

IW-Kurzbericht 124/2020

Ist die GWB-Novelle ein Daten für alle Gesetz?

Christian Rusche, 11. Dezember 2020

Daten gewinnen in einer digitaler werdenden Wirtschaft zunehmend an Bedeutung. Der Zugang zu Daten stellt dabei einen wichtigen Faktor im Wettbewerb dar. Aus diesem Grund versucht die aktuelle Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) den Zugang zu Daten zu erleichtern. Eine Datenquelle für alle Unternehmen wurde jedoch nicht geschaffen.

Die Betrachtung von Daten im GWB ist nicht neu. Bereits in der 9. Novelle wurde für Plattformen die Marktmacht durch den Zugang zu einzigartigen Daten eingeführt (Bundesregierung, 2016, 11 f.). Die aktuelle Novelle geht diesbezüglich noch weiter und dehnt diese Möglichkeit auf alle Unternehmen aus (Deutscher Bundestag, 10). Somit kann laut Entwurf jedem Unternehmen auf Basis seines Zugangs zu Daten unter Umständen eine marktmächtige Stellung zuerkannt werden.

Generell stellt das Erreichen einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund eigener Leistungen kein kartellrechtswidriges Vergehen dar. Das Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung trägt jedoch eine Verantwortung dafür, dass es den Wettbewerb nicht verzerrt oder ganz verhindert (EuGH, 2011, Randnummer 24). Dies beinhaltet auch den Zugang zu Informationen an Wettbewerber, wenn dadurch der Wettbewerb auf an-

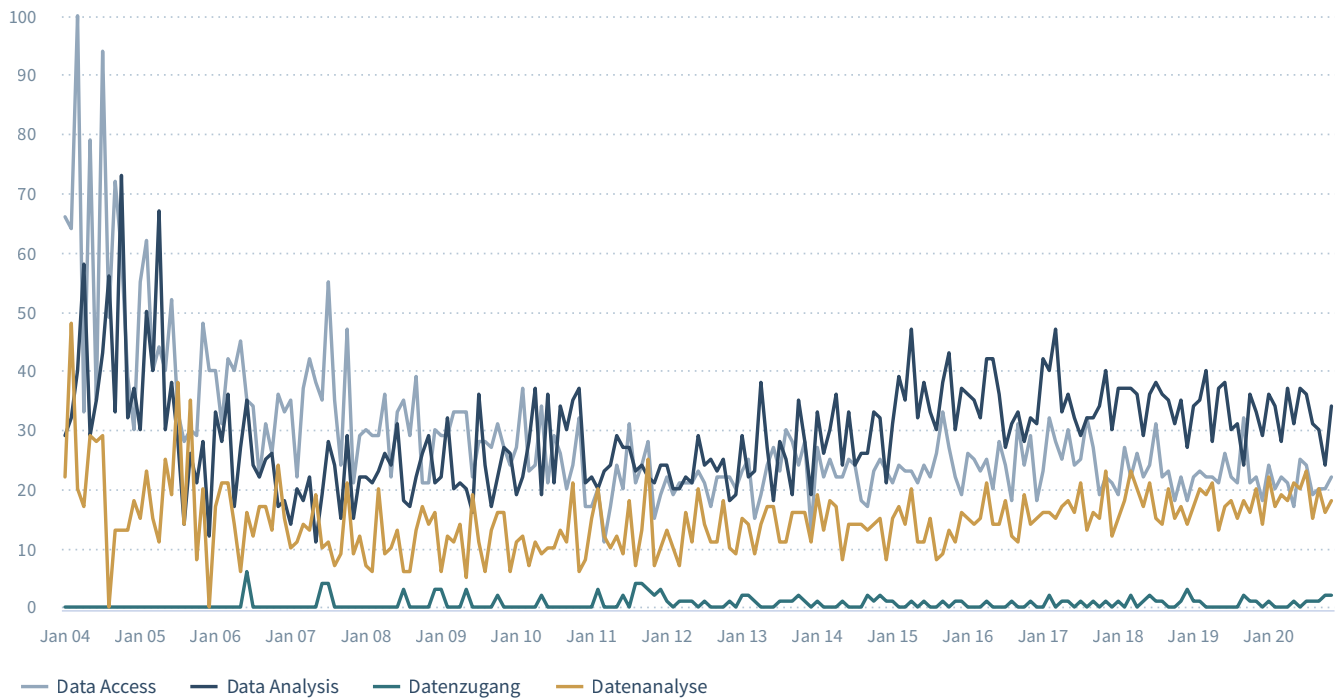
grenzenden Märkten gestärkt oder erst ermöglicht wird (EuGH, 2007, Rn. 330).

