgrund 44 DA.

<sup>662</sup> Louven, Vorschriften im Data Act zur Ausgestaltung und Kompensation von Datenbereitstellungspflichten, a. a. O., vgl. Fn. 659, S. 83–84.

<sup>663</sup> Siehe dazu Schwamberger, S., Die Klauselkontrolle in Art. 13 Data Act, MMR, 2024, S. 96-101 (Beilage 1).

<sup>664</sup> Diese ist in Art. 2 Nr. 40 DA legaldefiniert als Fähigkeit von zwei oder mehr Datenräumen oder Kommunikationsnetzen, Systemen, vernetzten Produkten, Anwendungen, Datenverarbeitungsdiensten oder Komponenten, Daten auszutauschen und zu nutzen, um ihre Funktionen auszuführen.

<sup>665</sup> Siglmüller, J., Standardisierungsbestrebungen für das Rückgrat der europäischen Digitalwirtschaft, MMR, 2024, S. 112-116 (Beilage 1), S. 112 m. w. N.

<sup>666</sup> König, M., in: Säcker, F. J. u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 2 DMA Rn. 10.

Position in naher Zukunft erlangen wird (Art. 3 Abs. 1 DMA). Art. 3 DMA gibt dazu einige quantitative Schwellenwerte und weitere qualitative Kriterien vor.<sup>667</sup>

**454.** Der Digital Markets Act, dessen Pflichtenkatalog teilweise auf der Fallpraxis der Europäischen Kommission beruht<sup>668</sup>, enthält hinsichtlich der Nutzung von Daten zwei Ansatzpunkte: Erstens darf der Torwächter gemäß Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 8 DMA bestimmte (personenbezogene) Daten nicht verwenden. Dies dient insbesondere zum einen dazu, es dem Torwächter zu erschweren, Verbundvorteile zu generieren, die Markteintrittsschranken zu erhöhen sowie so die Bestreitbarkeit eines Marktes zu gefährden, und zum anderen dazu, der Ausbeutung von Nutzerinnen und Nutzern vorzubeugen.<sup>669</sup> Diese Erwägungen dürften auch der Grund gewesen sein, Torwächter von Datenzugangsansprüchen des Data Acts auszunehmen (siehe dazu oben, Tz. 448). Zweitens sieht der Digital Markets Act in Art. 6 Abs. 8-11 Datenzugangsansprüche vor. Diese sind teilweise recht speziell: Dies betrifft etwa ein Zugangsrecht für Werbetreibende sowie Herausgeber, d. h. Anbieter von Online-Inhalten, für welche der Torwächter im Rahmen eines werbefinanzierten Geschäftsmodells Werbedienstleistungen erbringt und Anzeigen schaltet.<sup>670</sup> Diese Kunden des Torwächters sollen Zugang zu seinen Instrumenten zur Leistungsmessung erhalten sowie zu den Daten, die erforderlich sind, um eine unabhängige Überprüfung des Werbeinventars<sup>671</sup> vornehmen zu können (Abs. 8). Damit sollen die Kunden der Torwächter in die Lage versetzt werden, die Leistung der von den Torwächtern bereitgestellten zentralen Plattformdienste zu bewerten. Speziell für Anbieter von konkurrierenden Online-Suchmaschinen enthält Abs. 11 ein Zugangsrecht gegenüber Torwächtern, die Online-Suchmaschinen betreiben. Das Recht umfasst den Zugang zu Ranking-, Anfrage-, Klick- und Ansichtsdaten zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen zum Zweck der Optimierung der eigenen Suchmaschine.<sup>672</sup> Abs. 10 räumt Endnutzerinnen und Endnutzern, d. h. nicht-gewerblichen Nutzerinnen und Nutzern zentraler Plattformdienste (Art. 2 Nr. 20 DMA), ein Recht auf Datenportabilität ein, das an das Portabilitätsrecht aus Art. 20 DSGVO angelehnt ist und dieses ergänzt.<sup>673</sup>

**455.** Die für die vorliegende Untersuchung bedeutsamste Norm ist Art. 6 Abs. 10 DMA. Gemäß dieser Norm hat der Torwächter gewerblichen Nutzern kostenlos einen effektiven, hochwertigen und permanenten Echtzeitzugang zu aggregierten und nichtaggregierten Daten zu gewähren, die im Zusammenhang mit der Nutzung der betreffenden zentralen Plattformdienste durch

---

<sup>667</sup> Zu den bislang benannten Torwächtern und zentralen Plattformdiensten vgl. bereits Kapitel II Tz. 178 ff.

<sup>668</sup> König, M., in: Säcker, F. J. u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Einl. DMA Rn. 19, 27.

<sup>669</sup> Bueren, E./Weck, T., in: Säcker, F. J. u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 5 DMA Rn. 55.

<sup>670</sup> Bueren, E./Weck, T., in: Säcker, F. J. u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 6 DMA Rn. 194.

<sup>671</sup> Das Werbeinventar bezeichnet die Anzahl der Anzeigenplätze, die ein Herausgeber zur Verfügung hat, um sie an Werbetreibende zu verkaufen, Ebenda Rn. 198.

<sup>672</sup> Siehe dazu Erwägungsgrund 61 DMA.

<sup>673</sup> Siehe zum Normzweck und zum Verhältnis des Art. 6 Abs. 9 DMA zu Art. 20 DSGVO Bueren/Weck, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht Band 1/1, a. a. O., vgl. Fn. 670, Art. 6 DMA Rn. 201, 206.

diese gewerblichen Nutzer und dessen Endnutzerinnen und Endnutzer bereitgestellt oder generiert werden. Sofern davon personenbezogene Daten betroffen sind, gilt dies nur unter weiteren Voraussetzungen, insbesondere einer Einwilligung der betroffenen Endnutzerinnen und Endnutzer. Der Grundgedanke dieser Norm entspricht damit der Erwägung des Data Acts: Da die gewerblichen Nutzer sowie die Endnutzerinnen und Endnutzer letztlich große Datenmengen bereitstellen und generieren, sollen auch sie Zugang zu diesen Daten erhalten.<sup>674</sup> Insofern überschneiden sich Data Act und Digital Markets Act. Die Regelungskomplexe dürften nebeneinander anwendbar sein, da Art. 44 Abs. 1 Data Act besondere unionsrechtliche Datenbereitstellungspflichten, die bis zum 11. Januar 2024 in Kraft getreten sind, unberührt lässt. Der Digital Markets Act selbst lässt im Übrigen die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unberührt, Art. 1 Abs. 6 DMA.

**456.** Auf nationaler Ebene existiert seit der 10. GWB-Novelle mit § 19a GWB ebenfalls eine Rechtsgrundlage, die sich mit digitalen Plattformen befasst. Sie gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, Unternehmen, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt, besondere Pflichten nach § 19 Abs. 2 GWB aufzuerlegen. Das Bundeskartellamt kann gemäß § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GWB Unternehmen untersagen, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern. Im Ergebnis formuliert diese Norm zwar keinen eigenständigen Zugangsanspruch, sondern fordert eine Portabilität von Daten. Diese ist jedoch zwingende Voraussetzung für den Datenabruf.<sup>675</sup> In umgekehrter Hinsicht, d. h. zur Unterbindung vertraglich eingeräumter Zugangsansprüche hat das Bundeskartellamt in einer vorläufigen Beurteilung § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB herangezogen, um Verhaltensweisen zu unterbinden, die zu einer Einräumung von weitreichenden Datennutzungsrechten durch marktmächtige Unternehmen geführt haben.<sup>676</sup> § 19a GWB lässt gemäß seines Absatzes 3 die Missbrauchsaufsicht gemäß den §§ 19, 20 GWB unberührt. Hinsichtlich der Normen des Unionsrechts ist der Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu beachten, soweit nicht ausdrücklich in den jeweiligen Rechtsakten eine Fortgeltung auch der nationalen Vorschriften angeordnet ist. Gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 können die Mitgliedstaaten strengere innerstaatliche Vorschriften zur Missbrauchskontrolle erlassen, sodass die §§ 19, 19a, 20, GWB anwendbar bleiben. Hinsichtlich des Verhältnisses des § 19a GWB zum Digital Markets Act ist schließlich auf Art. 1 Abs. 6 lit. b DMA hinzuweisen. Danach lässt der Digital Markets Act die Anwendung nationaler Wettbewerbsvorschriften unberührt, mit denen andere Formen einseitiger Verhaltensweisen verboten werden, soweit sie auf andere Unternehmen als Torwächter angewandt werden oder Torwächtern damit weitere Verpflichtungen auferlegt werden.<sup>677</sup> Danach kann das Bundeskartellamt gegen Unternehmen, die noch nicht als Torwächter eingestuft wurden, unbeschränkt auf der Grundlage von § 19a GWB vorgehen, bei einer Einstufung als Torwächter

---

<sup>674</sup> Vgl. Erwägungsgrund 60 DMA.

<sup>675</sup> Wagner, C./Oehm, T., in: Jaeger, W. u. a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band VII, Sonderbereich Audiovisuelle Medien Rn. 240.

<sup>676</sup> BKartA, B7-70/21, 5. Oktober 2023, Google Datenverarbeitung. Siehe dazu Tz. 469 sowie Kapitel II Tz. 206 ff.

<sup>677</sup> Siehe hierzu auch Kapitel II Tz. 210.

hingegen nur über die Verpflichtungen der Art. 5-7 DMA hinausgehende Maßnahme ergreifen.<sup>678</sup>

## 2.3 Allgemeines Wettbewerbsrecht

**457.** Ein Anspruch auf Datenzugang kann sich ferner aus jeder der drei „Säulen“ des Wettbewerbsrechts ergeben: Er kann aus dem Missbrauchsverbot (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV) folgen, wenn sich die Weigerung, einen Datenzugang zu gewähren, als Missbrauch einer marktstarken Stellung erweist (siehe dazu sogleich Abschnitt 2.3.1). Zudem kann sich dies auch im Rahmen des Kartellverbots (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV) sowie der Fusionskontrolle ergeben (siehe dazu Abschnitt 2.3.2). Bei einer erheblichen und fortwährenden Störung des Wettbewerbs kommt auch die Anordnung eines Datenzugangs nach § 32f GWB in Betracht (siehe Abschnitt 2.3.3). In allen Fällen erscheint aufgrund der noch darzustellenden<sup>679</sup> komplexen Gemengelage der Einstieg des Rechtsanwenders in die Untersuchung der Problemstellungen schwierig. Daher sollen – im vorliegenden Gutachten in einem ersten Schritt – in den Abschnitten 4 und 5 Prüfungsschemata für die Fusions- und die Missbrauchskontrolle entwickelt werden, um eine Bearbeitung der Fälle zu erleichtern. Diese Hinweise sind jedoch keineswegs als abschließend zu verstehen, sondern müssen vielmehr künftig weiter fortentwickelt werden. Sie sind ein Anstoß, um die Fallbearbeitung stärker zu systematisieren. Auch für die Behandlung des Kartellverbots ist die Entwicklung eines Schemas angezeigt. Die Monopolkommission plant, sich hiermit in künftigen Gutachten zu befassen.

### 2.3.1 Verweigerung des Datenzugangs als Missbrauch einer marktstarken Stellung

**458.** Dem allgemeinen Wettbewerbsrecht lassen sich im Rahmen der Missbrauchsaufsicht verschiedene Rechtsgrundlagen entnehmen, aus denen Unternehmen einen Anspruch auf Datenzugang ableiten können. Dieser kann sich insbesondere aus dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB (ggf. i. V. m. § 20 Abs. 1, 1a GWB) bzw. Art. 102 AEUV ergeben (dazu sogleich 2.3.1.1). Zudem kann das in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB bzw. Art. 102 AEUV verankerte Konzept der wesentlichen Einrichtung („essential facilities doctrine“) einschlägig sein (dazu 2.3.1.2). In den folgenden Abschnitten sollen überblicksartig die Rechtsgrundlagen dargestellt werden, aus denen ein Anspruch auf Datenzugang folgen kann. In Abschnitt 5 wird darauf aufbauend ein Prüfschema vorgeschlagen, mit dessen Hilfe der Datenzugang in der Missbrauchskontrolle geprüft werden kann.

#### 2.3.1.1 Verweigerung des Datenzugangs als Verstoß gegen das Behinderungs- und das Diskriminierungsverbot

**459.** Die Verweigerung eines Zugangs zu Daten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann einen Behinderungs- und Diskriminierungsmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellen. Dies gilt etwa dann, wenn der Dateninhaber einzelne Anbieter diskriminiert. Als Fallbeispiel kann hierfür etwa die Entscheidung des Bundeskartellamts vom 26. Juni 2023

---

<sup>678</sup> König, M., in: Säcker, F. J. u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 1 DMA Rn. 43.

<sup>679</sup> Siehe dazu insbesondere Abschnitt 3.

gegenüber der Deutsche Bahn AG genannt werden, dass die Weigerung, bestimmte Daten zur Verfügung zu stellen, den Tatbestand der missbräuchlichen Behinderung und der Diskriminierung nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 und 2 GWB erfüllt.<sup>680</sup> Die Weigerung, Datenzugang zu gewähren, kann sich auch als missbräuchlich im Sinne des Art. 102 AEUV erweisen. Insofern bestehen keine Unterschiede zwischen herkömmlichen Ressourcen und Daten.<sup>681</sup> Hinsichtlich der Prognosedaten, die die Deutsche Bahn AG einzelnen Unternehmen vorenthält, hat das Bundeskartellamt auch einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 102 AEUV angenommen.<sup>682</sup> Abseits dieses hier genannten Beispiels sind noch viele weitere Fallkonstellationen denkbar, unter denen sich die Verweigerung, Datenzugang zu gewähren, als missbräuchlich darstellen kann (siehe dazu auch Abschnitt 5).

**460.** Das GWB benennt darüber hinaus auch einige Fälle ausdrücklich, in denen die Verweigerung des Zugangs zu Daten missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 1, Abs. 2 GWB sein kann. Erstens ist ein Zugang zu Daten seit der 10. GWB-Novelle nun ausdrücklich im Kontext des Konzepts der wesentlichen Einrichtungen in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB normiert (siehe dazu unten, Kapitel 2.3.1.2). Zweitens kann gemäß § 20 Abs. 1a GWB die Verweigerung des Zugangs zu Daten gegen ein angemessenes Entgelt eine unbillige Behinderung nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellen. Auch § 20 Abs. 1a GWB wurde im Zuge der 10. GWB-Novelle eingefügt. Damit wollte der Gesetzgeber einen kartellrechtlichen Anspruch auf Datenzugang für die Fälle gesetzlich regeln, in denen dem Zugang zu Daten aus wettbewerblicher Sicht eine besondere Bedeutung zukommt.<sup>683</sup> Bei dieser Einfügung handelt es sich nach Auffassung des Gesetzgebers um eine Klarstellung vor dem Hintergrund, dass es bisher an einer belastbaren und ausdifferenzierten Rechtsprechung mit Blick auf datenspezifische Konstellationen fehlt.<sup>684</sup> Gemäß § 20 Abs. 1 GWB gilt das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch für relativ marktmächtige Unternehmen, d. h. wenn zwischen Anbieter und Nachfrager ein Abhängigkeitsverhältnis besteht. Abs. 1a stellt nun klar, dass sich ein solches Abhängigkeitsverhältnis auch daraus ergeben kann, dass ein Unternehmen auf den Zugang zu Daten angewiesen ist. Unter diesen Voraussetzungen kann die Verweigerung des Datenzugangs gegen angemessenes Entgelt eine unbillige Behinderung sein (§ 20 Abs. 1a S. 2 GWB), sofern im Einzelfall keine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn Datenschutzverstöße

---

<sup>680</sup> BKartA, B9-144/19, 26. Juni 2023, Deutsche Bahn, Rn. 710. Siehe zu diesem Verfahren auch den Fallüberblick unter Kapitel II Tz. 202 sowie zur Bedeutung dieses Datenzugangs und dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn (2023): Time to GO: Endlich qualitätswirksam in den Wettbewerb!, Baden-Baden, 2023, Tz. 117 ff.

<sup>681</sup> Schmidt, S., Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, Tübingen, 2020, S. 390 m. W. N.

<sup>682</sup> BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 917 ff.

<sup>683</sup> Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), BT-Drs. 19/23492 vom 19. Oktober 2020, S. 56.

<sup>684</sup> Ebenda, S. 80.

drohen. In diesem Fall kann der grundsätzlich bestehende Zugangsanspruch jedoch dazu führen, dass der Dateninhaber im Einzelfall dazu verpflichtet ist, an der Herstellung der notwendigen Datenschutzkonformität mitzuwirken.<sup>685</sup>

**461.** In der Gesetzesbegründung der Bundesregierung werden zwei Konstellationen genannt, die bei der Erstellung des Gesetzes als relevant angesehen wurden:<sup>686</sup> erstens Vertragsverhältnisse innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken, wie etwa im Bereich des Internet of Things (IoT).<sup>687</sup> Sofern im Rahmen von Wertschöpfungsnetzwerken gemeinsame Wertschöpfungsbeiträge erbracht werden, sollen die im Rahmen des entsprechenden Vertragsverhältnisses erzeugten Daten grundsätzlich gemeinsam genutzt werden können. Der Gesetzgeber ist hier der Auffassung, dass dies ohnehin häufig im beiderseitigen Interesse der Vertragspartner liegen dürfte, etwa durch eine Verbesserung der jeweiligen Wertschöpfungsbeiträge. Als zweite Konstellation hatte der Gesetzgeber die Fälle vor Augen, in denen ein Dritter Datenzugang begehrt, der Dienste auf einem vor- oder nachgelagerten Markt anbieten möchte.<sup>688</sup> Über die bestehende Rechtslage wohl hinausgehend, ordnet § 20 Abs. 1a Satz 3 GWB ausdrücklich an, dass auch die erstmalige Belieferung von Dritten erfasst sein soll, da die bisherige Rechtsprechung diesbezüglich unklar erschien.<sup>689</sup> Diese Fallkonstellation entspricht der des Missbrauchsverfahrens gegenüber der Deutsche Bahn AG bezüglich der Verweigerung des Zugangs zu Prognosedaten. Das Bundeskartellamt hat seine Missbrauchsverfügung gegenüber der Deutsche Bahn AG daher auch auf diesen Tatbestand gestützt.<sup>690</sup>

**462.** Gleichmaßen wie im GWB kann die Weigerung, Datenzugang zu gewähren, auch einen Behinderungsmissbrauch gemäß Art. 102 AEUV darstellen.<sup>691</sup> Das Bundeskartellamt hat in seiner Entscheidung gegenüber der Deutsche Bahn AG aber offengelassen, ob auch dieser Tatbestand erfüllt ist.<sup>692</sup>

---

<sup>685</sup> LG Berlin, 16 O 49/23 Kart, 7. September 2023, Ride-Hailing-Apps, Rn. 78.

<sup>686</sup> Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492, a. a. O., vgl. Fn. 683, S. 80.

