

Julia Barth

# Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch

Der Fall Facebook vor dem Bundeskartellamt



## Recht der Informationsgesellschaft

herausgegeben von

Prof. Dr. Jörg Fritzsche, Universität Regensburg, Lehrstuhl für  
Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., Universität Regensburg,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht,  
Infrastrukturrecht und Informationsrecht

Prof. Dr. Gerrit Manssen, Universität Regensburg, Lehrstuhl  
für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und  
europäisches Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack, Maître en droit,  
Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
und Völkerrecht

Band 42

Julia Barth

# Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch

Der Fall Facebook vor dem Bundeskartellamt



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6557-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0674-2 (ePDF)

Die Bände 1 bis 33 sind im Lit-Verlag erschienen.

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., für die herausragende Betreuung. Seine uneingeschränkte Bereitschaft zu Diskussion und Hilfestellung sowie die zügige Korrektur haben die Fertigstellung des Vorhabens im vorgegebenen Zeitraum erst möglich gemacht. Die Tätigkeit an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht hat großen Spaß gemacht und mir einen hochinteressanten wissenschaftlichen Austausch erschlossen. Dem gesamten Lehrstuhlteam danke ich herzlich für die schöne Zeit und die umfassende Unterstützung. Insbesondere Silvia Kadzioch und Dr. Anna Kellner standen mir umfassend mit Rat und Tat zur Seite.

Meinem Zweitgutachter, Prof. Dr. Jörg Fritzsche gilt mein Dank für die ausgesprochen zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine größtmögliche Rücksichtnahme bei der Terminauswahl für die mündliche Doktorprüfung.

Großer Dank gebührt auch dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München für die großzügige Bereitstellung eines Arbeitsplatzes und die Möglichkeit, die dortige Bibliothek zu nutzen. Wertvolle Hinweise verdanke ich in diesem Umfeld auch Vorträgen und Gesprächen mit Prof. Dr. Rupprecht Podszun.

Jaqueline Ammer hat mich dankenswerter Weise bei der endgültigen Formatierung unterstützt.

Außerordentlicher Dank gebührt meiner Familie, die mir nicht nur durch die großzügige Unterstützung in Studium und Promotionszeit immer zur Seite steht. Meiner Mutter Andrea Barth danke ich für die umfangreiche Korrekturlektüre des Manuskripts und ihren inhaltlichen wie emotionalen Beistand. Besonders geholfen haben mir auch meine Großeltern Ernst und Gerdi Hanauer, die immer an mich glauben und mir einen Rückzugsort geben, sowie mein Vater Dr. Christian Barth und meine Schwestern durch ihren bedingungslosen Rückhalt.

Nicole Drude danke ich herzlich für die zügige Korrekturlektüre und die fachlichen Ratschläge. Ihr aufrichtiges Interesse an dem Projekt hat

*Vorwort*

mich sehr bestärkt. Dank auch an meine Mitbewohnerinnen Samantha Altherr und Pascale Ammann die mich, gerade in der letzten heißen Phase des Projekts sehr unterstützt haben.

Für seine selbstlose Hilfe zu jeder Tages- und Nachtzeit und die umfassende technische Unterstützung möchte ich mich vielmals bei meinem Freund Sebastian Lotz bedanken. Sein steter liebevoller Zuspruch hat zum Erfolg dieser Arbeit wesentlich beigetragen.

Mein besonderer Dank gilt der leider viel zu früh verstorbenen Prof. Dr. Maria-Giovanna Cubeddu-Wiedemann, LL.M. Sie hat meine Idee einer Promotion begründet und gefördert, und den Anfang meiner Untersuchungen mit Interesse und wichtigen Ratschlägen begleitet. Ihr möchte ich diese Arbeit widmen.

