

Datenschutz und Kartellrecht

12. Österreichischer IT-Rechtstag, Wien 26.4.2018

Univ.-Prof. Dr. Florian Schuhmacher, LL.M. (Columbia)

Problemstellung

- Datenschutz und Kartellrecht verfolgen im Ausgangspunkt unterschiedliche Zielsetzungen
 - Datenschutzrecht schützt personenbezogene Daten und damit gleichzeitig Persönlichkeitsrechte des Nutzers
 - Kartellrecht schützt den wirksamen Wettbewerb vor Beschränkungen und verfolgt dabei einen freiheitsschützenden Zweck und ökonomische Ziele wirtschaftlicher Effizienz
- Traditionell als getrennte Rechtsgebiete verstanden
- Digitalisierung rückt Zusammenhang in den Vordergrund

Problemstellung

- Zwei Entwicklungen führen zu einer stärkeren Berücksichtigung von Daten und der Verwendung von Daten im Kartellrecht
 - Daten werden zunehmend als ökonomischer Wettbewerbsfaktor verstanden
 - Unentgeltliche Dienste werden in Anspruch genommen, wobei Diensteanbieter auf die Daten der Nutzer zugreifen
 - Daten und die Auswertung der Daten führt zu neuen wirtschaftlichen Entwicklungen (Stichwort: Big Data)
 - Dauerhaft starke Marktstellung bestimmter Diensteanbieter führt zum Eingreifen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle

Facebook-Verfahren

- Das Bundeskartellamt (BKartA) hat im Jahr 2016 ein Verfahren gegen Facebook eingeleitet
 - Verdacht des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Nutzungsbedingungen und die darin vorgesehene Nutzung der Daten
 - Insbesondere die Nutzung von Daten aus Drittquellen steht im Fokus des Verfahrens
 - Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften und auch kartellrechtliche Vorschriften

Facebook-Verfahren

- Kontroverse Diskussion:
 - BKartA zur Durchsetzung des Datenschutzes bzw. des Verbraucherschutzes vs.
 - Notwendiger Schutz des Wettbewerbs aufgrund der Wettbewerbsrelevanz der Daten
- Verfahren derzeit noch im Gange
- Zur Diskussion steht die kartellrechtliche Beurteilung von Daten und der Nutzung der Daten

Daten als Wettbewerbsfaktor

- Mehrseitige Plattformen stehen zwei verschiedenen Nutzerseiten gegenüber
 - Nutzer, die die Leistungen der Plattform unentgeltlich nutzen
 - Anbieter von Werbeleistungen, die über Anzeigen die Dienste finanzieren
- Die Daten der Nutzer ermöglichen dabei zielgerichtete und personalisierte Werbung, die gleichzeitig die Einnahmemöglichkeit erhöht
 - Netzwerkeffekte
 - Je mehr Nutzer den Dienst nutzen, desto größer ist der individuelle Nutzen
 - Je größer die Reichweite, desto größer die Werbemöglichkeiten

Daten als Wettbewerbsfaktor

- Daten der Nutzer sind damit nicht nur Informationen über die Nutzer, sondern sie bestimmen in der Plattformarchitektur auch die Werbemöglichkeiten
 - Bildlich gesprochen „bezahlt der Nutzer die Nutzung des Dienstes durch die Zurverfügungstellung der Daten“
 - Der Diensteanbieter stellt der Marktgegenseite die Werbemöglichkeit zur Verfügung
 - Letztlich wird Aufmerksamkeit generiert, die wirtschaftlich verwertbar ist
 - Daten werden zum **Wettbewerbsparameter und einer wirtschaftlich werthaltigen Leistung**

Daten als Wettbewerbsfaktor

- Gleichzeitig können Daten für die Marktstellung eines Unternehmens von zentraler Bedeutung sein
- Zukünftige Märkte und Dienste bzw. Absicherung der Marktstellung
- **Freiheitsschützende Funktion** des Kartellrechts neben **ökonomischer Zielsetzung**

Daten als Wettbewerbsfaktor

- Berücksichtigung durch den deutschen und österreichischen Gesetzgeber (KaWeRÄG 2017 bzw. 9. GWB-Novelle)
 - Transaktionswertabhängiger Anmeldezeitstand (§ 9 Abs 4 KartG)
 - € 200 Mio Transaktionswert
 - Soll Zusammenschlüsse erfassen, die aufgrund der geringen Umsätze des Zielunternehmens sonst nicht erfasst werden würden
 - In Deutschland § 35 Abs 1a GWB
 - Berücksichtigung von Daten und Innovation als Machtfaktor
 - Klarstellung, dass der Annahme eines Marktes nicht entgegen steht, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird (§ 18 Abs 2a GWB).

