

Band 110

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.  
Cajetan Späth

## Datenverarbeitung im Bauwesen

Der rechtliche Rahmen  
für einen Datenpool

## Schriften zu Immobilienökonomie und Immobilienrecht

Herausgeber:

IREIBS International Real Estate Business School

Prof. Dr. Sven Bienert

Prof. Dr. Stephan Bone-Winkel

Prof. Dr. Kristof Dascher

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz

Prof. Dr. Tobias Just

Prof. Gabriel Lee, Ph. D.

Prof. Dr. Kurt Klein

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.

Prof. Dr. Gerrit Manssen

Prof. Dr. Dr. h.c. Joachim Möller

Prof. Dr. Karl-Werner Schulte HonRICS

Prof. Dr. Wolfgang Schäfers

Prof. Dr. Steffen Sebastian

Prof. Dr. Wolfgang Servatius

Prof. Dr. Frank Stellmann

Prof. Dr. Martin Wentz



International Real Estate Business School  
Universität Regensburg

PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M. (BRÜSSEL)

UNIVERSITÄTSPROFESSOR, REGENSBURG

UND

CAJETAN SPÄTH, DIPL.-JUR. UNIV.

DATENVERARBEITUNG IM BAUWESEN  
DER RECHTLICHE RAHMEN FÜR EINEN DATENPOOL

Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme  
Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.; Cajetan Späth  
Datenverarbeitung im Bauwesen. Der rechtliche Rahmen für einen Datenpool  
Regensburg: Universitätsbibliothek Regensburg 2024  
(Schriften zu Immobilienökonomie und Immobilienrecht; Bd. 110)

#### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie. Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

ISBN (Print): 978-3-88246-505-1  
ISBN (PDF): 978-3-88246-506-8

DOI: 10.5283/epub.55580  
Link zur Online-Version: <https://epub.uni-regensburg.de/55580>

Satz und Layout: IRE|BS International Real Estate Business School, Universität Regensburg  
Umschlaggestaltung: IRE|BS International Real Estate Business School, Universität Regensburg  
Herstellung: Universitätsbibliothek Regensburg

Erscheinungsort: Regensburg, 2024  
Druck und Bindung: Digital Print Group o. Schimek GmbH, Nürnberg

© IRE|BS International Real Estate Business School, Universität Regensburg  
Verlag: Universitätsbibliothek Regensburg, Regensburg 2024



Dieses Werk ist unter der Creative Commons-Lizenz  
Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0) veröffentlicht.

## Vorwort

Die Digitalisierung erfasst sämtliche Wirtschaftszweige und führt zu substantziellen Änderungen in den Wertschöpfungsstufen, wenn auch mit unterschiedlicher Geschwindigkeit. Die Verarbeitung von großen Datenmengen ist dabei von entscheidender Bedeutung. Das Bauwesen scheint auf den ersten Blick angesichts der starken Verankerung in der Realwelt eher träge auf die Veränderungen zu reagieren – etwa im Vergleich mit der Medienwirtschaft. Dennoch spielt auch hier die Digitalisierung eine zunehmende Rolle. Sie hat ein großes Potenzial nicht zuletzt angesichts der immensen Herausforderungen der ökologischen Transformation. Vielfach fehlt es aber noch an der systematischen Erfassung und vor allem dauerhaften Aufbereitung der notwendigen Daten, um aus diesen die erforderlichen Informationen zu extrahieren. Hinzu kommt, dass für die volle Entfaltung der Digitalisierungsvorteile eine stärkere Kooperation bei der Datenverarbeitung erforderlich ist, da es sich teils um weit verstreute Datenbestände handelt und gerade bei der Übergabe (etwa eines Bauwerkes an den Eigentümer) Datenverluste zu beklagen sind. Beim Aufbau entsprechender Kooperationen kann ein Datenpool ein wichtiger Baustein sein.

Vor diesem Hintergrund analysiert die vorliegende Untersuchung den rechtlichen Rahmen für eine Datenverarbeitung im Bauwesen im Allgemeinen und für einen Datenpool im Besonderen. Die Monografie betritt weitgehend rechtswissenschaftliches Neuland und will einen Anstoß geben für eine intensivere Auseinandersetzung mit dieser wichtigen Thematik auch aus rechtlicher Sicht.

Sie geht auf ein Rechtsgutachten zurück, das im Auftrag der Innovationsmanagement Bau GmbH erstattet wurde. Besonderer Dank gebührt Herrn Michael Thon, dessen wertvolle Beiträge und aufschlussreiche Gespräche bei der Sachverhaltserfassung sehr hilfreich waren. Ebenso ist Herrn Professor Dr.-Ing. Konrad Nübel zu danken, der zu Beginn dieser Untersuchung mit wertvollen Hinweisen für ein besseres Verständnis der Materie gesorgt hat.

Regensburg, im Februar 2024

*Jürgen Kühling*

*Cajetan Späth*



## Kurz gefasst

I. Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit den **rechtlichen Rahmenbedingungen** eines **Datenpools** zur Verarbeitung der im **Bauwesen** relevanten Daten. Dabei sind eine Vielzahl datenrechtlicher und sonstiger Steuerungsregime zu beachten.

II. Anspruchsvoll sind zunächst die **datenschutzrechtlichen Anforderungen**. Vor dem Hintergrund des weiten Begriffs des Personenbezugs in der Datenschutz-Grundverordnung sollte bei sämtlichen Datenverarbeitungsprozessen, soweit möglich und sinnvoll, darauf verzichtet werden, personenbezogene Daten zu verarbeiten. Das ist der Fall, wenn es sich schon vom Ausgangspunkt her gar nicht um personenbezogene Daten handelt oder diese so bald wie möglich und sinnvoll anonymisiert werden. Ansonsten ist dafür zu sorgen, dass entsprechende Einwilligungen für die Datenverarbeitung vorliegen. So kann etwa ein Einwilligungsmanagement vorsehen, dass sämtliche Betroffene in die Verarbeitungsvorgänge eingewilligt haben. Alternativ wären die Voraussetzungen eines Zulässigkeitstatbestands etwa im Rahmen der Interessenabwägungen zu wahren. Der Daten-Governance-Rechtsakt der EU sieht weitere, erfüllbare Hürden vor. Die Anforderungen an die darin vorgesehene datenaltruistische Organisation sind allerdings so hoch, dass sie als Organisationsform vorliegend nicht erstrebenswert ist.

III. Da spezifische **Datenzugangsansprüche** für den Bausektor nicht existieren, bleibt insoweit nur der Rückgriff auf allgemeine kartellrechtliche Regelungen. Diese sind bei der aktuellen Marktsituation aber eher nicht relevant. Spiegelbildlich geht von diesen Ansprüchen auch keine „Bedrohung“ eines einfachen Zugriffs Dritter auf die im Datenpool anzulegenden Datenbestände aus. Die Zugangsrechte nach der Datenverordnung der EU sind ebenfalls eher perspektivisch mit der steigenden Digitalisierung und Vernetzung der eingesetzten Maschinen, Dinge und Software etwa im Bau von Relevanz.

IV. Der Fokus liegt damit auf der **vertraglichen Ausgestaltung** der Datenverarbeitung. Diese ist grundsätzlich frei möglich und mit dem geltenden Recht zu bewältigen. Gleichwohl ist im Einzelfall mit einer hohen Komplexität und Rechtsunsicherheit zu rechnen, was zu hohen Transaktionskosten führt.

V. Es ist daher empfehlenswert, das Austauschverhältnis in einen das gegenseitige Vertrauen stärkenden organisatorischen Rahmen einzubetten. Denkbar sind insoweit viele unterschiedlich starke Kooperationsformen. Als mögliche **Rechtsformen** werden etwa in Anlehnung an das erfolgreiche Modell der DATEV die eingetragene Genossenschaft bzw. alternativ der eingetragene Verein erwogen, aber auch eine (gemeinnützige) GmbH wäre denkbar. Schließlich kommen weitere Personen- oder Kapitalgesellschaften von der oHG über die KG bis zur AG in Betracht. Zudem sind Kombinationsformen möglich, ebenso wie Änderungen auf einer Zeitschiene. Hierbei gilt es, insbesondere

die Interessenlagen der an dem Datenpool Beteiligten sowie die mittel- bis langfristigen Entwicklungspotentiale abzuwägen. Von großem Gewicht können dabei Fragen der Mehrheitsfindung, der mitgliederseitigen Beherrschung, der Umfang der wirtschaftlichen Betätigung sowie eine gegebenenfalls beabsichtigte Gemeinnützigkeit sein.

VI. Bei der Errichtung des Datenpools sollten jedenfalls **einheitliche Standards**, gegebenenfalls eine Interoperabilität sowie sonstige technische Rahmenbedingungen institutionell vereinbart werden. Gleichermaßen sind die Konditionen, zu denen dem Datenpool Daten zur Verfügung gestellt werden, sowie die Gegenleistung des Pools, zu definieren. Ferner sind Fragen des geistigen Eigentums etwa mit Blick auf Bauplanungen und Bauzeichnungen zu klären und entsprechende Nutzungs- oder Zugriffsbeschränkungen zu definieren. Gegebenenfalls kann ein effektiver Streitbeilegungsmechanismus etabliert werden, der unter anderem bei der Wertbemessung im Datenkontext Abhilfe leistet.

VII. Bei jeder Art der Kooperation sind schließlich strenge **kartellrechtliche Grenzen** einer Zusammenarbeit und eines (Daten-)Austausches sorgfältig zu prüfen. Dabei ist das Kartellverbot von besonderer Bedeutung, perspektivisch auch die Zusammenschlusskontrolle. Die Anforderungen des Kartellverbots greifen sofort zu Beginn der Kooperation der beteiligten Unternehmen. So darf etwa der Austausch sensibler, wettbewerbsrelevanter Daten – wie Preise – grundsätzlich von vornherein nicht erfolgen und jedenfalls nicht zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen.

VIII. Der Verwirklichung eines Datenpools stehen keine grundsätzlichen rechtlichen Hindernisse entgegen. Dennoch zeigt auch dieser Sektor das allgemeine Bedürfnis nach **neuen Vertragstypen des Datenkaufs** und der **Datennutzung** im Zivilrecht. Die datenschutzrechtlichen Hürden zeigen einmal mehr, dass die Komplexität dieses Rechtsregimes für innovative Datenverarbeitungsmodelle erhebliche Unsicherheiten generiert. Hier wird es darauf ankommen, dass die zuständigen **Datenschutzaufsichtsbehörden** das geltende Recht flexibel auslegen und anwenden, um innovative Datenverarbeitungsmodelle wie das vorliegend angestrebte zu ermöglichen.

IX. Erwägenswert ist auch der mögliche gesetzliche Ausbau von **Datenzugangsansprüchen zu Informationen**, die den **Behörden** oder **kommunalen Unternehmen** zur Verfügung stehen. Zu denken ist hier an Informationen in Genehmigungsverfahren, Grundbuchämtern etc. Dies sind jedoch komplementäre Fragen, die einer eigenen Untersuchung bedürften.

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	I
Kurz gefasst .....	III
Inhaltsverzeichnis .....	V
A. Datenverarbeitung im Bauwesen .....	1
I. Welche Bauwerke und Produktionsschritte sind relevant? .....	1
1. Neubau .....	2
a) Planung .....	2
b) Physische Umsetzung .....	3
2. Umbau .....	4
3. Instandhaltung .....	4
4. Nutzungsformen von Hochbauten .....	4
5. Rückbau .....	5
II. Welche Bauproduzenten sind zu betrachten? .....	5
III. Welche Nutzungen sind relevant? .....	5
IV. Welche Daten fallen an? .....	6
1. Bau .....	6
a) Errichtung .....	6
b) Übergabe .....	7
c) Rückbau .....	8
2. Nutzung .....	8
a) Nutzungsdaten .....	8
b) Daten im Kontext von Instandhaltung und Umbau .....	8
(aa) Instandhaltung .....	8
(bb) Umbau .....	9
3. Bauland als geschichtliche Vergangenheit .....	9
4. Datenpool .....	10
B. Rechtlicher Rahmen für einen Datenpool .....	14
I. Aufriss des rechtlichen Rahmens der Datenverarbeitung für das Bauwesen ..	14
1. Unionsrechtliche Vorgaben .....	14

a)	Anforderungen für personenbezogene Daten mit Blick auf den Datenschutz und die Datensicherheit insbesondere in der Datenschutzgrund-Verordnung (DS-GVO) .....	15
b)	Ergänzender Regelungsansatz und -gehalt des Daten-Governance-Rechtsaktes (DGRa).....	16
c)	Regelungsgehalt der Datenverordnung (DatenVO) .....	18
d)	Gesetz über digitale Märkte (DMG), insbesondere Datenzugänge .....	20
e)	Rudimentäre kartellrechtliche Zugangsansprüche in Art. 101 f. AEUV und im sonstigen Sekundärrecht.....	21
f)	Kartellrechtliche Schranken für einen Datenpool .....	24
(aa)	Fusionskontrolle .....	24
(bb)	Kartellverbot, Art. 101 Abs. 1 AEUV .....	25
2.	Vorgaben im deutschen Recht.....	26
a)	Ergänzende Regeln zum Datenschutz und zur Datensicherheit .....	27
b)	Rudimentäre Datenzugangsansprüche im GWB und im sonstigen einfachen Gesetzesrecht .....	27
c)	Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten von Datenverkehrsregeln.....	30
d)	Geschäftsgeheimnisschutz .....	31
e)	Kartellrechtliche Schranken für einen Datenpool .....	31
II.	Rechtliche Hürden und Ausgestaltungsmöglichkeiten des Aufbaus und der Nutzung eines Datenpools im Bauwesen .....	32
1.	Umgang mit den datenschutzrechtlichen Herausforderungen.....	32
a)	Personenbezogene Daten .....	33
b)	Anonymisierung und Pseudonymisierung.....	36
c)	Empfehlung: möglichst Beschränkung auf nicht personenbezogene Daten; hilfsweise Einwilligung und Zulässigkeitstatbestände .....	38
2.	Datenaltruistische Treuhandmodelle zur Reduktion datenschutzrechtlicher Hürden? .....	39
a)	Strenge Anforderungen an „Datenaltruismus“ bei begrenztem Nutzen ....	39
b)	Zusätzliche Anforderungen des DGRa an Datenvermittlungsdienste .....	40
c)	Zwischenergebnis .....	40
3.	Beschränkte Steuerungskraft gesetzlicher Datenzugangsregeln .....	41
a)	Datenzugangsansprüche eines Baubeteiligten.....	41

---

(aa)	Datenzugangsansprüche nach der Datenverordnung .....	41
(bb)	Sonstige Datenzugangsansprüche .....	45
b)	Datenzugangsansprüche gegen einen Baubeteiligten .....	45
c)	Datenzugangsansprüche gegen den Datenpool .....	46
(aa)	Datenzugangsansprüche nach der Datenverordnung .....	46
(bb)	Sonstige Datenzugangsansprüche .....	46
d)	Zwischenergebnis .....	47
4.	Fokus auf vertragliche Ausgestaltung .....	47
a)	Vertragstypologische Einordnung .....	48
b)	Leistungsstörung .....	49
c)	Rückgabe und Rückabwicklung .....	52
d)	Zwischenergebnis .....	53
5.	Kooperationsmöglichkeiten in Form eines Datenpools, insbesondere gesellschaftsrechtliche Aspekte .....	53
a)	Grenzen der Standardisierung und Vorteile eines Datenpools .....	54
b)	Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten .....	55
(aa)	Eingetragene Genossenschaft .....	55
(bb)	Eingetragener Verein .....	56
(cc)	(gemeinnützige) Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....	57
(dd)	Sonstige Rechtsformen .....	58
(ee)	Zwischenergebnis .....	58
c)	Grundlegende Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft .....	59
d)	Zwischenergebnis .....	59
6.	Kartellrechtliche Grenzen .....	60
a)	Zusammenschlusskontrolle bei der Unternehmensgründung des Datenpools .....	60
(aa)	Eingreifen erst bei Erreichen der Schwellenwerte .....	60
(bb)	Eher mittelfristige Relevanz .....	62
b)	Kartellverbot bei der Tätigkeit des Datenpools .....	62
(aa)	Differenzierte kartellrechtliche Sensibilität der zu poolenden Daten ....	62
(bb)	Zwischenergebnis: Gestaltungsvorgaben bereits bei Kooperationsbeginn .....	63

7. Anpassungsbedarf der rechtlichen Rahmenbedingungen.....	64
C. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	66
I. Datenverarbeitung im Bauwesen und rechtlicher Rahmen.....	66
II. Rechtliche Hürden und Ausgestaltungsmöglichkeiten .....	67
Literaturverzeichnis.....	72

## A. Datenverarbeitung im Bauwesen

Die Datenverarbeitung im Bauwesen sowie die diesen zugrundeliegenden Produktionsschritte und Nutzungsphasen stellen sich wie folgt dar.

### I. Welche Bauwerke und Produktionsschritte sind relevant?

Bauwerke<sup>1</sup> können grundsätzlich in Hoch- und Tiefbauten unterteilt werden<sup>2</sup>. Hochbauten sind Bauwerke, die sich in der Regel deutlich über die Erdoberfläche erheben und dem Schutz von Menschen, Tieren und Sachen, also Wohn- und Nichtwohngebäude dienen.<sup>3</sup> Tiefbauten sind Bauwerke, die sich nicht oder in der Regel nur wenig über die Erdoberfläche erheben und nicht zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen geeignet oder bestimmt sind, wie z.B. Straßen, Brücken, Fernleitungen, Abwasserkanäle.<sup>4</sup> In Deutschland gab es im Jahr 2022 43,4 Mio. Wohnungen und im Jahr 2023 ein überörtliches Straßennetz mit 229.554 km.<sup>5</sup>

Der Fokus der vorliegenden Untersuchung soll sich insbesondere den folgenden fünf groben Abschnitten<sup>6</sup> widmen, die ein Hochbauwerk klassischerweise in seinem Lebenszyklus durchläuft: der Neubau (dazu 1.), der Umbau (dazu 2.), die Instandhaltung (dazu 3.), die (wohnlische) Nutzung (dazu 4.) und schließlich der Rückbau (dazu 5.).

---

<sup>1</sup> Eine einheitliche, den verschiedenen den Bau betreffenden Gesetzen zugrundeliegende Definition des Bauwerks existiert nicht. So sind bauliche Anlagen iSd Art. 2 Abs. 1 S. 1 BayBO „mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen“. Im Rahmen des § 29 Abs. 1 BauGB sind bauliche Anlagen solche, die in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden sind und dabei bodenrechtliche Relevanz aufweisen, BeckOK BauGB/*Krämer*, 59. Edition 1.6.2023, BauGB § 29 Rn. 3-5. Im Rahmen des § 650a BGB sind Bauwerke als „eine unbewegliche Sache, die durch Einsatz von Arbeitskraft und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellt, wiederhergestellt, umgebaut oder beseitigt wird“, zu verstehen, vgl. nur BeckOGK/*Merkle*, 1.10.2023, BGB § 650a Rn. 57 mit weiteren Nachweisen.

<sup>2</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Bauwerke 1978, Version 2014, 71; so auch BeckOGK/*Merkle*, 1.10.2023, BGB § 650a Rn. 57.

<sup>3</sup> Allerdings zählen hierzu auch diesem Zweck dienende unterirdische Bauten, vgl. Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Bauwerke 1978, Version 2014, 71.

<sup>4</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Bauwerke 1978, Version 2014, 75.

<sup>5</sup> Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 297 v. 28.7.2023; Statistikportal des Bundes und der Länder, Straßen des überörtlichen Verkehrs, abrufbar unter: <https://www.statistikportal.de/de/transport-und-verkehr/ueberoertlicher-verkehr> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

<sup>6</sup> Zu einer weiteren Differenzierung siehe die neun Leistungsphasen beim Bau nach § 34 Abs. 3 HOAI: 1. Leistungsphase (Grundlagenermittlung); 2. Leistungsphase (Vorplanung); 3. Leistungsphase (Entwurfplanung); 4. Leistungsphase (Genehmigungsplanung); 5. Leistungsphase (Ausführungsplanung); 6. Leistungsphase (Vorbereitung der Vergabe); 7. Leistungsphase (Mitwirkung bei der Vergabe); 8. Leistungsphase (Objektüberwachung - Bauüberwachung und Dokumentation); 9. Leistungsphase (Objektbetreuung).

## 1. Neubau

Der Neubau eines Bauwerks ist seinerseits wiederum in zwei Phasen zu unterteilen: Die geistige Umsetzung (Planung) des Bauwerks (dazu a)) und die darauffolgende physische Umsetzung (Ausführung) in der Realwelt (dazu b)).

### a) Planung

Seinen Anfang nimmt ein jedes Bauwerk mit der konzeptionellen Idee, auf einem bestimmten Grundstück ein bestimmtes Gebäude zur Verfolgung eines oder mehrerer bestimmter Zwecke zu verwirklichen. Dies ist der sog. Vorplanungsprozess<sup>7</sup>. Die geistige Ausreifung beziehungsweise Umsetzung wird sodann in der Regel einem (oder mehreren) Bauplaner übertragen, der unter Berücksichtigung der natürlichen, aber auch rechtlichen Gegebenheiten versucht, die ursprüngliche Idee und die Vorgaben der Bedarfsplanung durch Verbildlichung und Festlegung der Baumerkmale<sup>8</sup>, meist unter Rückgriff auf Muster oder einer Mustersprache folgend, zu einem physisch umsetzbaren Bauplan auszugestalten. Diese Bauplanung wird, nach initialer Bestätigung der Umsetzung des Bauplaners durch den Initiator, zunehmend detaillierter und feingranularer (Entwurf). Ferner werden schrittweise auch andere bauplanende Fachleute hinzugezogen, die die planerische Umsetzung durch den Bauplaner auf die fachtechnische Machbarkeit hin prüfen und im Zuge dessen weitere Festlegungen und ggf. Änderungen hinzufügen. Dies alles beschreibt den sog. Planungsprozess<sup>9</sup>, der wiederum in die Phasen des Entwerfens sowie der Konstruktion im engeren Sinne unterteilt werden kann und letztlich zwei geistige Produkte als Ergebnis hat: das Gebäude „wie entworfen“ und „wie geplant“.<sup>10</sup>

Die an dem – vorliegend stark verkürzt und vereinfacht dargestellten – Bauplanungsablauf Beteiligten können dabei auf Hilfsmittel unterschiedlichen Digitalisierungsgrads zurückgreifen: Am Anfang steht die digitale Zeichnung als 2D oder 3D Modell als die noch am häufigsten verwendete Form digitaler Planung<sup>11</sup> (als Pendant zur rein analogen Planung mit Stift und Papier).

Als nächstes folgt die Bauwerksinformationsmodellierung (BIM)<sup>12</sup>, die neben einer Interoperabilität insbesondere folgende Vorteile einer Entwurfsvisualisierung und -

---

<sup>7</sup> DIN EN ISO 12006-2:2020-07, 3.3.4.

<sup>8</sup> DIN EN ISO 12006-2:2020-07, 3.5.1.

<sup>9</sup> DIN EN ISO 12006-2:2020-07, 3.3.5.

<sup>10</sup> *Sacks/Brilakis u.a.*, Data-Centric Engineering, 1, E14, S. 12, 16, doi: 10.1017/dce.2020.16.

<sup>11</sup> Allgemein zu Baubranche Roland Berger, Digitalisierung der Bauwirtschaft – der europäische Weg zur „Construction 4.0“, S. 12, abrufbar unter: <https://www.rolandberger.com/de/Media/Digitalisierung-der-Baubranche.html> (zuletzt abgerufen am: 22.2.2024); konkret mit Bezug auf Architekten: *Klein/Stelter*, Computers in Industry 143 (2022) 103760, S. 1, doi: 10.1016/j.compind.2022.103760.

<sup>12</sup> Vgl. ISO 23386:2020, 3.6; Bauwerksinformationsmodellierung ist auf der Projektebene in unterschiedlichen Ausprägungen möglich: „3D (räumliches Modell mit Mengenermittlung), 4D (plus

konsistenz, frühzeitigen Problemerkennung, Vermeidung von Verschwendung sowie besseren Kosten-, Mengen- und Zeitschätzung bietet.<sup>13</sup> Hauptziel ist die verbesserte Entscheidungsfindung sowie der vereinfachte Daten- und Informationsaustausch der an Bauplanung und Bauausführung Beteiligten.<sup>14</sup> In einer nächsthöheren Stufe soll eine exakte digitale Repräsentation des Bauwerks und seines realen Daseins „von der Wiege bis zu Bahre“ erfolgen.<sup>15</sup> Dann können sämtliche Änderungen bzw. Abweichungen in den verschiedenen Errichtungsschritten dokumentiert und um kontinuierliche Sensor-Echtzeitdaten sowie Datenauswertung und -analyse ergänzt werden.<sup>16</sup> Ein weiterer Vorteil des gegebenenfalls so erweiterten Bauwerksinformationsmodells<sup>17</sup> ist, dass es auch nach Fertigstellung des Bauwerks weitergenutzt werden kann, um dieses bestmöglich zu nutzen und effizient zu warten (siehe dazu unten 4.).<sup>18</sup>

Vor der physischen Umsetzung ist in aller Regel die Einholung von behördlichen Genehmigungen oder zumindest die Anzeige des Vorhabens bei der jeweils zuständigen Behörde erforderlich. Auch hier können die zum Genehmigungsantrag gehörenden Bauzeichnungen und Dokumentationen zunehmend digital mittels interoperabler Schnittstellen übermittelt werden,<sup>19</sup> was zu einer effektiveren Kommunikation mit den Behörden führen soll.

## b) Physische Umsetzung

Im Anschluss an die Bauplanung erfolgt die physische Umsetzung, an der eine Vielzahl verschiedener Akteure (dazu unten II. und III.) mitwirken. Bei dieser können sich dann spiegelbildlich Abweichungen von der „wie-geplanten“ Version ergeben, die sich dann als „wie-ggebaut“ klassifizieren lassen und so im Bauwerksinformationsmodell dokumentiert werden können.<sup>20</sup> Dadurch stellt dieses zu jeder Zeit eine exakte digitale

---

Bauzeitplanung) und 5D (plus Kostenberechnung)“, *Volk/Stengel/Schultmann*, *Automation in Construction* 38 (2014), 109 (111), doi: 10.1016/j.autcon.2013.10.023.

<sup>13</sup> Siehe hierzu insb. *Volk/Stengel/Schultmann*, *Automation in Construction* 38 (2014), 109 (111), doi: 10.1016/j.autcon.2013.10.023.

<sup>14</sup> *Khajavi/Motlagh u.a.*, *IEEE Access*, 7 (2019), 147406 (147408), doi: 10.1109/ACCESS.2019.2946515.

<sup>15</sup> Dies wird teilweise als „digitaler Zwilling“ bezeichnet. Die Begriffspaare „digitaler Zwilling“ und BIM werden in der Literatur aber teils sehr unterschiedlich, teils sogar synonym verwendet, vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen *Sacks/Brilakis u.a.*, *Data-Centric Engineering*, 1, E14, S. 1, doi: 10.1017/dce.2020.16; *Khajavi/Motlagh u.a.*, *IEEE Access*, 7 (2019), 147406, doi: 10.1109/ACCESS.2019.2946515. Ferner kann der digitale Zwilling auch unter die BIM Definition der ISO 23386:2020, 3.6 subsumiert werden. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird das Begriffsverständnis der ISO 23386:2020, 3.6 zu Grunde gelegt.

<sup>16</sup> *Sacks/Brilakis u.a.*, *Data-Centric Engineering*, 1, E14, S. 2, 15 Fig. 5, doi: 10.1017/dce.2020.16; *Khajavi/Motlagh u.a.*, *IEEE Access*, 7 (2019), 147406 (147407), doi: 10.1109/ACCESS.2019.2946515.

<sup>17</sup> Zum Teil auch „BIM-Modell“ genannt.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu *Khajavi/Motlagh u.a.*, *IEEE Access*, 7 (2019), 147406 (147409 ff.), doi: 10.1109/ACCESS.2019.2946515.

<sup>19</sup> Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr: „Baubehörden [...] werden BIM vermehrt in den Genehmigungsprozess für Bauvorhaben integrieren.“, <https://www.bim.bayern.de/was-ist-bim/> (zuletzt abgerufen am: 22.2.2024).

<sup>20</sup> *Sacks/Brilakis u.a.*, *Data-Centric Engineering*, 1, E14, S. 19 f., doi: 10.1017/dce.2020.16.

Doublette des physischen Ist-Zustands dar. Er ist dabei ergänzt um die (ursprünglichen) bauplanerischen Vorgaben. Zugleich ermöglicht dieses digitale Modell – bei entsprechender Einpflegung der Umsetzungsakte – die Echtzeit-Bauüberwachung sowie die vereinfachte Dokumentation und Nachvollziehbarkeit von Abnahmen und Mängelanzeigen durch den den Bau überwachenden und das digitale Modell pflegenden Unternehmer.<sup>21</sup>

## 2. Umbau

Unter Umbauten können die Umgestaltungen eines vorhandenen Objekts mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion oder Bestand verstanden werden (so insbesondere § 2 Abs. 5 HOAI, der auch im Kontext des § 650a BGB herangezogen wird<sup>22</sup>).

## 3. Instandhaltung

Die Instandhaltung ist ein Bausubprozess zur Aufrechterhaltung der Funktion oder des Betriebs eines Bauwerks.<sup>23</sup> Darunter fallen beispielsweise die (antizipierte) Wartung, Reparaturen oder der Austausch von Baueinheiten und Bauprodukten.

## 4. Nutzungsformen von Hochbauten

Bauwerke in Form von Hochbauten können in zwei unterschiedliche Nutzungsarten unterteilt werden: solche, die im weitesten Sinne einer Wohnnutzung dienen, sowie solche, die keiner Wohnnutzung zugeführt werden.<sup>24</sup> Als Beispiel für ersteres kommen die klassische Wohnung in einem Mehrparteienhaus, das Einfamilien- oder Zweifamilienhaus in Betracht; für zweiteres jegliche Art der gewerblichen Nutzung, beispielsweise eine Lagerhalle, Fabrikhalle oder ein Bürogebäude. Darüber hinaus gibt es Mischnutzungen, wie etwa das Mehrfamilienhaus mit Einzelhandel im Erdgeschoss oder Büros in anderen Etagen (siehe auch sogleich III.).

---

<sup>21</sup> Für instruktive Beispiele vgl. *Sacks/Brilakis u.a.*, Data-Centric Engineering, 1, E14, S. 19 f., doi: 10.1017/dce.2020.16.

<sup>22</sup> *Lührmann*, in Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), NomosKommentar-BGB, 4. Auflage 2021, BGB § 650a Rn. 29 f.; BeckOGK/*Merkle*, 1.10.2023, BGB § 650a Rn. 79.

<sup>23</sup> DIN EN ISO 12006-2:2020-07, 3.3.7; vgl. auch § 2 Abs. 9 HOAI: „Instandhaltungen sind Maßnahmen zur Erhaltung des Soll-Zustandes eines Objekts.“ Die Instandhaltung setzt damit, anders als die Instandsetzung, § 2 Abs. 8 HOAI, keinen Schaden voraus. Reparaturen etc fallen damit nach dem rechtlichen Verständnis unter die Instandsetzung. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird jedoch die Definition der DIN EN ISO 12006-2:2020-07 herangezogen.

<sup>24</sup> Vgl. auch Statistisches Bundesamt, Systematik der Bauwerke 1978, Version 2014, 711; siehe auch Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008), 41.2, wobei allerdings konkret auf „Gebäude“ abgestellt wird.

## 5. Rückbau

Das Ende des Lebenszyklus eines Gebäudes wird mit dem Rückbau eingeläutet. Unter diesem werden alle Maßnahmen zur teilweisen oder vollständigen Beseitigung von Bauwerken oder deren Einbauten verstanden. Umfasst sind dabei die Teilleistungen der Entrümpelung, Demontage, Entkernung und des Abbruchs, wobei sich letzterer vor allem auf die Beseitigung der konstruktiven Elemente eines Bauwerkes bezieht.<sup>25</sup>

### II. Welche Bauproduzenten sind zu betrachten?

Mit Blick auf die Bauproduzenten stellt sich das Problem, dass hier eine große Gruppe von Akteuren erfasst werden. Vorliegend soll dabei der Fokus insbesondere auf die projektierende, planende und ausführende Bauindustrie, die bauplanenden Dienstleister und die zuliefernden Bauproduktehersteller gerichtet werden. Diese Akteure tragen die Verantwortung für eine funktions- und anpassungsfähige nachhaltige Entwicklung der gebauten Umwelt, insbesondere im Sinne der stofflichen Kreislaufwirtschaft und energieeffizienten Leistungsbereitstellung.

### III. Welche Nutzungen sind relevant?

Die Nutzung von Gebäuden lässt sich grob in drei Kategorien unterteilen, die eine Vielzahl unterschiedlicher Akteure und Zwecke umfassen. Im Fokus stehen dabei primär die Wohnnutzung, die Nichtwohnnutzung sowie die Mischnutzung von Gebäuden.

Die Wohnnutzung beinhaltet dabei die Verwendung von Gebäuden durch Privatrechts-subjekte in unterschiedlichen Rollen, sei es als Eigentümer, Mieter oder in einer Drittrolle, wie beispielsweise Mitbewohner, Familienangehörige oder Gäste. Die Vielfältigkeit dieser Nutzungsform spiegelt die Individualität der Wohnsituation und die unterschiedlichen Beziehungen, die Menschen zu Wohnräumen unterhalten, wider.

Aber auch die spiegelbildliche Nichtwohnnutzung umfasst eine breite Palette von Nutzern und Zwecken. Zuvorderst kommen hier gewerbliche oder freiberufliche Nutzer jeglicher Art in Betracht. Gleichmaßen fallen darunter aber auch behördliche Einrichtungen, wie beispielsweise Schulen, Universitäten, sonstige Forschungseinrichtungen und die klassischen Verwaltungseinrichtungen im engeren Sinne (Bürgerämter etc.). Letztlich fällt auch der Leerstand eines Gebäudes in diese Kategorie.

