

Prof. Dr. Torsten Körper, Göttingen*

„Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 2

Das Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht rückt zunehmend in den Fokus der Kartellbehörden. Nachdem in Heft 7 der NZKart bereits in allgemeiner Weise der ökonomischen und wettbewerblichen Relevanz von Daten und möglichen datenbezogenen Missbrauchspraktiken nachgespürt wurde, behandelt der nachfolgende 2. Teil des Beitrags das Verhältnis des Kartellrechts zum Datenschutzrecht. Im Mittelpunkt steht dabei die für den aktuellen Facebook-Fall des Bundeskartellamtes maßgebliche Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Verletzung des Datenschutzrechts durch ein marktbeherrschendes Unternehmen einen kartellrechtlich relevanten „Machtmissbrauch durch Rechtsbruch“ begründen kann.

IV. Das Verhältnis von Kartellrecht und Datenschutzrecht

1. Vom „analogen“ zum „digitalen“ Datenschutzrecht

Die aufgrund der Digitalisierung bestehende Möglichkeit, riesige Mengen unterschiedlichster Daten zu sammeln und

* Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag beim 5. Göttinger Kartellrechtsgespräch am 22. Januar 2016. Er wurde vor Drucklegung aktualisiert und erweitert. Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen und Mitherausgeber der NZKart. Der erste Teil dieses Beitrags findet sich in NZKart 2016, 303.

sehr schnell, oft in Echtzeit, zu verarbeiten und miteinander zu verknüpfen, kurz: „Big Data“,¹ hat zusammen mit den NSA-Affären, mit dem EuGH-Urteil *Google Spain*² zum „Recht auf Vergessenwerden“ und mit der Debatte über die voraussichtlich ab Mitte 2018 anwendbare DSGVO den Schutz personenbezogener Daten in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses gerückt.

Der vom Bundesverfassungsgericht 1983 im Volkszählungs-urteil durch die Kreation des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung geadelt Datenschutz,³ wurde traditionell nach dem Muster „*Je mehr Datenschutz, desto besser*“ rein positiv bewertet. In jüngster Zeit greift demgegenüber auch über Fachkreise hinaus die Erkenntnis Raum, dass der ursprünglich als Abwehrrecht *gegen den Staat* entwickelte Datenschutz⁴ wie jede Art von Regulierung bei Anwendung gegenüber privaten Unternehmen zwei Gesichter hat:

Einerseits ist es unbestreitbar gerade in Zeiten von Big Data wichtig, die Daten der Bürger vor unbefugtem Zugriff und unbefugter Nutzung durch den Staat, aber auch durch Unternehmen zu schützen.

Andererseits sind Daten aber auch eine zunehmend wichtiger werdende Ressource. Dies gilt insbesondere für die digitale Wirtschaft, die immer stärker auf werbe- und damit datenbasierten mehrseitigen Geschäftsmodellen beruht. Ein für diese ökonomische Dimension blinder Datenschutz kann sich als Hindernis für den technischen und ökonomischen Fortschritt erweisen und die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft beeinträchtigen.⁵ Der (möglicherweise anachronistische) Grundsatz der „Datensparsamkeit“ gehört daher auf den Prüfstand. Aus ökonomischer Sicht gilt sogar im Gegenteil, dass gerade eine größtmögliche Transparenz besonders effizienzsteigernd ist.⁶

An die Stelle des Dogmas „Je mehr Datenschutz, desto besser“ muss vor diesem Hintergrund – jedenfalls im Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten – eine differenzierte Sichtweise treten, die dogmatische Einäugigkeit durch praktische Konkordanz ersetzt. Das geltende Datenschutzrecht, das noch stark durch ein abwehrrechtliches Denken gegenüber dem Staat und durch den status quo der analogen 1980er Jahre geprägt ist, kann – wie jedes andere Regelungssystem auch – weder einen Absolutheitsanspruch noch einen Ewigkeitsanspruch für sich erheben. Sicherlich müssen verfassungsrechtlich verbürgte Bürgerrechte sich keinem „Primat der ökonomischen Sinnhaftigkeit“ beugen. Aber die ökonomischen Gesetzmäßigkeiten zu ignorieren, wäre ebenso falsch. Ein moderner Datenschutz muss mit der Zeit gehen und sich den veränderten gesellschaftlichen und ökonomischen Bedingungen flexibel anpassen. Ziel sollte dabei wie bei jeder guten Regulierung nicht paternalistischer Schutz der Bürger vor der eigenen Dummheit sein, sondern die Schaffung von Konsumenten- und insbesondere Datensouveränität. Es sollte gelten: „*Je mehr Konsumentensouveränität, desto besser.*“

2. Datenschutzpolitik der Unternehmen als Wettbewerbsfaktor

Fragt man sich vor diesem Hintergrund nach dem Verhältnis von Datenschutz und Kartellrecht, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Datenschutzpolitik eines Unternehmens ein Wettbewerbsfaktor sein kann. Oder anders gefasst: Es kann einen Konditionenwettbewerb um den besten Datenschutz geben. Dass die Datenschutzpolitik eine Rolle für den wettbewerblichen Erfolg von Unternehmen spielen könnte, wurde u. a. im Fall *Facebook/WhatsApp* angespro-

chen. Dieser Aspekt ist allerdings schwer zu bewerten, weil die Nutzung und der Nutzen der Daten sich je nach Geschäftsmodell und Stand der Technik schnell ändern können. Ob ein hohes Datenschutzniveau gut oder schlecht für die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens ist, ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Zudem ist die Datenschutzpolitik von Unternehmen für die Nutzer oft schwer durchschaubar und bewertbar.⁷ Und selbst wenn sie transparent gemacht wird, interessieren sich die Nutzer häufig nicht dafür. Dies zeigt nicht nur der geringe Erfolg datensparsamer Suchmaschinen wie DuckDuckGo, sondern auch der vergebliche Versuch des sozialen Netzwerks StudiVZ, durch ein hohes Datenschutzniveau gegen Facebook zu punkten. Dass sich dies in absehbarer Zukunft ändern und die Datenschutzpolitik der Unternehmen für die Masse der Nutzer digitaler Produkte einen ähnlichen Stellenwert erlangen könnte wie z. B. der Umweltschutz für die Käufer bestimmter Waren, erscheint derzeit wenig wahrscheinlich. Gerade aus der Sicht junger, technikaffiner Nutzer scheint eine strenge Datenschutzpolitik kein besonders wichtiger Wettbewerbsfaktor zu sein. Anspruch (vieler Datenschützer) und Wirklichkeit (der Konsumentenpräferenzen) fallen insoweit deutlich auseinander.

3. Datenschutzrecht als Wettbewerbshindernis?

Datenschutz zielt zwar grds. nicht auf Marktregulierung, aber er kann eine solche Regulierung bewirken bzw. den Wettbewerb verzerren. Ein modernes Datenschutzrecht sollte dies berücksichtigen und Wettbewerbsverzerrungen so weit wie möglich vermeiden, also wettbewerbsneutral sein.

In diesem Zusammenhang ist *erstens* das unterschiedliche Datenschutzniveau verschiedener Staaten problematisch, weil es dazu führen kann, dass Unternehmen aus weniger datensensiblen Staaten einen größeren Handlungsspielraum genießen bzw. ihren Sitz in solche Staaten verlegen, um strengen Datenschutzregelungen zu entgehen und dadurch Wettbewerbsvorteile zu erlangen. Dieses Problem wird die voraussichtlich ab Mitte 2018 anwendbare DSGVO abmildern. Sie strebt danach, jedenfalls für den EU-Binnenmarkt ein datenschutzrechtliches „level playing field“ zu schaffen.⁸ Das ist im Grundsatz zu begrüßen. Allerdings bleibt es (auch unter Geltung des Marktortprinzips nach Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO) dabei, dass sich das unterschiedlich strenge Datenschutzniveau im Verhältnis zu dritten Staaten (etwa den USA) je nach Branche als Wettbewerbsvorteil oder als Wettbewerbsnachteil für die europäischen Unternehmen erweisen kann. Bezogen auf die Internetökonomie dürfte häufiger letzteres der Fall sein.

