

Aufsätze

Prof. Dr. Torsten Körper, Köln*

Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?

Am 6. Februar 2019 hat das Bundeskartellamt (BKartA) seine mit Spannung erwartete Facebook-Entscheidung erlassen und damit das Sammeln und Zusammenführen von Nutzerdaten durch das soziale Netzwerk maßgeblich beschränkt. Dem gingen rund drei Jahre währende Nachforschungen voraus. Das Amt wagt sich mit seiner Entscheidung auf immer noch weitgehend unkartiertes Territorium vor und leistet Pionierarbeit. Die Entscheidung spricht zahlreiche nicht abschließend beantwortete Fragen an, u. a.: Gibt es einen Markt für soziale Netzwerke und wie ist dieser Markt im Einzelnen abzugrenzen? Wie bestimmt man Marktmacht in einem Umfeld, das durch mehrseitige Plattformen und zum Teil monetär kostenfreie Internetdienste gekennzeichnet ist? Begründet die Verwendung unangemessener AGB durch ein marktbeherrschendes Unternehmen stets zugleich einen Verstoß gegen das Kartellrecht? Lässt sich aus Verstößen gegen das Datenschutzrecht ein Kartellrechtsverstoß ableiten? Sind die Kartellbehörden überhaupt formell befugt und materiell befähigt, Datenschutzverstöße mit Mitteln des Kartellrechts zu verfolgen, oder sollte man dies den Datenschutzbehörden überlassen? Und wie sieht es mit anderen außerwettbewerblichen Zielen, etwa dem Umweltschutz oder dem Arbeitnehmerschutz, aus?

I. Das Facebook-Verfahren des BKartA

1. Verfahrensgang

Die Monopolkommission hat 2015 in ihrem Sondergutachten 68 thematisiert, ob es einen Machtmissbrauch darstellen könne, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Konditionen verwende, welche das Datenschutzrecht verletzen.¹ Letztlich liefe dies auf eine Art Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“ hinaus, wie sie im Lauterkeitsrecht schon lange anerkannt ist und in § 3 a UWG normiert wurde. Das BKartA hat diesem Gedanken in seinem Facebook-Verfahren neue praktische Relevanz verliehen. Es hat ausweislich einer Pressemitteilung vom 2. März 2016 ein Verfahren wegen des Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße durch Facebook eröffnet. Darin heißt es:

„Es besteht der Anfangsverdacht, dass die Nutzungsbedingungen 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. [...] 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“.*²

Am 19. Dezember 2017 übermittelte das Amt Facebook dann ein Anhörungsschreiben mit einer vorläufigen rechtlichen Einschätzung. Darin wechselte es teilweise seinen Fokus. *Einerseits* wurden nicht mehr AGB und Datensammlung durch Facebook in toto, sondern nur noch insoweit untersucht, als es sich um Daten aus Drittquellen handelte. *Andererseits* wurde als datenschutzrechtlicher Prüfmaßstab nunmehr die am 25. Mai 2018 wirksam gewordene EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) herangezogen. In diesem Zusammenhang teilte das Amt in seiner Pressemitteilung mit,

*„dass Facebook auf dem deutschen Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend ist. Weiter ist das Amt der Ansicht, dass Facebook missbräuchlich handelt, indem das Unternehmen die Nutzung des sozialen Netzwerks davon abhängig macht, unbegrenzt jegliche Art von Nutzerdaten aus Drittquellen sammeln und mit dem Facebook-Konto zusammenführen zu dürfen. Zu diesen Drittseiten gehören zum einen konzerneigene Dienste wie WhatsApp oder Instagram. Hierzu gehören aber auch Webseiten und Apps anderer Betreiber, auf die Facebook über Schnittstellen zugreifen kann. [...] Wir sehen nach dem jetzigen Stand der Dinge auch nicht, dass zu diesem Verhalten von Facebook, dem Daten-Tracking und der Zusammenführung mit dem Facebook-Konto, eine wirksame Einwilligung der Nutzer vorliegt. Das Ausmaß und die Ausgestaltung der Datensammlung verstößt gegen zwingende europäische Datenschutzwertungen“.*³

2. Entscheidung des Amtes

An dem im Anhörungsschreiben verfolgten Ansatz hat das Amt im Grundsatz in seiner finalen Entscheidung vom 6. Februar 2019 festgehalten. Dazu hat das Amt tags darauf eine Pressemitteilung⁴ und weitere Hintergrundinformationen⁵ sowie schon eine gute Woche später einen Fallbericht veröffentlicht.⁶ Diese Dokumente bilden die Grundlage der nachfolgenden Ausführungen.

* Prof. Dr. Torsten Körper, LL. M. (Berkeley) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartell- und Regulierungsrecht, Recht der digitalen Wirtschaft und Direktor des Instituts für Energiewirtschaftsrecht der Universität zu Köln.

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

2 Vgl. BKartA, Pressemitteilung v. 2.3.2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.

3 Vgl. BKartA, Pressemitteilung v. 19.12.2017, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html.

4 BKartA, Pressemitteilung v. 7.2.2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

5 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 7.2.2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.html.

6 BKartA, Fallbericht v. 15.2.2019 – B6-22/16, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Zu dieser Entscheidung s. auch *Mundt*, NZKart 2019, 117 f.

Als gesetzliche Ansatzpunkte für die Facebook-Entscheidung kommen das europäische Machtmissbrauchsverbot des Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV sowie aus dem deutschen Recht § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB und § 19 Abs. 1 GWB in Betracht.⁷ § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB normiert ein gesetzliches Regelbeispiel für den Preis- und Konditionenmissbrauch. Danach liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn ein Marktbeherrscher „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamen Wettbewerb zu berücksichtigen“. Möglich ist aber auch eine Anwendung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB, die ganz allgemein die „missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ verbietet. Das Bundeskartellamt hat letztlich sogar allein auf § 19 Abs. 1 GWB abgestellt. Es hat Facebook am 6. Februar 2019

*„auf der Grundlage von § 19 Abs. 1 GWB untersagt, Konditionen zu verwenden, die die Nutzung des gleichnamigen sozialen Netzwerks Facebook (im Folgenden: „Facebook.com“) durch in Deutschland ansässige private Nutzer davon abhängig machen, dass Facebook nutzer- und gerätebezogene Daten, die bei der Nutzung der konzernerzogenen Dienste WhatsApp, Oculus, Masquerade und Instagram erhoben werden, ohne Einwilligung der Nutzer mit den für Facebook.com geführten Nutzerkonten verknüpfen und verwenden kann. Gleiches gilt für Konditionen, die die private Nutzung von Facebook.com davon abhängig machen, dass Facebook Daten, die bei dem Besuch von Webseiten oder bei der Nutzung mobiler Apps dritter Anbieter über Programmierstellen („Facebook Business Tools“) erfasst werden, ohne Einwilligung der Nutzer mit den unter den „Facebook-Konten“ gespeicherten Daten verknüpfen und verwenden kann. Eine wirksame Einwilligung liegt nur dann vor, wenn die Bereitstellung des Dienstes Facebook.com nicht von der Erteilung der Einwilligung abhängig gemacht wird“.*⁸

Kartellamtspräsident *Mundt* bezeichnete diese Untersagung der Zusammenführung von Facebook-Daten und „Dritt-daten“ plastisch als „eine Art innere Entflechtung bei den Daten“.⁹ Die Bezeichnung ist durchaus treffend, weil das Amt ein sehr weites Verständnis anlegt und auch konzerninterne Daten (etwa von WhatsApp) als „Dritt-daten“ betrachtet, was nicht unzweifelhaft erscheint. Der Hinweis darauf, dass das Amt eine freiwillige Einwilligung zur Datenverarbeitung nur annimmt, wenn die Nutzung der Facebook-Dienste nicht von der Akzeptanz der AGB abhängig gemacht werde, lässt dem Unternehmen im ersten Zugriff nur die Wahl zwischen einem Verzicht auf die Erhebung solcher „Dritt-daten“ oder einem Wechsel des Geschäftsmodells hin zu einem zumindest alternativ angebotenen Bezahlmittel. Letztlich ist die konkrete Lösung aber Facebook selbst in Abstimmung mit dem Amt überlassen.

