



Bundeskartellamt



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Big Data und Wettbewerb

Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“

Oktober 2017

1



Big Data und Wettbewerb
Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“
Oktober 2017

Kontakt

Bundeskartellamt

G2 – Digitale Wirtschaft, Regulierung und Wettbewerb, Vergaberecht

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

poststelle@bundeskartellamt.bund.de

www.bundeskartellamt.de

Bildnachweis

Gettyimages – nadla (Titel)

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	1
B.	Daten und Datenerhebung	2
C.	Besonderheiten digitaler Märkte	5
D.	Daten in der wettbewerblichen Analyse.....	6
1.	Daten als Quelle von Marktmacht	7
2.	Daten, Markttransparenz und Wettbewerb	8
3.	Datenpooling und Kooperationen.....	9
4.	Datenbezogene wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen	9
E.	Datenschutz und Marktmacht	12
F.	Schlussbemerkung – Disruption im Wettbewerbsrecht?	13

Big Data und Wettbewerb

A. Einleitung

Digitalisierung und insbesondere die Debatte über die Bedeutung von „Big Data“ beherrschen derzeit die Schlagzeilen wie kaum ein anderes Thema. Immer mehr Wirtschaftsbereiche und Branchen werden von der Digitalisierung erfasst. In ihrem Zuge wird es für Unternehmen möglich, Daten in großem Umfang fast in Echtzeit zu erheben und auszuwerten. Zahlreiche Unternehmen erzielen hohe Umsätze mit Geschäftsmodellen, die auf der Erhebung und kommerziellen Verwendung von Daten – häufig personenbezogenen Daten – basieren. Die Suchmaschine von Google und das soziale Netzwerk von Facebook sind zwei prominente Beispiele hierzu. Aber Datenauswertung ist nicht nur für Suchmaschinen, soziale Netzwerke oder Online-Werbung von zentraler Bedeutung. Auch für traditionelle Branchen wie die Energiewirtschaft, Telekommunikation, Banken und Versicherungen¹ sowie das Transportgewerbe² sind Daten zum entscheidenden Faktor geworden.

Datenbasierte Geschäftsmodelle haben ein erhebliches wirtschaftliches Potential. Die Erhebung und Auswertung von Daten in großem Umfang kann dazu beitragen, besser und effizienter zu wirtschaften: Unternehmen können neue Produkte und Dienstleistungen entwickeln, die es zuvor nicht gegeben hat. Diese technischen Neuerungen betreffen auch traditionelle Branchen und können deren Produkte erheblich verbessern. Es wird einfacher zu identifizieren, was die einzelnen Verbraucher wirklich benötigen. Die Verbraucher können von besserem Service und Kaufempfehlungen profitieren. Gleichzeitig können die Kosten für Produktion und Vertrieb reduziert werden.

Andererseits kann die Erhebung, Verarbeitung und kommerzielle Verwendung von Daten mit privaten und öffentlichen Interessen kollidieren und Probleme aufwerfen. Gegenstand der öffentlichen Diskussion ist dabei oft die Frage, inwiefern Daten einzelnen Unternehmen ein besonderes Maß an Marktmacht verleihen und ob die rechtlichen Instrumente wie das Kartellrecht oder das Datenschutzrecht geeignet sind, hiergegen vorzugehen. Gleichzeitig haben im Zusammenhang mit verschiedenen Verfahren die Wettbewerbsbehörden in Europa begonnen, sich mit wettbewerbsrechtlichen Fragen, die sich aus dem Besitz und der Verwendung von Daten

¹ Vgl. z.B., UK Financial Conduct Authority, Call for Inputs: Big Data in retail general insurance (2015), <https://www.fca.org.uk/news/call-for-inputs-big-data>.

² Vgl. z.B., Comité du débat sur l'ouverture des données liées à l'offre de transport, presided by Francis Jutand, report (2015), <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/154000182/> – nur in französischer Sprache verfügbar.

ergeben, zu beschäftigen. Und auch die Politik widmet sich der ordnungspolitischen Dimension von Daten, jüngst etwa im Weißbuch Digitale Plattformen des Bundeswirtschaftsministeriums, das im März 2017 veröffentlicht wurde.

Das vorliegende Papier soll einen Impuls zur Debatte rund um die Schnittstelle zwischen Daten und Wettbewerbsrecht geben. Es skizziert zunächst einige Besonderheiten digitaler, datenbezogener Märkte (Abschnitte II. und III.) und geht darauf ein, welche Rolle Daten in der wettbewerblichen Analyse spielen können (Abschnitt IV.). Anschließend wird die Schnittstelle zwischen Datenschutz und Marktmacht beleuchtet (Abschnitt V.).

B. Daten und Datenerhebung

Um die Debatte im Spannungsfeld zwischen Daten und Wettbewerbsrecht zu strukturieren, lohnt es, zunächst die Begriffe „Daten“ und „Big Data“ näher zu definieren und zu beleuchten, wie Daten von den Unternehmen gesammelt, bearbeitet und genutzt werden.

