

Kapitel 1

Einführung – zum Gegenstand dieser Arbeit

§ 1 Einführung

A. Das Thema der Arbeit

Das Aufkommen datenbasierter Geschäftsmodelle in den vergangenen Jahrzehnten stellt die Kartellrechtsanwendung vor neue Herausforderungen. Die Funktionsweise der betroffenen Märkte führt zu erheblichen Monopolisierungstendenzen; neue Arten wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen werden ermöglicht. Dies wirft die Frage nach den Regulierungsmöglichkeiten auf. Antworten bieten dabei sowohl das Kartell- als auch das Datenschutzrecht, wenngleich der Fokus dieser beiden Rechtsgebiete ein gänzlich anderer ist. Das Verhältnis dieser beiden Rechtsgebiete ist ungeklärt.

Die vorliegende Arbeit ist zum einen eine Untersuchung über die Bedeutung des Datenschutzes für das Kartellrecht. Zum anderen wird die Relevanz kartellrechtlicher Erwägungen im Datenschutzrecht untersucht. Die damit eingenommene Perspektive ist eine zweifache. Einerseits soll herausgearbeitet werden, an welchen Stellen des Kartellrechts Bezüge zum Datenschutz gegeben sind. Andererseits soll auch umgekehrt ergründet werden, in welchen Bereichen des Datenschutzrechts Verbindungen zum Kartellrecht und allgemein zu wettbewerblichen Erwägungen bestehen.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten steht seit vielen Jahren im Zentrum der Diskussion um die Anwendung des Kartellrechts. Diese Diskussion folgt mit Verzögerung dem Aufkommen datenbasierter Geschäftsmodelle im Internet. Deren Erfolg beruht neben dem Einsatz von immer leistungsfähigeren Algorithmen maßgeblich auf der Auswertung der Daten der Nutzer. Durch eine bessere Auswertung dieser lassen sich deren Bedürfnisse antizipieren, um das Angebot besser auf sie zuzuschneiden und um Werbung einsetzen zu können, die diese Bedürfnisse aufnimmt.

Die kartellrechtliche Seite der Diskussion beherrschen vor allem zwei Problemkreise. Zum einen geht es darum, ob die gegenwärtigen Regelungen des Kartellrechts genügen, eine hinreichende kartellrechtliche Kontrolle digitaler Märkte

sicherzustellen und damit den Wettbewerb auf diesen Märkten zu schützen.¹ Dies hat in der 9. GWB-Novelle zu ersten punktuellen Anpassungen des deutschen Kartellrechts geführt,² die in der 10. Novelle³ noch ausgebaut wurden. Bei diesen Fragen geht es im Kern darum, ob die Instrumente des Kartellrechts noch geeignet sind, ihrem Zweck – dem Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen, namentlich durch die Adressierung von Monopolproblemen – auch auf digitalen und Plattformmärkten zu dienen.

„Klassische“ kartellrechtliche Schieflagen auf Digitalmärkten werden auch in der vorliegenden Arbeit nicht unberücksichtigt bleiben. Vor allem wird es aber um den zweiten Fragekomplex gehen: Nach einer Bestandsaufnahme über die Schutzzwecke des Kartellrechts, ist zu hinterfragen, inwieweit diese einer Aktualisierung bedürfen. Kann und soll das Kartellrecht auch in den Dienst anderer Politikziele gestellt werden?⁴ Sind die kartellrechtlichen Generalklauseln bereits derart offen formuliert, dass sie sich einsetzen lassen, um – auch – andere Politikziele zu erreichen?

Als ein derartiges Politikziel soll in der vorliegenden Arbeit der Datenschutz⁵ dienen. In diesem decken sich die beiden angesprochenen Themenkomplexe der Wirksamkeit des Kartellrechts auf Digitalmärkten und der Aktualisierung seiner Schutzzwecke.