<sup>687</sup> Diese Konstellation ähnelt dem Szenario, mit dem sich der Data Act (siehe dazu oben, Abschnitt 2.1.2) befasst: Bei der Verwendung von vernetzten Produkten („Internet of Things“, IoT) und Diensten tragen sowohl der Nutzer des Geräts als auch derjenige, der den Zugang zu den vom Gerät generierten Daten kontrolliert, zur Schöpfung der Daten bei (sog. Wertschöpfungsnetzwerke). Der Data Act löst dieses Spannungsverhältnis mit einem nutzerzentrierten Ansatz zugunsten des Nutzers auf (vgl. Art. 4 Abs. 13 DA). Fraglich ist, inwiefern im IoT-Bereich der Data Act vorrangig ist und eine abschließende Sonderregelung bildet. Das Verhältnis des Data Act zu anderen Normen ist in den Art. 1 und 44 Data Act geregelt, die sich hierzu aber nicht ausdrücklich äußern (siehe dazu oben, Tz. 447). Für eine zumindest subsidiär bestehende Anwendbarkeit des GWB spricht indes Erwägungsgrund 116 Data Act, gemäß dem die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften unberührt bleiben sollen, auch wenn nur die Art. 101 f. AEUV ausdrücklich erwähnt werden.

<sup>688</sup> Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492, a. a. O., vgl. Fn. 683, S. 81.

<sup>689</sup> Ebenda, S. 81.

<sup>690</sup> BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 900 ff. Siehe dazu auch Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Tz. 169 ff.

<sup>691</sup> Siehe dazu ausführlich Schmidt, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, a. a. O., vgl. Fn. 681, S. 381 ff.

<sup>692</sup> BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 921 f.

### 2.3.1.2 Datenzugang als wesentliche Einrichtung

**463.** In § 19 GWB wurde im Zuge der 10. GWB-Novelle hinsichtlich des in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB normierten Konzepts<sup>693</sup> der wesentlichen Einrichtung („essential facilities doctrine“) nunmehr ausdrücklich die Verweigerung des Zugangs zu Daten als möglicher Missbrauch aufgezählt. Dabei sollte es sich lediglich um eine Klarstellung handeln, dass insbesondere auch die Verweigerung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen kann.<sup>694</sup> Im Vergleich zu § 20 Abs. 1a GWB sind die Voraussetzungen für § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB strenger gefasst: Bei § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ist es erstens erforderlich, dass der Zugang zu Daten objektiv notwendig ist, um auf dem Markt tätig zu sein. Zweitens muss durch die Zugangsverweigerung die Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt drohen. § 20 Abs. 1a GWB hingegen setzt für eine (mögliche) datenbedingte Abhängigkeit lediglich voraus, dass ein Unternehmen auf den Datenzugang „angewiesen“ ist.<sup>695</sup> Nach Auffassung des Bundeskartellamts ist dieses Tatbestandsmerkmal bereits dann erfüllt, wenn das zugangsbegehrende Unternehmen den Zugang für die Verbesserung eigener Leistungen benötigt, auch wenn die Leistungen grundsätzlich auch ohne den Datenzugang angeboten werden könnten.<sup>696</sup> Auch im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kommt im Einzelfall eine sachliche Rechtfertigung in Betracht, etwa im Fall von Datenschutzverstößen, die wettbewerbliche Auswirkungen haben.<sup>697</sup>

**464.** Auch bei der Anwendung von Art. 102 AEUV ist das Konzept der wesentlichen Einrichtungen als ein Grundtyp missbräuchlicher Geschäftsverweigerung anerkannt.<sup>698</sup> Zu wesentlichen Einrichtungen können grundsätzlich auch Informationen zählen.<sup>699</sup> Hinsichtlich urheberrechtlich geschützten Gütern hatte der EuGH in dem Fall „IMS Health“ entschieden, dass das ausschließliche Recht der Vervielfältigung zu den Vorrechten des Inhabers eines Immaterialgüterrechts gehört und folglich die Ausübung dieses Rechts (nur) unter außergewöhnlichen Umständen ein missbräuchliches Verhalten darstellen kann, etwa wenn der Zugang unentbehrlich ist.<sup>700</sup> Letzteres ist dann der Fall, wenn die Weigerung das Auftreten neuer bzw. innovativer Erzeugnisse verhindert, nach denen eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht, sie nicht gerechtfertigt ist und sie geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten

---

<sup>693</sup> Zu Art. 102 AEUV siehe sogleich Tz. 464.

<sup>694</sup> Bundesregierung, BT-Drs. 19/23492, a. a. O., vgl. Fn. 683, S. 72.

<sup>695</sup> BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 906. Siehe dazu auch Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Tz. 169.

<sup>696</sup> BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680, Rn. 906. Siehe zu den Konstellationen, die der Gesetzgeber bei Schaffung der Norm vor Augen hatte bereits oben, Tz. 461.

<sup>697</sup> LG Berlin, 16 O 49/23 Kart, Ride-Hailing-Apps, a. a. O., vgl. Fn. 685, Rn. 78.

<sup>698</sup> EuGH, C-7/97, 26. November 1998, Bronner. Siehe zu der EuGH-Rechtsprechung Bien, F., in: Säcker, F. J. u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Band 1/1, 4. Auflage 2023, Art. 102 AEUV Rn. 488.

<sup>699</sup> Bien, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht Band 11, a. a. O., vgl. Fn. 698, Art. 102 AEUV Rn. 495.

<sup>700</sup> EuGH, C-418/01, 29. April 2004, IMS Health. Siehe dazu auch Dreher, M./Kulka, M., Wettbewerbs- und Kartellrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 11. Auflage, Heidelberg, 2021, Rn. 1233.

Markt auszuschließen.<sup>701</sup> Wann diese Kriterien erfüllt sind, kann letztlich nur im Einzelfall beurteilt werden.<sup>702</sup> In Abschnitt 5 wird weitergehend auf das Konzept der „Wesentlichen Einrichtung“ eingegangen werden.

### 2.3.2 Relevanz von Datenzugang im Rahmen des Kartellverbots und der Fusionskontrolle

**465.** Auch das Kartellverbot aus § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV kann hinsichtlich eines Zugangs zu Daten relevant sein: Einerseits sind Rechtsverstöße dahingehend denkbar, dass Absprachen hinsichtlich Datenpreisen stattfinden<sup>703</sup> oder sonstige Vereinbarungen getroffen werden, die Dritten Zugang zu Daten erschweren, etwa Ausschließlichkeitsvereinbarungen<sup>704</sup>. Andererseits kann das Kartellverbot einem Zugang zu Daten auch entgegenstehen, etwa wenn sich dies als unzulässiger Informationsaustausch zwischen Unternehmen erweist (siehe dazu unten Abschnitt 2.4). Dieser letztgenannte Aspekt könnte künftig erheblich an Bedeutung gewinnen. Anwendungsfälle sind etwa Datenpools,<sup>705</sup> in die zwei oder mehr Unternehmen ähnliche Daten einspeisen, die jeweils bei ihnen anfallen. Auch für derartige Konstellationen sollte daher künftig ein Prüfschema entwickelt werden.

**466.** Zudem kann im Rahmen der Fusionskontrolle<sup>706</sup> geprüft werden, über welche Daten die Zusammenschlussparteien verfügen bzw. verfügen könnten, und ob sich der Zusammenschluss darauf auswirkt, ob oder wie diese Daten anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. In Kapitel 4 wird ein Prüfschema skizziert werden, mittels dessen der Datenzugang systematisch bei Zusammenschlussvorhaben geprüft werden kann. Auch im Wege der Fusionskontrolle kann Dritten ein Anspruch auf den Zugang zu Daten erwachsen. Ein Beispiel hierfür ist das Fusionskontrollverfahren Google/Fitbit.<sup>707</sup> Fitbit entwickelte und verkaufte insbesondere Fitnessstracker und Smartwatches, die Gesundheits- und Aktivitätsdaten (z. B. Herzfrequenz, tägliche Schrittzahl, Sauerstoffsättigung, zurückgelegte Strecke) sammeln.<sup>708</sup> Diese Geräte

---

<sup>701</sup> Zusammenfassend Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, a. a. O., vgl. Fn. 700, Rn. 1234.

<sup>702</sup> Ausführlich zu den Voraussetzungen von Ansprüchen auf Datenzugang aus Art. 102 AEUV Schmidt, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, a. a. O., vgl. Fn. 681, S. 381 ff.

<sup>703</sup> Dewenter, R./Louven, S., Plattformwettbewerb, Wert von Daten und Schadensschätzung, Wirtschaft und Wettbewerb, 2023, S. 197–203, S. 198.

<sup>704</sup> Kemper, R., EU-Data Governance Act (DGA) und EU-Data Act (DA) im Kontext der EU-Strategie für digitale Daten, juris GmbH, AnwZert ITR 5/2022 Anm 2, 2022. Siehe auch Nr. 382 Horizontalleitlinien, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit vom 1. Juni 2023, C 259 vom 21. Juli 2023, 1.

<sup>705</sup> Ausführlich dazu Schäfer, L., Datenkooperation durch Datenpooling: eine rechtstatsächliche, rechtsökonomische, kartell- und datenregulierungsrechtliche Untersuchung, Baden-Baden, 2023.

<sup>706</sup> Siehe zur Fusionskontrolle bezüglich Datenkooperationen durch Datenpooling Ebenda, S. 429 ff.

<sup>707</sup> Siehe dazu bereits Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten: Wettbewerb 2022, Baden-Baden, 2022, Tz. 201.

<sup>708</sup> EU-Kommission, M.9660, 17. Dezember 2020, Google/Fitbit, C(2020) 9105 final, Rn. 28.

können entweder mit der herstellereigenen App oder einer App eines Drittherstellers verbunden werden, die über eine Schnittstelle die generierten Daten erhält.<sup>709</sup> Die Europäische Kommission hatte im Fusionskontrollverfahren Bedenken, dass nach der Fusion der bestehende Zugang konkurrierender Gesundheitsdienstleister eingeschränkt werden könnte.<sup>710</sup> Um diesen Bedenken zu begegnen, hat sich Google im weiteren Verfahren durch eine Verpflichtungszusage unter anderem dazu verpflichtet, den Zugang Dritter mittels einer Webschnittstelle für den Zeitraum von zehn Jahren weiterhin zu gewährleisten.<sup>711</sup>

### 2.3.3 Anordnung von Datenzugang im Anschluss an eine Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts

**467.** Eine weitere Norm, die sich explizit mit Datenzugang befasst, ist § 32f Abs. 3 Satz 7 Nr. 1 i. V. m Satz 6 GWB. Sie enthält Abhilfemaßnahmen, die im Anschluss an eine Sektoruntersuchung nach § 32e GWB ergriffen werden können. Stellt das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung fest, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs vorliegt und die Anwendung der sonstigen Befugnisse nach Teil 1 des GWB voraussichtlich nicht ausreichend erscheint, um die Störung des Wettbewerbs wirksam und dauerhaft zu beseitigen, kann das Bundeskartellamt insbesondere die in Satz 7 genannten Abhilfemaßnahmen ergreifen. § 32f GWB wurde im Zuge der 11. GWB-Novelle eingefügt.<sup>712</sup> Das Bundeskartellamt kann als Abhilfemaßnahme insbesondere die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen anordnen. Als ultima ratio ist in § 32f Abs. 4 GWB auch eine eigentumsrechtliche Entflechtung vorgesehen. Eine solche eigentumsrechtliche Entflechtung hatte auch die Europäische Kommission gegenüber Google im Missbrauchsverfahren „Adtech“ angedroht.<sup>713</sup> Mit der Schärfung des Instrumentes der Sektoruntersuchung wollte der Gesetzgeber das Aufgreifen von Störungen des Wettbewerbs ermöglichen, die bislang weder im Rahmen der Fusionskontrolle geprüft noch als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bzw. abgestimmte Verhaltensweisen oder Marktmachtmissbrauch unterbunden werden konnten.<sup>714</sup>

## 2.4 Rechtliche Grenzen des Datenzugangs

**468.** Datenzugänge können aus rechtlichen Gründen eingeschränkt sein. Dies gilt erstens in der Hinsicht, dass Unternehmen einen Datenzugang vereinbart haben, dies jedoch aus rechtlichen Gründen unzulässig ist (dazu sogleich Tz. 469 f.). Zweitens sind auch dem Gesetzgeber – insbesondere aus den Grundrechten – Grenzen dabei gesetzt, Daten Zugangsregelungen zu schaffen (dazu Tz. 471 f.).

---

<sup>709</sup> Ebenda, Rn. 41.

<sup>710</sup> Ebenda, Rn. 503 ff.

<sup>711</sup> Ebenda, Rn. 898 ff.

<sup>712</sup> Siehe dazu Kapitel II Tz. 157 ff.

<sup>713</sup> EU-Kommission, Kommission übermittelt Google Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen missbräuchlicher Praktiken im Bereich der Online-Werbetechnologie, Pressemitteilung, 14. Juni 2023.

<sup>714</sup> Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze, BT-Drs.20/6824 vom 16. Mai 2023, S. 27.

**469.** Vereinbarungen, die einen Datenzugang vorsehen, können sich erstens aus dem Blick der Missbrauchskontrolle als unzulässig darstellen. Das gilt etwa dann, wenn sich marktmächtige Unternehmen weitreichende Datenzugangs- oder -nutzungsrechte einräumen lassen, damit Nutzer bestimmte Dienste des Unternehmens in Anspruch nehmen können. In einer derartigen Konstellation hatte etwa Google in einem Verfahren wegen eines möglichen Verstoßes gegen § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GWB gegenüber dem Bundeskartellamt eine Verpflichtungszusage abgegeben, den Nutzerinnen und Nutzern ausreichende Wahlmöglichkeiten zu geben, eine Datenverarbeitung ablehnen zu können.<sup>715</sup> Konkret hat sich Google in dem Verfahren unter anderem dazu verpflichtet, keine Datenverarbeitungsbedingungen mehr zu verwenden, welche für Google die Möglichkeit vorsehen, personenbezogene Daten aus einem von den Verpflichtungszusagen erfassten Dienst mit personenbezogenen Daten aus anderen Diensten von Google zusammenzuführen.<sup>716</sup> Gegenüber Amazon hat die Europäische Kommission im Jahr 2022 Verpflichtungszusagen erwirkt, die eine Nutzung von Daten von Dritthändlern zur Optimierung der Geschäfte von Amazon als Onlinehändler unterbindet.<sup>717</sup> Auch Datenschutzverstöße können grundsätzlich im Rahmen der Missbrauchsaufsicht unterbunden werden, wenn sie Ausdruck des Missbrauchs einer marktstarken Stellung sind.<sup>718</sup> Exemplarisch hierfür kann die Missbrauchsentscheidung des Bundeskartellamts gegenüber dem Mutterunternehmen von Facebook, Meta, genannt werden.<sup>719</sup> Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts ist Facebook bzw. Meta auf dem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer in Deutschland marktbeherrschend und nutzte diese Stellung missbräuchlich aus, indem es die Nutzung von Facebook davon abhängig machte, dass die bei der Verwendung von konzerneigenen Diensten und Diensten von Drittunternehmen erhobenen personenbezogenen Daten ohne wirksame Einwilligung mit den Daten des Facebook-Kontos verknüpft und verarbeitet wurden.<sup>720</sup>

**470.** Die Vereinbarung, Datenzugang zu gewähren, kann sich zweitens auch als Verstoß gegen das Kartellverbot aus § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV erweisen.<sup>721</sup> Zur Beurteilung, wie eine horizontale Zusammenarbeit, die insbesondere darin besteht, Daten auszutauschen, vor dem Hintergrund von Art. 101 AEUV zu bewerten ist, gibt die Europäische Kommission in Tz. 366 ff. der Horizontalleitlinien<sup>722</sup> Hinweise. Problematisch kann ein Datenaustausch etwa sein, wenn der Austausch (sensibler) Geschäftsinformationen, z. B. über die Preisgestaltung, die Transparenz

---

<sup>715</sup> Siehe dazu Kapitel II Tz. 206 ff.

<sup>716</sup> BKartA, B7-70/21, Google Datenverarbeitung, a. a. O., vgl. Fn. 676, Rn. 62.

<sup>717</sup> EU-Kommission, C (2022) 9442 final, 20. Dezember 2022, Amazon Marketplace (AT.40462) und Amazon Buy Box (AT.40703). Siehe dazu oben, Abschnitt 3.4.3.

<sup>718</sup> Dazu ausführlich Barth, J., Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch: der Fall Facebook vor dem Bundeskartellamt, Baden-Baden, 2020.

<sup>719</sup> BKartA, B6-22/16, 6. Februar 2019, Facebook (Meta).

<sup>720</sup> Siehe zur Entscheidung des Bundeskartellamts Monopolkommission, XXIII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2020, 2020, Tz. 341. Zur Entscheidung des EuGH in diesem Verfahren siehe Kapitel II Tz. 217.

<sup>721</sup> Siehe zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Datenkooperation durch Datenpooling Schäfer, Datenkooperation durch Datenpooling, a. a. O., vgl. Fn. 705, S. 239 ff.

<sup>722</sup> Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a. a. O., vgl. Fn. 704.

zwischen den Wettbewerbern künstlich erhöht, die Koordinierung des Verhaltens der Unternehmen erleichtert, was mithin zu Wettbewerbsbeschränkungen führt (Tz. 377 Horizontalleitlinien). Insbesondere ist die Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auch nicht eingeschränkt, wenn im Rahmen von Regulierungsentscheidungen betroffenen Unternehmen Ermessensspielräume verbleiben (Tz. 372 Horizontalleitlinien).

**471.** Ferner kann ein hoheitlich ausgeübter Zwang, Datenzugang zu gewähren, grundrechtlich geschützte Positionen tangieren und unter Umständen unzulässig sein. Dies betrifft die berufliche Betätigungsfreiheit der Unternehmen. Auf nationaler Ebene ist bei Anordnungen der Exekutive, etwa in Missbrauchsverfahren, und bei der Schaffung von Gesetzen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG bzw. subsidiär die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Sofern Eingriffe seitens der Europäischen Union erfolgen, sind insbesondere die Grundrechte aus Art. 15 und Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) zu beachten. Weniger steuerungsrelevant dürfte hingegen die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG bzw. Art. 17 GRCh sein. Inwieweit Daten überhaupt einem absoluten Schutz im Sinne eines „Dateneigentums“ genießen können, dürfte im Ergebnis weitgehend der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen sein.<sup>723</sup> Bisweilen ist ein Grundrechtsschutz zwar anerkannt, dies jedoch hinsichtlich spezieller Rechtspositionen (z. B. Kundenstamm und Geschäftsverbindungen im Rahmen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, urheberrechtliche und sonst immaterialgüterrechtlich geschützte Positionen usw.).<sup>724</sup> Sofern es sich bei den Daten um Berufs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, unterfallen sie der unionsrechtlichen Eigentumsgarantie und der Berufsfreiheit sowie der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG und der Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG, auch wenn das Bundesverfassungsgericht letzteres bislang offengelassen hat.<sup>725</sup>

**472.** Noch bedeutsamer für den Zugang zu Daten ist das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. auf Unionsebene Art. 16 AEUV bzw. Art. 8 GRCh. Bei Zugang zu personenbezogenen Daten ist stets das Datenschutzrecht und insbesondere die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zu berücksichtigen. Dementsprechend wird in den Vorschriften zum Datenzugang regelmäßig betont, dass das Datenschutzrecht unberührt bleibt und Vorrang genießt (z. B. Art. 1 Abs. 5 DA, Art. 1 Abs. 3 DGA).<sup>726</sup> Im Einzelfall kann daher die Verweigerung, Datenzugang zu gewähren, im Rahmen der Missbrauchskontrolle als sachlich gerechtfertigt anzusehen sein, etwa wenn Datenschutzverstöße drohen.<sup>727</sup>

---

<sup>723</sup> Haustein, B., Möglichkeiten und Grenzen von Dateneigentum, Baden-Baden, 2021, S. 125. Ob etwa durch den Data Act den Nutzern absolute und damit letztlich eigentumsähnliche Rechte zuweist, wird etwa in der Literatur diskutiert und zu Recht abgelehnt, Schmidt-Kessel, Heraus- und Weitergabe von IoT-Gerätedaten, a. a. O., vgl. Fn. 656, S. 78.

