

**Herausgeber**

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

**Wissenschaftlicher Beirat**

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv** Mediengruppe

Frankfurt am Main

**Editorial: Prof. Dr. Frauke Henning-Bodewig**

Diskriminierende Werbung, „public policy issues“ und das UWG

**787 Prof. Dr. Axel Beater**

Die Anwendbarkeit des UWG auf Medien und Journalisten (Teil 1)

**794 Prof. Dr. Bodo Pieroth**

Rechtliche Voraussetzungen der Befugnis zur Markenanmeldung  
des Bundesadlers durch einen Privaten

**800 Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.**

Zur Anwendung von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB (ggf. i. V. m. § 20  
Abs. 2 GWB) insbesondere auf Preisverhandlungen zwischen  
marktmächtigen Unternehmen und Lieferanten (Teil 1)

**807 Norwin Sauer**

§ 5 Pkw-EnVKV und audiovisuelle Mediendienste

**814 Sebastian Telle**

Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von  
Plattform-Nutzerdaten

**821 Christian Liffers /Producciones Mandarina u. a.**

EuGH, Urteil vom 17.03.2016 – C-99/15

**822 Sampling und Kunstfreiheit**

BVerfG, Urteil vom 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13

**834 Flugpreise**

BGH, Beschluss vom 21.04.2016 – I ZR 220/14

**838 Himbeer-Vanille-Abenteuer II**

BGH, Urteil vom 02.12.2015 – I ZR 45/13

**841 Kommentar von Dr. Simon Apel und Dr. Anke Fuchs**

**843 Im Immobiliensumpf**

BGH, Urteil vom 31.03.2016 – I ZR 160/14

**850 Pippi-Langstrumpf-Kostüm II**

BGH, Urteil vom 19.11.2015 – I ZR 149/14

**854 Hot Sox**

BGH, Urteil vom 19.11.2015 – I ZR 109/14

**858 Bio-Gewürze**

BGH, Beschluss vom 24.03.2016 – I ZR 243/14

**885 Datenschutzhinweise in Kontaktformularen**

OLG Köln, Urteil vom 11.03.2016 – 6 U 121/15

**890 Kommentar von Sascha Kuhn und Philipp Schröler**

### III. Zusammenfassung

- 61** Kfz-Hersteller und -Händler betreiben zu Marketingzwecken vielfach umfangreiche YouTube-Kanäle und Online-Videotheken. Die deutsche Rechtsprechung geht bislang davon aus, dass über solche Dienste veröffentlichte Werbevideos für neue Pkw-Modelle Kennzeichnungspflichten nach § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 1 Pkw-EnVKV auslösen.
- 62** Die Pkw-EnVKV sieht in § 5 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 indes eine Ausnahme für audiovisuelle Mediendienste nach Art. 1 Abs. 1 lit. a) AVMD-RL vor. Entgegen der Rechtsprechung greift diese Ausnahme in den beschriebenen Konstellationen regelmäßig ein, weil die YouTube-Kanäle und Online-Videotheken als audiovisuelle Mediendienste zu qualifizieren sind. Ihnen fehlt es weder an der Fernsehähnlichkeit noch an einem redaktionell verantwortlichen Mediendiensteanbieter. In Bezug auf die AVMD-RL darf nicht vernachlässigt werden, dass diese darauf abzielt, in einem

besonders wettbewerbsstarken Medienumfeld für Anbieter, die sich an das gleiche Publikum richten, einheitliche Regeln zu schaffen.<sup>64)</sup> Bei der Interpretation ihres Anwendungsbereichs ist keine besondere Zurückhaltung geboten. Die Auslegung soll gerade in Bezug auf die Fernsehähnlichkeit nach dem Willen des Richtliniengebers dynamisch unter Berücksichtigung der Entwicklungen auf dem Gebiet der Fernsehsendungen erfolgen.<sup>65)</sup>

Auch eine restriktive Auslegung des Verweises in § 5 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 Pkw-EnVKV kann keinen Bestand haben, denn sie würde den eigentlich sinnvollen und kohärenten Regulierungsansatz aushebeln und die Rechtsanwendung unnötig verkomplizieren. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH hier eine Korrektur vornimmt. **64**

RA Sebastian Telle, Pulheim\*

## Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten

Kartellrechtliche Bewertung des Vorwurfs exzessiver Datenerhebung durch Online-Plattformen aus Anlass der Ermittlungen des Bundeskartellamts gegenüber Facebook

### INHALT

#### I. Einleitung

#### II. Relevanz von Sachverhalten mit digitalen Plattformen

##### 1. Erklärung des Begriffs Plattform

##### 2. Wettbewerbliche Phänomene

- a) Konzept der mehrseitigen Märkte
- b) Netzwerkeffekte
- c) Skaleneffekte
- d) Einordnung von Daten
- e) Innovationsdruck

#### III. Grundlagen des Ausbeutungsmisbrauchs

##### 1. Bestimmung des relevanten Marktes und der marktbeherrschenden Stellung

##### 2. Generalklausel und Regelbeispiele des Marktmachtmisbrauchs

#### IV. Tatbestandlicher Konditionenmissbrauch durch Plattformen

##### 1. Marktmacht

- a) Relevanter Markt
  - aa) Marktbeziehung ohne direktes Entgelt
  - bb) Sachlich relevanter Markt für soziale Netzwerke
- b) Marktbewerrschende Stellung
  - aa) Begrenzte Aussagekraft von Nutzeranteilen auf digitalen Plattformen
  - bb) Möglichkeiten der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung bei digitalen Plattformen
  - cc) Daten als selbstständiger Marktmachtfaktor

#### 2. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

- a) Verletzung nicht-kartellrechtlicher Vorschriften
- b) Ausplünderung der Marktgegenseite
  - aa) Kartellrechtlicher Anknüpfungspunkt für den Schutz der Interessen der Marktgegenseite
  - bb) Dateneinwilligungen als preisbezogener Faktor
  - cc) Daten als Wettbewerbsfaktor
  - dd) Bewertung einer exzessiven Datenerhebung
- c) Rechtfertigung
  - aa) More economic approach und Auslegung des Begriffs „Missbrauch“
  - bb) Wohlfahrtsgewinne und Effizienzvorteile
- d) Zwischenergebnis

#### 3. Zusammenfassung Konditionenmissbrauch

#### V. Zusammenfassung und praktischer Ausblick

### I. Einleitung

Am 02.03.2016 hat das Bundeskartellamt in einer Pressemitteilung bekannt gegeben, ein Verfahren gegenüber Facebook eröffnet zu haben.<sup>1)</sup> Demnach bestehe der Verdacht, dass das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch die Gestaltung der Nutzungsbedingungen missbraucht habe. Dies könnte im Fall von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorschriften als Konditionenmissbrauch zu werten sein. Vorbehaltlich der weiteren Untersuchungen geht die Behörde von einem sachlich relevanten Markt für soziale Netzwerke aus, auf dem Facebook

\* Rechtsanwalt in der Kanzlei LOGIN Partners Rechtsanwälte. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 915.

1) BKartA, Pressemitteilung vom 02.03.2016, [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02\\_03\\_2016\\_Facebook.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html).

marktbeherrschend sei. Die Nutzer müssten Facebook datenschutzrechtliche Einwilligungen erteilen, deren Umfang nach Ansicht des Bundeskartellamts nur schwer vorhersehbar sei.

