



universität
wien

MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

**„Das Zusammenspiel von Datenschutzrecht und
Marktmachtmissbrauch am Beispiel der
Entscheidung des BGH, 23.06.2020 – KVR 69/19“**

verfasst von / submitted by
Florian Tauscher BSc

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Science (MSc)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 066 915

Studienrichtung lt. Studienblatt /
degree programme as it appears on
the student record sheet:

Masterstudium Betriebswirtschaft

Betreut von / Supervisor:

o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Arthur Weilingner

Abstract

Die überragende Bedeutung von personenbezogenen Daten in der heutigen Digitalwirtschaft ist mittlerweile nicht mehr von der Hand zu weisen. Bekanntlich haben sich namhafte Plattformanbieter, wie Google und Facebook, innerhalb kürzester Zeit von konzeptionell ambitionierten Unternehmen, zu global aktiven und äußerst wertvollen Konzernen entwickelt, die mit ihren zugrundeliegenden Geschäftsmodellen naturgemäß an Werbung für Kunden interessiert sind. Die damit einhergehende Datenmacht der betroffenen Unternehmen wird als Bedrohung wahrgenommen, sodass der Ruf nach couragiertem Durchgreifen aufkommt. Neben den europäischen Gesetzgeber, hatte auch das deutsche BKartA marktmächtige Unternehmen wie Facebook im Blick. Mit seinem innovativen Ansatz des BGH gegen Facebook schließt das BKartA Kartell- und Datenschutzrecht als zwei Rechtsgebiete ein, welche bislang eher als getrennt wahrgenommen wurden. Vor dem Hintergrund des Verfahrens des Bundeskartellamts sowie der Entscheidung des OLG Düsseldorf im Rechtsschutz gegen dieses Urteils, untersucht diese Arbeit die Frage, inwieweit das Vorgehen des BKartA mit dem geltenden Missbrauchsrecht zu vereinbaren ist und geht insb auf die Verbindung zwischen Marktmacht und dessen missbräuchlichen Verstoß ein. Die folgende Übersicht innerhalb dieser Arbeit, liefert dabei die Grundlage für eine Analyse des aktuellen Schutzgegenstandes des Wettbewerbsrechts und gibt Anhaltspunkte für eine effizientere und modernere Ausrichtung, die der heutigen Digitalwirtschaft gewachsen sein könnte. Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist somit zum einen zu beantworten, inwiefern die Marktbeherrschung eines Unternehmens die Herleitung für die Einbindung von datenschutzwidrigen Verhalten als Element des Missbrauchstatbestandes sein kann und zum anderen, ob das heutige Wettbewerbsrecht den innovativen Voraussetzungen der Digitalwelt ausreichend Schutz für die Verbraucher bietet kann.

Inhaltsverzeichnis

1	Abkürzungsverzeichnis	1
2	Gender Erklärung	3
3	Einleitung	4
3.1	<i>Problemstellung</i>	5
3.2	<i>Forschungsfragen</i>	6
3.3	<i>Aufbau der Arbeit</i>	7
4	Das BGH-Urteil	8
5	Ökonomische Charakteristiken der Digitalwirtschaft	10
5.1	<i>„Winner takes it all“ - Phänomen</i>	10
5.2	<i>Skaleneffekte</i>	11
5.3	<i>(indirekte) Netzwerkeffekte</i>	12
5.3.1	<i>Lock-In Effekt</i>	13
5.4	<i>Nutzungsformen</i>	15
6	Marktmacht in der Digitalökonomie	16
6.1	<i>Grundsätzliches</i>	16
6.1.1	<i>Eignung</i>	17
6.2	<i>Marktabgrenzung</i>	18
6.2.1	<i>Sachlich relevanter Markt</i>	18
6.2.2	<i>Örtlich relevanter Markt</i>	19
6.2.3	<i>Marktanteil</i>	20
6.3	<i>Marktbeherrschung</i>	21
6.3.1	<i>Marktbeherrschung nach Art 102 AEUV</i>	21
6.3.1.1	<i>Beurteilungskriterien</i>	22
7	Missbräuchliche Ausnutzung der Marktbeherrschung	24
7.1	<i>Grundsätzliches</i>	24
7.2	<i>Tatbestände des Art 102 AEUV</i>	25
7.2.1	<i>Ausbeutungsmisbrauch</i>	26
7.2.2	<i>Behinderungsmisbrauch</i>	27
7.2.3	<i>Konditionenmisbrauch</i>	30
7.2.3.1	<i>Entscheidungsfälle</i>	32
7.2.3.1.1	<i>OGH Verfahren Büchl/Peugeot</i>	35
7.3	<i>Konzeption des Art 102 AEUV</i>	36
7.3.1	<i>„More economic approach“ als Neuausrichtung des Art 102</i>	37
7.3.1.1	<i>Kritische Beurteilung des „More Economic approach“ in Art 102 AEUV</i>	39
7.3.1.2	<i>Transparenzzweck des Wettbewerbsverfahrens</i>	40
7.3.2	<i>Zeitgemäße kartellrechtliche Aussagen</i>	41
8	Kausalitätserfordernis	44
8.1	<i>Kausalität als Grundpfeiler des Wettbewerbes</i>	44
8.1.1	<i>Grundsätzliches zum Kausalitätserfordernis</i>	45

8.1.2	Nationale und europäische Stellungnahme	46
8.1.3	Anwendung in Art 102 AEUV	47
9	Freiwilligkeit der Einwilligung als Schnittstelle	48
9.1	<i>Koppelungsverbot</i>	49
9.1.1	Regelungsinhalt	49
9.1.2	Machtungleichgewicht	50
9.1.2.1	„Verlockung“ zur Einwilligung als Tor zum Missbrauch	51
9.1.3	Zweckbündelung	52
9.2	<i>Einwilligung als Verbindung zwischen Kartellrecht und Datenschutzrecht</i>	54
10	Würdigung des BGH-Urteils	54
10.1	<i>Marktrelevantes Umfeld</i>	54
10.1.1	Relevanter Markt	55
10.1.2	Marktbeherrschung	57
10.2	<i>Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung</i>	58
10.2.1	Zum Wohle des Facebook Nutzers?	60
10.3	<i>Tatbestandsmerkmale im Missbrauchsverhalten</i>	61
10.3.1	Ausbeutungsmisbrauch	62
10.3.1.1	Art 6 DSGVO im Konditionenmissbrauch	64
10.3.2	Behinderungsmisbrauch	66
10.4	<i>Kausalität</i>	69
10.4.1	Normative Kausalität	69
10.4.2	Ergebniskausalität	70
10.4.3	Strenge Kausalität	72
10.5	<i>Zusammenfassung</i>	73
11	Schutzzwecke im Datenschutzrecht und in der Missbrauchsaufsicht	77
11.1	<i>Rechtsgrundlagen</i>	77
11.1.1	AEUV	78
11.1.1.1	Zusammenspiel von Art 102 und nationalem Kartellrecht	78
11.1.2	Reichweite des Schutzzweckes	79
11.2	<i>Datenschutzrechtliche Schutzbereiche</i>	79
11.2.1	Übereinstimmungen und Unterschiede zwischen kartellrechtlichen und datenschutzrechtlichen Schutzzwecken	81
12	Datenschutz als außerwettbewerbliches Element des Kartellrechts	83
12.1	<i>Grundannahmen für die Berücksichtigung</i>	83
12.1.1	Relevanter Wettbewerbsschaden	85
12.1.2	Klassische Wettbewerbsbezogenheit	86
12.2	<i>Überlegungen zur Effizienz im Wettbewerbsrecht</i>	87
12.2.1	Effizienzgewinne	87
12.2.1.1	Überlegungen zur wirtschaftlichen Effizienz des Art 102 AEUV	88
12.2.1.1.1	Nachteile zur Effizienzverteidigung	89
12.2.1.2	Ansätze der europäischen Rechtsprechung	90
13	Ausbeutungsmisbrauch als Ausprägung direkten Verbraucherschutzes	92
13.1	<i>Reichweite des Verbraucherschutzes</i>	93
13.1.1	Kritik	93
13.2	<i>Kompetenzproblematik von Kartellrecht und Datenschutzrecht</i>	95
13.2.1	Zuständigkeitsregelungen des Datenschutzes	95
13.2.1.1	Kompetenz zur Prüfung in Österreich	96

13.2.1.1.1	Doppelte Ausführung als Effizienzparameter	97
13.2.2	Kompetenzen der Wettbewerbsbehörde in Österreich.....	99
13.2.3	Handeln der Datenschutzbehörden im Fall Facebook	99
14	Conclusio	100
15	Ausblick	103
16	Literaturverzeichnis.....	105
17	Judikaturverzeichnis.....	115

1 Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Arbeitsweise der Europäischen Union
Abs	Absatz
Art	Artikel
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BMWK	(deutsche) Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BWB	(österreichische) Bundeswettbewerbsbehörde
bspw	beispielsweise
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
BKartA	(deutsche) Bundeskartellamt
BVerfG	(deutsche) Bundesverfassungsgericht
dh	das heißt
DSB	Datenschutzbehörde
DSK	Datenschutzkommission
DSG	Datenschutzgesetz
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErwGr	Erwägungsgrund
EuGH	Europäische Gerichtshof

EK	Europäische Kommission
ff	fortfolgend
gem	gemäß
GG	Grundgesetz
GRCh/GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg	Herausgeber(in)
iA	im Auftrag
idZ	in diesem Zusammenhang
ieS	im engeren Sinne
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
KartG	Kartellgesetz
lit	littera
mE	meines Erachtens
mE(n)	meinem Erachten (nach)
mM(n)	meiner Meinung (nach)
mA(n)	meiner Ansicht (nach)
OLG	Oberlandesgericht
Rn	Randnummer
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
S	Satz
sog	sogenannte(s,r)
Ua	unter anderem
va	vor allem
vgl	vergleich(e)
VO	Verordnung
WettG	Wettbewerbsgesetz
Z	Zeile

2 Gender Erklärung

In dieser Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist. Sämtliche Formulierungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

3 Einleitung

Der Schutz von persönlichen Daten ist erwartungskonform ein brisantes Thema. Durch die tiefgreifenden digitalen Ökosysteme ist es allerdings mühsam, sich als Privatnutzer mit den entsprechenden Schutzmaßnahmen auseinanderzusetzen. Grund hierfür ist häufig, dass die Datenverwendungen intransparent gestaltet sind. Unter dem Leitwort „Big Data“ werden zunehmend Diskussionen zur Datenwirtschaft geprägt¹, in der das Recht des Individuums auf informationelle Selbstbestimmung² zu gewährleisten ist. Die digitale Transformation und deren Vorgehensweise, wie wir Daten sammeln, speichern und nutzen, hat sich maßgeblich geändert. IdZ gilt es zu erwähnen, dass ein gängiges Geschäftsmodell im Internet die Online-Plattform ist. Laut einer Studie von PwC aus dem Jahr 2018 benutzen sieben der zehn größten Unternehmen der Welt, Online-Plattformen als ihr zentrales Geschäftsmodell³. Plattformen sind idZ internetbasierte Geschäftsmodelle, die mehrere Kundengruppen vereinen, wie zum Beispiel soziale Netzwerke, Suchmaschinen oder Verkaufsportale. Demzufolge ist Datenschutz zu einem zentralen Anliegen geworden. Datenschutzrecht soll naturgemäß sicherstellen, dass personenbezogene Daten nicht missbraucht oder unrechtmäßig genutzt werden. Allerdings kann das Streben nach Datenschutz auch in Konflikt mit anderen gesellschaftlichen Zielen stehen, wie zum Beispiel dem freien Wettbewerb.

Auch die Nutzerzahlen der Plattformanbieter wie Google oder Facebook steigen immer weiter an, so dass ihnen ein immer weitreichender Datenzugriff ermöglicht wird. Ihre Position am Markt wird dementsprechend gestärkt. Bekannterweise hinterlässt der Nutzer bereits bei der Anmeldung auf einer Plattform vermehrt verschiedene personenbezogene Daten, die vom Geburtstag bis hin zur eigenen Wohnadresse reicht. Somit sammeln soziale Netzwerke wie Facebook aufgrund der Erstellung umfangreicher persönlicher Profile durch IP-Adressen, einen enormen Datenschatz an. Obwohl die Verarbeitung dieser Daten für die Verbesserung von Produkten und Dienstleistungen und die Personalisierung von Angeboten nützlich sein können, besteht auch die Gefahr des Missbrauchs dieser Daten durch die Unternehmen. Ein Missbrauch von Marktmacht durch Unternehmen und deren Datensammlung, kann zu einer Verletzung des

¹ Vgl Meyer-Schönberger/Cukier, Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think, 2013.

² Vgl Borchers/Hoffmann/Luch/Schliesky/Schulz (Hrsg), Datenschutz und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, In: Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG 2014, .133–139.

³ PwC, Global Top 100 companies by market capitalisation, 2018, <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/assets/pdf/global-top-100-companies-2018-report.pdf> (abgefragt am 18.05.2023).

Datenschutzrechts führen. Umgekehrt kann ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht zu einer Erhöhung der Marktmacht führen. Somit ist es entscheidend zu untersuchen, wie das Zusammenspiel zwischen Marktmachtmissbrauch und Datenschutzrecht funktioniert und wie beide Aspekte in Einklang gebracht werden können, um die Interessen und Rechte der Verbraucher zu wahren. IdZ hat der BGH im Juni 2020 in der Entscheidung KVR 69/19 ein Urteil gefällt, das sich mit diesem Thema auseinandersetzt. Diese Entscheidung stellt einen wichtigen Meilenstein dar, da sie klärt, wie der Schutz personenbezogener Daten und der Schutz des freien Wettbewerbs in Einklang gebracht werden können. In diesem Text werden die Hintergründe und die Bedeutung der Entscheidung des BGH für das moderne Wettbewerbsrecht näher betrachtet.

3.1 Problemstellung

Die vorliegende Arbeit nimmt die gegenwärtigen Ermittlungen des Bundeskartellamtes zum Anlass, die Bedeutung von Datenmacht im kartellrechtlichen Kontext insb am Beispiel vom sozialen Netzwerke Facebook zu untersuchen. Daneben soll geprüft werden, inwiefern und in welcher Form Datenschutzaspekte bei der Anwendung kartellrechtlicher Missbrauchsnormen herangezogen werden können bzw sollen. Dadurch wird eine Antwort auf die vom BKartA aufgeworfene Frage angestrebt, ob im Falle von Facebook kartellrechtliche Sanktionen möglich sind. Ein wesentliches Ziel der Arbeit ist es, festzustellen, welche Rolle die Datenmacht bei der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle spielt, ob die kartellrechtlichen Missbrauchsnormen neben dem Datenschutzrecht Anwendung finden und welche Sanktionen sich aus dem Zusammenspiel der normativen Regime ergeben können. Des weiteren ist im Kontext von Big Data die Frage problematisch, wie sich derart große Datenmengen in den Besitz einiger Unternehmen auf den Wettbewerb auswirken (können). Hierbei könnte der weitreichende Zugriff auf Daten nicht nur datenschutzrechtlich relevant sein, sondern auch erhebliche kartellrechtliche Missbrauchspotenziale aufweisen.

Für Unternehmen sind die umfangreichen Datenmengen offensichtlich von großer wirtschaftlicher Bedeutung, da die Daten ua zur Personalisierung von Werbung und zur Verbesserung der Qualität von Dienstleistungen genutzt werden können. Deshalb ist nicht völlig auszuschließen, dass ein umfangreicher Datenzugriff Auswirkungen auf die Marktposition des jeweiligen Unternehmens haben und zu Missbrauch führen kann. Schließlich ist auch die kartellrechtliche Bedeutung von Daten noch nicht abschließend geklärt. Insofern hat das BKartA mit der damaligen Eröffnung eines Verfahrens gegen Facebook bei der Frage,

ob Facebook eine marktbeherrschende Stellung ausnutzt, um datenschutzrechtswidrige Nutzungskonditionen zu verwenden, Neuland betreten⁴. Die darin aufgeführten Ausführungen zeigen, dass sich datenschutzrechtliche und kartellrechtliche Aspekte im Rahmen der Internetökonomie mittlerweile mehr oder weniger deutlich überschneiden. Daher werden sie zukünftig, durch ihre Verknüpfung, möglicherweise nicht mehr als zwei unabhängig voneinander bestehende Rechtsgebiete behandelt werden. So hat das BKartA in seinem Urteil den Verdacht formuliert, dass die Nutzungskonditionen von Facebook gegen Datenschutzrecht verstoßen, da der Anwendungsbereich und der Zweck der "freiwilligen" Einwilligung für die Nutzer nur schwierig zu verstehen sind. Zwar kann ein Gesetzesverstoß ein gewichtiges Argument für den Missbrauch von Marktmacht sein, aber ein tatsächlich nachgewiesener Verstoß ist nicht zwangsläufig erforderlich. Schließlich könnte ein Unternehmen auch bei hypothetisch wirksamem Wettbewerb Rechtsverstöße begehen, ohne überhaupt erst gegen das Kartellrecht zu verstoßen. Das Kartellgesetz schützt allerdings nur den Wettbewerb gegen Beschränkungen durch Unternehmen⁵, nicht aber das Recht auf Schutz personenbezogener Daten. Dies kann übertrieben sein: Nachdem konkrete Rechtsverstöße nicht einmal erforderlich sind, kann selbst die Verwendung von grundsätzlich zulässigen Vertragskonditionen einen Missbrauch darstellen, wenn dies auf eine Ausbeutung des Marktgegners hinausläuft. Anhand der Antworten auf diese Fragen soll eine Klärung des Verhältnisses von Kartellrecht und Datenschutzrecht im Kontext der Internetökonomie herbeigeführt werden.

3.2 Forschungsfragen

Aus den einleitenden Worten untersuche ich in der vorliegenden Arbeit folgenden Forschungsfragen und bringe diese in ein Gesamtkontext:

- Erfüllt der Datenschutzrechtsverstoß im BGH Urteil den wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang eines Verhaltens, welches die Marktgegenseite maßgeblich beeinträchtigt und somit in die Reichweite der Missbrauchskontrolle drängt?
- Damit einhergehend ist zu untersuchen inwieweit eine datenschutzrechtliche Ausprägung des Wettbewerbsrechts, Grundlage für eine Neuausrichtung des Schutzgegenstandes mit ökonomischen Wohlfahrteffekten sein kann.

⁴ BKartA, Pressemitteilung vom 2.3.2016; BKartA, Beschluss von 06.02.2019, B6–22/16, 4895.

⁵ *Heinemann* in: Digitalisierung, Medienkonvergenz und Anforderungen an das Recht, Digitale Medien und das Kartellrecht, 45.

