

DIW Roundup

Politik im Fokus

Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung

2016

Wettbewerbspolitik in digitalen Märkten: Sollte Datenschutz eine Rolle spielen?

Nicola Jentzsch

Wettbewerbspolitik in digitalen Märkten: Sollte Datenschutz eine Rolle spielen?

Nicola Jentzsch | njentzsch@diw.de | Abteilung Wettbewerb und Verbraucher am DIW Berlin

14. April 2016

In diesem Jahr steht in Deutschland die Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an. Das Reformvorhaben hat eine intensive Debatte um die Neuorientierung der Wettbewerbspolitik in digitalen Märkten entfacht. Während es einen Konsens gibt, dass der existierende Rechtsrahmen den neuen Bedingungen digitaler Märkte angepasst werden muss, bestehen unterschiedliche Positionen in Bezug auf die Rolle großer Datensammlungen und des Datenschutzes in der Wettbewerbspolitik. Konkret geht es um die Frage, ob Datenbanken und Datenschutzfragen in Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht künftig einbezogen werden sollten.

Wettbewerbsbeschränkungen: Der gesetzgeberische Status quo

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Fassung von 26. Juni 2013) ist das wichtigste Instrument der deutschen Wettbewerbshüter. Es soll offene Märkte und einen funktionierenden Wettbewerb sicherstellen. Deshalb reguliert es Marktbeherrschung und missbräuchliches Verhalten von dominanten Unternehmen.

In ihrem Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte hat die Monopolkommission im Juni 2015 einen Bedarf der Anpassung des bestehenden Rechtsrahmens festgestellt. So wird unter anderem vorgeschlagen, die Rechtsgrundsätze einer missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht weiterzuentwickeln und die herkömmliche Methode der Abgrenzung von Märkten zu überprüfen. Besonders interessant aber scheint, dass „die Bedeutung von Daten für den wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen in wettbewerbsrechtlichen Verfahren“ künftig verstärkt berücksichtigt werden soll (Monopolkommission 2015: 4). Während die Monopolkommission im Juni 2015 darauf bestand, dass Datenschutzaspekte außerhalb wettbewerbsrechtlicher Verfahren adressiert werden sollten, hat das Bundeskartellamt im März 2016 ein Missbrauchsverfahren wegen Verdachts auf Marktmissbrauch durch Datenschutzverstöße gegen Facebook eingeleitet (Bundeskartellamt 2016).

Es geht in der Diskussion zum einen um den Punkt, ob Datenkonzentration in Unternehmen zu Marktmacht führen kann. Zum anderen wird die Rolle des Datenschutzes diskutiert und ob marktmächtige Anbieter ihren Nutzern potentiell schlechtere Datenschutzkonditionen bieten als unter Wettbewerbsbedingungen.

Unter Datenschutz wird im Allgemeinen die Sammlung, Zusammenführung und Auswertung von Daten, sowie die technische Sicherheit derselben verstanden.

Aktuelle Fälle der Fusionskontrolle: Google und Facebook

In der Vergangenheit gab es eine Reihe von Verfahren, die international Aufsehen erregten, wie der Google/DoubleClick-Fall aus dem Jahr 2008 ([European Commission 2008](#)) oder der Facebook/WhatsApp-Fall aus dem Jahr 2014 ([European Commission 2014](#)). In der Argumentation der Wettbewerbsbehörden spielten die großen Mengen an persönlichen Daten in den Firmen in beiden Fällen eine eher untergeordnete Rolle, was vielfach kritisiert wurde, wie weiter unten eingehend erläutert wird.

Im Fall von Google/DoubleClick argumentierte die Europäische Kommission, dass beide Unternehmen keine Konkurrenten seien ([European Commission 2008: 52](#)). Der Fall galt als umstritten, weil Befürchtungen bestanden, dass Google und DoubleClick ihre Datenbanken zusammenführen würden. Für die Kommission ergaben sich aus den Datenschutzfragen allerdings keine Gründe, die geplante Fusion nicht freizugeben ([Almunia 2012](#)).

