

# Wissen ist Macht?

## Zum Verhältnis zwischen Datenschutz und Wettbewerb

Mit ihrer Entscheidung vom 11. März 2008 hat die Europäische Kommission die Übernahme des Online-Werbetechnologie-Anbieters DoubleClick durch den Internet-Suchdienst Google genehmigt. Die Kommission hat sich damit der Entscheidung der amerikanischen Federal Trade Commission (FTC) angeschlossen. Eine Enttäuschung ist dies insbesondere für all diejenigen, die gehofft haben, im Rahmen des europäischen Kartellrechts könnten – anders als im Rahmen des amerikanischen Antitrust Law – auch datenschutzrechtliche Aspekte eine Rolle spielen. Die Europäische Kommission hat es jedoch, wie zuvor schon die FTC, bei einem allgemeinen Bekenntnis zur Wichtigkeit des Datenschutzes belassen; eine kartellrechtliche Relevanz wurde dem Datenschutz hingegen nicht zuerkannt. Der Schutz funktionierender Wettbewerbs und der Schutz informationeller Selbstbestimmung haben für Kommission und FTC nichts miteinander zu tun. Überzeugen kann dies in dieser Allgemeinheit nicht.

### Einleitung

Als 1999 in den USA im Zuge der Deregulierung des Finanzsektors das Zusammenschlussverbot für Banken, Versicherungen und andere Finanzinstitute durch den *Gramm-Leach-Bliley Act* aufgehoben wurde, wurde in dieses Gesetz ein eigener Titel V mit datenschutzrechtlichen Vorschriften aufgenommen.<sup>1</sup> Maßgebend war die Erkenntnis, dass bei einem Zusammenschluss von Unternehmen auch deren Datenbestände zusammengeführt werden und sich so ein ganz neues Potential an Datenverarbeitungsmöglichkeiten und damit auch an „Datenmacht“ eröffnen kann. Aktuell scheint diese Erwägung keine Rolle mehr zu spielen. Wenn sich wie im Fall Google-DoubleClick die beiden

zentralen Global Player im Bereich Online-Werbung zusammenschließen, deren Datenbanken jeweils für sich genommen schon unüberschaubar sind, ist die Gefahr zu großer Datenmacht für die Kartellbehörden offensichtlich kein Thema.

Soweit es um die Entscheidung der Europäischen Kommission geht,<sup>2</sup> mag sich dies auch damit erklären lassen, dass in Europa anders als in den USA Datenschutz ohnehin schon umfassend gesetzlich gewährleistet ist. Entsprechend beschränkt sich die Kommission in ihrer Entscheidung auch auf ein pauschales Bekenntnis zum bestehenden Datenschutz, wenn sie betont, dass die Genehmigung des Zusammenschlusses von Google und DoubleClick deren datenschutzrechtliche Pflichten unberührt lässt und die Unternehmen in ihrem „day to day business“ das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beachten müssen.<sup>3</sup> Mehr als

diese datenschutzrechtliche Selbstverständlichkeit findet sich in der Entscheidung der Europäischen Kommission nicht. Die Frage, ob Aspekte des Datenschutzes und der Datenmacht nicht gerade auch im Rahmen der Fusionskontrolle Beachtung hätten finden müssen, wird nicht erörtert.

### 1 Kartellrecht und Verbraucherschutz

Europäische Kommission wie Federal Trade Commission betonen in ihren Entscheidungen, dass es bei der Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Übernahme von DoubleClick durch Google allein um den Schutz des Wettbewerbs gehen kann, nicht aber um Verbraucherschutz im Allgemeinen oder Datenschutz im Besonderen. Datenschutz mag noch so wichtig sein, jedoch ist das Kartellrecht nicht der richtige Ort, um dieses Ziel zu verfolgen: „Strictly speaking, privacy is



**Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M. (UCLA)**

Geschäftsführender Direktor des Instituts für Gesundheits- und Medizinrecht (IGMR), Universität Bremen  
E-Mail: bbuchner@uni-bremen.de

<sup>2</sup> Commission Decision of 11/03/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No COMP/M.4731 – Google/DoubleClick), C(2008) 927 final.; für eine (unverbindliche) deutsche Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission siehe ABl. 2008 Nr. C 184/10.

