

# *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**

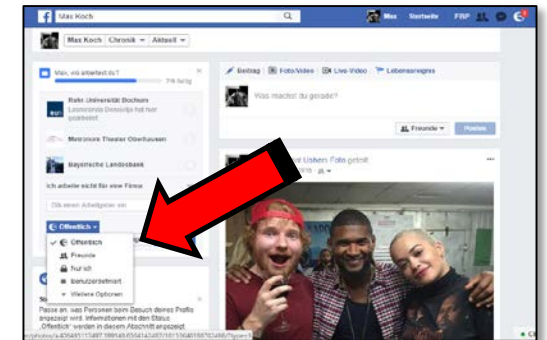
# ***Problemstellung***

- Steigende Digitalisierung erfordert zeitgemäßes Datenschutzrecht
- Verbotssprinzip 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



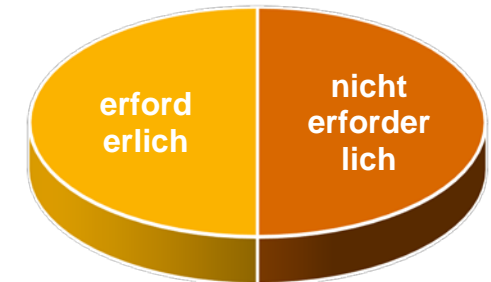
# Freiwilligkeit der Einwilligung

- 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

---

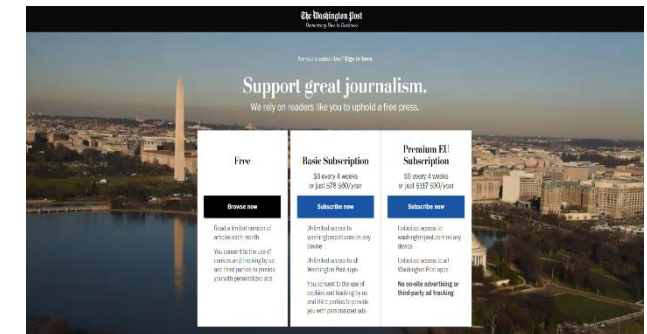
## ***Ökonomische Auswirkungen***

- 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**