Ein Bußgeld hat das Amt mit Blick auf die Komplexität des Verfahrens und die Neuheit der adressierten Probleme nicht verhängt. Ebenfalls explizit nicht untersagt wurden die Facebook-AGB, soweit sie sich auf das Sammeln von Daten durch Facebook selbst auf seinen eigenen Webseiten und über die Facebook-App bezogen. Das Amt betont in seinem Fallbericht, es habe insoweit keinen Anlass gesehen, auf der Grundlage des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes einzugreifen. Vielmehr erkennt es im Grundsatz an, dass das werbefinanzierte Geschäftsmodell von Facebook „grund-

sätzlich auch ein hohes Maß der Verarbeitung von personenbezogenen Daten erfordert“.¹⁰

Facebook wurde eine zwölfmonatige Umsetzungsfrist eingeräumt. Spätestens in vier Monaten muss das Unternehmen dem Amt einen Umsetzungsplan vorlegen. Diese Fristen werden allerdings durch die bereits erfolgte Einlegung eines Eilantrags beim OLG Düsseldorf gehemmt.¹¹

II. Verstoß gegen § 19 Abs. 1 GWB durch unangemessene Datenverarbeitungs-konditionen?

1. Marktbeherrschende Stellung von Facebook?

§ 19 Abs. 1 GWB bestimmt kurz und knapp: „Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten“. Erster Schritt für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist mithin die Abgrenzung des oder der betroffenen Märkte. Vorliegend hat das BKartA einen nationalen (deutschen) „Markt für private soziale Netzwerke“ definiert. Dass Facebook auf diesem Markt von seinen Nutzern keine monetären Entgelte verlangt, hat das Amt zu Recht nicht als Hindernis angesehen. § 18 Abs. 2 a GWB stellt seit der 9. GWB-Novelle 2017 im Einklang mit der europäischen Praxis klar, dass es der Annahme eines Marktes im Sinne des Kartellrechts nicht entgegenstehe, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht werde.¹² In sachlicher Hinsicht erkennt das Amt an, dass die Dienste von Facebook sich teilweise mit denen von Berufsnetzwerken wie LinkedIn oder Xing, aber auch mit Messaging-, Foto- und Videodiensten wie Snapchat, YouTube oder Twitter überschneiden. Es betont aber, diese Dienste seien nicht mit den Facebook-Diensten austauschbar, weil sie entweder andere Nutzer hätten oder allenfalls mit einem Teil der Facebook-Dienste im Wettbewerb stünden. Auf demselben Markt wie Facebook sind bzw. waren nach dieser Markt-abgrenzung nur andere private soziale Netzwerke wie StudiVZ, Lokalisten oder Google+ aktiv, die den Markt aber zwischenzeitlich fast alle wieder verlassen haben. Bei den täglich aktiven Nutzern sozialer Netzwerke kommt das BKartA in Bezug auf Facebook daher auf einen Marktanteil von 95% (und über 80% bei den monatlich aktiven Nutzern) und schließt daraus sowie aus starken direkten und indirekten Netzeffekten auf eine marktbeherrschende Stellung.¹³ Damit ist freilich nur die Normadressateneigenschaft konstatiert.

2. Machtmissbrauch durch unangemessene Datenverarbeitungs-konditionen?

In einem zweiten Schritt muss das Amt Facebook die missbräuchliche Ausnutzung der von ihm angenommenen marktbeherrschenden Stellung nachweisen. Insoweit meint das Amt, im Hinblick auf die Facebook-AGB, welche das Sammeln und Verarbeiten von Daten auch in Bezug auf Dritt-

7 Vgl. BKartA, Hintergrundinformationen 2017, S. 5, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publication/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.html; Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rn. 654 ff.

8 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 1.

9 Vgl. BKartA, Pressemitteilung 2019 (Fn. 4), S. 2.

10 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 1 f.

11 *Mundt*, NZKart 2019, 117; BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 14.

12 Das OLG Düsseldorf hatte dies noch 2015 in seiner HRS-Entscheidung, Beschl. v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148, 149 – *Bestpreisklausel*, anders gesehen; zur Markt-abgrenzung und Markt-machtbestimmung auch *Wiedmann/Jäger*, K&R 2016 S. 217 f.

13 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 4 ff.

anbieter erlauben, sei „[w]egen der darin liegenden deutlichen Überschreitung der datenschutzrechtlichen Grenzen der DSGVO auch im Hinblick auf die marktbeherrschende Stellung von Facebook [...] ein Einschreiten auf kartellrechtlicher Grundlage für diesen Teil der Datenverarbeitung angezeigt“.¹⁴ Damit sind zwei in ihrer Bedeutung weit über den konkreten Fall oder über das Verhältnis des Kartellrechts zum AGB-Recht bzw. Datenschutzrecht hinausreichende Fragestellungen aufgeworfen:

Erstens stellt sich die Frage nach der Reichweite des kartellrechtlichen Tatbestands des „Konditionenmissbrauchs“, als besonderer Ausprägung des Ausbeutungsmissbrauchs, insbesondere ob es dafür bereits ausreicht, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist *und* gegen das AGB-Recht, Datenschutzrecht oder andere Normen verstößt, oder ob dafür auch eine Ausbeutung der Nutzer und eine Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch in dem Sinne notwendig sind, dass es Facebook gerade wegen seiner marktbeherrschenden Stellung möglich war, diese Konditionen durchzusetzen.

Zweitens und vor allem ist die grundsätzliche Frage aufgeworfen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen das Kartellrecht überhaupt die richtige Materie ist, und die Kartellbehörden die richtigen Institutionen sind, um Verstöße gegen außerwettbewerbliche Normen, insbesondere (aber nicht nur) gegen das AGB-Recht und das Datenschutzrecht zu verfolgen.

a) *BGH-Rechtsprechung zu § 19 Abs. 1 GWB*. Mit Blick auf den Vorwurf des Konditionenmissbrauch sieht sich das Amt im Einklang mit der BGH-Rechtsprechung in den Entscheidungen *VBL-Gegenwert II* und *Pechstein*.¹⁵ Auf diesen Entscheidungen fußt auch die Schadenstheorie des Amtes.¹⁶ Die Monopolkommission hat diesen Ansatz in ihrem XXII. Hauptgutachten 2018 als bisher „nicht erprobten Alternativansatz“ für die Erfassung von Datenschutzverstößen durch das Kartellrecht diskutiert.¹⁷ Diese Erprobung liegt nunmehr vor. Gegenstand der *VBL-Gegenwert*-Entscheidungen waren AGB („VBLs“) der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL), in denen die Verpflichtung geregelt war, bei Ausscheiden aus der VBL einen Gegenwert zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen zu erfüllenden Verpflichtungen zu zahlen. Diese Klauseln verstießen gegen §§ 307 ff. BGB. Der BGH musste entscheiden, ob zusätzlich auch ein kartellrechtlich verbotener Machtmissbrauch vorlag. Im Fall *Pechstein* wurde eine entsprechende Frage in Bezug auf Klauseln in einer Schiedsvereinbarung aufgeworfen. Der BGH betonte dazu in *VBL-Gegenwert I*:

„Die Verwendung unzulässiger AGB durch marktbeherrschende Unternehmen kann grundsätzlich einen Missbrauch im Sinne von § 19 GWB darstellen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist. Eine unangemessene Gegenwertforderung nach § 23 Abs. 2 VBLs 2001 könnte als Ausbeutungsmissbrauch in Form eines Konditionenmissbrauchs anzusehen sein, der unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB fällt. Bei der Prüfung dieses Tatbestands ist die gesetzliche Wertentscheidung, die der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zugrunde liegt, zu berücksichtigen“.¹⁸

In *VBL-Gegenwert II* setzte der BGH hinzu:

„Zwar stellt nicht jede Verwendung einer unwirksamen Bestimmung in AGB durch einen Normadressaten einen Missbrauch von Marktmacht dar. Ein Missbrauch liegt aber ins-

besondere vor, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder der großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist (BGHZ 199, 1 Rn. 65 – *VBL-Gegenwert I*). Einen solchen Fall stellt die Verwendung von Geschäftsbedingungen dar, die eine Kündigung der oder den Austritt aus einer Vertragsbeziehung mit dem Normadressaten unangemessen erschweren. Bei den Regelungen der Beklagten zum Gegenwert handelt es sich um eine solche Klausel“.¹⁹

In seinem *Pechstein*-Urteil lehnte der BGH letztlich einen Missbrauch i. S. d. Kartellrechts ab. Bedeutung gewinnt diese Entscheidung insbesondere dadurch, dass der BGH darin eine mögliche Relevanz der Grundrechte für die kartellrechtliche Missbrauchsprüfung beschreibt:

„Zur Sicherung des Grundrechtsschutzes sind in Fällen einer derartigen Fremdbestimmung insbesondere die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 142, 307, 315 BGB), zu denen auch § 19 GWB aF gerechnet werden kann [...], heranzuziehen. Bei deren Konkretisierung und Anwendung sind die Grundrechte zu beachten [...], und die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden“.²⁰

b) *Datenschutz durch Kartellbehörden?* Das BKartA meint, die Datenverarbeitungskonditionen von Facebook seien, wie die AGB in den *VBL Gegenwert*-Fällen, missbräuchlich i. S. v. § 19 Abs. 1 GWB, „weil sie als Ausfluss von Marktmacht gegen die Wertungen der DSGVO verstoßen“, denn nach dieser Rechtsprechung seien AGB missbräuchlich, wenn sie gegen die Wertungen der §§ 307 ff. BGB verstießen, und nach dem *Pechstein*-Urteil seien bei der Bestimmung der Unangemessenheit auch grundrechtliche Wertungen zu berücksichtigen, wenn einer der Vertragspartner ein solches Übergewicht habe, dass er die Regelungen faktisch allein setzen könne. Es sei Aufgabe zivilrechtlicher Generalklauseln, zu denen auch § 19 GWB zähle, den Grundrechtsschutz zu sichern. Dieser Ansatz lasse sich „bei hinreichendem Marktmachtbezug auf alle Wertungen der Rechtsordnungen, soweit sie die Angemessenheit von Konditionen in einer ungleichen Verhandlungssituation betreffen, übertragen“. Das gelte auch für das Datenschutzrecht, das dem Machtungleichgewicht zwischen Organisationen und Einzelpersonen entgegenwirken solle. Mit Blick auf das Verhältnis des Kartellrechts zum Datenschutzrecht erscheine

„es unerlässlich, auch hinsichtlich der Datenverarbeitung eine kartellrechtliche Überprüfung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen durchführen zu können, da es sich insbesondere bei Internetgeschäftsmodellen um wettbewerblich hochrelevantes unternehmerisches Verhalten handelt. Dabei können bzw. müssen sogar im Hinblick auf die genannte höchstrichterliche Rechtsprechung die auf Grundrechten beruhenden europäischen Datenschutzregelungen für die Bewertung der kartellrechtlichen Angemessen-

¹⁴ BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 1 f.

¹⁵ Vgl. BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 8 f. mit Verweis auf BGH, Urt. v. 24.1.2017, KZR 47/14, NZKart 2017, 242 – *VBL-Gegenwert II*; BGH, Urt. v. 7.6.2016, KZR 6/15, NZKart 2016, 328 – *Pechstein*.

¹⁶ Mündt, NZKart 2019, 127.

¹⁷ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rn. 671 ff.

¹⁸ BGH, Urt. v. 6.11.2013, KZR 58/11 NZKart 2014, 31 Rn. 65 – *VBL-Gegenwert I*.

¹⁹ BGH, Urt. v. 24.1.2017, KZR 47/14, NZKart 2017, 242 Rn. 35 – *VBL-Gegenwert II*.

²⁰ BGH, Urt. v. 7.6.2016, KZR 6/15, NZKart 2016, 328 Rn. 57 – *Pechstein*.

heit von Datenverarbeitungskonditionen herangezogen werden.“²¹

Das BKartA bezieht in diesem Kontext auch Stellung zu der Frage, ob es überhaupt neben den Datenschutzbehörden für die Durchsetzung des Datenschutzrechts zuständig sein kann. Die Zuständigkeitszuweisung der DSGVO an die Datenschutzbehörden, so das Amt, bedeute nicht, dass nur diese das Datenschutzrecht anwenden dürften „und andere Behörden auf das materielle Datenschutzrecht nicht mehr zugreifen dürfen“. Das Amt weist insoweit darauf hin, dass auch eine zivilrechtliche Durchsetzung von Datenschutzregelungen auf der Basis von AGB-Recht oder UWG möglich sei. Diese zivilrechtliche Durchsetzung stehe einer konsistenten Anwendung des Datenschutzrechts nicht im Wege, zumal eine Vorlage an den EuGH möglich sei. Es sei daher nicht ersichtlich, warum „die Kartellbehörde an der Berücksichtigung und Auslegung des Datenschutzrechts über § 19 GWB gehindert sein soll“. Diese Auffassung werde auch von den deutschen Datenschutzbehörden unterstützt²² und sei mit deutschen und europäischen Datenschutzbehörden abgestimmt.²³

c) *Verstoß gegen das Datenschutzrecht?* Das BKartA hat dementsprechend die „kartellrechtliche Angemessenheit der Datenverarbeitungskonditionen [...] anhand datenschutzrechtlicher Wertungen der DSGVO geprüft“ und ist zu dem Schluss gekommen, dass keiner der gesetzlichen Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 lit. b bis f DSGVO vorliege und daher eine Datenverarbeitung nur auf der Basis einer wirksamen freiwilligen Einwilligung der Nutzer nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO gestattet sei. Eine solche liege aber nicht vor.²⁴ Kartellamtspräsident *Mundt* hat dazu pointiert betont, ein „obligatorisches Häkchen bei der Zustimmung in die Nutzungsbedingungen des Unternehmens stellt angesichts der überragenden Marktmacht des Unternehmens keine ausreichende Grundlage für eine derartig intensive Datenverarbeitung dar. Der Nutzer hat ja nur die Wahl, entweder eine umfassende Datenverarbeitung zu akzeptieren oder aber auf die Nutzung des sozialen Netzwerks zu verzichten“ Von einer Freiwilligkeit könne in einer solchen „Zwangssituation“ keine Rede sein.²⁵

d) *„Ausfluss von Marktmacht“ (Kausalität)?* Eine kartellrechtliche Kernfrage des *Facebook*-Falls ist, ob ein Kausalzusammenhang zwischen der Marktmacht und dem Missbrauch bestehen muss, oder ob es für die Annahme eines Konditionenmissbrauchs ausreicht, dass das Amt nachweist, dass *Facebook* als marktbeherrschendes Unternehmen das Datenschutzrecht verletzt hat. Das Amt meint, nach der BGH-Rechtsprechung sei „keine Verhaltenskausalität in dem Sinne zu verlangen, dass der Verstoß nur wegen der Marktbeherrschung möglich war, anderen Marktteilnehmer[n] dieses Verhalten dagegen gar nicht möglich wäre“. Vielmehr sei ein normativ-kausaler oder ergebniskausaler Zusammenhang ausreichend. Vorliegend sei aber beides anzunehmen:

„Es besteht zunächst ein normativ-kausaler Zusammenhang mit dem Datenschutzverstoß, da die Einschränkung der Selbstbestimmung der privaten Nutzer entscheidend mit der marktbeherrschenden Stellung von Facebook verbunden ist. Das Datenschutzrecht berücksichtigt in seinen Rechtfertigungsgründen vor allem auch unternehmensbezogene Umstände wie u. a. die Marktbeherrschung, den konkreten Zweck sowie das Ausmaß der Datenverarbeitung. Dies bedeutet, dass der Verstoß durch die besondere Marktstellung von Facebook geprägt wird.

Daneben besteht auch ein ergebniskausaler Zusammenhang mit der Marktbeherrschung im Hinblick auf die Behinderungswirkungen des aufgegriffenen Verhaltens zulasten von Wettbewerbern, da sich Facebook durch die unangemessene Datenverarbeitung aus einer Vielzahl weiterer Quellen mit Zuordnung zu Facebook-Konten auf rechtswidrige Weise einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern verschafft sowie die bestehenden Marktzutrittschranken erhöht. Dies sichert wiederum die Marktmacht von Facebook gegenüber den Endverbrauchern.

