



BAYERISCHE
AKADEMIE
DER
WISSENSCHAFTEN

Wirtschaft, Gesellschaft und Recht im digitalen Wandel

Festvortrag von Prof. Dr. Josef Drexl

7. Dezember 2019

FEIERLICHE JAHRESSITZUNG

Bayerische Akademie der Wissenschaften

Sehr verehrte Damen und Herren,

die Digitalisierung „bewegt“ die Gesellschaft.

Dies ist für das Jahr 2019 durchaus im Wortsinne zu verstehen. In den ersten Monaten des Jahres demonstrierten allein in Deutschland mehr als 100.000 zumeist junge Menschen gegen die bevorstehende Verabschiedung der europäischen Richtlinie über das Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt. Im Mittelpunkt der Kritik stand eine Vorschrift, deren Ziel es ist, dafür zu sorgen, dass urheberrechtlich geschützte Inhalte nicht länger ohne Zahlung einer Vergütung über Plattformen wie **YouTube** der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

Das zugrundeliegende Problem ist ökonomisch höchst relevant. Allein auf YouTube entfallen ungefähr zehn Prozent des gesamten weltweiten Datenverkehrs im Internet. Bis einschließlich August 2017 hatten 73 YouTube-Videos jeweils mehr als eine Milliarde Aufrufe zu verzeichnen. Davon waren nur vier keine Musikvideos. YouTube gehört damit zu den führenden Plattformen im Internet für den Konsum von Musik sowie zu den Großverdienern im Markt für Internet-Werbung. So sollte das Ziel, solche Plattformen zur Kasse zu bitten, eigentlich unumstritten sein.

Dennoch brandete dem CDU-Abgeordneten Axel Voss, der als Berichterstatter der Regelung im Europäischen Parlament zur Annahme verholten hat, heftige Kritik entgegen. Von Gegnern wurde er u.a. als „Zerstörer des Internet“ bezeichnet.

In meinem Vortrag soll es jedoch nicht zentral darum gehen, Ihnen dieses Thema rechtswissenschaftlich aufzubereiten. Vielmehr verwende ich diesen Streit um das Urheberrecht nur als erstes Beispiel, um aufzuzeigen, dass die aktuellen technologischen Entwicklungen im Bereich der Digitalisierung Wirtschaft und Gesellschaft grundlegend verändern. Die Digitalisierung führt nicht nur zu neuen Herausforderungen für das Recht. Die liberale und demokratische Gesellschaft steht, so die **Grundthese meines Vortrags**, vor der großen Aufgabe, sich angesichts der technologischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen auf die eigenen Werte zurückzubessinnen und das Verhältnis von Staat, Wirtschaft und Bürgern neu zu durchdenken und zu ordnen.

Dies lässt sich an drei allgemeinen Beobachtungen festmachen:

- (1) Die Digitalisierung wird getrieben von grundsätzlich neuen Geschäftsmodellen. In deren Zentrum steht regelmäßig die Nutzung von personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten, die Unternehmen oftmals von den Nutzern digitaler Dienstleistungen oder vernetzter Geräte erheben.
- (2) Damit verbunden sind weitreichende Herausforderungen für das Recht. Bestehende Rechtsvorschriften, Regulierungsinstrumente und Institutionen, die für die analoge Welt geschaffen wurden, sind immer weniger in der Lage, die neuen Geschäftsmodelle angemessen zu erfassen.