Soweit es einen unternehmerischen Wettbewerb verschiedener Datenschutzpolitiken gibt, ist *zweitens* evident, dass für einen solchen Wettbewerb umso weniger Raum ist, je mehr der Staat den Datenschutz in Form von Gesetzen und Verordnungen abschließend selbst regelt.⁹ Datenschutzrecht wirkt insoweit indirekt auch als Wettbewerbsregulierung. Plakativ könnte man fragen: Wenn Daten so etwas wie die

1 Dazu etwa Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 64, 67 ff.

2 EuGH, 13.5.2015, Rs. C-131/12 – *Google Spain*; s. auch EuGH, 6.10.2015, Rs. C-362/14 – *Schrems (Facebook)*.

3 BVerfG, 15.12.1983, BVerfGE 65, 1.

4 Dazu Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 84 ff.

5 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 65.

6 Vgl. *Weber*, ZWeR 2014, 169, 170 m. w. N.

7 *Shelanski*, 161 U. Pa. L. Rev. 1663 2012-2013, 1663, 1690 f.

8 Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 92 ff. und 164 ff.

9 Vgl. *Weber*, ZWeR 2014, 169, 174.

„Währung des Internet“ sind, ist Datenschutz dann eine Art staatliche Preisregulierung?

Ein nicht zeitgemäßer Datenschutz kann sich vor diesem Hintergrund *drittens* als Wettbewerbshindernis, vielleicht sogar als „Innovationsbremse“, erweisen. In diesem Zusammenhang wurde bereits darauf hingewiesen, dass Daten häufig für die Produktverbesserung oder die Schaffung neuer Produkte benötigt werden. Ein zu strenges Datenschutzrecht kann in diesem Kontext dazu führen, dass europäischen Nutzern Dienste vorenthalten werden oder dass sie dafür einen monetären Preis zahlen müssen, obwohl sie bei freier Entscheidung lieber ihre Daten preisgeben würden. Beispielsweise wird in der datenschutzrechtlichen Diskussion häufig auch für das Internet vorgeschlagen, zwingende Opt-In-Regelungen vorzusehen, nach welchen ein Nutzer stets vorab der Nutzung seiner Daten zustimmen muss.¹⁰ Eine solche Lösung erscheint aus der Warte des Datenschutzrechts attraktiv. Sie würde aber, jedenfalls wenn sie eine Nutzerregistrierung voraussetzt, dazu führen, dass Geschäftsmodelle wie die spontane, werbefinanzierte Internetsuche ausgeschlossen oder zumindest wesentlich verkompliziert würden.¹¹ Zudem würde die Möglichkeit einer anonymen Internetnutzung eingeschränkt, was auch medien- und datenschutzrechtlich nicht unproblematisch erscheint.

Ein paternalistischer Datenschutz ist zudem *viertens* oft schlicht unnötig. Moderne Nutzer sind sich bewusst, dass ihnen auch im Internet nichts geschenkt wird, und es gibt Mechanismen zur Selbsthilfe, die ein weitgehend anonymes Surfen erlauben. Die Nutzer haben auch beim Datenschutz unterschiedliche Präferenzen und Sensibilitäten. Hinreichend informierten Nutzern kann und sollte man daher die Wahl lassen, ob sie (z. B. bei der Suche) mehr Datenschutz oder mehr Qualität wünschen und ob sie kostenfreie werbe-/datenbasierte Dienste oder kostenpflichtige Dienste vorziehen, die mit weniger Daten auskommen. Ein sinnvoll ausgestaltetes Datenschutzrecht sollte – wie ein sinnvoll ausgestaltetes Kartellrecht – vom Vorrang der informierten Konsumentwahl vor paternalistischer Bevormundung ausgehen und den Nutzern in erster Linie (z. B. durch Verbesserung der Transparenz) „Hilfe zur Selbsthilfe“ im Sinne einer Stärkung ihrer Datensouveränität und damit ihrer Konsumentensouveränität geben.

Datenschutz kann sich *fünftens* auch als Marktzutrittschranke für neue Unternehmen erweisen, beispielsweise, wenn er verhindert, dass Daten mit anderen Unternehmen geteilt werden *dürfen* oder wenn er Unternehmen mit hohen Kosten belastet. Letzteres könnte z. B. bei der Regelung zur Datenportabilität in Art. 20 DSGVO der Fall sein. Danach haben betroffene (natürliche) Personen „das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten“. Diese Regelung gilt unabhängig von Marktmacht, Machtmissbräuchen oder auch nur vom Nachweis einer tatsächlichen Notwendigkeit der Portierung.¹² Sie ist wettbewerbslich zumindest ambivalent. Eine Pflicht zur Schaffung von Portierungsmöglichkeiten kann *einerseits* den Wettbewerb fördern, weil eine Mitnahme der Daten zu einem neuen Anbieter ermöglicht wird. *Andererseits* belastet sie die ihr unterworfenen Unternehmen aber auch mit Kosten, welche Startups ggf. nicht aufbringen können.¹³ Die Regelung verhindert daher in der Praxis möglicherweise genau den Wechsel und Wettbewerb, den sie in der Theorie zu fördern bestrebt ist und stabilisiert im Gegenteil die Marktstellung der etablierten „Platzhirsche“. Diese nämlich bieten oft

schon von sich aus eine Datenportierung bzw. können die erforderlichen Investitionen leicht tätigen. Ein solcher (ungewollter) „Stabilisierungseffekt“ zugunsten bestehender Incumbents ist für Regulierungsmaßnahmen nicht ungewöhnlich, wird im Rahmen der Gesetzgebung aber oft nicht hinreichend bedacht.

4. Datenschutz im Kartellverfahren

Fragt man weiter nach der Rolle des Datenschutzrechts für die Anwendung des Kartellrechts durch die Kartellbehörden und Gerichte, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Bindung des Staates an das Datenschutzrecht natürlich auch im behördlichen oder gerichtlichen Kartellverfahren gilt.

Als Ausdruck eines „Datenschutzes im weiteren Sinne“ könnte man u. a. die Regelungen zum Schutz der Berufs- und Geschäftsgeheimnisse in Art. 17 FKVO oder Art. 28 VO 1/2003 sehen. Zudem versteht es sich von selbst, dass die Kartellbehörden und -gerichte darauf achten müssen, dass im Rahmen von Kartellverfahren keine Unternehmensdaten an Wettbewerber übermittelt werden, deren Kenntnis den Wettbewerb beschränken würde. Eine Informationsweitergabe, welche den Unternehmen nach Art. 101 AEUV verboten wäre,¹⁴ muss grundsätzlich auch von den Kartellbehörden und -gerichten unterlassen werden.

Ein „Datenschutz im engeren Sinne“ des Schutzes personenbezogener Daten natürlicher Personen muss im Kartellverfahren natürlich erst recht gewährleistet sein. Die Kartellbehörden und -gerichte unterliegen insoweit als staatliche Stellen nicht nur einfachgesetzlichen, sondern auch verfassungsrechtlichen Bindungen.¹⁵ Diese folgen auf EU-Ebene aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 7 GRCh und aus dem Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 GRCh¹⁶ und Art. 16 AEUV sowie in Deutschland aus dem vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“¹⁷ und aus Art. 10 GG. Art. 7 und 8 GRCh sind nach Art. 51 GRCh sowohl bei einem Handeln von Unionsorganen als auch bei der Durchführung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten zu beachten und gelten mithin auch bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV. Und das gilt natürlich erst recht für Art. 16 AEUV.