- 2** Das Verfahren gilt als das erste, in dem kartellrechtliche Missbrauchsvorwürfe mit möglichen Datenschutzverstößen in Verbindung gebracht werden. Gleichzeitig wirft es für die kartellrechtliche Bewältigung von Plattform-Sachverhalten verschiedene weitere Fragen auf. Der folgende Beitrag nimmt das Verfahren gegenüber Facebook zum Anlass, diese Fragen in einem allgemeinen Zusammenhang zu untersuchen. In einem ersten Teil sollen Plattformen zunächst begrifflich definiert und die in dem Zusammenhang typischerweise auftretenden wettbewerblichen Phänomene dargestellt werden (II.). Nachfolgend werden die rechtlichen Grundlagen des Marktmachtmissbrauchs und das hier relevante Regelbeispiel des Ausbeutungsmisbrauchs kurz erläutert (III.). Die anschließende tatbestandliche Beurteilung wird zu dem Ergebnis kommen, dass ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht für das Vorliegen eines Konditionenmissbrauchs nicht erforderlich ist, sondern dass Datenschutz als wettbewerbliches Interesse im Rahmen der tatbestandlich vorausgesetzten Abwägung berücksichtigt werden kann (IV.). Der abschließende Teil fasst die Ergebnisse zusammen und gibt einen Ausblick auf den weiteren Verlauf und die praktische Relevanz (V.).

## II. Relevanz von Sachverhalten mit digitalen Plattformen

### 1. Erklärung des Begriffs Plattform

- 3** Plattformen treten in der digitalen Wirtschaft auf verschiedenste Weise auf. So gibt es Medienportale, Suchmaschinen, Kommunikationsplattformen sowie Handels- und Vermittlungsplattformen. Medienportale stellen Inhalte von kreativ Schaffenden oder Produzenten zusammen und eröffnen sie unter einem einheitlichen Angebot ihren Besuchern. Auf Suchmaschinen wie Google können Nutzer Suchbegriffe eingeben und erhalten daraufhin eine Ergebnisliste der von der Plattform erfassten Seiten. Auf Kommunikationsplattformen können Teilnehmer verschiedene Wege für den zwischenmenschlichen Kontakt nutzen. Handels- und Vermittlungsplattformen ermöglichen Anbietern von Waren oder Dienstleistungen eine bessere Vermarktung an Kunden.
- 4** Regelmäßig sind Daten eine Grundlage des Geschäftsmodells, insbesondere bei Suchmaschinen. Diese werden häufig zu Werbezwecken verwendet oder zur Verbesserung der angebotenen Dienste. Zusammenfassend beschreibt der Begriff Plattform Intermediäre, die die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzerseiten ermöglichen, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen.<sup>2)</sup>

### 2. Wettbewerbliche Phänomene

#### a) Konzept der mehrseitigen Märkte

- 5** Das Konzept der mehrseitigen Märkte besteht bereits seit ein paar Jahren und wird zunehmend im Zusammenhang mit Plattform-Sachverhalten diskutiert.<sup>3)</sup> Dabei treten Unternehmen, indem sie verschiedene Nutzergruppen bedienen, auf verschiedenen Angebots- und Nachfragermärkten auf und verbinden diese. Zum Beispiel ermöglichen Anbieter von Computerspiel-Konsolen einen Vertriebskontakt zwischen Spieleanbietern und Spie-

lern. Die Spieleanbieter müssen dafür mit dem Konsolen-Betreiber eine Vertriebsvereinbarung abschließen. Die Nutzer richten ihr Interesse auf eine bestimmte Konsole und die dafür verfügbaren Spiele. Damit besteht eine Marktbeziehung mit den Nutzern und eine mit den Spieleanbietern. Je nach Geschäftsmodell können weitere Marktseiten hinzukommen, zum Beispiel mit Werbeunternehmen, die auf der Plattform Werbung schalten.<sup>4)</sup>

#### b) Netzwerkeffekte

Sogenannte Netzwerkeffekte beschreiben Abhängigkeiten zwischen den Nutzern der Plattform.<sup>5)</sup> Deren Handlungen können sich direkt oder indirekt, positiv oder negativ auf die Entscheidungen und Handlungen anderer Nutzer auswirken. Bei direkten Netzwerkeffekten wirken sich die Entscheidungen innerhalb derselben Nutzergruppe aus. Bei indirekten Netzwerkeffekten tritt eine Reaktion bei einer jeweils anderen mit der Plattform verbundenen Nutzergruppe auf. Diese jeweiligen Interdependenzen können bezogen auf die Plattform positive oder negative Effekte haben. Zum Beispiel kann die Entscheidung eines Verbrauchernutzers für die Nutzung einer bestimmten Plattform dazu führen, dass sich weitere Nutzer für diese Plattform entscheiden. Besonders bei Kommunikationsplattformen verdeutlicht sich dies in einem ansteigenden positiven Nutzen für die teilnehmenden Nutzer, je mehr weitere Nutzer teilnehmen. Bei Medienplattformen kann eine steigende Anzahl an Plattformnutzern positive Entscheidungen von Inhalteanbietern auslösen.

#### c) Skaleneffekte

Skaleneffekte treten häufig im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten auf. Hierbei handelt es sich um Mengen- oder Größenvorteile, die sich aus dem Betrieb einer Plattform und den verschiedenen Netzwerkeffekten ergeben.<sup>6)</sup> Mit steigender Größe einer Nutzergruppe sinken die Kosten des Plattformbetreibers. Da in der Regel bei Plattformen die fixen Kosten sehr hoch sind, aber die variablen Kosten dafür niedriger, rechnen sich Investitionen umso mehr, je mehr Erträge durch steigende Teilnehmer erzielt werden.<sup>7)</sup> Mit steigender Anzahl der Nutzer sinken also die Kosten für das Produkt der Plattform und Ressourcen werden besser verteilt. Gleichzeitig kann der Plattformbetreiber höhere Werbeeinnahmen erzielen.

#### d) Einordnung von Daten

Einige Plattformbetreiber nehmen aus verschiedenen Gründen umfangreiche Datenanalysen vor, die große Teile des Nutzerverhaltens umfassen. Zum einen können Plattformen Geschäftsprozesse mit den erlangten Informationen verbessern, ihre Kosten senken sowie sich stärker auf die Bedürfnisse der Kunden einstellen.<sup>8)</sup> So können die Verhaltensmuster der Kunden analysiert werden und hieran gemessen das Plattformprodukt weiter entwickelt werden. Zum anderen können Daten in weitere Zusammenhänge mit anderen Diensten gestellt werden. Damit einhergehend können sich Plattformbetreiber auf neue Trends vorbereiten und Marktpotenzial frühzeitig entdecken.

4) Eine Übersicht hierzu beschreiben Podszun/Kreifels, EuCML 2016, 33, 35.

5) Zur Übersicht Sokol/Comerford, Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech, Roger D. Blair & D. Daniel Sokol editors, Cambridge University Press, Forthcoming, S. 12, <http://ssrn.com/abstract=2723693>; Autorité de la concurrence/BKartA, gemeinsames Papier zu Daten und Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht, S. 27, <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Beichte/Big%20Data%20Papier.html?nn=4677870>.