- (3) Die Digitalisierung durchdringt immer mehr das private Leben des einzelnen Bürgers. Sie betrifft nicht nur unsere Rolle als Verbraucher, sondern verändert umfassend, wie wir im wirtschaftlichen, sozialen und politischen Kontext Informationen aufnehmen, wie wir denken, mit anderen kommunizieren und schließlich Entscheidungen treffen. Die zugrundeliegenden datenbasierten Geschäftsmodelle von privaten Unternehmen sind zwar wirtschaftlich auf Gewinnmaximierung ausgelegt. Sie haben aber zugleich **weitreichende gesellschaftliche und politische Wirkung und Bedeutung**. Um angemessene Antworten auf die sehr vielfältigen rechtlichen Herausforderungen zu finden, reicht es daher nicht aus, die technischen und ökonomischen Grundlagen korrekt zu erfassen, um die neuen Märkte schließlich nach ökonomischen Kriterien zu ordnen. Gefordert ist nichts weniger als eine Neuvermessung des Rechts im Lichte der demokratischen Verfassung sowie der Freiheitsrechte der Einzelnen.

YouTube und das Urheberrecht

Kehren wir zurück zu **YouTube** und das Urheberrecht.

Das Geschäftsmodell von YouTube ist keineswegs neu. In den Grundzügen gleicht es dem Geschäftsmodell, das auch Googles Suchmaschine oder Facebooks sozialer Plattform zugrunde liegt. Diese Plattformen ermöglichen digitale **Dienstleistungen, für die der Nutzer nicht zu zahlen hat**. Finanziert wird die Dienstleistung vielmehr aus Werbeeinnahmen. Die Attraktivität der Plattformen ergibt sich schließlich für den Nutzer genauso wie für die Werbekunden aus dem Sammeln von Daten bei den Nutzern. Dies ermöglicht die individualisierte Priorisierung von Informationen und Inhalten, die den Präferenzen der Nutzer entsprechen. Dies erhöht die Verweildauer der Nutzer auf den Plattformen, was gleichzeitig den Werbewert der Plattformen steigen lässt.

Im Falle von YouTube geht es um zwei Arten von Dienstleistungen. Zum einen wird Nutzern die Möglichkeit eingeräumt, Videos auf dem Server von YouTube kostenfrei hochzuladen. Zum anderen erhält jedermann kostenfreien Zugang zu diesen Videos zum Zwecke der Unterhaltung. Dass die Bereitstellung von Speicherplatz für andere von urheberrechtlicher Relevanz sein kann, hat der europäische Gesetzgeber nicht erst heute erkannt. Schon im Jahre 2000 schuf er dafür im Rahmen der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr die rechtliche Figur des Host-Providers. Anders als etwa eine Internet-Radiostation, trifft YouTube als Host-Provider keine Auswahl über die zugänglich gemachten Inhalte. Aber YouTube ermöglicht und erleichtert zumindest die Verletzung von Urheberrechten durch Dritte. Nach der Regelung des Jahres 2000 soll der Host-Provider nur bei tatsächlicher Kenntnis der rechtswidrigen Inhalte haften. Angesichts der enormen Menge an hochgeladenen Videos hätte man im Jahre 2000 eine entsprechende Kenntnis bei YouTube nicht schlechterdings angenommen, sondern YouTube allenfalls als verpflichtet angesehen, ein Video zu löschen, sobald ein Rechteinhaber YouTube auf den illegalen Upload aufmerksam macht.

Die technologische Entwicklung ist jedoch nicht stehen geblieben. Zum einen ist es heute durchaus möglich, über digitale Systeme urheberrechtlich bedenkliche Inhalte zu identifizieren. Deshalb verpflichtet jetzt die neue Richtlinie die Plattform-Betreiber,

durch sog. **Upload-Filter** Rechtsverletzungen durch Dritte zu verhindern. Gleichzeitig soll aber die Verpflichtung zum Einsatz von Upload-Filtern entfallen, wenn der Betreiber der Plattform eine Lizenz für die Nutzung der Rechte erwirbt. Es bleibt allerdings das Problem, dass die Rechteinhaber nicht verpflichtet und auch nicht unbedingt gewillt sind, eine solche Lizenz zu erteilen, vor allem dann nicht, wenn sich über eine exklusive Verbreitung über Streaming-Plattformen wie Netflix mehr Geld verdienen lässt.

