

## **DigiComp – The Facebook Project**

### **Der Beschluss des OLG Düsseldorf im Facebook-Verfahren**

#### **A. Ausbeutungsmissbrauch**

Das OLG verneint einen Ausbeutungsmissbrauch nach dem Regelbeispiel des §19 Abs. 2 Nr. 2 GWB a.F.

Ein Marktmissbrauch liege danach vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

Zu unterstellen ist, dass das Bundeskartellamt den sachlich und räumlich relevanten Markt zutreffend abgegrenzt hat. Ferner zutreffend ist, dass Facebooks Nutzungsbedingungen als Geschäftsbedingungen i.S.v. §19 Abs. 2 Nr. 2 a.F. anzusehen sind.

Nach Ansicht des OLG ist jedoch keine Ermittlung des „Als ob“ Wettbewerbs geschehen. Sich aus diesem ergebende hypothetische Nutzungsbedingungen wurden auch nicht ermittelt.

Die Generalklausel des §19 Abs. 1 GWB a.F. normiert das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Das OLG stellt jedoch fest, dass die Hingabe der Mehrdaten zu keiner Ausnutzung der Netzwerknutzer führt, da der Verbraucher seine Daten weiterhin beliebig oft, jedem Dritten zur Verfügung stellen kann.

Für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs ist des Weiteren ein wettbewerbschädliches Verhalten vorausgesetzt, was sich bereits aus dem Wortlaut des §19 Abs. 1 GWB a.F. und der Zielsetzung des Kartellrechts ergebe, welche die Sicherung des Leistungswettbewerbs und die Offenheit der Marktzugänge erfasst. Die Verwendung von unzulässigen Vertragskonditionen indiziere jedoch noch keine Gefährdung der Schutzgüter des Kartellrechts. Auch hier mangelt es für die Beurteilung an der Ausarbeitung eines hypothetischen Wettbewerbs. Des Weiteren müsse man rechtswidrige Vertragsbedingungen der privaten Rechtsverfolgung überlassen.

#### **I. Wettbewerbsschaden durch Hingabe der Mehrdaten**

Ein Wettbewerbsschaden durch Hingabe der Mehrdaten sei nicht anzunehmen, da er keine Ausbeutung privater Netzwerknutzer erkennen lasse. Dem Nutzer steht es offen dieselben Daten auch anderen Anbietern zur Verfügung zu stellen.

#### **II. Wettbewerbsschaden durch Übermäßigkeit der Hingabe**

Unter dem Aspekt einer übermäßigen Preisgabe von Daten, lässt sich ebenfalls keine Ausbeutung des Facebook Nutzers begründen. Der Amtsbeschluss hat keine Aussagen zu Art, Herkunft und Menge der streitgegenständlichen Mehrdaten getroffen. Das Amt hat ohne irgendeine Differenzierung die Erfassung, Verknüpfung und Verwendung jedweder Mehrdaten aus den weiteren konzerneigenen Diensten untersagt, soweit die Teilnahme an Facebook von der genannten Datenverarbeitung abhängig ist. Für eine solche Anordnung müssten ausnahmslos alle Mehrdaten der Übermäßigkeit zuzuordnen sein. Dazu hat das Amt jedoch nichts festgestellt. Weiterhin erfordert der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung einen erheblichen Abstand zwischen den Geschäftsbedingungen und den wettbewerbskonformen Konditionen. Auch hier fehlen kartellbehördliche Erwägungen.

#### **III. Wettbewerbsschaden durch Kontrollverlust der Nutzer**

Das OLG Düsseldorf verneint die vom Bundeskartellamt angenommene Schadenstheorie eines Kontrollverlustes der Nutzer durch die vermeintlich datenschutzrechtswidrige Erfassung und Verarbeitung von Mehrdaten und die damit verbundene Verletzung des grundrechtlich geschützten informationellen Selbstbestimmungsrechts.

