



Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Fachdialog „Systemwechsel im Datenschutz – Zentrale Bestimmungen der
Datenschutzgrundverordnung in Zeiten der Digitalisierung“

Datenschutz durch wettbewerbliche Missbrauchskontrolle?

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

A. Einführung

I. Zunehmende Bedeutung von Daten(schutz)

- **Digitalisierung und „Big Data“**
- **Sensibilisierung für Datenschutz** (u.a. NSA-Affären; EuGH 2014 “Recht auf Vergessenwerden”; EuGH 2016 “Vorratsdatenspeicherung”)
- **Hohe Bedeutung zweiseitiger Geschäftsmodelle** im Internet (Internetsuche, soziale Netzwerke etc.) und **besonderer Wert von Daten** für diese über personalisierte Werbung finanzierten Geschäfte
- Wirksamwerden der **EU-DatenschutzgrundVO** am 26.5.2018

II. Datenschutz auch durch Kartellrecht?

- **Google/DoubleClick** (M.4731, 11.3.2008)
- **Facebook/WhatsApp** (M.7217, 3.10.2014)
- **KOMM. vs Google** (Art. 102 AEUV: Shopping, 27.6.2017; Android; AdSense)
- **BKartA vs Facebook** (§ 19 GWB/Art. 102 AEUV, seit 2.3.2016)

A. Einführung

III. Paradigmenwechsel – aber in welche Richtung?

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

⇒ „*Je mehr Datenschutz, desto besser*“

- **Modern:** Datenschutz hat bei Anwendung gegenüber privaten Unternehmen „zwei Gesichter“

- Pro: Datenschutz als Abwehrrecht gegen Staat, aber auch gegen Private

- Contra: Datenschutz als Wettbewerbs- und Innovationshindernis

⇒ Grundsatz der Datensparsamkeit heute fragwürdig

⇒ **Datenschutz mit Überblick und Augenmaß erforderlich**

Aber Praxis: Datenschutz durch Zivilrecht (digitale Inhalte-RI-E 2015), Energierecht (MsbG), Wettbewerbsrecht usw. usw.

B. Daten in der digitalen Ökonomie

I. Daten und personenbezogene Daten

- **Art 4 Nr. 1 EU-Datenschutz-Grundverordnung**

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

II. Ökonomische Rolle von Daten

1. Daten sind definitiv **nicht** die „Währung des Internets“, aber
2. Daten können **Handelsgegenstände** sein (z.B. Adressdaten) und
3. Daten können **Ressourcen** sein (z.B. für Such- oder Werbedienste)

⇒ **Datennutzung kann Verbraucherwohlfahrt steigern**

⇒ **aber es sind auch wohlfahrtsschädliche Missbräuche denkbar**

C. Daten als Wettbewerbs- und Machtfaktoren

I. Qualität/Innovation als primäre Wettbewerbsfaktoren

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

II. „Datenreichtum“ ≠ „Datenmacht“ ≠ Marktmacht

1. „Datum“ ist nicht gleich „Datum“

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

⇒ **Es gibt nicht „den“ (einen) Markt für Daten, sondern viele.**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

5

C. Daten als Wettbewerbs- und Machtfaktoren

2. Datenreichtum und Marktmacht

a) (Roh-)Datenmenge nicht (allein) ausschlaggebend

b) Datenqualität in Bezug auf konkrete Märkte und Zwecke

- ggf. sind Daten von Händlern (Amazon), Kreditkartenunternehmen oder Banken wertvoller als Nutzungsdaten einer Suchmaschine, weil sie viel mehr über das Kaufverhalten aussagen
- **Entscheidend: wettbewerbliche Relevanz der Daten** (die – wie der Wert – für unterschiedliche Akteure sehr unterschiedlich ist)

c) Kombinierbarkeit bzw. Komplementarität der Daten

- insbesondere relevant für Fusionskontrolle
- technische **Möglichkeit**, rechtliche **Zulässigkeit** (vgl. *Google/DoubleClick*), ökonomische **Sinnhaftigkeit**: Vereinbarkeit mit Geschäftsmodell (vgl. *Facebook/WhatsApp*) und **Kosten der Kombination und Pflege** (auch mit Blick auf ggf. sinkende Grenzerträge)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

6

C. Daten als Wettbewerbs- und Machtfaktoren

d) Qualität der Datenbanken und Algorithmen

- Datenmenge kann Qualität reduzieren (z.B. alte/redundante Daten)
- wettbewerblich wertvoll sind letztlich die aus den **Rohdaten** („Kohlenstaub“) gewonnenen **Erkenntnisse** („Diamanten“)

e) Qualität der auf Erkenntnissen basierenden Produkte

- „Datenreichtum“ **allein reicht nicht aus**
- über Markterfolg entscheiden in erster Linie **Innovation und Qualität des Produkts**, d.h. das, was man aus den Daten macht
 - vgl. Google+ vs. Facebook (Datenreichtum allein reicht nicht)*
 - vgl. Yahoo! vs. Google, StudiVZ vs. Facebook (Qualität, Datenschutz)*
 - vgl. Google vs. EuroCities oder Microsoft (Geschäftsmodell)*

f) Datenreichtum oder Marktmacht an sich sind nicht verboten, sondern nur Missbrauch von Marktmacht!