Zum anderen hat die Digitalisierung auch die Möglichkeiten der Internet-Nutzer erweitert, selbst kreativ tätig zu werden. Internet-Nutzer, die in ihrer Freizeit viele Stunden an ihrem Computer verbringen, agieren nicht mehr nur als passive Konsumenten von urheberrechtlich geschützten Werken. Sie stellen heutzutage selbst sehr kreativ gestaltete Videos in das Internet ein, in denen verschiedenste Originalvideos und Musikwerke gesampelt werden. Ob und unter welchen Voraussetzungen solches Handeln die Rechte an den vorbestehenden Werken verletzt, ist im europäischen Urheberrecht keineswegs geklärt. Besonders problematisch wird es, wenn die Nutzung vorbestehender Werke sich mit politischer Meinungsäußerung verbindet. Für Fälle sog. Parodie sehen die nationalen Rechtsordnungen nämlich im Einklang mit europäischem Recht Ausnahmen vom urheberrechtlichen Schutz vor. Ob diese Ausnahmen greifen, setzt allerdings eine schwierige Einzelfallprüfung voraus. Upload-Filter sind nicht geeignet, solche schwierigen Entscheidungen zu treffen. Ihr Einsatz droht daher, auch Inhalte auszuschließen, die das Urheberrecht überhaupt nicht verletzen. Hier macht sich das zentrale und durchaus berechtigte Anliegen der Demonstranten fest. Sie befürchten eine fundamentale Beschränkung ihrer Freiheitsrechte.

Einführung eines neuen Dateneigentums

Meine Thesen sind jedoch nicht auf „meinungsrelevante“ Märkte beschränkt. Mit den verbleibenden Beispielen greife ich Diskussionen auf, die den ökonomischen Kern von digitalen Geschäftsmodellen sowie das im digitalen Bereich omnipräsente Thema des Datenschutzes betreffen. Mein zweites Beispiel betrifft die in den letzten Jahren auch in der Presse intensiv geführte Diskussion zur Schaffung von **Dateneigentum**. Die Gründe für diese Diskussion liegen an jüngeren technologischen Entwicklungen, die ich kurz darstellen möchte.

Die nächste, sodann fünfte Generation der Mobilfunktechnologie wird die Grundlage für das sog. Internet der Dinge schaffen. Durch die Vernetzung zahlloser Geräte werden komplett neue Anwendungsfelder und nahezu alle Lebensbereiche für die Digitalisierung erschlossen. Nicht selten geht, wie etwa beim autonomen Fahren, die Vernetzung einher mit dem Einsatz von sog. künstlicher Intelligenz. Das Internet der Dinge und künstliche Intelligenz werden nicht nur die industrielle und landwirtschaftliche Produktion revolutionieren. Diese Technologien werden auch in den Privatbereich von uns allen eindringen, ob es sich nun um die Ermöglichung autonomen Fahrens, die Vernetzung der Funktionen von Geräten im Haushalt oder mobile medizinische Dienstleistungen handelt.

In dieser Big-Data-Ökonomie erscheinen Daten als der **wichtigste Rohstoff**. Den Ursprung finden diese Daten häufig bei den Nutzern von Internet und vernetzten Geräten. Wir handeln heute nicht mehr nur als Verbraucher, sondern gleichzeitig als Lieferanten von Daten.

