
Zusammenspiel von Datenschutz und Kartellrecht

Neue Herausforderungen in digitalen Märkten

10. Tagung zum Datenschutz, Zürich, 8. Februar 2017

Dr. Monique Sturny, LL.M.

walderwyss rechtsanwälte

Übersicht

1. Neue Herausforderungen in digitalen Märkten
2. Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen
3. Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
4. Fazit und Ausblick

Neue Herausforderungen in digitalen Märkten

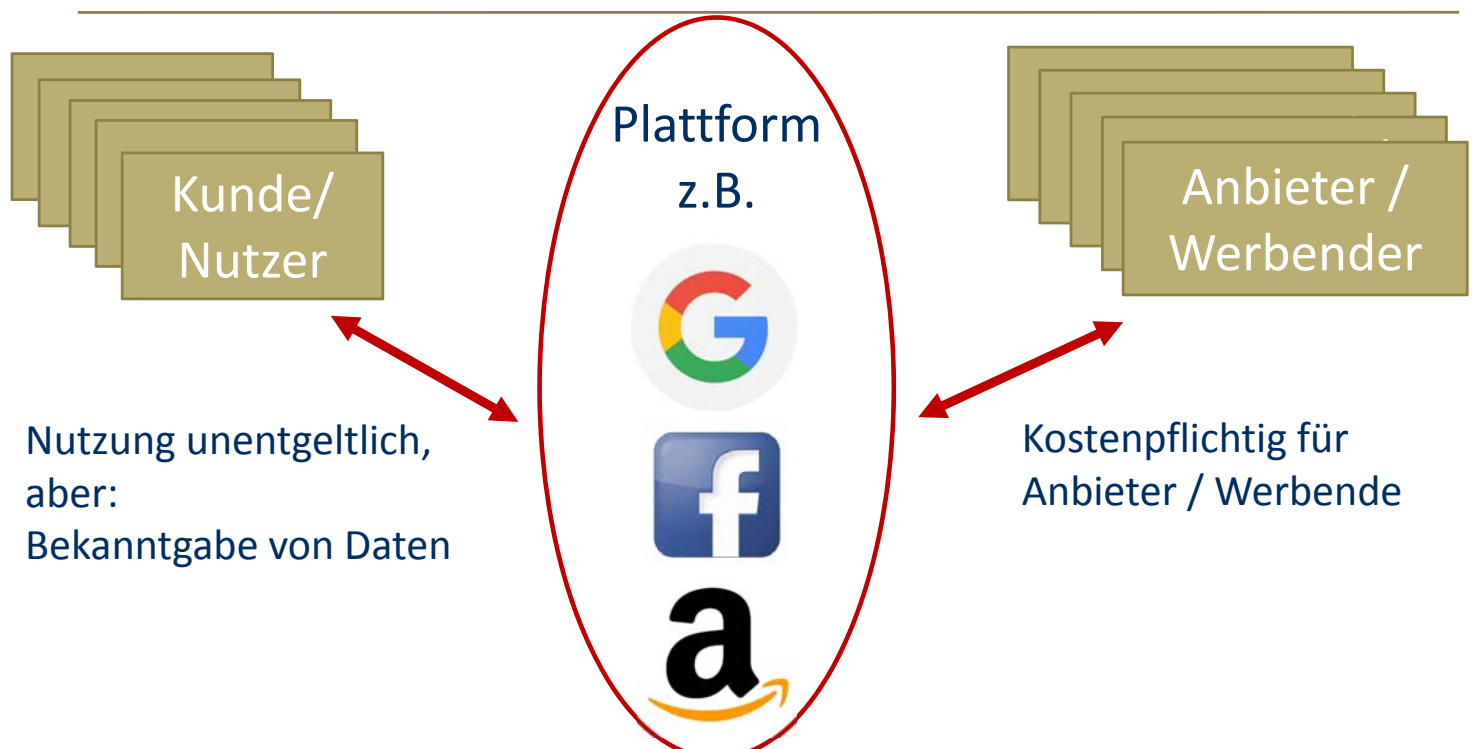
Big Data und die Macht des Datenbesitzes



Behördliche/legislatorische Vorstösse betr. Daten im Bereich Kartellrecht: u.a.

