

ANDREAS HEINEMANN\*

## Big Data im Kartellrecht

### I. Einleitung

Die digitale Ökonomie ist durch Merkmale gekennzeichnet, die – jedes für sich betrachtet – seit langer Zeit bekannt sind, aber in ihrem Zusammenwirken zu einem Quantensprung geführt haben: Das Internet hat die Transparenz in ungeahntem Ausmass vergrössert, die Transaktionskosten gesenkt, die Märkte in geographischer Hinsicht ausgedehnt und den Wettbewerb hierdurch intensiviert. Andererseits schaffen Grössen- und Verbundvorteile sowie direkte und indirekte Netzwerkeffekte eine Tendenz zum natürlichen Monopol. Resultat sind die bekannten Internetgiganten wie z.B. *Google* und *Facebook*, die ihre hohen Marktanteile dem spezifischen Zusammenwirken der genannten Faktoren verdanken. Kompliziert wird die ökonomische Analyse durch das Phänomen der mehrseitigen Plattform: Nutzer- und Werbemärkte stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern sind auf das engste miteinander verknüpft. Für die werbende Wirtschaft ist eine Plattform umso attraktiver, je intensiver Nutzer auf diese zurückgreifen.<sup>1</sup>

Eine besondere Rolle kommt in der digitalen Ökonomie der Datenbewirtschaftung zu: Die neuen technischen Möglichkeiten erlauben es, Datenmengen in einem Umfang zu erheben, zu speichern, zu organisieren und abzurufen, wie es vorher nicht möglich war. Dies stellt einen weiteren Quantensprung dar, der dazu geführt hat, dass man nicht mehr einfach von Datenverarbeitung, sondern von *Big Data* spricht, womit der Massencharakter, die Erhebungs- und Verarbeitungsgeschwindigkeit sowie die Bandbreite des Datenmaterials gemeint sind.<sup>2</sup>

---

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, Präsident der Wettbewerbskommission, Mitglied des Ausschusses und des Vorstands des Europa Instituts an der Universität Zürich. Der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

<sup>1</sup> Für eine ökonomische Analyse der digitalen Ökonomie s. z.B. DEWENTER RALF/RÖSCH JÜRGEN, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, Heidelberg 2014.

<sup>2</sup> Auf Englisch werden diese Eigenschaften als die drei „V“ bezeichnet, nämlich *Volume*, *Velocity* und *Variety*. Hinzu treten bisweilen *value* für den wirtschaftlichen Wert und *validity* bzw. *veracity* für die inhaltliche Qualität der betreffenden Daten. S. hierzu beispielsweise DENOTH SERAINA/KAUFMANN OLIVER, Kartellrechtliches Erfassen von Wettbewerbswirkungen grosser Datenbestände (Big Data), sic! 2016, 501 (507 ff.).

Für Unternehmen kann Big Data ganz im Vordergrund stehen, z.B. wenn das Kerngeschäft von der Datenauswertung abhängt, wie es etwa bei der zielgerichteten Werbung von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken der Fall ist. Aber auch für andere wirtschaftliche Sektoren ist die datenwirtschaftliche Aufrüstung von entscheidender Bedeutung. Der Begriff „Elektronische Datenverarbeitung (EDV)“ bringt zwar sehr viel präziser zum Ausdruck, wovon die Rede ist, ist aber mittlerweile offenbar noch altmodischer geworden als die Verwendung der Bezeichnung „New Economy“ für die nun nicht mehr so neue digitale Ökonomie. So wird auch hier der Begriff Big Data zugrunde gelegt.