Daraus resultiert allerdings zunächst einmal nur, dass die einschlägigen Kartellrechtsnormen im Einklang mit den Grundrechten auszulegen und anzuwenden sind, wie auch die Erwägungsgründe 36 zur FKVO und 37 zur VO 1/2003 unterstreichen. D. h. das Datenschutzrecht ist unzweifelhaft *bei* Anwendung des Kartellrechts zu beachten. Die Kartellbehörden und -gerichte könnten daher z. B. nicht einfach ohne weiteres anordnen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen „Datenschutz“ mit den Wettbewerbern

10 Zu einer Opt-In-Lösung als Remedy auch *Newman*, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, No. 3, 2014, 401, 448.

11 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 104.

12 Daran kann es z. B. bei kostenfreien Diensten fehlen, weil die Nutzer auch beim Wechsel zu einem neuen Anbieter weiter auf die Daten beim alten Dienst zugreifen und insoweit ein „multi-homing“ betreiben können.

13 Dazu *Swire/Lagos*, Maryland Law Review Vol. 72 No. 2, 2013, 335, 352.

14 Dazu etwa *Zimmer*, in Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rdnr. 265 ff.

15 Vgl. EG 36 zur FKVO und EG 37 zur VO 1/2003 zur Bindung an die Grundrechtecharta.

16 Vgl. EuGH, 13.5.2014, Rs. C-131/12 – *Google Spain*, Tz. 68 ff., wo der EuGH betont, dass die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG im Lichte der Art. 7 und 8 GRCh auszulegen sei; ebenso EuGH, 6.10.2015, Rs. C-362/14 – *Schrems (Facebook)*, Tz. 38 ff.

17 BVerfG, 15.12.1983, BVerfGE 65, 1 – *Volkszählungsurteil*.

teilen muss, selbst wenn sich dies kartellrechtlich rechtfertigen ließe oder sogar geboten erschiene. Vielmehr muss insoweit – wie bereits ausgeführt – auch der Datenschutz beachtet werden, der einer Weitergabe personenbezogener (d. h. natürliche Personen betreffender) Daten ohne Zustimmung der betroffenen Personen entgegensteht. Dies gilt natürlich erst ab Anwendbarkeit der DSGVO im Jahre 2018.¹⁸

5. Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?

Darüber hinaus stellt sich die Frage nach einem Datenschutz *durch* Anwendung des Kartellrechts. Die Monopolkommission hat in diesem Zusammenhang 2015 in ihrem Sondergutachten 68 thematisiert, ob es einen Machtmissbrauch darstellen könne, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Konditionen verwendet, welche das Datenschutzrecht verletzen.¹⁹ Letztlich läuft dies auf eine Art Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“ hinaus, wie sie im Lauterkeitsrecht schon lange anerkannt ist und in § 3 a UWG normiert wurde.

a) *Das Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes.* Das Bundeskartellamt hat diesen Gedanken aufgegriffen. Es hat ausweislich einer Pressemitteilung vom 2. März 2016 ein Verfahren wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße eröffnet, das sich gegen Facebook Inc., USA, gegen die irische Tochter des Unternehmens sowie gegen die Facebook Germany GmbH, Hamburg, richtet. Darin heißt es:

„Es besteht der Anfangsverdacht, dass die Nutzung[s]bedingungen von Facebook gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstoßen. Nicht jeder Rechtsverstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens ist gleichzeitig auch kartellrechtlich relevant. Im vorliegenden Fall könnte die Verwendung rechtswidriger Nutzungsbedingungen durch Facebook einen sogenannten Konditionenmissbrauch gegenüber den Nutzern darstellen. Das Bundeskartellamt wird unter anderem überprüfen, welcher Zusammenhang zwischen der möglichen marktbeherrschenden Position des Unternehmens und der Verwendung derartiger Klauseln besteht. [...] Marktbeherrschende Unternehmen unterliegen besonderen Pflichten. Dazu gehört es auch, angemessene Vertragsbedingungen zu verwenden, soweit diese marktrelevant sind. Für werbefinanzierte Internetdienste wie Facebook haben die Nutzerdaten eine herausragende Bedeutung. Gerade deshalb muss auch unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs von Marktmacht untersucht werden, ob die Verbraucher über die Art und den Umfang der Datenerhebung hinreichend aufgeklärt werden. [...] Vorbehaltlich des Ergebnisses weiterer Markterhebungen hat das Bundeskartellamt Anhaltspunkte dafür, dass Facebook auf dem gesondert abzugrenzenden Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend ist. Facebook erhebt von seinen Nutzern in großem Umfang persönliche Daten aus verschiedensten Quellen. Durch die Bildung von Nutzerprofilen ermöglicht das Unternehmen Werbekunden ein zielgenaues Werben. Um den Zugang zum sozialen Netzwerk zu erhalten, muss der Nutzer zunächst in diese Datenerhebung und -nutzung einwilligen, indem er sich mit den Nutzungsbedingungen einverstanden erklärt. Der Umfang der erteilten Einwilligung ist für die Nutzer nur schwer nachzuvollziehen. Es bestehen erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit dieser Vorgehensweise insbesondere nach dem geltenden nationalen Datenschutzrecht. Soweit ein Zusammenhang mit der Marktbeherrschung besteht, könnte ein solcher

Verstoß auch kartellrechtlich missbräuchlich sein. Das Bundeskartellamt führt das Verfahren in engem Kontakt mit den zuständigen Datenschutzbeauftragten, mit den Verbraucherschutzverbänden sowie der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der anderen EU-Mitgliedstaaten.“²⁰

Das Bundeskartellamt leistet mit diesem Verfahren Pionierarbeit. Das ist grundsätzlich verdienstvoll. Insbesondere ist es, solange noch nicht einmal ein Marktversagen feststeht, auf jeden Fall besser, mögliche Missstände kartellbehördlich zu untersuchen (und ggf. abzustellen), als, wie teils von der Politik gefordert wird, sogleich zum scharfen Schwert einer gesetzlichen *ex ante*-Regulierung zu greifen. Gleichwohl bleibt angesichts der beschriebenen wettbewerblichen Ausrichtung des Kartellrechts fraglich, ob das Kartellrecht das geeignete Regelwerk ist, um die mutmaßlichen Missstände auf dem Gebiet des Datenschutzes sinnvoll anzugehen.

b) *Konditionenmissbrauch durch unangemessene AGB.* Mit Blick auf die Möglichkeit eines auch kartellrechtlich durch § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV verbotenen Konditionenmissbrauchs durch intransparente oder unangemessene AGB sind drei Fragen sorgfältig zu unterscheiden:

Erstens stellt sich die Frage, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen das Kartellrecht verletzt, wenn es seine Marktmacht ausnutzt, um Konditionen durchzusetzen, auf welche sich die Vertragspartner bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht einlassen würden. Das ist eine klassische kartellrechtliche Fragestellung, die grundsätzlich zu bejahen ist. Setzt ein marktbeherrschendes Unternehmen Konditionen durch, durch welche die Vertragspartner ausgebeutet und/oder die Wettbewerber behindert werden, und ist ihm dieses Verhalten gerade deshalb möglich, *weil* es marktbeherrschend ist, d. h. wäre im die Durchsetzung dieser Konditionen auf einem Vergleichsmarkt mit funktionsfähigem Wettbewerb nicht möglich, so verstößt es damit grundsätzlich gegen § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV.²¹

Zweitens ist die Frage aufgeworfen, ob wirklich eine solche strikte Kausalität zwischen Marktbeherrschung und der Erzielung unangemessener Konditionen erforderlich ist oder ob bereits die Erzielung unangemessener Konditionen an sich durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (auch) das Kartellrecht verletzt. Der Umstand, dass in § 19 GWB ebenso wie in Art. 102 AEUV von einer missbräuchlichen *Ausnutzung* einer marktbeherrschenden Stellung die Rede ist (und nicht etwa nur allgemein von einem Missbrauch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen), spricht klar für ein Kausalitätserfordernis.

