

RA Dr. Kim Manuel Künstner, Frankfurt a. M.\*

# Facebook und die kartellrechtliche Regulierung der Datennutzungen

## Bundeskartellamts Werk und OLG Düsseldorf's Beitrag?

*Die Entscheidung des Bundeskartellamts in Sachen „Facebook“ fügt sich in die Reihe von Entscheidungen zur kartellrechtlichen Kontrolle digitaler Märkte ein. Sie hebt sich allerdings dadurch ab, dass sie in erheblichem Maße auf rechtliche Fragen der DSGVO eingeht. Befürchtungen, dass sich das Bundeskartellamt Datenschutzbefugnisse anmaßt und jeder DSGVO-Verstoß eines Marktbeherrschers künftig (auch) ein Fall für Bonn ist, vermag das Amt mit der auch unter kartellrechtlichen Aspekten nicht völlig überzeugenden Entscheidung nicht zu zerstreuen. Dies sieht auch das OLG Düsseldorf so. Dabei hätte sich ein alternativer Ansatz angeboten.*

### I. Hintergrund und Entscheidungen

Nach knapp drei Jahren Ermittlungen und u. a. dem zwischenzeitlichen Inkrafttreten der DSGVO untersagte das Bundeskartellamt mit Beschluss vom 28. 3. 2019 Facebook, Daten über Nutzer auch außerhalb von facebook.com zu sammeln und diese Daten den individuellen Nutzerkonten ohne freiwillige Einwilligung der Nutzer zuzuordnen.<sup>1</sup> Dies betrifft insbesondere die Sammlung von Daten während der Nutzung anderer Konzerndienste wie WhatsApp und Instagram, aber auch während der Nutzung von Drittseiten und Apps über Schnittstellen von Facebook wie etwa der Einbindung des „Gefällt-mir“-Buttons auf Drittseiten.<sup>2</sup> Bisher stehen Nutzer vor der Entscheidung, entweder durch Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen diese Form der Datensammlung zu gestatten oder auf die Dienste von Facebook insgesamt zu verzichten. Facebook bezeichnet diese Form der Datennutzung für die Erbringung seiner Dienste als erforderlich.<sup>3</sup>

Nach Einschätzung des Bundeskartellamts stellt das Verhalten einen Missbrauch Facebooks marktbeherrschender Stellung in Form des Konditionenmissbrauchs nach § 19 Abs. 1 GWB dar, der binnen 12 Monaten abzustellen sei. Zum einen verlieren die Nutzer die Kontrolle über ihre Daten.<sup>4</sup> Zum anderen sichere Facebook seine marktbeherrschende Stellung durch die extensive Datennutzung ab.<sup>5</sup> Dabei verstoße Facebook gegen geltendes Datenschutzrecht. Die Tatbestände des Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO insbesondere auch unter dem Aspekt der freiwilligen Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO), Vertragserfüllung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO) und der Wahrnehmung berechtigter Interessen (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO) als Rechtfertigung für die Datenerhebung über Drittdienste und -seiten schieden demnach in concreto aus.<sup>6</sup> Die daten-

schutzrechtlichen Verstöße seien zudem Ausfluss von Facebooks Marktmacht auf dem Markt für private soziale Netzwerke, was die Anwendung der Missbrauchskontrolle im Sinne der BGH-Rechtsprechung rechtfertige.<sup>7</sup> Facebook müsse daher zumindest wirksame und freiwillige Einwilligungen der Nutzer einholen, um Daten auf anderen Seiten als facebook.com zu sammeln und zu nutzen. Nicht beanstandet hat das Bundeskartellamt das Sammeln von Nutzerdaten auf der Seite facebook.com. Das Bundeskartellamt wertet seine Entscheidung als „innere Entflechtung der Daten“ bei Facebook.<sup>8</sup>

Die Durchsetzung der Entscheidung ist derzeit aufgrund eines erfolgreichen Rechtsmittels Facebooks beim OLG Düsseldorf gehemmt.<sup>9</sup> Demnach kommt Facebooks Beschwerde gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts aufschiebende Wirkung zu. Hierzu musste das Gericht eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage vornehmen. Das OLG bringt deutlich zum Ausdruck, dass die beanstandete Datenverarbeitung durch Facebook keinen relevanten Wettbewerbsschaden und auch keine wettbewerbliche Fehlentwicklung erwarten lasse.<sup>10</sup> Das Bundeskartellamt hat angekündigt, Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung zum BGH einzulegen.

### II. Kontroverse um Verhältnis zwischen Kartell- und Datenschutzrecht

Bereits mit Einleitung des Verfahrens 2016 entstand eine Kontroverse darüber, ob das Bundeskartellamt sich die Befugnisse einer Datenschutzbehörde anmaße und das kartellrechtliche Missbrauchsverbot ins uferlose ausweitere.<sup>11</sup> Höchstrichterlich geklärt ist, dass AGB-Verstöße durch Marktbeherrscher die Anwendung der kartellrecht-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Schulte Riesenkampff in Frankfurt a. M. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 10. 9. 2019.

- 1 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16 – Facebook; abrufbar unter [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=8](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=8).
- 2 Mündt, NZKart 2019, 117.
- 3 Facebook-Datenrichtlinie, abrufbar unter <https://de-de.facebook.com/about/privacy/update>: „Diese Datenübermittlungen sind erforderlich, um die in den Facebook-Nutzungsbedingungen und Instagram-Nutzungsbedingungen dargelegten Dienste bereitzustellen ...“.
- 4 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 794 – Facebook.
- 5 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 885 – Facebook.
- 6 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 629 ff. – Facebook.
- 7 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 871 ff. – Facebook.
- 8 Mündt, NZKart 2019, 117, 118.
- 9 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.
- 10 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.
- 11 Körber, NZKart 2016, 348 ff.

lichen Missbrauchskontrolle rechtfertigen können.<sup>12</sup> Der BGH hat aber zugleich erwähnt, dass nicht jeder Rechtsverstoß durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zugleich ein missbräuchliches Verhalten ist.<sup>13</sup> Wenn demnach gilt, dass gewisse, aber nicht alle Rechtsverstöße durch Marktbeherrscher missbräuchlich sein können, stellt sich die Frage, welcher Natur oder Qualität Rechtsverstöße oder verletzte Normen sein müssen, um ein Vorgehen der Wettbewerbsbehörden zu rechtfertigen.

Diese grundsätzliche Frage der Kartellrechtsdogmatik verschärft sich bei (vermeintlichen) DSGVO-Verstößen durch Marktbeherrscher. Denn anders als beispielsweise im AGB-Recht bestehen im Datenschutzrecht behördliche Sonderzuständigkeiten, Verfahren und Sanktionsrahmen für Rechtsverstöße. Folglich stellt sich die Frage, ob bei Datenschutzverstößen durch Marktbeherrscher das Bundeskartellamt (parallel) zu Datenschutzbehörden zuständig ist und sich der Bußgeldrahmen von 3 % auf 10 % des weltweiten Gruppenumsatzes des betroffenen Unternehmens erhöht. Können gar mehrere Bußgelder parallel verhängt werden? Und falls nicht, welches Korrektiv ist zu nutzen: eine Abgrenzung nach Zuständigkeiten oder eine materielle Einschränkung der Missbrauchsaufsicht durch Prüfung des Vorliegens eines kartellrechtsspezifischen Mehr(un)-werts bei Datenschutzverstößen?