In kartellrechtlicher Hinsicht schreibt sich das Datenthema in den allgemeinen digitalen Zusammenhang ein: Die disruptiven Verbesserungen in der Datenanalyse und -nutzung sorgen für eine enorme Rationalisierung geschäftlicher Prozesse und für die Entstehung neuer Märkte, intensivieren den Wettbewerb also beträchtlich. Zusätzlich zu den datenschutzrechtlichen Herausforderungen wirft die Entwicklung aber auch wettbewerbsrechtliche Fragen auf: Führt die Konzentration unüberschaubarer Datenmengen in den Händen einzelner Unternehmen zu unkontrollierten Handlungsspielräumen? Reicht das bestehende kartellrechtliche Instrumentarium aus, um allfällige Probleme unter Kontrolle zu bringen? Oder sind Anpassungen des rechtlichen Rahmens oder gar die Schaffung neuer Instrumente erforderlich?

Der Verfasser fühlt sich Andreas Kellerhals durch die langjährige Zusammenarbeit am Europa Institut Zürich und in der Wettbewerbskommission eng verbunden.<sup>3</sup> Ihm seien diese Ausführungen auf das herzlichste gewidmet.

## II. Datenmacht

### 1. Zuordnung von Daten

Ein dichtes Netz von Daten bietet unschätzbare Vorteile. Produkte und die kommerzielle Kommunikation können auf die individuellen Bedürfnisse der Kunden zugeschnitten werden. Ausserdem können die Erzeugnisse entscheidend verbessert werden, z.B. Navigationssysteme durch Echtzeitdaten von Verkehrsströmen oder Suchmaschinen durch die Anzahl von Suchanfragen, da deren Auswertung zur Anpassung des Suchalgorithmus genutzt werden kann. Es liegt

---

<sup>3</sup> Ein Ergebnis der Zusammenarbeit ist HEINEMANN ANDREAS/KELLERHALS ANDREAS, Wettbewerbsrecht *in a nutshell*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018.

nahe, dass der „Vorsprung durch Daten“ in die kartellrechtliche Analyse von Verhaltensspielräumen einfließt, also für die Feststellung von Marktmacht oder gar einer marktbeherrschenden Stellung relevant ist.<sup>4</sup>

Allerdings ist diese Aussage auch sogleich zu relativieren. Nach aktuellem Rechtsstand sind Daten als solche nicht urheberrechtlich geschützt. Schutzzfähig sind zwar nach Art. 4 URG Sammelwerke, also Sammlungen, die in Bezug auf Auswahl oder Anordnung die hohen Anforderungen an den Werkbegriff (Art. 2 Abs. 1 URG) erfüllen. Die Erfassung von Informationen in Datenbanken erreicht diese Schwelle aber in der Regel nicht.<sup>5</sup> Ein *sui generis*-Schutz von Datenbanken, wie er in der EU geschaffen worden ist,<sup>6</sup> existiert in der Schweiz nicht. Auch in der EU schützt das verwandte Schutzrecht des Datenbankherstellers allerdings nur vor der Entnahme oder der Weiterverwendung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils des Datenbankinhalts. Die einzelnen Daten sind nicht geschützt und können von anderen also ebenfalls erhoben werden. Was personenbezogene Daten betrifft, so resultiert aus dem Datenschutzrecht Schutz in Bezug auf die Erhebung und Verwertung von Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um „eigentumsrechtlichen“ Schutz, sondern um den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte betroffener Personen (s. Art. 1 DSG). In der EU ermöglicht die Datenschutzgrundverordnung<sup>7</sup> die Portabilität solcher Daten: Art. 20 der Verordnung gewährleistet das Recht, personenbezogene Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten und einem anderen zu übermitteln. Auch wenn in der Schweiz eine solche Regel derzeit nicht vorgesehen ist, lässt sich doch festhalten, dass Daten „eigentumsrechtlich“ weder den betroffenen Personen noch den Unternehmen exklusiv zugeordnet sind.

Hieran würde sich erst etwas ändern, wenn der Gesetzgeber ein neues Immaterialgüterrecht auf Daten einführen würde. Die in den letzten Jahren intensiv geführte Diskussion scheint eine solche Entwicklung in der Summe aber nicht zu

---

<sup>4</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Umstand im Rahmen der 9. GWB-Novelle ausdrücklich im Gesetz hervorgehoben. Gem. § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB ist für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch der „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ zu berücksichtigen, jedenfalls wenn es um mehrseitige Märkte oder Netzwerke geht.

