

DATENSCHUTZ

KONKRET

Recht | Projekte | Lösungen

Chefredaktion: Rainer Knyrim

Whistleblowing

Whistleblowing – Sicherstellung des Hinweisgeberschutzes

Sabine Brunner und Rafael Nagel

Checkliste Whistleblowing

Hans-Jürgen Pollirer

Das ist kein Vernaderungssystem

Interview mit Robert Baumgartner-Jurko, A1 Telekom Austria

**Praxisbeitrag: Notwendigkeit einer
Data Breach Notification**

Thomas Reisinger und Gerhard Hofbauer

**Marktmissbrauch durch DSGVO-Verstoß?
Ein Vergleich**

Heinrich Kühnert und Nino Tlapak

**OLG Innsbruck: Immaterieller Schadenersatz
ohne Schaden?**

Thomas Schweiger

Heinrich Kühnert/Nino Tlapak

Rechtsanwalt und Partner bei DORDA Rechtsanwälte/Rechtsanwalt bei DORDA Rechtsanwälte.

Marktmissbrauch durch DSGVO-Verstoß? Ein kritischer Vergleich mit Österreich

Marktbeherrschende Stellung; Kausalität; Gesamtabwägung. Datenschutz und Kartellrecht sind zwei wesentliche Aspekte der aktuellen Debatte über die Regulierung großer Internetkonzerne. Im Jahr 2019 hatte das dt Bundeskartellamt (BKartA) mit seiner Entscheidung gegen Facebook eine Verbindung dieser beiden Themenkreise versucht: Auf Basis des Kartellrechts erlegte das BKartA Facebook weitgehende Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung von Userdaten auf, insb eine „innere Entflechtung bei den Daten“.¹ Die Verknüpfung und Verwendung von Daten, die von anderen Diensten des Facebook-Konzerns (wie Instagram, WhatsApp oder Oculus) generiert werden, mit Daten aus der Nutzung der Facebook-Plattform sollte nur noch mit Einwilligung des Nutzers erfolgen. Ebenso sollte auch die Verknüpfung und Verwendung von über Drittwebseiten (zB über soziale Plugins wie Like- und Share-Buttons oder das Facebook-Login) generierten Daten der freiwilligen Einwilligung des Nutzers bedürfen. Im noch laufenden Rechtsmittelverfahren ist Facebook indes ein erster Erfolg gelungen: Das OLG Düsseldorf erkannte der von Facebook erhobenen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu, da nach seiner Auffassung ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des BKartA bestünden.² Der Beitrag stellt den Rechtsstreit in Deutschland näher dar und untersucht, ob die tragenden Entscheidungsgründe auch im österr Recht Entsprechung finden.

Die Facebook-Entscheidung

Die Entscheidung des Bundeskartellamt (BKartA) gründet auf dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§§ 18 f dGWB). Ähnliche Bestimmungen finden sich im AEUU (Art 102 AEUV) und im österr KartG (§ 4 f KartG).

Marktbeherrschende Stellung von Facebook

Voraussetzung für das Vorliegen eines Verstoßes gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Eine solche liegt nach Auffassung des BKartA auf dem dt Markt für soziale Netzwerke vor.³ Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung begründet das Amt ua

- mit dem hohen Marktanteil auf Basis der daily active users,

- dem Bestehen direkter (je mehr Nutzer, desto attraktiver ist das Netzwerk für neue Nutzer) und indirekter Netzwerkeffekte (je mehr Nutzer, desto attraktiver ist das Netzwerk für Werbetreibende, auf deren Seite das Produkt monetarisiert wird) sowie
- mit dem Vorliegen eines Lock-in Effekts, da ein Wechsel zu einem anderen sozialen Netzwerk zu einem Verlust der (oft über Jahre aufgebauten) Kontakte führe.
- Zudem verfüge Facebook über einen überragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten.⁴

Missbräuchlichkeit der Datenverarbeitungskonditionen

Anders als bei der Analyse der Marktmacht betritt das BKartA bei der Beurteilung der

