

Nela Grothe

Datenmacht in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle



Nomos

Schriften zum Medien- und Informationsrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur.

Band 43

Nela Grothe

Datenmacht in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle



Nomos

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

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6227-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-0343-7 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. 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 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Sommersemester 2019 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mai 2019 berücksichtigt werden.

Bedanken möchte ich mich bei all jenen, die mich während der Erstellung dieser Dissertation unterstützt und begleitet haben. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater und Erstgutachter Professor Dr. Boris P. Paal, M.Jur (Oxford) für die Möglichkeit der Promotion und die hervorragende Betreuung. Er hat mir ein hohes Maß an wissenschaftlicher Freiheit eingeräumt, konstruktive Anmerkungen gemacht und war stets für einen gedanklichen Austausch bereit. Danken möchte ich ebenso Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M. für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Größter Dank gebührt zudem meinen Eltern, Susanne Mense-Grothe und Klaus-Dieter Grothe. Sie haben mich stets bei all meinen Entscheidungen unterstützt und mir durch ihren bedingungslosen Rückhalt und Zuspruch diese Dissertation ermöglicht. Danken möchte ich auch meinen Geschwistern, meinem Bruder Julian Grothe und besonders meiner Schwester Leonie Grothe, die mir immer mit Rat und Tat zur Seite steht.

Korschenbroich, im Mai 2019

Nela Grothe

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Kapitel 1: Einführung	23
A. Einleitung	23
B. Ziele der Untersuchung	26
C. Gang der Untersuchung	27
Kapitel 2: Die Bedeutung von Daten in der Internetökonomie	29
A. Begriffsbestimmungen	29
I. Daten im Allgemeinen	29
II. Personenbezogene Daten	30
III. Nicht-personenbezogene Daten	31
B. Datenschutzrechtliche Verortung	31
I. Unionsrechtliche Grundlagen	32
1. Schutz personenbezogener Daten, Art. 8 GRCh	33
2. Recht auf Achtung der Privatsphäre und der Kommunikation, Art. 7 GRCh	34
3. Schutz personenbezogener Daten, Art. 16 AEUV	35
II. Verfassungsrechtliche Verortung	36
1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 GG	36
2. Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG	39
3. Ergänzender Grundrechtsschutz	41
III. Sekundärrechtliche und nationale Umsetzungen des Datenschutzes	42
1. Datenschutzgrundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz	43
2. Telekommunikationsgesetz	44
3. Telemediengesetz	44

Inhaltsverzeichnis

4. Datenschutzrechtliche Prinzipien für die Verarbeitung von Daten	45
a) Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung	45
b) Transparenz	46
c) Zweckbindung	47
d) Datenminimierung	48
IV. Fazit	48
C. Kartellrechtliche Verortung	49
I. Ökonomischer Wert von Daten	49
1. Daten als „Währung des Internets“	51
2. Daten als Marktprodukt	52
3. Daten als Ressource	53
II. Bedeutung für den Wettbewerb	55
1. Personalisierte Werbung	55
2. Qualitätssteigerung	56
D. Wechselwirkung zwischen datenschutz- und kartellrechtlichen Aspekten	58
I. Datenschutz als Wettbewerbshindernis	59
II. Daten(schutz) als Wettbewerbsfaktor	60
E. Eigentum an Daten	61
I. Ausschließliche Daten(nutzungs)rechte	62
1. Datenschutzrecht	62
2. Urheberrechtlicher Datenbankschutz	62
3. Daten als Geschäftsgeheimnis	63
4. Analogie zu § 903 BGB	64
5. Zwischenergebnis	65
II. Notwendigkeit der Schaffung eines Eigentumsrechts an Daten?	65
III. Schlussfolgerung	67
Kapitel 3: Kartellrecht: Zwei-und mehrseitige Märkte / Auswirkungen einer Datenmacht	68
A. Marktmacht	68
I. Formen der Marktmacht	70
1. Angebotsseitige Marktmacht	71
2. Nachfragemarktmacht	71
II. Kartellrechtliche Ausprägungen der Marktmacht	71
1. Marktbeherrschung iSd. Art. 102 AEUV	72