<sup>5</sup> THOUVENIN FLORENT/BIRCHER MARCEL/FISCHER ROLAND, Repetitorium Immaterialgüterrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, 91.

<sup>6</sup> Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken vom 11. März 1996, ABl L 77/20.

<sup>7</sup> Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 119/1 vom 27. April 2016.

unterstützen.<sup>8</sup> Es wird also voraussichtlich dabei bleiben, dass die Zuordnung von Daten eher faktischer als rechtlicher Natur ist. Es geht um Besitz, nämlich tatsächliche Datenherrschaft, und nicht um Eigentum, also eine rechtliche Zuordnung. Auch wenn also keine eigentumsrechtlichen Instrumente zur Verfügung stehen, kommen vertrags-, delikts- und lauterkeitsrechtliche Schutzmechanismen in Frage.

Aus der kartellrechtlichen Perspektive bleibt festzuhalten, dass es unerheblich ist, woraus Verhaltensspielräume im Wettbewerb resultieren. Faktische Vorteile können genauso wie rechtliche Zuordnungen Marktmacht begründen oder verstärken. Das Datenthema ist hierfür von grosser Bedeutung. Allerdings ist festzuhalten, dass es beim Thema Marktmacht immer um die Erfassung aller Umstände des Einzelfalls geht. Es ist also im konkreten Fall zu ermitteln, wie gross der Vorteil durch Datenherrschaft ist. Für eine Abmilderung von Vorsprüngen sorgt die Möglichkeit des Multihoming: Den Nutzern ist es in aller Regel möglich, konkurrierende Dienste, z.B. verschiedene Suchmaschinen oder soziale Netzwerke zu nutzen. Es werden dann ähnliche Daten generiert, welche die Vorteile von Datenherrschaft im Verhältnis zu den Wettbewerbern relativieren.<sup>9</sup>

## 2. Marktabgrenzung im Datenkontext

Eine klassische Streitfrage des Kartellrechts betrifft die Anforderungen an den Leistungsaustausch. Liegt ein Markt auch dann vor, wenn eine Leistung unentgeltlich erbracht wird? Schon aus der Definition des Markts als dem Ort, an dem Angebot und Nachfrage aufeinandertreffen, folgt, dass zwar das Vorliegen eines Austauschs konstitutiv für den Marktbegriff ist, Anforderungen an die Konditionen des Austauschs aber irrelevant sind. Das Konzept der zweiseitigen Märkte bzw. der mehrseitigen Plattformen hat in dieser Frage zusätzliche Sicherheit verschafft.<sup>10</sup> Die Betreiber von Plattformen müssen aufgrund der starken Netzwerkeffekte alle beteiligten Seiten im Auge behalten und den jeweiligen Preis so setzen, dass das Resultat insgesamt, also über die verschiedenen Marktseiten hinweg, optimal ist. In der digitalen Ökonomie wird dies häufig zu Preisen von

---

<sup>8</sup> Zur Diskussion s. z.B. WEBER ROLF H., Improvement of Data Economy Through Compulsory Licences?, in: LOHSSE/SCHULZE/STAUDENMAYER (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, Baden-Baden 2017, 137 (140 f.).

<sup>9</sup> Aus diesem Grund hat der deutsche Gesetzgeber in die bereits genannte Vorschrift des § 18 Abs. 3a GWB die hier einschlägige Nr. 2 eingefügt, nach der auch „die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechsellaufwand für die Nutzer“ bei der Bewertung der Marktstellung zu berücksichtigen sind.

<sup>10</sup> Grundlegend ROCHET JEAN-CHARLES/TIROLE JEAN, Platform Competition in Two-Sided Markets, 1 Journal of the European Economic Association 990 (2003).