Für den Begriff „Daten“ gibt es keine einheitliche Definition. Im weiteren Sinne wird mit dem Begriff „Daten“ oft jede Art von Informationen bezeichnet, in der Regel, wenn diese auf einem Computer gespeichert sind. Im Zusammenhang mit Internet-Geschäftsmodellen bezieht sich der Begriff „Daten“ häufig auf personenbezogene Daten³, d.h. Informationen über Eigenschaften, individuelle Vorlieben, Aufenthaltsorte usw. von natürlichen Personen. Solche persönlichen Daten unterliegen häufig Datenschutzvorschriften, die die Sammlung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten beschränken, um die Privatsphäre der Betroffenen zu schützen. Neben den personenbezogenen Daten können auch unternehmensbezogene Daten wertvoll sein, z.B. bezüglich bestimmter Transaktionen oder der Funktionsweise von Maschinen. Mit dem Begriff „maschinengenerierte Daten“ werden Informationen bezeichnet, die durch an Maschinen angebrachte Hard- und Softwareelemente

³ Nach Ansicht europäischer Datenschutzagenturen erstreckt sich der Bereich persönlicher Daten (personenbezogener Daten) auch auf IP Adressen und Cookies, sogar wenn der Name des Nutzers als solcher ohne Einschaltung Dritter nicht zu identifizieren ist, s. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines, dated 4 April 2008, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/wpdocs/index_en.htm, S. 6-8, and Opinion 4/2007 on the concept of personal data, dated 20 June 2007, s. o.g. Link, S.16-17. EuGH (Urteil vom 19. Oktober 2016 - C-582/14) und BGH (Urteil vom 16. Mai 2017 - VI ZR 135/13) haben jüngst bestätigt, dass auch eine dynamisch vom jeweiligen Internetzugang-Anbieter vergebene IP-Adresse selbst, die von einem Anbieter von Online-Mediendiensten beim Zugriff einer Person auf eine Internetseite, die dieser Anbieter allgemein zugänglich macht, gespeichert wird, für den Mediendienste-Anbieter ein (geschütztes) personenbezogenes Datum darstellt. Das gilt jedenfalls, wenn er über rechtliche Mittel verfügt, die es ihm erlauben, die betreffende Person anhand der Zusatzinformationen, über die der Internetzugang-Anbieter dieser Person verfügt, bestimmen zu lassen, was in Deutschland nach der BGH-Entscheidung der Fall ist.

generiert und übermittelt werden. Diese Daten liefern Informationen, die im Rahmen der Produktüberwachung Funktionsfähigkeit, Optimierungspotentiale oder Fehlerquellen aufzeigen können. Häufig weichen Hersteller und Nutzer der Maschinen voneinander ab. In diesem Zusammenhang wird diskutiert, ob auch maschinengenerierte Daten besonders geschützt werden können bzw. sollen, welchen Anforderungen der Umgang mit ihnen unterliegen soll und wie unter Umständen eine eigentumsartige Zuordnung gestaltet werden könnte. In Anbetracht der weitgehenden Vernetzung und der Entwicklung in Richtung „Industrie 4.0“, gewinnt diese Diskussion zunehmend an Bedeutung.⁴

Das Schlagwort, das momentan die Diskussion um Wettbewerbsrecht und Digitalisierung bestimmt, ist nicht nur „Daten“ sondern „Big Data“ – ein Ausdruck, zu dem es ebenfalls keine allgemein gültige Definition gibt.⁵ Aspekte von „Big Data“, die oft in der Diskussion genannt werden, sind große Menge unterschiedlicher Arten von Daten, die mit hoher Geschwindigkeit aus unterschiedlichen Quellen generiert werden und zu deren Handhabung und Analyse neue und leistungsstarke Prozessoren und Algorithmen benötigt werden.⁶ Im Englischen wird der Ausdruck „Big Data“ häufig über die drei „V“s – „Velocity, Variety and Volume“ beschrieben.⁷ Auch wenn der Ausdruck „Big Data“ auf unterschiedliche Art und Weise benutzt wird und keine einheitliche Definition existiert, werden damit die aktuellen Entwicklungen im Bereich der digitalen Technologien und Märkte beschrieben – insbesondere der enorme technische Fortschritt der letzten Jahre im IT-Bereich, z.B. die immense Steigerung in Bezug auf Geschwindigkeit und Kapazität bei der Verarbeitung, Speicherung und Übertragung von Daten und deren Folgen für die wirtschaftliche Nutzbarkeit von Daten und für unternehmerisches Vorgehen und Geschäftsmodelle.

Mit Blick auf die Datenerhebung gibt es verschiedene Möglichkeiten für die Unternehmen, Daten zu sammeln. Häufig werden personenbezogene Daten freiwillig von den Verbrauchern zur Verfügung gestellt, z.B. in sozialen Netzwerken oder Online-Shops. Die Kunden stellen die Informationen im Gegenzug für häufig gratis angebotene oder werbefinanzierte Produkte oder Dienstleistungen oder im Rahmen der Abwicklung einer Transaktion bereit. Dabei erhalten die Unternehmen nicht nur

⁴ Vgl. Ensthaler, Jürgen, Industrie 4.0 und die Berechtigung an Daten, NJW 2016, 3473, https://www.wir.tu-berlin.de/fileadmin/fg143/Veroeffentlichungen/Ensthaler_Industrie_4.0_NJW_2016__3473.pdf

⁵ Vgl. Hu, Han et al., Toward Scalable Systems for Big Data Analytics: A Technology Tutorial, IEEE Access, Vol. 2 (2014), <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/articleDetails.jsp?reload=true&arnumber=6842585>, S. 652; Gil Press, 12 Big Data Definitions: What's Yours?, Forbes, <http://www.forbes.com/sites/gilpress/2014/09/03/12-big-data-definitions-whats-yours>; The Big Data Conundrum: How to Define It?, MIT Technology Review, <http://www.technologyreview.com/view/519851/the-big-data-conundrum-how-to-define-it/> .

