
Aufsätze

Prof. Dr. Torsten Körper, Göttingen*

„Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 1

Das Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht ist in aller Munde. Die zunehmende Bedeutung von Daten und die mutmaßliche Konzentration von Daten in den Händen bestimmter Unternehmen haben Ängste geweckt und in der Politik den Ruf nach einer Regulierung, jedenfalls aber nach einer kartellrechtlichen Kontrolle laut werden lassen. Der Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp, die laufenden EU-Verfahren gegen Google und die gerade aufgenommenen Ermittlungen des Bundeskartellamtes gegen Facebook haben in besonderem Maße die Frage nach der Rolle des Kartellrechts aufgeworfen. Der nachfolgende Beitrag spürt der Bedeutung von Daten und Datenschutz im Kartellrecht nach. Zunächst wird die Rolle von Daten in der Internetökonomie beleuchtet (I.). Es folgt eine Analyse der wettbewerblichen Relevanz von Daten für die Begründung von „Datenmacht“ bzw. Marktmacht (II.). Darauf aufbauend wird der Bogen zu kartellrechtlichen Missbrauchspraktiken „datenreicher“ Unternehmen geschlagen (III.) und schließlich – insbesondere mit Blick auf das laufende Kartellamtsverfahren gegen Facebook – das Verhältnis von Datenschutzrecht und Kartellrecht untersucht (IV.).

I. Die Rolle von Daten in der Internetökonomie

Daten haben in jüngerer Zeit eine hohe Bedeutung für „zweiseitige Geschäftsmodelle“ gewonnen, bei denen eine Plattform, z. B. eine Suchmaschine wie Google Search oder ein

soziales Netzwerk wie Facebook verschiedene Kundengruppen bedient, von denen nur die eine Seite (zumeist die Werbetreibenden) einen Geldpreis zahlt, während die anderen Nutzer dieser Dienste die ihnen gegenüber erbrachten Leistungen mit ihrer Aufmerksamkeit und/oder ihren Daten „bezahlen“. Dies ermöglicht innovative, kostengünstige Dienste, die vorher so nicht möglich waren (z. B. „kostenlose“ Internetsuche, Kartendienste oder Betriebssysteme), wirft aber zugleich die Frage nach dem „Dateneigentum“ und nach dem Wert der Daten als Wirtschaftsgüter und Machtfaktoren auf. Daten bzw. daraus gewonnene Erkenntnisse sind für Internetunternehmen, die solche mehrseitigen Geschäftsmodelle verfolgen, besonders wertvoll, obwohl natürlich auch jedes normale „brick and mortar business“ Informationen über seine Kunden benötigt und davon profitiert.¹

So eindeutig all dies im Grundsatz erscheint, so unklar und problematisch sind Begriffe wie „Daten“, „Dateneigentum“, „Datenmacht“ oder „Datenmissbrauch“, wenn man sich von der zumeist recht oberflächlichen und oft interessen- bzw.

* Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag beim 5. Göttinger Kartellrechtsgespräch am 22. Januar 2016. Er wurde vor Drucklegung aktualisiert und erweitert. Prof. Dr. Torsten Körper ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen und Mitherausgeber der NZKart.

1 Vgl. *Shelanski*, 161 U. Pa. L. Rev. 1663 2012-2013, S. 1678.

ideologiegeleiteten öffentlichen Diskussion löst und versucht, den Problematiken im Detail auf den Grund zu gehen.

1. Datenbegriff

Schon der Datenbegriff bedarf der Differenzierung. Versteht man ihn weit, so ist letztlich jede Information ein Datum. Doch ist Datum nicht gleich Datum. Zu unterscheiden sind z. B. Bestands-, Verkehrs- und Nutzerdaten, personenbezogene und nicht personenbezogene Daten, individualisierte, pseudonymisierte oder anonymisierte Daten, mehr oder weniger wertvolle, junge oder alte Daten, Daten, die freiwillig vom Nutzer geliefert werden (z. B. bei seiner Registrierung für einen bestimmten Dienst, beim Klicken eines Like-Buttons oder bei der Erstellung einer eigenen Facebook-Seite) und solche, die in erster Linie – regelmäßig automatisiert – von den Dienstleistern selbst erstellt werden (z. B. Nutzungs- oder Bewegungsprofile mittels Internet-Logs, Cookies etc.).² All diese Kategorien sind ihrerseits nicht „schwarz-weiß“, sondern weisen erhebliche Übergänge zueinander und Grauzonen auf.

Den „Markt für Daten“ gibt es daher ebenso wenig wie es den „Markt für Rohstoffe“ gibt. Ob und ggf. welchen Wert Daten haben, hängt maßgeblich von dem konkreten Markt ab, auf dem sie gehandelt werden oder für den sie aus anderen Gründen ökonomisch relevant sind.

Der Datenschutz i. e. S. befasst sich demgegenüber regelmäßig nur mit dem Schutz „personenbezogener Daten“ natürlicher Personen. Nach Art. 4 Nr. 1 der EU-Datenschutzgrundverordnung 2016/679 (DSGVO)³ bezeichnet der Ausdruck

„personenbezogene Daten“ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann“.

2. „Dateneigentum“ (Verfügungsbefugnis über Daten)

Nicht nur der Datenbegriff schillert in unzähligen Facetten. Weitgehend ungeklärt ist auch, wem welche Daten (und ggf. bis zu welchem Grade) gehören.⁴ Als „Dateneigentümer“ (oder besser: Verfügungsbefugte über Daten) kommen nämlich entgegen verbreiteter Vorstellung nicht nur die Internetnutzer in Betracht, über die ein Datum (etwa Ort des Internetzugriffs, Suchinteressen etc.) Auskunft gibt und die deshalb Schutzsubjekte des Datenschutzrechts (als Abwehrrecht) sind, wenn es sich bei ihnen um natürliche Personen handelt.⁵ Verfügungsbefugte über Daten i. S. d. § 202 a StGB (Ausspähen von Daten) ist nach dem Gesetz z. B. regelmäßig derjenige, der die Daten gespeichert hat oder auf dessen Veranlassung die Speicherung erfolgt ist (d. h. z. B. der Diensteanbieter).⁶ Weitere Akteure, etwa Telekommunikationsunternehmen, welche die Daten (mit)erfassen und übermitteln oder Anbieter von Softwareprogrammen, welche (ggf. urheberrechtliche geschützte) Anteile an der Generierung bestimmter Daten haben,⁷ können als potentiell Mitberechtigten hinzutreten. Aus rechtlicher wie ökonomischer Sicht spricht Vieles dafür, den Wert einer Information jedenfalls nicht allein demjenigen zuzuweisen, über den die Information bzw. das ihr zugrundeliegende Rohdatum Auskunft gibt, sondern zumindest teilweise auch demjenigen, der aus den Rohdaten

durch Verknüpfung mit anderen Daten und Datenverarbeitung kommerziell wertvolle Erkenntnisse gewonnen hat.

