



netidee

STIPENDIEN

Datenmissbrauch im Kartellrecht

Endbericht | Call 13 | Stipendium ID 3227

Lizenz CC-BY

Inhalt

1	Einleitung.....	3
2	Allgemeines.....	3
3	Ergebnisse	4
4	Geplante weiterführende Aktivitäten	7
5	Anregungen für Weiterführung durch Dritte	8

1 Einleitung

Aufgrund der rasanten Entwicklung im Bereich datengetriebener Geschäftsmodelle und dem damit verbundenen erhöhten Forschungsaufwand verzögert sich die Fertigstellung der Arbeit. Hinsichtlich des Aufbaus sowie der Struktur des Projekts wurden Veränderungen vorgenommen. Um den Fokus der Arbeit zu schärfen und einen vertieften Analysegrad zu gewährleisten, wurden einzelne Kapitel inhaltlich ausgebaut (insb Kapitel 6), andere – nach Rücksprache mit dem Dissertationsbetreuer – ersatzlos gestrichen (vgl aktualisierter „Meilensteinplan“ – Stand April 2020).

Auf dieser Basis wird der bisherige Stand des Projekts nachfolgend überblickmäßig zusammengefasst (Punkt 2) sowie die vorläufigen Ergebnisse in Form von Thesen ausformuliert (Punkt 3), ergänzt um Anmerkungen zu möglichen weiterführenden Aktivitäten durch den Autor (Punkt 4) bzw Dritte (Punkt 5).

2 Allgemeines

Die Digitalisierung von Informations- und Kommunikationsprozessen sowie die Allgegenwärtigkeit des Internets haben zur zunehmenden Verbreitung von datengetriebenen Geschäftsmodellen beigetragen. Verbraucher profitieren in der Digitalökonomie grds von sehr günstigen oder zum Teil „kostenlosen“ Angeboten sowie einem dynamischen Markt- und Wettbewerbsumfeld. Gleichzeitig wird auch Besorgnis hinsichtlich der Verhaltensweisen einzelner Unternehmen mit starker Marktstellung wie Google, Apple, Facebook & Co geäußert. Die öffentliche Kritik zielt dabei insb auch auf den Umgang mit (personenbezogenen) Daten sowie die mit deren Erhebung, Speicherung und Auswertung einhergehende Intransparenz für den Nutzer ab. Neben dem Aufkommen von datenschutz- und verbraucherrechtlichen Fragestellungen, werden insb auch Wettbewerbsbehörden auf den Plan gerufen.

Dabei begegnet das europäische Kartellrecht Wettbewerbsbeschränkungen auf drei Ebenen, die auch als „drei Säulen“ des Kartellrechts bezeichnet werden. Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit ist insb das Verbot des Marktmachtmissbrauchs nach Art 102 AEUV (bzw § 5 KartG) relevant. Diese Bestimmung untersagt marktbeherrschenden Unternehmen, ihre Stellung gegenüber der Marktgegenseite (Ausbeutungsmissbrauch) oder gegenüber Wettbewerbern (Behinderungsmissbrauch) missbräuchlich auszunutzen. Zu beachten ist, dass nicht die Erlangung oder Beibehaltung einer marktbeherrschenden Stellung als solche verboten ist, sondern nur deren Missbrauch. Umgelegt auf das in der Internetökonomie weit verbreitete Geschäftsmodell „Dienste gegen Daten“ stellt sich nun die Frage, inwiefern das Fordern zu vieler (Nutzer)Daten durch marktbeherrschende Unternehmen aus kartellrechtlicher Sicht möglicherweise einen Verstoß gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs darstellt. Hintergrund ist, dass die Verbraucher in der Digitalökonomie regelmäßig keinen monetären Preis bezahlen, der normalerweise als Gradmesser für einen funktionierenden

Qualitätswettbewerb dient. Die wirtschaftliche Gegenleistung der Nutzer besteht vielmehr in Form von Daten bzw der Einwilligung in die Datenverarbeitungskonditionen, die die Plattformbetreiber zur Sammlung, Speicherung und Analyse (personenbezogener) Daten ermächtigt. Ähnlich wie monetäre Preise, bergen aber auch zu hohe „Datenpreise“ die Gefahr, Verbraucher zu schädigen und diese kartellrechtswidrig auszubeuten.

Vor diesem Hintergrund lautet die Forschungsfrage der vorliegenden Arbeit:

Inwiefern fallen Geschäftspraktiken marktbeherrschender Unternehmen, die den Umgang mit Daten betreffen, in den Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nach Art 102 AEUV?