In den USA gab es dagegen eine 4-1 Entscheidung der Federal Trade Commission (FTC) für die Freigabe der Fusion mit einer Gegenstimme. Kommissionsmitglied Pamela J. Harbour argumentierte, dass die Fusion eine transformierende Auswirkung auf den Online-Werbemarkt habe und die dort wirkenden Netzwerkeffekte verstärke ([Harbour 2007](#)). Kommissionsmitglied Jon Leibowitz verwies darauf, dass es „substantielle Privatsphärenprobleme“ gebe, die klar über den anvisierten Kauf hinausgingen ([Leibowitz 2007](#)).

In dem Facebook/WhatsApp-Fall argumentierte die Europäische Kommission, dass sich zwar die Position von Facebook durch den Kauf von WhatsApp im Wettbewerb der sozialen Netze stärken könne, dass sich jedoch keine Probleme aus der momentan noch fehlenden Portabilität von Datenprofilen ergeben würden. Portabilität von Datenprofilen erleichtert den Anbieterwechsel, da Nutzer ihr persönliches Datenprofil von einem Anbieter zum anderen mitnehmen können. Fehlt diese, ist der Wechsel weniger einfach.

In den USA erlaubte die FTC den Unternehmenskauf unter der Auflage, dass WhatsApp-Nutzer auch künftig das gleiche Niveau an Datenschutz erhielten, wie vor dem Unternehmenszusammenschluss zugesichert ([Federal Trade Commission 2014](#)). In keinem der beiden Fälle wurden die Übernahmen aus datenschutzrechtlichen Aspekten oder aufgrund von Überlegungen zur Datenkonzentration untersagt.

Pro und Kontra: Welche Rolle sollen Datensammlungen spielen?

Die Diskussion über die Rolle großer Datensammlungen und des Datenschutzes in der digitalen Wettbewerbspolitik konzentriert sich auf zwei Fragenkomplexe, die im Folgenden kurz diskutiert werden sollen:

- Marktexistenz, Definition des relevanten Marktes und Marktbarrieren sowie
- Marktmacht und Marktmacht-Missbrauch durch dominante Anbieter

Marktexistenz, Definition des relevanten Marktes und Marktbarrieren

Zunächst stellt sich die Frage, ob es bei einer unentgeltlichen Tauschbeziehung, wie sie zwischen Nutzern und Google oder Facebook besteht, überhaupt um eine

Marktbeziehung im Sinne des Wettbewerbsrechts handelt (s. [Bundeskartellamt 2015: 15](#)). Es gibt mehrere Geschäftsmodelle, häufig handelt es sich um Plattformen, bei denen Nutzer Unternehmen unentgeltlich ihre persönlichen Daten zur Verfügung stellen, neben Google und Facebook sind dies auch AirBnB und Uber. Die Europäische Kommission nimmt inzwischen auch dort Märkte an, wo unentgeltliche Leistungen angeboten werden ([European Commission 2013](#)). Diese Bewertung ist in Fachkreisen umstritten. So argumentiert beispielsweise der Jurist [Sousa Ferro](#) (2014: 2), dass es im Wettbewerbsrecht keine „Gratismärkte“ gäbe und dass die unentgeltliche Bereitstellung von Dienstleistungen für sich genommen keine ökonomische Aktivität im Sinne des Wettbewerbsrechts sei.

Andere Autoren argumentieren, dass Gratismärkte als zwei- oder mehrseitige Märkte innerhalb der Antitrust-Verfahren zu betrachten und sehr wohl zu analysieren seien ([Evans 2011](#)).