Die Unterscheidung zwischen Daten und Informationen ist hier von Bedeutung, da aus Daten erst Informationen abgeleitet werden müssen (Demary/Rusche, 2018, 48). Daten besitzen nur aufgrund der Informationen, die sie enthalten, einen ökonomischen Wert. Diese Informationen müssen mittels Analyse gewonnen werden. Die Bedeutung der Analyse im Vergleich zum Datenzugang wird unter anderem an den Suchanfragen auf Google aus Deutschland deutlich (Abbildung). In der Abbildung sind die relative Häufigkeit der Anfragen nach den Begriffen „Data Analysis“, „Data Access“, „Datenzugang“ und „Datenanalyse“ im Zeitraum seit 2004 dargestellt. Der höchsten absoluten Anzahl an Suchanfragen in einem Monat wird der Wert 100 zugewiesen. Relativ zu diesem Maximum wird die Anzahl an Suchanfragen nach den Begriffen in den jeweiligen Zeitpunkten angegeben.

Konkret wurde im März 2004 die absolut höchste Anzahl an Anfragen nach „Data Access“ verzeichnet. Dieser Monat erhielt den Wert 100. Im November 2020 erhielt dieser Begriff den Wert 22. Somit wurden im November 2020 lediglich 22 Prozent der Anfragen vom März 2004 verzeichnet. Für die anderen Monate und Begriffe wird ebenfalls der Wert von „Data Access“ aus dem März 2004

Suchinteresse an „Data Access“, „Data Analysis“, „Datenzugang“ und „Datenanalyse“

Indizierte Google-Suchanfragen für die genannten Begriffe von 2004 bis 2020, Maximum: 100 (erreicht für „Data Access“)



Quelle: Google Trends, 2020; eigene Darstellung

als Maßstab herangezogen. Die Abbildung zeigt, dass seit 2012 die meisten Suchanfragen nach „Data Analysis“ erfolgen. Der Begriff „Datenanalyse“ ist in den vergangenen beiden Jahren ungefähr gleichauf mit „Data Access“. In allen Zeiträumen sind die Suchanfragen nach „Datenzugang“ zu vernachlässigen. Dies gilt auch, wenn stattdessen „Daten Zugang“ verwendet wird. Die Suchanfragen auf Google deuten somit an, dass zu Beginn des Jahrtausends der Datenzugang das wichtigere Thema auf der Suchmaschine war. Mittlerweile wird im Kontext von Daten öfter nach Analyse gesucht. Der Zugang zu Daten ist somit eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs. Der Datenzugang an sich löst somit kein Wettbewerbsproblem, da es auch auf die Analyse ankommt, bei der marktmächtige, ausländische Unternehmen unter Umständen bereits weiter sind, wodurch sie von einem Datenzugang eventuell selbst überproportional profitieren würden.

Die 10. Novelle des GWB versucht den Datenzugang als notwendigen ersten Schritt zu erleichtern. Der erste Weg führt über die sogenannte „essential facilities doctrine“

in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (Deutscher Bundestag, 2020, 10). Diese Regelung gilt für Unternehmen, die eine wichtige Infrastruktur betreiben (z.B. Stromnetze, Brücken). Daten können gemäß Novelle unter Umständen, insbesondere wenn sie für die Tätigkeit auf angrenzenden Märkten notwendig sind (ebenda), eine essential facility darstellen. Die Nutzung der Daten ist jedoch an ein angemessenes Entgelt als Gegenleistung gekoppelt. Somit entstehen auf diesem Weg zwei Hindernisse für den Datenzugang. Zum einen müssen die Daten für die Geschäftstätigkeit unbedingt notwendig sein - vergleichbare Datensätze oder Informationen dürfen nicht verfügbar sein - und es dürfen keine Datenschutzbedenken oder andere rechtliche Hinderungsgründe vorliegen.