Im Februar 2019 hat das Bundeskartellamt einen Beschluss erlassen, mit dem es dem sozialen Netzwerk Facebook⁶ auf der Grundlage von § 19 Abs. 1 GWB bestimmte als – auch – datenschutzrechtswidrig erkannte Praktiken untersagte.⁷ Obgleich das Bundeskartellamt mit dem Beschluss neues Terrain beschreitet, ist er doch erkennbar davon geprägt, den Verstoß in bekannte kartellrechtliche Kategorien zu fassen. Der Beschluss und damit die Frage nach dem Anwendungsbereich des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots wird das Thema dieser Arbeit illustrieren. Gleichzeitig wird aber auch ein Seitenblick auf das Kartellverbot und die Fusionskontrolle geworfen; auch hier könnte der Datenschutz ein gewichtiger Gesichtspunkt der Kartellrechtsanwendung sein.

¹ S. nur die zu diesem Thema veröffentlichten Studien *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, September 2019; *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the Digital Era, 2019; *Furman et al.*, Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel, März 2019; *Schweitzer et al.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 29.08.2018.

² BGBl. I 2017, 1416.

³ BGBl. I 2021, 2.

⁴ Grundlegend *Ezrachi*, J. Antitrust Enforc. 5 (2017), 49; *Kovacic/Hyman*, Geo. Mason L. Rev. 23 (2016), 1163.

⁵ Art. 16 AEUV.

⁶ Hier und im Folgenden ist mit Facebook die US-amerikanische Meta Platforms, Inc. (vormals Facebook, Inc.), sowie ihre Tochtergesellschaften gemeint, soweit nicht anders angegeben.

⁷ BKartA, Beschl. v. 06.02.2019, *Facebook*, Az. B6–22/16.

B. Abgrenzungen

Es ist nicht Ziel der Arbeit – und würde auch ihren Rahmen sprengen –, eine datenschutzrechtliche Bewertung einzelner Praktiken vorzunehmen. Derartige Bewertungen können immer nur am Rande vorgenommen werden; in dieser Arbeit sollen jedoch allgemeingültige Funktionsweisen dargestellt werden. An gegebener Stelle soll daher im Rahmen dieser Untersuchung von einer Verletzung des Datenschutzrechts ausgegangen werden, ohne diese im Einzelnen zu begründen oder die Stichhaltigkeit zum Beispiel der datenschutzrechtlichen Prüfung des Bundeskartellamts in *Facebook* im Einzelnen zu hinterfragen. Andererseits wird es freilich auch an vereinzelt Stellen doch erforderlich werden, zu spezifisch datenschutzrechtlichen Fragen Stellung zu nehmen.

Ebenfalls nicht Ziel der Arbeit sind grundlegende Ausführungen zur Marktabgrenzung und zur Marktbeherrschung in der digitalen Ökonomie. Zu diesem Themenkomplex findet sich bereits eine Reihe von Ausarbeitungen in der Literatur.⁸ Daher soll hier nur auf die Marktabgrenzung und die Marktbeherrschung eingegangen werden, soweit sich Bezüge zum Datenschutz und zum Datenschutzrecht ergeben.

C. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit ist in vier Kapitel mit insgesamt acht Abschnitten unterteilt.

Das erste Kapitel widmet sich nach dieser Einführung den begrifflichen Grundlagen mit der Frage, wie der Begriff des Datenschutzes im Rahmen der weiteren Untersuchung zu verstehen sein wird (§ 2)⁹. Aus diesem Begriffsverständnis ergibt sich die weitere Unterteilung des Hauptteils im dritten Kapitel.

Davor soll jedoch im zweiten Kapitel der Stellenwert des Datenschutzes auf digitalen Märkten herausgestellt werden. Dadurch wird die besondere Relevanz des Themas verständlich. Zunächst sollen dafür Daten in ihrer Funktion als Wirtschaftsgut charakterisiert werden (§ 3)¹⁰, um sodann die Konflikte darzustellen, die sich um Daten und Datenschutz ergeben (§ 4)¹¹.

Den Hauptteil der Arbeit bildet das dritte Kapitel. Entsprechend der in § 2 vorgenommenen Unterscheidung zwischen der Durchsetzung des Datenschutzrechts

⁸ Beispielsweise *Dewenter/Rösch/Terschüren*, NZKart 2014, 387; *Gebicka/Heinemann*, W. Comp. 37 (2014), 149, 154–161; *Höppner/Grabenschröer*, NZKart 2015, 162; *Kehder*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 2013; *Klotz*, WuW 2016, 58; *Volmar*, Digitale Marktmacht, 2019.

⁹ S. 30–35.

¹⁰ S. 36–41.

¹¹ S. 41–47.