Missbräuchlichkeit der Datenverarbeitung durch Facebook⁵ kartellrechtliches Neuland. Dabei bezieht es sich auf die Urteile des BGH in den Sachen *VBL Gegenwert* und *Pechstein*, wonach bei der Prüfung von Konditionenmissbräuchen nach § 19 Abs 1 GWB gesetzliche Wertentscheidungen, wie sie in den Grundrechten oder in der AGB-Kontrolle zum Ausdruck kommen, zu berücksichtigen sind. Konditionen, die diesen gesetzgeberischen Wertentscheidungen widersprechen, können gegen das Missbrauchsverbot verstoßen, wenn ihre Vereinbarung Ausfluss

¹ Bundeskartellamt, Pressemeldung vom 7. 2. 2019, Bundeskartellamt untersagt Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html (Zugriff: 25. 5. 2019). ² OLG Düsseldorf 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V). ³ Berufszetwerke, Jobbörsen, Messaging-Dienste, Videoplattformen und andere soziale Medien sind nach Auffassung des BKartA nicht Teil des relevanten Marktes; BKartA 6. 2. 2019, B6-22/16, Facebook, Rn 264 ff. ⁴ BKartA B6-22/16, Rn 374 ff. ⁵ BKartA 6. 2. 2019, B6-22/16, Facebook, Rn 522 ff.

der Marktmacht oder großer Machtüberlegenheit des Verwenders ist.⁶

In seiner Entscheidung **überträgt** das BKartA diese **Rsp** erstmals auf das **Datenschutzrecht**: Bei der Interessenabwägung nach § 19 Abs 1 GWB seien das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und die dem Datenschutzrecht innewohnenden Angemessenheitskonzepte zu berücksichtigen.⁷ In der Folge wendet das BKartA die Regelungen der DSGVO an und kommt zum Ergebnis, dass es sich bei der Erfassung von nutzer- und gerätebezogenen Daten und der Zuordnung dieser Informationen zum jeweiligen Facebook-Konto sowie bei der Verwendung dieser Informationen um die Verarbeitung von personenbezogenen Daten einschließlich besonderer Datenkategorien und Profiling iSd Art 4 Nr 4 DSGVO handle.⁸ Für diese Datenverarbeitungen sei Facebook Ireland datenschutzrechtlich verantwortlich.⁹

Es liegt keine freiwillige Einwilligung der Nutzer vor.

Ferner seien die Datenverarbeitungen weder nach Art 6 (bei klassischen personenbezogenen Daten, wie etwa Name oder Adresse) noch nach Art 9 DSGVO (für personenbezogene Daten besonderer Kategorien, wie etwa zur Gesundheit oder sexuellen Orientierung) gerechtfertigt.¹⁰ Insb verneint das BKartA aufgrund der Koppelung mit der Registrierung und des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung die von Art 7 Abs 4 iVm Art 6 Abs 1 lit a sowie Art 9 Abs 2 lit a DSGVO explizit geforderte **Freiwilligkeit der Einwilligung** der Nutzer.¹¹ Auch die Nutzereinstellungen, in welchen sich Nutzer für oder gegen die Anzeige personalisierter Werbung entscheiden können, reichten aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht für eine Einwilligung aus, da die Einwilligung stets vor der ersten Erhebung von Daten auf informierter Basis erteilt werden muss.¹² De facto handle es sich beim von Facebook implementierten Einwilligungsregime aber um ein **unzulässiges Opt-out**. Damit liege aus datenschutzrechtlicher Sicht eben keine gültige Einwilligung vor, die jedoch insb bei Daten besonderer Kategorien nach Art 9 Abs 2 DSGVO unumgänglich ist, da keine andere Rechtsgrundlage – wie zB gesetzliche Pflichten – in Frage kommt. Die Verarbeitung der sonstigen personenbezogenen Daten, die nicht aus der Nutzung der Facebook-Plattform selbst, sondern aus anderen konzerner-

genen Diensten oder den Facebook Business Tools resultieren, erachtet das BKartA auch nicht als zur Vertragserfüllung erforderlich oder durch berechtigte Interessen von Facebook oder Dritten gerechtfertigt (Art 6 Abs 1 lit b und f DSGVO). Da auch die übrigen Rechtsgrundlagen nach Art 6 DSGVO – wie gesetzliche Pflichten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben – nicht greifen, bleibe schlussendlich für sämtliche gegenständliche Daten nur die Möglichkeit der vorab freiwillig erteilten Einwilligung durch eine aktive, unmissverständliche Handlung des Betroffenen.¹³