Das streitgegenständliche Verhalten erfolge vielmehr im Rahmen der Nutzungsbedingungen und damit mit Wissen und Willen der Nutzer. Dass die Zustimmung zu diesen Nutzungsbedingungen zwingend für die Nutzung von Facebook erforderlich ist, begründet nach dem OLG Düsseldorf keine Zwangslage, sondern lediglich ein Abwägungserfordernis. Diese Abwägung kann jeder potentielle Nutzer selbstbestimmt treffen. Sie kann also auch zu Lasten von Facebook ausfallen. Dies belegt das OLG Düsseldorf anhand der Zahl der 32 Mio. monatlichen Facebook-Nutzern, die in Deutschland 50 Mio. Nichtnutzern gegenüberstehen.

Auch eine mangelnde Information durch Facebook, die einen Kontrollverlust herbeiführen könnte, vermeint das OLG nicht zu erkennen. Sofern die Nutzungsbedingungen nicht gelesen werden, lasse sich das allein auf die Bequemlichkeit der Nutzer zurückführen, was dem Phänomen des *privacy paradox* entspricht.

#### **IV. Wettbewerbsschaden durch DSGVO-Verstoß**

Ein zentraler Punkt des Urteils ist die vom Bundeskartellamt angeführte Schadenstheorie des Ausbeutungsmissbrauchs durch einen vermeintlichen DSGVO-Verstoß durch Facebook.

Das OLG Düsseldorf schließt sich dieser Ansicht nicht an und lässt dabei einen möglichen Verstoß gegen Vorschriften der DSGVO ausdrücklich dahinstehen.

Das BKartA hatte die BGH-Urteile *VBL-Gegenwert I & II* sowie *Pechstein* herangezogen und daraus eine Grundsatzrechtsprechung des BGH für die Überprüfung der Unangemessenheit von Konditionen im Rahmen des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes entnommen.

So soll nach der *VBL-Gegenwert* Rechtsprechung ein Konditionenmissbrauch nach § 19 I GWB a.F. insbesondere dann vorliegen, „wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder der großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist“.

Nach der *Pechstein* Rechtsprechung sollen in der Situation eines starken Ungleichgewichts der Verhandlungspartner die zivilrechtlichen Generalklauseln, zu denen auch § 19 I GWB a.F. gehört, zur Sicherung des Grundrechtsschutzes herangezogen werden, sodass faktisch einseitig („fremdbestimmt“) gesetzte Konditionen überprüft werden können.

Nach der Argumentation des BKartA sollten diese Grundsätze für alle Wertungen der Rechtsordnung gelten, die den Schutz einer Vertragspartei in einer ungleichgewichtigen Vertragsposition bezwecken. Das Datenschutzrecht mit seinem Ziel des Interessenausgleichs und der Beseitigung des Machtungleichgewichts zwischen Organisationen und Einzelpersonen genügt diesen Kriterien.

Nach der Amtsverfügung indiziere daher ein Verstoß eines Marktbeherrschers gegen die DSGVO unter den Voraussetzungen der BGH-Grundsatzrechtsprechung einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot.

Dagegen argumentiert das OLG Düsseldorf, indem es das Fehlen eines wettbewerbsschädlichen Verhaltens moniert. Das Unwerturteil des Missbrauchs von Marktbeherrschung erfordere einen Wettbewerbsschaden, also eine Gefährdung der Schutzgüter des Kartellgesetzes (Freiheit des Leistungswettbewerbes und die Offenheit der Marktzugänge). Dies folge bereits aus dem Wortlaut des § 19 I GWB a.F.

Die Entbehrlichkeit eines Wettbewerbsschadens lasse sich auch nicht aus den vom Amt herangezogenen Urteilen erkennen. Vielmehr lag nach Ansicht des OLG Düsseldorf sowohl in den *VBL-Gegenwert* Fällen als auch bei *Pechstein* der wettbewerbliche Bezug auf der Hand, da die wirtschaftliche Betätigungs- bzw. Dispositionsfreiheit tangiert waren. Für ein Abweichen des BGH vom Erfordernis des Wettbewerbsschaden bestand danach gar kein Anlass.

