

Der Zugang zu Daten und die Machtregulierung

Wolfgang Kerber

(Philipps-Universität Marburg)

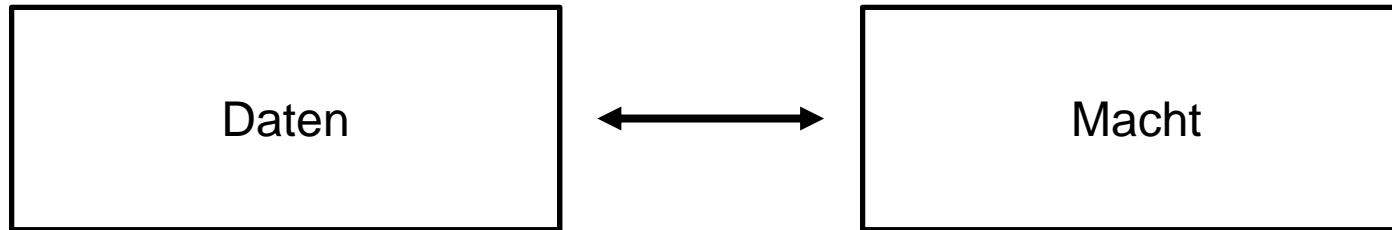
DatenTag im November 2019

Daten, Macht und Monopole

Stiftung Datenschutz

Berlin, 26.11.2019

1. Einleitung



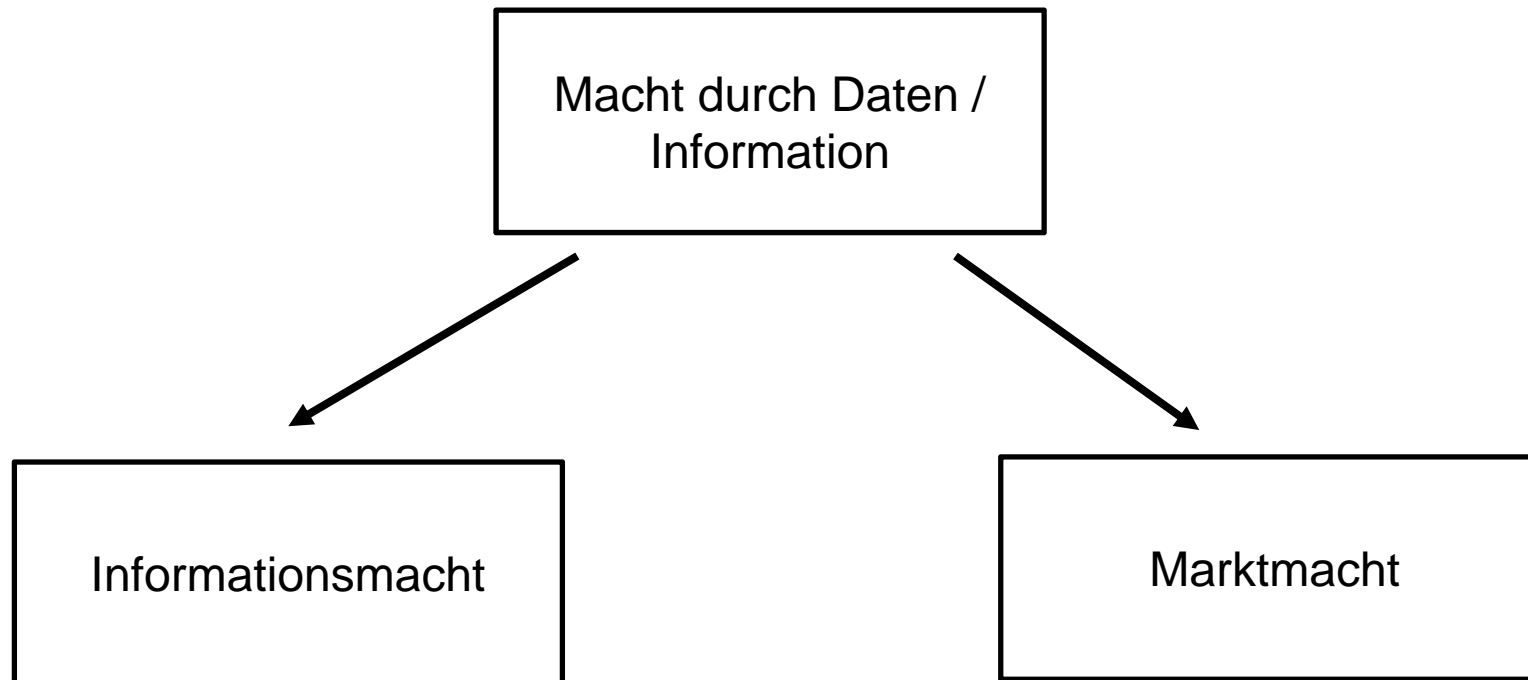
Studien zu Marktmacht, Wettbewerbsproblemen und Daten:

- D: Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker: Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen (September 2018)
- UK: Furman et al: Unlocking digital competition (März 2019)
- EU: Crémer/de Montjoye/Schweitzer: Competition policy for the digital era (April 2019)
- Australien: ACCC: Digital Platforms Inquiry. Final Report (Juli 2019)
- D: Kommission Wettbewerbsrecht 4.0: Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft (September 2019)
- D: Gutachten der Datenethikkommission (November 2019)

Gliederung

1. Einleitung
2. Daten und Macht
3. Daten und Innovation
4. "Daten für alle"? Zur Komplexität von Datenzugang, Datenteilung und Datengovernance
5. Datenzugangsregeln im Vorschlag zur 10. GWB-Novelle
6. Weitere Vorschläge für Datenzugang und Datengovernance

2. Daten und Macht



2.1 Daten als Grundlage von Informationsmacht

- Digitalunt. sammeln immer mehr Daten über Personen, um immer differenziertere Konsumentenprofile anzulegen
 - + über direkte (monetär kostenlose) Services: "Daten als Gegenleistung"
 - + über dritte Webseiten, trackers etc. (ACCC report: Facebook, Google)
- => steigende Asymmetrie der Informationsverteilung zw. Unt und Kons.
- Marktversagen: durch Informationsasymmetrien / Rationalitätsprobleme
 - + Intransparenz über Ausmaß von Sammlung/Verwendung von Daten, so dass unklar ist, ob wohlinformierte rationale Einwilligung zur Weitergabe von Daten ("privacy paradox"-Diskussion)
 - + viele Plattformen sind gleichzeitig Informationsintermediäre: Gefahr von Informations- und Verhaltensmanipulation, bspw. auch durch verzerrte "ratings / rankings" (US: Stigler report: "dark patterns")
- Kann Verbraucher- und Datenschutzrecht Konsumenten genügend vor Informations(manipulations)macht und einer exzessiven Sammlung von Daten schützen?

2.2 Daten als Grundlage von Marktmacht (1)

- Aktuelle Studien zu Wettbewerb in digitaler Ökonomie diagnostizieren gravierende Marktmachtprobleme, insbes. auf Plattformmärkten, mit negativen Wirkungen auf Wettbewerb und Innovation
- Alle Studien einig über Erklärungsursachen:
 - + direkte/indirekte Netzwerkeffekte von Plattformen, die zur Konzentration und Kippen ("Tipping") in monopolartige Strukturen führen können
 - + etablierte Unt. haben große Vorteile durch Daten und Verbundvorteile, da sie auch für andere Märkte wertvoll sind (konglomerate Effekte)
 - + ACCC report: insbes. Google / Facebook haben kaum mehr einholbare Vorteile bzgl. Daten
- Folge: kaum mehr angreifbare, persistente Marktmachtstellungen ("entrenched market power"), zusätzlich abgesichert durch:
 - + Aufkauf von neuen, potentiellen Wettbewerbern ("killer acquisitions")
 - + Überlegenheit bei Datenanalytik, Künstliche Intelligenz, Algorithmen