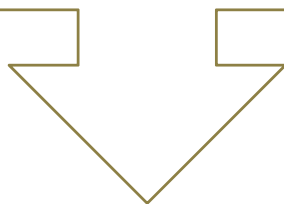
- Bundesrat, Bericht über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft, 2017 («BRDW»)
- 9. GWB-Novelle, Regierungsentwurf
- BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016
- BKartA/Autorité de la concurrence, Competition Law and Data, 2016
- Monopolkommission, 68. Sondergutachten: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015

Digitale Plattformen – zweiseitige Märkte



Digitale Plattformen – Charakteristika

- Direkte und indirekte Netzwerkeffekte
- Skaleneffekte
- Wechselkosten und Lock-in-Effekte
- Markteintrittsschranken



Konzentrationstendenz / Marktmacht

Big Data

- Big Data: Ambivalenz
 - Kann effizient sein, kostensparend, bessere/passendere Angebote für Kunden
 - Kann Marktmacht verleihen, gegenüber Konsumenten, aber auch gegenüber Konkurrenten
- Informations- und Machtasymmetrie
- Daten für den Konsumenten oft als wertlos betrachtet
 - ↔ enormer Wert aggregierter Daten für Unternehmen

Datenschutz- und kartellrechtliche Einordnung

	Datenschutz	Kartellrecht
Zweck	<ul style="list-style-type: none">- Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Datensubjekte- Recht auf informationelle Selbstbestimmung	<ul style="list-style-type: none">- Schutz des wirksamen Wettbewerbs,- Schutz vor volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen
Mittel	Richtlinien der Datenbearbeitung, u.a. <ul style="list-style-type: none">- Zweckbindung,- Verhältnismässigkeit,- Transparenz, Informationspflichten Erhöhter Schutz: bes. schützenswerte Daten u. Persönlichkeitsprofile	Drei Säulen: <ul style="list-style-type: none">- Unzulässige Wettbewerbsabreden- Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Durchsetzung	Durch EDÖB <ul style="list-style-type: none">- Empfehlungen (DSG 29 III)- De lege ferenda: Verfügungskompetenz (E-DSG 43 I)	Durch WEKO und dessen Sekretariat <ul style="list-style-type: none">- Verfügungskompetenz- Sanktionskompetenz für schwerwiegende Verstösse (KG 49a)

Wann wird Datenschutz kartellrechtlich relevant?

Hauptsächlich diskutierte Themen:

- Missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen
- Zusammenschlusskontrolle

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Marktbeherrschungsbegriff – KG 4 II

² Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.⁹

- Marktbeherrschung in digitalen, zweiseitigen Märkten?
 - Ausübung der Kontrolle über Big Data-Bestände
 - Aber: oft hohe Dynamik und Innovation
 - **Nutzermarkt:** Wechseln Konsumenten bei einer Verschlechterung der AGB/Datenschutzbestimmungen? Möglichkeit der Datenportabilität?
 - **Werbe-/Anbietermarkt:** Bestehen alternative Absatzkanäle?

Missbrauchsbegriff – KG 7

Art. 7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

¹ Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt **andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern** oder **die Marktgegenseite benachteiligen**.

² Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Missbrauchsformen – Beispiel: Behinderung von Konkurrenten

- Kann ein marktbeherrschender Plattform-Betreiber verpflichtet werden, Konkurrenten Zugang zu Big Data-Beständen zu gewähren?
- Verweigerung des Zugangs zu Big Data-Beständen als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (KG 7 II a)?
- Daten als «**Essential Facility**»?
 - Sofern Datenbestand nicht substituierbar
 - Nur mit unverhältnismässig hohem Aufwand reproduzierbar
- Bsp. «analoger» Markt: Autorité de la Concurrence i.S. GDF Suez, 2014: betr. Öffnung des Gasmarktes; ehemaliger Monopolist verfügt über grosse Datenbestände (Kundenlisten)
- Verpflichtung zum Zugang zu Datenbeständen: datenschutzrechtliche Schranken: **Opt-out-Möglichkeit für Nutzer**

Voraussetzungen
meist nicht erfüllt

Missbrauchsformen – gegenüber Konsumenten – Beispiel 1

Preisdifferenzierungen durch marktbeherrschende Unternehmen

⇒ Personalisierte Rabattaktionen / Abschöpfung der Zahlungsbereitschaft gestützt auf Big Data-Analysen

- Diskriminierung von Kunden bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen? KG 7 II b (Handelspartner) / KG 7 I
- «Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln»
- Weigerung der Preisgabe von Daten durch Konsument darf nicht zu sachlich nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung führen
- Schwierigkeit: Welchen Wert haben Daten?