*Eine etwa erforderliche zusätzliche kartellrechtliche Interessenabwägung führt zu den gleichen Ergebnissen wie die datenschutzrechtliche Prüfung, da ihr im Hinblick auf die ungleichgewichtige Verhandlungssituation, die beide Rechtsgebiete abbilden, weitgehend die gleichen Abwägungsfaktoren einschließlich der Marktbeherrschung zugrunde liegen. Auch sind nach der Pechstein-Rechtsprechung grundrechtliche Wertungen in die kartellrechtliche Interessenabwägung einzustellen. Auch dieses führt zu einer Parallelität der Interessenabwägungen“.*²⁶

3. Kritische Würdigung der Entscheidung

Auf alle Details der Entscheidung einzugehen, etwa auf Feinheiten der Marktabgrenzung, der Marktchanceanalyse oder des Datenschutzrechts, würde nicht nur den Umfang dieses Beitrags sprengen, sondern ist auf der Basis von Presseerklärungen und Fallbericht letztlich auch kaum möglich. An dieser Stelle sei lediglich angemerkt, dass überrascht, dass das Amt zwar zu Recht von einem mehrseitigen Markt ausgeht, dann aber praktisch nur die Marktmacht auf der Nutzerseite analysiert und die für die Finanzierung der *Facebook*-Dienste entscheidende Werbeseite nur ganz am Rande erwähnt. Eine dergestalt einseitige Betrachtung eines mehrseitigen Marktes könnte ein schiefes Bild der Marktverhältnisse zeichnen, weil Marktmacht auf einem mehrseitigen Markt immer nur in Zusammenschau aller relevanten Seiten festgestellt werden kann.²⁷ Diese Auslassung mag allerdings der verkürzten Darstellung im Fallbericht geschuldet sein. Daher wird den nachfolgenden Ausführungen die Analyse des Amtes zugrunde gelegt. Dass *Facebook* auch in diesen Punkten anderer Meinung ist, dürfte kaum überraschen.²⁸ Der Fokus wird im Folgenden auf den Missbrauchsvorwurf und das Verhältnis von Kartellrecht und Datenschutzrecht gelegt.

a) *Ausbeutungsmissbrauch ohne Ausbeutung?* Ob die Argumentation des Amtes einen kartellrechtlichen Missbrauchsvorwurf trägt, erscheint nicht unzweifelhaft. Die Monopolkommission hat darauf hingewiesen, dass durch eine so weite Schadenstheorie bei Anwendung des § 19 Abs. 1 GWB die im Regelbeispiel des Konditionenmissbrauchs in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB aufgestellten Nachweisanforderungen unterlaufen werden könnten, insbesondere wenn man darauf verzichten würde, zu prüfen, ob der Verstoß gegen das AGB- oder Datenschutzrecht auch zu einer „Ausbeutung“ der Nutzer i. S. d. Kartellrechts führt. Der Umstand, dass bestimmte

21 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 8 f.

22 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 9 ff.

23 *Mundt*, NZKart 2019, 117, 118.

24 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 11 f.

25 BKartA, Pressemitteilung 2019 (Fn. 4), S. 2.

26 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 12 f.

27 *Dewenter/Rösch/Terschüren*, NZKart 2014, 378, 389.

28 *Facebook* sieht seine AGB insb. im Einklang mit der DSGVO, vgl. dazu *Facebook*, Pressemitteilung vom 7.2.2019, <https://de.newsroom.fb.com/news/2019/02/warum-wir-die-auffassung-des-bundeskartellamts-nicht-teilen/>.

Verhaltensweisen missbräuchlich sein können, besagt, wie die Monopolkommission zu Recht anmerkt, noch nicht, dass sich dadurch der Nachweis der Ausbeutung erübrigt.²⁹ Eine i. S. v. § 19 GWB missbräuchliche und verbotene (und damit auch nach § 134 BGB nichtige) Vertragsbestimmung ist zwar immer zugleich unbillig i. S. d. BGB,³⁰ doch begründet umgekehrt nicht zwingend jede i. S. d. BGB unangemessene Vertragsregelung zugleich auch einen kartellrechtlich verbotenen Machtmissbrauch.³¹ Dementsprechend hat auch der BGH in seiner oben zitierten *VBL-Gegenwert*-Rechtsprechung ausdrücklich betont, dass *nicht* jede Verwendung einer unwirksamen AGB einen Machtmissbrauch darstelle. Davon aber scheint das Amt letztlich auszugehen und will diese Sichtweise unter Berufung auf eben diese Rechtsprechung (über das Datenschutzrecht hinausgehend) sogar „bei hinreichendem Marktmachtbezug auf alle Wertungen der Rechtsordnungen, soweit sie die Angemessenheit von Konditionen in einer ungleichen Verhandlungssituation betreffen, übertragen“.³² Würde man aber (neben der den Regelfall bildenden finanziellen Ausbeutung) jedwede Rechtsverletzung ausreichen lassen, so würde der Ausbeutungstatbestand jeder Kontur beraubt.

Die Anwendung des § 19 GWB zur Sanktionierung außerwettbewerblicher Rechtsverstöße lässt sich insbesondere auch nicht aus der „besonderen Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den Wettbewerb“ ableiten,³³ denn diese Verantwortung besteht eben nur für den Wettbewerb und nicht (über die Pflichten anderer Unternehmen hinausgehend) für die Rechtsordnung insgesamt. Sie bietet daher keinen hinreichenden Ansatzpunkt dafür, marktbeherrschende Unternehmen auch für außerwettbewerbliche Rechtsverstöße zusätzlich kartellrechtlich haftbar zu machen, ganz abgesehen davon, dass ein solcher Schutz außerwettbewerblicher Interessen durch Anwendung des Kartellrechts notwendig unvollkommen bliebe, weil die datenschutzrechtlich nicht minder schutzwürdigen Kunden nicht marktbeherrschender Unternehmen davon ausgeschlossen blieben. Insoweit ist auch die Annahme des Amtes, AGB-Recht, Datenschutzrecht und Kartellrecht verfolgten alle im Grunde die gleichen Ziele (und führten daher auch zu den gleichen Ergebnissen) eine zu grobe Pauschalisierung. Das AGB-Recht und das Datenschutzrecht stellen nicht auf Marktmacht ab, sondern auf bilaterale Ungleichgewichtslagen.³⁴ Dementsprechend kommt Begriffe wie „Marktmacht“ oder „Marktbeherrschung“, die für § 19 GWB zentral sind, in der DSGVO auch überhaupt nicht vor.

Mit Blick auf einen möglichen Schaden der Nutzer weist das Amt in seinen Hintergrundmitteilungen zu Recht darauf hin, dass für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs keine finanzielle Ausbeutung der Kunden erforderlich sei.³⁵ Eine solche scheidet vorliegend auch offensichtlich aus, weil für die Facebook-Dienste keine unmittelbaren monetären Entgelte anfallen. Die Facebook-Dienste werden vielmehr in einem mehrseitigen Geschäftsmodell indirekt durch Facebooks Einnahmen auf der Werbeseite finanziert, während die Facebook-Nutzer allenfalls mit ihrer Aufmerksamkeit für die Werbeanzeigen und ggf. mit der Einräumung von Nutzungsrechten an ihren Daten „bezahlen“. Das ist allerdings aus vielfältigen Gründen nicht mit einer Geldzahlung vergleichbar, was u. a. schon daraus folgt, dass man Aufmerksamkeit mehrfach schenken und Datennutzungsrechte mehrfach einräumen kann. Daten sind dadurch in erster Linie eine Ressource (unter mehreren), welche die Unternehmen nutzen, um ihr Werbeangebot und ihre Dienstleistungen zu

optimieren und damit im Wettbewerb mit anderen werbefinanzierten Diensten Aufmerksamkeit zu erlangen.³⁶

Ein weiter verstandener Vermögensschaden durch eine übermäßige Datenpreisgabe erscheint ebenfalls zweifelhaft, denn der Wert der Daten ist schwer zu bestimmen und zudem relativ. Vor allem aber dienen die Daten auch der Verbesserung der Facebook-Dienste, z. B. durch deren Individualisierung, sodass unklar erscheint, ob die Nutzer insoweit überhaupt einen Nachteil erleiden oder nicht doch eine angemessene Gegenleistung erhalten.³⁷ Wenn insoweit in der Literatur mit Blick auf datenbasierte Internetdienste teils die Rede davon ist, dass diese „den Anbieter so gut wie nichts kosten, ihm aber überaus wertvolle Kundendaten beschere“,³⁸ so ist das eine die Internetökonomie verkennende Vereinfachung, nicht nur weil die großen Investitionen in Aufbau und Unterhaltung dieser Dienste ausgeblendet werden, sondern vor allem, weil die Kostenlosigkeit der Dienste mit ihrer Wertlosigkeit verwechselt wird.³⁹

Von einer ihrer Aufmerksamkeit und ihren Datennutzungsrechten angemessenen Gegenleistung scheinen auch die Facebook-Nutzer auszugehen, denn sonst würden sie (wie die Mehrheit der deutschen Bevölkerung⁴⁰ und zunehmend die jüngeren Internetnutzer⁴¹) einfach auf die Facebook-Dienste verzichten.⁴² Genau in diesem Punkt unterscheidet sich der *Facebook*-Fall auch maßgeblich von der *Pechstein*-Entscheidung des BGH, denn während die Klägerin in diesem Fall einer Schiedsklausel zustimmen musste, um ihren Beruf ausüben zu dürfen, erscheint die Annahme einer vergleichbaren „Zwangssituation“ in Bezug auf die Nutzung eines sozialen Netzwerks, das eine Minderheit der deutschen Internetnutzer nutzen *will*, aber niemand nutzen *muß*, doch recht weit hergeholt.

