

**REIDLINGER SCHATZMANN**

# Kartellrechtliche Aspekte der Verwendung von Daten in der Digital Economy

**RA Dr. Axel Reidlinger**

**17. Salzburger Telekom-Forum:  
„Die Digitale Agenda für Europa - eine Zwischenbilanz“**

**24.-25. August 2016**

# Übersicht

- Aktuelles: Bundeskartellamt vs Facebook, Microsoft kauft LinkedIn
- Zentrale Fragestellungen
- Big Data und Geschäftsmodelle von Plattformunternehmen
- Daten, Marktmacht und Datenschutzbedenken
- Kartellrechtliche Aspekte der Sammlung und Verwendung von Daten
- Daten als Marktmachtquelle
- „Pre-emptive mergers“
- Mögliche wettbewerbsfördernde Zusagen an Wettbewerbsbehörden

## Aktuelles: Bundeskartellamt vs Facebook, Microsoft /LinkedIn

- Deutsches Bundeskartellamt hat Anfang März 2016 ein Verfahren gegen Facebook eingeleitet, um dem Verdacht nachzugehen, dass Facebook durch die Ausgestaltung seiner Vertragsbestimmungen zur Verwendung von Nutzerdaten seine mögliche marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke missbraucht
- Microsoft kauft LinkedIn um \$ 26,2 Mrd. (Umsatz < \$ 4 Mrd)
- Facebook / WhatsApp (2014): Kaufpreis \$ 19 Mrd (Umsatz \$ 10 Mio)
- In all diesen Fällen geht es um die Sammlung und Verwertung von Nutzerdaten - Wettbewerbsbehörden zeigen steigendes Interesse

## Zentrale Fragestellungen

- Wie soll man die schnelllebigen digitalen Märkten kartellrechtlich richtig abgrenzen?
- Wie ist die Marktmacht einzelner Unternehmen zu messen, die ihre Dienste gratis anbieten?
- Braucht es für die Phänomene der Digital Economy neue „Schadenstheorien“ oder gar neue kartellrechtliche Verbotstatbestände?
- Können große Mengen von Nutzerdaten zu einer marktbeherrschenden Stellung führen?
- Müssen Marktbeherrscher ihre Nutzerdaten anderen Marktteilnehmern zur Verfügung stellen?
- Kann jeder Datenschutzrechtsverstoß durch ein marktstarkes Unternehmen automatisch auch kartellrechtlich sanktioniert werden?
- Welche Zusagen sind geeignet, um datenbezogene Wettbewerbsprobleme zu beseitigen?
- Wie sind sogenannte „pre-emptive mergers“ aus kartellrechtlicher Sicht zu betrachten?

# Big Data und Geschäftsmodelle von Plattformunternehmen

OECD-Bericht zu Hearings ihres Competition Committee zur „Digital Economy“ im Jahr 2012:

*“Competition in major digital markets often takes on a rather distinctive form.*

- ▶ *First, competition between business models or platforms tends to be more important than competition within a business model because platform competition often leads to a “winner takes all” outcome. In other words, dominance -- or even monopoly -- can be the virtually inevitable outcome of success.*
- ▶ *Second, digital markets are often characterised by strong network effects and economies of scale, which reinforce this competition-to-dominance trait.*
- ▶ *Third, many digital markets are two-sided, so that two or more user groups benefit from use of the digital platform. For example, search engines are used both by individuals to access information on the internet and by advertisers to access viewers.*
- ▶ *Fourth, as the digital economy becomes increasingly interconnected, a degree of co-ordination and co-operation between firms is unavoidable and indeed pro-competitive.*
- ▶ *Fifth, digital markets are characterised by high rates of investment and innovation, which lead to rapid technological progress in the sector.”*

# Daten, Marktmacht und Datenschutzbedenken

- Betrachtung des **Umgangs mit Nutzerdaten** als **nicht-monetärer Faktor des Wettbewerbs**, dessen Beachtung sich durch erhöhte Marktmacht (etwa nach einem Zusammenschluss) verschlechtern könnte
- enge **Verbindung** zwischen der **marktbeherrschenden Stellung**, der **Datensammelmethoden** und der **Wettbewerbsstruktur** auf dem betreffenden Markt
- Kartellrecht kann niemals das „bessere Datenschutzrecht“ werden - **das Kartellrecht ist nur dem Wettbewerb verpflichtet.**
- **Kartellrecht und Datenschutzrecht erfüllen komplementäre Zwecke.**
- Nicht jeder Datenschutz-Verstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens stellt automatisch auch einen Kartellrechtsverstoß dar.
- **Datenschutz-Grundverordnung (Inkrafttreten 2018):** jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitung nach Art 7 Abs 3
- **Richtlinien-Entwurf der Kommission (2015) über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte:** Recht des Verbrauchers auf Beendigung der Nutzung seiner Daten