Null auf der Nutzerseite führen, da die hierdurch veranlasste Reichweitenvergrößerung die Plattform für die werbende (und zahlende) Wirtschaft attraktiver macht. Die Verbundenheit der verschiedenen Plattformseiten lässt es künstlich erscheinen, die Existenz eines Markts vom Geschäftskonzept und der Preispolitik des Plattformunternehmens abhängen zu lassen.

Ausserdem ist das Abstellen auf Unentgeltlichkeit zu kurz gegriffen: Die Nutzer eines Diensts (z.B. einer Suchmaschine oder eines sozialen Netzwerks) widmen der Plattform nicht nur ihre Aufmerksamkeit (die bereits für sich betrachtet aufgrund der Bedeutung für die werbende Wirtschaft einen wirtschaftlichen Wert darstellt), sondern sie lassen auch die Erfassung und Nutzung ihrer Daten zu. Es gilt die Devise: „If you’re not paying for the product, you are the product“. Bei näherer Betrachtung existiert also durchaus eine Gegenleistung, so dass eigene Nutzermärkte anzunehmen sind, auf denen dem Datentransfer grosse Bedeutung zukommt.<sup>11</sup>

Der nicht-pekuniäre Charakter führt zu Schwierigkeiten bei der Marktabgrenzung: Der SSNIP-Test<sup>12</sup> scheidet als Hilfsmittel aus, da er auf relative Preisänderungen abstellt und deshalb zumindest in Bezug auf die nicht bepreiste Seite einer mehrseitigen Plattform nicht passt. Es erscheint aber möglich, den SSNIP-Test zu einem SSNDQ-Test<sup>13</sup> weiterzuentwickeln. Es ist dann zu untersuchen, inwieweit Qualitätsverschlechterungen zu einer Abwanderung von Nutzern zu anderen Plattformen führen.<sup>14</sup> Ausserdem können die üblichen Überlegungen zur Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite und zur räumlichen Dimension angestellt werden.<sup>15</sup> Einer Marktabgrenzung nach allgemeinen Regeln steht also nichts im Weg.

### 3. Marktbeherrschende Stellung

Soweit es um Märkte geht, auf denen Dienstleistungen ohne pekuniäre Gegenleistung erbracht werden, fällt das Umsatzkriterium als sonst gängiger Aus-

---

<sup>11</sup> S. z.B. WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Kartellrechtlicher Handlungsbedarf im Lichte potenzieller Meinungsmacht von Suchmaschinen, WuW 2015, 356, II.2. S. auch die Klarstellung im deutschen Recht, nämlich in § 18 Abs. 2a GWB: „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird“.

<sup>12</sup> Small but significant and non-transitory increase in price.

<sup>13</sup> Small but significant and non-transitory decrease in quality.

<sup>14</sup> So der Vorschlag von GEBICKA ALEKSANDRA/HEINEMANN ANDREAS, Social Media & Competition Law, 37 World Competition 149 (2014), 158 f.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 3 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

gangspunkt für die Ermittlung von Marktanteilen weg. Die hiermit verbundenen Schwierigkeiten sind aber überwindbar, da es gerade in der digitalen Welt leicht ist, Nutzerzahlen oder Transaktionswerte (z.B. Suchvorgänge) zu bestimmen. So hat beispielsweise die Europäische Kommission für das Zusammenschlussvorhaben *Microsoft* und *LinkedIn* auf die Zahl der Besuche auf den betreffenden Websites abgestellt.<sup>16</sup> Auf diesem Weg lassen sich hinreichend präzise Marktanteile bestimmen. Allerdings besteht auf den digitalen Märkten ein gesteigertes Bedürfnis, das Marktanteilkriterium durch eine umfassende Marktanalyse zu ergänzen. So hat das Gericht der Europäischen Union im Fall *Microsoft* und *Skype* ausgeführt, dass selbst Marktanteile von 80 bis 90 Prozent nicht entscheidend für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung sind, wenn sich der betreffende Markt in starker Expansion befindet, und wenn die Einführung pekuniärer Preise die Nutzer zur Abwanderung zu einem anderen Dienst veranlassen würde.<sup>17</sup> Im *Google Shopping*-Fall waren hingegen Marktanteile von über 90 Prozent ein entscheidendes Indiz für die Beherrschung des Markts für Internetsuche, eben weil gleichzeitig hohe Marktzutrittsschranken bestanden.<sup>18</sup>