<sup>3</sup> Siehe a.a.O. S. 97 f.; „In any event, this Decision is without prejudice to the obligations imposed on to the parties by Community legislation in relation to the protection of individuals and the protection

of privacy with regard to the processing of personal data ... Irrespective of the approval of the merger, the new entity is obliged in its day to day business to respect the fundamental rights recognised by all relevant instruments to its users, namely but not limited to privacy and data protection.“

<sup>1</sup> 15 U.S.C. §§ 501 ff.

not an antitrust issue.<sup>4</sup> Dem ist zunächst einmal auch nur wenig entgegenzusetzen. Das Kartellrecht mag zwar mittelbar auch den Schutz der Verbraucher gewährleisten, weil diese bei funktionierendem Wettbewerb regelmäßig effizienter, sicherer und preisgünstiger versorgt werden.<sup>5</sup> Ein unmittelbarer Zweck des Kartellrechts ist der Verbraucherschutz jedoch nicht. Entsprechend ist es für die kartellrechtliche Beurteilung auch irrelevant, ob sich eine wettbewerbsrelevante Maßnahme zuungunsten oder zugunsten des Verbrauchers auswirkt, entscheidend ist allein die Auswirkung dieser Maßnahme auf den Wettbewerb.

Insoweit eine strikte Grenze zu ziehen ist auch deshalb unabdingbar, weil man ansonsten die kartellrechtliche Tür weit aufstoßen würde für die Anmeldung beliebiger Begehrlichkeiten, die bei einer Fusionskontrolle ebenfalls Berücksichtigung finden sollen. Die FTC verweist in ihrer Begründung auf die zahlreichen Fälle, in denen sie bereits aufgefordert wurde, einen Zusammenschluss aus Gründen zu untersagen, die mit dem Schutz des Wettbewerbs als solchem zunächst einmal nichts zu tun haben – seien es Gründe des Umweltschutzes, des Beschäftigtenschutzes oder nunmehr eben des Datenschutzes.<sup>6</sup> So wichtig all diese Schutzziele auch sein mögen, kann es gleichwohl nicht Aufgabe der Kartellbehörden sein, diese durchweg zu berücksichtigen. Aufgabe des Kartellrechts ist es, das Funktionieren des Wettbewerbs zu gewährleisten und Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Und konkret der Fusionskontrolle kommt in diesem Zusammenhang die Aufgabe zu, solche Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, die sich aus dem Zusammenschluss von Unternehmen ergeben können. Anhand dieses Maßstabs ist auch

4 Zitat aus New York Times v. 27.5.2007 („Google Deal Said to Bring U.S. Scrutiny“).

5 Bechtold, Kartellgesetz (2008), Einf. Rdn. 44; Bunte, Kartellrecht (2008), S. 8.

6 Federal Trade Commission, Statement Concerning Google/DoubleClick (FTC File No. 071-0170): „This is not the first time that the Commission has been asked to block a merger, notwithstanding that the transaction is not likely to create, enhance, or facilitate market power in violation of the antitrust statutes we enforce. The Commission has been asked before to intervene in transactions for reasons unrelated to antitrust concerns, such as concerns about environmental quality or impact on employees. Although such issues may present important policy questions for the Nation, the sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition.“

die kartellrechtliche Zulässigkeit der Übernahme von DoubleClick durch Google zu beurteilen.

## 2 Die kartellrechtliche Beurteilung des Zusammenschlusses durch die Europäische Kommission

### 2.1 Ausgangspunkt

Gemäß Art. 2 Abs. 2 und 3 der EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO)<sup>7</sup> kommt es für die Beurteilung eines Unternehmenszusammenschlusses darauf an, ob durch den Zusammenschluss ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird.<sup>8</sup> Insbesondere soll dies der Fall sein, wenn durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (Art. 2 Abs. 3 FKVO). Das Marktbeherrschungskriterium ist das ausschlaggebende Entscheidungskriterium, ob ein Zusammenschluss von Unternehmen zu untersagen ist oder nicht.<sup>9</sup>

### 2.2 Marktabgrenzung

Da die Frage der Wettbewerbsbehinderung und der Marktbeherrschung stets nur in Bezug auf den jeweils betroffenen relevanten Markt beurteilt werden kann,<sup>10</sup> hat sich auch die Kommission in einem ersten Schritt um eine solche Abgrenzung bemüht.<sup>11</sup> Sachlich relevanter Markt soll dabei im Fall von Google der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen sein,<sup>12</sup> im Fall von DoubleClick der

7 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20. Januar 2004.