<sup>724</sup> Haustein, Möglichkeiten und Grenzen von Dateneigentum, a. a. O., vgl. Fn. 723, S. 125 f.

<sup>725</sup> Gurlit, E., in: Säcker, F. J./Körber, T. (Hrsg.), TKG, TTDSG, Kommentar, 4. Auflage 2023, § 216 TKG Rn. 11.

<sup>726</sup> Siehe zum Verhältnis des Data Act zum Datenschutzrecht etwa Wiedemann u. a., Bereitstellung von Daten nach dem Data Act- offene Fragen und verbleibende Probleme, a. a. O., vgl. Fn. 648, S. 157 ff.

<sup>727</sup> LG Berlin, 16 O 49/23 Kart, Ride-Hailing-Apps, a. a. O., vgl. Fn. 685, Rn. 78.

## 2.5 Zwischenfazit

**473.** Ein Anspruch auf Datenzugang kann sich aus den Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts ergeben, insbesondere im Rahmen der Missbrauchs- und Fusionskontrolle. Daneben wurden in einzelnen Wirtschaftsbereichen, beispielsweise für digitale Plattformen, teilweise sehr spezielle Regelungen zum Datenzugang geschaffen. Über diese spezifischen Datenzugangsregelungen hinausgehend wird im Rahmen der EU-Datenstrategie seit einigen Jahren ein sektorübergreifender Ansatz zum Datenzugang verfolgt. Der in diesem Rahmen geschaffene Data Governance Act soll das freiwillige Teilen von Daten fördern und der Data Act führt sektorübergreifende Datenzugangsregelungen für vernetzte Produkte und verbundene Dienste sowie einen Rahmen für Datenbereitstellung und Interoperabilität ein. Die genannten Rechtsgrundlagen überschneiden sich teilweise, sind teilweise aber auch als komplementär zueinander anzusehen. Daher ist es vielfach nicht ohne weiteres ersichtlich, welche Norm Anwendung findet. Grundsätzlich gilt, dass die speziellere Norm vorrangig ist. Als am allgemeinsten können grundsätzlich die Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§§ 19, 20 GWB, Art. 101, 102 AEUV) angesehen werden. Als spezieller sind Regelungen anzusehen, die explizit Zugangsansprüche zu Daten und Einzelheiten dazu regeln, sich jedoch nicht auf einen besonderen Wirtschaftszweig fixieren (z. B. Data Act<sup>728</sup>). Noch spezieller sind Normen, die ebenfalls ausdrücklich den Datenzugang als solchen regeln, sich dabei an einzelne Wirtschaftsbereiche richten. Dazu zählen insbesondere die sektorspezifischen Vorschriften zu digitalen Plattformen (§ 19a GWB und Digital Markets Act).<sup>729</sup> Darüber hinaus existieren zahlreiche weitere Normen, die sich mit dem Zugang zu Daten befassen (z. B. für den Personennahverkehr,<sup>730</sup> bezüglich Energieversorger<sup>731</sup> usw.), was vorliegend allerdings lediglich angedeutet werden kann. Ein Anwendungsvorrang kann sich jedoch nicht nur aus dem Spezialitätsgrundsatz, sondern auch der Normenhierarchie und insbesondere dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht ergeben. Zudem wird in den entsprechenden Gesetzen in der Regel ausdrücklich angeordnet, dass allgemeine Regelungen unberührt bleiben, mithin subsidiär Anwendung finden können.

**474.** Im Ergebnis bleibt das allgemeine Wettbewerbsrecht zumindest subsidiär anwendbar. Da es jedoch einen sehr breiten Anwendungsbereich hat und kaum ausdrückliche Regelungen zum Datenzugang enthält, ist es vergleichsweise schwierig, Sachverhalte mit Bezug zum Datenzugang darunter zu subsumieren. Aus diesem Grund soll in den Abschnitten 4 und 5 jeweils ein Prüfschema entwickelt werden, das Handlungsanleitungen für die Praxis entwickelt, um eine systematische Vorgehensweise zu erleichtern. Bevor in diese Arbeitsschritte eingestiegen werden kann, sollen zunächst in Abschnitt 3 wichtige ökonomische Konzepte des Datenzugangs geklärt werden, die sowohl für die Fusions- als auch die Missbrauchskontrolle gleichermaßen relevant sind.

---

<sup>728</sup> Vgl. dazu die Spezialitätsregel in Art. 44 Data Act.

<sup>729</sup> Siehe dazu Abschnitt 2.2.

<sup>730</sup> Siehe dazu § 3a Personenbeförderungsgesetz.

<sup>731</sup> Vgl. Art. 20 lit. a der Richtlinie 2019/944 zu intelligenten Messsystemen, die den tatsächlichen Energieverbrauch genau messen und in der Lage sein sollen, den Endkundinnen und Endkunden Informationen über die tatsächlichen Nutzungszeiten zu liefern.

### 3 Datenökonomie und Datenzugang

**475.** Die besondere Aufmerksamkeit, die Daten und Datenzugängen in der Fusions- und Missbrauchskontrolle zuteilwerden sollte, basiert auf einer Reihe von Eigenschaften, die Daten von anderen Gütern unterscheidet und damit auch die Zugangsfragen bei Daten spezieller gegenüber Zugangsfragen zu anderen Ressourcen macht. In diesem Abschnitt werden daher zunächst besondere ökonomische Eigenschaften von Daten benannt (Abschnitt 3.1), anschließend werden wesentliche Ausgestaltungsformen von Datenzugängen vorgestellt (Abschnitt 3.2), nachfolgend wird das Zusammenspiel von Daten(zugang) und Marktmacht beleuchtet (Abschnitt 3.3) und schließlich werden auf Basis der vorangegangenen Abschnitte wichtige Aspekte beschrieben, die bei der ökonomischen Betrachtung von Datenzugängen zu beachten sind (Abschnitt 3.4).

#### 3.1 Ökonomische Eigenschaften von Daten

**476.** Der Digitalisierung sämtlicher Lebensbereiche ist gemein, dass Daten erhoben, gespeichert, ausgewertet und gegebenenfalls wirtschaftlich verwertet werden. Was unter dem Begriff „Daten“ zu verstehen ist, wird in unterschiedlichen Forschungsgebieten unterschiedlich definiert.<sup>732</sup> Oftmals werden Daten mit Informationen gleichgesetzt. Auch wenn die Begriffe miteinander verbunden sind, sind sie nicht deckungsgleich.<sup>733</sup> Daten sind Informationsträger, die jede beliebige Information abbilden können und eine Verarbeitung, Speicherung und Weiterleitung von Informationen ermöglichen. Als Zugangsobjekt sollen „Daten“ in diesem Kapitel als maschinenlesbare digitale Informationen mit Bedeutungsgehalt verstanden werden.<sup>734</sup>

**477.** Die ökonomischen Eigenschaften von digital vorliegenden Daten sind vielfältig. Daten können wichtige Inputfaktoren für Geschäftsmodelle sein, z. B. werbefinanzierte oder abonnementbasierte Geschäftsmodelle. Daten sind grundsätzlich beliebig oft verwertbar und für verschiedene Zwecke zeitgleich oder zu unterschiedlichen Zeitpunkten ohne weitere Kosten nutzbar. Daher besteht die ökonomische Eigenschaft der „Nicht-Rivalität“ in der Nutzung von Daten.<sup>735</sup> Eine weitere Eigenschaft ist, dass Akteure von der Nutzung ausgeschlossen werden können. So können Unternehmen durch ihre Dateninhaberschaft und der damit verbundenen Geheimhaltungsmöglichkeit von ihrer faktischen Kontrolle über die Daten Gebrauch machen und dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten erzielen. Denn nur in Ausnahmefällen dürfte ein Schutzrecht des Dateninhabers bestehen, z. B. geistiges Eigentum, Patente.

---

<sup>732</sup> Dasselbe gilt für den Begriff der „Information“.

<sup>733</sup> Floridi, L., 2010, *Information: A short introduction*, Oxford University Press, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>734</sup> Eine Kategorisierung von Daten kann beispielsweise erfolgen: a) nach der Art der Erhebung: Es lassen sich maschinengenerierte Daten von nutzergenerierten Daten unterscheiden – auch können freiwillig zugänglich gemachte, beobachtete und abgeleitete Daten voneinander unterschieden werden; b) nach dem Bezugszeitpunkt der codierten Information: Es lassen sich personenbezogene Daten, auf ein Geschäftsgeheimnis bezogene Daten, Unternehmensdaten und sachbezogene Daten unterscheiden; c) nach der Aktualität, d. h. Echtzeit, nahezu Echtzeit, historische Daten; d) nach der Aggregation in Abhängigkeit vom Verarbeitungsziel, z. B. Nutzerebene, Unternehmensebene, Marktebene; e) nach dem Datenformat, d. h. strukturierte, semi-strukturierte und unstrukturierte Daten.

<sup>735</sup> Jones, C.I./Tonetti, C., 2020, *Nonrivalry and the Economics of Data*, *American Economic Review*, 110(9), S. 2819-2858, Abruf am 21. Juni 2024.

Eine hinreichende Kontrollposition bei diesem Unternehmen kann daher eine Exklusivität von Daten ermöglichen, die zur Grundlage eigener Wertschöpfung gemacht wird und Anreize für Investitionen und Innovationen schafft.

**478.** Weitere besondere Eigenschaften von Daten sind ihre Heterogenität und Kontextabhängigkeit. So gibt es beispielsweise für Daten über das personenbezogene Einkommen gänzlich andere Verwendungsmöglichkeiten als für Standortdaten einer Person. Mit Blick auf gezielte Werbung sind auch Daten über das Suchverhalten nur teilweise substituierbar mit konkreten Daten zum tatsächlichen Kaufverhalten.<sup>736</sup> Dies zeigt den oftmals komplementären Charakter von unterschiedlichen Arten von Daten.<sup>737</sup> Die Sammlung, Kombination und Rekombination von unterschiedlichen Daten kann eine sich ergänzende Wirkung und damit neue Wertschöpfungsmöglichkeiten entfalten.<sup>738</sup>

**479.** Auch mit Blick auf die zeitliche Dimension haben Daten besondere Eigenschaften. Ihr Wert kann im Zeitverlauf unterschiedlich stark sinken. Wetterdaten sind beispielsweise, wenn sie den aktuellen Zeitpunkt betreffen, sehr relevant. Historische Wetterdaten sind weniger wertvoll. Aktuelle Einkommensinformationen z. B. der letzten drei Monate, sind deutlich wertvoller, als die von vor vielen Jahren. Dennoch können in Abhängigkeit vom Geschäftsmodell auch historische Daten einen erheblichen Wert haben. In den meisten Fällen nimmt der Wert jedoch schnell ab.<sup>739</sup> Dies bedeutet auch, dass sehr große Datenmengen nach sehr kurzer Zeit wertlos sein können.

**480.** Digitale Daten von Dritten sind ein wichtiger Bestandteil verschiedener Geschäftsmodelle, insbesondere in digitalen Märkten, und sie sind besondere Wirtschaftsgüter, weil ihnen kein konkreter wirtschaftlicher Wert unmittelbar zu eigen ist. Der wirtschaftliche Wert von Daten ist kontextabhängig und ergibt sich erst aus der Information eines Datums und dem Verwendungszweck. Entsprechend schwierig ist es, die wirtschaftliche Bedeutung einzelner Datensätze zu bestimmen. Beobachtungen von Märkten, auf denen Daten gesammelt oder gehandelt werden, haben Indizien ergeben, die auf einen hohen wirtschaftlichen Wert hinweisen können. Dazu zählen unter anderem Informationen zu Verkauf, Standort oder Marketing sowie Geschäftsdaten von spezifischen Unternehmen.<sup>740</sup> Zu den wertbildenden Faktoren zählen insbesondere die Aktualität, Genauigkeit/Datenverarbeitungsstufe, Vollständigkeit, Kohärenz und

---

<sup>736</sup> Sie bilden unterschiedliche Zeitpunkte in einem Kaufprozess ab.

<sup>737</sup> Aufgrund einer sich ergänzenden Wirkung von unterschiedlichen Datensätzen sind Unternehmensfusionen, die ein Zusammenführen von Datenbanken ermöglichen, sehr attraktiv. Dies zeigt beispielsweise die Übernahme von LinkedIn durch Microsoft für USD 26,2 Mrd. im Jahr 2016, <http://news.microsoft.com/2016/06/13/microsoft-to-acquire-linkedin/#sm.000cssj9f18xif3lyzs2658617kl0>, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>738</sup> Ritala, P./Karhu, K., 2023, Capturing value from data complementarities: A multi-level framework, in Cennamo, C./Dagnino, G.B./Zhu, F. (Eds.), *Research Handbook on Digital Strategy*, S. 273–288, Edward Elgar Publishing, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>739</sup> Feijóo, C./Gómez-Barroso, J.-L./Aggarwal, S., 2016, Economics of big data, in: *Handbook on the Economics of the Internet*, Ch. 25, Edward Elgar, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>740</sup> Azcoitia, S.A./Iordanou, C./Laoutaris, N., 2021, What is the price of data? A measurement study of commercial data marketplaces, <https://arxiv.org/abs/2111.04427>, Abruf am 21. Juni 2024, S. 8; Tang, L.C./Zhao, Y./Austin,

Zugänglichkeit/Strukturiertheit der Daten.<sup>741</sup> Auch die Menge der Datensätze kann eine wichtige Rolle spielen,<sup>742</sup> z. B. je größer die Anzahl der erfassten Individuen oder Firmen ist, umso größer ist tendenziell der Wert des Datenbestandes, d. h. der Gesamtheit sämtlicher vorhandener Datensätze.<sup>743</sup> Das bedeutet, dass mehr Datensätze mit bestimmten Eigenschaften wertvoller als weniger Datensätze mit diesen Eigenschaften sein können. Mehr Daten sind jedoch nicht zwangsläufig wertvoller als weniger Daten.

**481.** Ebenfalls relevant ist, dass die Fähigkeit von Unternehmen, aus Daten relevante Informationen, Muster, Strukturen sowie Trends und damit schließlich wesentliche Erkenntnisse für die eigenen Dienste/Produkte/Inhalte zu gewinnen, unterschiedlich ausgeprägt sein kann.<sup>744</sup> Insbesondere bei datenbasierten Geschäftsmodellen fallen typischerweise nur geringe variable Kosten für die Erhebung, die Speicherung und die Nutzung von Daten an. Demgegenüber stehen vergleichsweise hohe Fixkosten für eine Infrastruktur, die für große Datenmengen geeignet ist. Diese Fixkosten können nur teilweise in variable Kosten transformiert werden, beispielsweise indem geeignete Cloud-Computing-Dienste genutzt werden. Denn auch Cloud-Computing-Dienste verlangen in der Regel eine Pauschale, z. B. für Speicherplatz, Rechenkapazität etc. Die Kombination aus geringen variablen Kosten und hohen Fixkosten führt zu fallenden Durchschnittskosten und begünstigt damit das Entstehen von konzentrierten Märkten mit wenigen Wettbewerbern.

**482.** Daten haben auch im Hinblick auf Märkte eine besondere Rolle. Ein Markt entsteht, wenn ein Angebot auf eine Nachfrage trifft. Über multilaterale Kontakte zwischen Angebot und Nachfrage bildet sich dann in der Regel ein Marktgleichgewicht, z. B. in Form eines Marktpreises. Eine Grundvoraussetzung hierfür ist, dass die Eigentums- und Verfügungsrechte eindeutig definiert sind. Wenn Daten als Nebenprodukt beispielsweise beim Aufeinandertreffen eines Anbieters und eines Nachfragers auf einem digitalen Marktplatz entstehen, stellt sich die Frage, wem die Verfügungsrechte an den Daten zufallen. Die ökonomische Theorie besagt, dass es nicht relevant ist, wer diese Rechte besitzt, aber dass sie zugeordnet sein müssen.<sup>745</sup> Wenn die Zuordnung dieser Rechte nicht ohne weiteres möglich ist bzw. Eigentums- oder Verfügungs-

---

S./Darlington, M./Culley, S., 2008, A characteristic based information evaluation model, Proceedings of the 2nd ACM workshop on Information credibility on the web, S. 89-92, Abruf am 21. Juni 2024, S. 91.

<sup>741</sup> Wang, R.Y./Strong, D.M., 1996, Beyond accuracy: What data quality means to data consumers, Journal of Management Information Systems 12(4), S. 5-33, Abruf am 21. Juni 2024; Cichy C./Rass S., 2019, An Overview of Data Quality Frameworks, IEEE Access 7: 24634-24648, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>742</sup> Azcoitia, S.A./Iordanou, C./Laoutaris, N., 2023, Understanding the Price of Data in Commercial Data Marketplaces, IEEE 39th International Conference on Data Engineering (ICDE), S. 3718-3728, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>743</sup> Der zusätzliche Wert, den ein zusätzliches Datum generiert, ist in der Regel abnehmend, d. h. abnehmender Grenzertrag. Ab einer gewissen Größe des Datenbestands generieren zusätzliche Daten keinen relevanten zusätzlichen Wert mehr. Dies ist jedoch nicht selten erst bei extrem großen Datenbeständen der Fall.

<sup>744</sup> Dhar, V., 2013, Data science and prediction, Communications of the ACM, 56(12), S. 64–73, Abruf am 21. Juni 2024; Schepp, N.-P./Wambach, A., 2016, On Big Data and its relevance for market power assessment, Journal of European Competition Law & Practice, 7(2), S. 120-124, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>745</sup> Coase, R., 1960, The problem of social cost, Journal of Law and Economics, 3, S. 1-44, Abruf am 21. Juni 2024.

rechte fehlen oder ungeklärt sind, führt dies möglicherweise dazu, dass Unternehmen bezüglich einer Teilung von Daten oder eines Handels mit Daten zurückhaltend sind. Es kommt kein Markt zustande. Dies entspricht einem Marktversagen.

### 3.2 Ausgestaltung von Datenzugängen

**483.** Für den Zugang zu Daten eines Unternehmens durch andere Unternehmen sind nicht nur die Daten selbst, sondern auch die technische Ausgestaltung des Zugangs und der Datenübertragung ein wichtiger Faktor. Die wohl einfachste Form ist eine E-Mail, z. B. mit Daten in einer Excel-Tabelle, die vom Datenzugangsgeber zum Datenzugangsnehmer geschickt wird. Sobald die Zahl der Empfänger oder die Datenmenge groß ist oder die Daten häufig aktualisiert werden müssen, kommt ein solches Vorgehen nicht mehr infrage. Die Daten werden dann über Protokolle und Schnittstellen, zumeist Programmierschnittstellen (APIs), vom Datenzugangsgeber bereitgestellt und vom Datenzugangsnehmer genutzt. Die Ausgestaltung dieser Protokolle und Schnittstellen bestimmt die Zugänglichkeit von Daten. Die Kontrolle über die Protokolle und Schnittstellen ist daher ein wesentlicher Faktor für die faktische Kontrolle über Daten.