Dass die eingangs erwähnte Kritik auch nach Veröffentlichung der Entscheidung nicht verstummt ist<sup>14</sup> und das OLG Düsseldorf die Entscheidung unter Bezugnahme auf diese Kritik ablehnt, liegt nicht zuletzt daran, dass das Bundeskartellamt es versäumt hat, eine kartellrechtlich restlos überzeugende Begründung zu liefern.

### III. Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden trotz DSGVO-Verstößen

Korrekt gestellt muss die Frage nach der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzbehörden lauten, ob Wettbewerbsbehörden trotz DSGVO-Verstoßes eines Marktbeherrschers tätig werden können. Für die Beantwortung ist einerseits auf die effiziente Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und andererseits auf das Zuständigkeitssystem der DSGVO abzustellen.

Bereits aufgrund der Normenhierarchie lässt sich bezweifeln, dass die DSGVO die Anwendung der primärrechtlichen Vorschriften wie der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht aus Art. 102 AEUV ausschließen können soll. Der Gesetzgeber misst dem Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten eine besondere Bedeutung bei der Bewertung von Marktmacht zu. Es wäre daher insgesamt widersinnig, wenn Wettbewerbsbehörden gerade dann nicht tätig werden könnten, wenn der Wettbewerb durch Verstoß gegen die DSGVO eingeschränkt wird. Das Interesse des Bundeskartellamts an der kartellrechtlichen Regulierung von Datenerhebung und Datennutzung ist der Bedeutung der Daten im Kontext der digitalen Ökonomie geschuldet. Entgegen eines geläufigen Bonmots sind Daten zwar nicht „das neue Öl“. Dies zeigt auch der vorliegende Fall, denn Facebooks Geschäftsmodell basiert nicht darauf, Daten in aufbereiteter Form an Kunden gegen Entgelt zu verkaufen. Allerdings werden die Daten genutzt, um auf bestimmte Werbekunden zugeschnittene Zielgruppen zu vermitteln. Der „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ wurde daher nicht ohne Grund im Rahmen der 9.-GWB-Novelle 2017 in den neuen Katalog der Kriterien zur Bewertung von Marktmacht in § 18 Abs. 3 a

GWB aufgenommen. Es wäre daher schon rechtspolitisch fragwürdig, den Wettbewerbsbehörden die Zuständigkeit für Verhaltensweisen von Marktbeherrschern absprechen zu wollen, wenn diese Verhaltensweisen gerade auch den Zugang zu Daten betreffen.

Umgekehrt sind die Sonderzuständigkeiten der Datenschutzbehörden bei Verstößen gegen die DSGVO und dem damit verbunden „one-stop-shop“-Prinzip auf europäischer Ebene zu beachten. Dieses Prinzip dient gerade der Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis insbesondere in der Anfangsphase der Durchsetzung der DSGVO.<sup>15</sup>

Im Ergebnis sollten sich die Wettbewerbsbehörden nicht ohne Not in das Terrain der Datenschutzbehörden begeben. Umgekehrt muss es den Wettbewerbsbehörden möglich sein, die Wettbewerbsvorschriften auch dann durchzusetzen, wenn damit ein DSGVO-Verstoß einhergeht. Letztlich kann die Kompetenzzuordnung daher nicht auf Ebene einer formellen Zuständigkeit gelöst werden. Vielmehr ist es Aufgabe der Wettbewerbsbehörden, anhand der materiellen Wettbewerbsvorschriften darzulegen, welcher spezifische Kartellrechtsunwert die kartellrechtliche Regulierung rechtfertigt.

### IV. Facebook als Marktbeherrscher

Das Bundeskartellamt nimmt vor dem Hintergrund einer engen sachlichen wie räumlichen Marktabgrenzung eine marktbeherrschende Stellung von Facebook gem. § 18 Abs. 1 GWB an.<sup>16</sup> Sachlich ordnet das Amt Facebook zunächst dem Markt für private soziale Netzwerke zu, grenzt es aber sodann unter Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts aufgrund seiner technischen Eigenarten und Nutzerpräferenzen von anderen Netzwerken wie WhatsApp oder Twitter ab.<sup>17</sup> Das enge Ergebnis der Marktabgrenzung ist nicht der Eigenart digitaler Märkte geschuldet, sondern führt auch in anderen, von persönlichen Präferenzen bestimmten Sektoren zu engen Abgrenzungsergebnissen.

Abgelehnt hat das Amt die Argumentation Facebooks, man stehe mit anderen Online-Unternehmen im Wettbewerb um die Aufmerksamkeit der Nutzer.<sup>18</sup> Das ist insoweit richtig, als dass viele Online-Unternehmen ihre Einnahmen hauptsächlich über Werbung generieren. Nach derselben Logik konkurrieren jedoch alle Anbieter entgeltlicher Waren oder Dienstleistungen um die beschränkte Kaufkraft der Kunden, so dass kein Unternehmen jemals einen so globalen Markt beherrschen könnte.<sup>19</sup>

Das Bundeskartellamt nimmt zudem einen räumlich relevanten Markt beschränkt auf Deutschland an. Das überrascht angesichts der schnellen internationalen Verbreitung digitaler Angebot sowie des Umstandes, dass das „internationale“ Facebook den früheren deutschen Platzhirsch StudiVZ verdrängt hat. Im Ergebnis hätte wohl auch

12 BGH, 6. 11. 2013 – KZR 58/11, WRP 2014, 185, 191 – VBL-Gegenwert I; BGH, 24. 1. 2017 – KZR 47/14, WRP 2017, 563, 566 – VBL-Gegenwert II.

13 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 47/14, WRP 2017, 563, 566 – VBL-Gegenwert II.

14 Karbaum, DB 2019, 1072, 1077; Körber, NZKart 2019, 187 ff.; Ellger, WuW 2019, 446, 452 ff.; Härtling, CR-Online Blog vom 7. 2. 2019, abrufbar unter <https://www.cr-online.de/blog/2019/02/07/das-19-rad-am-wagen-das-kartellamt-masst-sich-befugnisse-an-und-legt-die-dsgvo-fragwuerdig-aus/>.

15 Kritisch daher Körber, NZKart 2019, 187, 194.

16 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 165 ff. – Facebook.

17 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 166 ff. – Facebook.

18 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 245 ff. – Facebook.

19 Vgl. Ellger, WuW 2019, 446, 448; Karbaum, DB 2019, 1072, 1073.

eine weitergehende sachliche oder räumliche Marktabgrenzung nicht zu einer abweichenden Bewertung der marktbeherrschenden Stellung von Facebook geführt.

Auf dem so abgegrenzten Markt stellt das Amt sehr hohe tägliche und monatliche Nutzerzahlen fest, die selbst bei Einbeziehung anderer Sozialer Netzwerke jenseits der Marktbeherrschungsvermutung ab einem Marktanteil von 40 % (§ 18 Abs. 4 GWB) liegen. Abgerundet wird dieser Befund durch die Feststellung hoher Netzwerkeffekte (§ 18 Abs. 3 a Nr. 1 GWB), welche die marktbeherrschende Stellung von Facebook weiter absichern.<sup>20</sup>

Die Feststellungen des Amtes insbesondere hinsichtlich der räumlichen Reichweite des Marktes sind damit zwar durchaus angreifbar, dürften aber im Ergebnis der gerichtlichen Kontrolle standhalten.<sup>21</sup> Von der marktbeherrschenden Stellung Facebooks ist daher auszugehen.