Der Frage nach der Existenz einer Marktbeziehung schließt sich die Frage nach der Abgrenzung des relevanten Marktes an. Bei Google handelt es sich um eine Plattform, bei der zunächst auf der einen Seite Nutzer durch Internetsuchanfragen ihre Suchgeschichte Google zur Verfügung stellen. Auf der anderen Seite interagiert Google mit Werbetreibenden, diese können kontextbasierte Werbung schalten. Erst hier finden Zahlungen statt – zwischen Google und den Werbetreibenden. In der eingangs erwähnten Google/DoubleClick-Entscheidung spielte die Zweiseitigkeit des Suchdienste-Anbieters keine Rolle. Allerdings argumentieren [Filistrucchi et al.](#) (2014: 302), dass in zweiseitigen Nicht-Transaktionsmärkten zwei verbundene Märkte definiert werden müssten, auch wenn in diesen Märkten keine direkte Interaktion zwischen beiden Marktseiten stattfindet, d.h. die Werbetreibenden bezahlen die Nutzer nicht direkt für ihre Daten. Schließlich befinden die Autoren, dass die Europäische Kommission einen oder mehrere Nicht-Transaktionsmärkte für Nutzer der Google-Webseiten hätte definieren müssen oder zumindest Argumente liefern, warum diese nicht relevant seien ([Filistrucchi et al. 2014: 308](#)).

Ein dritter Streitpunkt ist, ob die Notwendigkeit, große Mengen an persönlichen Daten zu besitzen bzw. Zugang zu ihnen zu haben, Markteintrittsbarrieren im traditionellen Sinne darstellen könnten. Niedrige Eintrittsbarrieren sind eine Grundvoraussetzung für die Bestreitbarkeit von Märkten. Es ist unbestritten, dass die Sammlung und Analyse persönlicher Daten Skalen- und Verbundvorteile hervorrufen. So können Daten zu vielerlei Zwecken verwendet werden. Beispielsweise können Kreditwürdigkeitsdaten beispielsweise zur Erstellung eines Kreditwürdigkeits-Scores oder Arbeitnehmerprofils genutzt werden (Jentzsch 2007).

Gilbert und Pepper sind der Ansicht, dass Daten nicht nur preiswert in der Erhebung sind, sondern dass auch viele Firmen gleichzeitig dieselben Daten sammeln können ([Gilbert und Pepper 2015: 6](#)). Daten veralten außerdem sehr schnell, so dass historische Datensammlungen keinen Wettbewerbsvorteil böten.

Manne und Sperry konstatieren, dass es nicht der Umfang der Datenmenge sei, die den Erfolg eines Unternehmens ausmache, sondern wie diese analysiert werde. Und schließlich sei der Wettbewerb „nur einen Click entfernt“ ([Manne und Sperry 2015: 8](#), basierend auf einem Ausspruch von Google-CEO Eric Schmidt in einem Hearing des Judiciary Committee des U.S. Senates im Jahr 2011). Die Autoren rekurrieren auf die niedrigen Wechselkosten bei der Nutzung von Konkurrenzdiensten sowie auf das multi-homing, d.h. wenn Nutzer verschiedene Anbieter gleichzeitig nutzen.

Dem widerspricht der ehemalige oberste Wettbewerbsjurist von eBay, Robert P. Mahnke. Er beschreibt, dass manche Firmen Datenmengen in einem völlig neuen Ausmaß anhäufen ([Mahnke 2015: 2](#)). Als Beispiel führt er Google an, eine Firma, die kürzlich eine Server-Farm für 600 Millionen US-Dollar in Oregon eröffnet habe. Und dies sei nur eine von vielen Server-Farmen, die Google besäße. Auch die

Argumentation, dass viele Firmen dieselben Daten haben könnten, hält er für falsch: „(...) das bedeutet kaum, dass sie in einer gegebenen Industrie diese auch haben werden.“ (Mahnke 2015: 2). Da Datensets nicht einfach repliziert werden könnten, seien Zugangsbarrieren zu Datensammlungen zugleich auch als Barrieren für die Bereitstellung der darauf basierenden Dienste zu sehen.

Marktmacht und Marktmacht-Missbrauch dominanter Anbieter

In den gängigen Wettbewerbsuntersuchungen wird zunächst die Marktmacht eines Unternehmens festgestellt, um dann in einem zweiten Schritt Tatbestände des Missbrauchs von Marktmacht zu eruieren.

Bislang wird Marktmacht anhand verschiedener Kriterien geprüft, darunter der Marktanteil und die Finanzkraft des fraglichen Unternehmens, sowie seinen Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten oder rechtliche beziehungsweise tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen.