Daten als Wettbewerbsfaktor

- Bei der Bewertung der Marktstellung sind zu berücksichtigen:
 - direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
 - die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
 - seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
 - sein **Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten**,
 - innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck (§ 19 Abs 3a GWB)

Daten als Wettbewerbsfaktor

- Zwischenergebnis
 - Daten sind aufgrund des Zwecks des Kartellrechts zu berücksichtigen
 - Sie können unmittelbar wettbewerbsrelevanten Input darstellen
 - Datenschutzrecht und Kartellrecht verfolgen unterschiedliche Zielrichtungen
 - Soweit der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen betroffen ist, beansprucht aber auch Kartellrecht uneingeschränkt Geltung
 - Damit erscheint auch die Anwendung auf Datenschutzvereinbarungen grundsätzlich möglich
 - Ansatzpunkt sind aber eigenständige kartellrechtliche Wertungen

Facebook als Anwendungsfall

- Marktbeherrschende Stellung
 - Marktabgrenzung
 - Markt für soziale Netzwerke (Komm, COMP/M.7217 *Facebook/Whatsapp*)
 - Hohe Marktanteile und Netzwerkeffekte lassen auf eine marktbeherrschende Stellung schließen
- Facebook unterliegt damit dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 102 AEUV, § 5 KartG, § 19 GWB)

Facebook als Anwendungsfall

- Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung
 - Preis- und Konditionenmissbrauch
 - Unangemessene Preise und Geschäftsbedingungen (Art 102 lit a AEUV, § 5 Abs 1 Z 1 KartG; § 19 Abs 2 Z 1 GWB)
 - Unangemessene Dateneinräumung könnte einen Fall der unbilligen Geschäftsbedingungen darstellen
 - Maßstab ist eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung des Ziels der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs
 - Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Angemessenheit
 - Interesse des Nutzers und Interesse des Diensteanbieters sind einander gegenüberzustellen (vgl etwa EuGH Rs 127/73, *BRT/SABAM II*)

Facebook als Anwendungsfall

- Zu berücksichtigen ist allerdings die Marktstellung des Diensteanbieters, sodass nicht ohne weiteres von einem angemessenen Interessenausgleich ausgegangen werden kann
- Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs tritt als weiteres Ziel hinzu
- Beides spricht für eine strenge Angemessenheitsprüfung
- Wertungen der DSGVO sind zu berücksichtigen
 - Erwägungsgrund 42 DSGVO: echte oder freie Wahl des Dienstenutzers
 - Art 7 Abs 4 DSGVO: Verhältnismäßigkeit und Kopplungsverbot (zutr *Holzweber/Scharf*, *ecolex* 2018, 258; vgl auch *Franck*, *Zwer* 2016, 137 als Untergrenze; aA *Lettl*, *WuW* 2016, 214, der bei Rechtsbruch auf eine Interessenabwägung generell verzichtet)

Vereinbarungen über Datennutzung und Datenaustausch

- Aus der Einstufung als wesentlicher Wettbewerbsparameter folgt, dass auch Vereinbarungen zwischen Unternehmen über die Datennutzung und den Datenaustausch kartellrechtlich relevant sind
- Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen über Nutzungsbedingungen unterschiedlicher Dienste fallen daher grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Kartellverbots
- Auch der verbindlichen Festlegung von Standardbedingungen sind durch kartellrechtliche Vorschriften enge Grenzen gesetzt

Vereinbarungen über Datennutzung und Datenaustausch

- Leitlinien der Kommission über Horizontale Zusammenarbeit, ABI 2011 C 172/11:
 - *Vereinbarungen, die Standardbedingungen als Teil einer breiteren restriktiven Vereinbarung verwenden, mit der der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb ausgeschlossen werden soll, bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung. So würde es sich beispielsweise im Falle eines Wirtschaftsverbands, der einem neuen Marktteilnehmer den Zugang zu seinen Standardbedingungen verweigert, obwohl die Anwendung dieser Bedingungen für den Marktzutritt entscheidend sind, um eine solche bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handeln. (Rz 275)*

Vereinbarungen über Datennutzung und Datenaustausch

- *Bei Standardbedingungen mit Bestimmungen, die sich direkt auf Kundenpreise auswirken (zum Beispiel Preisempfehlungen oder Rabatte), handelt es sich ebenfalls um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung. (Rz 276)*
- Aufgrund der analogen Funktion der Datennutzung ist dies auf Daten zu übertragen

Anbieterwechsel

- Direkt wettbewerbsrelevant ist auch die Möglichkeit des Anbieterwechsels
 - Art 20 DSGVO sieht ein grundsätzliches Recht auf Datenübertragbarkeit vor
 - Der mögliche Wechsels des Anbieters stellt ein zentrales wettbewerbliches Korrektiv dar
 - Behinderungen oder Erschwerungen des Anbieterwechsels können daher ebenfalls kartellrechtliche Ansprüche auslösen

Zusammenfassung der Ergebnisse

- Daten stellen insbesondere bei zweiseitigen Märkten zentrale Wettbewerbsfaktoren dar
- Die Nutzung dieser Daten und Vereinbarungen über diese Nutzung sind daher unmittelbar kartellrechtlich relevant
- Auf entsprechende Verhaltensweisen sind neben dem Datenschutzrecht kartellrechtliche Bestimmungen eigenständig anwendbar
- Datenschutzrechtliche Wertungen können dabei angemessen berücksichtigt werden