3.3 Aufbau der Arbeit

Die digitalen Märkte und der Missbrauch von Marktmacht sind zwei Begriffe, die die Medien und die EK in den letzten Jahren zunehmend beschäftigt haben. Diese Problematik wurde zum Anlass genommen, das Missbrauchsverbot im wettbewerbsrechtlichen Kontext in Bezug auf das BGH Urteil, in dieser Arbeit zu thematisieren. Entsprechend liegt der Fokus der folgenden Seiten darauf, die Fallkonstellation im Art 102 AEUV des Missbrauchs zu beleuchten und in Verbindung mit dem Fall Facebook zu bringen. Nachdem eine Einführung in das BGH Urteil gegeben wird, wird im ersten Kapitel zunächst der theoretische Hintergrund dargestellt, womit Marktmächte charakterisiert sind. Darüber hinaus werden die verschiedenen Eigenschaften der Marktmächte beleuchtet, wobei sich auf die relevantesten Begrifflichkeiten innerhalb des BGH Urteils fokussiert wird. Im darauffolgenden Kapitel liegt der Fokus auf das Missbrauchsverhalten auf dem relevanten Markt des Marktbeherrschers und wie dieser nach der europäischen Gesetzgebung abgegrenzt wird. Damit einhergehend wird untersucht, durch welche Verhaltensweisen ein Unternehmen grundsätzlich nach der europäischen Gesetzgebung den Wettbewerb beeinträchtigt und idZ in welchen Tatbestand des AEUV Unternehmen zu subsumieren sind. Darin ist besonders der Fokus gesetzt worden, um im weiteren Verlauf der Arbeit das Verständnis aufzubringen, wie die Verhaltensweise von Facebook kategorisiert wird und welchen Einfluss dabei außerkartellrechtliche Bestimmungen hatten. Schließlich veranschaulicht eine Auswahl praktischer Fälle, mit denen sich die Gesetzgeber in dieser Hinsicht der Tatbestände des AEUV befasst hat. Für die Untersuchung ist dabei die entsprechende Kausalität der Marktbeherrschung und des entsprechenden Missbrauchs durch Nutzungskonditionen von besonders großer Relevanz, was im folgenden Kapitel untersucht wird. Dabei ist der Zusammenhang zwischen Marktposition und der Beeinträchtigung im Wettbewerb als Grundpfeiler des Wettbewerbs zu verstehen, indem bestimmte Verhaltensweisen eben durch die marktbeherrschende Stellung intensiviert werden. Nachdem die (freiwillige) Einwilligung in Nutzungsbestimmungen als Bindeglied zwischen den Rechtsgebieten Datenschutzrecht und Wettbewerbsrecht erfasst worden ist, werden alle zuvor diskutierten Grundannahmen des Wettbewerbsrechtes, in den Mittelpunkt des BGH Urteiles gebracht und untersucht, wie das Bkarta etwaige Besonderheiten berücksichtigt hat. Darin wird unter anderem der so wichtige Tatbestand des Konditionenmissbrauch und der Unangemessenheit der verwendeten Konditionen definiert. Dieses Kapitel der Arbeit fungiert als wichtiger Anhaltspunkt, um die entsprechenden Forschungsfragen zu beantworten. Schließlich wird die Annahme untersucht inwieweit das Datenschutzrecht Anspruch auf dessen Einbeziehung im Kartellrecht hat während es

grundsätzlich wirtschaftliche Effizienz gewährleisten muss. Daher werden in diesem Kapitel möglich Effizienzgewinne durch Marktbeherrscher untersucht und ob diese für oder gegen Datenschutzinteressen als Element im europäischen Wettbewerbsrecht dienen sollten. Abschließend wird die Kompetenz der Kartellbehörden betrachtet und in Anbetracht dessen ob diese eher als Verbraucherschutzbehörden fungieren.

4 Das BGH-Urteil

Um im weiteren Verlauf der Arbeit, ausreichend Kontext für etwaige Ausführungen und etwaige Schlussfolgerungen zu haben, ist es nützlich, das zu behandelte BGH-Urteil entsprechend zusammenzufassen. Das BKartA hatte Facebook zunächst untersagt, Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen zu kombinieren⁶. Nach den Geschäftsbedingungen Facebooks, konnten Nutzer das soziale Netzwerk bislang nur unter der Voraussetzung nutzen, dass Facebook auch außerhalb der Facebook-Seite Daten über den Nutzer im Internet oder auf Smartphone-Apps sammelt und dem Nutzerkonto zuteilt⁷. Alle auf Facebook selbst, den konzerneigenen Diensten wie bspw WhatsApp oder Instagram sowie den auf Drittwebseiten gesammelten Daten können mit dem Facebook-Nutzerkonto zusammengeführt werden⁸. Wichtig für den weiteren Verlauf der Arbeit ist es nun zu erwähnen, dass das BKartA eine Sammlung und Zuordnung von Daten der Drittwebseiten zum Facebook-Nutzerkonto in der Zukunft nur noch dann für möglich sieht, wenn der Nutzer freiwillig in die Zuordnung zu dessen Nutzerkonto einwilligt⁹. Daraufhin hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass die Anordnungen des BKartA gegen Facebook wegen der Verarbeitung von Nutzerdaten möglicherweise rechtswidrig sind und diese einstweilen außer Vollzug gesetzt werden¹⁰. Die Aussetzungsanordnung bedeutet, dass Facebook die Entscheidung des BKartA vorerst nicht umsetzen musste. Der Beschluss über die aufschiebende Wirkung der Beschwerden kann zusammen mit der vom ersten Senat des Kartells angenommenen Rüge bestritten werden, über die dann der BGH daraufhin zu entscheiden haben wird. Im Ergebnis hatte der BGH die Verfügungen des BKartA gegen Facebook wegen unzulässiger Verarbeitung von Nutzerdaten in Form der Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen einstweilen

⁶ BKartA, Beschluss B6-22/16, Rz 1, 2.

⁷ Vgl BKartA, Beschluss B6-22/16, Rz 147

⁸ Vgl BKartA, Beschluss B6-22/16, Rz 2 b f.

⁹ BKartA, B6-22/16, Rz 650 ff.

¹⁰ OLG Düsseldorf, 26.08.2019, VI-Kart 1/19 (V), Rz 12 ff.

bestätigt¹¹ und schließlich die Anordnung auf aufschiebende Wirkung abgelehnt¹². Folglich wurde die Auffassung des BKartA zugestimmt, in dem festgehalten worden ist, dass es im Gebrauch der Konditionen einen Verstoß gegen das Verbot gem Art 19 Abs 1 dGWB sieht und eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt worden ist. Es gibt keine „ernsthaften Zweifel“ an der marktbeherrschenden Stellung von Facebook auf dem deutschen Markt für Sozial-Networking-Seiten und auch nicht daran, dass Facebook diese marktbeherrschende Stellung missbraucht, weil es von der Kartellbehörde verbotene Nutzungsbedingungen durchsetzt¹³. Der BGH widerspricht sehr deutlich der Argumentation des OLG Düsseldorf, dass die Nutzer der Plattform ohne Weiteres auf andere Angebote ausweichen können und ihnen ein Unterlassen zumutbar wäre, was in dieser Arbeit näher beschrieben wird¹⁴. Weitere Fragen in der Entscheidung betrafen auch den Bezug zur Durchsetzung des Datenschutzrechts. Demnach ist es unerheblich, dass es sich bei der angefochtenen Facebook-Richtlinie nicht um eine vertragliche Bestimmung oder eine ähnliche Grundlage ieS handelt¹⁵.

Die Entscheidung des BGH kann durchaus als umfassend angesehen werden und das Kartellsenat begründet damit die besonders hohe Bedeutung des Verfahrens für die Rechtsfortbildung. Einerseits positioniert er sich klar gegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf, andererseits kann er der Missbrauchsbewertung des BKartA nicht beipflichten¹⁶.

Im vorliegenden Fall von Facebook liegt darüber hinaus im Kontext der Verletzung des Datenschutzrechts, ein begründbares Marktversagen vor. Die vom Datenschutz- und Kartellrecht angestrebte Marktgerechtigkeit wird auf den heutigen Internetmärkten nur selten erzielt. Problematisch ist hier vor allem die Unkenntnis der Nutzer über den wirtschaftlichen Stellenwert von Daten¹⁷. In der Öffentlichkeit wird die Tatsache, dass Daten einen wirtschaftlichen Wert haben und offensichtlich schützenswert sind, selten diskutiert. Demnach ist es den Nutzern oft nicht bewusst, wie sie nachhaltig und umsichtig mit personenbezogenen Daten umgehen sollten. Die Datenherausgabe erfolgt oftmals nicht freiwillig gem Gesetzgebung und hat nicht die gleiche Signalwirkung wie die Zahlung eines tatsächlichen Preises für eine Ware bspw bei einem Onlinehändler. Das stützt sich auf die Grundlage des

¹¹ Vgl BGH-Beschluss 23.06.2020, KVR 69/19.

¹² BGH-Beschluss 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 2.

¹³ BGH-Beschluss 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 21.

¹⁴ OLG Düsseldorf, 26.8.2019 – Kart 1/19 (V), Rz 37, 77.

¹⁵ BGH-Beschluss 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 54.

¹⁶ *Louven*, Marktmachtmissbrauchsverbot und die Abwägung von Grundrechten, Eine Analyse der Entscheidung des BGH von 23.6.2020 – KVR 69/19, *Computer und Recht* 2021, 37 (1), 37.

¹⁷ Vgl *Colangelo/Maggiolino*, Data Accumulation and the Privacy - Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S., 33, <https://law.stanford.edu/publications/no-31-data-accumulation-privacy-antitrust-interface-insights-facebook-case-eu-u-s/> (abgefragt am 27.02.2023)

„*informed consent*“, welche besagt, dass Nutzer Gegenstand und Wirkung der spezifischen Einwilligung kennen sollten¹⁸. Abschließend erscheint es durchaus nachvollziehbar, wenn man die Annahme trifft, dass nur die Datenverwerter, wie Facebook um die wahre Macht der personenbezogenen Daten wissen, wodurch ein Machtungleichgewicht erzeugt wird. Somit wird ebenfalls auch nicht von einer Vertragsparität im Verhältnis zwischen Nutzer und Facebook im Hinblick auf Datenverwendung und dessen Einflussnahme am Markt ausgegangen¹⁹, was offensichtlich viele wettbewerbsrelevanten Fragen in der öffentlichen Diskussion aufwirft.

5 Ökonomische Charakteristiken der Digitalwirtschaft

Hierbei geht es um die Analyse der besonderen Eigenschaften, die es Unternehmen erleichtern können, eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen. Dazu gehören etwa Netzwerkeffekte, oder Skaleneffekte, die Einflussfaktoren auf den sog „Winner takes it all“ Markt haben. Diese Charakteristiken können dazu führen, dass sich ein Unternehmen schneller als seine Konkurrenten auf dem Markt etablieren und eine marktbeherrschende Position einnehmen kann. Im folgenden Kapitel wird eine Auswahl besonders wichtiger Parameter genommen, welche besonders relevant für das BGH-Urteil sind.

5.1 „Winner takes it all“ - Phänomen

„Winner-takes-it-all“-Märkte (Gewinnermärkte) zeichnen sich dadurch aus, dass nur ein oder wenige Unternehmen einen Großteil des Markterfolgs für sich in Anspruch nehmen. Die anderen Marktteilnehmer haben nur einen unbedeutenden Anteil. Beispiele hierfür finden sich bei Suchmaschinen, Online-Händlern oder sozialen Netzwerken²⁰. Der Erfolg auf Gewinnmärkten folgt einer Verteilung, die an mathematische Potenzgesetze erinnert. Während einige wenige Akteure hohe Erfolgsquoten erzielen, die im Laufe der Zeit sogar noch

¹⁸ *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Kurzkomentar Art. 2 Rn 69 ff.

¹⁹ *Kalimo/Majcher*, The concept of fairness: linking EU competition and data protection law in the digital marketplace, E.L. Rev., 2017, 210 (216 f).

²⁰ *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie. Physica-Verlag 2010, 238.

zunehmen, hat eine andere kleine Gruppe nur mittelmäßigen Erfolg und die große Mehrheit bleibt erfolglos. Auf eine kleine Zahl von Gewinnern entfällt, gemessen an der Gesamtzahl der beteiligten Akteure, der Löwenanteil der auf dem Markt verteilten Aufmerksamkeit, Ressourcen und Erfolge. Gewinnende Märkte sind in der digitalen Welt mAn nicht notwendigerweise auf den ersten Blick ersichtlich. Die Markteintrittsbarrieren sind dort niedriger als bspw in der Industrie, wo ein höherer Kapitaleinsatz für den Markteintritt erforderlich ist. Die Eröffnung eines Online-Einzelhandelsgeschäftes ist demnach kostengünstig. Der zweite Eindruck zeigt zum Beispiel, dass nur wenige digitale Plattformen regelmäßig von der breiten Masse genutzt werden. Während eine Untersuchung aus dem Jahr 2008 eine parallele Nutzung mehrerer sozialer Plattformen in Deutschland zeigte, gibt es nun einen klaren Schwerpunkt. In jedem Segment gibt es mit Facebook, YouTube, Twitter und Xing eine dominierende Plattform²¹. Wie bereits angedeutet, ist die "Produktion" von digitalen Gütern durch hohe Fixkosten und vergleichsweise geringe Grenzkosten geprägt. Es entstehen Größenvorteile (Skaleneffekte), die zur Marktform eines natürlichen Monopols führen können. In diesem Fall ist ein Unternehmen bei der Versorgung des Marktes effizienter als mehrere Mitbewerber. In einer solchen Situation kann auf Dauer nur ein Anbieter überleben²².

5.2 Skaleneffekte

Dem aktuellen Marktumfeld zu urteilen und nach eingehender Recherche, wird rasch ersichtlich, dass insb Digitalunternehmen aufgrund des Fortschritt in der Technologie zu teilweise enormen Skaleneffekten beitragen. Einige wenige Anbieter von zentralen Plattformdiensten haben eine herausragende ökonomische Bedeutung erlangt, indem sie die Verbindung zwischen kommerziellen Nutzern und Endnutzern herstellen. Solche Anbieter von zentralen Plattformdiensten werden als „Gatekeeper“ bezeichnet²³. Sie zeichnen sich durch sehr hohe Skaleneffekte aus, was bedeutet, dass ab einer bestimmten Bestandsgröße die Grenzkosten für jeden zusätzlichen Nutzer sinken, bis sie nahezu null erreichen²⁴. Somit beschreiben Skaleneffekte die Kostenvorteile, die einem Unternehmen durch entsprechend niedrige bzw. sinkende Kosten pro hergestelltem Produkt entstehen, sodass ein optimierter Ressourceneinsatz gewährleistet werden sollte.

²¹ Vgl PwC, Pricewaterhouse Coopers, Social Media Deutschland. „The winner takes it all“, 2012,

²² Vgl Clement/Schreiber, Internet-Ökonomie, Grundlagen und Fallbeispiele der vernetzten Wirtschaft², Heidelberg: Springer 2013.

²³ Vgl Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. 9. 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. Nr. L 265/1 vom 12.10.2022.

²⁴ Seip/Berberich, Der Entwurf des Digital Markets Act, GRUR-Prax 2021, 44.

Die Erzielung von Skaleneffekten steht in engem Zusammenhang mit dem Schlüsselfaktor der digitalen Innovation. Setzen Unternehmen zunehmend Software zur Problemlösung ein, haben sie auch die Möglichkeit, Skaleneffekte zu erzielen. Als digitale Güter haben Softwarelösungen die für die Erzielung von Skaleneffekten typische Kostenstruktur von sehr hohen Fixkosten und niedrigen variablen Kosten²⁵. Skaleneffekte können noch gesteigert werden, wenn zusätzliche Netzwerkeffekte entstehen.

5.3 (indirekte) Netzwerkeffekte

Als „Konzept digitale Dienste gegen Daten“, könnte es griffiger beschrieben werden, um die Essenz der Netzwerkeffekte zu beschreiben²⁶. Ein Netzwerkeffekt ist eine Erscheinung, bei der der Nutzen eines bestimmten Wirtschaftsgutes für einen Verbraucher von dem Nutzungsverhalten anderer Verbraucher abhängig gemacht wird²⁷. Diese erwachsen aus der Vernetzung der Marktteilnehmer auf beiden Seiten und der daraus resultierenden wechselseitigen Einflussnahme²⁸.

Die Akteure, von der die stärkste Netzwerkwirkung ausgeht, wird regelmäßig durch die auf der Seite der zahlenden Plattform erzielten Erträge subventioniert²⁹. Die subventionierte Nutzergruppe bekommt somit das Produkt zu einem Niedrigpreis, ohne monetären Ausgleich oder mit kostenlosen Zusatzleistungen, angeboten³⁰. Somit wird der allgemeinen Auffassung nach versucht, möglichst vielen Nutzern mit attraktiven Angeboten auf die eigene Plattform zu „locken“, um sich selbst attraktiv gegenüber Werbetreibende zu positionieren. IdZ ist es wichtig zu erwähnen, dass Netzwerkeffekte im Allgemeinen sowohl einseitig sein können, sodass nur eine der beteiligten Akteure einen Gewinn erwirtschaftet und die andere Partei nicht, als auch auf beiden Seiten der Akteure³¹. Anhand durch verschieden Interessenabwägungen, kann man zusätzlich von einer Differenzierung sprechen: von indirekten Netzwerkeffekten ist zu sprechen, wenn durch die Zunahme der einen Nutzergruppe der Wert der Leistung der anderen Nutzergruppe steigt (positiver Netzwerkeffekt) oder sinkt (negativer Netzwerkeffekt). Das

²⁵ *Holtforth/Geibel/Kracht*, Schlüsselfaktoren im E-Commerce², Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2020, 21 f.

²⁶ Vgl. *Schweitzer*, Neue Machtlagen in der digitalen Welt? Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen in *Körper/Kühling* (Hrsg), *Regulierung – Wettbewerb – Innovation*, 2017, 269, 273ff.

²⁷ *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 2015, 26 ff.

²⁸ Vgl. *Körper/Torsten*, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93.

²⁹ *Höppner/Grabenschröer*, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internet Search, NZKart 2015, 162.

³⁰ *Höppner/Grabenschröer*, NZKart 2015, 162 (163).

³¹ Vgl. *Körper/Torsten*, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93.

Beispiel Facebook verdeutlicht, dass es umso vorteilhafter ist, wenn die Zahl der Nutzer und damit die Zielgruppe der Internetplattform stetig zunimmt. Demgegenüber ist es für den Nutzer aber nicht reizvoller, die Dienste wahrzunehmen, wenn die Werbung deutlich mehr und aufdringlicher wird. Bestenfalls ist es erfreulich, wenn die Werbung auf der Grundlage von Daten der Nutzer präziser ausgerichtet ist und damit als wenig lästig empfunden wird³².

Weiterhin ist von besonderer Bedeutung, dass Netzwerkeffekte in der digitalen Wirtschaft meist selbstverstärkende Skaleneffekte haben, was gerade in Plattformmärkten zu Konzentrations- und sogar Monopolisierungsneigung beitragen kann³³. Durch zunehmende Skaleneffekte werden große Unternehmen womöglich uneinholbare Wettbewerbsvorteile erreichen ("escape competition")³⁴. Auch diese Effekte müssen im Zusammenhang mit Netzeffekten verstanden werden, denn die hohe Attraktivität einiger Dienste führt automatisch zu mehr Daten, besseren Diensten und letztlich zu mehr Nutzern.

Diese Auswirkungen stehen in direktem Zusammenhang mit (hohen) Wechselkosten und Lock-In Effekten, die auftreten, wenn ein Nutzer die Chance, von einer Plattform zu einer anderen zu wechseln, als beträchtliche Belastung oder Kosten ansieht.