Traditionelle Indikatoren der Marktmachtmessung (z.B. der Lerner-Index) aber könnten in den angesprochenen Märkten kaum herangezogen werden, konstatiert das Bundeskartellamt (Bundeskartellamt 2015: 19). Anders als bei einseitigen Märkten, existierten in zweiseitigen Märkten eine kritische Masse und selbstverstärkende Rückkopplungseffekte, die zu dominierenden Anbietern führen könnten. So könne für die Beurteilung von Marktmacht auch allokativen und dynamische Effizienz und die Internalisierung von Netzwerkeffekten einbezogen werden (Bundeskartellamt 2015: 20).

Es ist unbestritten, dass große Datensammlungen, Datenverschränkung und die Datenauswertung in der digitalen Ökonomie große Bedeutung haben. Allerdings bleibt unklar, wie die Datenmengen bewertet werden sollen, zumal es eine Auswahl an Bewertungsverfahren gibt, die alle jeweils Vor- und Nachteile besitzen (Jentzsch 2016).

In einem zweiten Schritt wird der Missbrauch von Marktmacht geprüft, darunter fallen Tatbestände wie die Behinderung von Wettbewerbern oder das gänzliche Verschließen von Märkten. Mittlerweile gibt es eine Reihe von rechtlichen Verfahren, innerhalb derer untersucht wird, ob Google oder Facebook Wettbewerber behindern. Seit 2013 untersucht die Europäische Kommission beispielsweise potentiell missbräuchliches Verhalten seitens Google in Bezug auf den Google-Shopping-Dienst und das Android-Betriebssystem (für eine detaillierte Diskussion s. Edelman 2015). Datenschutz und Privatsphäre der Nutzer spielen hier (noch) eine Nebenrolle.

Die zuletzt genannten Aspekte treten deutlicher hervor, wenn Datenschutz als nicht-preislicher Parameter des Wettbewerbs und als Differenzierungsmerkmal betrachtet wird (Jentzsch et al. 2012). Sollte eine dominante Firma beispielsweise einen reduzierten Anreiz haben, in Datenschutz zu investieren (vgl. mit der Situation unter Wettbewerbsbedingungen), könnte dies ein relevanter Faktor in der Wettbewerbsanalyse sein (Gilbert und Pepper 2015). Einem ähnlichen Verdacht geht nun das Bundeskartellamt nach. So gibt es an, dass „Facebook durch die Ausgestaltung seiner Vertragsbestimmungen zur Verwendung von Nutzerdaten seine mögliche marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke missbraucht.“ (Bundeskartellamt 2016). Der Präsident des Bundeskartellamtes, Andreas Mundt, wird in der Pressemitteilung mit den Worten zitiert, dass für werbefinanzierte Internetdienste wie Facebook die Nutzerdaten eine herausragende Bedeutung hätten (Bundeskartellamt 2016). Gerade deshalb müsse untersucht werden, ob der Verbraucher über Art und Umfang der Datenerhebung hinreichend

aufgeklärt würde. Die Neuevaluation des Zusammenhanges zwischen Datenschutz und Wettbewerb hat damit begonnen.

Fazit

Digitale Märkte sind von starken Konzentrationstendenzen geprägt. Eine Fortführung der herkömmlichen Wettbewerbspolitik wird diese Tendenzen befördern. In diesem Zusammenhang ist eine kritische Überprüfung der Anwendbarkeit von Wettbewerbsgesetzen sowie des Einbezugs von Datenschutzfragen zu begrüßen. Allerdings führen diese Überlegungen in sehr schwierige thematische Gebiete, die am besten zu bewältigen sind, indem viel stärker als bisher die theoretische und empirische Forschung zu Privatsphäre mit einbezogen wird. Gleichzeitig müssen alle Beteiligten sehr viel besser als bisher Verbraucherentscheidungen und Marktdynamiken in Gratiismärkten verstehen und dieses Verständnis in künftige Wettbewerbsanalysen einfließen lassen.