8 Sog. SIEC-Test („significant impediment to effective competition“).

9 Siehe Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse (ABl. 2004 Nr. C 31/5), ErWG 4, S. 2-4; im Einzelnen dazu Bunte, Kartellrecht (2008), S. 201 ff.; Emmerich, Kartellrecht (2008), § 16 Rdn. 19 ff.

10 Bunte, Kartellrecht (2008), S. 203; Emmerich, Kartellrecht (2008), § 16 Rdn. 7.

11 Commission Decision (Fn. 2), S. 17 ff.

12 Google bietet sowohl auf seinen eigenen Websites Online-Werbeflächen an als auch auf allen Websites, die Teil des Google-Netzwerks „AdSense“ sind. Google AdSense ermöglicht es Website-Betreibern, Google-Anzeigen auf den Content-Seiten ihrer Website zu schalten und auf diese Weise Einnahmen zu erzielen (nähere Informationen zu Google AdSense unter <https://www.google.com/adsense>).

Markt für die Ad-serving-Technologie bei Werbeanzeigen.<sup>13</sup> Räumlich relevanter Markt ist jeweils der Europäische Wirtschaftsraum (EWR). Google wird als führender Anbieter von Online-Werbung und insbesondere von Flächen für suchgebundene Anzeigen eingeordnet. DoubleClick hat aus Sicht der Kommission zwar im Bereich der Ad-serving-Technologie die Marktführerschaft inne, soll jedoch aufgrund der niedrigen Umstellungskosten seiner Kunden<sup>14</sup> gleichwohl einem erheblichen Wettbewerbsdruck von anderen Ad-serving-Tool-Anbietern ausgesetzt sein.

### 2.3 Horizontale und nicht horizontale Effekte des Zusammenschlusses

In einem weiteren Schritt prüft die Kommission die Übernahme von DoubleClick durch Google unter dem Blickwinkel eines horizontalen Zusammenschlusses. Eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs durch das Ausscheiden eines Wettbewerbers aus dem Markt kommt allerdings nicht in Betracht, weil nach Einschätzung der Kommission Google und DoubleClick aktuell in keinem nennenswerten Wettbewerb miteinander stehen.<sup>15</sup> Auch unter dem Aspekt des möglichen Wegfalls eines *potentiellen zukünftigen* Wettbewerbs zwischen Google und DoubleClick besteht aus Sicht der Kommission kein Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.<sup>16</sup> Auf dem Vermittlungsmarkt bestehe auch ohne DoubleClick als potentiellen Konkurrenten von Google aufgrund der Vielzahl anderer Wettbewerber<sup>17</sup> hinreichend Wettbewerbsdruck. Und umgekehrt wäre auch Google als potentieller Wettbewerber von DoubleClick auf dem Ad-serving-Markt nur einer unter

13 „Ad-serving“ bezeichnet den Vorgang der Platzierung von Anzeigen auf Websites. Anbieter sog. Ad-serving-Technologie stellen für Werbetreibende und Website-Betreiber die entsprechenden Software-Tools bereit, um Anzeigen auf Websites zu platzieren. Ziel ist es dabei, durch umfangreiche Datenauswertung Anzeigen möglichst gezielt und passgenau auf die jeweiligen Besucher einer Website zuzuschneiden, um damit größtmöglichen Werbeerfolg zu sichern.

14 Sog. „Switching Costs“, die für Abnehmer bei einem Ausweichen auf andere Wettbewerber anfallen.

15 Commission Decision (Fn. 2), S. 52 ff.

16 A.a.O. S. 60 ff.

17 Die Kommission verweist auf Microsoft, AOL, Yahoo!, TradeDoubler, Zanox, AdLink, Interactive Media, Tomorrow Focus, Oridian und ValueClick (a.a.O. S. 72).

zahlreichen anderen Wettbewerbern, die auch so bereits für ausreichenden Wettbewerbsdruck sorgen.