Insoweit ist eine Vielzahl von Fallkonstellationen und Lösungsvarianten denkbar. Als problematisch erscheint im ersten Zugriff insbesondere, wie der angemessene Anteil der Nutzer an der datenbezogenen Wertschöpfung erfasst werden kann, ohne deren Internetverhalten einer gutgemeinten, im Ergebnis aber freiheitsbeschränkend wirkenden „Totalüberwachung“ zu unterwerfen. Die einfachste, beste und (was oft übersehen wird) bereits praktizierte Lösung für eine angemessene Beteiligung der Nutzer ohne eine Totalüberwachung ist natürlich ein Interessenausgleich über den Markt: Es wird den informierten Nutzern überlassen, ob und welche Daten sie preisgeben, um im Austausch dafür die begehrten, „kostenfreien“, aber keineswegs wertlosen Dienste zu erhalten.⁸

3. Die ökonomische Bedeutung von Daten

Daten, insbesondere auch personenbezogenen Daten, kommt, wie bereits skizziert wurde, aus ökonomischer Sicht gerade für die Internetwirtschaft eine herausragende Bedeutung zu. Dabei sind (mindestens) drei Facetten zu unterscheiden:

Erstens können Daten (wie andere Güter auch) Marktgegenstände sein. Sie sind das „Hauptprodukt“ auf Märkten, auf denen mit Daten gehandelt wird. So gibt es Unternehmen, die sich auf das Sammeln und Auswerten von Daten als Dienstleister für Dritte spezialisiert haben, denen sie diese Daten in aufbereiteter Form „verkaufen“, z. B. Markt- und Meinungsforschungsunternehmen.⁹

Zweitens sind Daten zu einer Art „Währung des Internet“ geworden.¹⁰ Unternehmen, die mehrseitige Geschäftsmodelle verfolgen (etwa Internetsuche oder soziale Netzwerke) bieten ihre Dienste auf mindestens einer Seite ohne monetären Preis an, sammeln dafür aber Nutzerdaten, um auf deren Grundlage andere Dienstleistungen zu optimieren. Scheinbar kostenfreie Internetdienste erweisen sich insoweit als eine Art Tauschgeschäft „Daten gegen Daten“. Der Nutzer einer Suchmaschine begehrt Informationen, die für ihn wertvoll sind (Suchanfrage: „Seit wann gibt es Pizza?“), und im Gegenzug liefert er andere Informationen über sich (etwa die IP-Adresse, aus der u. a. sein Standort ermittelt werden kann) und seine Interessen, die für den Betreiber der Suchmaschine oder des sozialen Netzwerks wertvoll sind (der Nutzer interessiert sich für Pizza).

Drittens und vor allem sind Daten mithin auch eine wertvolle Ressource.¹¹ Daten können dazu beitragen, die angebotenen Dienste auf allen Marktseiten zu optimieren und damit

2 Hierzu auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 74 ff.

3 ABl. 2016, L 119/1.

4 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 88.

5 Eingehend und differenziert zu dieser Problematik, *Zech*, GRUR 2015, 1151, 1154, der deutlich macht, dass noch nicht einmal das Datenschutzrecht selbst eine solche ausschließliche Zuweisung des Datennutzungsrechts an seine Schutzsubjekte vornimmt.

6 Vgl. z. B. Schönke/Schröder/Eisele/Lenckner StGB, 29. Aufl. 2014, § 202 a Rdnr. 9.

7 Z. B. der Urheber einer Datenbank, welche die Rohdaten aufarbeitet oder eines Spielprogramms wie „World of Warcraft“, welches dem Nutzer die Werkzeuge und Bestandteile für die Erstellung von Avataren und deren Ausstattung zur Verfügung stellt.

8 Zu den insoweit möglicherweise aufgrund von Informationsasymmetrien auftretenden Problemen s. unten III.1. und IV.5.

9 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 73.

10 So schon Körper, WRP 2012, 761, 764; Hoeren, WuW 2013, 463; Geradin/Kuschewsky, Competition Law and Personal Data, <http://ssrn.com/abstract=2216088>, S. 5.

11 Vgl. Geradin/Kuschewsky (Fn. 10), S. 4.

letztlich mittelbar auch monetäre Einnahmen zu generieren. Erhebung und Aufbereitung von Nutzerdaten ermöglicht es Unternehmen wie Google oder Facebook *einerseits*, auf der Nutzerseite die Qualität von Diensten (z. B. der Internetsuche) zu verbessern oder bestimmte innovative Dienste überhaupt erst anzubieten.¹² Wer sich in Göttingen aufhält und einen „Zahnarzt“ sucht, dem ist z. B. mit Arzt-Adressen in Göttingen regelmäßig besser gedient als mit solchen in Los Angeles, und ein Autoliebhaber wird sich bei der Suchanfrage „Jaguar“ ganz andere Ergebnisse wünschen als ein Tierfreund. *Andererseits* ermöglicht die Kenntnis von Standortdaten, Interessen und anderen Eigenschaften der Nutzer auf der Werbeseite des Marktes die Schaltung zielgenauerer Werbung und damit ebenfalls eine höhere Dienstqualität. Dies ist natürlich in erster Linie für die Werbekunden von Internetplattformen wie Google Search oder Facebook von Vorteil. Aber auch der Nutzer profitiert davon; nicht nur, weil er seinen Interessen entsprechende und damit willkommene oder jedenfalls weniger störende Werbung angezeigt bekommt, sondern vor allem deshalb, weil über die Werbeseite des Marktes die Dienste auf der Suchseite finanziert werden, für die er sonst einen Geldpreis zahlen müsste.¹³ Irgendwie muss schließlich auch der Betreiber einer Suchmaschine oder eines sozialen Netzwerks Geld verdienen, was in der öffentlichen Debatte leider oft übersehen wird.