Häufig werden Gebäude jedoch nicht einseitig genutzt, also entweder nur der Wohn- oder nur der Nichtwohnnutzung zugeführt. Gerade in Städten ist wohl vielmehr die Mischnutzung von Gebäuden die Regel. Hier sind wiederum grundsätzlich mindestens

---

<sup>25</sup> Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen u. Bundesministerium der Verteidigung, *Baufachliche Richtlinien Recycling, Definition Rückbau*, abrufbar unter: [https://www.bfr-recycling.de/kapitel\\_2.html](https://www.bfr-recycling.de/kapitel_2.html) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

zwei Fallgruppen denkbar. Einerseits die Mischnutzung des Gebäudes, bei der beispielsweise ein Teil der Einheiten zu Wohnzwecken und ein anderer Teil zu Nichtwohnzwecken genutzt wird.<sup>26</sup> Andererseits kommt aber auch die Mischnutzung ein und derselben Einheit in Betracht, wie dies beispielsweise bei der sogenannten „Wohnzimmerkanzlei“ der Fall ist.

#### IV. Welche Daten fallen an?

Im Zuge des Lebenszyklus eines Bauwerks sind insbesondere die Phasen des Baus im weiten Sinne (dazu 1.) und der Nutzung des Bauwerks (dazu 2.) mit Blick auf die anfallenden Daten relevant, deren Fluss im Folgenden überblicksartig dargestellt werden soll. Ferner sind aber auch mit dem Bauland selbst Daten verknüpft (dazu 3.). Schließlich gilt es, die Idee eines Datenpools vorzustellen und unterschiedliche Ansätze aufzuzeigen (dazu 4.).

##### 1. Bau

Der Bau eines Bauwerks wird nachfolgende für die Zwecke der Untersuchung der anfallenden Daten in die Phasen der Errichtung (dazu a)), der Übergabe (dazu b)) sowie des Rückbaus (dazu c)) unterteilt.

##### a) Errichtung

In der Phase der Errichtung ist eine Vielzahl von Datenflüssen zu unterscheiden.

Der GAEB<sup>27</sup>-Austauschprozess innerhalb des Beschaffungsprozesses beziehungsweise Projektmanagements ist durch standardisierte Datenaustauschphasen definiert.<sup>28</sup> Dabei handelt es sich um Datenflüsse zwischen den verschiedenen am Bau Beteiligten, die mittels der GAEB-Schnittstellen und vor allem durch ein einheitliches Datenformat erleichtert werden.

Ungleich komplizierter und vielfältiger sind die Datenflüsse, wenn neben den oben skizzierten Datenflüssen noch die bereits erwähnten objektbezogenen Bauwerksinformationen in Echtzeit in den verschiedenen „Lebensabschnitten“ des Bauwerks hinzukommen. Dies betrifft die unterschiedlichen Input-Daten in der Planungsphase im weiteren Sinne („wie-entworfen“ und „wie-geplant“) sowie die Input-Daten bei der Errichtung („wie-gebaut“), die jeweils durch zusätzliche Daten aus der Welt des „Internet-of-

---

<sup>26</sup> Beispiele hierfür sind ein Mehrfamilienhaus mit Einzelhandel im Erdgeschoss oder einer Arztpraxis im Obergeschoss.

<sup>27</sup> Der Gemeinsame Ausschuss Elektronik im Bauwesen (GAEB) fördert (seit 1966) die Rationalisierung im Bauwesen mittels elektronischer Datenverarbeitung, § 2 S. 2 Satzung DVA.

<sup>28</sup> Für anschauliche Darstellung der vielfältigen Datenflüsse vgl. die Abbildung auf der Website des GAEB, Organisation des Austauschs von Informationen über die Durchführung von Baumaßnahmen: GAEB Datenaustausch XML, <https://www.gaeb.de/de/produkte/gaeb-datenaustausch/gaeb-datenaustausch-xml/> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

Things“ (IoT) und die konstante Datenanalyse ergänzt werden können. All diese Daten können in einer Datenbank gespeichert werden, auch um daraus einen Nutzen für künftige Vorhaben zu ziehen.<sup>29</sup>

Neben den rein bauwerksbezogenen Daten können bei entsprechender Dokumentation von einzelnen Planungs- oder Ausführungsfortschritten in dem Bauwerksinformationsmodell auch die Daten der jeweils an diesen Maßnahmen Beteiligten erfasst werden. Jedenfalls könnten die gespeicherten Daten (Zeit, Ort und Art der vorgenommenen Arbeit<sup>30</sup>) zur Rückverfolgbarkeit führen.

## b) Übergabe

Nach Vollendung des letzten Bauschritts wird das Bauwerk gemäß den §§ 650a Abs. 1, 640 Abs. 1 BGB durch den Bauherrn abgenommen. Ist der Bauherr zugleich Eigentümer des Grundstücks, wird er bereits mit Verbindung der entsprechenden Bauprodukte mit dem Grundstück deren Eigentümer, also – untechnisch – des Gebäudes, §§ 946, 94 Abs. 1 S. 1 BGB.

Fraglich ist aber, was mit dem Bauwerksinformationsmodell geschieht. In der Regel ist es bislang so, dass die (digitalen) Bauzeichnungen, Bauwerksinformationsmodelle und sonstigen Baudaten nicht ebenfalls den „Besitzer“ wechseln. Vielmehr verbleiben die Daten meist an ihrem Ort in ihrem letzten Zustand und werden gegebenenfalls archiviert. Das Bauwerksinformationsmodell<sup>31</sup> kann jedoch Grundlage für die spätere effektive Nutzung und Wartung sein.<sup>32</sup> Hierfür ist dann in der Regel der Transfer oder eine sonstige Zugänglichmachung des Bauwerksinformationsmodells an dasjenige Unternehmen nötig, das die (digitale) Verwaltung im weiteren Sinne des Gebäudes beziehungsweise des Bauwerksinformationsmodells übernimmt.

---

<sup>29</sup> Ähnlich *Sacks/Brilakis u.a.*, Data-Centric Engineering, 1, E14, S. 15, doi: 10.1017/dce.2020.16.

<sup>30</sup> *Sacks/Brilakis u.a.*, Data-Centric Engineering, 1, E14, S. 19, doi: 10.1017/dce.2020.16.

<sup>31</sup> Zum Teil wird zur Unterscheidung der Modelle folgende (deutsche) Nomenklatur vorgeschlagen: „PIM“ als vollständiges, finales Projekt-Informationsmodell („as-built-Modell“) im Gegensatz zum „LIM“ als Liegenschafts-Informationsmodell in der Nutzungsphase des Bauwerks, vgl. hierzu Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., BIM im Hochbau, abrufbar unter: <https://www.bauindustrie.de/bim/hochbau> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024); ähnlich, zwar auf Englisch, mit weiteren Nachweisen *Sacks/Brilakis u.a.*, Data-Centric Engineering, 1, E14, S. 4, doi: 10.1017/dce.2020.16.

<sup>32</sup> Dazu sogleich unter 2. b); zur Verwendung von BIM-Modellen in der Nutzungsphase eines Gebäudes vgl. nur *Azhar/Khalfan/Maqsood*, Construct. Econ. Building, 12 (2012), no. 4, 15 (21), doi: 10.5130/AJCEB.v12i4.3032; *Sacks/Brilakis u.a.*, Data-Centric Engineering, 1, E14, S. 4, 7, doi: 10.1017/dce.2020.16.

## c) Rückbau

Auch beim Rückbau eines Bauwerks sind die im Bauwerksinformationsmodell gespeicherten und abrufbaren historischen Daten von erheblicher Bedeutung.<sup>33</sup> Sie können etwa herangezogen werden, um die Kosten, den Zeitaufwand und die Menge der abzutransportierenden Stoffe berechnen zu können oder um auf etwaige Gefahrenstoffe vorbereitet zu sein.

## 2. Nutzung

Im Folgenden werden die bei der Nutzung eines Bauwerks im engeren Sinne (dazu a)) sowie die bei Instandhaltung (dazu b) aa)) und Umbaumaßnahmen (dazu b) bb)) anfallenden Daten beleuchtet.

### a) Nutzungsdaten

Bei der Nutzung eines jeden Gebäudes werden laufend Daten verarbeitet. Das gilt beispielsweise in Folge des Anschlusses an das Strom- und Wasserversorgungsnetz durch die entsprechende Verbrauchsdokumentation. Die Menge der verarbeiteten Daten sowie damit einhergehend die datenschutzrechtliche Komplexität kann insoweit beliebig gesteigert werden durch das Einbauen und Aufschalten von Sensorik, eine automatisierte Steuerung (beispielsweise von Heizkörpern, Lichtanlagen etc.) und gegebenenfalls einer Personalisierung beziehungsweise der Erfassung von Personenprofilen, beispielsweise in Form der digitalen und automatisierten Erfassung von Beschäftigten bei Betreten und Verlassen eines Bürogebäudes. Dies gilt gleichermaßen für die sogenannten „Smart Homes“ und den vielfältig damit verbundenen datenschutzrechtlichen Fragestellungen.<sup>34</sup>

### b) Daten im Kontext von Instandhaltung und Umbau

#### (aa) Instandhaltung

Im Kontext der klassischen Instandhaltungs- und Wartungsarbeiten findet ebenfalls kontinuierlich eine Datenverarbeitung statt, indem beispielsweise Messungen (automatisiert) durchgeführt werden, Wartungsergebnisse dokumentiert, Reparaturen beauftragt und Fehlerberichte übermittelt werden. Dies kann, auch ohne dass es sich um ein

---

<sup>33</sup> Vgl. hierzu *Khajavi/Motlagh u.a.*, IEEE Access, 2019, 147406 (147409), doi: 10.1109/ACCESS.2019.2946515.

<sup>34</sup> Vgl. zu den Fragen rund um „Smart Metering“ nur *Buchner/Petri*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDGS, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 6 Rn. 131 und *Buchner/Kühling*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDGS, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 7 Rn. 18a-18c; sowie generell zu datenschutzrechtlichen Fragen betreffend das „Smart Home“ *Kettner/Thorun*, in Leupold/Wiebe/Glossner (Hrsg.), IT-Recht - Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation, 4. Auflage 2021, Teil 10.4 Rn. 12 ff.; zum „Smart Home“ vgl. auch *Podszun*, Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks, 2023, S. 14 f.

digitales Bauwerksinformationsmodells handelt, mithilfe von Sensorik und entsprechender Software (voll)automatisch erfolgen. Bei der Instandhaltung als Teil des Facility Managements spielt das Bauwerksinformationsmodells aufgrund der Dokumentation des Baus sowie der eingebauten technischen Anlagen ebenfalls zunehmend eine größere Rolle.<sup>35</sup>

### **(bb) Umbau**

Im Falle eines Umbaus sind für die an der Planung und Ausführung des Umbaus Beteiligten die bestehende Datenlage zum *status quo* sowie vorgelagerte Entscheidungs-, Wartungs- und gegebenenfalls bereits existierende (Um-)Bauhistorie des Bauwerks von großer Relevanz. Daher kann auch hier der Zugriff auf existierende Pläne oder das Bauwerksinformationsmodells die für den Umbau erforderliche Planung stark vereinfachen. Da mehr als 80 % der in Europa befindlichen Gebäude vor 1990 errichtet und daher nicht über ein Bauwerksinformationsmodell verfügen<sup>36</sup>, werden hier auch regelmäßig erstmals baurelevante Daten erhoben und gesammelt. Gleichzeitig entstehen im Rahmen des Umbaus und der vorgelagerten Planung desselbigen neue Planungs- und dann Umsetzungsdaten („wie-entworfen“- , „wie-geplant“- und „wie-gebaut“-Daten), die je nach Ausgangslage in die jeweiligen Modelle eingepflegt werden können.

Ist das Bauwerksinformationsmodell ferner in Echtzeit mit zahlreichen Sensoren vernetzt, wird zudem kontinuierlich jede Maßnahme beziehungsweise Abnutzungsercheinung erfasst sowie konstant eine Datenanalyse betrieben. Dann ist das Bauwerksinformationsmodell gleichsam eine exakte digitale Repräsentation des physischen Ist-Zustands in der Gegenwart sowie zu jedem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt. Wie oben bereits beschrieben, ist das so gepflegte Bauwerksinformationsmodell damit ein Tool, mit dem sich ab Übergabe des Bauwerks die antizipierte Wartung (predictive maintenance) betreiben sowie verschiedene Effizienzsteigerungen bei Betrieb erzielen lassen. Ferner ist denkbar, mittels entsprechender Sensorik und Automation eine intelligente Raumnutzung zu ermöglichen und so Engpässen entgegenzuwirken.

## **3. Bauland als geschichtliche Vergangenheit**

Aber auch mit dem Bauland an sich sind Daten verknüpft. Das Grundbuch enthält beispielsweise eine vollständige<sup>37</sup> Auflistung der Rechte am und Belastungen des Grundstücks in historischer Abfolge und stellt damit die (zivil-)rechtliche Vergangenheit dieses konkreten Baulands dar. Aber auch baurechtliche Genehmigungen oder anderweitige das Grundstück betreffende Verwaltungsakte und Satzungen (beispielsweise der Bebauungsplan, § 10 Abs. 1 BauGB) sind Teil dessen Vergangenheit und prägen durch ih-

---

<sup>35</sup> Vgl. zu Vorteilen der BIM-Nutzung im Facility Management auch *Azhar/Khalfan/Maqsood*, Construct. Econ. Building, 12 (2012), no. 4, 15 (21), doi: 10.5130/AJCEB.v12i4.3032.

<sup>36</sup> *Khajavi/Motlagh u.a.*, IEEE Access, 7 (2019), 147406 (147406), doi: 10.1109/ACCESS.2019.2946515.

<sup>37</sup> So zumindest die Fiktion des § 892 BGB zugunsten eines redlichen Erwerbers.

re Existenz die Gegenwart.<sup>38</sup> Durch eine entsprechende Digitalisierung und insbesondere auch Zusammenführung der Datensätze kann ein Schritt in Richtung der sogenannten „Smart City“ verwirklicht werden. Neben der Digitalisierung verschiedener Sektoren der öffentlichen Verwaltung stehen hier auch deren digitale Zusammenführung sowie deren Verarbeitung mittels sensorgenerierter Echtzeitdaten im Vordergrund, um so Effizienzgewinne zu erzielen.<sup>39</sup> Darüber hinaus ist die Vernetzung verschiedener, von der öffentlichen Hand geführter Register, beispielsweise zu Leitungen oder öffentlichen Verkehrswegen, zu einer zentralen Datenbank sinnvoll. Zentrale Bestandteile einer derartigen Vernetzung müssen jedoch stets die Richtigkeit der dargestellten Informationen sowie der Schutz vor Manipulation sein.

#### 4. Datenpool

Die bei den verschiedenen am Bau Beteiligten anfallenden Daten werden bislang jedoch größtenteils keiner weiteren Verarbeitung zugeführt, sondern „verfallen“ spätestens mit Projektende oder werden gar nicht erst (digitalisiert)<sup>40</sup> gesammelt. Im stark regional orientierten und hauptsächlich durch KMUs geprägten Bauwesen scheint es bislang an einem kollektiven Bewusstsein der durch die Digitalisierung realisierbaren Möglichkeiten zu fehlen. Nun gibt es aber Bestrebungen, die verschiedenen, bereits bestehenden Datenströme erstens zu digitalisieren, diese sodann zusammenzuführen und anschließend einer skalierbaren Verarbeitung beziehungsweise Analyse zuzuführen. Dies könnte in einem ersten Schritt durch den Aufbau eines gemeinschaftlichen Datenpools<sup>41</sup> verwirklicht werden.

Konkret sollen die Daten, die in den unterschiedlichen Lebensphasen eines Gebäudes im Rahmen der Errichtung, der Nutzung, des Umbaus und letztlich des Rückbaus anfallen, in einen, von mehreren Bauproduzenten im weiteren Sinne<sup>42</sup> gemeinsam betriebenen Datenpool eingepflegt werden. Ziel ist es damit in einem ersten Schritt, die tatsächlich anfallenden Daten, insbesondere die der Bauwerksinformationsmodelle, zugänglich zu sichern, um sie sodann in einem nächsten Schritt überhaupt einer Verwertung zuzuführen und sie analysieren zu können. Dies geschieht in der Erwartung, künftig Effizienzgewinne vielfältiger Art zu generieren, etwa durch bessere Mengenabschätzungen bei ähnlich gelagerten Projekten in der Zukunft oder die Vermeidung von Dop-

---

<sup>38</sup> Dies trifft insbesondere auf die Baugenehmigung nach Art. 68 BayBO zu, die gem. Art. 54 Abs. 2 S. 3 BayBO grundstücksbezogen ist.

<sup>39</sup> Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Smart City, abrufbar unter: [https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Smart-City/smart-city\\_node.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Smart-City/smart-city_node.html) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

<sup>40</sup> So beispielsweise, wenn der Lieferschein und die Rechnung analog ausgestellt und dann in einem Ordner im Archiv gelagert werden.

<sup>41</sup> Dies mit Blick auf das Handwerk andenkend *Podszun*, Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks, 2023, S. 33.

<sup>42</sup> Also bspw. auch bauplanende Dienstleister.

pelplanungen beispielsweise bereits existierender Bauentwürfe sowie eine bessere Fehleranalyse und -prävention.<sup>43</sup>

Voraussetzung für eine effektive und skalierbare Verwertung der anfallenden Daten sind jedoch allen voran die Digitalisierung bereits existierender Prozesse sowie die Einigung und gegebenenfalls Einführung einheitlicher oder mit einander kompatibler Dateiformate und Schnittstellen (Interoperabilität<sup>44</sup>).<sup>45</sup> Für eine effektive Digitalisierung reicht es beispielsweise nicht, dass eine Rechnung oder ein Lieferschein statt in Papierform künftig als digitales PDF-Dokument ausgestellt und per Mail versandt wird. Denn dies ist letztlich nur die Abbildung eines analogen Vorgangs im Digitalen, die das volle Potenzial digitaler Prozesse nicht ausschöpft. Vielmehr sollten, um Vorteile wie eine automatische Rechnungserfassung oder Registratur eingegangener Warenbestände unternehmensübergreifend nutzen zu können, und die dabei entstehenden Datenschätze schöpfbar zu machen,<sup>46</sup> die zugrundeliegenden digitalen Prozesse durch die Wertschöpfungskette beziehungsweise Wertschöpfungsnetzwerke hindurch standardisiert und/oder interoperabel gestaltet werden. Interoperabilität garantiert dabei insbesondere, dass es für die unterschiedlichen Anwendungsfälle nicht nur einen oder wenige Softwareanbieter als Monopolisten beziehungsweise Oligopolisten<sup>47</sup> gibt, sondern unterschiedliche Anbieter miteinander in Wettbewerb stehen können. Ferner stellt sie sicher, dass auch die Software verwandter Anwendungsfälle auf die entsprechenden Daten zugreifen kann.<sup>48</sup>

Ein Datenpool beschreibt ganz grundlegend das Konzept eines auf Gegenseitigkeit beruhenden (zentralen) Datenspeicherorts, der von mehreren (unternehmerischen) Nut-

---

<sup>43</sup> Vgl. hierzu *Sacks/Brilakis u.a.*, Data-Centric Engineering, 1, E14, S. 14 f., doi: 10.1017/dce.2020.16.

<sup>44</sup> Siehe auch Legaldefinition in Art. 2 Nr. 40 DatenVO; vgl. zur Interoperabilität ferner *Paal/Fenik*, ZfDR 2023, 249 (260 f.); *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 128; betreffend Plattformen *Scott Morton/Crawford/Crémer u.a.*, Yale Journal on Regulation, vol. 40 (2023), S. 1013.

<sup>45</sup> So auch *Bühler/Nübel/Jelinek u.a.*, Buildings, 13 (2023), 442, doi: 10.3390/buildings13020442, dort insb. S. 12, Abb. 5: „core guidelines: enable interoperability and data sharing“; mit vielen weiteren sektorspezifischen Nachweisen Europäische Kommission, European Construction Sector Observatory, Digitalisation in the construction sector, Analytical Report 04/2021, S. 117, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/45547> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024); Europäische Kommission, Supporting digitalisation of the construction sector and SMEs, 2019, S. 32 f., doi: 10.2826/422658.

<sup>46</sup> Um nur einen der vielen „Use Cases“ aufzugreifen, die von *Bühler/Nübel/Jelinek u.a.* herausgearbeitet wurden, vgl. Buildings, 13 (2023), 442, S. 15 f., doi: 10.3390/buildings13020442.

<sup>47</sup> Ohne Interoperabilität besteht die Gefahr, dass sich mittelfristig ein (oder wenige) Anbieter etabliert, der dann beide Marktseiten beherrscht, da – vereinfacht formuliert – auf beiden Seiten des beabsichtigten Datenaustauschs seine Software genutzt werden muss. Dies wiederum generiert Netzwerkeffekte, zu Interoperabilitätsfragen bei Plattformen, vgl. *Scott Morton/Crawford/Crémer u.a.*, Yale Journal on Regulation, vol. 40 (2023), S. 1013 (1015 ff.).

<sup>48</sup> Durch Interoperabilität wird also nicht nur der Kernmarkt, auf dem das jeweilige Produkt besteht, offengehalten, sondern auch die benachbarten, vgl. auch zu den Effekten auf die Innovationskraft *Scott Morton/Crawford/Crémer u.a.*, Yale Journal on Regulation, vol. 40 (2023), S. 1013 (1021 ff.); *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 128 f.

zern mit Daten gespeist wird und die über einen gemeinsamen Zugang auf diesen Dienst zugreifen.<sup>49</sup> Im Ergebnis ist Sinn und Zweck eines Datenpools, an einem Ort Daten aus verschiedenen Quellen zusammenzuführen und somit die quantitative Zugriffsmöglichkeit für jeden am Pool Beteiligten zu erhöhen. Verwaltet wird der Datenpool in der Regel zentral, um die nötige technische Stabilität des Pools, die Interoperabilität sowie die Datensicherheit sicherzustellen und die Zugriffsberechtigungen zu erteilen.<sup>50</sup> Ziel eines solchen Pools kann beispielsweise sein, eine gemeinsame und verbesserte, da umfangreichere, Datenanalyse zu ermöglichen, Kosten im Vergleich zum individuellen Vorhalten eines entsprechenden Rechenzentrums zu senken oder effizienten (Echtzeit-)Datenaustausch zu ermöglichen.<sup>51</sup> Die Möglichkeit, die potentiellen Vorteile eines Datenpools zu heben, hängt dabei aber maßgeblich von der Qualität<sup>52</sup> der zur Verfügung gestellten Daten, der Interoperabilität der verwendeten Datenformate<sup>53</sup> sowie von den strategischen und architektonischen Grundentscheidungen im Zuge des Aufbaus eines solchen Pools ab.

In einem anderen Digitalisierungsschritt wird bereits am Konzept einer zentralen und umfassenden Plattformanwendung gearbeitet, welche die unterschiedlichen bauspezifischen

<sup>49</sup> Diese Definition versucht, unterschiedliche Definitionen zu vereinen, *Anzini/Pierrat*, *cepInput 05/2020*, *Data Pools as Information Exchanges between Competitors: An Antitrust Perspective*, S. 3 abrufbar unter:

[https://www.cep.eu/fileadmin/user\\_upload/cep.eu/Studien/cepInput\\_Data\\_pools/cepInput\\_Data\\_Pools\\_as\\_Information\\_Exchanges\\_between\\_Competitors\\_An\\_Antitrust\\_Perspective.pdf](https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Studien/cepInput_Data_pools/cepInput_Data_Pools_as_Information_Exchanges_between_Competitors_An_Antitrust_Perspective.pdf) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024); Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/19/2509 v. 14.5.2019, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_19\\_2509](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_19_2509) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024); sowie die Erläuterungen zu Art. 2 Nr. 8 DatenVO in ErwG 80 DatenVO; ein einheitliches Verständnis des Begriffs existiert bislang freilich nicht. Teilweise wird darunter auch ein digitales Ökosystem verstanden, vgl. *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 182 f.; vgl. für andere Begriffsverständnisse ferner *Lundqvist*, *EuCML* 2018, 146 (147); *Krüger/Wiencke/Koch*, *GRUR* 2020, 578; IBM Corporation, *Documentation*, Stichwort: *Data pool*, abrufbar unter: <https://www.ibm.com/docs/en/product-master/12.0.0?topic=gds-data-pool> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

<sup>50</sup> Vgl. auch *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 183 f.

<sup>51</sup> *Anzini/Pierrat*, *cepInput 05/2020*, *Data Pools as Information Exchanges between Competitors: An Antitrust Perspective*, S. 3 abrufbar unter: [https://www.cep.eu/fileadmin/user\\_upload/cep.eu/Studien/cepInput\\_Data\\_pools/cepInput\\_Data\\_Pools\\_as\\_Information\\_Exchanges\\_between\\_Competitors\\_An\\_Antitrust\\_Perspective.pdf](https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Studien/cepInput_Data_pools/cepInput_Data_Pools_as_Information_Exchanges_between_Competitors_An_Antitrust_Perspective.pdf) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024); *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 183.

<sup>52</sup> Mittlerweile sind fünf Qualitätsebenen im Datenkontext anerkannt: availability, usability, reliability, relevance, and presentation quality, vgl. *Cai/Zhu*, *The Challenges of Data Quality and Data Quality Assessment in the Big Data Era*, *Data Science Journal* 2015, 14:2, S. 4, doi: 10.5334/dsj-2015-002; *Liu/Wang/Zhou/u.a.*, *Future Generation Computer Systems* 102 (2020), 53 (53), doi: 10.1016/j.future.2019.07.063; so auch *Hoeren/Pinelli*, *JZ* 2020, 879 (883); *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 144; *Hennemann*, *RDi* 2021, 61 Rn. 33.

<sup>53</sup> Ähnlich *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 183 f.

schen Digitalisierungsanwendungen vereinen möchte.<sup>54</sup> Erklärtes Ziel dieses Ansatzes ist es, eine digitale Plattform<sup>55</sup> für die Baubranche zu schaffen, über die beispielsweise nicht nur Bauwerksdaten ausgetauscht, Einkäufe und Zahlungen abgewickelt, Logistik digital organisiert, sondern auch Management-Systeme für behördliche Genehmigungen (z.B. Baugenehmigungen) und Verträge oder arbeitskraftbezogene Daten (z.B. Arbeitszeiterfassung, Führerscheine oder Arbeitserlaubnisse etc.) angeboten werden können.<sup>56</sup> Der Ansatz einer (dezentralen) interoperablen Plattform fügt sich dabei in andere Vorhaben, wie beispielsweise das vom deutschen und französischen Wirtschaftsministerium im Jahr 2019 ins Leben gerufene föderierte Datenökosystem Gaia-X<sup>57</sup>, ein.

Für den Datenpool oder auch den Plattform-Ansatz werden dabei in der Absicht, eine das gegenseitige Vertrauen schaffende und stärkende Rechtsform zu wählen, insbesondere folgende gesellschaftsrechtliche Organisationsformen diskutiert: die eingetragene Genossenschaft (eG) – mit Blick auf das Erfolgskonzept der seit 1966 agierenden DATEV eG<sup>58</sup> –, der eingetragene Verein (e.V.) sowie die (gegebenenfalls gemeinnützige) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Denkbar ist – neben weiteren Rechtsformen – auch eine Verknüpfung dieser verschiedenen Rechtsformen.

---

<sup>54</sup> *Bühler/Nübel/Jelinek u.a.*, Buildings, 13 (2023), 442, doi: 10.3390/buildings13020442, dort insb. S. 16 f.

<sup>55</sup> Zum Gedanken des Unternehmens-Ökosystems vgl. bereits 1993 *Moore*, Predators and Prey: A New Ecology of Competition, Harvard Business Review 71(3), 75 (76 ff.), PMID: 10126156; Ansätze des Plattformgedankens auch bei *Tapscott/Ticoll/Lowy*, Digital Capital, 2001, S. 29 ff.

<sup>56</sup> *Bühler/Nübel/Jelinek u.a.*, Buildings, 13 (2023), 442, S. 15 f., Tab. 1, Abb. 7, doi: 10.3390/buildings13020442.

<sup>57</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Das Gaia-X Ökosystem – Souveräne Dateninfrastruktur für Europa, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/gaia-x.html>; Gaia-X Hub Germany, acatech – Deutsche Akademie der Technikwissenschaften e.V., Was ist Gaia-X?, abrufbar unter: <https://gaia-x-hub.de/was-ist-gaia-x/> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024); siehe ferner auch Center for Digital Technology and Management, The Digital Future of the Construction Industry, Trend Report 2018, S. 48 f. und für Beispiele etwaiger Plattformanwendungen 66 ff., abrufbar unter: <https://www.cdtm.de/trendreports/the-digital-future-of-the-construction-industry/> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

<sup>58</sup> Am 14.2.1966 gegründet als „DATEV Datenverarbeitungsorganisation der Steuerbevollmächtigten für die Angehörigen des steuerberatenden Berufes in der Bundesrepublik Deutschland, eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht“, vgl. DATEV eG, Chronologischer Überblick 1966 bis 1975, abrufbar unter: <https://www.datev.de/web/de/m/ueber-datev/das-unternehmen/geschichte/chronologischer-ueberblick-1966-bis-1975/> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

## B. Rechtlicher Rahmen für einen Datenpool

Bevor die konkreten rechtliche Hürden und Ausgestaltungsmöglichkeiten des Aufbaus und der Nutzung eines Datenpools im Bauwesen (dazu II.) näher beleuchtet und untersucht werden, erfolgt zunächst ein allgemeiner Aufriss des rechtlichen Rahmens, in dem die Datenverarbeitung stattfindet (dazu I.).

### I. Aufriss des rechtlichen Rahmens der Datenverarbeitung für das Bauwesen

Der rechtliche Rahmen speist sich aus Vorgaben im Unionsrecht (dazu 1.) und – teils ergänzend, teils konkretisierend – im nationalen Recht (dazu 2.).

#### 1. Unionsrechtliche Vorgaben

Im Unionsrecht gibt es neben der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO; dazu a)) eine Reihe weiterer Verordnungen, die vorliegend von wachsender Relevanz sind. Sie sind beziehungsweise werden erlassen im Zuge der im Februar 2020 von der Europäischen Kommission verabschiedeten und vom Europäischen Parlament begrüßten Datenstrategie<sup>59</sup> und sehen ergänzende Vorgaben für die Verarbeitung, Verwendung und Zugänglichmachung von Daten vor. Dazu gehören der Daten-Governance-Rechtsakt<sup>60</sup> (im Folgenden DGRa; dazu b)), die Datenverordnung<sup>61</sup> (im Folgenden DatenVO; dazu c)) sowie das Gesetz über digitale Märkte<sup>62</sup> (im Folgenden DMG; dazu d)). Ferner werden der grundsätzlich denkbare Datenzugang über die Primärrechtsvorschrift des Art. 102 AEUV sowie weitere sekundärrechtliche wettbewerbsrechtliche Datenzugangsansprüche beleuchtet (dazu e)). Aus dem Unionsrecht ergeben sich aber auch kartellrechtliche Schranken, die bei dem Aufbau eines Datenpools zu berücksichtigen sind (dazu f)).

---

<sup>59</sup> Europäische Kommission, COM(2020) 66 final; Europäisches Parlament, Entschließung v. 25.3.2021, P9\_TA(2021)0098.

<sup>60</sup> Verordnung (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt), ABl. L 152 v. 3.6.2022, S. 1-44.

<sup>61</sup> Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2023 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), ABl. L, 2023/2854 v. 22.12.2023.

<sup>62</sup> Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.9.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 v. 12.10.2022, S. 1-66.

a) **Anforderungen für personenbezogene Daten mit Blick auf den Datenschutz und die Datensicherheit insbesondere in der Datenschutzgrund-Verordnung (DS-GVO)**

Mit der DS-GVO hat der unionale Gesetzgeber im Jahr 2016 eine umfassende Verordnung mit Geltungsbeginn ab dem 25. Mai 2018, Art. 99 Abs. 2 DS-GVO, erlassen. Sie versucht die Interessen an einem möglichst ungehinderten und barrierefreien Datenfluss mit den Datenschutzinteressen des Einzelnen in Ausgleich zu bringen.<sup>63</sup> Als Verordnung gilt sie unmittelbar in der Europäischen Union, Art. 288 UAbs. 2 AEUV. Ergänzend greift das nationale Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), das die sogenannten Öffnungsklauseln der DS-GVO ausfüllt, jedoch in hierarchischer Hinsicht der DS-GVO untergeordnet ist.<sup>64</sup> Zentraler Anknüpfungspunkt, vgl. Art. 1 Abs. 1 DS-GVO, des durch die DS-GVO verkörperten unionalen Datenschutzrechts sind sogenannte „personenbezogene Daten“ einer „betroffenen Person“, die in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO legal definiert sind (dazu II. 1. a)).<sup>65</sup> Nur bei deren Verarbeitung<sup>66</sup> gelten die besonderen Anforderungen der Art. 5 ff. DS-GVO. Dies sind allen voran die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Art. 6 DS-GVO und dort das sodann in Art. 7, 4 Nr. 11 DS-GVO näher spezifizierte Einwilligungserfordernis des Art. 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 DS-GVO. Die Zulässigkeitsanforderungen sind strengstens zu beachten, da andernfalls empfindliche finanzielle Sanktionen drohen.

Ferner gewährt Art. 20 Abs. 1 DS-GVO<sup>67</sup> zu Gunsten einer betroffenen Person einen Anspruch darauf, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten. Ergänzend besteht das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung zu übermitteln.<sup>68</sup>

Die Anwendbarkeit der DS-GVO führt unter anderem ggf. zur verpflichtenden Benennung eines Datenschutzbeauftragten, Art. 37 DS-GVO, ggf. zur Notwendigkeit einer Da-

---

<sup>63</sup> *Kühling/Raab*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 4. Auflage 2024, A. Einführung, Rn. 1; *Buchner*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 4. Auflage 2024, Art. 1 DS-GVO, Rn. 8 ff.

<sup>64</sup> *Kühling/Raab*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 4. Auflage 2024, A. Einführung, Rn. 128–131; *Buchner*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 4. Auflage 2024, Art. 1 DS-GVO, Rn. 4 ff.

<sup>65</sup> *Buchner*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 4. Auflage 2024, Art. 1 DS-GVO, Rn. 1.

<sup>66</sup> Zum Begriff der Verarbeitung s. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO; weiterführend *Herbst*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 4. Auflage 2024, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen *Herbst*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 20, Rn. 4, der sogar von einem „Fremdkörper“ spricht; BeckOK DatenschutzR/von *Lewinski*, 46. Edition 1.11.2023, DS-GVO Art. 20, Rn. 9 ff.; vgl. auch *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 98 f.