**484.** Die Kontrolle liegt in den meisten Fällen beim Datenzugangsgeber. Er bestimmt damit, welche Daten für wen und in welcher Form zugänglich sind. Während bei der Datenportabilität<sup>746</sup> die Extraktion des (personenbezogenen) Datensatzes aus Dienst A und die Implementierung dieses Datensatzes in Dienst B erfolgt, also ein einmaliger und unidirektionaler Datentransfer stattfindet, ermöglicht die Interoperabilität, Daten über Systeme, Anwendungen oder Komponenten hinweg kontinuierlich und bidirektional zwischen Dienst A und Dienst B zu übertragen.<sup>747</sup> Daher handelt es sich bei der Datenportabilität um ein statisches Konzept, wohingegen die Interoperabilität ein dynamisches Konzept der Datenübertragung darstellt. Daneben gibt es weitere Formen des Datenzugangs. So kann ein sog. Datentreuhänder eine Plattform zur Verfügung stellen, auf der die Datenzugangsgeber Daten bereitstellen und Datenzugangsnehmer Daten oder auf Daten basierende Analysen abrufen können. Die Datenzugangsgeber geben in diesem Modell ihre Kontrolle an den Datentreuhänder ab, der wiederum verschiedenen Akteuren einen unterschiedlich weitgehenden Zugang zu Daten ermöglichen kann. Ebenso relevant sind kollaborative Modelle, bei denen sich mehrere Akteure auf die Ausgestaltung einer Schnittstelle, z. B. in Form eines Standards oder einer Norm, einigen. So können auch sog. Datenpools, d. h. Plattformen, auf denen viele Akteure Daten sowohl hoch- als auch herunterladen, einen Datenzugang ermöglichen.

---

<sup>746</sup> Datenportabilität hilft den Endnutzerinnen und Endnutzern, die Kontrolle über ihre Daten zu behalten. Derzeit fehlen jedoch technische Vorschriften, die jeden Diensteanbieter dazu verpflichten, die gleichen, einheitlich angewandten Datenformate und Verarbeitungsprotokolle (Standards) zu verwenden.

<sup>747</sup> Gasser, U./Palfrey J., 2007, Breaking Down Digital Barriers – When and How ICT Interoperability Drives Innovation, Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication No. 2007-8, Harvard University, Abruf am 21. Juni 2024.

### 3.3 Daten(zugang) als Grundlage von Marktmacht

**485.** Daten sind in vielen Märkten derart wichtig geworden, dass sich unter bestimmten Umständen durch Daten Marktmacht erreichen oder aufrechterhalten lässt.<sup>748</sup> So kann eine Datenexklusivität Ergebnis einer Innovation oder auch einer zu schützenden, privaten Ressource sein, etwa wenn Schutzrechte daran bestehen. Des Weiteren können Größen- und Verbundvorteile, fehlendes Switching/Multihomingverhalten und Lock-In-Effekte die Entstehung eines marktmächtigen Unternehmens begünstigen. Dann können Daten zu einem entscheidenden Faktor werden, um effektiv konkurrieren zu können, sodass ein fehlender Datenzugang eine Markteintrittsbarriere darstellt und zu Abhängigkeiten dritter Unternehmen führt. Dies wiederum reduziert die Bestreitbarkeit eines Marktes und kann schließlich zu einem Marktversagen führen.

**486.** Die Zusammenführung von Daten aus unterschiedlichen Quellen kann einen besonderen Datenbestand und in Verbindung mit der faktischen Kontrolle über eine exklusive Datenquelle eine marktstarke Position ermöglichen. Auch kann eine mindestoptimale Datenmenge, die ein Geschäftsmodell erst tragfähig macht, eine erhebliche Hürde darstellen, wenn sie besonders hoch liegt, z. B. für auf künstlicher Intelligenz basierende Geschäftsmodelle. Schließlich können Daten(zugänge) auf Märkten, die durch starke direkte und indirekte Netzwerkeffekte gekennzeichnet sind, welche eine Marktposition nur schwer angreifbar machen, eine Marktmachtquelle sein, da sie diese Netzwerkeffekte verstärken. Unternehmen können sich nämlich zwei Arten von Feedbackschleifen (sog. Rückkopplungseffekte) zunutze machen.<sup>749</sup> Aufgrund der Nutzer-Feedbackschleife ist ein Anbieter mit einer großen Nutzerbasis in der Lage, noch mehr Daten zu sammeln, um beispielsweise bessere Algorithmen zu entwickeln, die die Qualität seines Dienstes verbessern und somit neue Nutzerinnen und Nutzer anzieht. Bei der Monetarisierungs-Feedbackschleife kann ein Anbieter die gesammelten Nutzerdaten analysieren und beispielsweise durch zielgerichtete Werbung monetarisieren, wodurch neue Mittel für Investitionen zur Verfügung stehen, die eine Verbesserung der Qualität des Dienstes ermöglichen, welche wiederum noch mehr (datengenerierende) Nutzerinnen und Nutzer anzieht. Marktmacht kann nun dadurch entstehen, dass diese Interaktionsspirale zu erheblichen Qualitätsunterschieden führt, die es neuen Unternehmen sehr schwer macht, im Wettbewerb mit dem etablierten Anbieter zu bestehen. Die Qualitätsunterschiede können so erheblich werden, dass die resultierende Qualitätslücke zwischen konkurrierenden Diensten deutlich spürbar für die Nutzerinnen und Nutzer wird und sich immer mehr für den „besseren“, etablierten Dienst entscheiden, sodass es zu einem Kippen des Marktes kommen kann, an dessen Ende ein Monopol stehen kann.

### 3.4 Wettbewerbliche Relevanz von Datenzugängen

**487.** Aus den besonderen Eigenschaften von Daten (Abschnitt 3.1), den verschiedenen Ausgestaltungformen von Datenzugängen (Abschnitt 3.2) und dem spezifischen Zusammenspiel von

---

<sup>748</sup> Schepp, N.-P./Wambach, A., 2016, On Big Data and its relevance for market power assessment, *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(2), S. 120-124, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>749</sup> Prüfer, J./Schottmüller, C., 2021, Competing with Big Data, *Journal of Industrial Economics*, 69(4), S. 967-1008, Abruf am 21. Juni 2024.

Daten(zugang) und Marktmacht (Abschnitt 3.3) ergeben sich verschiedene Aspekte, deren Verständnis wichtig ist, um im Einzelfall die wettbewerbliche Relevanz von Datenzugängen zu verstehen. In den nachfolgenden Abschnitten wird auf dieser Basis unterschieden zwischen Datenzugangskonstellationen, die heterogen oder homogen sind, Datenzugängen, deren Daten als Inputfaktor bei der Wertschöpfung oder als Informationsquelle über Marktstrukturen dienen sowie Datenzugängen, welche die Wettbewerbsintensität verstärken oder abmildern.

### **3.4.1 Bei Datenzugängen ist zwischen heterogenen und homogenen Konstellationen zu unterscheiden**

**488.** Bei Datenzugängen zwischen Unternehmen sind ganz grundsätzlich zwei Konstellationen zu unterscheiden. Erstens, heterogene Konstellationen, bei denen die Unternehmen in einem klaren Verhältnis als Datenanbieter und Datennachfrager zueinander stehen.<sup>750</sup> Zweitens, homogene Konstellationen, bei denen die Unternehmen ähnliche Daten erfassen oder zumindest erfassen könnten und sich Zugang zu diesen Daten gewähren, um Größenvorteile in Bezug auf den Wert von Datensätzen oder die Kosten der Erfassung zu heben.

**489.** Ein Beispiel einer heterogenen Konstellation ist, wenn ein Unternehmen ein Datenblatt für ein von ihm produziertes technisches Produkt herausgibt. Solche Datenblätter enthalten Informationen über die Produktspezifikationen und sind faktisch ein Teil des Produktes. Sie werden vom Produzenten an Händler und von diesen an Endkundinnen und Endkunden weitergereicht. Weder Händler noch Endkundinnen und Endkunden können das Datenblatt in vergleichbarer Authentizität selbst erzeugen, wenn der Produzent die Herausgabe verweigern würde. Solche heterogenen Konstellationen des Datenzugangs sind in einem Mindestmaß zwangsläufig Teil jeder kaufmännischen Transaktion. Grundlegende Informationen, wie Produktdaten und Lieferdaten, müssen an Endkundinnen und Endkunden übermittelt werden. Darüber hinaus können in heterogenen Konstellationen auch die Daten selbst der primäre Gegenstand der kaufmännischen Transaktion sein, wenn ein Unternehmen von einem anderen Unternehmen einen Zugang zu bestimmten Daten erwirbt.

**490.** Homogene Datenzugangskonstellationen bilden derzeit noch eher die Ausnahme. Denkbar sind hier beispielsweise sog. Datenpools, in die zwei oder mehr Unternehmen ähnliche Daten einspeisen, die jeweils bei ihnen anfallen. Dies kann z. B. für einen Datenbestand notwendig sein, der ausreichend groß sein soll, um auf künstlicher Intelligenz basierende Systeme zu trainieren. Unternehmen, bei denen ähnliche Daten anfallen, stehen jedoch nicht selten in direkter wettbewerblicher Konkurrenz zueinander, sodass fraglich ist, wie häufig es zu solchen Kooperationen kommt. Zum einen werden die Unternehmen das Risiko minimieren wollen, dass ihr Konkurrent mithilfe der von ihnen zur Verfügung gestellten Daten Wettbewerbsvorteile generiert.<sup>751</sup> Zum anderen sind, wie bereits in Abschnitt 2.4 erläutert, kartellrechtliche Risiken zu

---

<sup>750</sup> Dabei kann es sich z. B. um vertikale Verhältnisse im Sinne des § 20 Abs. 1a GWB handeln. Für Details zu dieser Regelung siehe Tz. 460 f.

<sup>751</sup> Krämer, Stüdlein, Zierke (2021) zeigen, dass es auch in Konkurrenzsituationen zu einem gewissen Grad die Bereitschaft gibt, Daten auszutauschen. Direkte bilaterale Beziehungen sind dabei ergiebiger als Datenpools. Krämer, J., Stüdlein, N., Zierke, O., Data as a public good: experimental insights on the optimal design of B2B data sharing platforms, 2021, SSRN 3970821, Abruf am 21. Juni 2024. Für weitere Hürden beim Datenaustausch zwischen Firmen siehe Fassnacht, M.; Benz, C.; Heinz, D.; Leimstoll, J.; Satzger, G., Barriers to

beachten. Es besteht die Gefahr, dass der Datenaustausch unter das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV fällt.

### 3.4.2 Daten als Inputfaktor bei der Wertschöpfung

**491.** Sowohl in homogenen wie auch in heterogenen Konstellationen können Datenzugänge erheblichen Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in einem Markt haben. Fließen zugänglich gemachte Daten in die Produkte oder Dienstleistungen eines Unternehmens ein, kann der Datenzugang für das Unternehmen bedeutend oder sogar essenziell sein. Sofern das Unternehmen die notwendigen Daten aus mehreren Quellen beziehen kann, werden sich in der Regel keine Probleme ergeben. Verliert es den Datenzugang bei einem Zugangsgeber, z. B. aufgrund gescheiterter Preisverhandlungen, kann es auf einen anderen – möglicherweise günstigeren – Zugangsgeber ausweichen. Verfügt der Zugangsgeber hingegen exklusiv über geeignete Daten, gibt ihm dies eine Verhandlungsmacht, die er potenziell missbräuchlich gegenüber Zugangsnehmern einsetzen kann.<sup>752</sup> In dieser Hinsicht unterscheiden sich Daten nicht von anderen Inputfaktoren, die ein Unternehmen von dritten Unternehmen bezieht. Auch hier können vor allem Konstellationen problematisch sein, bei denen ein Unternehmen in hohem Maße von einem bestimmten Lieferanten oder Dienstleister abhängig ist.

**492.** Von anderen Inputfaktoren, die in die Wertschöpfung eines Unternehmens einfließen können, unterscheiden sich Daten insbesondere dahingehend, dass sie bei Unternehmen oft als „Nebenprodukt“ anfallen. Insbesondere die Menge der Daten, die in einem bestimmten Unternehmen anfällt, ist dabei in der Regel proportional zu seiner Größe. Je größer ein Unternehmen ist, an umso mehr Transaktionen wie z. B. Käufen ist es in der Regel beteiligt. Dies gilt sowohl für Unternehmen, die innerhalb eines bestimmten Marktes verhältnismäßig groß sind, als auch für Konzerne, die marktübergreifend in viele Transaktionen involviert sind. Hinzu kommt, dass Konzerne, die marktübergreifend tätig sind, auf verschiedenen Märkten Berührungspunkte mit denselben Kundinnen und Kunden haben können. Wenn diese Konzerne Informationen aus verschiedenen Märkten verknüpfen, können ihre Daten z. B. einen höheren Detailgrad oder eine geringere Fehlerquote, d. h. eine höhere Qualität, erreichen. Dass große Unternehmen tendenziell über mehr und hochwertigere Daten verfügen, führt dazu, dass sie tendenziell weniger abhängig von Datenzugängen sind. Vielmehr wächst ihre Attraktivität als Datenzugangsgeber mit zunehmender Größe. Das gilt insbesondere für Konzerne, die im digitalen Raum als Vermittler zwischen den Akteuren verschiedener Marktseiten tätig sind, in ihrem Bereich über hohe Marktanteile verfügen und daher eine große Zahl von Transaktionen abwickeln. Beispiele hierfür sind digitale Marktplätze (Amazon Marketplace), Suchmaschinen (Google), Vertriebsplattformen für Anwendungssoftware (App Store, Google Play Store) oder soziale Netzwerke (Facebook, LinkedIn). Sie können auf besonders reichhaltige Datenbestände auf Basis vieler Transaktionen zurückgreifen und dementsprechend auch besonders reichhaltige Datenzugänge anbieten, die in Umfang und Qualität oft konkurrenzlos sind. Wenn kein konkurrierendes Angebot für einen Datenzugang besteht und die Daten aus diesem Zugang von

---

Data Sharing among Private Sector Organizations, 2023, Proceedings of the Hawaii International Conference on Systems Sciences (HICSS-56), Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>752</sup> Siehe hierzu Abschnitt 2.3.1.

Unternehmen als bedeutender Inputfaktor für Produkte und Dienstleistungen genutzt werden, können wettbewerbliche Probleme entstehen. Die Probleme entsprechen im Wesentlichen denen auf klassischen Märkten. Ein marktmächtiger Zugangsgeber kann den Datenzugang durch hohe Preise einschränken, um hohe Renditen zu erzielen. Er kann außerdem durch Zugangsbeschränkungen in einschlägigen Märkten eigenen Geschäftsaktivitäten bzw. Geschäftsaktivitäten verbundener Unternehmen einen Vorteil gegenüber den Konkurrenten verschaffen. Ein aktuelles Beispiel für einen Großkonzern, der seine marktbeherrschende Position auf diese Weise nutzt, ist die Deutsche Bahn AG.<sup>753</sup> Es handelt sich zwar nicht um ein ausschließlich in digitalen Märkten agierendes Unternehmen, jedoch ist es nicht nur auf mehreren Märkten marktbeherrschend, sondern verfügt über exklusive Daten zu Ereignissen auf seiner Schieneninfrastruktur. Laut einem Beschluss des Bundeskartellamtes, der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vom OLG Düsseldorf insofern bestätigt wurde,<sup>754</sup> hat die Deutsche Bahn AG diese Position ausgenutzt und rechtswidrig den Zugang zu Prognosedaten des inländischen Schienenpersonenverkehrs zu angemessenen Bedingungen verweigert.<sup>755</sup>

### 3.4.3 Datenzugänge als Informationsquelle für das Marktgeschehen

**493.** Daten können nicht nur als Inputfaktor für ein Produkt oder eine Dienstleistung dienen. Sie können auch Informationen über Marktakteure oder einen Markt insgesamt enthalten. In diesem Sinne kann ein Datenzugang beispielsweise der Koordination zwischen Unternehmen dienen.<sup>756</sup> Die über den Zugang übertragenen Daten enthalten dann Informationen, die das Verhalten des Austauschpartners verändern. Kündigt etwa ein Produzent Produktionsmengenanpassungen im Rahmen eines regelmäßigen Datenaustausches gegenüber Händlern an, können diese ihre Vertriebsaktivitäten anpassen, z. B. durch eine prominenterer oder weniger prominente Produktplatzierung. Umgekehrt können Daten, die Händler an Produzenten weitergeben, diesem bei der Planung von nachfragegerechten Produktionsmengenanpassungen helfen.

**494.** Solche Daten fallen vermehrt in Konzernen an, die sowohl über hohe Marktanteile innerhalb bestimmter Märkte als auch in gewissem Ausmaß marktübergreifend tätig sind. Sie können das Geschehen in einem oder mehreren Sektoren umfassend überblicken. Dies gilt insbesondere für digitale Plattformen, die bei Transaktionen als Vermittler agieren. Amazon hat bei-

---

<sup>753</sup> Die Monopolkommission hat sich in ihrem Sektorgutachten Bahn 2023 ausführlich mit dem Thema Datenzugang im Bahnsektor auseinandergesetzt. Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Bahn (2023): Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene, Baden-Baden, 2023, Tz. 117 ff. Siehe dazu auch unten, Tz. 459 ff. sowie Kapitel II Tz. 202.

<sup>754</sup> OLG Düsseldorf, Kart 9/23 (V), VI-Kart 9/23 (V), 8. März 2024, Mobilitätsdienstleistungen.

<sup>755</sup> Das Bundeskartellamt hat in einem Beschluss vom 26.06.2023 festgestellt, dass die Deutsche Bahn AG rechtswidrig und zum Nachteil konkurrierender Anbieter integrierter Mobilitätsdienstleistungen fortlaufenden Zugang zu Prognosedaten des inländischen Schienenpersonenverkehrs verweigert hat. BKartA, Integrierte Mobilitätsdienstleistungen, Prognosedaten des Schienenpersonenverkehrs, B9-144-18, Rn. 11. Siehe dazu auch Kapitel II Tz. 202.

<sup>756</sup> Dies kann im Rahmen des Kartellverbots problematisch sein, siehe dazu oben, Abschnitt 2.4.

spielsweise eine marktbeherrschende Stellung auf dem deutschen Markt für Online-Marktplatzdienstleistungen für gewerbliche Händler.<sup>757</sup> Onlinehändler teilen bei Nutzung des digitalen Marktplatzes von Amazon zwangsläufig Vertriebsdaten, während Amazon dort auch selbst als Onlinehändler aktiv ist und in dieser Rolle im Wettbewerb mit anderen Onlinehändlern steht.<sup>758</sup> Laut Europäischer Kommission hat Amazon nicht-öffentliche Daten der Händler auf seinem Marktplatz genutzt, um seinen eigenen Onlinehandel zu stärken.<sup>759</sup> Mit Hilfe der Daten sei es Amazon möglich gewesen, sich gezielter als andere Händler auf die meistverkauften Produkte in verschiedenen Produktkategorien zu konzentrieren.<sup>760</sup> Im Rahmen eines Verfahrens hat die Europäische Kommission im Jahr 2022 Verpflichtungszusagen von Amazon erwirkt. Diese beinhalten, dass Amazon die betreffenden Daten nicht länger für die Optimierung seiner Geschäfte als Onlinehändler nutzen darf.<sup>761</sup>

### 3.4.4 Datenzugänge und Wettbewerbsintensität

**495.** Die Motivation von Unternehmen, über Datenzugänge auf Daten zuzugreifen, kann beispielsweise in kostensenkenden Prozessoptimierungen, Qualitätsverbesserungen und nachfragegerechten Anpassungen von Produkten liegen. Denkbar ist aber auch, dass Endkundinnen und Endkunden mithilfe solcher Daten effektiver bei der Preissetzung diskriminiert, gezielter mit Werbung angesprochen oder durch effektiveres Nudging<sup>762</sup> häufiger zu einem Kauf bewegt werden sollen. Schließlich kann auch die verbesserte Koordination mit Partnerunternehmen ein Motiv für einen Datenaustausch sein.