Das Potential von Daten zur Förderung der Dienstqualität ist auf den mehrseitigen Märkten der Datenökonomie des Internet auch wettbewerblich besonders wichtig, weil auf diesen Märkten die Rolle des normalerweise im Vordergrund stehenden Preiswettbewerbs zurücktritt: Bei der Internetsuche findet z. B. auf der Suchseite definitionsgemäß kein Preiswettbewerb statt. Entscheidend sind vielmehr die Faktoren Qualität und Innovation. Das bedeutet zugleich, dass geringe Qualität nicht (wie auf traditionellen Märkten, etwa den Märkten für Pkw oder Smartphones) durch einen geringeren Geldpreis kompensiert werden kann. Und selbst wenn man die Menge der erhobenen Daten als „Preis“ ansehen wollte, würde sich dieser Befund nicht wesentlich ändern, da die Nutzer offensichtlich nicht bereit sind, eine schlechtere Qualität hinzunehmen, nur, weil der Anbieter eines Dienstes dafür im Gegenzug weniger Daten erhebt. Am Markt beworbene „Datensparlichkeit“ hat weder den VZ-Netzwerken im Wettbewerb mit Facebook noch der Suchmaschine DuckDuckGo im Wettbewerb mit Google geholfen. Diese Besonderheiten haben die – auf den ersten Blick paradoxe – Konsequenz, dass die Kunden auf Märkten der „Kostenlos-Kultur“ des Internet tendenziell strengere Maßstäbe an die Produkt- und Dienstqualität anlegen als auf monetären Märkten.¹⁴ Und schließlich ist auch auf der Werbeseite die Relevanz des Preiswettbewerbs eingeschränkt, weil diese Marktseite durch Netzeffekte eng mit der Suchseite verbunden ist und von der Suchseite abhängt. Eine erfolgreiche Suchseite sichert größtmögliche Aufmerksamkeit und trägt gleichzeitig dazu bei, die Zielgenauigkeit der Werbung zu verbessern.

Wettbewerblich ist die Situation mithin ambivalent: Auf der einen Seite kann der Zugriff auf die Ressource „Daten“ die Konsumentenwohlfahrt steigern. Andererseits stellt sich die Frage, inwieweit die Konzentration vieler Daten und in Händen weniger Unternehmen den Wettbewerb beeinträchtigen und Machtmissbräuchen Vorschub leisten kann.¹⁵ Daten sind auf den mehrseitigen Märkten des Internet ein besonders wichtiger „Wettbewerbsfaktor“ und damit möglicherweise auch ein „Machtfaktor“.¹⁶ Spätestens an dieser Stelle kommt das Kartellrecht und damit unsere Ausgangsfrage ins Spiel: Ist bzw. begründet Wissen Marktmacht?

II. Daten als Wettbewerbs- und Machtfaktor in der Internetökonomie

1. „Datenmacht“ und Marktmacht

Fragt man, wie Marktmacht in der Internetökonomie kartellrechtlich bestimmt werden kann, so stößt man in der öffentlichen Debatte häufig auf „Milchmädchenrechnungen“ nach dem Muster: „Google hat 90 % Marktanteil auf dem Suchmarkt, also verfügt Google auch über 90 % der Daten. Daten sind ein Machtfaktor, also ist Google aufgrund seiner Datenmacht marktbeherrschend und muss reguliert oder sogar zerschlagen werden“. Eine solche Rechnung greift zu kurz, weil sie eine Reihe von Konstanten unterstellt, wo in der Realität nur vage und zudem kaum erforschte Variablen existieren. So ist z. B. umstritten, ob es überhaupt einen „Suchmarkt“ gibt und wie dieser definiert wird. Den „Suchmarkt“, der in der Presse und wohl auch von der EU-Kommission im Rahmen ihrer Ermittlungen gegen Google¹⁷ beschrieben wird, gibt es in der Realität des Internet gar nicht bzw. es handelt sich jedenfalls nicht um einen Markt im kartellrechtlichen Sinne. Dies wurde ebenso wie die Unmöglichkeit einer ex ante-Regulierung der Internetsuche und die Unangemessenheit einer „Zerschlagung“ von Unternehmen wie Google oder Facebook bereits an anderer Stelle erörtert.¹⁸ Aber auch Schlüsse von der Datenmenge eines Unternehmens auf „Datenmacht“ oder von „Datenmacht“ auf Marktmacht greifen zu kurz.

2. Viele Daten = viel Macht?

Die öffentliche Diskussion über „Datenmacht“ ist häufig auf die reine Datenmenge fokussiert. Es entsteht der Eindruck, es gelte die einfache Formel „Viele Daten = viel Macht“. Schon die obigen Betrachtungen zum Datenbegriff haben demgegenüber deutlich gemacht, dass eine solche, rein quantitative Betrachtung unzureichend ist. Es kann schon angesichts der Vielfalt der Daten und ihrer Einsatzmöglichkeiten (und der entsprechenden Bedarfe) ganz offensichtlich nicht allein auf die schiere Masse an (irgendwelchen) Daten ankommen, über die ein Unternehmen verfügt. Vielmehr sind auch die Art und Qualität der Daten, ihre Relevanz in Bezug auf die konkret betroffenen Märkte sowie die mit den Daten verfolgten Zwecke in die Betrachtung einzubeziehen.¹⁹ Nicht alle Daten sind für jeden Dienst oder jeden Zweck gleich wertvoll oder überhaupt von Wert. Zudem verlieren Daten oft mit der Zeit an Wert: Was einen Nutzer 2014 interessiert hat, spielt 2016 möglicherweise schon keine Rolle mehr. Hinzu kommt, dass z. B. Online-Händler wie Amazon, vor allem aber Banken und Kreditkartenunternehmen über wesentlich bessere und damit wertvollere Daten hinsichtlich unserer Kaufpräferenzen verfügen als z. B. die in der Öffentlichkeit mit „Datenmacht“ assoziierten Suchmaschinen. Die Kommission hat dazu im Verfahren *Google/DoubleClick* zu Recht ausgeführt:

12 Weber, ZWeR 2014, 169, 171.

13 Vgl. Geradin/Kuschewsky (Fn. 10), S. 3.

14 Geradin/Kuschewsky (Fn. 10), S. 3f. Dass es sich bei diesen Märkten trotz Unentgeltlichkeit um Märkte i.S.d. GWB handelt, soll durch den neuen § 18 Abs 2a GWB klargestellt werden.

15 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 161 ff. zur Datenkonzentration.

16 Monopolkommission, Hauptgutachten 20, 2012/2013, Tz. 20 ff.; vgl. Newman, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, No. 3, 2014, 401, 420 f.; Shelanski, 161 U. Pa. L. Rev. 1663 2012-2013, 1663, 1679 ff.

17 Vgl. KOMM., Pressemitteilungen IP/15/4780 vom 15.4.2015 und IP/16/1492 vom 20.4.2016.

18 Dazu Körper, NZKart 2015, 415, 417.

19 Vgl. Weber, ZWeR 2014, 169, 173.

„Der Wettbewerb um die Qualität der gesammelten Daten wird daher nicht nur durch den schieren Umfang der jeweiligen Datenbank bestimmt, sondern auch von den verschiedenen Arten von Daten, auf die die Wettbewerber Zugriff haben, und die Frage, welche dieser Arten sich als die nützlichste für die Zwecke der Internetwerbung erweisen wird.“²⁰

Mehr Daten können, wie oben ausgeführt wurde, dazu beitragen, bessere Produkte zu liefern als die Wettbewerber. Aber mehr Daten sind nicht immer zwangsläufig besser. Auch hierbei handelt es sich um eine Gradfrage. So verursacht die Speicherung und Verarbeitung von Daten Kosten. Es erscheint nicht fernliegend, dass sich die Gewinnung und Verarbeitung weiterer Daten ab einer bestimmten Datenmenge nicht mehr lohnt, weil der Qualitätsgewinn im Verhältnis zum erforderlichen Aufwand zu gering wird.²¹ Ökonomen würden hier von abnehmenden Grenzerträgen sprechen. Schließlich müssen alte oder redundante Daten ständig aussortiert werden, weil ein Zuviel an alten oder „schlechten“ Daten die Dienstqualität verschlechtern würde.

