

Prof. Dr. Wolfgang Kerber

Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider

Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz: Zur Notwendigkeit der Lösung von Marktversagensproblemen

Jahreskonferenz Forum Privatheit 2022

Berlin, 13.10.2022

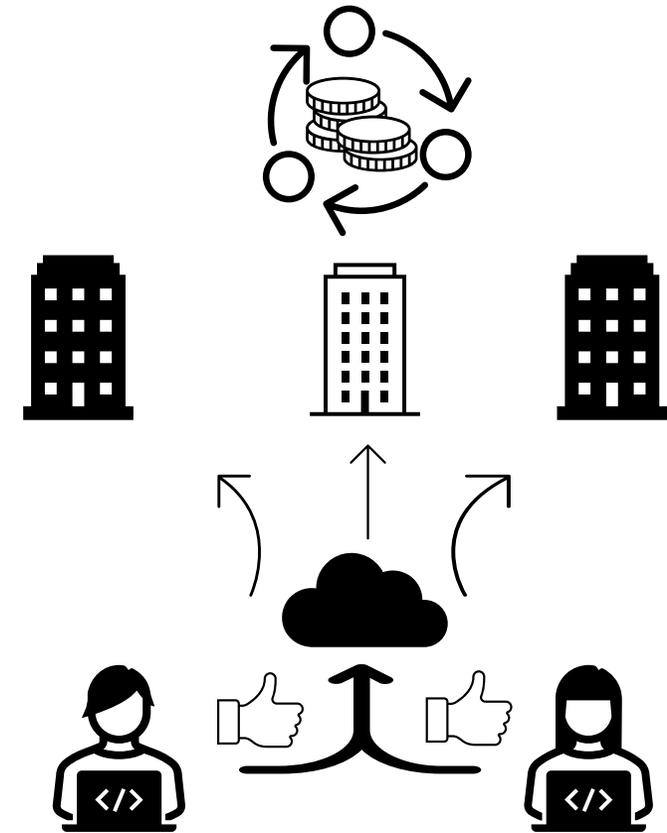


1. Einleitung: Selbstbestimmung, Einwilligung, Datenmärkte (1)



1. Einleitung: Selbstbestimmung, Einwilligung, Datenmärkte (2)

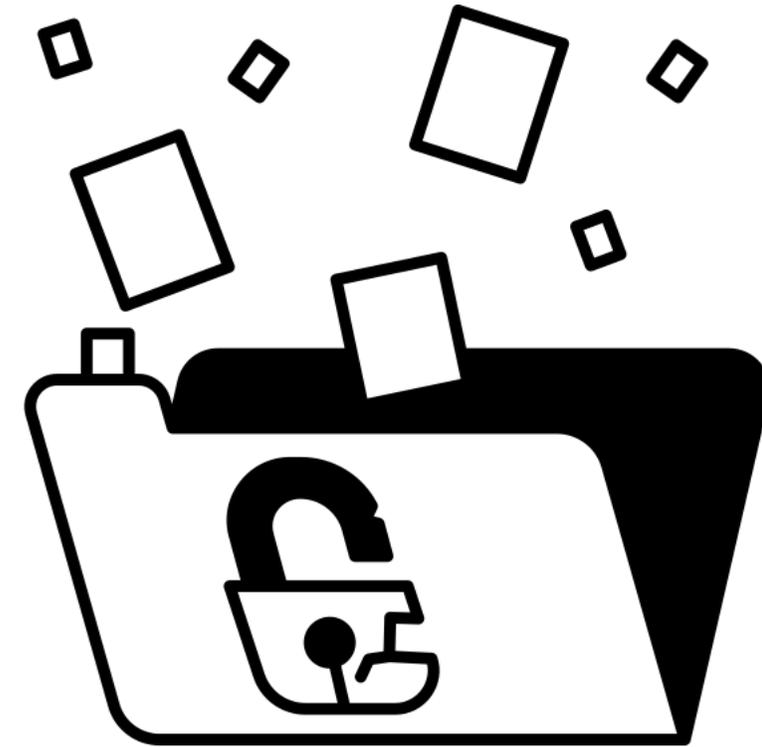
- Möglichkeit in private Nutzung von Daten einzuwilligen, führt zur Entstehung von Datenmärkten
- Auf Datenmärkten gilt grds. Privatautonomie
- **Problem:** Privatautonomie lediglich „auf dem Papier“
 - Formelle Privatautonomie gewährleistet
 - Materiale Privatautonomie = echte Selbstbestimmung benötigt



1. Einleitung: Selbstbestimmung, Einwilligung, Datenmärkte (3)

Thesen:

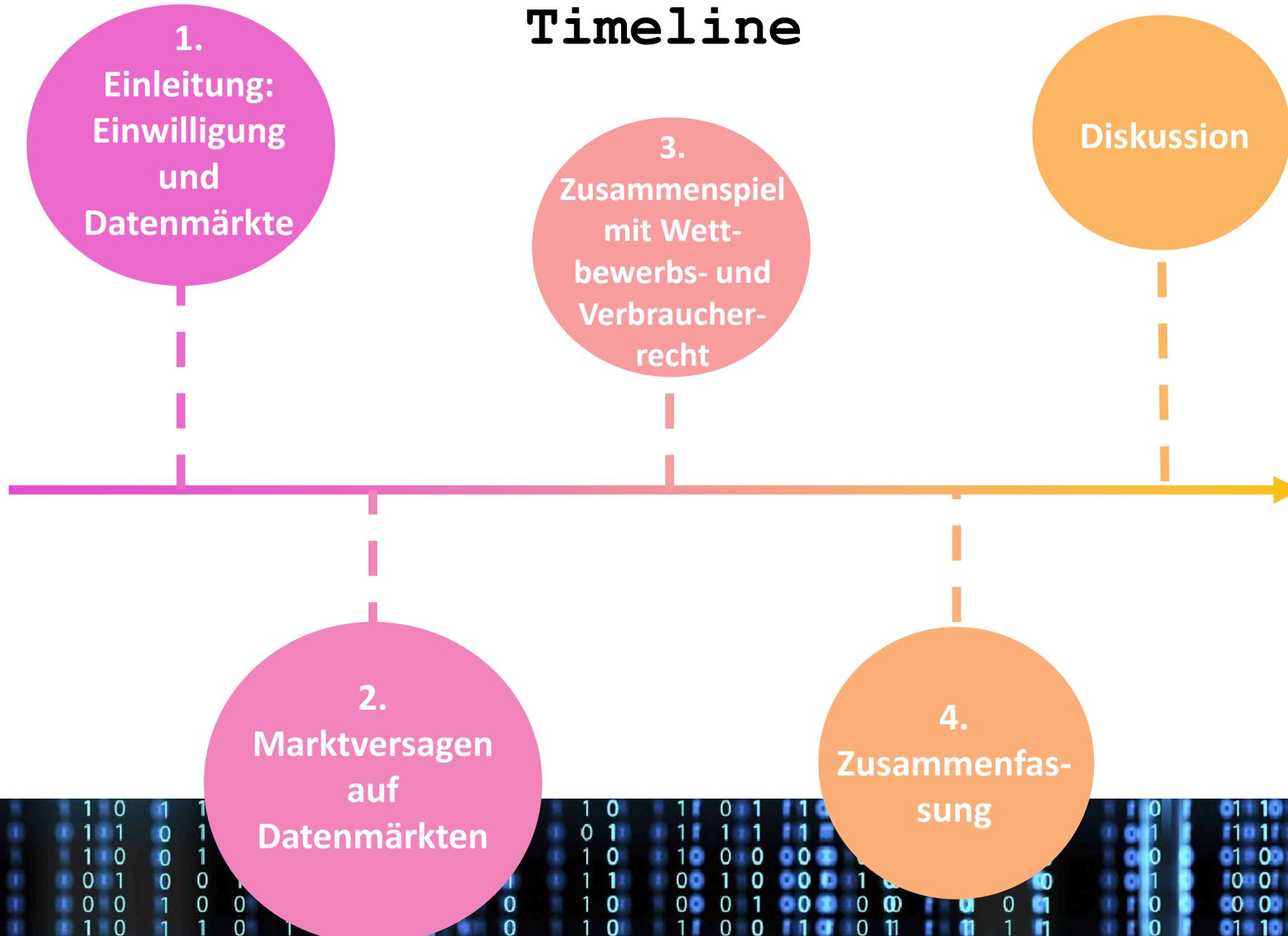
1. Das Individuum kann aufgrund diverser Marktversagensprobleme auf Datenmärkten nicht selbstbestimmt in Bezug auf den Umgang mit personenbezogenen Daten entscheiden.
2. Für die Funktionsfähigkeit des Datenschutzrechts müssen diese Marktversagensprobleme miteinbezogen werden. Insofern muss das Datenschutzrecht auch neu gedacht werden.
3. Datenschutzrecht kann alleine diese Probleme nicht lösen. Insofern ist eine enge Koordinierung mit anderen Politiken wie insbes. dem Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutzrecht notwendig.



