

Digital Revolution, Institutional Coevolution, and Legal Innovations

Wolfgang Kerber
Philipps-Universität Marburg

Ausschuss für Evolutorische Ökonomik
24./25. Juni 2021

1. Einleitung (1)

- Hintergrund und Grundideen des Papiers
- Ausgangspunkt: Digitale Transformation ist technologische und ökonomische Revolution im Sinne von Schumpeter (digitale Revolution)
 - + digitale Revolution benötigt institutionelle/rechtliche Koevolution
 - + aus wirtschaftspolitischer Perspektive
 - > Problem des Übergangs zu neuem institutionellen Regelrahmen für die digitale Ökonomie
 - > Marktversagensperspektive: neue Probleme
- Analyse von drei aktuellen Politikdiskussionen bzgl. Frage der Notwendigkeit von
 - + inkrementellen oder radikalen rechtlichen Innovationen bzw.
 - + neuen grundlegenden theoretischen Konzepten / Ansätzen

1. Einleitung (2)

- (1) Wettbewerbspolitik: neue Probleme durch digitale Ökonomie und GAFA
 - kann traditionelle Wett.recht dies lösen oder neue regulatorische Ansätze?
 - Infragestellung von trad. Konzepte von Marktmacht/Marktbeherrschung, bspw. in neuem § 19a GWB oder EU-Vorschlag "Digital Markets Act"
- (2) Datenschutz: neue Herausforderungen für den Schutz der Privatsphäre und "informationelle Selbstbestimmung":
 - ungelöstes Problem der "Einwilligung" zu "privacy policies" bzgl. Sammlung /Nutzung von Daten (Marktversagensprobleme)
 - Kann DSGVO das noch lösen oder radikal neue Lösungen notwendig?
- (3) Daten als neue wertvolle Ressource
 - neue Diskussion über Eigentum bzw. Zugang / Teilung / Portabilität von Daten für Innovation und Wettbewerb
 - "Eigentum"-Kategorie verwendbar oder neues Konzept (Datengovernance) bzw. ganz neues Rechtsgebiet?

2. Wettbewerbspolitik und traditionelle "Marktmacht" (1)

- neue Diskussion, "Macht" von Digitalkonzernen aktiv zu bekämpfen
- Ergebnisse der "reports" (2018/19)
- Folgerungen und Vorschläge, insbes. neue ex-ante Regulierung (Furman report) statt traditioneller ex-post Missbrauchskontrolle
- grundsätzliche konzeptionelle Probleme:
 - + des Marktmacht / Marktbeherrschungskonzepts auf digitalen Märkten bzw. bzgl. "wirtschaftlicher Macht" von GAFA
 - + neue Konzepte: konglomerate Machtansätze (Plattformen, Ökosysteme, Daten), bilaterale Verhandlungsmacht, Gatekeeper-Ansatz
- neue Vorschläge als "radikale" Innovationen in Wettbewerbspolitik:
 - (1) Furman/UK: ex-ante Regulierung von Firmen mit "strategic market status" durch neue "digital market unit"
 - (2) § 19a GWB: neue Missbrauchsaufsicht für Unternehmen mit "übertragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb"
 - (3) "Digital Markets Act"-Vorschlag der EU Kommission

2. Wettbewerbspolitik und traditionelle "Marktmacht" (2)

"Digital Markets Act"-Vorschlag der EU-Kommission

- Ziele: "Contestability" und "Fairness" (insbes. ggü. gewerbl. Nutzer)
- explizit kein Wettbewerbsrecht; keine Marktdefinition, kein Bezug zu Marktmacht / Marktbeherrschung, Wirkungen auf Konsumentenwohlfahrt
- Liste von 18 Per-se Regeln ("obligations") für Gatekeeper in Bezug auf Kernplattformservices (bspw. search engine, social media etc.)
 - + bspw. Selbstbevorzugungsverbot, Zugang zu App stores etc.
 - + inhaltlich sehr weitgehende obligations (tlw. näher zu spezifizieren)
- Gatekeeper definiert über quantitative Schwellenwerte bspw. Mindestanzahl von business users and end users (geht über GAFA hinaus)
- self-executing obligations: schnelle compliance erhofft, evtl. Problem einer nicht genügenden Differenzierung (hohe error costs)
- bricht mit langer Entwicklung zu mehr rule of reason/economic approach
- Aber: letztlich unklar, ob ausreichend bzgl. Macht von GAFA, da conglomerate Dimension von GAFA nicht berücksichtigt