Dies erklärt, dass auch Presse und Politik auf das Thema aufmerksam geworden sind. Analogien wie die Bezeichnung von **Daten als das Öl des 21. Jahrhunderts** oder die Darstellung der großen US-Internet-Firmen als Ölplattformen sind jedoch grundsätzlich verfehlt. Anders als bei Öl handelt es sich bei Daten gerade um kein knappes Gut. Ganz im Gegenteil explodiert die Datenproduktion. Zudem handelt es sich bei Daten anders als bei Öl um keinen körperlichen Gegenstand, der sich nur einmal nutzen oder verbrauchen lässt. Der Wert digitaler Daten ergibt sich aus den darin enthaltenen Informationen. Als immaterielles Gut lässt sich der gesamtgesellschaftliche Nutzen von Informationen im Grundsatz vor allem dadurch steigern, möglichst vielen Zugang zu denselben Daten zu gewähren, damit diese die Daten gleichzeitig nutzen können. Dem stünde die Anerkennung eines Dateneigentumsrechts insbesondere an oftmals ohnehin frei zugänglichen Daten entgegen. Passender wäre daher das Bild von Daten als der „Luft, die die Digitalwirtschaft zum Atmen braucht“. Nicht weniger verfehlt als die Analogie mit Öl erscheint daher auch die in der Presse oft gestellte Frage: „Wem gehören die Daten?“ Diese umgeht nämlich die vorgelagerte Frage, ob Daten überhaupt jemanden gehören sollen.

Auf europäischer Ebene beschäftigt sich seit einigen Jahren die Kommission mit dem Thema. Sie hat zwar noch in einer Mitteilung vom Januar 2017 laut über die Einführung eines Datenherstellerrechts insbesondere an maschinengenerierten Daten nachgedacht, um die Entwicklung der digitalen Wirtschaft in Europa zu fördern. Nach einem sehr intensiven Gedankenaustausch sowohl mit der Wirtschaft als auch Wissenschaft wird diese Idee aber wohl nicht mehr verfolgt. Auf europäischer und nationaler Ebene konzentriert sich die Reformdebatte nun auf die Förderung des Datenzugangs. Dabei wird nicht nur an neue Datenzugsregeln zugunsten von Verbrauchern und Wettbewerbern gedacht, sondern auch an Regeln, die dem Staat Zugang zu Daten von Unternehmen verschaffen. Es liegt nämlich auf der Hand, dass etwa die Gewährleistung der Sicherheit des Straßenverkehrs in der Zukunft eine Vernetzung staatlicher Verkehrsleitsysteme mit privat kontrollierten Fahrzeugdaten erforderlich macht. Entsprechendes gilt für die Verfolgung von Zielen des Umweltschutzes wie beim Aufbau von Smart-City-Systemen. Schließlich wird der gesamtgesellschaftliche Nutzen in Bezug auf die Gesundheit sich nur maximieren lassen, wenn auch dem Staat, einschließlich der Wissenschaft, der Zugang zu jedenfalls anonymisierten Gesundheitsdaten von Digitalunternehmen verschafft wird.

Tatsächlich ist freier Datenzugang nicht unbedingt immer gewährleistet. Bestimmte Daten befinden sich häufig in der Hand einzelner Unternehmen, die auch ohne Dateneigentum Dritte faktisch von der Nutzung ausschließen können. Die zentrale Frage geht dahin, ob ökonomische Gründe wie die Förderung von Innovation, der Schutz des Wettbewerbs oder andere Gemeinwohlbelange die Rechtfertigung dafür abgeben, Unternehmen zur Gewährung von Datenzugang zu verpflichten.

Für die Gewährleistung des freien Datenflusses sprechen überdies die Kommunikationsgrundrechte der Verfassung. Würde ein Dateneigentumsrecht ohne Rücksicht darauf gewährt, welche Informationen in den Daten enthalten sind, bestünde die Gefahr einer Beschränkung der Meinungs- und Informationsfreiheit auch bei an sich zugänglichen Daten.

Anders liegt es im Ausgangspunkt beim Grundrecht auf Datenschutz. Dieses ist gerade darauf ausgerichtet, die Kommunikationsfreiheiten anderer einzuschränken. Deshalb möchte ich mich im Folgenden auf einen Teilaspekt der Diskussion um ein Dateneigentumsrecht konzentrieren, nämlich die Frage, ob das geltende Datenschutzrecht auf der Grundlage der seit Mai 2018 anwendbaren europäischen Datenschutzgrundverordnung um ein **Dateneigentumsrecht von uns allen an unseren personenbezogenen Daten** ergänzt werden sollte.