⁶ European Data Protection Supervisor, https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/Consultation/big_data.

⁷ Vgl. Hu, Han et al., Toward Scalable Systems for Big Data Analytics: A Technology Tutorial, IEEE Access, Vol. 2 (2014), <http://ieeexplore.ieee.org/xpl/articleDetails.jsp?reload=true&arnumber=6842585>, S. 652 (654); Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte (2015), http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf, Tz. 67.

Informationen wie z.B. Adresse, Email-Kontaktdaten, Geburtsdatum oder Zahlungsinformationen, sondern auch detaillierte Informationen über Einkaufspräferenzen oder in manchen Fällen sogar Fotos und Videos. Eine weitere Möglichkeit, mehr über die Interessen und Präferenzen der Verbraucher zu erfahren, ist, deren Verhalten im Internet zu beobachten. Dies geschieht in großem Umfang, auch über eine Vielzahl von Internet-Angeboten hinweg („Tracking“ der Nutzer). Die Unternehmen können daneben aus bereits vorhandenen Daten neue Informationen über die Verbraucher ableiten, wie z.B. von den Einkaufsaktivitäten auf Geschlecht, Alter, sozialen Status und Konsumgewohnheiten schließen. Diese Arten der Datenerhebung werden häufig als „Daten aus erster Hand“ bezeichnet, da das Unternehmen selbst mit der Datenerhebung befasst ist. Daneben gibt es die Möglichkeit, „Daten aus dritter Hand“ zu beschaffen. Hierzu erhebt eine andere Institution die Daten und gibt oder verkauft diese weiter.

Unternehmen, die Daten in verschiedenen Geschäftsbereichen oder Konzernunternehmen erheben, können diese Daten in einem großen Pool zusammenführen. So können Unternehmen Querverbindungen zwischen den Informationen herstellen und differenzierte Kundenprofile erstellen.

Letztlich gilt, dass die Bedeutung von Daten für die Unternehmen nicht nur auf digitale Märkte beschränkt ist. Daten waren auch auf traditionellen Märkten schon immer ein wichtiger Input-Faktor für die Unternehmen, z.B. um ihre Produkte und Dienstleistungen gezielter auf die Kunden abzustimmen oder Werbeplätze zu verkaufen.

Insgesamt haben die durch die Digitalisierung verursachten technischen Veränderungen die Möglichkeiten, Daten zu sammeln, zu verarbeiten und kommerziell zu nutzen, fast in jedem Wirtschaftsbereich revolutioniert. Auch wenn dadurch für die Unternehmen erhebliche Vorteile entstehen, kann die exzessive Nutzung von Daten aus Verbrauchersicht auch kritisch gesehen werden, z.B. im Hinblick auf den Datenschutz. Zahlreichen Verbrauchern ist weder bewusst, wie viel über sie im Internet bekannt ist, noch, welche ihrer Daten für welchen Zweck verwendet und weitergegeben werden. Außerdem können Daten, und hierbei insbesondere die Möglichkeit, Daten zu kombinieren, in Beziehung zu einander zu setzen und Persönlichkeitsbilder zu erstellen, die Marktmacht von Unternehmen stärken.

C. Besonderheiten digitaler Märkte

Zwar sind Daten ein wichtiger Bestandteil vieler digitaler Geschäftsmodelle. Es gibt jedoch weitere Faktoren, die bei der Analyse digitaler Märkte von besonderer Bedeutung sind.

Ein wesentliches Merkmal von digitalen Märkten ist, dass es sich häufig um so genannte zweiseitige Märkte oder Plattformmärkte handelt. Zweiseitige Märkte oder Plattformmärkte sind, anders als herkömmliche einseitige Märkte, dadurch gekennzeichnet, dass sie die direkte Interaktion zwischen zwei Nutzergruppen ermöglichen – beispielsweise zwischen Käufern und Verkäufern oder zwischen Zuschauern und Werbetreibenden – und dass zwischen diesen Nutzergruppen indirekte Netzwerkeffekte bestehen. Bei indirekten Netzwerkeffekten hängt der Nutzen der Plattformleistung für eine Nutzergruppe von der Größe und Zusammensetzung der anderen Nutzergruppe ab. Beispielsweise ist der Nutzen einer Verkaufsplattform für einen Käufer umso größer, je mehr Verkäufer auf der Plattform aktiv sind.

Wechselseitig positive Netzwerkeffekte können eine selbstverstärkende Wirkung haben, wenn neue Nutzer sich vorrangig einer Plattform zuwenden, die bereits über eine große Nutzerzahl verfügt. Dies kann die Konzentration auf einem Markt erhöhen und letztlich sogar zur Monopolisierung eines Marktes führen. Im Extremfall kann im Ergebnis auch der Zugang zu bestimmten Daten in der Hand dieses monopolistischen Unternehmens liegen. Allerdings können Netzwerkeffekte auch die Einführung von Innovationen und damit das Wachstum kleinerer oder neuer Wettbewerber befördern. Mit Blick auf die Marktmacht haben Netzwerkeffekte daher ambivalente Wirkung.

