

Datenzugang, Datengovernance, Marktversagen und “market design”

Prof. Dr. Wolfgang Kerber
(Philipps-Universität Marburg)

BMWK Workshop
Berlin, 20. April 2022

1. Datenzugang und Datengovernance (1)

- Gegenwärtige Probleme bei Datenzugang und Datenteilung:
 - + bisher keine genügend funktionierenden Lösungen
 - + nicht auf freiwilliger Ebene ...
 - + nicht durch verpflichtende Datenzugangslösungen ...
 - > evtl. auch nicht durch neue gesetzliche Regelungen (bspw. GWB)
- Unzureichender Ansatz bei verpflichtenden Regelungen
 - + „Datenhalter“ \Leftrightarrow potenzieller Datennutzer
 - + Datenhalter wird faktisch wie „Eigentümer“ gesehen und dadurch hohe Hürden für Datennutzer (Marktversagen u.a.): Datenzugang als Eingriff
- EU Datenpolitik: geht genauso vor, hat bisher deshalb fast ausschließlich auf freiwillige Lösungen gesetzt
- Bisher nur geringe Datenzugangsverpflichtungen: PSD2, DMA in speziellen Fällen, nicht im DGA, jetzt in sehr spezifischer Form im DA

1. Datenzugang und Datengovernance (2)

- Ordnungspolitische Perspektive
 - + digitale Revolution erfordert eine Koevolution des Regelrahmens
 - + Aufgabe: alte Regelrahmen => neuer Regelrahmen
- Probleme: alte Regeln und Regulierungen passen nicht mehr zu neuen technologischen und ökonomischen Bedingungen
 - + Problem 1: alte Regeln behindern digitale Innovationen
 - + Problem 2: digitale Innovationen => neue Probleme, für die es bisher keine Regeln / Regulierungen gibt („rechtloser Raum“ durch „lag“ der Regelsetzung)
- Folgerungen:
 - + aktuelle gesetzgeberische Initiativen sind nicht Eingriffe in den Markt, sondern Teil der Suche nach dem neuen adäquaten Regelrahmen
 - + Folge: bestimmte Aktivitäten, Verhaltensweisen, business models, die in dem temporären „rechtlosen Raum“ faktisch möglich waren, können nach der Anpassung der Regeln nicht mehr möglich sein
- Data Act etc. sollten aus dieser Perspektive gesehen werden ...

1. Datenzugang und Datengovernance (3)

- Meine Hauptthese: bisheriger Ansatz greift zu kurz
 - + „Datenhalter“: Unt. mit faktisch exklusiver Kontrolle über Daten (technisch-faktische Exklusivität: oft ohne „de jure“ Rechte an den Daten)
 - + andere würden gerne Daten nutzen, bekommen keinen Zugang, Unternutzung von Daten, antikompetitive Strategiemöglichkeiten von Datenhaltern
 - Stattdessen: Frage nach der adäquaten Governance dieser Daten
 - + Soll der Datenhalter überhaupt exklusive Kontrolle über diese Daten haben?
 - > bspw. hat sich Datenhalter die exklusive Kontrolle selbst über technisches Design eines IoT Geräts verschafft (=> soll das immer zulässig sein?)
 - => Frage nach der Spezifizierung und Zuweisung von Rechten an diesen Daten („bundles of rights“-Ansatz)
(genauer: Handlung-/Nutzungsmöglichkeiten bzgl. Daten)
 - + wird oft zur Notwendigkeit der Gestaltung komplexer Datengovernance-Lösungen führen, bspw. für ganze Ökosysteme (mit weiteren Regulierungen)
- => Datenzugangsansprüche leiten sich aus Datengovernance-Lösungen ab!

2. Marktversagen und „market design“ (1)

- Thesenpapier (Schweitzer et al, 20.4.2022)
 - + Marktversagen (Marktmacht) kann eine zu hohe Hürde sein, deshalb auch breiterer Ansatz: „market design approach“ mit Entscheidung über primäre Allokation von Rechten an Daten, um Märkte funktionsfähig zu machen (Ziele: „fairness, promotion of innovation and competition“)
 - + eigentlich sehr nahe an „bundles of rights“-Ansatz
 - + hier aber nur bezogen auf Problem von kogenerierten Daten
 - Wirtschaftspolitische Folgerungen im Thesenpapier:
 - + alle, die einen Beitrag zur Generierung von Daten leisten, sollen Zugang zu diesen Daten bekommen und sie unabhängig verwerten und monetarisieren können (Wettbewerb statt Datenmonopolisierung)
 - + alle anderen, die nichts beitragen, sollen nur wie bisher bei Vorliegen von Marktversagen Zugang bekommen können
- => zunächst intuitiv sehr einsichtig, aber nicht so einfach ...
- Frage: Verhältnis Marktversagensansatz ↔ „market design approach“ ?