Wie bereits erwähnt, müssen Verstöße gegen die Wertentscheidungen anderer Gesetze nach der Rsp des BGH „Ausfluss“ von Marktmacht sein, um als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert zu werden. Das BKartA interpretiert dieses Erfordernis unter Berufung auf Stimmen in der dt Lit¹⁴ so, dass eine strenge Kausalität idS, dass erst die Marktmacht das Verhalten möglich mache, nicht erforderlich sei. Ausreichend sei vielmehr eine **normative Ergebniskausalität** idS, dass sich das Verhalten aufgrund der Marktbeherrschung im Ergebnis wettbewerbsschädlich auswirke. Ein Vergleich zu auf anderen Märkten angewendeten Datenschutzbedingungen sei daher nicht erforderlich.¹⁵

BKartA sieht Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Datenschutzverletzung.

Im konkreten Fall erblickt das BKartA die normative Kausalität darin, dass das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zur Möglichkeit führe, Datenverarbeitungsbedingungen **einseitig durchzusetzen**, und damit die Unfreiwilligkeit (und somit auch Unzulässigkeit) der datenschutzrechtlichen Einwilligung begründe.¹⁶ Zusätzlich erblickt das BKartA einen ergebniskausalen Zusammenhang mit der Marktbeherrschung in tatsächlichen und potentiellen **Behinderungswirkungen** zulasten von Wettbewerbern etwa dadurch, dass Marktzutrittschranken aufgrund des Datenvorsprungs von Facebook verstärkt würden.¹⁷ Dieser Kausalzusammenhang zwischen den festgestellten Verstößen gegen die Wertungen des Datenschutzrechts und der marktbeherrschenden Stellung von Facebook begründet nach Auffassung des BKartA einen

Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des § 19 GWB.

Aussetzung durch das OLG Düsseldorf

Nach § 65 Abs 3 GWB kann das OLG Düsseldorf einer Beschwerde gegen eine Abstellungsverfügung des BKartA **aufschiebende Wirkung** zuerkennen, wenn ernstliche Zweifel an deren Rechtmäßigkeit bestehen. Auf Antrag von Facebook hat das OLG der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt. Entgegen der Auffassung des BKartA kam das Gericht zum Ergebnis, dass ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu besorgen sei:

Insb zog das OLG den vom BKartA festgestellten Zusammenhang mit der Marktmacht von Facebook in Zweifel: Marktbeherrschende Unternehmen treffe zwar eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb, nicht aber eine solche zur Vermeidung jedweden sonstigen Rechtsverstoßes.¹⁸ Daher könne ein Verstoß gegen Datenschutzrecht für sich genommen noch keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen. Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot setze voraus, dass sich die Konditionen bei Zugrundelegung eines hypothetischen Wettbewerbsszenarios (dh ohne die marktbeherrschende Stellung) nicht gebildet hätten.¹⁹ MaW: Für das Vorliegen eines **Ausbeutungsmissbrauchs** sei **Verhaltenskausalität** erforderlich, dh, erst die Marktmacht müsse die Durchsetzung der Geschäftsbedingungen ermöglicht haben.²⁰ Aus den vom BKartA angestellten datenschutzrechtlichen Erwägungen zur Freiwilligkeit der Einwilligung der Nutzer lasse sich aber nicht ableiten, dass die Verknüpfung und Verwendung der Mehrdaten kausal auf Marktbeherrschung zurückzuführen sei.²¹

Kommentierung

Die Entscheidung des BKartA bereichert die intensiv geführte Debatte, wie das Kar-

⁶BGH 6. 11. 2013, KZR 58/11, VBL *Gegenwert I*, Rn 65; BGH 24. 1. 2017, KZR 47/14, VBL *Gegenwert II*, Rn 35; BGH 7. 6. 2016, KRZ 6/15, Pechstein/ISU, Rn 48 (s. dazu auch die Ann von Podszun, JZ 2017, 208). ⁷BKartA B6–22/16, Rn 529. ⁸BKartA B6–22/16, Rn 573 ff. ⁹BKartA B6–22/16, Rn 605 ff. ¹⁰BKartA B6–22/16, Rn 629 ff. ¹¹BKartA B6–22/16, Rn 646. ¹²BKartA B6–22/16, Rn 655. ¹³Ob Facebook sich bei der Verarbeitung der bei der Nutzung der Facebook-Plattform selbst generierten Daten (anders als bei den anderen Diensten, auf die sich die Entscheidung bezieht) auf einen der anderen Rechtfertigungsgründe der DSGVO berufen kann, lässt das BKartA offen; BKartA, B6–22/16, Rn 688 ff, 696. ¹⁴Fuchs in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ Bd 2 Teil 1, § 19 GWB, Rn 82 b. ¹⁵BKartA B6–22/16, Rn 875. ¹⁶BKartA 6. 2. 2019, B6–22/16, Facebook, Rn 877 f. ¹⁷BKartA 6. 2. 2019, B6–22/16, Facebook, Rn 885 ff. ¹⁸OLG Düsseldorf 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V) 13 f. ¹⁹OLG Düsseldorf 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V) 15 f. ²⁰OLG Düsseldorf 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V) 19. ²¹OLG Düsseldorf 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V) 27.