**496.** Entsprechend der großen Bandbreite an möglichen Verwendungsszenarien von Daten aus Datenzugängen ist auch die Wirkung auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen vielfältig. Ein zentraler Aspekt ist, wie eine höhere Menge oder eine höhere Qualität an zur Verfügung stehenden Daten auf die Intensität des Wettbewerbs wirkt. Wettbewerbsintensität kann als Grad bezeichnet werden, zu dem ein Unternehmen bemüht ist, die Kundinnen und Kunden

---

<sup>757</sup> Bundesgerichtshof, Bundesgerichtshof bestätigt Amazons überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb, Pressemitteilung Nr. 097/2024, 2024, <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/2024097.html>, Abruf am 24. April 2024.

<sup>758</sup> Siehe zu möglichen Grenzen, sich Datenzugang einräumen zu lassen auch oben, Abschnitt 2.4.

<sup>759</sup> EU-Kommission, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices, 2020, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077), Abruf am 27. Februar 2024.

<sup>760</sup> Ebenda.

<sup>761</sup> EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission akzeptiert Verpflichtungsangebote von Amazon, 2022, [https://germany.representation.ec.europa.eu/news/kartellrecht-kommission-akzeptiert-verpflichtungsangebote-von-amazon-2022-12-20\\_de](https://germany.representation.ec.europa.eu/news/kartellrecht-kommission-akzeptiert-verpflichtungsangebote-von-amazon-2022-12-20_de), Abruf am 27. Februar 2024.

<sup>762</sup> Beim Nudging werden die Bedingungen, unter denen eine (Kauf-)Entscheidung getroffen wird, so arrangiert, dass die gewünschte Entscheidung häufiger getroffen wird. Thaler, R., Sunstein, C, NUDGE: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, Penguin Books, London, UK, 2009. Sehr effektiv ist es z. B., wenn eine bestimmte Produktvariante als Standard vorgegeben wird. Hummel, D., & Maedche, A., How effective is nudging? A quantitative review on the effect sizes and limits of empirical nudging studies. *Journal of Behavioral and Experimental Economics* (80), 2019, 47-58.

eines Konkurrenten abzuwerben. Legt man diese Definition zugrunde, ist nicht für jeden Einzelfall klar, ob die Wettbewerbsintensität steigt oder sinkt, wenn einzelne oder alle Unternehmen auf einem Markt Zugang zu zusätzlichen Daten erhalten.

**497.** Der Regelfall ist, dass die Wettbewerbsintensität steigt, weil ein Unternehmen die Daten nutzt, um zusätzliche Kundinnen und Kunden von der Konkurrenz abzuwerben.<sup>763</sup> Wie es dies macht, hängt von der Art der Nutzung der Daten ab. Sind die Daten z. B. für eine kostensenkende Prozessoptimierung geeignet, können zusätzliche Kundinnen und Kunden über günstigere Preise gewonnen werden. Werden die Daten für eine Qualitätsverbesserung genutzt, wird auch dies weitere Kundinnen und Kunden anziehen. Das Unternehmen generiert über die zusätzlichen Kunden zusätzliche Gewinne.

**498.** Denkbar ist jedoch auch der Fall, dass ein Unternehmen die Daten aus einem Datenzugang in erster Linie nutzt, um mehr Gewinn je Kundin und Kunde zu erzielen. Wenn ein Unternehmen beispielsweise auf Basis detaillierterer Daten über Verbraucherinnen und Verbraucher in seinem Onlineshop individuell angepasste Werbung ausspielt, wird dies wahrscheinlich die Verkäufe und daher den Umsatz je Kundin und Kunde steigern.<sup>764</sup> Einzelne der bisherigen Kundinnen und Kunden können die individuell angepasste Werbung jedoch als aufdringlich empfinden und aus diesem Grund zur Konkurrenz abwandern.<sup>765</sup> Nimmt das Unternehmen den Verlust einiger Kundinnen und Kunden an die Konkurrenz in Kauf, entspricht dies einer Verringerung der Wettbewerbsintensität.<sup>766</sup> Die Umsatzsteigerung pro Kundin und Kunde kompensiert den Verlust der Anzahl an Kundinnen und Kunden. Ähnliche Effekte können auftreten, wenn Daten zur Diskriminierung bei Preisen genutzt werden.<sup>767</sup> Auch zusätzliche oder hochwertigere Daten über das Marktgeschehen können in Einzelfällen die Wettbewerbsintensität senken z. B. wenn in Märkten mit schwankender Nachfrage drohende Produktionsüberschüsse von Unternehmen besser prognostiziert und daher saisonale Preiskämpfe vermieden werden können.

#### **4 Datenzugang in der Fusionskontrolle**

**499.** Wie bereits in Abschnitt 2 dargelegt, bestehen in einigen Bereichen teilweise sehr spezielle Daten Zugangsregelungen. Dennoch bleiben insbesondere die Vorschriften zur Fusionskontrolle stets anwendbar. Da diese einen sehr breiten Anwendungsbereich haben und kaum ausdrückliche Regelungen zum Datenzugang enthalten, ist es vergleichsweise schwierig, die Relevanz etwaiger Datenzugänge richtig zu beurteilen. Im vorliegenden Abschnitt skizziert die Mo-

---

<sup>763</sup> de Cornière, A., Taylor, G, Data and competition: A simple framework, 2023, [https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2023/wp\\_tse\\_1404.pdf](https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2023/wp_tse_1404.pdf), Abruf am 4. März 2024, S. 7 f.

<sup>764</sup> Ebenda, S. 13 ff.

<sup>765</sup> Van Doorn, J., Hoekstra, J. C., Customization of online advertising: The role of intrusiveness, *Marketing Letters* (24), 2013, 339-351.

<sup>766</sup> de Cornière, A., Taylor, G, Data and competition: A simple framework, 2023, [https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2023/wp\\_tse\\_1404.pdf](https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/wp/2023/wp_tse_1404.pdf), Abruf am 4. März 2024, S. 7 f.

<sup>767</sup> Ebenda, S. 12 f. Ein spezieller theoretischer Fall von Preisdiskriminierung, bei dem Onlineplattformen die Preise für datenbasierte gezielte Werbung auf Nischenmärkten hochtreiben, um die Anbieterzahl auf diesen Märkten zu reduzieren und Monopolrenten von den verbleibenden Anbietern abzuschöpfen, wird beschrieben in Prat, A., Valletti, T., Attention oligopoly, *American Economic Journal: Microeconomics*, 14(3), 2022, 530-557.

nopolkommission ein Prüfschema, das eine systematische Vorgehensweise der Kartellbehörden bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben erleichtern soll. Das Prüfschema ist dabei als erste Grundlage zu verstehen und sollte in der Praxis entsprechend weiterentwickelt werden.

**500.** Auch wenn jeder Zusammenschluss einzelfallspezifisch zu prüfen ist, empfiehlt es sich, stets zu untersuchen, über welche Daten die Zusammenschlussparteien verfügen bzw. verfügen könnten, wie Änderungen in der Verfügbarkeit die von den Parteien ausgehende Wettbewerbsintensität beeinflussen und ob sich der Zusammenschluss darauf auswirkt, ob oder wie diese Daten anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Das Prüfschema in diesem Abschnitt umfasst drei Schritte. In einem ersten Schritt werden die zu betrachtenden Datenzugänge identifiziert (hierzu Abschnitt 4.1), in einem zweiten Schritt wird evaluiert, ob sich Änderungen bei diesen Zugängen mit Wirkung auf die Wettbewerbssituation ergeben (hierzu Abschnitt 4.2) und in einem letzten Schritt wird die Wirkrichtung des Einflusses auf den Wettbewerb bestimmt (hierzu Abschnitt 4.3).

#### **4.1 Bestehende und potenzielle Datenzugänge bei Zusammenschlussparteien ermitteln**

**501.** Eine der größten Herausforderungen bei der Berücksichtigung von Datenzugängen in der Fusionskontrolle ist es zu ermitteln, welche der Daten, die bei den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen anfallen, für die Wettbewerbssituation von Bedeutung sind. Vergleichsweise einfach gestaltet sich dies im Hinblick auf Daten, die von diesen Unternehmen bereits einander oder dritten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Hier muss geprüft werden, welche Auswirkungen der Zusammenschluss auf die allgemeine Verfügbarkeit von Daten in den betroffenen Märkten hat. Bereits herausfordernd ist die Betrachtung von Daten, die zwar von einzelnen oder von allen am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erfasst, aber bisher nicht an Dritte herausgegeben werden.<sup>768</sup> Noch schwieriger ist die Betrachtung von Daten, die von einer oder allen Zusammenschlusspartei(en) bisher nicht erfasst wurden, aber potenziell erfasst und anderen zur Verfügung gestellt werden könnten. Weil Daten oft als „Nebenprodukt“ des Kerngeschäftes anfallen, kann aus einer bisher nicht vorhandenen wirtschaftlichen Verwertung nicht auf eine Irrelevanz geschlossen werden. Allein das Potenzial, dass Daten erfasst und zur Verfügung gestellt werden können, kann im Sinne eines Wettbewerbs um den Markt bereits die Wettbewerbssituation beeinflussen.

**502.** Ein prominentes Beispiel, das dies verdeutlicht, ist der Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp im Jahr 2014.<sup>769</sup> Zum damaligen Zeitpunkt erfasste WhatsApp keine demografischen Daten seiner Nutzerinnen und Nutzer und verkaufte auch keine Daten an dritte Unternehmen.<sup>770</sup> Facebook hingegen erfasste demografische Daten von den Nutzerinnen und Nutzern seines sozialen Netzwerkes und stellte diese Werbetreibenden zur Verfügung, um gezielt

---

<sup>768</sup> Modrall, J., Big data and merger control in the EU, *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(9), 2018, 569-578, S. 577.

<sup>769</sup> EU-Kommission, Facebook / WhatsApp, Case M.7217.

<sup>770</sup> EU-Kommission, Facebook / WhatsApp, C(2014) 7239 final, Rn. 71.

Werbung auszuspielen.<sup>771</sup> Der Zusammenschluss wurde von der Europäischen Kommission untersucht und freigegeben. Nicht vertieft untersucht wurde, ob WhatsApp zum damaligen Zeitpunkt potenziell in der Lage gewesen wäre, vergleichbare Daten wie Facebook zu erfassen und Werbetreibenden für die Ausspielung gezielter Werbung zur Verfügung zu stellen.<sup>772</sup> Die Europäische Kommission stellte zwar fest, dass es erhebliche Überschneidungen bei der Nutzerschaft von WhatsApp und dem sozialen Netzwerk Facebook gab.<sup>773</sup> Sie zog hieraus jedoch nicht den Schluss, dass die Existenz von WhatsApp als eigenständiges Unternehmen und potenzieller neuer Kanal für gezielte datengestützte Werbung Relevanz haben könnte. Vieles spricht dafür, dass Facebook mit WhatsApp einen potenziellen Konkurrenten aufgekauft hat, der fähig gewesen wäre, wie Facebook gezielt auf Basis demografischer Daten Onlinewerbung auszuspielen. Anhand dieses Beispiels wird deutlich, wie wichtig es ist, dass Kartellbehörden bei der Prüfung von Zusammenschlüssen nicht nur bestehende Datenzugänge in eine Untersuchung miteinbeziehen, sondern auch solche Daten zu berücksichtigen, die von den Zusammenschlussparteien erfasst, aber zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses (noch) nicht an Dritte weitergegeben werden, sowie solche, die von den Parteien erfasst werden könnten.

**503.** Bei der Untersuchung eines Zusammenschlusses ist es daher empfehlenswert, dass (1) jene Zugänge zu Daten identifiziert werden, die einzelne oder alle Zusammenschlussparteien zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses zur Verfügung stellen. Dies betrifft sowohl Datenzugänge, welche die Zusammenschlussparteien sich untereinander gewähren, d. h. intern, als auch Datenzugänge, die nicht an dem Zusammenschluss beteiligten Dritten, d. h. extern, gewährt werden.

**504.** Darüber hinaus sollten (2) sowohl Kunden- als auch Lieferantengruppen identifiziert werden, zu denen Daten bei den einzelnen Zusammenschlussparteien erfasst werden, auch wenn diese bisher nicht weitergegeben werden. Bezüglich dieser Daten ist es wichtig zu prüfen, ob sie im Rahmen eines Datenzugangs für Externe wirtschaftlich verwertbar sind. Ein Indiz hierfür könnte sein, dass Unternehmen außerhalb des Zusammenschlusses existieren, die solche Daten vertreiben. In diesem Fall existiert ein Markt, den es bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zu beachten gilt. Denkbar ist jedoch auch, dass für bestimmte Daten bisher kein Markt existiert, obwohl ein wirtschaftliches Interesse seitens der Unternehmen besteht, diese zu erwerben.<sup>774</sup> Wie in Tz. 480 bereits erwähnt, gibt es Indizien, die auf einen hohen wirtschaftlichen Wert hinweisen können. Hierzu gehören die Menge der Datensätze, dass die Daten die Themenfelder Verkauf, Standort oder Marketing betreffen, dass Geschäftsdaten von spezifischen Unternehmen enthalten sind, dass die Daten besonders aktuell sind, dass sie täglich aktualisiert werden und dass sie weitestgehend fehlerfrei sowie zugänglich strukturiert sind. Gründe dafür, dass bisher keine wirtschaftliche Verwertung stattfindet, können z. B. gesetzliche

---

<sup>771</sup> EU-Kommission, Facebook / WhatsApp, C(2014) 7239 final, Rn. 70.

<sup>772</sup> Ebenda, Rn. 72.

<sup>773</sup> Ebenda, Rn. 140.

<sup>774</sup> Siehe hierzu auch Schmidt, S. A., Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, Tübingen 2020, S. 401 ff.

Regelungen<sup>775</sup> oder strategische Bedenken sein. Mit Blick auf solche Fälle ist zu berücksichtigen, dass durch Zusammenschlüsse der Zugang auf Daten innerhalb der entstehenden Entität erleichtert wird. Zusammenschlüsse sind in diesem Sinne ein Weg, Zugang zu Daten zu erlangen.<sup>776</sup> Hieraus können sich insbesondere bei wertschöpfungsstufen- und marktübergreifenden Zusammenschlüssen Wettbewerbsvorteile gegenüber dritten Unternehmen ergeben, die auch weiterhin keinen Zugang zu vergleichbaren Daten der vor- oder nachgelagerten Wertschöpfungsstufe bzw. benachbarten Märkten haben. Daher gilt es, auch Daten zu berücksichtigen, die wahrscheinlich innerhalb des Zusammenschlusses wertschöpfungsstufen- und marktübergreifend ausgetauscht werden.<sup>777</sup>

**505.** Schließlich empfiehlt es sich (3), auch solche Daten zu berücksichtigen, die potenziell von den Zusammenschlussparteien mit plausiblen Aufwand erfasst werden könnten. Auch für diese Daten ist eine Prüfung sinnvoll, ob sie im Rahmen eines Datenzugangs wirtschaftlich verwertbar sind. Als Indiz kann auch hier insbesondere herangezogen werden, ob Unternehmen außerhalb des Zusammenschlusses existieren, die solche Daten bereits vertreiben. Denkbar ist jedoch auch in diesem Fall, dass Daten aufgrund gewisser Hürden bisher nicht vertrieben werden und dass der Zusammenschluss die exklusive Gelegenheit beinhaltet, Zugang zu diesen Daten zu erhalten und datengetriebene Wettbewerbsvorteile gegenüber jenen Unternehmen zu realisieren, welche auch weiterhin keinen Zugang zu vergleichbaren Daten haben.

**506.** Insgesamt ist insbesondere das Erkennen potenzieller Datenquellen eine anspruchsvolle Aufgabe für die Kartellbehörden. Vor allem dritte Unternehmen können den Kartellbehörden helfen, diese Herausforderung zu bewältigen, indem sie einen Beitrag bei der Identifikation von Daten leisten, deren Zugänglichkeit im Fusionskontrollverfahren Relevanz haben könnte. Im Rahmen der Konsultation von Marktteilnehmern sollte dem Thema Datenzugang daher künftig ein besonderes Gewicht beigemessen werden. Darüber hinaus können die Kunden- und Lieferantengruppen der Zusammenschlussparteien erste Orientierungspunkte sein. Wenn dritte Unternehmen existieren, deren Kunden- oder Lieferantengruppen weitgehend deckungsgleich sind bzw. deren Kunden- oder Lieferantengruppen im Datenbestand der Zusammenschlussparteien identifizierbar sind, liegt es nahe, dass ein wirtschaftliches Interesse am Zugang zu Daten existiert.

## **4.2 Erwartbare wettbewerbsrelevante Veränderungen bei Datenzugängen beurteilen**

**507.** Sind die zu untersuchenden, bestehenden und potenziellen Datenzugänge der Zusammenschlussparteien identifiziert, kann in einem nächsten Schritt für jeden dieser Zugänge beurteilt werden, inwieweit durch den Zusammenschluss erhebliche Änderungen zu erwarten

---

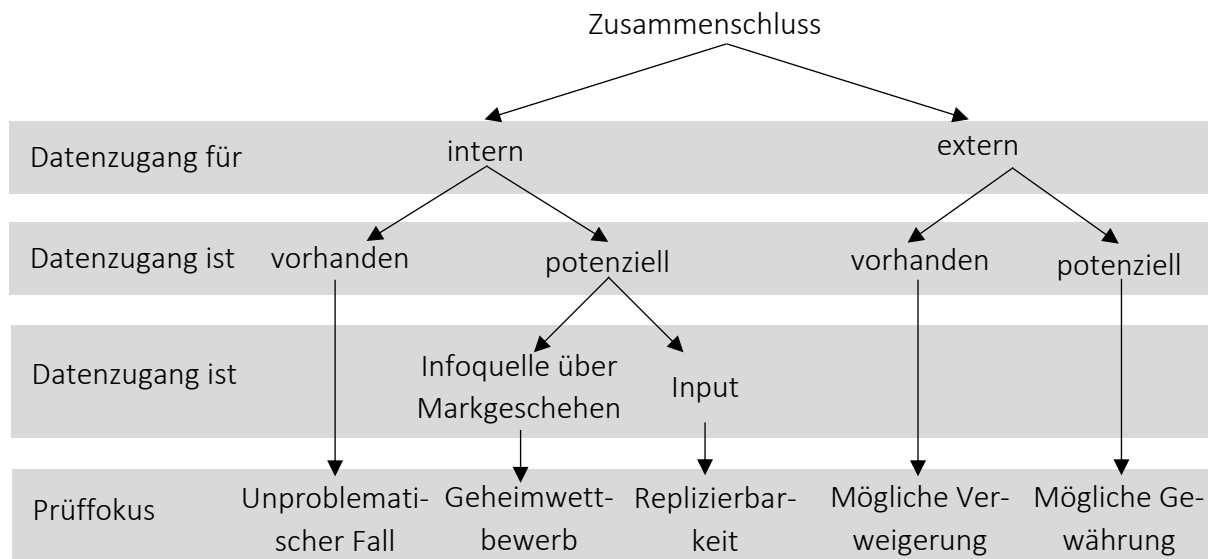
<sup>775</sup> Z. B. Datenschutzbedenken, siehe zu rechtlichen Grenzen des Datenzugangs überblicksartig Abschnitt 2.4.