<sup>68</sup> Diese Vorschrift ist bislang in ihrer Wirkung verpufft, wie auch ErwG 35 S. 7 u. 8 DatenVO indirekt zugibt, indem dort aufgezählt wird, welche Lehren man aus dem Fehlschlagen von Art. 20 DS-GVO gezogen hat („Im Gegensatz zu Art. 20...“).

tenschutz-Folgenabschätzung, Art. 35 DS-GVO, sowie zur Verpflichtung von Datensicherheitsstandards nach Stand der Technik, Art. 32 DS-GVO.<sup>69</sup>

Ferner ist die Sicherheit der zu poolenden und zu verarbeitenden Daten schon im Eigeninteresse gegen mögliche Fremdeinwirkung zu gewährleisten. Dies ist insbesondere relevant, sofern personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DS-GVO in diesem Datenpool verarbeitet werden. Denn dann ist gemäß Art 32 DS-GVO die Sicherheit der Verarbeitung zu gewährleisten und im Falle einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten<sup>70</sup> gemäß Art. 33 DS-GVO die Aufsichtsbehörde sowie ggf. die betroffene Person gemäß Art. 34 DS-GVO selbst zu informieren.<sup>71</sup> Verstöße hiergegen können Maßnahmen des Aufsichtsbehörden nach Art. 58 Abs. 2 DS-GVO, aufsichtsrechtliche Geldbußen in Höhe von bis zu 10 Mio. EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 2 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs gemäß Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO nach sich ziehen sowie ggf. zu Schadenersatzansprüchen nach Art. 82 DS-GVO führen.

#### **b) Ergänzender Regelungsansatz und -gehalt des Daten-Governance-Rechtsaktes (DGRa)**

Der DGRa<sup>72</sup> verfolgt im Wesentlichen zwei Ziele:<sup>73</sup> Einerseits sollen Daten, die ungenutzt oder aber unzugänglich im „Besitz öffentlicher Stellen“ sind, der Gesellschaft zugänglich gemacht werden, Art. 1 Abs. 1 lit. a DGRa. Damit knüpft der DGRa an den Regelungsgehalt der Richtlinie über offene Daten und die Verwendung von Informationen des öffentlichen Sektors<sup>74</sup> zum Zugang nicht mehr geschützter Daten der öffentlichen Hand an. Im Blick hat der DGRa in seinem Kapitel II jedoch ausschließlich durch das Datenschutzrecht oder Vorschriften anderer in Art. 3 Abs. 1 DGRa genannter Rechtsgebiete geschützte Daten, die im Besitz öffentlicher Stellen<sup>75</sup> sind und mittels öffentlicher Gelder generiert wurden, ErwG 6 DGRa. Der DGRa selbst schafft insoweit jedoch keine eigenen originären Zugangsrechte und trifft auch keine datenschutzrechtlichen Regelungen.<sup>76</sup> Vielmehr bleibt die DS-GVO „unberührt“, ErwG 4 S. 1 DGRa, und genießt zu-

---

<sup>69</sup> Vgl. hierzu jeweils *Bergt*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 37 Rn. 15 ff.; *Jandt*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 35 Rn. 1 ff. u. Art. 32 Rn. 1 f.

<sup>70</sup> Zur Definition der „Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten“ s. Art. 4 Nr. 12 DS-GVO.

<sup>71</sup> *Jandt*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 32 Rn. 1 f.

<sup>72</sup> Instruktiv zum DGRa *Tolks*, MMR 2022, 444.

<sup>73</sup> Die folgenden Ausführungen gehen im Wesentlichen zurück auf *Kühling/Raab*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, A. Einführung Rn. 122d ff.

<sup>74</sup> Richtlinie (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (Neufassung), ABl. L 172 v. 26.6.2019, S. 56-83.

<sup>75</sup> Wobei die nicht unerheblichen Ausschlussstatbestände des Art. 3 Abs. 2 DGRa zu beachten sind.

<sup>76</sup> Vgl. *Schildbach*, ZD 2022, 148 (149).

sammen mit dem BDSG im Falle eines Konflikts mit Blick auf personenbezogene Daten „Vorrang“, Art. 1 Abs. 3 S. 3 DGRa.

Andererseits enthält der DGRa in den Art. 10 ff. DGRa Vorschriften für (kommerzielle) Datenvermittlungsdienste, die in Art. 2 Nr. 11 DGRa wie folgt definiert werden: Ein „Dienst, mit dem durch technische, rechtliche oder sonstige Mittel Geschäftsbeziehungen zwischen einer unbestimmten Anzahl von betroffenen Personen oder Dateninhabern einerseits und Datennutzern andererseits hergestellt werden sollen, um die gemeinsame Datennutzung, auch für die Zwecke der Ausübung der Rechte betroffener Personen in Bezug auf personenbezogene Daten, zu ermöglichen.“ Ausdrücklich nicht erfasst sind jedoch nach lit. a „Dienste, in deren Rahmen Daten von Dateninhabern eingeholt und aggregiert, angereichert oder umgewandelt werden, um deren Wert erheblich zu steigern, und Lizenzen für die Nutzung der resultierenden Daten an die Datennutzer vergeben werden, ohne eine Geschäftsbeziehung zwischen Dateninhabern und Datennutzern herzustellen“, sowie nach lit. c „Dienste, die ausschließlich von einem Dateninhaber genutzt werden, um die Verwendung von im Besitz dieses Dateninhabers befindlichen Daten zu ermöglichen, oder die von mehreren juristischen Personen in einer geschlossenen Gruppe, einschließlich Lieferanten- oder Kundenbeziehungen oder vertraglich festgelegter Kooperationen, genutzt werden, insbesondere wenn deren Hauptziel darin besteht, Funktionen von Gegenständen und Geräten im Zusammenhang mit dem Internet der Dinge sicherzustellen“. Für Datenvermittlungsdienste in diesem Sinne regelt der DGRa in Art. 10 f. eine Anmeldepflicht, in Art. 12 verschiedene Bedingungen und Pflichten sowie in Art. 13 f. die behördliche Überwachung. Gerade in Bezug auf das Zusammenspiel mit der DS-GVO sind noch viele Fragen offen, die zu Rechtsunsicherheit führen und durch entsprechende gesetzgeberische oder aufsichtsbehördliche Klarstellungen beantwortet werden sollten.<sup>77</sup>

Jedoch erfolgt von den soeben genannten zusätzlichen materiell-rechtlichen Verpflichtungen des Kapitels III eine Befreiung, wenn es sich um – im Duktus der Art. 15 ff. DGRa – „anerkannte datenaltruistische Organisationen“ handelt. Datenaltruismus ist dabei gemäß Art. 2 Nr. 16 DGRa „die freiwillige gemeinsame Nutzung von Daten auf der Grundlage der Einwilligung betroffener Personen zur Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten oder einer Erlaubnis anderer Dateninhaber zur Nutzung ihrer nicht personenbezogenen Daten, ohne hierfür ein Entgelt zu fordern oder zu erhalten, das über eine Entschädigung für die ihnen durch die Bereitstellung ihrer Daten entstandenen Kosten hinausgeht, für Ziele von allgemeinem Interesse gemäß dem

---

<sup>77</sup> Vgl. zu den prominentesten offenen Fragestellungen sowie überblicksartig zu den negativen Auswirkungen auf Datentreuhandmodelle die Aufzählung bei *Kühling/Raab*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 4. Auflage 2024, A. Einführung, Rn. 122 f.; zur Notwendigkeit der Klarstellungen bereits ausführlich und kritisch *Kühling*, *DuD* 2021, 783 (786 ff.); *Kühling*, *ZfDR* 2021, 1 (22 ff.); kritisch zum Ansatz des DGRa *Buchholtz/Brauneck/Schmalhorst*, *NVwZ* 2023, 206 (206 f., 212); skeptisch ebenfalls *Richter*, *GRUR Int.* 2023, 458 (470).

nationalen Recht, wie die Gesundheitsversorgung, die Bekämpfung des Klimawandels, die Verbesserung der Mobilität, die einfachere Entwicklung, Erstellung und Verbreitung amtlicher Statistiken, die Verbesserung der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die staatliche Entscheidungsfindung oder die wissenschaftliche Forschung im allgemeinen Interesse“. Prägend für den Datenaltruismus ist also unter anderem die fehlende Gewinnerzielungsabsicht sowie die Orientierung an Gemeinwohlinteressen bei gleichzeitigem Fortbestehen der sich aus der DS-GVO ergebenden Haftungsrisiken.<sup>78</sup>

### c) Regelungsgehalt der Datenverordnung (DatenVO)

Als weitere Verordnung tritt die Datenverordnung (DatenVO)<sup>79</sup> in den Kanon dieser neuen Verordnungen.<sup>80</sup> Die DatenVO hat mehrere Ziele: Zum einen sollen künftig „die Nutzer eines vernetzten Produkts oder verbundenen Dienstes in der Union zeitnah auf die Daten zugreifen können, die bei der Nutzung dieses vernetzten Produkts oder verbundenen Dienstes generiert werden, und [...] diese Nutzer die Daten verwenden und auch an Dritte ihrer Wahl weitergeben können“, vgl. ErwG 5 S. 1, Art. 3 ff. DatenVO. Es soll also mit der bisherigen Praxis gebrochen werden, nach der dem Hersteller vernetzter Produkte bzw. dem Anbieter verbundener Dienste die bei der Nutzung entstehenden Daten ohne Kompensation oder Interventionsmöglichkeit des Nutzers zur weiteren Verwertung zufließen.<sup>81</sup> Wesentlicher Bestandteil ist dabei die Zugänglichmachung von Daten „by-design“ und „by-default“ gemäß Art. 3 Abs. 1 DatenVO, wonach „vernetzte Produkte [...] so konzipiert und hergestellt und verbundene Dienste [...] so konzipiert und erbracht [werden], dass die Produktdaten und verbundenen Dienstdaten – einschließlich der für die Auslegung und Nutzung dieser Daten erforderlichen relevanten Metadaten – standardmäßig für den Nutzer einfach, sicher, unentgeltlich in einem umfassenden, strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format und, soweit relevant und technisch durchführbar, direkt zugänglich sind.“ Adressiert ist damit in Kapitel II insbesondere das Zugriffsrecht auf Daten des „Internet of Things“ und Industriedaten und dies jeweils sowohl im Verhältnis B2B als auch im Verhältnis B2C.<sup>82</sup> Neben

<sup>78</sup> Dazu *Kühling*, DuD 2021, 783 (784 f.); hinsichtlich der Wirksamkeit dieses Instruments kritisch *Schildbach*, ZD 2022, 148 (151 f.).

<sup>79</sup> Instruktiv noch zur Entwurfsfassung der DatenVO *Assion/Willecke*, MMR 2023, 805; *Paal/Fenik*, ZfDR 2023, 249; *Wiebe*, GRUR 2023, 1569; zwar noch zum Kommissionsentwurf und von einem „Grundgesetz der Datenwirtschaft“ sprechend *Podszun*, Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks, 2023, S. 19 ff.

<sup>80</sup> Die folgenden Ausführungen gehen zum Teil zurück auf *Kühling/Raab*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, A. Einführung, Rn. 122i.

<sup>81</sup> Ähnlich *Paal/Fenik*, ZfDR 2023, 249 (253 f.); *Grapentin*, RD 2023, 173, Rn. 1 f.; vgl. ErwG 5 u. 6, 18, 20 S. 2 – 4 DatenVO.

<sup>82</sup> Denn „Nutzer“ ist gem. der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 12 DatenVO „eine natürliche oder juristische Person, die ein vernetztes Produkt besitzt oder der vertraglich zeitweilige Rechte für die Nutzung des vernetzten Produkts übertragen wurden oder die verbundenen Dienste in Anspruch nimmt“; vgl. diesbezüglich auch ErwG 18 S. 1 DatenVO: „Unter dem Nutzer eines vernetzten Produkts sollte eine natürliche oder juristische Person, z. B. ein Unternehmen, ein Verbraucher oder eine öffentliche Stelle,

der Zugänglichmachung „by-design“ und „by-default“ treten das Zugangsrecht nach Art. 4 DatenVO sowie das Recht auf Datenportabilität gemäß Art. 5 DatenVO, das den oben bereits angesprochenen, bislang in der Praxis wenig genutzten Art. 20 DS-GVO ergänzen soll.<sup>83</sup> In den Art. 3 ff. und 8 ff. DatenVO wird ein privatrechtlicher Rahmen für die Regelung der Nutzungsrechte geschaffen, vgl. auch ErwG 5 S. 4 u. 5 DatenVO. Die Art. 8 – 12 DatenVO des Kapitels III enthalten allgemeine und umfassende Regelungen zu den und Beschränkungen der Gestaltungsmöglichkeiten der privatrechtlichen Vereinbarungen zwischen Dateninhabern und Datenempfängern auf Unternehmensebene. Diese werden in Kapitel IV und dessen Art. 13 um eine Inhaltskontrolle auf missbräuchliche Vertragsklauseln im B2B-Bereich erweitert.<sup>84</sup>

In Kapitel V haben ferner Vorschriften Eingang gefunden, die bei „außergewöhnlicher Notwendigkeit“ öffentlichen Stellen Zugang zu Daten gewähren.<sup>85</sup> Diese sind vorliegend jedoch von keiner Relevanz.

Anknüpfend an die Regelung des Art. 5 DatenVO ist es ein weiteres zentrales Anliegen der DatenVO, auch den Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten zu vereinfachen beziehungsweise zu ermöglichen, Art. 23 ff. DatenVO. Unter einem Datenverarbeitungsdienst ist gemäß Art. 2 Nr. 8 DatenVO „eine digitale Dienstleistung, die einem Kunden bereitgestellt wird und einen flächendeckenden und auf Abruf verfügbaren Netzzugang zu einem gemeinsam genutzten Pool konfigurierbarer, skalierbarer und elastischer Rechenressourcen zentralisierter, verteilter oder hochgradig verteilter Art ermöglicht, die mit minimalem Verwaltungsaufwand oder minimaler Interaktion des Diensteanbieters rasch bereitgestellt und freigegeben werden können“, zu verstehen. Erfasst sind damit insbesondere Cloud- und Edge-Dienste, ErwG 78 S. 1 DatenVO. Der unionale Gesetzgeber will dabei insbesondere folgende drei Modelle adressiert wissen: „Infrastructure-as-a-Service“ (IaaS), „Platform-as-a-Service“ (PaaS) und „Software-as-a-Service“ (SaaS), ErwG 81 S. 2 DatenVO, weist aber darauf hin, dass diese Auflistung lediglich eine grobe Katalogisierung darstellt und weitere Formen, wie beispielsweise „Storage-as-a-Service“ und „Database-as-a-Service“ jederzeit denkbar sind, ErwG 81 S. 3 u. 4 DatenVO. Gesetzgeberisches Instrument ist hier erneut, einerseits die Verpflichtung zur effektiven Portabilität und Interoperabilität in Art. 23 f. DatenVO vorzuschreiben und andererseits durch eine Festsetzung von Leitplanken für vertragliche Klauseln sowie durch Informationspflichten in Art. 25 ff. DatenVO der Privatautonomie Freiraum zu lassen.

---

verstanden werden...“; vgl. zu den Art. 3 ff. zwar noch zum Kommissionsentwurf auch *Podszun*, Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks, 2023, S. 20 ff., 71 f.

<sup>83</sup> Vgl. *Paal/Fenik*, ZfDR 2023, 249 (255); ErwG 35 S. 2, 6, Art. 1 Abs. 5 S. 2 DatenVO; *Kerber*, GRUR Int. 2023, 120 (123); *Hartmann/McGuire/Schulte-Nölke*, RD 2023, 49 (57 f.).

<sup>84</sup> Vgl. hierzu nunmehr ausführlich *Beinke/Daute*, RD 2024, 69; *Lettl*, WM 2024, 185 und *Schwamberger*, MMR 2024, 96.

<sup>85</sup> Kritisch hierzu *Schaller/Zurawski*, ZD-Aktuell 2022, 01169.

Schließlich enthält die DatenVO in ihren Art. 33 ff. DatenVO umfassende Interoperabilitätsverpflichtungen<sup>86</sup> für Datenräume und Datenverarbeitungsdienste sowie in Art. 36 DatenVO „wesentliche Anforderungen an intelligente Verträge für die Ausführung von Datenweitergabevereinbarungen“.<sup>87</sup>

Unter einem datenschutzrechtlichen Blickwinkel ergänzt die DatenVO das unionale Datenschutzrecht, lässt es dabei aber gleichzeitig unberührt, ErwG 7 S. 4 – 6 DatenVO. Vielmehr genießt im Konfliktfall auch hier das unionale beziehungsweise nationale Datenschutzrecht Vorrang, Art. 1 Abs. 5 S. 3 DatenVO.<sup>88</sup> Ferner stellt ErwG 7 S. 7 DatenVO klar, dass die DatenVO selbst keine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt.

#### d) Gesetz über digitale Märkte (DMG), insbesondere Datenzugänge

Das unionale Gesetz über digitale Märkte (DMG) hat zum Ziel, Märkte, die nicht mehr bestreitbar und fair sind, aufzubrechen, vgl. ErwG 7 und Art. 1 Abs. 1, 2, Art. 5 u. 6 DMG.<sup>89</sup> Dies soll dadurch erreicht werden, dass Unternehmen, die sogenannte zentrale Plattformdienste (beispielsweise Online-Suchmaschinen, Online-Dienste sozialer Netzwerke, nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste oder Betriebssysteme, Art. 2 Nr. 2 lit. b), c) e) und f) DMG), in der Union anbieten und die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 DMG erfüllen, als Torwächter benannt<sup>90</sup> und damit in einem nächsten Schritt den konkreten Verhaltensge- und verboten der Art. 5 – 7 DMG unterworfen werden. Die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 DMG sind folgende: „Ein Unternehmen wird als Torwächter benannt, wenn es a) erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, b) einen zentralen Plattformdienst bereitstellt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und c) hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass es eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird.“ Gemäß Art. 3 Abs. 2 DMG greift eine Vermutung<sup>91</sup> für die Erfüllung der Voraussetzungen des Abs. 1, wenn dessen einfach und ob-

<sup>86</sup> Siehe hierzu nunmehr ausführlich *Siglmüller*, MMR 2024, 112.

<sup>87</sup> Gem. der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 39 DatenVO ist ein „intelligenter Vertrag“ ein Computerprogramm, das für die automatisierte Ausführung einer Vereinbarung oder eines Teils davon verwendet wird, wobei eine Abfolge elektronischer Datensätze verwendet wird und die Integrität dieser Datensätze sowie die Richtigkeit ihrer chronologischen Reihenfolge gewährleistet werden“.

<sup>88</sup> Skeptisch *Assion/Willecke*, MMR 2023, 805 (809 f.) und nunmehr auch *Bomhard*, MMR 2024, 71 (74); zum Verhältnis der DS-GVO und der DatenVO noch in der Entwurfsfassung siehe auch *Richter*, MMR 2023, 163; *Steinrötter*, GRUR 2023, 216.

<sup>89</sup> Die folgenden Ausführungen gehen zum Teil zurück auf *Kühling/Raab*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, A. Einführung, Rn. 122h.

<sup>90</sup> Als Torwächter wurden am 6.9.2023 benannt: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta und Microsoft sowie insgesamt 22 von diesen angebotene zentrale Plattformdienste, vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/23/4328 v. 6.9.2023, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_23\\_4328](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_4328) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

<sup>91</sup> Zu beachten sind insoweit auch Art. 3 Abs. 5 u. 8 DMG.

ektiv feststellbare Kennzahlen erfüllt sind (beispielsweise bei einem Jahresumsatz in der Union über 7,5 Mrd. EUR oder Marktkapitalisierung über 75 Mrd. EUR und Tätigkeit in mindestens drei Mitgliedstaaten, vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a DMG).

Originäre datenschutzrechtliche Vorschriften fehlen zwar und die DS-GVO bleibt gleichermaßen ausweislich des ErwG 12 DMG unberührt. Datenschutzrechtliche Wertungen beziehungsweise Vorgaben der DS-GVO werden allerdings inkorporiert beziehungsweise effektiviert, ErwG 36 S. 5, 37 S. 2, 3 DMG.<sup>92</sup>

Ferner enthält das DMG in seinen Art. 6 Abs. 7 – 11 sowie Art. 7 Abs. 1 u. 2 Vorschriften, die neue Datenzugangsrechte sowie eine Interoperabilität schaffen sollen. So erhalten gewerbliche Nutzer gemäß Art. 6 Abs. 10 S. 1 DMG künftig „kostenlos einen effektiven, hochwertigen und permanenten Echtzeitzugang zu aggregierten und nicht-aggregierten Daten, einschließlich personenbezogener Daten, die im Zusammenhang mit der Nutzung der betreffenden zentralen Plattformdienste [...] durch diese gewerblichen Nutzer und die Endnutzer, die die Produkte oder Dienstleistungen dieser gewerblichen Nutzer in Anspruch nehmen, bereitgestellt oder generiert werden, und [die Möglichkeit der] Nutzung solcher Daten.“ Gemäß Art. 6 Abs. 11 DMG erhalten Drittunternehmer, die Online-Suchmaschinen anbieten, künftig vom Torwächter „auf ihren Antrag hin zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang zu Ranking-, Anfrage-, Klick- und Ansichtsdaten in Bezug auf unbezahlte und bezahlte Suchergebnisse, die von Endnutzern über seine Online-Suchmaschinen generiert werden.“

Aufgrund der hohen Schwellenwerte des Art. 3 Abs. 2 DMG sowie der mangelnden Ausrichtung darauf, gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern zu dienen (Art. 3 Abs. 1 lit. b) DMG) ist bei dem vorliegend zu analysierenden Vorhaben eines Datenpools im Bauwesen die Anwendbarkeit des DMG jedoch ausgeschlossen.<sup>93</sup>

#### e) Rudimentäre kartellrechtliche Zugangsansprüche in Art. 101 f. AEUV und im sonstigen Sekundärrecht

In Art. 101 (Kartellverbot) und 102 AEUV (Missbrauchsverbot) finden sich die beiden Kernvorschriften des materiellen primärrechtlichen Kartellrechts.<sup>94</sup> Gemäß Art. 101

---

<sup>92</sup> Zu letzterem vgl. ErwG 36 S. 5 und ErwG 37 S. 2, 3 DMG; ausdrücklich auch der Vorschlag der Europäischen Kommission, COM(2020) 842 final, S. 4; siehe auch Art. 8 Abs. 1 S. 3 DMG, der Torwächter verpflichtet sicherzustellen, dass seine Maßnahmen im Einklang mit der DS-GVO stehen, vgl. hierzu *Podszun*, in *Podszun*, Digital Markets Act - Gesetz über digitale Märkte, 2023, Art. 8 Rn. 15 f.; ferner *Schmid/Späth*, NZKart 2022, 568 (570, 573); *Schmid/Späth*, DuD 2023, 771 (775), doi: 10.1007/s11623-023-1856-z.

<sup>93</sup> Die in Deutschland verbreiteten Anbieter der CAD- und BIM-Software, beispielsweise Nemetschek SE und Autodesk, Inc. sind ferner gesellschaftsrechtlich nicht mit den als Torwächter benannten Konzernen verbunden.

<sup>94</sup> Lediglich sekundärrechtlich ist die Zusammenschlusskontrolle in der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24 v. 29.1.2004, S. 1 – 22 geregelt; vgl. nur *Brömmelmeyer*, in

AEUV sind demnach Kartelle<sup>95</sup> jeder Art, also horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, grundsätzlich verboten, es sei denn, ausnahmsweise greift ein Freistellungstatbestand nach Abs. 3.<sup>96</sup> Gemäß Art. 102 AEUV ist ferner der einseitige Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem gesamten Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben verboten.<sup>97</sup> Mittels der FusionskontrollVO ist zu prüfen, ob, und eine Fusion sodann zu untersagen, wenn ein (geplanter) Zusammenschluss von Unternehmen den wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, beispielsweise durch Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 2 Abs. 3 FusionskontrollVO.

Im primärrechtlichen Kartellrecht finden sich zwar keine explizit normierten Zugangsrechte. Allerdings hat der EuGH in seiner Judikatur zu Art. 102 AEUV die Essential-Facilities-Doktrin<sup>98</sup> als Teil der Fallgruppe der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung<sup>99</sup> entwickelt. In Bezug auf die Gewährung von Zugang ist der EuGH jedoch äußerst zurückhaltend und knüpft diese an hohe Hürden.<sup>100</sup> Ganz grundsätzlich ist zunächst eine Marktabgrenzung hinsichtlich der zugänglich zu machenden Daten erforderlich sowie die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung des Verbotsadressaten des Art. 102 AEUV.<sup>101</sup> Die vom Antragssteller begehrten Daten müssen ferner unerlässlich für das

---

Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 3. Band, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 101 Rn. 2.

<sup>95</sup> Für eine Begriffsdefinition siehe Art. 2 Nr. 14 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 v. 5.12.2014, S. 1 – 19.

<sup>96</sup> *Brömmelmeyer*, in Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 3. Band, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 101 Rn. 6.

<sup>97</sup> *Brömmelmeyer*, in Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 3. Band, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 102 Rn. 1.

<sup>98</sup> Grundlegend: EuGH, Urteil v. 26.11.1998, Rs. C-7/97 – Bronner, Rn. 38-47; Urteil v. 6.4.1995, Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P – Magill; Urteil v. 29.4.2004, Rs. C-418/01 – IMS Health EuG Urteil v. 17.9.2007, Rs. T-201/04 – Microsoft; vgl. auch Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Rn. 75 ff. mit weiteren Nachweisen; *Bien*, in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2023, AEUV Art. 102, Rn. 478; *Weiß*, in Calliess/Ruffert, 6. Auflage 2022, AEUV Art. 102, Rn. 42 f.

<sup>99</sup> Hierzu ausführlich für Art. 102 AEUV *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 201 ff., 219 ff., 537; *Brömmelmeyer*, in Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 3. Band, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 102, Rn. 116; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 131.

<sup>100</sup> Zurückhaltend betreffend die Essential-Facilities-Doktrin im allgemeinen bereits GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.5.1998, Rs. C-7/97 – Bronner, Rn. 57; vgl. auch *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 131 ff. mit weiteren Nachweisen; Autorité de la Concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 05/2016, S. 18; *Körber*, NZKart 2016, 303 (308); ausführlich *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, Kap. 4 u. 5, wobei er darauf hinweist, dass bislang keine belastbare Rechtsprechung zu Datenzugängen vorliegt, S. 535; ebenso *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 85 f.

<sup>101</sup> *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 396 ff., 536 f.; vgl. hierzu auch *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Soft-

von ihm angestrebte Produkt auf dem nachgelagerten Markt sein und nach diesem Produkt muss eine (tatsächliche) Nachfrage bestehen.<sup>102</sup> Die begehrten Daten dürfen für den Antragssteller also nicht in zumutbarer Weise substituierbar sein. Ferner darf die Zugangsverweigerung des marktbeherrschenden Unternehmens keiner objektiven Rechtfertigung zugänglich sein.<sup>103</sup> Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn es aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung die Daten nicht herausgeben dürfte (weil diese etwa personenbezogen sind), oder wenn es auf sonstige Weise eine Effizienzeinrede geltend machen kann.<sup>104</sup> Aufgrund dieser strengen Anforderung ist eine Zugangsgewährung zu Daten nach Art. 102 AEUV, die sich in einem Kontrahierungszwang zu FRAND<sup>105</sup>-Bedingungen ausprägen würde, nahezu ausgeschlossen. Eine entsprechende Judikatur des EuGH hierzu ist bislang bis auf wenige Ausnahmen in Bezug auf ehemalige staatliche Monopole auch nicht ergangen.<sup>106</sup>

Leider existieren bislang in der Baubranche, anders als beispielsweise im Finanz- (bspw. Art. 67 PSD2-RL<sup>107</sup>), Mobilitäts- (bspw. Art. 3 ff. Delegierte VO 2017/1926<sup>108</sup>), Energie- (bspw. Art. 20 lit. a), 23 f. RL (EU) 2019/944<sup>109</sup>)<sup>110</sup> oder Kfz-Sektor (bspw. Art. 61 ff. VO 2018/858<sup>111</sup>)<sup>112</sup> keine sektorspezifischen<sup>113</sup> Datenzugangsregeln.<sup>114</sup>

---

ware und Plattformen, 2021, S. 77 ff; Marktbeherrschung ist gem. ständiger Rechtsprechung des EuGH „eine wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, seinen Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten“, EuGH, Urteil v.14.1.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 Rn. 65 – United Brands; EuG Urteil v. 17.12.2003, T-219/99, Slg. 2003, II-5917, Rn. 189 – British Airways; dies bestätigend EuGH, Urteil v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331 – British Airways; EuG Urteil v. 25.6.2010, Rs. T-66/01, Slg. 2010 II-02631, Rn. 254 – ICI.

<sup>102</sup> *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 536 f.

<sup>103</sup> *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 537; *Louven*, NZKart 2018, 217 (221) mit weiteren Nachweisen.

<sup>104</sup> So auch und am Erfolg einer überzeugenden Effizienzeinrede zweifelnd *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 537; *Louven*, NZKart 2018, 217 (221).

<sup>105</sup> Also zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Lizenzbedingungen (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory).

<sup>106</sup> *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 537, 535.

<sup>107</sup> Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl. L 337 v. 23.12.2015, S. 35-127.

<sup>108</sup> Delegierte Verordnung (EU) 2017/1926 der Kommission vom 31.5.2017 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Bereitstellung EU-weiter multimodaler Reiseinformationsdienste, ABl. L 272 v. 21.10.2017, S. 1-13.

<sup>109</sup> Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.6.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (Neufassung), ABl. L 158 v. 14.6.2019, S. 125-199.

<sup>110</sup> Diesen Anspruch konkretisierend Art. 5 Abs. 1, 9 des Entwurfs einer Delegierten-VO über die Anforderungen an die Interoperabilität sowie über nichtdiskriminierende und transparente Verfahren für den Zugang zu Mess- und Verbrauchsdaten, Europäische Kommission, DG ENER, 29.7.2022, Ares(2022)5456543.

<sup>111</sup> Verordnung (EU) 2018/858 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung

## f) Kartellrechtliche Schranken für einen Datenpool

Während demnach die zugangsrechtlichen Ansprüche aus dem Kartellrecht überschaubar sind, können sich gerade mit Blick auf die Idee eines Datenpools auch Schranken ergeben. Das klassische Kartellrecht kennt dabei die drei Instrumente der Zusammenschlusskontrolle (dazu aa)), des Kartellverbots (dazu bb)) und der Missbrauchskontrolle bei marktbeherrschender Stellung. Letzteres könnte zu Zugangsansprüchen führen, sollten durch das Poolen der Daten marktbeherrschende Stellungen auf einem dann eigens abzugrenzenden Datenmarkt entstehen. Insoweit greifen jedoch die soeben dargestellten hohen Hürden (siehe e)) für entsprechende Ansprüche und es käme noch das zusätzliche Prüfungserfordernis hinzu, dass überhaupt erst eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.

### (aa) Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle nach der Fusionskontrollverordnung der EU (FKVO) greift, wenn ein Zusammenschluss erfolgt. Sofern eine gemeinsame Kontrolle über ein Joint Venture erworben wird und dies eine dauerhafte strukturelle Veränderung der beteiligten Unternehmen mit sich bringt, wäre das anzunehmen, Art. 3 Abs. 1 FKVO.<sup>115</sup> Das ist bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das von mehreren Unternehmen zu gleichen Anteilen gegründet und nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen kontrolliert wird, grundsätzlich der Fall. Einschränkend regelt Art. 3 Abs. 4 FKVO aber, dass dies bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nur dann gilt, wenn ein sog. Vollfunktionsunternehmen vorliegt,<sup>116</sup> also durch das Gemeinschaftsunternehmen dauerhaft alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt werden.<sup>117</sup> Sofern sodann die hohen Schwellenwerte mit Blick auf den Umsatz der beteiligten Unter-

---

der Verordnungen (EG) Nr. 715/2007 und (EG) Nr. 595/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 2007/46/EG, ABl. L 151 v. 14.6.2018, S. 1-218.

<sup>112</sup> Art. 61 ff. VO 2018/858 ersetzt den bisherigen Art. 6 VO 715/2007, vgl. Art. 86 Abs. 1 Nr. 4 sowie Anhang IX Entsprechungstabelle 1 der VO 2018/858.

<sup>113</sup> Vgl. hierzu vertiefend *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 376 ff. sowie *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 94 ff., 157.

<sup>114</sup> Allerdings ist offenbar ein europäischer Datenraum für das Bauwesen angedacht, vgl. Europäische Kommission, Commission Staff Working Document on Common European Data Spaces v. 23.2.2022, SWD(2022) 45 final, S. 11 f., 43; ferner gibt es mit DigiPLACE ein von der EU finanziertes Projekt zum Aufbau einer Rahmenplattform für künftige digitale Plattformen im Bauwesen, vgl. hierzu <https://digiplaceproject.eu/about> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

<sup>115</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Käsberg*, in Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2, 14. Auflage 2022, Art. 3 FKVO, Rn. 95; Bekanntmachung der Kommission über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 94/C 385/01, Rn. 5, abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.1994.385.01.0001.01.DEU](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1994.385.01.0001.01.DEU) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

<sup>116</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Käsberg*, in Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2, 14. Auflage 2022, Art. 3 FKVO, Rn. 88 ff.

<sup>117</sup> *Jungermann*, in Schulze (Hrsg.), Handbuch Fusionskontrolle, 3. Auflage 2020, Rn. 1734.

nehmen erfüllt werden, erfolgt eine wettbewerbliche Überprüfung der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens dahin, ob diese den wirksamen Wettbewerb zumindest in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Markt erheblich behindert. Das erfordert eine umfassende Prüfung der beteiligten Akteure und der angestrebten Ausgestaltung der Plattform.

### **(bb) Kartellverbot, Art. 101 Abs. 1 AEUV**

Neben die Fusionskontrolle greift für jegliche avisierte Kooperation das allgemeine Kartellverbot. Im Falle einer Binnenmarktrelevanz der beteiligten Unternehmen ergeben sich die Vorgaben aus dem Unionsrecht in Art. 101 AEUV. Unzulässig ist danach grundsätzlich der Austausch wettbewerbssensibler Daten und erst recht eine damit angestrebte Wettbewerbsbeeinträchtigung etwa in Form einer Preis- oder Gebietsabsprache.