2. Marktbeherrschung iSd. §§ 18, 19 GWB	72
a) Vollmonopol iSd. § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB	72
b) Quasi-Monopol iSd. § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB	73
c) Überragende Marktstellung iSd. § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB	73
3. Relative oder überlegene Marktmacht iSd. § 20 GWB	74
B. Bestimmung des relevanten Marktes in der Internetökonomie	74
I. Marktbegriff	75
1. Klassischer Marktbegriff	75
2. Zwei- und mehrseitige Märkte	76
a) Charakteristika	76
b) Beispiele für mehrseitige Märkte	77
3. Kartellrechtlicher Markt bei Unentgeltlichkeit	78
a) Klarstellung durch die 9. GWB-Novelle	78
b) Bisherige gerichtliche Entscheidungspraxis	80
aa) Rechtspraxis auf Unionsebene	80
bb) Rechtspraxis auf nationaler Ebene	81
aaa) Notwendigkeit der Entgeltlichkeit	82
bbb) Keine Notwendigkeit der Entgeltlichkeit	82
i. Potenzielle Entgeltlichkeit	83
ii. Autonome Auswahlentscheidung	84
c) Streitstand im Schrifttum	85
aa) Notwendigkeit der Entgeltlichkeit	86
bb) Keine Notwendigkeit der Entgeltlichkeit	86
aaa) Verzicht auf eine Marktabgrenzung	87
bbb) Grundsätzliche Annahme eines Marktes	88
d) Kritische Würdigung	89
aa) Nationale Ebene	89
aaa) Inhaltliche Bewertung des § 18 Abs. 2a GWB	90
bbb) Formale Bewertung des § 18 Abs. 2a GWB	91
bb) Europäische Ebene	92
cc) Fazit	92
4. Unentgeltlichkeit von Internetdiensten	93
a) Aufmerksamkeit und Daten als Entgelt	93
b) Begriffsbestimmung Entgeltlichkeit	94
c) Gleichstellung von Daten und finanzieller Gegenleistung?	96
d) Fazit	97

Inhaltsverzeichnis

II. Marktabgrenzung	97
1. Notwendigkeit einer Abgrenzung	98
2. Sachlich relevanter Markt	100
3. Räumlich relevanter Markt	101
4. Zeitlich relevanter Markt	102
5. Kartellrechtliche Märkte im Kontext von Big Data	102
a) Markt für Daten	102
b) Markt mit Daten	103
III. Klassische Methoden der Marktabgrenzung	103
1. Bedarfsmarktkonzept	104
2. Angebotsumstellungsflexibilität	105
3. Kreuzpreiselastizität und SSNIP-Test	106
IV. Marktabgrenzung bei zweiseitigen Märkten	108
1. Charakteristika zweiseitiger Märkte	109
a) Indirekte Netzwerkeffekte	109
b) Innovation	110
c) Lock-In-Effekte	111
2. Einheitliche oder getrennte Marktabgrenzung	112
a) Differenzierung zwischen Transaktionsmärkten und Nicht-Transaktionsmärkten	112
b) Wettbewerbsbedingungen auf Werbemärkten	114
c) Ansatz des Bundeskartellamts	115
d) Eigener Lösungsansatz	116
aa) Kritik an den dargestellten Ansätzen	116
bb) Relevanz der Netzwerkeffekte	117
cc) Zwischenergebnis	118
3. Anwendbarkeit der gängigen Abgrenzungsmethoden	119
a) Tauglichkeit des SSNIP-Tests	120
aa) Klassischer SSNIP-Test	120
bb) Modifikation des SSNIP-Tests	122
aaa) Äquivalent für die Preiserhöhung	122
bbb) Zweiseitige Anwendung des SSNIP-Tests	124
ccc) Kritische Würdigung eines zweiseitigen SSNIP-Tests	125
cc) Zwischenergebnis	127
b) Tauglichkeit des Bedarfsmarktkonzepts	128
4. Zwischenergebnis	130
C. Bestimmung der Marktmacht unter Berücksichtigung von Datenmacht	131
I. Marktstruktur	131