Entsprechenden Überlegungen liegt ein Gerechtigkeitsargument zugrunde. Dieses Argument knüpft an der Beobachtung an, dass vor allem die US-amerikanischen Internet-Riesen gewaltigen Profit aus der Nutzung von personenbezogenen Daten von europäischen Bürgern generieren, ohne dass diese Bürger an den Einkünften beteiligt werden.

In Frankreich hat diese Überlegung 2018 auch die Ebene der praktischen Rechtspolitik erreicht, als ein Abgeordneter der Regierungspartei im Rahmen der Anpassung nationalen Rechts an die Datenschutzgrundverordnung den Antrag stellte, auch ein Eigentumsrecht an personenbezogenen Daten zu schaffen. Er konnte sich dabei auf eine damals aktuelle Studie des liberalen Think Tank *GénérationLibre* berufen. Diese beantwortete die Frage, wem personenbezogene Daten gehören, mit dem sehr eingängigen Slogan: „Mes data sont à moi!“ – „Meine Daten gehören mir!“

Die französische Nationalversammlung hat diesen Vorschlag jedoch zurückgewiesen. Dies ist zu begrüßen:

Zuzugeben ist lediglich, dass das geltende Datenschutzrecht dem Einzelnen sehr weitreichende Kontrollrechte einräumt, die einem wirtschaftlich geprägten Dateneigentumsrecht ähnlich sind. Die Nutzung personenbezogener Daten hängt im Grundsatz nämlich von der Einwilligung der betroffenen Person ab. Dabei erlaubt das geltende Recht durchaus die Kommerzialisierung personenbezogener Daten. Das heißt, der Einzelne darf auch zu ökonomischen Zwecken Gebrauch von seiner datenschutzrechtlichen Einwilligung machen, um etwa in den Genuss einer entgeltfreien digitalen Dienstleistung zu kommen.

Dies bedeutet aber keineswegs, dass der geltende Datenschutz bereits eine eigentumsrechtliche Dimension aufweist. Eigentum als Vermögensrecht erfüllt seine ökonomischen Funktionen nämlich nur dann, wenn der Berechtigte auch frei ist, sein Eigentum möglichst gewinnbringend zu veräußern oder einem Dritten jedenfalls ein dauerhaftes Nutzungsrecht einzuräumen. Genau dies lässt aber das Datenschutzrecht nicht zu. Es garantiert nämlich auch das unverzichtbare Recht des Einzelnen, seine datenschutzrechtliche Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Schon wegen des hier drohenden Widerspruchs zur Datenschutzgrundverordnung müsste daher die nationale Anerkennung eines Eigentumsrechts an personenbezogenen Daten als europarechtswidrig erscheinen.

Vor allem aber schützt das Recht auf Datenschutz seiner Natur nach ganz andere Interessen als das Eigentum. Es geht um den Schutz der persönlichkeitsrechtlichen Autonomie des Einzelnen in Bezug darauf, was eine andere Person über ihn wissen darf. Dieser Schutz hat zugleich konstitutionelle Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen freier und selbstbestimmt handelnder Bürger. Ob ein Staat Datenschutz

überhaupt vorsieht und wie stark dieser ausgestaltet wird, lässt sich nicht allein ökonomisch beurteilen, sondern hängt davon ab, wie stark dieser Staat die Autonomie des Einzelnen in Bezug auf dessen persönliche Interessen und als Grundlage des demokratischen Gemeinwesens gewichtet.