Nach dem für § 19 GWB vorherrschenden Verständnis ist dieses Kausalitätserfordernis allerdings insoweit gelockert, als es nicht unbedingt notwendig ist, dass gerade die Marktbeherrschung den potentiellen Missbraucher zu seinem Verhalten befähigt (strikte Kausalität) Erforderlich, aber auch hinreichend ist vielmehr eine „Ergebniskausalität“ oder „normative Kausalität“ dahingehend, dass das Verhalten

18 S. hierzu Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO.

19 Dazu Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 517 ff.

20 S. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.

21 Grundlegend BGH, 6.11.1984, KVR 13/83, GRUR 1985, 318, 320 – *Favorit*; s. auch BGH, 4.11.2003, KZR 16/02, WuW/E DE-R 1206 – *Strom und Telefon I*; *Nothdurft*, in Langen/Bunte, 12. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 365.

sich gerade deshalb als wettbewerbsschädlich erweist, weil der Missbraucher marktbeherrschend ist.²²

Mit Blick auf Art. 102 AEUV wird für das EU-Kartellrecht allerdings unter Berufung auf die *Continental Can*-Entscheidung des EuGH²³ ein Kausalitätserfordernis zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch vielfach rundheraus verneint und betont, dass Art. 102 AEUV auch nach Maßgabe der *Hoffmann-La Roche*-Entscheidung²⁴ ein objektiver Ansatz zugrunde liege.²⁵ Allerdings ist die europäische Praxis insoweit keineswegs eindeutig. In der jüngeren *Tetra Pak II*-Entscheidung hat der EuGH sehr wohl einen Kausalzusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch verlangt.²⁶ Vorzugswürdig erscheint eine auch für das EU-Recht vordringende Auffassung, welche entsprechend der deutschen Praxis zwar auf ein strenges Kausalitätserfordernis verzichten will, aber gleichwohl eine Ergebniskausalität im oben beschriebenen Sinne verlangt.²⁷

Daraus folgt, dass das Fordern unangemessener Bedingungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nach geltender deutscher und vorzugswürdiger europäischer Praxis nur dann kartellrechtlich relevant ist, wenn dem Unternehmen die Durchsetzung dieser Bedingungen *entweder* gerade wegen seiner marktbeherrschenden Stellung möglich ist, also insbesondere deshalb, weil den Nutzern aufgrund dieser Marktstellung keine hinreichenden Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen (strikte Kausalität), *oder* weil sich dieses Verhalten gerade deshalb negativ auf den Wettbewerb auswirkt, weil es von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht (Ergebniskausalität).²⁸ Dabei steht im ersten Fall die Ausbeutung der Marktgegenseite und im zweiten die Behinderung der Wettbewerber im Vordergrund.

Fälle einfacher Vertragsimparität ohne einen solchen Wettbewerbsbezug fallen demgegenüber grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich das Kartellrechts, sondern „nur“ des AGB-Rechts, Verbraucherschutzrechts oder anderer Gesetze. Eine im Sinne des § 19 GWB oder Art. 102 AEUV missbräuchliche (und damit auch nach § 134 BGB nichtige) Vertragsbestimmung ist folglich zwar zugleich unbillig im Sinne des BGB.²⁹ Doch begründet umgekehrt nicht zwingend jede im Sinne des BGB unbillige Vertragsregelung zugleich auch einen kartellrechtlich verbotenen Machtmissbrauch.³⁰

c) *Machtmissbrauch durch Verstoß gegen außerwettbewerbliche Normen?* Inwieweit das Bundeskartellamt auch im aktuellen *Facebook*-Verfahren weiter der soeben beschriebenen Linie folgt oder darüber hinausgeht, wird aus der oben zitierten Pressemitteilung nicht ganz deutlich. *Einerseits* verlangt das Amt einen Zusammenhang zwischen Konditionenmissbrauch und Marktbeherrschung. Es stellt aber *andererseits* auf eher verbraucherschutzrechtliche Aspekte wie die möglicherweise mangelnde Aufklärung der Nutzer bzw. auf Verstöße gegen das nationale Datenschutzrecht ab. Welche Rolle der Verstoß gegen das Datenschutzrecht dabei spielt, bleibt undeutlich.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Verstöße gegen außerwettbewerbliche Normen, z. B. gegen das Datenschutzrecht, zugleich einen durch § 19 GWB oder Art. 102 AEUV verbotenen Machtmissbrauch darstellen, wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen, ob also ähnlich wie im Lauterkeitsrecht (§ 3 a UWG) auch im Kartellrecht eine Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“ anerkannt werden sollte.³¹

aa) *Ausrichtung des Kartellrechts auf den Schutz des Wettbewerbs.* Daraus, dass das Datenschutzrecht bei Anwendung des Kartellrechts zu beachten ist, folgt keineswegs automatisch, dass es auch *durch* Anwendung des Kartellrechts durchgesetzt werden müsste. Insoweit werden die Kartellbehörden in der öffentlichen Diskussion zwar immer wieder aufgefordert, das Datenschutzrecht stärker zu berücksichtigen. So wurde teilweise kritisiert, dass FTC und EU-Kommission in den Fusionskontrollverfahren *Google/DoubleClick* und *Facebook/WhatsApp* dem Datenschutz nicht hinreichend Rechnung getragen hätten.³² Diese Debatte ist allerdings zum Teil von einem grundsätzlichen Missverständnis dessen geprägt, was das Kartellrecht leisten kann und leisten will. Das Kartellrecht dient nach ganz herrschender und nach wie vor richtiger Auffassung dem Schutz des Wettbewerbs. Seine Anwendung kann im Ergebnis zu Verbraucherschutz und Datenschutz beitragen, aber dies wird *durch* den Schutz des Wettbewerbs erreicht und

22 Vgl. schon KG, 26.1.1977, Kart 27/76, WuW/E OLG 1767, 1771 – *Kombinationstarif*; ferner BGH, 4.11.2003, KZR 16/02, WuW/E DE-R 1206 – *Strom und Telefon I*; *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 82 b; *Bechtold/Bosch*, GWB, 8. Aufl. 2015, § 19 Rdnr. 5; *Nothdurft*, in Langen/Bunte, 12. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 365.

23 S. EuGH, 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 – *Continental Can*, Tz. 27: „Bei diesem Sinn und dieser Tragweite des Artikels 86 EWG-Vertrag kommt es auf die von den Klägerinnen aufgeworfene Frage des ursächlichen Zusammenhangs, der nach ihrer Ansicht zwischen der beherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Ausnutzung bestehen muss, nicht an, denn die Verstärkung der Stellung eines Unternehmens kann ohne Rücksicht darauf, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden ist, missbräuchlich und nach Artikel 86 des Vertrages verboten sein, sofern sie die vorstehend beschriebenen Wirkungen hervorruft.“

24 S. EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 – *Hoffmann-La Roche, Can*, Tz. 91: „Der Qualifizierung als einer mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung läßt sich auch nicht die von der Klägerin vorgeschlagene Auslegung entgegenhalten, der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung setze voraus, daß die durch eine beherrschende Stellung erlangte Wirtschaftskraft als Mittel für die Verwirklichung des Mißbrauchs eingesetzt werde. Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung ist vielmehr ein objektiver Begriff.“

25 So etwa *Bulst*, in Langen/Bunte, 12. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV Rdnr. 131 m. w. N.; *Lettl*, WuW 2016, 214, 215; ebenso wohl auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 526 f.

26 EuGH, 14.11.1996, Rs. C.333/94 P, Slg. 1996, I-5987 – *Tetra Pak II*, Tz. 27: „Es trifft zu, daß die Anwendung von Artikel 86 einen Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem angeblich mißbräuchlichen Verhalten voraussetzt, der in der Regel nicht gegeben ist, wenn sich ein Verhalten auf einem von dem beherrschten Markt verschiedenen Markt dort auswirkt. Handelt es sich wie im vorliegenden Fall um verschiedene, aber verbundene Märkte, so können nur besondere Umstände eine Anwendung von Artikel 86 auf ein Verhalten rechtfertigen, das auf dem verbundenen, nicht beherrschten Markt festgestellt wurde und sich dort auswirkt.“

27 Überzeugend *Eilmansberger/Bien*, in MüKo WettbR, 2. Aufl. 2015, Art. 102 Rdnr. 131 ff.; nunmehr in diese Richtung tendierend wohl auch *Fuchs/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rdnr. 136 f.; *Mestmäcker/Schweitzer*, 3. Aufl. 2014, § 16 Rdnr. 42; *Franck*, ZWeR 2016, 137, 150.