Ein damit stets erforderlicher Wettbewerbsschaden sei aber vorliegend nicht vorhanden. Selbst ein unterstellter DSGVO-Verstoß indiziert nach der OLG-Argumentation noch keine Gefährdung der Schutzgüter des Kartellgesetzes, sondern lediglich das Vorliegen einer bilateralen Ungleichgewichtslage, die als solche der privaten Rechtsverfolgung bzw. der fachbehördlichen Aufsicht überlassen werden muss. Denn der von einem Rechtsverstoß betroffene Vertragspartner sei nicht minder schutzwürdig, wenn die unzulässige Vertragsbedingung von einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen gestellt wird. Der Faktor der Marktbeherrschung darf nach dem OLG daher bei fehlendem Wettbewerbsbezug keinen Unterschied machen.

#### V. Normativer Wettbewerbsschaden

Auch das Konzept eines normativen Wettbewerbsschadens, nachdem jeder Rechtsverstoß eines Marktbeherrschers zu Lasten von Verbrauchern missbräuchlich iSd § 19 GWB a.F. sei, ist nach Ansicht des OLG Düsseldorf abzulehnen, da es nicht von der Zielsetzung des Kartellgesetzes gedeckt sei.

#### VI. Fazit

Nach dem OLG Düsseldorf liegt mangels Wettbewerbsschadens zunächst kein Ausbeutungsmissbrauch durch Facebook vor.

#### B. Behinderungsmisbrauch

<u>BKartA</u>	<u>OLG Ddorf</u>
Verarbeitung der Mehrdaten erschwert den Marktzutritt für potentielle Wettbewerber im Bereich sozialer Netzwerke.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Behinderungsmisbrauch setzt tatsächliche Beeinträchtigung voraus → nicht nur Eignung dazu.</li> <li>• Erschwerung des Marktzutritts nicht hinreichend dargelegt.</li> </ul>
Sieht den Vorteil FB's nicht in der Ansammlung der einzelnen Daten, sondern darin, mithilfe von Algorithmen die Interessen und das künftige Verhalten des Verbrauchers abzuleiten.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dafür braucht es Feststellungen, inwieweit die Mehrdaten die Algorithmus- basierte Auswertung spürbar steigern;</li> <li>• und inwieweit Facebook hierdurch seine Marktposition gegen potentielle Wettbewerber absichern kann.</li> <li>• Wieder zu wenig Ausführungen des BkartA diesbzgl.</li> </ul>
Gefahr der Übertragung der Marktmacht auf Markt für Werbung in sozialen Medien <b>nicht</b> hinreichend dargelegt. (Indirekte Netzwerkeffekte)	Es fehle bereits an einer tauglichen Marktabgrenzung im Hinblick auf den Drittmarkt für Online- Werbung, auf dem die Stellung facebook durch eine Stärkung auf dem Markt für soziale Netzwerke indirekt gestärkt würde.

## C. Forschungsfrage – Welche Kausalität ist für den Ausbeutungsmisbrauch erforderlich?

§ 19 I GWB a.F. - Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen  
(1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten. (...)

Der Wortlaut des § 19 I GWB a.F. lautet „Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.“

Eine marktbeherrschende Stellung allein begründet somit noch keinen Verstoß gegen § 19 GWB a.F.

Fraglich ist, welche Anforderungen an diesen Zusammenhang zu stellen sind.

Hier wird unterschieden zwischen einer strikten Verhaltenskausalität und einer normativen Ergebniskausalität.

### I. Generelles

#### 1) Verhaltenskausalität

Bei einer strikten Verhaltenskausalität muss die Marktmacht **ursächlich** für die konkrete Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens sein. Dem Unternehmen darf die Verhaltensweise also **nur aufgrund** der Marktmacht offenstehen. Hätte das Unternehmen die gleichen Konditionen/Geschäftsbedingungen in einem funktionierenden Wettbewerb (ohne seine beherrschende Stellung) nicht durchsetzen können? Dann ist eine Verhaltenskausalität zu bejahen.