3. Qualität von Datenbanken, Algorithmen und Diensten

Fragt man nach dem „Datenreichtum“ von Unternehmen und der daraus möglicherweise ableitbaren Marktmacht, so ist ferner nicht nur der „Rohstoff Daten“ ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, was die Unternehmen daraus machen. Wertvoll sind letztlich weniger die „Rohdaten“ als die aus ihnen aufgebauten Datenbanken und gewonnenen Informationen und Erkenntnisse. Die Erkenntnisqualität hängt aber nicht nur von der Datenmenge, sondern ganz wesentlich auch von der Qualität der Datenverarbeitungsalgorithmen ab.²² Letztlich entscheidend für den Markterfolg und damit ggf. auch für die Marktmacht von Unternehmen ist aber die Qualität und Durchsetzungsfähigkeit der mithilfe der Daten angebotenen Dienste. Dies musste z. B. auch Google erfahren, dessen soziales Netzwerk „Google+“ sich nicht gegen Facebook durchsetzen konnte, obwohl Google sicher nicht unter „Datenarmut“ leidet.

4. Daten als sich nicht-abnutzende und nicht-ausschließliche Güter

Schließlich verbietet sich ein „Kurzschluss“ nach dem Muster „Viele Daten = viel Macht“ auch deshalb, weil Daten im Vergleich zu anderen Ressourcen Besonderheiten aufweisen: *Einerseits* verlieren zwar auch Daten mit der Zeit an Wert, aber sie nutzen sich – anders als die meisten physischen Ressourcen – durch ihren Gebrauch nicht unmittelbar ab. Sie werden durch ihre Nutzung regelmäßig nicht verbraucht. Dasselbe Datum kann – von demselben oder verschiedenen Unternehmen – grundsätzlich immer wieder verwendet werden.²³ *Andererseits* und vor allem handelt es sich bei Daten ihrer Natur nach (anders als z. B. bei Patenten, Urheberrechten oder Geschäftsgeheimnissen, um die es z. B. im *Microsoft-Verfahren* ging) um nicht-ausschließliche Güter. Dass Unternehmen A über ein Datum verfügt, hindert Unternehmen B grundsätzlich nicht daran, dasselbe Datum oder vergleichbare Daten zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen.

5. Zwischenfazit

In der Summe erweist sich die Bestimmung von „Datenmacht“ und die Ableitung von Marktmacht daraus als ein überaus komplexes Unterfangen. Kurzschlüsse – etwa von Marktanteilen oder gar Reichweiten (reach)²⁴ – auf „Datenmacht“ oder Marktmacht von Unternehmen verbieten sich ebenso wie eine rein quantitative Betrachtung.

In der Internetökonomie existieren hinsichtlich der Relevanz von Daten aus ökonomischer wie juristischer Sicht noch viele Unbekannte. Es ist dringend „Grundlagenforschung“ erforderlich, bevor durch vorschnelle Eingriffe in neuartige Märkte, die man gerade erst zu verstehen beginnt, möglicherweise mehr Schaden angerichtet als Nutzen gestiftet wird.

Der Begriff „Datenmacht“ ist vor diesem Hintergrund kein juristischer Terminus, sondern eher ein politischer Begriff. „Datenmacht“ eines Unternehmens allein (wie auch immer man diesen Begriff definiert) würde nicht zwingend zu Marktmacht führen. Daten (bzw. eigentlich: die daraus gewonnenen Informationen und Erkenntnisse) sind eine wichtige Ressource der Internetökonomie. Daher kann „Datenreichtum“ oder ein privilegierter Zugang zu Daten (wie bei anderen Ressourcen auch) im Rahmen einer wettbewerblichen Gesamtbetrachtung ein wichtiger Faktor (unter mehreren) sein, der für die Annahme von Marktmacht in die Waagschale fällt. Eine diesbezügliche Klarstellung soll durch den neuen § 18 Abs. 3a GWB („Zugang zu Daten“ als neues Kriterium) erfolgen.

Allerdings ist selbst festgestellte Marktmacht kartellrechtlich nicht verboten (und dementsprechend ist es „Datenmacht“ als bloßer Faktor für deren Bestimmung erst recht nicht). Die Feststellung, dass ein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, bedeutet nur, dass es überhaupt Adressat der kartellrechtlichen Missbrauchsverbote ist, nicht aber, dass es diese verletzt hat. Für ein Verbot oder gar Bußgeld auf der Basis des § 19 GWB bzw. des Art. 102 AEUV bedarf es zusätzlich eines Missbrauchsverhaltens im Sinne eines Ausbeutungs- oder Behinderungsmisbrauchs. Und bevor eine ex ante-Regulierung überhaupt erwogen werden kann, muss nicht nur ein Marktversagen festgestellt werden, sondern auch deutlich geworden sein, dass eine Anwendung des Kartellrechts für die Korrektur dieses Marktversagens unzureichend ist.²⁵

III. Datenbezogener Machtmissbrauch

Literatur und Praxis zum Verhältnis von Kartellrecht zum Datenschutz(recht) sind derzeit noch recht überschaubar. Aus der Praxis sind insbesondere die auf beiden Seiten des Atlantik erfolgten Untersuchungen der Zusammenschlüsse *Google/DoubleClick*²⁶ und *Facebook/WhatsApp*²⁷ sowie die Ermittlungen der Kommission gegen Google in Bezug auf die

20 KOMM., 11.3.2008, M.4731 – *Google/DoubleClick*, Tz. 273.

21 A.A. wohl *Newman*, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 30, No. 3, 2014, S. 421 und 424.

22 Vgl. *Weber*, *ZWeR* 2014, 169, 173.

23 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 65. Es ist natürlich auch denkbar, dass bestimmte Daten exklusiv einem bestimmten Unternehmen überlassen werden.

24 Die Reichweite eines Dienstes (reach) drückt den Anteil der Nutzer aus, die ihn verwenden. Da es den Nutzern freisteht, mehrere Dienste parallel zu nutzen (sog. „multi-homing“), können die addierten Reichweiten konkurrierender Unternehmen weit über 100 % liegen. Z. B. haben ARD und ZDF als TV-Sender in Deutschland jeweils vermutlich eine Reichweite von an die 100 %, ohne dass sich daraus irgendwelche Schlüsse auf Marktmacht oder gar auf ein Monopol ziehen ließen.