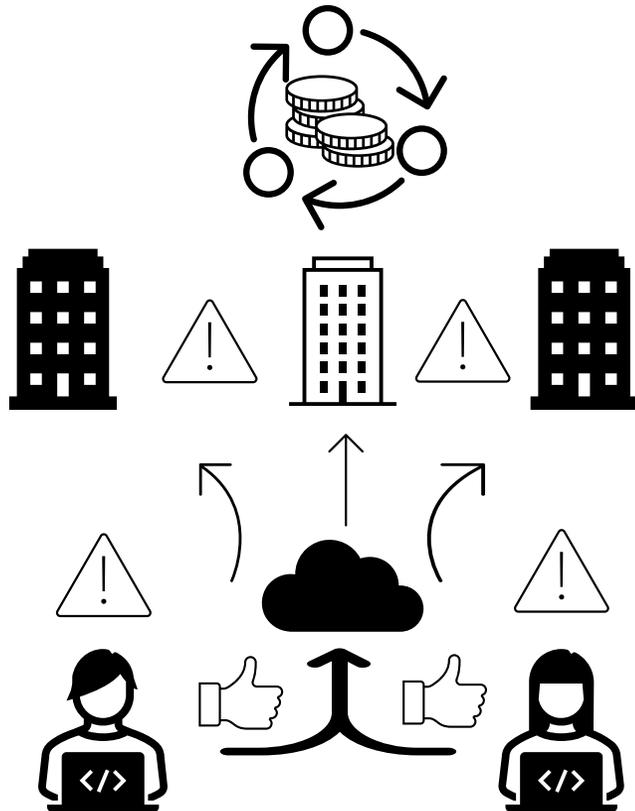
Created by Amethyst Studio
from the Noun Project



Timeline



2. Marktversagen auf Datenmärkten (1)



Ökonomische Marktversagenstheorie

- Informations(asymmetrie)-Probleme
- hohe Transaktionskosten
- Rationalitätsprobleme (Verhaltensökonomie)
- Wettbewerbsprobleme
- Externalitäten
 - Negative Externalitäten
 - Positive Externalitäten

2. Marktversagen auf Datenmärkten (2)

Informationsasymmetrien, Transaktionskosten und Rationalitätsprobleme (1)

- Datensubjekte können Vorteile und (Privatheits-)Risiken der Weitergabe von pers.bez. Daten nicht einschätzen
- zu hohe Informationskosten
- Informationspflichten des DSrechts sind nicht ausreichend und führen gleichzeitig zu „information overload“ und Abbruch der Information („clicking-without-reading“)
- alle Menschen unterliegen auch „behavioral biases“, d.h. systematische Entscheidungsfehler



2. Marktversagen auf Datenmärkten (3)

Informationsasymmetrien, Transaktionskosten und Rationalitätsprobleme (2)

- Verhaltensmanipulation durch „dark pattern“- Verhalten, bspw. über Design von Benutzeroberflächen
 - digitale Plattformen mit ihren vielen Daten und Anwendung von „machine learning“ können sehr effektiv die Datenpreisgabe von Datensubjekten beeinflussen
- => alle Individuen sind „vulnerabel“ in der digitalen Welt

Mögliche Lösung: Entgegenwirken von Informationsasymmetrien, zu hohen Transaktionskosten und Rationalitätsproblemen auch durch technische Hilfsmittel (**PIMS**), für die ein ermöglichender Rechtsrahmen erforderlich ist



2. Marktversagen auf Datenmärkten (4)

Wettbewerbsprobleme

- Marktmacht digitaler Plattformen (Google, Facebook etc.) mit der Sammlung riesiger Mengen von pers.bez. Daten
(=> Verbraucher*innen-Profile für „targeted advertising“)
- Problem: fehlende Alternativen durch fehlenden Wettbewerb
- kann zu exzessiver Sammlung von Daten führen
- „Facebook“-Fall des BKartA (2019): Kombination der Daten aus verschiedenen Quellen als missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens
 - weltweit erster Wettbewerbsrechtsfall mit expliziter Einbeziehung des Datenschutzes