6) Evans (Fn. 3), S. 7 f.

7) Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 46, [http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf).

8) Monopolkommission (Fn. 7), Rn. 69

2) Vgl. BKartA, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Hintergrundpapier v. 01.10.2015, S. 8 ff., [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrund\\_papier/AK\\_Kartellrecht\\_2015\\_Digitale\\_Oekonomie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrund_papier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

3) Dazu einführend Evans, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 753, S. 6 ff.; Höppner/Grabsenchröer; NZKart 2015, 162, 164.

## Telle, Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten

**9** Über Plattformen werden Daten in unterschiedlicher Weise kommerzialisiert.<sup>9)</sup> Zum einen werden sie als Rohstoff oder Handelsware, häufig nach einer erfolgten Veredelung oder Zusammenführung mit anderen Daten, weiterverkauft. Zum anderen werden sie in unterschiedlicher Hinsicht mit der Bezahlung durch Plattform-Nutzer in Verbindung gebracht. So gelten sie besonders in der Werbebranche als Indikator dafür, dass ein Nutzer die publizierte Werbung wahrgenommen hat. Der Plattform-Betreiber kann mit den Daten also gegenüber seinen Werbepartnern darlegen, dass die auf seiner Plattform geschaltete Werbung einen bestimmten Effekt hat oder eine Zielgruppe erreicht. Andererseits wird argumentiert, Daten seien die „Währung des Internets“. Statt einer Geldleistung würden Nutzer mit ihren Daten bezahlen.<sup>10)</sup>

### e) Innovationsdruck

**10** Digitale Märkte gelten als besonders innovationsfreudig. Dies äußert sich in schnell auftretenden neuen Technologien und Produkten, die andere Angebote ebenso schnell verdrängen.<sup>11)</sup> Für Plattform-Betreiber bedeutet dies ein erhebliches wettbewerbliches Risiko, von Wettbewerbern verdrängt zu werden. Die Lebenszyklen von Produkten sind eher kurz.<sup>12)</sup> Diesem Risiko der Plattform-Betreiber stehen die für Wettbewerber hohen Chancen gegenüber, mit einem innovativen Angebot zu überzeugen und den „Platzhirsch“ zu verdrängen.

## III. Grundlagen des Ausbeutungsmissbrauchs

### 1. Bestimmung des relevanten Marktes und der marktbeherrschenden Stellung

**11** Der relevante Markt bestimmt sich nach dem Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage.<sup>13)</sup> Alle Produkte, die aus Nachfragersicht die Nachfrage befriedigen können, werden dabei zu einem sachlich relevanten Markt gezählt. Der örtlich relevante Markt bestimmt sich danach, ob in unterschiedlichen Regionen derart unterschiedliche Bedingungen herrschen, dass Nachfrager dort ihre Nachfrage nicht befriedigen können.

**12** Marktbeherrschung liegt nach § 18 Abs. 1 GWB vor, wenn ein Unternehmen keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Stellung innehält. Zur Feststellung der marktbeherrschenden Stellung bestehen verschiedene Vermutungsregeln und Kriterien.<sup>14)</sup>

### 2. Generalklausel und Regelbeispiele des Marktmachtmisbrauchs

**13** § 19 Abs. 1 GWB verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. In § 19 Abs. 2 GWB wurden besondere Regelbeispiele eines vorliegenden Marktmachtmisbrauchs kodifiziert. Diese sind weitgehend ähnlich zu den Fällen des Art. 102 AEUV.

**14** Als ein Regelbeispiel behandelt § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung durch Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Dabei gilt, dass dieses Regelbeispiel nicht in horizontalen Verhältnissen anwendbar ist, sondern sich auf vertikale Verhältnisse bezieht.<sup>15)</sup> Dies er-

gibt sich aus dem Wortlaut der Fallgruppe, wonach der Missbrauch insbesondere dann vorliege, wenn ein Unternehmen „als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen Entgelte (...) oder sonstige Geschäftsbedingungen“ fordert. Dieses Fordern spricht jedoch nur die jeweilige Marktgegenseite an. Ein Ausbeutungsmissbrauch liegt dann vor, wenn ein marktmächtiges Unternehmen seine Marktmacht unangemessen gegenüber der Marktgegenseite ausübt, um für sich unangemessen günstige Vertragsbedingungen auszuhandeln.

§ 19 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. GWB regelt den sogenannten Preismisbrauch als einen Unterfall des Ausbeutungsmissbrauchs. Dabei ist maßgeblich, dass das marktmächtige Unternehmen seine Marktmacht einsetzt und für sich zu hohe Preise fordert. Im Gegensatz dazu nimmt ein marktmächtiges Unternehmen im Fall des Behinderungsmissbrauchs zu niedrige Preise, um Wettbewerber zu verdrängen, im Fall des Diskriminierungsmissbrauchs nimmt das Unternehmen ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Preise.<sup>16)</sup>

Der auch im Verfahren des Bundeskartellamts gegenüber Facebook angesprochene Konditionenmissbrauch ist als weiterer Unterfall des Ausbeutungsmissbrauchs in § 19 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. GWB geregelt. Demnach missbraucht ein Unternehmen seine Marktmacht auch, wenn es als Anbieter oder Nachfrager sonstige Bedingungen fordert, die von den Bedingungen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Ähnlich wie beim Preismisbrauch fordert das marktmächtige Unternehmen hier Bedingungen ein, die es auf wettbewerblich geprägten Marktbedingungen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht durchsetzen könnte.

## IV. Tatbestandlicher Konditionenmissbrauch durch Plattformen

### 1. Marktmacht

Bei kartellrechtlichen Plattform-Sachverhalten stellen sich mehrere Diskussionspunkte im Zusammenhang mit der Bestimmung des relevanten Marktes wie auch der Bestimmung von Marktmacht. Die Geschäftsmodelle einiger Plattformen scheinen sich dabei nicht ohne weiteres kartellrechtlich erfassen zu lassen.

#### a) Relevanter Markt

Da marktbeherrschende Stellung die Unberührtheit eines Unternehmens von Wettbewerb auf einem Markt bedeutet, kommt es auch bei Plattform-Sachverhalten zunächst maßgeblich auf die Beantwortung der Frage an, ob und wenn ja welcher sachlich relevante Markt vorliegt. Das Bundeskartellamt hat in seiner Pressemitteilung angedeutet, von einem sachlich relevanten Markt für soziale Netzwerke auszugehen.

#### aa) Marktbeziehung ohne direktes Entgelt

Insbesondere bei sozialen Netzwerken wird derzeit angeregt diskutiert, ob auch ein Markt bei sogenannten unentgeltlichen Leistungen vorliegen könne.<sup>17)</sup> Am Beispiel Facebook und auch bei Suchmaschinen wird argumentiert, die Leistungen würden den Nutzern nicht gegen eine Bezahlung, sondern frei und damit nicht mehr „gewerblich“ zur Verfügung gestellt.<sup>18)</sup> Eine „Bezahlung mit Daten“ könnte es dagegen nicht geben, sodass jedenfalls im Endkundensegment kein Markt angenommen werden kann.