## Inhaltsverzeichnis

A) Einleitung	15
I. Einführung	16
1. Problemstellung	16
2. Die Hintergründe zum Beispielfall Facebook	17
3. Gang der Untersuchung	18
II. Der Rechtsbruch im Wettbewerbsrecht	20
III. Die Dimension des Datenschutzrechts	20
IV. Das anwendbare Recht	22
1. Das europäische Kartellrecht	22
2. Das deutsche Kartellrecht	24
3. Das Verhältnis der europäischen und nationalen Regelungen im Kartellrecht	25
a) Die Vergleichbarkeit der rechtlichen Regelungen	26
b) Der Vorrang des Unionsrechts	27
c) Die praktische Anwendung der Vorschriften	28
d) Zwischenfazit	29
4. Der Fall Facebook	29
V. Zusammenfassung der relevanten Problemstellungen	30
B) Bewertung der Sanktion von Datenschutzrechtsverstößen im Kartellrecht	31
I. Die Missbrauchsaufsicht als maßstabsgebundene Rechtsaufsicht	31
II. Die ökonomischen und historischen Grundlagen der Missbrauchskontrolle	33
1. Die historische Entwicklung der Missbrauchskontrolle	33
2. Die ökonomischen Hintergründe der Missbrauchskontrolle	35
3. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Missbrauchskontrolle	38
4. Zwischenfazit	39

*Inhaltsverzeichnis*

III. Die Schutzzwecke des Kartellrechts und der Missbrauchsaufsicht	40
1. Der Schutzzweck des GWB	40
2. Der Schutzzweck des Ausbeutungsmisbrauchs	42
a) Preishöhen- und Konditionenmissbrauch	43
b) Die Differenzierung von quantitativem und qualitativem Konditionenmissbrauch	44
c) Zwischenfazit zum Schutzzweck beim Konditionenmissbrauch	45
IV. Die Auslegung des § 19 GWB	46
1. Grammatikalische Auslegung	47
2. Kartellrechtlich-funktionale Auslegung	48
3. Historische und systematische Auslegung	49
4. Unionsrechtskonforme Auslegung?	50
5. Die Auslegung des europäischen Kartellrechts	51
6. Zwischenfazit	53
V. Das Verhältnis der Missbrauchskontrolle zu anderen einfachgesetzlichen Bestimmungen	53
1. Missbrauchsaufsicht und Lauterkeitsrecht	54
a) Die lauterkeitsrechtlichen Schutzrichtungen	54
b) Das gemeinsame übergeordnete Ziel des Wettbewerbsschutzes	56
c) Zwischenfazit	57
2. Missbrauchsaufsicht und AGB-Recht	58
3. Missbrauchsaufsicht und Datenschutzrecht	60
a) Europäisches und deutsches Datenschutzrecht	60
aa) Das Verhältnis von DS-GVO und BDSG	61
bb) Der Anwendungsbereich	62
cc) Die wichtigsten Grundsätze und Regelungen	63
b) Die Schutzzwecke im Datenschutzrecht und in der Missbrauchsaufsicht	65
aa) Datenschutzrechtliche Zielsetzungen und Schutzzwecke	66
bb) Parallelen zwischen datenschutzrechtlichen und kartellrechtlichen Schutzzwecken	68
c) Zwischenfazit	70
VI. Fallgruppen des Konditionenmissbrauchs	70
1. Unangemessene Beschränkung der Dispositionsfreiheit	71



2. Der Bündelungs- beziehungsweise Kopplungsmissbrauch	72
3. Der außerkartellrechtliche Rechtsverstoß	73
a) Bisherige Rechtspraxis und anerkannte Fälle	74
aa) Die wichtigsten Fälle des BGH	74
bb) Der Facebook-Fall des Bundeskartellamts	76
cc) Die Ansicht der Europäischen Organe	78
b) Ansätze zur Berücksichtigungsfähigkeit in der Literatur	80
c) Zwischenfazit: Grundsätzliche Relevanz außerkartellrechtlicher Rechtsverstöße	83
4. Schlussfolgerungen aus den Fallgruppen für die Berücksichtigungsfähigkeit von Datenschutzrechtsverstößen	85
VII. Die Berücksichtigungsfähigkeit außerkartellrechtlicher Rechtsverstöße als Konditionenmissbrauch	85
1. Notwendigkeit der Beschränkung der Einbeziehung	86
a) Der Konditionenmissbrauch als ultima ratio?	86
b) Weitere beschränkende Kartellrechtsprinzipien	88
2. Kriterien für die Einschränkung der einzubeziehenden Normen	89
a) Die Schutzzwecke als Einbeziehungsmaßstab	90
b) Regelung einer Anbieter-Nachfrager-Beziehung	91
c) Die Kausalität als „Wettbewerbsanker“	93
d) Kompatibilität der Berücksichtigung mit dem Normzweck und dem Gesamtkonzept des Rechts	97
3. Zusammenfassung, Reaktion auf mögliche Kritik und Zwischenfazit	98
4. Übertragung auf das Datenschutzrecht	105
a) Schutzzweckparallelität	105
b) Datenschutzrecht als Anbieter-Nachfrager-Regelung	106
c) Relevante Datenschutzrechtsverstöße	108
aa) Wettbewerbsbezug im Einzelfall: Vorliegen von Marktversagen	109
bb) Art. 6 DS-GVO in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle	111
cc) Das Transparenzgebot	114
5. Zwischenfazit	115
VIII. Gesamtergebnis zur Berücksichtigungsfähigkeit	116