tellrecht mit digitalen Geschäftsmodellen umgehen soll, um einen weiteren Aspekt. Hauptgegenstand der kartellrechtlichen Diskussion war bislang, welche Auswirkungen die stark ausgeprägten Netzwerkeffekte und Big Data auf das Bestehen von Marktmacht im digitalen Bereich haben, und ob das Kartellrecht ausreichend effektive Behelfe bereitstellt, um damit umzugehen. Bisherige Entscheidungen betreffen daher den **Vorwurf der Marktverschließung** durch große Plattformen, etwa durch Bevorzugung eigener Dienste,²² Präinstallation eigener Apps,²³ oder den Abschluss von Exklusivitätsvereinbarungen.²⁴ Von Wettbewerbsbehörden in Auftrag gegebene Studien empfehlen ua die Anordnung von Datenportabilität und Interoperabilität²⁵ sowie die strengere Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen im digitalen Bereich.²⁶ Die *Facebook*-Entscheidung betrifft demgegenüber nicht das Verhältnis von Facebook zu seinen Wettbewerbern, sondern das Verhältnis zu Kunden. Wie die Aussetzungsentscheidung des OLG Düsseldorf zeigt, stellen sich bei der Feststellung eines Ausbeutungsmisbrauchs aber komplexe Fragen – insb die **Kardinalsfrage**, ob möglicherweise als unangemessen empfundene Entgelte oder Geschäftsbedingungen tatsächlich auf Marktmacht zurückzuführen sind.

Übertragbarkeit auf Österreich?

Die *Facebook*-Entscheidung beruht ausdrücklich nur auf dt Kartellrecht. Wie das BKartA ausführt, liegt zum europäischen **Misbrauchsverbot** des Art 102 AEUV **keine Rsp** vor, nach welcher zur Feststellung der Missbräuchlichkeit auf grundrechtliche oder einfachgesetzliche Wertentscheidungen zurückzugreifen wäre.²⁷ Auch in Österreich gibt es keine der dt *VBL Gegenwert*-Rsp vergleichbare Spruchpraxis. In *Westbahn II* hatte das Kartellgericht bei der Auslegung des kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs eines staatlichen Unternehmens zwar auch die Fiskalgeltung der Grundrechte berücksichtigt. Der OGH hat im Rekursverfahren jedoch zwischen dem privatrechtlichen Kontrahierungszwang staatlicher Monopolunternehmen einerseits und dem aus dem Misbrauchsverbot des § 5 KartG resultierenden Kontrahierungszwang andererseits unterschieden.²⁸

Allein das Fehlen einer entsprechenden Entscheidungspraxis reicht jedoch nicht aus, um die Übertragbarkeit der vom

BKartA vertretenen Interpretationen des Misbrauchsverbots auf das österr Recht auszuschließen. Die *Facebook*-Entscheidung des BKartA beruht auf der Generalklausel des § 19 Abs 1 GWB, welche den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet. Eine **Generalklausel** enthält auch § 5 Abs 1 S 1 KartG. Zudem wird auch in der österr Rsp die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten über eine andere Generalklausel, nämlich das Sittenwidrigkeitsverbot des § 879 Abs 1 ABGB, grundsätzlich bejaht.²⁹

Die Anerkennung der **mittelbaren Drittwirkung** bei der Sittenwidrigkeitsprüfung führt jedoch nicht zwingend dazu, dass Datenschutzverstöße marktbeherrschender Unternehmen gleichzeitig Konditionenmissbräuche nach § 5 KartG darstellen. Nach uA sind die Zweifel des OLG Düsseldorf an der Rechtmäßigkeit der parallelen Durchsetzung des Datenschutzrechts über das Misbrauchsverbot nämlich begründet:

Instrumentelle Kausalität erforderlich?