Kartellrecht im Digitalbereich

Lassen sie mich im Zusammenhang mit meinem dritten Beispiel auf das Bild der US-amerikanischen Internet-Firmen als Ölplattformen zurückkehren. Wie Sie dem Cover des Economist aus dem Jahre 2017 entnehmen können, ging es dort um die negativen Auswirkungen der Geschäftsmodelle dieser Unternehmen auf den Wettbewerb. Diesbezüglich steht heute mehr denn je die Befürchtung im Raume, dass Unternehmen ihr Geschäft auf immer mehr Märkte ausdehnen und schließlich die gesamte Wirtschaft dominieren werden. Im vergangenen Jahr haben Studien, die von der Europäischen Kommission sowie der britischen, australischen und auch deutschen Regierung in Auftrag gegeben wurden, allesamt die Frage gestellt, ob die Instrumente des geltenden Kartellrechts den Wettbewerb in der Digitalwirtschaft überhaupt noch ausreichend schützen können. Selbst in den USA fordert heute die demokratische Präsidentschaftskandidatin Elizabeth Warren eloquent die Zerschlagung der US-amerikanischen Internet-Riesen.

Schon wettbewerbsökonomisch sind die Herausforderungen groß. Die klassische Wettbewerbsökonomie geht davon aus, dass Wettbewerb im Rahmen von definierbaren Produktmärkten stattfindet. Das passt wunderbar, wenn Wettbewerb über den Preis erfolgt. So garantiert das Kartellrecht die Freiheit des Bauherrn, den günstigsten Zementhersteller als Lieferanten auszuwählen, indem es Preisabsprachen zwischen den Herstellern verbietet.

In der Digitalwirtschaft hat entsprechendes Denken dazu geführt, dass vor einigen Jahren etwa der Erwerb von WhatsApp durch Facebook oder die Gründung eines Joint Ventures zwischen dem Pharmaunternehmen Sanofi und Google im Rahmen der europäischen Zusammenschlusskontrolle als unbedenklich eingestuft wurden. Aufgabe des Sanofi/Google-Joint Ventures ist es, die Behandlung von Diabeteskranken mit Insulin durch das Sammeln und Verarbeiten von Daten bei den Patienten zu verbessern. Die Daten werden dabei über Sensoren am Körper des Patienten erhoben und über dessen Smartphone weitergegeben. Aus der Sicht der Kommission stellte die digitale Dienstleistung des Joint Ventures eine Dienstleistung dar, die es bisher nicht gab. Der Umstand allein, dass das Joint Venture-Unternehmen damit automatisch zum Monopolisten auf einem neuen Markt wurde, war für die Kommission kein Grund für ein Verbot, denn dieses hätte die Innovation und die Entstehung des neuen Marktes als solchen verhindert.

Gerade solche Zusammenschlüsse werden heute aber als problematisch angesehen. Dies verbindet sich mit der Erkenntnis, dass Wettbewerb im Digitalbereich anders abläuft, nämlich als Wettbewerb zwischen „**digitalen Ökosystemen**“. Mit diesem Begriff wird das Phänomen bezeichnet, dass gerade die US-amerikanischen Plattform-Unternehmen nicht nur in einem Produktmarkt, sondern in sehr unterschiedlichen Märkten gleichzeitig tätig sind. Für Unternehmen wie Google gehört hierzu, wie sie soeben sehen konnten,

inzwischen auch der Markt für digitale Gesundheitsdienstleistungen. Verbunden werden diese Märkte, über das intensive Sammeln von Nutzerdaten. Der Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen wird nicht um den Preis geführt, sondern darum, dass sich möglichst viele Nutzer endgültig in das Ökosystem eines Digitalunternehmens begeben.

Das massenhafte Sammeln von Daten auf möglichst vielen Märkten erlaubt es den Unternehmen, die Präferenzen des Nutzers immer präziser vorherzusagen und diese zu befriedigen. Dies hat für den Nutzer oft den Vorteil enormer Zeitersparnis und Bequemlichkeit. Allerdings wird der individuelle Kunde zunehmend immer weniger Interesse verspüren, außerhalb des Ökosystems nach alternativen Anbietern zu suchen. Amazon weiß schließlich am besten, welche Bücher Menschen wie Sie und ich am liebsten lesen, auch weil wir unsere Präferenzen dem Amazon-Sprachassistenten mit Namen Alexa jeden Tag offenlegen.

