



**GRUR Jahrestagung**  
Hamburg, 27. – 30.9.2017

## **Zugang zu Daten**

### **Fortentwicklung des bestehenden Rechtsrahmens**

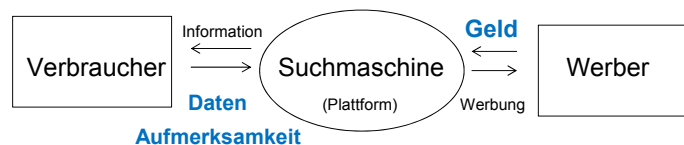
Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)  
Georg-August-Universität Göttingen  
ab 1.10.2017: Universität zu Köln

## **A. Einführung**

### **I. Daten und mehrseitige Geschäftsmodelle**

- Stark gestiegene Rolle von Daten durch “Big Data”
- hohe Bedeutung von mehrseitigen, werbefinanzierten Geschäftsmodellen / Plattformen für die Internetwirtschaft
- hohe Bedeutung des Zugangs zu Daten für diese Geschäftsmodelle / Plattformen (u.a. Werbeoptimierung)

#### **Zweiseitiger Markt**



# A. Einführung

## II. Kartellrechtsfälle mit Bezug zur Datenökonomie

### 1. Fusionen

- Ⓢ Kombination von Datensätzen als Wettbewerbsproblem?  
*Google/DoubleClick* (M.4731, 11.3.2008)
- Ⓢ Fusionskontrolle, wenn ein Unternehmen praktisch umsatzlos ist?  
*Facebook/WhatsApp* (M.7217, 3.10.2014)

### 2. Machtmissbrauch

- Ⓢ Behinderungsmissbrauch durch Diskriminierung / Marktverschließung?  
*EU Google* (u.a. Fall 39740, 27.6.2017, Shopping)
- Ⓢ Konditionenmissbrauch durch datenhungrige/datenschutzwidrige AGB?  
*BKartA Facebook* (2017)

# B. Gesetzgeberische Aktivitäten

## I. 9. GWB-Novelle (in Kraft seit 9.6.2017)

§ 18 Abs. 2a GWB: "Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung **unentgeltlich** erbracht wird".

§ 18 Abs. 3a GWB: "Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen:

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 wettbewerbsrelevanten Daten,

5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck".

§ 35 Abs. 1a GWB: "Die Vorschriften über die **Zusammenschlusskontrolle** finden **auch** Anwendung, **wenn** [u.a.] ... der **Wert** der Gegenleistung für den Zusammenschluss **mehr als 400 Millionen Euro** beträgt ...."

## B. Gesetzgeberische Aktivitäten

### II. Gesetzgeberische Aktivitäten auf anderen Gebieten

**Neues Datenschutzrecht (25.5.2018):** DS-GVO, ePrivacy-VO, neues BDSG

**Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende (2.9.2016):** 27 von 77 Paragraphen des MsbG ("Smart Metering") regeln den Zugang zu Daten und den Datenschutz.

**71. DJT, Beschluss A.II.15 (Vorschlag):** "Es ist eine **gesetzliche Regelung** für Verbraucherverträge zu schaffen, welche dem Unternehmer **verbietet**, eine Gegenleistung des Verbrauchers, die nicht in Geld besteht (z.B. **Nutzung von Daten**, die der Verbraucher zur Verfügung gestellt hat), zu nutzen, **solange der Verbraucher zum Widerruf berechtigt ist**".

**Art. 3 Abs. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie 2015 (Vorschlag):** "Diese Richtlinie gilt für alle Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt ... und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder **aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt**".

