

# Inhaltsübersicht

Geleitwort ..... V

Vorwort ..... VII

Inhaltsverzeichnis ..... XIII

Abkürzungsverzeichnis ..... XXVII

Literaturverzeichnis ..... XXXVII

Materialienverzeichnis ..... LXIX

Entscheidungsverzeichnis ..... LXXV

  

**1. Teil: Einführung ..... 1**

I. Einleitung und Problemstellung ..... 3

II. Ziel der Untersuchung ..... 5

III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes ..... 8

IV. Methodik ..... 15

V. Gang der Untersuchung ..... 22

  

**2. Teil: Rechtliche und datenökonomische Grundzüge  
einer Datenkooperation ..... 25**

I. Begriff der Datenkooperation ..... 27

II. Parteien ..... 31

III. Typologisierung ..... 40

IV. Gegenstand ..... 49

V. Zusammenfassung der Ergebnisse ..... 64

  

**3. Teil: Datenschutzrechtliche Anforderungen  
an eine Datenkooperation ..... 67**

I. Einleitung ..... 69

II. Die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes auf eine Datenkooperation ... 69

III. Materiell-rechtliche Vorgaben ..... 80

IV. Folgen einer datenschutzwidrigen Datenkooperation ..... 115

V. Zusammenfassung der Ergebnisse ..... 116

**4. Teil: Bedürfnis nach normativer Datenkooperation..... 119**

I. Funktionsdefizite privatautonomer Datenkooperationen ..... 121

II. Wettbewerbsrechtliche Schadenstheorien ..... 126

III. Datenzugangsrechte als normative Reaktion auf dysfunktionale  
Datenmärkte ..... 137

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse ..... 147

**5. Teil: Das Recht auf Datenportabilität als Datenzugangsinstrument ..... 149**

I. Einleitung ..... 151

II. Zum Verhältnis der Datenportabilität zum Recht auf Datenherausgabe .... 152

III. Normzweck ..... 153

IV. Aktiv- und Passivlegitimation ..... 157

V. Anwendungsbereich ..... 158

VI. Technische-strukturelle Anforderungen an die Datenübertragung ..... 168

VII. Einschränkungen der Datenportabilität ..... 173

VIII. Rechtsfolgen bei Verletzung ..... 182

IX. Zusammenfassende Würdigung der Leistungsfähigkeit  
der Datenportabilität als Datenzugangsinstrument ..... 183

**6. Teil: Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot  
als Datenzugangsinstrument ..... 195**

I. Der unternehmensübergreifende Datenzugang als Anliegen  
des Datenkartellrechts ..... 197

II. Eingrenzung ..... 199

III. Methodik ..... 201

IV. Die Verweigerung einer Datenkooperation als Missbrauch  
einer marktbeherrschenden Stellung ..... 203

V. Die Beschränkung der Dispositionsfähigkeit der Datenerzeuger  
als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ..... 298

VI.	Die Verweigerung einer Datenkooperation als Missbrauch relativer Marktmacht .....	305
VII.	Zusammenfassende Würdigung der Leistungsfähigkeit des Missbrauchsverbots als Datenzugangsinstrument .....	327
<b>7. Teil: Schlussfolgerungen und Lösungsansätze .....</b>		<b>337</b>
I.	Schlussfolgerungen .....	339
II.	Lösungsansätze .....	348
<b>8. Teil: Gestaltungsempfehlungen für eine künftige Datenzugangsordnung .....</b>		<b>371</b>
I.	Einleitung .....	373
II.	Leitmotive .....	375
III.	Regelungsgegenstand auf Tatbestandsebene .....	384
IV.	Regelungsgegenstand auf Zugangsebene .....	395
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse .....	406
<b>9. Teil: Schlussbetrachtung in 10 Thesen .....</b>		<b>407</b>