Auch im Hinblick auf mögliche „nicht horizontale“ Effekte eines Zusammenschlusses von Google und DoubleClick schließt die Kommission im Ergebnis eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss aus.<sup>18</sup> Unter verschiedensten Aspekten wird geprüft, welche Strategien Google und DoubleClick nach einem Zusammenschluss möglicherweise verfolgen können, um Konkurrenten aus dem Markt zu drängen – u.a. etwa eine Erhöhung der Preise für DoubleClick-Kunden, die nicht Googles Ad-Netzwerke nutzen, eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit von DoubleClick-Tools bei Nutzung konkurrierender Ad-Netzwerke, eine Koppelung des Leistungsangebots von Google an die Verwendung der DoubleClick-Tools usw. Aus Sicht der Kommission ist jedoch aus den verschiedensten Gründen nicht zu erwarten, dass das neue Unternehmen solche Strategien durchsetzen würde bzw. könnte. Und selbst wenn es zu einer (teilweisen) Umsetzung kommen würde, wären nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb unwahrscheinlich, da mit Unternehmen wie Microsoft, Yahoo! und AOL eine ganze Reihe von finanzstarken und vertikal integrierten Mitbewerbern mit den gleichen Produktkombinationen auf dem Markt vertreten seien.<sup>19</sup>

## 2.4 Insbesondere: Marktabschottung aufgrund „Datenmacht“?

All die bislang angesprochenen Aspekte mögen kartellrechtlich relevant und interessant sein; aus datenschutzrechtlicher Sicht sind sie es weniger. Ob Abnehmer für DoubleClick-Tools in Zukunft etwas mehr oder weniger zahlen müssen oder sie Werbeflächen von Google nur noch dann vermittelt bekommen, wenn sie auch DoubleClicks Ad-serving-Tools benutzen, dürfte Datenschützer kaum beschäftigen. Interessant für Datenschützer werden die kartellrechtlichen Überlegungen der Kommission jedoch, wenn diese in einem letzten Punkt der Frage nachgeht, ob das neue Unternehmen möglicherweise dadurch eine für andere Wettbewerber unerreichtbare Stellung erlangt, dass im Zuge

des Unternehmenszusammenschlusses auch die umfangreichen Datenbestände von Google und DoubleClick zusammengeführt werden.<sup>20</sup> Die Perspektive einer potentiellen „Datenmacht“, wie sie infolge einer Zusammenführung der Datenbestände beider Unternehmen entstehen kann, beschäftigt Datenschützer ebenso wie Wettbewerbschützer, wenn auch aus einer jeweils anderen Perspektive: Während Datenschützer eine massive Verletzung der Datenschutzrechte von Konsumentinnen und Konsumenten fürchten,<sup>21</sup> treibt die Kommission die Sorge um, eine zu große Datenmacht des neuen Unternehmens könnte letztlich zu einer Verdrängung der Mitbewerber und damit zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Marktes führen.

Aus Sicht der Kommission ist jedoch im Ergebnis eine zu große Datenmacht des neuen Unternehmens nicht zu befürchten. Nach Überzeugung der Kommission wird es von vornherein nicht zu einer Zusammenführung der Datenbestände von Google und DoubleClick kommen, weil es DoubleClick vertraglich nicht erlaubt sei, die mithilfe seiner Ad-serving-Technologie gesammelten Daten für andere Zwecke zu nutzen. Gemäß der mit seinen Kunden geschlossenen Verträge dürfe DoubleClick die auf den Websites der Kunden gesammelten Daten jeweils nur zum Vorteil des betreffenden Kunden nutzen. Unabhängig davon verfügen schon heute Mitbewerber wie Microsoft oder Yahoo! über aggregierte Daten zum Such- und Surfverhalten von Internetnutzern, die noch wesentlich umfangreicher und aussagekräftiger seien. Letztlich geht die Kommission damit auch im Hinblick auf die potentielle Datenmacht von Google und DoubleClick nicht davon aus, dass der geplante Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern könnte.

## 3 Kritik

Die Kommission hat sich in ihrer Entscheidung zweifellos überaus detailliert und umfangreich mit den zahlreichen Facetten und Verästelungen der Online-Werbewelt auseinandergesetzt: mit der Online-Werbung als solcher, mit deren

Vermittlung über die verschiedensten Absatzkanäle durch die verschiedensten Absatz-Mittler, mit dem Markt für Ad-serving einschließlich der dazugehörigen Ad-serving-Technologie usw. Man kann sich allerdings des Eindrucks nicht erwehren, dass darüber der Blick für das Problem im Ganzen etwas verloren gegangen ist.

## 3.1 Verbraucher als Akteure auf dem Datenmarkt

Die Kommission reduziert die Welt der Online-Werbung auf eine Art geschlossenes System mit einigen wenigen zentralen Playern:

- die Website-Betreiber, die auf ihren Seiten Flächen für Online-Werbung zur Verfügung stellen,
- die Werbetreibenden, die solche Flächen für ihre Werbung suchen,
- die Vermittler, die Website-Betreiber und Werbetreibende zusammenbringen sowie
- die Anbieter der Ad-serving-Technologie, die für Werbetreibende und Website-Betreiber Software-Tools bereithalten, mittels derer Anzeigen auf Websites möglichst gezielt und „passgenau“ und damit erfolgreich platziert werden können.

