

Perspectives on Innovation, Risk and Responsibility (PIRR) – Volume 3

herausgegeben für das

Center for Innovation, Risk and Responsibility (CIRR) an der Universität Zürich

durch

Leander D. Loacker in Gemeinschaft mit Andrea Büchler, Alessia Dedual,
Lorenz Droese und Roger Rudolph

Datenkooperationen

Der unternehmensübergreifende Zugang
zu Daten im Spannungsfeld zwischen
Datenschutz und Wettbewerbsförderung

Robin Landolt

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	V
Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
Literaturverzeichnis	XXXVII
Materialienverzeichnis	LXIX
Entscheidungsverzeichnis	LXXIX
I. Teil: Einführung	1
I. Einleitung und Problemstellung	3
II. Ziel der Untersuchung	5
III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	8
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
IV. Methodik	15
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
V. Gang der Untersuchung	22

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. <i>Bezugstätigkeit auf sekundärem Markt</i>	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 <i>im engeren Sinne</i>	42
2. Datenkooperationen <i>im weiteren Sinne</i>	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 Untersuchungs- gegenstandes	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 Auslandsbezug 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. Einschränkungen der Datenportabilität	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. Rechtsfolgen bei Verletzung	182
IX. Zusammenfassende Würdigung der Leistungsfähigkeit der Datenportabilität als Datenzugangsinstrument	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: 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

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 Geschäftsverweigerungs- missbrauchs 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 <i>Aftermarkets</i> -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 Marktzutrittshindernisse	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 rzungenen 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.	Marktmacherfordernis 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 <i>ultima ratio</i>	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 <i>by design</i>	366
bb.	«Dreidimensionalität»	367
cc.	Anreizökonomische Vorteile	369

8. Teil: Gestaltungsempfehlungen für eine künftige Datenzugangsordnung	371
I. Einleitung	373
II. Leit motive	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. <i>Spill-Over</i> -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.	Zusammenfassung der Ergebnisse	406
9. Teil:	Schlussbetrachtung in 10 Thesen	407