## V. Missbräuchliche Ausnutzung im Sinne des § 19 GWB

Kernproblem der Facebook-Entscheidung ist die Frage nach dem missbräuchlichen Verhalten Facebooks und dem Verhältnis von DSGVO-Verstoß zu kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht. Im Folgenden soll sich diesem kartellrechts-dogmatischen Problem durch einen Überblick zu § 19 GWB (hierzu 1.), der Entscheidung des Bundeskartellamts (hierzu 2.), der ablehnenden Entscheidung des OLG Düsseldorf (hierzu 3.) und einem eigenen Vorschlag (hierzu 4.) genähert werden.

### 1. Überblick zu § 19 GWB

Die Missbrauchskontrolle enthält in § 19 Abs. 1 GWB eine Generalklausel, die jede missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verbietet. Des Weiteren enthält § 19 Abs. 2 GWB für die Praxis wichtige Regelbeispiele für einen solchen Missbrauch, insbesondere in Form eines Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes (Nr. 1) und eines Ausbeutungsverbotes (Nr. 2). Diese Regelbeispiele haben unterschiedliche Schwerpunkte und Schutzrichtungen. Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot will insbesondere den durch die Marktbeherrschung bereits eingeschränkten Restwettbewerb aufrechterhalten oder gar stärken, während das Ausbeutungsverbot die Vertragspartner vor den Ergebnissen des bereits eingeschränkten Wettbewerbs schützen will.<sup>22</sup>

Aufgrund der Reaktionsverbundenheit aller Markthandlungen ist eine formalistisch-strikte Differenzierung nach Schutzzweck der Regelbeispiele jedoch nicht zielführend. Verlangt ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB von seinen Kunden überhöhte Entgelte, kann der Marktbeherrscher diese Mehreinnahmen beispielsweise durch größere Marketingumfänge gegen seine Wettbewerber einsetzen. In der Ausbeutung liegt dann zugleich eine Art mittelbare Behinderungshandlung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Eine solche „Behinderung über Eck“ erinnert strukturell an das weitere Regelbeispiel des Anzapfverbotes nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB.<sup>23</sup> Gerade für entsprechende Mischformen potentiell missbräuchlichen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen ist die Generalklausel nach § 19 Abs. 1 GWB von Bedeutung.<sup>24</sup> Die Regelbeispiele sind folgerichtig laut BGH lediglich Ausprägungen der Generalklausel.<sup>25</sup> Daraus folgt erstens, dass bei Vorliegen eines Konditionenmissbrauchs zugleich die

Generalklausel erfüllt ist und zweitens, dass der Konditionenmissbrauch die Anwendung der Generalklausel nicht sperren kann.<sup>26</sup> In der Praxis führt dies nicht selten zu einer einheitlichen Prüfung.<sup>27</sup> Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass die Prüfungsschwerpunkte bei der Generalklausel einerseits und dem Konditionenmissbrauch andererseits grundsätzlich deutlich voneinander abweichen.

Die Generalklausel setzt keine bestimmte Form eines Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens voraus. Nahezu jedes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, mit negativen Auswirkungen auf den (Rest-)Wettbewerb, vermag tatbestandlich eine „Ausnutzung“ darzustellen. Die eigentliche normative Wertung findet bei diesen offenen Tatbeständen erst im Rahmen der Bewertung der „Missbräuchlichkeit“ anhand einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB statt.<sup>28</sup> Eine besondere Kausalität bedarf es zwischen marktbeherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten nicht. Es genügt, dass das Verhalten wegen der bereits bestehenden Marktmacht eine Schwächung der Wettbewerbsstruktur erwarten lässt („Ergebniskausalität“ oder normative Kausalität).<sup>29</sup>

Anders verhält es sich bei dem geschlossenen Tatbestand des Konditionenmissbrauchs. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB setzt voraus, dass die Geschäftsbedingungen, die das marktbeherrschende Unternehmen fordert, von denjenigen abweicht, die sich bei einem kontrafaktischen Szenario unter wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würde. Diese Tatbestandsvariante des Missbrauchs hat aufgrund der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts eine sehr stark eingrenzende Funktion. Das Unwerturteil ist dem wettbewerblichen Vergleich des Tatbestandes nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB immanent. Zwar ist auch in diesen Fällen nach Ansicht des BGH eine Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>30</sup> Liegen jedoch keine besonderen Umstände vor, kommt eine Rechtfertigung des Konditionenmissbrauchs im Rahmen der Interessenabwägung nicht in Betracht.<sup>31</sup> Hinsichtlich des Ausbeutungsmissbrauchs wird regelmäßig verlangt, dass es die Marktmacht dem marktbeherrschenden Unternehmen überhaupt erst ermöglicht hat, die als missbräuchlich zu beurteilenden Geschäftsbedingungen gegen seinen Vertragspartner durchzusetzen („Verhaltenskausalität“).<sup>32</sup> Höchststrichlich ist dies jedoch nicht geklärt.<sup>33</sup> Im Anwendungsbereich des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist das Verlangen dieser Kausalität zudem trivial, da aufgrund des Vergleichsmarktkonzepts der Tatbestand des Regelbeispiels und die Ver-

20 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 423 ff. – Facebook.

21 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

22 Ellger, WuW 2019, 446, 450.

23 Hierzu Künstler, WuW 2015, 1093 ff.

24 Nothdurft, in: Langen/Bunte (Hrsg.), GWB, 13. Aufl. 2018, § 19 Rn. 467.

25 BGH, 15. 5. 2012 – KVR 51/11, NJW 2012, 3243 – Wasserpreise Calw I.

26 Vgl. Nothdurft, in: Langen/Bunte (Fn. 24), § 19 Rn. 117 f.

27 BGH, 7. 6. 2016 – KZR 6/15, WRP 2016, 1014, 1019 – Pechstein; Monopolkommission (Fn. 33), Rn. 657.

28 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 2/15, WRP 2017, 707, 710 – Kabelkanalanlagen; Nothdurft, in: Langen/Bunte (Fn. 24), § 19 Rn. 307.

29 Nothdurft, in: Langen/Bunte (Fn. 24), § 19 Rn. 472 ff.; a. A. bei Prüfung einer Ausbeutung im Rahmen der Generalklausel: OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.; Ellger, WuW 2019, 446, 452 f.; Körber, NZKart 2019, 187, 193.

30 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 2/15, WRP 2017, 707, 710 – Kabelkanalanlagen; BGH, 7. 6. 2016 – KZR 6/15, WRP 2016, 1014, 1019 – Pechstein.

31 Nothdurft, in: Langen/Bunte (Fn. 24), § 19 Rn. 307.

32 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.; Körber, NZKart 2019, 187, 193; Franck, ZWeR 2016, 137, 151 ff.

33 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rn. 679.

haltenskausalität nahezu zusammenfallen. Im Übrigen müssen die Konditionen nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB nur mit hoher Wahrscheinlichkeit von „Wettbewerbskonditionen“ abweichen. Ein zu eng gefasstes Kausalitätskriterium läuft daher Gefahr, das Regelbeispiel über dessen Wortlaut hinaus einzuschränken.