Keinen Platz in diesem geschlossenen System der Kommission haben hingegen die Verbraucher gefunden. Überzeugend ist dies nicht: Zwar mögen Verbraucher insoweit bei kartellrechtlichen Überlegungen keine Rolle spielen, als das Kartellrecht nicht unmittelbar auch auf Verbraucherschutz abzielt.<sup>22</sup> Dies heißt aber keineswegs, dass Verbraucher bei der Beurteilung des Zusammenschlusses von Google und DoubleClick überhaupt keine Rolle spielen. Das ganze System der Online-Werbung, gerade in seiner Ausprägung als Behavioral Targeting<sup>23</sup>, funktioniert nur dann, wenn auch die Verbraucher „mitspielen“. Um Werbung passgenau auf ihre Adressaten, die Verbraucher, zuzuschneiden, bedarf es einer genauen Kenntnis dieser Verbraucher. Behavioral Targeting ist auf personenbezogene Daten angewiesen und diese Daten werden gerade auch von den betroffenen Verbrauchern selbst geliefert. Die Online-Welt ist ein riesiger Datenmarkt, Verbraucher sind als „Datenlieferanten“ zentrale Akteure auf diesem Markt

18 A.a.O. S. 74 ff.

19 A.a.O. S. 85 f., 95.

20 A.a.O. S. 95 ff.

21 Siehe etwa Weichert, DuD 2007, 724.

22 Siehe oben 1.

23 Gezielte Werbeansprache von Online-Nutzern auf Grundlage der Auswertung ihrer Nutzungsdaten.

und ihre personenbezogenen Daten sind de facto die Währung, mit der Verbraucher viele der vermeintlich kostenlosen Angebote in der Online-Welt bezahlen.

Aus genau diesem Grund ist die von der Kommission eingenommene Perspektive auch zu eng. Wenn sich zwei der größten Online-Datensammler zusammenschließen, geht es nicht allein darum, ob und inwieweit sich infolgedessen die Position von Werbetreibenden und Website-Betreibern auf dem Werbemarkt verschlechtert, weil sie mehr zahlen müssen oder schlechtere Leistungen bekommen. Es geht vielmehr auch darum, ob und inwieweit sich infolge des Zusammenschlusses die Position *der Verbraucher* verschlechtert und zwar in ihrer Funktion als „Datenlieferanten“ auf dem Datenmarkt. Es geht um die Frage, ob die Datenmacht von Google und DoubleClick nach dem Zusammenschluss möglicherweise so groß ist, dass Verbraucher ihre Interessen auf dem Datenmarkt noch schlechter als bisher wahrnehmen können.

Bereits heute treten Verbraucher kaum jemals als gleichgewichtige Verhandlungspartner auf dem Datenmarkt auf. Regelmäßig geben sie die Kontrolle über ihre Daten „zu billig“ aus der Hand. Oftmals sind sie sich einer Datenentäußerung gar nicht bewusst, wenn sie Angebote in der Online-Welt wahrnehmen. In anderen Fällen mögen sie sich dessen bewusst sein, haben aber gar keine andere Wahl, wenn sie ein bestimmtes Angebot nutzen wollen. Und selbst wenn im Einzelfall Verbraucher ihre Daten bewusst und gewollt als Währung einsetzen, werden sie kaum jemals den tatsächlichen Wert ihrer Daten richtig einschätzen; die Praxis in der Online-Welt sieht bislang so aus, dass Verbraucher regelmäßig bereits für einige wenige Zusatzleistungen, Bequemlichkeiten oder Bonuspunkte bereitwillig alle gewünschten Daten preisgeben. Mit zunehmender Datenmacht einzelner Akteure auf dem Datenmarkt wird sich die dargestellte Problematik weiter verschärfen. Je mehr ein Unternehmen über seine Kunden weiß, desto attraktiver kann es seine Angebote ausgestalten, desto mehr Kunden gewinnen und diese noch besser an sich binden. Dies wiederum eröffnet noch mehr Möglichkeiten der Datenerhebung und -verarbeitung, wobei mit jedem zusätzlich gewonnenen Datum Wert und Aussagekraft des Datenbestands exponentiell zunehmen. Die Schere zwischen „wissenden“ und „unwissenden“ Unter-

nehmen wird sich auf diese Weise stetig vergrößern, Unternehmen mit entsprechender Datenmacht werden ihre Position auf dem Datenmarkt immer weiter ausbauen und verfestigen können. Die „Verhandlungsposition“ der Verbraucher als Datenlieferanten auf dem Datenmarkt, ohnehin nicht sonderlich stark ausgeprägt, wird sich vor diesem Hintergrund noch weiter verschlechtern.