25 Als Maßstab bietet sich insoweit der sog. „Drei-Kriterien-Test“ des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG an: „Für eine Regulierung [...] kommen Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken“.

26 Vgl. KOMM., 11.3.2008, M.4731 – *Google/DoubleClick*; FTC, 11.12.2007, File No. 071-0170 – *Google/DoubleClick* (https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googlecd-commstmt.pdf).

27 Vgl. KOMM., 3.10.2014, M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

Internetsuche bzw. Google Shopping²⁸ und Android²⁹ und die Ermittlungen des Bundeskartellamtes gegen Facebook³⁰ zu nennen. Im Zusammenhang mit diesen Verfahren ist auch immer wieder die Forderung nach einem Einsatz kartellrechtlicher Instrumentarien zum Schutz der Nutzerdaten erhoben worden. In jüngerer Zeit hat sich auch die Monopolkommission in ihrem 20. Hauptgutachten 2012/2013 und im Sondergutachten 68 aus dem Jahre 2015 mit der Frage des datenbezogenen Machtmissbrauchs befasst.³¹

Bis dato wurden diese Aspekte zumeist nur in Bezug auf Werbemärkte untersucht.³² Die zweiseitigen Geschäftsmodelle des Internet gebieten jedoch eine Einbeziehung aller Marktseiten, weil eine Fokussierung allein auf die Werbeseite die Wettbewerbsverhältnisse nicht korrekt erfassen würde.³³ So begründet es z. B. bei der Internetsuche weder eine Kampfpreisunterbietung, dass die Suche kostenlos ist, noch stellt es einen Preissmissbrauch dar, dass die Werbeseite zusagen zur „Quersubventionierung“ der Suchseite herangezogen wird. Dieses besondere Preissystem ist vielmehr Ausdruck eines innovativen legalen Geschäftsmodells.³⁴

1. Durch Art. 102 AEUV verbotene Ausbeutung der Internetnutzer?

In der Literatur³⁵ und Praxis³⁶ finden sich Stimmen, die einen Ausbeutungsmissbrauch der Internetnutzer durch Unternehmen wie Google oder Facebook nahelegen. Diese Vorwürfe basieren regelmäßig auf drei – für sich genommen bis zu einem gewissen Grade zutreffenden – Prämissen: *erstens*, dass die Nutzerdaten einen ökonomischen Wert haben, *zweitens*, dass die Nutzer mit diesen Daten die scheinbar kostenfreien Dienste vergüten, und *drittens*, dass die Nutzer sich dessen oft gar nicht bewusst sind bzw. jedenfalls nicht wissen, was ihre Daten wert sind, dass also Informationsasymmetrien bestehen, die von den Unternehmen ausgenutzt werden könnten. Daraus wird dann teilweise gefolgert, dass die Nutzer keine vollwertige Gegenleistung für ihre wertvollen Daten erhielten. Es liege mithin ein Preis- bzw. Konditionenmissbrauch vor.³⁷

Dieser Aspekt bedarf indes einer differenzierten Betrachtung: *Einerseits* erscheint es in der Tat nicht ausgeschlossen, dass Informationsasymmetrien zu einer Ausbeutung führen *könnten*. *Andererseits* muss dies aber in der Praxis sorgfältig geprüft und vor allem auch bewiesen werden. Ein solcher Nachweis ist bisher aber nicht überzeugend geführt worden. Bereits die These vom „unwissenden Internetnutzer“ erscheint heutzutage viel zu pauschal. Es ist eher wahrscheinlich, dass die meisten Nutzer wissen, dass es auch im Internet nichts geschenkt gibt und dass sie Daten preisgeben. Die Zahl der völlig unkundigen Nutzer, für welche das Internet auch im Jahre 2016 noch „Neuland“ ist, dürfte – auch im Lichte der intensiven öffentlichen Debatten – immer geringer werden.

Des Weiteren ist keineswegs bewiesen, sondern wird üblicherweise nur behauptet, dass die Daten der Kunden deutlich wertvoller sind als die von den Unternehmen erbrachten Dienste. Dabei wird in der öffentlichen Debatte *einerseits* oft übersehen, dass auch die werbefinanzierten Dienste für den Nutzer einen unter Umständen erheblichen Wert haben. Wer beruflich kostenpflichtige Datenbanken nutzt, mag abschätzen können, welchen Wert die monetär kostenfreien Suchdienste von Google, Yahoo!, Bing oder DuckDuckGo haben. *Andererseits* besteht das Problem, dass sowohl hinsichtlich des Wertes der Nutzerdaten (und der Verfügungsbefugnis darüber)³⁸ als auch hinsichtlich des Wertes der werbefinanzierten Internetdienste große Unsicherheit besteht.

Allerdings gibt es Indizien, die insoweit gewisse Rückschlüsse erlauben. So existieren Märkte, auf denen kostenpflichtige Angebote mit kostenfreien, werbefinanzierten (und damit letztlich auch auf Datenerhebung und -verarbeitung basierenden) Produkten konkurrieren. Nach einer aktuellen Untersuchung dominieren z. B. in Apples App Store kostenlose, werbefinanzierte Apps mit einem Anteil von 73%; und das, obwohl die werbefreie Kaufversion regelmäßig nur wenige Euro kostet. In die gleiche Richtung deuten Beobachtungen auf anderen Märkten – etwa bei der Konkurrenz von kostenpflichtigen und kostenlosen Kartendiensten, Kommunikationsdiensten oder E-maildiensten.³⁹ Man kann darin natürlich auch einen Ausdruck von Informationsasymmetrien sehen. Aber es spricht mehr dafür, dass die Internetnutzer die für die Preisgabe ihrer Daten erbrachte Gegenleistung durchaus für angemessen halten. Dies gilt umso mehr, als Daten durch ihre Preisgabe grds. nicht verbraucht werden. Die Nutzer können mit ihnen daher – anders als mit Geld – mehrfach „zahlen“.

Mit anderen Worten: Die Preisbildung erfolgt – wie in anderen Wirtschaftsbereichen auch – grundsätzlich am Markt, mit dem Unterschied, dass kein Geldpreis, sondern ein „Datenpreis“ gezahlt wird. Unterschiedliche Nutzer haben unterschiedliche Präferenzen, und die Entscheidung darüber, was gut oder schlecht für die Konsumenten ist, sollte bei diesen selbst und nicht bei Kartellbehörden oder Datenschutzbehörden liegen.⁴⁰ Aufgabe dieser Behörden sollte es vielmehr sein, die Konsumentensouveränität zu stärken.

Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass es im Einzelfall zu einer Ausbeutung der Internetnutzer kommen kann. Beispielsweise sind die Daten- und Urheberrechtsklauseln in den AGB vieler Internetunternehmen bedenklich weit bzw. unklar formuliert und verstoßen dadurch möglicherweise gegen das AGB-Recht und/oder das Datenschutzrecht. Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen es in einem solchen Fall *zusätzlich* auch zu einem durch die Kartellbehörden verfolgbareren „Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts“ kommen kann, steht im Mittelpunkt der aktuellen Ermittlungen des Bundeskartellamtes gegen Facebook. Darauf wird noch ausführlich in Abschnitt IV.5 zurückzukommen sein.

28 Dazu KOMM., Pressemitteilung IP/15/4780 vom 15.4.2015; eingehend Körper, NZKart 2015, 415 ff. m. w. N.

29 Dazu KOMM., Pressemitteilung IP/16/1492 vom 20.4.2016; eingehend Körper, Let's talk about Android, <http://ssrn.com/abstract=2462393> und ders., NZKart 2014, 378 ff., jeweils m. w. N.

30 S. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.

31 Beide abrufbar über www.monopolkommission.de.

32 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 110; s. auch Newman, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, No. 3, 2014, 401, 416 ff.

33 Vgl. z. B. KOMM., Horizontalleitlinien, ABl. 2004, C 31/5, Tz. 28 ff.

34 Dazu bereits Körper, WuW 2015, 120, 130 sowie jüngst BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen, Mai 2016 und BKartA, B6 – 113/15, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016.

35 Vgl. etwa Calo, The Georg Washington Law Review 2014, Vol. 82 No. 4, S. 995, 1005 ff. (<http://ssrn.com/abstract=2309703>); Newman, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, No. 3, 2014, 401, 441 f.

36 Z.B. BKartA-Verfahren gegen Facebook, s. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html, dazu ausführlich unten bei Fn. 82.

37 Vgl. Newman, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, No. 3, 2014, 401, 441 f. (ohne nähere Begründung); s. auch Weber, ZWeR 2014, 169, 175.

38 Dazu oben I.2.

39 A.A. Newman, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, No. 3, 2014, 401, 442, der etwas pauschal von einem Wunsch der Nutzer spricht, weniger Daten preiszugeben.

40 Vgl. Weber, ZWeR 2014, 169, 177.

2. Preisdiskriminierung

Einige Stimmen in der Literatur heben ferner die Gefahr hervor, dass Unternehmen durch die Analyse der Nutzerdaten in die Lage versetzt würden, von unterschiedlich zahlungsbereiten Nutzern unterschiedliche Preise für identische Produkte oder Dienste zu verlangen, d. h. anhand von IP-Adresse, Postleitzahl, Suchverhalten oder verwendetem Computer Preisdiskriminierung zu betreiben.⁴¹

Rein technisch ist diese Möglichkeit in der Tat gegeben. Allerdings besteht sie *erstens* nicht nur bei marktbeherrschenden Unternehmen, *zweitens* muss Preisdifferenzierung nicht zwingend schlecht oder gar verboten sein, und *drittens* und vor allem erscheint zweifelhaft, ob ein hinreichender Anreiz besteht, die theoretisch bestehende Fähigkeit zur Preisdiskriminierung auch in die Tat umzusetzen.

Eine *offene Preisdifferenzierung*, etwa durch Rabatte oder Sonderpreise für bestimmte Kundengruppen (z. B. Sonderpreise für Forschung und Lehre oder für Mitglieder von „Amazon Prime“), die auch als solche ausgewiesen werden, ist kartellrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden. Gleiches gilt für eine offene Änderung der Preise in Abhängigkeit von der Tageszeit, wie sie bei den Benzinpreisen schon lange üblich ist und z. B. auch bei Supermärkten zur Steuerung der Kundenströme zwecks besserer Auslastung „rund um die Uhr“ denkbar wäre.

Eine *versteckte Preisdiskriminierung*, bei der einige Kunden „überteuert“ werden, bliebe demgegenüber in Zeiten des Internet nicht lange verborgen. Würden Unternehmen besonders zahlungskräftigen (und damit zugleich besonders wertvollen) Kunden höhere Preise berechnen als anderen, so würden sie riskieren, diese Kunden zu verlieren, wenn dieses Verhalten publik wird.

Es erscheint wenig wahrscheinlich, dass ein Anbieter dieses Risiko eingehen würde. Immer wieder im Internet kursierende Gerüchte, Internethändler würden z. B. bei Bestellungen per teurem iPad oder Mac-Computer höhere Preise verlangen als bei Bestellungen mit einem günstigen Android-Tablet oder Windows-PC, konnten bisher nicht empirisch verifiziert werden. Im Gegenteil belegt eine groß angelegte, aktuelle US-Studie zu „Multichannel-Händlern“ (die sowohl über das Internet als auch stationär Produkte anbieten), dass bei diesen ein solches Verhalten nicht anzutreffen ist. Die geforderten Preise blieben unabhängig von Postleitzahl, Suchverhalten oder verwendetem Computer konstant.⁴²

3. Durch Art. 102 AEUV verbotene Behinderung der Wettbewerber

a) *Zugang zum „Datenschutz“ nach der essential facilities-Doktrin?* Ein datenbasierter Machtmissbrauch ist nicht nur als Ausbeutungsmissbrauch gegenüber Marktpartnern (insbesondere Verbrauchern) denkbar, sondern auch als Behinderungsmissbrauch gegenüber Wettbewerbern. In der Literatur wird zum Teil behauptet, dass Unternehmen wie Google allein aufgrund der schieren Datenmasse einen für die Wettbewerber uneinholbaren Vorsprung aufgebaut hätten, weshalb ihr „Datenschutz“ eine sog. „essential facility“ (wesentliche Einrichtung) darstelle.⁴³

Wäre dies der Fall, so könnte die bloße Verweigerung des Zugangs der Wettbewerber zu diesem „Datenschutz“ einen durch Art. 102 AEUV verbotenen Machtmissbrauch darstellen. Ein Zugangsanspruch zu einer essential facility besteht allerdings nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur unter „außergewöhnlichen Umständen“, weil die Anwen-

dung der essential facilities-Doktrin einen massiven Eingriff in die Eigentums- und Vertragsfreiheit darstellt und zudem dem kartellrechtlichen Grundsatz widerspricht, dass niemand gezwungen werden darf, fremden Wettbewerb zum eigenen Nachteil zu fördern. Die Annahme „außergewöhnlicher Umstände“ setzt daher nach der Rechtsprechung des EuGH (kumulativ) voraus, dass (1.) der Zugang der Wettbewerber unerlässlich für den Zugang zu einem benachbarten Markt ist, (2.) dass die Zugangsverweigerung jeden wirkungsvollen Wettbewerb auf diesem Markt ausschließt, (3.) dass sie das Erscheinen eines neuen Produkts verhindert und (4.) dass keine objektive Rechtfertigung für die Zugangsverweigerung besteht.⁴⁴

Vorliegend ist bereits nicht ersichtlich, dass der „Datenschutz“ von Unternehmen wie Google oder Facebook eine nicht duplizierbare und damit essentielle Ressource darstellen könnte. Anders als die Urheberrechte, um die es in den Fällen *Magill*⁴⁵ und *IMS Health*⁴⁶ ging, und anders als die geheimen Schnittstellenprotokolle im *Microsoft-Fall*,⁴⁷ handelt es sich bei den Daten der Nutzer und Werbekunden um eine nicht-ausschließliche Ressource.