2.2 Daten als Grundlage von Marktmacht (2)

- Verfügung über Daten kann auch benutzt werden, um Marktmacht auf vor- und nachgelagerte (oder komplementäre) Märkte zu übertragen, bspw. durch Selbstbegünstigung oder andere Strategien
- Und: Marktmacht durch Daten auch unabhängig von digitalen Plattformen und dem "Tipping"-Problem möglich, wenn Unternehmen eine exklusive Kontrolle über bestimmte Arten von Daten gewinnen
- "Intermediationsmacht":
Da viele Plattformen auch Informationsintermediäre sind, Gefahr der Kombination von traditioneller Marktmacht und Informationsmacht
 - + ökonomisch: simultane Existenz von zwei Arten des Marktversagens
 - + Frage, ob sich beide Arten des Marktversagens wechselseitig verstärken (hier mehr Forschung notwendig)

3. Daten und Innovation

Daten als Input für Innovationen (OECD 2015: Data-driven Innovation)

- Daten notwendig für neue Produkte und Services etc.; große Datensets notwendig für KI-Anwendungen, insbes. auch Trainieren von Algorithmen

Innovationspolitik: Wie mehr Zugang zu Daten für Innovationen?

- Open data: Zugänglichmachen von Datenbeständen für Innovatoren
- Öffnung von staatlich gehaltenen Daten
- Öffnung von privat gehaltenen Daten
 - + Förderung des freiwilligen Teilens von Daten / Datenhandels
 - + Datenteilungspflichten? (z.B. anonymisierte Datensets für KI-Anw.)
- Probleme: + Anreize für Datengenerierung?
 - + Datenschutz (sichere Anonymisierung sehr schwierig)?
- Beispiel: Zweite Zahlungsdienste-RL: Öffnung von Bankkontendaten für Markteintritt neuer Finanzdienstleister (Fintech, Open Banking)
=> primär innovationspolitisch motiviert

4. "Daten für alle"? Zur Komplexität von Datenzugang, Datenteilung und Datengovernance (1)

- Vorschlag "Daten für alle"-Gesetz:
 - + Problem: große Datenmengen haben nur große Digitalunternehmen
 - + Grundidee: Aufbrechen von "Datenmonopolen" durch eine Datenteilungspflicht für marktdominante Untern. (anonymisierte Datensätze)
 - => Kombination von Vorteilen für Machtbegrenzung und Innovation!
- Ökon. Analysen von Argenton/Prüfer (2012), Prüfer/Schottmüller (2017)
 - + Bsp. Suchmaschinen: steigende Nutzerzahlen/Nutzerdaten => geringere Innovationskosten => größte Suchmaschine gewinnt dauerhaften Vorsprung => "Tipping" zum Monopol => geringere Innovationsanreize
 - + durch Datenteilungspflicht mit kleineren Suchmaschinen können auf Dauer größere Innovationsanreize erhalten bleiben
- Mayer-Schönberger/Ramge (2018): progressive Datenteilungspflicht (je höher Marktanteil, desto mehr Daten sind anderen zugänglich zu machen)

4. "Daten für alle"? Zur Komplexität von Datenzugang, Datenteilung und Datengovernance (2)

- Allgemeiner: große "marktmächtige" Unternehmen sollen ihre (anonymisierten) Daten mit kleineren Wettbewerbern teilen
- Problem: Marktmacht / Marktanteile bezogen auf einen konkreten Markt
 - + Markt nicht einfach zu bestimmen, ab welchen Marktanteilen?
 - + wer soll Zugang bekommen? Unt. mit kleineren Marktanteilen, neu eintretende Unt., die Allgemeinheit?
 - + damit Zugang auch für andere große Unternehmen / Digitalkonzerne?
- Zentrale Frage: Für welche Märkte kann dies sinnvoll sein?
 - + bei Prüfer sehr speziell definierte Märkte (Nutzerdaten, Plattformen)
 - + bei anderen Märkten sehr unklar, ob Datenteilungspflicht zwischen Wettbewerbern zu mehr Wettbewerb und Innovation führt

4. "Daten für alle"? Zur Komplexität von Datenzugang, Datenteilung und Datengovernance (3)

Andere Fallgruppe: digitale Ökosysteme ("smarte Geräte" / IoT)