Ziel der Arbeit ist es, Klarheit in die Verflechtung zwischen Wettbewerbs-, Datenschutz- und Verbraucherschutzrecht zu bringen. Das Dissertationsprojekt soll dabei insb einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, ob und bejahendenfalls inwiefern außerwettbewerbliche Wertungen – wie insb jene aus dem Datenschutz- oder Verbraucherschutzrecht – in kartellrechtliche Analysen miteinfließen sollen bzw müssen. Schwierigkeiten bereiten in diesem Zusammenhang auch die (wirtschaftlichen) Besonderheiten der Digitalökonomie sowie die Funktionsweise mehrseitiger Plattformen, die Einfluss auf die kartellrechtliche Beurteilung haben. Den Tatbestandsvoraussetzungen der Missbrauchskontrolle entsprechend, gilt dies für (i) die Abgrenzung des relevanten Markts, (ii) die Feststellung von Marktmacht sowie (iii) die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Verhaltensweise.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit werden die Defizite traditioneller kartellrechtlicher Konzepte der Missbrauchskontrolle nach Art 102 AEUV aufgezeigt und Vorschläge zum sachgerechten Umgang mit Nutzerdaten in der Digitalökonomie gemacht. Dabei gilt es, einen Ausgleich zwischen den wettbewerblichen Interessen der Plattformbetreiber (weiter Datenzugriff) und den entgegenstehenden außerwettbewerblichen Interessen der Internetnutzer (Verhinderung eines weiten Datenzugriffs) herzustellen. Vorauszuschicken ist, dass die zuständigen Behörden im Bereich Kartell-, Datenschutz- und Verbraucherschutzrecht in Zukunft verstärkt miteinander kooperieren müssen.

3 Ergebnisse

In der Folge werden die vorläufigen Ergebnisse der Arbeit in Form von Thesen dargestellt.

Plattformbegriff und Digitalökonomie

1. Eine mehrseitige (digitale) Plattform liegt vor, wenn (i) mindesten zwei unterschiedliche Gruppen von Nachfragern existieren, (ii) im Rahmen der Interaktion der Nachfragergruppen (indirekte) Externalitäten bzw Netzwerkeffekte entstehen und (iii) ein Intermediär diese Netzwerkeffekte internalisieren kann.
2. Digitale Plattformen sind mittlerweile in nahezu sämtliche Lebensbereiche und Branchen vorgedrungen. Zu diesen sog Informationsintermediären zählen ua

Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Online-Versandhäuser, Kommunikationsdienste, Zahlungssysteme, Vergleichsportale, Partnervermittlungen und Plattformen für die partizipative Wirtschaft (sog Sharing Economy).

3. Je mehr Teilnehmer eine Plattform auf sich vereinen kann, desto größer ist der Nutzen für den Einzelnen. Dies gilt sowohl zwischen Nutzern derselben Nachfragergruppe (direkte Netzwerkeffekte) als auch zwischen Nutzern unterschiedlicher Nachfragergruppen (indirekte Netzwerkeffekte). In der Praxis finden sich häufig Geschäftsmodelle, die sowohl indirekte als auch direkte Netzwerkeffekte aufweisen (bspw werbefinanzierte soziale Netzwerke).
4. Die Bepreisung auf Plattformen fällt typischerweise asymmetrisch aus. Jene Nachfragergruppe, von der die stärksten Netzwerkeffekte ausgehen, wird niedrig oder gar nicht bepreist (einfache Nutzer). Umgekehrt fällt der Preis für die Plattformseite, die von der Verbundenheit der Plattformseiten, dh von den Netzwerkeffekten, profitiert, höher aus (Werbetreibende).
5. Die wirtschaftliche Gegenleistung der Nutzer für die Inanspruchnahme der Plattformleistung besteht regelmäßig nicht in monetären Preisen, sondern in Form von Daten bzw der Einwilligung in die Datenverarbeitungskonditionen der Plattformbetreiber.
6. Die Marktführerschaft auf Plattformmärkten in der digitalen Ökonomie wird nicht – wie in der traditionellen Ökonomie – durch Preiswettbewerb entschieden, sondern aufgrund der Schnellebigkeit und hohen Marktdynamik auf der Stufe der Produkt- bzw Prozessinnovationen (Innovationswettbewerb).
7. Skalen- und Verbundeffekte sind im Bereich der Digitalökonomie insb aufgrund starker Netzwerkeffekte besonders ausgeprägt.