Dabei hat die Rechtsprechung des EuGH<sup>118</sup> und auch die Europäische Kommission in ihren Horizontalleitlinien aus dem Jahr 2011<sup>119</sup> zunächst eher strenge Maßstäbe für einen Austausch wettbewerbsrelevanter Daten entwickelt.<sup>120</sup> Allerdings ist in der jüngeren Zeit eine Diskussion u.a. im Rahmen der geplanten Überarbeitung der Horizontalleitlinien entstanden, inwiefern diese strenge Linie jedenfalls für die Schaffung von Datenpools gelockert werden sollte.<sup>121</sup>

Am 1. Juni 2023 hat die Europäische Kommission neue Horizontalleitlinien veröffentlicht<sup>122</sup>, die für die vorliegend beabsichtigten Kooperationen entscheidend sein werden und aus denen sich auch Schlüsse für die künftige Bewertung nicht nur des Kartellverbots, sondern mittelbar auch von beabsichtigten Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen ableiten lassen. Zwar werden die Details auch künftig von der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall abhängen. Grundsätzlich unzulässig wird auch wie bislang weiterhin der Austausch solcher Daten bleiben, die einen wichtigen Wettbewerbsbezug aufweisen (wie etwa Kundenlisten, Produktionsmengen und -kapazitäten, Kosten oder Umsätze und Verkaufszahlen), insbesondere, wenn es sich um Daten zu künftigen Plä-

---

<sup>118</sup> Grundlegend EuGH, Urteil v. 23.11.2006, Rs. C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734 – *Asnef-Equifax*.

<sup>119</sup> Diese Leitlinien steuern die kartellrechtliche Bewertung der Kooperationen von Unternehmen, siehe bislang Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, 2011/C 11/01, ABl. C 11 v. 14.1.2011, S. 1-72.

<sup>120</sup> Siehe dazu *Grave/Nyberg*, in Loewenheim/Meesen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Auflage 2020, Art. 101 AEUV, Rn. 317 f.

<sup>121</sup> Kritisch in vergleichbarem Zusammenhang wie vorliegend *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 121 f.

<sup>122</sup> Europäische Kommission, Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, C(2023) 3445 final (im Folgenden Leitlinien 2023).

nen und nicht um historische Daten handelt.<sup>123</sup> Zudem ist der vorliegend angestrebte permanente Austausch kartellrechtlich problematischer als ein bloß punktueller Austausch. Sodann wird das Ausmaß der beteiligten Unternehmen entscheidend sein: Je marktrelevanter diese sind, desto problematischer ist der Informationsaustausch. Damit ist die kartellrechtliche Bewertung auch in einer dynamischen Perspektive zu sehen. Zu denken ist zudem stets an die Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV, insbesondere auf der Grundlage von naheliegenden Effizienzgewinnen beim Aufbau einer neuen Dateninfrastruktur, die auch für die Verbraucher zu Vorteilen führen können. Hierdurch könnten mögliche Nachteile überkompensiert werden.<sup>124</sup> Hier wird aber wiederum der jeweilige Einzelfall zu bewerten sein.

Die neuen Leitlinien geben dabei in einem sehr umfangreichen eigenen Abschnitt zum Informationsaustausch wichtige Hinweise, wie dieser bewertet werden wird – und zwar sowohl tatbestandlich als auch im Rahmen einer Freistellung. Dabei wird auch auf die wettbewerbsfördernden Elemente etwa von Datenpools hingewiesen, die dazu führen können, dass schon tatbestandlich keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Zudem kann durch geeignete Maßnahmen wie die Aggregation, das Zugriffsmanagement etc. dafür gesorgt werden, dass Wettbewerbsbeeinträchtigungen vermieden werden<sup>125</sup>. Auch dies ist aber im Rahmen der konkreten Ausgestaltung des Zusammenwirkens der Akteure zu konkretisieren.

## 2. Vorgaben im deutschen Recht

Auf nationaler Ebene gibt es zunächst die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG; dazu a)). Diese füllen die Öffnungsklauseln der DS-GVO aus, spielen jedoch mit Blick auf den Datenschutz und auch die Datensicherheit im vorliegenden Kontext keine große Rolle. Ferner treten die nationalen kartellrechtlichen Vorschriften hinzu, die ebenfalls einen ergänzenden Charakter zum unionalen Kartellrecht aufweisen (dazu b)). Von Bedeutung für die Ausgestaltung ist sodann die Frage, inwiefern ein freier Datenverkehr nationalen, vertragsrechtlichen Regelungen unterliegt (dazu c)). Ergänzend ist auf die Vorgaben des Geschäftsgeheimnisschutzes (dazu d)) einzugehen. Wie im unionalen Recht setzt auch das nationale Recht kartellrechtliche Schranken, die es beim Aufbau eines Datenpools zu beachten gilt (dazu e)).

---

<sup>123</sup> Hierzu und zum Folgenden noch auf der Basis der alten Leitlinien *Grave/Nyberg*, in Loewenheim/Meesen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Auflage 2020, Art. 101 AEUV, Rn. 317 f.

<sup>124</sup> Vgl. dazu bereits die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit der Kommission, 2011/C 11/01, Abl. C 11 v. 14.1.2011, S. 39 f. und nunmehr die neuen Leitlinien 2023, S. 118 ff.

<sup>125</sup> Siehe insbesondere Leitlinien 2023, S. 117.

### a) Ergänzende Regeln zum Datenschutz und zur Datensicherheit

Das Zusammenspiel der verschiedenen Datenschutzregime ist ungewöhnlich komplex. Hintergrund der Komplexität ist die dreifache Ausdifferenzierung des Datenschutzrechts auf unionsrechtlicher und nationaler Ebene (dazu 2.), die mit Blick auf das nationale Recht in Deutschland noch weiter ausdifferenziert wird in die Bundes- und Landesebene (dazu 3.) sowie die quer dazu verlaufende Unterscheidung zwischen allgemeiner datenschutzrechtlicher und bereichsspezifischer Regelung (dazu 4.). Hinzu kommt ergänzend noch die Differenzierung zwischen der Datenverarbeitung durch öffentliche und nichtöffentliche Stellen, die allerdings so im Unionsrecht nicht angelegt ist und daher auch im nationalen Recht nicht mehr konsequent durchgehalten wird. Gleichwohl findet sie sich weiterhin im deutschen Datenschutzrecht. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass bestimmte Bereiche durch ganz eigene Regelungen geprägt sind, wie etwa der Datenschutz in kirchlichen Institutionen.<sup>126</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang kommt diesen Ausdifferenzierungen und Besonderheiten auf nationaler Ebene jedoch keine strukturbildende Bedeutung zu. Dies liegt daran, dass es vor allem um die Datenverarbeitung durch nichtöffentliche Stellen, also private Akteure, geht. Für diese ist im Wesentlichen die DS-GVO für die hier erfolgende grobe Einordnung der datenschutzrechtlichen Herausforderungen maßgeblich. Sektorspezifische Vorgaben fehlen dagegen bislang für die Datenverarbeitung im Bauwesen sowohl auf nationaler als auch auf unionaler Ebene. Dasselbe gilt für die Datensicherheit.

Selbstverständlich ist das Hinzutreten öffentlicher (und auch kirchlicher) Verantwortlicher nicht ausgeschlossen. Das ist etwa der Fall, wenn es um die Datenverarbeitung in der Nutzungsphase von Gebäuden geht und diese von der öffentlichen Hand – beispielsweise in öffentlichen Krankenhäusern, Universitäten, etc. – oder von kirchlichen Institutionen – ebenfalls Krankenhäuser in entsprechender Trägerschaft oder Kirchengebäude selbst – verantwortet werden. Dann kommt eine weitere Komplexitätsschicht hinzu, auf die an dieser Stelle lediglich hingewiesen werden soll, da sie nicht zu gänzlich anderen, sondern vergleichbaren zusätzlichen Anforderungen führt.<sup>127</sup>

### b) Rudimentäre Datenzugangsansprüche im GWB und im sonstigen einfachen Gesetzesrecht

Das Kartellrecht auf nationaler Ebene wird maßgeblich durch die Vorschriften des GWB normiert. Auch hier können die gleichen drei Säulen wie im unionalen Recht (dazu

---

<sup>126</sup> Siehe dazu *Herbst*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, Art. 91 DS-GVO Rn. 10 ff.; siehe auch *Sydow*, in Sydow/Marsch (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Auflage 2022, Einleitung, Rn. 106.

<sup>127</sup> Zu diesen Differenzierungsnotwendigkeiten dann grundlegend und im Überblick *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, 5. Auflage 2021, S. 109 ff.

oben 1. e)) unterschieden werden: das Verbot wettbewerbsbeschränkender (horizontaler und vertikaler) Vereinbarungen (Kartellverbot, § 1 GWB), das Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (Missbrauchskontrolle, §§ 18 ff. GWB) sowie die Zusammenschlusskontrolle (Fusionskontrolle, §§ 35 ff. GWB).<sup>128</sup>

Anders als im unionalen Primärrecht (dazu oben 1. e)) finden sich jedoch im GWB bei den Vorschriften zur Missbrauchskontrolle normierte (indirekte) Daten-Zugangsansprüche, §§ 19 Abs. 2 Nr. 4, 19a Abs. 2 Nr. 5, 20 Abs. 1a GWB. Diese treten neben die, auch im deutschen, nationalen Recht im Rahmen des Missbrauchsverbots des § 19 GWB anerkannte Essential-Facilities-Doktrin, wobei bei dieser das oben Dargelegte (allerdings mit zu beachtenden Abweichungen, dazu sogleich) entsprechend gilt.

Wie auch im unionalen Kartellrecht ist jedoch zunächst vor der Beurteilung einer etwaigen marktbeherrschenden Stellung, § 18 GWB, einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung, § 19a Abs. 1 S. 1 GWB oder einer relativen oder überlegene Marktmacht, § 20 Abs. 1 GWB, eine Marktabgrenzung vorzunehmen. Im Anschluss daran erfolgt die Prüfung, ob der in Rede stehende Akteur die jeweiligen Beherrschungsgrade erfüllt. Hierbei hält § 18 GWB für die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung einen umfassenden Katalog an Anknüpfungspunkten sowie in Abs. 4 u. 6 GWB widerlegliche Vermutungen bereit. Für die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens nach § 19a GWB muss dieses auf den in § 18 Abs. 3a GWB genannten, mehrseitigen und von Netzwerkeffekten geprägten Märkten tätig sein und ferner sind die Kriterien des § 19a Abs. 1 S. 2 GWB<sup>129</sup> zu berücksichtigen.<sup>130</sup> Die marktübergreifende Bedeutung wurde bislang bei folgenden Unternehmen durch das Bundeskartellamt festgestellt: Alphabet/Google, Meta/Facebook, Amazon und Apple<sup>131</sup> – gegen Microsoft<sup>132</sup> läuft das Verfahren noch. § 20 Abs. 1 S. 1 u. 2 GWB erstrecken die gemäß § 19 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 GWB geltenden Ver-

---

<sup>128</sup> Immenga/Mestmäcker/Zimmer, 6. Auflage 2020, GWB § 1 Rn. 1 ff.; Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Auflage 2020, GWB § 19 Rn. 1 ff.; Immenga/Mestmäcker/Thomas, 6. Auflage 2020, GWB Vor § 35 Rn. 1 ff. u. § 35 Rn. 1 ff.

<sup>129</sup> Vgl. hierzu BeckOK KartellR/Wagner-von Papp, 10. Edition 1.10.2023, GWB § 19a Rn. 36 ff.; vgl. auch BT-Drs. 19/23492, S. 73 ff.

<sup>130</sup> Aufgrund des Erfordernisses nach § 19a Abs. 1 S. 1 GWB, auf den mehrseitigen Märkten des § 18 Abs. 3a GWB tätig zu sein, sowie der Nichterfüllung der Kriterien in § 19a Abs. 1 S. 2 GWB in absehbarer Zeit ist bei dem vorliegend zu analysierenden Vorhaben eines Datenpools im Bauwesen die Anwendbarkeit des § 19a GWB ausgeschlossen.

<sup>131</sup> Bundeskartellamt v. 30.12.2021, B7-61/21 – Alphabet/Google; Bundeskartellamt v. 2.5.2022, B6-27/21 – Meta/Facebook; Bundeskartellamt v. 5.7.2022, B2-55/21 – Amazon; Bundeskartellamt v. 3.4.2023, B9-67/21 – Apple.

<sup>132</sup> Bundeskartellamt, Pressemitteilung v. 28.3.2023, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/28\\_03\\_2023\\_Microsoft.html;jsessionid=8C90D1E5B5D2A098A9C4A53078156E5D.2\\_cid380?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/28_03_2023_Microsoft.html;jsessionid=8C90D1E5B5D2A098A9C4A53078156E5D.2_cid380?nn=3591568) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

bote auf Marktakteure, die zwar nicht marktbeherrschend im Sinne der §§ 18 f. GWB sind, aber die eine ähnliche Machtposition innehaben und diese ausnutzen.<sup>133</sup>

Im Kontext von Datenzugängen spielt beim allgemeinen Missbrauchsverbot des § 19 GWB die Essential-Facilities-Doktrin als Unterfall der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung eine zentrale Rolle.<sup>134</sup> Mit § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB werden die unter der Essential-Facilities-Doktrin richterrechtlich entwickelten Grundsätze zum Teil kodifiziert und mit der 10. GWB-Novelle<sup>135</sup> klarstellend und unter Berücksichtigung der unionalen Entwicklungen dahin ergänzt, dass auch die Verweigerung des Zugangs zu Plattformen, Schnittstellen und wettbewerbsrelevanten Daten Missbrauch begründen kann.<sup>136</sup> Damit sollen nach dem Willen des Gesetzgebers die oben zum unionalen Recht angeführten hohen Hürden eines Datenzugangs erheblich abgesenkt und die Essential-Facilities-Doktrin für einen Datenzugang für anwendbar erklärt werden.<sup>137</sup>

Ferner normiert der im Zug der 10. GWB-Novelle eingefügte § 20 Abs. 1a S. 1 GWB nunmehr ausdrücklich, dass sich die Abhängigkeit von einem Marktakteur im Sinne des Abs. 1 auch daraus ergeben kann, „dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden.“ Die Verweigerung des Zugangs zu Daten kann gemäß § 20 Abs. 1a S. 2 GWB eine unbillige Behinderung nach Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB darstellen. Auch hier findet die grundsätzliche Wertung der Essential-Facilities-Doktrin klarstellend Eingang.<sup>138</sup>

Schließlich existieren im originären, nationalen Recht ebenfalls vereinzelt sektorspezifische, wettbewerbsfördernde Datenzugangsrechte, so beispielsweise in § 3a PBefG in Umsetzung der Delegierten Verordnung (EU) 2017/1926 oder § 50 ZAG, beruhend auf Art. 67 der PSD2-Richtlinie. Ein nationaler, den Bausektor betreffender Datenzugang besteht jedoch – soweit ersichtlich – bislang nicht.

---

<sup>133</sup> Vertiefend hierzu BeckOK KartellR/*Hetmank*, 10. Edition 1.7.2023, GWB § 20 Rn. 22 ff., 48 ff.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu bereits oben I. 1. e).

<sup>135</sup> Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) - Gesetz v. 18.1.2021, BGBl. I 2021, Nr. 1, S. 2.

<sup>136</sup> BT-Drs. 19/23492, S. 72; *Bechtold/Bosch*, in *Bechtold/Bosch*, 10. Auflage 2021, GWB § 19 Rn. 67; *Schmidt*, Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, S. 550.

<sup>137</sup> So auch *Brenner*, in *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, Kap. 1, Rn. 102 ff. und die Unterschiede herausarbeitend in Rn. 167 ff.; *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 86, der Zweifel an der Schlagkraft in der Praxis hegt.

<sup>138</sup> *Brenner*, in *Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost* (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, Kap. 1, Rn. 129 f.; BeckOK KartellR/*Hetmank*, 10. Edition 1.7.2023, GWB § 20 Rn. 63 ff.; *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 81.

### c) Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten von Datenverkehrsregeln

Nach dem Grundsatz der Privatautonomie ist es Privatrechtssubjekten ganz grundsätzlich möglich, innerhalb des durch die Gesetze gesteckten Rahmens Verträge jeden Inhalts abzuschließen.<sup>139</sup> Zuletzt wurden umfangreiche Vorgaben für Verbraucherverträge betreffend digitale Produkte, § 327 Abs. 1 S. 1 BGB, und Paketverträge und Verträge über Sachen mit digitalen Elementen, § 327a BGB, in das BGB eingefügt, die jedoch vorliegend schon mangels des Verbraucherbezugs keine Relevanz besitzen.<sup>140</sup> Sonstige datenverkehrsspezifische Beschränkungen der Privatautonomie im nationalen Recht sind nicht ersichtlich. Bei der Nutzung standardisierter Vertragsklauseln (AGB) sind jedoch auch im B2B-Kontext stets die Vorschriften der sogenannten AGB-Kontrolle in den §§ 305 ff. BGB zu beachten.

Die oben angesprochenen Klauselvorgaben und Klauselverbote der Datenverordnung (DatenVO) in deren Art. 8 – 13 greifen ebenfalls nicht, da ihnen eine gänzlich andere Situation zu Grund liegt: Diese gehen von einer *Verpflichtung* (aufgrund anwendbaren Unionsrechts oder nach im Einklang mit dem Unionsrecht erlassenen nationalen Rechts) des einen Vertragspartners (Dateninhaber) sowie spiegelbildlich einem Anspruch des Gegenübers (Datenempfänger) aus, Daten bereitzustellen beziehungsweise bereitgestellt zu bekommen, vgl. Art. 8 Abs. 1 DatenVO. Vorliegend geht es aber um die *privat-autonome* Entscheidung der am Datenpool beteiligten Unternehmen, Daten mit dem Ziel der effektiveren, gemeinsamen Wertschöpfung *freiwillig* zusammenzuführen.<sup>141</sup>

Die den Rahmen für einen freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union setzende VO 2018/1807<sup>142</sup> beinhaltet ebenfalls keine Vorgaben für die vertragliche Gestaltung des Datenverkehrs unter Privatrechtssubjekten, da sich ihr gesetzgeberisches Programm zur Gewährleistung des freien Datenverkehrs überwiegend an die Mitgliedstaaten sowie die Kommission richtet.<sup>143</sup>

Damit sind dem freien Datenverkehr auf einer vertraglichen Ebene keine datenverkehrsspezifischen Grenzen gesetzt. Sollten personenbezogene Daten in den gemeinsamen

---

<sup>139</sup> Die Privatautonomie als Ausfluss der grundrechtlich garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, vgl. mit weiteren Nachweisen nur *Di Fabio*, in Dürig/Herzog/Scholz, 101. EL 05/2023, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 ff.; *Busche*, in Herresthal/Magnus/Stoffels (Hrsg.), *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7. Auflage 2020, Rn. C3 ff. mit weiteren Nachweisen; *Lobinger*, in Görres-Gesellschaft (Hrsg.), *Staatslexikon*, 8. Auflage, 2020, Stichwort: Privatautonomie.

<sup>140</sup> Gem. § 310 Abs. 3 BGB sind Verbraucherverträge solche zwischen Verbrauchern, § 13 BGB, und Unternehmen, § 14 BGB. Eine Anwendbarkeit scheidet auch gem. § 327t BGB, da vorliegend keine digitalen Produkte, Paketverträge und Verträge über Sachen mit digitalen Elementen mit Verbrauchern als Endabnehmer gegenständlich sind.

<sup>141</sup> Bei einseitiger Klauselauflegung ist aber Art. 13 DatenVO zu beachten, vgl. unten B. II. 4. b).

<sup>142</sup> Verordnung (EU) 2018/1807 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.11.2018 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union, ABl. L 303 v. 28.11.2018, S. 59-68.

<sup>143</sup> Vgl. hierzu *Kühling/Raab*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 4. Auflage 2024, A. Einführung Rn. 122c.

Datenpool transferiert werden, so stellt dies jedoch eine Verarbeitung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DS-GVO dar<sup>144</sup>, die ihrerseits im Sinne des Art. 6 DS-GVO rechtmäßig sein muss (vgl. hierzu I. 1. a)). Damit sind einem freien vertraglichen Datenaustausch zwar nicht durch Vorgaben des vertraglichen Inhalts, aber durch datenschutzrechtliche Anforderungen an diesen Austausch Grenzen gesetzt.

#### d) Geschäftsgeheimnisschutz

Grundsätzlich sind bei Fragen des Datenzugangs stets auch Fragen des Geschäftsgeheimnisschutzes von großer Relevanz.<sup>145</sup> Vorliegend sollen jedoch die rechtlichen Möglichkeiten eines freiwilligen Datenpools analysiert werden, sodass lediglich darauf hinzuweisen ist, dass bei der Zugänglichmachung von Daten im Eigeninteresse auf einen ausreichenden Schutz der eigenen Geschäftsgeheimnisse zu achten ist. Ferner ist auf das Verbot der Offenlegung<sup>146</sup> fremder Geschäftsgeheimnisse<sup>147</sup> nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 u. 3 GeschGehG und nachfolgend auf die Ausnahmetatbestände nach § 5 GeschGehG hinzuweisen<sup>148</sup> sowie auf die entsprechenden Ansprüche des Verletzten<sup>149</sup> gemäß den §§ 6 ff. GeschGehG. Die Verletzung des Verbotstatbestände in § 4 GeschGehG ist ferner unter Umständen gemäß § 23 Abs. 3 GeschGehG strafbewährt.<sup>150</sup>

#### e) Kartellrechtliche Schranken für einen Datenpool

Entsprechend der Ausführungen zum Unionsrecht könnten Probleme auch mit Blick auf die Vorgaben im GWB zur Zusammenschlusskontrolle und zum allgemeinen Kartellverbot aus § 1 GWB entstehen. Dabei sind die Regelungsgehalte jeweils parallel, so dass auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann (oben 1. f)). Lediglich der Anwendungsbereich wäre in Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen des GWB abweichend, da die Schwellenwerte für die Fusionskontrolle divergieren und für die Frage des

---

<sup>144</sup> Vgl. hierzu nur *Herbst*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 4 Nr. 2 Rn. 29 ff.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu nur die mahnenden Stimmen während des Gesetzgebungsprozesses der DatenVO *Drexler/Banda/Gonzalez Otero u.a.*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25.5.2022 on the Commission's Proposal of 23.2.2022 for a Regulation on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), Rn. 277 ff., doi: 10.2139/ssrn.4136484; *Grappentin*, RDi 2023, 173; sowie die Nachschärfungen des Gesetzgebers bspw. in ErWG 31, 57, Art. 4 Abs. 6-8, 5 Abs. 9-11 DatenVO; vgl. vertiefend auch *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 63 ff.

<sup>146</sup> Unter „Offenlegen“ ist „die Eröffnung des Geschäftsgeheimnisses gegenüber Dritten, nicht notwendigerweise der Öffentlichkeit“ zu verstehen, BT-Drs. 19/4724, S. 27.

<sup>147</sup> Zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses vgl. die Legaldefinition in § 2 Nr. 1 GeschGehG.

<sup>148</sup> *Alexander*, in Köhler/Bornkamm/Fedderson, 42. Auflage 2024, GeschGehG § 4 Rn. 57 ff., 44 u. § 5 Rn. 1 ff.; BeckOK GeschGehG/*Hiéramente*, 17. Edition 15.3.2023, GeschGehG § 4 Rn. 70 f.; BeckOK GeschGehG/*Fuhlrott/Hiéramente*, 17. Edition 15.9.2023, GeschGehG § 5 Rn. 1 ff. instruktiv *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446, 448 f.).

<sup>149</sup> Instruktiv *Ohly*, GRUR 2019, 441 (449).

<sup>150</sup> *Alexander*, in Köhler/Bornkamm/Fedderson, 42. Auflage 2024, GeschGehG § 4 Rn. 35 und § 23 Rn. 60 ff.; Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Strafnorm äußernd *Ohly*, GRUR 2019, 441 (450).

Kartellverbots auch regionale Märkte erfasst werden (dazu unten II. 6.). Aus der Fallpraxis sei mit Blick auf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens immerhin darauf verwiesen, dass das Bundeskartellamt es 2015 den deutschen Automobilherstellern BMW, Daimler und Audi erlaubt hat, das bis dahin zum finnischen Nokia-Konzern gehörende Unternehmen „HERE“ für digitale Kartendienste zu übernehmen. Dabei war das Kartellamt von einer wachsenden Bedeutung jener digitalen Karten für das künftig immer wichtiger werdende vernetzte und autonome Fahren ausgegangen, sah aber seinerzeit mit TomTom einen weiteren wichtigen Marktteilnehmer neben Google, so dass es von keinen relevanten Marktabschottungseffekten ausging<sup>151</sup>. Hier zeigt sich, wie wichtig letztlich die konkret beteiligten Akteure, die betroffenen Daten und die jeweiligen Marktverhältnisse sind.<sup>152</sup>

## II. Rechtliche Hürden und Ausgestaltungsmöglichkeiten des Aufbaus und der Nutzung eines Datenpools im Bauwesen

Als zunehmende Herausforderung für die Digitalisierung sämtlicher Industriezweige stellt sich das Datenschutzrecht mit seinen strengen Anforderungen dar (dazu bereits oben I. 1. a) und sogleich 1.), die auch im Fall der Bildung einer sogenannten „datenalt-ruistischen“ Organisation nur sehr begrenzt abgemildert werden können (dazu 2.). Bevor jedoch auf mögliche Kooperationsmöglichkeiten im Bauwesen einschließlich der Option eines gemeinschaftlichen Datenpools (dazu 5.) eingegangen werden kann, sind zunächst die in Betracht kommenden gesetzlichen Datenzugangsregelungen (dazu 3.) sowie entsprechende vertragliche Gestaltungsoptionen (dazu 4.) zu beleuchten. Schließlich sind die kartellrechtlichen Vorgaben auf unionaler und nationaler Ebene aufzubereiten (dazu 6.). Abschließend werden mögliche Modifikationen der rechtlichen Rahmenbedingungen aufgezeigt (dazu 7.).

### 1. Umgang mit den datenschutzrechtlichen Herausforderungen

Der Begriff des personenbezogenen Datums ist weit (dazu a)) und wenn ein solches vorliegt, kann nur über die Anonymisierung (dazu b))<sup>153</sup> die Anwendung des Datenschutzrechts ausgeschlossen werden. Daher ist so weit wie möglich darauf zu achten,

---

<sup>151</sup> Zu der Freigabeentscheidung existiert lediglich eine Pressemitteilung des Bundeskartellamts v. 6.10.2015, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/06\\_10\\_2015\\_HERE.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/06_10_2015_HERE.html) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

<sup>152</sup> Zu Recht führt *Podszun* die Entscheidung in vergleichbarem Zusammenhang an als Beispiel für die einzelfallabhängige Beurteilung eines Datenaustauschs als wettbewerbsfördernd, *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 122.

<sup>153</sup> Die folgenden Ausführungen in den Abschnitten a) und b) gehen in weiten Teilen zurück auf *Kühling/Klar/Sackmann*, *Datenschutzrecht*, 5. Auflage 2021, S. 131 ff.

dass im Rahmen der Datenverarbeitung auf einen Personenbezug verzichtet bzw. dieser möglichst früh beseitigt wird (dazu c)).

#### a) Personenbezogene Daten

Zentrales Schutzobjekt der DS-GVO ist das personenbezogene Datum. Der Anwendungsbereich und die Schutzfunktion der DS-GVO sind nur dann eröffnet und einschlägig, wenn es sich bei den betreffenden Daten um personenbezogene Daten handelt. Personenbezogene Daten sind nur solche Informationen, die sich auf eine natürliche Person beziehen. Die DS-GVO nennt diese Personen „betroffene Personen“. Juristische Personen sowie Personenmehrheiten und -gruppen sind aus dem Schutzbereich ausgeschlossen. Soweit Informationen über die Personengruppe aber auf ein identifiziertes oder identifizierbares Mitglied „durchschlagen“, handelt es sich bei der Information um ein personenbezogenes Datum.<sup>154</sup> Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine Information auf eine „Ein-Personen-GmbH“ referenziert wird – etwa die Herkunft einer Entwurfsplanung auf eine GmbH, deren Gesellschafterin eine Einzelarchitektin ist.

Art. 4 Nr. 1 DS-GVO umfasst ohne Einschränkung „alle Informationen“, die sich auf eine Person beziehen und ist daher grundsätzlich weit zu verstehen. Unter die Vorschrift fallen sowohl im Kontext verwendete persönliche Informationen wie Identifikationsmerkmale (z.B. Name), äußere Merkmale (wie etwa das Gesicht im Rahmen einer Videoerkennung einer Person etwa als Legitimation für die Nutzung eines Baufahrzeugs) oder innere Zustände als auch sachliche Informationen (ein Entwurfsplan wurde von Architektin Müller angefertigt) und damit alle Beziehungen der betroffenen Person zu Dritten und ihrer Umwelt wie etwa das Betreten eines Gebäudes oder das Heizverhalten dort. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, der auch auf europäischer Ebene entsprochen wird, gibt es unter den Bedingungen der automatisierten Datenverarbeitung kein belangloses Datum.<sup>155</sup> Daher kommt es auf den Aussagegehalt und die persönlichkeitsrechtliche Implikation der Information nicht an. Bei der Beurteilung des Personenbezugs ist also anders als etwa im Rahmen der Zulässigkeitstatbestände (vgl. etwa Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO) keine Interessenabwägung vorzunehmen. Selbst die Information, dass die Baufahrzeugfahrerin Müller zwei Arme hat, stellt ein personenbezogenes Datum i.S.v. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO dar. Unerheblich ist auch die Herkunft und Ausgestaltung der Information. Umfasst sind demnach alle Informationen, seien sie in Form von Sprache, Schrift, Zeichen, Bild oder Ton, digital oder analog.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Vgl. *Ernst*, in Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Auflage 2021, DS-GVO Art. 4 Rn. 5; noch zur DSRL *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136, 20.6.2007, S. 27.

<sup>155</sup> BVerfG Urteil v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a. = BverfGE 65, 1 (45) – *Volkszählung*.

<sup>156</sup> *Klar/Kühling*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 9.

Nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO muss sich die Information „auf eine natürliche Person beziehen“. Keinen Bezug zu einer Person weisen sog. Sachdaten auf. Sie beziehen sich nicht auf eine Person, sondern ausschließlich auf eine Sache. Dies ist z.B. bei der Aussage „Das Fertighaus X kostet 500.000 Euro“ der Fall. Dies gilt selbst dann, wenn bei dem Verantwortlichen oder einem Dritten das Wissen vorhanden ist, dass Person A Eigentümerin des Fertighauses X ist. Denn in diesem Fall ist lediglich das Merkmal der Identifizierbarkeit erfüllt, nicht jedoch die Voraussetzung, dass sich die Information (von sich heraus) auf eine Person bezieht. Insoweit ist eine ganze Reihe von Streitfällen denkbar, die in jedem Einzelfall einer differenzierten Lösung zuzuführen sind. Abgrenzungsfragen stellen sich im Übrigen etwa bei der sog. Machine-to-Machine-Kommunikation durch Alltagsgegenstände, die an das Internet angebunden sind, wie z.B. Fahrzeuge oder sog. Wearables („Internet der Dinge“). Insoweit ist in der Regel nicht von Sachdaten auszugehen.<sup>157</sup> Die Abgrenzung vom Sachdatum zum personenbezogenen Datum kann hier nach dem kontextbezogenen Ansatz der Art.-29-Datenschutzgruppe erfolgen, den diese zum Begriff des personenbezogenen Datums aus Art. 2 lit. a DSRL entwickelt hatte. Danach bezieht sich eine Information dann auf eine natürliche Person (und nicht auf eine Sache), wenn ein Inhaltselement, ein Zweckelement oder ein Ergebniselement vorhanden ist.<sup>158</sup> Ein Inhaltselement soll vorliegen, wenn unter Berücksichtigung aller Begleitumstände und unabhängig vom Zweck auf Seiten des Verantwortlichen oder eines Dritten oder von den Auswirkungen auf die betroffene Person Informationen über eine Person gegeben werden. Ein Zweckelement liegt vor, wenn es möglich ist, die Informationen zu dem Zweck der Beurteilung, Behandlung oder Beeinflussung einer Person zu verwenden. Auch ohne dass ein Inhalts- oder Zweckelement vorhanden ist, soll schließlich ein Ergebniselement immer dann vorliegen, wenn die Gefahr besteht, dass sich die Angabe unter Berücksichtigung aller Begleitumstände auf die Rechte und Interessen einer bestimmten Person auswirken kann. Dies kann etwa bei Informationen über die wirtschaftliche Nutzung und Verwertung von Immobilien der Fall sein.

Die Informationen müssen sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen. Ob die betreffende Person identifiziert oder lediglich identifizierbar ist, spielt in rechtlicher Hinsicht keine Rolle, da hieran jeweils keine unterschiedlichen gesetzlichen Voraussetzungen geknüpft werden. Bei einer Interessenabwägung (z.B. im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO) kann dieser Umstand ggf. aber von Bedeutung sein. Wann eine Person i.S.d. Art. 4 Nr. 1 „identifiziert“ ist, wird in der DS-GVO nicht näher erläutert. Von einer identifizierten Person ist auszugehen, wenn die Identität der

---

<sup>157</sup> Hierzu etwa *Buchner*, DuD 2015, 372 (373 f.); *Kinast/Kühnl*, NJW 2014, 3057 (3058); *Lüdemann*, ZD 2015, 247 (249 f.); zur Einordnung bestimmter Fahrzeugdaten vgl. EDA, Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications (version for public consultation), 28.1.2020, Rn. 59 ff.

<sup>158</sup> *Klabunde*, in Ehmann/Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Auflage 2018, DS-GVO Art. 4 Rn. 10; noch zur DSRL *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136, 20.6.2007, S. 10 ff.

Person unmittelbar aus der Information selbst folgt.<sup>159</sup> Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Information ein Identifikationsmerkmal (z.B. Name) der Person beinhaltet oder wenn der Inhalt der Information oder der Kontext eine eindeutige Identifikation erlaubt, ohne dass auf weitere Informationen zurückgegriffen werden muss.

Dagegen ist eine Person identifizierbar, wenn die Information zwar für sich genommen nicht ausreicht, um sie einer Person zuzuordnen, dies aber gelingt, sobald die Information mit weiteren Informationen verknüpft wird.<sup>160</sup> So bestimmt Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, dass eine Person dann identifizierbar ist, wenn sie direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann. Nach Erwägungsgrund 26 der DS-GVO sind bei der Frage, ob eine Person identifizierbar ist, alle Mittel zu berücksichtigen, die von dem Verantwortlichen oder einer anderen Person nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden, um die natürliche Person direkt oder indirekt zu identifizieren. Bei der Frage, welche Mittel nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich zur Identifizierung genutzt werden, sind nach Erwägungsgrund 26 der DS-GVO alle über die betreffende Person bekannten oder ermittelbaren Informationen sowie alle objektiven Faktoren heranzuziehen, wie z.B. die Kosten der Identifizierung und der dafür erforderliche Zeitaufwand. Inwieweit auch das Wissen und die Mittel Dritter zu berücksichtigen sind, die diese zur Identifizierung einer Person verwenden können, ist umstritten.