<sup>776</sup> Lasserre, B., Mundt, A., Competition law and big data: The enforcers' view, *Antitrust & Public Policies*, 4(1), 2017, S. 92.

<sup>777</sup> So auch EU-Kommission, Non-Price Competition: EU Merger Control Framework and Case Practice, Competition Policy Brief No 1/2024, 2024, [https://content.mlex.com/Attachments/2024-04-17\\_E18GB8EIOAT4A4R9%2fApril+2024+\\_merger\\_policy\\_brief\\_non-price\\_merger-control\\_pharma.pdf](https://content.mlex.com/Attachments/2024-04-17_E18GB8EIOAT4A4R9%2fApril+2024+_merger_policy_brief_non-price_merger-control_pharma.pdf), Abruf am 17. April 2024, S. 12.

sind, welche für die Struktur einzelner Märkte Relevanz haben. Abbildung IV.1 illustriert verschiedene Situationen und den daraus resultierenden Prüffokus. In allen Fällen ist es empfehlenswert, sich zunächst auf die Frage zu konzentrieren, ob eine erhebliche Änderung zu erwarten ist. Für die Frage, ob aus dieser erheblichen Änderung eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs resultiert, empfiehlt sich hingegen ein gesonderter Prüfschritt (siehe Abschnitt 4.3).

### Abbildung IV.1: Zusammenschlüsse mit Auswirkung auf den Wettbewerb identifizieren



Quelle: Eigene Darstellung.

**508.** Zunächst ist es für die Analyse hilfreich, Datenzugänge zwischen den Zusammenschlussparteien (intern) und Datenzugangsvereinbarungen mit dritten Unternehmen (extern) klar zu trennen. In der Realität wird häufig der Fall auftreten, dass – technisch gesehen – derselbe Datenzugang sowohl intern als auch extern genutzt wird. Dennoch sollten auch in solch einem Fall die interne und externe Zugangsgewährung getrennt betrachtet werden.

**509.** Der Abbildung IV.1 ist bereits zu entnehmen, dass es als unproblematisch zu werten ist, wenn zwischen den Zusammenschlussparteien vor dem Zusammenschluss bereits ein Datenzugang existiert hat. Wird dieser Zugang auch nach dem Zusammenschluss zu gleichen Konditionen gewährt, ergeben sich keine zusammenschlusspezifischen Änderungen, die auf den Wettbewerb wirken können. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn die betreffenden Daten der anderen Partei bereits vor dem Zusammenschluss kostenlos zur Verfügung gestellt wurden. Dabei sind jedoch die Details zu beachten. In der Regel ist zu erwarten, dass sich durch den Zusammenschluss wesentliche Charakteristika wie die Kosten des Datenzugriffs oder der Detailgrad der Daten ändern. Dann kann in der Analyse nicht mehr die Annahme zugrunde gelegt werden, dass dieser Datenzugang vor dem Zusammenschluss bereits in dieser Form vorhanden ist. Einer Analyse muss dann vielmehr die Annahme zugrunde liegen, dass es sich faktisch um einen neuen Zugang handelt, der potenziell im Rahmen des Zusammenschlusses zwischen den Parteien, d. h. intern, realisiert würde.

**510.** Solche internen Zugänge, die potenziell als Folge des Zusammenschlusses gewährt werden, sind mit einem unterschiedlichen Fokus zu prüfen, je nachdem, ob die betroffenen Daten als Input genutzt werden oder über das Marktgeschehen Auskunft geben.<sup>778</sup> Wie Abbildung IV.1 zu entnehmen ist, sollte bei Daten über das Marktgeschehen vor allem geprüft werden, ob der gemeinsame Datenbestand der Zusammenschlussparteien so breit ist, dass der Geheimwettbewerb im Verhältnis zu verbleibenden Wettbewerbern in einzelnen Märkten gefährdet sein könnte.<sup>779</sup> Möglicherweise verfügen die Zusammenschlussparteien gemeinsam über einen umfassenden Überblick über einen oder mehrere Märkte, auf denen sie tätig sind.<sup>780</sup> Schließen sich beispielsweise ein Produzent und ein Händler zusammen, sind in der Regel beide auf dem Großhandelsmarkt aktiv. Bei beiden Zusammenschlussparteien fallen Daten über diesen Markt als „Nebenprodukt“ an. Dies kann z. B. Preisdaten einschließen. Teilen die Zusammenschlussparteien diese Daten, können sie möglicherweise einen umfangreicheren Überblick über die Verkaufspreise konkurrierender Produzenten bzw. die Einkaufspreise konkurrierender Händler erlangen.<sup>781</sup> Ein solcher Überblick kann sowohl das Verhalten der Zusammenschlussparteien als auch das Verhalten dritter Unternehmen gegenüber den Zusammenschlussparteien erheblich beeinflussen. Wenn die Zusammenschlussparteien etwa schneller auf Preissenkungen oder Produktinnovationen der Wettbewerber reagieren können, sinkt der Anreiz der Wettbewerber Preissenkungen und Produktinnovationen zu vollziehen. Ein potenzieller Einfluss sollte jedoch nicht nur bei homogenen Datenzugangskonstellationen geprüft werden, wenn beide Parteien (potenziell), wie im Beispiel beschrieben, ähnliche Daten in den Zusammenschluss einbringen (können).<sup>782</sup> Auch bei heterogenen Konstellationen ist eine Prüfung wichtig, insbesondere, wenn ein marktmächtiges Unternehmen ein Unternehmen in einem vor- oder nachgelagerten Markt aufkauft und fortan auf dieser vor- bzw. nachgelagerten Wertschöpfungsstufe aktiv ist.<sup>783</sup>

---

<sup>778</sup> Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Marktstrukturdaten und Daten als Input siehe Abschnitt 3.4.1.

<sup>779</sup> So auch EU-Kommission, Non-Price Competition: EU Merger Control Framework and Case Practice, Competition Policy Brief No 1/2024, 2024, [https://content.mlex.com/Attachments/2024-04-17\\_E18GB8EIOAT4A4R9%2fApril+2024+\\_merger\\_policy\\_brief\\_non-price\\_merger-control\\_pharma.pdf](https://content.mlex.com/Attachments/2024-04-17_E18GB8EIOAT4A4R9%2fApril+2024+_merger_policy_brief_non-price_merger-control_pharma.pdf), Abruf am 17. April 2024, S. 12.

<sup>780</sup> Können sich die nach einem Zusammenschluss am Markt verbleibenden Unternehmen hinreichend überwachen, ist eines von drei Kriterien erfüllt, bei denen der EuGH eine kollektive Marktbeherrschung für wahrscheinlich hält. Die weiteren Kriterien – die Existenz einer Art von Abschreckungsmechanismus, der zur Disziplinierung dient und die Nicht-Existenz von an der Koordinierung unbeteiligten Marktakteuren, die durch ihre Reaktionen den Effekt der Koordinierung infrage stellen – sind gesondert zu prüfen. Siehe dazu Tz. 519.

<sup>781</sup> Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2008/C 265/07, 2008, Rn. 78.

<sup>782</sup> Ein Beispiel für eine homogene Datenzugangskonstellation, deren wettbewerbliche Relevanz zu vermuten gewesen wäre, ist der bereits erwähnte Zusammenschluss von WhatsApp und Facebook. Weitere Beispiele sind der Zusammenschluss von Google und DoubleClick sowie der Zusammenschluss von Apple und Shazam.

<sup>783</sup> Ein Beispiel für eine heterogene Datenzugangskonstellation, deren wettbewerbliche Relevanz zu vermuten gewesen wäre, ist der Zusammenschluss von Meta und Kustomer. Durch den Zusammenschluss hat Meta Zugang zu den CRM-Daten von Kustomer erlangt, die mindestens potenziell auch Nutzungsdaten von X (ehemals Twitter) umfassen, das im Bereich B2C-Kommunikation mit Meta in Konkurrenz steht. EU-Kommission, Meta (formerly Facebook) / Kustomer, C (2022) 409 final, 2022, Rn. 48 und 260 f.

**511.** Wie in Abbildung IV.1 zu sehen ist, sollte der Schwerpunkt einer Prüfung anders gesetzt werden, wenn potenziell zwischen den Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss Daten ausgetauscht werden, die in die Erbringung von Dienstleistungen oder die Herstellung von Produkten einfließen. Bei solchen potenziellen internen Datenzugängen gilt es zu klären, ob der durch den Zusammenschluss erleichterte Datenaustausch erhebliche Wettbewerbsvorteile schafft, die von dritten Unternehmen nicht repliziert werden können. Ist dies mit Bezug auf einzelne oder mehrere Märkte der Fall, dann ist ein Einfluss auf den Wettbewerb anzunehmen. Bei homogenen Konstellationen kann dies z. B. der Fall sein, wenn die Zusammenschlussparteien gemeinsam eine mindestoptimale Menge an Daten erreichen, die für den Einsatz von auf künstlicher Intelligenz basierenden Algorithmen erforderlich ist. Wettbewerber verfügen möglicherweise nicht über die erforderliche Unternehmensgröße, um diese mindestoptimale Menge ebenfalls zu erreichen. Bei heterogenen Konstellationen können die für einen Teil der Zusammenschlussparteien neu verfügbar werdenden Daten möglicherweise zur Verbesserung der Produktqualität beitragen und zu einer deutlichen Überlegenheit gegenüber den Konkurrenzprodukten führen.<sup>784</sup>

**512.** Hinsichtlich externer Datenzugänge ist vor allem zu untersuchen, ob durch den Zusammenschluss strategische Gründe für die Zusammenschlussparteien entstehen, die zu einer Änderung der Datenzugangsgewährung für andere Unternehmen führt. Für bereits bestehende Datenzugänge wäre daher zu prüfen, ob diese möglicherweise nach einem Zusammenschluss nicht länger gewährt werden würden.<sup>785</sup> Mit Blick auf homogene Zugangskonstellationen kann dies z. B. der Fall sein, wenn die Zusammenschlussparteien für sich bereits ausreichend Datensätze für bestimmte Anwendungen generieren und daher nicht länger auf eine Kooperation mit anderen Unternehmen angewiesen sind. Mit Blick auf heterogene Zugangskonstellationen wird dies vor allem dann der Fall sein, wenn von einem bestehenden Zugang auch Unternehmen profitieren, die mit einer der am Zusammenschluss beteiligten Parteien im Wettbewerb stehen. In allen Fällen gilt, dass ein wettbewerblicher Einfluss nur zu erwarten ist, wenn der von den Zusammenschlussparteien gewährte Datenzugang nicht oder nur eingeschränkt substituierbar ist. Anderenfalls ist davon auszugehen, dass externe Unternehmen ohne Schaden zu konkurrierenden Anbietern von Daten wechseln.

**513.** Umgekehrt ist ebenso denkbar, dass durch den Zusammenschluss mehr oder hochwertigere Daten an externe Unternehmen bereitgestellt werden. Beispielsweise könnten erst durch die Kombinationen der Daten der Zusammenschlussparteien Datensätze erstellt werden, die für bestimmte dritte Unternehmen interessant sind. Auch in diesem Fall ist die Substituierbarkeit zu berücksichtigen. Existieren mehrere vergleichbare Datenzugänge bereits außerhalb des

---

<sup>784</sup> Bei der Übernahme von Fitbit durch Google wurde etwa diskutiert, inwieweit Google die Daten von Fitbit zur Verbesserung seiner Dienstleistungen in anderen Geschäftsbereichen des Konzerns nutzen könnte. Spangnolo, G., u. a., Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers, 2020, <https://cepr.org/voxeu/columns/googlefitbit-will-monetise-health-data-and-harm-consumers>, Abruf am 3. April 2024.

<sup>785</sup> Es könnte eine Abschottung vorliegen. Amtsblatt der Europäischen Union, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2008/C 265/07, 2008, Rn. 29 ff.

zusammengeschlossenen Unternehmens, wird der wettbewerbliche Einfluss in der Regel gering sein und es bedarf keiner weitergehenden Prüfung.

**514.** In der Summe zeigt sich auch auf dieser Stufe der Analyse, welche großen Herausforderungen das Thema Datenzugang für die Fusionskontrolle mit sich bringt. Es gilt abzuschätzen, ob die Zusammenschlussparteien die bei ihnen anfallenden Daten im Wettbewerb so einsetzen können, dass sie den Wettbewerb insgesamt beeinflussen. Angesichts einer Vielzahl theoretischer Szenarien wird auch hier die Konsultation von Marktteilnehmern eine bedeutende Rolle einnehmen, um zielgerichtete Hinweise zu erhalten und Einflüsse auf den Wettbewerb identifizieren zu können.

### **4.3 Wirkrichtung des wettbewerblichen Einflusses der relevanten Datenzugänge ermitteln**

**515.** Wurden die Datenzugänge identifiziert, deren zu erwartende Anpassungen im Rahmen des Zusammenschlusses voraussichtlich Einfluss auf den Wettbewerb haben werden, ist in einem letzten Schritt festzustellen, ob dieser Einfluss eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 2 Abs. 2 der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO) 139/2004 bzw. des § 36 GWB beinhaltet.

**516.** Stehen Daten im Fokus der Untersuchung, die als Input für Produkte oder Dienstleistungen verwendet werden, ist die Wirkrichtung des wettbewerblichen Einflusses zu klären. Wie in Abschnitt 3.4.4 erläutert, können mehr oder hochwertigere Daten, die einem Unternehmen zur Verfügung stehen, die Wettbewerbsintensität sowohl steigern als auch senken. In der Regel wird eine erhöhte Verfügbarkeit von Daten die Wettbewerbsintensität steigern, weil die Zusammenschlussparteien den leichteren Zugang zu Daten für Verbesserungen ihrer Produkte und Dienstleistungen oder ähnliches einsetzen.<sup>786</sup> In vielen Fällen dürfte eine solche Intensivierung des Wettbewerbs erwünscht sein und z. B. zu niedrigeren Preisen führen. Bei Daten, die als Input dienen und die Wettbewerbsintensität erhöhen, ist es daher aus wettbewerblicher Sicht in der Regel positiv zu bewerten, wenn Unternehmen insgesamt Zugang zu mehr Daten erhalten, und negativ, wenn Unternehmen insgesamt Zugang zu weniger Daten erhalten.

**517.** In Ausnahmefällen ist jedoch zu beachten, dass es zu einem Kippen des Marktes kommen kann, wenn nur ausgewählte Unternehmen Zugriff auf deutlich mehr oder hochwertigere Daten erhalten. Es ist denkbar, dass die Zusammenschlussparteien von einem Datenzugang profitieren, nicht aber die Mehrheit der am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen. Dann können diese Wettbewerber keine vergleichbaren Verbesserungen o. ä. erzielen. Ist der Wettbewerbsvorteil durch den Datenzugang sehr groß, können Konkurrenten möglicherweise nicht mehr am Markt bestehen.<sup>787</sup> Kurzfristige Preisvorteile für Kundinnen und Kunden würden dann, möglicherweise langfristig, durch eine Monopolisierung des Marktes, entfallen. In diesem Fall

---

<sup>786</sup> Dies entspricht einem Ergebnis des Modells in de Cornière, A., Taylor, G., Data-Driven Mergers. Management Science forthcoming, 2024, <https://doi.org/10.1287/mnsc.2023.04104>, Abruf am 18. April 2024, S 4.

<sup>787</sup> Einen solchen Fall beschreibt das Modell in Chen, Z., Choe, C., Cong, J., Matsushima, N., Data-driven mergers and personalization, The RAND Journal of Economics, 53(1), 2022, 3-31, S. 14 f.

wäre der Zusammenschluss zu untersagen, falls nicht Abhilfe durch geeignete Nebenbestimmungen geschaffen werden kann.<sup>788</sup>

**518.** In einigen gesondert zu betrachtenden Fällen führt die vermehrte Nutzung von Daten durch ein Unternehmen zwar dazu, dass sein Umsatz pro Kundin und Kunde steigt, aber seine Produkte oder Dienstleistungen für Kundinnen und Kunden insgesamt unattraktiver werden.<sup>789</sup> Durch mehr verfügbare Daten nimmt der von diesem Unternehmen ausgehende Wettbewerbsdruck ab, z. B. weil, wie in Abschnitt 3.4.4 bereits beschrieben, auf diesen Daten basierende individuell angepasste Werbung von einem Teil der bisherigen Kundinnen und Kunden als aufdringlich empfunden wird. Ein Datenzugang, der vor dem Zusammenschluss noch nicht bestand, aber nach dem Zusammenschluss voraussichtlich gewährt wird, würde folglich dazu führen, dass die Wettbewerbsintensität abnimmt. Dies entspricht in der Regel einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation auf dem betrachteten Markt. Der Zusammenschluss kann dann dazu führen, dass der Preiswettbewerb erlahmt und die Preise steigen.<sup>790</sup> Umgekehrt wäre ein bestehender Datenzugang, der nach dem Zusammenschluss nicht mehr gewährt wird, in einem solchen Fall dann in der Regel positiv zu sehen.

**519.** Eine geringere Wettbewerbsintensität ist jedoch nicht in jedem Fall negativ zu bewerten. Ist es ein marktbeherrschendes Unternehmen, von dem nach dem Zusammenschluss ein geringerer Wettbewerbsdruck ausgeht, können sich langfristig positive Effekte auf die Marktstruktur ergeben, indem die kleineren Konkurrenten Marktanteile gewinnen. Mit WhatsApp konkurrierende Anbieter von Messengerdiensten haben z. B. – zumindest zeitweise – Marktanteile auf dem Endkundenmarkt gewonnen, als Facebook ankündigte, Daten aus WhatsApp auch für seine anderen Dienste zu nutzen.<sup>791</sup> Auch wenn es in diesem Fall nicht zu einem nachhaltigen Wegfall der dominanten Marktposition von WhatsApp kam, wäre ein positiver Effekt auf die Marktstruktur in anderen Fällen denkbar. Neben der kurzfristigen Wirkung auf die Wettbewerbsintensität ist also auch die mittelfristige Wirkung auf die Marktstruktur zu berücksichtigen.

---

<sup>788</sup> Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO sind die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses nur zu berücksichtigen, sofern diese dem Verbraucher dienen und den Wettbewerb nicht behindern. Eine Behinderung des Wettbewerbs würde in einem Fall drohender Monopolisierung jedoch vorliegen. Siehe zur Anwendung von Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO auch Körber, in: Immenga/Mestmäker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl., München 2020, Art. 2 FKVO Rn. 353.

<sup>789</sup> Siehe Abschnitt 3.4.4, Tz. 498.