3. Datenschutz und individuelle "Einwilligung" (1)

- neues Problem der Schutz der Privatsphäre (Internet, IoT/smart devices)
- grundlegende Spannung Privatsphäre ↔ Datenökonomie/-gesellschaft
 - + inkl. riesige Sammlung/Nutzung pers.bez. Daten durch GAFA (Datenkonzerne / Grundlage ihrer Macht auf digitalen Werbemärkten)
 - + Daten als Input für Innovationen / public policies
- DSGVO: (informationelle Selbstbestimmung als Grundwert)
 - + Zuweisung eines Bündels von Rechten an Individuen
 - + "Einwilligung" als zentraler Pfeiler der Sammlung/Nutzung von Daten
 - > kann andere ausschließen, aber auch Grundlage von Verträgen und damit eines "Marktes" für pers.bez. Daten
 - > (faktisch: "Lizenzierungsverträge" über pers.bez. Daten)
- große Funktionsprobleme dieses Marktes
 - + "notice and consent"-Lösungen / "freie" Services gegen "Daten" funktionieren nicht (u.a. privacy paradox): Individuen überfordert

3. Datenschutz und individuelle "Einwilligung" (2)

- Marktversagen I: Informations-/Verhaltensprobleme
 - + Intransparenz über Sammlung/Nutzung von Daten, Privacy-Risiken, behavioral manipulation, concealed data practices, "dark patterns"
- Marktversagen II: "no genuine choice"
 - + u.a. Marktmacht, bspw. Facebook-Fall (Bundeskartellamt)
- => traditionelle Formen individueller Einwilligung (privacy self-management) fkt nicht mehr; notwendig: mehr Konsumentensouveränität
- Frage: Sind inkrementelle Innovationen ausreichend oder sind auch neue radikale rechtliche / regulatorische Innovationen notwendig?
 - + inkrementell: mehr Transparenz etc.
 - + radikale Lösungen I: technolog. Einwilligungsmgmt.systeme, PIMS / Datentreuhänderlösungen
 - + radikale Lösungen II: Infragestellung individueller Einwilligung / (Grundsatzfrage: Vereinbarkeit von DSGVO und digitaler Revolution?)

4. Daten: Eigentum, Datenzugang-/teilung, Governance (1)

- völlig neue Diskussion über Daten als neue Ressource und der Entstehung eines neuen Rechtsgebiets: "Datenrecht"
 - + Disk. 1: neue Eigentumsrechte an Daten?
 - + Disk. 2: neue Rechte bzgl. Zugang / Teilung / Portabilität von Daten
 - + "Eigentumskategorie" oder neuer Ansatz? ("Datengovernance")
- "Eigentum" passt nicht auf Rechte an pers.bez. Daten in DSGVO (bspw. Verarbeitung aufgrund von "berechtigte Interessen" / Art. 6(1) f)
- neue Exklusivrechte auf nichtpers.bez. Daten (maschinengenerierte Daten / Sensordaten, anonymisierte Datensets etc.)?
 - => Konsens, dass nicht notwendig (kein generelles Kopierproblem)

4. Daten: Eigentum, Datenzugang-/teilung, Governance (2)

- aber Notwendigkeit von mehr Zugang/Teilung/Portabilität von Daten (Nichtrivalität bei Nutzung von Daten)
 - + für mehr Innovationen ("data-driven innovations")
 - + Lösung von Wettbewerbsproblemen wg. Kontrolle über Daten
- Problem: gegenwärtiges Recht bietet kaum Ansatzpunkte für Datenzugang, Datenteilung und Datenportabilität
 - + "essential facility doctrine" in Wettbewerbsrecht mit hohen Hürden
 - + Datenportabilitätsrecht (Art. 20 DSGVO) fkt. praktisch nicht

=> begrenzte inkrementelle rechtliche Innovationen möglich
- Politik zurückhaltend, Öffnungsverpflichtungen einzuführen, eher freiwillige Lösungen: "data spaces", GAYA-X, etc.

4. Daten: Eigentum, Datenzugang-/teilung, Governance (3)

- radikalere rechtliche Innovationen:
 - + PSD2: weitgehende rechtliche Regulierung zur Öffnung von Bankkonten für Fintech (innovative Finanzdienstleistungen)
 - + sektorspezifische Lösungen (bspw. Daten im vernetzten Auto)
 - + verpflichtende Öffnung von Datenbeständen für Forschung (AI etc.)
 - + "consumer data rights"-Ansatz in Australien
- Problem: Frage von Zugang/Teilung von Daten ökonomisch komplex, d.h. Vielfalt innovativer Lösungen für unterschiedliche Kontexte notwendig
- Konzept "Datengovernance" besser als Orientierung an Eigentums-kategorie
 - + operationalisierbar über "bundle of rights" an Daten, die jeweils anders spezifiziert und zugewiesen werden können
- faktisch: Entstehung eines eigenen neuen Rechtsgebiets "Datenrecht"

5. Folgerungen

- Zusammenfassung bzgl. rechtlicher Koevolution
 - + Wettbewerbspolitik
 - + Datenschutz und Einwilligung
 - + Datengovernance
- Durch digitale Revolution entsteht auch eine engere Verzahnung der drei Problemfelder, was zur Notwendigkeit einer stärkeren Integration der drei Rechtsbereiche führen wird
- Beobachtbare rechtliche Evolution passt sehr gut zu evolutorischen Ansätzen der institutionellen Evolution, die auf trial and error bzw. Experimentieren mit neuen rechtlichen / regulatorischen Innovationen basieren.