5.3.1 Lock-In Effekt

Lock-In Effekte jeglicher Art sowie anbieterseitige Strategien zur Stärkung von Kundenloyalität sind in der Marketingliteratur kein neues Phänomen³⁵. Die Schaffung von Kundenbeziehungen sind oftmals aus dem Kontext der Digitalisierung zu betrachten und insb auf die großen Potenziale diverser, sich neu ergebender, Kundenbindungsstrategien³⁶.

Im Fall von digitalen Gütern können Lock-in-Effekte dadurch entstehen, dass diese Produkte in die Anwendungen der Kunden integriert werden³⁷. Dabei wird zwischen zwei Ebenen unterschieden³⁸. Einerseits kann die Kundenbindung auf eine emotionale Bindung

³² Vgl *Körber/Torsten*, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93.

³³ Vgl *Tamke*, Big Data and Competition Law ZWer 2017, 358, 366.

³⁴ *Jentzsch*, Marktmacht in der Datenökonomie begrenzen, Stiftung Neue Verantwortung 2018, https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/marktmacht_in_der_datenoekonomie_begrenzen.pdf (abgefragt am 18.02.2023).

³⁵ *Hages/Oslislo/Recker/Roth*, Digitalisierung, Lock-In Effekte und Preisdifferenzierung, Otto Wolf Institut für Wirtschaftsordnung, Otto-Wolff-Discussion Paper 5/2017, 15,

https://www.econstor.eu/bitstream/10419/201596/1/OWIWO_DP_2017_05.pdf (abgefragt am 21.05.2023)

³⁶ Vgl *Bolton/Lemon/Verhoef*, The Theoretical Underpinnings of Customer Asset Management: A Framework and Propositions for Future Research. *Journal of the Academy of Marketing Science* 2004, 32(3), 271-292.

³⁷ *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie. Physica-Verlag 2010, 242.

³⁸ *Meffert/Pohlkamp/Böckermann*, Wettbewerbsperspektiven des Kundenbeziehungsmanagements im Spannungsfeld wissenschaftlicher Erkenntnisse und praktischer Exzellenz in: Georgi/Hadwich (Hrsg), *Management von Kundenbeziehungen*, 13f.

abzielen³⁹. Ein Wechsel des Kunden zu einem konkurrierenden Anbieter wäre in diesem Fall prinzipiell möglich, würde aber aufgrund einer hohen Kundenzufriedenheit und unter der Voraussetzung einer erfolgreichen Kundenbindungsstrategie nicht stattfinden. Dieses Verständnis von Kundenbindung umfasst somit auch psychologische Effekte wie Vertrauen oder eine positive Einstellung zu den Produkten oder Marken eines Anbieters⁴⁰. Andererseits kann die Kundenbindung auf eine faktische Bindung der bestehenden Kunden abzielen. In diesem Fall sollen die Verbraucher durch zusätzliche, explizite Wechselbarrieren daran gehindert werden, den Hersteller zu wechseln. Dazu gehören die vertragliche Bindung von Zusatzleistungen an die Kernleistung und die technisch-funktionale Bindung an einen Anbieter über exklusive Produkt- und Serviceangebote⁴¹. Die Wirkung wird als negativ empfundene "Zwangsbindung" seitens des Verbrauchers hervorgehoben⁴². Dieses Verständnis, das einen gewissen Unwillen des Verbrauchers voraussetzt, entspricht natürlich dem Wortsinn des Begriffs "Lock-In" (englisch für Einsperren), wobei auch nachteilige Auswirkungen seitens der Nutzer schlichtweg akzeptiert werden.

Aus ökonomischer Sicht ist jedoch eine andere Perspektive relevant und bedeutsam für diese Arbeit. Aus ökonomischer Sicht verfolgen die in der Fachliteratur unterschiedenen Wirkungsweisen der Kundenbindung letztlich alle das Ziel, den Nutzen eines Konsumenten auf dem Niveau zwischen Null und maximal möglichen Wechselkosten zu erhöhen und damit die Bindung des Kunden an ein Produkt oder Unternehmen zu intensivieren⁴³. Daher ist es sinnvoll die Gesamtkosten in Betracht zu ziehen und als „Wechselkosten“ zu klassifizieren. Schließlich sind die Kosten offensichtlich eine Zusammensetzung aus produktspezifischen Merkmalen und individuellen Eigenschaften der Konsumenten. Die entsprechenden Kosten können bspw durch die Erstellung eines Nutzerprofils entstehen, bei der der Nutzer offenkundig eine erhebliche Menge an bereitgestellten persönlichen Daten bereitstellt. Die Nutzer werden die Vor- und Nachteile eines Wechsels gegeneinander abwägen und offenbar ein neues Konkurrenzprodukt nur dann in Anspruch nehmen, wenn die Vorteile, die Kosten eines Wechsels, überwiegen⁴⁴.

³⁹ Hages/Oslislo/Recker/Roth, Digitalisierung, Lock-In Effekte und Preisdifferenzierung, Otto Wolf Institut für Wirtschaftsordnung, Otto-Wolff-Discussion Paper 5/2017, 12, https://www.econstor.eu/bitstream/10419/201596/1/OWIWO_DP_2017_05.pdf (abgefragt am 15.05.2023).

⁴⁰ Hages/Oslislo/Recker/Roth, 12.

⁴¹ Hages/Oslislo/Recker/Roth, 12.

⁴² Meffert/Pohlkamp/Böckermann, 14.

⁴³ Hages/Oslislo/Recker/Roth, Digitalisierung, Lock-In Effekte und Preisdifferenzierung, 12.

⁴⁴ Guérin/Wolf-Posch, Sondergutachten der deutschen Monopolkommission: Can Competition Law Address Challenges Raised by Digital Markets?, JECL&Pract 7 2015, 30, 37.

5.4 Nutzungsformen

Bei der Nutzung der einzelnen Plattformdienste wird schließlich zwischen Art und Weise unterschieden. Damit ist gemeint, dass der Nutzer nur bei einem sozialen Netzwerk angemeldet ist ("Singlehoming") oder mehrere parallel nutzt ("Multi-Homing"). So kann ein Applikationsentwickler bspw beschließen, seine App sowohl auf iOS als auch auf Android-Plattformen anzubieten (Multi-Homing auf der Herstellerseite), wohingegen viele Einzelpersonen mEn nur ein Mobiltelefon verwenden und sich daher auf eine bestimmte Plattform oder ein "Single Home" mit iOS oder Android entscheiden müssen auf einseitigen Märkten ist die individuelle Nachfrage unabhängig von der Nachfrage der anderen Marktteilnehmer. Das Marktergebnis hängt vom Preisniveau ab. Auf zweiseitigen oder mehrseitigen Märkten hingegen hängt das Marktergebnis von der Preisstruktur und von der Interaktion von mindestens zwei Nutzer- oder Nachfragegruppen ab. Unternehmen, va webbasierte soziale Netzwerke, ist es offenbar von zentraler Bedeutung, dass sie von möglichst vielen Nutzern auf stark besuchten Internetadressen zur Kenntnis genommen werden. Die Nutzer können daraufhin von der Werbung profitieren, wenn sie bspw einen kostenlosen Zugang zum sozialen Netzwerk erhalten. Beide Nachfragegruppen beeinflussen sich mit der Größe der jeweils anderen Marktseite⁴⁵.

Die Nutzungsform des Singlehoming verstärkt die Plattform in ihrer Marktposition⁴⁶. Benutzer, die lediglich eine Plattform verwenden, verursachen somit offensichtlich eine Monopolisierungsgefahr für das Internetunternehmen. Im Gegensatz dazu ist beim "Multi-Homing" ein Plattformentausch üblicher und die Monopolisierungsgefahr daher auch geringer⁴⁷. Durch die Nachfrage nach mehreren Diensten wird der erwähnte Lock-In Effekt, vermindert und wirkt der Marktmacht entgegen⁴⁸. Die mindestens zwei Nutzergruppen sind nicht direkt, aber indirekt miteinander verbunden. Diese Struktur wird von einem Intermediär gebildet und erarbeitet⁴⁹.

⁴⁵ *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie, Physica-Verlag 2010, 274

⁴⁶ Vgl *Steffen/Wiewiorra/Kroon*, Wettbewerb und Regulierung in der Plattform- Datenökonomie, WIK Diskussionspapier 2021, 48 f, https://www.wik.org/fileadmin/user_upload/Unternehmen/Veroeffentlichungen/Diskus/2022/WIK_Diskussionsbeitrag_Nr_481.pdf (abgefragt am 27.05.2023)

⁴⁷ Vgl BKartA, Zusammenfassung Arbeitspapier - Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, 3.

⁴⁸ Vgl *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie³, Springer Berlin Heidelberg 2016, 191.

⁴⁹ *Dewenter*, Das Konzept der zweiseitigen Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, Helmut-Schmidt Universität, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre, 2007, http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2007/5544/pdf/paper_53.pdf (abgefragt am 15.05.2023).

Schlussendlich ist ein Wechsel für den Verbraucher immer nur dann sinnvoll, wenn die Kostenvorteile eines Plattformwechsels (sofern es alternative Produkte gibt) die Kostennachteile eines Wechsels überkompensieren⁵⁰. Abgesehen von dieser wettbewerbspolitischen Frage existieren für jeden Einzelkunden, wie oben bereits erwähnt, zu jedem Zeitpunkt individuelle Umstiegskosten, welche die Kunden an das Alternativprodukt in Verbindung mit dem Hauptprodukt binden und eine Bindungswirkung hervorrufen können⁵¹.

6 Marktmacht in der Digitalökonomie

In diesem Kapitel werden neben den Auswirkungen der marktbeherrschenden Stellung auf den Wettbewerb und die Verbraucher, auch die Beurteilungskriterien hinsichtlich dieser Untersuchung dargestellt.

6.1 Grundsätzliches

Gem Art 102 Abs 1 AEUV muss die entsprechende Handlung einer marktbeherrschenden Stellung geeignet sein, den Handel der EU-Mitgliedstaaten beeinträchtigen können⁵², um europäisches Kartellrecht anwenden zu können. Im weiteren Verlauf ist dann zu prüfen, inwiefern nationales Recht betroffen sein kann.

IdZ muss die Beeinträchtigung somit eine gewisse Eignung aufweisen, die in ihrer Gesamtheit den Handel zwischen den Staaten beeinflusst. Dabei ist der Handel gem Art 101 Abs 3 AEUV nicht nur auf den Warenaustausch beschränkt, sondern umschließt den gesamten Wirtschaftsverkehr⁵³. Sofern Wettbewerber drohen ausgeschaltet zu worden und somit die Marktstruktur nachhaltig beeinflusst wird, sind jene Verhaltensweisen ebenfalls in den Tatbestand des Art 101 AEUV einzubeziehen⁵⁴.

⁵⁰ *Shapiro/Teece*, Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak, 39 Antitrust Bull, 1994, 135,144, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/kodak.pdf> (abgefragt am 09.04.2023).

⁵¹ Vgl *Shapiro/Teece*, 39 Antitrust Bull, 1994, 135,144.

⁵² Vgl Art 102 AEUV.

⁵³ Vgl EuGH 21.1.1999, C-215/6, Bagnasco ua/Banco Popolare di Novara, Rz 39, 42.

⁵⁴ *Hengst*, Kartellverbot in: Langen/Bunte, Kommentar zum Kartellrecht I I¹² Art 101 AEUV, Rz 289.

6.1.1 Eignung

Folglich ist zu erläutern, wann die Verhaltensweisen geeignet sind, um für den Art 101 AEUV Abs 1 und Art 102 Abs 1 AEUV in Betracht gezogen zu werden.

Grundsätzlich muss die Handlung durch das Unternehmen in ihrer Gesamtheit geeignet sein, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinflussen, sodass die eigentliche Beeinträchtigung nicht unbedingt notwendig ist. Ausreichend ist bereits ein geeignetes Verhalten, welches den Handel zwischen Mitgliedstaaten entsprechend beeinträchtigt und den einheitlichen Zielen des Marktes hinderlich ist⁵⁵. IdZ ist eine Beeinträchtigung im ieS wie beeinflussen zu verstehen. Angesichts dessen ist es nicht relevant, ob sich die Auswirkungen positiv oder negativ auf den Markt auswirken⁵⁶. Damit einhergehend ist eine konkrete und hinreichende Wahrscheinlichkeit notwendig, die idZ alle objektiven und rechtlichen Umstände einbezieht⁵⁷. Daher gilt es nicht nur für einzelne Voraussetzungen losgelöst voneinander zu betrachten, sondern in ihren Zusammenhängen näher zu evaluieren⁵⁸. Die Beurteilung der Eignung hängt somit von vielen Faktoren ab. Vereinbarungen oder das Verhalten eines Unternehmens und auch die Marktstellung sind relevant und können Indizien dafür sein, dass von ihrem Wesen her eine Eignung für die Beeinträchtigung des Handels gegeben ist⁵⁹. Fundiertere Prüfung fordern bspw Kartelle, welche grenzüberschreitend arbeiten und somit von ihrem Wesen her bereits geeignet sind, den Handel zu beeinträchtigen.

Neben unmittelbaren Auswirkungen, die sich va auf den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beziehen, erscheinen Auswirkungen auch potenziell und somit in die Zukunft gerichtet⁶⁰. Potenzielle Auswirkungen sind derartige Konstellationen, die sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in der Zukunft ergeben werden⁶¹. Vor diesem Hintergrund ist zu betrachten, inwiefern Art 101 und Art 102 AEUV anwendbar bleiben, wenngleich eine direkte Beeinträchtigung des Vertragsabschlusses oder der Vereinbarungen nicht gegeben zu sein scheint, um der vorhersehbaren Marktentwicklung Rechnung zu tragen.

Gem einer mangelnden Beeinträchtigung durch das gegenständliche Verhalten oder geringfügiger Auswirkungen auf dem relevanten Markt, ist das EU-Wettbewerbsrecht nicht anwendbar und somit mit nationalem Recht aufzuwiegen. Die Anwendungsvoraussetzungen im

⁵⁵ EuGH, 23.11.2006, C-238/05, Asnef-Equifax Rz 33 f.; 13.7.2006, C-295/04, Manfredi Rz 45.

⁵⁶ Hengst, Kartellverbot in: Langen/Bunte, Kmmntar zum Kartellrecht II¹² Art 101 AEUV, Rz 309.

⁵⁷ Vgl EK, 10.07.1986, Belasco, ABI L 1986/232, 15.

⁵⁸ Vgl EuGH, 15.12.1999, C-250/92, Gottrup-Klim/DLG Rz 54.

⁵⁹ EK, Leitlinien, über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, ABI C 2004/101, 81 RZ 28.

⁶⁰ EuGH, 11.07.1985, 42/84, Remia; EuGH 14.12.2006, T-259/02, Österreichische Banken ua, Rz 163.

⁶¹ Vgl Brand, Schadenersatz im Kartellrecht¹, Praxishandbuch privat enforcement, Linde Verlag Ges.m.b.H., 2017, 43.

österreichischen Kartellrecht hingegen sind in Art 24 Abs 2 KartG verwirklicht worden und das unabhängig, ob ein grenzüberschreitender oder nationaler Fall vorliegt⁶². Das Prinzip möglicher Auswirkungen auf den EU-Binnenmarkt gilt sowohl im österreichischen als auch im europäischen Wettbewerbsrecht, was dazu führen kann, dass obwohl der Sachverhalt im Ausland verwirklicht ist, nationales Recht anzuwenden ist. IdZ ist der räumliche Geltungsbereich aus völkerrechtlichen Bestimmungen entsprechend nach der geringsten Konfliktmöglichkeit mit anderen Staaten auszulegen, um Kollisionen zu vermeiden⁶³.

6.2 Marktabgrenzung

Für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im folgenden Verlauf der Arbeit, ist es zunächst nötig, den sachlich und räumlich relevanten Markt zu definieren, um die bestehenden und potenziellen Konkurrenzkräfte zu identifizieren, auf die das Unternehmen seine Aktivitäten ausrichtet⁶⁴. Grundsätzlich gilt nämlich, dass die Machtstellung eines Unternehmens nur auf einen genau abzugrenzenden Markt, dem relevanten Markt beziehen kann, sodass der Markt im Einzelfall genauer betrachtet werden muss⁶⁵. IdZ ist das Ergebnis der Rechtswidrigkeit abhängig von der Untersuchung zur Marktabgrenzung.

6.2.1 Sachlich relevanter Markt

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erfolgt auf der Grundlage der Austauschbarkeit der Produkte oder Dienstleistungen, dh es werden Produkte zu einem Markt zugeordnet, die hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres Verwendungszwecks als substituierbar betrachtet werden⁶⁶. Hintergrund ist demnach sichtlich die einfache Abgrenzung des Marktes, um Alternativangebote für Verbraucher bestimmen zu können, was sich ebenfalls in der Rsp widerspiegelt, in dem die Verbraucher im Zentrum der Sichtweise steht⁶⁷. Alle Produkte oder Dienstleistungen, welche sich eignen einen gleichbleibenden Bedarf für die Verbraucher zu befriedigen, können grundsätzlich demselben Markt zugeordnet werden⁶⁸. ISv

⁶² Vgl *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht¹, 44.

⁶³ OGH 16.07.2008, 16 Ok 3/08.

⁶⁴ Vgl *Lewis* in Mayer/Stöger (Hrsg), EU/AEUUV, Art 102 AEUV, Rz 23.

⁶⁵ *BWB*, RBB Economics vom 13.04.2006, 5,

https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Downloads/publikationen/MarktabgrenzungrbbStudiefinal.pdf (abgefragt am 09.04.2023).

⁶⁶ Vgl Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft 2009, ABI C 372/5, Rz 25ff.

⁶⁷ Vgl *Bergmann/Fiedler* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht³, Art 102 AEUV, Rz 38.

⁶⁸ EuGH 13.12.1979, 85/76, Hoffmann-La Roche - Kommission, Rz 28.

Austauschbarkeit ist auf die Substituierbarkeit abzustellen, in dem untersucht wird, ob bei einer geringfügigen Änderung, die Verbraucher die Möglichkeit haben auf ein ähnliches Produkt umzustellen oder Mitbewerber auf dem relevanten Markt ihre Produkte letztendlich anbieten können. IdZ gelten Produkte, welche gleichartig und daher austauschbar sind, nicht als Einheit zum einheitlichen Markt, falls unterschiedliche Nachfragebedürfnisse vorherrschen⁶⁹.

Der Begriff des relevanten Marktes hat als Voraussetzungen den wirksamen Wettbewerb zwischen den Produkten am Markt⁷⁰. Somit können auch gleiche Produkte mit unterschiedlichen Preisen letztendlich keine Austauschbarkeit bieten.

6.2.2 Örtlich relevanter Markt

Der örtlich relevante Markt wird durch die Analyse des räumlichen Gebiets festgelegt, in dem das jeweilige Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen unter möglichst gleichmäßigen und homogenen Wettbewerbsbedingungen anbietet⁷¹.

Gem Art 102 AEUV wird auf den Binnenmarkt abgestellt bzw auf den wesentlichen Teil desselben. Bekannterweise muss der Missbrauch zur Beeinträchtigung führen, sodass zeitgleich nur die Forderung des Missbrauchs innerhalb der EU gegeben werden sollte⁷². Der Missbrauch muss zu einer Beeinträchtigung führen, welche zwischen den Mitgliedstaaten zur Handelsbeeinträchtigung möglich sein könnte. Hingegen ist nationales Kartellrecht anzuwenden, wenn die Auswirkungen nur auf das Gebiet eines Mitgliedstaates zutreffen würde⁷³.