*Inhaltsverzeichnis*

C) Die Kompetenzproblematik	118
I. Anwendbarkeit des nationalen und des EU-Rechts	118
1. Kartellrechtliche Vorschriften	119
2. Datenschutzrechtliche Vorschriften	119
3. Die Beziehung der Regelungsbereiche	120
II. Konkrete Regelung der Zuständigkeiten	121
1. Die Zuständigkeitsregelungen im GWB	121
2. Die Zuständigkeitsregelungen in der DS-GVO	122
3. Formelle Rechtmäßigkeit des Tätigwerdens der Kartellbehörde	124
III. Die materiell-rechtliche Prüfungskompetenz der Kartellbehörde	124
1. Kein normiertes Anwendungs- und Auslegungsmonopol	125
2. Relevanz der Abgeschlossenheit des Sanktionsregimes im Datenschutzrecht	125
3. Die Unabhängigkeit der Datenschutzbehörden	127
a) Das Unabhängigkeitspostulat	127
aa) Horizontale Unabhängigkeit der Datenschutzbehörden	128
bb) Keine Vergleichbarkeit mit Zivilgerichten	129
cc) Regelungsgehalt des § 50 c I GWB	129
dd) Zwischenfazit	131
b) Effizienzgesichtspunkte	131
c) Widersprüchlichkeit behördlicher Entscheidungen	132
d) Zwischenfazit	133
4. Die Kohärenzvorschriften und die Absicherung der effektiven Zusammenarbeit europäischer Datenschutzbehörden	134
5. Ne bis in idem – Die Sanktionsproblematik	135
a) Der Grundsatz aus Art. 103 III GG	135
b) Eingreifen des Grundsatzes ne bis in idem	137
aa) Kein allgemeines Strafgesetz i.S.d Art. 103 III GG	137
bb) Eingreifen des § 84 OWiG	139
(1) Vorliegen der Voraussetzungen des § 84 I OWiG	140
(2) Besonderheiten im Datenschutz- und Kartellrecht	143
(3) Zwischenfazit	145

cc) Die materielle Anwendbarkeit auf Ordnungswidrigkeiten und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	146
c) Keine Übertragbarkeit auf kartellrechtliche Sanktionen im verwaltungs- und zivilrechtlichen Verfahren	148
6. Zwischenfazit: Prüfungsdelta der Kartellbehörden	149
IV. Möglichkeiten der Zusammenarbeit	150
1. Spezielle Vorschriften	150
a) § 50 c GWB	151
b) Kooperationsvorschriften in der DS-GVO	153
2. Amtshilfe nach dem VwVfG	153
a) Anwendungsbereich des VwVfG	154
b) Die Voraussetzungen der deutschen Amtshilfe gemäß §§ 4 ff. VwVfG	154
aa) Besonderheiten des § 5 I VwVfG im Vergleich zu § 50 c GWB	155
bb) Zwischenfazit	158
c) Weitere Amtshilfenvorschriften nach dem deutschen Recht	158
3. Europäische Zusammenarbeit	159
4. Tätigwerden der Datenschutzbehörde	162
5. Nachjustierungen de lege ferenda?	163
V. Der Fall Facebook	164
D) Die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen für eine Berücksichtigung von Datenschutzrechtsverstößen als kartellrechtlichen Ausbeutungsmisbrauch	165
I. Grundsätzliche Voraussetzung: marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens	166
1. Unternehmen	167
2. Marktbeherrschende Stellung, § 18 GWB	168
a) Verfahren zur Feststellung der marktbeherrschenden Stellung	169
aa) Ermittlung des relevanten Marktes	170
(1) Der sachlich relevante Markt	170
(2) Der räumlich relevante Markt	172
(3) Der zeitlich relevante Markt	173