28 So auch BGH, 4.11.2003, KZR 16/02, WuW/E DE-R 1206 – *Strom und Telefon I*: „sofern nur der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten oder seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung gegeben ist“.

29 Vgl. BGH, 29.4.2008, KZR 2/07 WuW/E DE-R 2295 Tz. 15 – *Erdgassondervertrag* (zu § 315 BGB).

30 Vgl. dazu *Nothdurft*, in Langen/Bunte, 12. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 234 m. w. N., der zu Recht auch darauf hinweist, dass sich ebensowenig umgekehrt aus der zivilrechtlichen Zulässigkeit auf die kartellrechtliche Unbedenklichkeit schließen lasse.

31 Dazu auch jüngst *Lettl*, WuW 2016, 214 ff., der insoweit zwischen einer Anwendung des Art. 102 AEUV und des § 19 GWB differenziert. Letztlich muss die Frage, ob ein Rechtsbruch zugleich einen Machtmissbrauch begründen kann, aber für beide Normen gleich entschieden werden (so im Ergebnis auch *Lettl*, a. a. O., S. 220 f.).

32 Vgl. z. B. die dissenting opinion von Commissioner *Harbour* zur FTC-Entscheidung *Google/DoubleClick*, S. 9 ff. (https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google-doubleclick/071220harbour_0.pdf).

nicht *gegen* diesen. Das Kartellrecht ist kein Universalinstrument für die Lösung aller Probleme der Gesellschaft.³³ Es ist ganz bewusst „einseitig“ auf den Schutz des Wettbewerbs ausgerichtet, denn dadurch werden die Kartellbehörden vor einer politischen Instrumentalisierung geschützt. Diese weise Selbstbeschränkung ist für das Funktionieren des Kartellrechtssystems und damit letztlich auch für das Funktionieren des Wettbewerbs von zentraler Bedeutung.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die EU-Kommission Art. 102 AEUV bisweilen mit dem Segen des Gerichtshofs zur Lösung primär außerkartellrechtlicher Probleme instrumentalisiert hat, so etwa im Fall *AstraZeneca* zur Korrektur von Mängeln des Patentrechts.³⁴ Die Kommission benutzt das Kartellrecht in solchen Fällen allerdings aus ganz pragmatischen Gründen als eine Art „Hebel“, um ihre Kompetenzen auszudehnen, weil sie auf dem Gebiet des Kartellrechts über direkte Durchsetzungsbefugnisse gegenüber den Unternehmen verfügt, die ihr auf anderen Rechtsgebieten (z. B. im Patent- oder Energierecht) fehlen. Dieses Vorgehen würde es mithin, selbst wenn man es auf europäischer Ebene akzeptieren wollte, nicht legitimieren, dass sich auch die nationalen Kartellbehörden zu „Hilfs-Patentämtern“ oder „Hilfs-Datenschutzbehörden“ erklären und dass sie sich dadurch in die Zuständigkeitsbereiche der Fachbehörden einmischen. Ob die betreffenden Behörden mit solcher Amtshilfe einverstanden sind oder nicht, oder – wie im *Facebook*-Fall – sogar mit der Kartellbehörde kooperieren, ist dabei letztlich nur von nachrangiger Bedeutung, denn Defizite anderer Gesetze oder Behördenkompetenzen auszugleichen, ist Aufgabe des Gesetzgebers.

Werden dagegen Bußgeldvorschriften des Kartellrechts instrumentalisiert, um das Daten- oder Verbraucherschutzrecht durchzusetzen, so erscheint dies auch mit Blick auf die Strafrechtsähnlichkeit des Bußgeldrechts und das strafrechtliche Analogieverbot bedenklich. So erlaubt § 890 ZPO Ordnungsgelder nur bis zu 250.000 Euro. § 43 BDSG begrenzt die bei Datenschutzverstößen zulässigen Bußgelder auf max. 300.000 Euro. Das kann von Unternehmen wie Facebook gleichsam „aus der Portokasse“ bezahlt werden und hat daher kaum steuernde Wirkung.³⁵ Diese Sanktionsmöglichkeiten werden daher verbreitet für unzureichend erachtet. Defizite anderer Gesetze können es aber nicht legitimieren, AGB-Rechts- oder Datenschutzverstöße zu Kartellverstößen „umzudeklarieren“, um das Drohpotential des insoweit wesentlich potenteren § 81 GWB bzw. Art. 23 VO 1/2003 für den Datenschutz zu erschließen. Erkannte Defizite müssen durch den Gesetzgeber angegangen werden. Dieser ist im Falle des Datenschutzes in Gestalt des Art. 83 DSGVO aktiv geworden und hat den diesbezüglichen Bußgeldrahmen voraussichtlich mit Wirkung ab Mitte 2018 in Anlehnung an das Kartellrecht bei Unternehmen auf bis zu 4 % des weltweiten Umsatzes ausgeweitet.

bb) *Markt- bzw. Wettbewerbsbezug des Rechtsverstoßes*. Gleichwohl hat sich auch die Monopolkommission 2015 in ihrem Sondergutachten 68 dezidiert für eine erhöhte Relevanz des deutschen Datenschutzrechts für die Kartellrechtspraxis ausgesprochen. Sie hat dazu unter Berufung auf die *AstraZeneca*-Rechtsprechung des EuGH ausgeführt, es sei im EU-Recht anerkannt,

„dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung nicht dadurch missbrauchen darf, dass es sich durch gesetzwidriges bzw. irreführendes Vorgehen einen Vorteil verschafft, der ihm den Ausschluss wirksamen Wettbewerbs

ermöglicht [...] Ein solches Vorgehen geht über den bloßen Rechtsverstoß hinaus, der im Rahmen einer zivilgerichtlichen Schadenersatzklage auch gegenüber einem beliebigen nicht marktbeherrschenden Unternehmen geltend gemacht werden kann“.³⁶

Die Monopolkommission spricht in diesem Zusammenhang von einem „Machtmissbrauch durch Rechtsbruch“³⁷ und betont, ein vom normalen Wettbewerbsverhalten abweichendes, missbräuchliches Verhalten könne auch im Verstoß gegen Urheberrecht, Lauterkeitsrecht und/oder Datenschutzvorschriften bestehen. Fraglich könnte allenfalls sein, ob der Rechtsverstoß einen ausreichenden Wettbewerbsbezug aufweise.³⁸ Einen solchen Wettbewerbsbezug hält die Monopolkommission allerdings *einerseits* für verzichtbar und betont „dass es wettbewerbsrechtlich allein darauf ankommen sollte, ob das beherrschende Unternehmen den Rechtsverstoß tatsächlich zur Behinderung oder Ausbeutung einsetzen kann“.³⁹ *Andererseits* sei ein Wettbewerbsbezug bei Datenschutzverstößen ohnehin gegeben, „da das Datenschutzrecht dem Berechtigten letztlich die Entscheidungsgewalt über seine Daten zuweist“.⁴⁰

Spätestens an dieser Stelle erscheinen die Ausführungen der Monopolkommission zu undifferenziert. *Einerseits* ist ein Wettbewerbsbezug für die Anwendung des Kartellrechts schlechthin unverzichtbar, wenn das Kartellrecht nicht jede Kontur verlieren soll. *Andererseits* und vor allem unterscheidet die Monopolkommission nicht hinreichend zwischen dem Datenschutz als Abwehrrecht und der Zuordnung der wirtschaftlichen Verfügungsrechte an den Daten. Dass das (öffentlich-rechtliche) Datenschutzrecht als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dem Einzelnen die Möglichkeit gibt, die Verwendung personenbezogener Daten zu unterbinden, bedeutet noch nicht, dass alle für die Tätigkeit von Internetplattformen relevanten Daten auch in ökonomischer Hinsicht den Schutzsubjekten des Datenschutzrechts „gehören“. Diese Frage ist vielmehr noch weitgehend ungeklärt.⁴¹

