

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einführung – zum Gegenstand dieser Arbeit	27
§ 1 Einführung	27
A. Das Thema der Arbeit	27
B. Abgrenzungen	29
C. Gang der Untersuchung	29
§ 2 Begriffliche Grundlagen: Was ist Datenschutz?	30
A. Normativ geprägtes Begriffsverständnis	31
B. Verständnis des Datenschutzes als Schutzziel	35

Kapitel 2

Vom Stellenwert des Datenschutzes	36
§ 3 Daten als Wirtschaftsgut	36
A. Anbieter-Nutzer-Verhältnis (B2C)	37
B. Märkte für Daten (B2B)	40
§ 4 Konflikte um den Datenschutz	41
A. Argumente für ein niedriges Datenschutzniveau	41
B. Argumente für ein hohes Datenschutzniveau	42
C. Zwischenergebnis: zunehmende Datenschutzkonflikte	47

Kapitel 3

Datenschutz im Kartellrecht	48
§ 5 Durchsetzung von Normen des Datenschutzrechts durch das Kartellrecht	48
A. Die Durchsetzung des Datenschutzrechts – bedarf es des Kartellrechts?	49
B. Das Durchsetzungsinstrumentarium des Kartellrechts: was das Kartellrecht zu leisten vermag	65
C. Datenschutzrecht als Parameter der Kartellrechtsanwendung	75
§ 6 Setzung strengerer Datenschutz-Standards	267
A. Zusammenschlusskontrolle	267
B. Kartellverbot	283
C. Missbrauchsverbot	285

Kapitel 4

Zur 10. GWB-Novelle; Ergebnisse der Arbeit	287
§ 7 Überblick über die 10. GWB-Novelle	287
A. Präzisierung bei der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung und Datenzugangsanspruch im Rahmen der Missbrauchsprüfung	288
B. „Klarstellung“ zum Kriterium des Zusammenhangs in § 19 Abs. 1 GWB	289
C. Missbrauchsaufsicht unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung: „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ und Verbot bestimmter Tipping-Strategien	290
§ 8 Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	293
Literaturverzeichnis	300
Sachregister	330

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einführung – zum Gegenstand dieser Arbeit	27
§ 1 Einführung	27
A. Das Thema der Arbeit	27
B. Abgrenzungen	29
C. Gang der Untersuchung	29
§ 2 Begriffliche Grundlagen: Was ist Datenschutz?	30
A. Normativ geprägtes Begriffsverständnis	31
I. Der Ursprung und die Verortung des Datenschutzes	31
II. Datenschutz und Privacy	33
B. Verständnis des Datenschutzes als Schutzziel	35

Kapitel 2

Vom Stellenwert des Datenschutzes	36
§ 3 Daten als Wirtschaftsgut	36
A. Anbieter-Nutzer-Verhältnis (B2C)	37
B. Märkte für Daten (B2B)	40
§ 4 Konflikte um den Datenschutz	41
A. Argumente für ein niedriges Datenschutzniveau	41
B. Argumente für ein hohes Datenschutzniveau	42
I. Datenschutz als Grundrechtsschutz	42
II. Nutzerpräferenzen	42
III. Intransparente Einwilligungserklärungen	43
IV. Das Privacy Paradox	45
V. Preisdiskriminierung	46
VI. Daten als Marktzutrittsschranke	46
C. Zwischenergebnis: zunehmende Datenschutzkonflikte	47

*Kapitel 3***Datenschutz im Kartellrecht**

48

§ 5 Durchsetzung von Normen des Datenschutzrechts durch das Kartellrecht	48
A. Die Durchsetzung des Datenschutzrechts – bedarf es des Kartellrechts?	49
I. Public enforcement	49
1. Von der Richtlinie zur Verordnung	50
2. Die Durchsetzung und das Sanktionsrecht im Besonderen	51
II. Private enforcement	53
1. Betroffenenrechte	53
2. Ansprüche von Wettbewerbern	55
a) Lauterkeitsrechtlicher Datenschutz neben dem Rechtsbruchtatbestand	56
b) Der Rechtsbruchtatbestand § 3a UWG	56
aa) Datenschutzrechtliche Vorschriften als Marktverhaltensregelungen	57
bb) Abschließende Regelungen der Rechtsfolgen durch die DS-GVO?	58
3. Kollektiver Rechtsschutz	61
a) Verbandsklagen nach dem UKlaG	61
b) Verbandsklagen nach dem UWG	63
c) Musterfeststellungsklage	63
III. Fazit: „Durchsetzungsdefizite“	64
B. Das Durchsetzungsinstrumentarium des Kartellrechts: was das Kartellrecht zu leisten vermag	65
I. Public enforcement im Kartellrecht	66
1. Kartellverwaltungsrecht	66
a) Abstellungsverfügungen	66
b) Einstweilige Maßnahmen	67
c) Verpflichtungszusagen	68
d) Sektoruntersuchungen	69
e) Behördlicher Informationsaustausch	70
2. Kartellbußgeldrecht	70
3. Die Bedingungen des public enforcement allgemein	70
4. Der Digital Markets Act	71
II. Kartellzivilrecht	72
III. Zusammenschlusskontrolle	73
IV. Ergebnis: Die lückenschließende Funktion des Kartellrechts	74
C. Datenschutzrecht als Parameter der Kartellrechtsanwendung	75
I. Das Datenschutzrecht als Gegenstand der Missbrauchsaufsicht	76
1. Die Funktion der Missbrauchsaufsicht	76
a) Schutz des Wettbewerbs als Institution	77
b) Schutz der Marktgegenseite	78