Marktabgrenzung

8. Auch nicht-monetären Austauschbeziehungen bzw „Nullpreis-Märkten“ kommt Marktqualität iSd Kartellrechts zu. Damit unterliegt auch das in der Digitalökonomie weit verbreitete Geschäftsmodell „Dienste gegen Daten“ der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nach Art 102 AEUV.
9. Das Abstellen auf preisbasierte wettbewerbsökonomische Konzepte zur Marktabgrenzung (wie bspw den SSNIP-Test, der die Wechselbereitschaft der Kunden in Reaktion auf einen hypothetischen Preisanstieg überprüft) ist in der Digitalökonomie nicht zielführend bzw nicht möglich, wenn die Plattformleistung unentgeltlich angeboten wird.
10. Das Abstellen auf alternative Konzepte zur Marktabgrenzung, die statt auf einen Preisanstieg (wie bspw beim SSNIP-Test), auf eine Qualitätsreduktion (SSNDQ-Test) bzw eine Erhöhung sonstiger Kosten (wie etwa die Menge oder

Dauer der zu konsumierenden Werbung oder die vom Nutzer bereitgestellten persönlichen Daten) (SSNIC-Test) setzen, ist grds zu begrüßen. Allerdings sind die entsprechenden Größen (Qualität, Werbemenge, Daten) nur schwer messbar und zudem oft vom subjektiven Empfinden der Nutzer abhängen.

11. Für die Beurteilung der Wechselbereitschaft der Kunden im Rahmen der Marktabgrenzung müssen verstärkt andere Faktoren wie etwa Netzwerkeffekte, Qualitätswettbewerb, Nutzerpräferenzen und -gewohnheiten sowie Markteintrittsbarrieren miteinbezogen werden.
12. Bei Transaktionsplattformen empfiehlt es sich grds, diese einheitlich, dh sämtliche Plattformseiten umfassend, abzugrenzen (unter der Annahme enger Verbundenheit, weitgehend einheitlichen Bedarfs sowie nahezu identen Ausweichmöglichkeiten der Nutzergruppen).
13. Bei Nicht-Transaktionsplattformen empfiehlt es sich grds, diese separat entlang der Plattformseiten abzugrenzen, dh Annahme getrennter Märkte für jede Nutzergruppe. Wechselwirkungen und Rückkoppelungseffekte zwischen den Plattformseiten müssen jedoch angemessen berücksichtigt werden.
14. Unabhängig von der Einstufung als Transaktions- oder Nicht-Transaktionsplattform ist allerdings jedenfalls eine Beurteilung im Einzelfall erforderlich, um zur Abgrenzung eines einheitlichen Marktes oder mehrerer separater Märkte zu gelangen.

Marktmacht

15. Das Abstellen auf preis- oder volumenbasierte Kennzahlen für die Berechnung von Marktanteilen (wie in der traditionellen Ökonomie üblich), ist in der Digitalökonomie nicht zielführend bzw nicht möglich, wenn die Plattformleistung unentgeltlich angeboten wird.
16. Hohen Marktanteilen auf Basis der tatsächlichen Nutzungsintensität der Plattform (bspw auf der Plattform verbrachte Zeit; Anzahl an Suchanfragen; Anzahl an täglich oder monatlich aktiven Nutzern) kommt allenfalls Indizwirkung für das Vorliegen von Marktmacht zu.
17. Marktanteile können angesichts der schnellen Marktveränderungen in der Digitalökonomie (aufgrund der zunehmenden Verdrängung des neoklassischen Preiswettbewerbs durch sequentiell verlaufenden Schumpeter'schen Innovationswettbewerb) nur begrenzt für die Beurteilung von Marktmacht herangezogen werden.
18. Heranzuziehen sind zusätzliche Kriterien auf Ebene der Marktstrukturanalyse wie insb potentieller Wettbewerb. Der „Bestreitbarkeit“ der Marktposition des vermeintlichen Marktbeherrschers kommt entscheidende Bedeutung zu. Die

Kontinuität der Stellung im Markt hängt wiederum vom Bestehen etwaiger Marktzutrittsschranken (wie insb Netzwerkeffekte) ab.

19. Weitere Faktoren zur Marktmachtbestimmung in der Digitalökonomie umfassen direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die parallele Nutzung mehrerer Dienste zur Befriedigung desselben Bedürfnisses (*Multi-Homing*), die Höhe des Wechselaufwands für den Nutzer, Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck sowie den Zugang zu bzw die Fähigkeit zur Verwertung von wettbewerbsrelevanten Daten.
20. Das Zusammenspiel von (direkten und indirekten) positiven Netzwerk- sowie Lock-In-Effekten, Skalen- und Verbundvorteilen können in der Digitalökonomie zu oligopolistischen oder gar monopolistischen Strukturen der Märkte führen. Neben dem überaus dynamischen Wettbewerbsumfeld können Konzentrationstendenzen allerdings – neben Überlastungserscheinungen und allgemeinen Kapazitätsengpässen – durch Faktoren wie Plattformdifferenzierung oder Multi-Homing abgeschwächt werden.