Die Problematik betrifft die Frage, ob es bei der Herstellbarkeit des Personenbezugs auf den jeweils Verantwortlichen ankommt (relativer Personenbezug) oder ob es ausreicht, dass irgendein Dritter einen Personenbezug herstellen kann (absoluter Personenbezug). Zwischen beiden Extrempositionen findet sich eine Reihe von Mischformen.<sup>161</sup> Der EuGH hat im Zusammenhang mit dem Personenbezug von IP-Adressen richtungweisende Ausführungen dazu gemacht, welche Anforderungen an die Berücksichtigung des Wissens und die Mittel Dritter zu stellen sind.<sup>162</sup> Danach ist ein Personenbezug zu bejahen, wenn der Verantwortliche über rechtliche Mittel verfügt, um sich die Daten des Dritten verfügbar zu machen.<sup>163</sup> Dabei soll unerheblich sein, ob dies über den Umweg staatlicher Behörden erfolgt. Nach Ansicht des EuGH sollen gesetzlich verbotene

---

<sup>159</sup> EuGH, Urteil v. 19.10.2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 38 – *Breyer* = ZD 2017, 24 m. Anm. *Kühling/Klar*.

<sup>160</sup> *Klar/Kühling*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 19.

<sup>161</sup> Dazu *Bergt*, ZD 2015, 365 ff.

<sup>162</sup> EuGH, Urteil v. 19.10.2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 31 ff. – *Breyer* = ZD 2017, 24 m. Anm. *Kühling/Klar*.

<sup>163</sup> Vgl. EuGH, Urteil v. 19.10.2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 47 ff. – *Breyer* = ZD 2017, 24 m. Anm. *Kühling/Klar*.

Möglichkeiten außer Betracht bleiben, da sie regelmäßig nicht „vernünftigerweise“ i.S.v. Erwägungsgrund 26 der DSRL – bzw. übertragen auf Erwägungsgrund 26 der DS-GVO nicht „nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich“ – zur Bestimmung der betreffenden Person eingesetzt werden.<sup>164</sup> Der BGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen.<sup>165</sup>

Damit ist ein Personenbezug im weiten Sinne anzunehmen und dies erfasst auch eine Vielfalt von Informationsquellen. So können nach Erwägungsgrund 51 der DS-GVO auch Lichtbilder von Personen personenbezogene Daten darstellen. Sofern sie mit entsprechenden technischen Mitteln verarbeitet werden, kommt auch eine Qualifikation als biometrische Daten i.S.v. Art. 4 Nr. 14 DS-GVO in Betracht. Ebenfalls können durch Videoüberwachung gewonnene Aufnahmen einen Personenbezug aufweisen, wenn die erfassten Personen erkennbar sind.<sup>166</sup> Dies kann etwa für alle Identifikationsprozesse beim Bau und bei der Nutzung von Gebäuden relevant sein. Aber auch Visualisierungen des öffentlichen Raums wie Gebäudeansichten können einen Personenbezug aufweisen, wenn sie mit einer Adresse versehen bzw. georeferenziert sind.<sup>167</sup> Kein Personenbezug liegt dagegen bei Gebäudeabbildungen in einem Stadtführer vor, da es insoweit an einem Inhalts-, Ergebnis-, oder Zweckelement fehlt. Bei Satelliten- und Luftbildaufnahmen kommt es zudem auf den Detaillierungsgrad, d.h. auf die Bodenauflösung der Abbildungen, an.<sup>168</sup> Insoweit sind von Unternehmen, die sich dem „GeoBusiness Code of Conduct“ angeschlossen haben, bestimmte Schwellenwerte zu beachten.<sup>169</sup>

## b) Anonymisierung und Pseudonymisierung

In engem Zusammenhang mit dem Begriff des personenbezogenen Datums steht der Begriff der anonymen Information. Nach Erwägungsgrund 26 der DS-GVO gelten die Grundsätze des Datenschutzrechts nicht für anonyme Informationen, d.h. für Informationen, die sich (von vornherein) nicht auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, oder personenbezogene Daten, die (nachträglich) in einer Weise

---

<sup>164</sup> EuGH, Urteil v. 19.10.2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 46 – *Breyer* = ZD 2017, 24 m. Anm. *Kühling/Klar*.

<sup>165</sup> BGH, Urteil v. 16.5.2017, VI ZR 135/13 = MMR 2017, 605, Rn. 26.

<sup>166</sup> EuGH, Urteil v. 14.2.2019, C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122, Rn. 31 f. – *Buivids; Klar/Kühling*, in *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 37; vgl. zur Thematik auch EDA, Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices, 29.1.2020, Rn. 7 f.

<sup>167</sup> Ausführlich *Klar*, Datenschutzrecht und die Visualisierung des öffentlichen Raums, S. 128 ff.

<sup>168</sup> *Klar*, MMR 2012, 788 (792).

<sup>169</sup> Hierzu *Martini*, NVwZ-Extra 6/2016, 1 (6).

anonymisiert worden sind, dass die betroffene Person nicht oder nicht mehr identifiziert werden kann.<sup>170</sup>

Durch die Formulierung macht der Ordnungsgeber deutlich, dass das anonyme Datum die Kehrseite des personenbezogenen Datums darstellt und ein Datum entweder personenbezogen oder anonym ist.<sup>171</sup> Anonyme Daten weisen also keinen Personenbezug auf. Ob eine natürliche Person nicht mehr identifizierbar und das Datum damit anonym ist, ist nach Maßgabe des Erwägungsgrundes 26 der DS-GVO zu prüfen, d.h. es sind alle Mittel zu berücksichtigen, die von dem Verantwortlichen oder einer anderen Person nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden, wobei insbesondere die Kosten der Identifizierung und der dafür erforderliche Zeitaufwand zu berücksichtigen sind.

Die Verordnung macht keine technischen Vorgaben dazu, welche Anforderungen an eine Anonymisierung zu stellen sind. Erwägungsgrund 26 der DS-GVO bestimmt jedoch, dass im Rahmen der Feststellung der Identifizierbarkeit einer Person die zum Zeitpunkt der Verarbeitung jeweils verfügbare Technologie und technologische Entwicklungen zu berücksichtigen sind. Daraus folgt, dass eingesetzte Anonymisierungsverfahren zumindest dem aktuellen Stand der Technik entsprechen müssen.

Als Verfahren der Anonymisierung kommen in der Praxis eine Löschung von identifizierenden Merkmalen (z.B. Name), eine Aggregation von Daten, die Bildung von Gruppen und/oder die kontrollierte Einbringung von Zufallsfehlern in Betracht.<sup>172</sup>

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass eine bloße Pseudonymisierung nicht aus dem Datenschutzrecht herausführt. Die DS-GVO definiert in Art. 4 Nr. 5 das Pseudonymisieren dabei als die Verarbeitung personenbezogener Daten in einer Weise, dass die personenbezogenen Daten ohne Hinzuziehung zusätzlicher Informationen nicht mehr einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können. In Abgrenzung zur Anonymisierung sind die zusätzlichen Informationen aber nicht zu löschen, sondern zu ersetzen und gesondert aufzubewahren. Gemeint ist hierbei eine technisch/räumlich getrennte Aufbewahrung.<sup>173</sup> Die personenbezogenen Daten sind zudem besonderen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu unterwerfen, die gewährleisten, dass die Daten nicht einer identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Person zugewiesen werden. In Betracht kommen insoweit die Maßnahmen nach Art. 32 DS-GVO. Diese müssen sicherstellen, dass der Nutzer der pseudonymisierten Daten keinen Zugang zur Zuordnungsregel hat. Ausweislich des Erwägungsgrundes 29 der DS-GVO

---

<sup>170</sup> Ausführlich *Klar/Kühling*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 4. Auflage 2024, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 31 ff.

<sup>171</sup> Ebenso *Karg*, DuD 2015, 520 (523).

<sup>172</sup> Ausführlich *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 5/2014 zu Anonymisierungstechniken, WP 216, 10.4.2014; *Schefzig*, K&R 2014, 772 (776).

<sup>173</sup> Vgl. *Ernst*, in Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 4 DS-GVO Rn. 43.

sollte der Verantwortliche die insoweit zur Nutzung befugten Personen angeben. Eine ausdrückliche Privilegierung der Verarbeitung pseudonymisierter Daten enthält die DSGVO im Übrigen nicht.<sup>174</sup> Der praktische Anreiz, personenbezogene Daten zu pseudonymisieren, liegt aber darin, dass eine Interessenabwägung im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung des Datenverarbeitungsvorgangs zugunsten des Verantwortlichen ausfallen wird, der eine Pseudonymisierung vornimmt, als wenn es zu keiner Pseudonymisierung kommt.<sup>175</sup>

**c) Empfehlung: möglichst Beschränkung auf nicht personenbezogene Daten; hilfswise Einwilligung und Zulässigkeitstatbestände**

Vor diesem Hintergrund des weiten Begriffs des Personenbezugs sollte bei sämtlichen Datenverarbeitungsprozessen, soweit es möglich und sinnvoll ist, darauf verzichtet werden, personenbezogene Daten zu verarbeiten. Das ist der Fall, wenn es sich schon vom Ausgangspunkt her gar nicht um personenbezogene Daten handelt (wie etwa grundsätzlich alle rein auf ein Gebäude bezogenen Informationen vor dessen Nutzung durch natürliche Personen) oder diese so bald wie möglich anonymisiert werden. Dann sind die komplexen Regeln des Datenschutzrechts nur bis zum Zeitpunkt der Anonymisierung und für diesen Vorgang zu beachten. Eine bloße Pseudonymisierung schafft zwar gewisse Erleichterungen, hilft aber nicht fundamental weiter, da das Datenschutzrecht mit all seinen Anforderungen und Sanktionsrisiken (siehe oben I. 1. a)) im Übrigen vollständig greift.

Die Gewährleistung, dass nur nicht personenbezogene Daten verarbeitet werden, stellt gerade bei Poollösungen größere Herausforderungen. Denn bereits kleinere Mengen an personenbezogenen Daten in einem gemischten Datensatz, der sowohl personenbezogene als auch nicht personenbezogene Daten enthält, kann dazu führen, dass für den Datensatz insgesamt die strengen Regeln des Datenschutzrechts greifen. Sind in einer Datenbank für Architekturpläne etwa die Urheber nur für einen Teil der Pläne namentlich vermerkt, handelt es sich insgesamt um einen Datensatz mit personenbezogenen Daten, für die das Datenschutzrecht greift. Aber selbst wenn alle Namensdaten entfernt sind, bedeutet dies nicht, dass es sich zwangsläufig um nicht personenbezogene Daten handelt. Vielmehr kann die Spezifität eines Gebäudes dazu führen, dass dieses unmittelbar erkennbar ist, so dass die gleichzeitige Kenntnis des Urhebers als korrelierendes Wissen des Verantwortlichen zum Vorliegen personenbezogener Daten führt.

Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Verarbeitung der Daten unzulässig wird. Vielmehr ist dafür zu sorgen, dass dann entsprechende Einwilligungen für die Daten-

---

<sup>174</sup> Piltz, K&R 2016, 557 (562); kritisch hierzu Härting, ITRB 2016, 36 (38).

<sup>175</sup> Härting, NJW 2013, 2067; Karg, DuD 2015, 520 (524); zu weiteren Vorzügen siehe Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 5. Auflage 2021, S. 139 f.

verarbeitung vorliegen, indem etwa ein Einwilligungsmanagement vorsieht, dass sämtliche Betroffene in die Verarbeitungsvorgänge eingewilligt haben oder die Voraussetzungen eines Zulässigkeitstatbestands etwa im Rahmen der Interessenabwägungen gewahrt werden.

Ferner kann auch der Dialog mit der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde ab dem Zeitpunkt sinnvoll sein, ab dem die Art der zu verarbeitenden Daten sowie die Grundlagen, auf denen die Verarbeitungen erfolgen, hinreichend klar sind. Hierbei sind jedoch zuvor eine gründliche datenschutzrechtliche Aufbereitung und entsprechende datenschutzrechtliche Vorprüfung der erfolgenden Datenverarbeitungen empfehlenswert.

## **2. Datenaltruistische Treuhandmodelle zur Reduktion datenschutzrechtlicher Hürden?**

In datenschutzrechtlicher Hinsicht wurde soeben aufgezeigt, dass die Schaffung einer Datentreuhand im Sinne eines Datenpools mit erheblichen datenschutzrechtlichen Hürden konfrontiert ist, sollte nicht eine weitreichende Absicherung dadurch gelingen, dass anonyme Daten verarbeitet werden oder, sofern das nicht möglich ist, einfache Einwilligungsmanagementsysteme aufgesetzt werden können (dazu oben II. 1.). Dann stellt sich die Frage, ob der DGRa einen Ausweg bietet, indem er für ein datenaltruistisches Modell Privilegierungen schafft und dadurch die Hürden reduziert. Gerade bei einer gemeinnützigen Lösung scheint dies naheliegend. Allerdings sind die Hürden insoweit hoch bei begrenztem Nutzen (dazu a)), wobei es schwierig sein dürfte, überhaupt zu verhindern, dass ein Datenvermittlungsdienst vorliegt (dazu b)).

### **a) Strenge Anforderungen an „Datenaltruismus“ bei begrenztem Nutzen**

Damit ein „Datenaltruismus“ vorliegt, ist nicht nur eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht erforderlich, sondern es muss vielmehr ein festgelegter Kanon an Gemeinwohlinteressen verfolgt werden. Zwar verweist die Definition in Art. 2 Nr. 16 DGRa insoweit auf das nationale Recht, so dass hier weitere Gemeinwohlinteressen denkbar wären als die in der Definition genannten. Doch auch wenn der angestrebte Datenpool in einzelnen Aspekten entsprechende Gemeinwohlziele wie die Bekämpfung des Klimawandels etwa durch Ressourcen schonendere Produktions- und Nutzungsprozesse entlang der Wertschöpfungskette im Bauwesen oder Datenräume für die wissenschaftliche Forschung verfolgen mag, dürfte das jedenfalls nicht für sämtliche angestrebten Datenverarbeitungsprozesse der Fall sein. So geht es auch um Effizienzgewinne in betriebswirtschaftlicher Hinsicht, die nicht unmittelbar an Gemeinwohlziele rückgekoppelt werden. Eine Beschränkung auf Gemeinwohlziele für den Pool im Ganzen dürften diesem damit letztlich von vornherein allzu weit reichende Fesseln anlegen. Eine derartige Qualifikation erscheint daher wenig erstrebenswert. So entfallen gemäß Art. 15 DGRa zwar ein-

zelne Verpflichtungen nach dem DGRa, die für Datenvermittlungsdienste gemäß den Art. 10 – 14 DGRa greifen. Diese werden jedoch durch Transparenzanforderungen und andere, wenn auch weniger strenge Pflichten in den Art. 20 und 21 DGRa substituiert. Viel gewichtiger ist jedoch, dass die datenschutzrechtlichen Herausforderungen und Haftungsrisiken der DS-GVO nicht relevant reduziert werden.

### **b) Zusätzliche Anforderungen des DGRa an Datenvermittlungsdienste**

Im Übrigen können die Pflichten für Datenvermittlungsdienste bei der Ausgestaltung des Datenpools gegebenenfalls auch dadurch vermieden werden, dass eine Ausgestaltung erfolgt, die dazu führt, dass nach der Definition des Art. 2 Nr. 11 DGRa schon gar kein Datenvermittlungsdienst vorliegt. So kann zumindest in einer Anfangsphase angestrebt werden, schon gar nicht die Daten einer „unbestimmten Anzahl von betroffenen Personen oder Dateninhabern“ zu verarbeiten. Sobald die Plattform sich dahingehend entwickelt, dass sie unter den Begriff des Datenvermittlungsdienstes fällt, zu denen auch „Datengenossenschaften“<sup>176</sup> zählen, sind schlichtweg die weiteren Anforderungen des DGRa zu erfüllen, d.h. vor allem die Anmeldepflicht gemäß Art. 10 und 11 DGRa, verschiedene Bedingungen und Pflichten, u.a. einer spezifizierten Zweckbindung nach Art. 12 DGRa. Schließlich träte die behördliche Überwachung gemäß Art. 13 und 14 DGRa hinzu; eine solche läge aber ohnehin schon in datenschutzrechtlicher Hinsicht vor.

### **c) Zwischenergebnis**

Die Anforderungen des DGRa an eine datenaltruistische Organisation sind so hoch, dass diese Organisationsform vorliegend nicht erstrebenswert ist, da sie ein zu enges Korsett der Verfolgung von Gemeinwohlzielen auferlegt, ohne relevante Erleichterungen in datenschutzrechtlicher Hinsicht zu generieren. Sofern in der Entwicklung der Plattform die Tatbestandsvoraussetzungen eines Datenvermittlungsdienstes gemäß Art. 2 Nr. 11 DGRa nicht vermieden werden können, da insbesondere die personenbezogenen Daten einer unbestimmten Vielzahl Betroffener verarbeitet werden, müssen vielmehr auch die zusätzlichen Pflichten des DGRa noch beachtet werden. Diese ergän-

---

<sup>176</sup> Art. 2 DGRa definiert nicht die Datengenossenschaften näher aber deren Dienste in Nr. 15 wie folgt: „Datenvermittlungsdienste, die von einer Organisationsstruktur angeboten werden, welche sich aus betroffenen Personen, Ein-Personen-Unternehmen oder KMU, die in dieser Struktur Mitglied sind, zusammensetzt, und deren Hauptzwecke in der Unterstützung ihrer Mitglieder bei der Ausübung ihrer Rechte in Bezug auf bestimmte Daten bestehen, unter anderem beim Treffen einer sachkundigen Entscheidung vor der Einwilligung zur Datenverarbeitung, beim Meinungs austausch über die den Interessen ihrer Mitglieder im Zusammenhang mit ihren Daten am besten entsprechenden Zwecke und Bedingungen der Datenverarbeitung und beim Aushandeln der Bedingungen der Datenverarbeitung im Namen der Mitglieder, bevor die Erlaubnis zur Verarbeitung nicht personenbezogener Daten erteilt oder in die Verarbeitung personenbezogener Daten eingewilligt wird“.

zen aber den ohnehin nach der DS-GVO einzuhaltenden Pflichtenkanon nur, ohne qualitativ neuartige, nicht überwindbare Hürden zu schaffen.

### 3. Beschränkte Steuerungskraft gesetzlicher Datenzugangsregeln

Wie oben<sup>177</sup> bereits festgestellt, gibt es bislang im kodifizierten Recht weder auf unio-naler noch auf nationaler Ebene spezifische Datenzugangsansprüche für den Bausektor. Vielmehr greifen lediglich die der DatenVO<sup>178</sup> sowie gegebenenfalls die allgemeinen Vorschriften des Kartellrechts.

Dabei sind grundsätzlich drei Situationen zu unterscheiden. Der Baubeteiligte kann selbst Ansprüche auf Datenzugang gegen Dritte haben (dazu a)) oder selbst solchen Ansprüchen Dritter ausgesetzt sein (dazu b)). Ferner kann grundsätzlich auch der Datenpool Passivlegitimierter eines Datenzugangsanspruchs sein (dazu c)).

#### a) Datenzugangsansprüche eines Baubeteiligten

Zu beleuchten sind dabei neben den Datenzugangsansprüchen nach der Datenverordnung (dazu aa)) auch etwaige sonstige Datenzugangsansprüche (dazu bb)).

##### (aa) Datenzugangsansprüche nach der Datenverordnung

Die Datenzugangsansprüche eines Baubeteiligten zu Nutzungsdaten<sup>179</sup> gemäß Art. 3 f. DatenVO kommen jedoch nur in Betracht, soweit seitens des Baubeteiligten vernetzte Produkte und verbundene Dienste benutzt werden. Ein vernetztes Produkt im Sinne des Art. 2 Nr. 5 DatenVO ist ein „Gegenstand, der Daten über seine Nutzung oder Umgebung erlangt, generiert oder erhebt und der Produktdaten über einen elektronischen Kommunikationsdienst, eine physische Verbindung oder einen geräteinternen Zugang übermitteln kann und dessen Hauptfunktion nicht die Speicherung, Verarbeitung oder Übertragung von Daten im Namen einer anderen Partei – außer dem Nutzer – ist“. Wie von ErwG 14 DatenVO erläutert, kommen hier sehr viele denkbare Anwendungsfälle in Betracht.<sup>180</sup> Als Beispiele werden dort Infrastrukturen, Fahrzeuge sowie industrielle Maschinen und Anlagen genannt. Konkret geht es um Daten des Internet-of-Things (IoT-Daten), ErwG 14 DatenVO. Sollte der Baubeteiligte also beispielsweise beim Bau Maschinen nutzen, die über und bei dieser Nutzung Daten sammeln,<sup>181</sup> so greifen zu seinen Gunsten als Nutzer im Sinne des Art. 2 Nr. 12 DatenVO die Art. 3 ff. DatenVO.

---

<sup>177</sup> Vgl. B. I. 1. e) und B. I. 2. b).

<sup>178</sup> Siehe hierzu nunmehr auch *Schmidt-Kessel*, MMR 2024, 75.

<sup>179</sup> Im Duktus der DatenVO: Produktdaten und verbundenen Dienstdaten, vgl. für die Legaldefinition Art. 2 Nr. 15 u. 16 DatenVO.

<sup>180</sup> Ausgenommen sind gem. ErwG 14 S. 1 DatenVO allerdings Prototypen.

<sup>181</sup> Der Begriff „bei der Nutzung“ ist ausweislich ErwG 15 Uabs. 1 S. 4 DatenVO weit zu verstehen: „Unter Daten, die bei der Nutzung eines vernetzten Produkts oder verbundenen Dienstes generiert werden, sollten absichtlich aufgezeichnete Daten oder Daten verstanden werden, die indirekt durch Nut-

Gleiches gilt, wenn der Baubeteiligte einen verbundenen Dienst im Sinne des Art. 2 Nr. 6 DatenVO nutzt. Darunter versteht die DatenVO „einen digitalen Dienst, bei dem es sich nicht um einen elektronischen Kommunikationsdienst handelt, – einschließlich Software –, der zum Zeitpunkt des Kaufs, der Miete oder des Leasings so mit dem Produkt verbunden ist, dass das vernetzte Produkt ohne ihn eine oder mehrere seiner Funktionen nicht ausführen könnte oder der anschließend vom Hersteller oder einem Dritten mit dem Produkt verbunden wird, um die Funktionen des vernetzten Produkts zu ergänzen, zu aktualisieren oder anzupassen“. Gemäß ErwG 17 S. 2 DatenVO ist für die Einordnung als verbundener Dienst von zentraler Bedeutung, dass diese Dienste „ausdrücklich mit dem Betrieb der Funktionen des vernetzten Produkts verknüpft sind, wie im Fall von Diensten, die gegebenenfalls Befehle an das vernetzte Produkt übermitteln, die sich wiederum auf dessen Aktivität oder Verhalten auswirken können.“ Ausdrücklich keine verbundenen Dienste sollen gemäß ErwG 17 S. 3 u. 4 DatenVO solche sein, „die sich nicht auf den Betrieb des vernetzten Produkts auswirken und durch die keine Daten oder Befehle des Diensteanbieters an das vernetzte Produkt übermittelt werden [...]. Zu solchen Diensten könnten z. B. zusätzliche Beratungs-, Analyse- oder Finanzdienstleistungen sowie regelmäßige Reparatur- und Wartungsdienste gehören.“ Unabhängig für die Einordnung als verbundener Dienst ist, von wem der Dienst erbracht wird, ErwG 17 S. 8 DatenVO. In Betracht kommt hier insbesondere Betriebssoftware für Maschinen jeder Art oder für Infrastruktur und Gebäudesysteme.

Daraus ergibt sich für die hier in Betracht kommenden Datenarten grundsätzlich folgendes:

Produktdaten, die im Rahmen der Bauausführung beispielsweise durch Baumaschinen bei ihrer Nutzung generiert beziehungsweise über die Umgebung erhoben werden, unterfallen dem sogleich näher zu beleuchtenden Regelungsregime des Kapitel II der Datenverordnung. Diese Daten können dabei beispielsweise durch Sensoren der Maschine oder aber durch deren Betriebssystem (beispielsweise Protokolldaten über Art, Häufigkeit, Dauer der Nutzung oder Funktionsstörungen) selbst aufgezeichnet werden. Gleiches gilt ferner für die verbundenen Dienste zum Beispiel in dem Fall, dass die Betriebssoftware einer solchen Baumaschine von einem anderen Anbieter kommt, wenn ohne sie diese Maschinen nicht (im gleichen funktionellen Umfang) nutzbar wäre. Dann sind auch die durch diese generierten und erhobenen Daten erfasst.

Ferner sind sowohl vernetzte Produkte als auch verbundene Dienste im Rahmen der Nutzungsphase eines Gebäudes denkbar. In Betracht kommen hier beispielsweise Heizungen oder Lüftungssysteme, die bei ihrer und über ihre Nutzung Daten sammeln, sowie die (externe) Betriebssoftware solcher Produkte.

---

zerhandlungen generiert werden, wie z. B. Daten über die Umgebung oder Interaktionen des vernetzten Produkts.“ Ferner greifen die Vorschriften gem. ErwG 15 UAbs. 2 DatenVO auch, wenn Daten ohne aktive Nutzung des Produkts gesammelt werden.

Regelmäßig nicht erfasst sind hingegen die Daten, die im Rahmen der Planung des Gebäudes entstehen. Denn der Computer, an dem die digitalen Zeichnungen oder Bauwerksinformationsmodelle erstellt werden, ist schon kein vernetztes Produkt im Sinne der Datenverordnung, das in seinem Kapitel II auf IoT-Daten ausgerichtet ist. Etwas anders könnte hier allerdings wohl gelten, wenn entweder der Computer (oder andere Hilfshardware) oder ein entsprechender verbundener Dienst weitere Daten bei der Nutzung generiert.<sup>182</sup>

Gemäß Art. 3 Abs. 1 DatenVO müssen vernetzte Produkte beziehungsweise verbundene Dienste künftig so konzipiert und hergestellt beziehungsweise erbracht werden, dass die entstehenden Daten einschließlich der relevanten Metadaten standardmäßig für den Nutzer einfach, sicher, unentgeltlich in einem umfassenden, strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format und, soweit relevant und technisch durchführbar, direkt zugänglich sind. Damit dürften die noch zur Entwurfsfassung geäußerten Befürchtungen<sup>183</sup>, dass Art. 3 DatenVO als Zugangsrecht verpuffe, nun ausgeräumt sein. Vielmehr stellt ErwG 20 S. 4 DatenVO nun ausdrücklich klar, dass die Daten auch so zugänglich gemacht werden müssen, dass der Nutzer sie abrufen, nutzen oder weitergeben kann. Der Nutzer ist hier zudem gemäß Art. 3 Abs. 2 u. 3 DatenVO umfassend zu informieren und aufzuklären.

Dies ermöglicht in Zukunft beispielsweise, Sensor- und Protokolldaten direkt an der Maschine und in einem standardisierten („gängigen“) Format auszulesen. Erfasst sind zusätzlich jeweils die vorhandenen Metadaten, die für die Auslegung und Nutzung dieser Daten relevant sind.

Subsidiär greift Art. 4 Abs. 1 DatenVO. Denn ist der Zugriff auf die Daten nicht direkt vom vernetzten Produkt oder verbundenen Dienst aus möglich, sind sogenannte „ohne Weiteres verfügbare Daten“<sup>184</sup> vom Dateninhaber einschließlich der „erforderlichen Metadaten unverzüglich, einfach, sicher, unentgeltlich, in einem umfassenden, gängigen und maschinenlesbaren Format und – falls relevant und technisch durchführbar – in der gleichen Qualität wie für den Dateninhaber kontinuierlich und in Echtzeit bereitzustellen.“ Hier ist insbesondere auf die Beschränkung auf „ohne Weiteres verfügbare Daten“ hinzuweisen, die Art. 4 Abs. 1 DatenVO hinter Art. 3 Abs. 1 DatenVO zurückstehen lässt, sowie auf die an hohe Voraussetzungen geknüpfte Möglichkeit der Beschränkung des Zugangs sowie der Datenweitergabe gemäß Abs. 2. Hinsichtlich des Geschäftsgeheimnisschutzes sind die Art. 4 Abs. 6 – 8 DatenVO zu berücksichtigen. Ferner verbietet Art. 4 Abs. 10 DatenVO die Nutzung der erlangten Daten zu Entwicklung eines Konkur-

---

<sup>182</sup> Vgl. insoweit auch ErwG 15 S. 5 DatenVO.

<sup>183</sup> Vgl. nur *Kerber*, GRUR Int. 2023, 120 (124); *Podszun*, Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks, 2023, S. 38, 44, 67 ff.; *Podszun/Pfeifer*, GRUR 2022, 953 (956 f.); *Specht-Riemenschneider*, MMR 2022, 809 (815).

<sup>184</sup> Siehe hierfür die Legaldefinition in Art. 2 Nr. 17 DatenVO.

renzprodukts, die Nutzung oder Weitergabe an Dritte mit dem Ziel, Einblicke in die wirtschaftliche Lage, die Vermögenswerte und die Produktionsmethoden des Herstellers zu erlangen sowie Abs. 11 den Einsatz von „Zwangsmitteln“<sup>185</sup> oder das Ausnutzen von Lücken im technischen Schutz der Daten zur Erlangung von Daten.

Ferner besteht gemäß Art. 5 Abs. 1 DatenVO, vorbehaltlich des Abs. 2, die Möglichkeit, einem Dritten „ohne Weiteres verfügbare Daten“ einschließlich erforderlicher Metadaten auf Nutzerverlangen „unverzüglich, für den Nutzer unentgeltlich, in derselben Qualität, die dem Dateninhaber zur Verfügung steht, einfach, sicher, für den Nutzer unentgeltlich (sic!), in einem umfassenden, strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format und, soweit relevant und technisch durchführbar, kontinuierlich und in Echtzeit“ durch den Dateninhaber bereitstellen zu lassen. Baubeteiligte können hier also entweder einem Dritten, beispielsweise dem Datenpool, die Daten ihrer IoT-Maschinen zur Verfügung stellen lassen oder aber selbst als Dritte agieren und sich beispielsweise die Daten, die bei dem Betrieb eines Gebäudes durch IoT-Maschinen generiert werden, seitens der Nutzer zur Verfügung stellen lassen.

Im Kontext des Art. 5 DatenVO sind seitens des Dritten sodann die in Art. 6 DatenVO aufgeführten Pflichten, insbesondere die untersagten Nutzungsarten in Art. 6 Abs. 2 DatenVO, zu beachten. Ferner gelten für die vertragliche Grundlage der Übermittlung der Daten die Vorschriften der Art. 8 – 13 DatenVO.

Damit bestehen letztlich folgende drei Optionen: Grundsätzlich muss der Zugang zu den produkt- beziehungsweise verbundenen Dienstdaten einschließlich Metadaten künftig direkt am Gerät möglich sein, Art. 3 Abs. 1 DatenVO. Ist dies nicht der Fall, so greift Art. 4 DatenVO und gibt dem Nutzer das Recht, die beim Dateninhaber ohne weiteres verfügbaren Daten sowie Metadaten kontinuierlich und in Echtzeit abzurufen. Zusätzlich kann der Nutzer gemäß Art. 5 Abs. 1 DatenVO ohne weiteres verfügbaren Daten sowie Metadaten kontinuierlich und in Echtzeit einem Dritten zur Verfügung stellen.

Von den aufgezeigten Pflichten der Art. 3 – 6 DatenVO sind gemäß Art. 7 Abs. 1 DatenVO allerdings Kleinunternehmen oder einem Kleinunternehmen iSd Art. 3 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG<sup>186</sup> befreit, soweit von ihnen vernetzte Produkte und verbundene Dienste hergestellt, konzipiert oder erbracht werden. Dasselbe gilt für ein Unternehmen, das seit weniger als einem Jahr als mittleres Unternehmen iSd Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG eingestuft ist. Diese Regel darf auch nicht dadurch umgangen werden, dass diese Unternehmen als Unterauftragnehmer benutzt werden.

---

<sup>185</sup> In der englischen Sprachfassung: „coercive means“.

<sup>186</sup> Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, K(2003) 1422, Abl. L 124 v. 20.5.2003, S. 36 – 41.

### **(bb) Sonstige Datenzugangsansprüche**

Im Übrigen kommen die kartellrechtlichen Datenzugangsansprüche in Betracht. Allerdings ist ein Anspruch auf Datenzugang unter der Essential-Facilities-Doktrin nach Art. 102 AEUV nahezu ausgeschlossen (siehe hierzu bereits oben I. 1. e)). Insbesondere ist auch ein den unionalen Bau-Binnenmarkt oder einen wesentlichen Teil desselben beherrschendes Unternehmen, von dem Zugang begehrt wird, um auf einem nachgelagerten Markt Leistungen anzubieten, vorliegend nicht ersichtlich.<sup>187</sup>

Auch auf nationaler Ebene ist ein den Baumarkt beherrschendes Unternehmen im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 18 GWB, das über (exklusiven) Zugang von wettbewerbsrelevanten Daten, § 18 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 3a Nr. 4 GWB, verfügt, nicht ersichtlich, was jedoch sachverhaltsseitig vor spezifischen Aktivitäten vertieft aufzubereiten wäre. Gleichmaßen ist kein Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB ersichtlich. Erst recht ist kein Unternehmen im Bausektor anzutreffen, dem eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt, § 19a Abs. 1 S. 1 GWB.<sup>188</sup> Demnach kommen auch auf nationaler Ebene Datenzugangsansprüche aus dem GWB nicht in Betracht.

### **b) Datenzugangsansprüche gegen einen Baubeteiligten**

Sofern der Baubeteiligte Hersteller oder Anbieter vernetzter Produkte beziehungsweise verbundener Dienste ist, ist auch er spiegelbildlich zu dem unter a) aa) Ausgeführten verpflichtet, den oben ausgeführten Zugang zu Daten dem Nutzer bzw. von diesem beauftragten Dritten nach Maßgabe der Art. 3 – 5 DatenVO zu gewähren. Denkbar wären hier zum Beispiel entsprechend vernetzte (ggf. vorgefertigte) Infrastrukturelemente eines Gebäudes oder entsprechende Haushaltsgeräte, vgl. ErwG 14 S. 3 DatenVO.