9) Holzweber, NZKart 2016, 104, 107; Vgl. Monopolkommission (Fn. 7), Rn. 69.

10) Monopolkommission (Fn. 7), Rn. 65.

11) Evans (Fn. 3), S. 28 f.; Autorité de la concurrence/BKartA (Fn. 5), S. 29 f.

12) Vgl. Monopolkommission (Fn. 7), Rn. 51.

13) Einführend dazu Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 18 Rn. 29 ff.

14) Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 18 Rn. 74 ff.

15) Vgl. Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 18 Rn. 246.

16) Von Dietze/Janssen, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 527.

17) Vgl. Podszun/Franz, NZKart 2015, 121 ff.; Höppner/Grabenschröer, NZKart 2015, 162, 163.

18) Kersting/Dworschak, ifo Schnelldienst 16/2014, S. 7; Schuld/Held/Laudien, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation: Rechtliche Anforderungen an Zugangsoffenheit und Transparenz bei Suchmaschinen im WWW, 2005, S. 84.

## Telle, Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten

Die Argumente für eine Marktbeziehung auch bei nicht-entgeltlichen Leistungen überzeugen.<sup>19)</sup> Dass eine Leistung von der Plattform quasi „verschenkt“ wird, kann nämlich nicht bereits den Markt als das Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage ausschließen.<sup>20)</sup> Andernfalls würden bereits kreative unternehmerische Entscheidungen und eine besondere vertragliche Ausgestaltung die Bestimmung eines sachlich relevanten Marktes entgegen dem Regelungszweck und auch dem Wortlaut des § 18 Abs. 1 GWB unmöglich machen. Vorzugswürdig erscheint daher die Ansicht, der sich auch das Bundeskartellamt tendenziell anzuschließen scheint.<sup>21)</sup> In einem zwei- oder mehrseitigen Markt kann der Preis für eine Nutzergruppe durch eine unterschiedliche Kostenverteilung von der Plattform bestimmt werden. Zum Beispiel können Nutzer eine Werbe-Plattform häufig deshalb gerade nicht-entgeltlich nutzen, weil die Plattform ihre Kosten durch den Preis für die teilnehmenden Werbe-Unternehmen amortisiert.<sup>22)</sup> Der Plattform-Betreiber nutzt dabei die positiven Netzwerkeffekte, um die Nutzergruppe zu vergrößern und sein Geschäftsmodell bestmöglich auszunutzen.<sup>23)</sup> Allerdings ist die angebotene Leistung des Plattform-Betreibers potenziell entgeltlich und von einer autonomen Auswahlentscheidung der Marktgegenseite abhängig.<sup>24)</sup>

**bb) Sachlich relevanter Markt für soziale Netzwerke**

- 20** Es stellt sich weiterhin die Frage, ob die laut der Pressemitteilung des Bundeskartellamts vorläufige Einschätzung Bestand haben kann, einen sachlich relevanten Markt für soziale Netzwerke abzugrenzen. Hierfür spricht zwar, dass aus Sicht vieler Nutzer eine Austauschbarkeit insofern besteht, dass die Funktionen einiger Kommunikationsplattformen dieselbe Nachfrage bedienen. So können die Nutzer an einer Community teilhaben und über ein Profil interagieren. Andererseits bestehen zwischen einigen Plattformen mit diesen Funktionen aus Nachfragerseite erhebliche Unterschiede und das Wechselverhalten der Nutzer lässt sich nicht ohne weiteres verlässlich mit hergebrachten Konzepten wie dem SSNIP-Test nachvollziehen.<sup>25)</sup> Zum Beispiel ermöglicht der Dienst Twitter zwar auch Interaktion mit anderen Mitgliedern. Im Vordergrund stehen jedoch Mikroblogging-Dienste. Außerdem sind die wirtschaftlichen Entwicklungen im Bereich Plattformen stark durch den Effekt des Multihomings geprägt.<sup>26)</sup> Hieraus könnte sich sogar der Schluss ziehen lassen, pro Plattform einen Markt anzunehmen, solange nicht ein unmittelbarer Wettbewerber auftritt, der aus Nutzersicht dieselbe Nachfrage befriedigt.

**b) Marktbeherrschende Stellung**

- 21** § 18 Abs. 3 GWB beschreibt nicht abschließend verschiedene Kriterien zur Bestimmung der Marktstellung eines Unternehmens. Die in § 18 Abs. 4 GWB kodifizierte widerlegbare Vermutung dürfte gerade bei Plattformen wenig hilfreich sein. Denn selbst wenn sich ein sachlich relevanter Markt bestimmen ließe, auf dem der Plattform-Betreiber agiert, ist noch ungeklärt, wie

19) Zusammenfassend Dewenter/Rösch/Terschüren, NZKart 2014, 387, 389; Paal, GRUR Int. 2015, 997, 1000.

20) Höppner/Grabenschröer, NZKart 2015, 162, 163; Körber, ZWeR 2009, 315, 338 f.; Körber, WRP 2012, 761, 764.

21) Vgl. BKartA (Fn. 2), S. 16.

22) Vgl. bereits Komm, 24.03.2004 – COMP/C-3/37.792 – Microsoft; EuG, 17.09.2007 – T-201/04, Slg. 2007, II-3601 – Microsoft/Kommission; Komm, 07.10.2011 – COMP/M.6281, Rn. 10 ff. – Microsoft/Skype; Komm, 03.10.2014 – COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp.

23) Vgl. Podszun/Franz, NZKart 2015, 121, 123; vgl. zur Frage der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung unentgeltlicher Leistungen bereits Emmerich, JuS 2004, 920, 922.

24) Podszun/Franz, NZKart 2015, 121, 126.

25) Vgl. Höppner/Grabenschröer, NZKart 2015, 162, 164.

26) Weck, NZKart 2015, 290, 292; Autorité de la concurrence/BKartA (Fn. 5), S. 28.

die Marktanteile auf diesen Märkten bestimmt werden können. Ebenso offen ist, welche Relevanz Daten bei einer einzelfallbezogenen Feststellung von Marktmacht haben können.

**aa) Begrenzte Aussagekraft von Nutzeranteilen auf digitalen Plattformen**

Aufgrund der beschriebenen Geschäftsmodelle auf Plattformen erwirtschaftet der Plattform-Betreiber mit seinem Angebot an die Nutzer regelmäßig keinen unmittelbaren entgeltlichen Umsatz bezogen auf dieses Marktverhältnis, sodass echte Größenkriterien schwer zu treffen sind. Marktanteile können deshalb unmittelbar nur schwer bestimmt werden.<sup>27)</sup> Außerdem dürfte für das Marktverhältnis gegenüber der Nutzergruppe die bloße Anzahl auf einer Plattform angemeldeter Nutzer nicht ausreichen, um einen Marktanteilswert zu bestimmen, da Plattform-Nutzer einen unzuverlässigen Faktor darstellen. Denn bereits auf das Beispiel vermarkter Werbung bezogen können Nutzerzahlen je nach Art der gewidmeten Aufmerksamkeit völlig unterschiedliche Aussagen haben. Zudem sind digitale Plattformen hoher wirtschaftlicher Dynamik und Innovationsdruck ausgesetzt. Selbst eine zahlenmäßig kleine Nutzergruppe auf einer bestimmten Plattform kann zu einem großen wirtschaftlichen Einfluss führen.<sup>28)</sup>