### 3.2 Die Position von Google und DoubleClick auf dem Datenmarkt

Ad acta legen könnte man diese Bedenken vielleicht dann, wenn sich herausstellen sollte, dass Google und DoubleClick mit ihren Datenbeständen auch nach dem Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Verbraucherdaten einnehmen. Dies wäre dann der Fall, wenn eine Vielzahl von anderen Akteuren ebenfalls auf Datenbestände von gleicher Menge und Qualität zurückgreifen könnte. Eine solche Vielzahl umfangreicher Datenbanken mag dann zwar immer noch ein datenschutzrechtliches Problem darstellen. Zumindest kartellrechtlich betrachtet wäre ein Zusammenschluss von Google und DoubleClick in diesem Fall jedoch unproblematisch, da im Falle mehrerer datenmächtiger Unternehmen auch nach dem Zusammenschluss ein Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen auf dem Markt für personenbezogene Daten gewährleistet wäre.

Wer sich jedoch in dieser Hinsicht eine substantielle Marktuntersuchung durch die Kommission erhofft, wird enttäuscht. Die Kommission hat zwar die Position von Google und DoubleClick in den sog. relevanten Märkten untersucht. „Relevant“ sind – wie dargelegt – für die Kommission jedoch nur der Markt für die Vermittlung von Online-Werbeflächen sowie der Markt für die Ad-serving-Technologie bei Werbeanzeigen.<sup>24</sup> Eine breitere Marktperspektive hingegen, die den Markt für Verbraucherdaten insgesamt betrachtet und die insbesondere auch die Verbraucher als Marktteilnehmer mit einschließt, nimmt die Kommission nicht ein; entsprechend fehlt es diesbezüglich auch an einer eingehenderen Marktuntersuchung.

Das, was die Kommission dann beiläufig doch noch zu den „Machtverhältnissen“ auf dem Markt für Verbraucherdaten äußert, ist mehr oder weniger substanz-

los.<sup>25</sup> Die Kommission verweist darauf, dass auch Unternehmen wie Microsoft und Yahoo! Suchmaschinen betreiben und Ad-serving-Dienste anbieten; es fehlen jedoch jegliche Angaben dazu, in welchem Umfang diese Unternehmen Daten verarbeiten und insbesondere in welchem Größenverhältnis deren Datenbestände zu denen von Google und DoubleClick stehen. Im Übrigen beschränkt sich die Kommission auf die namentliche Erwähnung eines einzelnen datenverarbeitenden Unternehmens und die Wiedergabe eines Zeitungsartikels aus dem Wall Street Journal, um zu belegen, dass der potentiellen Datenmacht von Google und DoubleClick auch in Zukunft Schranken gesetzt sein werden.<sup>26</sup> Als fundierte Bestandsaufnahme und Analyse der Marktsituation kann dies kaum noch eingeordnet werden.

### 3.3 Das Argument des „Dateneigentums“

„Information collected by DoubleClick DART® ad serving technology belongs to DoubleClick's clients and not to DoubleClick. Any and all information collected by DoubleClick is, and will remain, the property of the company's clients. Ownership rights ... will be unaffected by any acquisition.“<sup>27</sup> – So lautet die Begründung seitens DoubleClick, weshalb eine Zusammenführung der Datenbestände von Google und DoubleClick auch nach deren Zusammenschluss nicht zu befürchten sei. DoubleClick präsentiert sich als eine Art Daten-Treuhänder, dem selbst überhaupt keine Daten „gehören“ und dem es auch nicht erlaubt ist, die ihm von seinen Kunden anvertrauten Daten für eigene Zwecke zu nutzen. Schon deshalb seien alle Befürchtungen einer Datenzusammenführung unbegründet.<sup>28</sup> Die Kommission,

<sup>25</sup> Siehe im Einzelnen Kommission (Fn. 2), S. 96 f.