Der bestimmte Markt kann den gesamten Binnenmarkt oder eben auch nur einzelne Teile des Marktes bilden. Jedoch betrachtet die EK, den europäischen Binnenmarkt insgesamt als relevantes Gebiet va wenn Dienste in mehreren Staaten gleichzeitig angeboten bzw nachgefragt werden⁷⁴. Im Facebook-Urteil hat das BKartA einen nationalen Markt für private soziale Netzwerke definiert und ihn im Beschluss als marktbeherrschend von Facebook ausgelegt⁷⁵. Die räumliche Relevanz des Marktes für soziale Netzwerke ergibt sich aus der Weitläufigkeit des Internets, und zwar weltweit. An dieser Stelle soll jedoch nur der deutsche und europäische

⁶⁹ *Bergmann/Fiedler* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht³, Art 102 AEUV, Rz 39.

⁷⁰ EuGH, 07.12.1988, Fachglas, ABI L 1989/33, 44 Rz 76.

⁷¹ EK, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI C 1997/373 Tz 7 f.

⁷² *Meessen/Funke* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht³, Art 102 AEUV, Rz 80.

⁷³ EuGH, 31.05.1979, 22/78, Hugin Liptons, Rz 17.

⁷⁴ EK, 11.02.1998, Agfa Gevart, Rs IV/M 986, ABI L 1998/211, 22, Rz 40f.

⁷⁵ BKartA, 06.02.19, Az.: B6-22/16.

Markt betrachtet werden, in dem Facebook als soziales Netzwerk aktiv ist. Ein Großteil der Kommunikation von Mitgliedern mit "Kommunikationszentrale" in Europa wird schließlich typischerweise dem entsprechenden Sprach- bzw. Kulturraum zuzurechnen sein⁷⁶. Anerkanntermaßen bilden Internetplattformen in räumlicher Hinsicht einen eigenen Markt⁷⁷. In einem erweiterten räumlichen Sinne kann der übergreifende Markt der sozialen Netzwerke als eine facettenreich vernetzte Kommunikationsplattform betrachtet werden. Im engeren Sinne lassen sich auch weitere kleinere Märkte für Apps, bspw im Hinblick auf Kommunikationsanwendungen für Endkunden oder Werbung unterscheiden⁷⁸.

6.2.3 Marktanteil

Für gewöhnlich wird in anderen Praxisfällen, der Marktanteil als bestimmender Faktor herangezogen, um die Macht zu bestimmen. Im Unterschied zum nationalen Kartellrecht nach Art 4 KartG enthält Art 102 AEUV keine normativen Vermutungsregeln für das Vorliegen von Marktmacht ab Erreichen bestimmter Marktanteile als Schwellenwerte.

Orientierungswerte werden bei einem Marktanteil von 50 % auf dem sachlich und örtlich relevanten Markt gesetzt. Grundsätzlich gilt, dass ein Anteil von mehr als 70 % als marktbeherrschend eingestuft wird⁷⁹. Daneben hat die von der europäischen Rechtspraxis entwickelte Definition von Marktbeherrschung eine ähnliche Konnotation. Dabei wird erwähnt, ob ein Unternehmen durch ein überwiegend unabhängiges Verhalten gegenüber seinen Wettbewerbern und Verbrauchern, einen wirksamen Wettbewerb unterbinden kann⁸⁰. Marktanteile können nur dann eine indikative Funktion haben, wenn sie während eines ausreichend langen Zeitraums bestehen. Der EuGH verweist auf das Vorhandensein eines hohen Marktanteils über einen längeren Zeitabschnitt⁸¹.

Im Rahmen der Marktstrukturanalyse hebt der EuGH auch das Verhältnis des Marktanteils des marktbeherrschenden Marktführers zur Größe der Wettbewerber ("relative Marktmacht") als eigenständigen Gesichtspunkt hervor⁸².

⁷⁶ *Guérin/Wolf-Posch*, Sondergutachten der deutschen Monopolkommission, 107.

⁷⁷ Vgl *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 18 GWB, Rn 73.

⁷⁸ *Paal*, Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht in: GRUR 2013, 873, 880

⁷⁹ *Bezemek*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I ¹¹ Verlag Österreich, 2016, 203.

⁸⁰ EuGH, 14.02.1978, Rs C-27/76, *United Brands*, 286, Rz 63/66.

⁸¹ EuGH, 13.02.1979, 85/76, *Hoffmann-LaRoche*, ECLI:EU:C:1979:36.

⁸² EuGH, 13.02.1979, 85/76, *Hoffmann-LaRoche*, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 48, 66; EuGH 9. 11. 1983, 322/81, *Michelin*, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 52.

6.3 Marktbeherrschung

Art 102 AEUV und Art 4 KartG untersagen die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellungen und bilden somit offensichtlich die zweite Norm im Kartellrecht neben dem Kartellverbot. Die Bedeutung einer marktbeherrschenden Stellung kann jedoch nicht aus dem AEUV abgeleitet werden, da dieser keine diesbezügliche Definition vorsieht. Allerdings bietet die Rechtsprechung des EuGH eine Definition an⁸³.

Nach entsprechenden Analysen können unterschiedliche Ergebnisse erzielt und ein Unternehmen als marktbeherrschend eingestuft werden.

6.3.1 Marktbeherrschung nach Art 102 AEUV

Der Begriff "marktbeherrschende Stellung" wird in Art 102 AEUV, wie bereits erwähnt, mit keiner konkreten Definition kundgetan, sondern regelt nur das Verbot des eigentlichen Missbrauchs einer solchen Stellung. Der EuGH hat zur Klärung dieses Begriffs eine teleologische Auslegung für notwendig befunden⁸⁴. Adressaten des Missbrauchsverbotes gem Art 102 AEUV sind alle Unternehmen, welche auf einem gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben eine marktbeherrschende Stellung haben⁸⁵. Dabei entspringt der Begriff des Unternehmens aus Art 1 KartG bzw Art 101 AEUV⁸⁶. Der EuGH definiert die marktbeherrschende Stellung als eine besonders verantwortungsbewusste Rolle, welche mit der Aufrechterhaltung des durch den Marktbeherrscher geschwächten Restwettbewerbes einhergeht⁸⁷. Dabei ist es vollkommen irrelevant, wodurch das Unternehmen zu dieser Position gekommen ist. Dabei ist zu beachten, dass ein Unternehmen die wesentlichen Merkmale seiner wirtschaftlichen Tätigkeit nicht nur kurzfristig und unabhängig vom wirtschaftlichen Umfeld erfüllt und sie insbesondere ohne Berücksichtigung seiner Wettbewerber festlegen kann⁸⁸. Eine marktbeherrschende Stellung bezeichnet daher eine „Situation wirtschaftlicher Stärke, die es

⁸³ Vgl *Lewis* in Mayer/Stöger (Hrsg), EU/AEUV, Art 102 AEUV, Rz 45ff.

⁸⁴ Vgl EuGH, 09.11.1983, 322/81, Michelin, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 29.

⁸⁵ *Böttcher*, Clearstream-Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Heft 102/2011, 5.

⁸⁶ *Huttenlach/Lübbig* in: Loewenheim/meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht³, Art 102 AEUV Rz 17.

⁸⁷ *Huttenlauch/Lübbig* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht³, Art 102 AEUV Rz 4.

⁸⁸ Vgl *Lewis* in: Jaeger/Stöger(Hrsg), EUV/AEUV Art 102 AEUV, Rz 46.

einem Unternehmen gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“⁸⁹.

Eine beherrschende Stellung verlangt nicht das Bestehen eines Monopols oder Quasi-Monopols. So bestätigte die EK bspw eine Quasi-Monopolstellung in Bezug auf die einzige Wertpapierabwicklungs- und Depotbank in Deutschland⁹⁰. Eine beherrschende Stellung bewirkt im Gegensatz zu einem Monopol oder Quasi-Monopol nicht, dass die Konkurrenz bis zu einem gewissen Grad ausgeschaltet wird, sondern ermöglicht dem begünstigten Unternehmen, die Bedingungen, unter denen sich diese Konkurrenz entfalten kann, wesentlich zu beeinflussen⁹¹. Eine beherrschende Stellung als solche ist nach dem Unionsrecht nicht zu beanstanden⁹². Auch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann und sollte sich am Wettbewerb in der Sache betätigen. Ferner ergänzt die EK das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens insofern, als es bei seinen Entscheidungen keine Rücksicht auf den Wettbewerb nehmen muss. Vielmehr wirken sich die entsprechenden Reaktionen des Marktes unternehmensneutral aus⁹³.

6.3.1.1 Beurteilungskriterien

Ferner ist eine ordnungsgemäße Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung theoretisch und auch praktisch vielschichtig. Die Feststellung erfolgt anhand von unterschiedlichen Kriterien. Ist das Unternehmen ein Monopolunternehmen wie Facebook, ist die Marktbeherrschung einigermaßen leicht zu bejahen. Allerdings gestaltet sich gerade wegen der Vielfalt an Parametern (bspw Gesamtgröße des Unternehmens oder technische Überlegenheit) die Einstufung als marktbeherrschendes Unternehmen oftmals als kompliziertes Unterfangen und ist auch in der Literatur als weitverbreitete Auffassung wiederzufinden⁹⁴. In der Praxis wird va die Marktstruktur neben dem Marktverhalten als Begründungsgrundlage herangezogen⁹⁵. Die Strukturanalyse umfasst va die Beurteilung der Marktanteile, die Einbeziehung potenzieller Mitbewerber, die Dauer der Marktstellung, die Nachfrage der

⁸⁹ Leitlinien, ABl C 2002/165, 6 Rz 5, 70; Art 14 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl L 2002/108, 33.

⁹⁰ EK, 02.06.2004, COMP/38.096 – Clearstream, ABl C 2009/165, 7.

⁹¹ EuGH, 13.02.1979, 85/76, Hoffmann-LaRoche, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 39.

⁹² Vgl EuGH 09.11.1983, 322/81, Michelin, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 57.

⁹³ Vgl Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen 2009, ABl C 45/7, Rz 10.

⁹⁴ *Bunte* in: Langen/Bunte, Kartellrecht¹³ Art 102 AEUV Rz 45 ff; *Eilmansberger/Kruis* in: Streinz, Kommentar³ Art 102 AEUV, Rz 21 ff.

⁹⁵ EK, 11.03.1998, Van der Bergh Foods, ABl L 1998/246, Rz 257.

Verbraucher sowie Marktzutrittsbarrieren. Jedoch wird die Struktur an sich durch die Höhe des Marktanteils und die Zahl der Wettbewerber ermittelt⁹⁶. Dabei ist die Höhe des Marktanteils in der Praxis ein wichtiges Kriterium für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Art 101 AEUV definiert im Gegensatz zu Art 4 KartG nicht genau, ab welcher Schwelle die Marktbeherrschung beginnt. Offensichtlich erschwert dies die Beurteilung und öffnet wiederum Argumentationsspielraum für etwaige Verhandlungen. Sind jedoch mehrere Unternehmen im Tatbestand tätig, kommt es zuerst auf den Marktanteil des Unternehmens an. Ist das zu untersuchende Unternehmen als einziges auf dem Markt und nimmt somit ein Monopol oder Oligopolstellung ein, besteht kaum noch Zweifel für ein marktbeherrschendes Unternehmen. Hat das Unternehmen einen Anteil von über 90 % wird von einem Quasi-Monopol ausgegangen, was gleichzusetzen werden kann mit einem Monopol⁹⁷. Überdies setzt der EuGH eine Schwelle von 75 % an, die innerhalb eines gewissen Zeitraums mit gleichbleibendem Marktanteil als marktbeherrschende Stellung wahrgenommen wird⁹⁸. Bei einem Anteil von 45 % ist eine Marktbeherrschung theoretisch möglich, gem dem Fall, dass gemeinsam mit anderen Faktoren der Anteil ein Mehrfaches des Anteils des stärksten Wettbewerbers ist und die übrigen Konkurrenten kaum relevant sind⁹⁹. Bei Anteilen von 23 % bzw 33 % besteht praktisch nicht die Möglichkeit einer Marktbeherrschung¹⁰⁰. In der europäischen Entscheidungspraxis gibt es kaum einen wettbewerbs-wirtschaftlichen Faktor, der nicht in irgendeiner Form in Wechselwirkung mit anderen Faktoren betrachtet worden wäre. Bevorzugt werden sollte ein inhaltlicher Ansatz, der auf der "Anfälligkeit" des betreffenden Unternehmens aufbaut und sowohl technologische Entwicklungen und Innovationen als auch Kostenasymmetrien zwischen etablierten Unternehmen und neuen Marktteilnehmern berücksichtigt¹⁰¹.

Ein weiteres Kriterium ist die Unternehmensstrukturanalyse, welche jedoch nur zur Anwendung kommt, wenn innerhalb der Marktstrukturanalyse, inklusive der Beurteilung der Marktanteile, nicht zu einem Entschluss kommt. Ziel dieser Analyse ist, zu evaluieren, wie das zu untersuchende Unternehmen seine Unabhängigkeit gegenüber seinen Mitbewerbern über die Zeit behauptet und wie bspw Verflechtungen mit anderen Unternehmen in Betracht kommen¹⁰².

⁹⁶ *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht, 112.

⁹⁷ Vgl EuGH, 13.02.1979, 85/76, Hoffmann- La Roche.

⁹⁸ EuGH, 03.07.1991, C--62/86, AKZO, Rz 60.

⁹⁹ Vgl EuGH, 14.02.1978, 27/76, United Brands

¹⁰⁰ *Bunte*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹², Rz 56 f.

¹⁰¹ *Lewis* in: Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 102 AEUV, Rz 57.

¹⁰² *Bergmann/Fiedler* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht³, Art 102 AEUV Rz 44 ff.

Daneben ist der Integrationsgrad häufig relevant, der Hinweise auf unternehmensstrukturbedingte Wettbewerbsvorteile liefern kann, welche Vorzugsstellung verstärken könnten¹⁰³. Zu den Bewertungskriterien gehören bspw nicht die Unternehmensgröße an sich oder die zusätzliche Geschäftstätigkeit auf einem anderen Markt¹⁰⁴. Außerdem spielt es für die Anwendung der Marktmissbrauchsvorschriften keine Rolle, ob der betreffende Markt bereits einen gewissen Reifegrad erlangt hat. Ist der Markt besonders schnell gewachsen, muss nach Art 102 AEUV so früh wie möglich eingegriffen werden, um zu verhindern, dass auf diesem Markt eine verzerrte Struktur entsteht¹⁰⁵.

7 Missbräuchliche Ausnutzung der Marktbeherrschung

Art 102 AEUV und Art 5 KartG richten sich beide grundsätzlich nicht gegen die Marktbeherrschung per se, sondern gegen die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens im Markt.

7.1 Grundsätzliches

Angesichts dessen ist es wichtig vorab festzuhalten, dass nichts gegen die rechtmäßige Ausübung dieser Position spricht. Allerdings ist stets zu prüfen, ob entsprechende Verhaltensweisen zur Wahrung eines geschäftlichen Interesses dienen oder darüber hinaus gehen und den wirtschaftlichen Interessen der am Markt Beteiligten dienen¹⁰⁶.

Offensichtlich lebt der Markt von einem leistungsgerechten Wettbewerb, der insofern bereits durch Marktbeherrscher beeinflusst wird, als dass dieser kontrolliert und letztendlich geschwächt wird. Demzufolge ist das entsprechende Unternehmen angehalten, lediglich leistungsgerechte Mittel einzusetzen, die nachhaltig und verhältnismäßig sind¹⁰⁷.

¹⁰³ EK, 18.07.1988, Napier Brown/Bristih Sugar, ABI L 1988/284, 41, 53, Rz 56.

¹⁰⁴ Vgl EuGH, 13.02.1979, 85/76, Hoffmann-La Roche, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 47; *Weiß* in: Calliess/Ruffert⁵ EUV, AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta, Art 102 AEUV, Rz 15.

¹⁰⁵ EuGH, 17.02.2011, C-52/09, TeliaSonera, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 108.

¹⁰⁶ OGH, 17.11.2003, 16 Ok 14/03.

¹⁰⁷ Vgl OGH, RS0114137.

Der EuGH orientiert sich bei der Auslegung prinzipiell an den Wortlaut von Art 102 AEUV sowie an Art 3 Abs 1 lit g AEUV¹⁰⁸. Wesentlich für den Missbrauch ist letztendlich aber, dass das marktbeherrschende Unternehmen gegen die Ziele des EU-Vertrages entweder wissentlich oder unwissentlich verhält und im Widerspruch zu einem unverfälschten Wettbewerb steht. Art 102 AEUV erfasst also nur wettbewerbswidriges Verhalten, das Unternehmen von sich aus an den Tag legen, ohne rechtlich dazu gezwungen zu sein. Dies ist nicht der Fall, wenn die Bestimmungen des nationalen Rechts dem fraglichen Verhalten unmittelbar Wirkung verleihen oder zumindest einen rechtlichen Rahmen schaffen, der die Möglichkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens der Unternehmen ausschließt¹⁰⁹. Dabei muss das Verhalten nicht unbedingt auf den beherrschten Markt auswirken¹¹⁰.

Alle Geschäftspraktiken, die außerhalb des Bereichs der Marktbeherrschung als gewöhnlich betrachtet werden, können missbräuchliche Methoden darstellen, wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen ausgeübt werden¹¹¹. Jede Missbrauchsform wird unabhängig voneinander geprüft und ergänzen sich untereinander¹¹². Diese Formen von marktbeherrschenden Unternehmen finden regelmäßig als Ausbeutungsmisbrauch, Behinderungsmisbrauch oder auch Marktstrukturmissbrauch statt. In der vergangenen europäischen Rsp wurde bisher davon ausgegangen, dass Missbrauchsformen subsumiert werden und ein genereller Verstoß gegen Art 102 AEUV vorgesehen wird¹¹³.

7.2 Tatbestände des Art 102 AEUV

Wird letztendlich festgestellt, dass das betreffende Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, ist es automatisch Adressat der Missbrauchsverbote des Art 102 AEUV. Die Voraussetzung der Marktbeherrschung ist nicht per se nach dem Recht der Europäischen Union untersagt. Nur die Ausnutzung dieser Stellung ist als Verstoß zu bewerten¹¹⁴.

Grundsätzlich ist zu konstatieren, dass die Liste der verschiedenen Verhaltensweisen in Art 102 S 2 AEUV nicht abschließend ist¹¹⁵ und daher keine eindeutige Klassifizierung vorgenommen werden kann. Die genannten Fallgruppen sind demnach eher ein Ansatz der Literatur zur

¹⁰⁸ *Bulst*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹², Rz 88.

¹⁰⁹ Vgl EuGH, 25.03.2021, C-152/19 P, Deutsche Telekom, ECLI:EU:C:2021:238.

¹¹⁰ EuGH, 14.11.1996, C-33/94 P, Tera Pak/Kommission Rz 25.

¹¹¹ EK, 26.07.2000, ABI L 2000/208, Rz 50, 36.

¹¹² *Bulst*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹², Rz 96.

