

Datenmacht und Datenmissbrauch

Wolfgang Kerber
(Philipps Universität Marburg)

Workshop

Modernisierung der Missbrauchsaufsicht

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Berlin, 18. Mai 2018

1. Datenmacht: bisherige Diskussion

- Marktmacht durch Daten auf Datenmärkten
 - + monopolistische Verfügung oder hoher Marktanteil bei bestimmten Daten
 - Marktmacht durch Daten als Inputressource
 - + Daten als kritischer Input, d.h. überlegene Verfügung über Daten führt zu Wettbewerbsvorteilen und MZS (vgl. auch § 18 (3a) GWB)
 - Plattformen, Daten und Marktmacht:
 - + Bsp. mehr Daten => höhere Qualität => mehr Nutzer => mehr Daten
 - + verstärkt Tendenz zur Marktbeherrschung bzw. „tipping“ bei Plattformen
 - + Problem: Behinderung anderer Wettbewerber, Zugang zu Daten zu bekommen
 - Daten bei konglomeraten Strukturen:
 - + Gewinnung/Kombination von Daten aus verschiedenen Aktivitäten/Märkten
 - + economies of scope / Synergien
- => Notwendig: genaue Analyse über Art von Daten, ob „wesentlich“ für Wettbewerbsfähigkeit, nicht anderweitig beschaffbar oder substituierbar

2. Datenmissbrauch: Verhaltensweisen von Plattformen (P2B)

- Plattformen als Handelsplattformen, die über Transaktions- und Nutzerdaten verfügen (wichtig: diese Daten nicht replizierbar!)
 - + Plattformen haben vollständigen Überblick, Monitoring von Preis- und Angebotsverhalten der Händler und Verhalten der Verbraucher (Aggregationsvorteile bei Datenanalyse; auch: positive Effizienzeffekte)
 - + Missbrauchspotenzial I: Zugang zu Transaktions-/Nutzerdaten für Händler nur aggregiert, zeitlich verzögert, d.h. Händler nur unzureichende Datenanalyse
 - + Missbrauchspotenzial II: Plattformen haben Infovorteile für eigene Konkurrenzangebote (Nutzerpräferenzen, Preise, direkter Kundenkontakt etc.)
 - + Missbrauchspotenzial III: Daten erleichtern Manipulationen bzgl. Ranking, Bewertungen, Bevorzugung verbund. Anbieter, Preisparitätsklauseln etc.
- EU Prop. Regulation on promoting fairness/transparency of online intermediation services (25.4.18): nur Transparenzvorschriften (aber: marktmachtunabhängig)
 - + Option: Verpflichtende Regeln bzgl. Zugang zu Transaktions-/Nutzerdaten, Selbstbegünstigungsverbot etc., falls Plattformen mb. bzw. relativ marktstark

3. Rechte an Daten: eine Paralleldiskussion

- Mitteilung: „Building a European data economy“ (Januar 2017)
 - + Ziel: mehr Zugang / Wiederverwendung von Daten für bessere Datennutzung
 - + Probleme: zw. Hersteller/Nutzer von IoT, Machtungleichgewichte zw. Firmen
 - + Vorschläge: Empfehlungen bzgl. Verträge über Daten, Datenherstellerrecht, verpflichtende Regelungen zum Zugang zu Daten (FRAND-Lösungen)
- Wiss. Debatte: vom Dateneigentum zu (Zugangs-)Rechte an Daten
 - + breite Meinung: kein neues Eigentumsrecht, aber evtl. sind Zugangsrechte zu de facto exklusiven Daten notwendig
 - + sehr schwer, allgemeine Kriterien für Zugangsrechte aufzustellen
- EU Comm „common European data space“ (25.4.18): keine verbindlichen Lösungen: aber: Guidance „on sharing private sector data“ (vertragliche Lösungen)
- Bezug zu Wettbewerb:
 - + exklusive Verfüg. über Daten => Verhandlungsmachtungleichgewichte (B2B)
 - + Konsultation: große Skepsis, ob Wettbewerbsrecht für Lösung ausreicht

4. Datenmacht und Datenmissbräuche in IoT-Kontexten und Aftermärkten (1)

- IoT: oft Konstellationen mit mehreren Stakeholdern, die an Generierung von Daten beteiligt sind bzw. diese Daten benötigen
- Bsp. 1: Smart agriculture: Landmaschinenhersteller / Landwirte
 - + Daten sind exklusiv beim Hersteller, Zugangsprobleme für Landwirte
 - => Problem I: evtl. keine faire Partizipation aller an der Generierung der Daten beteiligten Stakeholder (evtl. durch Marktmacht oder anderes Marktversagen)
- Bsp. 2: Daten im vernetzten Auto (C-ITS 2016, TRL 2017)
 - + „extended vehicle“ Konzept der Autohersteller: nur sie haben exklusive Kontrolle über Daten und den Zugang zum Fahrzeug => Zugangsprobleme für unabhängige Anbieter auf Aftermärkten/komplementäre Dienste (Realzeitdaten!)
 - + EU-Ebene: intensive kontroverse Diskussion bzgl. „access to in-vehicle data“
 - => Problem II: exklusive Datenkontrolle => Marktmacht bzgl. Zugang mit Marktausschließungsgefahren („closedness/openness“ eines Systems: lock-in) mit negativen Effekten auf Wettbewerb/Innovation auf Aftermärkten/ komplementäre Leistungen, aber auch für allg. Datenökonomie („machine learning“)