Darüber hinaus können Netzwerkeffekte auf Seiten der Nutzer allerdings Wechselkosten erhöhen und auf Seiten potenzieller Wettbewerber Marktzutrittsschranken verursachen. Sie können damit dazu führen, dass Marktzutritte weniger wahrscheinlich werden oder Nutzer seltener zu anderen Anbietern wechseln. Auf diese Weise kann die Marktmacht der etablierten Unternehmen gesteigert werden.

Eine weitere typische Frage von digitalen Märkten ist das etwaige sog. „Multi-Homing“ der Nutzer. Dabei sind die Nutzer auf mehreren Plattformen oder Netzwerken im Markt aktiv. Sie greifen in diesem Fall auf verschiedene Anbieter parallel zurück, um einen bestimmten Bedarf zu befriedigen. Im Gegensatz dazu beschränken sich die Nutzer beim „Single-Homing“ auf die Nutzung einer einzigen Plattform. „Multi-Homing“ kann auf diese Weise auch die Erhebung vergleichbarer Daten durch verschiedene Unternehmen erleichtern und wird daher häufig auch insoweit als ein Faktor gesehen, der Marktmacht verringern kann.⁸ Allerdings hat diese Annahme auch Grenzen. Eine Situation des

⁸ Vgl. David S. Evans and Richard Schmalensee, *The Industrial Organisation of Markets with Two-Sided Platforms*, Competition Policy International, 2007, Vol. 3, Nr. 1, S. 151-179; Mark Armstrong, *Competition in*

„perfekten Multi-Homing“ dürfte in der Realität selten zu beobachten sein. Oft hindert der Registrierungsaufwand die Nutzer daran, unterschiedliche Anbieter in gleichem Ausmaß zu nutzen. Insbesondere auf Märkten, auf denen Leistungen gratis angeboten werden, werden die Nutzer mehr auf Qualität achten. Wenn auf diesen Märkten Netzwerkeffekte und Erfahrungen eine große Rolle spielen, können neue Anbieter möglicherweise nicht in der Lage sein, das gleiche Qualitätsniveau anzubieten wie die etablierten Unternehmen. Außerdem kann es auch bei geringem Registrierungsaufwand sein, dass die kritische Menge an relevanten Daten erst generiert werden kann, wenn ein Angebot regelmäßig, und nicht nur sporadisch, genutzt wird. Bei der Analyse im Einzelfall müssen schließlich auch die Wechselwirkungen von „Multi-Homing“ auf der einen Marktseite und „Single-Homing“ auf der anderen Marktseite betrachtet werden.

Schließlich sind digitale Märkte häufig durch schnelle Veränderungen, zahlreiche Innovationen und damit auch Markteintrittsmöglichkeiten für neue Wettbewerber gekennzeichnet. Die Erfahrung hat gezeigt, dass etablierte Marktpositionen auf digitalen Märkten nicht dauerhaft bestehen müssen, wie etwa die Verdrängung der Suchmaschine von Yahoo durch Google zeigt. Allerdings darf nicht davon ausgegangen werden, dass Erfahrungen aus der Vergangenheit verlässliche Lösungen für zukünftige Fragen bieten. Bei der Bewertung der Wettbewerbssituation im Einzelfall spielen immer verschiedene Parameter, wie z.B. die Höhe der Markteintrittsbarrieren (Ausgaben für Entwicklung, Marketing, Sachanlagen) aber auch der Zugang zu relevanten Daten eine Rolle.

D. Daten in der wettbewerblichen Analyse

Wie oben beschrieben, können Daten und die technischen Neuerungen der digitalen Wirtschaft erhebliche wirtschaftliche Vorteile bringen. So können durch die Sammlung und Nutzung von Daten Effizienzsteigerungen und wettbewerbsfördernde Wirkungen entstehen.

Allerdings kann die Sammlung und Analyse von Daten unter Wettbewerbsgesichtspunkten auch bedenklich sein. Die Debatte dreht sich im Wesentlichen um folgende drei Aspekte: Zum einen können Daten ein Faktor sein, der zu Marktmacht beitragen kann. Außerdem können Daten die Markttransparenz unter den Anbietern erhöhen und Absprachen erleichtern. Schließlich können Daten Anlass für wettbewerbswidriges Verhalten sein.

1. Daten als Quelle von Marktmacht

Der Zugang zu Daten kann eine Markteintrittsbarriere darstellen und zur Marktmacht einzelner Unternehmen beitragen. Erste Voraussetzung hierfür ist, dass der Zugang zu bestimmten Daten wichtig ist, um auf einem Markt erfolgreich tätig zu werden. Zweitens ist erforderlich, dass andere Marktteilnehmer nicht in der Lage sind, die entsprechenden Daten wie die etablierten Unternehmen selbst zu erheben oder sich über Dritte Zugang zu solchen Daten zu verschaffen. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, muss immer im Einzelfall bewertet werden.

Beispielsweise generieren große, etablierte Online-Unternehmen wie Suchmaschinen oder Online-Shops durch Transaktionen mit ihren bestehenden oder potentiellen Kunden riesige Datenmengen und verfügen über große Kundendatenbanken. Dabei stößt die Möglichkeit als solche, über große Datenmengen zu verfügen, nicht auf wettbewerbliche Bedenken. Zunächst sind Daten grundsätzlich nicht-rivalisierend. Die Nutzung von Daten durch ein bestimmtes Unternehmen schließt andere Unternehmen erst einmal nicht von der Nutzung der gleichen Daten aus – vorausgesetzt, dass sie Zugang zu diesen Daten haben. Kunden können grundsätzlich ihre Daten unterschiedlichen Unternehmen zur Verfügung stellen.