Dazu muss man zunächst schauen, ob das OLG hier den Als-Ob Wettbewerb hinreichend betrachtet hat. Für den Maßstab ist also darauf abzustellen, wie sich die Preissituation in einem hypothetischen Markt ohne Wettbewerbsstörung darstellen würde.

Nach Ansicht des OLG hat das BKartA zu dieser Prüfung **keine** hinreichenden Ermittlungen durchgeführt.

Vorschlag in der Literatur (*Haus/Deniz Cesarano: Mehr Daten für Facebook (NZKart 2019,637)*):

- BGH erkennt an, dass es neben dem Vergleichsmarktkonzept auch andere Faktoren gibt, die den Preis bilden können.
- Der Preis für ein Produkt ist von vielen Faktoren sowohl auf Seiten der Nachfrager (also zum Beispiel der Bedarf und das Einkommen), als auch auf Seiten der Anbieter (wie Gewinnstreben, Kosten und Konkurrenz) abhängig.
- Hätte der Nutzer eine Wahl zwischen dem Facebook-Modell und anderen Plattformen, die weniger bzw. transparenter Daten sammeln, würden sie sich vermutlich für letzteres entscheiden.

Diese Überlegungen könnten als geeigneter Vergleichsmaßstab für den „Als-Ob-Wettbewerb“ ausreichen, jedoch hat auch das OLG Düsseldorf diese Überlegungen nicht angestellt.

#### 2) Ergebniskausalität

Die normative Ergebniskausalität fragt hingegen, ob ein Zusammenhang zwischen der Marktmacht und einer potentiell negativen Marktwirkung vorliegt, also ob sich die Wettbewerbsverhältnisse durch ein Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens verschlechtert haben. Hat die marktbeherrschende Stellung die **Auswirkungen** des fraglichen Verhaltens **verstärkt**? Wenn ja, dann ist ein hinreichender Wettbewerbsbezug gegeben.

### II. In Bezug auf den Facebook-Fall:

Kann Facebook aufgrund seiner Marktmacht solche Bedingungen fordern? Willigt der Nutzer also freiwillig in die Erhebung, Verarbeitung und Verwendung der Daten ein (Marktmacht egal) oder befindet er sich in einer Zwangslage (wegen Marktmacht)?

#### 1) Meinung des OLG

Das OLG Düsseldorf ist der Meinung, der Entschluss, sich bei Facebook anzumelden beruhe auf einer freiwilligen Abwägung des Nutzers, ob ihm der Schutz seiner Daten auf der einen oder die Teilnahme an dem sozialen Netzwerk auf der anderen Seite wichtiger sei und eben nicht auf der marktbeherrschenden Stellung Facebooks. Er befinde sich nicht in einer Zwangslage, die Geschäftsbedingungen akzeptieren zu müssen.

Das OLG geht also davon aus, dass sich die potentiellen Nutzer eines sozialen Netzwerks nicht auf die Geschäftsbedingungen von einem solchen Netzwerk einlassen, weil dieses marktbeherrschend ist und sie keine Möglichkeit haben auf einen anderen Mitbewerber auszuweichen, sondern aus persönlichen Gründen. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Teilnahme an sozialen Netzwerken aus Sicht des OLG nicht „lebensnotwendig“ sei.

## 2) Kritik<sup>1</sup>

Dabei stellt sich aber aus unserer Sicht die Frage, ob man auf dem Markt für soziale Netzwerke die Gründe, warum sich ein Nutzer für oder gegen ein Netzwerk entscheidet und die Marktbeherrschung überhaupt trennen.