2. Marktversagen auf Datenmärkten (5)

Negative Datenexternalitäten

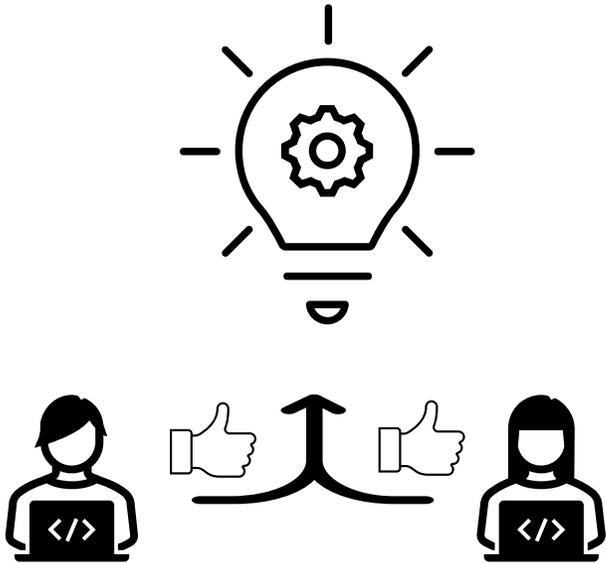
- Weitergabe von Daten der Person A kann sich negativ auf die Privatsphäre von B auswirken, was aber A in seinem Kosten-Nutzen-Kalkül nicht mitberücksichtigt
- Folge: negative Wirkung auf DS-Niveau (insbes. auch ähnlichkeitsbasierte Inferenz etc.)
 - Omri Ben Shahr: „data pollution“
 - ökon. Forschung: Choi et al (2019), Acemoglu et al (2020)
- reduziert gleichzeitig Anreiz, die eigenen Daten zu schützen



2. Marktversagen auf Datenmärkten (6)

Positive Datenexternalitäten

- Pers. bez. Daten können auch einen Nutzen für andere (oder die Gesellschaft) haben, der aber im Kosten-Nutzen-Kalkül des Datensubjekts oft nicht berücksichtigt wird
- Daraus folgt: zu wenige Daten werden verfügbar gemacht („Unterproduktion“ des Gutes)
- bspw. Daten für wissenschaftliche Forschung (insbes. medizinische Forschung) und Innovation
- (Aber auch hohe Kosten durch Rechtsunsicherheiten im Datenschutzrecht)



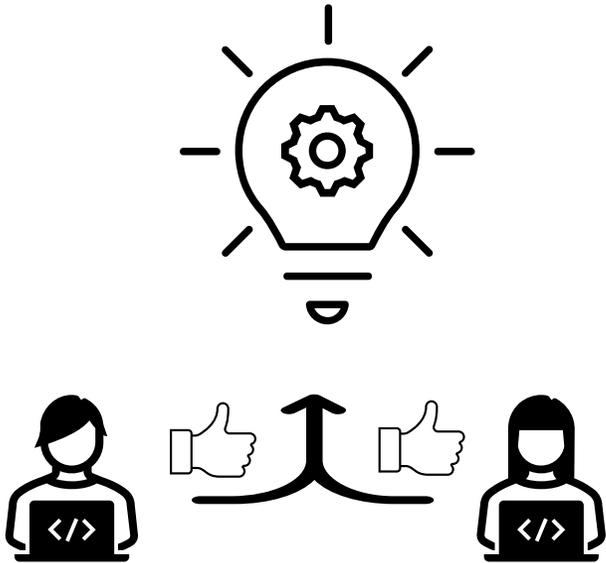
2. Marktversagen auf Datenmärkten (7)

Datenexternalitäten: Grundsatzprobleme und Lösungen

- stellen das Prinzip individueller Selbstbestimmung in Frage, da positive und negative Wirkungen auf andere nicht berücksichtigt werden
=> gesamtgesellschaftlich falsche Entscheidungen

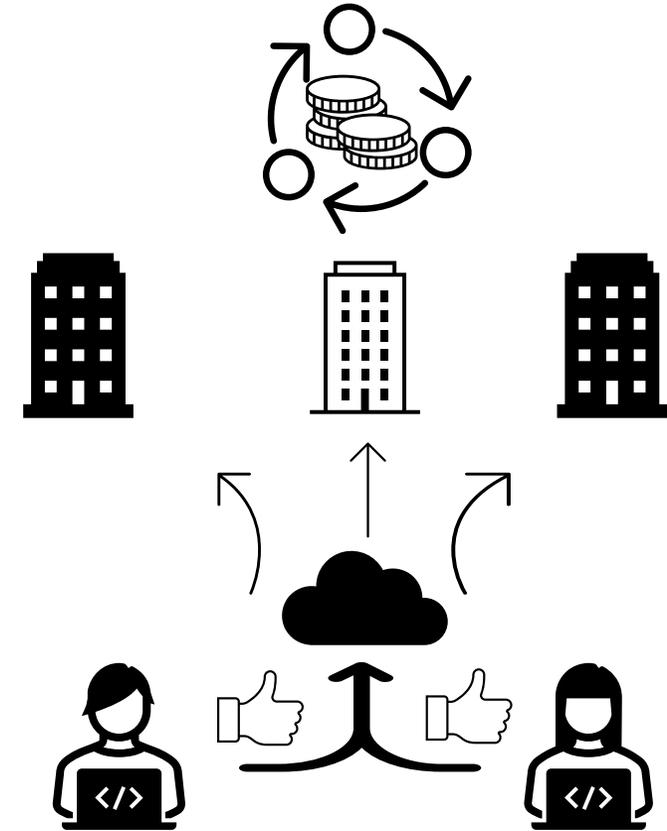
Mögliche Lösungen:

- (1) Zwingende Ausgestaltung zahlreicher datenschutzrechtlicher Vorschriften und Normierung absoluter Verbote besonders gefährlicher Datenverarbeitungen zur Begegnung der negativen Informationsexternalitäten
- (2) Normierung von Erlaubnistatbeständen für Datenverarbeitungen im Gemeinwohlinteresse unter spezifischen Voraussetzungen (z.B. in der Datentreuhand) zwecks Berücksichtigung positiver Externalitäten auf Datenmärkten



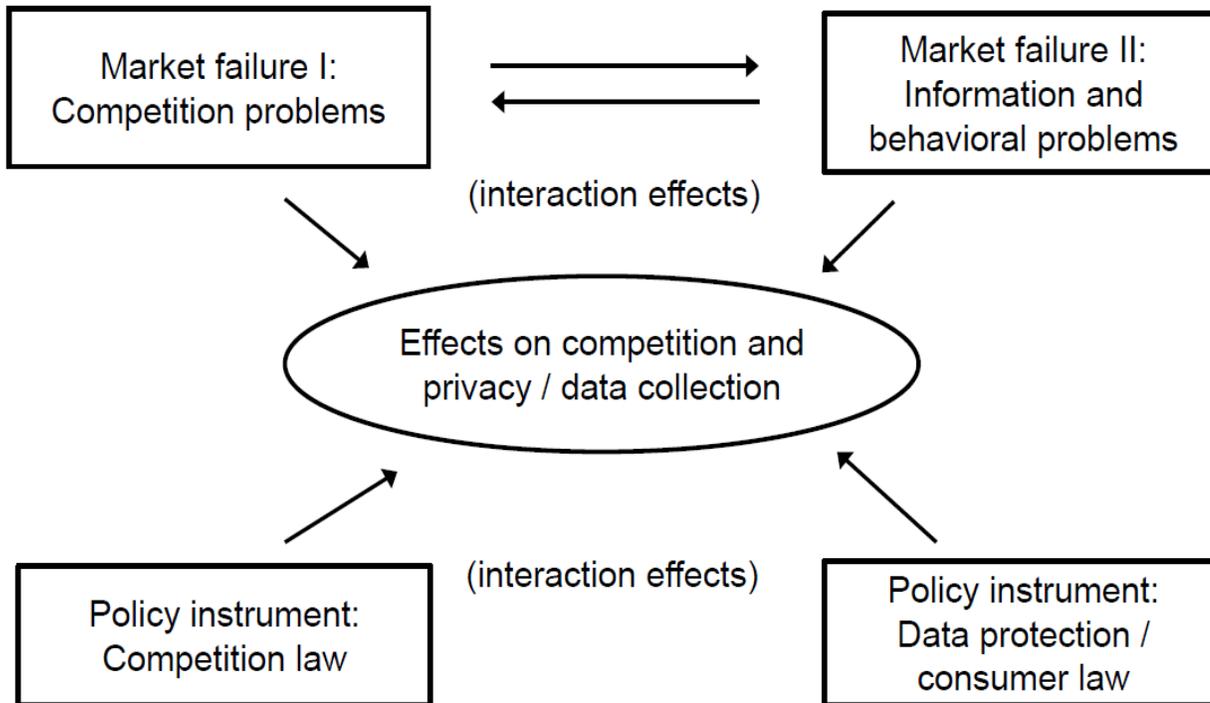
3. Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz (1)

- unsere **vzbv-Studie**: „Synergies between data protection law and competition law“ (2021)
- Neue Wettbewerbsregulierungen ggü. großen Tech-Firmen
 - EU: Digital Markets Act (Gatekeeper mit ex-ante Regulierung)
 - D: §19a GWB (Unt. mit „überragender Bedeutung für den marktübergreifenden Wettbewerb“)
- Problem digitaler Plattformen mit gleichzeitiger Existenz von Marktmacht- und Informations-/Rationalitätsproblemen:
 - Kombination Marktmacht und Informationsmacht
 - zentral: Sammlung großer Datenmengen hat negative Wirkungen auf Wettbewerb und Privatsphäre