Es sind aber Fälle denkbar, in denen kleinere Unternehmen oder neue Marktteilnehmer nicht in der Lage sind, Daten im gleichen Ausmaß wie die etablierten, großen Unternehmen zu erheben oder zu verarbeiten. Ein Grund kann darin liegen, dass sie geringere Nutzerzahlen und damit weniger Kundenkontakte haben und weniger Transaktionen ausführen. So können etablierte Unternehmen einen „Datenvorsprung“ vor den Wettbewerbern erlangen, der von diesen nicht mehr eingeholt werden kann.

Kleinere oder neue Unternehmen könnten zwar grundsätzlich auf Daten aus dritter Hand zurückgreifen. In der Praxis können die Verfügbarkeit oder der Nutzen von Daten aus dritter Hand jedoch beschränkt sein. Daten von Dritten haben häufig für die Unternehmen einen geringeren Wert als Daten, die sie selbst, im eigenen Kontakt mit den Kunden erhoben haben. Insbesondere bei komplexen Daten können Querbezüge zwischen Daten aus verschiedenen Bereichen hergestellt werden – Unternehmen, die mehrere unterschiedliche Dienste anbieten, können hierbei Vorteile haben. Außerdem sind Dritte nicht immer bereit, ihre Daten an andere Unternehmen herauszugeben oder es können rechtliche Beschränkungen bei der Datenweitergabe bestehen.

Hinzu kommt, dass Märkte, für die Daten häufig als bedeutsam betrachtet werden, wie z.B. Suchmaschinen oder soziale Netzwerke, häufig hoch konzentriert sind. Zugleich wird hier die Existenz starker Netzwerkeffekte diskutiert. Die Benachteiligung kleinerer Wettbewerber aufgrund des schlechteren Datenzugangs kann die selbstverstärkende Wirkung solcher Netzwerkeffekte unterstützen: Durch den Zugang zu einer größeren Datenmenge kann ein Unternehmen seinen

Kunden bessere oder zielgerichtetere Angebote machen, die im Gegenzug wiederum mehr Kunden anziehen – und damit dem Unternehmen erneut mehr Daten bringen (Schneeball-Effekt). Beispielsweise kann ein Onlinehändler, der über einen großen Kundenstamm und detaillierte Informationen über Kundenpräferenzen verfügt, seinen Kunden zielgenauere Angebote machen und damit für die Kunden attraktiver sein. Im Gegensatz dazu würden kleinere Unternehmen weniger Kunden gewinnen können und im Ergebnis auch über weniger Daten verfügen. Die Marktanteile würden sich in diesem Fall weiter auseinanderentwickeln: Der Marktanteil der großen, etablierten Unternehmen würde weiter steigen, der Marktanteil der kleineren oder neuen Unternehmen sinken. Hierdurch kann sich der Unterschied in der Servicequalität kann sich weiter vergrößern. Schließlich können durch höhere Gewinne, die von den größeren Unternehmen erzielt werden, wiederum höhere Investitionen (beispielsweise in neue Algorithmen, neue Funktionen oder den Eintritt in benachbarte Märkte) finanziert werden, die dem Unternehmen wiederum noch mehr neue Kunden und neue Daten bringen. Ein solcher Trend kann dem Wettbewerb schaden und auf einen Konzentrationsprozess auf daten-bezogenen Märkten verstärken.

2. Daten, Markttransparenz und Wettbewerb

Die Verfügbarkeit von umfangreichen Daten kann in vielen Fällen die Markttransparenz erhöhen. Mehr Transparenz zwischen Anbietern und Nachfragern kann zu positiven Effekten auf den Wettbewerb haben. Informationsasymmetrien werden verringert. Die Kunden können davon profitieren, da sie Preise und Bewertungen leichter vergleichen können, z.B. über Reiseplattformen wie TripAdvisor oder Verkaufsplattformen wie Ebay oder Amazon. Im Ergebnis kann der Wettbewerb sowohl im Hinblick auf Preis als auch auf Qualität intensiver werden. Mit zunehmender Transparenz kann ferner der Zugang zu Informationen über Kundenanforderungen und Angebote von Wettbewerbern für neue Anbieter leichter werden. Hierdurch würden die Kosten für den Markteintritt gesenkt.

Andererseits kann durch die bessere Datenverfügbarkeit und höhere Transparenz auch der Wettbewerb eingeschränkt werden. Insbesondere hoch konzentrierte Märkte mit großer Transparenz, beispielsweise im Hinblick auf die Preise der verschiedenen Anbieter, sind anfällig für Absprachen. Sind umfangreiche Informationen über die Angebote verfügbar, können die Unternehmen einen permanenten Datenabgleich durchführen. Auf diese Weise wird es den Unternehmen erleichtert, sich gegenseitig zu überwachen und mögliche Abweichungen von einer Absprache aufzudecken.

