

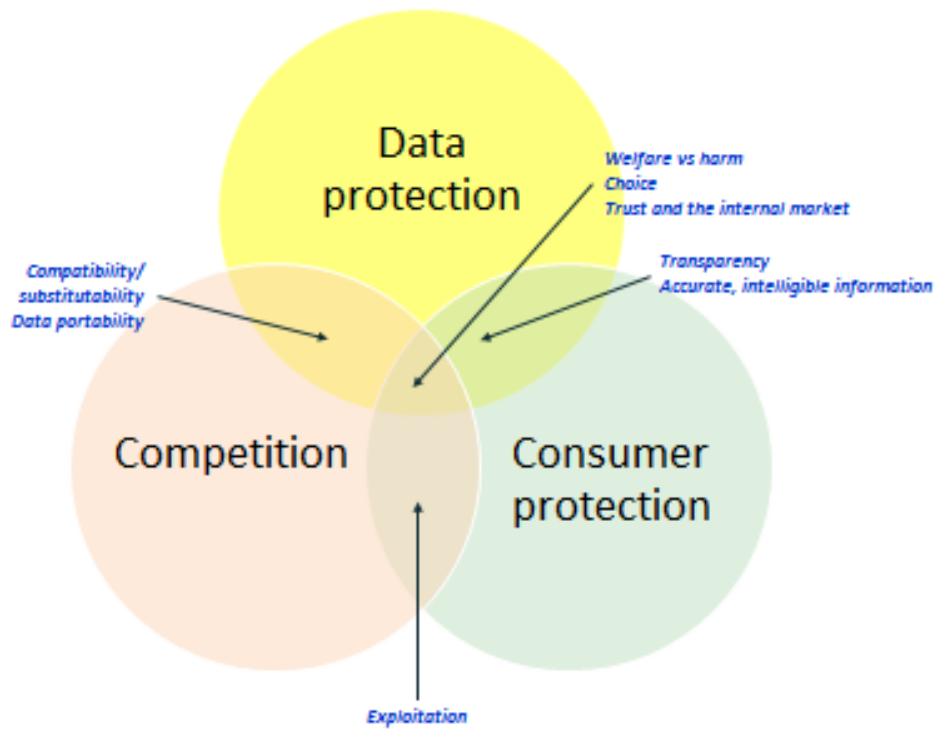


*Vorläufige                    Stellungnahme                    des                    Europäischen  
Datenschutzbeauftragten*

**Privatsphäre und Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter von „Big  
Data“:**

**das Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und  
Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft**

**März 2014**



Data protection	Datenschutz
Compatibility/substitutability	Kompatibilität/Substituierbarkeit
Data portability	Datenübertragbarkeit
Competition	Wettbewerb
Exploitation	Ausnutzung
Consumer protection	Verbraucherschutz
Transparency	Transparenz
Accurate, intelligible information	Sachlich richtige und verständliche Informationen
Welfare vs harm	Nutzen / Schaden
Choice	Wahlmöglichkeiten
Trust and the internal market	Vertrauen und Binnenmarkt

### Zusammenfassung:

Den EU-Ansätzen in den Bereichen Datenschutz, Wettbewerb und Verbraucherschutz liegen gemeinsame Ziele zugrunde, wozu die Förderung des Wachstums, der Innovation und des Wohles der Verbraucher zählen. In der Praxis ist die Zusammenarbeit zwischen politischen Entscheidungsträgern in diesen verschiedenen Bereichen jedoch beschränkt.

Online-Dienste sind zu einem Wachstumsmotor der digitalen Wirtschaft geworden. Viele dieser Dienste werden als „Gratis“-Dienste beworben, sehen aber in Wirklichkeit eine „Bezahlung“ in Form personenbezogener Daten der Kunden vor. Eine Untersuchung der Kosten und des Nutzens, die bei diesem Austausch sowohl für die Verbraucher als auch für die Unternehmen anfallen, ist längst überfällig.

Ein engerer Dialog zwischen den Regulierungsbehörden und den Fachleuten über die politischen Grenzen hinweg kann nicht nur die Durchsetzung der Wettbewerbs- und Verbraucherschutzbestimmungen fördern, sondern auch für eine Belebung des Marktes für Dienstleistungen zur Erhöhung des Schutzes der Privatsphäre sorgen.

## Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung.....	6
2.	Big Data, personenbezogene Daten: das „Erdöl“ der digitalen Wirtschaft .....	8
2.1.	Personenbezogene „Big Data“ als Vermögenswerte .....	9
2.2.	Eine Währung zum Kauf von „Gratis“-Dienstleistungen.....	11
2.3.	Geschäftsmodelle zur Wertschöpfung aus personenbezogenen Big Data.....	11
2.4.	Ein unterentwickelter Markt für Dienstleistungen zur Erhöhung des Datenschutzes .....	12
3.	Rechtlicher Rahmen.....	12
3.1.	Datenschutz .....	13
3.1.1.	Das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten.....	13
3.1.2.	Personen, die Gegenstand von datenschutzrechtlichen Pflichten sind .....	15
3.1.3.	Legitime und vereinbarte Zwecke der Datenverarbeitung.....	16
3.1.4.	Einwilligung und Rechte auf Auskunft, Zugang zu den Daten und Datenübertragbarkeit .....	16
3.1.5.	Aufsicht, Durchsetzung, Sanktionen und Zugang zu Rechtsmitteln .....	17
3.2.	Wettbewerb.....	18
3.2.1.	Ziele der EU-Wettbewerbsvorschriften .....	18
3.2.2.	Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften und Marktmacht.....	19
3.2.3.	Definition des Begriffs „relevanter Markt“ .....	20
3.2.4.	Der Begriff der Verbraucherwohlfahrt bei Anwendung der Wettbewerbsregeln .....	21
3.2.5.	Aufsicht, Durchsetzung, Sanktionen und Zugang zu Rechtsmitteln .....	25
3.3.	Verbraucherschutz .....	26
3.3.1.	Anforderung der Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus ..	26
3.3.2.	Verpflichtungen zur Fairness und Bereitstellung sachlich richtiger Informationen.....	27
3.3.3.	Aufsicht, Durchsetzung, Sanktionen und Zugang zu Rechtsmitteln .....	28
4.	<i>Schnittstellen zwischen Wettbewerbsrecht, Verbraucherschutz und Datenschutz</i> .....	29
4.1.	Relevante Märkte und Marktmacht in der digitalen Wirtschaft .....	30
4.1.1.	Märkte für Dienstleistungen, die unter Preisgabe persönlicher Informationen bezahlt werden .....	30
4.1.2.	Messung digitaler Marktmacht .....	31
4.2.	Digitale Marktmacht und Überlegungen zum Wohl der Verbraucher .....	33
4.2.1.	Bewertung von Fusionen .....	33
4.2.2.	Zugang zu Märkten und Input durch Wettbewerber .....	35
4.2.2.	Zugang zu Märkten und Input durch Wettbewerber .....	35
4.2.3.	Datenschutz als Faktor der Verbraucherwohlfahrt .....	36
4.2.4.	Abhilfen in Wettbewerbsentscheidungen .....	36

4.3.	Vernetzte Durchsetzung zur Erleichterung der Festlegung immer höherer Anforderungen an die Vorschriften zum Schutz der Privatsphäre .....	37
4.3.1.	Förderung des Rechts auf Schutz der Privatsphäre als Wettbewerbsvorteil	38
4.3.2.	Wahlmöglichkeiten der Verbraucher, Einwilligung und Transparenz .....	39
4.3.3.	Kontrolle über die eigenen Informationen .....	41
4.4.	Überwachung und Durchsetzung.....	42
5.	Schlussfolgerung: Es besteht Bedarf an weiteren Untersuchungen und Erörterungen ..	43

## **Privatsphäre und Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter von „Big Data“:**

### **das Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft**

#### **1. Einleitung**

1. Die digitale Wirtschaft bringt viele Vorteile für die Verbraucher und die Bürger mit sich. Online-Dienste bieten ungeahnte Möglichkeiten für soziale Kontakte, Innovation und effiziente Problemlösungen. Gleichzeitig legen die Benutzer dieser Dienste jedoch enorme Mengen von Daten über sich selbst offen. Die Menge und Vielfalt der gewonnenen Daten können nicht mithilfe traditioneller Technologien zur gezielten Datensuche (*Data Mining*) und Analyse verarbeitet werden, die Kontrolle dieser Informationen ist jedoch inzwischen – dank der als „Big Data“ bekannt gewordenen Entwicklung – einfacher geworden.<sup>1</sup> Für die wichtigsten Akteure auf den Internetmärkten ist die Nutzung von „Big Data“ zu einem wesentlichen Machtfaktor geworden. Nicht alle „Big Data“ sind personenbezogene Daten, aber für viele Onlineangebote, die als „kostenlos“ dargestellt oder betrachtet werden, stellen persönliche Informationen eine Art unerlässliche Währung dar, die zur Bezahlung dieser Dienstleistungen verwendet wird. Neben den Vorteilen bergen diese Wachstumsmärkte folglich auch spezifische Risiken für das Wohl der Verbraucher und im Hinblick auf die Rechte auf Schutz der Privatsphäre und auf Datenschutz.
2. Die EU-Grundsätze und -Vorschriften zu Datenschutz, Wettbewerb und Verbraucherschutz sind so konzipiert, dass sie das Florieren des Binnenmarktes fördern und den Einzelnen schützen. Eine größere Konvergenz bei der Anwendung der verschiedenen Politikbereiche könnte dazu beitragen, dass die von der Big-Data-Wirtschaft aufgeworfenen Herausforderungen besser angegangen werden. Bislang wurden diese Politikbereiche jedoch in der Regel parallel zueinander weiterentwickelt mit nur geringer Interaktion im Hinblick auf gemeinsame Anliegen.<sup>2</sup> Ferner haben

---

<sup>1</sup> „Big Data“ sind gigantische digitale Datensätze im Besitz von Unternehmen, Regierungen und anderen großen Organisationen, die mittels Algorithmen intensiv analysiert werden: siehe dazu Stellungnahme 03/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Zweckbindung, S. 35. Eine alternative Definition von Big Data lautet wie folgt: „*datasets whose size is beyond the ability of typical database software tools to capture, store, manage, and analyse*“ (Datensätze, deren Größe über die Erfassungs-, Speicherungs-, Verwaltungs- und Analysefähigkeit typischer Datenbanksoftwaretools hinausgehen“); McKinsey Global Institute, Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity, Juni 2011. In dieser vorläufigen Stellungnahme wird „Big Data“ als Kurzbezeichnung für die Kombination aus massiver Erfassung personenbezogener Daten und Analyse vielfältiger hochvolumiger Datenbestände verwendet.

<sup>2</sup> In dieser vorläufigen Stellungnahme werden die Themen beleuchtet, die vom EDSB anlässlich eines Seminars in Brüssel am 13. Juni 2013 vorgestellt wurden [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2013/13-06-13\\_Speech\\_CB\\_Brussels\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2013/13-06-13_Speech_CB_Brussels_EN.pdf). Eine Debatte zu diesen Themen fand 2010 anlässlich der 32. Internationalen Konferenz der Datenschutzbeauftragten in Jerusalem statt. Außerdem hielt der Vizepräsident der Kommission Joaquín Almunia im November 2012 eine Rede mit dem Titel „Competition and privacy in markets of data“ (Wettbewerb und Privatsphäre in Datenmärkten) [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-860\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-860_en.htm)). Im Februar 2013 rief der Generaldirektor für Justiz der Kommission anlässlich der 4. Internationalen Wettbewerbskonferenz *Neue Grenzen des Kartellrechts zum Thema „Personenbezogene Daten“: Kollidiert das Wettbewerbsrecht mit der Privatsphäre?* dazu auf, dem Zusammenspiel zwischen

sich die Politikgestalter und Regulierungsbehörden bislang vorwiegend auf Märkte für Produkte und Dienstleistungen konzentriert, die gegen Geld ausgetauscht werden. Da Verbraucher und Unternehmen sich den kontinuierlichen technologischen Änderungen anpassen und diese zugleich antreiben, sind die Politikgestalter und Regulierungsbehörden aufgerufen, Schritt zu halten, was auch in der jüngsten politischen Verpflichtung zur „Vollendung“ des „digitalen Binnenmarktes“ zum Ausdruck gebracht wurde.<sup>3</sup>

3. Der EDSB fördert eine „Kultur des Datenschutzes“ in den Organen und Einrichtungen der EU, in denen den Datenschutzgrundsätzen in allen maßgeblichen Politik- und Rechtsbereichen Rechnung getragen wird.<sup>4</sup> Als Beitrag zur Erreichung dieses Ziels wird mit dieser vorläufige Stellungnahme versucht, den Dialog zwischen Experten und Praktikern, auch in den Organen der EU und nationalen Regulierungsbehörden, in den Bereichen Wettbewerb und Verbraucher- und Datenschutz anzuregen. Die Ansichten und Ideen, die im Rahmen dieses Dialogs zum Ausdruck gebracht werden, werden vom EDSB in einer Folgestellungnahme analysiert werden, die auch Empfehlungen für Maßnahmen enthalten wird.
4. In Kapitel 2 dieser Stellungnahme werden zu Beginn die Trends der digitalen Wirtschaft und die Rolle personenbezogener Daten im Zeitalter von „Big Data“ erläutert. In Kapitel 3 werden die relevanten Aspekte der EU-Vorschriften zum Datenschutz, Wettbewerb und Verbraucherschutz behandelt. Kapitel 4 enthält eine Analyse der Wechselwirkungen zwischen den drei Politikbereichen:
  - wie die Kontrolle der persönlichen Informationen zur Marktmacht in der digitalen Wirtschaft beiträgt und welche Auswirkungen dies auf den Datenschutz hat;

---

Datenschutz und Wettbewerbsrecht mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Françoise Le Bail: Protection de la vie privée et des données personnelles: l'Europe à l'avant garde, *Concurrences Revue des droits de la concurrence: Competition Law Journal: Demain la concurrence New Frontiers of Antitrust Colloque 1 Concurrences*, N° 2-2013. Eine ähnliche Debatte ist auch in den Vereinigten Staaten im Gange, insbesondere seit der Entscheidung der Federal Trade Commission zum Zusammenschluss zwischen Google und DoubleClick (siehe Fußnote 76) und der abweichenden Meinung des Ausschussmitglieds Jones Harbour.

[http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour\\_0.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf); eine aktuelle Analyse von Frau Harbour ist in ihrem Aufsatz „The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law“, in *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?* hg. v. Hijmans, H. und Kranenborg, H., 2014, S. 225-234 enthalten.

<sup>3</sup> Der Europäische Rat vom Oktober 2013 hat sich zur Vollendung des digitalen Binnenmarktes bis 2015 verpflichtet, wozu auch die Schaffung der richtigen Rahmenbedingungen für einen Binnenmarkt für Big Data und Cloud-Computing zählt, indem E-Government, E-Health, E-Invoicing und E-Procurement entwickelt und die elektronische Identifizierung und vertrauenswürdige Dienste, E-Invoicing und Zahlungsdienste beschleunigt werden sowie die Übertragbarkeit von Inhalten und Daten gewährleistet wird; [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/139197.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/139197.pdf). Der EDSB hat eine Stellungnahme zur EU-Leitinitiative „Digitale Agenda für Europa“ herausgegeben; [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2013/13-04-08\\_Digital\\_Agenda\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2013/13-04-08_Digital_Agenda_EN.pdf)

<sup>4</sup> Siehe EDSB-Strategie 2013-2014: „Für Exzellenz im Datenschutz“; [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Strategy/13-01-22\\_Strategy\\_DE.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Strategy/13-01-22_Strategy_DE.pdf). Zusätzlich zu den Stellungnahmen, die regelmäßig in Bezug auf Rechtsetzungsvorschläge oder Schlüsseldokumente der Kommission oder anderer Organe oder Einrichtungen gemäß Artikel 28 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und als Teil seiner beratenden Rolle für die Einrichtungen und Organe der Union und betroffene Personen zu allen Fragen im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 41 Absatz 2 abgegeben werden, kann der EDSB in Eigeninitiative beschließen, Empfehlungen auszusprechen als Beitrag zur Debatte über rechtliche und gesellschaftliche Entwicklungen, die wesentliche Auswirkungen auf den Schutz personenbezogener Daten haben können. Siehe beispielsweise die Stellungnahme des EDSB zur Beziehung zwischen dem Cloud Computing und dem Rechtsrahmen des Datenschutzes, ABl. C 253, 3.9.2013, S. 1. Ähnliche Empfehlungen können auch in anderen Problembereichen ausgesprochen werden.

- welche Risiken Unternehmenszusammenschlüsse und der Missbrauch der beherrschenden Stellung für die Verbraucher bergen, wenn Unternehmen enorme Mengen personenbezogener Daten verarbeiten und
- wie das Wachstum eines lebendigen Marktes für Dienste zum Schutz der Privatsphäre<sup>5</sup> gefördert werden kann durch eine Stärkung der Möglichkeit der Verbraucher, gut informiert eine Wahl zu treffen.

Es wird unterstrichen, wie wichtig gemeinsame Denkprozesse, Durchsetzung und Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden auf internationaler, EU- und nationaler Ebene sind.<sup>6</sup>

5. Abschließend ist in Kapitel 5 ein Ausblick enthalten auf mögliche politische Antworten. Die Kommission, die nationalen Aufsichtsbehörden, Interessenvertretungsgruppen und Anwälte werden darin aufgefordert, dieses Thema eingehender und umfassender zu erörtern. Zu Beginn eines jeden Abschnitts wird der Leser mithilfe von Aufzählungspunkten und Querverweisen durch die Schlüsselargumente und Schnittpunkte zwischen den drei Bereichen des EU-Rechts geführt. Der Anhang dieses Dokuments enthält eine Zusammenfassung dieser Schnittstellen.

## 2. Big Data, personenbezogene Daten: das „Erdöl“ der digitalen Wirtschaft

- *Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen setzen enorme Mengen personenbezogener Daten zur Entwicklung von Dienstleistungen ein, aber anders als dies bei anderen immateriellen Vermögenswerten der Fall ist, schlagen diese nur selten zu Buche.*
- *„Gratis“-Onlinedienste werden durch die Nutzung personenbezogener Daten „bezahlt“, deren Wert auf insgesamt über 300 Milliarden Euro geschätzt wurde, wobei Prognosen davon ausgehen, dass sich diese Zahl bis 2020 verdreifachen wird.*
- *Trotz der Risiken, die im Hinblick auf die personenbezogenen Daten natürlicher Personen bestehen, die diese Dienste in Anspruch nehmen, ist der Markt für Dienstleistungen zur Erhöhung des Datenschutzes weiterhin relativ schwach entwickelt.*

---

<sup>5</sup> Technologien zum Schutz der Privatsphäre wurden von der Kommission definiert als „ein kohärentes System von IKT-Maßnahmen zum Schutz der Privatsphäre durch Eliminierung oder Verminderung personenbezogener Daten oder durch Vermeidung einer unnötigen und/oder unerwünschten Verarbeitung von personenbezogenen Daten ohne Verlust der Funktionalität des betreffenden Informationssystems.“ „Über die Verbesserung des Datenschutzes durch Technologien zum Schutz der Privatsphäre“, KOM(2007) 228 endgültig. In diesem Dokument wird der Begriff „Dienstleistungen zum Schutz der Privatsphäre“ verwendet in Bezug auf Verbraucherdienstleistungen, die ausgehend von einer solchen Technologie konzipiert wurden.

<sup>6</sup> Dies umfasst auch die Zusammenarbeit innerhalb und zwischen dem globalen Netzwerk für die Durchsetzung des Datenschutzrechts (Global Privacy Enforcement Network, GPEN), dem International Competition Network sowie eine engere Kooperation zwischen den EU-Behörden und der US Federal Trade Commission.



---

*Der Wettbewerb nimmt auf den wichtigen digitalen Märkten häufig eine recht charakteristische Form an. Zum einen ist festzustellen, dass der Wettbewerb zwischen Geschäftsmodellen oder Plattformen stärker ausgeprägt zu sein scheint als derjenige innerhalb eines Geschäftsmodells, da der Wettbewerb zwischen den Plattformen häufig zu einer Situation führt, in der der Gewinner alles für sich beansprucht. Mit anderen Worten kann das virtuell unvermeidliche Ergebnis des Erfolgs die beherrschende Stellung oder selbst das Monopol sein. Zweitens sind die digitalen Märkte häufig durch starke Netzeffekte und Größen- und Verbundvorteile gekennzeichnet, welche dieses Merkmal des Wettbewerbs, der zur Marktbeherrschung führt, noch unterstreichen. Drittens sind digitale Märkte zweiseitig, weshalb zwei oder mehr Gruppen von Nutzern von der Nutzung der digitalen Plattform profitieren. So werden beispielsweise Suchmaschinen sowohl von Personen verwendet, die so Zugang zu Informationen im Internet erhalten, als auch von Werbetreibenden, um Zugang zu den Nutzern zu erlangen ...*

OECD, The Digital Economy, Februar 2013.