**bb) Möglichkeiten der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung bei digitalen Plattformen**

Somit stellt sich die Frage, wie eine einzelfallbezogene Feststellung der Marktmacht von Plattformen erfolgen kann. Von den zu berücksichtigenden nicht abschließenden Kriterien aus § 18 Abs. 3 GWB kommen mehrere in Betracht.<sup>29)</sup> Viele Plattformen werden in Konzernverbünden betrieben, bei denen teilweise verschiedene Wertschöpfungsstufen bedient werden. Diese Verflechtung schafft auch die Möglichkeit eines besseren Zugangs zu Absatz-, aber auch zu Beschaffungsmärkten. Auch ist nach § 18 Abs. 3 Nr. 6 GWB der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch andere Unternehmen zu berücksichtigen. Bei Plattformen könnte sich hier ein potenziell starker Wettbewerb durch eine verdrängende Technologie ergeben. Denn selbst wenn nach dem Ergebnis einer Marktdefinition ein sachlich relevanter Markt für eine Plattform angenommen würde, ist der Plattform-Betreiber regelmäßig einem starken Innovationswettbewerb ausgesetzt.<sup>30)</sup> Nutzer können vergleichsweise einfach und ohne Kosten zu anderen Plattformen wechseln, was im Sinne von § 18 Abs. 3 Nr. 6 GWB zu berücksichtigen sein dürfte. Das Bundeskartellamt hat als ein Kriterium für die Bestimmung der Marktstellung von Plattformen eine Ermittlung vorgeschlagen, inwiefern Netzwerkeffekte internalisiert werden könnten.<sup>31)</sup> Ein weiterer Aspekt könnte die von den Nutzern gewidmete Aufmerksamkeit sein, die sich durch Besucherzahlen feststellen lassen könnte, korrigiert durch Größenmerkmale der jeweils anderen Marktseite.<sup>32)</sup>

**cc) Daten als selbstständiger Marktmachtfaktor**

In diesem Gefüge der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung stellt sich die Frage, welche Relevanz Daten haben. Vielfach werden Daten als eigenständiger Machtfaktor beschrieben. Datenmacht ist jedoch nicht stets mit Marktmacht gleich-

27) BKartA (Fn. 2), S. 19.

28) Komm, 05.03.2008 – COMP/M.4747, Rn. 151 f. – IBM/Telelogic; Podszun/Kreifels, EuCMU 2016, 33, 36.

29) Monopolkommission (Fn. 7), Rn. 488.

30) Körber, WuW 2015, 120, 129; Körber, WuW 2007, 1209, 1213; Dreher, ZWeR 2009, 149, 169 ff.

31) Vgl. bereits dazu Komm, 03.10.2014 – COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp; BKartA (Fn. 2), S. 20.

32) Haucap/Heimeshoff, DICE Discussion Paper No. 83 2013, 12 f.; Surblyte, EuCMU 2015, 170, 174.

## Telle, Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten

zusetzen, da selbst ein datenspeichermäßig großer Datenschatz weniger wertvoll im Vergleich zu einer kleinen Datensammlung mit hochwertigen Informationen sein kann.<sup>33)</sup> Vielmehr kann Datenmacht nur dann überhaupt auch als Faktor für die Bestimmung von Marktmacht herangezogen werden, wenn und soweit sie sich zur Beschränkung des Wettbewerbs eignet.<sup>34)</sup> Dieser Umstand ist in einer empirischen Untersuchung festzustellen.

### 2. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

#### a) Verletzung nicht-kartellrechtlicher Vorschriften

**25** Eine Möglichkeit des Konditionenmissbrauchs könnte in dem auch in der Pressemitteilung des Bundeskartellamts geäußerten Verdacht auf Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften liegen. Dann wäre zunächst in dem Verfahren gegenüber Facebook zu prüfen, in welchem Umfang diese Verstöße vorliegen könnten. Fraglich ist jedoch aufgrund der Gesetzesbindung des Bundeskartellamts und des beschränkten Wortlauts des § 19 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. GWB, ob ein tatbestandlicher Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften überhaupt erforderlich ist.

**26** Facebook wurde bereits öfter mit Datenschutzrechtsverstößen in Verbindung gebracht. Zahlreiche Rechtsstreite wurden bereits über die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einzelner Geschäftspraktiken geführt.<sup>35)</sup> Insbesondere ist die Frage der Anwendbarkeit deutschen Datenschut兹rechts in Teilbereichen umstritten.<sup>36)</sup> Gleichwohl scheint sich das Bundeskartellamt auf eine datenschutzrechtliche Überprüfung der Nutzungsbedingungen von Facebook festzulegen.<sup>37)</sup>

**27** Ein positiver Rechtsverstoß gegen nicht-kartellrechtliche Vorschriften ist jedoch nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. GWB nicht erforderlich. Da der kartellrechtliche Ausbeutungsmisbrauch nicht akzessorisch zu nicht-kartellrechtlichen Vorschriften ist, kann auch ein Rechtsverstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens ohne Wettbewerbsbezug noch nicht geeignet sein, einen Missbrauch darzustellen, und können im Umkehrschluss selbst nicht-kartellrechtlich zulässige Handlungen kartellrechtlich verboten sein.<sup>38)</sup> Aufgrund des in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB festgelegten Vergleichsmarktkonzepts erfolgt eine Kontrolle der Konditionen marktbeherrschender Unternehmen gerade nicht mehr am Maßstab des dispositiven Gesetzesrechts, sondern am Vergleich mit den hypothetischen Konditionen auf wettbewerblich geprägten Märkten.<sup>39)</sup> Ein anderes Vorgehen würde zudem zu einer Bagatellisierung des kartellrechtlichen Verbots des Missbrauchs einer marktmächtigen Stellung führen. Mit dem gesetzlichen Regelungszweck wäre das nicht mehr vereinbar. Außerdem würde sich eine Beschränkung auf Rechtsverstöße entgegen Wortlaut und Gesetzeszweck lediglich an der Verletzung von Interessen orientieren, die nicht ausdrücklich wettbewerblich geschützt sind.<sup>40)</sup>

**28** In einer in diesem Zusammenhang häufig zitierten Leitsatzentscheidung des BGH<sup>41)</sup> heißt es lediglich, dass die Verwendung unzulässiger AGB einen Marktmachtmisbrauch darstellen

33) Vgl. Körber auf den 5. Göttinger Kartellrechtsgesprächen 2016, zitiert nach Rock, NZKart 2016, 166, 167.

34) Körber, WuW 2015, 120, 127; Komm, 03.10.2014 – COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp.

35) Vgl. Sydow, ZD 2016, 159 ff.; Robak, GRUR-Prax 2016, 139 ff.

36) Vgl. allein den Vorlagebeschluss des BVerwG an den EuGH über die Auslegungsfragen hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit, BVerwG, 25.02.2016 – I C 28.14; zur AGB-Kontrolle und anwendbarem Recht Kremer, RDV 2014, 73 ff.

37) BKartA (Fn. 2), S. 32; BKartA (Fn. 1).