## 2. Bundeskartellamt: Datensammlung als Konditionenmissbrauch (mit Wettbewerbsbehinderung?)

Soweit das Bundeskartellamt Facebook eine übermäßige Sammlung und Nutzung von Benutzerdaten im Rahmen seiner Geschäftsbedingungen vorhält, liegt zunächst die Prüfung eines Konditionenmissbrauch als Unterfall des Ausbeutungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB nahe. Das Bundeskartellamt verzichtet jedoch auf eine solche Prüfung. Dies mag aus praktischen Erwägungen heraus verständlich sein, da die Prüfung anhand eines kontrafaktischen Wettbewerbsszenarios mit erheblichem Aufwand und vielen Unsicherheiten behaftet ist.<sup>34</sup> Das Bundeskartellamt hätte sich zudem intensiv mit dem „Privacy Paradox“ auseinandersetzen müssen, d. h. dem häufig ohnehin unbekümmerten Umgang mit privaten Daten gegenüber Internetdiensten, und der Frage, ob die Nutzer nicht aus reinem Desinteresse („rationale Apathie“) bereit sind, entsprechende Daten auf Drittseiten mit Facebook zu teilen.<sup>35</sup>

Nach Ausschluss der Anwendung des Regelbeispiels nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB wäre zu erwarten gewesen, dass das Bundeskartellamt stattdessen den Ansatz des BGH in Sachen *Pechstein* wählt und über eine ohnehin stets bei § 19 GWB gebotene umfassende Abwägung der Interessen von Facebook und der Nutzer vor dem Hintergrund der auf Wettbewerbsfreiheit gerichteten Ziele des GWB eine normative Entscheidung trifft.<sup>36</sup>

### a) Außerkartellrechtlicher Gesetzesverstoß als „Ausnutzung“

Das Bundeskartellamt entscheidet sich in der Facebook-Entscheidung jedoch für eine dritte Variante: Die kartellrechtlich normative Interessenabwägung soll durch die Interessenabwägung im Rahmen einer außerkartellrechtlichen Norm ersetzt werden können. Das Kartellamt nimmt an, dass ein Verstoß gegen die DSGVO als Ausfluss der Marktmacht Facebooks den Konditionenmissbrauch im Rahmen der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB begründet. Hierdurch sollen sowohl die Prüfung anhand des Vergleichsmarktkonzept nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB<sup>37</sup> als auch eine kartellrechtliche Interessenabwägung<sup>38</sup> obsolet sein. Gestützt wird dieses „dritte“ Prüfkonzept auf die Entscheidungen des BGH in Sachen *VBL-Gegenwert*.<sup>39</sup> Der BGH hält sich in beiden Entscheidungen jeweils nur in einer Randziffer mit der Prüfung des missbräuchlichen Verhaltens nach § 19 Abs. 1 GWB auf: In *VBL-Gegenwert I* weist der BGH in seiner Aufhebungsentscheidung die Vorinstanz darauf hin, dass ein AGB-Verstoß insbesondere dann ein missbräuchliches Verhalten darstellen kann, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist.<sup>40</sup> Bei der Prüfung des Missbrauchs seien die gesetzlichen Wertentscheidungen der §§ 307 ff. BGB zu berücksichtigen.<sup>41</sup> In *VBL-Gegenwert II* nimmt der BGH diesen Ausspruch wieder auf und bestätigt lediglich die Vorinstanz darin, dass der Ausfluss von Marktmacht bei AGB-Regeln gegeben sei, welche die Kündigung der Vereinbarungen mit dem Marktbeherrscher erschweren.<sup>42</sup>

Dass der BGH in diesen wenigen Worten ein Prüfkonzept durch Übernahme der Wertungen außerkartellrechtlicher Normen gar unter Aufgabe der sonst stets notwendigen kartellrechtlichen Interessenabwägung bzw. der möglicherweise notwendigen Verhaltenskausalität konstituiert haben soll, ist eine gewagte These. Der BGH sagt in beiden VBL-Gegenwert-Entscheidungen lediglich, dass die Wertentscheidungen anderer Gesetze im Rahmen der Prüfung des Missbrauchstatbestands zu berücksichtigen sind. Das hat er in anderen Entscheidungen auch getan, ohne jedoch insoweit auf die gebotene Interessenabwägung oder den Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu verzichten.<sup>43</sup>

Gegen die Ersetzung durch eine Interessenabwägung im Rahmen einer Norm außerhalb des GWB spricht bereits, dass die originär kartellrechtliche Interessenabwägung stets und ausschließlich vor dem Hintergrund der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Ziele des GWB erfolgen muss.<sup>44</sup> Erst durch diese Rückkoppelung an die Ziele des GWB erhält die Interessenabwägung ihren Wertungsrahmen. Andernfalls liefe die Interessenabwägung Gefahr, in eine konturlose Gegenüberstellung von Pro und Contra zu zerfallen, die mit den kartellrechtlichen Wertungen und letztlich dem kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand nichts mehr zu tun hat.

Naturgemäß erfolgt eine Interessenabwägung im Rahmen des AGB- oder Datenschutzrechts jedoch nicht anhand der Ziele des GWB. Soweit das Bundeskartellamt daher die kartellrechtliche Interessenabwägung in der Facebook-Entscheidung durch die Interessenabwägung zwischen Facebook und den betroffenen Nutzern im Rahmen des Art. 6 DSGVO ersetzt, behilft es sich damit, dass DSGVO und GWB dieselben Ziele verfolgten.<sup>45</sup> Das überzeugt aus mehreren Gründen nicht: Wie bereits gezeigt, erfolgt die Interessenabwägung im Rahmen des § 19 GWB anhand der auf Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Ziele des GWB. Die Tatbestände der DSGVO verweisen jedoch nicht auf die Erreichung der Ziele des GWB. Dass sich die Ziele der DSGVO mit den Zielen des Datenschutzrechts gleichwohl decken, erscheint bereits deshalb sehr fragwürdig, weil selbst unter Datenschützern im Einzelnen höchst umstritten ist, welche Rechtsgüter durch die DSGVO geschützt werden. Soweit das Bundeskartellamt feststellt, Ziel des Datenschutzrechts sei es unter anderem, dem Machtungleichgewicht zwischen Organisationen und Einzelpersonen entgegenzuwirken und einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Verantwortlichen und den Betroffenen herzustellen,<sup>46</sup> trifft dies entsprechend auch auf eine Vielzahl von Vorschriften beispielsweise aus dem Arbeits- und Mietrecht zu. Marktbeherrschende Unternehmen haben jedoch im Anwendungsbeereich der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle lediglich eine besondere Verantwortung gegenüber der Wettbe-

34 Vgl. Monopolkommission (Fn. 33), Rn. 666; *Ellger*, WuW 2019, 446, 450.

35 *Karbaum*, DB 2019, 1072, 1076; Monopolkommission (Fn. 33), Rn. 668.

36 BGH, 7. 6. 2016 – KZR 6/15, WRP 2016, 1014, 1019 ff. – *Pechstein*.

37 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 527 – Facebook.

38 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 890 ff. – Facebook.

39 BGH, 6. 11. 2013 – KZR 58/11, WRP 2014, 185, 191 – VBL-Gegenwert I; BGH, 24. 1. 2017 – KZR 47/14, WRP 2017, 563, 566 – VBL-Gegenwert II.

40 BGH, 6. 11. 2013 – KZR 58/11, WRP 2014, 185, 191 – VBL-Gegenwert I.

41 BGH, 6. 11. 2013 – KZR 58/11, WRP 2014, 185, 191 – VBL-Gegenwert I.

42 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 47/14, WRP 2017, 563, 566 – VBL-Gegenwert II.

