

Datenschutzregulierung als Eingriff in Wertschöpfungsmodelle

Dr. Alexander Golland

11. Oktober 2018

Zukunft der Datenökonomie

Agenda

- 1. Problemstellung**
- 2. Freiwilligkeit der Einwilligung**
- 3. Anwendungsbereich des Kopplungsverbots**
- 4. Ökonomische Auswirkungen**
- 5. Lösungsansatz**
- 6. (Dynamische) Preisbildung**
- 7. Fazit**

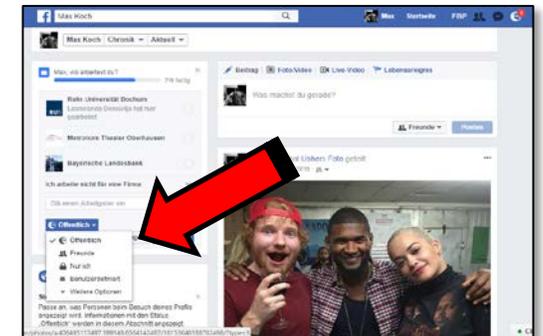
Problemstellung

- Steigende Digitalisierung erfordert zeitgemäßes Datenschutzrecht
- Verbotsprinzip als „traditioneller“ Grundsatz des Datenschutzrechts
- Targeted advertising: wirtschaftlich notwendig für „kostenlose“ Dienste
- Datenschutz wird Bedrohung von der data-driven economy wahrgenommen
 - Kopplungsverbot (Art. 7 Abs. 4 DSGVO) = Verbot „datenfinanzierter“ Dienste?
 - Verbot automatisierter Einzelentscheidungen (Art. 22 DSGVO) = Verbot von Dynamic Pricing?



Problemstellung

- Rechtfertigung von Datenverarbeitungsvorgängen, die der Monetarisierung des Diensts dienen
- Vertragsabwicklung, Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO?
 - i.d.R. (-), da keine „Erforderlichkeit“
- Interessenabwägung, Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO?
 - i.d.R. (-), weil hier Interesse des Nutzers an Wahrung der Privatsphäre typischerweise überwiegt
 - Ausnahme: bewusst öffentlich gemachte Daten
- Einwilligung zwingend erforderlich



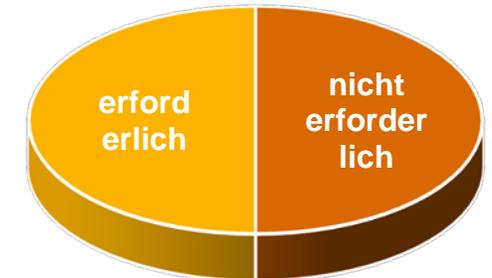
Freiwilligkeit der Einwilligung

- Häufiges Problem: Freiwilligkeit in Abhängigkeitsverhältnissen, insb. im Beschäftigungskontext
- Teilnahme an „kostenlosen“ Diensten wird häufig vom Diensteanbieter von der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung abhängig gemacht
- Zum Teil auch Einführung neuer Datenschutzbestimmungen mit Alternative, den Dienst nicht weiter zu nutzen („Take it or leave it“)
- Lock-in-Effekte beeinträchtigen Freiwilligkeit
- Macht das Kopplungsverbot datenverwertende Tätigkeiten unmöglich?



Anwendungsbereich (1) - Leistungsbeschreibung

- Keine Anwendung, wenn Verarbeitung in der Leistungsbeschreibung als Leistung und die Einwilligung als Gegenleistung deklariert wird
 - „Tausch von Leistung gegen Daten“ – Datenhandelsvertrag
 - Kopplungsverbot erfasse nur „sachfremde Begleiterscheinungen“, d.h. wenn „Gegenleistung“ nicht hinreichend transparent gemacht wird
- Einheitliche Anknüpfung („Erforderlichkeit“)
- Schutzzweck von Art. 7 Abs. 4 DSGVO
- Nutzerdaten für Werbung nicht „erforderlich“
- Kernproblem: Abgrenzung der vertragscharakteristischen Leistung



Anwendungsbereich (2) - Marktposition

- Einschränkung auf Monopolisten?
- Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung
 - Sachlich relevanter Markt nach Bedarfsmarktkonzept
 - Abgrenzung nach Zielgruppe und geschuldeter Leistung
 - Marktanteil vs. Verbreitung
- Erhebliche Widersprüche bei Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts
- Problem: Kartellrechtlicher „Hilfssheriff“
 - Konflikt mit Kartellbehörden
 - Betroffenenenschutz u.U. beeinträchtigt

Ökonomische Auswirkungen

- Personenbezogene Werbung essentieller Bestandteil heutiger Internetdienste (insbesondere Web 2.0)
- Einwilligung für segment- und verhaltensbezogene Werbung erforderlich
- Bei Kopplung: Einwilligung unwirksam (weitere Folgen?)
- Ohne Kopplung: Betroffener hat keine Einwilligungsmotivation
- Ende „kostenfreier“ / datenfinanzierter Dienste?
 - Härting: „Zwei-Klassen-Datengesellschaft“
 - Schulz: Zunahme zahlungspflichtiger Dienste „unter sozialpolitischen Gesichtspunkten nicht wünschenswert“

Lösung: Entgeltlicher Alternativzugang

- Mehrere Zugänge zu derselben Leistung
 - Zugang 1: Kostenfrei und gegen Einwilligung in die Verarbeitung von Nutzerdaten in Werbung / Big-Data-Analysen / Marktforschung
 - Zugang 2: Entgeltlich und einwilligungsfrei
- Leistungserbringung wird nicht von der Erteilung abhängig gemacht, da freie Wahl, die gleiche Leistung anderweitig zu beziehen
- Grundsätzlich kein Verstoß gegen Kopplungsverbot



(Dynamische) Preisbildung und Datenschutzrecht

- Preis des Alternativzugangs: Was ist Privacy wert?
 - Grenzen der Preisgestaltung
 - Fixpreise vs. Dynamic Pricing
- Rechtsgrundlage der Preisberechnung im Dynamic Pricing
- Art. 22 DSGVO als Verbot für Dynamic Pricing?
 - „rechtliche Wirkung“ oder „erhebliche Beeinträchtigung“ gefordert (+/-)
 - Art. 22 Abs. 2 lit. a DSGVO erfasst Massengeschäfte im Online-Verkehr
 - Grenze: Diskriminierungsschutz (Art. 22 Abs. 4 DSGVO)
 - zulässig, soweit Preisbildung ohne sensible Daten (Art. 9 Abs. 1 DSGVO)

Fazit

- **Wesentliche Ertragssteigerungen i.d.R. nur mit Einwilligung möglich**
- **Umfassender Anwendungsbereich des Kopplungsverbots**
- **Abgrenzung bei Vertragsverhältnissen: reziproke Interessenlage im konditionellen Synallagma / Marktstellung ist nicht entscheidend**
- **Kopplungsverbot führt zu „echter Freiwilligkeit“ – Gefährdung der Wirtschaftlichkeit, da keine Anreize, Einwilligung zu erteilen**
- **Vorschlag: Alternativzugang gegen angemessenes Entgelt**
- **Grenzen der Preisgestaltung: Vertrags-, Kartell- und Datenschutzrecht**
- **kein generelles datenschutzrechtliches Verbot des Dynamic Pricing**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



Dr. Alexander Golland

Senior Consultant

+49 211 / 981 2007

+49 171 / 689 74 63

alexander.golland@pwc.com