¹¹³ Vgl EuGH, 10.02.2000, C-147/97, Deutsche Post/GZS Rz 60.

¹¹⁴ *Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Vranes*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I ¹¹, Verlag Österreich 2016, 203.

¹¹⁵ Vgl EuGH, 13.12.2018, T-827/14 - Deutsche Telekom AG, Rz 91.

Kategorisierung. Regelmäßig ist eine ausbeuterische Handlung von einer behindernden Wirkung begleitet, weshalb eine strenge Zuordnung offensichtlich schwierig sein kann. Im Rahmen des Missbrauchsverbots haben sich jedoch in der Literatur mehrere Gruppen von Fällen entwickelt. Diese werden unterschieden in Ausbeutungsmisbrauch, Behinderungsmisbrauch und Marktstrukturmissbrauch¹¹⁶. Die Regulierungsbeispiele selbst sind in erster Linie Beispiele für Ausbeutungsmisbrauch, wobei die Buchstaben b) - d) des Art 102 AEUV als "Mischformen" von Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauch anzusehen sind.

7.2.1 Ausbeutungsmisbrauch

Zur ersten Art des Missbrauchs gehört die Ausbeutung des Marktgegenübers, was das typische Verhalten iSd in Art 102 lit a, c und d AEUV aufgezählten Tatbestände darstellt¹¹⁷. Er stellt den klassischen Fall¹¹⁸ des Missbrauchs der Ausbeutung oder der Marktmacht im Allgemeinen dar. Zumindest nach europäischer Auslegung ist es die Forderung unangemessener Preise oder Bedingungen. Im Übrigen wird die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle in der Literatur vielfach als „ultima ratio“ des Wettbewerbsrechts verstanden, indem sie eine marktergebnisorientierte Kontrolle darstellt, welche den an sich intendierten unabhängigen und freien Wettbewerbsprozess beeinträchtigt¹¹⁹. Der Begriff Ausbeutungsmisbrauch bezieht sich auf ein Verhalten, durch das das marktbeherrschende Unternehmen unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Position wirtschaftliche Vorteile zum Nachteil seiner Kunden erwirbt, die es im Falle eines wirksamen Wettbewerbs nicht gegen sie durchsetzen könnte¹²⁰.

Der Ausbeutungsmisbrauch ist grundsätzlich eine Art Sammelbegriff für den der Preis- und Konditionenmissbrauch, welcher im weiteren Verlauf der Arbeit näher beschrieben wird. Dennoch wird dabei der Schwerpunkt im rechtlichen Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens gesehen, mit dem er sich in der vertikalen Beziehung gegenüber den Handelspartnern va finanzielle Vorteile erwirbt, was eine Schädigung eines Vertragspartners oder der Verbraucher in jedem Fall einschließt¹²¹. So ist es idZ ebenfalls kennzeichnend, dass das Unternehmen aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung Leistungen erhält, die ihm

¹¹⁶ *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker⁵, Art 102 AEUV Rz 134.

¹¹⁷ Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht, Europäisches Kartellrecht, Springer 2005, 422.

¹¹⁸ *Ackermann*, Excessive pricing and the goals of competition law, in Zimmer (Hrsg) *The Goals of Competition Law*, 349, 354.

¹¹⁹ *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 20 Rn. 89; *Mohr*, Kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch datenschutzwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen, *EuZW* 2019, 265ff.

¹²⁰ *Bulst* in: Langen/Bunte, Kartellrecht¹³ Art 102 AEUV, Rz 92.

¹²¹ *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker⁵, Art 102 AEUV Rz 134.

sonst in einem funktionierenden Markt nicht zugestanden hätten. Erwähnenswert für die weitere Bearbeitung der Arbeit ist, dass der Ausbeutungsmissbrauch als Oberbegriff, unter den der Preis- und Konditionenmissbrauchs gem Art 102 S 2 lit a AEUV fällt. Zweck des Ausbeutungsverbotes ist es, dass Betroffene vor einem Missverhältnis zwischen Leistung und Preis geschützt werden und ein Aufdrängen sonstiger allgemeinen Geschäftsbedingungen verhindert wird.

Ausbeutungsmissbrauch liegt demnach vor, sobald die Forderungen des Unternehmens mit vorangestellter Marktmacht, nach Preisen oder Bedingungen nicht mehr zumutbar, sondern gänzlich missbräuchlich sind. Der EuGH hat in seiner ständigen Rsp ausgeführt, dass ein derartiges Verhalten dann angenommen werden kann, wenn das Unternehmen die Struktur eines Marktes negativ beeinflusst, auf dem der Wettbewerb durch das betreffende Unternehmen bereits beeinträchtigt ist. Zeitgleich wird der Wettbewerb dadurch verhindert, dass das Unternehmen Mittel einsetzt, die nicht den Mitteln des "normalen Produkt- und Dienstleistungswettbewerbs" angehören¹²². Die Beurteilung eines Verhaltens als missbräuchlich kann nur auf Basis von zugrundeliegenden Anhaltspunkten erfolgen, welche im ersten Teil der Arbeit dargelegt worden sind. Hervorstechend dabei ist die oben erwähnte Einwilligung, die des Öfteren nicht zwanglos erteilt wird.

7.2.2 Behinderungsmissbrauch

Die zweite Art ist die Behinderung des tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs in einer Weise, die die Wettbewerbsbedingungen verfälscht¹²³. Als Behinderungsmissbrauch werden demnach Maßnahmen des marktbeherrschenden Unternehmens definiert, die sich gegen (auch potenzielle) Wettbewerber auf dem beherrschten oder einem benachbarten Markt richten¹²⁴. Die Gruppe der Fälle von Behinderungsmissbrauch umfasst die in Art 102 S 2 lit b AEUV aufgelisteten Vorgehensweisen, aus welche wettbewerbswidrige Marktverschließungen einhergehen. Das Missbrauchsverbot beim Behinderungsmissbrauch hängt vorliegend damit zusammen, dass der mit der Vorschrift beabsichtigte unverfälschte Wettbewerb in erster Linie, mit dem Leistungswettbewerb gleichermaßen gemeint ist¹²⁵. Demnach ist der Leistungswettbewerb der Wettbewerb, in welchem die überlegene unternehmerische Leistung und die überlegene unternehmerische Kraft die bestimmenden Faktoren für den Markterfolg

¹²² Vgl EuGH, 06.12.2012 – C-457/10 (74)

¹²³ *Lewisch* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 102 Rn 2.

¹²⁴ *Eilmansberger/Kruis* in: Streinz, Kommentar³ Art 102 AEUV, Rz 54

¹²⁵ Vgl *Eilmansberger/Bien* in MüKo, Art. 102 AEUV, Rz 3.

darstellen. Maßnahmen oder Geschäftspraktiken eines Unternehmens, die von den Mitteln des regulären, auf der Leistung der Marktteilnehmer beruhenden Produkt- oder Servicewettbewerbs abweichen, sind daher als Behinderungsmissbrauch zu qualifizieren¹²⁶. Somit sind Marktbeherrscher und deren Praktiken besonders zu begutachten, sobald diese nicht auf den Leistungen im begründeten Wettbewerb basieren, wodurch eine Verfälschung des Wettbewerbes drohen könnte¹²⁷. Letztendlich sind jegliche Verhaltensweisen als missbräuchlich anzusehen, die dem leistungsgerechten Wettbewerb entgegenstehen. Zur Verwirklichung des beschriebenen materiellen Wettbewerbsschutzes zielt Art 102 AEUV auf das unerlaubte Verhalten von Unternehmen ab, die eine ausreichende Marktmacht haben¹²⁸. Der Grundgedanke dabei ist, dass eine wirtschaftliche Machtposition offensichtlich das Potenzial hat, den verbleibenden Wettbewerb zu behindern. IdZ ist die Bestimmung und Rechtfertigung dieser potenziellen Auswirkungen von zentraler Bedeutung für die Begründung des Behinderungsmissbrauch¹²⁹. Die Wettbewerbsbehörden müssen auch darstellen, wie das Verhalten die Wettbewerbschancen der Konkurrenten gefährdet ist. Es überrascht daher nicht, dass die Anforderungen an die Beschaffenheit und Intensität einer solchen behindernden Wirkung und deren Nachweis kontrovers sind. Die einen führen typische Auswirkungen auf bestimmte Verhaltensweisen zurück, während die anderen in der Literatur derartige Auswirkungen von Fall zu Fall auf der Grundlage einer eingehenden ökonomischen Analyse nachgewiesen sehen wollen, wie es der „more economic approach“ veranlasst¹³⁰. Die Behinderung muss, wenn sie einmal festgestellt worden ist, auch unbillig sein. Bei der Bestimmung der Unbilligkeit nimmt der BGH eine Interessenabwägung zwischen dem Normadressaten und dem Beeinträchtigten vor¹³¹.

Ein Spezialfall bildet außerdem die Vorenthaltung des Zugangs oder der Nutzung zu/von essenziellen Infrastruktureinrichtungen (sog "essential facilities")¹³². Der EuGH¹³³ hat in seiner Rechtsprechung den tatsächlichen Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung für die Zwecke des europäischen Wettbewerbsrechts restriktiv interpretiert und erfüllt die Zugangsanforderung nur unter "außergewöhnlichen Umständen", wenn es keine anderen Möglichkeiten gibt, sich in klassischer Weise an die Kunden der wesentlichen Einrichtung in einem vor- oder

¹²⁶ Vgl EuGH, 6.9.2013, T-289/11, T-290/11, T-521/11, ECLI:EU:T: 2013:404, Rn. 78 – Deutsche Bahn.

¹²⁷ Vgl EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 88-91 – Hoffmann-La Roche.

¹²⁸ *Eilmansberger/Bien* in: MüKo Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rz 4

¹²⁹ *Eilmansberger/Bien* in: MüKo Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rz 181.

¹³⁰ Vgl *Gewe*, Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument, Baden-Baden 2020, 66.

¹³¹ BGH, 06.10.2015, KZR 87/13 – Porsche-Tuning.

¹³² *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁷, 2010, 551, Rz 1106.

¹³³ EuGH, 26.11.1998, C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn 41 – Bronner.

nachgelagerten Markt anzubinden¹³⁴. Die marktbeherrschende Stellung kann somit nicht für das Verhältnis der Wohlfahrten aus einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis genutzt werden, sondern verschafft dem Unternehmen vielmehr die Mittel, um die Wettbewerber zu behindern oder zu übertrumpfen. Diese Abhängigkeiten könnten also genau dann als Missbrauchstatbestand, wenn andere Mitbewerber auf Infrastruktur angewiesen sind. Die zu diesem Themenbereich entwickelte Werttheorie hat sich in der Vergangenheit vor allem in der Rechtssache Microsoft widerspiegelt¹³⁵. Im Rahmen jener Kommissionsentscheidung stellte die Behörde fest, dass Microsoft konkurrierenden Entwicklern von Arbeitsgruppenserver-Betriebssystemen bestimmte Schnittstelleninformationen verheimlicht hatte, die diese für eine vollständige Interoperabilität ihrer Programme mit Windows-basierten Computern benötigten. Der EuGH bestätigte 2007 die Entscheidung der EK in allen wesentlichen Punkten und schloss damit eines, der sich am längsten hinziehenden Verfahren in der europäischen Missbrauchskontrolle ab, das für den "more economic approach" von Bedeutung war¹³⁶. Schließlich kommt dem Verbot von Behinderungsmissbräuchen eine präventive Funktion zu, da der Gefahr einer erneuten Ausdehnung und Weitergabe von Marktmacht auf andere Märkte vorgebeugt wird und damit weitere Handlungsspielräume für letztlich ausbeuterisches Verhalten unterbunden werden¹³⁷. Das Ziel von Kontrollen zum Behinderungsmissbrauch ist es, den Restwettbewerb so lange wie möglich aufrechtzuerhalten, weil davon ausgegangen wird, dass dadurch in der Regel die besten Ergebnisse für die Allgemeinheit erzielt werden. Der Schutz vor Behinderungsmissbrauch zielt also ua auch auf den Schutz der Verbraucher ab, wenn auch indirekt, indem der Wettbewerb erhalten bleibt. Ein unmittelbarer Schutz des Wettbewerbs liegt nur dann vor, wenn der Schutz in die gleiche Richtung wie der Schutz des Wettbewerbs geht¹³⁸. Dieser Schwerpunkt auf dem Schutz des Wettbewerbsprozesses spiegelt sich auch in der Tatsache wider, dass für einen Behinderungsmissbrauch nicht ausdrücklich der Nachweis eines Schadens für die Verbraucher erforderlich ist¹³⁹. Aus diesem ist der Behinderungsmissbrauch daher wesentlich mehr dem Wettbewerbsschutz verpflichtet als der Ausbeutungsmissbrauch.

¹³⁴ *Körber*, Google im Fokus des Kartellrechts in: WRP 2012, 761, 766.

¹³⁵ EK, 24. 03. 2004, COMP/37.792 – Microsoft.

¹³⁶ *Körber*, WuW 2007, 1209.

¹³⁷ *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker⁵, Art 102 AEUV Rz 134.

¹³⁸ *Eilmansberger/Bien*, MüKo Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rz 6.

¹³⁹ EuGH, 13.03.2007, Rs. C-95/04 P, Rn. 106 – British Airways; *Eilmansberger/Bien*, MüKo Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rz 12.

7.2.3 Konditionenmissbrauch

Im Rahmen von Art 102 S 2 lit a AEUV darf ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht die unmittelbare oder mittelbare Durchsetzung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Konditionen im Verhältnis zu Wettbewerbern und/oder Verbrauchern fordern, wengleich im Folgenden auf die Konditionen abzustellen sein wird. Interessanterweise lässt sich in der Literatur mEn wenig von dieser Fallgruppe ausfindig machen. Der Grund dafür liegt ua in der Schwierigkeit, einen Sachverhalt unter diesen Tatbestand zu subsumieren, wengleich es im Facebook Urteil explizit um Geschäftskonditionen handelt, denn es gibt mE keine eindeutige Auslegung der Begriffe und keine klare Linie der in der Entscheidungspraxis. Gleichwohl gab es Einzelfälle, mit denen die EK sich mit diesen Fällen auseinandergesetzt und dabei die Elemente der Unangemessenheit präzisiert haben¹⁴⁰.

Um den Missbrauch sachlich zu belegen und im Einzelfall zu fixieren, hat sich in der Literatur die Freiwilligkeit der Einwilligung als probates Mittel bewährt, was ebenfalls Inhalt dieser Arbeit darstellen wird. Der Missbrauch besteht bereits darin, dass die Verbraucher keine Alternative haben, als die Geschäftsbedingungen zu akzeptieren und sich ihnen letztendlich zu unterliegen¹⁴¹. Das Erzwingen der Geschäftsbedingungen ist also die Folge.

Im Grundsatz bedeutet die Ahndung eines Konditionenmissbrauchs letztlich auch eine Marktergebniskontrolle, in dessen Rahmen eine eingetretene Fehlentwicklung im Markt korrigiert wird, wobei sich die Auswirkungen entsprechender Konditionen in der Regel nicht auf die Ausbeutung der Marktgegenseite reduzieren. Vielmehr errichten sie zusätzliche, unter Umständen erhebliche Markteintrittsbarrieren für Wettbewerber, beispielsweise im Falle von Ausschließlichkeitsklauseln und im Zusammenhang mit "Lock-In" Effekten¹⁴². Hinzu kommt, dass die ausbeuterischen Konditionen in einem Vertrag in der Regel keine mit einem sehr hohen Preis vergleichbare Lücke öffnen, in die neue Wettbewerber vorstoßen können, weil die Bedingungen für die Marktgegenseite bei Weitem nicht so offensichtlich positiv oder negativ zu werten sind wie der als niedrig, angemessen oder zu hoch empfundene Produktpreis.

Außerdem ist es für den Tatbestand notwendig, dass die auferlegten Konditionen unangemessen sind, weil kein ausreichender Wettbewerb besteht und er sich anders verhalten kann als er sich verhalten könnte, wenn Wettbewerb bestünde (sog „Als-ob-Wettbewerb“). Die

¹⁴⁰ Vgl Kühnert/Tlapak, Update: Kartell- und Datenschutzrecht, VWT 2016, 334.

¹⁴¹ Calliess/Ruffert, EUV/AEUV5, Art 102, Rz 47

¹⁴² Barth, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020, 87.

Frage, wann diese Unangemessenheit vorliegt, ist in der Praxis nicht immer leicht zu klären und kann durch unterschiedliche Beurteilungskriterien ermittelt werden, wenngleich die Rechtssache in Hoffmann-La Roche exemplarisch für einen Konditionenmissbrauch und der Unangemessenheit steht¹⁴³.

Insb Art 19 Abs 2 Nr 2 GWB und der dort ausdrücklich verankerte Grundsatz des Als-ob-Wettbewerbs bringt den Zusammenhang zwischen einem missbräuchlichen Verhaltensspielraum seitens des Marktbeherrschers und funktionierendem Wettbewerb zum Ausdruck¹⁴⁴. Bei funktionierendem Wettbewerb wäre eine Kontrolle nicht erforderlich, da von den aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern ein Wettbewerbsdruck ausgeht, der die Marktbeherrscher daran hindert, dem Marktgegner unangemessene Konditionen abzuverlangen¹⁴⁵. Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens und das damit einhergehende Marktergebnis gerade dann missbilligt, wenn es bei einem hypothetisch funktionierenden Wettbewerbsprozess nicht auftreten würde und deshalb allein durch die Ausübung der bestehenden Marktmacht ermöglicht wird¹⁴⁶. Der Als-Ob-Wettbewerb wird typischerweise mit der Vergleichsmarktmethode ermittelt, die jedoch insb auf digitalen Märkten häufig an ihre Grenzen stößt, weil kein geeigneter Vergleichsmarkt gefunden werden kann¹⁴⁷. Bei der Vergleichsmarktmethode wird der hypothetische Wettbewerbspreis durch den Preisvergleich zwischen dem Kartellpreis und den Preisen auf den nicht vom Kartell erfassten Märkten ermittelt¹⁴⁸. Überdies ist ein räumlicher Vergleichsmarkt zu bestimmen, welcher nicht von einer Zuwiderhandlung betroffen sein darf und fast identische Wettbewerbsbedingungen aufweisen sollte¹⁴⁹. Das Produkt, die Wettbewerbsmerkmale und die Nachfragecharakteristika sollten sich bei den entsprechenden Märkten ähneln, um einen hinreichenden Vergleich ziehen zu können¹⁵⁰.

Unangemessenheit ist also nur im Einzelfall gegeben, wobei ua auch angenommen werden kann, falls der Preis für die vergleichbare Leistung erheblich höher ausfallen sollte oder wenn eine erneute Suche nach Alternativangeboten mit einem wesentlichen Mehraufwand verbunden

¹⁴³ Mestmäcker/Schweitzer in: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht Rz 45.

¹⁴⁴ Gebicka/Heinemann, World compet. law and econom. 2014, Rev. 37, 149, 162.

¹⁴⁵ Schönberger, Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs, Mohr Siebeck Tübingen 2022, 76.

¹⁴⁶ Schönberger, Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs, 76.

¹⁴⁷ Vgl Grewe, Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument, Eine Untersuchung der Schnittstellen des Kartellrechts mit dem Datenschutz-, Lauterkeits- und AGB-Recht, Nomos Baden-Baden 2020, 318 f.