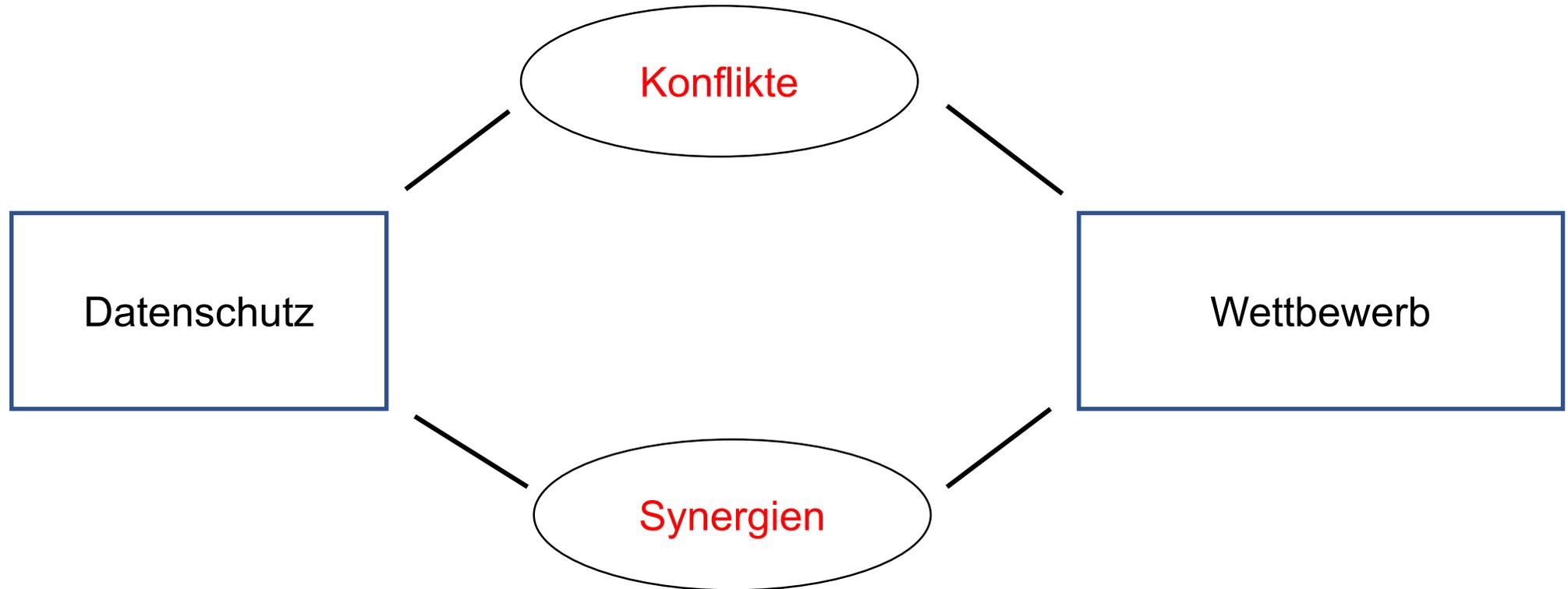


3. Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz (2)

Zwei Marktversagen, zwei Politiken, und Interaktionseffekte



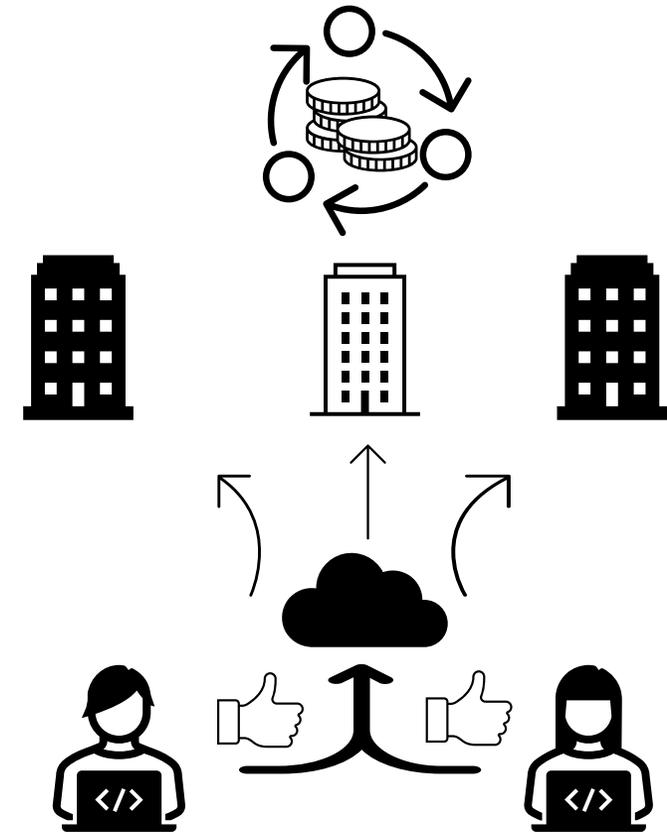
3. Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz (3)



3. Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz (4)

Kann DS-Recht Privatsphäre schützen bei Wettbewerbsproblemen?