# Inhaltsverzeichnis

Geleitwort .....	V
Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XXVII
Literaturverzeichnis .....	XXXVII
Materialienverzeichnis .....	LXIX
Entscheidungsverzeichnis .....	LXXIX
<b>1. Teil: Einführung .....</b>	<b>1</b>
<b>I. Einleitung und Problemstellung .....</b>	<b>3</b>
<b>II. Ziel der Untersuchung .....</b>	<b>5</b>
<b>III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....</b>	<b>8</b>
A. Ausblendung der <i>Open Government Data</i> -Thematik .....	8
B. Fokuslegung auf personenbezogene Daten .....	9
C. Eingrenzung auf die Datenbearbeitung durch Private .....	12
D. Ausblendung der originären Datenbeschaffung .....	12
E. Ausblendung der Dateneigentumsthematik .....	13
<b>IV. Methodik .....</b>	<b>15</b>
A. Beigezogener Rechtsrahmen .....	15
B. Veranschaulichung durch Referenzmärkte .....	16
1. Retail Banking .....	16
2. Kfz-Märkte .....	18
3. Begründung der Auswahl .....	20
a. Datafizierung von Konsumentenmärkten .....	20
aa. (Consumer) IoT .....	20
bb. Digitale Ökosysteme .....	21
b. Anwendbarkeit des Datenschutzrechts .....	22
c. Sektorspezifische Besonderheiten .....	22
<b>V. Gang der Untersuchung .....</b>	<b>22</b>

- 2. Teil:   **Rechtliche und datenökonomische Grundzüge einer Datenkooperation** ..... 25
  - I.    **Begriff der Datenkooperation** ..... 27
    - A.    Unternehmensverhältnis ..... 27
    - B.    Offenlegung von Daten ..... 27
      - 1.    Offenlegung ..... 27
      - 2.    Datenbegriff ..... 28
    - C.    Wirtschaftliche Zweckausrichtung ..... 29
      - 1.    Substitutive Bezugstätigkeiten ..... 29
      - 2.    Bezugstätigkeit auf sekundärem Markt ..... 29
      - 3.    Bezugstätigkeit auf tertiärem Markt ..... 30
  - II.   **Parteien** ..... 31
    - A.    Ressourceninhaber ..... 31
      - 1.    Begriff ..... 31
      - 2.    Interessenlagen ..... 32
        - a.    Monetarisierung der eigenen Datenressourcen ..... 32
        - b.    Vergrößerung der eigenen Datenbestände ..... 33
        - c.    Öffnung digitaler Ökosysteme ..... 34
        - d.    Zwischenfazit ..... 36
    - B.    Datennachfrager ..... 36
      - 1.    Begriff ..... 36
      - 2.    Interessenlagen ..... 36
    - C.    Datenerzeuger ..... 37
      - 1.    Begriff ..... 38
      - 2.    Abgrenzung zum ökosystemzugehörigen Datenerzeuger ..... 39
  - III.   **Typologisierung** ..... 40
    - A.    Nach technischen Kriterien ..... 40
      - 1.    Datentransfer ..... 40
      - 2.    Datenzugriff ..... 40
    - B.    Nach datenökonomischen Kriterien ..... 42
      - 1.    Datenkooperationen *im engeren Sinne* ..... 42
      - 2.    Datenkooperationen *im weiteren Sinne* ..... 43
      - 3.    Abgrenzungskriterien ..... 44
    - C.    Nach rechtlichen Kriterien ..... 45
      - 1.    Privatautonome Datenkooperationen ..... 45
        - a.    Terminologie ..... 46
        - b.    Vertragsrechtliche Grundzüge ..... 47
      - 2.    Normative Datenkooperationen (Datenzugangsrechte) ..... 48