*Inhaltsverzeichnis*

bb) Ermittlung der Stellung des Unternehmens auf dem relevanten Markt	174
b) Marktmacht von Internetplattformen	175
aa) Die Marktabgrenzung im Internet	175
(1) Die Unterscheidung der Plattformarten	177
(2) Die sachliche Marktabgrenzung für Internetplattformen	178
(3) Die räumliche Marktabgrenzung für Internetplattformen	180
bb) Besonderheiten für die Marktbeherrschung von Internetplattformen	181
(1) Kriterien gemäß § 18 III GWB	181
(2) Kriterien gemäß § 18 IIIa GWB	183
(a) Netzwerkeffekte und Größenvorteile	184
(b) „Multi-Homing“ und „Lock-in“-Effekte	186
(c) Datenmacht	187
(d) Disruptive Innovationen	189
c) Kritik an der Ermittlungsmethode der Marktbeherrschung	190
d) Marktbeherrschungsbestimmung im Fall Facebook	192
3. Zwischenfazit	195
II. Die spezifischen Voraussetzungen gemäß § 19 II Nr. 2 GWB	196
1. Entgelt oder sonstige Geschäftsbedingung	196
a) Definitionen	197
aa) Kartellrechtliche Definitionen	197
bb) Telekommunikationsrechtliche Definition des Entgelts	198
cc) Keine Übertragbarkeit auf das Kartellrecht	199
b) Datenerhebung und -verarbeitung als Geschäftsbedingung	200
2. Die Missbrauchshandlung beim Konditionenmissbrauch	201
a) Allgemeine Voraussetzungen für die Missbrauchshandlung im Konditionenmissbrauch	202
b) Die konkreten Missbrauchshandlungen bei Datenschutzrechtsverstößen	202
3. Ausbeutung der Marktgegenseite	203
a) Ausbeutung im Rahmen des § 19 II Nr. 2 HS. 2 GWB	204
b) Abweichen vom Normalzustand mit Wettbewerb	205
aa) Das „Als-ob“-Konzept	205

bb) Das Vergleichsmarktkonzept	206
(1) Vergleichsmarktkonzept beim Konditionenmissbrauch	207
(2) Vergleichsmärkte in Datenschutzsachverhalten und der Fall Facebook	209
c) Arten des Konditionenmissbrauchs	210
aa) Der quantitative Konditionenmissbrauch	210
bb) Der qualitative Konditionenmissbrauch	211
d) Schaden bei den Nutzern	211
e) Drittmarktbezug	213
f) Zwischenfazit	213
III. Die spezifischen Voraussetzungen des § 19 I GWB	214
1. Anwendbarkeit des § 19 I GWB	214
2. Keine Unterscheidung von Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauch	214
3. Die Missbrauchshandlung im Sinne des § 19 I GWB	215
4. Missbrauch in Form der Ausbeutung gemäß § 19 I GWB	216
IV. Gemeinsame Voraussetzungen der beiden Vorschriften	217
1. Das Kausalitätserfordernis	217
a) Die Ergebniskausalität	219
b) Besonderheiten beim Ausbeutungsmisbrauch aufgrund von Datenschutzrechtsverstößen	220
c) Der Fall Facebook	225
2. Sachliche Rechtfertigung und Interessenabwägung	226
3. Besonderheiten bei § 19 I GWB	228
V. Zwischenfazit	229
VI. Fallgruppen des Konditionenmissbrauchs aus der tatbestandlichen Perspektive	229
1. Unangemessene Beschränkung der Dispositionsfreiheit	230
2. Der Bündelungs- beziehungsweise Kopplungsmisbrauch	231
3. Der außerkartellrechtliche Rechtsverstoß	231
4. Schlussfolgerungen aus den Fallgruppen für die kartellrechtliche Prüfung von Datenschutzrechtsverstößen	232
VII. Die Schadenstheorien	232
1. Die Schadenstheorie nach Brinkmann	233

*Inhaltsverzeichnis*

2. Die Schadenstheorie des Bundeskartellamts	233
3. Die Schadenstheorien der Monopolkommission	234
4. Eigene Schadenstheorie	235
VIII. Der Fall Facebook	235
E) Schluss	237
I. Zusammenfassung der Ergebnisse	237
II. Der Fall Facebook	244
III. Ausblick	244
Literaturverzeichnis	247