### a. Wesen von sozialen Netzwerken

Eine Vernetzung mit (vielen) anderen Personen ist oft nur dann möglich, wenn das Netzwerk auch eben diese vielen Nutzer hat. Die Entscheidung, ob einem der Schutz der Daten wichtig ist oder ob man lieber die Möglichkeit haben möchte, sich mit seinen Freunden zu verbinden, hängt maßgeblich davon ab, welchen Wert die jeweiligen Güter haben, die sich in der Abwägung gegenüberstehen. Je mehr Möglichkeiten das Netzwerk anbietet und je mehr Bedürfnisse (nach zB Selbstpräsentation nach außen, Möglichkeiten sich nicht nur mit dem Nachbarn, sondern Freunden aus aller Welt zu verbinden und Informationen zu Veranstaltungen oder Gruppen), befriedigt, desto wertvoller wird diese „Dienstleistung“ für den Verbraucher. Wenn manche Veranstaltungen zum Beispiel nur auf Facebook beworben und angezeigt werden (zB Geburtstage), dann kann es für einen Verbraucher sehr wichtig sein, diese Information zu erhalten und sich dafür auf der Plattform anzumelden. Es kommt also maßgeblich auf die persönliche Wertung der jeweiligen Nutzer an, die er der Teilnahme an einem sozialen Netzwerk beimisst. Jemand, der befürchtet, ohne die Anmeldung bei Facebook und Co. Von seinem sozialen Umfeld abgehängt zu werden wird die Anmeldung und der damit einhergehenden Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen eher als Zwang wahrnehmen, als jemand, der diese Angst nicht hat.

### b. 50 Mio. Nichtnutzer

Daher ist auch das Argument der 50 Mio „Nicht-Nutzer“ nicht wirklich aussagekräftig, weil nicht nach den Gründen für die Nichtanmeldung differenziert wird. Während einige vermutlich eine Abwägung für den Datenschutz treffen sind andere vielleicht überhaupt nicht an einer Teilnahme am Netzwerk interessiert. Je weniger Interesse an dem Netzwerk besteht, desto weniger Zwang wird der Verbraucher empfinden.

Beispiel: Inlandsflüge

Nur, weil lediglich ein geringer Teil fliegt, lässt das keinen Rückschluss auf die Freiwilligkeit der Inanspruchnahme der Flüge zu. Andere nehmen vielleicht die Bahn, fahren selbst Auto oder reisen (aus beruflich oder privaten Gründen) nicht so viel. Das zeigt, dass häufig viele Faktoren einfließen, warum man etwas nicht tut (/sich nicht bei einem Netzwerk anmeldet).

### c. AGB und Datenschutz

Zuletzt ist anzumerken, dass die AGB häufig nicht nur aus Bequemlichkeit übersprungen werden, sondern weil diese lang und oft – selbst für juristisch Interessierte – schwierig zu verstehen sind. Bezüglich der Gleichgültigkeit des Datenschutzes lässt sich hier das privacy paradoxon anführen, nach dem der Schutz den Anwendern zwar wichtig ist, aber sie sich mangels einer Alternative dann trotzdem gegen den Schutz ihrer Daten entscheiden.

### d. Freiwilligkeit und Verhaltenskausalität

Der Nutzer muss sich entscheiden, ob er **entweder** das Netzwerk nutzt und sich verbindet **oder** ob er seine Daten schützen möchte und das Netzwerk gar nicht benutzen kann (“Take it or leave it”). Die Freiwilligkeit der Entscheidung kann man angesichts der Wertigkeit, die ein solches Netzwerk für die einzelnen Verbraucher haben kann, und des Mangels an alternativen Netzwerken nicht trennscharf von der Marktmacht, die ein Unternehmen hat, abgegrenzt werden.

Selbst wenn man mit dem OLG Düsseldorf annehmen würde, dass der Nutzer sich freiwillig für oder gegen die Datenverarbeitung entscheidet bzw. entscheiden kann, schließt dies die vom OLG geforderte (Verhaltens-)Kausalität nicht aus.