Von grösster Bedeutung im Zusammenhang mit Big Data sind deshalb die bereits erwähnten Eigenheiten der digitalen Ökonomie. Grössenvorteile und Netzwerkeffekte können komparative Vorteile verschaffen. Hinzu treten Verbundvorteile, z.B. die Ergänzung einer Suchmaschine durch die Aufnahme zahlreicher weiterer Funktionen, welche das Kernprodukt noch attraktiver machen und die Nutzer an die betreffende Suchmaschine binden.<sup>19</sup> Auch wenn also keine Ausschliesslichkeitsbindungen bestehen und Multihoming möglich ist, kann die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Kundentreue und Kundenträgheit führen, welche die Verhaltensspielräume des Plattformunternehmens vergrössert.<sup>20</sup> Grosse Datenbestände können diese Effekte verstärken und zu weiteren Marktzutrittsschranken führen, da ein nachhaltig gepflegter Datenbestand ein kundenspezifisches Angebot ermöglicht, und neu zutretende Wettbewerber dann nicht in der Lage sind, eine vergleichbare Datenqualität zu erzielen.<sup>21</sup> Die datenbasier-

---

<sup>16</sup> Europäische Kommission, 6. Dezember 2016, M. 8124 – Microsoft/LinkedIn, Rn 283 ff.

<sup>17</sup> EuG, Urteil vom 11. Dezember 2013 in der Rechtssache T-79/12 – Cisco Systems und Message-net/Kommission, ECLI:EU:T:2013:635, Rn 51 ff., 65 ff.

<sup>18</sup> Europäische Kommission, 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Zusammenfassung in ABI 2018, C 9/11, Rn 8.

<sup>19</sup> S. HEINEMANN ANDREAS, Google als kartellrechtliches Problem?, sui-generis.ch vom 31. März 2015, abrufbar unter <sui-generis.ch/11>, 24 f.

<sup>20</sup> OECD, Implications of E-commerce for Competition Policy, DAF/COMP(2018)3, N 100 ff.

<sup>21</sup> GRAEF INGE, Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms, 38 World Competition 473 (2015).

te Verbesserung von Produkten einerseits und zielgerichteter Werbung andererseits kann als selbstverstärkender Mechanismus interpretiert werden, der das Potential für das Zustandekommen einer marktbeherrschenden Stellung erhöht.<sup>22</sup>

#### 4. Fusionskontrolle

Die genannten Strukturkriterien sind auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle heranzuziehen,<sup>23</sup> wobei zu unterstreichen ist, dass die Wettbewerbskommission nach geltendem Recht erst bei qualifizierter Marktbeherrschung einschreiten kann. Aus der jüngeren Entscheidpraxis weist das Zusammenschlussprojekt *Admeira* den stärksten Datenbezug auf. *Swisscom*, *SRG* und *Ringier* möchten in Zukunft verstärkt bei der Vermarktung von Online-, TV-, Print- und Radiowerbung zusammenarbeiten und planen auch die Einführung zielgruppenspezifischer TV-Werbung in der Schweiz. Die Grundlage hierfür ist die grosse Basis von Nutzerdaten der *Swisscom*. Die Wettbewerbskommission nahm eine gesamtheitliche Wettbewerbsanalyse vor, innerhalb derer die Nutzung der betreffenden Daten eine wichtige Rolle spielte. So wurde der umfassende Zugang zu Nutzerdaten als Quelle von Marktmacht eingehend gewürdigt. Im Ergebnis genehmigte die Wettbewerbskommission das Gemeinschaftsunternehmen, da für den zwei- bis dreijährigen Prognosezeitraum keine hinreichenden Belege für die Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorlagen. Von grosser Bedeutung war auch, dass es sich bei der zielgerichteten TV-Werbung um eine Innovation handelt, bei welcher die Marktentwicklung ungewiss ist und zudem die Märkte so dynamisch sind, dass andere Marktteilnehmer ebenfalls bald in der Lage sein könnten, zielgerichtete Werbung anzubieten.<sup>24</sup>