Fraglich bleibt allerdings, unter welchen Voraussetzungen ein kartellrechtlicher Eingriff erfolgen kann. Besonders schwierig ist die Frage, wann ein Missbrauch marktbeherrschender Stellung angenommen werden kann. Die klassische Wettbewerbsökonomik stellt für die Annahme eines Missbrauchs auf das Kriterium der Schmälerung der Verbraucherwohlfahrt ab. Dass der Verbraucher, der in einem digitalen Ökosystem gefangen ist, einen Nachteil erleidet, liegt allerdings keineswegs auf der Hand. Denn der bequeme Verbraucher scheint genau das zu bekommen, was er sich wünscht, wobei er für viele Dienstleistungen nicht einmal zahlen muss.

In der international sehr beachteten Entscheidung gegen Facebook vom März 2019 hat das Bundeskartellamt sich deshalb ganz wesentlich auf einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht gestützt, um den kartellrechtlichen Missbrauch zu begründen. Konkret wurde Facebook vorgeworfen, von Facebook-Nutzern auch personenbezogene Daten über Dritt-Webseiten zu sammeln, ohne dass die Nutzer damit rechnen mussten. Damit adressierte das Bundeskartellamt eine Strategie von Facebook, mit der versucht wurde, das digitale Ökosystem über die eigenen Unternehmensgrenzen hinweg auszuweiten. Dennoch sieht sich das Bundeskartellamt umfassender Kritik ausgesetzt. Hierzu gehört nicht nur der Vorwurf, das rein ökonomisch ausgerichtete Kartellrecht in nicht zulässiger Weise zu politisieren und als Durchsetzungsinstrument des Datenschutzrechts zu missbrauchen. Auch das Oberlandesgericht Düsseldorf sah, wenn auch nur in einer Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzes, die Auffassung des Bundeskartellamtes in Widerspruch zum geltenden Kartellrecht.

Im Rahmen meines Vortrags ist es nicht das Ziel, abschließend zu diesem Fall Stellung zu nehmen. Mir reicht der Hinweis, dass sich auch hier zeigt, dass überkommene Instrumente der Marktregulierung nicht mehr hinreichend geeignet sind, die modernen Probleme der Digitalwirtschaft ohne Berücksichtigung der Freiheitsrechte der betroffenen Bürger und dabei insbesondere des Rechts auf Datenschutz befriedigend zu lösen. Ob die Lösung zukünftig innerhalb oder außerhalb des Kartellrechts verortet werden soll, ist dabei lediglich von sekundärer Bedeutung.

Die internationale Dimension

Zum Schluss meines Vortrags möchte ich die Perspektive international erweitern.

In Deutschland betrachtet die Politik das Thema der Digitalisierung vor allem aus industriepolitischer Sicht. Die Sorge ist groß, dass Deutschland seine Wettbewerbsfähigkeit nicht zuletzt in Verhältnis zu China und den USA einbüßen wird, wenn man nicht im Feld digitaler Innovationen Schritt hält. Datenschutz wird dabei oftmals als Hindernis betrachtet.

Dieses Bild möchte ich zurechtrücken. Weder die USA noch China taugen als Vorbild.

Mangelnder Datenschutz in den USA ermöglicht zahlreiche Anwendungen, die zu Diskriminierungen führen und historisch gewachsene Ungleichheiten verfestigen können. So lehnen heute US-Gerichte die Aussetzung von Strafe auf Bewährung ab, in dem sie auf Computerprogramme zurückgreifen, die aufgrund der Gruppenzugehörigkeit des Täters die Wahrscheinlichkeit des Rückfalls mit großer Präzision vorhersagen. Dies ist nicht nur aus der Sicht des Antidiskriminierungsrechts bedenklich. Diese Praxis führt auch „konservativen“ Ergebnissen, da Algorithmen nur auf vorhandene Daten und damit nur auf Vergangenes abstellen können, ohne in Rechnung zu stellen, dass der einzelne Mensch sein Verhalten in der Zukunft aufgrund besserer Einsicht auch ändern kann.