3. Datenpooling und Kooperationen

Unter Umständen kann es für Unternehmen sinnvoll sein, zu kooperieren und dabei Daten auszutauschen oder zu einem gemeinsamen Datenpool zusammen zu legen. Hierdurch lassen sich Informationen gewinnen, die aus den getrennten Datenbeständen nicht erlangt werden können. Dies kann Effizienzen erzeugen und wettbewerbssteigernde Wirkung haben, wenn dadurch Innovationen gefördert und neue Produkte und Dienste ermöglicht werden. Gerade bei Industrie-4.0-Anwendungen, wo in industriellen Prozessen große Datenmengen erzeugt und ausgewertet werden, liegt im Datenaustausch und dem Datenpooling ein großes wirtschaftliches Potenzial.

Allerdings können Kooperationen zwischen Wettbewerbern grundsätzlich auch wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben. So kann etwa der Austausch von unternehmensinternen Daten eine Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens erleichtern oder den Zugang zu Daten für Dritte erschweren und damit Marktzutrittsschranken errichten. Insbesondere beim Datenpooling zwischen Wettbewerbern sind solche möglichen Wettbewerbsbeschränkungen in den Blick zu nehmen.

Das Kartellrecht steht derartigen Kooperationen zwischen Unternehmen nicht notwendig im Wege. Bei der Beurteilung, ob eine Unternehmenskooperation kartellrechtlich zulässig ist, sind jedoch stets die wettbewerbsfördernden Wirkungen gegen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen im Einzelfall abzuwägen. Erfahrungsgemäß ist die wettbeschränkende Wirkung geringer, wenn die Kooperation nicht zwischen direkten Wettbewerbern, sondern zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen stattfindet, oder die Kooperation Vorleistungen betrifft und das Markt- und Wettbewerbsverhalten nicht unmittelbar beeinflusst. Sollte jedoch durch eine solche Kooperation eine Gefahr für den Wettbewerb ausgehen, kann das Kartellrecht einem Datenaustausch entgegenstehen.

4. Datenbezogene wettbewerbschädliche Verhaltensweisen

Der Zugang zu Daten bzw. deren Nutzung kann auch Anlass für wettbewerbswidriges Verhalten bieten.

Erstens kann die Erhebung und Nutzung von Daten zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken in Fusionsfällen führen. Manche Unternehmen verfolgen die Strategie, sich durch die Übernahme anderer Unternehmen Zugang zu neuen Daten zu verschaffen. Die übernommenen Unternehmen sind in solchen Fällen oft neu am Markt tätige, innovative Unternehmen, die über große Mengen relevanter Daten verfügen. Hierdurch kann die Konzentration an relevanten Daten bei einem Unternehmen erhöht werden und den Markteintritt oder die Expansion anderer Unternehmen

behindern. Beispielsweise hat die Europäische Kommission bei der Übernahme von WhatsApp durch Facebook u.a. untersucht, wie sich der erweiterte Datenzugang für Facebook im Bereich der Online-Werbung auswirkt. Die Kommission kam in diesem Fall jedoch zu dem Schluss, dass die Übernahme unabhängig davon, ob Facebook Werbung auf WhatsApp einführen und/oder mit der Sammlung der Nutzerdaten von WhatsApp beginnen würde, wettbewerbsrechtlich unbedenklich wäre. Auch nach dem Zusammenschluss werde es neben Facebook noch genügend andere Anbieter gezielter Werbemaßnahmen geben, und es werde nach wie vor eine große Menge an Internetnutzerdaten zur Verfügung stehen, die für Werbezwecke verwendet werden können und nicht ausschließlich von Facebook kontrolliert werden.⁹ Außerdem kann eine Fusion in datenbezogenen Märkten vertikale oder konglomerate Effekte hervorrufen, falls es einem großen Unternehmen durch die Fusion möglich wird, Wettbewerber auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen den Datenzugang zu erschweren oder gar verweigern. In jedem Fall gilt, dass die Wettbewerbsprobleme umso eher in Betracht kommen, je weniger die Daten replizierbar sind.

Zweitens kann eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise darin bestehen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Wettbewerbern den Zugang zu seinen Daten erschwert oder verweigert. Eine derartige Zugangsbeschränkung stellt jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen ein kartellrechtlich verbotenes Verhalten dar. In Frage kommen hier – neben Diskriminierungs-Konstellationen im Hinblick auf den Datenzugang – die Situationen einer „Essential Facility“. Für letztere müssen die Daten allerdings ein unverzichtbarer Inputfaktor für die (potentiellen) Anbieter auf einem dem Datenzugang nachgelagerten Markt sein, d.h. sie müssen von dem Zugang zu diesen Daten abhängig sein, um dort tätig werden zu können.¹⁰ Dies ist ein strenger Maßstab. Daten in der Hand eines Unternehmens sind jedoch nicht ohne weiteres unverzichtbar für andere, um auf dem nachgelagerten Markt tätig zu sein. Zwar mögen die Daten, über die ein Marktbeherrscher verfügt, für solche Anbieter interessante Informationen beinhalten und können deren Geschäftstätigkeit erleichtern und ihre Marktposition verbessern. Auch sind große Unternehmen mit höheren Nutzerzahlen oft in der Lage, in größerem Umfang Daten zu erheben und zu analysieren. Dies allein macht die Daten großer Unternehmen jedoch noch nicht so unverzichtbar, wie es für die Anwendung der „Essential Facilities“-Doktrin erforderlich ist. Daten sind – wie unter 1. erläutert – grundsätzlich nicht rival, d. h. mehrere Unternehmen können prinzipiell dieselben Daten besitzen. Oft bestehen auch alternative, wenn auch nicht identische und mitunter auch weniger effiziente Wege, die erforderlichen Daten zu erheben. Insbesondere geben Kunden ihre Daten häufig