II. Berücksichtigung von Netzwerkeffekten	133
1. Direkte Netzwerkeffekte	134
2. Indirekte Netzwerkeffekte	134
III. Berücksichtigung von Datenmacht	136
IV. Berücksichtigung von Wechselkosten	139
1. Lock-In-Effekte	139
2. Datenportabilität, Art. 20 DS-GVO	140
V. Zwischenergebnis	143
D. Fazit	143
Kapitel 4: Auswirkungen einer Datenmacht auf die Missbrauchskontrolle	145
A. Grundlagen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle	145
I. Europäische Missbrauchskontrolle	146
II. Nationale Missbrauchskontrolle	147
B. Behinderungsmissbrauch	148
I. Preisbezogener Behinderungsmissbrauch	149
1. Kampfpreisunterbietung	150
2. Berücksichtigung der Besonderheiten mehrseitiger Plattformunternehmen	151
II. Missbräuchliche Ausschließlichkeitsbindungen	153
1. Exklusivitätsvereinbarungen mit Plattformnutzern	153
2. Exklusivitätsvereinbarungen mit Werbetreibenden	154
3. Exklusivitätsvereinbarungen mit Datendrittanbietern	155
III. Daten als Marktzutrittsbarriere	156
IV. Erfordernis zusätzlicher Missbrauchsvorschriften	157
1. Herabsenkung der Interventionsschwelle	158
a) Vorliegen einer Schutzlücke	159
b) Ausgestaltung der Missbrauchsvorschrift	159
2. Zwischenergebnis	161
C. Preisdiskriminierung	161
I. Personalisierte Preise aufgrund von Datenmacht	162
II. Vergleichbare Märkte iSd. § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB	163
III. Missbräuchlichkeit der Preisdifferenzierung	165
IV. Bewertung des Risikos individualisierter Preise	168
D. Verweigerung des Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen	169
I. Grundlagen der Essential-Facility-Doktrin	171

Inhaltsverzeichnis

II. Daten als Essential-Facilities	172
1. Begriffsbestimmung: Essential-Facility	172
2. Fehlende Duplizierbarkeit von Daten?	174
3. Erfordernis einer modernisierenden Erweiterung des Begriffs?	175
III. Missbräuchlichkeit der Zugangsverweigerung	178
IV. Zwischenergebnis	179
E. Ausbeutungsmisbrauch / Konditionenmissbrauch	179
I. Ausbeutung der Nutzer	180
1. Exzessive Erhebung von Nutzerdaten	180
2. Preismisbrauch	182
a) Anwendbarkeit bei Daten als Gegenleistung	183
b) Erzwingung der Gegenleistung	184
c) Unangemessenheit der Gegenleistung	185
aa) Bestimmung des Wertes von Daten	186
bb) Vorliegen eines Missverhältnisses	186
d) Zwischenergebnis	188
II. Konditionenmissbrauch	188
1. Verfahren des Bundeskartellamts gegen Facebook	189
2. Verwendung datenschutzrechtsverletzender Konditionen	190
a) Einwilligung der Nutzer	191
aa) Freiwilligkeit der Einwilligung	192
bb) Kopplungsverbot	192
aaa) Reichweite des Kopplungsverbots	193
bbb) Anwendung auf unentgeltliche Geschäftsmodelle	194
cc) Informierte Entscheidung	195
dd) Angemessenheit der Einwilligung	196
b) Zwischenergebnis	196
3. Kartellrechtliche Missbräuchlichkeit bei Datenschutzrechtsverstößen	196
F. Fazit	197
Kapitel 5: Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften bei Datenschutzrechtsverletzungen	199
A. Gründe für den Rekurs auf Kartellrecht	199
I. Verknüpfung von Datenschutz und Kartellrecht	200