Gleichmaßen spiegelbildlich scheiden Datenzugangsansprüche gegen Baubeteiligte sowohl nach unioalem Kartellrecht, Art. 102 AEUV, als auch nach nationalem Kartellrecht, §§ 19 ff. GWB, aus, solange sie keine marktbeherrschenden Unternehmen, solche mit relativer oder überlegener Marktmacht oder solche, denen überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt, sind, was derzeit nicht ersichtlich ist.

---

<sup>187</sup> In der EU ist der Bausektor zu 99,9% von KMUs dominiert, vgl. *Bühler/Nübel/Jelinek u.a.*, Buildings 13 (2023), 442, S. 8, doi:10.3390/buildings13020442; ebenso Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Scenarios for a transition pathway for a resilient, greener and more digital construction ecosystem, 14.12.2021, Ares(2021)7679109) final, S. 4.

<sup>188</sup> Insbesondere ist ein entsprechendes Feststellungsverfahren auch beim Bundeskartellamt nicht anhängig, vgl. die Übersicht der Verfahren zu § 19a GWB, Bundeskartellamt, Verfahren gegen große Digitalkonzerne – auf der Basis von § 19a GWB – (Stand: 10/2023), abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Downloads/Liste\\_Verfahren\\_Digitalkonzerne.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Downloads/Liste_Verfahren_Digitalkonzerne.pdf?__blob=publicationFile&v=5) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024).

### c) Datenzugangsansprüche gegen den Datenpool

Zu beleuchten sind auch hier wiederum neben den Datenzugangsansprüchen nach der Datenverordnung (dazu aa)) etwaige sonstige Datenzugangsansprüche (dazu bb)).

#### (aa) Datenzugangsansprüche nach der Datenverordnung

Der Datenpool beziehungsweise das diesen betreibende Unternehmen kann grundsätzlich als Adressat eines Wechselverlangens gemäß den Art. 23 ff. DatenVO<sup>189</sup> einem Datenzugangsverlangen eines Kunden<sup>190</sup> ausgesetzt sein.<sup>191</sup> Art. 23 ff. DatenVO verpflichtet Anbieter von Datenverarbeitungsdiensten<sup>192</sup> dazu, die dort vorgesehenen Maßnahmen für den leichteren Wechsel des Kunden umzusetzen.<sup>193</sup> So hat der zwischen dem wechselnden Kunden und dem Datenverarbeitungsdienst bestehende Vertrag gemäß Art. 25 Abs. 2 lit. a) DatenVO eine Klausel zu enthalten, nach der der Wechsel<sup>194</sup> zu vollziehen oder alle exportierbaren Daten und digitalen Vermögenswerte<sup>195</sup> unverzüglich, spätestens aber 30 Tage nach Ablauf der maximalen Kündigungsfrist von zwei Monaten, Art. 25 Abs. 2 lit. d) DatenVO, auf eine IKT-Infrastruktur in eigenen Räumlichkeiten<sup>196</sup> zu übertragen sind. Dies ist unter anderem durch die unentgeltliche Bereitstellung von offenen Schnittstellen sowie Kompatibilität mit gemeinsamen Spezifikationen auf der Grundlage offener Interoperabilitätsspezifikationen oder harmonisierter Interoperabilitätsnormen<sup>197</sup>, vgl. Art. 30 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 DatenVO. Hinsichtlich „Datenverarbeitungsdienste für skalierbare und elastische Rechenressourcen“ gelten die zusätzlichen Vorgaben des Art. 30 Abs. 1 DatenVO.

Dem durch dieses Wechselrecht entstehenden Aufwand sowie den damit verbundenen Verpflichtungen kann durch die Eingliederung der Nutzer des Datenpools in eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Struktur, faktisch entgegengewirkt werden, siehe dazu sogleich II. 5.

#### (bb) Sonstige Datenzugangsansprüche

Gegen den Datenpool beziehungsweise das diesen betreibende Unternehmen gerichtete wettbewerbsrechtliche Datenzugangsansprüche nach Art. 102 AEUV oder §§ 19 ff. GWB kommen zwar grundsätzlich in Betracht, vgl. spiegelbildlich entsprechend oben a) aa). Dafür müssten jedoch die jeweilig relevanten Marktbeherrschungstatbestände er-

---

<sup>189</sup> Die Verpflichtungen des Kap. VI DatenVO gelten nur für Vollversionen, nicht für Versionen zu Test- oder Bewertungszwecken, vgl. Art. 31 Abs. 2 DatenVO.

<sup>190</sup> Siehe die Legaldefinition in Art. 2 Nr. 30 DatenVO.

<sup>191</sup> Näher zum Kapitel VI der DatenVO nunmehr *Bomhard*, MMR 2024, 109.

<sup>192</sup> Zum Begriff siehe bereits oben I. 1. c).

<sup>193</sup> Spiegelbildlich kommen hier natürlich auch Wechselansprüche des Baubeteiligten gegen dessen aktuellen bzw. bisherigen Datenverarbeitungsdienst in Betracht.

<sup>194</sup> Siehe die Legaldefinition in Art. 2 Nr. 34 DatenVO.

<sup>195</sup> Siehe jeweils die Legaldefinitionen in Art. 2 Nr. 38 u. 32 DatenVO.

<sup>196</sup> Siehe die Legaldefinition in Art. 2 Nr. 33 DatenVO.

<sup>197</sup> Siehe jeweils die Legaldefinitionen in Art. 2 Nr. 40-43 DatenVO.

reicht werden. Sollte das der Fall sein, so kann jedoch der Missbrauch dieser Stellung insbesondere dadurch verhindert werden, dass der Datenzugang auch Dritten zu FRAND-Bedingungen angeboten wird.<sup>198</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Da spezifische Datenzugangsansprüche für den Bausektor nicht existieren, bleibt nur der Rückgriff auf allgemeine kartellrechtliche Regelungen sowie die Ansprüche aus der Datenverordnung. Hierbei ist insbesondere festzustellen, dass im Wege kartellrechtlicher Ansprüche ein Zugang zu Daten Dritter bei der aktuellen Marktsituation eher nicht in Betracht kommt. Spiegelbildlich geht von diesen Ansprüchen aber auch keine „Bedrohung“ eines einfachen Zugriffs Dritter auf die im Datenpool anzulegenden Datenbestände aus.

Die Zugangsrechte nach dem Kapitel II der Datenverordnung gelten hingegen sektorunabhängig. Diese sind vorliegend vor allem in den Phasen der Bauausführung sowie der Nutzung eines Gebäudes von Relevanz. Im Rahmen der Planungsphase sind jedoch die Planungsdaten, also die (digitale) Zeichnung, Kalkulationen (von Mengen, Preisdaten oder benötigter Arbeitskräfte) oder Bauwerksinformationsmodell-Daten mangels IoT-Bezugs nicht erfasst. Gerade im Kontext der Bauausführung und Nutzung ist jedoch von einer steigenden Digitalisierung und Vernetzung der eingesetzten Maschinen, Geräte und Software auszugehen, sodass die hier zugängliche Menge an Daten ebenso wie die Relevanz dieser künftig weiter steigen dürfte.

#### 4. Fokus auf vertragliche Ausgestaltung

In Ermangelung steuernder gesetzlicher Regelungen für den Aufbau eines Datenpools im Sinne einer Datentreuhand wird der Fokus zunächst auf der vertraglichen, privatautonomen Ausgestaltung einer solchen liegen.<sup>199</sup> Dies ermöglicht den Vertragsparteien einerseits, ihren Interessen weitestgehend Rechnung zu tragen und einem gerechten Ausgleich zuzuführen, andererseits setzt gerade dies ein Verhandeln auf Augenhöhe voraus.

Dabei ist neben der vertragstypologischen Einordnung (dazu a)) auch der Frage nachzugehen, wie im Falle einer Leistungsstörung zu verfahren ist (dazu b)) und diese Verträge gegebenenfalls rückabgewickelt werden können (dazu c)).

---

<sup>198</sup> Vgl. hierfür nur die §§ 20 Abs. 1a S. 2, 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB.

<sup>199</sup> So schon Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Halbzeitüberprüfung der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt, Ein vernetzter digitaler Binnenmarkt für alle, COM(2017) 228 final, S. 13; *Czychowski/Winzek*, ZD 2022, 81 (82 ff.); *Ziegler/Nagl*, ZfDR 2023, 57 (61); *Hennemann*, RDi 2021, 61, Rn. 11.

### a) Vertragstypologische Einordnung

Wie bereits von *Podszun* herausgearbeitet, ist schon die vertragstypologische Einordnung von Verträgen, die die Übertragung von beziehungsweise Nutzungsrechte an Datensätzen regeln sollen, mit Rechtsunsicherheiten befrachtet.<sup>200</sup> Mit *Podszun*<sup>201</sup> können dabei grob zwei unterschiedlich Vertragstypen differenziert werden. Dabei soll als Hauptdifferenzierungsmerkmal auf einer ersten Stufe die Grundsatzentscheidung dienen, ob die Daten dem Vertragspartner zeitlich unbegrenzt und ohne vorherige Zweckbestimmung zur Verfügung gestellt werden oder nur für einen gewissen, vertraglich spezifizierten Zeitraum oder Zweck. Erhält der Vertragspartner dauerhaft und ohne vertraglich vereinbarte Zweckbestimmung die Daten beziehungsweise Zugang zu diesen (im Folgenden: Datenkaufvertrag), so soll dies einen Rechtskauf gemäß §§ 453 Abs. 1 S. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen.<sup>202</sup> Das hat zur Folge, dass auf die Vorschriften der §§ 434 ff. BGB in Verbindung mit § 453 Abs. 1 S. 1 BGB zurückgegriffen werden kann.

Sollen die Daten jedoch nur zur Nutzung für einen gewissen Zeitraum oder zur Erfüllung eines vertraglich spezifizierten Zwecks überlassen beziehungsweise zugänglich gemacht werden (im Folgenden: Datennutzungsvertrag), ähnelt dies einem Lizenzvertrag: Denn wie bei der immaterialgüterrechtlichen Lizenz wird das Recht, den Vertragsgegenstand (vorliegend die Daten) auf Zeit oder zur Erreichung eines bestimmten Zwecks zu nutzen und die (Rechts)Früchte<sup>203</sup>, § 99 BGB, zu ziehen, eingeräumt.<sup>204</sup> Aber selbst bei der vertragstypologischen Einordnung der immaterialgüterrechtlichen Lizenz, an die der Datennutzungsvertrag anknüpft, wird seit Jahrzehnten mit Behelfslösungen

---

<sup>200</sup> *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 139 ff.; ebenso *Hennemann*, RD 2021, 61, Rn. 16.

<sup>201</sup> *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 139 ff.

<sup>202</sup> So auch *Hoeren/Pinelli*, JZ 2020, 879 (880). Allerdings ist auf das nicht vorhandene Ausschließlichkeitsrecht an Daten hinzuweisen. Dies explizit bestätigend und eine Exklusivität von Daten als Innovationshindernis bezeichnend Europäische Kommission, COM(2022) 68 final, S. 11 sowie ErwG 6 S. 3 DatenVO; vgl. je mit weiteren Nachweisen *Podszun*, Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks, 2023, S. 23, 36 ff.; *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2022, 1481 (1481); *Specht-Riemenschneider*, MMR 2022, 809 (809); siehe, zwar im Kontext der Datenlizenz, so gleich die Nachweise bei Fn. 204.

<sup>203</sup> Hinsichtlich der Fruchtziehung an Daten zweifelnd *Schur*, Die Lizenzierung von Daten - Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie, 2020, S. 176 f.

<sup>204</sup> Auch wenn *Podszun* zu Recht darauf hinweist, dass die Situation auf Seiten des Dateninhabers mangels Zuordnung eines Ausschließlichkeitsrechts an „seinen“ Daten nur rein faktisch der eines klassischen Lizenzgebers gleicht, vgl. *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 141 mit weiteren Nachweisen und unter Rückgriff auf die grundlegende Erarbeitung von *Schur*, Die Lizenzierung von Daten – Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie, 2020, S. 132 ff., 181 f.

und stark einzelfallbezogen agiert.<sup>205</sup> Letztlich besteht aber wohl jedenfalls Einigkeit, dass dem Lizenzvertrag gewisse pachtrechtliche<sup>206</sup> Elemente immanent sind.<sup>207</sup> Die Behandlung der Datenlizenz dürfte entsprechend zu noch größeren Unsicherheiten führen, die letztlich nur durch gesetzgeberische Klarstellungen oder durch den zeitintensiven Aufbau eines richterrechtlichen Fallkorpus beseitigt werden können.<sup>208</sup> Eine hilfreiche gesetzgeberische Ergänzung könnte insoweit die Aufnahme neuer Vertragstypen sein, die die Besonderheiten im Kontext Daten, beispielsweise ihre mangelnde rechtliche Zuordnung im Sinne eines Ausschließlichkeitsrechts, aufgreifen und entsprechend berücksichtigen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass vertragliche Lösungen zwar einerseits aufgrund der vergleichswisen Neuartigkeit der Materie aufwendig und mit Rechtsunsicherheiten belegt sind, andererseits aber auch sehr viel Gestaltungsspielraum bieten und innovative Datenaustauschmodelle nicht verhindern. Auf jeden Fall sollten aber, unabhängig davon, ob es sich um einen Datenkauf-, einen Datennutzungsvertrag oder gar um eine gänzliche neue Vertragsart handelt, insbesondere die wesentlichen technischen Bedingungen des Zugangs so spezifisch wie möglich geregelt werden.<sup>209</sup> Welche vertragliche Lösung schließlich vorzugswürdig ist, ist dabei aber nicht zuletzt von einer umfassenden Abwägung der Interessen der am Vertrag Beteiligten abhängig und kann nicht abstrakt beantwortet werden.

## b) Leistungsstörung

Sowohl beim Datenkauf- als auch beim Datennutzungsvertrag stellt sich die Frage, wann hinsichtlich der Datenüberlassung beziehungsweise der Zugänglichmachung eine

---

<sup>205</sup> Vgl. *Schur*, Die Lizenzierung von Daten – Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie, 2020, S. 171 ff., für einen instruktiven Überblick über die denkbaren Ansätze.

<sup>206</sup> Der von der Verweisung in § 581 Abs. 2 BGB grundsätzlich erfasste § 548a BGB über die Miete digitaler Produkte kommt vorliegend nicht zur Geltung, da – wie bereits erwähnt – keine digitalen Produkte im Sinne des § 327 BGB gegenständlich sind. Ferner ist § 578b BGB nicht anwendbar, da dieser nur bei Verbraucherverträgen, vgl. § 310 Abs. 3 BGB, gilt.

<sup>207</sup> *Schur*, Die Lizenzierung von Daten - Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie, 2020, S. 172 f. mit umfangreichem Nachweis der Literaturmeinungen und entsprechenden Rechtsprechung des BGH; vgl. auch BeckOGK/*Schlinker*, 1.9.2023, BGB § 581 Rn. 218 f.

<sup>208</sup> So auch *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 143.

<sup>209</sup> Siehe die von *Podszun* angeführten Mindestregelungsinhalte, allerdings im Kontext eines gesetzlichen Zugangs: „Konkretes Zugangsziel, Umfang des Zugriffs, mit dem Zugang verbundene Rechte (z.B. reine Betrachtung oder auch Bearbeitung), Details der technischen Ermöglichung des Zugangs (Schritt für Schritt), ggf. erforderliche Hilfsmittel oder Zusatzrechte für den Zugang, Mitwirkungspflichten der jeweiligen Parteien für den Zugang, Dauer der Zugangseröffnung, Frequenz des Zugriffs, Aktualität des zur Verfügung gestellten Materials (Livestream oder aktuelle Daten), zu beachtende technische oder rechtliche Besonderheiten.“, vgl. *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 163 f.

Leistungsstörung vorliegt. Konkret stellt sich also die Frage, wann der Datensatz nicht vertragsgemäß überlassen wurde.<sup>210</sup>

Vorweg ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bei der freiwilligen Zusammenführung von Daten, die grundsätzlich unter die DatenVO fallen, ohne dass hierzu eine Pflicht nach Art. 5 DatenVO, nach anderem anwendbaren Unionsrecht oder nach im Einklang mit dem Unionsrecht erlassenen nationalen Recht besteht, die Klauselkontrolle nach Art. 8 ff.<sup>211</sup> DatenVO nicht anwendbar ist, vgl. Art. 8 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 DatenVO. Ferner greift die Missbrauchskontrolle nach Art. 13 DatenVO nur, wenn die Klausel durch einen Unternehmer einem anderen einseitig auferlegt wurde.<sup>212</sup> Damit sind ausweislich ErwG 59 S. 3 u. 4 DatenVO Situationen adressiert, „in denen eine Partei eine bestimmte Vertragsklausel einbringt und das andere Unternehmen den Inhalt dieser Klausel trotz Verhandlungsversuchs nicht beeinflussen kann. Vertragsklauseln, die lediglich von einer Partei eingebracht und von dem anderen Unternehmen akzeptiert werden, oder Klauseln, die zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt und anschließend in geänderter Form vereinbart werden,“ gelten nicht als einseitig auferlegt. Individuell ausgehandelte Klauseln unterfallen demnach nicht der Missbrauchskontrolle.

Im Fall des Datenkaufvertrags ist für die Frage der Vertragsgemäßheit der Leistung des Datenverkäufers insbesondere der Mangel(freiheits)begriff des § 434 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 453 Abs. 1 S. 1 BGB relevant: Die geschuldeten Daten sind demnach (sach)mangelfrei, wenn sie den subjektiven, § 434 Abs. 2 BGB, und objektiven Anforderungen, § 434 Abs. 3 BGB, (sowie den Montageanforderungen) entsprechen. Maßgeblich ist dabei u.a. die vereinbarte Beschaffenheit, § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB,<sup>213</sup> zu der gemäß § 434 Abs. 2 S. 2 BGB unter anderem auch die Qualität, Funktionalität, Kompatibilität und Interoperabilität gehören. Die Qualität von Daten (oft „fitness for use“ genannt) kann in fünf Qualitätsebenen unterteilt werden: „availability, usability, reliability, relevance, and presentation quality“.<sup>214</sup> Sie bringen zum Ausdruck, dass zur Qualität von Daten auch die richtige Darstellung sowie die Lesbarkeit gehören.<sup>215</sup> Im Fall der mangelhaften Leistung greifen dann die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche des § 437 BGB. Gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB kann der Datenkäufer also Nacherfüllung verlangen, gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 Abs. 5 BGB vom Vertrag zurück-

---

<sup>210</sup> Ebenfalls von Relevanz ist selbstverständlich die Frage des vertragsgemäßen Zugangs zu den Daten auf Primäranspruchsebene.

<sup>211</sup> Hierzu allgemein und noch zur Entwurfsfassung *Podszun*, Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks, 2023, S. 29 f., 75 ff.

<sup>212</sup> Vgl. hierzu nunmehr ausführlich *Beinke/Daute*, RD 2024, 69; *Lettl*, WM 2024, 185 und *Schwamberger*, MMR 2024, 96.

<sup>213</sup> Zu den strengen Voraussetzungen an Beschaffenheitsvereinbarungen mit weiteren Nachweisen BeckOK BGB/*Faust*, 68. Edition 1.11.2023, BGB § 434 Rn. 33.

<sup>214</sup> Vgl. hierzu bereits oben Fn. 52.

<sup>215</sup> Vgl. für eine instruktive Darstellung der verschiedenen Dimensionen: *Cai/Zhu*, The Challenges of Data Quality and Data Quality Assessment in the Big Data Era, *Data Science Journal* 2015, 14: 2, S. 5, doi: 10.5334/dsj-2015-002 sowie für eine Erläuterung *Hoeren/Pinelli*, JZ 2020, 879 (883).

treten, gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB den Kaufpreis mindern, gemäß §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a Schadensersatz oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Damit ist auch der Käufer von Daten gut gegen etwaige mangelhafte Datensätze abgesichert.<sup>216</sup>

Im Fall eines Datennutzungsvertrags stellt sich die Situation ungleich komplizierter dar. Nimmt man mit einem Teil der Literatur<sup>217</sup> an, dass es sich insoweit um einen pachtrechtlich zu behandelnden Vertragstypus handelt, so greifen der mietrechtliche Mangelbegriff des § 536 BGB und die Gewährleistungsrechte der §§ 536 f., die gemäß § 582 Abs. 2 BGB entsprechend anzuwenden sind. Für die Beurteilung der Vertragsgemäßheit ist ebenfalls die konkrete Beschaffenheitsvereinbarung maßgeblich.<sup>218</sup> Fehlt eine solche, ist gemäß den §§ 582 Abs. 2, 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu fragen, ob die zur Verfügung gestellten Daten in zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand sind. Dies bestimmt sich wiederum maßgeblich nach dem vereinbarten Nutzungszweck und richtet sich nach den gesamten Umständen des Vertragsverhältnisses.<sup>219</sup>

Lehnt man hingegen die Anwendung pachtrechtlicher und damit mietrechtlicher Vorschriften ab, greifen in Ermangelung spezieller gesetzlicher Regelungen die allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB beziehungsweise stets vorrangig vertraglich vereinbarte Gewährleistungsrechte sowie der Ausschluss solcher.<sup>220</sup> Letztere beide lassen dabei jedoch wiederum die Transaktionskosten steigen und schaffen kaum Rechtssicherheit.<sup>221</sup> Das gilt insbesondere im Fall der Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle gemäß den §§ 305 ff. BGB.<sup>222</sup> Denn gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB anzunehmen,<sup>223</sup> wenn eine Bestimmung „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so ein-

---

<sup>216</sup> So auch *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 141.

<sup>217</sup> Mit weiteren Nachweisen *Schur*, *Die Lizenzierung von Daten - Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie*, 2020, S. 172.

<sup>218</sup> *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 144; BeckOGK/*Schlinder*, 1.9.2023, BGB § 581 Rn. 219.

<sup>219</sup> BeckOK MietR/*Schüller*, 34. Edition 1.11.2023, BGB § 536 Rn. 5; BeckOGK/*Schlinder*, 1.9.2023, BGB § 581 Rn. 219.

<sup>220</sup> So *Schur*, *Die Lizenzierung von Daten - Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie*, 2020, S. 235 f.; *Hennemann*, RDi 2021, 61 Rn. 32.

<sup>221</sup> *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 143; *Ziegler/Nagl*, ZfDR 2023, 57 (61).

<sup>222</sup> Zu den sich ergebenden Problemen beispielhaft *Hoeren/Pinelli*, JZ 2020, 879 (883). Zum Verhältnis des Art. 13 DatenVO und der AGB-Kontrolle siehe nunmehr *Beinke/Daute*, RDi 2024, 69; *Lettl*, WM 2024, 185 und *Schwamberger*, MMR 2024, 96.

<sup>223</sup> Beachte hierbei, dass bei AGBs iSd § 305 Abs. 1 BGB, die gegenüber Unternehmern verwendet werden, gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB die § 308 Nr. 1, 2 – 9 und § 309 keine Anwendung finden, jedoch gem. § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB insoweit anzuwenden sind, als dies zur Unwirksamkeit von in § 308 Nr. 1, 2 – 9 und § 309 genannten Vertragsbestimmungen führt. So auch *Schur*, *Die Lizenzierung von Daten - Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie*, 2020, S. 206.

schränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.“ Welche Rechte oder Pflichten<sup>224</sup> sich allerdings aus der Natur des Datennutzungsvertrags konkret ergeben, ist anhand eines typisierten Falls zu untersuchen und wird sich hinreichend treffsicher wiederum erst aus einem noch zu bildenden Korpus höchstrichterlicher Rechtsprechung ergeben.<sup>225</sup> Anzumerken ist, dass die Möglichkeit konkreter Erkenntnisgewinnung mittels des zu nutzenden Datensatzes – typischerweise und vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Regelung – nicht Inhalt eines Datennutzungsvertrags ist.<sup>226</sup>

Wie schon zuletzt von *Hoeren/Pinelli*<sup>227</sup>, *Podszun*<sup>228</sup> und *Hennemann*<sup>229</sup> angemahnt, wäre eine einheitliche Definition eines Mangelbegriffs für Daten förderlich und würde mehr Rechtssicherheit bei der Beurteilung des Vorliegens eines Mangels schaffen.

### c) Rückgabe und Rückabwicklung

Probleme ergeben sich ferner bei der Frage der Rückgabe von Daten und der Rückabwicklung von Datenkauf- oder Datennutzungsverträgen, beispielsweise bei Kündigung (§§ 581 Abs. 2, 542 Abs. 1, § 580a BGB), Rücktritt (§ 346 Abs. 1) oder im Fall der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB).<sup>230</sup> Grundsätzlich kommt hierbei nur die Löschung der Daten von den Systemen des Datenkäufers, -nutzers oder ungerechtfertigt Bereicherten in Betracht,<sup>231</sup> um eine künftige Nutzung dieser auszuschließen. Im Fall der ordnungsgemäßen Kündigung ist dies noch vergleichsweise einfach, da hier die Beendigung nach ordnungsgemäßen Vertragsablauf eintritt und sich nur die Fragen der Verifikation der Löschung stellen.<sup>232</sup>

Ungleich komplexer ist die Fragestellung im Fall des Rücktritts oder der ungerechtfertigten Bereicherung, wenn die Daten vom Erwerber, Nutzer oder ungerechtfertigt Bereicherten bereits verarbeitet worden sind. Zwar sind auch die Nutzungen gemäß § 346

<sup>224</sup> Zu den Hauptpflichten insoweit *Schur*, Die Lizenzierung von Daten – Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie, 2020, S. 234.

<sup>225</sup> BeckOK BGB/H. *Schmidt*, 68. Edition 1.11.2023, BGB § 307 Rn. 66 ff.; *Kollmann*, in Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), NomosKommentar-BGB, 4. Auflage 2021, BGB § 307 Rn. 36; Prognosen möglicher Entwicklungen der Rechtsprechung wagend und weitestgehend von „Kontrollfreiheit“ ausgehend *Schur*, Die Lizenzierung von Daten – Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie, 2020, S. 209 f.

<sup>226</sup> Dies zu Recht klarstellend *Hennemann*, RDi 2021, 61 Rn. 33.

<sup>227</sup> *Hoeren/Pinelli*, JZ 2020, 879 (882 f., 884), die jedoch auf den notwendigen internationalen Kontext von Datenqualitätsstandards hinweisen.

<sup>228</sup> *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 145.

<sup>229</sup> *Hennemann*, RDi 2021, 61 Rn. 32.

<sup>230</sup> Hierzu bereits *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 145 f.; *Hoeren/Pinelli*, JZ 2020, 879 (880).

<sup>231</sup> Eine vorherige Rückübertragung ist in der Regel nicht erforderlich, da die Daten beim anderen noch verfügbar sind.

<sup>232</sup> Zur praktisch relevanten Frage der Verifikation einer (angeblich) erfolgten Löschung *Hoeren/Pinelli*, JZ 2020, 879 (881).

Abs. 1 Hs. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB herauszugeben.<sup>233</sup> Jedoch stellt sich auch hier die Frage der praktischen Machbarkeit. Eine Herausgabe der durch die Verarbeitung erzielten Erkenntnisse dürfte für die andere Partei nicht selten von wenig Wert sein. Auch die Löschung der Erkenntnisse verfehlt hier schon aus rein praktischen Gründen das Ziel, da die Daten bereits „ihren Dienst“ getan haben und die gewonnenen Erkenntnis nicht „sicher“ und rückstandslos gelöscht werden kann. Zwar ist gemäß § 346 Abs. 1 Hs. 2, 2 S. 1 Nr. 1 BGB auch für die herauszugebenden Nutzungen Wertersatz zu leisten, die Berechnung des Verarbeitungswerts kann allerdings zu Schwierigkeiten führen.<sup>234</sup>

Auch im Fall der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 Abs. 1 BGB stellen sich ähnliche Fragen.<sup>235</sup> So sind neben der Herausgabe des erlangten Etwas (vorliegend regelmäßig durch Löschung der Daten zu verwirklichen) ebenfalls die „gezogenen Nutzungen“ gemäß § 818 Abs. 1 BGB herauszugeben. Gemäß § 818 Abs. 2 BGB ist auch hier Wertersatz im Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe zu leisten.

#### d) Zwischenergebnis

Die freie vertragliche Ausgestaltung von Datenaustauschverträgen ist grundsätzlich mit dem geltenden bürgerlichen Recht bewältigbar, wenn sie auch im Einzelfall komplex, mit Rechtsunsicherheit und daraus resultierenden höheren Transaktionskosten verbunden ist. Zwar wäre hier eine gesetzgeberische Klarstellung im Sinne einer Ergänzung typisierter, die Privatautonomie stärkender horizontaler Datenaustauschregelungen wünschenswert. Jedoch ist eine solche nicht absehbar und auch auf absehbare Zeit wohl nicht zu erwarten. Gerade aufgrund der aufgezeigten Komplexität und der damit einhergehenden Unsicherheiten ist es ganz besonders empfehlenswert, ein derartiges Datenaustauschverhältnis in eine das gegenseitige Vertrauen schaffende und stärkende gesellschaftliche Struktur (siehe hierzu sogleich II. 5.) einzubetten.

### 5. Kooperationsmöglichkeiten in Form eines Datenpools, insbesondere gesellschaftsrechtliche Aspekte

Nachdem die Grenzen der Standardisierung sowie die Vorteile eines Datenpools aufgezeigt wurden (dazu a)), werden gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten bei

---

<sup>233</sup> Die nach § 346 Abs. 1 Hs. 2 BGB vorgesehene Herausgabe von Nutzungen, § 100 BGB, ist dabei einerseits sehr weit zu fassen, andererseits aber auch zu beschränken, vgl. *Hoeren/Pinelli*, JZ 2020, 879 (881).

<sup>234</sup> Der Einfachheit halber für einen Wertersatz, begrenzt auf die Höhe der vertraglich vereinbarten Gegenleistung plädierend, *Hoeren/Pinelli*, JZ 2020, 879 (881 f.) und sich ihnen anschließend *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 145 f. Dieser Ansatz kommt jedoch spätestens im Fall des Rücktritts in Folge Mangelhaftigkeit der Daten an seine Grenzen, da hier der entsprechende Minderwert der Daten zu kalkulieren wäre.

<sup>235</sup> So auch schon *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 146.

der Schaffung eines Datenpools dargestellt (dazu b)) sowie grundlegende Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft ausgeführt (dazu c)).

### a) Grenzen der Standardisierung und Vorteile eines Datenpools

Grundsätzlich sind verschiedene Kooperationsmöglichkeiten der an der Wertschöpfungsnetzwerk Bau beteiligten Unternehmen vorstellbar. Dabei kommt gleichermaßen projektbezogene oder auch projektübergreifende digitale Zusammenarbeit auf individueller bilateraler vertraglicher Basis in Betracht, beispielsweise unter Zugrundelegung individuell aufeinander abgestimmter Softwarelösungen und Datenformate entlang der Wertschöpfungskette. Diese Lösung leidet aber an offensichtlichen Mängeln. So kriert sie selbst auferlegte Lock-in-Effekte, da nach einmaliger Einführung eines Standards und der Abstimmung mit dem konkreten Vertragspartner der Wechsel zu einem anderen Vertragspartner, der mit einem anderen Standard arbeitet, nur unter Inkaufnahme hoher Transaktionskosten möglich ist. Dem kann freilich, wie von *Podszun*<sup>236</sup> auch für das Handwerk angedacht, durch die Einführung sowohl horizontaler als auch vertikaler Selbstverpflichtungen zu bestimmten Standards<sup>237</sup> oder sogenannter Verhaltenskodizes entgegengewirkt werden, wobei auch insoweit jeweils die kartellrechtlichen Grenzen zu beachten sind (siehe dazu sogleich II. 6.). Der Erfolg solcher Modelle ist jedoch vom Netzwerkeffekt abhängig: Denn erst wenn eine kritische Masse an Unternehmen in den jeweiligen Zweigen der Branche sich der Selbstverpflichtung oder dem Kodex unterwirft, werden andere, zunächst zögerliche Unternehmen sich ihrerseits gezwungen sehen, sich ebenfalls zu verpflichten.<sup>238</sup> Gerade bei einer derart stark durch KMUs geprägten Branche wie dem Bauwesen ist fraglich, ob hier das nötige Momentum entstehen kann.

Ferner ist grundsätzlich denkbar, durch Zusammenschluss mehrerer Unternehmer kollektive Verhandlungsmacht aufzubauen.<sup>239</sup> Dieser Ansatz ist jedoch insbesondere dann empfehlenswert, wenn es einige wenige große Spieler im Marktgeschehen gibt, die den auf sie angewiesenen KMUs ihre Vertrags- und technischen Konditionen diktieren. Denn ohne Verhandlungsgegner ist größere Verhandlungsmacht nutzlos. Vorliegend

---

<sup>236</sup> *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 132, 136.

<sup>237</sup> Also beispielsweise durch die Festlegung bestimmter Dateiformate, Einführung von Interoperabilitätsvorgaben und einheitlicher Schnittstellen.

<sup>238</sup> Am Ansatz der freiwilligen Selbstverpflichtung zweifelnd *Ziegler/Nagl*, ZfDR 2023, 57 (61); ebenso der unionale Gesetzgeber in ErwG 79 S. 2 DatenVO, der ernüchtert einräumt, dass dieser in Art. 6 Free-Flow-of-Data-VO (2018/1807) gewählte Ansatz, zwar im Kontext des Wechsels von Datenverarbeitungsdiensten, nicht den gewünschten Erfolg brachte: „Da die Verbreitung daraufhin entwickelter Selbstregulierungsrahmen zurückhaltend ausfiel und es generell an offenen Standards und Schnittstellen mangelt, muss für Anbieter von Datenverarbeitungsdiensten eine Reihe regulatorischer Mindestverpflichtungen festgelegt werden...“.

<sup>239</sup> Siehe hierzu mit weiteren Nachweisen zur wettbewerbsrechtlichen Diskussion im Arbeitsrecht *Podszun*, Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, S. 137, Fn. 284.

wird das Marktgeschehen aber nicht durch einige wenige Unternehmen maßgeblich diktiert. Vielmehr besteht die Baubranche ganz überwiegend aus KMUs.

Als weitere mögliche Form der Kooperation ist, wie oben bereits (siehe A. IV. 4.) dargestellt, die Schaffung eines Datenpools beabsichtigt. Daher gilt es, die Grundeigenschaften der diskutierten gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten (dazu a)) und sodann die grundlegenden Rechte und Pflichten einer Mitgliedschaft im Datenpool (dazu b)) aufzuzeigen.