Das Amt behauptet einen solchen Vermögensschaden aber auch gar nicht, sondern betont stattdessen, der Schaden der

29 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rn. 675; a. A. *Nothdurft*, in Langen/Bunte, 13. Aufl. 2018, § 19 GWB Rn. 205, der meint, die Verletzung der Zuweisungsregelungen des Datenschutzrechts begründe „stets einen Konditionenmissbrauch“.

30 Vgl. BGH, Teilurteil v. 29.4.2008, KZR 2/07, WuW 2008, 829 Tz. 15 – *Erdgassondervertrag* (zu § 315 BGB).

31 So jetzt aber in Bezug auf AGB-Verstöße *Nothdurft*, in Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 205.

32 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 9.

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

34 Eingehend zu den diesbezüglichen Unterschieden zwischen AGB-Kontrolle und Kartellrecht *Thomas*, NZKart 2017, 92 ff.

35 Vgl. BKartA, Hintergrundinformationen 2019 (Fn. 5), S. 5.

36 Dazu eingehend *Körper*, NZKart 2016, 303, 304 ff.; *ders.*, ZUM 2017, 93, 95 f.

37 Dies gilt umso mehr, als der BGH im *Favorit*-Beschluss v. 6.11.1984, KVR 13/83, GRUR 1985, 318, 320 für die Feststellung der Missbräuchlichkeit nicht auf die Unangemessenheit einzelner Konditionen abstellt, sondern eine „Gesamtbetrachtung“ vornimmt. Ob sich der BGH davon in seiner *VBL-Gegenwert*-Rspr. gelöst hat, ist unklar und umstritten, dazu z. B. *Nuys*, WuW 2016, 512, 518.

38 Vgl. etwa *Wendehorst/Graf von Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3746.

39 Vgl. hierzu auch *Körper*, Is Knowledge (Market) Power? On the Relationship between Data Protection, „Data Power“ and Competition Law, 29.1.2018, <https://ssrn.com/abstract=3112232>, S. 10.

40 In Deutschland gibt es bei einer Bevölkerung von rund 83 Mio. Menschen rund 23 Mio. täglich und 32 Mio. monatlich aktive Facebook-Nutzer, s. BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 2.

41 Vgl. *Computerbild* vom 8.11.2018, wo deshalb in journalistischer Überspitzung schon etwas voreilig von einem „sozialen Seniorennetzwerk“ die Rede ist, s. <https://www.computerbild.de/artikel/cb-News-Panorama-Facebook-verliert-junge-Nutzer-Studie-22598215.html>,

42 Dem kann man natürlich – wie es auch das BKartA tut – entgegenhalten, die Nutzer seien sich der Werthaltigkeit ihrer Daten nicht bewusst. Das ist eine bei Datenschützern verbreitete Behauptung, die früher sicher zutraf, deren fortdauernde Validität im Lichte der breiten öffentlichen Diskussion der letzten Jahre allerdings empirisch verifiziert werden müsste.

Nutzer liege in einem „Kontrollverlust“. Diese könnten, so das Amt, nicht mehr selbstbestimmt über ihre persönlichen Daten verfügen.⁴³ Zudem hätten Ermittlungen ergeben,

„dass Nutzer in Deutschland Datenverarbeitungskonditionen grundsätzlich als wichtig ansehen und im Hinblick auf die Datenweitergabe sensibilisiert sind. Durch die Marktmacht können sich die Nutzer der Datenzusammenführung jedoch nicht entziehen. Dies ist auch ein Eingriff in das grundrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung“.⁴⁴

Diese Feststellungen deuten allerdings eher auf ein Datenschutzproblem als auf ein Wettbewerbsproblem. Sie sind auch in der Sache nicht unzweifelhaft. So wird (weil alles andere in Deutschland als geradezu unschicklich gilt) in Umfragen zwar gemeinhin von einer Mehrheit betont, der Datenschutz sei extrem wichtig. Misst man die Nutzer allerdings an ihren Taten, so sieht das Bild ganz anders aus (sog. „privacy paradox“). Ein Beispiel: Die früher in Deutschland auf dem Markt für soziale Netzwerke dominierenden VZ-Netzwerke StudiVZ und SchülerVZ versuchten im Wettbewerb mit Facebook (als die VZ-Netzwerke und Facebook im Sommer 2009 etwa gleichauf lagen) mit der Einhaltung des deutschen Datenschutzrechts zu punkten.⁴⁵ Die Nutzer wechselten trotzdem zu Facebook, das 2010 die Marktführerschaft übernahm. Die Betreibergesellschaft der VZ-Netzwerke meldete 2017 Insolvenz an.⁴⁶

b) *Exkurs: Behinderung der Wettbewerber durch das Sammeln von Daten?* Das Amt weist eher nebenbei, im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur Kausalität, darauf hin, dass Facebook sich durch seinen Verstoß gegen das Datenschutzrecht auch einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffe und die bestehenden Marktzutrittsschranken erhöhe und dass ein ergebniskausaler Zusammenhang zwischen dem vom Amt aufgegriffenen Verhalten Facebooks und diesen Behinderungswirkungen bestehe.⁴⁷ Damit ist die kartellrechtliche Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs angesprochen. Für dessen Verwirklichung lässt die überwiegende Meinung in der Tat eine Ergebniskausalität (normative Kausalität) dergestalt ausreichen, dass sich das potentielle Missbrauchsverhalten gerade deshalb negativ auf den Wettbewerb auswirkt, weil es von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht.⁴⁸

Allerdings erscheint fraglich, ob dem Verhalten Facebooks wirklich eine solche Behinderungswirkung zukommt. So ist z. B. das soziale Netzwerk Google+ sicher nicht aufgrund von Datenmangel aus dem Markt ausgeschieden. Für den Erfolg von Facebook (und den Misserfolg der Konkurrenten) dürften sicher Netzwerkeffekte⁴⁹ eine Rolle gespielt haben. Diese (damals noch gegen Facebook wirkenden) Netzwerkeffekte haben allerdings Facebook nicht daran gehindert, die Marktposition der früher in Deutschland dominierenden VZ-Netzwerke zu erobern. In erster Linie dürfte zudem – was bei Diskussionen über eine vermeintliche „Datenmacht“ oft übersehen wird – die aus der Sicht der Nutzer überlegene Qualität seiner Dienste den Grund für den Erfolg von Facebook gelegt haben.

Dass gerade aus der Datensammlung von Facebook maßgebliche Marktzutrittsschranken resultieren, erscheint vor diesem Hintergrund zweifelhaft und bedürfte jedenfalls einer eingehenderen Begründung. Das gilt im so mehr, wenn man die *Facebook/WhatsApp*-Entscheidung der EU-Kommission aus dem Jahre 2014 berücksichtigt. Darin hatte die Kommission auch die die Rolle der Datensammlung durch Facebook

analysiert und in diesem Zusammenhang betont, dass neben Facebook eine signifikante Zahl anderer Unternehmen existiere, die Nutzerdaten sammelten, allen voran Google, aber z. B. auch Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe und Yelp. Nach Analyse der Kommission hatte Google einen Anteil von 33% an der Datensammlung im Internet, während Facebook nur auf 6,39% kam. Über 60% der Datensammlung entfiel auf weitere, kleinere Unternehmen.⁵⁰

c) *Kausalität zwischen Marktmacht und Ausbeutung?* Kernfrage für die Feststellung eines Konditionenmissbrauchs durch Facebook ist neben der bereits behandelten Frage nach der Ausbeutung der Nutzer diejenige nach der Kausalität. Der Fallbericht des BKartA ist an dieser Stelle etwas undeutlich. Das Amt betont insoweit *einerseits*, dass auch in Bezug auf den Ausbeutungsmissbrauch nach der BGH-Rechtsprechung eine Ergebniskausalität („normativ-kausaler Zusammenhang“) ausreiche und begründet deren Vorliegen mit dem Hinweis darauf, dass „die Einschränkung der Selbstbestimmung der privaten Nutzer entscheidend mit der marktbeherrschenden Stellung von Facebook verbunden ist“ und dass das Datenschutzrecht auch unternehmensbezogene Umstände wie die Marktbeherrschung berücksichtige. *Andererseits* sei auch eine Verhaltenskausalität (strenge Kausalität) „anzunehmen“. Woraus letzteres folgt, erklärt der Fallbericht nicht, sondern belässt es bei der bloßen Behauptung verbunden mit dem Hinweis darauf, eine „etwa erforderliche“ Abwägung der Interessen der Nutzer mit denen Facebooks falle zulasten des Unternehmens aus und komme zu dem gleichen Ergebnis wie die datenschutzrechtliche Prüfung. Das Amt sieht unter Berufung auf das *Pechstein*-Urteil des BGH das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der Facebook-Nutzer verletzt, weil diese nicht eigenverantwortlich über die Preisgabe ihrer Daten entscheiden könnten.⁵¹ Damit sind im Grunde drei Aspekte adressiert: *erstens* der vom BGH in den *VBL-Gegenwert*-Entscheidungen an den Konditionenmissbrauch angelegte Kausalitätsmaßstab, *zweitens* die Frage, ob diese Voraussetzung vorliegend erfüllt ist und *drittens* die Frage nach der Relevanz einer auch die Grundrechte einbeziehenden Interessenabwägung nach Maßgabe der *Pechstein*-Entscheidung.