Im Lichte solcher Anwendungen warnt die in den USA lebende französische Soziologin, Marion Fourcade, vor dem Entstehen einer „Ordinal Society“, einer neuen Ständegesellschaft, in der die Lebenschancen des Einzelnen wesentlich durch eine algorithmische Klassifizierung vorherbestimmt werden. In Europa baut zentral das Datenschutzrecht der Entwicklung einer solchen Ständegesellschaft vor.

Zum Beginn des Jahres 2020 wird dagegen diese „Ordinal Society“ in China gleichsam zum neuen Gesellschaftsmodell erhoben. Landesweit eingeführt wird ein Kreditpunktesystem, das alle Bürger zu sozialkonformen Verhalten anspornen soll. Wohlverhalten wird mit zusätzlichen Punkten belohnt; Verstöße werden mit Abzügen bestraft. Ermöglicht wird das System über eine komplette digitale Überwachung, wobei sich der Staat auch der chinesischen Internet-Unternehmen wie Alibaba bedient. Selbstverständlich gehört zum sozialwidrigen Verhalten auch Kritik an der Regierung und die Beteiligung an verbotenen Demonstrationen. Vom Punktestand hängt nicht nur der Zugang zu staatlicher Beschäftigung und staatlichen Dienstleistungen ab. Es ist auch zu erwarten, dass er über den Zugang zu Ressourcen in der Privatwirtschaft bestimmen und sogar zwischenmenschliche Interaktionen beeinflussen wird.

Schließen möchte ich daher mit einem Bild eines jungen Demonstranten aus Hongkong, der für Demokratie und Freiheit eintritt. Er tut dies mit einer Maske vor dem Gesicht, weil er sehr genau weiß, welche Möglichkeiten die Digitalisierung inzwischen dem chinesischen Staat im Bereich der Gesichtserkennung zur Verfügung stellt.

Das erste und das letzte Bild haben also einiges gemeinsam: In beiden Fällen demonstrieren Vertreter jener Generation, auf die es für den technologischen und wirtschaftlichen Erfolg der Digitalisierung ankommt, für Freiheit. Digitale Innovation hängt nicht nur von großen Datenmengen ab, sondern vor allem von kreativen Menschen. Diese Generation in ihrem Drang nach Freiheit zurückzuweisen, kann sich auch innovations- und wirtschaftspolitisch als kapitaler Fehler erweisen. China mag heute technologisch glänzend aufgestellt sein für das digitale Zeitalter. Gesellschaftspolitisch zerstört es aber möglicherweise durch die Gleichschaltung der Bevölkerung die Basis für die Nachhaltigkeit der Entwicklung der digitalen Wirtschaft.

Deshalb sollten wir in Europa alles andere als kleinmütig sein. Vor allem ist der Schutz von personenbezogenen Daten von zentraler Bedeutung. Es wäre falsch, diesen einseitig als Innovationshemmer zu verstehen. Er setzt die Maßstäbe, wie mit Daten im digitalen Zeitalter umzugehen ist. Gleichzeitig schafft er die notwendigen Anreize für digitale Innovationen, die gebraucht werden, um Datenschutz technisch zu ermöglichen.

All dies zeigt, dass wir in Europa über die Werte verfügen, die auch im digitalen Zeitalter als Grundlage von wirtschaftlicher Wohlfahrt, Freiheit und Demokratie als grundlegend anzusehen sind. Diese Werte sollten uns neben einem gründlichen Verständnis der technischen und ökonomischen Grundlagen als elementare Wegweiser dienen, um auch den durch die Digitalisierung notwendigen Wandel des Rechts zu bewältigen.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.