Die Verhaltenskausalität stellt fest, ob das Verhalten dem Unternehmen nur aufgrund seiner Marktmacht möglich war. Bei der sachlichen Abgrenzung des Marktes wird im Rahmen des Bedarfsmarktkonzepts nicht danach unterschieden, ob die Nachfrager die Waren oder Dienstleistung **notwendigerweise** für ihren Lebensbedarf brauchen. Vielmehr ist auf den **faktischen** Bedarf abzustellen. Die Entscheidung, Produkte oder Dienstleistungen beziehen zu wollen, kann auch in der Hinsicht freiwillig sein, dass man es nicht notwendigerweise braucht. Wenn also ein solcher Markt besteht (wie hier der der sozialen Netzwerke), dann soll das Missbrauchsverbot auch darauf anwendbar sein. Insofern kann es nicht auf die Freiwilligkeit der Entscheidung aufgrund von persönlichen Werten (Empfindung als Notwendigkeit) ankommen, sondern nur darauf, ob die Nachfrager auf andere Anbieter ausweichen können oder die Bedingungen des marktmächtigen Unternehmens annehmen **müssen**. Hier kann man davon ausgehen, dass bei Alternativangeboten die Nutzer sich für eine weniger umfassende Datensammlung entscheiden würden. Somit ist es Facebook nur möglich, seine Nutzungsbedingungen durchzusetzen, **weil** es die marktbeherrschende Stellung innehat. Die Verhaltenskausalität ist gegeben.

## III. (Zwischen-)Fazit:

---

<sup>1</sup> Dabei sehr lesenswert: *Haus/Deniz Cesarano*, Mehr Daten für Facebook, NZKart 2019, 637.

Auf dem von Facebook beherrschten Markt der sozialen Netzwerke kann die Marktmacht nicht von den Gründen, warum man sich für ein Netzwerk entscheidet, getrennt werden. Die Durchsetzung der Nutzungsbedingungen in dieser Form ist Facebook nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung möglich.

#### **IV. Beantwortung Forschungsfrage:**

Für eine strenge Betrachtung des Erfordernisses einer Verhaltenskausalität spricht sowohl der Wortlaut des § 19 I GWB a.F. („missbräuchliche Ausnutzung“) als auch die bisherige Rechtsprechung des BGH, der dabei auf den Sinn und Zweck des Missbrauchsverbots abstellt, welches gerade solche missbräuchlichen Verhaltensweisen erfassen soll, die auf Marktbeherrschung **zurückzuführen** sind.

Schließlich wird in der europäischen Entscheidungspraxis eine Kausalität entweder für gar nicht oder für kaum erforderlich gehalten. Der EuGH empfindet die Aufrechterhaltung eines unverfälschten Binnenmarktes als so wichtig, dass er keine allzu hohen Anforderungen an die Kausalität stellt. So wurde beispielsweise im *Hoffmann-La Roche-Urteil* gar kein Kausalzusammenhang zwischen Marktmacht und Missbrauch gefordert. Hier war allerdings ein Behinderungsmisbrauch zu prüfen.

Die Frage dürfte sich mit Einführung der 10. GWB-Novelle im Januar 2021 erledigt haben. Der Wortlaut des § 19 I GWB wurde geändert, sodass nun vom „Missbrauch“ und nicht mehr von der „missbräuchlichen Ausnutzung“ die Rede ist. Dies darf als eine Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Erfordernis strikter Kausalität gedeutet werden. Wie in der Gesetzesbegründung angemerkt findet so ein Gleichlauf mit europäischem Recht statt.

#### **D. Zusammenhang von Kartellrecht und Datenschutz**

Der Fall zeigt, dass datenschutzrechtliche Probleme auch über andere Rechtswege als Datenschutzrecht angegangen und gelöst werden kann. Besonders im Kartellrecht hat sich in den letzten Jahren herauskristallisiert, dass die großen Internetkonzerne in ihren Marktsegmenten teilweise monopoolähnliche Stellungen aufgebaut haben, die überwacht werden müssen. Fall Behörden durch rein datenschutzrechtliche Prüfungen nicht an große Internetkonzerne herankommen, wird inzwischen häufig durch die Hintertür das Kartellrecht genommen, um die Unternehmen doch noch für Verstöße zu sanktionieren.

Entscheidend für den Fall ist die Annahme es existiere ein von Facebook beherrschter Markt für soziale Netzwerke und die Verwendung der beanstandeten Nutzungsbedingungen sie Ausfluss von Marktmacht. Jedenfalls das Vorliegen einer Kausalität zwischen Nutzungsbedingungen und Marktmacht ist zweifelhaft, da auch die Geschäftsmodelle kleinerer Anbieter auf datenschutzrechtlich angreifbaren Verhalten basieren.