---

## **2.1. Personenbezogene „Big Data“ als Vermögenswerte**

6. Die digitale Wirtschaft zeichnet sich durch ein starkes, dynamisches Wachstum, eine ständige Neuentwicklung von Dienstleistungen, eine starke Marktkonzentration unter Beteiligung einiger weniger dominanter Akteure und ein noch stärkeres Ungleichgewicht zwischen großen Gesellschaften auf der einen Seite und KMU und dem einzelnen Nutzer auf der anderen aus.<sup>7</sup> Dieses Wachstum geht in allen Wirtschaftsbereichen Hand in Hand mit einem exponentiellen Anstieg des Werts der Daten und mit Fortschritten bei der gezielten Datensuche und -analyse sowie mit einem massiven Anstieg der Rechenleistung und Datenspeicherkapazität.
7. Gemäß einer kürzlich veröffentlichten Studie betrachten sich 57 % der untersuchten Unternehmen als Unternehmen, die „Big Data“ im Sinne von „sehr großen Datensätzen“ verarbeiten, wozu Streaming-Daten von Rechnern, Sensoren, Web-Applikationen und sozialen Medien zählen können.<sup>8</sup> In einem Prozess, der als „Datification“ bezeichnet wird, werden täglich rund 2,3 Billionen Gigabyte Daten erfasst und mit anderen Daten aggregiert, wobei die Daten selbst zur Grundlage unterschiedlichster Dienstleistungen werden, vom Fitness Tracker bis zum Global Mapping.<sup>9</sup> Big Data sind aber mehr als nur personenbezogene Daten: Sie umfassen auch aggregierte und anonyme Daten. Selbst wenn die Unternehmen davon ausgehen, dass der größte Teil ihrer Daten keine personenbezogenen Daten sind, ist es heutzutage in Wirklichkeit selten der Fall, dass Daten, die durch Aktivitäten der Nutzer generiert werden, vollständig und unwiderruflich anonymisiert sind.<sup>10</sup> Die

---

<sup>7</sup> Siehe Stellungnahme des EDSB zur Mitteilung der Kommission „Freisetzung des Cloud-Computing-Potenzials in Europa“, 16. November 2013.

<sup>8</sup> Die Studie des Data Warehousing Institute von 2013 war auf Datenmanagementexperten ausgerichtet; es gingen dabei insgesamt 693 Antworten aus unterschiedlichen Bereichen ein, wie Finanzdienstleistungen, Consulting, Software / Internet, Gesundheitswesen und Versicherung, wobei die Teilnehmer zu 48 % in den Vereinigten Staaten und zu 20 % in Europa ansässig waren; Russom, P., TDWI Best Practices Report: Managing Big Data, Fourth Quarter 2013.

<sup>9</sup> Quelle der geschätzten täglichen Datenerzeugung: IBM. Siehe Mayer-Schönberger, V., und Cukier, K. (2013), Big Data, A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think, S. 94 – 97.

<sup>10</sup> Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe 4/2007 vom 20. Juni 2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“ (WP 136).

mehr als 369 Millionen Internetbenutzer in der EU<sup>11</sup> generieren enorme Mengen persönlicher Informationen durch ihre Aktivitäten in sozialen Medien, beim Spielen, in Suchmaschinen, beim E-Commerce und im Rahmen sonstiger Dienste. Zu den Informationen über Teilnehmer eines bestimmten Online-Dienstes zählen auch der Name, das Geschlecht, persönliche Präferenzen, Standort, E-Mail-Adressen, IP-Adressen und Surf-Chronik. Dies wird genutzt, um in bestehende Kundenbeziehungen zu investieren und um neue Kunden zu gewinnen.

8. Während in der Vergangenheit Daten bei Erbringung eines bestimmten Dienstes erfasst wurden, besteht heute – nach Aussage eines Kommentators – der Mehrwert von Big Data *„in the potential to uncover new correlations for new potential uses once the data have been collected ... [which] may have nothing to do with the original purposes for which the data were collected“* (im Potenzial neue Wechselbeziehungen für neue potenzielle Zwecke aufzudecken, nachdem die Daten erfasst wurden, die unter Umständen nichts mit den ursprünglichen Zwecken zu tun haben, zu denen die Daten erfasst wurden).<sup>12</sup> Schätzungen dieses Mehrwerts führen – je nach Kontext und Methode – zu unterschiedlichen Ergebnissen: Die Einnahmen oder das Nettoeinkommen pro Eintrag/Nutzer zweier globaler Gesellschaften, deren Geschäftsmodelle auf personenbezogenen Daten basieren, liegen Berechnungen zufolge bei 3-5 EUR pro Jahr;<sup>13</sup> während der digitale Wert der Daten der EU-Verbraucher auf 315 Milliarden EUR im Jahr 2011 geschätzt wird. Es wird davon ausgegangen, dass dieser Betrag bis 2020 auf 1 Billion EUR ansteigen wird.<sup>14</sup>
9. Das Ausmaß, in dem die Unternehmen in der Lage sind, die persönlichen Datensätze zu nutzen und zu Geld zu machen, ist umstritten. Dennoch sind persönliche Informationen zu einem wesentlichen immateriellen Vermögenswert geworden, der zu Zwecken der Wertschöpfung eingesetzt wird, ähnlich wie dies bei Urheberrechten, Patenten, geistigem Kapital und dem Firmenwert der Fall ist.<sup>15</sup> Häufig ist gerade dies der wertvollste Vermögenswert, wie die letzten vielbeachteten globalen Börsengänge

---

<sup>11</sup> Miniwatts Marketing Group (Zahl basiert auf EU-27).

<sup>12</sup> Moerel L., Eröffnungsansprache Tilburg Law School, Big Data Protection: How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof, 14.2.2014.

<sup>13</sup> Siehe OECD (2013), Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, OECD Digital Economy Papers, No. 220, OECD Publishing. Die vor kurzem bekannt gewordene Übernahme von Whatsapp durch Facebook im Wert von 19 Milliarden USD entspricht einem Preis von 30 EUR für jeden der 450 Millionen Benutzer des Messaging-Dienstes. Die Europäische Kommission hat noch nicht entschieden, ob dieser Fall Gegenstand eines Fusionskontrollverfahrens sein wird. (<http://www.bloomberg.com/news/2014-02-20/facebook-s-whatsapp-deal-seen-avoiding-u-s-antitrust-challenge.html>, eingesehen am 10.3.2014).

<sup>14</sup> Boston Consulting Group, The Value of our Digital Identity, November 2012. <http://www.libertyglobal.com/PDF/public-policy/The-Value-of-Our-Digital-Identity.pdf> (eingesehen am 5.3.2014).

<sup>15</sup> Dies wurde von der Kommission erkannt. *„Today, personal data are a type of asset for companies“* (Personenbezogene Daten sind heute eine Art von Vermögenswert für Gesellschaften) (Rede des Vizepräsidenten Almunia, „Competition and personal data protection“ (Wettbewerb und Schutz personenbezogener Daten), 26. November 2012); *„... big data is not just a new sector, but a new asset class“* (Big Data sind nicht nur einfach eine neue Branche, sondern eine neue Anlageklasse). *„One that sits as a pillar of our economy, like human resources or financial capital“* (Eine, die einen Pfeiler unserer Wirtschaft darstellt, wie die Humanressourcen oder das Finanzkapital) (Rede von Vizepräsidentin Kroes, Big Data for Europe, 7.11.2013). Siehe auch: Veröffentlichung des World Economic Forum „Personal Data: The Emergence of a New Asset Class“, 2011. Im International Financial Reporting Standards Framework wird der Begriff „Vermögenswert“ wie folgt definiert: „Ein Vermögenswert ist eine Ressource, die auf Grund von Ereignissen der Vergangenheit in der Verfügungsmacht des Unternehmens steht und von der erwartet wird, dass dem Unternehmen aus ihr künftiger wirtschaftlicher Nutzen zufließt.“ Obgleich dies nicht Gegenstand dieses Dokuments ist, haben die Enthüllungen über die Überwachungstätigkeiten von Regierungsorganisationen ebenfalls belegt, dass der Wert persönlicher Informationen weit über geschäftliche Interessen hinausgeht.

und Zusammenschlüsse in der digitalen Wirtschaft bewiesen haben. Anders als dies bei anderen immateriellen Vermögenswerten der Fall ist, scheint der Wert personenbezogener Informationen, die sich im Besitz einer Gesellschaft befinden, jedoch nicht aus deren Bilanz hervorzugehen.<sup>16</sup>

## 2.2. *Eine Währung zum Kauf von „Gratis“-Dienstleistungen*

10. Bei vielen digitalen Dienstleistungen wie E-Mail und Suchmaschinen, die von fast jedem Internetbenutzer verwendet werden, vermitteln die Unternehmen den Eindruck, dass diese kostenlos zur Verfügung gestellt werden; in Wirklichkeit wird jedoch von den Benutzern erwartet, dass sie wertvolle persönliche Informationen preisgeben, um die Dienstleistungen nutzen zu können. Die Verbraucher geben im Rahmen ihrer Online-Aktivitäten detailreiche Informationen über ihre Vorlieben preis, wodurch der Einzelne (und nicht nur Gruppen) sehr viel präziser als zuvor ins Visier genommen werden kann. Folglich sind persönliche Informationen für die Verbraucher eine Art „Währung“ und manchmal sogar die einzige Währung im Tausch gegen Online-Dienstleistungen.<sup>17</sup>

## 2.3. *Geschäftsmodelle zur Wertschöpfung aus personenbezogenen Big Data*

11. Es wurde eine Wertschöpfungskette identifiziert, die folgende vier Ebenen umfasst<sup>18</sup>: (1) Erfassung und Zugang, (2) Speicherung und Aggregation, (3) Analyse und Verteilung und (4) Verwendung personenbezogener Datensätze. Entlang dieser Wertschöpfungskette muss davon ausgegangen werden, dass eine Vielzahl von natürlichen Personen, Unternehmen, öffentlichen Einrichtungen und gemeinnützigen Organisationen diese Daten einsehen und verarbeiten. Dazu zählen Datenbroker, die beim Handel mit persönlichen Informationen zwischen den für die Verarbeitung Verantwortlichen vermitteln,<sup>19</sup> und Cloud-Computing-Anbieter (für Applikations- und Speicherdienstleistungen).
12. Bei der Verwendung und Nutzung von Big Data verlassen sich die Unternehmen oft auf zwei- oder mehrseitige Plattformen oder Geschäftsmodelle zur Querfinanzierung von gesonderten Dienstleistungen, die zwei oder mehr getrennten Benutzergruppen zur Verfügung gestellt werden, d.h. Benutzern von „Gratis“-Diensten auf der einen

---

<sup>16</sup> Siehe OECD, Innovation Strategy and sources of growth.

<sup>17</sup> „Personal data is the currency of today's digital market“ (Personenbezogene Daten sind die Währung des heutigen digitalen Marktes), Rede der Vizepräsidentin der Kommission Reding, The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age – Innovation Conference Digital, Life, Design, München, 22. Januar 2012. „Profit maximising firms do not provide products for free unless it helps them make money somewhere else“ (Profitorientierte Unternehmen stellen keine Produkte kostenlos zur Verfügung, es sei denn, dies ermöglicht es ihnen, anderswo Geld zu machen); Evans, D., S. (2011), The Antitrust Economics of Free, University of Chicago Working Paper No 555, 2011.

<sup>18</sup> Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), „Exploring the Economics of Personal Data“, 2013.

<sup>19</sup> Daten- oder Informationsbroker erfassen personenbezogene Daten über Verbraucher und verkaufen diese Informationen an andere Organisationen unter Einsatz einer Vielzahl öffentlicher und nichtöffentlicher Quellen, einschließlich Strafregistern, Website-Cookies und Kundenbindungsprogrammen zur Erstellung von Profilen der einzelnen Personen zu Marketingzwecken und zum Verkauf an Unternehmen, die zielgerichtete Werbung und Sonderangebote erstellen wollen. Abgesehen vom allgemeinen Recht auf Auskunft gemäß Datenschutzrichtlinie (siehe Absatz 25) gibt es keine Rechtsvorschriften, die es einem Datenbroker explizit vorschreiben würden, die von ihnen gesammelten Informationen und die ausgehend davon erstellten Kundenprofile mit ihren Kunden zu teilen. In den USA ist diese Branche kontinuierlich Gegenstand von Strafverfolgungsmaßnahmen und Maßnahmen zur Einholung von Informationen sowie zur Sensibilisierung seitens der Federal Trade Commission; siehe

[http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-entitled-what-information-do-data-brokers-have-consumers/131218databrokerstestimony.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-entitled-what-information-do-data-brokers-have-consumers/131218databrokerstestimony.pdf) (eingesehen am 10.3.2014).

Seite und Unternehmen und insbesondere Werbetreibenden auf der anderen Seite. Durch die Bereitstellung kostenloser Dienstleistungen konkurrieren diese Unternehmen um die Aufmerksamkeit und Kundenbindung der Personen, die diese Dienste in Anspruch nehmen und personenbezogene Daten von hohem geschäftlichem Wert generieren. Es können Unterscheidungen getroffen werden zwischen den Benutzern mit Angeboten, die von kostenlosen Grunddiensten bis hin zu Premium-Diensten reichen, welche auf diejenigen Unternehmen ausgerichtet sind, die bereit sind, dafür zu bezahlen.<sup>20</sup>

13. Noch einträglicher ist jedoch die Möglichkeit, die von diesen Unternehmen erfassten Informationen an Werbetreibende zu verkaufen, häufig über Datenbroker, bzw. Werbeflächen zum Schalten von Anzeigen neben den Suchergebnissen zu kaufen. Werbe-, Beratungs- und statistische Dienstleistungen hängen von den Informationen ab, die von digitalen Unternehmen zur Erstellung von Online-Benutzerprofilen verwendet werden, was wiederum ein effizienteres *Behavioural Targeting* (verhaltensorientierte Werbung) möglich macht.<sup>21</sup> Dieser Prozess unterscheidet sich von früheren Marketingansätzen, bei denen die Werbung beispielsweise auf unvollkommen segmentierte Gruppen von Fernsehzuschauern abstellte.

#### **2.4. *Ein unterentwickelter Markt für Dienstleistungen zur Erhöhung des Datenschutzes***

14. Big Data versprechen große Vorteile für die Gesellschaft in Bereichen, die sich von der Unterhaltungsindustrie über Transportdienstleistungen bis hin zur Gesundheit und zum Energiesparen erstrecken. Wenn jedoch personenbezogene Daten betroffen sind, bergen sie auch große Risiken für diejenige natürliche Person, auf die sich diese Daten beziehen.<sup>22</sup> Trotz dieses erhöhten Risikos ist der Markt für Dienstleistungen zur Erhöhung des Datenschutzes in der digitalen Wirtschaft immer noch schwach entwickelt. Obgleich viele Verbraucher technisch immer versierter sind, scheinen die meisten sich nicht darüber bewusst zu sein, wie tief in ihre Internetsuchen und E-Mails eingedrungen wird, werden die Informationen über ihre Online-Aktivitäten doch registriert, analysiert und durch die Dienstleistungsanbieter zu Geld gemacht. Bislang haben nur relativ wenige Unternehmen der digitalen Wirtschaft erkannt, dass die Erhöhung des Schutzes der Privatsphäre in Bezug auf die von ihnen angebotenen Dienstleistungen auch finanzielle Vorteile haben kann.<sup>23</sup>

### **3. Rechtlicher Rahmen**

- *Die getrennten Vorschriften zur Regelung des Datenschutzes, Wettbewerbs und Verbraucherschutzes verfolgen gemeinsam zwei Ziele: den Schutz und die Förderung des Wohls des Einzelnen und die Erleichterung der Schaffung des Binnenmarktes.*
- *Zweck der Wettbewerbsregeln sind das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes und das Wohl der Verbraucher; eine Beurteilung dieser Regeln*

---

<sup>20</sup> Diesen Diensten stehen andere Internetdienste gegenüber wie Wikipedia, die wirklich kostenfrei und werbefrei sind, obgleich die Benutzer aufgefordert werden können, zur Unterstützung dieser Dienste Geld zu spenden.

<sup>21</sup> Geradin, D. und Kuschewsky, M. (2013), Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue, SSRN.

<sup>22</sup> Siehe beispielsweise Pentland, A., Social Physics: How Good Ideas Spread—The Lessons from a New Science, (Penguin, 2014) und die Erörterung der Vorteile und Risiken in Polonetsky, J. und Omer, T., Privacy and Big Data: Making Ends Meet, 66 Stanford Law Review Online, 25, 3.10.2013.

<sup>23</sup> Siehe Abschnitt 4.3. Eine Erörterung des Mechanismus, der dazu führt, dass die Tendenz zum Status quo uns dazu verleitet, datenschutzfreundliche Voreinstellungen nur ungern in Frage zu stellen, ist in Moerel enthalten (wie oben in Fußnote 12 zitiert).

*muss unter Berücksichtigung des allgemeinen Rahmens der Ziele und Werte der EU erfolgen.*

- *Ziel der Verbraucherschutzbestimmungen ist es, irreführende Angaben über Produkte und Dienstleistungen zu verbieten, insbesondere bei solchen, die als „kostenlos“ vermarktet werden.*

15. Zu den wichtigsten Zielen der EU zählen die Schlüsselwerte der Förderung des Friedens und des Wohlergehens ihrer Bürger sowie ihre wirtschaftliche Mission, wozu ein Raum der Freiheit ohne Binnengrenzen und ein Binnenmarkt mit freiem, unverfälschtem Wettbewerb zählen.<sup>24</sup> Die von der EU in den Bereichen des Datenschutzes, des Wettbewerbs und des Verbraucherschutzes angenommenen Vorschriften finden auf Wirtschaftsbeteiligte und Mitgliedstaaten Anwendung<sup>25</sup> und tragen diesen Schlüsselwerten und der wirtschaftlichen Mission auf unterschiedliche Weise und ausgehend von unterschiedlichen Rechtsgrundlagen im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Rechnung. Es gibt getrennte Aufsichtsbehörden auf nationaler und EU-Ebene, und die Einhaltung der Vorschriften der einen Ebene bedeutet nicht zwangsläufig die Einhaltung der anderen, noch bedeutet die Nichteinhaltung der Vorschriften der einen Ebene die Verletzung derjenigen der anderen. Die Zwecke der drei Bereiche konvergieren jedoch und dieser Konvergenzpunkt steht im Mittelpunkt dieses Abschnitts.

### **3.1. Datenschutz**

#### **3.1.1. Das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten**

*Siehe auch: Abschnitte 3.2.1 (Ziele der EU-Wettbewerbsvorschriften) und 3.3.1 (Anforderung der Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus)*

16. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens der Bürger, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation, wie dies in Artikel 7 der Charta der Grundrechte gewährt wird, schützt die natürliche Person in erster Linie vor der staatlichen Einflussnahme. In Artikel 8 wird der Schutz personenbezogener Daten als ein getrenntes Recht formuliert. Dies geht über den bloßen Schutz vor Einflussnahme durch den Staat hinaus. Es handelt sich hierbei um ein proaktives Recht, das die natürliche Person dazu befugt, davon auszugehen, dass ihre Informationen von *jedem* und nicht nur dem Staat nur dann verarbeitet werden, wenn bestimmte wesentliche Anforderungen erfüllt sind, die in Artikel 8 Absätze 2 und 3 genannt sind. Dies macht es erforderlich, dass die Verarbeitung rechtmäßig und nach Treu und Glauben und zu einem spezifischen Zweck erfolgt, dass sie für die Person, die Recht auf Auskunft und Berichtigung ihrer Daten hat, transparent ist und dass die Rechte der Kontrolle seitens einer unabhängigen Behörde unterliegen.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Artikel 3 Vertrag über die Europäische Union.

<sup>25</sup> Öffentliche Einrichtungen, die in den Mitgliedstaaten personenbezogene Daten verarbeiten, unterliegen den Pflichten, die in der Datenschutzrichtlinie verankert sind, außer im Hinblick auf Verarbeitungen, die in Ausübung von Tätigkeiten erfolgen, die nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen oder im Zusammenhang mit der Sicherheit des Staates, der Verteidigung oder der öffentlichen Sicherheit (einschließlich der wirtschaftlichen Gesundheit des Staates im Fall von Staatssicherheitsfragen betreffenden Aktivitäten) und mit Tätigkeiten des Staates im Bereich des Strafrechts stehen; Artikel 3 der Datenschutzrichtlinie. Die in Artikel 107-109 AEUV enthaltenen Vorschriften über staatliche Beihilfen zielen darauf ab, Maßnahmen der Mitgliedstaaten selbst und nicht der Unternehmen zu kontrollieren, die den Wettbewerb oder Handel zwischen Mitgliedstaaten verzerren können.

<sup>26</sup> Siehe Kokott, J. und Sobotta, C., The Distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR, International Data Privacy Law, 2013, Vol. 3, No. 4, S. 222-228.