38) So auch Wolf, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, § 19 Rn. 123.

39) Emmerich, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 27. Rn. 121.

40) Vgl. Holzweber, NZKart 2016, 104, 107.

41) BGH, 06.11.2013 – KZR 58/11, NZKart 2014, 31, 34 = WRP 2014, 185 – VBL-Gegenwert.

„kann“. Hieraus lässt sich aber nicht der allgemeine Satz ableiten, dass unzulässige AGB eines marktbeherrschenden Unternehmens „stets“ auch einen Marktmachtmisbrauch darstellen. Da zudem die nicht-kartellrechtlichen Rechtsvorschriften hauptsächlich nicht-kartellrechtliche Interessen schützen, wäre eine Interessenabwägung lediglich an diesen bestehenden Regelungen gemessen zu kurz gegriffen.<sup>42)</sup> Es würden nämlich diejenigen wettbewerbswidrigen Mittel des marktbeherrschenden Unternehmens vernachlässigt, die gerade nicht ausdrücklich nach einer nicht-kartellrechtlichen Vorschrift verboten sind.<sup>43)</sup> Zuletzt richtet sich der Missbrauchsbegehr des § 19 GWB nicht nach Begriffen wie Unangemessenheit oder Unlauterkeit.<sup>44)</sup>

Gleichwohl hat der BGH bereits bei unzulässigen AGB einen Marktmachtmisbrauch für möglich gehalten, verlangt jedoch eine Wettbewerbsbezogenheit der Verstöße gegen nicht-kartellrechtliche Vorschriften.<sup>45)</sup> Dies ist wohl dann anzunehmen, wenn das marktmächtige Unternehmen durch den Verstoß seine Marktstellung gegenüber der jeweiligen Marktgegenseite ausbaute oder festigte.<sup>46)</sup> Es muss also ein wettbewerblicher Zusammenhang zwischen den Verstößen und dem Missbrauch der Marktmacht bestehen. Dies dürfte jedoch selbst bei einem unterstellten Rechtsverstoß gegen Datenschutzrecht nicht ohne weiteres der Fall sein.

#### b) Ausplünderung der Marktgegenseite

Ein Abweichen der Geschäftsbedingungen von denen, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden, kommt auch außerhalb von Verstößen gegen nicht-kartellrechtliche Vorschriften in Betracht, wenn das marktmächtige Unternehmen durch die aufgezwungenen unangemessenen Geschäftsbedingungen die Marktgegenseite ausplündert.<sup>47)</sup> In diesem Fall sind für die kartellrechtliche Bewertung die gegenseitigen Interessen der Marktteilnehmer gegeneinander abzuwegen.

##### aa) Kartellrechtlicher Anknüpfungspunkt für den Schutz der Interessen der Marktgegenseite

Eine wettbewerbliche Beurteilung der gerügten Geschäftsbedingungen richtet sich unabhängig von der Feststellung eines Rechtsverstoßes gegen nicht-kartellrechtliche Rechtsvorschriften ausschließlich nach dem Wortlaut „Missbrauch“.<sup>48)</sup> Dieser Begriff beinhaltet zwar keine moralische Wertungsfunktion, setzt aber eine wettbewerbliche Abwägung voraus, in die wettbewerbliche Erwägungen über Datenschutzinteressen mit einbezogen werden können.<sup>49)</sup> Die marktbeherrschende Stellung wird von einem Unternehmen dann „missbräuchlich“ im Sinne dieser Vorschrift ausgenutzt, wenn dies in einer Weise erfolgt, die mit den Zielen des Kartellrechts in Widerspruch steht.<sup>50)</sup> Hierbei kommt es nicht auf die subjektiv verfolgten Ziele eines Unternehmens an. Vielmehr sind die unterschiedlichen wettbewerblichen Interessen gegeneinander abzuwegen, wobei nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Marktgegenseite so weit ein-

42) A. A. Wiedmann/Jäger, K&R 2016, 217, 220.

43) Körber, WRP 2012, 761, 767.

44) Meessen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 131 ff.; Schaffert, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, § 4 Nr. 11 UWG, Rn. 22; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rn. 127 ff.; vgl. zu der Diskussion Sokol/Comerford (Fn. 5), S. 17.

45) BGH, 06.11.2013 – KZR 58/11, NZKart 2014, 31, 34 = WRP 2014, 185 – VBL-Gegenwert.

46) Soweit auch BKartA (Fn. 2), S. 28; Autorité de la concurrence/BKartA (Fn. 5), S. 25.

47) Vgl. Ott, MMR 2006, 195, 197; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 19 Rn. 18; Wagner-von Papp/Wurmnest, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 38), Einleitung Rn. 1606; a. B. BKartA (Fn. 2), S. 28.

48) Wolf, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 38), § 19 Rn. 123.

49) Holzweber, NZKart 2016, 104, 107.

50) Paal, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal (Hrsg.), 11. Edition, Stand: 01.02.2016, Art. 102 AEUV Rn. 26; vgl. BGH, 06.11.1984 – KVR 13/83, NJW 1986, 846, 848.

## Telle, Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten

geschränkt werden darf, wie dies zur Zweckerreichung und für die Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs erforderlich ist.<sup>51)</sup> Bezogen auf die datenschutzrechtlichen Einwilligungen bedeutet dies, dass die Verfügungsfreiheit der Nutzer über die sie betreffenden Daten gegenüber einer wirkungsvollen Verwaltung der Daten abzuwegen ist.

**32** Dies wird auch durch die Systematik des § 19 Abs. 1 und Abs. 2 GWB gestützt. Denn die in Abs. 2 normierten Regelbeispiele betreffen besondere Fälle eines stets anzunehmenden Missbrauchs der Marktmacht. Diese sind aber nicht abschließend, sondern es besteht weiterhin die Möglichkeit einer konkreten Missbrauchsfeststellung nach Abs. 1, die sich erst recht an einer Abwägung orientiert.

**33** Zudem sind Konditionenmissbrauch und Preismissbrauch als Unterfälle einer Ausbeutung der Marktgegenseite nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB parallel auszulegen.<sup>52)</sup> Eine genaue Abgrenzung erfolgt nicht, denn preisbildende Bedingungen können ebenso sonstige Geschäftsbedingungen im Sinne dieser Vorschrift sein. Hieraus folgt auch, dass für den Konditionenmissbrauch grundsätzlich dieselben Maßstäbe anwendbar sind wie für den Preismissbrauch.<sup>53)</sup> Denn Konditionen wie auch Preise lassen sich mit den Bedingungen auf einem hypothetischen Markt vergleichen. Dabei kommt es auf eine Gesamtbetrachtung des Leistungsbündels an, da sich negativ und positiv wirkende Bedingungen gegenseitig wettbewerblich relativieren können.<sup>54)</sup>

*bb) Dateneinwilligungen als preisbezogener Faktor*

**34** Es ist also grundsätzlich auch eine preislische Bewertung der Geschäftsbedingungen vorzunehmen, die die datenschutzrechtliche Einwilligung gegenüber dem Plattform-Betreiber zum Gegenstand hat. Dies führt erneut zu der Diskussion über den Preis von Daten. Denn eine wettbewerbliche Bewertung der Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen hängt davon ab, dass ihnen ein Wert zugemessen wird, der erheblich von dem bei hypothetisch wirksamem Wettbewerb abweicht. Das bedeutet, dass die jeweiligen Leistungsbündel nach ihrem wirtschaftlichen Wert bewertet werden müssen. Hat das Leistungsbündel jedoch die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten aufgrund einer Einwilligung zum Gegenstand, so ist der Wert dieser Einwilligung und der damit verbundenen Daten zu bestimmen.