**IV. Gegenstand** ..... 49

A. Daten als Kooperationsgegenstand ..... 49

1. Grundsatz: Fehlen von absoluten Rechten an Daten ..... 49

2. Zur Position des Ressourceninhabers im Besonderen ..... 50

3. Zur Position des Datenerzeugers im Besonderen ..... 52

    a. Fehlen von Datenerzeugerrechten ..... 52

    b. Begrenzte Rechtspositionen im Bereich von Personendaten ..... 52

B. Datenzugangsobjekt ..... 53

1. Bedeutung ..... 53

2. Eingrenzung auf inhaltlicher Ebene ..... 54

    a. Normative Parameter ..... 54

    b. Quantitative Parameter ..... 54

    c. Qualitative Parameter ..... 55

        aa. Verarbeitungsgrad ..... 55

        bb. Marktkontext ..... 58

        cc. Aggregationsgrad ..... 58

        dd. Aktualitätsgrad ..... 59

3. Eingrenzung auf Zugangsebene ..... 59

    a. Datenzugangsform und Datenzugangsdynamik ..... 60

    b. Dateninteroperabilität ..... 60

        aa. Begriff der Dateninteroperabilität ..... 60

        bb. Mittel zur Erreichung von Dateninteroperabilität ..... 61

            (1) Vorgaben zur Datenstrukturierung und zum Datenformat ..... 61

            (2) Vorgaben zu Schnittstellen ..... 62

        cc. Abgrenzung zum allgemeinen Interoperabilitätsbegriff ..... 63

**V. Zusammenfassung der Ergebnisse** ..... 64

**3. Teil: Datenschutzrechtliche Anforderungen an eine Datenkooperation** ..... 67

**I. Einleitung** ..... 69

**II. Die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes auf eine Datenkooperation** .... 69

A. Vorliegen einer Datenbearbeitung ..... 70

B. Vorliegen von Personendaten ..... 71

1. Positive Abgrenzung ..... 71

2. Negative Abgrenzung ..... 72

    a. Fehlender Bezug zu natürlichen Personen ..... 73

        aa. Unternehmensdaten ..... 73

        bb. Sachdaten ..... 73

    b. Fehlende Bestimmbarkeit ..... 74

- aa. Anonymisierte Daten ..... 74
    - bb. Pseudonymisierte Daten ..... 75
  - C. Zwischenfazit und Würdigung im Lichte des Untersuchungsgegenstandes ..... 77
- III. Materiell-rechtliche Vorgaben ..... 80**
- A. Das System der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit ..... 80
  - 1. Qualifikation des Ressourceninhabers ..... 80
  - 2. Qualifikation des Datenempfängers ..... 81
    - a. Datenempfänger als Dritter ..... 81
    - b. Datenempfänger als Auftragsbearbeiter ..... 82
      - aa. Besonderheiten ..... 82
      - bb. Anforderungen ..... 83
  - 3. Zwischenfazit und Würdigung im Lichte des Untersuchungsgegenstandes ..... 84
- B. Grundsätze des schweizerischen Datenschutzrechts ..... 87
  - 1. Erlaubnisprinzip mit Widerrechtlichkeitsvorbehalt ..... 87
    - a. Konzeptioneller Ausgangspunkt ..... 87
    - b. Widerrechtlichkeit einer Datenbearbeitung ..... 88
      - aa. Datenbearbeitung entgegen den Grundsätzen gemäss Art. 6 und 8 DSG ..... 89
      - bb. Datenbearbeitung entgegen der ausdrücklichen Willenserklärung des Datensubjekts ..... 89
      - cc. Bekanntgabe besonders schützenswerter Daten an Dritte ..... 90
    - c. Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung ..... 90
    - d. Zwischenfazit ..... 90
  - 2. Relativierung des Erlaubnisprinzips ..... 91
    - a. Der «Brüssel-Effekt» auf Schweizer Binnensachverhalte ..... 91
    - b. Verweis auf die Datenbearbeitungsgrundsätze ..... 93
    - c. Verbotsprinzip für Datenkooperationen mit besonders schützenswerten Daten ..... 94
    - d. Drittbekanntgabe als «heikelste Bearbeitungsform» ..... 96
  - 3. Zwischenfazit ..... 96
- C. Zur datenschutzrechtlichen Einwilligung im Besonderen ..... 97
  - 1. Vorteile im Vergleich zur Interessenrechtfertigung ..... 98
  - 2. Gültigkeitserfordernisse ..... 100
    - a. Eingangsbemerkungen ..... 101
    - b. Auslegungsgrundsätze ..... 102
    - c. Informiertheitsgebot ..... 102
      - aa. Information über Datenempfänger ..... 104
      - bb. Information über Bearbeitungszweck ..... 106
      - cc. Zwischenfazit ..... 107