Immerhin schränkt die Monopolkommission ihre Position sogleich wieder ein, indem sie betont, dass letztlich doch zu untersuchen sei, inwieweit mit dem betreffenden Rechtsverstoß tatsächlich Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein könnten. Erforderlich dafür sei eine wirtschaftliche Tätigkeit, die nicht im Rechtsbruch als solchem liege,⁴² sondern erst in der wirtschaftlichen Verwertung der durch den Rechtsbruch erlangten Daten und Inhalte.⁴³ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Dieser Ansatz entspricht der *Favorit*-Rechtsprechung des BGH, in welcher der BGH nicht

33 Körper, WuW 2015, 120, 133.

34 Z.B. EuGH, 6.12.2012, Rs. C-457/10 – *AstraZeneca*, Tz. 149 f. Vgl. auch den Einsatz des Art. 9 VO 1/2003 i. V. m. Art. 102 AEUV zum Unbundling von Energieunternehmen, z. B. in KOMM., 18.3.2009, COMP/39.402 – *RWE Gasforeclosure* sowie *Franck*, ZWeR 2016, 137, 142 ff. zu EuGH, 14.3.2013, Rs. C-32/11 – *Allianz Hungária*, Tz. 6 ff. (Versicherungsaufsicht via Kartellrecht).

35 Vgl. auch *Franck*, ZWeR 2016, 137, 139 ff. zu erfolgreichen, aber gleichwohl kaum wirkungsvollen Klagen gegen Facebook durch die Verbraucherzentrale Bundesverband (BGH, 14.1.2016, I ZR 64/14: Täuschung der Nutzer über Art und Umfang der Nutzung der E-Mail-Kontaktdaten durch die Funktion „Freunde finden“ als Verstoß gegen § 5 UWG).

36 Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 517.

37 Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 519.

38 Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 522 f.

39 Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 523.

40 Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 523.

41 Dazu bereits oben I.2.

42 Insoweit wohl a. A. *Lettl*, WuW 2016, 214, 218, der bei einem Rechtsbruch „ipso iure“ Art. 102 S. 2 lit. a AEUV verletzt sieht.

43 Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 524.

etwa schon den Verstoß von AGB gegen Gesetzesvorschriften als solchen für missbräuchlich im Sinne des § 19 GWB erachtet hat, sondern betonte, dass „eine Gesamtbetrachtung erforderlich ist, die das gesamte Leistungsbündel von Wärmepreis und Geschäftsbedingungen, also Leistung und Gegenleistung insgesamt einbezieht“.⁴⁴ Ob der BGH mit der Entscheidung *VBL-Gegenwert*⁴⁵ von diesem Gesamtbetrachtungsansatz abgewichen ist und eine Bewertung einzelner AGB als missbräuchlich ermöglicht hat,⁴⁶ ist im hier untersuchten Kontext nachrangig, da es letztlich entscheidend auf die wettbewerbliche Wirkung ankommt.

Allerdings lässt es die Monopolkommission für die Annahme eines Kartellrechtsverstößes bereits ausreichen, dass die aufgrund unangemessenen weiter AGB erhobenen Daten dazu beitragen können, die betreffende Internetplattform für Nutzer attraktiver zu machen und dadurch die Marktstellung des Unternehmens weiter zu festigen.⁴⁷ Daran ist zwar richtig, dass nicht die Art der verletzten, anwendbaren Norm entscheidend sein kann (also etwa, ob eine Norm des deutschen oder europäischen Rechts verletzt wurde⁴⁸), sondern allein die wettbewerbliche Wirkung des Rechtsbruchs zählt. Die immer noch sehr weite Sichtweise der Monopolkommission überzeugt aber gleichwohl nicht.

Ließe man nämlich letztlich jeden, auch nur mittelbaren Marktbezug ausreichen,⁴⁹ so könnten die Kartellbehörden praktisch jede Rechtsverletzung eines marktbeherrschenden Unternehmens (auch) als Kartellrechtsverstoß untersagen und sogar (in Anwendung des kartellrechtlichen Bußgeldrahmens) bebußen. Schließlich liegt es auf der Hand, dass auch genuin außerkartellrechtliche Rechtsverstöße – etwa gegen das Sonntagsverkaufsverbot, gegen Umwelt- oder Gesundheitsschutzbestimmungen oder eben gegen den Datenschutz – oftmals zu wirtschaftlichen Vorteilen und damit auch Wettbewerbsvorteilen der Unternehmen führen. Ließe man dies genügen, um sie als kartellrechtliche Missbräuche zu werten, so würde das Kartellrecht jedwede Kontur verlieren. Es würde zu einer Art „Meta-Rechtsdurchsetzungsrecht“ und das Kartellamt zu einer „Über-Behörde“, die (wenn auch als Kartellrechtsverstöße verkleidet) Verstöße gegen das AGB-Recht, Datenschutzrecht, Umweltschutzrecht usw. ahnden und damit auf Gebieten tätig werden könnte, auf denen ihr sowohl die rechtlichen Durchsetzungsbefugnisse als auch die fachlichen Kompetenzen fehlen.⁵⁰

Umgekehrt kann es jedenfalls im Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV keine Rolle spielen, ob die verletzte (einfachgesetzliche) außerkartellrechtliche Norm selbst eine abschließende Regelung enthält.⁵¹ Wenn Art. 102 AEUV auch bei Verletzung außerkartellrechtlicher Rechtsvorschriften einschlägig wäre, könnte seine Anwendung mit Blick auf seinen Charakter als Norm des EU-Primärrechts nicht durch als abschließend gedachte sekundärrechtliche Bestimmungen oder gar durch Normen des nationalen Rechts eingeschränkt werden.

cc) *Marktteilnehmerschutz als Anwendungsvoraussetzung?* Am Grundsatz, dass das Kartellrecht kein Universalinstrument zur Sanktionierung außerkartellrechtlicher Rechtsverstöße sein kann, ändert sich auch dann nichts, wenn man zusätzlich zum Marktbezug in Parallele zu § 3 a UWG einen „marktteilnehmerschützenden Charakter des gebrochenen Rechts“ verlangt.⁵² Zwar würde ein solches Kriterium dazu beitragen, den nahezu grenzenlosen Katalog der möglicherweise mithilfe des Kartellrechts durchsetzbaren außerkartellrechtlichen Normen auszudünnen. Umweltschutz- und Ladenschlussgesetze fielen wohl z. B. heraus.

Doch ändert dies nichts daran, dass viele marktteilnehmerschützenden Normen (z. B. auf den Gebieten des Gesundheits- oder Datenschutzrechts) einen außerkartellrechtlichen Charakter haben. Dass das Kartellrecht *auch* der Konsumentenwohlfahrt dient, legitimiert es noch lange nicht, die Verletzung jedweder konsumentenschützenden Norm zusätzlich mit Mitteln des Kartellrechts zu sanktionieren. Art. 101 und 102 AEUV sind nach der EuGH-Rechtsprechung „nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen“.⁵³ In Bezug auf AGB, die lediglich Ausdruck von Vertragsimparität und nicht von Marktmacht sind und deren Durchsetzung nicht zu einer Wettbewerbsbehinderung führt, fehlt es insoweit nicht nur an einem kartellrechtlichen „Anwendungswillen“. Gleiches gilt auch aus zivilrechtlicher Sicht, denn das AGB-Recht soll nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers durch die Zivilgerichte und nicht durch Verwaltungsbehörden durchgesetzt werden,⁵⁴ und für die Durchsetzung des Datenschutzrechts existieren Fachbehörden der Länder.