# Kartellrechtliche Aspekte der Sammlung und Verwendung von Daten (1)

- Studie des deutschen Bundeskartellamts und der französischen Autorité de la Concurrence aus Mai 2016: „Competition Law and Data“
- Frage nach den sogenannten kartellrechtlichen „Schadenstheorien“ bei der Nutzung von Kundendaten in digitalen Märkten
- Fähigkeit eines Unternehmens, **Marktmacht** daraus zu beziehen, dass es über eine **Datenmenge von einem Ausmaß und einer Qualität** verfügt, die seine **Wettbewerber nicht „matchen“** können
- eine jeweils **fallbezogene Untersuchung** des Bestehens und Umfangs eines solchen „Datenvorteils“ **notwendig**
- **wesentliche Kriterien** für eine solche Untersuchung: **Netzwerkeffekte**, **„Multi-homing“** und die **Marktdynamik des einzelnen Marktes**
- Beurteilung der Relevanz von Daten für die Entwicklung von Marktmacht insbesondere um deren **Seltenheit oder Reproduzierbarkeit** sowie um die **Bedeutung der Datenmenge und der Datenbreite** für den **konkreten Markt**

# Kartellrechtliche Aspekte der Sammlung und Verwendung von Daten (2): Marktabgrenzung und Marktmacht

- Traditionelle kartellrechtliche **Methoden** in digitalen Märkten **unzureichend**
- **Verhaltensweisen** der Unternehmen lösen starke **Feedbackeffekte** auf die **Marktstruktur** aus
- klassische Methoden für **Marktabgrenzung** und Feststellung von Marktmacht - etwa durch umsatzbasierte Marktanteile - versagen in zweiseitigen Plattformmärkten (mangels Umsätzen)
- Empfohlen wird stattdessen eine Analyse von sogenannten „**Competitive Constraints**“, also von wettbewerblichen Beschränkungen der Handlungsmöglichkeiten solcher marktstarker Unternehmen: Untersuchung, **auf welche konkrete Weise digitale Plattformen Umsatz und Gewinn erzielen** und welche anderen Unternehmen ihnen diese Umsätze und Gewinne streitig machen könnten
- **Spezialregelung im neuen § 18 (3a) dGWB** (Novelle 2016) für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens in mehrseitigen Märkten und von Netzwerken:  
1. direkte und indirekte **Netzwerkeffekte**, 2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der **Wechselaufwand für die Nutzer**, 3. seine **Größenvorteile** im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, 4. sein **Zugang zu Daten**, 5. innovationsgetriebener **Wettbewerbsdruck**



# Kartellrechtliche Aspekte der Sammlung und Verwendung von Daten (3): Missbrauchstatbestände

- In den digitalen Märkten ist es häufig besonders **schwierig, wettbewerbsfeindliche Motive** bestimmter Verhaltensweisen von ganz **normalen Geschäftsstrategien** auseinanderzuhalten
- **Sanktionierung** von bestimmten Verhaltensweisen durch Wettbewerbsbehörden kann bei **überschießenden Maßnahmen** auch die **Marktdynamik gefährden**
- **herkömmliche Maßstäbe** für missbräuchliches Verhalten **passen in digitalen zweiseitigen Märkten häufig nicht**
- Wettbewerbsprobleme bei der Anwendung des Kartellrechts in digitalen Märkten:
  - Fähigkeit von marktmächtigen Unternehmen, sich **für Nutzer unentbehrlich** zu machen;
  - als Folge davon gewisse **Beschränkungen bei Wettbewerb und Innovation**;
  - **Ausweitung** ihrer starken Marktstellung **auf andere Märkte**.
- „**Klassische Missbrauchstatbestände**“ (Exklusivbindung, Koppelung, ...) **nur teilweise geeignet** → **Generalklausel** muss von Behörden ebenfalls angewendet werden