Missbräuchlichkeit der Verhaltensweise

21. Erhebt ein marktbeherrschendes Unternehmen quantitativ und/oder qualitativ mehr Daten, als dies unter normalen Wettbewerbsbedingungen möglich wäre, liegt der Verdacht einer missbräuchlichen Verhaltensweise nahe.
22. Nutzungsbedingungen bzw Datenverarbeitungskonditionen fallen unter den Begriff der Geschäftsbedingungen des Konditionenmissbrauchs nach Art 102 lit a) AEUV, der eine Fallgruppe des Ausbeutungsmisbrauchs darstellt.
23. Die übermäßige Datensammlung auf Basis überschießender, dh unangemessener, Geschäftsbedingungen kann Nutzern gegenüber demnach den Tatbestand des Konditionenmissbrauchs nach Art 102 lit a) AEUV erfüllen.
24. Gleichzeitig könnten von der übermäßigen Datensammlung Behinderungswirkungen – etwa durch die Verstärkung von Marktzutrittsschranken – zulasten von Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens ausgehen (Behinderungsmisbrauch).

4 Geplante weiterführende Aktivitäten

Vor dem Hintergrund der fortschreitenden Digitalisierung kann erwartet werden, dass sich die Brisanz rund um Datenverarbeitungskonditionen in Zukunft noch verschärfen wird. Das Forschungsthema eignet sich daher bestens als Grundlage für weiterführende oder verwandte wettbewerbsrechtliche Projekte rund um Problemstellungen aus dem Bereich der Digitalökonomie.

Der Verfasser wird die Behörden- und Gerichtspraxis in diesem Bereich auch nach Fertigstellung der Forschungsarbeit weiterhin verfolgen. Geplant ist eine weiterführende Beschäftigung mit dem Forschungsthema in Form von (vertieften)

wissenschaftlichen Aufsätzen, der Teilnahme an einschlägigen Konferenzen sowie der Verwertung der Forschungsergebnisse für die universitäre Lehre.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang insb das in Deutschland anhängige Verfahren gegen Facebook wegen des Verdachts des Marktmachtmissbrauchs nach Art 102 AEUV durch die exzessive Erhebung von Nutzerdaten. Im Verfahren um einstweiligen Rechtsschutz lehnte das OLG Düsseldorf als Beschwerdegericht – im Gegensatz zum deutschen Bundeskartellamt – einen Marktmachtmissbrauch durch Facebook auf Basis übermäßiger Datensammlung ab. Das deutsche Bundeskartellamt hat gegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf bereits Beschwerde zum BGH angekündigt. Der Ausgang dieses Verfahrens (sowie jener im Hauptverfahren) wird von Experten weltweit mit großer Spannung erwartet und wird dem Verfasser reichlich Stoff für weitere wissenschaftliche Abhandlungen hinsichtlich datenbezogener missbräuchlicher Verhaltensweisen nach Art 102 AEUV bieten.

Was den derzeitigen Stand des hier interessierenden Dissertationsprojekts betrifft, ist auszuführen, dass eine Fertigstellung bzw Abgabe der Erstfassung bis Ende des SS 2020 geplant ist. Die im Planungsdokument als ausständig markierten Kapitel betreffen Fragestellungen rund um das kartellrechtliche Missbrauchsurteil datenbezogener Verhaltensweisen (Kapitel 7 und 8) und die anschließende Ausformulierung von Lösungsvorschlägen (Kapitel 9) sowie zusammenfassenden Thesen der Arbeit (Kapitel 10) (vgl aktualisierter „Meilensteinplan“ – Stand April 2020). Die notwendigen Grundlagen zur Klärung der betreffenden Forschungsfragen, dh ein erheblicher Teil des Forschungsaufwands, wurde in den bereits fertig gestellten Vorkapiteln geschaffen (vgl Punkt 3, Thesen 1. – 20. des vorliegenden Dokuments). Die noch ausstehenden Kapitel sind bereits im Entstehen. Erste – bewusst noch allgemein formulierte – Ergebnisse sind bereits in den Thesen 21. – 24. unter Punkt 3 ersichtlich.