Das Misbrauchsverbot sieht in § 5 Abs 1 Z 1 KartG einen Regeltatbestand für die Prüfung von Konditionenmissbräuchen vor. Danach sind Geschäftsbedingungen missbräuchlich, wenn sie von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insb die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind. Die vom BKartA vertretene Auslegung, eine strenge (instrumentelle) Kausalität und damit eine Prüfung, ob auf wettbewerblichen Märkten nur weniger „datenhungrige“ AGB durchsetzbar sind, sei nicht erforderlich, **widerspricht** dem klaren **Wortlaut** dieses Regeltatbestands. Ist das Daten-Marktergebnis aber nicht das Resultat von Marktmacht, sondern von Informationsasymmetrien oder einer rationalen Apathie der Nutzer, so liegt – wie das OLG Düsseldorf ausführt – kein Wettbewerbsproblem vor. Derartige Fragestellungen sind vielmehr Gegenstand anderer Regelungsmaterien, wie dem Verbraucherschutzrecht.³⁰

Behinderungsmisbrauch und Ausbeutungsmisbrauch sind zu unterscheiden.

Der dagegen erhobene Einwand, der EuGH fordere in seiner Rsp keine instrumentelle

Kausalität der Marktmacht für das missbräuchliche Verhalten,³¹ überzeugt nicht: Das dafür herangezogene Urteil *Continental Can*³² betrifft nämlich nicht den Ausbeutungsmisbrauch zulasten von Kunden, sondern den Behinderungsmisbrauch zulasten von Wettbewerbern. Beim **Behinderungsmisbrauch** folgt das Kartellrecht ökonomischen Erkenntnissen, wonach Verhalten (wie etwa Kampfpreise oder Bündelangebote), das ohne Marktmacht neutral oder sogar effizienzsteigernd wirkt, bei Marktmacht negative Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt haben kann. Solche negativen Auswirkungen werden unter bestimmten Voraussetzungen – etwa bei Unterschreiten bestimmter Kostenmaßstäbe – vermutet (normative Kausalität). Demgegenüber sind bei Ausbeutungsmisbräuchen wie überhöhten Preise oder unangemessenen Geschäftsbedingungen das missbräuchliche Verhalten und die negativen Auswirkungen ident. Für eine normativ-kausale Vermutung von Auswirkungen besteht daher kein Raum.³³

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so ist das „Daten-Marktergebnis“ kartellrechtlich nicht notwendigerweise irrelevant. Ob ein Verstoß gegen das Misbrauchsverbot vorliegt, kann aber nicht allein anhand einer datenschutzrechtlichen Prüfung beurteilt werden. Vielmehr ist ein Eingriff mit den Mitteln des Kartellrechts nur dann angezeigt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Marktmacht einsetzt, um Vorteile zu erlangen, die es bei wirksamem Wettbewerb nicht erhalten hätte.³⁴ Dies ist anhand der anerkannten Prüfmaßstäbe für Ausbeutungsmisbräuche, wie insb dem Vergleichsmarktkonzept, zu prüfen.³⁵

²² EK 27. 6. 2017, AT.39740, *Google Shopping*. ²³ EK, Pressemitteilung IP/18/4581 v 18. 7. 2018, AT.40099, *Google Android*. ²⁴ EK, Pressemitteilung IP/19/1770 v 20. 3. 2019, AT.40411, *Google Search*. ²⁵ *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, Final report 2019; ²⁶ *Digital Competition Expert Panel (UK)*, Unlocking digital competition (2019). ²⁷ *BKartA B6–22/16*, Rn 914. ²⁸ OGH als KOG 11. 10. 2012, 16 Ok 1/12, *Westbahn II*. ²⁹ Vgl zB OGH 24. 1. 2019, 6 Ob 55/18h; OGH 8. 9. 2004, 7 Ob 193/04i. ³⁰ *Körber*, Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts – Marktmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts, NZKart 2019, 187 (192 f); *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen – Endbericht, 2018, 108. ³¹ *Mohr*, Kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch datenschutzwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen – Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts v. 6. 2. 2019, EuZW 2019, 265 (272 f); *Pomana/Schneider*, Wettbewerbsrecht und Datenschutz: Facebook im Visier des Bundeskartellamts, BB 2018, 965 (974). ³² EuGH 21. 2. 1973, C-6/72, *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, Rn 26; EuGH 13. 2. 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36, Rn 91. ³³ Im Ergebnis ebenso *Franck*, Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmisbrauch durch rechtswidrige Konditionen, ZWeR 2016, 137 (148 f, 151 ff). ³⁴ EuGH 14. 2. 1978, C-27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rn 248, 257. ³⁵ OGH als KOG 16. 9. 2014, 16 Ok 13/13, *Linx Strom*; EuGH 14. 2. 1978, C-27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rn 248, 257; EuGH 14. 9. 2017, C-177/16, *AKKA/LAA*, ECLI:EU:C:2017:689, Rn 35 ff.