43 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 2/15, WRP 2017, 707, 710 – Kabelkanalanlagen.

44 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 2/15, WRP 2017, 707, 710 – Kabelkanalanlagen; OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff. m. w. N.

45 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 892 – Facebook.

46 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 530 – Facebook.

werbs- nicht jedoch der Vertragsordnung.<sup>47</sup> Jedenfalls führt das vom Bundeskartellamt angewandte Konzept durchaus zunächst zu einer uferlosen Erweiterung der Missbrauchsprüfung.

b) „Ausfluss von Marktmacht“ als kartellrechtliches Korrektiv

Um gleichwohl den wettbewerbsrechtlichen Bezug zur Rechtfertigung der eigenen Zuständigkeit und Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle herzustellen, bezieht sich das Bundeskartellamt auf das „hinreichende Kriterium“ des Marktmachtausflusses aus den VBL-Gegenwert-Entscheidungen des BGH. Denn der BGH stellt insoweit klar, dass nicht jeder Verstoß gegen AGB-Recht zur Missbräuchlichkeit führen könne.<sup>48</sup> Vielmehr bedarf es eines kartellrechtlichen Unwertes, den der BGH jedenfalls bei einem Gesetzesverstoß als Ausfluss von Marktmacht als gegeben sieht.<sup>49</sup>

Der BGH schweigt sich jedoch zu den Kriterien für die Feststellungen eines solchen Ausflusses von Marktmacht aus. Er verweist insoweit lediglich auf den Umstand, dass AGB-Klauseln, welche die Kündigung eines Vertrages mit einem Marktbeherrscher erschweren, einen solchen Marktmachtausfluss begründen. Damit ist das Kriterium des Marktmachtausflusses, welches der BGH im spezifischen Anwendungsbereich einer einzelnen Entscheidung heranzieht, einer verallgemeinerbaren Auslegung kaum zugänglich. Begibt man sich gleichwohl in den Prozess der Auslegung, vermag einer jeder in die Entscheidung hineinzulesen, wonach er zu suchen glaubt. So ist *Körper* zuzugeben, dass „Marktmachtausfluss“ der Begrifflichkeit nach einen Kausalitätsnachweis zwischen Marktbeherrschung und missbräuchlichem Verhalten vermuten lässt.<sup>50</sup> Das Bundeskartellamt lehnt eine strenge Kausalität jedoch ab und will eine Ergebniskausalität genügen lassen.<sup>51</sup> Es deutet die Aussagen des BGH zum Ausfluss der Marktmacht bei vertraglichen Regeln, die eine Kündigung gegenüber dem Marktbeherrscher erschweren, so, dass es alleine auf einen potentiellen Wettbewerbseinfluss der angegriffenen Konditionen ankomme.<sup>52</sup> Dies sei bei Facebooks Datensammlung der Fall, da Facebook durch diesen Rechtsverstoß seine marktbeherrschende Stellung absichere bzw. verstärke.<sup>53</sup> Das Bundeskartellamt will daher wohl das „Minus“ bei der „Ausbeutung“ durch ein „Plus“ der „Behinderung“ der Wettbewerber ausgleichen.

c) Bewertung

Im Ergebnis sind die Erwägungen des Bundeskartellamts durchaus nachvollziehbar. Es versucht den Bogen zu spannen von einer als extensiv empfundenen und unter Verstoß gegen Normen außerhalb des GWB stattfindenden Datennutzung qua Geschäftsbedingungen hin zu einem Wettbewerbsvorteil gegenüber Wettbewerbern durch eben diese Datennutzung. Eine gewisse Parallele zu VBL-Gegenwert kann nicht geleugnet werden, geht es dort im Ergebnis doch auch um eine extensive vertragliche Bindung unter Verstoß gegen AGB-Recht mit der mittelbaren Folge, dass die Marktstellung des Marktbeherrschers gegenüber seinen Wettbewerbern abgesichert wird. Es scheint jedoch, als habe das Bundeskartellamt vom Ergebnis her ein Prüfkonzept entwickelt, welches von den knappen Ausführungen des BGH nicht getragen wird. Zudem gibt es einen qualitativ erheblichen Unterschied zwischen den Rechtsverstößen bei VBL-Gegenwert und Facebook: in VBL-Gegenwert verhinderten die unzulässigen Erschwerungen

der Kündigungen beim Marktbeherrscher unmittelbar einen Wechsel zu kleineren Konkurrenten, bei Facebook gibt es ein solch direktes Hindernis für die Nutzer nicht. Dies zeigt, wie flexibel bzw. tendenziell ausufernd das Kriterium des Ausflusses von Marktmacht auch künftig eingesetzt werden könnte, folgte man dem Ansatz des Bundeskartellamts. Damit ist eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit zulasten der Unternehmen verbunden. Der Vorwurf, das Bundeskartellamt bestrafe als 19. Datenschutzbehörde lediglich den Datenschutzverstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens, kann hierdurch nicht vollständig entkräftet werden.

3. OLG Düsseldorf: Keine Relevanz über Datenschutzverstoß hinaus

In seinem Beschluss über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde von Facebook stellt das OLG Düsseldorf in seiner summarischen Prüfung unweigerlich klar, dass es von den kartellrechtlichen Erwägungen des Bundeskartellamts nichts hält. Zusammenfassend wirft das Gericht dem Amt vor, keine wettbewerbsrechtliche Relevanz des Verhaltens von Facebook über einen (vermeintlichen) Datenschutzverstoß hinaus dargelegt zu haben.<sup>54</sup>

a) Einwilligung der Nutzer

Das OLG Düsseldorf lehnt bereits die Schadentheorie des Bundeskartellamts ab. Es könne von einem Kontrollverlust der Nutzer über ihre Daten keine Rede sein, soweit die Erfassung und Verarbeitung der Mehrdaten auf der Grundlage der von Facebook gestellten Nutzungsbedingungen erfolge, also mit Zustimmung des Facebook-Nutzers.<sup>55</sup>

Insoweit macht es sich das OLG Düsseldorf jedoch etwas zu leicht. Die Entscheidungen *Pechstein*<sup>56</sup> und *Kabelkanalanlagen*<sup>57</sup> des BGH belegen, dass an die Einwilligung in Preise oder Konditionen eines Marktbeherrschers mit der Folge des Entfallens der Missbräuchlichkeit hohe Anforderungen zu stellen sind. Wenig überzeugend ist das Argument des OLG Düsseldorf, die Mehrheit der deutschen Bevölkerung entscheide sich gegen die Nutzung von Facebook was gegen eine Abhängigkeit der Facebooknutzer spreche.<sup>58</sup> Dieser Maßstab würde bei nahezu jedem Produkt bzw. jeder Dienstleistung zur fehlenden Abhängigkeit führen und die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB auf eine „essential-facility“-Doktrin beschränken. Im Übrigen kann die Einwilligung stets nur einer von mehreren Aspekten im Rahmen der gebotenen kartellrechtlichen Interessenabwägung sein. Sie pauschal voranzustellen und hiermit einen Missbrauch abzulehnen erscheint auch in der summarischen Prüfung zweifelhaft.

47 Zutreffend *Körper*, NZKart 2019, 187, 190 f.; OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.; a. A. wohl *Mohr*, EuZW 2019, 265, 271.