17. Artikel 16 AUEV enthält Vorschriften über den Datenschutz und zum freien Datenverkehr im Binnenmarkt. Obgleich die **Richtlinie 95/46/EG** (die „Datenschutzrichtlinie“) ausgehend von einer anderen Rechtsgrundlage angenommen wurde, ist sie derzeit immer noch das Kernstück der auf diesem Artikel basierenden Rechtsvorschriften. Sie schreibt ein Abwägen zwischen der Kontrolle über die eigenen persönlichen Informationen und dem freien Datenverkehr im Binnenmarkt vor. Das Europäische Parlament und der Rat erörtern derzeit die Vorschläge für einen neuen Rechtsrahmen, der von der Kommission im Januar 2012 vorgeschlagen wurde.<sup>27</sup> In diesem Rahmen enthält die **Richtlinie 2002/58/EG** spezifische Vorschriften zum Datenschutz in Bezug auf digitale Technologien und elektronische Kommunikationsdienste, wobei insbesondere Folgendes festgestellt wurde: „Die erfolgreiche grenzüberschreitende Entwicklung dieser Dienste hängt zum Teil davon ab, inwieweit die Nutzer darauf vertrauen, dass ihre Privatsphäre unangetastet bleibt“ (Erwägungsgrund 5).<sup>28</sup>
18. Der Begriff personenbezogene Daten wird in Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie 95/46/EG definiert als „alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person“. Dies umfasst alle Informationen, die sich auf die Identität, die Merkmale oder das Verhalten einer Person beziehen, oder die verwendet werden zur Bestimmung oder Beeinflussung der Weise, auf welche diese Person behandelt oder bewertet wird.<sup>29</sup> Die Identität kann mithilfe verschiedener Techniken verschleiert werden, beispielsweise durch Verschlüsselung, aber es ist in der Regel möglich, derart „pseudonymisierte“ Daten zurückzuverfolgen auf die natürliche Person und deshalb finden die Datenschutzvorschriften weiterhin Anwendung.<sup>30</sup> Alle natürlichen Personen kommen als betroffene Personen in den Genuss dieses Rechtsschutzes, ungeachtet der Tatsache, ob sie als Verbraucher eines bestimmten Dienstes gelten. In einigen Fällen sind auch juristische Personen geschützt, beispielsweise dann, wenn durch die offizielle Bezeichnung der juristischen Person oder sonstige Informationen eine oder mehrere natürliche Personen bestimmbar werden.<sup>31</sup>
19. Das Recht auf Schutz personenbezogener Daten ist kein absolutes Recht, sondern muss „im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen werden“.<sup>32</sup> Gemäß Artikel 52 Absatz 1 der Grundrechtecharta müssen Einschränkungen der Ausübung

---

<sup>27</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) KOM(2012) 11 endgültig.

<sup>28</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. L 201, S. 37.

<sup>29</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, Dokument WP 105, Arbeitspapier „Datenschutzfragen im Zusammenhang mit der RFID-Technik“, 19.1.2005, S. 8.

<sup>30</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136, angenommen am 20. Juni 2007, S. 18-21.

<sup>31</sup> Siehe Urteil des EuHG in den verbundenen Rechtssachen, *Volker und Schecke und Eifert gegen Land Hessen* (C-92/09 und C-93/09), Slg. 2010, S. I-11063, Randnr. 53. Die Datenschutzrichtlinie (Artikel 2 Buchstabe a) sieht den Schutz personenbezogener Daten aller bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Personen vor. Dies wird in der von der Kommission vorgeschlagenen allgemeinen Datenschutz-Grundverordnung so beibehalten (Erwägungsgrund 12 und Artikel 4 Absatz 1). Bestimmte nationale Gerichtsbarkeiten (Dänemark, Italien, Luxemburg und Österreich) dehnen den Schutz auf juristische Personen aus; Korff, D. (im Auftrag der Europäischen Kommission), *Study on the protection of the rights and interests of legal persons with regard to the processing of personal data relating to such persons*, 1998; [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/legal\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/legal_en.pdf).

Die Richtlinie 2002/58/EG sieht in Artikel 1 Absatz 2 explizit den Schutz der berechtigten Interessen von Teilnehmern elektronischer Kommunikationsdienste vor, bei denen es sich um juristische Personen handelt.

<sup>32</sup> *Schecke*, Randnr. 48.



der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein, den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten und dürfen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

### **3.1.2. Personen, die Gegenstand von datenschutzrechtlichen Pflichten sind**

*Siehe auch: Abschnitt 3.2.2 Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften*

20. Zur Schaffung gleicher Ausgangsbedingungen finden die EU-Datenschutzbestimmungen gleichermaßen auf alle für die Verarbeitung Verantwortlichen Anwendung, die in der EU niedergelassen sind oder die auf Mittel zurückgreifen, die im Gebiet der EU gelegen sind.<sup>33</sup> Die von der Kommission vorgeschlagene Datenschutz-Grundverordnung sieht vor, dass der territoriale Anwendungsbereich der EU-Bestimmungen auf alle für die Verarbeitung Verantwortlichen ausgedehnt wird, die Waren oder Dienstleistungen anbieten und das Verhalten der in der EU ansässigen Personen beobachten.<sup>34</sup> Diese Erklärung scheint angesichts des globalen Informationsaustausches, zu dem es in der digitalen Wirtschaft kommt, angemessen. Ein Vergleich kann vorgenommen werden mit den EU-Wettbewerbsbestimmungen, die überall dort Anwendung finden, wo das Verhalten eines Unternehmens den Binnenmarkt beeinflussen könnte, unabhängig vom Ort seiner Niederlassung (siehe Absatz 32).
21. Alle Unternehmen, die für die Verarbeitung Verantwortliche sind, sind zum Schutz personenbezogener Daten verpflichtet, ungeachtet ihrer Größe oder sogar marktbeherrschenden Stellung. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat jedoch vor kurzem Folgendes festgestellt: *„The greater the amount and sensitivity of data held and available for disclosure, the more important [is] the content of the safeguards to be applied at the various crucial stages in the subsequent processing of the data.“* (Je mehr Daten zur Verfügung stehen und offenbart werden können und je sensibler diese sind, desto wichtiger ist der Inhalt der Schutzmaßnahmen, die in den verschiedenen wesentlichen Phasen der folgenden Datenverarbeitung angewandt werden.) Viele Datenschutzbestimmungen können folglich als skalierbar betrachtet werden unter Berücksichtigung der Menge, Komplexität und des Eingriffs in die Privatsphäre der Verarbeitungen personenbezogener Daten durch das Unternehmen und sind folglich von besonderer Relevanz für mächtige Gesellschaften, die Big Data verwalten.<sup>35</sup> Dies entspricht dem Konzept der „besonderen Verantwortung“, die Unternehmen in einer beherrschenden Stellung bei der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt haben, worauf im Folgenden noch näher eingegangen wird (siehe Punkt 33).<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 95/46/EG.

<sup>34</sup> Siehe Artikel 3 Absatz 1 und 2: Es sei angemerkt, dass das Europäische Parlament darum bemüht ist, zu klären, dass der Anwendungsbereich das Anbieten von Waren und Dienstleistungen „gegen Entgelt oder unentgeltlich“ umfassen sollte [Passage, die dem Erwägungsgrund 20 hinzugefügt wurde], um so jeden Zweifel darüber zu beseitigen, dass „Gratis“-Onlinedienste, wie Suchfunktionen oder soziale Medien, eindeutig in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen.

<sup>35</sup> EGMR, 13. November 2012, 24029/07, *M.M. gegen Vereinigtes Königreich*, Randnr. 200.

<sup>36</sup> In der von der Kommission vorgeschlagenen Datenschutz-Grundverordnung sind weniger administrative Verpflichtungen für kleine und mittlere Unternehmen vorgesehen; siehe Erwägungsgrund 11 des Vorschlags der Kommission. Der Entwurf der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zum Vorschlag sieht geringere Verpflichtungen für diejenigen für die Verarbeitung Verantwortlichen vor, die Daten in Bezug auf weniger als 5 000 betroffene Personen pro Jahr verarbeiten.

### **3.1.3. Legitime und vereinbare Zwecke der Datenverarbeitung**

*Siehe auch: Abschnitt 3.2.3. Definition des Begriffs „relevanter Markt“*

22. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Datenschutzverordnung sieht vor, dass personenbezogene Daten nur „für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden (dürfen)“. Dieser Grundsatz der Zweckbindung ist erforderlich, um das Vertrauen, die Vorhersehbarkeit, Rechtssicherheit und transparente Verwendung personenbezogener Daten durch die für die Verarbeitung Verantwortlichen sicherzustellen.<sup>37</sup> Eine weitere Verarbeitung zu einem sekundären Zweck ist nicht verboten, aber der sekundäre Zweck darf nicht „unvereinbar“ sein mit den Zwecken, zu denen die Daten erfasst wurden. Die Unterscheidung zwischen einer vereinbarten und einer unvereinbaren Verarbeitung personenbezogener Daten ist im Datenschutzrecht oft komplex und schwierig. Während in der Richtlinie die Verarbeitung zu anderen Zwecken nicht notwendigerweise verboten wird, sprach sich die Artikel-29-Datenschutzgruppe für eine Bewertung der Vereinbarkeit ausgehend vom Kontext, in dem die Daten erfasst werden, den verständlichen Erwartungen der betroffenen Personen, der Art der zur Rede stehenden personenbezogenen Daten, den Auswirkungen der weiteren Verarbeitung und den Datenschutzgarantien für die betroffene Person aus.
23. Das Konzept der Vereinbarkeit kann verglichen werden mit dem der Substituierbarkeit, das bei Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen herangezogen wird, um festzustellen, welche Produkte als auf demselben Markt konkurrierend betrachtet werden können. Im Kontext der digitalen Wirtschaft ist es denkbar, dass eine Gesellschaft Daten zu dem Zweck erfasst, einen bestimmten Dienst auf einem Markt anzubieten, und diese Daten weiterverarbeitet, um bei der Erbringung eines anderen Dienstes auf einem separaten Markt zu konkurrieren (siehe Punkt 58).

### **3.1.4. Einwilligung und Rechte auf Auskunft, Zugang zu den Daten und Datenübertragbarkeit**

*Siehe auch: Abschnitte 3.2.4 (Wohl des Verbrauchers bei Anwendung der Wettbewerbsregeln) und 3.3.2 (Verpflichtung zur Bereitstellung sachlich richtiger Informationen)*

24. Die Verarbeitung personenbezogener Daten bedarf einer Rechtsgrundlage. Eine derartige Rechtsgrundlage kann die freiwillige, ohne jeden Zweifel und in Kenntnis der Sachlage erteilte Einwilligung der betroffenen Person zur spezifischen Datenverarbeitung sein.<sup>38</sup> Stillschweigen oder Untätigkeit allein, wie im Fall von Standardeinstellungen von sozialen Online-Netzwerken oder Web Browsern, können nicht als Rechtsgrundlage gelten. Die Einwilligung sollte vor der Datenverarbeitung eingeholt werden und erst nachdem der für die Verarbeitung Verantwortliche die betroffene Person klar und verständlich über die Datenverarbeitungen unterrichtet hat. Die Einwilligung kann entzogen werden. In diesem Fall sollten alle personenbezogenen Daten der betroffenen Person gelöscht werden, sofern es keine

---

<sup>37</sup> Dieser Abschnitt basiert auf der Analyse, die im Arbeitspapier der Artikel-29-Datenschutzgruppe 03/2013 zur Zweckbindung, WP 2003, angenommen am 2. April 2013, enthalten ist.

<sup>38</sup> Artikel 2 Buchstabe h der Datenschutzrichtlinie. Siehe Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe 15/2001 zur Definition der Zustimmung, WP 187, angenommen am 13. Juli 2011.



andere Rechtsgrundlage gibt, welche die weitere Aufbewahrung der Daten rechtfertigt.<sup>39</sup>

25. Natürliche Personen haben das Recht, über die Verarbeitung ihrer persönlichen Informationen unterrichtet zu werden. Dazu zählen Angaben zur Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen, der Zweck oder die Zwecke der Verarbeitung, die Empfänger der Daten sowie ihre Rechte als betroffene Personen.<sup>40</sup> Gemäß Artikel 12 der Datenschutzrichtlinie haben die betroffenen Personen das Recht auf Auskunft über sie betreffende Daten sowie auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten, sofern diese unvollständig oder unzutreffend sind. Die vorgeschlagene Reform (Artikel 18) baut dieses Recht weiter aus und sieht vor, dass die betroffene Person das Recht hat, eine Kopie der elektronisch verarbeiteten Daten zu verlangen, beispielsweise Profile sozialer Netzwerke und Kauf- und Suchdaten, und diese an ein anderes automatisiertes Verarbeitungssystem weiterzuleiten.
26. Dieses Recht auf Datenübertragbarkeit würde es den Benutzern erlauben, von einem Online-Dienst auf den anderen auf ähnliche Weise überzuwechseln, wie dies bei Teilnehmern von Telefondiensten der Fall ist, die den Anbieter wechseln können, aber ihre Telefonnummer beibehalten.<sup>41</sup> Außerdem würde die Datenübertragbarkeit es den Teilnehmern erlauben, ihre Daten an Dritte weiterzugeben, die andere Dienste mit Zusatznutzen anbieten. Zur Veranschaulichung sei folgendes Beispiel angeführt: Bei der Anwendung dieses Grundsatzes auf die intelligente Messung könnten Verbraucher ihre Energieverbrauchsdaten beim bestehenden Stromversorger herunterladen und dann einen Dritten beauftragen, ihnen darüber Auskunft zu geben, ob ein alternativer Anbieter angesichts des eigenen Stromverbrauchsmusters einen besseren Preis bieten könnte. Eine derartige Transparenz versetzt die natürlichen Personen in die Lage, ihre anderen Datenschutzrechte auszuüben, und kann als Entsprechung des Ziels der Vorschriften zur klaren und genauen Information der Verbraucher gesehen werden (siehe Abschnitt 3.3.2).

### **3.1.5. Aufsicht, Durchsetzung, Sanktionen und Zugang zu Rechtsmitteln**

*Siehe die Abschnitte 3.2.5 und 3.3.3 zur Aufsicht usw.*

27. In Artikel 8 Absatz 3 der Charta wird vorgegeben, dass die „Einhaltung dieser Vorschriften (...) von einer unabhängigen Stelle überwacht“ wird. In Artikel 16 Absatz 2 AEUV ist vorgesehen, dass Datenschutzvorschriften erlassen werden, deren Einhaltung „von unabhängigen Behörden überwacht“ wird. Artikel 28 Absatz 1 der Datenschutzrichtlinie schreibt vor, dass von den EU-Mitgliedstaaten eine oder mehrere öffentliche Stellen damit beauftragt werden, die Anwendung der von den Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften in ihrem Hoheitsgebiet zu überwachen.<sup>42</sup> Zu den Aufgaben der Datenschutzbehörden zählen auch die Behandlung von Beschwerden und die Durchführung von Untersuchungen. Sie können die Sperrung, Löschung oder

---

<sup>39</sup> Dies geht implizit aus der Datenschutzrichtlinie und explizit aus Artikel 6 Absatz 3 und Artikel 9 Absatz 1 der Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation in Bezug auf die Verarbeitung von Verkehrs- und Standortdaten durch öffentlich verfügbare elektronische Kommunikationsdienste hervor.

<sup>40</sup> Artikel 10 der Richtlinie 95/46/EG.

<sup>41</sup> Die „Nummernübertragbarkeit“ ist in Artikel 30 der Richtlinie 2002/22/EC über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) vorgesehen.

<sup>42</sup> Artikel 28 der Richtlinie 95/46/EG. Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtssache C 518/97 Kommission gegen Deutschland und in der Rechtssache C-614/10 die Anforderung im Hinblick auf die völlige Unabhängigkeit der Datenschutzbehörde weit ausgelegt. Siehe auch Artikel 47 der vorgeschlagenen Datenschutz-Grundverordnung, KOM (2012) 11 endgültig.

Vernichtung von Daten oder das vorläufige oder endgültige Verbot einer Verarbeitung anordnen.

28. Jede Person hat das Recht auf eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit bei Missachtung der im Rahmen der Richtlinie garantierten Rechte (Artikel 22) und auf Ersatz möglicher Schäden, die aufgrund einer unzulässigen Verarbeitung entstehen (Artikel 23). Die Höhe der potenziellen Strafen bei Missachtung der Vorschriften ist in den verschiedenen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich geregelt: In Kroatien beläuft sich die Strafe auf mindestens 10 000 HRK (EUR 1 131), während die Behörde des Vereinigten Königreichs Strafen von bis zu 500 000 GBP (597 000 EUR) erheben kann. In der Praxis werden Opfer einer unrechtmäßigen Verarbeitung durch die Dauer und die Kosten des Verfahrens und die fehlenden Kenntnisse über die Datenschutzvorschriften und Rechte davon abgehalten, Rechtsmittel einzulegen, obgleich es zu ermutigenden Entwicklungen gekommen ist.<sup>43</sup> Die von der Kommission vorgeschlagene Verordnung sieht auch die Einführung von Verwaltungsstrafen vor, die proportional zum Jahresumsatz der Gesellschaft berechnet werden und die bei Verletzungen der Datenschutzverpflichtungen, wie der unrechtmäßigen Offenbarung an eine andere Organisation, anwendbar wären.<sup>44</sup> Dies scheint dem Ansatz im Hinblick auf Strafen zu folgen, die im Falle von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen verhängt werden (siehe Absatz 45 unten).
29. Anders als bei Fusionsfällen gemäß Wettbewerbsvorschriften (siehe Absatz 52 unten), kann eine Gesellschaft, sofern Datenschutzprobleme auftreten, die Personen in mehr als einem Mitgliedstaat betreffen, gleichzeitig Gegenstand von Untersuchungen mehrerer nationaler Behörden sein, die oft zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die nationalen Behörden kommen im Rahmen eines unabhängigen Beratungsorgans zusammen, das als Artikel-29-Datenschutzgruppe bekannt ist, zu deren Aufgaben die Förderung einer einheitlichen Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Datenschutzrichtlinie zählen, die jedoch keine formelle Rolle bei der Durchsetzung hat. In der vorgeschlagenen Datenschutz-Grundverordnung<sup>45</sup> sind deshalb Maßnahmen vorgesehen, welche die Kohärenz sicherstellen, wonach nur eine Behörde für die Ergreifung rechtsverbindlicher Entscheidungen gegen ein Unternehmen verantwortlich wäre, die Behörden zur Zusammenarbeit verpflichtet wären und ein neuer Europäischer Datenschutzausschuss Fragen mit EU-weiten Auswirkungen prüfen soll.

### **3.2. Wettbewerb**

#### **3.2.1. Ziele der EU-Wettbewerbsvorschriften**

*Siehe Abschnitte 3.1.1. (Grundrecht auf Datenschutz) und 3.3.1 (Anforderung der Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus)*

30. Das Wettbewerbsrecht betrifft die Verhaltensweisen von Unternehmen und die unzulässige Ausübung von Marktmacht. Es ist schon seit langer Zeit von zentraler Bedeutung für die EU und hat bei seiner Entwicklung verschiedene Phasen durchlaufen: Zu Beginn stellte es ein Mittel zur Vermeidung öffentlicher Hindernisse

---

<sup>43</sup> Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Access to data protection remedies in EU Member States, 2013. Im Februar 2014 kündigte die deutsche Bundesregierung an, dass Verbraucherschutzorganisationen künftig gegen Firmen klagen können sollen, die die nationalen Datenschutzvorschriften missachten. <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/verbraucherschutzminister-maas-kuendigt-verbandsklagerecht-an-a-952767.html>

<sup>44</sup> Artikel 31 und 32, KOM(2012) 11 endgültig.

<sup>45</sup> Artikel 58 bis 63, KOM(2012) 11 endgültig.

beim zwischenstaatlichen Handel dar, während es heute danach strebt, die erforderlichen Kontrollen bei Unternehmensfusionen und bei der Liberalisierung des öffentlichen Sektors zu gewährleisten.<sup>46</sup> Zu den wichtigsten Zielen zählen die Erhöhung der Effizienz des Binnenmarktes und des Wohls und der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher.<sup>47</sup> Es wurde sogar dahingehend argumentiert, dass der eigentliche Zweck des Wettbewerbsrechts darin bestehe, sicherzustellen, dass der Binnenmarkt alle angemessenen Wünsche der Verbraucher nach Wettbewerb erfüllt, nicht nur den Wunsch im Hinblick auf wettbewerbsfähige Preise, sondern auch den nach Vielfalt, Innovation, Qualität und anderen nicht preisbezogenen Vorteilen, wie dem Schutz des Rechts auf Privatsphäre.<sup>48</sup>

31. Zu diesem Zweck verbieten die Artikel 101 bis 106 des AEUV Absprachen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb verhindern oder verzerren, versuchen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern und verpflichten die Kommission dazu, Untersuchungen durchzuführen bei Fällen des Verdachts der Verletzung der Wettbewerbsgrundsätze. Auch die Artikel 107 bis 109 AEUV zielen darauf ab, gleiche Ausgangsbedingungen im gesamten Binnenmarkt zu schaffen, indem eine Vorzugsbehandlung bestimmter Unternehmen durch die Mitgliedstaaten unterbunden wird. Die EU ist in der Lage, angemessene Verordnungen oder Richtlinien unter Anwendung dieser Grundsätze und Vorschriften zu erlassen (Artikel 103, 106 und 109). Die bedeutendsten dieser Rechtsinstrumente sind die **Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates („Modernisierungsverordnung“)** für eine dezentrale Anwendung der Wettbewerbsvorschriften durch die nationalen Behörden und die **Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates („Fusionskontrollverordnung“)** zusammen mit der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013, welche die wichtigsten Vorschriften und Verfahren zur Beurteilung von Zusammenschlüssen enthalten.<sup>49</sup>

### 3.2.2. Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften und Marktmacht

*Siehe auch: 3.1.2 Personen, die den Datenschutzpflichten unterliegen*

32. Die EU-Wettbewerbsvorschriften gelten immer dann, wenn eine „Wirtschaftstätigkeit“ den „Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann“;

---

<sup>46</sup> Wesseling, R. (2000), *The Modernisation of EC Antitrust Law*, S. 48-9.