Für den vorliegenden Zusammenhang unterstreicht der Fall die Tatsache, dass Big Data nicht allein einen Fall entscheiden kann, sondern ein Faktor unter vielen ist, der in die Marktanalyse einzufließen hat. Die allgemeinen Regeln finden Anwendung: So kann bei horizontalen Zusammenschlüssen die Zusammenlegung von Big Data einen so grossen Vorsprung verschaffen, dass die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Bei vertikalen Zusammenschlüssen kann es zu Marktverschliessung kommen, wenn das fusionierte Unternehmen

---

<sup>22</sup> Wettbewerbskommission, Jahresbericht 2016, RPW 2017/1, 1 (17).

<sup>23</sup> S. eingehend MURER ANGELIKA S./ZURMÜHLE SARAH E., Die Bedeutung digitaler Daten in der Fusionskontrolle anhand der Unternehmensübernahmen durch Google und Facebook, in EPINEY/KERN/HEHEMANN (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, Zürich/Basel/Genf 2015, 455.

<sup>24</sup> Wettbewerbskommission, 14. Dezember 2015, RPW 2016/1, 299.

einen zuvor gewährten Datenzugang sperrt oder wahrscheinlich sperren wird.<sup>25</sup> Die Bewertung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

### III. Datenmissbrauch

#### 1. Behinderungsmissbrauch

Ist ein Unternehmen im Besitz einer marktbeherrschenden Stellung, darf es diese nicht missbrauchen. Zu unterscheiden ist zwischen Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch. Im Datenkontext steht beim Thema des Behinderungsmissbrauchs die Frage der Zugangsverweigerung im Vordergrund. Als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen i.S. von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG kommt auch die Sperrung des Zugangs zum Datenvorrat des Marktbeherrschers in Frage. Allerdings wird hier ein Missbrauch nur ausnahmsweise vorliegen. Dies zeigt ein Vergleich mit dem Immaterialgüterrecht: An die Gewährung kartellrechtlicher Zwangslizenzen sind hohe Anforderungen zu stellen.<sup>26</sup> In Abwesenheit immaterialgüterrechtlichen Schutzes sind Daten beliebig reproduzierbar, so dass vor dem Zugang zu den Datenvorräten der Konkurrenz auf die Möglichkeit der eigenen Datensammlung zu verweisen ist. Der Hinweis auf die Reproduzierbarkeit legt auch Skepsis in der Frage nahe, ob die Essential-Facilities-Doktrin auf Datenbestände anzuwenden ist. Abgesehen von der allgemeinen Streitfrage, ob diese Lehre nicht eher der physischen Infrastruktur vorzubehalten ist, ist ein zwingendes Merkmal der Ausschluss von Duplizierbarkeit. Diese Bedingung wird in Bezug auf Daten wohl nur ausnahmsweise erfüllt sein.

Relevant ist zudem das Diskriminierungsverbot zu Lasten von Marktbeherrschern: Gewährt ein marktbeherrschender Datenbesitzer einzelnen Unternehmen Zugang zu seinen Daten, anderen aber nicht, so kann in Abwesenheit sachlicher Gründe ein relevanter Missbrauch vorliegen.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Zu möglichen Schadenstheorien s. GRAVE CARSTEN/NYBERG JENNY, Die Rolle von Big Data bei der Anwendung des Kartellrechts, WuW 2017, 363 (366 ff.).