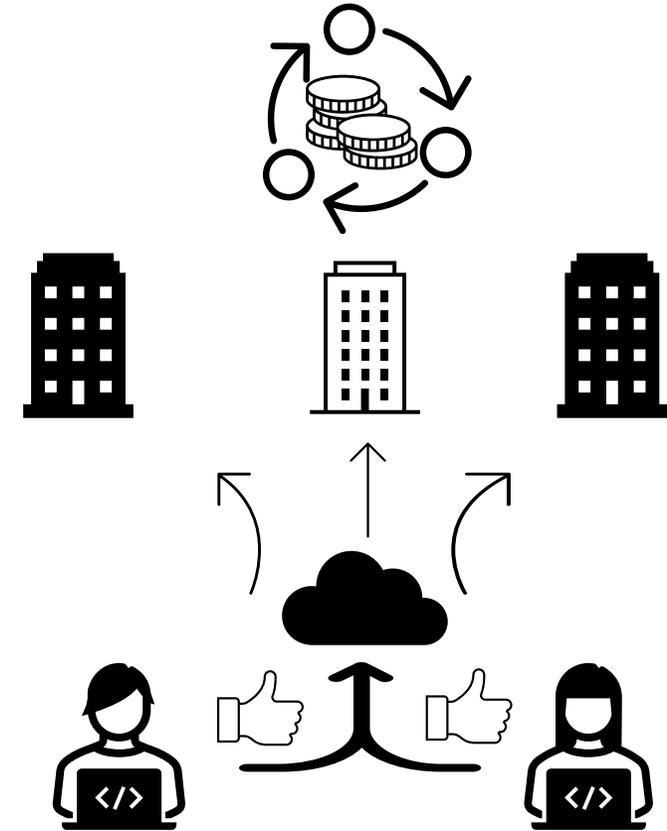
- Bsp. Fusionen, Kartelle, Ausbeutungsmisbrauch
- DS-Recht hat keine Instrumente und Expertise für Wettbewerbsanalysen
- keine „Freiwilligkeit der Einwilligung“ bei Machtungleichgewicht, bspw. Marktbeherrschung?
 - dafür: Graef/Van Berlo 2020, Paal 2020; aber dies ist absolute Mindermeinung
 - ansonsten: Gleichbehandlung aller Unternehmen



3. Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz (5)

Kann das Wettbewerbsrecht die Privatsphäre schützen helfen bei Wettbewerbsproblemen?

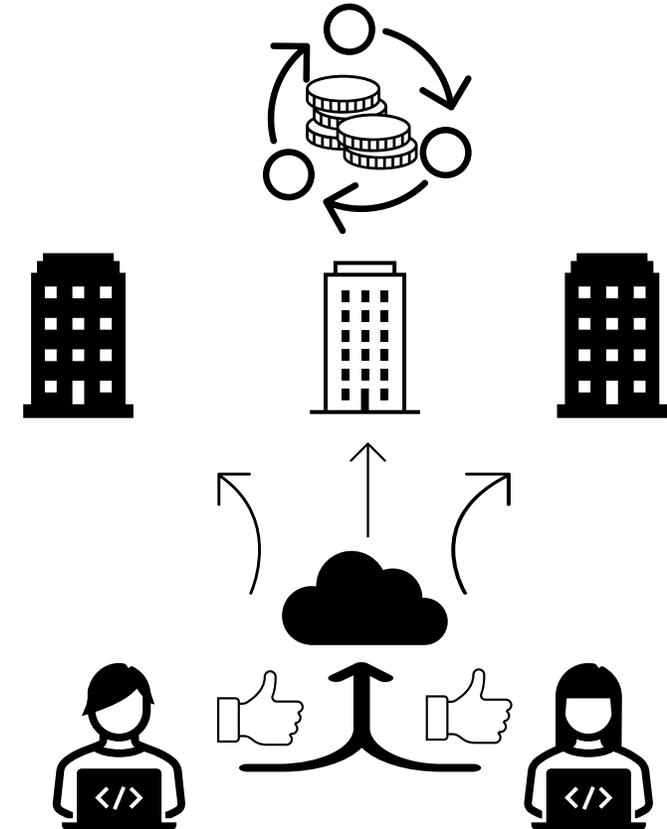
- Probleme des Wettbewerbsrechts, negative Wirkungen auf Privatsphäre einzubeziehen („privacy“ als Teil von Konsumentenwohlfahrt)
- Facebook-Entscheidung stark kritisiert, da nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts
- inzwischen stärkere Offenheit im Wettbewerbsrecht, Privacy-Effekte einzubeziehen
- besonders innovativ: Facebook-Entsch. des BGH (2020) (Idee eines Minimumstandards für Wahlfreiheit)



3. Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz (6)

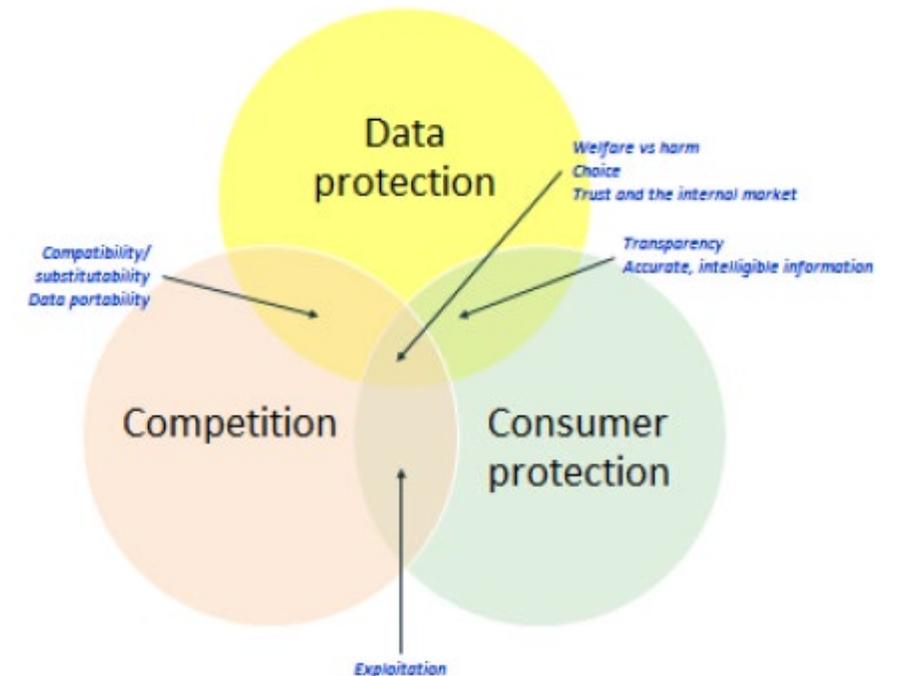
Schützt der Digital Markets Act auch die Privatsphäre ggü. Gatekeepern?

- neuer Art. 5 (2) DMA: Datenkombination nur mit Einwilligung der Datensubjekte
- Probleme dieser Lösung
 - unklar ob Informations/Rationalitätsproblem gelöst
 - letztlich geht es DMA nur um die Wirkungen auf den Wettbewerb
- unser Vorschlag für DMA: Erweiterung der asymmetrischen Regulierung für Gatekeeper auch auf Datenschutz und Verbraucherschutz



3. Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz (7)

- EDPS (2014): (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
- Datenschutzrecht kann seine Ziele nicht alleine erreichen
- Notwendigkeit eines stärker integrativen Ansatzes der drei Politiken
- Plädoyer für eine stärkere Zusammenarbeit (auch aus ökonomischer Perspektive)
- Aber: Problem der „Politik-Silos“



4. Zusammenfassung

- Durch Einwilligungen entstehen Datenmärkte, aber nur formale Privatautonomie
- Behebung diverser Marktversagen erforderlich
 - Informationsprobleme, hohe Transaktionskosten, Rationalitätsdefizite
 - Wettbewerbsprobleme
 - Negative und positive Informationsexternalitäten
- Wirksamkeit des Datenschutzrechts wird nur steigen, wenn
 - technische Hilfsmittel zur Selbstbestimmung (PIMS) rechtssicher ermöglicht werden
 - wesentliche Teile des DSR zwingend ausgestaltet werden
 - zusätzliche absolute Datenverarbeitungsverbote und weitere Datenverarbeitungserlaubnisse
- Notwendigkeit der Analyse des Zusammenspiels von Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz und verstärkter Kooperation
 - Datenschutz muss sich auch von anderen Politiken helfen lassen