<sup>47</sup> Der EuGH definierte die Belange des Wettbewerbsrechts als das Verbraucherwohlbefinden, die Interessen der Konkurrenten und die Struktur des Marktes; Urteil des EuGH in den verbundenen Rechtssachen C-501/06P, C-515/06P und C-519/06P *GlaxoSmithKline Services Unlimited, vormals Glaxo Wellcome plc gegen Kommission*, Slg. 2009, S. I-9291, Randnr. 6.

<sup>48</sup> „First, privacy harms reduce consumer welfare, which is a principal goal of modern antitrust analysis. Second, privacy harms lead to a reduction in the quality of a good or service, which is a standard category of harm that results from market power“ (Erstens schaden Verletzungen der Privatsphäre dem Wohl der Verbraucher, das ein wesentliches Ziel der modernen kartellrechtlichen Analyse ist. Zweitens führen Verletzungen der Privatsphäre zu einer Minderung der Qualität einer Ware oder einer Dienstleistung, was eine Standardkategorie der Verletzung ist, die auf die Marktbeherrschung zurückgeht); Swire, P., *Protecting Consumers: Privacy matters in antitrust analysis*, CCTr. for Am. Progress, 19.10.2007. Siehe auch Lande, R., *The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern*, FTC: Watch, No. 714, 2008, University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2008-06; und Averitt, N., Lande, R. und Nihoul, P., „Consumer choice“ is where we are all going – so let’s go together, *Concurrences* No 2-2011.

<sup>49</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1, 4.1.2002, S. 1-25; Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24, 29.1.2004 (im Folgenden als die „Fusionskontrollverordnung“ bezeichnet); Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 336, 14.12.2013, S. 1-36.

der Anwendungsbereich ist nicht an den Ort der Niederlassung einer bestimmten Gesellschaft gebunden.<sup>50</sup> Zur Durchsetzung dieser Vorschriften ist oft eine Beurteilung der Marktmacht eines bestimmten Unternehmens sowie der Frage erforderlich, ob das Unternehmen eine beherrschende Stellung einnimmt. Die Kommission beurteilt die Marktmacht und die Marktstruktur durch Bewertung des Marktanteils, das heißt durch eine Bewertung der relativen Bedeutung der verschiedenen auf dem Markt tätigen Unternehmen.<sup>51</sup> Der entscheidende Faktor bei der Beurteilung des Marktanteils ist in der Regel der Umsatz einer Gesellschaft oder das Volumen oder der Wert der Gesamtumsätze des relevanten Produkts im relevanten Gebiet. Der Marktanteil wird dann unter Berücksichtigung der spezifischen Marktbedingungen ausgelegt.<sup>52</sup> Zur Messung des Marktanteils in einem spezifischen Sektor mit Relevanz für die digitale Wirtschaft wird in den Leitlinien der Kommission empfohlen, diejenigen Kriterien heranzuziehen, die angesichts der Merkmale des Marktes am geeignetsten erscheinen.<sup>53</sup>

33. Die Marktbeherrschung wird wahrscheinlich, wenn auch nicht unvermeidbar, wenn der Marktanteil eines Unternehmen 40 % oder mehr beträgt.<sup>54</sup> Die Kommission berücksichtigt auch Expansions- bzw. Markteintrittshindernisse, wobei als Beispiele genannt werden: Größen- und Verbundvorteile, bevorzugter Zugang zu Inputs und Kosten und andere Hemmnisse, die Abnehmer in Kauf nehmen müssen, wenn sie zu einem neuen Lieferanten wechseln.<sup>55</sup> Das Fallrecht hat eine „besondere Verantwortung“ seitens des beherrschenden Unternehmens eingeführt, das den Wettbewerb nicht behindern darf.<sup>56</sup> Ein Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, hat die Möglichkeit, seine geschäftlichen Interessen unter der Bedingung zu wahren, dass es seine beherrschende Stellung weder verstärkt noch missbraucht.

### 3.2.3. Definition des Begriffs „relevanter Markt“

*Siehe 3.1.3 Legitime und vereinbare Zwecke der Datenverarbeitung*

34. Die Definition des relevanten Marktes ist der erste Schritt der rechtlichen Analyse von Fällen wettbewerbswidriger Vereinbarungen, Zusammenschlüsse und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Dies erlaubt es den Wettbewerbsbehörden, die Marktteilnehmer zu identifizieren, d.h. die Anbieter, Kunden und Verbraucher und die Gesamtgröße des Marktes sowie den Marktanteil eines jeden Anbieters in Bezug auf

---

<sup>50</sup> Mitteilung der Kommission - Leitlinien zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, 2004/C 101/07

<sup>51</sup> Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02.

<sup>52</sup> Absatz 12 der Mitteilung der Kommission 2009/C/ 45/02.

<sup>53</sup> „Die Kriterien zur Berechnung des Marktanteils des oder der betroffenen Unternehmen hängen von den Merkmalen des relevanten Marktes ab. Ihre Festlegung ist Sache der NRB. Mögliche Kriterien zur Berechnung der relativen Marktmacht eines Unternehmens, z. B. auf dem Markt für Mietleitungen, sind Mieteinnahmen, die vermieteten Kapazitäten oder die Zahl der Netzabschlusspunkte von Mietleitungen“; Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, 2002/C 165/03, ABl. C 165, 11.7.2002. Die Veröffentlichung dieser Leitlinien war eine der Anforderungen der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste.

<sup>54</sup> Absatz 14 der Mitteilung der Kommission 2009/C/ 45/02. Der EuGH hat andere Faktoren bei der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung von Unternehmen berücksichtigt; siehe EuGH in den Rechtssachen C-27/76 *United Brands Company und Unit Brands Continental BV gegen Kommission*, Slg. 1978 und C-85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Kommission*, Slg. 1979.

<sup>55</sup> Absätze 16-18 der Mitteilung der Kommission 2009/C/ 45/02.

<sup>56</sup> Absatz 9 der Mitteilung der Kommission 2009/C/ 45/02.

das relevante Produkt oder den relevanten Dienst im relevanten Gebiet zu berechnen. Dabei werden in der Regel drei Variablen berücksichtigt:

- a. der Produktmarkt umfasst Produkte und Dienstleistungen, die vom Verbraucher als austauschbar oder substituierbar angesehen werden; diese Überlegung umfasst die angebotsseitige Substituierbarkeit, d. h. die Möglichkeit eines produktionsseitigen Wechsels;
- b. der geographische Markt umfasst das Gebiet, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet; und
- c. ein Zeithorizont, der die Änderungen des Verbraucherverhaltens und technologische Entwicklungen widerspiegelt.<sup>57</sup>

35. Bei der Bestimmung der Substituierbarkeit besteht bei der Kommission in diesem Bereich eine gewisse Flexibilität. Sie berücksichtigt nicht nur die Produktmerkmale und den vorgesehenen Verwendungszweck, sondern auch andere Faktoren, wie den Standpunkt von Kunden und Wettbewerbern, Nachweise für Kundenpräferenzen und das Bestehen verschiedener Kundenkategorien für das Produkt.<sup>58</sup>

#### **3.2.4. Der Begriff der Verbraucherwohlfahrt bei Anwendung der Wettbewerbsregeln**

*Siehe Abschnitte 3.1.4 (Einwilligung und Rechte auf Auskunft usw.) und 3.3.2 (Verpflichtungen zur Fairness und Bereitstellung sachlich richtiger Informationen)*

36. Die Verbraucherwohlfahrt wurde im EU-Recht nicht definiert und die Beziehung dieses Begriffs zur Markteffizienz wird gemeinhin nicht verstanden.<sup>59</sup> Der Europäische Gerichtshof hat in seinen Urteilen zu Wettbewerbsfällen nur selten auf die Verbraucherwohlfahrt Bezug genommen.<sup>60</sup> Nachdem dies vorausgeschickt wurde, sei darauf hingewiesen, dass die Kommission in ihren Leitlinien zur Durchsetzung der Vorschriften bezüglich des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung<sup>61</sup> ausführt, dass die Wohlfahrt nicht nur durch den Preis, sondern auch durch andere Faktoren beeinflusst wird, wie die Qualität und die Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers, was auch ein wichtiges Anliegen des Datenschutzes ist. Die Interessen des Verbrauchers

---

<sup>57</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft; 97/C 372/03, ABl. C 372/5. Entscheidung der Kommission vom 24. Juli 1991 in einem Verfahren nach Artikel 86 EWG-Vertrag (Sache IV/31.043 - Tetra Pak II) 92/163/EWG, ABl. L 072, 18.3.1992.

<sup>58</sup> Absätze 36-43 der Mitteilung der Kommission 97/C/ 372/03.

<sup>59</sup> In der Wirtschaftswissenschaft wird die Verbraucherwohlfahrt in der Regel definiert als die Einschätzung einer Person im Hinblick auf ihre Zufriedenheit mit den Vorteilen, die sie aus dem Verbrauch von Waren und Dienstleistungen im Vergleich zu den Preisen und zum Einkommen erzielt. Eine genaue Messung der Verbraucherwohlfahrt macht folglich Informationen über die individuellen Präferenzen erforderlich, siehe beispielsweise OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law. Siehe Skourtis, A. (2012), Is consumer welfare the (only) way forward? A re-appreciation of competition law objectives ante portas in both US and EU, University of Reading, Centre for Commercial Law and Financial Regulation, August 2012. Es wurden Argumente dahingehend vorgebracht, dass die Wettbewerbspolitik weitergehende soziale und politische Zielsetzungen verfolgen sollte; z.B. Stucke, M. E., Reconsidering Antitrust's Goals, Boston College Law Review, Vol. 53 2012, S. 551-629; Stucke, M. E., Reconsidering Competition, Mississippi Law Journal, Vol. 81, 2011, S. 107-188.

<sup>60</sup> Akman, P. (2008), "Consumer welfare" and Article 82EC: Practice and rhetoric, CCP Working Paper 08-25, Juli 2008.

<sup>61</sup> Artikel 19 der Mitteilung der Kommission 2009/C/ 45/02.

werden zumindest konzeptionell auch in jedem wichtigen Bereich der Wettbewerbsbestimmungen als Anliegen berücksichtigt:

- a. das Verbot wettbewerbswidriger Vereinbarungen;
- b. die Bekämpfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Behinderungsmissbrauch (wie Verweigerung der Lieferung eines Produkts oder Dienstleistung, das oder die erforderlich ist, um konkurrieren zu können) oder Ausnutzung;
- c. Fusionskontrolle und
- d. Kontrolle staatlicher Beihilfen.

a) *Wettbewerbswidrige Vereinbarungen*

37. In Artikel 101 AEUV werden Vereinbarungen zwischen Unternehmen verboten, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Bestimmte Vereinbarungen sind gemäß den in Artikel 101 Absatz 3 AEUV vorgesehenen Bedingungen zulässig, sofern sie „unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen“.

b) *Missbrauch der beherrschenden Stellung: Behinderungsmissbrauch, Lieferverweigerung, wesentliche Einrichtungen und Ausnutzung*

38. Wettbewerbsrechtlich umfasst eine beherrschende Stellung auch die Fähigkeit, Preise zu beeinflussen und die Produktion auf einem bestimmten Markt zu kontrollieren. Eine marktbeherrschende Stellung auf einem relevanten Markt bedeutet für sich genommen keine Verletzung der Wettbewerbsvorschriften.<sup>62</sup> Der Missbrauch einer beherrschenden Marktstellung, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt, ist gemäß Artikel 102 AEUV verboten. In der Regel wird davon ausgegangen<sup>63</sup>, dass ein derartiger Missbrauch eine der beiden folgenden Formen annimmt:<sup>64</sup>

- i. *Behinderungsmissbrauch*, sofern ein beherrschendes Unternehmen effektive oder potenzielle Konkurrenten durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte bzw. Dienstleistungen vom Markt ausschließt und

---

<sup>62</sup> „Die Feststellung, dass eine beherrschende Stellung gegeben ist, enthält zwar für sich allein keinen Vorwurf gegenüber dem betreffenden Unternehmen, doch trägt es unabhängig von den Ursachen dieser Stellung eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt“ (Rechtssache T-203/01, *Michelin gegen Kommission*, Slg. 2003, Randnr. 57). Desgleichen nimmt zwar der Umstand, dass ein Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, diesem nicht das Recht, seine eigenen geschäftlichen Interessen zu wahren, wenn sie bedroht sind, und es darf auch in angemessenem Umfang so vorgehen, wie es dies zum Schutz seiner Interessen für richtig hält, doch ist ein solches Verhalten nicht zulässig, wenn es auf eine Verstärkung dieser beherrschenden Stellung und ihren Missbrauch abzielt; Rechtssache 27/76 *United Brands gegen Kommission*, Slg. 1978, S. 207, Randnr. 189; Rechtssache T-65/89 *BPB Industries und British Gypsum gegen Kommission*, Slg. 1993, S. II-389, Randnr. 69; verbundene Rechtssachen T-24/93 bis T-26/93 und T-28/93 *Compagnie maritime belge transports und andere gegen Kommission*, Slg. 1996, S. II-1201, Randnr. 107 und *Irish Sugar gegen Kommission*, Randnr. 112.

<sup>63</sup> Whish, R. (2012), *Competition Law*, 7. Aufl., 2012, S. 201.

<sup>64</sup> Absätze 6-7 der Mitteilung der Kommission 2009/C/ 45/02.

- ii. *Ausnutzung* oder Aktionen, die die Verbraucher „direkt“ schädigen, beispielsweise durch Erheben eines überzogen hohen Preises.

Die Kommission hat Erläuterungen zu den Prioritäten beim Behinderungsmissbrauch<sup>65</sup> durch marktbeherrschende Unternehmen herausgegeben.

39. **Behinderungsmissbrauch** liegt vor, wenn dieser dazu führt, dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung „den wirksamen Wettbewerb (...) beeinträchtigen“ und deshalb potenziell die Wettbewerbsstruktur schädigen.<sup>66</sup> In der Mitteilung der Kommission sind spezifische Formen des Behinderungsmissbrauchs angegeben, wie: Ausschließlichkeitsbindung, **Kopplung** und **Bündelung**, Kampfpreise und Lieferverweigerung und Kosten-Preis-Schere.<sup>67</sup> Zu den Beispielen zählt das Verkaufen zu einem derart niedrigen Preis an Kunden, dass andere Firmen abgeschreckt werden, in den Markt einzutreten (Bündelung) oder indem die Kunden eines beliebten Dienstes verpflichtet werden, andere Dienstleistungen des Verkäufers zu erwerben, die der Kunde nicht angefordert hat (Kopplung). Es wird davon ausgegangen, dass derartige Aktionen den „Kunden am meisten schaden“ und dass sie „die Verbraucherwohlfahrt beeinträchtigen“, obgleich es keine Erklärung dafür gibt, wie oder warum dies der Fall sein könnte.
40. Eine Form des Behinderungsmissbrauchs, die **Lieferverweigerung**, umfasst das Konzept der „**wesentlichen Einrichtungen**“.<sup>68</sup> Eine wesentliche Einrichtung ist „ein Produkt bzw. eine Dienstleistung, das bzw. die objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können“ und für das oder die es kein alternatives Produkt oder keine alternative Dienstleistung gibt und technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse es unmöglich oder unangemessen schwierig machen, eine Alternative zu entwickeln.<sup>69</sup> „Es ist wahrscheinlich, dass eine

---

<sup>65</sup> „Die Kommission will mit ihren Durchsetzungsmaßnahmen in Bezug auf Behinderungsmissbräuche sicherstellen, dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung den wirksamen Wettbewerb nicht beeinträchtigen, indem sie ihre Konkurrenten in wettbewerbswidriger Weise vom Markt ausschließen und auf diese Weise die Verbraucherwohlfahrt beeinträchtigen, sei es, indem höhere Preise verlangt werden als sie ansonsten üblich gewesen wären, oder indem die Qualität vermindert oder das Angebot für die Verbraucher eingeschränkt wird. In dieser Mitteilung bezeichnet der Begriff „wettbewerbswidrige Marktverschließung“ einen Sachverhalt, in dem das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern den Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich macht und als Folge das marktbeherrschende Unternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage ist, die Preise zum Nachteil der Verbraucher gewinnbringend zu erhöhen. Die Feststellung eines voraussichtlichen Schadens für den Verbraucher kann auf der Grundlage qualitativer und, wann immer möglich und zweckmäßig, auch anhand quantitativer Beweismittel erfolgen. Dabei befasst sich die Kommission mit wettbewerbswidriger Marktverschließung entweder auf der Zwischenstufe oder auf der Stufe der Endverbraucher oder auf beiden Stufen“, Punkt 19 der Mitteilung 2009/C 45/02.

<sup>66</sup> Absätze 5 und 19 der Mitteilung der Kommission 2009/C/ 45/02.

<sup>67</sup> Absätze 75-90 der Mitteilung der Kommission 2009/C/ 45/02.

<sup>68</sup> Der Grundsatz der wesentlichen Einrichtungen geht auf US-Fallrecht zurück und sieht vor, dass Inhaber wesentlicher Einrichtungen verpflichtet sind, mit Wettbewerbern Geschäfte zu machen („Lieferverpflichtung“). Dies wurde vom EuGH nicht explizit ausgeführt, aber in der Rechtssache C-7/97 *Bronner gegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* [1998] beschränkte der Gerichtshof die Lieferverpflichtungen auf Situationen, in denen der Eigentümer einer wesentlichen Einrichtung mehr als eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Der EuGH führt auch eine zukunftsweisende Prüfung der Frage ein, ob eine Lieferverweigerung zur Monopolisierung eines nachgelagerten Marktes führt; vgl. Evrard, S. J. (2004), *Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond*, *Columbia Journal of European Law* 491, 2004.

<sup>69</sup> Siehe *Bronner* und Rechtssache C-418/01 *IMS Health gegen NDS Health*, Slg. 2004, wobei die „wesentliche Einrichtung“ verstanden werde Joaquin Almunia n kann als die Informationen oder „Bausteine“ betreffend Apotheken und Ärzte, die von einem beherrschenden Unternehmen zur Analyse von Arzneimittelverkäufen nach geografischem Gebiet verwendet werden, für welche das Unternehmen Rechte des geistigen Eigentums gemäß nationalem Recht besitzt. Theoretisch könnte jedes konkurrierende Unternehmen eine eigene „Bausteinstruktur“ aufbauen, das Gericht ging jedoch davon aus, dass die gegenständliche Bausteinstruktur mittels Netzeffekten und

Verweigerung der Lieferung einer solchen Einrichtung zur Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt“ oder zu Nachteilen für den Verbraucher führt. Dem Verbraucher kann unter anderem dann ein Schaden entstehen, „wenn die Lieferverweigerung die Wettbewerber, die das marktbeherrschende Unternehmen vom Markt auszuschließen versucht, daran hindert, innovative Produkte oder Dienstleistungen zu vermarkten, und/oder Anschlussinnovationen unterbinden könnte“, insbesondere wenn der Wettbewerber beabsichtigt, „neue oder verbesserte Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, für die eine potenzielle Verbrauchernachfrage besteht, oder wahrscheinlich zur technischen Entwicklung beiträgt“.<sup>70</sup>

41. Die missbräuchliche **Ausnutzung**, die ganz offensichtlich dem Verbraucher schaden kann, z. B. durch überhöhte Preise oder unangemessene Diskriminierung, wurde in den Leitlinien der Kommission nicht angegangen. Dieses Thema wurde von den Wettbewerbsbehörden nur selten aufgegriffen und in den meisten Fällen waren die „Opfer“ der Ausnutzung Unternehmen und nicht Endverbraucher.<sup>71</sup> Das Fallrecht sieht jedoch vor, dass dann von der Erhebung überhöhter Preise die Rede ist, wenn ein Preis berechnet wird, der in keinem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert des gelieferten Produkts steht.<sup>72</sup> Der EuGH hat eine zweistufige Prüfung eingeführt, gemäß welcher die Kommission verpflichtet ist, Folgendes festzustellen:

(a) ist die Gewinnmarge überhöht, wenn der zur Rede stehende Preis mit den Produktionskosten verglichen wird? und falls ja:

(b) ist der Preis (i) für sich genommen ungerechtfertigt oder (ii) im Vergleich zu konkurrierenden Produkten ungerechtfertigt?

c) *Fusionskontrolle*

42. Die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 („Fusionskontrollverordnung“)<sup>73</sup> findet Anwendung auf Unternehmenszusammenschlüsse mit gemeinschaftlicher Dimension, die bedeutsame Strukturveränderungen aufweisen, „deren Auswirkungen auf den Markt die Grenzen eines Mitgliedstaats überschreiten“. Ein Unternehmenszusammenschluss mit gemeinschaftlicher Dimension fällt in den Anwendungsbereich der Verordnung und wird folglich von der Kommission geprüft, wenn der Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen die festgelegten Schwellenwerte überschreitet.<sup>74</sup> Ziel der EU-Vorschriften zur Fusionskontrolle ist die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (gemeinhin bezeichnet als „Fusionen“ oder „Fusionen und Übernahmen“) sowie deren Auswirkungen auf den Wettbewerb auch unter Berücksichtigung anderer Faktoren, wie der „Interessen der Zwischen- und Endverbraucher“.<sup>75</sup> In der Sache Google/DoubleClick führte die Kommission aus, dass sie sich „ausschließlich“ auf die Wahrscheinlichkeit bezogen habe, dass der Zusammenschluss den effektiven Wettbewerb auf dem Binnenmarkt behindern würde,

---

einem hohen Maß der wirtschaftlichen Beteiligung seitens der Benutzer der Bausteinstruktur errichtet wurde (Randnr. 30).