Quellen

Almunia, J. (2012). Competition and personal data protection, Speech, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-860_en.htm

Bundeskartellamt (2016). Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße, Pressemitteilung vom 2. März 2016, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3591286

Bundeskartellamt (2015). Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, Hintergrundpapier, [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussion s Hintergrundpapier/AK Kartellrecht 2015 Digitale Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussion%20Hintergrundpapier/AK%20Kartellrecht%202015%20Digitale%20Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

Edelman, B. (2015). Does Google Leverage Market Power through Tying and Bundling? *Journal of Competition Law and Economics* 11(2): 365 – 400, <http://jcle.oxfordjournals.org/content/11/2/365.full.pdf>

European Commission (2008). Case No COMP/M.4731 – Google/ DoubleClick, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf

European Commission (2013). Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers, Brussels, 25 April 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-383_en.htm

European Commission (2014). Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf

- European Court of Justice (2006). Case C-238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL and Administración del Estado v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), *European Court Reports* 2006 I-11125, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0238>
- Evans, D. E. (2011). Antitrust Economics of Free, Global Economics Group; University of Chicago Law School; University College London (17. April 2011), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1813193
- Federal Trade Commission (2014). FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed>
- Filistrucchi, L., D. Geradin, E. van Damme und P. Affeldt (2014). Market Definition in Two-sided Markets: Theory and Practice, *Journal of Competition Law and Economics* 10(2): 293-339, https://www.researchgate.net/publication/256055184_Market_Definition_in_Two-Sided_Markets_Theory_and_Practice
- Gilbert, P. und R. Pepper (2015). Privacy Considerations in European Merger Control: A Square Peg for a Round Hole, *CPI Antitrust Chronicle* 2 (May): 2-8, <https://www.competitionpolicyinternational.com/privacy-considerations-in-european-merger-control-a-square-peg-for-a-round-hole/>
- Harbour, P. (2007). In the matter of Google/DoubleClick F.T.C. File No. 071-0170, Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_o.pdf
- Jentzsch, N. (2007). Financial Privacy – An International Comparison of Credit Reporting Systems (Springer-Verlag, Heidelberg), <http://www.springer.com/br/book/9783540733775?token=prtst0416p>
- Jentzsch, N. (2016). State-of-the-Art of the Economics of Cyber-Security and Privacy, Waterford: WIT, <http://www.econstor.eu/handle/10419/126223>
- Jentzsch, N., S. Preibusch und A. Harasser (2012). Study on monetizing privacy - An economic model for pricing personal information. Report for the European Network and Information Security Agency, <http://www.enisa.europa.eu/act/it/library/deliverables/monetising-privacy>
- Leibowitz, J. (2007). Concurring Statement of the Commissioner Jon Leibowitz - Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, <https://www.ftc.gov/public-statements/2007/12/concurring-statement-commissioner-jon-leibowitz-googledoubleclick-matter>
- Mahnke, R.P. (2015). Big Data as a Barrier to Entry, *CPI Antitrust Chronicle* (May) 2: 2-6, <https://www.competitionpolicyinternational.com/big-data-as-a-barrier-to-entry/>
- Manne, G.A. und R. B. Sperry (2015). The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework, *CPI Antitrust Chronicle* 2 (May): 2-11, <https://www.competitionpolicyinternational.com/the->

[problems-and-perils-of-bootstrapping-privacy-and-data-into-an-antitrust-framework/](#)

Monopolkommission (2015). Monopolkommission legt Sondergutachten zum Wettbewerb auf digitalen Märkten vor, Pressemitteilung vom 1. Juni 2015, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_PM.pdf

Sousa Ferro, M. (2014). “Ceci n’est pas un marché”: Gratuity and competition law, Working Paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493236

Impressum

DIW Berlin – Deutsches Institut
für Wirtschaftsforschung
Mohrenstraße 58, 10117 Berlin

Tel. +49 (30) 897 89-0
Fax +49 (30) 897 89-200
<http://www.diw.de>

ISSN 2198-3925

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 DIW Berlin

Abdruck oder vergleichbare
Verwendung von Arbeiten
des DIW Berlin ist auch in
Auszügen nur mit vorheriger
schriftlicher Genehmigung
gestattet.