48 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 47/14, WRP 2017, 563, 566 – VBL-Gegenwert II.

49 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 47/14, WRP 2017, 563, 566 – VBL-Gegenwert II.

50 *Körper*, NZKart 2019, 187, 193 m. w. N.

51 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 873 – Facebook; ebenso *Mohr*, EuZW 2019, 265, 273.

52 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 875 – Facebook.

53 BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 885 ff. – Facebook.

54 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

55 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

56 BGH, 7. 6. 2016 – KZR 6/15, WRP 2016, 1014, 1020 – Pechstein.

57 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 2/15, WRP 2017, 707, 710 – Kabelkanalanlagen.

58 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

*b) Verhaltenskausalität als unabdingbares Korrektiv*

Des Weiteren ist das OLG Düsseldorf der Auffassung, dass der Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB eine Verhaltenskausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und den zu weitgehenden Konditionen voraussetze. Mehr noch schlussfolgert das OLG Düsseldorf, dass auch ein anhand der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB zu prüfender Konditionenmissbrauch nur bei Feststellung einer solchen Verhaltenskausalität möglich sein soll.<sup>59</sup> Anders als das Bundeskartellamt sieht sich das OLG Düsseldorf durch die VBL-Gegenwert-Rechtsprechung des BGH gerade darin bestätigt, dass es einen Konditionenmissbrauch auch im Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 GWB nicht ohne Feststellung der Verhaltenskausalität geben könne. Das OLG Düsseldorf ist der Ansicht, dass es ohne Verhaltenskausalität an einem Korrektiv der Missbrauchskontrolle mithin auch an einer Eingriffslegitimation fehle.<sup>60</sup>

Diese Behauptung ist jedoch kritikwürdig, denn im Rahmen der stets gebotenen Interessenabwägung vor dem Hintergrund der Ziele des GWB müssen selbstverständlich gerade auch im Anwendungsbereich der Generalklausel Interessen der Beteiligten unberücksichtigt bleiben, denen dieser Wettbewerbsbezug fehlt.<sup>61</sup> Die Kausalitätsprüfung im Rahmen der Generalklausel ist daher auch im Falle eines Konditionenmissbrauchs bestenfalls obsolet. Die Beurteilung der wettbewerblichen Relevanz ist der Interessenabwägung vorbehalten. Die Verhaltenskausalität mag daher ein hinreichendes Kriterium sein, jedoch kein notwendiges für die Annahme einer missbräuchlichen Verhaltensweise. Andernfalls droht eine nicht angezeigte tatbestandliche Restriktion der Missbrauchskontrolle.

*c) Gesetzesverstoß genügt für Ausbeutung nicht*

Das OLG Düsseldorf verweigert dem Bundeskartellamt des Weiteren auch die Übernahme der Wertungen außerkartellrechtlichen Normen als Ersatz für eine normative Prüfung anhand der kartellrechtlichen Vorgaben. Auch insoweit liest das OLG Düsseldorf die Entscheidungen des BGH in Sachen VBL-Gegenwert anders als das Bundeskartellamt und verneint, dass jede von einem Marktbeherrscher gestellte gesetzeswidrige Vertragskondition zwangsläufig eine tatbestandliche „Ausbeutung“ im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB darstelle, deren Missbräuchlichkeit nur noch auf Grund von Kausalitätsmängeln zu verneinen sein könne.<sup>62</sup> Welche konkreten Anforderungen an eine tatbestandliche Ausbeutung zu stellen sind, lässt das OLG Düsseldorf allerdings offen. In VBL-Gegenwert habe die wettbewerbsschädliche Wirkung der zur Überprüfung gestellten Vertragsklausel jedenfalls auf der Hand gelegen.<sup>63</sup> Dies sei bei Facebooks Nutzungsbedingungen nicht der Fall.

Bei Lichte betrachtet ersetzt das OLG Düsseldorf lediglich die Bewertung des Amtes in Bezug auf das Ausmaß der Wettbewerbsschädlichkeit von Facebooks Datennutzung durch seine eigene. Denn auch das OLG Düsseldorf anerkennt, dass der BGH in VBL-Gegenwert wohl die Auswirkungen der AGB-rechtswidrigen Klauseln auf die Wettbewerber des Marktbeherrschers in die Bewertung einbezogen hat.<sup>64</sup> Mithin bestreitet auch das OLG Düsseldorf nicht, dass den BGH-Entscheidungen ein gemischtes Konzept aus Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch zugrunde liegen könnte. Die vom OLG Düsseldorf genutzte Floskel von der „auf der Hand liegenden wettbewerbsschädlichen Wirkung“ ist kein operables Kriterium zur

Bewertung von gesetzeswidrigen Konditionen als „Ausbeutung“ oder „Missbrauch“ im Sinne des § 19 GWB.

Im Übrigen überzeugt es nicht, wenn das OLG Düsseldorf im Rahmen der Generalklausel nach § 19 Abs. 1 GWB stets das tatbestandliche Vorliegen einer „Ausbeutung“ verlangt. Eine so enge Knüpfung der Generalklausel an das Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB wird dem Verhältnis der beiden Normen nicht gerecht und führt zu einer unsachgemäßen Einschränkung der Generalklausel, die gerade auch neue Formen des Missbrauchs außerhalb der etablierten Regelbeispiele erfassen können soll.

*d) Behinderungsmissbrauch abgelehnt*

Schließlich lehnt das OLG Düsseldorf auch ein missbräuchliches Verhalten von Facebook im Sinne eines Behinderungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB ab.<sup>65</sup> Bereits die Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts könne eine angenommene Behinderung nicht beseitigen. Denn wenn die Nutzer in diese künftig freiwillig einwilligten, bestünde die Behinderung fort.

Diese Annahme des OLG Düsseldorf erscheint zweifelhaft. Die rationale Apathie mag dazu führen, dass sich die Nutzer vor die Wahl gestellt, alle Daten zur Verfügung stellen zu müssen oder Facebook nicht zu nutzen, sich für die Nutzung Facebooks entscheiden. Ob Nutzer, vor die Wahl gestellt, Facebook uneingeschränkt zu nutzen, egal ob mit Auswertung der Daten auf Drittseiten und Drittdiensten, immer noch in die extensive Datennutzung einwilligen würden, erscheint fraglich und wirkt eher wie eine irrationale Apathie.

Weiterhin wirft das OLG Düsseldorf dem Bundeskartellamt vor, eine Behinderung von Wettbewerbern nicht dargelegt zu haben.<sup>66</sup> Ob diese Feststellung sachlich zutreffend ist, kann hier nicht bewertet werden. Soweit durch einen extensiven Zugang zu Daten im Sinne des § 18 Abs. 3 a Nr. 4 GWB jedoch der Wettbewerb weiter geschwächt wird, erscheint die Annahme einer missbräuchlichen Behinderung durch Facebooks Nutzungsbedingungen nicht völlig fernliegend.

Auch insoweit ist zu kritisieren, dass das OLG Düsseldorf vollständig an den Voraussetzungen des Behinderungsmissbrauchs als Regelbeispiel nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verhaftet bleibt. Diese systematische nicht sachgerechte „Formstrenge“ führt wiederum zu einer künstlichen Beschränkung der Generalklausel aus § 19 Abs. 1 GWB.