<sup>70</sup> Absatz 87 der Mitteilung der Kommission 2009/C/ 45/02. Das wichtigste Urteil des EuGH in diesem Bereich ist weiterhin das in der Rechtssache T-201/04, Slg. 2007, *Microsoft gegen Kommission*.

<sup>71</sup> Hubert, P., und Combet, L., Exploitative abuse: The end of the Paradox?, *Doctrines I Concurrences* N° 1-2011, S. 44-51.

<sup>72</sup> Rechtssache 27/76, *United Brands gegen Kommission* Slg. 1978, S. 207, Randnr. 250.

<sup>73</sup> Siehe Fußnote 49.

<sup>74</sup> Artikel 1 der Fusionskontrollverordnung. Die Kommission erstattet über die Anwendung dieser Schwellen Bericht und kann deren Änderung vorschlagen.

<sup>75</sup> Artikel 1 der Fusionskontrollverordnung.



obgleich sie auch feststellte, dass die eigene Entscheidung die Pflichten des fusionierten Unternehmens gemäß Datenschutzrichtlinie unberührt lasse.<sup>76</sup>

d) *Ausnahmen für staatliche Beihilfen*

43. Gemäß Artikel 107 AEUV wird **staatliche Beihilfe** als staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art definiert, die durch die Begünstigung eines oder mehrerer Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Diese Praxis ist unrechtmäßig, es ist aber eine Vielzahl von Ausnahmen vorgesehen, beispielsweise im Hinblick auf den Umweltschutz, sofern es an Anreizen für die Unternehmen zur Reduzierung der Umweltverschmutzung aufgrund der dabei anfallenden Kosten fehlt.<sup>77</sup> Ein denkbarer Fall wäre die staatliche Beihilfe zur Unterstützung des sich im Aufbau befindlichen Sektors der Technologien und Dienste zum Schutz der Privatsphäre in der EU.<sup>78</sup>

### 3.2.5. Aufsicht, Durchsetzung, Sanktionen und Zugang zu Rechtsmitteln

*Siehe die Abschnitte 3.1.5 und 3.3.3 zur Aufsicht usw.*

44. Die Wettbewerbsregeln werden entweder von den nationalen Wettbewerbsbehörden oder von der Kommission durchgesetzt. Bei Fusionen hängt dies davon ab, ob eine gemeinschaftliche Dimension gegeben ist. Bei wettbewerbswidrigen Vereinbarungen oder Fällen des Missbrauchs behandelt die Behörde, die am besten „geeignet“ ist, den jeweiligen Fall.<sup>79</sup> Die Wettbewerbsbehörden können weitergehende politische Überlegungen berücksichtigen.<sup>80</sup> In diesem Fall muss die Kommission gemäß Verträgen (Artikel 2 EUV und Artikel 2 AEUV) „sich bei ihrer Beurteilung an dem allgemeinen Rahmen“ der Verwirklichung der grundlegenden Ziele und Werte der EU orientieren, wozu selbstverständlich auch die Rechte auf Schutz der Privatsphäre und Datenschutz zählen. Die Wettbewerbsbehörden scheinen eine engere Auslegung zu bevorzugen, die sich stärker an objektiven wirtschaftlichen Effizienzgewinnen in einem wettbewerbsfähigen internen Markt orientiert, obgleich die Berücksichtigung des Wohls der Verbraucher „auf dem Vormarsch“ zu sein scheint.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Sache COMP/M.4731 Google/DoubleClick. DoubleClick war ein Anbieter von Ad-serving-Technologie, mit deren Hilfe sichergestellt wird, dass die Werbeanzeigen auf den Webseiten erscheinen, die ein bestimmter Teilnehmer einseh.

<sup>77</sup> Erwägungsgrund 45, Verordnung (EG) Nr. 800/2008 vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung).

<sup>78</sup> Die Kommission beabsichtigt, 2014 das Programm zur Modernisierung staatlicher Beihilfen in Schlüsselsektoren abzuschließen; Anhänge zum Arbeitsprogramm der Kommission für 2014, KOM(2013) 739 endgültig, 22.10.2013, S. 6.

<sup>79</sup> Die Fälle werden über das Europäische Wettbewerbsnetz zugeteilt (siehe Fußnote 84).

<sup>80</sup> Siehe <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/URN%3ANBN%3ANL%3AUI%3A10-1-101035/16>; [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22688/2012\\_guidi\\_authorversion.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22688/2012_guidi_authorversion.pdf?sequence=1)

<sup>81</sup> Whish (2012), S. 19. In den Vereinigten Staaten, wo man einen sektoralen Ansatz an die Rechtsvorschriften zum Schutz der Privatsphäre gewählt hat und wo es kein einzelnes Rechtsinstrument zum Datenschutz gibt, das mit der EU-Datenschutzrichtlinie vergleichbar wäre, ist auch bei den Wettbewerbsvorschriften ein eher puristischer Ansatz gewählt worden: „Not only does the Commission lack legal authority to require conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry;“ (Es fehlt dem Ausschuss nicht nur an rechtlicher Befugnis, um im Hinblick auf diesen Zusammenschluss Bedingungen festzusetzen, die nicht kartellrechtlicher Natur sind, sondern die Auferlegung datenschutzrechtlicher Auflagen gegenüber nur einer Gesellschaft könnte für sich genommen den Wettbewerb in diesem weitläufigen und sich rasch entwickelnden Sektor auch schwerwiegend beeinträchtigen), Erklärung der Federal Trade Commission bezüglich Google/DoubleClick, FTC-Aktenzeichen 071-0170.

45. Diese Vorschriften basieren auf einem System strenger Strafen. So kann beispielsweise gegen ein Unternehmen, das die Vorschriften in Bezug auf wettbewerbswidrige Vereinbarungen missachtet, eine Strafe in Höhe von bis zu 10 % des gesamten Konzernumsatzes des letzten Geschäftsjahres verhängt werden.<sup>82</sup> Es gibt jedoch derzeit keine Harmonisierung der Rechte der Verbraucher, weder in kollektiver noch in individueller Form, um vor Gericht einer Verletzung der Wettbewerbsbestimmung Einhalt zu gebieten oder Schadensersatzforderungen aufgrund einer solchen Verletzung zu stellen, obgleich derartige Forderungen vor nationalen Gerichten zulässig sein können.<sup>83</sup>
46. Das Europäische Wettbewerbsnetz dient als Forum für die Debatte und die Zusammenarbeit zwischen Regulierungsbehörden in Fällen, in denen die Artikel 101 und 102 des AEUV Anwendung finden.<sup>84</sup> Ziel dieses Netzes ist es, eine effiziente Arbeitsteilung und eine wirksame und kohärente Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln sicherzustellen. Das Netz umfasst Expertengruppen in spezifischen Sektoren, einschließlich IT, Information und Kommunikation.

### 3.3. Verbraucherschutz

#### 3.3.1. Anforderung der Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus

*Siehe Abschnitte 3.1.1. (Grundrecht auf Datenschutz) und 3.2.1 (Ziele der EU-Wettbewerbsvorschriften)*

47. Die EU-Verbraucherschutzbestimmungen zielen darauf ab, Hemmnisse auf dem Binnenmarkt zu beseitigen, indem mittels transparenten und loyalen Geschäftspraktiken Vertrauen in die Produkte und Dienstleistungen aufgebaut wird, die auf dem Binnenmarkt angeboten werden.<sup>85</sup> Artikel 38 der Charta der Grundrechte schreibt vor, dass die EU-Politiken dem Verbraucher ein hohes Schutzniveau gewährleisten. Artikel 12 AEUV verpflichtet die EU, den Erfordernissen des Verbraucherschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen Rechnung zu tragen. Artikel 169 AEUV sieht vor, dass die Union einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Verbänden zur Wahrung ihrer Interessen leisten sollte.
48. Die EU hat verschiedene Maßnahmen angenommen für den Schutz von Nutzern von Produkten und Dienstleistungen, ganz gleich, wo diese auf dem Binnenmarkt geliefert oder verbraucht werden. Jede Maßnahme wurde damit begründet, dass die Normenvielfalt und das unterschiedliche Verbrauchervertrauen verheerende Auswirkungen auf das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts haben und zu Wettbewerbsverzerrungen führen, während gemeinsame Normen, Auswahlmöglichkeiten und Fairness vorteilhaft sind. Das jüngste mehrjährige

<sup>82</sup> Artikel 23 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates.

<sup>83</sup> EuGH, verbundene Rechtssachen C-295/04 – 298/04, *Manfredi gegen Lloyd Adriatico*, Slg. 2006, S. I-6619. Die Kommission prüft derzeit die Möglichkeit der privaten Durchsetzung und hat diesbezüglich einen Richtlinienentwurf vorgelegt; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 endgültig.

<sup>84</sup> Eingerichtet im Rahmen der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, 2004/C 101/03, ABl. C 101, 27.4.2004.

<sup>85</sup> Siehe Abschnitt 3.3.2. Der Begriff „Verbraucher“ wird im EU-Sekundärrecht definiert als „jede natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die nicht zu ihren gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeiten gehören“.

Aktionsprogramm unterstreicht die Notwendigkeit sachlich richtiger Informationen und der Markttransparenz, die Förderung des Wohls der Verbraucher in Bezug auf Preise, Auswahlmöglichkeiten, Qualität, Vielfalt, Erschwinglichkeit und Sicherheit und Schutz der Verbraucher vor potenziellen Gefahren.<sup>86</sup>

### **3.3.2. Verpflichtungen zur Fairness und Bereitstellung sachlich richtiger Informationen**

*Siehe Abschnitte 3.1.4 (Einwilligung und Rechte auf Auskunft usw.) und 3.2.4 (Wohl des Verbrauchers bei Anwendung der Wettbewerbsregeln)*

49. In Verbraucherverträgen haben die Anbieter den Vorteil, Bedingungen definieren zu können, die nicht mit den einzelnen Verbrauchern ausgehandelt werden. Die **Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen**<sup>87</sup> führte deshalb den Begriff „nach Treu und Glauben“ ein sowie die Pflicht, dass die Verträge in klarer und verständlicher Sprache abgefasst werden, wobei im Zweifelsfall die für den Verbraucher günstigste Auslegung anzuwenden ist. Gemäß der **Richtlinie über die Preisangabe**<sup>88</sup> sind die Gewerbetreibenden verpflichtet, den Verkaufspreis klar erkennbar und gut lesbar anzugeben. Die **Richtlinie über die Rechte der Verbraucher**<sup>89</sup> geht noch weiter und bezweckt die Beseitigung versteckter Gebühren und Kosten bei Geschäften, die im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen getätigt werden, insbesondere über das Internet, wie bei solchen, bei denen den Personen vorgegaukelt wird, dass die Dienste „kostenlos“ zur Verfügung gestellt werden. Sie schreibt vor, dass der Verbraucher „in klarer und verständlicher Weise“ über den „Gesamtpreis der Waren oder Dienstleistungen [informiert wird] (...) oder in den Fällen, in denen der Preis aufgrund der Beschaffenheit der Ware oder der Dienstleistung vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, [über] die Art der Preisberechnung“ (Artikel 6 Buchstabe e). Insbesondere wird den Gewerbetreibenden vorgeschrieben, Informationen über den Inhalt digitaler Dienste zu erteilen,<sup>90</sup> wie zur Interoperabilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software.
50. In der **Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken**<sup>91</sup> werden irreführende Geschäftspraktiken als Praktiken definiert, bei denen Informationen vorenthalten werden (einschließlich dem Preis), die der durchschnittliche Verbraucher benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er sonst nicht getroffen hätte. Eine derartige irreführende Unterlassung umfasst Fälle, in denen

---

<sup>86</sup> Beschluss Nr. 1926/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich Verbraucherpolitik (2007-2013).

<sup>87</sup> Richtlinie 91/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

<sup>88</sup> Richtlinie 98/6/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse.

<sup>89</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Text von Bedeutung für den EWR).

<sup>90</sup> Digitale Inhalte bezeichnet Daten, „die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, wie etwa Computerprogramme, Anwendungen (Apps), Spiele, Musik, Videos oder Texte, unabhängig davon, ob durch Herunterladen oder Heruntergeladen in Echtzeit (Streaming), von einem körperlichen Datenträger oder in sonstiger Weise auf sie zugegriffen wird“, Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2011/83/EU.

<sup>91</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304, 22.11.2011.

ein Gewerbetreibender „Einzelheiten verheimlicht oder auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt oder wenn er den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt“ (Artikel 7). So ist es beispielsweise irreführend, wenn ein Produkt als „gratis“, oder „kostenfrei“ beschrieben wird, obwohl der Verbraucher weitere Kosten als die Kosten zu tragen hat, die im Rahmen des Eingehens auf die Geschäftspraktik und für die Abholung oder Lieferung der Ware unvermeidbar sind, oder wenn fälschlich behauptet oder der Eindruck erweckt wird, dass der Händler nicht für die Zwecke seines Handels, Geschäfts, Gewerbes oder Berufs handelt (Anhang 1). Diese Vorschriften werden ergänzt durch die **Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung**<sup>92</sup>, in welcher die Mitgliedstaaten aufgefordert werden, Schritte gegen irreführende Werbung einzuleiten, und in der vergleichende Werbung dann zugelassen wird, wenn diese objektiv ist und nicht für Verwirrung zwischen Gewerbetreibenden und Wettbewerbern sorgt.

51. Abschließend hat die EU allgemeine und branchenspezifische Sicherheiten im Hinblick auf die Risiken für die Gesundheit und die Sicherheit der Verbraucher eingeführt. In der **Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit**<sup>93</sup> wird als „sicheres Produkt“ jedes Produkt definiert, „das bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung (...) keine oder nur geringe, mit seiner Verwendung zu vereinbarende und unter Wahrung eines hohen Schutzniveaus für die Gesundheit und Sicherheit von Personen vertretbare Gefahren birgt, insbesondere im Hinblick auf: (i) die Eigenschaften des Produkts (...) (iii) seine Aufmachung (...) (und) (iv) die Gruppen von Verbrauchern, die bei der Verwendung des Produkts einem Risiko ausgesetzt sind, vor allem Kinder und ältere Menschen“.
52. Die Bereitstellung klarer Informationen über die Kosten und den Wert eines Dienstes an den Kunden wird folglich in den verschiedenen Rechtsinstrumenten mit Nachdruck betont. Dies spiegelt das Recht des Einzelnen gemäß Datenschutzrichtlinie wider, Informationen über die Datenverarbeitung „in verständlicher Form“ zu erhalten. Das Bemühen um Produktsicherheit ergänzt inzwischen sowohl das Konzept der Ausnutzung im Wettbewerbsrecht und die Bedeutung der Folgenabschätzung in der Datenschutz-Grundverordnung<sup>94</sup> als auch die darauf aufbauende Debatte über einen progressiven risikoorientierten Ansatz und den Grundsatz der Rechenschaftspflicht.<sup>95</sup>

### 3.3.3. Aufsicht, Durchsetzung, Sanktionen und Zugang zu Rechtsmitteln

*Siehe die Abschnitte 3.1.5 und 3.2.5 zur Aufsicht usw.*

53. Die nationalen Behörden sind für die Durchsetzung der EU-Verbraucherschutzbestimmungen verantwortlich. Nur wenige der Behörden sind befugt, finanzielle Entschädigungen für die Verbraucher durchzusetzen.<sup>96</sup>
54. Es gibt keinen gemeinsamen Ansatz der EU im Hinblick auf Ermittlungen bezüglich Verstößen gegen das Verbraucherrecht, außer bei „innereuropäischen Verstößen“, d. h. einer Handlung oder Unterlassung, die „Kollektivinteressen von Verbrauchern schädigt oder schädigen kann, die in einem anderen Mitgliedstaat oder

---

<sup>92</sup> Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über irreführende und vergleichende Werbung.

<sup>93</sup> Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. L 011, 15.1.2002.

<sup>94</sup> Artikel 33 KOM(2012) 11 endgültig.

<sup>95</sup> Siehe „Zusätzliche Anmerkungen des EDSB zum Datenschutzreformpaket“, 15.3.2014.

<sup>96</sup> Siehe OECD, „Consumer Dispute Resolution and Redress in the Global Marketplace“, 2006.

anderen Mitgliedstaaten als dem Mitgliedstaat ansässig sind, in dem die Handlung oder die Unterlassung ihren Ursprung hatte oder stattfand“.<sup>97</sup> Zu diesem Zweck sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, zuständige Behörden zu ernennen, die verpflichtet sind, miteinander zusammenzuarbeiten, damit Gesetze eingehalten werden und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts sichergestellt wird und die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher geschützt werden. Diese Behörden haben das Recht, bei Verdacht auf innergemeinschaftliche Verstöße zu ermitteln, die betreffenden Verkäufer oder Dienstleistungserbringer aufzufordern, einen von ihnen begangenen innergemeinschaftlichen Verstoß einzustellen, und im Fall der Nichtbeachtung einer Entscheidung von der „unterlegenen beklagten Partei“ die Zahlung eines „Betrags“ einzufordern.

55. Die nationalen Behörden des Europäischen Wirtschaftsraums bilden das Netz für die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (CPC)<sup>98</sup>, in dem jedes Jahr die gemeinsamen Durchsetzungsprioritäten festgelegt werden und abgestimmte Durchsetzungsaktivitäten durchgeführt werden, wozu gleichzeitige Kontrollen der Einhaltung der Verbraucherschutzbestimmungen zählen sowie gemeinsame Projekte zu spezifischen Branchen. Dieser Rahmen der Zusammenarbeit wird derzeit überarbeitet.

#### **4. Schnittstellen zwischen Wettbewerbsrecht, Verbraucherschutz und Datenschutz**

- *Der Markt für „Gratis“-Dienste in einer steigenden Anzahl von Sektoren der digitalen Wirtschaft war bislang noch nicht Gegenstand einer Analyse, es ist jedoch offensichtlich, dass die Marktmacht hier durch die Kontrolle enormer Mengen von Daten der Nutzer erlangt wird.*
- *Die Möglichkeiten für den Missbrauch einer beherrschenden Stellung und eine Benachteiligung der Verbraucher durch die Verweigerung des Zugangs zu persönlichen Informationen sowie durch schwammige und irreführende Datenschutzerklärungen könnten ein neues Konzept der Verbraucherbenachteiligung bei der Durchsetzung der Wettbewerbsbestimmung in der digitalen Wirtschaft rechtfertigen.*
- *Die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die digitalen Märkte hat das Potenzial, Dienstleistungen zum Schutz der Privatsphäre und eine stärkere Kontrolle seitens der Verbraucher über ihre Daten zu fördern.*

56. Im vorangehenden Absatz wurden die wichtigsten Merkmale der Datenschutz-, Wettbewerbs- und Verbraucherschutzregeln dargelegt, soweit diese gemeinsame Anliegen aufweisen. Im vorliegenden Abschnitt sollen dagegen *vier Aspekte dieser politischen Konvergenz* unter die Lupe genommen werden vor dem Hintergrund der Märkte für Dienstleistungen, die auf persönlichen Informationen beruhen. Es wird argumentiert, dass in diesen Bereichen der Schutz der Privatsphäre und der Schutz personenbezogener Daten nicht als zweitrangige Anliegen zu betrachten sind; sie stellen vielmehr zentrale Faktoren bei der Bewertung der Wirtschaftstätigkeit der

---

<sup>97</sup> Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden (Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz).

<sup>98</sup> Mitteilung der Kommission gemäß Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden bezüglich der zuständigen Behörden und der zentralen Verbindungsstellen, ABl. C 185, 23.6.2012.

Unternehmen und deren Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit, Markteffizienz und das Wohl der Verbraucher dar.

#### **4.1. Relevante Märkte und Marktmacht in der digitalen Wirtschaft**

*Siehe Abschnitte 3.1.3 (Legitime und vereinbare Zwecke der Datenverarbeitung) und 3.2.3 (Definition des Begriffs „relevanter Markt“)*

---

*Online-Freemium-Spiele werden den Benutzern gratis zur Verfügung gestellt, wenn diese sich unter Angabe personenbezogener Daten anmelden. Mit diesen Spielen werden die Online-Aktivitäten überwacht, um in Erfahrung zu bringen, wie Trittbrettfahrer in zahlende Kunden verwandelt werden können, oder um zielgerichtete lukrative Formen der Werbung an den Mann zu bringen. Eine kleine Minderheit von Benutzern bezahlt für zusätzliche Angebote, wobei dennoch ein beträchtlicher Anteil der Einnahmen mit Trittbrettfahrern oder nichtzahlenden Spielern erwirtschaftet wird. In der EU haben 46 % der Teilnehmer von sozialen Netzen oder Nutzer von Sharing-Websites den Eindruck, dass sie unzureichend über die möglichen Konsequenzen der Offenlegung persönlicher Informationen informiert sind. Die Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs hat auch Ermittlungen im Hinblick auf Zahlungen für Spielapplikationen durchgeführt und mögliche Verstöße gegen das Verbraucherrecht identifiziert, unter anderem im Hinblick auf Praktiken, die der emotionalen Erpressung gleichkommen. Ziel der Behörde war es dabei, einen gemeinsamen Ansatz zu entwickeln, um die Normen des Industriezweigs weltweit zu verschärfen.*

Quellen: EU Kids Online, Zero to Eight: Young Children and their Internet Use, August 2013;

Hoofnagle and Whittington, Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price;

Eurobarometer 359; Website des OFT.