Zudem haben die Internetriesen von heute selbst auch klein angefangen und mussten damals die Marktzutrittschranken überwinden, die sich aus den größeren Datenbeständen (und insoweit bestehenden economies of scale) der damaligen „Platzhirsche“ Yahoo! und MySpace ergaben. Sowohl die EU-Kommission als auch die US-amerikanische FTC haben daher in ihren Entscheidungen zum Zusammenschluss *Google/DoubleClick* zu Recht hervorgehoben, dass in dem großen Datenbestand der neuen Einheit keine „essential facility“ zu sehen sei.⁴⁸

Was damals richtig war, ist es auch heute noch: *Einerseits* gibt es neben Google und Facebook eine Vielzahl anderer Unternehmen (z. B. Microsoft, Amazon, Twitter, Kreditkartenunternehmen, Banken usw.), die ebenfalls über umfangreiche eigene Nutzerdaten verfügen. *Andererseits* stehen den Wettbewerbern hinreichende Möglichkeiten offen, ähnliche Daten selbst zu erstellen oder von Dritten zu erwerben. Dass dies ggf. mühsam und teuer ist, stellt – wie der EuGH im Fall *Bronner* betont hat – keinen Grund für die Annahme einer essential facility dar. Eine solche liegt nach *Bronner* nur vor, wenn Dritte die wesentliche Einrichtung weder allein noch in Zusammenarbeit mit anderen duplizieren können und keine anderen – auch weniger effektiven – Wege des Marktzutritts existieren.⁴⁹ Davon kann hier nicht die Rede sein.

41 Dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 80 ff.; Weber, ZWeR 2014, 169, 176.

42 Dazu http://hd.welt.de/eilmeldung_welthd/eilmeldung/article155161399/Online-Preise-sind-selten-guenstiger.html.

43 Dazu auch *Geradin/Kuschevsky* (Fn. 10), S. 13 ff.; Weber, ZWeR 2014, 169, 181 ff.

44 Vgl. EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health GmbH*, Tz. 34 ff.; dazu auch Körper, RiW 2004, 881 ff. Das Erfordernis eines „neuen Produkts“ hat der EuGH bisher nur für Fälle bejaht, in denen es um Zwangslizenzen an Urheberrechten ging. Dahinter stand das Bestreben, zu vermeiden, dass durch Anwendung des Kartellrechts der Innovationswettbewerb eingeschränkt wird. Dieser Gedanke gilt hier gleichermaßen, so dass dieses Kriterium auch für die hier untersuchten Sachverhalte einschlägig ist.

45 EuGH, 6.4.1995, verb. Rs. 241 und 242/91, Slg. 1995, I-743 – *Magill (RTE and ITP)*, Tz. 48 ff.

46 EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health GmbH*, Tz. 34 ff.

47 Vgl. EuG, 22.12.2004, Rs. T-201/04 R – *Microsoft*, Tz. 192 ff.

48 KOMM., 11.3.2008, M.4731 – *Google/DoubleClick*, Tz. 364 ff.; FTC (Fn. 26), S. 12.

49 EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – *Bronner*, Tz. 41 f.

Dagegen mag man einwenden, dass z. B. der Vorsprung von Yahoo! beim Marktzutritt von Google im Jahre 1998 geringer war als der Vorsprung von Google heute. Das ist im Grundsatz zutreffend, doch sind solche Einwände gleichwohl zu sehr von einer durch den technischen status quo geprägten Sichtweise beeinflusst, die dem hohen Innovationstempo der Internetökonomie nicht gerecht wird. Als sich im Jahre 2000 AOL und TimeWarner zusammenschlossen, befürchteten nicht wenige, dadurch würde AOL „das Internet“ kontrollieren (wie dies heute manche in Bezug auf Google meinen). Die weitere Entwicklung hat gezeigt, dass dies nicht der Fall war. AOL ist heute so gut wie irrelevant.

Das bloße *Nichtteilenwollen* der Daten (oder gar der Algorithmen) stellt daher keinen Missbrauch i. S. d. essential facilities-Doktrin dar, ganz abgesehen davon, dass ein *Teilenmüssen* mit Wettbewerbern, gerade wenn es sich um personenbezogene Daten handelt, Probleme in Bezug auf den Datenschutz aufwerfen würde. Personenbezogene Nutzerdaten, deren Verwendung durch Unternehmen A die Nutzer zugestimmt haben, dürfen aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht einfach ohne Zustimmung dieser Nutzer an Unternehmen B weitergegeben werden, nur, weil dies möglicherweise die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen B fördert. Hier setzt im Gegenteil das Datenschutzrecht den Anordnungsbefugnissen der Kartellbehörden Grenzen.⁵⁰

b) *Missbräuchliche Behinderungspraktiken*. Ein Machtmissbrauch könnte allerdings vorliegen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen wettbewerbswidrige Maßnahmen ergreift, um Wettbewerber von beherrschten oder dritten Märkten fernzuhalten und dadurch seine Vormachtstellung auszubauen oder abzusichern. Mit Blick auf Google wurden bzw. werden insoweit verschiedene Verhaltensweisen diskutiert, etwa der Abschluss von Exklusivverträgen, die es den Kunden untersagten, plattformübergreifende Werbekampagnen zu betreiben oder Daten zu neuen Anbietern mitzunehmen⁵¹ oder auch Marktmachtübertragungen durch die Schaffung von Produktbündeln⁵² sowie Verstöße gegen die „Suchneutralität“, durch welche Dritte am Sammeln von Daten gehindert würden.⁵³ Ob ein marktbeherrschendes Unternehmen sich solcher Praktiken bedient, ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. Werden kartellrechtswidrige Vereinbarungen getroffen, kann zusätzlich zu Art. 102 AEUV auch Art. 101 AEUV verletzt sein.