<sup>790</sup> In Esteves, R.B., & Vasconcelos, H. (2015). Price discrimination under customer recognition and mergers. *Journal of Economics & Management Strategy*, 24(3), 523-549, S. 539 wird mittels eines modelltheoretischen Ansatzes außerdem der Fall beschrieben, dass ein aus einem Zusammenschluss entstehendes Unternehmen jene Konsumenten besser identifizieren kann, die nicht bereit sind, zu einem Konkurrenten zu wechseln. Ein solches Unternehmen kann solche Informationen möglicherweise nutzen, um gezielt die Preise für diese Konsumenten zu erhöhen. Auch hier nehmen die Konsumenten Schaden, der Wettbewerbsdruck auf konkurrierende Unternehmen bleibt jedoch möglicherweise unverändert.

<sup>791</sup> Golem.de, Facebook. WhatsApp stellt Nutzern ein Ultimatum, 2021, <https://www.golem.de/news/facebook-whatsapp-stellt-nutzern-ein-ultimatum-2101-153215.html>, Abruf am 11 April 2024; Golem.de, Weg von WhatsApp. Signal verfünffacht Nutzerzahl in kürzester Zeit, 2021, <https://www.golem.de/news/weg-von-whatsapp-signal-verfuenfacht-nutzer-in-kuerzester-zeit-2101-153403.html>, Abruf am 11 April 2024.

**520.** Mit Blick auf das Marktgeschehen betreffende Daten ist die Analyse insofern einfacher, als hier in den allermeisten Fällen eine negative Wirkung zu erwarten ist.<sup>792</sup> Ein umfassender Überblick über das Marktgeschehen kann Basis für eine Einzelmarktbeherrschung, eine kollektive Marktbeherrschung sowie unilaterale Effekte unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung sein. Im ökonomischen Sinne ist die zu klärende Fragestellung, inwieweit eine stillschweigende Koordinierung der nach dem Zusammenschluss verbleibenden Marktteilnehmer bei Preisen, Qualität o. ä. wahrscheinlich ist.<sup>793</sup> Für den Fall einer kollektiven Marktbeherrschung hat der EuGH Kriterien entwickelt. Gemäß dem EuGH ist eine kollektive Marktbeherrschung wahrscheinlich, wenn die am Markt verbleibenden Unternehmen sich hinreichend überwachen können, es eine Art Abschreckungsmechanismus zur Disziplinierung gibt und an der Koordinierung nicht beteiligte Marktakteure den Koordinierungseffekt nicht infrage stellen.<sup>794</sup> Eine hinreichende Überwachung zwischen den am Markt verbleibenden Unternehmen kann durch die veränderte Verfügbarkeit von Marktdaten möglich werden. Damit ist die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass das erste der drei Kriterien erfüllt ist. In ähnlicher Weise kann durch eine verbesserte Überwachung mittels Marktdaten auch eine Einzelmarktbeherrschung entstehen. Kann das aus dem Zusammenschluss resultierende Unternehmen die verbleibenden Wettbewerber hinreichend überwachen, um sie im Falle unerwünschten Verhaltens durch Abschreckungsmechanismen zu disziplinieren, dann könnte von einer Einzelmarktbeherrschung dieses Unternehmens auszugehen sein. Schließlich ist es auch denkbar, dass durch zusätzlich verfügbare Marktdaten unilaterale Effekte unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung auftreten. So kann etwa die Rolle eines Unternehmens als „wichtige Wettbewerbskraft“<sup>795</sup> infrage stehen, wenn ein Konkurrent nach einem Zusammenschluss über Marktdaten verfügt, die es ihm erlauben, schneller z. B. auf Rabattaktionen oder Produktinnovationen zu reagieren. Rabattaktionen oder Produktinnovationen lohnen sich für das Unternehmen, das eine wichtige Wettbewerbskraft ist, möglicherweise nur, wenn das zusammengeschlossene Unternehmen auf Basis der ihm zur Verfügung stehenden Daten über das Marktgeschehen nicht zu schnell mit eigenen Rabattaktionen und Produktinnovationen reagiert. In allen genannten Fällen kann eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs vorliegen, sodass der Zusammenschluss zu untersagen wäre, falls keine Abhilfe durch geeignete Nebenbestimmungen geschaffen werden kann.

#### 4.4 Zwischenfazit

**521.** Die wettbewerbliche Wirkung von Datenzugängen in Fusionskontrollverfahren zu berücksichtigen, wird umso wichtiger, je bedeutsamer Daten zukünftig für Unternehmen sein werden.

<sup>792</sup> Theoretisch wären Effizienzeinreden denkbar. Z. B., dass Marktdaten dazu genutzt werden können, Marktnischen zu bedienen, die sonst nicht identifiziert werden können. In der Praxis dürfte es den Zusammenschlussparteien schwerfallen, vor dem Zusammenschluss der Wettbewerbsbehörde die Existenz solcher Marktnischen glaubhaft zu machen, die sie erst nach dem Zusammenschluss identifizieren können.

<sup>793</sup> Lasserre, B., Mundt, A., *Competition law and big data: The enforcers' view*, *Antitrust & Public Policies*, 4(1), 2017, S. 91 f.

<sup>794</sup> EuGH, C-413/06, 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, ECLI:EU:C:2008:392, Rz. 123.

<sup>795</sup> EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2004/C 31/03, vom 5. Februar 2004, Tz. 28.

Die Analyse solcher Fälle ist komplex. Die Monopolkommission empfiehlt daher, die Analyse in drei Prüfschritte zu unterteilen.

**522.** Erstens sollte für jede Zusammenschlusspartei geklärt werden, über welche Daten sie verfügt, die wirtschaftlich durch andere Zusammenschlussparteien oder für externe Unternehmen verwertbar sind. Dies umfasst Daten, zu denen bereits Zugang gewährt wird, Daten, die zwar erfasst, zu denen jedoch bisher kein Zugang gewährt wurde und Daten, die potenziell erfasst und zu denen Zugang gewährt werden könnte.

**523.** Zweitens sollte für jeden der identifizierten (potenziellen) Datenzugänge geklärt werden, ob durch den Zusammenschluss Änderungen zu erwarten sind, die auf die Wettbewerbssituation wirken. Durch Datenzugänge, die sich die Zusammenschlussparteien bereits vor dem Zusammenschluss gewähren, ist keine Wirkung zu erwarten. Bei Datenzugängen, die vor dem Zusammenschluss noch nicht bestanden haben, und bei Datenzugängen, die dritten Unternehmen gewährt werden, kann es hingegen zu wettbewerbsrelevanten Änderungen kommen.

**524.** Drittens sollte geprüft werden, ob die zu erwartenden Änderungen negativ oder positiv auf die Wettbewerbssituation wirken. Bei Daten, welche das Marktgeschehen betreffen, sollte geprüft werden, ob eine Koordinierung z. B. von Preisen oder Qualität zwischen den verbleibenden Unternehmen möglich wird. Bei Daten, die als Input in Dienstleistungen oder Produkte einfließen, kann eine erhöhte Verfügbarkeit den Wettbewerbsdruck sowohl erhöhen als auch schmälern. Eine Erhöhung des Wettbewerbsdrucks ist in der Regel positiv, eine Schmälerung in der Regel negativ zu werten. Ausgenommen sind Fälle, in denen der Wettbewerbsdruck vermindert wird, der von einem bereits marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht. Hier kann eine verminderte Wettbewerbsdruck Raum für Wettbewerb schaffen.

**525.** Dieses von der Monopolkommission entwickelte Prüfschema soll eine erste Grundlage darstellen. Es kann den Kartellbehörden als Basis dienen und von ihnen sukzessive um Erfahrungen aus der Praxis ergänzt werden.

## **5 Datenzugang in der Missbrauchskontrolle**

**526.** Auch im Rahmen der Missbrauchskontrolle erscheint es als große Herausforderung zu beurteilen, wann die Verweigerung eines Datenzugangs bzw. der Datenzugang selbst als Markt-machtmissbrauch zu werten ist. Aus diesem Grund soll im folgenden Abschnitt auch für die Missbrauchskontrolle ein mögliches Prüfschema entwickelt werden, das Orientierungshilfe für die Praxis bietet, um eine systematische Vorgehensweise in der Missbrauchskontrolle zu erleichtern.

### **5.1 Missbrauchsrechtliche Datenzugangsansprüche**

**527.** Die 10. GWB-Novelle ist mit der Einführung von zwei neuen Datenzugangsansprüchen, § 19 Abs. 2 Nr. 4 sowie § 20 Abs. 1a GWB, einhergegangen.<sup>796</sup> Auch wenn diese Neuerungen teilweise nur einen klarstellenden Charakter haben, d. h. einen bereits bestehenden Datenzugangsanspruch betonen, so reflektieren sie dennoch die gestiegene Relevanz des Themas des

---

<sup>796</sup> Siehe dazu bereits oben, Abschnitt 2.3.1.

Datenzugangs im Rahmen der Missbrauchskontrolle. Ein Marktmachtmissbrauch liegt dann vor, wenn Verhaltensweisen von marktbeherrschenden bzw. marktmächtigen Unternehmen andere Unternehmen oder auch Verbraucherinnen und Verbraucher unangemessen benachteiligen und der Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs entgegenstehen (Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB).

**528.** Märkte, die die Sammlung von Daten ermöglichen, werden als Datenprimärmärkte bezeichnet. Sie sind zu unterscheiden von Datensekundärmärkten, auf denen gesammelte Daten gehandelt werden. Datenprimärmärkte können aufgrund von Größen- und Verbundvorteilen, Netzwerkeffekten und Lock-In-Effekten Konzentrationstendenzen aufweisen, die den Markteintritt für dritte Unternehmen erschweren. Datensekundärmärkte existieren derzeit nur im Einzelfall.<sup>797</sup> Im Rahmen der Missbrauchskontrolle kann sich ein Anlass für eine datenzugangsspezifische, missbrauchsrechtliche Prüfung ergeben, wenn ein konzentrierter Datenprimärmarkt vorliegt<sup>798</sup> und wenn Datensekundärmärkte nicht existieren, d. h. wenn es keine verfügbare, alternative Datenbezugsquelle gibt.<sup>799</sup>

**529.** Für kartellrechtliche Missbrauchsverfahren bestehen oftmals hohe Anforderungen, beispielsweise bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen und teilweise auch für die Nachweise. So müssen bei einem Preis- oder Konditionenmissbrauch (Art. 102 S. 2 lit. a AEUV bzw. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 GWB) genauso wie bei einer Behinderung des Marktzuganges/Innovationsverhaltens der Wettbewerber (Art. 102 S. 2 lit. b AEUV bzw. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2 GWB) oder bei einer Diskriminierung/Wesentlichen Einrichtung (Art. 102 S. 2 lit. c AEUV bzw. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 3, 4 GWB) sowohl eine Datenexklusivität als auch ein konzentrierter Datenprimärmarkt vorliegen und damit eine Marktbeherrschung. Unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle, bei relativer Marktmacht (§ 20 Abs. 1, Abs. 1a GWB), ist ein bilaterales Machtgefälle und eine Datenabhängigkeit erforderlich. Daneben sieht das Wettbewerbsrecht besondere Regelungen für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb vor (§ 19a Abs. 1 GWB). Die faktische Kontrolle über wettbewerbsrelevante Daten kann Ausdruck einer solchen Position sein und eröffnet ein besonderes Missbrauchspotenzial. In der Folge kann solchen Unternehmen untersagt werden, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern (§ 19a Abs. 2 Nr. 5 GWB).

**530.** Die Missbrauchskontrolle leidet insbesondere im Bereich digitaler Märkte unter verschiedenen Durchsetzungsdefiziten wie langen Verfahrensdauern und (noch) fehlenden Leitlinien zur Auslegung der Voraussetzungen, wann ein Datenzugang zu gewähren ist. Im Zusammen-

---

<sup>797</sup> Aus ökonomischer Sicht können Daten als Marktgüter, als Gegenleistung für die Inanspruchnahme einer Leistung und als Ressource (z. B. um Innovationen zu ermöglichen) zu betrachten sein.

<sup>798</sup> Es kann sein, dass nicht nur ein Markt für Daten existiert, sondern dass in Abhängigkeit von Kontext und Geschäftsmodell sowie dem Verwendungszweck sehr unterschiedliche Märkte sowie Teilmärkte für Daten existieren können. Datenmärkte und vorgelagerte beziehungsweise nachgelagerte Märkte können sich durch unterschiedliche Faktoren voneinander unterscheiden, u.a.: Inhalt, Wertschöpfungsstufe (d. h. Vor-/Endprodukt), Detailgrad/Granularität, Aktualität, Umfang, Verfügbarkeit, Verwendungszweck, etc.

<sup>799</sup> In den Fällen, in denen eine Orientierung an den tatsächlichen Marktgegebenheiten nicht möglich ist, muss gegebenenfalls die Abgrenzung hypothetischer Datenmärkte erfolgen, welche allerdings auf Annahmen in Bezug auf die vermeintliche Marktstruktur beruht.

hang mit der Prüfung eines möglichen Datenzugangsanspruchs können sich zudem Herausforderungen ergeben, z. B. hinsichtlich der Entgeltermittlungen trotz fehlender Vergleichsmärkte oder der technischen Ausgestaltung eines Datenzugangs. Daher geht dieser Abschnitt der Frage nach, wie systematisch und zielgerichtet im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens geprüft werden kann, ob ein Datenzugangserfordernis besteht. Dazu sollen Fallkonstellationen des Behinderungs- und Ausbeutungsmisbrauchs, bei denen ein Datenzugang als Abhilfemaßnahme geeignet sein kann, betrachtet werden (dazu Abschnitt 5.2). Im Anschluss wird ein mögliches Schema mit relevanten Kriterien zur Prüfung potenzieller Datenzugangsansprüche vorgeschlagen (dazu Abschnitt 5.3). Danach schließt der Abschnitt mit einem Fazit (dazu Abschnitt 5.4).

## 5.2 Behinderungs- und Ausbeutungsmisbrauch mit Datenzugsbezug

**531.** Die Verweigerung des Zugangs zu Daten (im Sinne der Geschäftsverweigerung) kann wettbewerbswidrig sein, wenn die Daten eine „wesentliche Einrichtung“ für die Tätigkeit des Unternehmens, das den Zugang begehrt, sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Verweigerung ein Tätigwerden auf einem vor- oder nachgelagerten Markt verhindert.<sup>800</sup> Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat für den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen hohe Hürden gesetzt.<sup>801</sup> Ein Unternehmen kann gemäß der Entscheidung in der Rechtssache „Bronner“ den Zugang zu einer Einrichtung verlangen, wenn die Verweigerung des Zugangs durch den etablierten Betreiber ein Produkt betrifft, welches für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit unerlässlich ist, wenn die Verweigerung die Entstehung eines neuen Produkts verhindert, für das eine potenzielle Verbrauchernachfrage besteht, wenn sie nicht durch objektive Erwägungen gerechtfertigt ist und wenn sie geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt auszuschließen. Darüber hinaus hat der EuGH in dieser Rechtssache entschieden, dass ein Produkt oder eine Dienstleistung nur dann unerlässlich ist, wenn es keine alternativen Produkte oder Dienstleistungen gibt und technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse bestehen, die es jedem Unternehmen, das auf dem nachgelagerten Markt tätig werden will, unmöglich machen oder unangemessen erschweren, Produkte oder Dienstleistungen zu entwickeln.<sup>802</sup> Diese Anforderungen sind nur dann erfüllt,<sup>803</sup> wenn nachgewiesen wird, dass die Daten, die sich im Besitz des etablierten Unternehmens befinden, wirklich einzigartig sind, und dass es keine Möglichkeit für die Wettbewerber gibt, diese Daten zu nutzen.

---

<sup>800</sup> Motta, M., 2023, Self-preferencing and foreclosure in digital markets: Theories of harm for abuse cases, *International Journal of Industrial Organization*, 90, Article 102974, Abruf am 21. Juni 2024. Dies gilt auch, wenn ein nachgelagerter Markt noch nicht existiert.

<sup>801</sup> EuGH, C-7/97, Bronner, a. a. O., vgl. Fn. 698, Rn. 41.

<sup>802</sup> Ebenda, Rn. 41 ff. Das Konzept der wesentlichen Einrichtung setzt mindestens einen vorgelagerten Inputmarkt und einen nachgelagerten Outputmarkt (Endkundenmarkt) voraus. In Konstellationen, in denen eine Verweigerung des Datenzuganges eine Monopolisierung eines horizontal benachbarten Marktes für komplementäre Produkte/Leistungen für die Nutzer eines Hauptproduktes bzw. einer Hauptleistung bewirken würde, können auch drei Märkte relevant sein: 1) Der Markt für die Hauptleistung, 2) der Markt für den notwendigen Input (Daten) für die Komplementärleistung, und 3) der Markt für das Komplementärprodukt selbst. Dabei ist die notwendige Voraussetzung eine Beherrschung des Inputmarktes.

<sup>803</sup> Das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Bronner“ hatte keinen Bezug zu Daten oder Datenzugang.

**532.** Neben dem Konzept der wesentlichen Einrichtung kann die Verweigerung des Zugangs zu Daten auch als wettbewerbswidrig angesehen werden, wenn sie diskriminierend ist.<sup>804</sup> Eine vertikale Integration kann einen diskriminierenden Zugang zu strategischen Informationen mit sich bringen, der den Wettbewerb verzerrt. So können beispielsweise Marktplatzbetreiber, die auch als Einzelhändler tätig sind (sog. Doppelrolle), Zugang zu Informationen über ihre Wettbewerber (die auf diesem Marktplatz verkaufen) und über das Verhalten der Verbraucherinnen und Verbraucher erlangen. Umgekehrt könnte ein solcher Marktplatzbetreiber die Informationen auch einschränken, die seine auf dem Marktplatz tätigen Konkurrenten über die von ihnen getätigten Transaktionen erhalten. Derartige Informationsübertragungen und -beschränkungen können den Betreiber einer integrierten Plattform überproportional wettbewerbsfähiger machen als seine auf dem Marktplatz tätigen Konkurrenten.<sup>805</sup>

**533.** Die auf einem bestimmten Markt gesammelten Daten können von einem Unternehmen auch genutzt werden, um seine Marktmacht auf einem anderen Markt in wettbewerbswidriger Weise auszubauen oder zu vergrößern, d. h. Marktmachttransfer bzw. -ausdehnung. So können beispielsweise Kopplungspraktiken existieren, bei denen ein Unternehmen, das einen wertvollen Datenbestand besitzt, den Zugang zu diesem an die Nutzung seiner eigenen Datenanalyse-dienste bindet. Solche Kopplungspraktiken können zwar unter bestimmten Umständen die Effizienz steigern, sie können aber auch den Wettbewerb einschränken, indem sie das Unternehmen, das den Datensatz besitzt, gegenüber seinen Konkurrenten auf dem Markt für Datenanalysen begünstigt. Wettbewerbsbeschränkende Praktiken können aber auch vorliegen, wenn ein marktstarkes Unternehmen seinen Konkurrenten durch Exklusivitätsbestimmungen den Zugang zu Daten verwehrt oder ihnen die Möglichkeit nimmt, ähnliche Daten zu beschaffen. Exklusivverträge können Konkurrenten ausschließen, insbesondere wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen geschlossen werden.<sup>806</sup>

**534.** Daten können auch als Mittel zur Preisdifferenzierung genutzt werden. Ein Unternehmen erhält durch die Erhebung von Daten über seine Kundinnen und Kunden bessere Informationen über deren Kaufgewohnheiten und ist in der Lage, deren Zahlungsbereitschaft für eine bestimmte Ware oder Dienstleistung besser einzuschätzen. Sofern das Unternehmen über Marktmacht verfügt, könnte es diese Informationen nutzen, um in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht für die verschiedenen Kundengruppen, die es dank der gesammelten Daten ermittelt hat, unterschiedliche Preise festzusetzen. Preisdifferenzierung kann dem Unternehmen helfen, die Preise entsprechend der individuellen Zahlungsbereitschaft der Verbraucherinnen und Verbraucher festzulegen, sodass es sich den größten Teil der Konsumentenrente aneignen kann. Eine preisliche Ungleichbehandlung kann gerechtfertigt oder auch potenziell missbräuchlich

---

<sup>804</sup> Siehe dazu auch das Verfahren des Bundeskartellamts gegen die Deutsche Bahn oben, Abschnitt 2.3.1 sowie BKartA, B9-144/19, Deutsche Bahn, a. a. O., vgl. Fn. 680.