## b) Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten

Wie bereits dargelegt (siehe II. 4.), besteht eine große Freiheit bei der vertraglichen Gestaltung des Datenaustauschs, die jedoch mit hoher Komplexität sowie Rechtsunsicherheit verbunden ist. Besonders empfehlenswert ist es daher, mittels einer das gegenseitige Vertrauen schaffenden und stärkenden gesellschaftsrechtlichen Organisation des Datenpools diese Komplexität und Rechtsunsicherheit im individuellen Austauschverhältnis abzumildern sowie sich durch die gemeinschaftliche Zweckverfolgung langfristig zu einigen. Unter einer das gegenseitige Vertrauen stärkenden gesellschaftsrechtlichen Organisation ist dabei eine solche zu verstehen, die den einzelnen, am Pool Beteiligten beispielsweise durch satzungsmäßige Mitbestimmungsrechte die nötige Sicherheit gibt, dass seine Daten nicht zweckentfremdet oder zu seinem Nachteil verwendet werden.

Die diskutierten Rechtsformen sind vorliegend die eingetragene Genossenschaft (dazu aa)), der eingetragene Verein (dazu bb)) und die (gegebenenfalls gemeinnützige) GmbH (dazu cc)).

### (aa) Eingetragene Genossenschaft<sup>240</sup>

Die eingetragene Genossenschaft (eG)<sup>241</sup> zeichnet sich durch ihren charakteristischen besonderen genossenschaftlichen Förderzweck, § 1 Abs. 1 GenG, sowie das Stimmrecht, nachdem jedes Mitglied grundsätzlich eine Stimme hat, § 43 Abs. 3 S. 1 GenG, aus.<sup>242</sup> Sie wurde insbesondere mit Blick auf die Bedürfnisse kleiner Unternehmen bereits im 19. Jahrhundert geschaffen.<sup>243</sup> Zweck der Genossenschaft ist es gemäß § 1

---

<sup>240</sup> Ferner gibt es den genossenschaftlichen Gedanken auch im unionalen Recht, das mit der *Societas Cooperativa Europaea* (SCE) eine entsprechende Rechtsform bereithält. Zur mangelnden praktischen Relevanz vgl. Bundeskartellamt, 11/2021, Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht, Rn. 62; zum Gedanken der Datengenossenschaft im Agrarsektor vgl. *Atik/Martens*, 3 JIPITEC 2021, 370 (390 ff.) u. *Jouanjean/Casalini/Wiseman/Gray*, OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers, No. 146 (10/2020), S. 15 ff., abrufbar unter: doi: 10.1787/53ecf2ab-en.

<sup>241</sup> Hierfür plädierend *Bühler/Nübel/Jelinek* u.a., *Buildings*, 13 (2023), 442, S. 17, doi: 10.3390/buildings13020442.

<sup>242</sup> *Geibel*, in Henssler/Strohn (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, 5. Auflage 2021, GenG § 1 Rn. 1; BT-Drs. 16/1025, S. 81; Bundeskartellamt, 11/2021, Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht, Rn. 61.

<sup>243</sup> Bundeskartellamt, 11/2021, Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht, Rn. 58.

Abs. 1 GenG, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern.<sup>244</sup> Die Mitglieder einer Genossenschaft sind dabei grundsätzlich aktiv in die Genossenschaft eingebunden, indem sie in der Regel nicht nur das benötigte Kapital zur Verfügung stellen, sondern auch als Eigentümer und gleichzeitig Kunden der eG fungieren.<sup>245</sup> Ferner erfolgt die Willensbildung der eG durch die Generalversammlung der Mitglieder, § 43 Abs. 1 GenG, und der Vorstand und der Aufsichtsrat muss gleichermaßen grundsätzlich mit Mitgliedern besetzt sein, § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GenG.<sup>246</sup> Die eG ist zudem gemäß § 17 Abs. 2 GenG Kaufmann im Sinne des HGB sowie juristische Person gemäß § 17 Abs. 1 GenG.

### **(bb) Eingetragener Verein**

Daneben besteht die Möglichkeit der Organisation als eingetragener Verein (e.V.) gemäß §§ 21 ff., 55 ff. BGB. Allerdings ist gemäß § 21 BGB erforderlich, dass sein Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, andernfalls greift § 22 BGB, der dem wirtschaftlichen Verein die Rechtsfähigkeit bis auf wenige Ausnahmen vorenthält.<sup>247</sup> Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH gegeben, „wenn der Verein planmäßig, auf Dauer angelegt und nach außen gerichtet, dh über den vereinsinternen Bereich hinausgehend, eigenunternehmerische Tätigkeiten entfaltet, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielen.“<sup>248</sup> Als wirtschaftlicher Verein gilt ein Verein jedenfalls dann, wenn er unter eine der folgenden Fallgruppen fällt: unternehmerisch tätige Vereine, Vereine mit unternehmerischer Tätigkeit in einem Binnenmarkt sowie Vereine zum Zwecke der genossenschaftlichen Kooperation.<sup>249</sup> Hinzuweisen ist ferner auf das sogenannte, in ständiger Rechtsprechung anerkannte Nebenzweckprivileg als Ausnahme des Nichtwirtschaftlichkeitsgebots, also wenn die wirtschaftliche Tätigkeit (Ne-

<sup>244</sup> Instruktiv *Geibel*, in Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 5. Auflage 2021, GenG § 1 Rn. 3 ff.; zu beachten ist, dass ein gemeinwirtschaftlicher Hauptzweck grundsätzlich unzulässig ist, *Geibel*, in Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 5. Auflage 2021, GenG § 1 Rn. 7. Zur Frage der Zulässigkeit eines rein gemeinnützigen Zwecks i.S.d. §§ 52 – 54 AO vgl. mit weiteren Nachweisen *Geibel*, in Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 5. Auflage 2021, GenG § 1 Rn. 7.

<sup>245</sup> Bundeskartellamt, 11/2021, Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht, Rn. 58.

<sup>246</sup> *Geibel*, in Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 5. Auflage 2021, GenG § 9 Rn. 1 u. 4, § 43 Rn. 1 ff.

<sup>247</sup> Vgl. hierzu BeckOGK/*Segna*, 1.12.2022, BGB § 22 Rn. 0-29; BeckOK BGB/*Schöpflin*, 68. Edition 1.11.2023, BGB § 22 Rn. 1-16.

<sup>248</sup> Zuletzt BGH, Beschluss v. 11.9.2018 – II ZB 11/17 = NJW-RR 2018, 1376, Rn. 15; BGHZ 15, 315 (319 f.) = NJW 1955, 422; BGHZ 45, 395 (397) = NJW 1966, 2007; BGHZ 85, 84 (92 f.) = NJW 1983, 569.

<sup>249</sup> Vgl. nur BeckOK BGB/*Schöpflin*, 68. Edition 1.11.2023, BGB § 21 Rn. 97 mit weiteren Nachweisen u. Rn. 108 ff. mit vielen Beispielen sowie mit weiteren Nachweisen.

benzweck) des Vereins nur ein zur Erreichung der ideellen Zwecke (Hauptzweck) zu- und untergeordnetes Hilfsmittel darstellt.<sup>250</sup>

Der BGH nimmt hier nunmehr in seiner sogenannten „KiTa-Rechtsprechung“ eine Indizwirkung der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeitsanerkennung gemäß den §§ 51 ff. AO für das Vorliegen der Nichtwirtschaftlichkeit an.<sup>251</sup> Bei einer möglichen vereinsrechtlichen Organisation des Datenpools ist es, falls die Eintragung und damit die Rechtsfähigkeit begehrt wird, empfehlenswert, vorab die Anerkennung der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit sicherzustellen.<sup>252</sup> Die wesentlichen Organe des eingetragenen Vereins sind der gesetzliche Vorstand, § 26 BGB, der, anders als bei der eG grundsätzlich nicht Vereinsmitglied sein muss, sowie die Mitgliederversammlung als Willensbildungsorgan, § 32 BGB.<sup>253</sup>

### (cc) (gemeinnützige) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Schließlich bleibt noch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Die GmbH zeichnet sich im Gegensatz zur eG durch die Zweckoffenheit aus sowie dadurch, dass sie auch durch eine einzige Person gegründet werden kann, § 1 GmbHG.<sup>254</sup> Verfolgt sie allerdings ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke gemäß den §§ 51 – 68 AO, so kann die Firma einer derartigen GmbH gemäß § 4 S. 2 GmbHG mit dem Zusatz „gGmbH“ gebildet werden. Im Übrigen ist sie aber eine „normale“ GmbH.<sup>255</sup> Die wesentlichen Organe einer GmbH sind der Geschäftsführer, § 6 Abs. 1 GmbHG, und die Gesamtheit der Gesellschafter als ihr Willensbildungsorgan, die in der Regel als Gesellschafterversammlung agiert, § 48 GmbHG. Ein Aufsichtsrat ist, anders als bei der eG, grundsätzlich freiwillig, § 52 Abs. 1 GmbHG.<sup>256</sup> Im Unterschied zur eG und zum e.V. ist bei der Stimmabgabe der Geschäftsanteil maßgeblich für das Gewicht der je-

<sup>250</sup> Zuletzt BGH Beschluss v. 11.9.2018 – II ZB 11/17 = NJW-RR 2018, 1376, Rn. 15; RGZ 83, 232 (237); BGHZ 15, 315 (319) = NJW 1955, 422; BVerwGE 105, 313 (316 f.) = NJW 1998, 1166; BGH Beschluss v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 = NJW 2017, 1943, Rn. 19; BeckOK BGB/Schöpflin, 68. Edition 1.11.2023, BGB § 21 Rn. 118; *Mansel*, in Jauernig (hrsg. v. Stürner), 19. Auflage 2023, BGB § 21 Rn. 4.

<sup>251</sup> BGH Beschluss v. 16.5.2017 – II ZB 7/16 = NJW 2017, 1943, Rn. 18 ff., 22 ff.; vgl. hierzu BeckOK BGB/Schöpflin, 68. Edition 1.11.2023, BGB § 21 Rn. 97, 99, 100 ff.; *Mansel*, in Jauernig (hrsg. v. Stürner), 19. Auflage 2023, BGB § 21 Rn. 4.

<sup>252</sup> Ebenso BeckOK BGB/Schöpflin, 68. Edition 1.11.2023, BGB § 21 Rn. 107, 125.

<sup>253</sup> Vgl. BeckOK BGB/Schöpflin, 68. Edition 1.11.2023, BGB § 26 Rn. 4 f., § 32 Rn. 0, 3 ff.; *Mansel*, in Jauernig (hrsg. v. Stürner), 19. Auflage 2023, BGB § 26 Rn. 1, 2; BeckOGK/Notz, 15.9.2018, BGB § 32 Rn. 7.

<sup>254</sup> BeckOK GmbHG/C. Jaeger, 57. Edition 1.8.2023, GmbHG § 1 Rn. 1 ff.; *Altmeyden*, GmbHG, 11. Auflage 2023, GmbHG § 1 Rn. 1, 4 ff. mit einem Überblick unzulässiger Gesellschaftszwecke in den Rn. 16 ff.

<sup>255</sup> BeckOK GmbHG/C. Jaeger, 57. Edition 1.8.2023, GmbHG § 4 Rn. 21a; *Altmeyden*, GmbHG, 11. Auflage 2023, GmbHG § 4 Rn. 20 f.; *Heinze*, in Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG, 4. Auflage 2022, GmbHG § 4 Rn. 2.

<sup>256</sup> BeckOK GmbHG/C. Jaeger, 57. Edition 1.8.2023, GmbHG § 52 Rn. 1; *Altmeyden*, GmbHG, 11. Auflage 2023, GmbHG § 35 Rn. 1.

weiligen Stimme, vgl. § 47 Abs. 2 GmbHG.<sup>257</sup> Diese Regelung ist allerdings im Gesellschaftsvertrag abdingbar, § 45 Abs. 2 GmbHG.<sup>258</sup> Gemäß § 13 Abs. 3 GmbHG ist die GmbH Handelsgesellschaft im Sinne des HGB und damit sogenannter Formkaufmann, § 6 HGB.

#### **(dd) Sonstige Rechtsformen**

Neben den drei näher beleuchteten Rechtsformen kommen ferner die übrigen Personen- und Kapitalgesellschaften, wie beispielsweise die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, §§ 705 ff BGB), die offene Handelsgesellschaft (oHG, §§ 105 ff. HGB), die Kommanditgesellschaft (KG, §§ 161 ff. HGB) beziehungsweise neben der GmbH insbesondere die Aktiengesellschaft (AG, §§ 1 ff. AktG)<sup>259</sup> und die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA, §§ 278 ff. AktG), in Betracht.

#### **(ee) Zwischenergebnis**

Auch hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Organisation des Datenpools gibt es viele Gestaltungsmöglichkeiten, die wiederum jeweils unter Berücksichtigung der Vor- und Nachteile, der Interessenlagen der an diesem Projekt beteiligten Akteure sowie der mittel- bis langfristigen Entwicklungspotentiale gegeneinander abgewogen werden müssen. Dabei spielen, wie aufgezeigt, beispielsweise die Frage der Mehrheitsfindung, der mitgliederseitigen Beherrschung oder der Umfang der wirtschaftlichen Betätigung sowie eine gegebenenfalls beabsichtigte Gemeinnützigkeit gemäß den §§ 51 ff. AO eine Rolle. Zudem ist die Verknüpfung mehrerer dieser gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen denkbar. Um das Ziel der Vertrauensschaffung und -stärkung zu erreichen, ist es darüber hinaus empfehlenswert, die am Projekt Beteiligten sorgfältig auszuwählen und sicherzustellen, dass die jeweiligen Kosten-/Nutzenerwartungen nicht zu weit voneinander abweichen. Die Wahl der Rechtsform kann hier nur zusätzlich stützend wirken, indem durch sie beispielsweise gravierende Zweckänderungen oder „feindliche Übernahmen“ institutionell erschwert werden. Im Rahmen dieser Abwägung ist ferner insbesondere eine konkret-individuelle gesellschaftsrechtliche, kapitalmarktrechtliche und steuerrechtliche Prüfung vorzunehmen, sobald das Vorhaben weitere Konturen annimmt.

---

<sup>257</sup> BeckOK GmbHG/Schindler, 57. Edition 1.8.2023, GmbHG § 48 Rn. 0; Altmeyen, GmbHG, 11. Auflage 2023, GmbHG § 47 Rn. 48; BeckOK GmbHG/Schindler, 57. Edition 1.8.2023, GmbHG § 47 Rn. 76 ff.

<sup>258</sup> Vgl. Altmeyen, GmbHG, 11. Auflage 2023, GmbHG § 47 Rn. 48; BeckOK GmbHG/Schindler, 57. Edition 1.8.2023, GmbHG § 47 Rn. 79.

<sup>259</sup> Beachte auch hier das unionale Pendant der Societas Europaea (SE; Art. 1 VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE); ABl. L 294 v. 10.11.2001, S. 1-21).

### c) Grundlegende Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft

Unabhängig von der Wahl der Rechtsform, nach der der Datenpool organisiert sein soll, ist zu empfehlen, dass die Mitglieder zumindest aber grundlegenden Rechten und Pflichten unterliegen, die nach Wahl der konkreten Rechtsform in die jeweiligen Satzungen beziehungsweise Gesellschaftsverträge – soweit zulässig – inkorporiert werden sollten.

Grundsätzlich ist es, wie von *Podszun*<sup>260</sup> bereits andernorts herausgearbeitet, empfehlenswert, dass die Daten vom einzelnen Mitglied in einem strukturierten sowie standardisierten Format kontinuierlich und in Echtzeit, zumindest aber mit hoher Aktualität zur Verfügung gestellt werden. Dabei sollten Mindestvorgaben zu Interoperabilität, Schnittstellen sowie sonstigen technischen Fragen eingehalten werden, die näher zu spezifizieren sind. Gleichmaßen sollte grundsätzlich jedes Mitglied in einer nichtdiskriminierenden Art und Weise Zugriff auf die im Datenpool befindlichen Daten haben, um den Austauschcharakter zu wahren. Zu klären gilt es ferner, auf welcher rechtlichen Grundlage die Daten dem Pool zur Verfügung gestellt werden und welche Gegenleistung hierfür erfolgt – insbesondere, ob der Zugang zum Datenpool als solcher bereits ausreicht. Perspektivisch sind hier bei steigender Mitgliederzahl gegebenenfalls unterschiedliche Einspeisungs- und Nutzungsmodelle vorzuhalten. Zu prüfen ist auch, ob ein effektiver Streitbeilegungsmechanismus zu etablieren ist, der jedem Mitglied zugänglich ist, um beispielsweise Fragen rund um die Bemessung des Werts von Daten oder des Zugangs, beispielsweise bei Wertersatz- oder Schadensersatzansprüchen zu klären.

Gerade mit Blick auf die Planungsdaten, insbesondere Bauplanungen und Bauzeichnungen, sollten hier aber insbesondere auch Fragen des geistigen Eigentums vor Einspeisung und der sich anschließenden Zugänglichmachung geklärt und gegebenenfalls Nutzungs- oder Zugriffsbeschränkungen definiert werden.

### d) Zwischenergebnis

Die rechtliche Organisation eines Datenpools ist auf viele verschiedene Art und Weisen denkbar und ist letztlich von vielen Detailfragen und Abwägungsentscheidungen abhängig, die erst im Zuge der weiteren Konkretisierung des Vorhabens beantwortbar werden. Einer jeglichen rechtlichen Organisation des Datenpools sollten jedoch empfehlenswerter Weise stets die aufgezeigten grundsätzlichen Rechte und Pflichten mit Blick auf das Datenteilen sowie den Zugang zu den gepoolten Daten zu Grunde liegen. Dabei sollten ferner auch effektive Streitbeilegungsmechanismen installiert sowie Antworten auf Fragen rund um das Thema geistiges Eigentum gefunden werden.

---

<sup>260</sup> Vgl. zu diesem Absatz grundlegend *Podszun*, *Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen*, 2021, S. 183 f.

## 6. Kartellrechtliche Grenzen

Bei jeder Art der Kooperation sind jedoch – neben den aufgezeigten datenschutzrechtlichen Hürden – die oben aufgezeigten kartellrechtlichen Grenzen einer Zusammenarbeit und eines Austausches sorgfältig zu prüfen, wobei sowohl die fusionskontrollrechtliche Schranke (dazu a)) als auch die des Kartellverbots (dazu b)) relevant ist bzw. werden kann.

### a) Zusammenschlusskontrolle bei der Unternehmensgründung des Datenpools

Dabei greift die Zusammenschlusskontrolle allerdings erst bei Erreichen signifikanter Schwellenwerte (dazu aa)), so dass erst mit einer entsprechenden substantiellen institutionellen Verfestigung eine Relevanz vorliegen wird (dazu bb)).

#### (aa) Eingreifen erst bei Erreichen der Schwellenwerte

Auch wenn gegenwärtig die nähere Ausgestaltung des Unternehmens, das den Datenpool organisiert, noch unklar ist, kann jedenfalls mittelfristig eine Vollfunktionsfähigkeit nicht ausgeschlossen werden. Entscheidend ist, ob sich das Poolen der Daten als eine eigene unternehmerische Funktionsschicht bzw. Dienstangebot etabliert, was ja gerade das zumindest mittelfristige Ziel des Datenpools sein dürfte.

Wenn das Unternehmen für die Gründungspartner noch auf lange Sicht ein Zuschussgeschäft wäre, so könnte das der Eigenschaft als Vollfunktionsunternehmen entgegenstehen. Denn für ein Vollfunktionsunternehmen ist es erforderlich, dass es die notwendige personelle und finanzielle Ausstattung besitzt und mittelfristig (eine Anlaufzeit von regelmäßig drei bis maximal fünf Jahren ist unschädlich)<sup>261</sup> in der Lage ist, ausreichende Umsätze zu generieren, um selbständig am Markt auftreten zu können.<sup>262</sup> Abhängig von der mittelfristigen wirtschaftlichen Perspektive eines derartigen Projekts liegt ein Zusammenschluss im Sinne der FKVO zumindest nach einer gewissen Zeit eher vor.

Dann wäre zu prüfen, ob die unionsrelevanten Schwellenwerte erreicht werden. Auf europäischer Ebene findet eine Zusammenschlusskontrolle nach der sogenannten Fusionskontrollverordnung (FKVO)<sup>263</sup> bei Zusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung statt, Art. 1 Abs. 1 FKVO. Ein Zusammenschluss hat insbesondere gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unter-

---

<sup>261</sup> Kommission, Case No COMP/JV.48 – VODAFONE / VIVENDI / CANAL PLUS, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/jv48\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/jv48_en.pdf) (zuletzt abgerufen am: 22.02.2024); *Käseberg*, in Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2, 14. Auflage 2022, FKVO Art. 3, Rn. 111.

<sup>262</sup> Europäische Kommission, Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2009/C 43/09, ABl. C 43 v. 21.2.2009, S. 43, Tz. 94; siehe auch *Henschen*, in Schulze (Hrsg.), Handbuch Fusionskontrolle, 2. Auflage 2010, Rn. 1734 ff.

<sup>263</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24 v. 29.1.2004, S. 1-22.

nehmen zusammen mehr als 5 Mrd. EUR und der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 250 Mio. EUR beträgt, wobei die beteiligten Unternehmen jeweils nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen dürfen, Art. 1 Abs. 2 FKVO.<sup>264</sup> Beteiligte Unternehmen sind dabei nach unionalem Recht alle Unternehmen, die an dem Zusammenschluss materiell beteiligt sind,<sup>265</sup> vorliegend also die Gründungspartner und das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen. Ohne weitere Informationen zu den möglichen, beteiligten Unternehmen ist dies gegenwärtig unklar. Sofern die Plattform zunächst auf einzelne – bayerische – Unternehmen beschränkt bliebe, wäre das Erreichen der Schwellenwerte eher unwahrscheinlich. Sofern jedoch zumindest ein bundesweiter Rollout geplant ist, kann sich dies rasch ändern. Einen etwaigen Zusammenschluss hätte die Kommission gemäß Art. 2 FKVO dann danach zu beurteilen, ob durch ihn wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, was insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgen kann, Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO (sog. SIEC-Test<sup>266</sup>). Auch dies kann erst sinnvoll anhand weiterer näherer Informationen bzw. konkreterer Pläne der beteiligten Unternehmen geprüft werden. Hier wird u.a. wichtig sein, ob die Plattform eine marktverschließende Wirkung generiert oder eher zugangsoffen für eine Vielzahl potenziell interessierter Unternehmen ist.

Sollten in der Gründungsphase zunächst einzelne kleinere Unternehmen beteiligt sein, würde die Zusammenschlusskontrolle nach deutschem GWB greifen. Hier wäre insbesondere die „Bagatellmarktklausel“ zu beachten. Denn abweichend von der europäischen Zusammenschlusskontrolle kennt das deutsche Recht mit dieser in § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB normierten Klausel vorliegend eine weitere Hürde für die Anwendung der Fusionskontrolle. Ein Zusammenschluss kann danach nämlich nicht untersagt werden, wenn das Merkmal der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ausschließlich auf Märkten vorliegt, auf denen seit mindesten fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und im letzten Kalenderjahr im Inland insgesamt weniger als 20 Mio. EUR umgesetzt wurden.<sup>267</sup> Dies kommt schon deshalb in Betracht, weil sich die Umsätze mit dem Datenzugang bei dem Unternehmen zu Beginn noch sehr in Grenzen halten dürften.

---

<sup>264</sup> Eine weitere Schwelle sieht Art. 1 Abs. 3 FKVO für Fälle vor, in denen die Zusammenschlussbeteiligten in mindestens drei Mitgliedstaaten Umsätze erwirtschaftet haben.

<sup>265</sup> *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, 15. Auflage 2021, S. 140 Rn. 11.

<sup>266</sup> „Significant impediment of effective competition - Test“, siehe: *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 12. Auflage 2023, Rn. 1601.

<sup>267</sup> Beachte die Rückausnahme in § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 aE GWB.

**(bb) Eher mittelfristige Relevanz**

In der Tendenz lässt sich damit sagen, dass fusionskontrollrechtliche Aspekte dann stärker in den Vordergrund drängen, wenn im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Datenpools eine größere Anzahl von umsatzstarken Unternehmen attrahiert werden und ein Gemeinschaftsunternehmen gründen. Dies dürfte vermutlich erst mittelfristig relevant werden. Das gilt erst recht in Bezug auf die deutlich höheren Schwellenwerte aus den unionsrechtlichen Vorgaben. Mittelfristig kann dann eine kritische Prüfung der Wettbewerbsoffenheit des den Datenpool betreibenden Unternehmens im Raum stehen. Hier wäre auf vergleichbare Aspekte abzustellen wie bei der Bewertung anhand des Kartellverbots. Es käme also entscheidend darauf an, inwiefern die Zusammenarbeit zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führt und nicht zu einer Verschlechterung. Dies hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab – angefangen u.a. von den beteiligten Akteuren, ihren Marktpositionen über die erfassten Daten bis hin zur Zuweisung von Zugriffsrechten und der Offenheit gegenüber der Aufnahme weiterer Unternehmen.

**b) Kartellverbot bei der Tätigkeit des Datenpools**

Die Gestaltungsvorgaben (dazu bb)) ergeben sich dabei vor allem nach der Sensibilität der zu poolenden Daten (dazu aa)).

**(aa) Differenzierte kartellrechtliche Sensibilität der zu poolenden Daten**

Gerade zu Beginn einer möglichen Zusammenarbeit der beteiligten Unternehmen sind auch Kooperationsformen denkbar, die nicht der Zusammenschlusskontrolle unterliegen. Insofern wäre das Projekt ebenfalls an wettbewerblichen Maßstäben zu bewerten, jedoch solchen des allgemeinen Kartellverbots aus Art. 101 Abs. 1 AEUV.<sup>268</sup> Derzeit ist noch nicht einmal absehbar, ob eher regionale Anbieter sich an einem solchen Pool beteiligen oder auch überregionale Marktteilnehmer. Für eine dezidierte rechtliche Bewertung aller sich möglicherweise im weiteren Verlauf ergebenden Konstellationen erscheint die tatsächliche Entwicklung daher derzeit noch zu wenig absehbar. Kartellrechtliche Probleme könnten sich aber insbesondere aus der klassischen Marktaufteilung oder aus Preisabsprachen ergeben. Das gilt auch für die stets bei derartigen Kooperationen zu prüfende Frage, ob es zu Absprachen zwischen den Unternehmen kommt, die für die Zusammenarbeit nicht erforderlich sind. Derzeit bestehen hierfür keine Anhaltspunkte, entsprechendes ist aber theoretisch denkbar. Die Probleme können grundsätzlich durch ein offenes Ausgestaltungsmodell beseitigt werden.

Zu denken ist zudem stets an die Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV, insbesondere auf der Grundlage von naheliegenden Effizienzgewinnen beim Aufbau einer neu-

---

<sup>268</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 12. Auflage 2023, Rn. 1577 ff.

en Dateninfrastruktur, die auch für die Verbraucher zu Vorteilen führen können. Dadurch könnten mögliche Nachteile überkompensiert werden.<sup>269</sup> Hier wird aber der jeweilige Einzelfall zu bewerten sein.

Sofern aufgrund der beteiligten Unternehmen – zunächst – keine Binnenmarktrelevanz besteht, greift das Kartellverbot aus § 1 GWB, das in der Sache vergleichbare wettbewerbliche Maßstäbe enthält. Zu prüfen ist bei jeder Kooperation im Übrigen, inwiefern überhaupt eine Beschränkung des Wettbewerbs erfolgt. So kann eine Wettbewerbsbeschränkung unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsgemeinschaftsgedankens ausscheiden. Dieser kann bei Unternehmen greifen, die auf demselben Markt tätig sind, wenn ein Unternehmen alleine wirtschaftlich oder technisch nicht in der Lage wäre, ein Projekt auszuführen und Wettbewerb bezüglich des konkreten Auftrags somit nie vorlag.<sup>270</sup> Ausreichend ist nach dem BGH bereits, dass die Zusammenarbeit wirtschaftlich zweckmäßig ist, solange die Unternehmen nicht auch alleine dazu imstande wären, ein konkurrenzfähiges Angebot zu erbringen<sup>271</sup>. Wie im Unionsrecht ist schließlich an die Freistellung nach § 2 GWB zu denken, die vergleichbare Voraussetzungen hat. Im Übrigen gilt das Kartellrecht auch für die Kooperation im Rahmen einer Genossenschaft.<sup>272</sup>

#### **(bb) Zwischenergebnis: Gestaltungsvorgaben bereits bei Kooperationsbeginn**

Entscheidend für die Bewertung der Kooperation werden damit – vergleichbar einer fusionskontrollrechtlichen Genehmigung (dazu soeben a)) – wiederum die im konkreten Einzelfall festzustellenden Auswirkungen auf den Wettbewerb sein. Das hängt wiederum von vergleichbaren Parametern ab, wie den beteiligten Akteuren und deren Marktpositionen, der Wettbewerbssensibilität/Tiefe/Aggregationsgrad/Aktualität etc. der erfassten Daten, der Zuweisung von Zugriffsrechten und der Offenheit gegenüber dem Zugriff durch dritte Unternehmen.

Im Unterschied zur Zusammenschlusskontrolle greifen die Anforderungen des Kartellverbots – egal ob aus Art. 101 AEUV oder § 1 GWB – allerdings sofort zu Beginn der Kooperation der beteiligten Unternehmen. So darf etwa der Austausch sensibler, wettbewerbsrelevanter Daten – wie Preise – grundsätzlich von vornherein nicht erfolgen und jedenfalls nicht zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Diese Aspekte sind von Anfang an bei der konkreten Ausgestaltung zu beachten. Im Übrigen ist je

---

<sup>269</sup> Vgl. dazu eingehend die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit der Kommission, 2011/C 11/01, ABl. C 11 v. 14.1.2011, S. 1-72, S. 39 f.; Leitlinien 2023, S. 58 f., Rn. 247 ff. (neben S. 21 f. bzw. Rn. 95 ff.); hierzu spiegelbildlich in den Leitlinien 2023 auch S. 118 f., Rn. 425.

<sup>270</sup> BGH, Urteil v. 13.12.1983, KRB 3/83; siehe auch grundlegend *Koenig/Kühling/Müller*, WuW 2005, 126.

<sup>271</sup> BGH, Urteil v. 13.12.1983, KRB 3/83, Rn. 13 ff.

<sup>272</sup> Siehe dazu ausführlich Bundeskartellamt, 11/2021, Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht.

nach Umfang der beteiligten Unternehmen eine frühzeitige Einbindung der zuständigen Kartellbehörden zu erwägen.

## 7. Anpassungsbedarf der rechtlichen Rahmenbedingungen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Verwirklichung eines Datenpools keine grundsätzlichen rechtlichen Hürden entgegenstehen. Sie kann vertragsrechtlich flexibel aufgesetzt werden und zur Reduktion von Transaktionskosten in weiteren Schritten in gesellschaftsrechtlich passende Formen gegossen werden. Hier ist das Vertrags- und Gesellschaftsrecht hinreichend flexibel. Dennoch zeigt auch dieser Sektor das allgemeine Bedürfnis nach neue Vertragstypen des Datenkaufs und der Datennutzung im Zivilrecht. Jenes Bedürfnis wird sich als horizontales Erfordernis einer datenrechtlichen Regulierung jedoch an der darauf bezogenen allgemeinen Reformdiskussion ausrichten, kann diese aber zusätzlich befeuern.

Die aufgezeigten datenschutzrechtlichen Hürden zeigen einmal mehr, dass die Komplexität dieses Rechtsregimes für innovative Datenverarbeitungsmodelle erhebliche Unsicherheiten generiert. Insoweit richtet sich der Blick jedoch weniger an den Gesetzgeber, da es zurzeit wenig realistisch erscheint, dass die vorliegend maßgebliche DS-GVO in den relevanten Bereichen angepasst wird. Vielmehr wird es – wie in anderen Bereichen auch – darauf ankommen, dass die zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden das geltende Recht flexibel auslegen und anwenden, um innovative Datenverarbeitungsmodelle wie das vorliegend angestrebte zu ermöglichen.<sup>273</sup> Die Digitalisierung macht auch vor dem Bauwesen nicht halt und sollte durch den datenschutzrechtlichen Rahmen konstruktiv begleitet, aber nicht ausgebremst werden. Ob dies gelingt, wird sich jedoch erst im Laufe der Entwicklung und Etablierung eines entsprechenden Datenpools erweisen. Erst in der kritischen Beobachtung lassen sich dann auch gegebenenfalls weitere Vorschläge zur Anpassung des Rechtsregimes entwickeln.

Dasselbe gilt für die Datenzugangsregeln, die vorliegend zunächst wenig Wirkung entfalten dürften – weder als Instrument zur Erweiterung des Datenpools noch als eine Gefährdung des Aufbaus durch unangemessene Zugangsansprüche Dritter. Auch hier ist es verfrüht, normative Anpassungen zu erwägen. Unberührt von den vorliegenden Ausführungen bleibt der mögliche gesetzliche Ausbau von Datenzugangsansprüchen zu Informationen, die den Behörden oder kommunalen Unternehmen zur Verfügung stehen. Zu denken ist hier an Informationen in Genehmigungsverfahren, Grundbuchämtern etc. Dies sind jedoch komplementäre Fragen, die einer eigenen Untersuchung bedürften.

---

<sup>273</sup> Dazu allgemein *Kühling/Raab*, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSDG, 4. Auflage 2024, A. Einführung, Rn. 138.

Mit Blick auf die kartellrechtlichen Vorgaben zeichnet sich in jüngerer Zeit in der Anwendung eine größere Offenheit gegenüber entsprechenden Datenaustauschplattformen ab<sup>274</sup>, so dass es jedenfalls gegenwärtig für eine Kritik am rechtlichen Rahmen verfrüht wäre. Normativen Anpassungsmöglichkeiten im deutschen Recht sind hier angesichts des Vorrangs des Unionsrechts aber ohnehin Grenzen gesetzt und auf unionaler Ebene ist eine Anpassung wenig wahrscheinlich. Entscheidendes Handlungsinstrument sind hier vielmehr die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission, die gerade erst Mitte 2023 angepasst wurden und jene Öffnungstendenzen aufweisen.

---

<sup>274</sup> Entsprechende Klarstellungen in den Leitlinien im Vorfeld der Reform forderte *Podszun*, *Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks*, 2023, S. 90.