dd) *Besondere Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen.* Die Anwendung des Art. 102 AEUV zur Sanktionierung außerkartellrechtlicher Rechtsverstöße lässt sich schließlich auch nicht aus der „besonderen Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den Wettbewerb ableiten“,⁵⁵ denn diese Verantwortung besteht (wenn man dem EuGH insoweit folgt) allenfalls für den Wettbewerb und nicht für die Rechtsordnung insgesamt. Sie bietet daher keinen hinreichenden Ansatzpunkt dafür, marktbeherrschende Unternehmen auch für außerkartellrechtliche Rechtsverstöße zusätzlich kartellrechtlich haftbar zu machen, ganz abgesehen davon, dass ein solcher Schutz anderer Interessen durch Anwendung des Kartellrechts notwendig unvollkommen bliebe, weil die datenschutzrechtlich nicht minder schutzwürdigen Kunden nicht marktbeherrschender Unternehmen davon ausgeschlossen blieben.

ee) *Missbrauch durch Rechtsbruch vs. Auswirkungsprinzip.* Schließlich sind kollisionsrechtliche Aspekte zu bedenken. Das Kartellrecht beansprucht im Lichte des Auswirkungsprinzips überall dort Geltung, wo ein kartellrechtlich relevantes Verhalten Wirkungen zeitigt. Andere Rechtsgebiete

44 BGH, 6.11.1984, KVR 13/83, GRUR 1985, 318, 319 – *Favorit* (zu den AGB eines Fernwärmever sorgungsunternehmens).

45 Vgl. BGH, 6.11.2013, KZR 58/11, NZKart 2014, 31, 34 – *VBL-Gegenwert*.

46 So etwa *Lettl*, WuW 2016, 214, 219; *Franck*, ZWeR 2016, 137, 146; in der Tendenz auch *Fuchs/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 256.

47 Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 525.

48 Anders *Lettl*, WuW 2016, 214, 216 f., der bei Anwendung des Art. 102 AEUV Verstöße gegen EU-Recht stets, Verstöße gegen nationales Recht aber nur dann für „bedeutsam“ hält, wenn dieses auf EU-Richtlinien beruhe, während ein Verstoß gegen autonom nationales Recht „allenfalls ein Indiz“ für die Auslegung des Art. 102 AEUV sein könne. Bei Anwendung des § 19 GWB hält *Lettl* demgegenüber auch Verstöße gegen autonom nationales Recht für unmittelbar relevant (S. 219).

49 In diese Richtung gehend auch *Lettl*, WuW 2016, 214, 217.

50 Ähnlich *Franck*, ZWeR 2016, 137, 144 („Meta-Marktbehörde“).

51 Anders *Lettl*, WuW 2016, 214, 218. Eine solche Begrenzung ist allenfalls in Bezug auf einfachgesetzliche nationale Missbrauchsverbote wie § 19 GWB denkbar, nicht aber in Bezug auf Art. 102 AEUV.

52 So *Lettl*, WuW 2016, 214, 217.

53 So EuGH, 4.6.2009, Rs. C-8/08 – *T-Mobile Netherlands*, Tz. 38.

54 Vgl. hierzu *Franck*, ZWeR 2016, 137, 153, der zu Recht darauf hinweist, dass der deutsche Gesetzgeber bewusst zugunsten einer zivilgerichtlichen Kontrolle auf die Ausübung einer nach Art. 7 Abs. 2 RI 93/13/EWG bestehenden Option der AGB-Kontrolle durch Verwaltungsbehörden verzichtet hat.

55 In diese Richtung gehend Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 527; s. auch *Lettl*, WuW 2016, 214, 215.

folgen insoweit aber anderen Regeln. So gilt etwa für das BDSG nach seinem § 1 Abs. 5 das Sitzprinzip. Das anzuwendende Recht richtet sich nach dem Ort, an dem die für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten verantwortliche Stelle ihren Sitz hat. Vor diesem Hintergrund wirft die oben zitierte Presseerklärung des Bundeskartellamtes die Frage auf, warum auch Facebook Irland an das deutsche Datenschutzrecht gebunden und einer Kontrolle durch die deutschen Datenschutzbehörden unterworfen sein sollte, obwohl nach § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG die irische Datenschutzbehörde zuständig ist und irisches Datenschutzrecht gilt. Sind ausländische Marktbeherrscher aber nicht an die Normen des deutschen Datenschutzrechts gebunden, so ist der (rein faktische, aber eben rechtlich nicht relevante) „Verstoß“ gegen eine gar nicht anwendbare deutsche Norm offensichtlich auch nicht geeignet, einen Kartellrechtsverstoß aufgrund eines „Machtmissbrauchs durch Rechtsbruch“ zu begründen. Es fehlt an einem Rechtsbruch.

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass das VG Hamburg am 3. März 2016 entschieden hat, dass der Hamburgische Datenschutzbeauftragte nicht befugt sei, auf der Basis des § 13 Abs. 6 TMG (der deutschen Nutzern ein Recht auf Anonymität im Internet einräumt) gegen die Klarnamenpflicht bei Facebook vorzugehen, weil Facebook seinen Sitz in Irland habe und daher insoweit irischem Recht und der Kontrolle durch die irischen Behörden unterliege.⁵⁶

Die insoweit geltenden Kollisions- und Kompetenznormen dürfen nicht einfach durch Anwendung des Kartellrechts überspielt werden, indem man den Verstoß gegen § 13 Abs. 6 TMG oder gegen Normen des Datenschutzrechts unter Hinweis auf die „besondere Verantwortung“ des mutmaßlichen Marktbeherrschers Facebook einfach (auch) als Kartellrechtsverstoß bewertet und damit dem deutschen Medienrecht, Datenschutzrecht, Umweltschutzrecht usw. praktisch eine weltweite Geltung verschafft, welche diese Materien aus sich heraus gar nicht beanspruchen. Die gilt umso mehr mit Blick auf den normen kartellrechtlichen Bußgeldrahmen.

Wohin eine diesen Aspekt missachtende Ausweitung des Anwendungsbereichs des Kartellrechts insoweit führen könnte, zeigen die Versuche der französischen Datenschutzbehörde, Google unter Hinweis auf das *Google Spain*-Urteil zum „Recht auf Vergessenwerden“⁵⁷ dazu zu zwingen, nach französischem Recht illegale Verweise nicht nur auf seinen EU-Seiten, sondern weltweit zu löschen. Die Anweisung, durch welche die französische Behörde letztlich beansprucht, das Internet weltweit zensurieren zu dürfen und z. B. auch US-Nutzern dort völlig legale Informationen vorzuenthalten, ist derzeit angesichts des geringen Bußgeldrahmens des französischen Datenschutzrechts noch ein „Papiertiger“.⁵⁸ Wären dagegen die kartellrechtlichen Bußgeldvorschriften einschlägig, sähe der Fall ganz anders aus.

Umgekehrt erschiene es geradezu paradox, gegen ein marktbeherrschendes *deutsches* Unternehmen A auch *kartellrechtlich* (und ggf. sogar kartellbußgeldrechtlich) vorzugehen, wenn es eine deutsche Datenschutzvorschrift verletzt, ein marktbeherrschendes *US-Unternehmen* B aber *kartellrechtlich* ungeschoren zu lassen, obwohl es sich genauso verhält wie Unternehmen A und sein Verhalten auch die gleichen wettbewerblichen Auswirkungen hat. Im einen Fall einen kartellrechtlichen Machtmissbrauch zu bejahen, im anderen dagegen (mangels Rechtsbruchs) einen solchen zu verneinen, überzeugt nicht. Ein solches Vorgehen würde zudem das

bisher einheitlich für alle Verstöße gegen Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB geltende Auswirkungsprinzip partiell aushebeln und zu kartellbehördlich induzierten Wettbewerbsverzerrungen führen, die kartellrechtlich durch nichts zu rechtfertigen wären. Lehnt man dagegen die Fallgruppen eines „Machtmissbrauchs durch Rechtsbruch“ ab, werden solche Unstimmigkeiten vermieden.

ff) *Zwischenfazit*. Eine kartellrechtliche Fallgruppe des „Machtmissbrauchs durch Rechtsbruch“ ist nicht anzuerkennen. Das Fordern unangemessener Bedingungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen begründet nicht per se einen Machtmissbrauch,⁵⁹ sondern ist kartellrechtlich nur dann relevant, wenn dem Unternehmen die Durchsetzung dieser Bedingungen entweder gerade wegen seiner marktbeherrschenden Stellung möglich ist (strikte Kausalität, Ausbeutungsmisbrauch) oder weil sich dieses Verhalten an sich (unabhängig davon, ob es zusätzlich eine außerwettbewerbliche Norm verletzt) gerade deshalb negativ auf den Wettbewerb auswirkt, weil es von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht (normative Kausalität, Behinderungsmisbrauch).⁶⁰ Dafür ist – im deutschen wie europäischen Recht – ein Wettbewerbsbezug des Verhaltens und insoweit auch eine zumindest normative Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauchsverhalten zu fordern. Nicht der Rechtsbruch als solcher ist kartellrechtlich relevant. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten den Wettbewerb beeinträchtigt, d. h. die wettbewerbliche Wirkung des betreffenden Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen.