---

##### **4.1.1. Märkte für Dienstleistungen, die unter Preisgabe persönlicher Informationen bezahlt werden**

57. Eine umfassende Marktanalyse für alle „kostenlosen“ digitalen Dienste wurde bislang noch nicht durchgeführt.<sup>99</sup> Im Rahmen der Analyse der Kommission im Hinblick auf die Fusion zwischen Google und DoubleClick wurden nur Dienste gegen Bezahlung als relevant identifiziert, d.h. der direkte Verkauf von Online-Werbeflächen, Vermittlungsdienste in Bezug auf Online-Werbung und Bereitstellung von Ad-serving-Technologie für Displayanzeigen.<sup>100</sup> Nach Abschluss des genannten Falles kam es jedoch im Bereich der digitalen Wirtschaft zu einer explosionsartigen Entwicklung bei der Datenerfassung. Würde heute eine vergleichbare Analyse des relevanten Marktes durchgeführt werden, wären die neuen Geschäftsmodelle und der Wert persönlicher Informationen als immaterieller Vermögenswert zu bewerten. Es kann angenommen werden, dass dabei der Bedarf der Unternehmen zu Tage tritt, enorme Datenmengen zu erfassen, um in der Lage zu sein, den erbrachten Dienst – hauptsächlich durch Werbung – zu Geld zu machen und gleichzeitig mit anderen Anbietern zu konkurrieren, die ihre Dienste gegen Bezahlung anbieten.

58. Bei einer Wettbewerbsanalyse müsste auch die Substituierbarkeit der Produkte und Dienstleistungen berücksichtigt werden, unter Einbeziehung des Standpunkts der Verbraucher und Wettbewerber und mit Nachweis für die Verbraucherpräferenzen entsprechend den bestehenden Leitlinien der Kommission. Marktmächtige Anbieter

---

<sup>99</sup> Siehe Rede des Vizepräsidenten Almunia (Fußnote 2).

<sup>100</sup> Siehe oben Fußnote 76.

verschiedener digitaler Dienstleistungen können anfänglich personenbezogene Daten im großen Stil auf einem Markt erfassen, um einen bestimmten Dienst auf diesem Markt anzubieten. Einer dieser Lieferanten könnte dann diese Daten verarbeiten, die wettbewerbsrechtlich als „Input“ bezeichnet werden können, um einen anderen Dienst zu erbringen, und/oder die Daten zur Verarbeitung an ein anderes Unternehmen verkaufen, das Dienste in einem anderen gesonderten Markt erbringt. Falls gemäß Analyse die „zweite“ Art von Dienstleistung, bei der die Daten als Input verwendet werden, zu einem gesonderten Markt zählt, müsste dieser Dienst als nicht substituierbar betrachtet werden im Hinblick auf den Dienst, für welchen die Daten ursprünglich erfasst wurden. Folglich könnte die wettbewerbsrechtliche Analyse zu dem Schluss kommen, dass aus datenschutzrechtlicher Sicht Daten für einen gesonderten und möglicherweise nicht kompatiblen Zweck verarbeitet werden, der den Personen, die die Daten zur Verfügung gestellt haben, nicht bekannt ist. Eine derartige Schlussfolgerung wäre noch offensichtlicher in Fällen, in denen die beiden Arten von Dienstleistungen vom Verbraucher als stark unterschiedlich empfunden werden. Die Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen könnte folglich dazu beitragen, dass Fälle des Verstoßes gegen die Datenschutzbestimmungen aufgedeckt werden.

59. Bei der Analyse müsste die Geschwindigkeit der Entwicklung technologischer Märkte berücksichtigt werden. Die Expansion von Unternehmen und die Erweiterung des Dienstleistungsangebots dieser Unternehmen können die Grenzen zwischen den Märkten verwischen. Die technologische Konvergenz führt dazu, dass Produkte, die sich bislang ergänzten, zu Ersatzprodukten werden. So konkurrieren heute Geräte im Taschenformat direkt mit Laptops und Desktop-Computern, was vor zehn Jahren noch nicht der Fall war. Ferner können geografische Märkte der digitalen Wirtschaft schwer zu erfassen sein, da bestimmte Dienste, wie Such-, E-Mail und File-Sharing-Dienste nicht auf ein bestimmtes Gebiet oder einen bestimmten Staat beschränkt sind, sondern vielmehr homogen in der gesamten Online-Umgebung angeboten werden.<sup>101</sup>

#### **4.1.2. Messung digitaler Marktmacht**

60. Nachdem die relevanten Märkte für diese Dienste definiert wurden, wäre der nächste Schritt die Bewertung der Marktmacht. In der digitalen Wirtschaft hängt die Marktmacht teilweise von dem Ausmaß ab, in dem ein bestimmtes Unternehmen tatsächlich, potenziell oder hypothetisch persönliche Informationen erfassen und verbreiten kann. Das Messen der Kontrolle über persönliche Informationen wäre eine anspruchsvolle Aufgabe. Der relevante Marktanteil eines Anbieters eines „Gratis“-Onlinedienstes ist unter Bezugnahme auf Daten über herkömmliche Umsätze oder Volumen nicht einfach zu berechnen. Diese Schwierigkeiten könnten überwunden werden durch die Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbs-, Verbraucherschutz- und Datenschutzbehörden bei der Bestimmung von Szenarien und bei der Entwicklung einer Norm zur Bemessung von Marktmacht in diesem Bereich. Diese Norm könnte dann verwendet werden, um mutmaßliche Verstöße in diesen drei Bereichen zu bewerten.
61. Ungeachtet der Frage, ob Verstöße gegen Wettbewerbs- und Datenschutzbestimmungen festgestellt werden oder nicht, könnte eine eingehendere Analyse dieser Märkte und der Zwecke, zu denen persönliche Informationen verarbeitet werden, der Durchsetzung dienen. Besser informierte

---

<sup>101</sup> Was den Online-Werbemarkt angeht, wurde andererseits festgestellt, dass er gemäß nationalen und sprachlichen Grenzen aufgeteilt ist; Brockhoff, J. et al, Google/Double Click: The first test for the Commission's non-horizontal merger guidelines, Competition Policy Newsletter No. 2, 2008.

Regulierungsbehörden wären eher in der Lage, Praktiken marktbeherrschender Akteure aufzudecken, die wettbewerbswidrig oder unlauter sind und bei denen der Verbraucher nicht sachlich richtig unterrichtet wird. Die Auswirkungen auf das Wohl der Verbraucher sollten dadurch klarer werden. Wenn die Regulierungsbehörden die steigende Bedeutung persönlicher Informationen als immateriellen Vermögenswert nicht anerkennen, könnten mehr und mehr Dienste, die auf der Verarbeitung enormer Mengen personenbezogener Daten basieren, vom Geltungsbereich der Verbraucherschutz- und Wettbewerbsbestimmungen „ausgenommen“ werden.



## 4.2. Digitale Marktmacht und Überlegungen zum Wohl der Verbraucher

Ein beherrschendes Unternehmen des Marktes für E-Mail-Dienstleistungen führt eine neue Plattform für den Austausch von Fotos ein. Das Produkt wird zusammen mit dem E-Mail-Dienst kostenlos angeboten. Die Benutzer des E-Mail-Dienstes werden zum Herunterladen und Nutzen der Plattform gedrängt, ohne dass sie sich darüber vorher ernsthaft Gedanken machen. Die Möglichkeiten des Unternehmens zur Überprüfung und Profilerstellung im Hinblick auf das Verbraucherverhalten werden dadurch ausgebaut. Die Kunden werden mit jedem hochgeladenen Foto und jedem Link auf diese Fotos, der von ihnen in den sozialen Medien gepostet wird, zunehmend vom Foto-Austausch-Angebot abhängig. Wenig später beginnt die Firma dann damit, einen Premium-Dienst gegen Bezahlung anzubieten und schwächt die Datenschutzbestimmungen durch Vorsehen einer überarbeiteten Datenschutzerklärung für die „Gratis“-Version. Die Kunden werden an den Dienst gebunden, aufgrund der Zeit und der Anstrengungen, die erforderlich wären, um die Daten wiederherzustellen oder um die Daten zu genieren, die erforderlich sind, um das Angebot eines alternativen Anbieters in Anspruch zu nehmen. In der Zwischenzeit geht der Anreiz für potenzielle Konkurrenten, in den Markt einzutreten, zurück, da diese nicht in der Lage sind, eine kritische Masse an Benutzern anzuziehen, um konkurrieren zu können. Dies könnte Fragen aufwerfen im Hinblick auf Behinderungsmissbrauch durch Kopplung oder sogar Ausnutzung, sofern der „Preis“ über die Preisgabe persönlicher Informationen bezahlt wird und den Wert des in Anspruch genommenen Dienstes übersteigt und keine ausreichenden sachlich richtigen Informationen bereitgestellt werden.

### 4.2.1. Bewertung von Fusionen

Siehe Abschnitt 3.2.4(c) (Fusionskontrolle)

62. Gemäß Fusionskontrollverordnung<sup>102</sup> prüfen die Behörden, ob der Zusammenschluss zu einer „spürbaren Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ führen könnte. Wenn die Marktmacht in der digitalen Wirtschaft ausgehend von der Kontrolle vermarktbarer persönlicher Informationen gemessen werden kann (siehe oben Abschnitt 4.1.3), dann müssten bei Fusionskontrollentscheidungen wiederum die Auswirkungen einer Zusammenführung dieser Kapazitäten auf den Markt berücksichtigt werden.
63. Bislang ist die wichtigste Entscheidung der Kommission über eine Fusion zwischen Unternehmen der digitalen Wirtschaft diejenige bezüglich Google und DoubleClick.<sup>103</sup> Die Kommission stellte unter Anwendung des Kriteriums der Berechnung des Schwellenwertes fest, dass der Zusammenschluss keine gemeinschaftliche Dimension aufweise. Der Fall wurde dennoch von der Kommission geprüft, da sie von den Vertragsparteien des Zusammenschlusses dazu aufgefordert wurde, angesichts der Tatsache, dass die Kommission in der Lage ist, diesen unter Berücksichtigung der nationalen Rechtsbestimmungen verschiedener Mitgliedstaaten zu beleuchten.<sup>104</sup> Zum damaligen Zeitpunkt wurde davon ausgegangen, dass Google fast ein Suchmonopol in Europa besaß<sup>105</sup> und die Art des Geschäftes wurde als

<sup>102</sup> Siehe Fußnote 73.

<sup>103</sup> Siehe Abschnitt 3.2.4 (c).

<sup>104</sup> Artikel 4 Absatz 5 der Fusionskontrollverordnung.

<sup>105</sup> Siehe Bericht der Search Engine Strategies Conference, 13.-15.2.2007. London, <http://searchenginewatch.com/article/2066064/Stats-Show-Google-Dominates-the-International-Search->

Bereitstellung von Internetsuchmöglichkeiten sowie Werbung beschrieben.<sup>106</sup> Die Kommission vernachlässigte jedoch den Suchmarkt und ging davon aus, dass der Produktmarkt von Google hauptsächlich in der Bereitstellung von Online-Werbeflächen bestand. Bei der Analyse des Ausmaßes, in dem die Kombination der Datenbanken der beiden Unternehmen in Bezug auf die Kundensuche und das Web-Browsing-Verhalten den Wettbewerb im relevanten Markt beeinflussen würde, kam die Kommission zu dem Schluss, dass diese Kombination nicht zu einem Wettbewerbsvorteil im Werbegeschäft führen würde, der von anderen Akteuren mit Zugang zu ähnlichen Web-Nutzungsdaten nicht wiederholt werden könnte.

64. Bei dieser rein wirtschaftlichen Annäherung an den Fall hat die Kommission die Frage vernachlässigt, welche Auswirkungen der Zusammenschluss auf die Benutzer haben könnte, deren Daten durch den Zusammenschluss der Datensätze der beiden Gesellschaften weiterverarbeitet würden, möglicherweise zum Angebot von Dienstleistungen, die gebündelt oder sogar gekoppelt mit dem einfachen Suchdienst angeboten werden und die nicht angestrebt waren, als die Daten ursprünglich zur Verfügung gestellt wurden. In der Entscheidung wurde weder auf das Wohl der Verbraucher eingegangen, noch auf die Nutzer der von Google bereitgestellten Suchmaschinen, obgleich dies potenziell Auswirkungen auf jeden Internetnutzer in der EU haben könnte. Dadurch vernachlässigte die Kommission die längerfristigen Auswirkungen auf das Wohl von Millionen von Nutzern, sofern die Informationen der zusammengeschlossenen Unternehmen, die durch Suchen (Google) oder durch Browsen (DoubleClick) generiert werden, zu einem späteren Zeitpunkt zu unvereinbaren Zwecken verarbeitet würden.
65. Die Kommission ging auf die Auswirkungen auf die Verbraucher im Rahmen zweier späterer Entscheidungen betreffend Gesellschaften der digitalen Wirtschaft ein. Bei der Bewertung der vorgeschlagenen Übernahme von Tele Atlas (Anbieter von digitalen Kartendatenbanken) durch TomTom (Hersteller von tragbaren Navigationsgeräten und Anbieter von GPS-Software) berücksichtigte die Kommission eine Theorie der Schädigung des Wettbewerbs und Schutzes der „Vertraulichkeit“ des Kunden und gelangte zu der Schlussfolgerung, dass das fusionierte Unternehmen vermutlich Anreize hätte, die vertraulichen Informationen seiner Kunden nach der Fusion weiterhin zu schützen.<sup>107</sup> Im Fall der von Microsoft vorgeschlagenen Übernahme der Internetsuche und der Suchmaschinenwerbung prüfte die Kommission die erhöhte Fähigkeit von Microsoft, nach der Übernahme die eigene Marktmacht bei der Aushandlung von Vertriebsvereinbarungen einzusetzen, beispielsweise durch eine Bündelung der Produkte.<sup>108</sup> Die Kommission kam zu dem Schluss, dass ein erheblicher Schaden für die Nutzer der Internetsuchdienste von Yahoo! nicht zu befürchten sei.

---

[Landscape](http://gs.statcounter.com/#search_engine-eu-monthly-200807-201402) und Vergleich mit dem stetigen Trend seit damals [http://gs.statcounter.com/#search\\_engine-eu-monthly-200807-201402](http://gs.statcounter.com/#search_engine-eu-monthly-200807-201402) (eingesehen am 25.2.2014).

<sup>106</sup> Siehe Jahresbericht der Google Inc. für 2008; [http://investor.google.com/pdf/2008\\_google\\_annual\\_report.pdf](http://investor.google.com/pdf/2008_google_annual_report.pdf). Die Marktanalyse der Kommission gelangte jedoch zu dem Schluss, dass andere relevante Märkte zumindest EWR-weit waren. Mansell et al. (2007). Gemäß Eurobarometer 299 sind nur 7,4 % der Interneteinkäufe grenzüberschreitender Natur.

<sup>107</sup> Die Kommission argumentierte dahingehend, dass in diesem Fall die Vertraulichkeitsbedenken mit der Minderung der Produktqualität vergleichbar sind, was zum Verlust eines Kunden führen könnte, der nicht durch ausreichende zusätzliche Gewinne auf dem nachgelagerten Markt aufgefangen würde; Entscheidung der Kommission vom 14. Mai 2008 über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlussvorhabens mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache Nr. COMP/M.4854 - TOMTOM/ TELE ATLAS, C(2008) 1859, Randnr. 272-275.

<sup>108</sup> Entscheidung der Kommission 18.2.2010 (Sache Nr. COMP/M.5727- MICROSOFT/ YAHOO!) SEARCH BUSINESS, C(2010), 1077.

#### 4.2.2. Zugang zu Märkten und Input durch Wettbewerber

Siehe Abschnitte 3.1.3 (*Legitime und vereinbare Zwecke der Datenverarbeitung*), 3.1.4 (*Einwilligung und Rechte auf Auskunft usw.*), 3.2.4 (b) (*Missbrauch der beherrschenden Stellung*) und 4.1.3 (*Messung digitaler Marktmacht*)

#### 4.2.2. Zugang zu Märkten und Input durch Wettbewerber

Siehe Abschnitte 3.1.3 (*Legitime und vereinbare Zwecke der Datenverarbeitung*), 3.1.4 (*Einwilligung und Rechte auf Auskunft usw.*), 3.2.4 (b) (*Missbrauch der beherrschenden Stellung*) und 4.1.3 (*Messung digitaler Marktmacht*)

66. In zweiseitigen digitalen Märkten, wie bei der Erbringung von mehreren „Gratis“-Dienstleistungen, um Daten in Verknüpfung mit dem Angebot verhaltensorientierter Werbeflächen zu erfassen, sind die marginalen Kosten für die Erbringung von Online-Diensten in einem neuen Markt niedrig und es gibt eindeutig eine Tendenz zur Kopplung von Dienstleistungen (siehe Abschnitt 39). Mächtige oder marktbeherrschende Unternehmen sind in der Lage, „Aggregationsvorteile“ (*economies of aggregation*)<sup>109</sup> zu erzielen und Markteintrittsbarrieren zu schaffen durch ihre Kontrolle enormer Mengen personenbezogener Daten sowie eigener Software, die diese Daten organisiert. Die Informationen könnten theoretisch auf einem bestimmten digitalen Markt als wesentliche Einrichtung betrachtet werden (Punkt 40): Das beherrschende Unternehmen hat die exklusive Kontrolle über die Informationen, während es den Wettbewerbern an technischen Mitteln fehlt, um die Struktur oder das System einzurichten, auf der oder dem der Dienst basiert. Dies verhindert den Markteintritt und beschränkt die Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers im Hinblick auf die zur Rede stehenden „Gratis“-Dienstleistungen. Gleichzeitig steigen die Kosten für den Werbemarkt aufgrund des fehlenden angebotsseitigen Wettbewerbs.
67. Der Zugang zu persönlichen Informationen könnte den Wettbewerbern juristisch betrachtet ausgehend von ihrer Einwilligung oder anderen legitimen Rechtsgrundlagen gewährt werden, dies stellt jedoch eine wesentliche datenschutzrechtliche Hürde dar (siehe Punkt 3.1.4). Ein beherrschendes Unternehmen könnte folglich mit Verweis auf die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen versuchen, den Wettbewerbern den Zugang zu den Datensätzen zu versperren, auch unter Einsatz von Exklusivverträgen.
68. Eine derartige Lieferverweigerung könnte – wie bereits ausgeführt – wettbewerbswidrige Auswirkungen haben:<sup>110</sup> Falls Beschränkungen der Offenbarung von Datensätzen an die Wettbewerber bestehen, könnte das beherrschende Unternehmen die Entwicklung konkurrierender Produkte seitens ihrer Mitstreiter verhindern. Das Unternehmen könnte folglich versuchen, sich selbst „abzuschirmen“ vor Abhilfen, die potenziell von den Wettbewerbsbehörden auferlegt werden könnten, indem es sich auf die Einhaltung der Wettbewerbsbedingungen beruft. Dennoch könnte das beherrschende Unternehmen auf opportunistische Weise die Datenschutzbestimmungen dadurch verletzen, dass es die Datensätze, wozu auch personenbezogene Daten zählen, zu einem Zweck verwendet, der nicht vereinbar ist mit demjenigen, für den die Daten ursprünglich erfasst wurden, um andere Dienste anzubieten, die die Wettbewerber niemals entwickeln könnten. In diesem Kontext

---

<sup>109</sup> Dieser Begriff wird analysiert in: Bakos, Y. and Brynjolfsson, E., *Bundling and Competition on the Internet*, Marketing Science, Vol. 19, No. 1, Winter 2000, S. 63–82. Siehe auch OECD-Anhörungen zur digitalen Wirtschaft, 2012; <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>.

<sup>110</sup> Picker, R. C., *Competition and privacy in Web 2.0 and the Cloud*, Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 414, Juni 2008, S. 13-14.

besteht eindeutig die Notwendigkeit der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzbehörden, um sicherzustellen, dass die jeweiligen Vorschriften effektiv durchgesetzt werden.