Mit Blick auf die *erste Frage*, ist zunächst festzustellen, dass der Regelatbestand des Konditionenmissbrauchs in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB seinem Wortlaut nach verlangt, dass der Marktbeherrscher aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung Konditionen durchsetzt, die sich bei wirksamem Wettbewerb nicht erzielen ließen, dass also Facebook vorteilhaftere AGB durchsetzen kann und mehr Daten erhält, als dies einem machtlosen Wettbewerber bei funktionierendem Wettbewerb möglich wäre.⁵² Mit Blick auf § 19 Abs. 1

43 Vgl. BKartA, Hintergrundinformationen 2019 (Fn. 5), S. 5.

44 Vgl. BKartA, Hintergrundinformationen 2019 (Fn. 5), S. 6.

45 Vgl. Zeit Online v. 29.7.2009, <https://www.zeit.de/online/2009/31/datenschutz-garantie-versprechen-studiVZ>.

46 Vgl. BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 7.

47 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 13.

48 Vgl. BGH, Urt. v. 4.11.2003, KZR 16/02, WuW 2004, 296 – *Strom und Telefon I*; Franck, ZWeR 2016, 137, 139 und 151 ff.; Körper, NZKart 2016, 348, 355; Wiedmann/Jäger, K&R 2016, 217, 219; Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 108 f.

49 Ein Netzwerk wird umso attraktiver für Nutzer und Werbekunden, je mehr Nutzer es hat.

50 KOMM. Beschl. v. 3.10.2014, M.7217 Rn.188 – *Facebook/WhatsApp*.

51 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 12 f.

52 Vgl. BGH, Beschl. v. 6.11.1984, KVR 13/83, GRUR 1985, 318, 320 – *Favorit*; s. auch BGH, Urt. v. 4.11.2003, KZR 16/02, WuW 2004, 296 – *Strom und Telefon I*.

GWB hat der BGH in seinen *VBL-Gegenwert*-Entscheidungen etwas sibyllinisch formuliert, ein Machtmissbrauch liege „insbesondere“ dann vor, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders sei. Dem ist nach h.M. in der Literatur aber nicht zu entnehmen, dass der BGH den Maßstab damit auch für den Ausbeutungsmissbrauch auf eine reine Ergebniskausalität reduziert hätte.⁵³ Die oben zitierte Passage aus *VBL-Gegenwert II* deutet sogar eher in die gegenteilige Richtung; ganz abgesehen davon, dass durch einen Verzicht auf eine Verhaltenskausalität (wie schon in Bezug auf die Ausbeutung) die Anforderungen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB unterlaufen würden. Das Fordern unangemessener Bedingungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen begründet also nicht per se einen Machtmissbrauch, sondern nur bei Nachweis von Verhaltenskausalität.

Hinsichtlich der *zweiten Frage* nach den Anforderungen an den Nachweis einer solchen Verhaltenskausalität müsste das Amt darlegen, dass auf vergleichbaren wettbewerblichen Märkten nur andere, weniger „datenhungrige“ AGB durchsetzbar sind. Sofern sich solche Vergleichsmärkte nicht finden lassen, erscheint ein Vergleich mit den AGB nicht marktbeherrschender Wettbewerber (oder auch mit den AGB von Facebook selbst aus der Zeit vor 2010, als es noch nicht Marktführer war) hilfreich. Ob das Amt solche Untersuchungen vorgenommen hat, ist den Veröffentlichungen nicht zu entnehmen. Es erscheint allerdings nicht unwahrscheinlich, dass dabei herauskommen würde, dass diese AGB sich kaum von den aktuellen Facebook-AGB unterscheiden, weil nicht Marktmacht, sondern die Gleichgültigkeit der Nutzer zur Akzeptanz der AGB führt, d. h. schlicht der Umstand, dass die Kunden sich nicht für AGB und letztlich auch nicht für den Datenschutz interessieren. Sollte der Akzeptanz der AGB aber tatsächlich nur ein Fall der Vertrags- oder Informationsimparität oder „rationalen Apathie“ der Nutzer zugrunde liegen, so existiert zwar möglicherweise ein Verbraucherschutzproblem, und – soweit die AGB gegen das Datenschutzrecht verstoßen – auch ein Datenschutzproblem, aber nicht notwendig ein Wettbewerbsproblem, denn diese außerwettbewerblichen Probleme werden in anderen Gesetzen adressiert, und der diesbezügliche Schutz der Bürger wird mit anderen Mitteln – sei es behördlich wie im Datenschutzrecht,⁵⁴ sei es privatrechtlich wie im AGB-Recht oder UWG⁵⁵ – durchgesetzt. Diese speziellen Regelwerke setzen dabei grds. keine Marktmacht voraus und haben damit einen weiteren Anwendungsbereich als das Kartellrecht, und das ist auch sachgerecht, weil die Kunden kleiner Unternehmen in Bezug auf ihre Schutzgüter nicht weniger schutzwürdig sind als diejenigen von Marktbeherrschern.⁵⁶

Was schließlich die *dritte Frage* nach der Relevanz der Grundrechte nach Maßgabe des *Pechstein*-Urteils des BGH anlangt, so wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich die Situation in jenem Fall grundlegend von der im Facebook-Fall unterscheidet. Im BGH-Fall war die Zustimmung zu den AGB von existentieller Bedeutung, weil die Berufsausübung von ihr abhing. Im Facebook-Fall geht es um die Frage, ob man ein soziales Netzwerk nutzen oder (wie die Mehrheit der Bevölkerung) darauf verzichten möchte. Dessen unbeschadet, wird über Generalklauseln wie § 242 BGB oder § 19 GWB nicht eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte zwischen Privatpersonen angeordnet. Die Grundrechte spielen lediglich mittelbar eine Rolle, wenn eine Generalklausel zur Anwendung kommt. § 19 GWB dient aber nicht

der Durchsetzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, sondern dem Wettbewerbsschutz. Im Grunde gilt hier das Gleiche wie in Bezug auf den Datenschutz, dessen grundrechtliche Ausprägung das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist: Die Grundrechte (und auch der Datenschutz) sind *bei* Anwendung des Kartellrechts zum Schutz des Wettbewerbs „zu beachten“ (genau dies und nicht mehr sagt auch der BGH in seinem *Pechstein*-Urteil). Sie sind aber nicht notwendig gerade *durch* Anwendung des Kartellrechts durchzusetzen. Wenn AGB Grundrechte verletzen, so ist dies ein Argument für ihre Unangemessenheit. Aber die Feststellung der Unangemessenheit von AGB reicht noch nicht aus, um auch ihre Wettbewerbswidrigkeit zu begründen,⁵⁷ denn sonst würde das BKartA von einer Behörde zum Schutz des Wettbewerbs zu einer Art „Bundesaufsichtsamt für marktbeherrschende Unternehmen“ mutieren,⁵⁸ das beliebige Rechtsverstöße ohne wettbewerblichen Zusammenhang mit Mitteln des Kartellrechts (inklusive Bußgeldern bis zur Höhe von 10% des Konzernjahresumsatzes) verfolgen könnte.⁵⁹

III. Die Aufgabe des Bundeskartellamtes

1. Das BKartA als Verbraucherschutzbehörde?

Damit sind wir bei der eingangs aufgeworfenen Grundfrage nach den Grenzen der kartellbehördlichen Zuständigkeit angelangt. Ist das BKartA auch eine Verbraucherschutzbehörde? Dass das Kartellrecht (vermittelt durch den Schutz des Wettbewerbs) auch der Konsumentenwohlfahrt dient, legitimiert es noch nicht, die Verletzung jedweder konsumentenschützenden Norm zusätzlich mit Mitteln des Kartellrechts zu sanktionieren. Daran ändert sich *de lege lata* auch dann nichts, wenn man einschränkend in Parallele zu § 3 a UWG einen „marktteilnehmerschützenden Charakter des gebrochenen Rechts“ verlangt⁶⁰ oder darauf hinweist, ein strenger Kausalzusammenhang könne sich ergeben, wenn auf eine Norm des Datenschutzrechts rekurriert werde, die nur auf Unternehmen mit Marktmacht Anwendung finde, weil dann nur marktbeherrschende Unternehmen gegen diese Norm verstoßen könnten.⁶¹ Zwar würden solche Kriterien dazu beitragen, den nahezu grenzenlosen Katalog möglicherweise mithilfe des Kartellrechts durchsetzbarer außerwettbewerblicher Normen auszudünnen. Verstöße gegen Umweltschutz- und Ladenschlussgesetze fielen wohl z. B. heraus. Doch ändert dies nichts daran, dass viele marktteilnehmerschützende Normen (z. B. auf den Gebieten des Gesundheits-

53 Franck, ZWeR 2016, 137, 139 und 151 ff.; Körper, NZKart 2016, 348, 355; Wiedmann/Jäger, K&R 2016, 217, 219; Nuys, WuW 2016, 512, 519; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (Fn. 46), S. 108 f.; a. A. Nothdurft, in Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 206 ff.