<sup>26</sup> S. z.B. GOHARI RAMIN SILVAN, Verweigerung von Geschäftsbeziehungen – Kartellrechtliche Analyse nach Schweizer, EU- und US-Recht, Bern 2017, 169 ff.

<sup>27</sup> Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, abrufbar unter <[www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big Data Papier.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html)>, 18 f.

## 2. Ausbeutungsmisbrauch

Denkbar ist auch die Benachteiligung der Marktgegenseite durch Preisdifferenzierung. Die Verfügbarkeit detaillierter Informationen über den einzelnen Nutzer ermöglicht die Einführung personalisierter Preise. Dies hat den Vorteil, dass auch Kundengruppen erschlossen werden können, die zu einem einheitlichen Standardpreis nicht gekauft hätten. Eine Mengenausweitung und somit ein Wohlstandsgewinn sind die Folge. Andererseits kann durch Preisdifferenzierung die Konsumentenrente systematisch abgeschöpft werden, was bei Zugrundelegung des Konsumentenwohlstandsstandards zu Wohlstandsverlusten führt. Eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung dieses Phänomens liegt noch nicht vor.<sup>28</sup> Hier zeigt sich, dass es nicht nur von theoretischem Interesse, sondern auch von grosser praktischer Bedeutung ist, ob im Kartellrecht der *total welfare* oder der *consumer welfare standard* zugrunde gelegt werden.<sup>29</sup>

In Betracht kommt ferner die datenbezogene Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen i.S. von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG. Hierunter kann auch die missbräuchliche Erhebung von Nutzerdaten gefasst werden. So ist das Bundeskartellamt in einer vorläufigen Einschätzung zu dem Ergebnis gelangt, „dass Facebook missbräuchlich handelt, indem das Unternehmen die Nutzung des sozialen Netzwerks davon abhängig macht, unbegrenzt jegliche Art von Nutzerdaten aus Drittquellen sammeln und mit dem Facebook-Konto zusammenführen zu dürfen“.<sup>30</sup> Als missbräuchlich wird also die Tatsache angesehen, dass *Facebook* auch Daten von ausserhalb des sozialen Netzwerks („off-Facebook“-Daten) sammelt und internalisiert. Ein wichtiger Schritt in der Argumentation besteht in der Feststellung, dass Datenschutzrecht hierdurch verletzt wird. Datenschutzrechtliche Wertungen werden also in das Kartellrecht übernommen, was unmittelbar die Frage nach dem Verhältnis der beiden Rechtsgebiete zueinander aufwirft.<sup>31</sup> Wie auch beim Verhältnis des Kartellrechts zu anderen Regulierungen (z.B. Telekommunikations-, Post-, Medien-, Energie- und Gesundheitsrecht) sollte auch im Verhältnis zum Datenschutz parallele Anwendbarkeit der beiden Rechtsmaterien angenommen werden. Soweit ein Unternehmen durch Regulierungsrecht nicht vollständig gebunden ist, bestehen

<sup>28</sup> Vgl. Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt (FN 27), 21 f.

<sup>29</sup> S. hierzu beispielsweise EVANS PHIL, *The consumer and competition policy: welfare, interest and engagement*, in: EZRACHI (Hrsg.), *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham 2012, 545.

<sup>30</sup> Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 19. Dezember 2017 – Facebook, 1.

<sup>31</sup> S. hierzu ausführlich COSTA-CABRAL FRANCISCO/LYNSKEY ORLA, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, 54 *Common Market Law Review* 11 (2017).

Handlungsspielräume, die in Konformität mit dem Wettbewerbsrecht auszuüben sind. Besteht also ein Wettbewerbsbezug, findet das Kartellrecht neben dem Datenschutzrecht Anwendung.