#### **4.2.3. Datenschutz als Faktor der Verbraucherwohlfahrt**

*Siehe Abschnitt 3.2.4 (Wohl des Verbrauchers bei Anwendung der Wettbewerbsregeln) und 3.3.2 (Verpflichtungen zur Fairness und Bereitstellung sachlich richtiger Informationen)*

69. Gemäß einer vor kurzem veröffentlichten Studie<sup>111</sup> werden die Verbraucher in der digitalen Wirtschaft diskriminiert, teilweise auch aufgrund mangelnder Aufmerksamkeit bei Anwendung des Wettbewerbsrechts. Zu den diesbezüglichen Problembereichen zählen laut Studie ein Mangel gleichförmiger Maßnahmen zur Meldung diskriminierender Praktiken und das Fehlen eines harmonisierten Ansatzes in Bezug auf kollektive Rechtsbehelfsverfahren. Verbraucherverbände könnten zwar Beschwerden bei den Wettbewerbsbehörden einlegen, doch sind derartige Beschwerden aufgrund der damit verbundenen Rechtskosten und der mangelnden Kenntnisse über die Rechte der Verbraucher selten.<sup>112</sup>
70. Es sollte berücksichtigt werden, dass die Verbraucher auch betroffene Personen sind, deren Wohl gefährdet sein kann, sofern die Wahlmöglichkeiten und Kontrolle über die eigenen personenbezogenen Daten eingeschränkt werden durch ein beherrschendes Unternehmen in Fällen, wie denjenigen die oben dargelegt wurden. Das Anbieten von Diensten als „Gratis“-Dienste ist gemäß einigen durchgeführten psychologischen und verhaltenswirtschaftlichen Studien irreführend und täuscht die Verbraucher über die effektiven Kosten hinweg, die sie „nachgelagert“ zahlen, und verzerrt die Entscheidungsfindung, wodurch sowohl Verbraucher als auch der Wettbewerb geschädigt werden.<sup>113</sup>
71. Angesichts der Reichweite und des dynamischen Wachstums von Online-Diensten kann es folglich erforderlich sein, ein Konzept der Benachteiligung von Verbrauchern zu entwickeln, insbesondere durch die Verletzung der Datenschutzrechte, um so zur Durchsetzung des Wettbewerbs in den digitalen Sektoren der Wirtschaft beizutragen.

#### **4.2.4. Abhilfen in Wettbewerbsentscheidungen**

*Siehe Abschnitt 3.1.5, 3.2.5 und 3.1.3 (Aufsicht usw.)*

72. Entscheidungen zu individuellen Kartell- und Fusionskontrollentscheidungen sehen in der Regel Abhilfen vor, wobei in einem Fall die Gesellschaft dazu verpflichtet wurde, eine Kopie einer Datenbank, die persönliche Informationen umfasste, an einen oder

---

<sup>111</sup> Discrimination of Consumers in the Digital Single Market, Studie der Universität Osnabrück im Auftrag des Europäischen Parlaments, Generaldirektion Interne Politiken, Direktion Wirtschafts- und Wissenschaftspolitik, 2013.

<sup>112</sup> Panel on class actions, Competition Summit, Brüssel, Dezember 2013. In Frankreich erhoben die Wettbewerbsbehörden hohe Bußgelder (27,6 Millionen EUR bzw. 70 Millionen EUR) im Hinblick auf zwei staatliche Monopole im Zusammenhang mit Verstößen, wozu auch die unlautere Verwendung von Kundendaten zählte; *Décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixés dans les DOM*; *Décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises*.

<sup>113</sup> Friedman, D.A., Free Offers: A New Look, 38 N.M. L. REV. 49, 68–69 (2008); Hoofnagle, C.J. und Whittington, J., Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price; Eurobarometer 359; Website der OFT.

mehrere der eigenen Mitstreiter zu verkaufen.<sup>114</sup> Zukünftige Abhilfen dieser Art sollten Gegenstand strenger Auflagen und Sicherheitsvorkehrungen sein unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Datenminimierung (wonach nur persönliche Informationen, die zur Erbringung einer gewünschten Funktion absolut erforderlich sind, erfasst werden sollten).<sup>115</sup> In Wettbewerbssachen, die Unternehmen der digitalen Wirtschaft betreffen, könnten auch andere Abhilfemöglichkeiten berücksichtigt werden, bei denen die Belange des Schutzes der Privatsphäre des Einzelnen Beachtung finden. Zu diesen Möglichkeiten zählen:

- Nutzern einen Dienst gegen Bezahlung anzubieten, bei dem die Erfassung und Aufbewahrung personenbezogener Daten auf ein Mindestmaß beschränkt wird;
- Anwendung einer verhältnismäßigen Höchstgrenze für die Aufbewahrung von Verbraucherdaten,<sup>116</sup> zum Beispiel gemäß der von der niederländischen Datenschutzbehörde empfohlenen Methode des „Vergleichens und Vergessens“;<sup>117</sup>
- Umsetzung der Datenübertragbarkeit, indem dem Nutzer die Möglichkeit eingeräumt wird, die eigenen persönlichen Informationen zurückziehen und diese an einen anderen Dienstleister weiterzuleiten (siehe Abschnitt 4.3.3.); diese würde potenziell dazu beitragen, dass der Einzelne mehr Verantwortung übernimmt und gleichzeitig auch wettbewerbsfähige Marktstrukturen fördern und
- Einführung strenger Kontrollen für die Datenverarbeitung in den unterschiedlichen Bereichen des Geschäfts zu nichtvereinbaren Zwecken.

#### ***4.3. Vernetzte Durchsetzung zur Erleichterung der Festlegung immer höherer Anforderungen an die Vorschriften zum Schutz der Privatsphäre***

*Siehe Abschnitte (Einwilligung und Rechte auf Auskunft usw.), 3.2.4 (Wohl des Verbrauchers bei Anwendung der Wettbewerbsregeln) und 3.3.2 (Verpflichtungen zur Fairness und Bereitstellung sachlich richtiger Informationen)*

---

<sup>114</sup> Entscheidung der Kommission vom 19.2.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, 19.2.2008, C (2008) 654 in der Sache Thomson Corporation/Reuters Group (COMP/M.4726).

<sup>115</sup> Der Grundsatz der Datenminimierung basiert auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben b und c der Richtlinie 95/46/EG.

<sup>116</sup> Diese Lösung wurde von Bruno Lasserre, dem Vorsitzenden der französischen Wettbewerbsbehörde vorgeschlagen, 2013 Colloque New Frontiers of Antitrust, 22.2.2013.

<sup>117</sup> Diese Empfehlung wurde im Zusammenhang mit einer Untersuchung über die mobile Kommunikationsapplikation Whatsapp ausgesprochen. Es könnte dem Dienstleister ein kurzfristiger Lesezugriff auf das vollständige Adressbuch eines Whatsapp-Nutzers gewährt werden, um dem Nutzer zu erlauben, festzustellen, wer von den Personen, deren Kontaktdaten gespeichert sind, bereits Whatsapp-Nutzer ist. Nachdem dies geschehen ist, sollte Whatsapp diese Informationen sofort löschen; niederländische Datenschutzbehörde, Investigation into the processing of personal data for the ‘whatsapp’ mobile application by WhatsApp Inc.: Report on the definitive findings, Januar 2013.

---

*Die Anwendung von Wettbewerbs- und Verbraucherschutzvorschriften kann als ein Instrument eingesetzt werden, um die dynamische Effizienz auf digitalen Märkten und die Innovation zu fördern. Die Anerkennung des Werts persönlicher Informationen durch die europäischen Behörden in Leitlinien und Schlüsselentscheidungen könnte den Dienstleistungen zum Schutz der Privatsphäre Auftrieb verleihen, was den Interessen der Verbraucher zuträglich wäre.*

*Wenn Unternehmen gezwungen sind, transparent zu handeln in Bezug auf den Wert persönlicher Informationen, die von ihnen erfasst werden, und dieser Wert bei der Marktanalyse als Teil von Wettbewerbsentscheidungen berücksichtigt wird, können die Unternehmen beginnen, Wettbewerbsvorteile durch die Reduzierung der Zeiträume zu suchen, in denen Informationen aufbewahrt werden, oder indem sie eine Schaltfläche zum „Löschen meiner Daten“ vorsehen.*

*Konkurrierende Unternehmen, die zusammenarbeiten bei der Annahme einer Zertifizierungsregelung, die einen hohen Standard in Bezug auf den Schutz der Privatsphäre bietet, könnte von dem Verbot wettbewerbswidriger Vereinbarungen ausgenommen werden, vorausgesetzt sie erfüllen die in Artikel 101 Absatz 3 AEUV vorgesehenen Bedingungen.*

---

#### **4.3.1. Förderung des Rechts auf Schutz der Privatsphäre als Wettbewerbsvorteil**

73. Auf bestimmten Märkten könnten die Verbraucher einen Dienst, bei dem die Privatsphäre stärker geschützt wird, als von höherer Qualität betrachten als einen Dienst mit einer nicht eindeutigen oder schwammigen Datenschutzpolitik. Bei der Erbringung von Rechtsberatungs- und medizinischen Diensten sowie bei Dienstleistungen in den Bereichen des Private Banking, der Sicherheitsdienste und exklusiven Luxusresorts konkurrieren die Unternehmen in der Regel miteinander in Bezug auf den Schutz der Privatsphäre. Es darf angenommen werden, dass auf derart wettbewerbsintensiven Märkten ein Nichteinhalten der Datenschutzbestimmungen seitens einer Gesellschaft deren Marktmacht beeinträchtigen würde.<sup>118</sup> Bei Internetsuchdienstleistungen scheint eine derartige Abgrenzung ausgehend vom Schutz der Privatsphäre sehr viel stärker begrenzt zu sein.

74. Verbraucher, die daran gewöhnt sind, Gratis-Onlineleistungen in Anspruch zu nehmen, können durchaus bereit sein, einen kostenlosen, schnellen und einfachen Dienst in Anspruch zu nehmen, ganz gleich, ob sie sich der damit verbundenen Risiken bewusst sind oder nicht. Für derartige Märkte könnten Bedingungen mit einem größeren Augenmerk auf den Schutz der Privatsphäre beim Verbraucher nicht unbedingt den Eindruck höherer Qualität erwecken.<sup>119</sup> Erste dazu durchgeführte Studien ergaben, dass Verbraucher unter Umständen bereit sind, einen Aufschlag für

---

<sup>118</sup> Siehe die Stellungnahme des EDSB, in der er unterstreicht, dass die private Durchsetzung der Datenschutzprinzipien durch Selbstregulierung und Wettbewerb gefördert werden sollte und die Industrie die Dienstleistungen als Mittel zur Erweiterung der Marktposition nutzen sollte, indem sie den Erwartungen der Verbraucher, die großen Wert auf Privatsphäre legen, besser entspricht. [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2007/07-07-25\\_Dir95-46\\_DE.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2007/07-07-25_Dir95-46_DE.pdf)

<sup>119</sup> Gemäß den (nicht eindeutigen) Ergebnissen einer vor kurzem durchgeführten Studie kann Folgendes festgestellt werden: „when consumers have to balance a trade-off between shopping from a privacy-friendly, or a cheaper firm, the latter attracts the overwhelming majority“ (beim Abwägen zwischen einem Kauf bei einer Firma, die die Privatsphäre achtet, und einer billigeren Firma ist die absolute Mehrheit von der letztgenannten angezogen); Preibusch, S., Kuebler, D. und Beresford, A., R., Price versus privacy: an experiment into the competitive advantage of collecting less personal information, online veröffentlicht am 7.8.2013.



einen stärkeren Schutz der Privatsphäre zu bezahlen.<sup>120</sup> Unternehmen der digitalen Wirtschaft betrachten den Schutz der Privatsphäre noch nicht als eine Chance, Wettbewerbsvorteile zu erzielen. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr eines „Wettlaufs nach unten“ in Bezug auf den Schutz der Privatsphäre, wobei das Nichteinhalten der Datenschutzbestimmungen und die Erfassung von Daten mit wettbewerbswidrigen Mitteln für die Marktmacht symptomatisch geworden sind, während die externen Kosten von den Nutzern getragen werden.<sup>121</sup>

75. Ein hilfreicher Vergleich kann gezogen werden zur Verbreitung des Begriffs der sozialen und umweltpolitischen Verantwortung der Unternehmen in den 1960er und 70er Jahren. Zum damaligen Zeitpunkt wurden sich die Unternehmen erstmals der Bedeutung der sozioökonomischen Auswirkungen ihrer Geschäfte bewusst und der Art, wie diese von ihren Kunden empfunden wurden. Heute messen sie in der Regel die eigene Politik an der ihrer Mitstreiter und es hat sich ein echter Markt für Produktsicherheit und umweltfreundliche Technologien herausgebildet. Ein stärker vernetzter Ansatz in Bezug auf den Datenschutz und den Wettbewerb könnte dazu beitragen, dass ein ähnliches Niveau des Wettbewerbs auch bei Online-Dienstleistungen erzielt wird.

#### **4.3.2. Wahlmöglichkeiten der Verbraucher, Einwilligung und Transparenz**

76. Die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher hängen von der Verfügbarkeit konkurrierender Dienstleistungen ab sowie von der Fähigkeit des Verbrauchers, die über diese Dienstleistungen zur Verfügung gestellten Informationen zu verstehen.<sup>122</sup> Im Hinblick auf die multifunktionellen Dienstleistungsunternehmen der digitalen Wirtschaft bestehen verschiedene signifikante Hindernisse im Hinblick auf das Bestehen einer wirklichen Wahlmöglichkeit. Wenn persönliche Informationen als Voraussetzung für die Nutzung eines bestimmten Dienstes erfasst werden und diese dann von derselben Gesellschaft zu Zwecken eines anderen Dienstes verarbeitet werden, ist es für die Benutzer schwierig, vorherzusehen, was mit ihren Daten geschehen wird.<sup>123</sup>

77. Diese Schwierigkeit wird weiter verstärkt durch die Länge der Datenschutzerklärungen. Eine Studie hat ergeben, dass ein durchschnittlicher Internetnutzer jährlich 244 Stunden Zeit aufwenden müsste, um die Datenschutzerklärung jeder von ihm eingesehenen Website einzusehen, das heißt mehr als 50% der Zeit, die ein durchschnittlicher Nutzer im Internet verbringt.<sup>124</sup> Diese Erklärungen umfassen in der Regel Erklärungen über die zukünftige Nutzung von Daten, die im Kleingedruckten verborgen sind oder die eine Entschlüsselung

---

<sup>120</sup> Tsai, J. Y., Egelman, S., Cranor, L. und Acquisti, A., The Effect of Online Privacy Information on Purchasing Behavior: An Experimental Study, *Information Systems Research*, Vol. 22 (2), Juni 2011, S. 254 – 268.

<sup>121</sup> Siehe zum Beispiel Grunes, A.P., Another look at privacy', *Geo.Mason L. Rev* Vol 20:4, S. 1112; Jones Harbour, P., J., und Koslov, T., I., Section 2 in a Web 2.0 world: An expanded vision of relevant product markets, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76 (2010), S. 769-797.

<sup>122</sup> Artikel 11 der vorgeschlagenen Datenschutz-Grundverordnung sieht vor, dass die Mitteilungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten in einfacher und leicht verständlicher Form zur Verfügung gestellt werden.

<sup>123</sup> Siehe Schreiben der Artikel-29-Datenschutzgruppe an Google Inc. [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2012/20121016\\_letter\\_to\\_google\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2012/20121016_letter_to_google_en.pdf) (eingesehen am 10.3.2014).

<sup>124</sup> McDonald, A. M. und Cranor, L. F., The Cost of Reading Privacy Policies, *A Journal of Law and Policy for the Information Society* 2008, *Privacy Year in Review*, S. 17.

erforderlich machen aufgrund vager, elastischer Konzepte wie der „Verbesserung der Kundenerfahrung“.<sup>125</sup>

78. Ferner ist zu bedenken, dass der durchschnittliche Smartphone-Benutzer 37 Apps zu unterschiedlichen Zwecken herunterlädt, die vom Spielen bis zum Homebanking reichen, wobei es nur bei 61 % der Apps eine Datenschutzerklärung gibt.<sup>126</sup> Dies führt zu einer Asymmetrie der Kenntnisse, weshalb die Gewerbetreibenden umso mehr zur Bereitstellung von klaren und eindeutigen Informationen gemäß den EU-Verbraucherschutzbestimmungen verpflichtet sind, und stellt in Frage, ob die betroffenen Personen über ausreichende Informationen verfügen, um in Kenntnis der Sachlage eine Einwilligung zu erteilen.<sup>127</sup> Es ist davon auszugehen, dass sich diese Situation weiter verschärfen wird durch das Wachstum des „Internets der Dinge“, das zahlreiche technische oder integrierte Geräte umfassen wird, die personenbezogene Daten erfassen, was dazu führen wird, dass die Benutzer nicht in der Lage sein werden, die Datenschutzerklärung auf dem Gerät selbst einzusehen, sondern die schriftliche Dokumentation finden müssten oder - was wahrscheinlicher ist - diese auf der relevanten Website einsehen müssten.
79. Erfolgreiche Online-Anbieter überzeugen eine steigende Anzahl von Kunden, mehr persönliche Informationen zur Verfügung zu stellen, die den Wert des Dienstes an die Werbetreibenden erhöhen und folglich „Netzeffekte“ generieren, wodurch noch mehr Verbraucher angelockt werden.<sup>128</sup> Bei „Gratis“-Onlinediensten kann es der Fall sein, dass den Kunden keine alternative Version des Angebots, bei der persönliche

---

<sup>125</sup> Der Begriff „Datenschutzerklärung“ selbst wird als irreführend betrachtet, wie eine eingehende Studie ergeben hat, die in den USA durchgeführt wurde. Gemäß einer Studie über Internetnutzer in den USA betrachteten weniger als die Hälfte der Befragten Datenschutzerklärungen als einfach verständlich, wovon zwei Drittel (zu Unrecht) davon ausgingen, dass Websites mit einer Datenschutzerklärung keine Daten austauschen; Turow, J., *Americans and Online Privacy: The System is Broken*, Juni 2003. Gemäß einer Fortune-500-Studie ist die deutliche Mehrheit der Datenschutzerklärungen so verfasst, dass sie die Lesefähigkeiten eines durchschnittlichen Erwachsenen in der USA übersteigt; Shannon Wheatman & Michelle Ghiselli *Privacy Policies: How to Effectively Communicate with Consumers and Avoid Judicial and Regulatory Scrutiny*. Die Federal Trade Commission kam zu dem Schluss, dass die meisten Datenschutzerklärungen unverständlich sind und dass sie wenig zur Information von Verbrauchern über die Praktiken der Unternehmen bzw. über Änderungen ihrer Praktiken beitragen; Preliminary Staff Report: *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change*, März 2012. Im März 2014 leitete eine französische Verbraucherschutzgruppe eine Klage gegen drei der größten sozialen Netze ein aufgrund des Verstoßes gegen Verbraucher- und Datenschutzbestimmungen, wobei die Dienstleistungsanbieter zuvor aufgrund ihrer verwirrenden („*elliptique et pléthorique*“) Vertragsbedingungen kritisiert wurden; <http://www.quechoisir.org/telecom-multimedia/internet/editorial-donnees-personnelles-main-basse-sur-la-vie-privee> (eingesehen am 25.3.2014).

<sup>126</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 02/2013 zu Apps auf intelligenten Endgeräten, WP 202, 27.2.2013.

<sup>127</sup> In einer gerichtlichen Entscheidung bezüglich des Abweisungsantrags des Beklagten auf eine Sammelklage, derzufolge das Scannen von E-Mails der Nutzer einen Verstoß gegen das Abhörsgesetz darstellt, stellte ein US District Court Folgendes fest: „*a reasonable Gmail user who read the Privacy Policies would not have necessarily understood that her emails were being intercepted to create user profiles or to provide targeted advertisements,*“ noch *‘non-Gmail users who are not subject to Google’s Privacy Policies or Terms of Service have impliedly consented to Google’s interception of their emails to Gmail users*“ (ein verständiger Gmail-Nutzer, der die Datenschutzerklärung liest, hätte nicht notwendigerweise verstanden, dass die eigenen E-Mails abgefangen werden zur Erstellung von Nutzer-Profilen oder zur Bereitstellung zielgerichteter Werbung, noch haben Nutzer, die keine Gmail-Nutzer sind und nicht den Datenschutzbestimmungen oder Nutzungsbedingungen zugestimmt haben, implizit ihre Einwilligung zum Abfangen ihrer E-Mails an Gmail-Nutzer erteilt). United States District Court Northern District of California San Jose Division, Rechtssache: 13-MD-02430-LHK, Order Granting in Part and Denying in Part Defendant’s Motion to Dismiss, 11.7.2013, S. 26-28.

<sup>128</sup> Es kommt zu Netzeffekten, wenn die Nützlichkeit eines Dienstes steigt, je mehr Menschen diesen benützen, was bedeutet, dass Markteinsteiger eine „kritische Masse“ von Nutzern benötigen, um konkurrieren zu können, während die Nutzer nur den konkurrierenden Dienst nutzen, sofern dieser generell verbreitet ist (z.B. ein Betriebssystem eines Computers). Siehe Grunes, A. P. (2013), *Another Look at Privacy* (August 13, 2013), *George Mason Law Review*, Vol. 20, No. 4, 2013, S. 1120.