Gesamtabwägung erforderlich?

Zeigt diese Prüfung, dass das Daten-Markt-ergebnis aus einer marktbeherrschenden Stellung resultiert, so stellt sich die Frage, ob die kartellrechtliche Prüfung damit ein Ende finden kann. Nach einer in der **dt Lehre** vertretenen Auffassung ist die instrumentelle Kausalität der marktbeherrschenden Stellung zwar notwendige, aber auch hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen eines Konditionenmissbrauchs. Zwingende Verbraucherschutz- und Datenschutzstandards seien aus grundrechtlichen Gründen als Untergrenze bei der Konditionenkontrolle zu akzeptieren. Eine Gesamtabwägung mit sonstigen, verbraucherfreundlichen Konditionen oder mit legitimen Interessen des Marktbeherrschers sei nicht erforderlich.³⁶ Nach der **älteren dt Rsp**³⁷ ist im Rahmen der Konditionenkontrolle hingegen eine Gesamtabwägung erforderlich: Nach dem BGH-Urteil in der Sache *Favorit* kann die ungünstige Wirkung einer Klausel durch die günstige Wirkung anderer Klauseln oder durch die Preisgestaltung ausgeglichen werden.³⁸

Aus Sicht der Autoren ist zumindest für das **österreich Recht** vom Erfordernis einer Gesamtabwägung auszugehen. Hierfür spricht die **Entscheidung des OGH** in der Sache *Linz Strom*, wonach bei der kartellrechtlichen Angemessenheitsprüfung von Preisen iSd § 5 Abs 1 Z 1 KartG die Missbräuchlichkeit einzelner Entgeltbestandteile nicht ausreicht. Nur das daraus resultierende Gesamtentgelt kann einen Missbrauch verwirklichen.³⁹ Es wäre inkonsistent, könnte beim Konditionenmissbrauch hingegen eine Gesamtabwägung unterbleiben.

Das Doppelbestrafungsverbot spricht gegen eine Übertragung.

Überdies stellen sich schwierige Fragen mit Blick auf das **Doppelbestrafungsverbot**, wenn man für den kartellrechtlichen Missbrauch die Datenschutzwidrigkeit einzelner Klauseln ausreichen lässt.⁴⁰ Verhängen (anders als in *Facebook*, wo das BKartA von seiner Sanktionsbefugnis keinen Gebrauch gemacht hat) sowohl die Wettbewerbs- als auch die Datenschutzbehörden Geldbußen wegen desselben Verhaltens, so ist nach der Rsp des EuGH ua erforderlich, dass mit den jeweiligen Sanktionen **komplementäre Zwecke** verfolgt werden.⁴¹ An einem derart

komplementären Verhältnis fehlt es uE aber, wenn keine Gesamtwürdigung erfolgt, sondern sich die kartellrechtliche Prüfung auf die Frage beschränkt, ob datenschutzrechtliche Vorgaben eingehalten wurden.