*e) Bewertung*

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf überzeugt, soweit sie dem Versuch des Austausches einer normativen Prüfung anhand kartellrechtlicher Vorgaben durch Wertungen einfachgesetzlicher Regelungen außerhalb des GWB eine Absage erteilt und die Frage nach einem kartellrechtlichen Korrektiv für eine tatbestandlich Ausdehnung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht deutlich formuliert.

Weniger überzeugend ist, dass das OLG Düsseldorf die Antwort auf diese Frage in den sehr strengen Anforderungen an die Verhaltenskausalität zu suchen scheint. Eine

59 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

60 OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019 – VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

61 BGH, 24. 1. 2017 – KZR 2/15, WRP 2017, 707, 710 – Kabelkanalanlagen.

62 OLG Düsseldorf – 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

63 OLG Düsseldorf – 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

64 OLG Düsseldorf – 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

65 OLG Düsseldorf – 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

66 OLG Düsseldorf – 26. 8. 2019, VI-Kart 1/19 (V), K&R 2019, 661 ff.

strenge Verhaltenskausalität vermag schon im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht restlos zu überzeugen, dürfte dort aber ohnehin keine spürbare Rolle spielen. Warum diese jedoch auch im Rahmen der Generalklausel nach § 19 Abs. 1 GWB ein notwendiges Kriterium sein sollte, ist nicht nachvollziehbar. Dies liefe auf eine partielle Sperrwirkung des Regelbeispiels eines Konditionenmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB im Anwendungsbereich der Generalklausel hinaus.

Eine effiziente Durchsetzung der Ziele des GWB bedingt jedoch eine Anwendung der Missbrauchskontrolle auch auf solche Fälle, in denen marktbeherrschende Unternehmen ihre Nutzungsbedingungen extensiv ausgestalten und hierdurch zumindest mittelbar der Restwettbewerb weiter geschwächt wird. Andernfalls droht das Gegenteil der auch im Rahmen der Facebook-Entscheidung befürchteten Übergriffigkeit des Kartellrechts in Bereiche des Datenschutzes oder andere Rechtsbereiche: wettbewerbsschwächende Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen werden nicht mehr kartellrechtlich reguliert, weil es der direkten Marktgegenseite (hier: den Nutzern) egal ist, welche Gegenleistung zu erbringen ist. Ein solcher Ansatz erinnert in seiner konzeptionellen Fehlerhaftigkeit nicht nur an die sog. „cellophane fallacy“, sondern würde dazu führen, dass man die Reichweite des behördlichen Wettbewerbsschutzes zur Disposition des „Wettbewerbserhaltungswillens“ der Nutzer stellt. Dies kann nicht richtig sein.

#### 4. Mehr Pechstein wagen – Interessenabwägung als bessere Alternative?

Im Ergebnis vermag weder die Entscheidung des Bundeskartellamts noch die des OLG Düsseldorf zu überzeugen. Das Bundeskartellamt lässt ein kohärentes Kriterium zur Begrenzung der Reichweite der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle gerade auch im Verhältnis zum Datenschutz vermissen. Das OLG Düsseldorf schüttet im Gegenzug das Kind mit dem Bade aus und versucht eine sehr strenge Formenlehre der Missbrauchstatbestände zu installieren, welche die Missbrauchskontrolle viel zu sehr einengt und die Möglichkeiten nimmt, auf reale Wettbewerbsbeschränkungen durch dominante Unternehmen auch außerhalb der bislang etablierten Missbrauchsformen angemessen zu reagieren.

Im Ergebnis wären sowohl Amt als auch Gericht besser gefahren, sie hätten das normative Herzstück der Missbrauchskontrolle in Form einer Interessenabwägung vor dem Hintergrund der auf Wettbewerbsfreiheit gerichteten Ziele des GWB zur Geltung gebracht, wie es der BGH zuletzt auch in *Pechstein* getan hat.<sup>67</sup> Hierdurch wird ein verlässlicher normativer Rahmen für eine angemessene Anwendung der Missbrauchskontrolle geschaffen.

Zu berücksichtigen wären dann die Interessen von Facebook einerseits und den Nutzern andererseits, insbesondere die jeweiligen grundrechtlich geschützten Rechtspositionen. Das Interesse Facebooks besteht in erster Linie in der Aufrechterhaltung eines datenbasierten Geschäftsmodells. Auf Nutzerseite besteht hingegen ein Interesse an informationeller Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EU-Grundrechtscharta; Art. 16 AEUV). Der Nutzer soll in der Lage sein, selbst entscheiden zu können, ob und welche personenbezogenen Daten, in welchem Umfang und zu welchem Zweck von Facebook gesammelt und verarbeitet werden.

Da die Abwägung der Interessen vor dem Hintergrund der auf Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Ziele des GWB

erfolgt, sind andere (gesellschaftliche) Ziele wie etwa Umweltschutz, Sozialschutz oder eben auch der Datenschutz ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Nicht erfasst sind zudem die Interessen von Facebooks Mitbewerbern, da das angegriffene Verhalten unmittelbar nur gegenüber den Nutzern erfolgt. Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit sind jedoch im Rahmen der eigentlichen Abwägung zu berücksichtigen, da offene Märkte und die Freiheit des Wettbewerbs maßgebliche Ziele des GWB sind.

Sind die Interessen von Facebook und den Nutzern damit identifiziert, muss eine Abwägung der Interessen vor dem Hintergrund des GWB erfolgen. Insoweit stellt sich zunächst die Frage, welche Rolle ein möglicher Datenschutzverstoß seitens Facebook für die Interessenabwägung spielt. Es folgt insoweit bereits aus der Einheit der Rechtsordnung, dass im Rahmen der kartellrechtlichen Interessenabwägung solchen Interessen jedenfalls kein Vorrang eingeräumt werden kann, die gegen geltendes Recht verstoßen.<sup>68</sup> Unterstellt man die Richtigkeit der Feststellung des Bundeskartellamts zum Datenschutzverstoß durch Facebook, sind die Interessen Facebooks an der Datensammlung und -nutzung gegenüber den Nutzerinteressen an der informationellen Selbstbestimmung nachrangig.

Umgekehrt kann es an der Schutzwürdigkeit der Interessen dann mangeln, sofern Betroffene in das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens einwilligen.<sup>69</sup> Das Bundeskartellamt hat zwar eingehend die datenschutzrechtliche Freiwilligkeit der Datenpreisgabe erörtert.<sup>70</sup> Aber auch insoweit wäre es zur Betonung der Eigenständigkeit des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestandes gegenüber der DSGVO vorzugswürdig, wenn nicht gar angezeigt gewesen, im Rahmen der kartellrechtlichen Interessenabwägung die Prüfung einer kartellrechtlich wirksamen Einwilligung vorzunehmen. Lehnt man eine solche ab, bleibt es bei höherer Gewichtung der Interessen der Nutzer.

Wägt man abschließend die aufgrund des DSGVO-Verstoßes allenfalls in geringem Umfang zu berücksichtigenden Interessen Facebooks an der Datennutzung gegen die Interessen der Nutzer vor dem Hintergrund der Ziele des GWB ab, führt ein kontrafaktischer Vergleich dazu, dass eine Weiterführung der extensiven Datennutzung durch Facebook dessen herausragende Marktstellung im Sinne des § 18 Abs. 3 a Nr. 4 GWB gegenüber möglichen Wettbewerbern weiter verstärkt. Umgekehrt verleiht Facebook auch ohne Erlaubnis der Datensammlung auf Drittseiten oder anderen Konzerndiensten die Möglichkeit, Daten auf facebook.com zu sammeln und zu verwerten. Das datengetriebene Werbekundenmodell wird damit nicht unmöglich gemacht. Auch aufgrund dieser Behinderung der Wettbewerber durch die angegriffene Datensammlung, spricht in der kartellrechtlichen Interessenabwägung einiges dafür, das Verhalten von Facebook als missbräuchlich einzustufen und abzustellen.