⁹ Europäische Kommission, „Facebook/WhatsApp“, M.7217, 3. Oktober 2014, Tz. 164 ff ; Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte (2015), http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf, Tz. 109

¹⁰ Vgl. EuGH, „IMS Health“, C-418/01, 29.04.2004, Tz. 34-52; EuGH, „Bronner“, C-7/97, 26.11.1998, Tz. 44-45; EuG, „Microsoft“, T-201/04, 17.09.2007, Tz. 320-336.

nicht exklusiv heraus. Obwohl die Debatte zum Thema Daten als „Essential Facility“ sehr intensiv geführt wird, gibt es denn auch bislang keine nennenswerte Rechtsprechung zu digitalen Märkten, in denen Daten als eine solche eingeordnet und einem marktbeherrschenden Unternehmen Zugangsverpflichtungen zu den Daten auferlegt wurden. Dies deutet darauf hin, dass der Zugang zu Daten eines Marktbeherrschers in vielen Märkten eine weniger wichtige Voraussetzung für eine erfolgreiche Tätigkeit auf dem Markt ist, als es die öffentliche Debatte um Datenzugang nahelegt.

Drittens kann die Verfügbarkeit von Daten Preisdiskriminierung erleichtern.¹¹ Je mehr ein Unternehmen über die Präferenzen und Zahlungsbereitschaft seiner Kunden weiß, desto besser kann es die Preise an einzelne Kundengruppen anpassen. Damit wird es nicht nur im Online-Bereich möglich, Preise immer stärker zu individualisieren. Auch in traditionellen Märkten wie etwa im Bereich des stationären Handels kann es zukünftig möglich werden, etwa durch individualisierte Rabatte einen hohen Grad an Preisdifferenzierung zu erreichen. Mit der Digitalisierung kann Preisdifferenzierung somit sowohl in digitalen Märkten als auch in traditionellen Märkten ein immer öfter anzutreffendes Phänomen werden.

Vorbehaltlich der Einschränkung, dass Preisdiskriminierung nach bestimmten Gesichtspunkten wie Alter oder Geschlecht unzulässig ist, sind differenzierte Preise aus wettbewerblicher Sicht nicht ohne weiteres zu beanstanden. Differenzierte Preise sind ein wesentliches Element von Wettbewerb. Konsumenten mit geringer Zahlungsbereitschaft können profitieren, wenn sie ein Produkt zu einem geringeren Preis kaufen können. Manchen Kunden hätten sich vielleicht sogar den höheren (Einheits-) Preis gar nicht leisten können. In diesem Fall könnte die gesellschaftliche Wohlfahrt im Vergleich zu der Situation ohne Preisdifferenzierung steigen.

Allerdings kann ein hoher Grad an Preisdiskriminierung oder gar vollständig individualisierte Preise auch negative Effekte haben. Preisdiskriminierung erhöht die Informationsasymmetrie zwischen Anbietern und Kunden, wodurch höhere Suchkosten für die Kunden entstehen. Dabei besteht die Gefahr, dass der Wettbewerb seine Schutzfunktion verliert, wenn viele oder gar alle Verbraucher unterschiedliche Preise zahlen. Verbraucher könnten dann aus den auf dem Markt beobachteten Preisen keine Rückschlüsse mehr auf den Preis ziehen, den sie selbst für ein Produkt zahlen müssten. Für manche Kunden führt Preisdifferenzierung auch zu höheren Preisen. Insbesondere kann Preisdifferenzierung zu höheren Preisen für „naive“ (nicht-rationale) Kunden führen, während die rationalen Kunden nicht oder weniger von der Preisdifferenzierung geschädigt werden.¹²

¹¹ Vgl. Nathan Newman, The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google, 40 WM. MITCHELL L. REV. S. 850 (865-873), verfügbar unter <http://open.wmitchell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1568&context=wmlr>.

¹² Heidhus and Köszegi (2016), Naivité-Based Discrimination, The Quarterly Journal of Economics; Heidhus and Köszegi (2014), Using Information to Price Discriminate, Working Paper.

E. Datenschutz und Marktmacht

Die Aufsicht über den Datenschutz liegt grundsätzlich nicht in der Verantwortung der Wettbewerbsbehörden. Dennoch können der Umgang mit Daten und auch datenschutzrechtliche Aspekte starke wettbewerbliche Implikationen haben und damit auch für kartellrechtliche Verfahren von Bedeutung sein.

Zunächst kann der Umgang von Unternehmen mit Daten einen Wettbewerbsparameter darstellen. Nutzer, die auf einen sensiblen Umgang mit ihren persönlichen Daten großen Wert legen, sind geneigt, Anbieter zu wählen, die nur wenige Daten erheben, die Privatsphäre der Nutzer besonders schützen oder mit den erhobenen Daten sensibel umgehen. Datenumgang oder Datenschutz stellen in diesem Fall – ähnlich wie Produktqualität oder Innovationsverhalten – einen nicht-preisbezogenen Wettbewerbsparameter dar. Er gewinnt an Bedeutung, je mehr Nutzer Wert legen auf einen sensiblen Umgang mit ihren Daten.