Das zweite Hindernis beim Datenzugang besteht in der Formulierung „angemessenes Entgelt“. Denn es ist nicht auf Anhieb klar, wie hoch das im Einzelfall sein muss. Eine ähnliche Problematik gibt es bei den Bedingungen für die Nutzung standardessenzieller Patente, d.h. von für die Tätigkeit unbedingt notwendiger Patente, und den dafür zu entrichtenden Beträgen sowie anzuwendenden Bedingungen (vgl. EuGH, 2015). Somit kann es

auch beim Zugang zu Daten und den Bedingungen dafür zu langwierigen Rechtstreitigkeiten kommen.

Bei essential facilities ist ein Unternehmen zwingend auf den Zugang angewiesen. Doch die Novelle will auch unabhängig davon einen Zugang ermöglichen. In § 20 wird daher die Möglichkeit des Zugangs bei relativer oder überlegener Marktmacht - damit unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung - geschaffen. Bisher galt dieser Tatbestand für kleine und mittlere Unternehmen, die sich einem überlegenen Großunternehmen gegenübersehen (Deutscher Bundestag, 2020, 76). Durch die Novelle sollen nun auch Großunternehmen in den Genuss der Regelung kommen, die von einer marktmächtigen digitalen Plattform abhängig sind. Damit kann nun für Unternehmen aller Größenklassen ein Datenzugang in Betracht kommen.

Bemerkenswert an dem möglichen Datenzugang ist insbesondere, dass es auf eine vertragliche Beziehung zwischen den Unternehmen nicht ankommt. Somit kann ein Datenzugang möglich sein, auch wenn mit dem Unternehmen, welches die Daten kontrolliert, keine direkte geschäftliche Beziehung besteht oder bestand. Der Datenzugang ist jedoch nur möglich, wenn keine anderen Regelungen (Datenschutz, Wettbewerbsrecht usw.) dies ausschließen und es keine alternativen Quellen für vergleichbare Daten gibt. Die Novelle fordert auch eine Abwägung der Auswirkungen auf das herausgebende Unternehmen gegenüber den zu erwartenden positiven Wirkungen (ebenda, 78). So kann ein überwiegender Schaden, beispielsweise bei der Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen, einem Datenzugang entgegenstehen. Der Datenzugang über diesen Weg ist somit ebenfalls nicht ohne Weiteres möglich und dürfte auch nicht kostenlos erfolgen.

Fazit

Die GWB-Novelle verbessert für die meisten Unternehmen den Zugang zu Daten kaum. Der Gesetzgeber geht in der Novelle von einem zusätzlichen Fall wegen eines fehlenden Datenzugangs pro Jahr in der Missbrauchsaufsicht aus (ebenda, 58). Somit dürfen sich Unternehmen auch nicht auf Daten von Großunternehmen oder

mächtigen Digitalkonzernen für die Weiterentwicklung eigener Produkte und Dienstleistungen verlassen. Besonders, da der Aufbau von Analysefähigkeiten ebenfalls notwendig ist.

Eine Alternative stellt vor diesem Hintergrund insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen der gemeinsame Aufbau einer Datensammlung und entsprechender Analysemöglichkeiten in Form einer Genossenschaft (Demary et al., 2019) sowie die Nutzung eines Datentreuhänders zum Austausch untereinander dar.

Literatur

Bundesregierung, 2016, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, o. O.

Demary et al., 2019, Data Sharing im E-Commerce – Rechtliche und ökonomische Grundlagen. Gutachten für ServiCon Service & Consult eG, Köln

Demary, Vera / Rusche, Christian, 2018, The Economics of Platforms, IW-Analyse, Nr. 123, Köln

Deutscher Bundestag, 2020, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), Drucksache 19/23492, Berlin

EuGH, 2007, Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache T-201/04 R, Microsoft Corp. Gegen die Europäische Kommission, Luxemburg

EuGH, 2011, Urteil in der Rechtssache C-52/09, Konkurrentenverket gegen TeliaSonera Sverige AB, Luxemburg

EuGH, 2015, Urteil in der Rechtssache C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd / ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH, Luxemburg