Diese Aspekte sind Gegenstand intensiver Dispute in Wissenschaft und Praxis und können hier nicht vertieft werden.⁵⁴ Allerdings sollte man sich auch hier vor vorschnellen, oft eher politisch als juristisch motivierten Schlussfolgerungen hüten. So ist z. B. offensichtlich, dass es eine „Suchneutralität“ im Sinne einer „objektiv richtigen“ Reihung der Suchergebnisse nicht geben kann, weil es gerade die Aufgabe von Suchmaschinen ist, aus Myriaden von Internetinformationen diejenigen herauszufiltern, welche nach dem (subjektiven) Votum der Suchmaschine am besten der Suchanfrage entsprechen. Die (notwendig subjektive) Wertung durch die Suchmaschine und die daraus resultierenden unterschiedlichen Suchergebnisse stellen grds. keine Wettbewerbsverzerrung dar, sondern sind im Gegenteil regelmäßig Ausdruck des funktionierenden Wettbewerbs der Suchmaschinen.⁵⁵

4. Fusionskontrolle

Soweit der Zugriff auf Daten geeignet ist, Marktmacht zu begründen (aber auch nur soweit) kann dieser Aspekt mögli-

cherweise einem Zusammenschluss „datenreicher“ Unternehmen im Wege stehen. In diesem Kontext ist allerdings *einerseits* nochmals zu betonen, dass es „den“ Markt für Daten nicht gibt, weil es sehr viele unterschiedliche Arten von Daten und Bedarfen und damit eine Vielzahl unterschiedlicher datenbezogener Märkte gibt. *Andererseits* ist daran zu erinnern, dass „mehr Daten“ keineswegs automatisch auch „mehr Macht“ bedeuten müssen. Dass zwei „datenreiche“ Unternehmen sich zusammenschließen, bedeutet daher nicht automatisch, dass in Bezug auf die Kombination ihrer Daten negative horizontale oder nicht-horizontale Effekte auftreten müssten.

Erstens wäre es naiv, zu glauben, die Daten könnten nach einem Zusammenschluss (wie etwa Bargeldbestände der Unternehmen) einfach „in einen Topf geworfen“ werden. Die Integration unterschiedlicher Datenbanken ist bereits in technischer Hinsicht ein komplexes, zeitaufwendiges und kostspieliges Unterfangen,⁵⁶ z. B. aufgrund unterschiedlicher Datenformate oder Datenbanksoftware oder mit Blick auf die Notwendigkeit der Entfernung redundanter oder veralteter Daten. Zudem können vertragliche Hindernisse bestehen. So gehörten im Fall *Google/DoubleClick* die Daten „von DoubleClick“ in Wirklichkeit dessen Werbekunden, und die Kommission bezweifelte, dass die fusionierte Einheit über Fähigkeit und Anreize verfügen würde, diese Zuordnung zu ändern.⁵⁷

Dessen unbeschadet, müssen die Kartellbehörden *zweitens* nachweisen, dass durch die Kombination der Daten Fähigkeit und Anreiz entstehen, die Wettbewerber vom Wettbewerb auszuschließen. Das ist oft nicht der Fall. Im Fall *Facebook/WhatsApp* hatten die Parteien z. B. darauf hingewiesen, dass WhatsApp damals praktisch keine relevanten Daten speicherte.⁵⁸ Die Europäische Kommission bezweifelte, dass durch den Zusammenschluss hinreichende Anreize für eine Änderung der bisherigen Datenschutzpolitik von WhatsApp entstehen würden.⁵⁹ Vor allem aber unterstrich sie, dass selbst eine Kombination von Daten *wettbewerbslich* nur dann problematisch wäre, wenn dadurch Facebooks Position auf dem Werbemarkt gestärkt würde. Auf diesem Markt existierten nach Analyse der Kommission aber zahlreiche andere starke Unternehmen (insbesondere Google).⁶⁰ Gleichgerichtet hatten Europäische Kommission und US-amerikanische FTC schon in Bezug auf den Zusammenschluss *Google/DoubleClick* argumentiert.⁶¹

Schließlich können durch einen Zusammenschluss *drittens* nicht nur Wettbewerbsbeschränkungen, sondern auch Effi-

50 Vgl. z. B. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO.

51 Vgl. KOMM., Pressemitteilung IP/10/1624 vom 30.11.2010; Körper, WRP 2012, 761, 766.

52 Vgl. Ott, MMR 2006, 195; ders., WRP 2008, 393, 406; Kühling/Gauß, MMR 2007, 751, 756; differenzierend Körper, WRP 2012, 761, 767 ff. Um solche Koppelungen geht es im Kern auch im Android-Verfahren, dazu oben Fn. 29.

53 Vgl. Newman, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, No. 3, 2014, 401, 447 ff.

54 Vgl. dazu Nachweise in den vorausgehenden Fn. sowie in Fn. 28 und 29.

55 Dazu schon Körper, WRP 2012, 761, 767 ff.; ders., ECLR 2015, 239, 242; ders., NZKart 2015, 415, 422.

56 Vgl. auch KOMM., 3.10.2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 185.

57 KOMM., 11.3.2008, M.4731 – Google/DoubleClick, Tz. 257 ff., 361 ff.

58 Vgl. KOMM., 3.10.2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 181.

59 KOMM., 3.10.2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 185.

60 KOMM., 3.10.2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, Tz. 187 f.

61 KOMM., 11.3.2008, M.4731 – Google/DoubleClick, Tz. 364 ff.; vgl. FTC (Fn. 26), S. 12; dazu auch Weber, ZWER 2014, 169, 176.

zienen entstehen. Beispielsweise kann die Kombination von komplementären Daten neue Produkte oder Produktverbesserungen ermöglichen, welche die Konsumentenwohlfahrt fördern und daher Effizienzvorteile begründen. Ob ein Zusammenschluss in Bezug auf Wettbewerb, Innovation und Konsumentenwohlfahrt positiv oder negativ zu bewerten ist, ist daher in jedem Einzelfall sorgfältig zu untersuchen und abzuwägen.

5. Zwischenfazit

Die vorausgehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Begründung von „Datenmacht“, die Ableitung von Marktmacht aus dem „Datenreichtum“ von Unternehmen und schließlich auch die Anwendung des Kartellrechts auf datenbezogene Verhaltensweisen solcher Unternehmen überaus

komplexe Unterfangen sind. Auch wenn das Internet als solches 25 Jahre nach seinem Start sicher kein „Neuland“ mehr ist, bewegen sich die Kartell- und Regulierungsbehörden auf diesem Gebiet noch weitgehend auf einer „terra incognita“, die in ökonomischer wie juristischer Hinsicht zunächst sorgfältig kartographiert werden muss. Bis dies geschehen ist, ist tendenziell Zurückhaltung gegenüber staatlichen Eingriffen angezeigt, um nicht durch vorschnelle kartellbehördliche Eingriffe oder gar durch ex ante-Regulierung Wettbewerb und Innovation zu beeinträchtigen.

[Dieser Beitrag wird in Heft 8 der NZKart mit einer Analyse des Verhältnisses von Kartellrecht und Datenschutzrecht, insbesondere mit Blick auf den Facebook-Fall des Bundeskartellamtes, fortgesetzt]. ■