**35** Eine weitere Schwierigkeit bei der Anwendbarkeit der aus dem Preismissbrauch bekannten Grundsätze kann sich in der Praxis aufgrund der Unbeständigkeit von Daten ergeben. Da Informationen je nach dem Kontext für Verwender unterschiedliche Bedeutungen haben und hieraus folgend völlig voneinander abweichende Preisvorstellungen bestehen können, lässt sich bereits kein absolutes Daten-Preisniveau festlegen. Selbst ein relativer Wert von Daten kann sich nämlich verändern, indem sich die Relevanz der Daten verändert.

*cc) Daten als Wettbewerbsfaktor*

**36** Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 Alt. GWB sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb bei der Bewertung zu berücksichtigen, ob die geforderten Konditionen wettbewerblich missbräuchlich sind. Eine Vergleichbarkeit von Märkten ist zwar mit erheblichen Bestimmbarkeitsdefiziten verbunden, die von der Rechtspraxis jedoch mit Sicherheits- und Erheblichkeitszuschlägen zu-

gunsten des betroffenen Unternehmens auszugleichen versucht wird.<sup>55)</sup> Ob sich dies auch auf Plattform-Sachverhalte anwenden lässt, erscheint äußerst fraglich. Denn zum einen begegnet dieser Ansatz dem Vorbehalt, dass Märkte mit Leistungsbündeln betreffend datenschutzrechtlicher Einwilligungen nur sehr schwer in eine annähernde Vergleichbarkeit gerückt werden können, da der Wert von Daten von unterschiedlichen Faktoren abhängen und stark abweichen kann. Eine preisbezogene Vergleichbarkeit lässt sich dadurch wohl nicht erreichen. Zum anderen müsste jedenfalls in dem Verfahren gegenüber Facebook die Erkenntnis miteinzubeziehen sein, dass umfangreiche Datenerhebungs-, -verarbeitungs- und -nutzungsbefugnisse ein gängiges Mittel von Plattform-Betreibern sind und deshalb wohl schwer eine erhebliche Abweichung von den Bedingungen auf tatsächlich vergleichbaren Märkten anzunehmen sein kann. Damit einher geht die Frage, ob es überhaupt einen hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Ausgestaltung von Geschäftsbedingungen annähernd vergleichbaren von Wettbewerb geprägten Markt gibt oder ob nicht eher ein Wettbewerb um den größeren Vorsprung durch Daten, mithin der damit verbundenen Einwilligungen, vorherrscht.<sup>56)</sup>

Aufgrund des Wortlauts „insbesondere“ dürfen auch andere **37** Methoden zulässig und möglicherweise sogar erfolgversprechender sein. Ein Ansatz wäre das Gewinnbegrenzungskonzept, das bislang überwiegend bei der Feststellung des Preismissbrauchs angewendet wurde, allerdings auch auf den Konditionenmissbrauch anwendbar ist, wenn den Konditionen jedenfalls ein konkreter preislischer Wert zugeordnet werden kann.<sup>57)</sup> Eine hohe Gewinnspanne zwischen den Kosten des Plattform-Betreibers und dem preislisch feststellbaren Wert der datenschutzrechtlichen Einwilligungen kann hiernach einen Missbrauch darstellen. Das Risiko liegt aber in einer wettbewerblich nicht mehr gerechtfertigten Fehlbewertung der Effizienzvorteile, die der Plattform-Betreiber durch Skaleneffekte und eigene innovative Tätigkeit berechtigterweise für sich erzielt.

Da es bei Plattform-Sachverhalten häufig keine geeigneten Vergleichsmärkte gibt, kann ein Abweichen der Geschäftsbedingungen ausschließlich auf der Annahme eines hypothetischen Marktes erfolgen. Hierfür wird teilweise vorgeschlagen, allgemeine Wertungen miteinzubeziehen, wie sie sich auch in den §§ 307 ff. BGB finden, in den Regelungen des BDSG über die Verwendung von Daten für Werbezwecke oder dem Schutz vor Irreführung nach dem UWG.<sup>58)</sup> Dem stehen die bereits geäußerten Vorbehalte gegenüber.

*dd) Bewertung einer exzessiven Datenerhebung*

Ist also eine preis- oder wertbezogene Beurteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligungen nicht unter Anwendung herkömmlicher Methoden praktikabel, richtet sich die weitere Prüfung nach einer als-ob-wettbewerblich geprägten Abwägung der Nutzerinteressen gegenüber den Interessen des Plattform-Betreibers. Verstöße gegen „den Datenschutz“ können in diesem Zusammenhang als Verstoß gegen die Konsumentenwohlfahrt begründet werden.<sup>59)</sup> Das ist dann der Fall, wenn einem übermäßigen Abgreifen der Daten keine Leistungen mit einem für die Marktgegenseite gerechtfertigten Wert gegenüberstehen.

51) *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 44), Art. 102 AEUV Rn. 186.

52) *Bechtold/Bosch*, in: Bechtold/Bosch, GWB (Kartellgesetz) 8. Aufl. 2015, § 19 Rn. 53.

53) *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 44), Art. 102 AEUV Rn. 186.

54) BGH, 06.11.1984 – KVR 13/83, NJW 1986, 846, 848; *Wolf*, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 38), § 19 Rn. 123; *Bechtold/Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 52), § 19 Rn. 53.

55) *Bechtold/Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 52), § 19 Rn. 59 ff.; Vgl. BGH, 16.12.1976 – KVR 2/76, GRUR 1977, 269, 273; BGH, 06.11.1984 – KVR 13/83, NJW 1986, 846, 848; BGH, 02.02.2010 – KVR 66/08, NJW 2010, 2573, 2576.

56) Ähnlich *Wiedmann/Jäger*, K&R 2016, 217, 218.

57) *Wolf*, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 38), § 19 Rn. 116.

58) BGH, 06.11.2013 – KZR 58/11, NZKart 2014, 31, 34 = WRP 2014, 185 – VBL-Gegenwart; ähnlich Monopolkommission (Fn. 7), Rn. 306 ff.

59) A. A. *Holzweber*, NZKart 2016, 104, 107.