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

7

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

I. Behinderung der Wettbewerber (foreclosure)?

1. „Datenschatz“ als Zutrittsschranke?

a) Daten sind grds. nicht-ausschließliche Ressourcen

vgl. KOMM. *Google/DoubleClick* (M.4731):

- es gibt viele „datenreiche“ Unternehmen (z.B. auch Händler, Kreditkartenunternehmen und Banken)
- und viele Möglichkeiten, Daten zu generieren oder zu erwerben.

b) Theorie des „uneinholbaren Vorsprungs“ zweifelhaft

- vgl. 2000: *AOL/Time Warner*, 2016: Google bzw. Facebook
- zu sehr dem technischen status quo verhaftete „ex ante-Sicht“?

⇒ **grds. keine essential facilities-Situation**, ggf. aber anders bei exklusiven Daten (Gesundheitsdaten, Telematikdaten etc.)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

8

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

2. Aktive Behinderung der Wettbewerber?

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

Viele Probleme in Bezug auf mehrseitige Märkte, z.B.

- **Marktabgrenzung** (z.B. fehlerhafte Marktabgrenzung der Kommission in Fällen Google Shopping und Android)
- **Machtmachtbestimmung** (z.B. Marktanteile haben in der digitalen Ökonomie nur eine vergleichsweise geringe Aussagekraft, vgl. § 19 Abs. 3a GWB)
- **Missbrauchsanalyse** (Nullpreise sind kein Indikator für Preismissbrauch; Bevorzugung eigener Dienste bzw. bloßes „Nicht-Teilen-Wollen“ ist grds. kein Missbrauch; Gleichbehandlungspflicht grds. nur bei essential facility (auch insoweit fehlerhafte Analyse der Kommission in Fällen Google Shopping und Android))

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

9

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

II. Ausbeutung der Internetnutzer?

1. (nur teilweise zutreffende) Ausgangspunkte

- „Nutzerdaten haben einen ökonomischen Wert“ (aber für wen?)
- „Nutzer vergüten Dienste mit ihren Daten“ (oder Aufmerksamkeit?)
- „Nutzer kennen den Wert ihrer Daten nicht“ (wirklich? erforderlich?)

2. Datenbasierte Preisdiskriminierung?

- **Fähigkeit zur Preisdifferenzierung** (z.B. nach IP oder Gerät) grds. (+)
- **offene Preisdifferenzierung** (z.B. Studentenpreise) grds. in Ordnung
- **Anreiz für versteckte Preisdiskriminierung** mit Blick auf Transparenz im Internet **sehr zweifelhaft** (Vergraulen guter Kunden unvernünftig)
- in Medien **behauptete Diskriminierungsfälle i.d.R. „urban legends“** ohne reale Faktenbasis (Studien sprechen eher dagegen)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

10

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

II. Ausbeutung der Internetnutzer? (Fortsetzung)

3. Preis- oder Konditionenmissbrauch?

- Sind Internetnutzer wirklich (noch) unwissend?
- Sind Nutzerdaten wirklich wertvoller als die Dienste von Google, Facebook & Co.? Und wäre das überhaupt problematisch?
- Können/Sollten die Nutzer entscheiden, was ihnen die Dienste wert sind und womit (Geld, Aufmerksamkeit, Daten) sie bezahlen wollen?

vgl. werbefinanzierte Apps vs. kostenpflichtige Apps

⇒ Erfolg kostenloser Dienste = Beispiel für „Preisbildung“ über den Markt?

⇒ Gesetzgeberische Reaktion auf reales **Marktversagen** erforderlich oder eher Aktionismus i.S.e. „**paternalism**, dressed up in the guise of 'market failure' that does not exist“ (Manne/Sperry, SSRN, 2014) bzw. „**digitaler Populismus**“ (Wieduwilt, FAZ, 4.7.2017)?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

11

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

⇒ Trotzdem **Missbrauch** auch in Bezug auf Daten **möglich**

⇒ aber: **welche(s) Gesetz(e), welche Behörde(n) und ggf. Gerichte** sind dann zu einer Abstellung berufen?