d. Freiwilligkeitsgebot .....	108
e. Ausdrücklichkeitsgebot .....	111
D. Zu Datenkooperationen mit Auslandbezug im Besonderen .....	113
IV. Folgen einer datenschutzwidrigen Datenkooperation .....	115
V. Zusammenfassung der Ergebnisse .....	116
 4. Teil: Bedürfnis nach normativer Datenkooperation .....	119
I. Funktionsdefizite privatautonomer Datenkooperationen .....	121
A. Ausgangslage .....	121
B. Datenökonomische Anreize zur exklusiven Datennutzung .....	122
1. Qualitätswettbewerb und Nutzerbindung .....	122
2. «Ökosystemisierung» .....	123
C. Datenschutzinduzierte Hemmnisse für Datenkooperationen .....	124
D. Zwischenfazit .....	126
II. Wettbewerbsrechtliche Schadenstheorien .....	126
A. Datenbedingte Marktzutrittsschranken .....	127
B. Phänotypische Missbrauchsformen im Kontext von digitalen Ökosystemen und IoT-Märkten .....	129
1. Behinderung von Anschlussinnovation .....	129
2. Marktmachthebel und -transfer .....	132
C. Beschränkung der Dispositionsfähigkeit der Datenerzeuger .....	134
1. Problemstellung .....	134
2. Schädlichkeit für den Wettbewerb .....	135
D. Zwischenfazit .....	137
III. Datenzugangsrechte als normative Reaktion auf dysfunktionale Datenmärkte .....	137
A. Begriff .....	138
B. Regelungskonzeptionen .....	138
1. Horizontaler Ansatz .....	138
2. Sektorspezifischer Ansatz .....	139
3. Wettbewerbsvermittelter Ansatz .....	140
a. Funktionsweise .....	140
b. Beispiele .....	140
aa. Kartellrechtliches Missbrauchsverbot (Art. 7 KG) .....	140
bb. Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (Deutschland) .....	141
cc. OGD-Strategie .....	142



- 4. Nutzervermittelter Ansatz ..... 142
  - a. Funktionsweise ..... 142
  - b. Beispiele ..... 143
    - aa. Datenportabilität ..... 143
    - bb. XS2A-Regel ..... 145
    - cc. Elektronisches Patientendossier (EPD) ..... 145
- IV. Zusammenfassung der Ergebnisse ..... 147
- 5. Teil: Das Recht auf Datenportabilität als Datenzugangsinstrument ... 149**
  - I. Einleitung ..... 151
  - II. Zum Verhältnis der Datenportabilität zum Recht auf Datenherausgabe .... 152
  - III. Normzweck ..... 153
    - A. Die Datenportabilität als Fremdkörper im Datenschutzrecht ..... 153
    - B. Die Datenportabilität als Betroffenenrecht der Digitalwirtschaft ..... 154
    - C. Die Datenportabilität als Instrument zur Wettbewerbsförderung? ..... 156
  - IV. Aktiv- und Passivlegitimation ..... 157
  - V. Anwendungsbereich ..... 158
    - A. Personendaten des Anspruchsinhabers ..... 158
    - B. Automatisierte Datenbearbeitung ..... 160
    - C. Bekanntgegebene Personendaten ..... 160
      - 1. Begriff des «Bekanntgebens» ..... 160
      - 2. Erfasste Datenkategorien ..... 161
        - a. Freiwillige Daten ..... 161
          - aa. Begriffsbestimmung ..... 161
          - bb. Anwendbarkeit der Datenportabilität ..... 162
        - b. Beobachtete Daten ..... 162
          - aa. Begriffsbestimmung ..... 162
          - bb. Anwendbarkeit der Datenportabilität ..... 162
        - c. Abgeleitete Daten ..... 164
          - aa. Begriffsbestimmung ..... 164
          - bb. Anwendbarkeit der Datenportabilität ..... 165
    - D. Einwilligungs- und vertragsbasierte Datenbearbeitung ..... 166
  - VI. Technische-strukturelle Anforderungen  
an die Datenübertragung ..... 168
    - A. Anforderungen an das Datenformat ..... 168
      - 1. Elektronisches Format ..... 168

---

2.	Gängiges Format .....	169
3.	Weitergehende Interoperabilitätsanforderungen? .....	170
B.	Anforderungen an die Datenzugangsform und die Datenzugangsdynamik .....	172
VII.	<b>Einschränkungen der Datenportabilität</b> .....	173
A.	Unverhältnismässiger Aufwand (Art. 28 Abs. 2 DSGVO) .....	174
B.	Einschränkungen gemäss Art. 29 i.V.m. Art. 26 DSGVO .....	176
1.	Formelles Gesetz .....	176
2.	Überwiegende Interessen .....	176
a.	Überwiegende Interessen des Verantwortlichen .....	176
b.	Überwiegende Interessen Dritter .....	178
3.	Offensichtliche Unbegründetheit .....	181
VIII.	<b>Rechtsfolgen bei Verletzung</b> .....	182
IX.	<b>Zusammenfassende Würdigung der Leistungsfähigkeit der Datenportabilität als Datenzugangsinstrument</b> .....	183
A.	Vorteile .....	183
1.	Wettbewerbsfördernde Effekte .....	183
a.	Senkung der lock-in-Risiken .....	184
b.	Horizontale Wettbewerbseffekte .....	184
c.	Vertikale Wettbewerbseffekte .....	185
2.	Datenschutzkonformität <i>by design</i> .....	186
3.	Geringfügiger Eingriff in die Vertragsautonomie .....	187
B.	Nachteile .....	187
1.	Marktöffnung auf Individualebene .....	187
2.	Enger Anwendungsbereich .....	189
3.	Fehlende Vorgaben auf Zugangsebene .....	190
a.	Statische Ausgestaltung .....	190
b.	Fehlende Interoperabilitätsverpflichtung .....	192
6. Teil:	<b>Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot als Datenzugangsinstrument</b> .....	195
I.	<b>Der unternehmensübergreifende Datenzugang als Anliegen des Datenkartellrechts</b> .....	197
II.	<b>Eingrenzung</b> .....	199
III.	<b>Methodik</b> .....	201
IV.	<b>Die Verweigerung einer Datenkooperation als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung</b> .....	203