## C. Wettbewerbliche Rolle von Daten

### I. Daten als "Währung des Internets"?

Ⓢ **Sind Daten mit Geld vergleichbar?**

1. **Daten** sind **beliebig oft verwendbar** (kein Verlust oder Verbrauch durch ein "Bezahlen mit Daten") und grds. **nicht exklusiv**
  2. **Wert** der Daten **schwer messbar** und zudem **relativ** („**kein Brötchenkauf mit Daten**“)
  3. **"Dateneigentum"** (Verfügungsrechte) unklar und umstritten
  4. **Werthaltigkeit** entsteht oft erst durch Kombination und Verarbeitung
  5. **Klassische Geldfunktionen** (Zahlungsmittel, Wertaufbewahrungsmittel, Recheneinheit) werden **durch Daten nicht erfüllt**
  6. **Grenzen durch das Datenschutzrecht:** keine vollständige Übertragung personenbez. Daten, Koppelungsverbote, Widerrufsrechte
- ⇒ **Daten ≠ Geld und auch als Entgelte grds. ungeeignet!**

## C. Wettbewerbliche Rolle von Daten

### II. Daten als Handelsgut

#### Ⓢ Gibt es einen Markt für Daten?

- **viele Arten / Facetten von Daten**, z.B.
  - personenbezogene / nicht personenbezogene Daten
  - Verbraucherdaten / Industriedaten / Forschungsdaten
  - junge / alte Daten
  - individualisierte / pseudonymisierte / anonymisierte Daten
  - von den Nutzern geliefert / automatisiert erhoben oder erstellt

#### ▪ **viele Zwecke und Dienste**

nicht jedes Datum ist für jedes Unternehmen gleich wertvoll oder überhaupt werthaltig

⇒ **Es gibt Märkte für Daten, aber nicht den (einen) “Markt für Daten“!**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

7

## C. Wettbewerbliche Rolle von Daten

### III. Daten als “Rohstoffe”

#### Ⓢ Sind Daten das “Öl” der digitalen Ökonomie?

**Spannungsfeld: Anhäufung von Daten kann Basis sein für**

- **Steigerung von Wettbewerb und Konsumentenwohlfahrt durch Schaffung oder Verbesserung innovativer Dienste**
- **oder Machtmissbrauch durch Google, Facebook & Co.?**
  - **Ausschluss** von Wettbewerbern von Märkten, auf denen datenbasierte Dienste angeboten werden (essential facility)?
  - **Ausbeutung** oder **Diskriminierung** von Kunden/Marktpartnern?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

8

## C. Wettbewerbliche Rolle von Daten

### IV. Datenreichtum, Datenmacht und Marktmacht

#### Ⓢ Vermittelt Datenreichtum Marktmacht?

1. (Roh-)Datenmenge nicht (allein) ausschlaggebend
2. Datenqualität in Bezug auf konkrete Märkte und Zwecke
  - entscheidend: wettbewerbliche Relevanz der Daten (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB)
3. Kombinierbarkeit / Komplementarität der Daten
  - technische **Möglichkeit**
  - rechtliche **Zulässigkeit** (vgl. *Google/DoubleClick*)
  - ökonomische **Sinnhaftigkeit** (vgl. *Facebook/WhatsApp*)
  - **Kosten** der Kombination und Pflege der Datensätze

## C. Wettbewerbliche Rolle von Daten

### 4. Qualität der Datenbanken und Algorithmen

- Datenmenge kann Qualität reduzieren (z.B. alte/redundante Daten)
  - Rohdaten grds. nicht exklusiv
  - wirklich wertvoll sind erst die gewonnenen Erkenntnisse
- ⇒ Daten sind eher „Sonne“ als „Öl“ der digitalen Wirtschaft

### 5. Qualität der datenbasierten Produkte

- entscheidend, ist was man aus den Daten macht
- vgl. Google+ vs. Facebook (Datenreichtum allein reicht nicht)*  
*vgl. Yahoo! vs. Google, StudiVZ vs. Facebook (Qualität)*

⇒ **Datenreichtum ≠ Datenmacht ≠ Marktmacht!**

## D. Zugang zu Daten

### I. Zugang zu Daten als Marktzutrittsvoraussetzung?

#### © Datenmangel als Marktzutrittsschranke?

#### 1. Sind Daten eine "wesentliche Einrichtung", zu der nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (essential facilities-Doktrin) Dritte Zugang erhalten?

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

- die meisten Daten sind nicht exklusiv
- es gibt viele "datenreiche" Unternehmen und viele Möglichkeiten Daten zu generieren oder zu erwerben.