¹⁴⁸ Kiehl/ Petschko, Kartelle: EU gibt Nachhilfe im Rechnen, Die Presse 2010/05/08, 3.

¹⁴⁹ EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art 101 oder 102 AEUV, Abs 49.

¹⁵⁰ EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art 101 oder 102 AEUV (2013), Abs 51.

ist¹⁵¹. Geschäftsbedingungen sind jedenfalls unangemessen, wenn sie unbillig sind¹⁵². Fall sie nicht offensichtlich unangemessen erscheinen, ist eine Abwägung der Interessen der Beteiligten (vermehrt Verbraucher) zu treffen¹⁵³. Dabei gilt das Übermaßverbot, wonach der Gegenseite keine Verpflichtungen auferlegt werden dürfen, die für die Erreichung der Ziele nicht unentbehrlich sind und die Handlungsfreiheit der Verbraucher nicht beeinträchtigt werden¹⁵⁴. Hiernach sind Bedingungen, die die Interessen der nicht beherrschenden Vertragspartei unangemessen in unangemessener Weise benachteiligen, verboten.

Dabei ist zu beachten, dass die Unangemessenheit ausschließlich am Unionsrecht und nicht am nationalen Zivilrecht zu messen ist, was sich auch aus dem "Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts" ergibt¹⁵⁵. Es ist durchaus möglich, dass eine Vertragsbedingungen zwar dem nationalen Vertragsrecht entspricht, aber einer Prüfung im Sinne des Art 102 AEUV nicht standhält, sondern als missbräuchlich anzusehen ist¹⁵⁶.

7.2.3.1 Entscheidungsfälle

Im folgenden Kapitel wird anhand von Entscheidungsfällen gezeigt, in welchen unterschiedlichen Facetten der Konditionenmissbrauch auftreten kann, um die anfängliche Schwierigkeit den Sachverhalt unter diesen Tatbestand zu subsumieren und schließlich zu begutachten. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Missbrauchsverhalten gegenüber Akteuren der, wenngleich das Facebook-Urteil sich auf dem digitalen Markt gegen Verbraucher richtet. Schließlich wird gezeigt wie vielseitig der Konditionenmissbrauch auftreten kann.

Zu den unangemessenen Konditionen gehören Ausschließlichkeitsvereinbarungen, die erstmals in dem Urteil "Hoffmann-La Roche" behandelt und vom EuGH als wettbewerbswidriges Verhalten unter Verstoß gegen Art 102 AEUV gewertet wurde¹⁵⁷. In dieser Rsp entschied der EuGH, dass marktbeherrschende Unternehmen, die ihre Handelspartner vertraglich dazu verpflichten, ihre Produkte oder einen wesentlichen Teil davon exklusiv zu beziehen, einen Konditionenmissbrauch begehen. In diesem Fall hatte ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Kunden durch Treueklauseln verpflichtet, ihren Bedarf an von ihm hergestellten

¹⁵¹ *Holznapel/Sonntag*, Die Einwilligung des Betroffenen in: Handbuch Datenschutzrecht, *Roßnagel/Abel* (Hrsg), Rz 83.

¹⁵² EuGH, 30.04.1974, 155/73, *Sacchi*, Rz 17.

¹⁵³ EuGH, 27.03.1974, 127/73, *BRT 2/SABAM* und *Fonior*, Rz 6/8.

¹⁵⁴ *Bulst*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in: *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹², Rz 177.

¹⁵⁵ *Jung* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art 102, Rz 177.

¹⁵⁶ Vgl *Fuchs/Möschel* in: *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, AEUV Art 102, Rz 188

¹⁵⁷ *Mestmäcker/Schweitzer* in: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Rz 45.

Vitaminen ausschließlich bei ihm zu beziehen¹⁵⁸. Diese Klausel wurde vom EuGH als unangemessen und ausbeuterisch angesehen. Begründet wurde es damit, dass sie potentielle Vertragspartner einschränken und somit auch indirekt den Umsatz auf Kosten der Verbraucher schädigen. Darüber hinaus beeinträchtigen sie andere Mitbewerber und bilden damit neben dem in Art 102 S 2 lit a normierten Konditionenmissbrauch auch die Fallgruppe Behinderungsmissbrauch nach Art 102 S 2 lit c und lit d¹⁵⁹. Gleiches lässt sich auch auf die Verhaltensweise von Facebook übertragen, in dem es durch dessen beherrschende Stellung ermöglicht wird, die Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbes zu verhindern. Die erlangten Wettbewerbsvorteile werden darin abermals zu Lasten der Verbraucher durch die missbräuchliche Datenerhebung verschafft, weil die Einwilligung letztlich aufgrund der Marktmacht erhalten wird¹⁶⁰. Das daraus resultierende Marketing Management beeinflusst wiederum zielgerichtet die Vertragspartner, die mit höheren Eintrittsbarrieren zu kämpfen haben.

In einem weiteren Urteil des EuGH werden Verwendungsbeschränkungen wie bspw Weiterverkaufsverbote, die sich einschränkend auf die Eigentumsrechte der Abnehmer auswirken, behandelt. Darin wird festgehalten, dass auch diese Klauseln als eine weitere Form von Konditionenmissbrauch zu zählen sind¹⁶¹. In der Rechtssache "Tetra Pak II"¹⁶² beanstandete die EK eine Nutzungsbeschränkungsklausel, nach der sich die Kunden verpflichteten, beim Weiterverkauf von Anlagen an Dritte die Zustimmung des marktbeherrschenden Unternehmens einzuholen. In dieser Klausel war festgelegt, dass die von dem marktbeherrschenden Unternehmen gelieferten Anlagen nicht mit anderen Anlagen verbunden oder umgebaut werden durften und dass das marktbeherrschende Unternehmen dabei ein Mitbestimmungsrecht haben musste¹⁶³. Nach Ansicht der EK waren diese Konditionen aufgrund eines mangelnden Interessenausgleichs zwischen den Vertragsparteien unangemessen und die Klauseln zur Beschränkung der Eigentumsrechte wurden als unbillig eingestuft.

Weiters hat der BGH, aufbauend auf Vorarbeiten in der Literatur¹⁶⁴ und gestützt auf die Generalklausel in Art 19 Abs 1 dGWB, einen weiteren Fall hervorgebracht. Dabei zielt er auf

¹⁵⁸ Vgl *Mestmäcker/Schweitzer* in: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Rz 46.

¹⁵⁹ Vgl *Mestmäcker/Schweitzer* in: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, Rz 44.

¹⁶⁰ Vgl Bkarta, Pressemitteilung,

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html (abgefragt am 16.05.2023).

¹⁶¹ Vgl *Streinz/Eilmannsberger*, AEUV², Art 102, Rz 28.

¹⁶² EuGH, 14.11.1996, Rs C-333/94 P, Tetra Pak.

¹⁶³ *Streinz/Eilmannsberger*, AEUV², Art 102, Rz 41

¹⁶⁴ *Möschel*, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, 198 f; *Immenga/Mestmäcker/Möschel*, dGWB, 1981, Art 22 Rz 172.

wettbewerbswidrige Bedingungen ab, die sich aus der Interessengerechtigkeit bzw. Verhältnismäßigkeit der Vertragsklausel aufgrund einer Interessenabwägung ergeben. In den Urteilen VBL-Gegenwert I¹⁶⁵ und VBL-Gegenwert II¹⁶⁶ ging es um Wertungen des AGB-Rechts. Die VBL erbringt für Arbeitnehmer der beteiligten Arbeitgeber Leistungen der Alters-, Erwerbs-, minderungs- und Hinterbliebenenversorgung nach Maßgabe eines Umlageverfahrens. Scheidet ein beteiligter Arbeitgeber aus der VBL aus, so regelt die VBL-Satzung die Erstattung eines Gegenwertes durch den Ausscheidenden¹⁶⁷. Schließlich hat eine Ärztekammer entsprechend gegen ihr Ausscheiden als Mitglied geklagt und den Gegenwert zahlen müssen. Der zugrunde liegende Satzungsbestimmung wurde daraufhin mehrmals geändert, so dass es auch auf Altfälle anwendbar sein sollte, welche jedoch wegen Rechtsverstoß als unwirksam erklärt worden ist. Daraufhin beehrte die Klägerin die Rückzahlung, sowie die Feststellung eines Machtmissbrauches. Schließlich hat in den Urteilen VBL Gegenwert I und II hat der BGH einen Missbrauch insb dann bejaht, wenn die Vereinbarung der nach AGB-Recht unwirksamen Klausel das Ergebnis der Marktmacht oder Marktüberlegenheit des Verwenders ist¹⁶⁸. Hiermit hat der Senat für mehr Klarheit in dieser Frage gesorgt. Die erste Entscheidung der VBL wird teilweise mit dem Argument herangezogen, dass jeder Verstoß des marktmächtigen Unternehmens gegen die gesetzlichen Bestimmungen als Konditionenmissbrauch zu werten sei¹⁶⁹. Allgemein unwirksame Geschäftskonditionen können allerdings nicht generell Missbrauch der Marktmacht von Marktbeherrschern darstellen, vielmehr ist ein über die bloße Vertragsimparität hinausgehendes missbräuchliches Ausnutzen der Marktstellung erforderlich¹⁷⁰. Die Feststellung des BGH, dass als Ausfluss der Marktmacht der VBL die eine unangemessene Gegenwertbedingungen gegeben war, zeigt, dass diese wettbewerbsrechtliche Ausbeutungssituation für einen Konditionenmissbrauch gegeben sein muss. Was den Missbrauch von Konditionen angeht, erläutert diese Entscheidung, dass ein Missbrauch von Marktmacht, eine Wettbewerbsbeziehung voraussetzt, die über den Verstoß gegen das Kartellrecht hinausgeht¹⁷¹. In diesem Fall ging es um eine Geldforderung des Gegenwertes, die unter Wettbewerbsgesichtspunkten nicht mehr gerechtfertigt war. Der Verstoß kam daher einem Ausbeutungsmissbrauch nahe.

¹⁶⁵ BGH, NVwZ-RR 2014, 515, 520.

¹⁶⁶ BGH WRP 2017, 563, 566.

¹⁶⁷ Telle, Kommentar zu BGH, VBL-Gegenwert, WRP, 5/2017, 568.

¹⁶⁸ BGH WRP 2017, 563, 566, Rz 35.

¹⁶⁹ Vgl Monopolkommission, Sondergutachten 68, Nr. 518.

¹⁷⁰ Louven, VBL-Gegenwert II, Kommentar zu BGH, Urteil vom 24.01.2017 – KZR 47/14, 569.

¹⁷¹ Vgl BGH WRP 2017, 563, 566, Rz 2 f.

7.2.3.1.1 OGH Verfahren Büchl/Peugeot

Ein weiteres Anwendungsbeispiel des Konditionenmissbrauches liefert im Oktober 2018 das österreichische Kartellgericht, in dem das Unternehmen Büchl GmbH gegen das Unternehmen Peugeot Austria Gesellschaft mbH einen Antrag auf Abstellung wegen des Missbrauchs der Marktbeherrschung stellte¹⁷². Die Parteien stehen im Vertragsverhältnis des Neuwagenvertriebes und Werkstättenbetriebes, wobei Büchl das nicht-exklusive Recht eingeräumt worden ist, die entsprechenden Fahrzeuge zu vertreiben und einen Kundendienst sicherzustellen. Im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Kartellgericht hatte die BWB gem Art 4 Abs 3 KartG eine Stellungnahme zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, insb zur bestehenden relativen Marktmacht, abzugeben. Im Mai 2020 stellte das Kartellgericht fest, dass Peugeot in mehrfacher Hinsicht gegen das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht verstoßen hatte. Diese Verstöße mussten anschließend innerhalb von drei Monaten abgestellt werden. idZ ist va ein Punkt relevant: missbräuchlich niedrige Verkaufspreise auf dem Endverbrauchermarkt sind Händlern, die sich im wirtschaftlichen Mehrheitsbesitz der Beklagten befinden, untersagt. Gleichzeitig sind die Weitergabe von Preisen an die Klägerin und die Gewährung von Rabattkonditionen verboten, die den Kläger daran hindern, diese niedrigen Preise nicht mehr an Endkunden durchzusetzen¹⁷³. Demnach erklärte das Gericht eine unangemessene Gegenwertforderung nach der internen Satzung wäre als Konditionenmissbrauchs zu werten und knüpfte dabei an die ständige Rsp an, bei der ein Missverhältnis der Kosten der Leistungserbringung vorliegt¹⁷⁴. Zu prüfen war in diesem Zusammenhang ob Peugeot die Konditionen des Werkstättenvertrages missbraucht. Orientiert wurde sich an das Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches einem Marktbeherrscher nicht nur die Verfolgung eines grundsätzlich legitimen unternehmerischen Zwecks mit unlauteren Mitteln verbietet, sondern zusätzlich auch alles, was den Vertragspartner in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit mehr als erforderlich einschränkt¹⁷⁵. Weiters wird von einer übermäßigen und deshalb unangemessenen Bindung ausgegangen, wenn diese einzig oder ganz überwiegend im einseitigen Interesse des marktbeherrschenden Unternehmens vereinbart wurde¹⁷⁶, was alleinstehend als Missbrauchselement berücksichtigt wird.

¹⁷² OGH, 17.02.2021, 16 Ok 4/20d.

¹⁷³ OGH, 17.02.2021, 16 Ok 4/20d, Rz 29.

¹⁷⁴ OGH, 17.02.2021, 16 Ok 4/20d, Rz 169.

¹⁷⁵ *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht6, 2019, Art 102 AEUV, Rz 186.

¹⁷⁶ OGH, 17.02.2021, 16 Ok 4/20d, Rz 172

7.3 Konzeption des Art 102 AEUV

Das Konzept des klassischen Liberalismus, dessen Anfänge auf das 19. Jahrhundert zurückgehen, basiert auf dem freien Leistungswettbewerb, dessen Maßstab das Glück und Vermögen des Einzelmenschen ist¹⁷⁷. Demnach sollte den Unternehmen mehr Verfügungsgewalt zugestanden werden, indem die Reaktionen von Anbietern und Nachfragern auf den Märkten durch freie Preisbildung ermittelt werden. Dem liegt die Grundidee zugrunde, dass der durch Angebot und Nachfrage gebildete Marktpreis offensichtlich die verhältnismäßige Knappheit der jeweiligen Güter widerspiegelt. Befürworter dieser These haben argumentiert, dass der Staat nur den rechtlichen Rahmen für die Funktion des freien Leistungswettbewerbs bildet und damit eine Kontrollfunktion übernimmt, während der Wettbewerb nicht dem staatlichen Zugriff ausgesetzt ist¹⁷⁸. Die Rechtsprechung der EU-Gerichte zu den Vorgängernormen von Art 102 AEUV hat sich die Ziele des ordentlichen Gesetzgebers zu eigen gemacht, da sowohl die Bestimmung über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als auch die anderen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen der Gemeinschaft nicht ausschließlich oder vorrangig dem Schutz der unmittelbaren Interessen der Verbraucher oder einzelner Wettbewerber dienen. Die Vorgängernormen des Art 102 AEUV aus dem 19. Jahrhundert bezweckten damit nicht den Mitbewerberschutz, sondern den Schutz der wettbewerblichen Marktstruktur und mithin des Wettbewerbs¹⁷⁹. Daher zielt das Missbrauchsverbot nach geltender Rechtsprechung "nicht nur auf Verhaltensweisen, die den Verbrauchern unmittelbar schaden können, sondern auch auf Verhaltensweisen, die ihnen durch Eingriffe in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs Schaden zufügen"¹⁸⁰. In der bisherigen Entscheidungspraxis hat sich die EK grundsätzlich am Erhalt von Wettbewerbsmärkten orientiert. Sie untersuchte in einem zweiteiligen Prüfverfahren das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt und in einem zweiten Schritt deren missbräuchliche Ausnutzung. Hierbei hat die EK stets einen formalrechtlichen Ansatz gewählt, indem sie bei Vorliegen eines Sachverhalts im Sinne von Art 102 AEUV diesen von vornherein als wettbewerbsbehindernd und missbräuchlich eingestuft hat¹⁸¹.

¹⁷⁷ Berg in: Bender/Berg/Cassel/Galisch/Hartwig/Hübl/Kath/Grosseckertler/Siebke/Thieme/Willms, Wirtschaftspolitik II⁷ 306.

¹⁷⁸ Berg in Bender/Berg/Cassel/Galisch/Hartwig/Hübl/Kath/Grosseckertler/Siebke/Thieme/Willms, Wirtschaftspolitik II⁷ 306.

¹⁷⁹ EuGH, 13.02.1979, Rs 85/76, Hoffmann-La Roche - Kommission, Slg 1979 461 Rz 91, 125; EuGH, 21.02.1972, Rs 6/72, Continental Can - Kommission, Slg 1973 215 Rz 26.

¹⁸⁰ EuGH, 21.02.1972, Rs 6/72, Continental Can - Kommission, Slg 1973, 215 Rz 26.

¹⁸¹ Roth, The „More Economic Approach“ and the Rule of Law in Schmidtchen/Albert/Voigt (Hrsg) The more economic approach to European Competition Law 37 (51).

Eingangs der Untersuchung betonte die EK die besondere Stellung marktbeherrschender Unternehmen, die schon damals eine besondere Verantwortung trafen. Dies bedeutet, dass ihr Verhalten den wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Binnenmarkt nicht zusätzlich gefährden darf¹⁸². Abschließend ist festzuhalten, dass Art 102 AEUV eine übergreifende Warnfunktion für die Erfüllung des Wettbewerbsziels umfasst, sprich ein System des unverfälschten Wettbewerbs zu sichern versucht.

Ergänzend finden sich in der Literatur Ausführungen, die auf eine ergänzende Zielsetzung, nämlich die Verbraucherwohlfahrt, hinarbeiten. Durch den zunehmend modernisierten Anspruch, der gefordert hat, die Anwendung ökonomischer auszugestalten, kam es schließlich zu dem "more economic approach". Der Schwerpunkt dieses Ansatzes scheint offenbar darin zu liegen, die direkten Auswirkungen wirtschaftlichen Handelns auf die Missbräuchlichkeit zu untersuchen. Wie oben bereits erwähnt setzt der Staat den rechtlichen Rahmen für die Funktion des freien Leistungswettbewerbs, welcher wiederum der Konsumentenwohlfahrt dient. Hierfür wird Art 102 AEUV als Instrument zum Schutz des Wettbewerbs verwendet¹⁸³. Zulässig sind hierfür alle diejenigen wirtschaftlichen Maßnahmen des Marktbeherrschers, um seine Aufrechterhaltung, Behauptung und auch den Ausbau der marktbeherrschenden Stellung zu begünstigen, die den Vorgaben dieses Wettbewerbs dem Grunde nach entsprechen¹⁸⁴. Tatsächlich sei es einigermaßen abwegig, marktbeherrschenden Unternehmen zu untersagen, ihre überlegene Leistung am Markt zum Tragen zu bringen¹⁸⁵.

7.3.1 „More economic approach“ als Neuausrichtung des Art 102

Es wird generell davon ausgegangen, dass ein informiertes und reflektiertes ungehindertes Marktverhalten aller Marktseiten ermöglicht werden soll, um einen funktionsfähigen Wettbewerb zu garantieren. Wird Wettbewerb als funktionaler Bezugspunkt begriffen, so stellt sich allerdings die Frage, inwieweit dieser Ansatz noch zeitgemäß ist.