54 Daneben ist auch eine privatrechtliche Durchsetzung des Datenschutzrechts durch insoweit qualifizierte Einrichtungen nach §§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 11, 4, 17 UKlaG möglich; dazu kritisch Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2988 f.

55 Zur Durchsetzung des Datenschutzes durch Verbraucherrecht und Lauterkeitsrecht Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987.

56 Vgl. schon Körper, NZKart 2016, 348, 354; s. auch Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2993: „Schließlich sind auch Kleinanbieter von Onlinediensten bei der Datennutzung nicht zimperlich“; Thomas, NZKart 2017, 92 ff.

57 So aber Nothdurft, in Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 205 entgegen h. L. und (nach hier vertretener Lesart) auch entgegen BGH, Urt. v. 24.1.2017, KZR 47/14, NZKart 2017, 242 Rn. 35 – *VBL-Gegenwert II* (Zitat oben bei Fn. 19).

58 Dazu schon Körper, WuW 2015, 120, 133; ders., NZKart 2016, 348, 354; Franck, ZWeR 2016, 137, 144.

59 Vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rn. 676.

60 So Lettl, WuW 2016, 214, 217.

61 Vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rn. 681 f., die diesen Ansatz jedoch nur andenkend und in Rn. 683 zu Recht als nicht überzeugend verwirft.

oder Datenschutzrechts) einen außerwettbewerblichen Charakter haben, und dass keine Regelung der DSGVO ausdrücklich nur an marktbeherrschende Unternehmen adressiert ist. In Bezug auf die Kontrolle unangemessener AGB, die ebenfalls eher Ausdruck von Vertragsimparität als notwendig von Marktmacht sind, fehlt es an einem kartellrechtlichen „Anwendungswillen“, solange ihre Durchsetzung nicht zu einer Wettbewerbsbehinderung führt. Das AGB-Recht soll zudem, ebenso wie das UWG, nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers durch die Zivilgerichte und nicht durch eine Verwaltungsbehörde durchgesetzt werden.⁶² Diese Zuständigkeitszuweisung ist zwar nicht „in Stein gemeißelt“, hat aber bisher gut funktioniert.

Der Gesetzgeber könnte das *de lege ferenda* ändern, aber er hat dies bislang ganz bewusst nicht getan. Im Rahmen der 9. GWB-Novelle wurde diskutiert, ob das BKartA (etwa nach dem Vorbild der niederländischen ACM) zu einer Verbraucherschutzbehörde ausgebaut werden sollte, die auch das UWG und das Verbraucherschutzrecht durch Verwaltungsakte durchsetzen kann. Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Ansatz verworfen⁶³ und dem BKartA lediglich eine erweiterte Kompetenz zu Sektoruntersuchungen bei massenhaften Verstößen gegen Verbraucherschutzvorschriften eingeräumt (§ 32 e Abs. 5 und 6 GWB). Wenn das Amt nun meint, „bei hinreichendem Marktmachtbezug auf alle Wertungen der Rechtsordnung, soweit sie die Angemessenheit von Konditionen in einer ungleichen Verhandlungssituation betreffen“ zum Einschreiten nach § 19 Abs. 1 GWB befugt zu sein,⁶⁴ so würde diese gesetzgeberische Entscheidung unterlaufen.

2. Das BKartA als Datenschutzbehörde?

Für die Durchsetzung des Datenschutzrechts existieren Fachbehörden der Länder, denen nach § 40 Abs. 1 BDSG im Anwendungsbereich der DSGVO die Anwendung der Vorschriften über den Datenschutz obliegt. Diese Fachbehörden (und nicht das BKartA) sind die „unabhängigen Behörden“, denen diese Kompetenz i. S. v. Art. 51 DSGVO durch den deutschen Gesetzgeber zugewiesen wurde. Dass ein paralleles Einschreiten des BKartA diesen Behörden möglicherweise willkommen ist, ändert nichts an der Zuständigkeitsverteilung, die nicht zwischen verschiedenen Behörden „ausgehandelt“ werden kann, sondern verbindlich vom Gesetzgeber festgelegt wird.

Auch wenn Kartellamtspräsident *Mundt* betont, das Amt fische „nicht als *Datenschutzbehörde sui generis* in den Gewässern der Datenschützer“,⁶⁵ leitet die Kartellbehörde gleichwohl weitreichende Befugnisse im Bereich des Datenschutzes u. a. aus § 18 Abs. 3 a Nr. 4 GWB ab, demzufolge für die Analyse der Marktmacht eines Unternehmens u. a. auch „sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ relevant sein kann. Das Amt sieht in der Anwendung *und Auslegung* des Datenschutzrechts sogar seine „originäre Aufgabe, die von Datenschutzbeauftragten nicht erfüllt werden kann“.⁶⁶ Die mit der 9. GWB-Novelle in § 18 Abs. 3 a Nr. 4 GWB eingefügte Klarstellung macht in der Tat deutlich, dass Daten wettbewerbliche Machtfaktoren sein können. Allerdings ist insoweit bemerkenswert, dass der Referentenentwurf noch allgemeiner vom „Zugang zu Daten“ sprach.⁶⁷ Dieser Formulierung wurde das Wort „wettbewerbsrelevant“ hinzugefügt, gerade um klarzustellen, dass nicht der Datenschutz als solcher Gegenstand des Kartellrechts ist, sondern nur die Wettbewerbswirkungen der Datenwirtschaft insoweit relevant sein sollen. Eine Kompetenz zum „Datenschutz durch Kartellrecht“ folgt daraus

also gerade nicht. Ganz in diesem Sinne hat auch die EU-Kommission in ihrer Entscheidung *Facebook/WhatsApp* zu Recht 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“.⁶⁸

In zwei aktuellen Fällen hat die Kommission sogar darauf hingewiesen, dass die Unternehmen die durch einen Zusammenschluss erlangten Daten nicht ohne weiteres Nutzen dürften, gerade weil die DSGVO die Datennutzungsrechte begrenze. Die DSGVO wurde von der Kommission mithin als Faktor angesehen, welcher die Wettbewerbsrelevanz großer Datenbestände begrenzt.⁶⁹

Daraus, dass das Datenschutzrecht und die Grundrechte unbestritten *bei* Anwendung des Kartellrechts zu beachten sind, folgt daher keineswegs automatisch, dass diese Normen parallel zu den Datenschutzbehörden *durch* die Kartellbehörden durchgesetzt werden müssten. Genau dies scheint das BKartA aber zu tun, denn sowohl die Begründung für den Kartellrechtsverstoß als auch die Sanktionen (Stärkung der Einwilligungrechte der Nutzer, Einschränkung der Datensammlung und Datennutzung durch Facebook) werden letztlich dem Datenschutzrecht entnommen und mit der (in dieser Pauschalität unzutreffenden) Behauptung, Datenschutzrecht und Kartellrecht verfolgten das gleiche Ziel, auf das Kartellrecht übertragen.

Im Gegenteil: Durch eine Vermeidung von Doppelregelungen und Doppelzuständigkeiten wird das neue und sich noch in einem Findungsprozess befindliche Datenschutzrecht nach Maßgabe der DSGVO und des neuen BDSG vor sich widersprechenden Entscheidungen geschützt. Auf die Gefahr, dass durch eine Verdopplung der Zuständigkeiten am Ende das Ziel des Datenschutzes eher geschwächt als gestärkt werden könnte, hat nicht nur die Monopolkommission,⁷⁰ sondern in einem anderen Zusammenhang auch der Europäische Datenschutzbeauftragte hingewiesen.⁷¹ Die Annahme des Amtes, die selbständige Auslegung des Datenschutzrechts durch das BKartA würde dessen konsistente Auslegung sogar fördern, ist vor diesem Hintergrund zweifelhaft, und auch der Hinweis darauf, dass die Zivilgerichte ebenfalls Datenschutzrecht anwendeten, verfährt nicht, zumal das Amt selbst be-

62 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 RL 93/13/EWG bestehenden Option der AGB-Kontrolle durch Verwaltungsbehörden verzichtet habe; s. auch *Thomas*, NZKart 2017, 92, 94 ff.