Informationen nicht zu Marketingzwecken eingesetzt werden, bereitgestellt wird. Kunden haben nur wenig Spielraum zur Aushandlung von Nutzungsbedingungen, was ein „wesentliches Ungleichgewicht“ zwischen Anbietern und Nutzern darstellt und auch zu Ermittlungen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung führen könnte. Dies stellt eine tatsächlich bestehende Wahlmöglichkeit gemäß Artikel 7 Buchstabe a in Frage und dies wiederum die Gültigkeit der Einwilligung zur Verarbeitung persönlicher Informationen. Wenn es nur eine beschränkte Anzahl von Wirtschaftsbeteiligten gibt oder wenn ein Anbieter marktbeherrschend ist, wird das Konzept der Einwilligung immer trügerischer.<sup>129</sup>

80. Es wurde dazu aufgerufen, die Verantwortung für den Schutz persönlicher Informationen eindeutiger vom Nutzer auf den Anbieter des Dienstes zu verlagern, wie dies bei den Verbraucherschutzbestimmungen der Fall ist (siehe Abschnitt 3.3.2).<sup>130</sup> Eine Antwort auf diese Herausforderungen könnte darin bestehen, Normen im Hinblick auf die Transparenz und Verständlichkeit der Vertragsbestimmungen für Online-Dienste zu prüfen. Die Unternehmen könnten verpflichtet werden, mehr über ihre Entscheidungsfindungsprozesse in Bezug auf Datenverarbeitungsvorgänge zu offenbaren.<sup>131</sup> Es wurde auch die Anwendung eines Transaktionskostenansatzes empfohlen, bei dem bei der Einschätzung des Werts von Produkten und Dienstleistungen Hintergrundfaktoren berücksichtigt werden, die als „gratis“ beworben werden, aber zu einer Vielzahl von versteckten, nicht-finanziellen Kosten führen, damit alle Parteien ein klareres Verständnis für den Wert persönlicher Informationen haben, die erfasst und verarbeitet werden.<sup>132</sup>
81. Die Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften macht es erforderlich, zu prüfen, ob die Verbraucher unterschiedliche Dienstleistungen als substituierbar betrachten. Daraus folgt, dass bei dieser Analyse die Transparenz und die letztendlichen Kosten der Datenschutzerklärungen für die Verbraucher zu berücksichtigen sind sowie die Frage, ob die Wahl eine echte Wahl ist und ob die Einwilligung zur Datenverarbeitung gültig ist.

#### **4.3.3. Kontrolle über die eigenen Informationen**

82. Besser informierte Verbraucher sollten eher in der Lage sein, zwischen konkurrierenden Online-Diensten zu wählen. Sie sollten imstande sein, Daten zurückzuziehen und zu übertragen, mit denen ihre Aktivitäten aufgezeichnet werden und die im Cloud gespeichert sind, ganz gleich, ob dies im Kontext der sozialen

---

<sup>129</sup> Coates (2011).

<sup>130</sup> „In the context of online privacy, this implies emphasis should be placed less on notice and choice and more on implementing policy decisions with respect to the utility of given business practices and on organizational compliance with fair information principles (FIPs). In other words, the focal point for privacy should shift from users to (a) policymakers or self-regulatory leaders to determine the contours of accepted practices; and (b) businesses to handle information fairly and responsibly.“ (Im Rahmen des Schutzes der Privatsphäre im Online-Kontext bedeutet dies, dass das Hauptaugenmerk weniger auf die Mitteilung und Auswahl gelegt werden sollte als vielmehr auf die Durchführung von Entscheidungen im Hinblick auf die Nützlichkeit bestimmter Geschäftspraktiken und die organisatorische Einhaltung der Grundsätze der fairen Information. Mit anderen Worten verlagert sich der Brennpunkt des Schutzes der Privatsphäre von den Nutzern auf (a) politische Entscheidungsträger und Selbstregulierungsträger zur Festlegung der Umriss von akzeptablen Praktiken und (b) Unternehmen bei der fairen und verantwortlichen Behandlung von Informationen. Siehe in diesem Kontext auch die Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe zum Begriff der legitimen Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG (April 2014) und der steigenden Bedeutung des Grundsatzes der Verantwortlichkeit seitens der für die Verarbeitung Verantwortlichen.

<sup>131</sup> Tene, O and Polonetsky, J.(2013), Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics’, 11 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 2.239 (2013).

<sup>132</sup> Hoofnagle und Whittington (2014).

Netze, der Suchmaschinen, des Online-Bankings, des Energieverbrauchs oder medizinischer oder Fitness-Tracking-Applikationen geschieht. Ein Wettbewerbsexperte der Kommission hat diesbezüglich festgestellt, dass die Position des Anbieters, der die Daten kontrolliert, umso stärker ist und es umso schwieriger ist, dass neue Anbieter auf den Markt eintreten können, je schwieriger es für eine Person ist, ihre Daten zu übertragen.<sup>133</sup>

83. Die Datenübertragbarkeit (Absatz 26) könnte mindestens auf zwei Weisen Synergien zwischen dem Wettbewerbsrecht und den Datenschutzbestimmungen freisetzen.<sup>134</sup> Erstens könnte der Missbrauch der beherrschenden Stellung verhindert werden, ganz gleich, ob dieser durch Behinderung oder Ausnutzung zustande kommt, und sie könnte verhindern, dass Verbraucher an bestimmte Dienste gebunden werden durch die Beschränkung der Produktion, der Märkte oder technischer Entwicklungen zum Nachteil der Verbraucher.<sup>135</sup> Auf diese Weise könnten auch in diesem Bereich die Vorteile der Nummernübertragbarkeit erzielt werden, die durch Rechtsvorschriften im Bereich der Telekommunikation eingeführt wurde.<sup>136</sup> Zweitens könnte die Datenübertragbarkeit die Verbraucher in die Lage versetzen, Nutzen zu schlagen aus wertschöpfenden Dienstleistungen Dritter und zugleich den Zugang von Wettbewerbern zum Markt erleichtern, zum Beispiel durch die Nutzung von Websites für den Produktvergleich oder von Unternehmen, die Energieberatungsdienste erbringen, die auf einer intelligenten Messung der Daten beruhen.<sup>137</sup>

#### **4.4. Überwachung und Durchsetzung**

*Siehe Abschnitt 3.1.5, 3.2.5 und 3.1.3 (Aufsicht usw.)*

84. Separate Kohärenzvereinbarungen bestehen in der EU bereits zur Regulierung des Wettbewerbs, des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes durch das Europäische Wettbewerbsnetz, das Netz für die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (CPC) und die Artikel-29-Datenschutzgruppe. Die Unterscheidbarkeit und Unabhängigkeit dieser Behörden muss weiterhin voll gewährleistet werden. Angesichts der im vorliegenden Dokument aufgezeigten Herausforderungen könnte es für die Kommission und den EDSB auf EU-Ebene sinnvoll sein, zusammen mit den nationalen Wettbewerbs-,

---

<sup>133</sup> Coates, K., *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, 2011.

<sup>134</sup> Artikel 18 der vorgeschlagenen Datenschutz-Grundverordnung; KOM(2012) 11 endgültig. Es gibt bereits öffentlich-private Initiativen in verschiedenen Mitgliedstaaten, die einen direkten Zugang zu den eigenen Daten vorsehen, die im Besitz der Unternehmen sind, sowie die Möglichkeit, diese an konkurrierende Anbieter weiterzugeben. Siehe beispielsweise im Vereinigten Königreich <http://www.midatalab.org.uk/> und Frankreich <http://mesinfos.fing.org/>.

<sup>135</sup> Artikel 102 Absatz 2 Buchstabe b AEUV. Siehe auch Mantelero, A., *Competitive value of data protection: the impact of data protection regulation on online behaviour*, *International Data Privacy Law*, 2013, Vol. 3, No. 4, S. 229-238.

<sup>136</sup> Artikel 30 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. L 108, 24.4.2002.

<sup>137</sup> „Allowing data subjects/customers to have direct access to their data in a portable, user-friendly and machine-readable format may help empower them, and redress the economic imbalance between large corporations on the one hand and data subjects/consumers on the other. It would also let individuals “share the wealth” created by big data and incentivise developers to offer additional features and applications to their users“ (Den betroffenen Personen/Kunden direkten Zugang zu ihren Daten in einer handlichen, benutzerfreundlichen und maschinenlesbaren Form zu ermöglichen, kann diese stärken und das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den Großunternehmen auf der anderen Seite und den betroffenen Personen/Verbrauchern auf der anderen Seite beseitigen. Dies würde auch dazu beitragen, dass der Einzelne an „dem Reichtum beteiligt wird“, der durch Big Data geschaffen wird, und dies würde die Programmierer dazu anreizen, zusätzliche Funktionen und Applikationen für ihre Benutzer anzubieten); Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 03/2013 zur Zweckbindung.

Verbraucherschutz- und Datenschutzbehörden einen ganzheitlicheren Ansatz zur Durchsetzung zu vereinbaren. Angesichts der Überarbeitung der Zusammenarbeit im Bereich des Verbraucherschutzes und der laufenden Verhandlungen zur Datenschutzverordnung, die auch Bestimmungen im Hinblick auf einen Kohärenzmechanismus umfassen, wäre dies genau der richtige Zeitpunkt dazu. Der Dialog zwischen den Behörden auf diesen beiden Ebenen - der europäischen und der nationalen - könnte systematischer werden, sofern ein spezifischer Fall eintritt, in dem das Wohl der Verbraucher und Datenschutzbelange gefährdet sind.

## **5. Schlussfolgerung: Es besteht Bedarf an weiteren Untersuchungen und Erörterungen**

---

*Der rasch expandierende Online-Markt ... berührt immer mehr alle Aspekte des Geschäftslebens. Das Sicherstellen eines effizienten Wettbewerbs auf diesen Märkten wird eine der wichtigsten Prioritäten darstellen ... die zunehmende Erfassung, Verarbeitung und Verwendung von Daten über Transaktionen der Verbraucher zu geschäftlichen Zwecken ... hat sich als eine immer wichtiger werdende Quelle des Wettbewerbsvorteils erwiesen, [die zu] einer stärker werdenden Verbraucherbenachteiligung [führen könnte].*

Rede von David Currie, Vorsitzender der Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs  
anlässlich der Beesley Lectures vom 7.11.2013.

---

85. In dieser vorläufigen Stellungnahme wurden vor dem Hintergrund des Themas „Big Data“ die möglichen Konvergenzen und Spannungen zwischen drei Bereichen des EU-Rechts erörtert und geprüft. Obgleich der Schutz der Privatsphäre und der Schutz personenbezogener Daten von öffentlichem Interesse sind und in den Verträgen als Grundrechte verankert wurden, könnte der Mangel an Interaktion bei der Entwicklung der Maßnahmen in den Bereichen Wettbewerb, Verbraucherschutz und Datenschutz zu einer eingeschränkten Wirksamkeit der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln und des Anreizes zur Entwicklung von Dienstleistungen zum Schutz der Privatsphäre und Begrenzung der Verbraucherbenachteiligung geführt haben. In der digitalen Wirtschaft stellen persönliche Informationen einen signifikanten immateriellen Vermögenswert bei der Wertschöpfung dar. Sie sind zugleich eine „Währung“, die im Tausch gegen Online-Dienste eingesetzt wird. Dies hat potenziell weitreichende Auswirkungen auf die Auslegung von Schlüsselkonzepten, wie dem der Transparenz, der Marktbeherrschung und des Wohls und der Benachteiligung von Verbrauchern.
86. Eine umfassende Antwort auf diese Herausforderung braucht mehr Zeit für weitere Untersuchungen sowie Zeit zum Nachdenken und für die Debatte. Eine solche Antwort könnte jedoch einen oder alle der folgenden Aspekte umfassen:
- **Geschärftes Bewusstsein** bei den Verbrauchern, den Dienstleistungsanbietern und den Regulierungsbehörden im Hinblick auf aktuelle und zukünftige technologische Entwicklungen auf den relevanten Märkten der digitalen Wirtschaft und die Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit, das Wohl der Verbraucher und die Auswahl und Innovation im Hinblick auf Dienste zum Schutz der Privatsphäre.
  - **Wirksame Beratung** in Bezug auf die Anwendung der Bestimmungen zum Schutz der Privatsphäre und der Wettbewerbs- und Verbraucherschutzregeln bei

Online-Diensten, insbesondere denjenigen, die als „Gratis“-Dienste beworben werden, unter Berücksichtigung des Standpunkts der Verbraucher und Wettbewerber und etwaiger Hinweise auf Verbraucherpräferenzen und -bedenken.

- **Zusammenarbeit** zwischen Behörden bei Untersuchungen und bei der Durchsetzung, beispielsweise bei der Identifizierung von Szenarien und möglichen Normen zur Messung der Marktmacht in der digitalen Wirtschaft und Absprache im Hinblick auf einzelne Fälle.
- **Überarbeitung der Wettbewerbsbestimmungen** mit Blick auf die digitalen Märkte des 21. Jahrhunderts, einschließlich ihrer Schnittstellen mit anderen Bereichen des Rechts und Möglichkeiten zur produktiven Interaktion mit anderen betroffenen Behörden.

87. Persönliche Informationen haben zu einem anhaltenden Wachstum der digitalen Wirtschaft geführt. Die einzelnen Verbraucher sollten in der Lage sein, in den Genuss eines fairen Anteils der Früchte dieses Wachstums zu kommen. Die Wettbewerbs- und Datenschutzbehörden sind sich verstärkt der Tatsache bewusst, dass es sich hierbei um eine zentrale Herausforderung zum Aufbau von Vertrauen und Verantwortlichkeit in der gesamten digitalen Wirtschaft handelt. Der Datenschutz stellt eine einzigartige Gelegenheit dar, um dem Einzelnen Instrumente in die Hand zu geben, um sich selbst zu schützen und um die Durchsetzung der Wettbewerbs- und Verbraucherschutzregeln effektiver zu machen.

88. Der nächste Schritt besteht darin zu prüfen, ob eine engere Absprache der Regulierungsbehörden möglich ist, um diese Ziele zu erreichen. Diese Absprache sollte nicht nur auf Europa beschränkt sein, sondern sollte der globalen Reichweite der Gesellschaften der digitalen Wirtschaft Rechnung tragen. Der EDSB freut sich, einen Beitrag zu dieser Debatte leisten zu können.

Brüssel, 26. März 2014

**(unterzeichnet)**

Peter HUSTINX  
Europäischer Datenschutzbeauftragter

## **Anhang: Datenschutz, Wettbewerb und Verbraucherschutz in der EU: Ein vergleichender Überblick**

	<b>Datenschutz</b>	<b>Wettbewerbsvorschriften</b>	<b>Verbraucherschutz</b>	<b>Schnittstellen in der digitalen Wirtschaft</b>
<b>Rechtlicher Bezugsrahmen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ GRC Artikel 7 und 8</li> <li>➤ AEUV 16</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ AEUV 101-106</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ GRC 38</li> <li>➤ AEUV Artikel 12 und 169</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Zentrale Werte der EU und wirtschaftliche Mission.</li> </ul>
<b>Relevante abgeleitete Rechtsvorschriften</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Richtlinie 95/46/EG</li> <li>➤ Verordnung (EG) Nr. 45/2001</li> <li>➤ Richtlinie 2002/58/EG</li> <li>➤ Datenschutz-Grundverordnung (in Verhandlung)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Verordnung (EG) Nr. 1/2003</li> <li>➤ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (Fusionskontrolle)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Richtlinie 93/13/EWG (missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)</li> <li>➤ Richtlinie 98/6/EG (Preisangabe)</li> <li>➤ Richtlinie 2005/29/EG des Rates (unlautere Geschäftspraktiken)</li> <li>➤ Richtlinie 2006/114/EG (irreführende Werbung)</li> <li>➤ Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (Zusammenarbeit zwischen Behörden)</li> <li>➤ Richtlinie 2011/83/EU (Verbraucherrechte)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Regeln für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes.</li> <li>➤ Regeln für die Gewährleistung des Verbraucherschutzes.</li> </ul>
<b>Geltungsbereich</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Alle für die Verarbeitung Verantwortlichen, die in der EU niedergelassen sind oder auf Mittel zurückgreifen, die im Gebiet der EU gelegen sind. Die Bestimmungen sind skalierbar unter Berücksichtigung der Art und der Menge der</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Jede Wirtschaftstätigkeit, die den „Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann“.</li> <li>➤ Beherrschende Unternehmen haben eine „besondere Verantwortung“ in Bezug auf die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Alle Waren und Dienstleistungen, die auf dem Binnenmarkt geliefert oder verbraucht werden.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Auswirkungen von Wirtschaftstätigkeiten mit Bezug zum Binnenmarkt auf Personen in der EU.</li> </ul>

Postanschrift: Rue Wiertz 60 – 1047 Brüssel, Belgien

Dienststelle: Rue Montoyer 30

E-Mail: [edps@edps.europa.eu](mailto:edps@edps.europa.eu) - Website: [www.edps.europa.eu](http://www.edps.europa.eu)

Tel.: 02-283 19 00 - Fax: 02-283 19 50

	<b>Datenschutz</b>	<b>Wettbewerbsvorschriften</b>	<b>Verbraucherschutz</b>	<b>Schnittstellen in der digitalen Wirtschaft</b>
	<p>verarbeiteten Daten.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ (Unter der Datenschutz-Grundverordnung zu erweitern auf alle für die Verarbeitung Verantwortlichen, die Waren oder Dienste anbieten oder das Verhalten von betroffenen Personen überwachen, die in der EU ihren Wohnsitz haben).</li> </ul>	n.		
<b>Datenkontrolle und relevante Märkte</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Vereinbare Zwecke der Datenverarbeitung.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Definition der Begriffe „relevanter Markt“ und „Substituierbarkeit“ von Produkten und Dienstleistungen.</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Definition relevanter Märkte, deren Motor personenbezogene Daten sind.</li> <li>➤ Messung digitaler Marktmacht.</li> </ul>
<b>Transparenz und Wahlmöglichkeiten</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Rechte auf Auskunft und Zugang zu Daten in einer verständlichen Form.</li> <li>➤ Einwilligung ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage.</li> <li>➤ Recht auf Datenübertragbarkeit.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Kopplung und Bündelung von Dienstleistungen</li> <li>➤ Verhinderung des Wettbewerbs durch Lieferverweigerung einer wesentlichen Einrichtung.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Klare und verständliche Informationen über Preise und Produkte.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Gemeinsames Verständnis des Werts personenbezogener Daten.</li> <li>➤ Eigentum an den eigenen Daten durch Inanspruchnahme der Datenübertragbarkeit.</li> </ul>
<b>Schadensvorbeugung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Datenminimierung</li> <li>➤ Vertraulichkeit und Sicherheit der Verarbeitung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Begriff der Verbraucherwohlfahrt</li> <li>➤ Ausbeuterische Preise von Dienstleistungen</li> <li>➤ Theorie des Schadens für die Verbraucher aus</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Begriff der „Gutgläubigkeit“ in Verträgen</li> <li>➤ Verbot irreführender Angaben über Produkte und Dienstleistungen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Datenschutz als Faktor der Verbraucherwohlfahrt</li> <li>➤ Einsatz von Abhilfen in Wettbewerbsentscheidungen, die den Schutz der Privatsphäre fördern.</li> </ul>

	<b>Datenschutz</b>	<b>Wettbewerbsvorschriften</b>	<b>Verbraucherschutz</b>	<b>Schnittstellen in der digitalen Wirtschaft</b>
		<p><i>Fusionen</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <i>Ausnahmen für staatliche Beihilfen</i></li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <i>Zulassung der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern bei Entwicklung von Dienstleistungen, die den Schutz der Privatsphäre fördern.</i></li> </ul>
<p><b>Aufsicht, Durchsetzung, Sanktionen, Rechtsmittel</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <i>Unabhängige nationale Behörden</i></li> <li>➤ <i>EU-weite Zusammenarbeit durch den Kohärenzmechanismus der Artikel-29-Datenschutzgruppe (in Verhandlung)</i></li> <li>➤ <i>Recht auf gerichtliche Überprüfung bei Rechtsverletzungen</i></li> <li>➤ <i>Recht auf Entschädigung</i></li> <li>➤ <i>Verwaltungsstrafen, die proportional zum Jahresumsatz einer Gesellschaft sind (in Verhandlung)</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <i>Durchsetzung durch nationale Wettbewerbsbehörden und die Kommission für die EU.</i></li> <li>➤ <i>Die Behörden arbeiten im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsnetzes zusammen.</i></li> <li>➤ <i>Strafen für Verletzungen des Verbotswettbewerbswidriger Vereinbarungen können sich auf bis zu 10 % des Gesamtumsatzes belaufen.</i></li> <li>➤ <i>Es gibt keine Harmonisierung des Rechts auf gerichtliche Überprüfung für Verbraucher.</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <i>Nur nationale Behörden.</i></li> <li>➤ <i>Das Netz für die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (CPC) identifiziert jedes Jahr die gemeinsamen Prioritäten bei der Durchsetzung im Rahmen von koordinierten Überprüfungen der Einhaltung der Vorschriften und sektorspezifischen Projekten.</i></li> <li>➤ <i>Kein gemeinsamer EU-Ansatz an Untersuchungen von Verletzungen der Verbrauchervorschriften außer bei „innergemeinschaftlichen Verstößen“.</i></li> <li>➤ <i>Die Behörden sehen nur selten eine Entschädigung für Verletzungen der Verbraucherrechtsbestimmungen vor.</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <i>Dialog und Zusammenarbeit im Hinblick auf Fälle, in denen der Wettbewerb, das Wohl der Verbraucher und Datenschutzbelange sich überschneiden.</i></li> </ul>

**Abkürzungen:**

**GRC: Charta der Grundrechte der Europäischen Union**

**AEUV Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union**