- A. Missbräuchliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ..... 203
  - 1. Darstellung des Missbrauchstests ..... 203
    - a. Einleitende Bemerkungen ..... 203
    - b. Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ..... 207
    - c. Verweigerung einer Geschäftsbeziehung ..... 207
      - aa. Ablehnungshandlung ..... 207
      - bb. Geschäftsbeziehung ..... 208
      - cc. Vergütungsangebot ..... 209
    - d. Unerlässlichkeit der nachgefragten Ressourcen ..... 209
      - aa. Die Ressourcenunerlässlichkeit als Mass der Missbräuchlichkeit einer Geschäftsverweigerung ..... 209
      - bb. Unerlässlichkeitstest ..... 210
    - e. Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs ..... 211
      - aa. Allgemeines ..... 211
      - bb. Anforderungen an die Verdrängungsintensität ..... 212
      - cc. Zur Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfahrt im Besonderen ..... 213
    - f. Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung ..... 216
      - aa. Objektive Gründe ..... 216
      - bb. Vorliegen von Effizienzvorteilen ..... 217
      - cc. Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips ..... 218
  - 2. Einzelfragen bei der Anwendung des Geschäftsverweigerungsmissbrauchs auf Datenressourcen ..... 218
    - a. Vorbehaltene Vorschriften ..... 219
    - b. Besonderheiten des Marktmachttests auf datengetriebenen Märkten .. 219
      - aa. Marktmacht vs. Datenmacht ..... 219
      - bb. Abgrenzung separater Datenmärkte ..... 221
      - cc. Anwendung der *Aftermarkets*-Doktrin ..... 222
    - c. Einbettung der Datenzugangsszenarien in bestehende Fallgruppen der Geschäftsverweigerung ..... 225
    - d. Anwendung des Unerlässlichkeitstests ..... 227
      - aa. Objektive Notwendigkeit ..... 227
        - (1) Begriffsverständnis ..... 227
        - (2) Datenbedingte Besonderheiten ..... 229
          - (a) Datenkooperationen im engeren Sinne ..... 229
          - (b) Datenkooperationen im weiteren Sinne ..... 231
      - bb. Fehlen von Alternativzugängen ..... 233
        - (1) Begriffsverständnis ..... 233
        - (2) Rechtliche Marktzutrittshindernisse ..... 236
          - (a) Allgemein ..... 236
          - (b) Anwendung auf Daten ..... 237
        - (3) Wirtschaftliche Marktzutrittshindernisse ..... 238
          - (a) Allgemein ..... 238
          - (b) Anwendung auf Daten ..... 239