Missbrauchsformen – gegenüber Konsumenten – Beispiel 2

Verfahren der dt. Monopolkommission gegen Facebook (eröffnet im März 2016). Vorwurf:

- Sammeln unangemessen vieler Daten
- ungenügende Aufklärung der Nutzer über die Verwendung der Daten
- Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (KG 7 II c)?
- Verstoss gegen DSG 4 (Transparenz, Zweckbindung, Verhältnismässigkeit)
- Verletzung eines anderen Rechtsgebietes (hier: DSG) als Grundlage für die Feststellung eines Kartellverstosses? Vgl. EuGH i.S. *AstraZeneca*

Zusammenschlusskontrolle - Aufgreifkriterien

- Schwellenwerte für eine Meldepflicht nach KG, u.a.:

Art. 9 Meldung von Zusammenschlussvorhaben

¹ Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

- die beteiligten Unternehmen einen **Umsatz** von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und
- mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen **Umsatz** in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

Zusammenschlusskontrolle - Aufgreifkriterien

- Zusammenschlüsse im Bereich «Big Data», z.B.



- Übernahme WhatsApp durch Facebook für rund 21,8 Mia. USD



- Übernahme LinkedIn durch Microsoft für rund 26 Mia. USD

- Zielgesellschaft mit bisher geringem Umsatz, aber wertvollen Daten
- Meist keine Meldepflicht, da umsatzbezogene Schwellenwerte nicht erreicht werden

Zusammenschlusskontrolle - Aufgreifkriterien

Einführung eines Transaktionsgrössentests:

- Bericht des Bundesrates v. 11.1.17 (S. 166, 177)
 - => nächster Schritt: Prüfung durch WBF (SECO)
- 9. GWB-Novelle: FUKO wird auf Fälle ausgeweitet, bei denen der Wert der Gegenleistung (i.d.R. Kaufpreis) > € 400 Mio. (§ 35 Abs. 1a E-GWB)
- Öffentliche Konsultation (- 13.1.17) der EU Kommission zur Änderung der EU-FKVO

Zusammenschlusskontrolle – Eingreifkriterien

– KG 10 II:

² Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

Zusammenschlusskontrolle - Eingreifkriterien

- Bsp. - JV Admeira von Swisscom/SRG/Ringier
- Facebook/WhatsApp
- Zusammenschlusskontrolle: **Rein wettbewerbsrechtliche Beurteilung**
- Zweiseitige Märkte bei digitalen Plattformen:
 - Beurteilt wird primär die Marktseite **der Anbieter / Werbemärkte**
 - Stellungnahme WEKO i.S. SRG/Swisscom/Ringier, S. 40: «Die Nutzerseite bleibt durch das Zusammenschlussvorhaben unberührt. Daher werden keine Nutzermärkte abgegrenzt.»

Zusammenschlusskontrolle

- Kartellrechtliche Sicht:
 - Vorschlag der verstärkten Berücksichtigung der zukünftigen Entwicklung der Märkte
 - Vorschlag der Abgrenzung von Märkten für die Nutzung von Online-Dienstleistungen unter Preisgabe von Daten
- Datenschutzrechtliche Sicht:
 - Behördenkoordination/Stellungnahme EDÖB:
vgl. E-DSG 40 II
 - Datenschutz-Folgeabschätzung, vgl. E-DSG 16

Fazit und Ausblick

Digitale Märkte – Fazit und Ausblick

- Ziele aus datenschutzrechtlicher Sicht
 - Informations- und Machtasymmetrien abbauen
 - Herrschaft über eigene Daten: Wahl- und Kontrollmöglichkeiten für Nutzer
- Ziele aus kartellrechtlicher Sicht:
 - Digitale Märkte offen halten
 - Faire Chance für Konkurrenten und Marktgegenseite zur Teilnahme am Leistungswettbewerb
 - Innovative Produkte zum «richtigen» Preis

Digitale Märkte – Fazit und Ausblick

- Datenschutzrechtliche Probleme sind grds. nicht über das Kartellrecht zu lösen
- Kartellrecht: «fit for purpose», aber im Bereich FUKO:
 - Einführung transaktionsbezogener Schwellenwerte
 - Einführung SIEC-Test
- Datenschutzrecht:
 - Einbezug EDÖB / Verfahrenskoordination: vgl. E-DSG 40 II
 - Frage der Durchsetzung / Wirksamkeit: vgl. E-DSG 43 I
 - Rechtzeitige Berücksichtigung: vgl. E-DSG 16 (Datenschutz-Folgeabschätzung)

Fragen / Diskussion

Dr. Monique Sturny, LL.M.

Walder Wyss AG

Seefeldstrasse 123

8034 Zürich

Telefon direkt: +41 58 658 56 56

monique.sturny@walderwyss.com