2. Marktversagen und „market design“ (2)

Kritische Reflektion über ökonomische Marktversagenstheorie:

- Wohlfahrtsökonomische Marktversagenstheorie
 - + basiert auf neoklassischer Mikroökonomie mit Ziel effizienter Allokation
 - + Marktversagen bei Abweichungen von Modell vollkommenen Wettbewerbs
 - + Wettbewerb, Informations- und Rationalitätsprobleme, Externalitäten, Transaktionskosten, ...
 - Kritik und notwendige Erweiterung:
 - + nur statische Effizienz, notwendige Ergänzung um Innovation
 - + Ergänzung um andere Ziele
 - > Verteilung / Fairness
 - > Schutz der Privatsphäre, Autonomie, (Cyber)Sicherheit, ...
 - > industriepolitische Ziele
- => Marktversagenstheorie ist selbst kritisch diskutierbar: Notwendigkeit ihrer kritischen und kreativen Anwendung, plus weitere Ziele der Gesellschaft
- => Mein pragmatischer Vorschlag: Marktversagen plus weitere geeignete Ziele

2. Marktversagen und „market design“ (3)

Anwendung auf Vorschlag über kogenerierte Daten im Thesenpapier:

- Kogenerierte Daten I:
 - + unklar, wer Kogenerator ist (altes Problem bei „Datenherstellerrecht“): was sind dafür die konkreten Kriterien?
 - + nur ein Problem, wenn „Beitrag“ zur Datengenerierung nicht in frei ausgehandelten Verträgen angemessen entgolten wird (sonst vor allem in B2B unnötig) (=> dann ist das aber ein Hinweis auf „Marktversagen“)
 - + (schwer festzustellen, ob ein „Beiträger“ angemessen entgolten wird)
- Kogenerierte Daten II: weitere mögliche Fragen ...
 - + Sollen alle Kogeneratoren (gleichen) Zugang zu und Verwertungsrechte an allen Daten bekommen? (und als nicht abbedingbare Rechte?)
 - + Kann wettbewerbliche Monetarisierung der gleichen Datensätze nicht zur Unterminierung von Produktionsanreizen für Daten führen?
- Mögliche Folgerungen:
 - (1) „Market design“ nicht zu trennen von MVprobleme und/oder anderen Zielen
 - (2) Strikte Zweiteilung zw. Fällen mit und ohne Kogeneration nicht zweckmäßig; beide Fallgruppen können mit obigem breiterem Ansatz gelöst werden

3. Ökonomie von Datengovernance (1)

Wie sollte Datengovernance aus ökonomischer Perspektive aussehen?

- Meine These: technisch-faktische Exklusivität (tfE) eines Datenhalters entspricht ökonomisch einer Dateneigentumslösung (ohne Schranken), die oft nicht optimal sein wird (und die wir eigentlich immer vermeiden wollten)
- Data Act: anerkennt und legitimiert, dass Hersteller durch technisches Design die technisch-faktische Exklusivität über IoT-Daten gewinnen (Anreizargument) und stärkt sie durch Anzahl von Regeln („in-situ“ Zugang zu Daten, technischer Schutz etc.), die Datenteilung mit third parties stark erschweren
 - + Data Act sieht technisch-faktische Exklusivität als Normalfall bei IoT an und sogar als das empfohlene Datengovernance-Modell für alle IoT-Geräte
- Was wissen wir aus L&E von IP-Rechten?
 - + Innovationen sind nichtrivale Güter, aber Investition in F&E zur Produktion
 - + Abwägung zw. Anreizen und Vorteile von breiter Nutzung (Innovationen)
 - + Frage nach dem optimalen Schutzniveau (nicht zu klein / zu groß), d.h. Bündel von Rechten aus IP ist immer begrenzt (immer Schranken)

3. Ökonomie von Datengovernance (2)

Wie sollte Datengovernance aus ökonomischer Perspektive aussehen?