(aa) Quantitatives und qualitatives Datenmonopol .....	241
(bb) Monopolisierter Primärgutmarkt .....	243
(4) Faktische Marktzutritts Hindernisse .....	245
(a) Allgemein .....	245
(b) Anwendung auf Daten .....	245
cc. Fehlen der Gleichwertigkeit des Alternativzugangs .....	247
(1) Begriffsverständnis .....	248
(2) Datenbedingte Besonderheiten .....	249
(a) Datenkooperationen im engeren Sinne .....	249
(b) Datenkooperationen im weiteren Sinne .....	251
(c) Datenzugangsrechte als gleichwertige Alternativzugänge ..	253
dd. Keine Anwendbarkeit des Unerlässlichkeitstests bei «unechten» Geschäftsverweigerungen .....	256
ee. Zwischenfazit .....	261
e. Anwendbarkeit der new product rule .....	262
aa. Schutzrechtliche Überlegungen .....	263
bb. Anreizökonomische Überlegungen .....	266
cc. Praktische Überlegungen .....	268
dd. Würdigung .....	269
f. Sachliche Rechtfertigungsgründe .....	271
aa. Objektive Gründe .....	272
(1) Fehlende Datenschutzkonformität der Zugangsgewährung ...	272
(2) Gründe der technischen Machbarkeit .....	274
bb. Vorliegen von Effizienzvorteilen .....	277
(1) Fehlende Amortisation der Investitionskosten .....	278
(2) Fehlende Innovationsmerkmale der Bezugstätigkeit .....	279
(3) Missverhältnis zwischen Investitionskosten und Beitrag an Wertschöpfung in Sekundärmarktszenarien .....	280
g. Behördliche Abhilfemassnahmen .....	280
aa. Vorbemerkungen .....	281
bb. Festlegung des Datenzugangsobjekts .....	283
cc. Vergütungsfragen .....	284
dd. Zur Datenschutzkonformität des Zugangs im Besonderen .....	287
(1) Datenschutzrechtliche Rechtmässigkeitsprüfung .....	287
(a) Prüfraster .....	287
(b) Rechtfertigungsbedürfnis einer kartellrechtlich e rzwungenen Datenkooperation .....	288
(aa) Bestehende Einwilligung .....	288
(bb) Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht .....	288
(cc) Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse .....	289
(2) Datenschutzbezogene Auflagen .....	290
(a) Datenzugangsanweisung mit Anonymisierungs- bzw. Pseudonymisierungsvorbehalt .....	290

- (b) Datenzugangsanweisung mit Einwilligungsvorbehalt ..... 291
  - (c) Flankierende Massnahmen ..... 293
- B. Missbräuchliche Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ..... 294
  - 1. Missbrauchstest ..... 294
  - 2. Verhältnis zum Geschäftsverweigerungsmissbrauch ..... 296
- V. **Die Beschränkung der Dispositionsfähigkeit der Datenerzeuger als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** ..... 298
  - A. Missbrauchsmerkmale ..... 299
  - B. Sachliche Rechtfertigungsgründe ..... 301
  - C. Abhilfemassnahmen ..... 301
  - D. Zum Verhältnis zum Recht auf Datenportabilität im Besonderen ..... 302
  - E. Bedeutung ..... 303
- VI. **Die Verweigerung einer Datenkooperation als Missbrauch relativer Marktmacht** ..... 305
  - A. Einleitende Bemerkungen ..... 305
  - B. Missbrauchstest ..... 306
    - 1. Feststellung von relativer Marktmacht ..... 306
      - a. Vorliegen einer Vertikalbeziehung ..... 307
      - b. Ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten ..... 308
        - aa. Prüfmethodik ..... 308
        - bb. Fallgruppen ..... 309
    - 2. Missbräuchliche Verhaltensweise ..... 310
    - 3. Sachliche Rechtfertigung ..... 311
    - 4. Abhilfemassnahmen ..... 313
  - C. Leistungspotential für die Datenzugangsthematik ..... 314
    - 1. Zugang zu Daten in digitalen Ökosystemen ..... 315
    - 2. Zugang zu Datenmonopolen ..... 317
    - 3. Förderung der datenbezogenen Dispositionsfähigkeit ..... 318
    - 4. Kein allgemeines Datenzugangsrecht ..... 318
    - 5. Vergleich zu § 20 Abs. 1a GWB ..... 321
  - D. Fazit und Würdigung ..... 323
- VII. **Zusammenfassende Würdigung der Leistungsfähigkeit des Missbrauchsverbots als Datenzugangsinstrument** ..... 327
  - A. Vorteile ..... 327
    - 1. Tatbestandsmässige Offenheit ..... 327
    - 2. Flexibilität der Ausgestaltung der behördlichen Zugangsanweisung ..... 329
    - 3. Kohärenz mit datenschutzrechtlichen Implikationen ..... 330

- B. Nachteile ..... 330
  - 1. Grundkonzeptionelle Defizite ..... 331
    - a. Einzelfallbezogenheit ..... 331
    - b. Verfahrensdauer ..... 333
  - 2. Datenbezogene Nachteile ..... 334
    - a. Daten als unerlässliche Ressourcen ..... 334
    - b. Marktmachterfordernis auf datengetriebenen Märkten ..... 335
  
