



5. Göttinger Kartellrechtsgespräch  
**Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie**  
Dateneigentum, Datenschutz, Datenmacht

**Ist Wissen Marktmacht?**  
Zum Verhältnis von Kartellrecht und Datenschutzrecht

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)  
Georg-August-Universität Göttingen

## A. Einführung

### I. Ausgangspunkte

- Digitalisierung und “Big Data”
- Sensibilisierung für Datenschutz (NSA-Affären, EuGH 13.05.2014, C-131/12 – *Google Spain*/Recht auf Vergessenwerden)
- Hohe Bedeutung zweiseitiger Geschäftsmodelle im Internet (Internetsuche, soziale Netzwerke etc.) und besonderer Wert von Daten für diese über personalisierte Werbung finanzierten Geschäfte

### II. Fälle

- *Google/DoubleClick* (M.4731, 11.3.2008)
- *Facebook/WhatsApp* (M.7217, 3.10.2014)
- *Google* (Art. 102 AEUV, Shopping, Suche, Android)

## A. Einführung

### III. Paradigmenwechsel

- **Traditionell:** seit "Volkszählungsurteil" (BVerfGE 65, 1):

*"Je mehr Datenschutz, desto besser"*

- **Modern:** Datenschutz hat jedenfalls bei Anwendung gegenüber privaten Unternehmen "zwei Gesichter":

- Pro: Datenschutz als Abwehrrecht gegen Staat, aber auch gegen Private
- Contra: Datenschutz als Wettbewerbs- und Innovationshindernis

*"Je mehr Konsumentensouveränität, desto besser"*

## B. Daten in der digitalen Ökonomie

### I. Daten und personenbezogene Daten

- **Art 4 Nr. 1 EU-Datenschutz-Grundverordnung (Entwurf):**

*personenbezogene Daten sind „alle Informationen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person ... beziehen“*

### II. Ökonomische Rolle von Daten

1. **"Währung des Internet"** (Tausch "Daten gegen Daten")

2. **"Hauptprodukt"** (Handel mit Daten)

3. **"Rohstoffe"** (z.B. für bessere Such- oder Werbedienste)

⇒ **Datennutzung kann Konsumentenwohlfahrt steigern**

⇒ **zu viel Datenschutz kann Konsumentenwohlfahrt reduzieren**

## C. Daten als Wettbewerbs- und Machtfaktoren

### I. Qualität/Innovation als primäre Wettbewerbsfaktoren

- Nullpreis auf einer Marktseite => kein Ausgleich schlechterer Qualität über günstigeren Preis möglich

### II. Datenmacht und Marktmacht

#### 1. "Datum" ist nicht gleich "Datum"

- personenbezogene / nicht personenbezogene Daten
- individualisierte / pseudonymisierte / anonymisierte Daten
- mehr oder weniger wertvolle / junge oder alte Daten
- von den Nutzern gelieferte / von den Diensten selbst erstellte Daten
- ...

⇒ **Es gibt nicht „den“ Markt für Daten.**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

5

## C. Daten als Wettbewerbs- und Machtfaktoren

### 2. Viele Daten = viel Macht?

- Datenmenge als solche nicht allein ausschlaggebend
- Qualität der Daten in Bezug auf konkrete Märkte und Zwecke
- mehr Daten nicht nur vorteilhaft (Kosten von Speicherung und Pflege)

### 3. Qualität von Datenbanken, Algorithmen und Diensten mindestens ebenso wichtig

### 4. Daten als nicht-ausschließliche Güter

### 5. Marktmacht an sich (oder gar „Datenmacht“) nicht verboten

⇒ entscheidend: Missbrauch der Marktmacht (§ 19 GWB, Art. 102 AEUV) bzw. Fähigkeit und Anreiz dazu (Fusionskontrolle)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

6

## D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

### I. Ausbeutung der Internetnutzer?

#### 1. Ausgangspunkte

- „Nutzerdaten haben einen ökonomischen Wert“
- „Nutzer vergüten Dienste mit ihren Daten“
- „Nutzer kennen den Wert ihrer Daten nicht“

#### 2. Preis- oder Konditionenmissbrauch?

- Sind Internetnutzer wirklich (noch) unwissend?
- Sind Nutzerdaten wirklich wertvoller als die im übrigen kostenfrei erbrachten Dienste?
- Sollten nicht die Nutzer entscheiden, was ihnen die Dienste wert sind und womit (Geld oder Aufmerksamkeit/Daten) sie bezahlen wollen?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

7

## D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

### Vgl. werbefinanzierte Apps vs. kostenpflichtige Apps

- ⇒ Preisbildung über den Markt
- ⇒ (P) Marktversagen oder "*paternalism, dressed up in the guise of "market failure" that does not exist*" (Manne/Sperry)?

### Missbrauch durch zu weitreichende AGB-Klauseln?

- ⇒ Probleme eher zu lösen durch AGB-Recht oder Datenschutzrecht

### 3. Preisdiskriminierung durch Händler

- Fähigkeit zur Preisdifferenzierung (z.B. anhand Mac/PC) wohl oft (+)
- aber: Anreiz für versteckte Preisdiskriminierung mit Blick auf Transparenz im Internet sehr zweifelhaft
- ⇒ Verlust der besonders zahlungskräftigen und „guten“ Kunden droht

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

8

## D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

### II. Behinderung der Wettbewerber (foreclosure)?

#### 1. „Uneinholbarer Datenschatz“ als essential facility?

Keine „außergewöhnlichen Umstände“ i.S.v. EuGH *Magill / IMS Health / Bronner* bzw. EuG *Microsoft* => keine essential facility, denn

- Daten sind eine nicht-ausschließliche Ressource
- vgl. KOMM. *Google/DoubleClick* (M.4731):
  - es gibt viele „datenreiche“ Unternehmen und
  - viele Möglichkeiten Daten zu generieren oder zu erwerben
- „Teilenmüssen“ als Abhilfemaßnahme gerät bei personenbezogenen Daten ggf. in Konflikt mit dem Datenschutzrecht

## D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

### 2. Aktive Behinderung?

- **Exklusivverträge** (Ausschließlichkeitsbindungen, Untersagung der Datenmitnahme zu Wettbewerbern)?
- **Marktmachtübertragungen** (Bündelung, Diskriminierung)?