## C. Zusammenfassung der Ergebnisse

### I. Datenverarbeitung im Bauwesen und rechtlicher Rahmen

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen eines möglichen Datenpools zur Verarbeitung der im Bauwesen relevanten Daten. Dabei ist eine künftige Ausgestaltung eines solchen Pools sehr vielgestaltig möglich. Das betrifft sowohl die zu erfassenden Daten (vom Neu-, Um- und Rückbau bis hin zur Instandhaltung und Nutzung der Gebäude) als auch die beteiligten Akteure und dies sowohl in kategorialer Hinsicht (bauplanende Dienstleister, Bauunternehmen etc.) als auch in konkreter Perspektive der tatsächlichen Mitwirkung an einem solchen Datenpool. Die spezifische spätere Ausgestaltung ist für die genaue rechtliche Bewertung zwar von entscheidender Bedeutung. Dennoch lassen sich schon jetzt aufgrund der aufgezeigten allgemeinen Rahmenbedingungen die wichtigsten rechtlichen Steuerungsparameter und Tendenzaussagen identifizieren. Sie zeigen auf, welche rechtlichen Hürden es zu überwinden gilt und welche rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten insofern bestehen. Damit können nicht nur frühzeitig wesentliche Leitplanken für die weitere Konkretisierung eines derartigen Projektes im geltenden Recht aufgezeigt werden, sondern es kann auch geprüft werden, inwiefern ein normativer Anpassungsbedarf besteht.

Dabei sind eine Vielzahl rechtlicher Steuerungsregime zu beachten. Letztlich geht es bei einem Datenpool um eine Zusammenarbeit einer großen Anzahl an Unternehmen mit dem Ziel, eine Datenverarbeitung zu ermöglichen. Im Vordergrund stehen daher die datenrechtlichen Vorgaben aus dem Datenschutzrecht, aber auch aus den sonstigen neueren datenrechtlichen Gesetzen – wie dem Daten-Governance-Rechtsakt (DGRA) oder der Datenverordnung (DatenVO). In wettbewerblicher Hinsicht sind zudem die kartellrechtlichen Schranken mit Blick auf die angestrebte Kooperation zu beachten. Dieser spezifische normative Steuerungsrahmen wurde in der vorliegenden rechtlichen Bewertung zunächst allgemein für den hier relevanten Sachverhalt aufbereitet, bevor sodann mit Blick auf bestehende Gestaltungsmöglichkeiten konkretere Handlungsvorgaben abgeleitet wurden, die um Hinweise zu vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Aspekten ergänzt wurden.

## II. Rechtliche Hürden und Ausgestaltungsmöglichkeiten

Zusammenfassend konnten folgende Ergebnisse entwickelt werden:

### 1. Umgang mit den datenschutzrechtlichen Herausforderungen

1. Vor dem Hintergrund des weiten Begriffs des Personenbezugs in der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) sollte bei sämtlichen Datenverarbeitungsprozessen, soweit es möglich und sinnvoll ist, darauf verzichtet werden, personenbezogene Daten zu verarbeiten. Das ist der Fall, wenn es sich schon vom Ausgangspunkt her gar nicht um personenbezogene Daten handelt (wie etwa grundsätzlich alle rein auf ein Gebäude bezogenen Informationen vor dessen Nutzung durch natürliche Personen) oder diese, so bald wie möglich, anonymisiert werden. Dann sind die komplexen Regeln des Datenschutzrechts nur bis zum Zeitpunkt der Anonymisierung und für diesen Vorgang zu beachten. Eine bloße Pseudonymisierung schafft zwar gewisse Erleichterungen, hilft aber nicht fundamental weiter, da das Datenschutzrecht mit all seinen Anforderungen und Sanktionsrisiken im Übrigen vollständig greift.
2. Die Gewährleistung, dass nur nicht personenbezogene Daten verarbeitet werden, stellt gerade bei Poollösungen größere Herausforderungen. Denn bereits kleinere Mengen an personenbezogenen Daten in einem gemischten Datensatz, der sowohl personenbezogene als auch nicht personenbezogene Daten enthält, können dazu führen, dass für den Datensatz insgesamt die strengen Regeln des Datenschutzrechts greifen. Sind in einer Datenbank für Architekturpläne etwa die Urheber nur für einen Teil der Pläne namentlich vermerkt, handelt es sich insgesamt um einen Datensatz mit personenbezogenen Daten, für die das Datenschutzrecht greift. Aber selbst wenn alle Namensdaten entfernt sind, bedeutet dies nicht, dass es sich zwangsläufig um nicht personenbezogene Daten handelt. Vielmehr kann die Spezifität eines Gebäudes dazu führen, dass dieses unmittelbar erkennbar ist, so dass die gleichzeitige Kenntnis des Urhebers als korrelierendes Wissen des Verantwortlichen zum Vorliegen personenbezogener Daten führt.
3. Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Verarbeitung der Daten unzulässig wird. Vielmehr ist dafür zu sorgen, dass dann entsprechende Einwilligungen für die Datenverarbeitung vorliegen, indem etwa ein Einwilligungsmanagement vorsieht, dass sämtliche Betroffene in die Verarbeitungsvorgänge eingewilligt haben oder die Voraussetzungen eines Zulässigkeitstatbestands etwa im Rahmen der Interessenabwägungen gewahrt werden.

### 2. Datenaltruistische Modelle reduzieren datenschutzrechtliche Hürden nicht

4. Die Anforderungen des Daten-Governance-Rechtsakt (DGRa) an eine datenaltruistische Organisation sind so hoch, dass diese Organisationsform vorliegend nicht erstrebenswert ist. Denn sie erlegt ein zu enges Korsett der Verfolgung von Gemein-

wohlzielen auf, ohne relevante Erleichterungen in datenschutzrechtlicher Hinsicht zu generieren. Sofern in der Entwicklung des Datenpools die Tatbestandsvoraussetzungen eines Datenvermittlungsdienstes gemäß Art. 2 Nr. 11 DGRa nicht vermieden werden können, da insbesondere die personenbezogenen Daten einer unbestimmten Vielzahl Betroffener verarbeitet werden, müssen vielmehr die zusätzlichen Pflichten des DGRa auch noch beachtet werden. Diese ergänzen aber den ohnehin nach der DS-GVO einzuhaltenden Pflichtenkanon nur, ohne qualitativ neuartige, nicht überwindbare Hürden zu generieren.

### **3. Beschränkte Steuerungskraft gesetzlicher Datenzugangsregeln**

5. Da spezifische Datenzugangsansprüche für den Bausektor nicht existieren, bleibt nur der Rückgriff auf allgemeine kartellrechtliche Regelungen sowie die Ansprüche aus der Datenverordnung. Hierbei ist insbesondere festzustellen, dass im Wege kartellrechtlicher Ansprüche ein Zugang zu Daten Dritter bei der aktuellen Marktsituation eher nicht in Betracht kommt. Spiegelbildlich geht von diesen Ansprüchen aber auch keine „Bedrohung“ eines einfachen Zugriffs Dritter auf die im Datenpool anzuliegenden Datenbestände aus.
6. Die Zugangsrechte nach dem Kapitel II der Datenverordnung gelten hingegen sektorunabhängig. Diese sind vorliegend vor allem in den Phasen der Bauausführung sowie der Nutzung eines Gebäudes von Relevanz. Im Rahmen der Planungsphase sind jedoch die Planungsdaten, also die (digitale) Zeichnung, Kalkulationen (von Mengen, Preisdaten oder benötigter Arbeitskräfte) oder Bauwerksinformationsmodell-Daten mangels eines Bezugs zum Internet-of-Things nicht erfasst. Gerade im Kontext der Bauausführung und Nutzung ist jedoch von einer steigenden Digitalisierung und Vernetzung der eingesetzten Maschinen, Dinge und Software auszugehen, sodass die hier zugängliche Menge an Daten ebenso wie die Relevanz dieser künftig weiter steigen dürfte.

### **4. Fokus auf vertragliche Ausgestaltung**

7. Da demnach gesetzliche Datenzugangsansprüche vorliegend von geringer Relevanz sind, rückt die vertragliche Ausgestaltung in den Fokus. Jene vertragliche Ausgestaltung von Datenaustauschverträgen jeder Art ist grundsätzlich frei möglich und mit dem geltenden Recht zu bewältigen. Entsprechende Vertragstypen sind vom Gesetzgeber noch nicht normiert und ein einschlägiger höchstrichterlicher Fallkorpus existiert ebenso wenig. Daher ist im Einzelfall mit einer hohen Komplexität und Rechtsunsicherheit zu rechnen, was zu hohen Transaktionskosten führt. Es ist daher empfehlenswert, das Austauschverhältnis in einen das gegenseitige Vertrauen stärkenden organisatorischen Rahmen einzubetten.

## **5. Kooperationsmöglichkeiten in Form eines Datenpools, insbesondere gesellschaftsrechtliche Aspekte**

8. Denkbar sind insoweit viele unterschiedlich starke Kooperationsformen rund um das Thema Daten im Bauwesen. Insbesondere die Schaffung eines Datenpools erscheint besonders vielversprechend. Hier stehen alle Türen offen. Gleiches gilt für die Wahl der entsprechenden Rechtsform, unter der der Datenpool betrieben werden soll. Als mögliche Rechtsformen werden etwa in Anlehnung an das erfolgreiche Modell der DATEV die eingetragene Genossenschaft bzw. alternativ der eingetragene Verein erwogen, aber auch eine (gemeinnützige) GmbH wäre denkbar. Schließlich kommen weitere Gesellschaften von der oHG über die KG bis zur AG in Betracht. Zudem sind Kombinationsformen möglich ebenso wie Änderungen auf einer Zeitschiene von der Gründung über den behutsamen Ausbau bis zu einer starken Skalierung.
9. Hierbei gilt es, insbesondere die Interessenlagen der an dem Datenpool Beteiligten sowie die mittel- bis langfristigen Entwicklungspotentiale abzuwägen. Von großem Gewicht können dabei Fragen der Mehrheitsfindung, der mitgliederseitigen Beherrschung, der Umfang der wirtschaftlichen Betätigung sowie eine gegebenenfalls beabsichtigte Gemeinnützigkeit gemäß den §§ 51 ff. AO sein. Die Wahl der Rechtsform selbst kann allerdings nur ergänzend vertrauensbildend wirken, indem durch sie beispielsweise gravierende Zweckänderungen oder „feindliche Übernahmen“ institutionell erschwert werden.
10. Bei der Errichtung des Datenpools sollten jedenfalls einheitliche Standards, gegebenenfalls eine Interoperabilität sowie sonstige technische Rahmenbedingungen institutionell vereinbart werden. Gleichmaßen sind die Konditionen, zu denen dem Datenpool Daten zur Verfügung gestellt werden, sowie die Gegenleistung des Pools, zu definieren. Der Zugang zu den Pooldaten sollte grundsätzlich jedem Mitglied in nichtdiskriminierender Art und Weise zustehen. Perspektivisch können unterschiedliche Bereitstellungs- und Nutzungsmodelle vorgesehen werden. Wichtig erscheint ferner, Fragen des geistigen Eigentums etwa mit Blick auf Bauplanungen und Bauzeichnungen zu klären und gegebenenfalls Nutzungs- oder Zugriffsbeschränkungen zu definieren. Gegebenenfalls kann ein effektiver Streitbeilegungsmechanismus etabliert werden, der unter anderem bei der Wertbemessung im Datenkontext Abhilfe leistet.

## **6. Kartellrechtliche Grenzen**

11. Bei jeder Art der Kooperation sind strenge kartellrechtliche Grenzen einer Zusammenarbeit und eines (Daten-)Austausches sorgfältig zu prüfen. Dabei ist das Kartellverbot von besonderer Bedeutung. Im Fall der – vorliegend implizierten – Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ist zudem die fusionskontrollrechtliche Schranke von Relevanz.

12. In der Tendenz drängen fusionskontrollrechtliche Aspekte dann stärker in den Vordergrund, wenn im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Datenpools eine größere Anzahl von umsatzstarken Unternehmen attrahiert werden und ein Gemeinschaftsunternehmen gründen. Dies dürfte vermutlich erst mittelfristig relevant werden. Das gilt erst recht in Bezug auf die deutlich höheren Schwellenwerte aus den fusionskontrollrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts. Mittelfristig kann dann eine kritische Prüfung der Wettbewerbsoffenheit des den Datenpool betreibenden Unternehmens im Raum stehen. Hier wäre auf vergleichbare Aspekte abzustellen wie bei der Bewertung anhand des Kartellverbots. Es käme also entscheidend darauf an, inwiefern die Zusammenarbeit zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führt und nicht zu einer Verschlechterung. Dies hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab – von den beteiligten Akteuren und ihren Marktpositionen, über die erfassten Daten bis hin zur Zuweisung von Zugriffsrechten und der Offenheit gegenüber der Aufnahme weiterer Unternehmen etc.
13. Ähnlich sind auch bei der Bewertung am Maßstab des Kartellverbots die im konkreten Einzelfall festzustellenden Auswirkungen auf den Wettbewerb relevant. Das hängt von denselben Parametern ab, also von den beteiligten Akteuren und deren Marktpositionen; der Wettbewerbssensibilität sowie Tiefe, dem Aggregationsgrad und der Aktualität der erfassten Daten; der Ausgestaltung der Zuweisung von Zugriffsrechten; der Offenheit gegenüber dem Zugriff durch dritte Unternehmen etc.
14. Im Unterschied zur Zusammenschlusskontrolle greifen die Anforderungen des Kartellverbots – egal ob aus Art. 101 AEUV oder § 1 GWB – allerdings sofort zu Beginn der Kooperation der beteiligten Unternehmen. So darf etwa der Austausch sensibler, wettbewerbsrelevanter Daten – wie Preise – grundsätzlich von vornherein nicht erfolgen und jedenfalls nicht zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Diese Aspekte sind von Anfang an bei der konkreten Ausgestaltung zu beachten. Im Übrigen ist je nach Umfang der beteiligten Unternehmen eine frühzeitige Einbindung der zuständigen Kartellbehörden zu erwägen.

## **7. Anpassungsbedarf der rechtlichen Rahmenbedingungen**

15. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Verwirklichung eines Datenpools keine grundsätzlichen rechtlichen Hürden entgegenstehen. Sie kann vertragsrechtlich flexibel aufgesetzt werden und zur Reduktion von Transaktionskosten in weiteren Schritten in gesellschaftsrechtlich passende Formen gegossen werden. Hier ist das Vertrags- und Gesellschaftsrecht hinreichend flexibel. Dennoch zeigt auch dieser Sektor das allgemeine Bedürfnis nach neue Vertragstypen des Datenkaufs und der Datennutzung im Zivilrecht. Jenes Bedürfnis wird sich als horizontales Erfordernis einer datenrechtlichen Regulierung jedoch an der darauf bezogenen all-

gemeinen Reformdiskussion ausrichten, kann diese Reformdiskussion aber zusätzlich beflügeln.

16. Die aufgezeigten datenschutzrechtlichen Hürden zeigen einmal mehr, dass die Komplexität dieses Rechtsregimes für innovative Datenverarbeitungsmodelle erhebliche Unsicherheiten generiert. Insoweit richtet sich der Blick jedoch weniger an den Gesetzgeber. Vielmehr wird es – wie in anderen Bereichen auch – darauf ankommen, dass die zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden das geltende Recht flexibel auslegen und anwenden, um innovative Datenverarbeitungsmodelle wie das vorliegend angestrebte zu ermöglichen. Die Digitalisierung macht auch vor dem Bauwesen nicht halt und sollte durch den datenschutzrechtlichen Rahmen konstruktiv begleitet, aber nicht ausgebremst werden. Ob dies gelingt, wird sich jedoch erst im Laufe der Entwicklung und Etablierung eines entsprechenden Datenpools erweisen.
17. Dasselbe gilt für die Datenzugangsregeln, die vorliegend zunächst wenig Wirkung entfalten dürften – weder als Instrument zur Erweiterung des Datenpools noch als eine Gefährdung des Aufbaus durch unangemessene Zugangsansprüche Dritter. Erst in der kritischen Beobachtung lassen sich gegebenenfalls weitere Vorschläge zur Anpassung des Rechtsregimes entwickeln.
18. Unberührt von den vorliegenden Ausführungen bleibt der mögliche gesetzliche Ausbau von Datenzugangsansprüchen zu Informationen, die den Behörden oder kommunalen Unternehmen zur Verfügung stehen. Zu denken ist hier an Informationen in Genehmigungsverfahren, Grundbuchämtern etc. Dies sind jedoch komplementäre Fragen, die einer eigenen Untersuchung bedürften.
19. Mit Blick auf die kartellrechtlichen Vorgaben zeichnet sich in jüngerer Zeit in der Anwendung eine größere Offenheit gegenüber entsprechenden Datenaustauschplattformen ab, so dass es jedenfalls gegenwärtig für eine Kritik am rechtlichen Rahmen verfrüht wäre.

## Literaturverzeichnis

*Altmeppen, Holger*

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 11. Auflage 2023, München.

*Assion, Simon; Willecke, Lukas*

Der EU Data Act,  
in Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR) 2023, S. 805 – 810.

*Atik, Can; Martens, Bertin*

Competition Problems and Governance of Non-personal Agricultural Machine Data: Comparing Voluntary Initiatives in the US and EU  
in JPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JPITEC), 2021, Bd. 12, Nr. 3, S. 370 – 396.

*Azhar, Salman; Khalfan, Malik; Magsood, Tayyab*

Building information modelling (BIM): now and beyond  
in Construction Economics and Building, Bd. 12, Nr. 4, S. 15 – 28  
doi: 10.5130/AJCEB.v12i4.3032.

*Bechtold, Rainer; Bosch, Wolfgang*

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB, 10. Auflage 2021, München.

Beck Online Kommentar zum Baugesetzbuch, 59. Edition,

*hrsg. v. Spannowsky, Willy; Uechtritz, Michael.*

Beck Online Kommentar zum Mietrecht, 34. Edition,

*hrsg. v. Schach, Klaus; Schultz, Michael; Schüller, Peter.*

Beck Online Kommentar zum GmbH Gesetz, 57. Edition,

*hrsg. v. Ziemons, Hildegard; Jaeger, Carsten; Pöschke, Moritz.*

Beck Online Kommentar zum Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, 17. Edition,

*hrsg. v. Fuhlrott, Michael; Hiéramente, Mayeul.*

Beck Online Kommentar zum Kartellrecht, 10. Edition,

*hrsg. v. Bacher, Klaus; Hempel, Rolf; Wagner-von Papp, Florian.*

Beck Online Kommentar zum Datenschutzrecht, 46. Edition,

*hrsg. v. Wolff, Heinrich A.; Brink, Stefan; v. Ungern-Sternberg, Antje.*

Beck Online Kommentar BGB, 68. Edition.

*hrsg. v. Hau, Wolfgang; Poseck, Roman*

*Beinke, Lukas; Daute, Ingvar*

Der Fairnesstest des Data Act

in Recht Digital (RDi) 2024, S. 69 – 74.

*Bergt, Matthias*

Die Bestimmbarkeit als Grundproblem des Datenschutzrechts – Überblick über den Theorienstreit und Lösungsvorschlag

in Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2015, S. 365 – 371.

*Bien, Florian; Käseberg, Thorsten; Klumpe, Gerhard; Körber, Torsten; Ost, Konrad*

Die 10. GWB-Novelle – das neue Kartellrecht, 2021, München.

*Bomhard, David*

Auswirkungen des Data Act auf Geschäftsmodelle von Cloud Anbietern,

in Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR) 2024, S. 109 – 112.

*Bomhard, David*

Der Anwendungsbereich des Data Act,

in Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR) 2024, S. 71 – 75.

*Buchholtz, Gabriele; Brauneck, Alissa; Schmalhorst, Louisa*

Gelingensbedingungen der Datentreuhand – rechtliche und technische Aspekte,

in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2023, S. 206 – 212.

*Buchner, Benedikt*

Datenschutz im vernetzten Automobil,

in Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2015, S. 372 – 377.

*Bunte, Hermann-Josef*

Kartellrecht – Kommentar, Band 2, 14. Auflage 2022, Hürth.

*Bühler, Michael Max; Nübel, Konrad; Jelinek, Thorsten u.a.*

Data Cooperatives as a Catalyst for Collaboration, Data Sharing and the Digital Transformation of the Construction Sector,

in Buildings, Bd. 13 (2023), Nr. 2: 442

doi: 10.3390/buildings13020442.

*Cai, Li; Zhu, Yangyong*

The Challenges of Data Quality and Data Quality Assessment in the Big Data Era, in *Data Science Journal* 2015, 14:2, S. 1 – 10, doi: 10.5334/dsj-2015-002

*Czychowski, Christian; Winzek, Marie*

Rechtliche Struktur und Inhalt von Datennutzungsverträgen, in *Zeitschrift für Datenschutz (ZD)* 2022, S. 81 – 90.

*Dauner-Lieb, Barbara; Langen, Werner (Hrsg.)*

Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht, 4. Auflage 2021, Baden-Baden.

*Dreher, Meinrad, Kulka, Michael*

Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 12. Auflage 2023, Heidelberg.

*Drexl, Josef; Banda, Carolina; Gonzalez Otero u.a.,*

Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25.5.2022 on the Commission's Proposal of 23.2.2022 for a regulation on harmonized rules on fair access to and use of data (Data Act), in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 22-05* doi: 10.2139/ssrn.4136484.

*Dürig, Günter (Begr.); Herzog, Theodor; Scholz, Rupert; u.a. (Hrsg.)*

Grundgesetz, 101. EL 05/2023, München.

*Ehmann, Eugen; Selmayr, Martin (Hrsg.)*

Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO, 2. Auflage 2018, München.

*Emmerich, Volker; Lange, Knut Werner*

Kartellrecht, 15. Auflage 2021, München

*Fleischer, Holger; Goette, Wulf (Hrsg.)*

Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Auflage 2022, München.

*Görres-Gesellschaft (Hrsg.)*

Staatslexikon, 8. Auflage 2020, Freiburg.

*Grapentin, Sabine*

Zugang zu Daten nach dem europäischen Datengesetz (Data Act), in *Recht Digital (RD*i*)* 2023, S. 173 – 182.

- Gsell, Beate; Krüger, Wolfgang; Lorenz, Stephan; Reymann, Christoph (Hrsg.)*  
Beck Online Großkommentar zum Zivilrecht.
- Hartmann, Bernd J.; McGuire, Mary-Rose; Schulte-Nölke, Hans*  
Datenzugang bei smarten Produkten nach dem Entwurf für ein Datengesetz  
(Data Act),  
in *Recht Digital (RD)* 2023, S. 49 – 59.
- Härting, Niko*  
Anonymität und Pseudonymität im Datenschutzrecht,  
in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2013, S. 2067 – 2071.
- Hennemann, Moritz*  
Datenlizenzverträge  
in *Recht Digital (RD)* 2021, S. 61 – 70.
- Hennemann, Moritz; Steinrötter, Björn*  
Data Act – Fundament des neuen EU-Datenwirtschaftsrechts?,  
in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2022, S. 1481 – 1486.
- Henssler, Martin; Strohn, Lutz (Hrsg.)*  
Gesellschaftsrecht, 5. Auflage 2021, München.
- Herresthal, Carsten; Kaiser, Dagmar; Stoffels, Markus*  
Staudinger Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Auflage 2020, Berlin.
- Hoeren, Thomas; Pinelli, Stefan*  
Daten im Rechtsverkehr – Überlegungen für ein allgemeines Datenvertragsrecht,  
in *Juristen Zeitung (JZ)* 2020, S. 879 – 884.
- Jouanjeani, Marie-Agnes; Casalini, Francesca; Wisemanii, Leanne; Grayi, Emily*  
Issues around data governance in the digital transformation of agriculture,  
in *OECD Food, Agriculture And Fisheries Papers*, No. 146 (10/2020), S. 1 – 38,  
doi: 10.1787/53ecf2ab-en.
- Karg, Moritz*  
Anonymität, Pseudonyme und Personenbezug revisited?,  
in *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)* 2015, S. 520 – 526,  
<https://doi.org/10.1007/s11623-015-0463-z>.
- Kerber, Wolfgang*  
Governance of IoT Data: Why the EU Data Act Will not fulfill Its Objectives,

in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.) 2023, S. 120 – 135.

*Khajavi, Siavash H.; Motlagh, Naser Hossein; Jaribion, Alireza; u.a.*

Digital Twin: Vision, Benefits, Boundaries, and Creation for Buildings,  
in IEEE Access, Bd. 7 (2019), S. 147406 – 147419,  
doi: 10.1109/ACCESS.2019.2946515.

*Kinast, Karsten; Kühnl, Christina*

Telematik und Bordelektronik – Erhebung und Nutzung von Daten zum Fahrverhalten,  
in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2014, S. 3057 – 3061.

*Klar, Manuel*

Datenschutzrecht und die Visualisierung des öffentlichen Raums, 2012, Berlin.

*Klar, Manuel*

Der Rechtsrahmen des Datenschutzrechts für Visualisierungen des öffentlichen Raums – Ein taugliches Konzept zum Schutz der Betroffeneninteressen?,  
in Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR) 2012, S. 788 – 795.

*Klein, Hans Christian; Stelter, Aida; Oschinsky, Frederike Marie; Niehaves, Bjoern*

A status quo bias perspective on user resistance in building information modeling adoption – Towards a taxonomy,  
in Computers in Industry, Bd. 143 (2022), 103760  
doi: 10.1016/j.compind.2022.103760.

*Köhler, Helmut; Bornkamm, Joachim; Feddersen, Jörn; u.a.*

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 42. Auflage 2024, München.

*Koenig, Christian; Kühling, Jürgen; Müller, Christoph*

Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot,  
in Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 2005, S. 126 – 136.

*Körper, Torsten*

„Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 1,  
in Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart) 2016, S. 303 – 310.

*Körper, Torsten; Schweitzer, Heike; Zimmer, Daniel (Hrsg.)*

Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 3: Fusionskontrolle, 6. Auflage 2020, München.

*Krüger, Stefan; Wiencke, Julia; Koch, André*

Der Datenpool als Geschäftsgeheimnis,  
in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2020, S. 578 – 584.

*Kühling, Jürgen; Buchner, Benedikt (Hrsg.)*

Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO / BDSG, 4. Auflage 2024, München.

*Kühling, Jürgen*

Der datenschutzrechtliche Rahmen für Datentreuhänder,  
in Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2021, S. 783 – 788.

*Kühling, Jürgen*

Der datenschutzrechtliche Rahmen für Datentreuhänder – Chance für mehr  
Kommerzialisierungsfairness und Datensouveränität?,  
in Zeitschrift für Digitalisierung und Recht (ZfDR) 2021, S. 1 – 26.

*Kühling, Jürgen; Klar, Manuel; Sackmann, Florian*

Datenschutzrecht, 5. Auflage 2021, Heidelberg.

*Lettl, Tobias*

Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel nach Art. 6 Abs. 1 RL  
93/13/EWG (Klausel-RL) und Art. 13 Abs. 1, 7 VO (EU) 2023/2854 (Datenverord-  
nung oder Data-Act),  
in Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 2024 Heft 5, S. 185 – 192.

*Leupold, Andreas; Wiebe, Andreas; Glossner, Silke (Hrsg.)*

IT-Recht - Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation, 4.  
Auflage 2021, München.

*Liu, Yu; Wang, Yangtao; Zhou, Ke; u.a.*

Semantic-aware data quality assessment for image big data,  
in Future Generation Computer Systems, Bd. 102 (2020), S. 53-65,  
doi: 10.1016/j.future.2019.07.063.

*Loewenheim, Ulrich; Meesen, Karl Matthias; Riesenkampf, Alexander; u.a. (Hrsg.)*

Kartellrecht: Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Auflage  
2020, München.

*Louven, Sebastian*

Datenmacht und Zugang zu Daten,  
in Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart) 2018, S. 217 – 222.

*Lüdemann, Volker*

Connected Cars – Das vernetzte Auto nimmt Fahrt auf, der Datenschutz bleibt zurück, in Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2015, S. 247 – 254.

*Lundqvist, Björn*

Competition and Data Pools,  
in Journal of European Consumer and Market Law (EuCML) 2018, S. 146 – 154.

*Martini, Mario*

Do it yourself im Datenschutzrecht – Der „GeoBusiness Code of Conduct“ als Erprobungsfeld regulierter Selbstregulierung,  
in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra (NVwZ Extra) 6/2016, S. 1 – 13.

*Moore, James F.*

Predators and Prey: A New Ecology of Competition,  
in Harvard Business Review, Bd. 71,3 (1993), S. 75 – 86,  
PMID: 10126156.

*Ohly, Ansgar*

Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick,  
in Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2019, S. 441 – 451.

*Paal, Boris; Fenik, Maroš*

Access to Data in the Data Act Proposal,  
in Zeitschrift für Digitalisierung und Recht (ZfDR) 2023, S. 249 – 262.

*Paal, Boris; Pauly, Daniel A. (Hrsg.)*

Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2021, München.

*Pechstein, Matthias; Nowak, Carsten; Häde, Ulrich (Hrsg.)*

Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 3. Band, 2. Auflage 2023, Tübingen.

*Piltz, Carlo*

Die Datenschutz-Grundverordnung,  
in Kommunikation & Recht (K&R) 2016, S. 557 – 567.

*Podszun, Rupprecht*

Der EU Data Act und der Zugang zu Sekundärmärkten am Beispiel des Handwerks, 2023, Baden-Baden,  
<https://doi.org/10.5771/9783748938774>.

*Podszun, Rupprecht (Hrsg.)*

Digital Markets Act – Gesetz über digitale Märkte, 2023, Baden-Baden.

*Podszun, Rupprecht,*

Handwerk in der digitalen Ökonomie – Rechtlicher Rahmen für den Zugang zu Daten, Software und Plattformen, 2021, Baden-Baden,  
<https://doi.org/10.5771/9783748911487>.

*Podszun, Rupprecht; Pfeiffer, Clemens*

Datenzugang nach dem EU Data Act: Der Entwurf der Europäischen Kommission,  
in Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2022, S. 953 – 961.

*Richter, Heiko*

Looking at the Data Governance Act and Beyond: How to Better Integrate Data Intermediaries in the Market Order for Data Sharing,  
in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.) 2023, S. 458 – 470.

*Richter, Stephanie*

Vereinbarkeit des Entwurfs zum Data Act und der DS-GVO,  
in Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR) 2023, S. 163 – 168.

*Sacks, Rafael; Brilakis, Ioannis; Pikas, Ergo; u.a.*

Construction with digital twin information systems,  
Data-Centric Engineering, Bd. 1 (2020), S. E14-1 – E14-26,  
doi: 10.1017/dce.2020.16.

*Säcker, Franz Jürgen; Bien, Florian; Meier-Beck, Peter; Montag, Frank (Hrsg.)*

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 1/1, 4. Auflage 2023, München.

*Schaller Till; Zurawski, Paul*

Staatlicher Kompetenzaufwuchs im Data-Act-Entwurf,  
in Newsdienst ZD-Aktuell (ZD-Aktuell) 2022, S. 01169.

*Schefzig, Jens*

Big Data = Personal Data? Der Personenbezug von Daten bei Big Data-Analysen, in *Kommunikation & Recht (K&R)* 2014, S. 772 – 777.

*Schildbach Roman*

Zugang zu Daten der öffentlichen Hand und Datenaltruismus nach dem Entwurf des Daten-Governance-Gesetzes – Datenwirtschaftsrecht IV: Mehrwert für das Teilen von Daten oder leere Hülle?, in *Zeitschrift für Datenschutz (ZD)* 2022, S. 148 – 153.

*Schmid, Christian; Späth, Cajetan*

Die weniger personalisierte Alternative nach Art.5 Abs. 2 DMA – ein europäischer Sonderweg?, in *Neue Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart)* 2022, S. 568 – 574.

*Schmid, Christian; Späth, Cajetan*

Zur Monetarisierung der (weniger personalisierten, aber) gleichwertigen Alternative, in *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)* 2023, S. 771 – 775, doi: 10.1007/s11623-023-1856-z.

*Schmidt, Stefan A.*

Zugang zu Daten nach europäischem Kartellrecht, 2020, Tübingen.

*Schmidt-Kessel, Martin*

Heraus- und Weitergabe von IoT Gerätedaten, in *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR)* 2024, S. 75 – 82.

*Schulte, Josef L. (Hrsg.)*

Handbuch Fusionskontrolle, 3. Auflage 2020, Köln.

*Schur, Nico B.*

Die Lizenzierung von Daten – Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie, 2020, Tübingen.

*Schwamberger, Sebastian*

Die Klauselkontrolle in Art. 13 Data Act, in *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR)* 2024, S. 96 – 101.

*Schweitzer, Heike; Haucap, Justus; Kerber, Wolfgang; Welker, Robert*

Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen,  
2018, Baden-Baden.

*Scott Morton, Fiona; Crawford, Gregory S.; Crémer, Jacques; u.a.*

Equitable Interoperability: The "Supertool" of Digital Platform Governance,  
in Yale Journal on Regulation, Bd. 40 (2023), S. 1013 – 1055.

*Siglmüller, Jonas*

Standardisierungsbestrebungen für das Rückgrat der europäischen Digitalwirtschaft,  
in Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR) 2024, S. 112 – 116.

*Specht-Riemenschneider, Louisa*

Der Entwurf des Data Act,  
in Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR) 2022, S. 809 – 826.

*Steinrötter, Björn*

Verhältnis von Data Act und DS-GVO,  
in Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2023, S. 216 – 226.

*Stürner, Rolf (Hrsg.)*

Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage 2023, München.

*Sydow, Gernot; Marsch, Nikolaus (Hrsg.)*

DS-GVO/BDSG, 3. Auflage 2022, Baden-Baden.

*Tapscott, Don; Ticoll, Davi; Lowy, Alex*

Digital Capital, 2001, Frankfurt/New York.

*Tolks, Daniel*

Die finale Fassung des Data Governance Act,  
in Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR) 2022, S. 444 – 449.

*Volk, Rebekka; Stengel, Julian; Schultmann, Frank*

Building Information Modeling (BIM) for existing buildings – Literature review and future needs,

in *Automation in Construction*, Bd. 38 (2014), S. 109 – 127,  
doi: 10.1016/j.autcon.2013.10.023.

*Wiebke, Andreas*

Der Data Act – Innovation oder Illusion?,  
in *Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2023, S. 1569 – 1578.

*Ziegler, Nicolas; Nagl, Sebastian*

Zugang zu Industriedaten für KMU – Gleichzeitig eine rechtliche und technische Analyse des Entwurfs des Data Acts als KMU-Instrument,  
in *Zeitschrift für Digitalisierung und Recht (ZfDR)* 2023, S. 57 – 87.