#### IV. Ausblick

Die jährlich erzeugte und verarbeitete Datenmenge ist bereits heute mit 16 Zettabyte<sup>32</sup> unvorstellbar gross, wächst aber weiter exponentiell. Ein immer grösserer Anteil der Daten wird von Unternehmen gespeichert.<sup>33</sup> Diese Daten sind essenziell für datengetriebene Produkte, wie z.B. die Dienstleistungen der digitalen Ökonomie. Schon bald wird Big Data aber für nahezu jede ökonomische Tätigkeit relevant werden. Der rechtliche Rahmen ist entsprechend anzupassen. In erster Linie ist das Datenschutzrecht gefragt. Aber auch das Kartellrecht muss sich auf die neuen Gegebenheiten einstellen. Wie die *Google*-Verfahren der Europäischen Kommission oder das *Facebook*-Verfahren des Bundeskartellamts zeigen, stellen sich zwar neue Fragen, die aber mit den existierenden Instrumenten derzeit beantwortet werden können.

Häufig steht das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen im Mittelpunkt. So hat die Europäische Kommission einen Missbrauch darin gesehen, dass die beherrschende Suchmaschine ihren eigenen Preisvergleichsdienst gegenüber konkurrierenden Diensten bevorzugt platziert hat. Und das Bundeskartellamt hat in seiner vorläufigen Einschätzung im *Facebook*-Fall exzessives Datensammeln in Verletzung des Datenschutzrechts als missbräuchlich qualifiziert. Es drängt sich die Frage auf, ob solche Verhaltensweisen nicht allgemein, d.h. auch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung für unzulässig erklärt werden sollten. Wo bereits Regeln existieren, wie z.B. im Datenschutzrecht, erscheint dies nicht nötig. Anders verhält es sich im Suchmaschinenfall: Es erscheint angemessen, dass alle Suchmaschinen neutral funktionieren, d.h. nicht eigene Dienste auf intransparente Art und Weise bevorzugen. In diesem Sinn hat die Europäische Kommission einen allgemeinen Verordnungsvorschlag für das Verhältnis Plattform-to-Business (P2B) vorgelegt: Unternehmen sollen von On-

---

<sup>32</sup> Ein Zettabyte ist eine eins mit 21 Nullen, oder um eine derzeit bekanntere Masseinheit zu verwenden, eine Milliarde Terabytes. Noch höher hat *Google* bei seiner Namensgebung gegriffen: Ein Googol entspricht einer 1 mit 100 Nullen.

<sup>33</sup> S. die Schätzungen in International Data Corporation, *Data Age 2025: The Evolution of Data to Life-Critical*, Framingham 2017, abrufbar unter <[www.seagate.com/www-content/our-story/trends/files/Seagate-WP-DataAge2025-March-2017.pdf](http://www.seagate.com/www-content/our-story/trends/files/Seagate-WP-DataAge2025-March-2017.pdf)>.

line-Plattformen fair behandelt werden. Beispielsweise sollen Online-Vermittlungsdienste transparente Nutzungsbedingungen aufstellen, die Gründe für die Sperrung eines gewerblichen Nutzers im Voraus darlegen und allgemeine Kriterien für das Ranking von Produkten in Suchergebnissen festlegen. Ausserdem macht der Text Vorgaben für den Einsatz von Meistbegünstigungsklauseln und die Streitbeilegung.<sup>34</sup>

Hier zeigt sich, dass die kartellrechtliche Fallpraxis wichtige Anstösse zur Verbesserung des allgemeinen Rahmens geben kann. Gleichzeitig wird deutlich, dass sektorspezifischer Regulierungsbedarf nicht zur Modifizierung der universell anwendbaren Regeln des Kartellrechts führen sollte, sondern in passenden Spezialgesetzen umzusetzen ist. Das Beispiel Big Data demonstriert, dass das Kartellrecht hinreichend flexibel ist, um die Wettbewerbsprobleme der digitalen Ökonomie sachgerecht zu lösen. Voraussetzung hierfür ist die adäquate Erfassung der technologischen Entwicklung und deren ökonomische Analyse auf neuestem Forschungsstand.

---

<sup>34</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten vom 26. April 2018, COM (2018) 238 final.