5 Anregungen für Weiterführung durch Dritte

In der Digitalökonomie wird die Verzahnung zwischen Verbraucher-, Datenschutz- und Kartellrecht immer sichtbarer. Dies gilt insb für das kartellrechtliche Verbot des Preishöhen- bzw Konditionenmissbrauchs nach Art 102 lit a) AEUV, das Verbraucher vor der Verwendung unangemessener Preise bzw sonstiger Geschäftsbedingungen schützt. Insofern eignet sich das Dissertationsprojekt als Querschnittsmaterie hervorragend als Denkanstoß für wissenschaftliche Arbeiten aus dem Verbraucher- bzw Datenschutzrecht, bietet aber auch interessante Fragestellungen aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht.

Aus kartellrechtlicher Sicht besteht im Bereich der Digitalökonomie und der dort besonders häufig anzutreffenden datengetriebenen Geschäftsmodelle nach wie vor erheblicher Forschungsbedarf. Abgesehen von einschlägigen Fragestellungen im Bereich des Kartellverbots nach Art 101 AEUV (bzw § 1 KartG) sowie der

Zusammenschlusskontrolle nach der FKVO (bzw § 7ff KartG), gilt dies auch für die – im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessierende – Missbrauchskontrolle nach Art 102 AEUV (bzw § 5 KartG) als dritte „Säule“ des Kartellrechts. Aufgrund der Fülle an möglichen Fragestellungen wird hier stellvertretend lediglich ein Problem herausgegriffen, das aufgrund seines Umfangs im Rahmen des vorliegenden Dissertationsprojekts schlussendlich keine Berücksichtigung finden konnte. Dies betrifft die Frage, ob umfangreiche Daten(banken) marktbeherrschender Unternehmen eine nicht duplizierbare wesentliche Einrichtung (sog *Essential Facility*) darstellen, die diese dann in weiterer Folge mit ihren Wettbewerbern teilen müssten. Die Weigerung des Datenzugangs könnte in weitere Folge gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs nach Art 102 AEUV in Form eines Behinderungsmissbrauchs verstoßen.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ergibt sich im Rahmen datengetriebener Geschäftsmodelle naturgemäß eine Fülle von weiterführenden Forschungsfragen. Dies gilt insb für das Bestehen eines (wirksamen) Rechtfertigungstatbestands nach Art 6 DSGVO, auf dessen Basis Plattformbetreiber personenbezogene Daten ihrer Nutzer verarbeiten. Mit Hinblick auf das datenschutzrechtliche Kopplungsverbot (Art 7 Abs 4 DSGVO) ist bspw erörterungsbedürftig, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen eine wirksame Einwilligung nach Art 6 Abs 1 lit a) DSGVO vorliegt, wenn die Einwilligung in die entsprechenden Nutzungsbedingungen bzw Datenverarbeitungskonditionen – wie etwa beim sozialen Netzwerk Facebook – Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Plattformleistung ist. Hier gilt es insb auch zu berücksichtigen, ob ein etwaiges Verhandlungsungleichgewicht zwischen dem Plattformbetreiber und seinen Nutzern besteht und ob letzteren gleichwertige alternative Angebote zur Verfügung stehen, auf die diese ohne größere Nachteile ausweichen können.

Im Bereich des Verbraucherschutzrechts bzw allgemeinen Zivilrechts stellt sich die Frage nach der Verfügungsbefugnis in Bezug auf Daten, die nach wie vor ungeklärt ist. Eine abschließende sachenrechtliche Zuordnung von Verfügungsrechten über Daten regelt das personenbezogene Datenschutzrecht nicht. In Deutschland werden in diesem Zusammenhang bereits intensive Diskussionen rund um die mögliche Schaffung eines zivilrechtlichen „Dateneigentums“ (oder ähnlichen Rechten) geführt.

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht stellt sich zudem die Frage nach der genauen ökonomischen Bewertung eines (Nutzer-)Datums, die nach wie vor ungeklärt ist und auch Einfluss auf kartellrechtliche Analysen (etwa im Rahmen eines Preishöhen- oder Konditionenmissbrauchs nach Art 102 lit a) AEUV) haben könnte. Bis dato existieren in der Praxis nur einige vage Vorschläge zur monetären Bewertung von Daten (etwa mittels Division relevanter Finanzdaten durch die Anzahl an Nutzern oder Datensätze; Heranziehung von Preisen, die sog Data Broker für den Verkauf eines Datensatzes am Markt verlangen), die allesamt Schwächen und Ungenauigkeiten aufweisen.