c) Kein unmittelbarer Schutz der Verbraucher	78
d) Verbraucher als Marktgegenseite	79
e) Notwendige Beschränkungen	79
2. Die marktbeherrschende Stellung, insbesondere ihr Bezug zu mehrseitigen Märkten und dem Datenschutzrecht	81
a) Marktabgrenzung	83
aa) Sachliche Marktabgrenzung	84
(1) Annahme eines Marktes auch ohne monetäre Gegenleistung ...	84
(2) Getrennte Märkte oder Gesamtbetrachtung?	89
(3) Kriterien der Marktabgrenzung	91
(a) Das Bedarfsmarktkonzept	91
(b) Der SSNIP-Test und verwandte quantitative Methoden	92
(c) Angebotsumstellungsflexibilität	96
(4) Insbesondere: Datenschutz als Wettbewerbsparameter	97
bb) Räumliche Marktabgrenzung	100
cc) Ausblick: Verliert die Marktabgrenzung ihre Bedeutung?	101
b) Marktbeherrschung	104
aa) Charakteristika der Marktbeherrschung auf (Online-)Plattformmärkten	105
bb) Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung	106
(1) Der Marktanteil	107
(a) Die relativierte Bedeutung des Marktanteils	107
(b) Berechnung des Marktanteils	109
(2) Weitere Kriterien zur Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung	111
(a) Direkte und indirekte Netzwerkeffekte (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB)	111
(b) Standards, Parallelnutzung und <i>lock in</i> -Effekte (§ 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB)	112
(c) Der Einfluss des Rechts auf Datenübertragbarkeit auf Parallelnutzung und <i>lock in</i> -Effekte	113
(d) Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (§ 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB)	120
c) Zwischenergebnis	123
3. Das missbräuchliche Verhalten	124
a) Die gesetzliche Verortung des Rechtsbruchs im Missbrauchstatbestand	125
aa) „Missbrauch durch Rechtsbruch“ als Konditionenmissbrauch	125
bb) Der Konditionenmissbrauch im Gesetz	129
b) Der Rechtsbruch als Konditionenmissbrauch	130
aa) Geschäftsbedingungen	131

bb) Wettbewerbsanalogie und normative Betrachtung	132
(1) Das Vergleichsmarktkonzept	133
(a) Die Konzepte im Einzelnen	134
(b) Das Gesetz als Untermaß	137
(2) Die normative Betrachtung	139
(a) Deutsches Kartellrecht	140
(b) Europäisches Kartellrecht	141
(c) Abwägungsgesichtspunkte	144
cc) Der Datenschutzrechtsbruch als Missbrauch	147
(1) Die Anwendung im Mehrebenensystem	148
(2) Zum Erfordernis eines Wettbewerbsbezugs	150
(a) Daten und Datenverarbeitung als Wettbewerbsfaktoren	153
(b) Datenschutzrecht als Regelung des marktlichen Verhaltens	154
(c) Betrachtung der Marktwirkung	155
c) Der Zusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und Missbrauch	159
aa) Die europäische Entscheidungspraxis	161
bb) Die deutsche Rechtsprechung	164
cc) Eigener Ansatz	167
dd) Nachweis des Zusammenhangs	170
(1) Doppelkausalität?	171
(2) Negativbeweis	172
(3) Positivbeweis	174
ee) Zwischenergebnis	175
d) Parallelzuständigkeiten	175
aa) Abschließende Regelung der Zuständigkeit durch die DS-GVO?	176
bb) Kollisionsrecht	178
cc) Das Doppelbestrafungsverbot	179
(1) Ursprung und Inhalt des Doppelbestrafungsverbots	179
(a) Rechtsquellen	179
(b) Begriff der Strafe	181
(c) Tatidentität	184
(d) Zwischenergebnis	187
(2) Anwendung auf Konstellationen mit Bezug zum Datenschutzrecht	188
(a) Parallele Ermittlungen durch Kartell- und andere (Fach-) Behörden	188
(b) Doppelte Zuständigkeit?	191
4. Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts	199
a) Verfahren	199