Ungeachtet der zunehmenden Rolle der wirtschaftlichen Analyse im europäischen Wettbewerbsrecht haben mEn weder die EK noch der EuGH eine rechtliche Definition des "wirtschaftlicheren Ansatzes" („more economic approach“) konkret ausgearbeitet. In den Urteilen des EuGH zu den Vorgängernormen des Art 102 AEUV, wie AKZO II¹⁸⁶, Compagnie

¹⁸² EK, 10.11.1992, IV/33.440 u IV/33.486, Warner-Lambert - Gillette sowie BIC - Gillette ua, ABl 1993 L 116, 21 Rz 23.

¹⁸³ VO 1/2003, ABl L 2003/1, 1 Rz 9.

¹⁸⁴ *Lewisch* in: Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 102 AEUV, Rz 94.

¹⁸⁵ Vgl *Eilmansberger/Kruis* in: Streinz, Kommentar³, Art 102 AEUV Rz 55

¹⁸⁶ EuGH, 03.07.1991, Rs C-62/86, AKZO Chemie BV - Kommission, Slg 1991, I-3359.

Maritime Belge Transports¹⁸⁷ oder Coca-Cola¹⁸⁸, werden jeweils nur bruchstückhafte Ansatzpunkte aufgeführt, die für die Entwicklung eines ökonomischeren Ansatzes auf europäischer Ebene von Belang sein könnten. Deshalb ist die Entwicklung eines eher ökonomischen Ansatzes für das Missbrauchsrecht ein langwieriger Prozess. Die EK hat erst mit der Veröffentlichung des Diskussionspapiers zur Anwendung von Art 82 EGV (mittlerweile Art 102 AEUV) auf Missbrauchsfälle im Jahr 2005 die Initiative zu einem ökonomischen Ansatz ergriffen¹⁸⁹. Aus dem Diskussionspapier ist mMn jedoch nicht zu erkennen, was die EK von einem wirkungsorientierten Ansatz in Fällen nach dem heutigen Art 102 AEUV erwartet. Wesentlich an dem Diskussionspapier war jedoch die Eingrenzung des Schutzziels der Missbrauchskontrolle, die das Verbraucherwohl zum zentralen Schutzzweck der Missbrauchskontrolle erklärte¹⁹⁰. Vor diesem Hintergrund kann vermutlich eine positive Auswirkung auf das Verbraucherwohl im Rahmen von Durchsetzungsprioritäten auch ein problematisches Verhalten der Unternehmen rechtfertigen, da es zu Effizienzgewinnen zugunsten der Verbraucher führen kann, was abermals im Einzelfall zu prüfen wäre. Weiterhin sollte auch geprüft werden, wie sich dies auf die Auswahl der Produkte auf dem Markt oder den Schutz der Privatsphäre niederschlägt¹⁹¹. Punktuell wird gefordert, Überlegungen wie Nachhaltigkeit und Naturschutz als Wohlfahrtseffekte zu beachten¹⁹². Im Bereich des Datenschutzes hat die EK hier bereits eine ähnliche Entwicklung angedeutet¹⁹³. Hintergrund für diesen Ansatz der Reform innerhalb der damaligen Wettbewerbspolitik war, dass der Wettbewerb primär der Freiheitsfunktion Rechnung zu tragen hatte und im Rahmen des regelorientierten Wettbewerbsrechts wurden wettbewerbschädliche Sachverhalte per se verboten worden sind¹⁹⁴. Mit der verstärkten wirtschaftlichen und rechtlichen Integration verschärfte sich der Konflikt zwischen den beiden unterschiedlichen Wettbewerbsauffassungen von USA und Europa. Während das Kartellfälle in Europa vor dem Hintergrund eines systemischen Wettbewerbsverständnisses gesehen wird, orientierten sich die Wettbewerbsbehörden in den USA an einem wirkungsorientierten Wettbewerbsverständnis,

¹⁸⁷ EuGH, 16.03.2000, verb Rsn C-395/96 P u C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports - Kommission, Slg 2000, I-1365.

¹⁸⁸ EuGH, 22.03.2000, T-125/97 und T-127/97, Coca Cola - Kommission, Slg 2000, II-1733.

¹⁸⁹ EK, Diskussionspapier über Marktmissbräuche, MEMO/05/486, 19.12.2005, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_05_486 (abgefragt am 04.03.2023).

¹⁹⁰ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Rz 54 ff.

¹⁹¹ *Graef*, Blurring boundaries of consumer Welfare: Towards a Holistic Approach? Tilburg University 2018, 4.

¹⁹² *Gerbrandy*, Competition Law and sustainable development, An enquiry by legal essay, Utrecht University Working Paper 2012, 11 ff, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2398962 (abgefragt am 07.04.2023)

¹⁹³ Vgl *Graef/ Clifford/Valcke*, International Data Privacy Law 2018, 200, 213 ff.

¹⁹⁴ *Kerber*, Dynamischer Wettbewerb, 17 ff.

nämlich dem effizienzorientierten Wettbewerbskonzept der "Chicago School"¹⁹⁵. Die europäische Wettbewerbspolitik ist daher nicht nur in inhaltlicher, sondern auch in methodischer Hinsicht an die amerikanische Wettbewerbspolitik anzupassen¹⁹⁶. Als Kernelement wurde "Effizienz" genannt. Folglich wurde auch das traditionelle Zielmodell im Rahmen des "more economic approach" überdacht. Der Wettbewerb zielt nicht mehr darauf ab, die Freiheit der Marktteilnehmer im Wettbewerb zu garantieren, sondern vielmehr auf die Steigerung der theoretischen Effizienz, meist verstanden als Wohlfahrt der Verbraucher¹⁹⁷.

7.3.1.1 Kritische Beurteilung des „More Economic approach“ in Art 102 AEUV

Das Prinzip der Rechtssicherheit ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips und hat die Aufgabe, die Durchführung des Gesetzes zu sichern¹⁹⁸. Demzufolge ist auch das Wettbewerbsrecht dem Grundsatz verpflichtet. So wird ein Unternehmen, das mit großer Rechtsunsicherheit konfrontiert ist, offensichtlich nicht bzw weniger in Forschung und Entwicklung investieren, solange es nicht weiß, ob sein Verhalten mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar ist oder nicht. Das schränkt wiederum die Innovationskraft am Markt insgesamt ein. Der formalistische Ansatz, den die EK vertreten hat, wurde hauptsächlich von den Unternehmen selbst mitgetragen, da weil sie einschätzen konnten, welche Verhaltensweisen zulässig und welche verboten sind¹⁹⁹. Die zur detaillierten Begutachtung der europäischen Missbrauchsaufsicht aufgeführten Kriterien müssen somit so definiert sein, dass ein Unternehmer ex ante zumindest erkennen kann, inwieweit das Verhalten erlaubt oder verboten ist²⁰⁰. IdZ soll nicht außer Acht gelassen werden, dass ein dichteres Regelwerk keinesfalls eine vollständige Sicherheit garantieren kann²⁰¹. Das liegt daran, dass Missbrauchsfälle sehr vielschichtig sind und andererseits der Markt immer wieder neue Wirtschaftsmodelle entwickelt, denen das Recht entsprechen muss²⁰². Gleichwohl stellt der ökonomische Ansatz im Rahmen der Missbrauchskontrolle des Art 102 AEUV für Unternehmen eine gewisse Rechtsunsicherheit dar, zumal sie in den hypothetischen Wirtschaftsmodellen keinen klaren Rahmen vorfinden können²⁰³. Die Einbeziehung ökonomischer Modelle und Bewertungen scheint ein praktikabler

¹⁹⁵ Vgl Meier, Ein "More Realistic Approach?", Mohr Siebeck, Tübingen 2021, 199.

¹⁹⁶ Witt, The More Economic Approach to EU Antitrust Law, Oxford 2016, 239 ff.

¹⁹⁷ Schmidt, More Economic Approach to European Competition Law, 4.

¹⁹⁸ Pelka, Rechtssicherheit im europäischen Kartellverfahren?: VO 1/2003 (2009) 106.

¹⁹⁹ Hellwig, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wirtschaftspolitik, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Oktober 2007, 10, http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2007_19online.pdf (abgefragt am 04.03.2023).

²⁰⁰ Dreher, WuW 2008, 23, 25.

²⁰¹ Bechtold, GRUR 2012, 107, 111.

²⁰² Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch², Mohr Siebeck Tübingen 2012, 656.

²⁰³ Dreher/Adam, ZWeR 2006, 273.

Ansatz zu sein, könnte sich aber für Wettbewerbsbehörden und Gerichte als kaum anwendbar erweisen. IdZ würde ein rein wirkungsorientierter Ansatz den Behörden und Gerichten ermöglichen, das Verhalten allein auf der Grundlage des Einzelfalls zu überprüfen. Gesetzliche Beurteilungskriterien berücksichtigen dagegen nicht die konkreten Auswirkungen auf einzelne Marktteilnehmer, indem es als ausreichend angesehen wird, den Wettbewerb durch missbräuchliches Verhalten zu beschränken. Es genügt, dass der Wettbewerb durch missbräuchliches Verhalten beeinträchtigt wird oder dass eine solche Wirkung möglich wäre²⁰⁴. Insb wäre es zweifelhaft, wenn ein Wettbewerbsnachteil an sich als Indiz für eine Marktbeherrschung herangezogen werden könnte²⁰⁵.

7.3.1.2 *Transparenzzweck des Wettbewerbsverfahrens*

Wie bereits erwähnt sind Maßnahmen so lange gerechtfertigt, bis sie den Leistungswettbewerb beeinträchtigen. Deshalb muss gerade der Wettbewerb gesichert werden, bei dem die Unternehmen versuchen, die Mitbewerber durch bessere Leistungen wie höhere Produktqualität oder ansprechende Dienstleistungen zu übertrumpfen. Demgegenüber steht naturgemäß der Verdrängungswettbewerb, bei dem Wettbewerber durch unlautere Praktiken ausgeschaltet werden. IdZ bedeutet jede wirtschaftliche Aktivität eines marktbeherrschenden Unternehmens einen konkurrierenden Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern und damit eine verhältnismäßige Schwächung ihrer wirtschaftlichen Position und mE damit auch ihrer Wettbewerbsmöglichkeiten. Infolgedessen kann dieser Wettbewerb auch dazu führen, dass sich andere Marktteilnehmer gezwungen sehen, den Markt zu verlassen. Diese Folgen des Wettbewerbs durch ein möglicherweise effizienteres Unternehmen sind allerdings in der Natur des Wettbewerbs selbst begründet. Der Wettbewerb dient bekanntermaßen den nachhaltigen Verbraucherinteressen und nicht denjenigen der einzelnen Marktteilnehmer, die um die Verbraucher konkurrieren²⁰⁶. Andernfalls wäre es mAn ineffizient, den Konkurrenten den Schutz vor dem Wettbewerb durch das marktbeherrschende Unternehmen im Wettbewerbsrecht im Allgemeinen und Art 102 AEUV im Besonderen zu bieten. Auch die europäische Rsp vertritt diese Position, in dem es feststellt, dass es weder das Ziel von Art 102 AEUV ist, weniger leistungsstarke Unternehmen am Markt halten zu können, noch Unternehmen daran zu hindern eine Marktbeherrschung einzunehmen²⁰⁷. Demnach sind

²⁰⁴ Hellwig, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung, 18.

²⁰⁵ Dreher/Adam, ZWeR 206, 264f.

²⁰⁶ Lewisch in: Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 102 AEUV, Rz 94.

²⁰⁷ EuGH, 06.09.2017 C-413/14 P, Intel, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 133; EuGH, 27.03.2012, C-209/10, Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 21 ff.

entsprechende Effekte, die auf Verdrängungen der Konkurrenz abzielen, per se nicht zu beanstanden. Gem Art 102 AEUV ist es in dieser Hinsicht einem Marktbeherrscher untersagt, die Voraussetzungen, unter denen andere Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen können, in hinderlicher Weise zu verfälschen, sofern dies bei einer Gesamtbetrachtung zu einer Beeinträchtigung des Konsumentenwohls führen könnte. In dieser Hinsicht gewährleistet Art. 102 AEUV, iSd Verbraucherwohls, die Transparenz des Wettbewerbsprozesses und ist somit ein gemeinsames Ziel von Kartell- und Lauterkeitsrecht. Jedoch schützt Art 102 AEUV keine konkret bestehende Marktstruktur oder einzelne Wettbewerber an sich.

7.3.2 Zeitgemäße kartellrechtliche Aussagen

Der more-economic-Approach steht, wie bereits oben erwähnt, für eine wirkungsorientierte Anwendung des Kartellrechts, die ihre Eingriffe vor allem am Maßstab des Verbraucherwohls orientiert. Treffend lässt sich zusammen fassen: "Der Schutz des Wettbewerbs ist nur Mittel zum Zweck. Veränderungen der Marktstruktur oder die Form einer Wettbewerbshandlung sind also nur insoweit von Bedeutung als mit ihnen mittelbar Aussagen über die Folgen für die Verbraucher verbunden werden können"²⁰⁸. Der EuGH hat die wohlfahrtsökonomischen Ansätze der EK nur zögerlich aufgegriffen und hat bis heute keinen Fall entschieden, in dem es vorgebrachte Effizienzgewinne von der EK anerkannt lassen hat. Er hat insb dem Konzept der wettbewerbswidrigen Marktabschottung kritisch gegenübergestanden und den Nachweis einer Verbraucherschädigung als notwendiges Kriterium für ein wettbewerbswidriges Verhalten mehrfach verworfen²⁰⁹. Er hat jedoch das Element des Verbraucherwohls in engen Bereichen für die Auslegung des Sachverhalts herangezogen, bspw im Kontext der Preis-Kosten-Schere²¹⁰. Der EuGH hat sich also insgesamt eher an eine herkömmliche Rechtsprechungslinie gehalten. Folgende Gründe sind mE dafür zu nennen: Die Effizienzgewinne waren bisher entweder nicht ausreichend, um die Wettbewerbsbeschränkungen zu überwiegen, oder sie wurden nicht hinreichend nachgewiesen²¹¹. Zur Erbringung eines solchen Nachweises werden daher unter der Voraussetzung einer wirkungsorientierten Interpretation des Kartellrechts alle

²⁰⁸ *Albers*, Der „more economic approach“ bei Verdrängungsmissbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, nachträglich angefertigte, leicht veränderte und um Fußnoten ergänzte Fassung eines Vortrags anlässlich des Hamburger Kartellrechtssymposiums 2006, 523.

²⁰⁹ EuGH, 15.03.2007, C-95/04, Rz 106 – British Airways; EuGH, 06.10.2009, C-501/06, C-513/06, C-515/06 und C-519/06, Rz 62 ff. – GlaxoSmithKline.

²¹⁰ *Huttenlauch/Lübbig* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Art.102 AEUV, Rz 16

²¹¹ *Lademann* in: Bechthold/Jickeli/Rohe (Hrsg), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, 385, https://www.lademann-associates.de/images/docs/Lademann_-_Festschrift_Moeschel_2011_-_Seiten_381-394.pdf (abgefragt am 08.04.2023).

Kategorien von empirischen Aussagen gebraucht²¹². Zur Feststellung eines Konditionenmissbrauchs auf der Grundlage von Wirkungen ist es notwendig, bspw., die Ausbeutungs-, Verdrängungs- oder Marktabschottungswirkung von Konditionenbestandteilen zu ermitteln. Dies liegt offenbar daran, dass Begriffe wie "Marktmacht", "Wettbewerbsbeschränkung" oder "Beschränkung" in der Wettbewerbspraxis nicht ohne Weiteres direkt beobachtbar sind²¹³. Während die Wahrheit von fallrelevanten tatsächlichen Aussagen recht einfach zu überprüfen ist, ist dies bei Aussagen oder Prognosen offensichtlich unverhältnismäßig schwieriger. Die Aufgabe der Wettbewerbsökonomie ist nicht nur zu entscheiden, welche Tatsachen eintreten werden, sondern auch verlässlich abzuschätzen, ob und wie lange sie fortbestehen werden.

Andererseits kann diskutiert werden, inwieweit der Ermessensspielraum des Gesetzgebers auszugestalten ist. Dies ist insb. darauf begründet, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der jeweiligen "rule of reason" einen großen Handlungsspielraum hat²¹⁴. Es bleibt jedoch fraglich, ob dieser neue, ökonomischere Ansatz tatsächlich zu mehr Effizienz in der Wettbewerbspolitik führen wird, denn es besteht die Gefahr, dass die angestrebte Einzelfallorientierung (rule of reason) zu einer Verringerung der Rechtssicherheit und damit zu Ineffizienzen in der europäischen Wettbewerbspolitik führen wird²¹⁵. Grund für diese Annahme ist die Tatsache, dass durch die Einzelfallgerechtigkeit eine Verstärkung der rule of reason folgt und dadurch zahlreiche per-se Regeln entstehen könnten²¹⁶. Neben Ansätzen, bei denen Handlungsspielräume bevorzugt werden, überwiegen Ansätze, bei denen sog. "optimally differentiated rules" vorgeschlagen werden, die Wettbewerbsregeln nicht starr und pauschal als betrachten. Vielmehr soll der optimale Differenzierungsgrad der einzelnen Wettbewerbsregeln durch eine ökonomische Kosten-Nutzen-Analyse festgelegt werden²¹⁷. Unterschiedlichkeiten gibt es schließlich auch in Bezug auf das Effizienzziel. Einerseits gibt es eine Mehrheit von Ökonomen, die generell eine ausschließliche Orientierung des "more economic approach" am Effizienzkriterium befürworten²¹⁸. Andererseits gibt es va. Juristen, die

²¹² *Lademann* in: Bechthold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb*, 385.

²¹³ *Lademann* in: Bechthold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb*, 386.

²¹⁴ *Schmidtchen*, *More Economic Approach*, 22.

²¹⁵ *Schmidt*, *Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht*, *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, 06/10, 2006, 2, <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/41860> (abgefragt am 15.05.2023).

²¹⁶ Vgl. *Schmidt*, *Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? 2006*, 2.

²¹⁷ Vgl. *Christiansen/Kerber*, *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of „Per Se vs. Rule of Reason“* in: *Journal of Competition Law & Economics*, 2006, 215.

²¹⁸ *Parret*, *The Multiple Personalities of EU Competition Law – Time for a Comprehensive Debate on its Objectives* in: *Zimmer (Hrsg.), The Goals of Competition Law*, Cheltenham/Northampton 2010, 76.

eine Orientierung am Effizienzkriterium zwar ebenfalls befürworten, eine exklusive Orientierung jedoch ablehnen, vielmehr sollten auch sonstige Ziele berücksichtigt werden²¹⁹. Weiters ist zu festzuhalten, dass es anscheinend bisweilen an der ungenügenden Mess- und Vorhersehbarkeit der Markteffekte scheiterte, diesen Ansatz bis heute justiziabel einzusetzen. Darüber hinaus, ist eine eingeschränkte Betrachtungsweise der Effizienzwirkungen mE kritisch zu betrachten. IdZ ist die potentielle Zulässigkeit langfristiger Wohlfahrtseffekte zwar sinnvoll, jedoch keineswegs Begründung genug, um den unverfälschten Wettbewerb folglich nicht mehr zu schützen²²⁰. Somit erscheint eine derartige Beschränkung der Schutzziele mit dem geltenden unionsrechtlichen Missbrauchsverbot nicht vereinbar²²¹.