- Was ist richtige Abwägung zw. Anreizen und Vorteilen breiter Nutzung bei Daten?
 - + Anreizprobleme (durch Kosten) können sehr verschieden sein, oft sehr klein oder nicht existent
 - + tfE über Daten führt zu hohen Wohlfahrtskosten durch Unternutzung
 - > monopolistischer Datenhalter wird auf Datenmärkten gewinnmaximierende Preisen verlangen (dead weight losses / zu wenige Innovationen)
 - Anreizprobleme können oft auch anders gelöst werden:
 - + Bsp. IoT-Geräte: Nutzer zahlen einen Preis bei Erwerb der Geräte, der auch Kosten der Hersteller für Datengenerierung abdeckt
 - > unklar weshalb zusätzlich (!) eine Exklusivposition notwendig ist
 - + Zahlung von Kompensation bei verpflichtenden Datenzugang / -teilung
- => Folgerung: technisch-faktische Exklusivität von Nutzungsmöglichkeiten für einen Akteur wird oft nicht optimal sein, d.h. falsche Spezifizierung und Zuordnung von Nutzungsmöglichkeiten an Daten
- => **Marktversagen:** hieraus Datenzugangs- und Datenteilungspflichten begründbar (bspw. Zugang für Trainingsdaten für KI)

3. Ökonomie von Datengovernance (3)

Wie sollte Datengovernance aus ökonomischer Perspektive aussehen?

- Optimale Datengovernance-Lösungen werden oft komplex sein, weil technische und ökonomische Bedingungen sehr unterschiedlich
 - + das zeigen uns alle unsere Erfahrungen mit Datenzugangs-/teilungsfragen
 - + entscheidend: **problemlösungsorientierte / funktionale Lösungen**
 - Was können wir lernen aus bisherigen sektoralen Lösungen / Diskussionen?
 - + PSD2, Daten in vernetzten Autos, Daten in smart agriculture
 - Daten haben oft zentrale Rolle in größerem Ökosystem mit vielen Stakeholdern:
 - + Notwendigkeit einer tiefen (ökonomischen) Analyse, wie das Ökosystem fkt, welche Rolle die Daten spielen, und
 - + hieraus ableiten, wie eine gute Datengovernancelösung aussieht, d.h. wer soll welche Nutzungsrechte an welchen Daten haben
 - + neben Datengovernance-Lösung oft auch weitere Regulierung notwendig, insbes. technische Interoperabilität, Regulierungen für Sicherheit, Privacy etc.
- => Stärkung der tFE von Datenhaltern ist hier oft kontraproduktiv !

4. Folgerungen

- Grundsätzlich andere Perspektive notwendig:
 - + „Datenhalter“-Position muss hinterfragbar sein
 - + technisch-faktische Exklusivität von Daten **ist nicht die Lösung, sondern das Problem**, das mit geeigneten legislativen Ansätzen bzgl. Spezifizierung/ Zuordnung von Nutzungsrechten an Daten gelöst werden kann
 - + eigentlich wird das gesehen (Data Act, Thesenpapier), aber nicht konsequent genug (oder zu vorsichtig) Folgerungen daraus gezogen
- Data Act: sehr eigenartig, dass keine alternativen Datengovernance-Lösungen für IoT-Daten diskutiert werden, bspw. Kontrolle durch Nutzer oder Datentreuhandlösungen
- geeignete Datengovernance-Lösungen werden konkret sehr unterschiedlich aussehen (inkl. weitere Regulierungen) => **Funktionalität entscheidend!**
 - + meine **Hauptkritik an Data Act**: er wird so nicht seine Ziele erreichen!
- Marktversagen und „market design“ würde ich nicht gegenüberstellen, sondern mit einem erweiterten Marktversagensansatz mit zusätzlichen Zielen arbeiten!
- Analyse von Marktversagen sehr wichtig und damit auch ökonomische Analyse
- Hieraus folgt auch: unterschiedliche Lösungen für B2B und B2C !

Schweitzer, H. / Metzger, A. / Blind, K. / Richter, H. / Niebel, C. / Gutmann, F.: Access to data in Germany and in the EU: markets, market failures and market design: A legal, economic and competition policy angle (preliminary results of the study – Issues to be discussed, 20.04.2022)

Kerber, W.: Governance of IoT Data: Why the EU Data Act will not fulfill its objectives (8 April 2022), available at: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4080436>

Kerber, W.: Specifying and Assigning "Bundles of Rights" on Data: An Economic Perspective, forthcoming in: Hofmann, Franz, Raue, Benjamin, and Herbert Zech (eds.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 2022 (available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3847620>).

Kerber, W.: From (Horizontal and Sectoral) Data Access Solutions Towards Data Governance Systems, in: Drexler, J. (ed.), Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, 2021, 441-476.