BKartA vs Facebook (eröffnet 2.3.2016, Abschluss bis Ende 2017 angestrebt):

„Es besteht der **Anfangsverdacht, dass die Nutzungsbedingungen von Facebook gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstoßen**. Nicht jeder Rechtsverstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens ist gleichzeitig auch kartellrechtlich relevant. Im vorliegenden Fall könnte die Verwendung rechtswidriger Nutzungsbedingungen durch Facebook einen sogenannten **Konditionenmissbrauch gegenüber den Nutzern** darstellen. Das Bundeskartellamt wird unter anderem überprüfen, welcher Zusammenhang zwischen der möglichen marktbeherrschenden Position des Unternehmens und der Verwendung derartiger Klauseln besteht“.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

12

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

- **Möglichkeit des Einforderns umfangreicher Nutzerdaten**
 - indiziert nicht notwendig **Marktmacht oder gar Missbrauch**
 - selbst ein „zu viel“ ist eher Ausdruck schlichter **Vertragsimparität**
=> eher ein Fall für das AGB-Recht
- **Das Kartellrecht schützt aus guten Gründen nur den Wettbewerb!**
 - „ einseitige Ausrichtung“ schützt vor politischer Einflussnahme
 - keine Fachkompetenz für Datenschutz, Umweltschutz etc.
 - Wie sollte das BKartA außerwettbewerbliche Ziele mit dem Wettbewerb bzw. untereinander abwägen (vgl. Ministererlaubnis)?
 - vgl. in diesem Zusammenhang auch § 19 Abs. 3a Nr. 4 GWB:
Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

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.“

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

- ⇒ **nur wenn Marktmacht kausal** für AGB-Akzeptanz ist, kommt ein kartellrechtlich relevanter **Ausbeutungsmisbrauch** in Betracht
- ⇒ bei bloßer Vertragsimparität: **AGB-Recht/Verbraucherschutzrecht**
- ⇒ bei bloßen Datenschutzverstößen: **Datenschutzrecht**

1. **Das Kartellrecht ist kein „Universalinstrument“** zur Durchsetzung des Datenschutzes, des Urheberrechts oder anderer politischer Ziele!
 - ⇒ Der **Datenschutz** muss natürlich **bei Anwendung des Kartellrechts** beachtet werden.
 - ⇒ Aber er kann und sollte **nicht durch Anwendung des Kartellrechts** durchgesetzt werden.
2. **Mängel anderer Gesetze** oder ihrer Anwendung müssen durch Korrektur dieser anderen Gesetze gelöst werden (vgl. etwa DSGVO).

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

15

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

3. **Ein Nebeneinander teils redundanter Datenschutzregelungen** im Datenschutzrecht, Zivilrecht, Kartellrecht usw. führt zu Rechtsunsicherheit. Das ist
 - ⇒ **potentiell innovationshindernd**
 - ⇒ **schwächt auch den Datenschutz.**
 - ⇒ Beides ist **schlecht für die Verbraucherwohlfahrt.**
 - Dies gilt umso mehr als das neue **EU-Datenschutzrecht effektive Durchsetzungsinstrumente** enthält.
 - Auch die **private Durchsetzung des Datenschutzes** wurde jüngst durch den neuen § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG gestärkt.
 - Der **Europäische Datenschutzbeauftragte** hat sich aus diesen Gründen am 14.3. 2017 dezidiert und zu Recht **gegen ein „Datenschuldrecht“** ausgesprochen (Opinion 4/2017)
4. **Ebenso wenig brauchen wir ein über den Schutz des Wettbewerbs hinausreichendes „Datenkartellrecht“.**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

16

D. Datenbezogener Machtmissbrauch?

5. Von zentraler Bedeutung für die Digitalisierungsdebatte wie den Datenschutz ist eine **Rechtssetzung mit Augenmaß**,

geleitet von **Rechtsprinzipien** und **Grundsätzen ökonomischer Vernunft** (z.B. 9. GWB-Novelle)

und **nicht** von **Aktionismus**, **Partikularinteressen** oder schlicht der **Angst vor dem Neuen** wie seinerzeit der britische „Red Flag Act“ (1865 - 1896) und heute wieder manches internetbezogene Gesetz(esvorhaben).



"Die Zukunft soll man nicht voraussehen wollen,
sondern möglich machen."

(Antoine de Saint-Exupéry, Die Stadt in der Wüste, 1948)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

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

Email: Koerber@LS-Koerber.de

Internet: www.LS-koerber.de