### III. Fusionskontrolle

- „den“ Markt für Daten gibt es nicht
- mehr Daten bedeuten nicht zwingend mehr Macht
- Kombination der Daten ist ggf. technisch aufwendig
- Schranken durch Verträge mit Dritten / etablierte Geschäftsmodelle
- Kombination der Daten muss *wettbewerblich* problematisch sein
- Effizienzen durch neue / bessere Produkte als Ausgleichsfaktoren?

## E. Kartellrecht und Datenschutzrecht

### I. Datenschutzpolitik der Unternehmen als Wettbewerbsfaktor

- ⇒ d.h. Konditionenwettbewerb um den besten Datenschutz
- ⇒ (P) Ambivalenz für Unternehmen: mehr Datenschutz kann gut oder schlecht für das Geschäft sein
- ⇒ (P) Datenschutzpolitik für Nutzer schwer durchschaubar
- ⇒ (P) Nutzer sind ggf. kaum oder wenig an Datenschutz interessiert (vgl. StudiVZ vs. Facebook)

## E. Kartellrecht und Datenschutzrecht

### II. Datenschutzrecht als Wettbewerbshindernis

#### 1. Unterschiedliche nationale Schutzniveaus

- ⇒ teilweise Abhilfe durch Datenschutz-Grundverordnung der EU

#### 2. Datenschutzrecht vs. Wettbewerb um Datenschutz

#### 3. Datenschutzrecht als „Innovationsbremse“

- ⇒ ggf. Verhinderung neuer/besserer Produkte durch zu strengen Datenschutz, z.B. durch Opt-In-Zwang => Wettbewerbsverzerrung

#### 4. Datenschutzrecht als Marktzutrittsschranke

- ⇒ prohibitive Kosten durch zu hohe Anforderungen, z.B. durch Art. 18 Datenschutz-GrundVO-E (Datenportabilität), der grds. auch nicht marktbeherrschende Unternehmen (incl. Startups) trifft

## E. Kartellrecht und Datenschutzrecht

### III. Datenschutz im Kartellverfahren

#### 1. Datenschutz i.w.S.

- ⇒ Schutz der Berufs- und Geschäftsgeheimnisse (Art. 18 FKVO, Art. 28 VO 1/2003)
- ⇒ Grenzen der Informationsweitergabe durch Art.101 AEUV

#### 2. Datenschutz i.e.S. (personenbezogene Daten)

- ⇒ Bindung der Kartellbehörden durch Art. 7, 8 GrCH bzw. Art. 2 Abs.1, 1 Abs. 1 GG **bei Anwendung des Kartellrechts**
- ⇒ aber: nicht unbedingt Zwang zur Durchsetzung des Datenschutzrechts **durch Anwendung des Kartellrechts**

## E. Kartellrecht und Datenschutzrecht

### IV. Datenschutzrecht und materielles Kartellrecht

- ⇒ teilweise Kritik an Kartellbehörden im Zusammenhang mit Verfahren *Google/DoubleClick* und *Facebook/WhatsApp* bzgl. Datenschutz

#### 1. Bewußt rein wettbewerblicher Maßstab des Kartellrechts

- ⇒ Schutz vor Politisierung, Willkür und Überforderung der Behörden

#### 2. Verstöße gegen Datenschutzrecht als Machtmissbrauch?

- ⇒ „Vorsprung durch Rechtsbruch“ als kartellrechtliche Fallgruppe?
- ⇒ **KOMM.:** Keine Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch, aber Wettbewerbsbezug des Verhaltens erforderlich
- ⇒ **Monopolkommission (SG 68):** Verstoß, wenn Unternehmen Rechtsverstoß tatsächlich zur Behinderung oder Ausbeutung einsetzen *kann*

## E. Kartellrecht und Datenschutzrecht

### 2. Verstöße gegen Datenschutzrecht als Machtmissbrauch?

- ⇒ M.E. überspannt weiter Ansatz Schutzzweck des Kartellrechts und Kompetenzen der Kartellbehörden
- ⇒ Kausalität zu verlangen, mindestens aber, dass Verstoß gerade Ausbeutung oder Behinderung dient

### 3. Datenschutz als Rechtfertigungsgrund für Kartellrechtsverstöße?

- ⇒ vgl. z.B. *Frenz*, EWS 2014, 193 ff.
- ⇒ M.E. abzulehnen: Politisierung, Willkür und Überforderung der Kartellbehörden drohen, wenn außerwettbewerbliche Ziele wie Datenschutz, Umweltschutz oder Gesundheitsschutz berücksichtigt werden müssen

## E. Kartellrecht und Datenschutzrecht

### **KOMM (Facebook/WhatsApp, M.7217, Tz. 164):**

*“Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules.”*

### **FTC (Google/DoubleClick, File No. 071-0170, S. 2 f.):**

*„Not only does the Commission lack legal authority to require conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry.”*



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

**Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)**

Georg-August-Universität Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen  
Telefon 0551-39 10156, Fax 0551-39 7414  
Email: [Koerber@ls-Koerber.de](mailto:Koerber@ls-Koerber.de)

[www.ls-koerber.de](http://www.ls-koerber.de)