- 7. Teil: Schlussfolgerungen und Lösungsansätze ..... 337
  - I. Schlussfolgerungen ..... 339
    - A. Das Datenschutzrecht als faktisches Kernregularium der Datenwirtschaft ..... 339
    - B. Begrenzte Leistungsfähigkeit bestehender Datenzugangsrechte ..... 343
      - 1. Datenportabilität ..... 343
      - 2. Missbrauchsverbot ..... 346
  - II. Lösungsansätze ..... 348
    - A. Wettbewerbsorientierte Anwendung und Weiterentwicklung des Datenschutzrechts ..... 348
      - 1. Wettbewerbsorientierte Interessenrechtfertigung ..... 349
      - 2. Wertschöpfung in digitalen Ökosystemen als Auftragsbearbeitung ..... 352
      - 3. Datenkooperation als kompatible Zweckänderung ..... 352
      - 4. Anonymisierung und Pseudonymisierung ..... 354
      - 5. Umsetzung ..... 355
      - 6. Fazit und Ausblick ..... 356
    - B. Punktuelle Statuierung von Datenzugangsrechten ..... 358
      - 1. Die Einführung von Datenzugangsrechten als *ultima ratio* ..... 359
      - 2. Wahl der geeigneten Regelungskonzeption ..... 360
        - a. Sektorspezifische Datenzugangsrechte als vorzugswürdiger Regulierungsansatz ..... 361
          - aa. Orientierung an den Marktbedürfnissen ..... 361
          - bb. Entkopplung vom Datenschutz- und Wettbewerbsrecht ..... 363
          - cc. Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ..... 365
        - b. Nutzervermittelte Datenzugangsrechte als vorzugswürdiger Regulierungsansatz für Konsumentenmärkte ..... 366
          - aa. Datenschutzkonformität *by design* ..... 366
          - bb. «Dreidimensionalität» ..... 367
          - cc. Anreizökonomische Vorteile ..... 369

**8. Teil: Gestaltungsempfehlungen für eine künftige  
Datenzugangsordnung ..... 371**

**I. Einleitung ..... 373**

**II. Leitmotive ..... 375**

A. Orientierung an marktkontextualen Interessenlagen ..... 375

B. Sicherstellung von Investitions- und Innovationsanreizen ..... 375

C. Kohärenz der Rechtsordnung ..... 377

1. Kohärenz zum Datenschutzrecht ..... 377

2. Kohärenz zur horizontalen Zugangsordnung ..... 378

a. Kohärenz zum Missbrauchsverbot ..... 379

aa. Spezialgesetzliches Datenzugangsrecht als staatliche  
Marktordnung? ..... 379

bb. *Spill-Over*-Effekte auf die kartellrechtliche Beurteilung ..... 381

b. Kohärenz zur Datenportabilität ..... 382

c. Kohärenz zu Rechten des Ressourceninhabers und Dritten ..... 383

**III. Regelungsgegenstand auf Tatbestandsebene ..... 384**

A. Datenzugangsobjekt ..... 384

1. Bestimmtheit und Marktorientierung als oberste Gebote ..... 384

2. Überwindung des normativen «Silodenkens» ..... 385

B. Kreis der Zugangsberechtigten ..... 386

1. Sicherheitsaspekte ..... 387

2. Verwendungszweck ..... 388

3. Marktstellung ..... 389

4. Sektorzugehörigkeit ..... 390

C. Kreis der Normadressaten ..... 392

1. Asymmetrische Datenzugangsordnung ..... 392

2. Orientierung am kartellgesetzlichen Marktbeherrschungsbegriff ..... 394

D. Vergütungsregelung ..... 394

**IV. Regelungsgegenstand auf Zugangsebene ..... 395**

A. Datenzugangsform und Datenzugangsdynamik ..... 396

B. (Daten-)Interoperabilität ..... 397

1. Argumente für eine hohe Regelungsgranularität ..... 398

2. Argumente gegen eine hohe Regelungsgranularität ..... 400

3. Partizipatorische Wettbewerbspolitik als Mittelweg ..... 401

C.	Zugangsanweisung .....	402
1.	Delegierter Datenzugang .....	402
2.	Flankierende Massnahmen .....	404
3.	Zwischenfazit .....	405
V.	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	406
9. Teil:	<b>Schlussbetrachtung in 10 Thesen</b> .....	407