Ferner kann eine übermäßige Erhebung von Nutzerdaten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen – je nach Lage des Einzelfalls – missbräuchlich im Sinne des Kartellrechts sein. In Deutschland kann die Verwendung unzulässiger AGB durch marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Konditionenmissbrauch im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB) darstellen, wie auch der Bundesgerichtshof festgestellt hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verwendung der unzulässigen Klauseln Ausfluss der Marktmacht oder großen Marktüberlegenheit des Verwenders ist.¹³ Hat das Unternehmen, das die Daten erhebt und verwendet, große Marktmacht, bleibt dem Nutzer möglicherweise keine Alternative zur Einwilligung in die Verwendung seiner Daten, wenn er das Angebot des Unternehmens nutzen möchte. In diesen Fällen besteht für den Nutzer zudem die Gefahr, dass er nur schwer überblicken kann, welche Daten in welchem Ausmaß erhoben und inwieweit die Daten weitergegeben werden. Häufig ist den Verbrauchern nicht bewusst, welche Tragweite eine Zustimmung zur Verwendung ihrer persönlichen Daten hat. In diesem Zusammenhang können Wertungen des Datenschutzrechts auch in die kartellrechtliche Bewertung eines möglichen Missbrauchs von Marktmacht einfließen. Dies gilt insbesondere, wenn das Geschäftsmodell des marktbeherrschenden Unternehmens im Wesentlichen auf der Erhebung und Nutzung von Daten basiert.

Ein Beispiel hierfür ist das Verfahren des Bundeskartellamts gegen Facebook. Es besteht der Anfangsverdacht, dass Facebook seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke missbraucht, indem es unangemessene Nutzungsbedingungen stellt. Hierzu muss

¹³ Bundesgerichtshof, „VBL-Gegenwert“, KZR 61/11, 16.11.2013, verfügbar über <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288>, Tz. 68.

zunächst ermittelt werden, ob Facebook über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke verfügt. Im zweiten Schritt muss geprüft werden, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Facebook zur Verwendung von Nutzerdaten unangemessen sind. Bei der erforderlichen kartellrechtlichen Interessenabwägung sind auch verfassungsrechtliche Wertungen wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie datenschutzrechtliche Wertungen zu berücksichtigen. Aufgrund der engen Bezüge zum Datenschutzrecht führt das Bundeskartellamt dieses Verfahren in enger Zusammenarbeit mit den Datenschutzbeauftragten und den Verbraucherschutzorganisationen. Auch andere Wettbewerbsbehörden in Europa führen bereits Verfahren im Bereich der Datennutzung durch marktbeherrschende Unternehmen.

F. Schlussbemerkung – Disruption im Wettbewerbsrecht?

Die Nutzung von Daten bietet ein erhebliches wirtschaftliches Potential für Unternehmen und Konsumenten. Daten helfen, herauszufinden, was Verbraucher wirklich wollen. Dann führen sie zu Verbesserungen von Produkten und Leistungen, zielgenau auf Verbrauchewünsche zugeschnitten.

Dass Unternehmen Daten sammeln und nutzen, um ihre Geschäftsmodelle zu optimieren, ist schon seit langer Zeit gängige Praxis. Neu an der Entwicklung der letzten Jahre ist jedoch, dass der schnelle technische Fortschritt, die zunehmende Digitalisierung und Vernetzung, radikal die Art, Menge und Quellen der Daten verändert haben. Die wirtschaftliche Bedeutung von Daten hat enorm zugenommen.

Dies hat eine doppelte Kehrseite: Zum einen steckt der praktische Datenschutz jedenfalls im Netz noch in den Kinderschuhen. Die meisten Verbraucher haben keine Ahnung, wie viel über sie im Netz bekannt ist. Sie haben noch weniger Ahnung darüber, welche Daten für welchen Zweck verwandt und weitergegeben werden. Die zweite Kehrseite besteht darin, dass Daten Marktmacht stärken können. Zum Beispiel, wenn bestimmte Unternehmen Daten in einer Weise sammeln und für sich verwerten können, die andere Unternehmen davon abhält, in wirksamen Wettbewerb zu treten.

Die Wettbewerbsbehörden müssen bei der Bewertung von Marktpositionen und Marktverhalten diese Entwicklungen eng begleiten. Die Möglichkeit, dass Unternehmen – teilweise exklusiv – über große Datenmengen verfügen, kann zu Wettbewerbsproblemen führen. Hier ist es die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden, zu verhindern, dass der Zugang zu Daten zu Marktmacht einzelner Unternehmen oder Markteintrittsbarrieren für neue Unternehmen führt. Wegen der verschiedenen und manchmal gegenläufigen oben beschriebenen Effekte der Datennutzung ist die Analyse oft komplex.

Die Wettbewerbsbehörden und die Politik sind mit Hochdruck dabei, Antworten auf diese neuen Fragen zu finden. Die kartellrechtlichen Schadenstheorien, Ermittlungstools und Entscheidungsbefugnisse müssen kontinuierlich weiterentwickelt werden. Von einer engen Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden in Europa sowie anderen Regulierungsbehörden wie z.B. den Datenschutzbeauftragten, können dabei alle Beteiligten profitieren. Die Wettbewerbsbehörden sind auf diese Weise gut aufgestellt, um die Herausforderungen der digitalen Welt zu meistern. Aber sie und auch der Gesetzgeber stehen quasi tagtäglich vor immer wieder neuen Herausforderungen.