<sup>805</sup> Zhu, F./Liu, Q., 2018, Competing with complementors: An empirical look at Amazon.com. *Strategic Management Journal*, 39(10), S. 2618-2642, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>806</sup> Motta, M., 2023, Self-preferencing and foreclosure in digital markets: Theories of harm for abuse cases, *International Journal of Industrial Organization*, 90, Article 102974, Abruf am 21. Juni 2024; Schaefer, M./Sapi, G., 2023, Complementarities in learning from data: Insights from general search, *Information Economics and Policy*, 65, Article 101063, Abruf am 21. Juni 2024.

sein, beispielsweise bei einem Einsatz von personenbezogenen (Nutzer-) Daten zur Personalisierung eines Produktes bzw. Dienstes<sup>807</sup> oder bei einem Einsatz der Daten für eine verhaltenssteuernde Diskriminierung durch Algorithmen.<sup>808</sup>

**535.** Auch die Einschränkung der Privatsphäre kann Gegenstand der Missbrauchskontrolle werden, etwa wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Daten unter eindeutiger Verletzung des Datenschutzrechts erhebt und eine starke Wechselwirkung zwischen der Datenerhebung und der Marktstellung des Unternehmens besteht.<sup>809</sup> Exzessive Geschäftsbedingungen (Konditionenmissbrauch), die den Verbraucherinnen und Verbrauchern für die Nutzung einer Dienstleistung oder eines Produkts auferlegt werden, können beispielsweise anhand von Datenschutzbestimmungen als Maßstab für die Bewertung eines ausbeuterischen Verhaltens geprüft werden, insbesondere wenn die Geschäftsbedingungen und Datenschutzrichtlinien der verschiedenen Unternehmen nicht gelesen werden. Eine Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, da z. B. eine unangemessene Benachteiligung nach AGB-Recht oder ein Verstoß gegen Datenschutzrecht vorliegt, kann daher die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts erforderlich machen, um das Ausmaß der Benachteiligung ermessen zu können. Wenn ein exklusiver Datenzugang mit überhöhten Preisen einhergeht, kann dies ebenfalls missbräuchlich sein (Preismissbrauch). Im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens kann dann jedoch die Suche nach einem vergleichbaren Markt oder eine Annäherung an den hypothetischen Wettbewerbspreis durch komplexe kostenbasierte Preisvergleiche oder die Ermittlung von Benchmark-Preisen oder eine aufwendige auf Externalitäten basierende Datenwertermittlung erforderlich werden.

### 5.3 Mögliches Prüfschema für Missbrauchsverfahren

**536.** Wie die oben beschriebenen unterschiedlichen Missbrauchsfallgruppen mit Datenzugsbezug bereits verdeutlichen, ist jeder potenzielle Marktmachtmissbrauch einzelfallspezifisch zu prüfen. Die Leitfrage im Hinblick auf ein potenzielles Datenzugangsfordernis im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens sollte aus ökonomischer Sicht jedoch stets dieselbe sein: *„Existiert ein besonderer Datenzugang, durch den sich das marktstarke Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann?“*. Einerseits ist die Prüfung unterschiedlicher missbräuchlicher Verhaltensweisen und Schadenstheorien erforderlich,<sup>810</sup> andererseits gilt es, wesentliche Kriterien im Hinblick auf das Erfordernis eines Datenzugangs systematisch zu untersuchen. In Tabelle IV.1 wird daher ein Schema bestehend aus sechs Schritten beschrieben, die bei der Identifikation eines Datenzugangsanspruchs im Rahmen von Missbrauchsverfahren hilfreich sein können. Die Schritte werden anschließend im Text erläutert. Wie beim Schema für die Fusionskontrolle handelt es sich auch hier um eine Grundlage, die in der Praxis von den Kartellbehörden weiter zu entwickeln wäre.

---

<sup>807</sup> Esteves, R-B./Carballo-Cruz, 2023, Can data openness unlock competition when an incumbent has exclusive data access for personalized pricing?, *Information Economics and Policy*, 64, Article 101046, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>808</sup> Ezrachi, A./Stucke, M.E., 2016, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>809</sup> EuGH, C-252/21, 04. Juli 2023, *Meta Platforms*.

<sup>810</sup> OECD, 2020, *Abuse of Dominance in Digital Markets*, S. 24-25, Abruf am 21. Juni 2024.

**Tabelle IV.1: Mögliches Schema zur Prüfung potenzieller Datenzugangsansprüche**

Schritt	Fokus	Kriterien
1	Ausgangssituation	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Preiswettbewerb/Innovationswettbewerb</li> <li>• Wettbewerb mit Daten/Wettbewerb um Daten</li> <li>• Konzentration Datenprimärmarkt/Existenz Datensekundärmärkte</li> </ul>
2	Kontextspezifische Faktoren	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zwecke der Datensammlung</li> <li>• Bedeutung personenbezogener Daten</li> <li>• Relevanz der Daten im Kontext des Geschäftsmodells</li> <li>• Big-Data-Fähigkeit der Unternehmen</li> <li>• Funktionsweise/Leistungsfähigkeit der Algorithmen/Technologien</li> <li>• Eignung des Datenbestandes für Datenhandel</li> </ul>
3	Auswirkungen auf Marktstruktur und Wettbewerbsprozess	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datengetriebene Netzwerkeffekte, Größen-/Verbundvorteile</li> <li>• Wechsel-/Parallelnutzungsverhalten</li> <li>• Datengenerierungsanteil/Wertschöpfungsbeitrag des Patenten</li> <li>• Quellenübergreifende Datenzusammenführung und Datenkomplementaritäten</li> <li>• Einholbarkeit eines Datenvorsprungs</li> <li>• Replizierbarkeit und Substituierbarkeit der Daten</li> <li>• Grad der Exklusivität des Datenzugangs</li> <li>• Einzigartigkeit der begehrten Daten</li> <li>• Standardsetzung Datenzugriff/-verarbeitung/-formate</li> <li>• Grad der Abhängigkeit von Datenzugang für Innovation</li> <li>• Verhaltensänderungen hinsichtlich Datenzugang</li> <li>• Wirkungszusammenhang zwischen Daten- und Marktmachtakkumulation</li> <li>• Marktzutrittsschranke/Kippen des Marktes</li> </ul>
4	Interessenabwägung und Entscheidung über Datenzugangsanspruch	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rolle von Eigentumsrechten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Datenschutz, Immaterialgüterrechten, vertraglichen Vereinbarungen vs. Investitions- und Innovationsanreize vs. Schutz des Wettbewerbsprozesses/Restwettbewerbs</li> <li>• Falls Datenzugangsanspruch: Definition der Daten</li> </ul>
5	Angemessenes Entgelt für Datenzugang	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datenwertermittlung: Vergleichsmarktkonzept/Kostenermittlung</li> </ul>
6	Ausgestaltung des Datenzugangsregimes	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datenportabilität</li> <li>• Interoperabilität</li> <li>• FRAND-Datenzugang</li> <li>• Datentreuhänder</li> </ul>

**537. Prüfschritt 1 – Ausgangssituation:** Zunächst ist ein Verständnis der Wettbewerbssituation erforderlich, d. h. ist der jeweilige Markt primär von statischem Preiswettbewerb oder dynamischem Innovationswettbewerb geprägt und handelt es sich um einen „Wettbewerb mit Daten“ oder einen „Wettbewerb um Daten“. Zudem ist zu prüfen, inwiefern es einen konzentrierten Datenprimärmarkt gibt und ob Datensekundärmärkte, d. h. alternative Datenzugangsquellen, existieren.

**538. Prüfschritt 2 – Kontextspezifische Faktoren:** Nachdem der wettbewerbliche Rahmen erfasst ist, ist zu klären, zu welchen Zwecken eine Datensammlung erfolgt. Zu klären sind die Bedeutung von personenbezogenen Daten, die Relevanz der begehrten Daten im Kontext des Geschäftsmodells und ob die Daten zur Wertschöpfung beitragen. Darüber hinaus sollte eine Einschätzung der Fähigkeit der Unternehmen, mit Big Data umzugehen, erfolgen, d. h. gegebenenfalls aus in nahezu Echtzeit anfallenden großen Datenmengen relevante Informationen, Muster, Strukturen oder Trends zu gewinnen. In diesem Zusammenhang sollte auch die Funktionsweise und Leistungsfähigkeit der eingesetzten Algorithmen bzw. Technologien sowie die Eignung des Datenbestands für einen Datenhandel beurteilt werden.

**539. Prüfschritt 3 – Auswirkungen auf Marktstruktur und Wettbewerbsprozess:** Wenn diese Kontexterfassung erfolgt ist, stellen sich eine Reihe von ökonomischen Fragen. So ist es von Interesse, ob datengetriebene Netzwerkeffekte (Feedbackschleifen) sowie Größen- und Verbundvorteile vorliegen und ob es ein Wechsel- und Parallelnutzungsverhalten gibt. Auch sollte untersucht werden, ob der Datenzugangsnachfrager einen Anteil an der Datengenerierung hat und einen Beitrag zur Wertschöpfung leistet. Eine mögliche quellenübergreifende Datenzusammenführung, welche mit Datenkomplementaritäten einhergeht, sowie die Einholbarkeit eines etwaigen „Datenvorsprungs“ sollten ebenfalls überprüft werden. Daneben sollte beurteilt werden, ob die begehrten Daten replizierbar oder (näherungsweise) substituierbar sind, und wie hoch der Grad der Exklusivität des Datenzugangs und die Einzigartigkeit der Daten einzuordnen ist. Ein marktstarkes Unternehmen könnte auch eine (de facto) Standardsetzung vornehmen, um den Datenzugriff (z. B. über Schnittstellen, Protokolle und Datenformate) und die Datenverarbeitung einzuschränken, was entsprechend analysiert werden sollte. In diesem Zusammenhang sollten auch der Innovationsdruck und die Abhängigkeit der Unternehmen von einem Datenzugang hinsichtlich ihrer Wettbewerbsfähigkeit insgesamt eingeschätzt werden. Auch können Verhaltensänderungen des marktbeherrschenden Unternehmens hinsichtlich eines Datenzugangs (z. B. während des Verfahrens) vorkommen, die erfasst und eingeordnet werden sollten. Schließlich sollte der Wirkungszusammenhang zwischen Daten- und Markt-machtakkumulation ermittelt und abgeschätzt werden, ob der Datenbestand zu einer Marktzutrittschranke und zum Kippen eines Marktes beitragen kann.

**540. Prüfschritt 4 – Interessenabwägung und Entscheidung über Datenzugangsanspruch:** Wenn das Verständnis über die ökonomischen Zusammenhänge und Auswirkungen vorliegt, muss eine Abwägung der Interessen des Dateninhabers und des Petenten folgen. Die Interessenabwägung liegt grundsätzlich im Spannungsverhältnis zwischen 1) der Rolle von Eigentumsrechten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Datenschutz, Immaterialgüterrechten, vertraglichen Vereinbarungen über Zugangs-, Nutzungs- oder Verwertungsrechte Dritter, 2) Investiti-

ons- und Innovationsanreizen und 3) dem Schutz des Wettbewerbsprozesses (Restwettbewerb). Sofern das Ergebnis der Interessenabwägung ist, dass ein Datenzugangsanspruch zu gewähren ist, so sind die Daten zu definieren, die zur Verfügung gestellt werden müssen.

**541. Prüfschritt 5 – Angemessenes Entgelt:** Wenn die Entscheidung zugunsten einer Datenzugangsgewährung ausfällt, stellt sich bei einem Behinderungsmisbrauch zudem die Frage nach einem angemessenen Entgelt für den Datenzugang.<sup>811</sup> Für die Ermittlung eines solchen Entgelts kann das Vergleichsmarktkonzept und/oder eine Kostenermittlung Anwendung finden. Dazu sollten die Kosten der Datenerhebung wie auch die Kosten der Bereitstellung (Untergrenze) erhoben werden. Darüber hinaus können im Einzelfall jedoch neue Ansätze, die noch weiterer Forschung bedürfen, erforderlich werden.

**542. Prüfschritt 6 – Ausgestaltung des Datenzugangsregimes:** Schließlich muss auch die technische Ausgestaltung des Datenzuganges spezifiziert werden.<sup>812</sup> Anderenfalls besteht die Gefahr, dass das verpflichtete Unternehmen technische Hürden errichtet, z. B. im Hinblick auf Schnittstellen und Protokolle. Bei der Ausgestaltung können unterschiedliche Formen in Betracht kommen: 1) statische Datenportabilität, die einen einmaligen und unidirektionalen Datentransfer ermöglicht; 2) dynamische Interoperabilität, die es ermöglicht, Daten kontinuierlich und bidirektional zu übertragen; 3) Vereinbarung von fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden Zugangsbedingungen (FRAND); 4) Ein Datentreuhänder, welcher verschiedenen Akteuren einen unterschiedlich weitgehenden Zugang zu Daten ermöglicht.

## 5.4 Zwischenfazit

**543.** Jeder potenzielle Marktmachtmissbrauch erfordert eine Einzelfalluntersuchung. Das gilt auch im Hinblick auf ein mögliches Datenzugangserfordernis. Die Leitfrage in solchen Fällen sollte stets sein, ob ein besonderer Datenzugang existiert, durch den sich das marktstarke Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann. Daher empfiehlt die Monopolkommission den Wettbewerbsbehörden, sich bei der Entscheidung über einen potenziellen Datenzugangsanspruch im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle an dem vorgeschlagenen Prüfschema zu orientieren. Das Prüfschema hilft dabei, anhand der Ausgangssituation, der kontextspezifischen Faktoren, der Auswirkungen auf die Marktstruktur und den Wettbewerbsprozess, der Interessenabwägung, der Entgeltermittlung für einen Datenzugang im Behinderungsmisbrauchsfall und der Ausgestaltung des Datenzugangsregimes, zielgerichtet relevante Kriterien im Hinblick auf ein mögliches Datenzugangserfordernis systematisch zu untersuchen.<sup>813</sup> Es bildet eine Grundlage und kann in der Praxis durch die Kartellbehörden weiterentwickelt werden.

---

<sup>811</sup> Für den Fall eines Ausbeutungsmisbrauchs entfällt der Schritt der Entgeltermittlung.

<sup>812</sup> Graef, I./Prüfer, J., 2021, Governance of data sharing: A law and economics proposal, Research Policy, 50(9), Article 104330, Abruf am 21. Juni 2024.

<sup>813</sup> Dennoch können dabei im Einzelfall praktische Probleme und Abwägungserfordernisse verbleiben, etwa bei der Festlegung eines angemessenen Entgeltes, die die Aufmerksamkeit weiterer Forschung verdienen.

## 6 Gesamtfazit

**544.** Die Bedeutung digitaler Daten nimmt in der Gesellschaft insgesamt und für Unternehmen im Besonderen zu. Der Zugang zu Daten ist zu einem wichtigen Faktor des Wettbewerbs auf verschiedenen Märkten geworden. Neben den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen wie dem allgemeinen Wettbewerbsrecht wurden auf nationaler und europäischer Ebene daher eine ganze Reihe von spezifischen Bestimmungen zum Datenzugang ergänzt. Zu diesen gehören der Data Governance Act, welcher das freiwillige Teilen von Daten zwischen Unternehmen fördern soll, und der Data Act, der sektorübergreifend für vernetzte Produkte Datenzugangsregelungen trifft. Hinzu kommen spezielle Normen, die den Datenzugang in einzelnen Wirtschaftsbereichen regeln. Dazu zählen insbesondere sektorspezifische Vorschriften zu digitalen Plattformen (§ 19a GWB und Digital Markets Act).

**545.** Trotz der Existenz erprobter allgemeiner und neuer spezifischer gesetzlicher Regelungen besteht das Risiko, dass die Wettbewerbsbehörden bei der Rechtsanwendung im Einzelfall die Bedeutung von Datenzugängen übersehen oder falsch einschätzen. Daten haben eine Reihe spezieller Eigenschaften, die sie von anderen Gütern unterscheiden. Auf Basis dieser Eigenschaften hat die Monopolkommission jeweils ein spezielles Prüfschema für Zusammenschlussverfahren sowie für Missbrauchsverfahren entwickelt, das als Grundlage für eine Weiterentwicklung durch die Wettbewerbsbehörden in der Praxis dienen kann.

**546.** Bei Zusammenschlussverfahren empfiehlt die Monopolkommission (1) bei jeder Zusammenschlusspartei die wettbewerbslich relevanten Daten zu ermitteln, zu denen Dritten bereits Zugang gewährt wird, zu denen Dritten bisher kein Zugang gewährt wurde, obwohl sie bereits erfasst werden, und zu denen Zugang gewährt werden könnte, wenn sie erfasst würden. Als folgenden Schritt empfiehlt die Monopolkommission (2) für jeden der identifizierten (potenziellen) Datenzugänge zu klären, ob durch den Zusammenschluss Änderungen zu erwarten sind, die sich erheblich auf die Wettbewerbssituation auswirken. Schließlich empfiehlt die Monopolkommission (3) zu prüfen, ob die zu erwartenden Änderungen negativ oder positiv auf die Wettbewerbssituation wirken. Daten, die als Input in Dienstleistungen oder Produkte einfließen, könnten die Wettbewerbsintensität sowohl stärken als auch vermindern. Daten, die das Marktgeschehen betreffen, könnten von den Unternehmen für eine wettbewerbschädliche Koordinierung z. B. von Preisen oder Qualität genutzt werden.

**547.** Bei Missbrauchsverfahren sollte nach Ansicht der Monopolkommission die Leitfrage sein, ob ein besonderer Datenzugang existiert, durch den sich das marktstarke Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann. Sie empfiehlt dazu eine Prüfung relevanter Kriterien anhand von sechs Schritten: (1) eine Analyse der Ausgangssituation, (2) die Ermittlung kontextspezifischer Faktoren, (3) die Beurteilung der Auswirkungen auf die Marktstruktur und den Wettbewerbsprozess, (4) die Abwägung von Interessen bei der Entscheidung über Datenzugangsansprüche, (5) die Ermittlung eines angemessenen Entgelts, und (6) die Festlegung der technischen Ausgestaltung des Datenzugangs.