- Beispiel 1: "smart agriculture": Landmaschinenhersteller / Landwirte
 - + Landmaschinen mit Fülle von Sensordaten unter der exklusiven Kontrolle der Maschinenhersteller, Zugangsprobleme für Landwirte
- Beispiel 2: Daten im vernetzten Auto
 - + „extended vehicle“ Konzept der Autohersteller: technisches Design führt zu einer exklusiven Kontrolle der Hersteller über Daten / Zugang zum Fahrzeug
 - + Zugangsprobleme für unabhängige Serviceanbieter auf komplementären Sekundärmärkten im Ökosystem vernetzten Fahrens mit Gefahr der Marktausschließung / Marktmachtübertragung mit der Folge von weniger Wettbewerb, Innovation und Auswahlfreiheit für Konsumenten
 - + aktuelle sehr kontroverse Diskussion über regulatorische Lösungen !
- Internet der Dinge (IoT): oft Konstellationen mit mehreren Stakeholdern, die an Generierung von Daten beteiligt sind bzw. diese Daten benötigen
 - => exklusive Kontrolle der Daten durch einen Akteur kann eine ökonomisch ineffiziente Datengovernance-Lösung sein

4. "Daten für alle"? Zur Komplexität von Datenzugang, Datenteilung und Datengovernance (4)

- Allgemeine Aussagen über Datenzugang/teilung sind schwierig
 - + spezifische Analyse für Sektoren-/Problembereiche notwendig
 - Wichtige Kriterien, die in Analyse und Abwägung eingehen sollten:
 - + Vorteile der Datenteilung für Innovation und Wettbewerb
 - + Anreizprobleme für Generierung von Daten? (hohe/niedrige Kosten?)
 - + Beteiligung an der Generierung von Daten
 - + aber: Kompatibilität mit Datenschutz, Geschäftsgeheimnisschutz etc.
 - + Kompensation für Datenzugang, Sicherheitsaspekte (insbes. Cybersicherheit)
 - + zentral: Differenzierung nach Art der Daten (Rohdaten, verarbeitete Daten, individuelle / aggregierte Daten, techn. Daten, Daten über Umwelt ...)
 - Noch grundsätzlicher: wer sollte überhaupt die Kontrolle über bestimmte Daten haben (bspw. Mobilität, Energie, Daten aus Smart City-Anwend.)?
- => geeignete Datengovernance-Systeme können sehr unterschiedlich sein bzgl. verschiedener Sektoren und Problembereiche

5. Datenzugangsregeln im Vorschlag zur GWB-Novelle (1)

- Inwieweit können Probleme der Datenmacht, des Datenzugangs und Datenteilung durch das Wettbewerbsrecht gelöst werden?
- Bereits in 9. GWB-Novelle: Einbeziehung der Besonderheiten von digitalen Plattformmärkten und Bedeutung von Daten, insbes. bei Feststellung von Marktbeherrschung (§ 18 (3a) GWB)
- Vorbereitung 10. GWB-Novelle (Koalitionsvertrag / Digitalisierung)
 - + Studie "Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen": mit spez. Fokus auf Datenmacht und Datenzugang
 - + andere Studien: EU-Studie, Furman report, Wettbewerbsrecht 4.0
- vorläufige Fassung des Referentenentwurfs (vom 7.10.2019)
 - + macht Erleichterung von Datenzugang zu einem Schwerpunkt für Bekämpfung von Marktmacht bzw. Förderung von Wettbewerb und Innovation

5. Datenzugangsregeln im Vorschlag zur GWB-Novelle (2)

Verweigerung des Zugangs zu Daten als missbräuchliche Verhaltensweise

- Bei einem marktbeherrschenden Unternehmen (§ 19 GWB):
 - + Verweigerung des Zugangs zu Daten kann jetzt bereits Missbrauch sein; dies soll weiter gestärkt werden mit expliziter Feststellung, dass Daten auch eine "wesentliche Einrichtung" sein können (neu formulierter § 19 (2) Nr.4 GWB)
 - + anwendbar bei digitalen Ökosystemen; schwierig für allgemeinen Zugang zu anonymisierten Datensets; kaum für Datenteilung mit direkten Wettbewerbern
- Bei einem Unternehmen mit "relativer Marktmacht" (§ 20 (1) GWB):
 - + wenn Unternehmen bilateral abhängig sind von einem anderen Unt, weil sie keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben
 - + Vorschlag der Abschaffung der Begrenzung auf KMU (in § 20 (1) GWB)
 - + Vorschlag der expliziten Klarstellung, dass eine Abhängigkeit auch darin bestehen kann, dass ein Unt. Zugang zu Daten benötigt, die ein anderes Unt. exklusiv kontrolliert (neu: § 20 (1a) GWB)
- in beiden Fällen: umfassende Abwägungen notwendig