<sup>26</sup> Konkret erwähnt die Kommission comScore – ein Unternehmen, das nach eigenen Angaben „Einblicke in das Verhalten von Internetnutzern“ liefert und zwar „in mehr Ländern und Regionen weltweit als jedes andere Marktforschungsunternehmen“ (<http://www.comscore.com/de/>). Ob sich die Kommission überhaupt ernsthaft mit dem Unternehmen comScore auseinandergesetzt hat, ist zumindest fraglich. Die Ausführungen zu comScore lassen jedenfalls anderes vermuten – diese beschränken sich mehr oder weniger auf ein fast wörtliches Abschreiben der unternehmenseigenen Homepage (<http://www.comscore.com/>).

<sup>27</sup> DoubleClick Statement Regarding Data Ownership, Business Wire v. 20.4.2007.

<sup>28</sup> Siehe nochmals das Statement von DoubleClick: „[S]everal media reports have incorrectly suggested that data collected by the company's online

<sup>24</sup> Siehe oben 2.2.

ebenso wie schon die FTC, ist dieser Argumentation in ihrer Entscheidung gefolgt. Eine Zusammenführung der Datenbestände von Google und DoubleClick sei nicht zu erwarten, weil sich DoubleClick gegenüber seinen Kunden vertraglich verpflichtet habe, die auf der Website des jeweiligen Kunden gesammelten Daten stets nur zu dessen Vorteil zu nutzen. Auch gebe es keine Anhaltspunkte dafür, dass DoubleClick insoweit bei seinen Kunden Vertragsänderungen durchsetzen könnte, um zukünftig Daten auch für andere Zwecke nutzen zu können.

Ungeachtet aller Einigkeit zwischen DoubleClick, FTC und Kommission lassen sich aber durchaus Zweifel anmelden, ob tatsächlich allein aufgrund dieser vertraglichen Vereinbarungen hinreichend sichergestellt ist, dass die Datenbestände von DoubleClick auf Dauer isoliert bestehen bleiben. DoubleClick mag sich zwar gegenüber seinen Kunden verpflichtet haben, „deren“ jeweilige Daten auch nur allein zu deren jeweiligem Nutzen einzusetzen. Die Frage ist jedoch, was überhaupt unter „deren“ Daten zu verstehen ist. Sicherlich zählen dazu all die Daten, die sich unmittelbar auf die Website des jeweiligen Kunden beziehen – die Kommission führt als Beispiel die Preise für eine Anzeige auf einer Kunden-Website an. Ebenso zählen dazu auch alle Daten über die Zugriffe auf die betreffende Website – etwa Anzahl und Herkunft der Besucher, deren Verweildauer und allgemein deren Surfverhalten auf der Website. All diese Daten sind Daten, die sich unmittelbar auf die Website des jeweiligen Kunden von DoubleClick beziehen; insoweit mag man daher auch von einem Ausschließlichkeitsrecht der Kunden von DoubleClick an „ihren“ Daten sprechen.

Jedoch geht es bei der Diskussion um eine mögliche Zusammenführung der Datenbestände von Google und DoubleClick überhaupt nicht um derlei „Kundendaten“. Stattdessen geht es um die Daten des einzelnen Verbrauchers, der die von DoubleClick ausgewerteten Websites besucht. Viele der Daten, die DoubleClick auf den Websites seiner Kunden sammelt, beziehen sich nicht allein auf diese Websites selbst, sondern zugleich auch auf das Online-Verhalten der Besucher dieser Websites. Die Daten geben nicht nur Auskunft über die Art und Weise der Nutzung einer

bestimmten Website, sondern auch Auskunft über das Verhalten des einzelnen Nutzers. *Personenbezogen* sind diese Nutzerdaten spätestens dann, wenn sie mit anderen identifizierenden Daten verknüpft werden können.<sup>29</sup> Diese personenbezogenen Nutzerdaten können eine erhebliche Aussagekraft entfalten, insbesondere dann, wenn der einzelne Nutzer bei seinem Weg durch das Netz mit einer eindeutigen Kennung versehen wird, so dass sein Online-Verhalten websiteübergreifend erfasst und analysiert werden kann.<sup>30</sup> Eben diese umfangreichen personenbezogenen Nutzerdaten, die sich in den Händen von DoubleClick befinden, stehen im Zentrum der Diskussion, wenn es um die mögliche Zusammenführung der Datenbestände von Google und DoubleClick geht.