II. Stärkung der Durchsetzung von Datenschutzrecht	202
III. Zwischenergebnis	204
B. Kartellrechtliche Missbräuchlichkeit eines Datenschutzrechtsverstößes	204
I. Gesetzeszweck des Kartellrechts	204
1. Schutzzweck der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle	205
2. Verbraucherschutz als Zweck des Kartellrechts?	205
II. Berücksichtigung außerkartellrechtlicher Regelungen	208
1. Leitrechtsprechung des BGH zu unzulässigen AGB	209
a) VBL-Gegenwert II – Rechtsprechung des BGH	209
b) Pechstein – Rechtsprechung des BGH	210
2. Rechtsprechung des EuGH	212
3. Übertragbarkeit auf Datenschutzrechtsverstöße	213
4. Zwischenergebnis	214
III. Wettbewerbsbezug der außerkartellrechtlichen Norm	214
1. Erforderlichkeit eines Wettbewerbsbezugs	215
a) Wettbewerbsbezug der Rechtsnorm	216
b) Wettbewerbsbezug der Wirkung	217
2. Wettbewerbsbezug als ausreichendes Kriterium?	217
3. Vorliegens des Wettbewerbsbezugs bei Datenschutzrechtsverstößen	219
IV. Kausalitätszusammenhang zwischen Marktbeherrschung und (Konditionen-)Missbrauch	220
1. Meinungsstand zum Kausalitätserfordernis	221
a) Europäische Ebene	221
aa) Kein Kausalitätserfordernis	221
bb) Erfordernis einer kausalen Verknüpfung	222
cc) Stellungnahme	224
b) Nationale Ebene	225
c) Zwischenergebnis	226
2. Kausalitätserfordernis bei einem Rechtsverstoß gegen kartellrechtsfremde Normen	227
a) Kein Kausalitätserfordernis	227
b) Erfordernis einer normativen Kausalität	228
c) Erfordernis einer strengen Kausalität	228
d) Kritische Würdigung	230
aa) Schutzzweckausrichtung des Konditionenmissbrauchs	230
bb) Risiko der Kompetenzüberschneidungen	233

Inhaltsverzeichnis

cc) Zwischenergebnis	234
3. Vorliegen des Kausalitätszusammenhangs bei Datenschutzrechtsverstößen	235
a) Informationsdefizite	235
b) Privacy Paradoxon	236
c) Heranziehung datenschutzrechtlicher Wertungen	237
4. Zwischenergebnis	238
V. Negative Auswirkungen auf den Wettbewerb	239
1. Potenziell wettbewerbsbeschränkende Wirkung	239
2. Anwendung auf Datenschutzrechtsverstöße	240
a) Potenziell nachteilige Auswirkungen auf die Werbekunden	241
b) Potenziell nachteilige Auswirkungen auf die Wettbewerber	241
3. Zwischenergebnis	243
VI. Fazit	243
C. Kritische Würdigung der Untersuchung des Bundeskartellamts gegen Facebook	244
I. Marktbeherrschende Stellung von Facebook	245
1. Abgrenzung des relevanten Marktes	245
2. Marktmacht von Facebook	248
II. Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung	249
1. Datenschutzrechtswidrige Konditionen	249
2. Kartellrechtliche Missbräuchlichkeit	251
a) Wettbewerbsbezug des Datenschutzrechts	251
b) Kausalität	252
c) Nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb	255
III. Fazit	257
Kapitel 6: Gesamtergebnis und Ausblick	259
A. Wesentliche Befunde	259
I. Bedeutung von Daten im Internet	259
II. Bestimmung des relevanten Marktes im Internet und die Auswirkungen einer Datenmacht auf die Marktmacht	260
III. Auswirkungen einer Datenmacht auf die Missbrauchskontrolle	262
IV. Anwendbarkeit kartellrechtlicher Missbrauchsvorschriften bei datenschutzrechtlichen Verstößen	265

Inhaltsverzeichnis

B. Schlussfolgerungen	266
C. Ausblick	268
Literaturverzeichnis	271

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Art.	Artikel (Singular)
Artt.	Artikel (Plural)
BB	Betriebs-Berater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CML Rev.	Common Market Law Review
CR	Computer und Recht
DANA	Datenschutznachrichten
DB	Der Betrieb

Abkürzungsverzeichnis

ders.	derselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DS-GVO	Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik Tagungsband
DSRL	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutzrichtlinie)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Entsch.	Entscheidung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgend (Singular)
ff.	folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, International
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Hrsg.	Herausgeber
i.E.	im Ergebnis
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
InTeR	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
iSd.	im Sinne des
iSv.	im Sinne von
iVm.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen/Zeitung
K&R	Kommunikation und Recht
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
lit.	litera
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MMR	Multimedia und Recht
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-WettbR	Neue juristische Woche – Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechung-Report
No.	Number
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht

Abkürzungsverzeichnis

ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RL	Richtlinie
RL 96/9/EG	Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.
RL 2016/943	Richtlinie (EU) 2016/943 des europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung
RL 93/13/EWG	Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RW	Rechtswissenschaft
S.	Satz (einer Norm) oder Seite
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte/r
SSNDQ	Small but Significant Non-Transitory Decrease in Quality
SSNIP	Small but Significant Non-Transitory Increase in Price
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb
v.	vom
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung

Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht
WISU	Das Wirtschaftsstudium
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