4. Datenmacht und Datenmissbräuche in IoT-Kontexten und Aftermärkten (2)

- Problemdiagnose: exklusive de facto-Kontrolle durch einen Akteur ist evtl. keine optimale Datengovernance-Lösung für Daten in solchen Multi-stakeholder-Konstellationen (data ecospheres)
- Ökonomisch: Frage nach geeignet spezifizierten Bündeln von Rechten („bundle of rights“) in Bezug auf bestimmte Arten von Daten
=> Datengovernance (exklusive Rechte, Zugangsrechte, Datenportabilität ...)
- Problem: Vorteile und Nachteile von exklusiver Kontrolle sowie Zugangsrechte etc. sehr unterschiedlich in verschiedenen IoT/Aftermarktkontexten
=> bisher wenig erforscht, wie solche optimalen Rechtsbündel konkret aussehen
- (Wichtige Faktoren: Anreize, Datennutzung, Wettbewerb/Innovation auf vor-/nachgelagerten, komplementären Märkten, Datenaggregationsvorteile, ...)

7. Regelungsmöglichkeiten I: Wettbewerbsrecht als eine Option

- Regelungsoptionen: (für IoT / Plattformen)
 - + Rechte an Daten: allgemeine Lösungen sehr schwierig (EU: vorläufig nicht realisiert, vgl. Comm „common European data space“ / 25.4.2018)
 - + Sektorspezifische Regulierungslösungen: Bsp. Autoindustrie
 - > alte Lösung: regulierter Zugang zu techn. Infos (Kfz-Typenzulassungs-VO): zur Sicherung von Wettbewerb auf Aftermärkten (=> Reform in Trilog-Verf.)
 - > neue Regulierungsdiskussion (access to in-vehicle data and resources)
 - + Datenportabilität: für pers.bez. Daten (DSGVO), evtl. auch für nichtpers.bez. Daten (konkrete Umsetzung aber unklar!)
 - + Wettbewerbsrecht: Missbrauch von Marktmacht/Datenmacht
 - > Marktbeherrschung (Art. 102 / § 19 GWB)
 - > „relative Marktmacht“ (§ 20 (1) GWB)
- Regelungsoptionen können Alternativen sein oder auch kombiniert werden
 - + je weniger Lösungen über Rechte an Daten / sektorspezifische Lösungen, desto stärker ist Wettbewerbsrecht gefordert
 - + Wettbewerbsrecht als Auffanglösung (aber auch Ergänzung)

7. Regelungsmöglichkeiten II: Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschender Unternehmen

- Essential facility-D. bei wettbew. „wesentlichen“, nicht duplizierbaren Datensets?
 - + Art. 102: Magill, Microsoft: Lizenzverweigerung
 - > hohe Hürden, enge Auslegung, aber kann „essential facility“ sein
 - > gleiche Anforderungen bei Daten wie bei IP? (kein „Dateneigentum“!)
 - + § 19 (2) Nr. 4 GWB: für explizite Normierung datenbezogener „essential facilities“-Doktrin evtl. zu früh
- Art. 102 / § 19 GWB evtl. direkt anwendbar bei Systemprodukten mit Problemen für Aftermärkte und komplementäre Leistungen (lock-in)
 - + bisher wenig konzeptionell ausgearbeitet, evtl. Leitlinien hilfreich
- Datenzugang in IoT-Kontexten/Plattformen:
 - + Ergänzung des § 19 (2) GWB: Recht auf Datenzugang für die bei der Generierung von Daten beteiligten Unt. ggü. Unt. mit Marktbeherrschung
 - + Bei Marktbeh. evtl. verbindliche Lösung von Problemen, für die EU-Vorschläge bisher nur Transparenzpflichten und Empfehlungen vorsehen

7. Regelungsmöglichkeiten III: Unbillige Behinderung durch Unternehmen mit „relativer Marktmacht“ (§ 20 (1) GWB)

- Grundidee: Machtungleichgewichte zw. Unt. mit exklusiver Datenkontrolle und and. Unt., die Datenzugang benötigen (an Generierung beteiligt / Nutzung)
- § 20 (1): Normadressateneigenschaft schwierig, aber: Abschaffung der Erfordernis „kleiner und mittlerer Unternehmen“
- bisher vier sehr heterogene Fallgruppen („unternehmensbedingte“ Abh. möglich, aber passt oft nicht, weil nicht immer spezifische Investitionen)
- Option: Schaffung einer eigenen neuen Fallgruppe „datenbezogene Abhängigkeit“ (mit Unterfallgruppen für notwendige Differenzierungen)
 - + Evtl. explizite Ergänzung in § 20 (1) GWB (Klarstellung / Erweiterung)
 - + Notwendig: Entwicklung von möglichen (Unter-)Fallgruppen und Klärung von Kriterien für „Unbilligkeit“ von Behinderung bei Verweigerung des Zugangs
- Verbot der Abdingbarkeit: Falls Zugangsrechte gesetzlich normiert, dann evtl. Beschränkungen der Abdingbarkeit bei „relativer Marktmacht“ (und Marktbeherrschung)