Dass aber auch diese personenbezogenen Nutzerdaten noch „Eigentum“ der Vertragspartner von DoubleClick sein sollen, ist von vornherein abwegig. Unabhängig davon, dass ein „Eigentumsrecht“ an personenbezogenen Daten ohnehin ganz überwiegend abgelehnt wird:<sup>31</sup> Selbst wenn man von einem wie auch immer im Einzelnen ausgestalteten Eigentums- oder Ausschließlichkeitsrecht an besagten personenbezogenen Nutzerdaten sprechen möchte, dann kommen als „Eigentümer“ allenfalls diejenigen in Betracht, auf die sich diese Daten beziehen, also die betroffenen Nutzer selbst. Der Sache nach geht es um deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Es geht um deren Recht, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung ihrer persönlichen Daten zu bestimmen. Eben dieses informationelle Selbstbestimmungsrecht der Nutzer wird verletzt, wenn es zu einer Zusammenführung der Datenbestände von Google und DoubleClick kommen sollte, nicht aber das vermeintliche „Dateneigentum“ der Vertragspartner von DoubleClick. Entsprechend ist es auch weder überzeugend noch beruhigend, wenn DoubleClick als Gewähr dafür, dass es nicht zu einer Zusammenführung der Da-

tenbestände von Google und DoubleClick kommen wird, allein auf dieses „Dateneigentum“ seiner Vertragspartner verweist.

## Fazit

Bei der kartellrechtlichen Beurteilung des Zusammenschlusses von Google und DoubleClick geht es nicht allein darum, wie sich dieser Zusammenschluss auf den Markt für Ad-serving-Technologie, Werbewermittlung oder sonstige Teilaspekte der Online-Werbewelt auswirkt. Es geht vielmehr um Grundsätzlicheres: Es geht um die Verteilung von „Datenmacht“ in der Online-Welt. Das Internet ist nicht nur ein riesiger Werbe-, sondern auch ein riesiger Datenmarkt. Der Zusammenschluss von Google und DoubleClick begründet auf diesem Markt eine ganz neue Dimension potentieller Datenmacht. Ob eine solche Datenmacht kartellrechtlich noch hinzunehmen ist, hätte einer eingehenden Untersuchung bedurft. Es wäre zu untersuchen gewesen, welche Dimensionen die Datenbestände von Google und DoubleClick bereits heute und insbesondere auch nach deren Zusammenführung einnehmen. Es wäre zu klären gewesen, ob und inwieweit ein möglicher „Wissensvorsprung“ von Google und DoubleClick auf dem Datenmarkt durch deren Zusammenschluss so weit verfestigt und ausgebaut wird, dass das neue Unternehmen in Zukunft eine marktbeherrschende Stellung einnehmen wird.

Leider haben es sowohl FTC als auch Europäische Kommission versäumt, sich mit dem Aspekt der Datenmacht substantiell auseinanderzusetzen. Bedauerlich ist dies nicht nur aus kartellrechtlicher, sondern auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive. Kartellrecht und Datenschutzrecht sind insoweit zwei Seiten der selben Medaille. Kartellrecht zielt auf eine Vermeidung von zu großer Datenmacht im Interesse funktionierender Wettbewerbs ab. Datenschutzrecht zielt auf eine Vermeidung von zu großer Datenmacht im Interesse informationeller Selbstbestimmung ab. Indem es die Kartellbehörden versäumt haben, die Datenmacht von Google und DoubleClick einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen, ist es leider auch versäumt worden, über den Schutz des Wettbewerbs mittelbar auch den Verbraucher und dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung effektiver zu schützen.

<sup>29</sup> IP-Adressen, Nutzer-Profile, Daten aus anderen Diensten etc.; vgl. Steidle/Pordesch, DuD 2008, 324 (326 f.) und Lepperhoff/Petersdorf, DuD 2008, 266 (267).

<sup>30</sup> Beispielsweise mittels Cookie-gespeicherter Pseudonyme; ausführlich dazu Steidle/Pordesch, DuD 2008, 324 f. und Lepperhoff/Petersdorf, DuD 2008, 266 f.

<sup>31</sup> Zur Diskussion um ein Eigentums- oder sonstiges absolutes Recht an personenbezogenen Daten siehe Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (2006), S. 202 ff.

display advertising technology could be used by Google, or combined with information owned by Google. This is simply not the case.”