b) Die Entscheidung des Bundeskartellamts vom 06.02.2019	201
aa) Tenor	201
bb) Sachverhalt	203
(1) Konzernstruktur und Angebot Facebooks	203
(2) Facebooks Nutzungsbedingungen	204
cc) Rechtliche Würdigung	205
(1) Rechtsgrundlage der Entscheidung	205
(2) Marktabgrenzung	208
(a) Sachlich: Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer	208
(b) Räumlich: nationaler Markt	210
(c) Bewertung der Marktabgrenzung	210
(3) Marktbeherrschung	211
(a) Marktanteil	211
(b) Weitere Kriterien nach § 18 Abs. 3a GWB	212
(c) Würdigung der Bestimmung der Marktstellung	213
(4) Missbrauch	214
(a) Untergeordnete Rolle des Wettbewerbsbezugs	214
(b) Zuständigkeit	215
(c) Geschäftsbedingungen	217
(d) Datenschutzrechtlicher Verstoß	217
(e) Zusammenhang	222
(f) Interessenabwägung	223
(g) Bewertung der Ausführungen zur Missbräuchlichkeit	223
c) Abschließende Einordnung der Facebook-Entscheidung	227
5. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.08.2019	229
a) Ausbeutung der Nutzer	230
b) Zusammenhang	231
c) Behinderung der Wettbewerber	234
d) Zusammenfassende Beurteilung des Beschlusses des OLG Düsseldorf	236
6. BGH, Beschluss vom 23.06.2020	236
a) Marktabgrenzung und marktbeherrschende Stellung	237
b) Missbrauch	238
aa) Ausbeutungs- und Behinderungswirkung	238
bb) Wettbewerbsbezug	239
cc) Zusammenhang	241
dd) Interessenabwägung	242
c) Konsequenzen der Entscheidung und abschließende Bewertung	244
7. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2021	245

8. Ergebnis zum Datenschutzrecht in der Missbrauchsaufsicht und rechts-politischer Vorschlag	246
a) Die Berücksichtigung des Datenschutzrechts im Missbrauchsverbot de lege lata	246
b) De lege ferenda: „Datenschutzrechtliche Lösung“	248
II. Die Bedeutung des Datenschutzrechts im Rahmen des Kartellverbots	251
1. Mögliche Anwendungsbereiche	251
2. Die beschränkte Funktion des Art. 101 AEUV	252
3. Die beschränkte Eignung des Verbotstatbestandes	253
4. Die eingeschränkte Offenheit des Freistellungstatbestands	255
a) Das Politisierungs-Argument	255
b) Verortung im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV	256
5. Bedenklicher Rückzug der hoheitlichen Rechtsdurchsetzung	257
6. Die Versicherungs-GVO: Bestätigung, keine Ausnahme	257
7. Die Entscheidung Asnef-Equifax	259
a) Die Entscheidung	259
b) Bewertung	260
8. Ergebnis	261
III. Das Datenschutzrecht in der Zusammenschlusskontrolle	261
1. Datenschutzrecht in der europäischen Zusammenschlusskontrolle	262
2. Datenschutzrecht in der deutschen Zusammenschlusskontrolle	263
3. Berücksichtigung im Rahmen der Marktabgrenzung und der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung	264
4. Datenschutzrecht als limitierender Faktor bei der Ausübung von Markt-macht	264
5. Ergebnis	266
§ 6 Setzung strengerer Datenschutz-Standards	267
A. Zusammenschlusskontrolle	267
I. Besorgnisse um den Datenschutz im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen	267
II. Zusammenschlusskontrolle allgemein	268
1. Direkte Berücksichtigung von Datenschutzbelangen	268
2. Indirekte Berücksichtigung von Datenschutzbelangen	270
a) Datenschutz als Wettbewerbsparameter: Entscheidungspraxis	270
aa) <i>TomTom/Tele Atlas</i>	270
bb) <i>Facebook/WhatsApp</i>	271
cc) <i>Microsoft/LinkedIn</i>	272
b) Qualitätswettbewerb um Datenschutz	274
aa) Verringerung der Wahlmöglichkeiten durch Marginalisierung eines Wettbewerbers	275

bb) Verringerung der Wahlmöglichkeiten durch Zukauf eines Wettbewerbers mit „besserem“ Datenschutz	276
III. „Schutz anderer berechtigter Interessen“	277
1. Art. 21 Abs. 4 FKVO	278
a) Überblick	278
b) Datenschutz als weiteres unbenanntes Interesse	279
c) Fehlende Kompetenz im Datenschutzrecht	281
d) Möglichkeiten zur Schaffung einer Kompetenz	281
2. Deutsches Recht	282
IV. Ergebnis	282
B. Kartellverbot	283
C. Missbrauchsverbot	285

Kapitel 4

Zur 10. GWB-Novelle; Ergebnisse der Arbeit	287
§ 7 Überblick über die 10. GWB-Novelle	287
A. Präzisierung bei der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung und Datenzugangsanspruch im Rahmen der Missbrauchsprüfung	288
B. „Klarstellung“ zum Kriterium des Zusammenhangs in § 19 Abs. 1 GWB	289
C. Missbrauchsaufsicht unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung: „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ und Verbot bestimmter Tipping-Strategien	290
§ 8 Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	293
Literaturverzeichnis	300
Sachregister	330