# Daten als Marktmachtquelle

- Kann die **Verfügbarmacht** eines Unternehmens **über Nutzerdaten** dafür ausreichen, eine **marktbeherrschende Stellung** zu erlangen?
  - **Differenzierter Ansatz:**
    - Bedeutung von **Netzwerkeffekten**
    - Fähigkeit einzelner Plattformanbieter, zielgenauere Anzeigen aufgrund eines größeren Datenbestands zu vermitteln, kann dazu führen, dass diese sowohl mehr Werbetreibende als auch mehr Anbieter von Werbeflächen auf sich vereinen können („**Schneeballeffekt**“)
    - **Substitutionsfähigkeit** von Daten aus verschiedenen Quellen ist **zweifelhaft**
    - **Unterschiedliche Datenqualität** ist ein **Indiz für die Entstehung von Marktmacht** bei gewissen Plattformbetreibern
- Aber zugleich auch Einschränkung der oben genannten Effekte durch:
- „**Multi-homing**“ → Daten eines Nutzers sind vielen Betreibern bekannt
  - **Starke Marktdynamik:** auch Google und Facebook mussten sich erst durchsetzen

## „Pre-emptive mergers“

- Für Wettbewerbsbehörden nicht einfach, zwischen **wettbewerbsschädlichen Zusammenschlüssen** und solchen zu unterscheiden, bei denen der Effekt der Weiterentwicklung der Märkte mit **Vorteilen für die Nutzer** überwiegt
- Zu prüfen ist, **ob der Markt „kippen“ könnte**, also in einen bestimmten Dienstleistungsmarkt ein Quasi-Monopol entstehen könnte. Damit würde der Marktführer jeden **Anreiz zur weiteren Verbesserung seiner Dienstleistung verlieren**.
- Wettbewerbsbehörden sollten **Kräfte der Innovation und des Markteintritts identifizieren**, die die Märkte verändern und auf den Kopf stellen könnten, anstatt nur auf den Wettbewerb in bestehenden Märkten zu achten
- **Auch wenn die Dienstleistungen** von Käufer und Target für ihre Nutzer durchaus **unterschiedlich** sind, so kann **dennoch ein Wettbewerbsverhältnis** insoweit **vorliegen**, als das eine Unternehmen dem anderen (Werbe-)Umsätze (und potenzielle Gewinne) wegnehmen kann → Wettbewerbsdruck sinkt für den Käufer nach Durchführung des Zusammenschlusses
- Beachtung der drohenden **Verschlechterung von Nutzungsbedingungen (insb betr. Vertraulichkeit)** als Teil der Produktqualität (vgl. Kommission, *TomTom / Tele Atlas* 2008)

## Mögliche wettbewerbsfördernde Zusagen an Wettbewerbsbehörden

- Angebot an die Nutzer, als Alternative zum Gratisangebot gegen Überlassung umfassender Nutzerdaten auch ein **zusätzliches Bezahl-Angebot** mit einer **auf das unbedingt Notwendige reduzierten Sammlung und Speicherung persönlicher Daten**;
- Beachtung einer **Verhältnismäßigkeitsgrenze** für die Speicherung von Kundendaten, etwa nach dem Muster der „Compare-and-Forget“-Methode der niederländischen Datenschutzbehörde;
- Umsetzung von „**Datenportabilität**“, also dem Recht des Nutzers, seine Daten dem bisherigen Anbieter zu entziehen und zu einem neuen Anbieter zu portieren - ähnlich der Portierung einer Telefonnummer;
- Einhaltung strenger **Beschränkungen für die Nutzung von Daten für unterschiedliche Geschäftsbereiche** des jeweiligen Unternehmens.

## Quellen

- European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and scientific policy: „Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy“, July 2015.
- European Data Protection Supervisor: Preliminary Opinion „Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy“, March 2014.
- Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt: „Competition Law and Data“, 10 May 2016.
- Monopolkommission (D): Sondergutachten 68 „Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte“, Juni 2015.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (D): „Grünbuch: Digitale Plattformen“, Mai 2016.
- OECD Competition Committee: Hearings „The Digital Economy 2012“, 7 February 2013 (DAF/COMP(2012)22).
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (D): Referentenentwurf „Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG)“, Stand 1. Juli 2016.

**REIDLINGER SCHATZMANN**

## Fragen?

Dr. Axel Reidlinger

Reidlinger Schatzmann Rechtsanwälte GmbH

Tuchlauben 17, 1010 Wien

T +43 1 235 11 00 - 11

[reidlinger@rs-ra.eu](mailto:reidlinger@rs-ra.eu)

[www.rs-ra.eu](http://www.rs-ra.eu)