63 Vgl. BT-Drs. 18/11456 S. 3 ff.; BT-Drs. 18/221 S. 22131.

64 BKartA, Fallbericht, (Fn. 6), S. 9.

65 So *Mundt*, NZKart 2019, 117, 118 (Hervorhebung im Original).

66 Vgl. BKartA, Hintergrundinformationen 2019 (Fn. 5), S. 7.

67 Vgl. BMWi, RefE, 1.7.2016, S. 11, <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/neunte-gwb-novelle.html>.

68 Vgl. KOMM., Beschl. v. 3.10.2014, M.7217 Rn. 164 – *Facebook/WhatsApp*. Ähnlich auch schon EuGH, Ur. v. 23.11.2006, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734 Rn. 63 – *Asnef-Equifax/Ausbanc*: „Wie zudem der Generalanwalt in Nr. 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“.

69 KOMM., Beschl. v. 6.12.2016, M.8124 Rn. 177 ff. – *Microsoft/LinkedIn*; 9.9.2018, M.8788 Rn. 313 – *Apple/Shazam*.

70 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rn. 683.

71 Vgl. EU-Datenschutzbeauftragter, Stellungnahme 4/2017, in welcher dieser sich gegen eine zivilrechtliche Durchsetzung von Datenschutzrechten auf der Basis einer digitalen Inhalte-Richtlinie neben der DSGVO ausspricht.

tont, dass die Gerichte sich mit einem Vorlagebeschluss zur Auslegung der DSGVO an den Europäischen Gerichtshof wenden könnten,⁷² denn das BKartA hat kein solches Vorlagerecht.

3. Schutz des Kartellrechts vor Politisierung

Würde es für eine Anwendung des Kartellrechts ausreichen, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, gegen eine Norm (z. B. des Datenschutzrechts) verstößt und daraus wettbewerbliche Vorteile zieht, so wäre der Anwendungsbereich des Kartellrechts praktisch grenzenlos, denn auch durch Verstöße gegen Normen des Baurechts, Umwelt- oder Arbeitnehmerschutzrechts usw. ließen sich sicher Kosten einsparen und insoweit Wettbewerbsvorteile gegenüber rechts-treuen Wettbewerbern erzielen. Dass solche Verstöße sanktioniert werden sollten und das Bürger und Wettbewerber Schutz verdienen, ist gewiss. Wenn Facebook das Datenschutzrecht verletzt, sollten die Datenschutzbehörden einschreiten, die seit Wirksamwerden der DSGVO auch empfindliche Geldbußen in Höhe von bis zu 4% des Konzernjahresumsatzes (Art. 83 DSGVO) verhängen können. Aber es muss nicht immer gerade das Kartellrecht zur Anwendung kommen, wenn der Rechtsverstoß nicht gerade auf der Marktmacht beruht.

Das Kartellrecht dient nach ganz herrschender und nach wie vor richtiger Auffassung *de lege lata* dem Schutz des Wettbewerbs. Es ist kein Universalinstrument für die Lösung aller Probleme der Gesellschaft,⁷³ sondern 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.

Wären die Generalklauseln, aus denen das Kartellrecht weitgehend besteht, Einfallstore für „alle Wertungen der Rechtsordnungen, soweit sie die Angemessenheit von Konditionen in einer ungleichen Verhandlungssituation betreffen“, wie das Amt meint, so könnte dies zu einer umfassenden Politisierung des Kartellrechts führen. Die dafür erforderlichen Abwägungsprozesse würden die Fähigkeiten und Kompetenzen der Kartellbehörden in formeller wie materieller Hinsicht überstrapazieren. Die Hinzuziehung von Experten der jeweiligen Fachbehörde, etwa einer Datenschutzbehörde, würde dabei nur wenig helfen, denn diese Fachleute könnten allenfalls feststellen, ob z. B. der Datenschutz durch das unternehmerische Verhalten beeinträchtigt oder gefördert wird. Die Abwägung des Datenschutzes mit dem kartellrechtlichen Ziel des Wettbewerbsschutzes müsste weiterhin von den Kartellbehörden geleistet werden. Dieses Problem würde sich potenzieren, wenn im konkreten Fall nicht nur ein außerwettbewerbliches Ziel, sondern ein bunter Strauß verschiedener Ziele (z. B. Datenschutz, Verbraucherschutz, Arbeitnehmerschutz usw.) neben dem Wettbewerbsschutz betroffen wären, die dann möglicherweise zusätzlich auch gegeneinander abgewogen werden müssten. Das aber wäre letztlich eine politische Entscheidung.

Genau aus diesem Grunde hat der deutsche Gesetzgeber im Bereich der Fusionskontrolle die Aufgabe einer Abwägung des Wettbewerbsschutzes mit außerwettbewerblichen Zielen ganz bewusst nicht dem BKartA aufgebürdet. Das Amt entscheidet über Zusammenschlüsse nach rein wettbewerb-

lichen Kriterien. Die politische Abwägungsentscheidung mit anderen Allgemeinwohlinteressen ist nach § 42 GWB zu Recht der Politik in Gestalt des Bundeswirtschaftsministers zugewiesen. Die Debatte über die Ministererlaubnis im Fall *Edeka/Tengelmann* und über das Instrument der Ministererlaubnis insgesamt im Rahmen der 9. GWB-Novelle⁷⁴ 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, sondern auch des Datenschutzes oder gar aller Wertungen der Rechtsordnung verpflichtet wäre. Diese Büchse der Pandora sollte auch in Zukunft besser verschlossen bleiben.

IV. Zusammenfassung

1. Das BKartA hat in seiner Facebook-Entscheidung festgestellt, dass das Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung auf dem deutschen Markt für private soziale Netzwerke verfügt.
2. Es ist zu dem Ergebnis gelangt, dass Facebook diese Stellung missbraucht habe, indem es sich in seinen Datenverarbeitungs-AGB die Möglichkeit zur Sammlung und Verarbeitung von Daten „dritter Unternehmen“ einräumen ließ, ohne über eine wirksame freiwillige Einwilligung der Nutzer zu verfügen. Ferner nimmt das Amt auch eine Behinderung der Wettbewerber durch dieses Verhalten an.
3. Das Amt leistet mit dieser Entscheidung Pionierarbeit. Doch schießt es, soweit die derzeit vorliegenden Quellen eine erste Einschätzung erlauben, dabei möglicherweise über das Ziel hinaus. Dass gerade das Sammeln der Daten zu einer Behinderung der Wettbewerber führt, erscheint ebenso zweifelhaft wie das Vorliegen einer kartellrechtlich relevanten Ausbeutung der Nutzer, und auch eine Kausalität in dem Sinne, dass es Facebook gerade wegen seiner marktbeherrschenden Stellung möglich war, seine AGB durchzusetzen, erscheint fraglich.
4. Der Schutz der Verbraucher vor unangemessenen AGB und vor Datenschutzverstößen, die das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigen, ist unbestreitbar von hoher Wichtigkeit. Diese (und andere) Regelungsmaterien sind auch bei Anwendung kartellrechtlicher Generalklauseln zum Schutz des Wettbewerbs zu berücksichtigen. Aber sie müssen nicht gerade durch Kartellrecht und Kartellbehörden durchgesetzt werden. Dafür stehen andere, spezifische Rechtsschutzmöglichkeiten und Fachbehörden zur Verfügung.
5. Genuine Aufgabe des Kartellrechts und der Kartellbehörden ist der Schutz des Wettbewerbs und dadurch auch der Konsumentenwohlfahrt. Diese bewusst einseitige Ausrichtung sichert den Wettbewerbsschutz gegen politische Einflussnahme. Die Kartellbehörden sind daher nach der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers *de lege lata* weder allgemeine Aufsichtsbehörden für marktbeherrschende Unternehmen noch Verbraucher- oder Datenschutzbehörden. ■

72 BKartA, Fallbericht (Fn. 6), S. 10.

73 So schon Körper WuW 2015, 120, 133.

74 Dazu z. B. die Beiträge von Jungbluth, Kühling und Thomas, in Körper/Immenga (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik, 2019; Maier-Rigaud/Schwalbe, NZKart 2015, 289.