## VI. Fazit und Ausblick

Das Bundeskartellamt hat es versäumt, die Kritik an seiner Verfahrenseinleitung und Entscheidung gegen Facebook

<sup>67</sup> BGH, 7. 6. 2016 – KZR 6/15, WRP 2016, 1014, 1019 – Pechstein.

<sup>68</sup> BGH, 7. 10. 1980 – KZR 8/80, WRP 1981, 202, 203 – Neue Osnabrücker Zeitung; BGH, 24. 1. 2017 – KZR 2/15, WRP 2017, 707, 710 – Kabelkanalanlagen.

<sup>69</sup> BGH, 7. 6. 2016 – KZR 6/15, WRP 2016, 1014, 1020 – Pechstein; BGH, 24. 1. 2017 – KZR 2/15, WRP 2017, 707, 710 – Kabelkanalanlagen.

<sup>70</sup> BKartA, 28. 3. 2019 – B6-22/16, Rn. 639 ff. – Facebook.

verstummen zu lassen. Die Entscheidung überzeugt allenfalls im Ergebnis, nicht aber in seiner Herleitung. Das OLG Düsseldorf hat im einstweiligen Rechtsschutz den Finger durchaus in die Wunde gelegt, ohne selbst ein überzeugendes Konzept vorzulegen. Der BGH dürfte der Entscheidung des OLG zumindest im Rechtsbeschwerdeverfahren jedoch zunächst folgen. In der Hauptsache ist nicht zu erwarten, dass das OLG Düsseldorf von seiner nunmehr präsentierten Meinung abweicht. Das letzte Wort wird daher voraussichtlich in ein paar Jahren Karlsruhe sprechen müssen. Eines steht fest: Das Urteil des BGH wird

wesentlich für die dogmatische Ausgestaltung der Missbrauchskontrolle in Fällen der wettbewerblichen Regulierung des Zugangs zu Daten sein. Nach der Entscheidung zum „Anzapfverbot“ wäre es nicht das erste Mal, dass der BGH das OLG Düsseldorf zu Fragen der Dogmatik der Missbrauchskontrolle korrigieren muss. Sollte der BGH den restriktiven Ansatz des OLG Düsseldorf teilen, wird die kartellrechtliche Regulierung der Internetökonomie de lege lata empfindlich eingeschränkt. Der Gesetzgeber müsste dann entscheiden, ob es weitergehender Maßnahmen bedarf.

RA Michael Terhaag, LL.M. und RA Christian Schwarz, LL.M., Düsseldorf\*

## Influencer – Die Wundertüte des Online-Marketings

*Kaum ein Bereich des Online-Marketings wird aktuell so viel diskutiert, wie der Einsatz sogenannter Influencer (auf Deutsch: Beeinflusser). Hierbei handelt es sich in der Regel um Privatpersonen, die aufgrund ihrer Resonanz im Internet und ihrer Anzahl von Abonnenten in den sozialen Medien mit einzelnen Beiträgen eine Vielzahl von potentiellen Kunden erreichen. Unternehmen bezahlen mittlerweile für solche Beiträge. Eine dafür sehr beliebte Plattform ist Instagram, wo hauptsächlich Fotos und Videos veröffentlicht werden. Die Abonnenten könnten sich, wie bei einer klassischen Werbung auch, durch positive Darstellung sowie Kommentare über ein Produkt oder eine Dienstleistung zum Erwerb des Produkts veranlasst sehen. Teilweise reicht dabei die bloße Erwähnung einer Marke oder deren Verwendung in dem Beitrag aus, um i. V. m. dem positiven Image des Influencers eine große Werbewirkung zu erzielen.*

### I. Einleitung

Es ist also kein Unternehmen, welches für sich Werbung macht, sondern eine einzelne, bei vielen Nutzern beliebte, Person, die ein bestimmtes Produkt anpreist. Für die Nutzer soll der Eindruck entstehen, dass die Empfehlung quasi von Freund zu Freund erfolgt – ganz so, als würde man sich mit einem Bekannten über eine neue Modemarke oder ein neues Körperpflegeprodukt unterhalten. Das ist natürlich gewollt und macht die Influencer-Werbung so tückisch.

Die vielleicht ursprünglich einmal privat genutzten Accounts werden so häufig zu gewerblichen Werbekanälen. Anders ausgedrückt wandelt sich ein zunächst vielleicht wirklich rein privat motiviertes Tun immer mehr zu einem geschäftlichen und kommerziellen Handeln, welches naturgemäß mit anderen Pflichten verbunden ist.

Insofern erinnert die Situation in manchen Fällen an die eines privaten eBay-Händlers auf dem Weg zum gewerblichen „Powerseller“. Die Frage „Wo hört das private Trödeln auf und wo fängt der gewerbliche Online-Handel an?“ beschäftigte seinerzeit auch jahrelang die Gerichte. So entschied der EuGH im Herbst 2018, dass diese Einstufung nicht allein an der Zahl der angebotenen Artikel

festgemacht werden kann, sondern von zahlreichen Faktoren abhängt und regelmäßig als Einzelfallentscheidung zu bewerten ist.<sup>1</sup>

Diesen, zugegebenermaßen etwas holprigen Gang, scheint die Einordnung von Influencern derzeit ebenfalls zu nehmen. Auch hier stellt sich eine klare Grenzziehung als äußerst schwierig dar, wie die gerichtlichen Entscheidungen aus jüngster Vergangenheit zeigen.

Während es bei den Verkäufern auf eBay darum ging, ob man den Käufern Verbraucherrechte, insbesondere ein Widerrufsrecht, einräumen und sie über ihre Rechte belehren musste, dreht sich bei den Influencern vieles um die Frage einer Kennzeichnungspflicht der vermeintlichen Werbung in Abgrenzung zu rein privater Meinungsäußerungen.

### II. Die Rechtslage

Um ein auch als Schleichwerbung bezeichnete unzulässiges Marketing zu vermeiden, ist kommerzielle Kommunikation über soziale Medien zunächst einmal als solche zu klassifizieren und dann hinreichend zu kennzeichnen.

Diese Kennzeichnungspflicht ergibt sich aus Staatsvertrag für Rundfunk und Medien (RStV), dem Telemediengesetz (TMG) und insbesondere aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

Nach §§ 7, 58 RStV muss Werbung klar erkennbar und vom sonstigen redaktionellen Inhalt unterscheidbar sowie durch optische oder akustische Mittel oder räumlich eindeutig getrennt sein. Werbung ist nach der Legaldefinition des Rundfunkstaatsvertrags „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Rundfunk von einem öffentlich-rechtlichen oder einem privaten Veranstalter oder einer natürlichen Person entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen“, § 2 Abs. 2 Nr. 7 RStV.

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

<sup>1</sup> EuGH, 4.10.2018 – C-105/17, K&R 2018, 704; siehe aber auch: BGH, 4.12.2008 – I ZR 3/06, K&R 2009, 467.