#### 2. Ist der Vorsprung von Google, Facebook & Co. "uneinholbar"?

- vgl. *AOL/Time Warner (2000) ≈ Google und Facebook (2017)*
- zu sehr dem technischen status quo verhaftete "ex ante-Sicht"?

⇒ "Datenschutz" ist grds. keine "essential facility"

⇒ kein Recht auf Zugang zu nicht exklusiven Daten

## D. Zugang zu Daten

### II. Freier Verkehr für nicht personenbezogene Daten (z.B. bestimmte Industrie-, Telematik-, Gesundheitsdaten)

KOMM. Mitteilung "Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft", COM(2017) 9 endg. vom 10.1.2017:

- Leitfäden zur Schaffung von Anreizen für Unternehmen, Daten zu teilen und Standardvertragsklauseln (sicherer EU-Rahmen für Datenverträge)
- Förderung der Entwicklung technischer Lösungen für die zuverlässige Identifizierung und den Austausch von Daten
- Zugang im öffentlichen Interesse oder für wissenschaftliche Zwecke (insb. auch bei vom Staat / auf staatl. Anordnung gesammelte Daten)
- Schutz der Rechte des Datenerzeugers
- Zugang grds. nur gegen Entgelt

## D. Zugang zu Daten

KOMM. Verordnungsentwurf COM(2017) 495 final vom 13.9.17:

- Art. 4: Freier grenzüberschreitender Datenverkehr für nicht-personenbezogene Daten (Beschränkung nur aus Gründen der Sicherheit)
  - Art. 6: Ermutigung und Erleichterung der Datenportabilität (inkl. technischer Standards) auf der Basis von Selbstregulierung der Unternehmen
- ⇒ **Abbau staatlicher Beschränkungen** des freien Datenverkehrs und Selbstregulierung
- ⇒ **darüber hinausgehende Zugangserzwingung** (etwa auf der Basis des Kartellrechts) **nur als ultima ratio** bei nachweislichem Marktversagen!

## D. Zugang zu Daten

III. **Datenzugang / Datenportabilität** als (erzwungene) Abhilfemaßnahmen nicht unproblematisch:

- Ⓟ **Redundanzen Kartellrecht / Zivilrecht / Datenschutzrecht usw.**  
(Portabilität bereits durch Art. 20 DS-GVO gewährleistet, vgl. auch [Europäischer DS-Beauftragter, Opinion 4/2017 vom 14.3.2017](#))
- Ⓟ **Konflikte einer kartellrechtl. Verfügung mit Datenschutzrecht**  
(Verfügung wäre rechtswidrig, wenn Einwilligung oder sonst. Berechtigung zur Datennutzung durch Empfänger nach Art. 6 DS-GVO fehlt)
- Ⓟ **Behinderung von Start Ups / Innovation durch Regulierung**  
(z.B. durch machtunabhängige Portabilitätspflichten nach Art. 20 DS-GVO)

## E. Fazit

- I. **Datenreichtum** ist nicht automatisch gleich Marktmacht.
- II. **Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten ist nur ein Faktor** unter mehreren für die Bestimmung von Marktmacht.
- III. **“Datenschätze“ sind grds. keine essential facilities.**  
=> daher grds. auch keine Pflicht zum Teilen nicht-exklusiver Daten
- IV. **Wettbewerbliche Gesamtschau** ist erforderlich, dabei
  - **grds. irrelevant:** außerwettbewerbliche Aspekte wie Datenschutz,
  - **besonders wichtig:** innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck
- V. **Keine aktionistische oder gar redundante Gesetzgebung**
  - zunächst Grundlagenforschung und flexible Erfahrungssammlung durch Wissenschaft, Markt, Behörden und Gerichte;
  - gesetzliche Regelung als ultima ratio
- VI. **Zurückhaltende Initiative der Kommission** für freien, grenzüberschreitenden und selbstregulierten Datenverkehr ist **zu begrüßen.**



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

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

**ab 1.10.2017: Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Kartell- und Regulierungsrecht,  
Recht der digitalen Wirtschaft**



Email (bleibt): [Koerber@LS-Koerber.de](mailto:Koerber@LS-Koerber.de)

[www.LS-Koerber.de](http://www.LS-Koerber.de)