6. Datenschutz als Rechtfertigungsgrund für Kartellrechtsverstöße?

Mit Blick auf das Verhältnis von Datenschutzrecht und Kartellrecht stellt sich schließlich die Frage, ob Verstöße gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV oder das Missbrauchsverbot des 102 AEUV dadurch „gerechtfertigt“ werden können, dass die betreffenden Verhaltensweisen den Datenschutz verbessern. Dies wird in der Literatur bisweilen vertreten und eine Berücksichtigung anderer Ziele – etwa des Umwelt- oder Gesundheitsschutzes – befürwortet.⁶¹ Solchen Überlegungen ist entgegenzuhalten, dass das Kartellrecht – wie oben ausgeführt wurde – aus guten Gründen rein wettbewerblich ausgerichtet ist.

Müssten die Kartellbehörden außerwettbewerbliche Ziele als Rechtfertigungsgründe berücksichtigen, so würde dies zu einer umfassenden Politisierung des Kartellrechts und zu letztlich willkürlichen Entscheidungen führen. Die dafür erforderlichen Abwägungsprozesse würden die Fähigkeiten und Kompetenzen der Kartellbehörden übersteigen. Die Hinzuziehung von Experten der jeweiligen Fachbehörde (etwa der Datenschutzbehörde) würde wenig helfen, denn diese könnten allenfalls feststellen, ob der Datenschutz durch das unternehmerische Verhalten beeinträchtigt oder gefördert wird. Die Abwägung des Datenschutzes mit dem kartell-

56 VG Hamburg, Beschluss vom 3.3.2016, Az. 15 E 4482/15.

57 EuGH, 13.5.2015, Rs. C-131/12 – *Google Spain*.

58 Zu dem Verfahren, in dem derzeit ein Rechtsmittel Googles gegen diese Verfügung geprüft wird ist, s. etwa <http://www.faz.net/-gqm-8h95w>.

59 So auch *Frank*, ZWeR 2016, 137, 151.

60 Insoweit enger *Frank*, ZWeR 2016, 137, 139 und 151 ff. der einen Missbrauch nur bei Vorliegen strikter (instrumenteller) Kausalität annehmen will und deshalb einen Konditionenmissbrauch grundsätzlich ablehnt, wenn die Durchsetzung der rechtswidrigen Konditionen auf einem bloßen Marktinformationsversagen beruht, hiervon allerdings in bestimmten Fällen Ausnahmen machen will, um Wertungswidersprüche im Verhältnis zu anderen Gesetzen zu vermeiden.

61 Vgl. etwa *Frenz*, EWS 2014, 193.

rechtlichen Ziel des Wettbewerbsschutzes müsste weiterhin von den Kartellbehörden geleistet werden. Diese aber sind zu einer sachgerechten Abwägung nicht in der Lage, weil es sich dabei letztlich weniger um eine rechtliche als um eine politische Entscheidung handeln würde, solange gesetzliche Abwägungsmaßstäbe fehlen. Dieses Problem würde sich potenzieren, wenn nicht nur ein außerwettbewerbliches Ziel (z. B. Datenschutz), sondern ein Strauß von unter Umständen in verschiedene Richtungen deutenden Zielen (z. B. Datenschutz, Umweltschutz, Arbeitnehmerschutz usw.) neben dem Wettbewerbsschutz betroffen wäre, die dann zusätzlich auch gegeneinander abgewogen werden müssten. Solange der Gesetzgeber den Kartellbehörden insoweit keine klaren Vorgaben macht, sind diese daher allein dem Schutz des Wettbewerbs verpflichtet und dürfen außerwettbewerbliche Gründe nicht zur Rechtfertigung von Wettbewerbsverstößen heranziehen.

Genau aus diesem Grunde hat der deutsche Gesetzgeber im Bereich der Fusionskontrolle die Aufgabe einer Abwägung des Wettbewerbsschutzes mit außerwettbewerblichen Zielen ganz bewusst der (rein wettbewerblich ausgerichteten) Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt entzogen und diese politische Entscheidung nach § 42 GWB der Politik in Gestalt des Bundeswirtschaftsministers zugewiesen. Die aktuelle Debatte über die Ministererlaubnis im Fall *Edeka/Tengelmann*⁶² und über das Instrument der Ministererlaubnis insgesamt macht deutlich, wie schwierig die Abwägung wettbewerblicher und außerwettbewerblicher Aspekte im Einzelfall sein kann, und wie stark der mediale und politische Druck auf eine Wettbewerbsbehörde werden könnte, die nicht allein dem Schutz des Wettbewerbs verpflichtet wäre. Diese Büchse der Pandora sollte verschlossen bleiben.

7. Fazit

Die Kartellbehörden sind berufen, das Kartellrecht anzuwenden, um den Wettbewerb zu schützen. Außerwettbewerbliche Missstände auf dem Gebiet des Vertragsrechts sind in

erster Linie Sache des Zivilrechts und der Zivilgerichte. Missstände in Bezug auf den Datenschutz sollten auf der Grundlage des Datenschutzrechts durch die Datenschutzbehörden adressiert werden.⁶³ Diese Auffassung wird erfreulicherweise auch von den meisten Kartellbehörden geteilt, die ihre Instrumentalisierung zu „Hilfs-Datenschutzbehörden“ zu Recht wiederholt abgelehnt haben. So hat die EU-Kommission in ihrer Entscheidung *Facebook/WhatsApp* unterstrichen: „Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules“.⁶⁴

Und die US-amerikanische FTC hat schon in ihrer Entscheidung *Google/DoubleClick* ausgeführt: „Not only does the Commission lack legal authority to require conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry.“⁶⁵

Dem ist nichts hinzuzufügen, außer der Hoffnung, dass letztlich auch das Bundeskartellamt diesem Grundsatz weiser Selbstbeschränkung im laufenden *Facebook*-Verfahren treu bleiben wird. ■

62 Der Text der Ministererlaubnis ist wiedergegeben in NZKart 2015, 193 ff. Dazu auch *Maier-Rigaud/Schwalbe*, NZKart 2015, 289; *Körper*, NZKart 2016, 245.

63 Im Grundsatz ebenso Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, Tz. 10, 516.

64 KOMM., 3.10.2014, M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, Tz. 164. Ähnlich auch schon EuGH, 23.11.2006, Rs. C-238/05 – *Asnef-Equifax/Ausbanc*: Tz. 63: „Wie zudem der Generalanwalt in Nummer 56 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, sind etwaige Fragen im Zusammenhang mit der Sensibilität personenbezogener Daten, die als solche nicht wettbewerbsrechtlicher Natur sind, nach den einschlägigen Bestimmungen zum Schutz solcher Daten zu beantworten“.

65 FTC, 11.12.2007, File No. 071-0170 – *Google/DoubleClick* (https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf), S. 2 f.