## Telle, Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten

**40** In diesem Zusammenhang ergeben sich bereits erhebliche Zweifel, ob die Nutzer, unabhängig von der Frage, welcher rechtliche Maßstab an die Nachvollziehbarkeit durch die Verbraucher im Kartellrecht zu stellen ist, tatsächlich wie vom Bundeskartellamt vermeintlich festgestellt den Umfang der Datenerhebung nicht nachvollziehen können oder nicht vielmehr in dem Bewusstsein handeln, Daten statt eines möglicherweise stattdessen zu zahlenden Entgeltes für die Leistung des Plattform-Betreibers freizugeben. Auch ist fraglich, ob Nutzer nicht auf andere Netzwerke ausweichen können.<sup>60)</sup>

**41** Eine exzessive Datenerhebung<sup>61)</sup> könnte zwar wegen eines möglicherweise ausgeschalteten Wettbewerbs um das beste Datenschutzniveau in Betracht kommen und wegen der damit einhergehenden Missachtung des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten der Nutzer. Jedoch müsste ein wettbewerblich noch festzustellender Exzess sich in einem erheblichen und offensichtlichen Ungleichgewicht zwischen Leistungserbringung und Datenerhebung darstellen. Auch könnte eine wettbewerblich nicht mehr gerechtfertigte Bindung der Nutzer an den Plattform-Betreiber aufgrund der von ihnen freigegebenen Daten in Betracht kommen.

**c) Rechtfertigung**

**42** Anders als bei dem in § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV geregelten Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen bestehen für das Marktmachtmisbrauchsverbot keine ausdrücklichen Ausnahmeregelungen. Allerdings lassen sich auch im Rahmen der tatbeständlichen erforderlichen Abwägungsmerkmale Umstände berücksichtigen, die einen tatbeständlichen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung entfallen lassen können.

*aa) More economic approach und Auslegung des Begriffs „Missbrauch“*

**43** Ein Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV kann unter verschiedenen Gesichtspunkten ausscheiden. Zum einen wird mit dem Argument einer *rule of reason* sowie unter der Immanenztheorie diskutiert, ob sogenannte selektive Vertriebssysteme bereits eine tatbeständliche Ausnahme des Verbots einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme darstellen, da sie hinsichtlich der zu vertreibenden Produkte gerade erst eine Wettbewerblichkeit ermöglichen.<sup>62)</sup> Zum anderen bestehen verschiedene Gruppenfreistellungsverordnungen über die Feststellung für den Wettbewerb unbedenklicher typisierter Fälle.<sup>63)</sup> Schließlich kann im Wege einer Einzelfreistellung eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme gerechtfertigt sein, wenn Effizienzvorteile bestehen und die Verbraucher angemessen beteiligt werden.<sup>64)</sup> Allen Fällen ist gemein, dass wettbewerbliche Wohlfahrts- und Effizienzvorteile berücksichtigt werden.

**44** Für den Tatbestand des Marktmachtmisbrauchs bestehen hierzu keine ausdrücklichen Regelungen. Dennoch werden auch mit verschiedenen Begründungen ähnliche Erwägungen vorgenommen.<sup>65)</sup> Da der Wortlaut „Missbrauch“ eine Abwägung der wettbewerblich geschützten Interessen voraussetzt, können zugunsten des betroffenen Unternehmens ebenso wettbewerblich günstig wirkende Umstände berücksichtigt werden.

60) Mit ähnlichen Zweifeln auch Wiedmann/Jäger, K&R 2016, 217, 218.

61) BKartA (Fn. 2), S. 32.

62) Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 1 Rn. 147 ff.

63) Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 2 Rn. 232 ff.

64) Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 2 Rn. 62 ff.

65) Vgl. EuGH, 15.03.2007 - C-95/04, EuZW 2007, 306, 309; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 19 Rn. 278 ff.; Wolf, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 38), § 19 Rn. 125.

**bb) Wohlfahrtsgewinne und Effizienzvorteile**

Effizienzvorteile können im Rahmen der hypothetischen Vergleichsmarktbetrachtung die Bewertung stützen, dass keine Bedingungen vorliegen, die nicht auch bei funktionierendem Wettbewerb bestehen würden. Auch kann zu berücksichtigen sein, ob und wie die Bedingungen zur Förderung der Konsumentenwohlfahrt beitragen. Dies geht einher mit einer stärkeren Beachtung des in der Digitalwirtschaft starken Innovationswettbewerbs und der damit einhergehenden Verdrängung von Unternehmen durch innovativere Wettbewerber.<sup>66)</sup>

Da Plattform-Betreiber in der Regel von den Plattformnutzern kein Entgelt verlangen, kann dies wohl als das naheliegendste Argument für eine Beteiligung der Verbraucher an Wohlfahrtsgewinnen angesehen werden.<sup>67)</sup> Daneben helfen umfangreiche Daten dem Plattform-Betreiber, seine Angebote und seinen Service zu verbessern.<sup>68)</sup> Damit werden Informationsasymmetrien zwischen Anbieter und Nachfrager abgebaut, aber auch Vergleichsinformationen an Verbraucher geliefert, die sich positiv auf den Preiswettbewerb auswirken können. Daten können auch als Rohstoffe oder Gegenstand für weitere Märkte verwendet werden, von deren Ergebnissen Verbraucher profitieren können. Dies kann dadurch erfolgen, indem eine bislang noch nicht hinreichend wirtschaftliche verwertete Nachfrage bei den Verbrauchern entdeckt und durch ein neues Angebot ausgeschöpft wird. Daten können aber auch veredelt und aufbereitet werden oder selbst Gegenstand eines Marktes werden.

**d) Zwischenergebnis**

Selbst wenn ein exzessiver Datenabgriff durch das Bundeskartellamt bei unterstellter Marktmacht eines Plattform-Betreibers festgestellt würde, so ließen sich Wohlfahrtsgewinne und Effizienzvorteile anführen, die einen tatbeständlichen Konditionenmissbrauch entfallen lassen können. Insbesondere sollte nicht allein der Umstand, dass Plattformen in großem Umfang Daten abgreifen, reflexartig als Verstoß gegen das Verbot der marktbeherrschenden Stellung angesehen werden, sondern die wettbewerblichen Vorteile von Big Data miteinbezogen werden.

**3. Zusammenfassung Konditionenmissbrauch**

Unter konsequenter Anwendung des Missbrauchs begriffs sprechen die besseren Gründe für eine eigenständige wettbewerbliche Beurteilung der Plattform-Konditionen. Wettbewerblich günstig wirkende Umstände können dabei berücksichtigt werden. Eine system- und wortlautwidrige Prüfung dispositiver nicht-kartellrechtlicher Vorschriften erscheint dagegen nicht angebracht, selbst wenn das Bundeskartellamt dies wiederholt unter Verweis auf die Entscheidung VBL-Gegenwert des BGH annimmt.

**V. Zusammenfassung und praktischer Ausblick**

Im weiteren Verfahren gegenüber Facebook wird das Bundeskartellamt einige Fragen behandeln, die sich auch bei anderen Plattform-Sachverhalten stellen werden. So wird die Einordnung von Plattformen als mehrseitige Märkte und die Bestimmung von Marktbewertung eine wesentliche Herausforderung darstellen. Die Frage, ob Nutzerdaten ausgeplündert werden, lässt sich dabei nach den geltenden Vorschriften des GWB lösen und bedarf keines Rückgriffs auf nicht-kartellrechtliches, dispositives Recht.

66) Körber, WuW 2015, 120, 129; Körber, WuW 2007, 1209, 1213; Dreher, ZWeR 2009, 149, 169 ff.

67) Vgl. Sokol/Comerford (Fn. 5), S. 4; Bagnoli, IIC 2015, 629, 630.

68) Podszun/Kreifels, EuCML 2016, 33, 37; Holzweber, NZKart 2016, 104, 106.