Schließlich kann uE eine Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Mindeststandards im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung auch nicht mit dem Erfordernis der **Einheitlichkeit der Rechtsordnung** begründet werden: Das Kartellrecht schützt den Wettbewerb nicht als Selbstzweck, sondern weil gute Gründe dafür sprechen, dass wettbewerbliche Märkte im Allgemeinen effizienter sind als monopolistische.⁴² Das Datenschutzrecht folgt hingegen grundrechtlichen Erwägungen und nimmt damit verbundene ökonomische Ineffizienzen in Kauf. Die ältere rechtsökonomische Lit⁴³ sah den aus Datenschutz resultierenden Verlust an Informationen grundsätzlich als ökonomisch ineffizient an; nach neueren ökonomischen Erkenntnissen kann Datenschutz aber auch effizient sein, insb wenn Anbieter ohne Datenschutz in der Lage wären, durch Preisdiskriminierung die Konsumentenrente zu appropriieren. Müsste der kartellrechtlichen Prüfung eine möglicherweise mit dem Regelungszweck des Kartellrechts inkonsistente datenschutzrechtliche Wertung zugrunde gelegt werden, so würde die Vorhersehbarkeit und damit die verhaltenssteuernde Wirkung des Kartellrechts beeinträchtigt.

Zum Thema

Über die Autoren

RA Dr Heinrich Kühnert, MJur, ist Partner und Leiter der Praxisgruppe Kartellrecht bei DORDA. E-Mail: heinrich.kuehnert@dorda.at

RA Mag. Nino Tlapak, LL.M. (IT-Law), ist Rechtsanwalt im IP/IT und Datenschutz-Team bei DORDA mit Schwerpunkt auf Datenschutzrecht, Cybersecurity und IT-Vertragsgestaltung. E-Mail: nino.tlapak@dorda.at

Pressemeldung des BKartA

www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html

Literatur zur Facebook-Entscheidung

Bucher, *Marktmachtmissbrauch aufgrund Verletzung des Datenschutzrechts*, ÖBl 2019, 173; Wittmann, *Das Bundeskartellamt untersagt Facebook die Sammlung von Nutzerdaten aus anderen Quellen*, MR 2019, 3; Kühnert/Tlapak, *Konzernhaftung und „wirtschaftliche Einheit“ nach Kartell- und Datenschutzrecht*, ÖBl 2019, 267.

Fazit

Die in der gegenständlichen Entscheidung des BKartA kann nicht ohne weiteres auf die österr Rechtslage, insb § 5 Abs 1 Z 1 KartG, übertragen werden. Vielmehr sprechen die dargelegten Gründe dafür, bei der kartellrechtlichen Prüfung weiterhin eine Gesamtwürdigung der Konditionen vorzunehmen. Dafür ist die datenschutzrechtliche Begründung des BKartA – zu der sich das OLG Düsseldorf bislang nicht geäußert hat⁴⁴ – für sich allein nicht ausreichend. Zudem ist die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundprinzipien durch die DSGVO selbst sowie den jeweiligen nationalen Gesetzen der Mitgliedsstaaten bereits ausreichend durch abschreckende Sanktionen abgesichert. Eine zusätzliche Durchsetzung im Wege des Kartellrechts (mit den daraus folgenden Wertungsinconsistenzen) ist daher uE weder erforderlich noch zweckdienlich.

Dako 2020/22

³⁶ Franck, *Eine Frage des Zusammenhangs*, ZWeR 2016, 137 (153 f). ³⁷ Ob diese Rsp nach den E VBL-Gegenwert weiter Bestand hat, wird in der dt Lit als offen bezeichnet: Wiedmann/Jäger, *Bundeskartellamt gegen Facebook: Marktmissbrauch durch Datenschutzverstöße?* K&R 2016, 217 (220). ³⁸ BGH 6. 11. 1984, KVR 13/83, *Favorit*, Rn 22. ³⁹ OGH als KOG 16. 9. 2014, 16 Ok 13/13, *Linz Strom*. ⁴⁰ Hierzu Jäger, *Kartellstrafrecht 4.0: Big Data, Datenschutz und Ne bis in idem*, wbl 2018, 417 (420 ff). ⁴¹ EuGH 20. 3. 2018, C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, Rn 44; EuGH 20. 3. 2018, C-537/16, *Garlsson*, ECLI:EU:C:2018:193, Rn 46; EuGH 20. 3. 2018, verb RS C-596/16 und C-597/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192, Rn 42. ⁴² Whish/Bailey, *Competition Law*⁸ (2015) 19. ⁴³ Posner, *The Right of Privacy*, *Georgia Law Review* 1978, 393; Stigler, *An Introduction to Privacy in Economics and Politics*, *Journal of Legal Studies* 1980, 623. ⁴⁴ OLG Düsseldorf 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V) 12.