5. Datenzugangsregeln im Vorschlag zur GWB-Novelle (3)

Vorschlag einer zusätzlichen neuen Missbrauchsaufsicht für Unternehmen mit "marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb" (neu: § 19a GWB):

- zielt speziell auf die großen digitalen Plattformen
- diesen Unt. kann das Bundeskartellamt bestimmte Strategien untersagen
 - + bzgl. Daten: Behinderungspraktiken durch Daten, Beschränkungen von Datenportabilität, Zugang zu Daten in "platform-to-business" Kontexten
 - + aber: keine zusätzliche generelle Erleichterung von Zugang zu Daten oder gar Datenteilungspflicht mit direkten Wettbewerbern

Vergleich zu anderen Vorschlägen:

- Furman report: geht wesentlich weiter, da dort eine neue regulierungsartige "digital market unit" für solche Unt auch direkt ex-ante Regeln setzen kann, insbes. auch in Bezug auf Datenzugang und "open data"
- Komm. Wettbewerbsrecht 4.0: Vorschlag einer direkten Plattformregulierung für marktbeherrschende Plattformen, insbes. auch bzgl. Ermöglichung von Datenportabilität von Nutzerdaten (auch in Echtzeit) und Interoperabilität mit Komplementärdiensten

6. Weitere Optionen für Datenzugang und Datengovernance

- Wettbewerbsrecht kann Lösungen bieten (insbes. durch GWB-Novelle), aber es bleibt letztlich beschränkt und ist nicht immer die beste Option
- sektorspezifische Regulierungslösungen: zunehmend empfohlen
 - + Zweite Zahlungsdienste-RL: Zugang zu Daten von Bankkonten: umfassende Branchenregulierung mit Einschaltung von Regulierungsbehörden (inkl. techn. Standardisierungen, Regulierung von Sicherheitsstandards, Datenschutz)
 - + naheliegend auch bzgl. Mobilitätsdaten (Daten im vernetzten Fahrzeug); hier bereits Kfz-Typenzulassungs-VO mit verpflichtendem Zugang zu techn. Infos und Diagnosedaten für Reparatur/Wartungs-DL: => ausweitbar auf weitere Daten, die notwendig sind für weitere Services im vernetzten Auto
 - + Komm. Wettbewerbsrecht 4.0: empfiehlt Rahmenrichtlinie der Kommission, um solche sektorspezifische Lösungen zu entwickeln (insbes. Recht, Dritten Zugang zu Nutzerkonto einzuräumen)
- Förderung von freiwilligen Lösungen für Datenteilung
 - + Erleichterung der kartellrechtlichen Freistellung von neuartigen Datenteilungs-koperationen (Vorschlag im Referentenentwurf)

6. Weitere Optionen für Datenzugang und Datengovernance

Regelungen, die die Datensouveränität der Individuen stärken und damit das Machtungleichgewicht vermindern

- allgemein: Durchsetzung des Datenschutzrechts stärken
- Datenportabilitätsrecht (Art. 20 DSGVO)
 - + für mehr Wettbewerb (zw. Plattformen) und Verminderung von Machtproblemen durch "lock-ins"; man kann andere Serviceanbietern Datenzugang geben
 - + aber: ungeklärte Rechtsfragen/geringe Praktikabilität/hohe Transaktionskosten
 - + Verbesserungen: z.B. Datenportabilität bei marktbeh. Unt. stärken (Wrecht 4.0)
- Datentreuhandlösungen: => sehr interessanter Ansatz
 - + "Personal information management services" (PIMS) als neue Datenintermediäre, die im Interesse der Individuen den Schutz der Privatsphäre und die Herausgabe von personenbez. Daten managen (inkl. stärkere Verhandlungsmacht gegenüber Digitalunternehmen)
 - + Entwicklung von innovativen Datenmanagement- und Datentreuhandlösungen (Komm Wettbewerbsrecht 4.0 / Datenethikkommission)