Dennoch sind Daten maßgebliche Wettbewerbsparameter. Die Berücksichtigung außerökonomischer Erwägungen im Kartellrecht ist nicht von vornherein ausgeschlossen.

Das Kartellrecht kann helfen die Durchsetzung des Datenschutzes zu effektuieren. Andererseits kann das Kartellrecht kein Universalinstrument zur Lösung von Durchsetzungsdefiziten anderer Rechtsgebiete sein. Das Nebeneinander der Behörden kann zudem zu Abgrenzungsproblemen führen. Außerdem schützt man das Kartellrecht vor Politisierung, Willkür und Überforderung, wenn man ihn rein wettbewerblich hält.

Zudem birgt das Festmachen von Daten als Markt- und Wettbewerbsparameter diverse Probleme, die eine konkrete Konsequenz für ein bestimmtes Verhalten schwer machen. Dies wird ersichtlich, wenn man sich der sehr diversen Rolle von Daten als Wettbewerbs- und Machtfaktor bewusst wird. Den einen Markt für Daten auszumachen ist also schwierig.

Es ist selbstverständlich, dass die Annahme eines Kartellverstoßes nicht allein darauf gestützt werden kann, dass ein marktmächtiges Unternehmen gegen außerkartellrechtliche Vorschriften verstößt. Ein Abzielen auf vollumfängliche Rechtstreue, würde dessen Konturverlust bedeuten.

Das Datenschutzrecht ist allerdings nicht als Wettbewerbsfremd einzukategorisieren. Mittlerweile wird Daten ökonomische Relevanz zugesprochen, an denen geschäftliche Interessen bestehen. Für den Fall Facebook folgt daraus, dass der Nutzer als Datenwirt sowohl eine Verbraucherfunktion als auch eine Lieferantenfunktion für Daten zukommt. Gerade die Macht- und Informationsgefälle auf Social Media machen den Datenlieferanten jedoch zu einem benachteiligten Marktteilnehmer. Daran lässt sich eine stark wettbewerbliche Tendenz erkennen. Marktmacht ist auch dem Datenschutz nicht fremd. Der Begriff der Marktmacht, der eigentlich für das Kartellrecht von Bedeutung ist, spielt auch im datenrechtlichen Bereich eine Rolle, da es gerade die Marktbeherrschung durch Facebook ist, die es alternativlos macht und dadurch ein Machtgefälle im Verhältnis zum Nutzer erzeugt.

In erster Linie ist es der datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestand der Einwilligung der ein Bindeglied zwischen Datenschutz- und Kartellrecht darstellt. Durch die Einwilligung kommerzialisiert der einzelne in seiner Rolle als Datenlieferant die personenbezogenen Daten. Die Einwilligung erfordert, dass die Parteien auf Augenhöhe stehen und die Nutzer bewusst, informiert und freiwillig agieren.

Die zentralen datenschutzrechtlichen Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung konnte Facebook regelmäßig nicht erfüllen. Da der von Facebook dominante Datenmarkt an Wettbewerb mangelt sind die Verhandlungsparteien von Nutzern und Plattform nicht gleichwertig.

Während die Europäische Kommission in ihrem Facebook/WhatsApp Beschluss im Jahr 2014 darauf verwies, dass sich die Untersuchung nur auf eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für Online Werbung konzentriert habe und datenschutzspezifische Bedenken nicht in den Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts fielen, wird

im vorliegenden Verfahren offensichtlich, dass das Bundeskartellamt Aspekte des Datenschutzes im Rahmen der kartellrechtlichen Würdigung in den Mittelpunkt rückt. Das Bundeskartellamt hat mit diesem Beschluss nicht nur in kartellrechtlicher Hinsicht „Pionierarbeit“ geleistet, sondern auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht, wenn es sich in seinem Beschluss ausführlich auch mit genuin datenschutzrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzt und dabei grundlegende Aussagen zum Online Datenschutz unter Geltung der DSGVO trifft.