Inwieweit der "more economic approach" die europäische Wettbewerbspolitik letztendlich tiefgreifend und nachhaltig geprägt hat, ist mEn schwer abschließend zu beurteilen. Die einschlägige Literatur und die Rsp des Europäischen Gerichtshofs lassen insgesamt keine klaren Ergebnisse erkennen²²². Das wohlfahrtsökonomische Kriterium des Verbraucherwohls hat als Tatbestandsmerkmal im geltenden EU-Wettbewerbsrecht keine Normgrundlage. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass die EK nach wie vor in der Pflicht steht, in erster Linie den Wettbewerbsprozess und die ausreichende Offenheit der Marktstrukturen zu sichern und den Wettbewerbsprozess als Schutzziel weiterhin verfolgt. Die Förderung des Verbraucherwohls ist dann die logische Konsequenz dieses Wettbewerbsschutzes, aber fungiert nicht als alleiniges Tatbestandsmerkmal. Lediglich Art 169 AEUV liefert einen vorsichtigen Einblick in die europäische Zielsetzung, den Verbraucherschutz zu modernisieren und in den Fokus zu rücken²²³. IdZ liefert die EU einen „Beitrag“ zur Erreichung dieser Verbraucherschutzziele. Das alles hindert die EK natürlich nicht daran, quantitative Methoden der modernen Industrieökonomie und Ökonometrie bei der Analyse konkreter Einzelfälle anzuwenden²²⁴. Demzufolge ist mE gegen einen „more economic approach“ in dieser Art und Weise nichts entgegen zu wenden.

²¹⁹ *Kirchner*, Goals of Antitrust and Competition Law Revisited in: Schmidtchen/Albert/Voigt (Hrsg), The More Economic Approach to European Competition Law, Tübingen 2007, 8.

²²⁰ Vgl *Roth*, Der ebenso effiziente Wettbewerber“, Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht am Beispiel des Behinderungsmissbrauches, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich 2016, 82 ff, <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/150585/1/20183326.pdf> (abgefragt am 16.05.2023).

²²¹ *Roth*, Der ebenso effiziente Wettbewerber“, 107.

²²² Vgl Meier, 56 f.

²²³ Vgl Art 169 AEUV.

²²⁴ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie – Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 2006.

8 Kausalitätserfordernis

Hauptzweck des Kausalitätserfordernisses ist es, den Bezug zum Markt und damit zum Kartellrecht herzustellen²²⁵. Das zu beanstandende Verhalten muss daher typischerweise den Wettbewerb oder die Marktgegenseite maßgeblich beeinträchtigen. Insofern basiert die gesamte Diskussion, welche Normen genau als relevant für den Missbrauch infrage kommen, letztlich auf der Frage der Kausalität.

Inwieweit ob ein Kausalzusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten zwingend erforderlich ist, wird in der Literatur und Rechtsprechung mE, im Allgemeinen, uneinheitlich beantwortet.

8.1 Kausalität als Grundpfeiler des Wettbewerbes

Das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen der Wettbewerbsbeeinträchtigung und dem fraglichen Verhalten manifestiert den Kartellrechtsverstoß gewissermaßen im Wettbewerb und damit im Anwendungsbereich des Kartellrechts²²⁶.

Bei der Berücksichtigung von missbräuchlichen Verstößen zeigt sich ein zusätzliches Hindernis, denn Verstöße gegen das Datenschutzrecht sind offensichtlich untersagt und werden demnach auch datenschutzrechtlich sanktioniert. Dies führt zu dem Schluss, dass eine Sanktionierung von Datenschutzrechtsverstößen im Wettbewerbsrecht mEn nur dann nachhaltig wirksam ist, wenn diese Berücksichtigung von Datenschutzrechtsverstößen letztlich auch konkreten kartellrechtlichen Anforderungen gerecht wird²²⁷. Der Kausalitätszusammenhang löst letztendlich die Problematik auf, dass neben der marktbeherrschenden Stellung noch zusätzliche Aspekte hinzukommen müssten, um entsprechend eine Verurteilung zu erfassen²²⁸.

Ein marktbeherrschendes Unternehmen hat idZ eine besondere Verantwortung für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs, weil es selbst kausal für dessen Schwächung verantwortlich ist²²⁹. Für die Annahme eines Konditionenmissbrauchs bspw, was im Folgenden

²²⁵ *Barth*, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, 94.

²²⁶ *Barth*, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, Der Fall Facebook vor dem Bundeskartellamt, Nomos Verlags Gesellschaft, Baden-Baden 2020, 106.

²²⁷ Vgl dazu auch *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 255.

²²⁸ *Nuys*, WuW 2016, 512 (518).

²²⁹ *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), § 19 Rn 25; *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 25.

noch ausführlicher betrachtet wird, sind neben der vorrangigen Zurechnung der Marktbeherrschung auch wettbewerbsmissbräuchliche Bedingungen und zumindest eine Quantifizierung der Wettbewerbsbeschränkung entscheidend²³⁰.

8.1.1 Grundsätzliches zum Kausalitätserfordernis

Der Meinungsstand zum Kausalitätserfordernis zwischen Marktmacht und dessen Missbrauch wird nicht einheitlich beurteilt, wodurch es generell zu unterschiedlichen Meinungen unter Ökonomen, Rechtsexperten und Regulierungsbehörden zu diesem Thema kommt. In Bezug zu der kausalen Beziehung kann grundsätzlich unterschieden werden zwischen der strengen Kausalität, bei welcher dem Unternehmen die Verhaltensweise nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung möglich ist, und der normativen Kausalität (auch Ergebniskausalität genannt). Prinzipiell wird auf EU-Ebene von unterschiedlichen Auffassungen ausgegangen und zwar ob ein Kausalzusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung eines Unternehmens und seinem missbräuchlichen Verhalten letztendlich bestehen muss. Die Mehrheit innerhalb der recherchierten Literatur, vertritt die Auffassung, dass es keinen Kausalzusammenhang zwischen Marktmacht und missbräuchlichem Verhalten geben muss²³¹. Dieser Standpunkt stützte sich hauptsächlich auf die damalige Rsp des EuGH. Ihr zufolge war die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen der beherrschenden Stellung und dem Missbrauch nicht relevant²³². Jedoch wird mittlerweile im Rahmen einer differenzierten Betrachtung, ein Kausalzusammenhang zwischen der Marktmacht eines Unternehmens und dem Missbrauch als erforderlich angesehen. Es müsse ein Zusammenhang in dem Sinne bestehen, dass die Beeinträchtigung durch das unternehmerische Verhalten gerade aus der marktbeherrschenden Stellung erfolge²³³. Andererseits könnte es auch ausreichend sein, wenn das Verhalten nur eine nachteilige Wirkung auf marktbeherrschende Unternehmen hat²³⁴. Demzufolge hält diese Auffassung das Vorliegen einer normativen Kausalität in jedem Fall für erforderlich. Dies gilt insb für missbräuchliche Handlungen, die weniger an der Handlung selbst als an der unerwünschten Wirkung anknüpfen²³⁵. Zur Stützung dieser Auffassung wird insb auf den Wortlaut des Art 102 AEUV

²³⁰ *Eilmansberger/Bien* in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg), Art. 102 Rn 145.

²³¹ *Jung* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art 102 AEUV Rz 12.

²³² Vgl EuGH, 21.02.1973, Slg. 1973, 00215, Rs. 6/72 – Continental Can, Company Inc, Tz. 27; EuGH, 13.02.1997, Slg.1979, 00461, Rs.85/76 – Hoffmann-La-Roche, Tz. 91.

²³³ *Eilmansberger/Kruis* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rz 56.

²³⁴ *Eilmansberger/Kruis* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rz 57.

²³⁵ *Eilmansberger/Bien*, MüKo zum EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV Rz 136.

verwiesen, wonach explizit eine "missbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung"²³⁶ erforderlich ist.

Eine gänzliche Ablehnung jeglicher Form eines Kausalzusammenhangs zwischen Marktbeherrschung und missbräuchlichem Verhalten, ist mE jedoch nicht überzeugend. Die prinzipielle Ablehnung des Kausalitätserfordernisses beruht auf einem zu engen Verständnis des Begriffs der Kausalität²³⁷.

8.1.2 Nationale und europäische Stellungnahme

Das BKartA geht davon aus, dass der von ihm festgestellte Verstoß gegen den Datenschutz und dessen Bestimmungen, bereits die für die Annahme eines Marktmachtmissbrauchs erforderliche Kausalität aufweist²³⁸. In der Rechtsebene setzt das Verbot des Marktmachtmissbrauchs jedoch eine Auswirkung des Verhaltens voraus, indem es auf dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung gründet. Hierbei verweist sie auf die Rechtsprechung des BGH in den Fällen VBL Gegenwert und Pechstein²³⁹, wonach gesetzliche Normen bei der Prüfung von Konditionenmissbräuchen nach Art 19 Abs 1 dGWB zu berücksichtigen waren²⁴⁰. Die Anforderung des Kausalzusammenhangs ergibt sich im Kern aus der Formulierung des Art 19 dGWB. Der Wortsinn des Begriffs "Ausbeutung" gem Art 19 Abs 1 dGWB, weist auf das Erfordernis eines kausalen Zusammenhangs zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch hin²⁴¹. Gegen diese gesetzlichen Vorgaben können widersprechende Konditionen gegen das Missbrauchsverbot verstoßen, wenn ihre Konditionen das Ergebnis und somit Ausfluss von Marktmacht sind. Das BKartA interpretiert dieses Erfordernis indem eine strenge Kausalität, nicht erforderlich sei, welche besagt, dass die Marktmacht Auslöser für das Verhalten sei.

Eine gegensätzliche Annahme traf der EuGH in der Entscheidung „Continental Can“, in dem der Kausalzusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten für die Anwendung des Missbrauchsverbots, als unerheblich erannt worden ist²⁴². Der EuGH hat dies in der Entscheidung „Hoffmann La Roche“ ausdrücklich anerkannt und hinzugefügt, dass der Missbrauchstatbestand iSv Art 102 AEUV

²³⁶ *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, 258.

²³⁷ *Eilmansberger/Bien*, MüKo zum EU-Wettbewerbsrecht, Art.102 AEUV Rz 133.

²³⁸ *Körber*, Facebook-Entscheidung, NZKart 4/2019, 189; BKartA, B6-22/16, Rz 158.

²³⁹ BGH, 06.11.2013 - KZR 58/11 - VBL Gegenwert und Pechstein.

²⁴⁰ Vgl BKartA, Fallbericht, 15.02.2019, 8,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (abgefragt 22.03.2023).

²⁴¹ *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht, § 19 Rz 14.

²⁴² EuGH, 21.02.1973, Rs. 6/72, Rn. 27 – Continental Can.

ein objektiver Begriff ist, welcher jegliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens abdecken sollte, also auch die datenschutzrelevanten Verbote, die die Marktstruktur beeinträchtigen könnten iSv Marktstrukturmissbrauch²⁴³.

Es genügt vielmehr eine normative Ergebniskausalität und somit ein allgemein gehaltener Zusammenhang, das heißt, dass das Verhalten durch die Marktbeherrschung eine letztlich wettbewerbswidrige Wirkung entfaltet²⁴⁴.

8.1.3 Anwendung in Art 102 AEUV

Für das europäische Kartellrecht galt bisher die überwiegende Auffassung, dass in Art 102 AEUV grundsätzlich keine Kausalität vorausgesetzt wird²⁴⁵. Demnach ist die Marktbeherrschung nur eine materielle Voraussetzung für die Gültigkeit des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots²⁴⁶. Somit ist weder erforderlich, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung als Mittel zum Zweck einsetzt, der vertraglich nicht zugelassen ist, noch, dass der Erfolg kausal auf die marktbeherrschende Stellung rückführbar ist²⁴⁷. Der missbräuchliche Charakter des Verhaltens kann scheinbar durch die besondere Verantwortlichkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens gedeckt sein und steht in einem zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit der marktbeherrschenden Stellung. Berechtigte Hinweise zu dieser Annahme geben die bereits erwähnten Entscheidungen des EuGH in *Continental Can* und *Hoffmann-La Roche*. So heißt es in *Continental Can*, dass es „bei diesem Sinn und der Tragweite des Art 86 EGV [Art 102 AEUV] [...] auf die von den Klägerinnen aufgeworfene Frage des ursächlichen Zusammenhangs, der nach ihrer Ansicht zwischen der beherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Ausnutzung bestehen muss, nicht an[kommt], denn die Verstärkung der Stellung eines Unternehmens kann ohne Rücksicht darauf, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden ist, missbräuchlich und nach Art 86 des Vertrages verboten sein, sofern sie die vorstehend beschriebenen Wirkungen hervorruft.“²⁴⁸. Jedoch ist schon die für die Überprüfung des Als-ob-Wettbewerbs anzuwendende Vergleichsmarkttheorie, das von einer Abhängigkeit der Verhältnisse vom wettbewerblich organisierten Vergleichsmarkt ausgeht, Hinweis genug, dass diese Abweichung

²⁴³ EuGH, 13.02.1979, Rs. C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91 – *Hoffmann-La Roche*.

²⁴⁴ *de Bronetti* in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 22, Rn 128.

²⁴⁵ *Bulst* in Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, Art 102 AEUV, Rn 134; *Jung* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art 102AEUV Rn 129/135.

²⁴⁶ *Schröter/Bartl* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV Rz 26.

²⁴⁷ *Schröter/Bartl* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV Rz 26.

²⁴⁸ EuGH, 21.03.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rn 27 – *Continental Can*.

gerade durch die Marktbeherrschung entsteht²⁴⁹. Somit wird bei anderen Ansichten in der Literatur hingegen mit dem Wortlaut von Art 102 AEUV argumentiert, der nicht das missbräuchliche Verhalten marktbeherrschender Unternehmen an sich verbietet, sondern lediglich die entsprechende Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung²⁵⁰. Demzufolge hat der EuGH vor einiger Zeit in der „Tetra-Pak“ Rsp bereits formuliert: „Es trifft zu, daß die Anwendung von Art. 86 einen Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem angeblich mißbräuchlichen Verhalten voraussetzt, [...]“²⁵¹. Dies ist mE schlüssig, da der Wortlaut von Art 102 AEUV bereits klare Anforderungen an den Kausalzusammenhang stellt. Der Grund dafür ist der für die Erfüllung des Erfordernisses, erforderliche Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung. Ferner ist offensichtlich bekannt, dass der Zweck der Norm darin besteht, Verfälschungen am Markt mit marktbeherrschenden Unternehmen zu unterbinden, sodass unmissverständlich eine Verbindung zwischen Marktbeherrschenden und Missbrauchstatbestand bestehen muss.

9 Freiwilligkeit der Einwilligung als Schnittstelle

Die Persönlichkeitsrechte, die sich aus dem Datenschutzrecht ableiten, können nicht rechtlich transferiert werden. Allerdings ist eine faktische Übertragung der zugewiesenen Berechtigungen möglich. Das Werkzeug dafür ist die datenschutzrechtliche Einwilligung, die im Kapitel zuvor durch die besondere Rolle bereits angedeutet worden ist. Durch die Abhängigkeit ihrer Erteilung von einer Gegenleistung kann es ein Instrument bilden, welches die Betroffenen befähigt, Verträge über die Verarbeitung der sie betreffenden Daten einzugehen und diese personenbezogenen Daten damit wirtschaftlich zu verwenden²⁵². Heute versteht man Art 16 ABGB als Sitz eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. In der österreichischen Rechtsgrundlage des DSG wurden grundsätzlich strengere Regelungen eingeführt, sodass eine Einwilligung gem Art 4 Z 14 primär „ohne Zwang“²⁵³ abgegeben

²⁴⁹ *Kling* in: *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 6 Art. 102 AEUV, Rz 90.

²⁵⁰ *Eilmansberger/Kruis* in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn 56.

²⁵¹ EuGH, 14.11.1996, Slg. 1996, I-05951, Rs. C-333/94 P – Tetra Pak, Tz. 27.

²⁵² *Zech*, Information als Schutzgegenstand, Mohr Siebeck 2012, 216; *Unsel*, Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, Utzverlag 2010, 104.

²⁵³ Vgl. Datenschutzgesetz (DSG), BGBl. I Nr. 165/1999.

werden und darüber hinaus auf freiwilliger Basis erfolgen muss, um rechtswirksam zu werden. Der Begriff "Freiwilligkeit" ist jedoch in der DSGVO nicht genau festgelegt. Insb Art 7 Abs 4 der DSGVO sowie die ErwGr 32, 42 und 43 der DSGVO sehen allerdings verschiedene negative Voraussetzungen vor, die zu einem Wegfall der Freiwilligkeit führen können²⁵⁴. Daraus lassen sich grundlegende Bestimmungen ableiten²⁵⁵, die eine zwanghafte Einwilligung kategorisieren können.

Nach dem Datenschutzgesetz besteht ein Widerspruch zwischen der Einwilligung des Nutzers als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und der Einräumung von Rechten, die in gewisser Weise als Einschränkung dieses Rechts eingestuft werden können. Durch das Akzeptieren der Nutzungskonditionen wird ein regulärer Nutzungsvertrag mit Facebook geschlossen. Daraus ergeben sich für den Nutzer Rechte und insb Pflichten (Übermittlung und Verwendung von personenbezogenen Daten). Eine Einwilligung lässt sich daher als eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung einordnen²⁵⁶.

Im Folgenden wird auf das Koppelungsverbot an einen Vertragsabschluss, vorherrschende Machtungleichgewichte, Zweckbindung und Erläuterungen für die Relevanz der Einwilligung im Wettbewerbsrecht eingegangen.

9.1 Koppelungsverbot

Das Koppelungsverbot hat eine zentrale Rolle in der DSGVO und will ua die freiwillige Einwilligung des Nutzers sicherstellen. Bei kostenfreien Diensten verknüpfen die Diensteanbieter ihr Angebot in der Regel mit der Einwilligung in die kommerzielle Nutzung der Daten des Nutzers, weshalb Art 7 Abs 4 der DSGVO für diese Geschäftsmodelle besonders relevant ist.

9.1.1 Regelungsinhalt

So ist zunächst der Regelungsgehalt der Norm umstritten, etwa, ob es sich um ein generelles Verbot der Kopplung von Einwilligung und Vertragsschluss handelt oder ob die Zulässigkeit einer solchen Ausgestaltung lediglich limitiert ist. Der Gesetzgeber hat bei der Beurteilung der Freiwilligkeit des Betroffenen und dem Umstand, ob sie erforderlich ist, gem Art 7 Abs 4

²⁵⁴ Heckmann/Paschke in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 7 Rn. 50.

²⁵⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259, 6 ff, https://www.datenschutzstelle.li/application/files/3615/3674/7263/wp259rev01_de.pdf.

²⁵⁶ LG Hamburg, 27.08.1982, ZIP 1982, 1313, 1315.

DSGVO, einen größtmöglichen Umfang Rechnung zu tragen. Somit bleibt festzuhalten, dass nicht jeder Vertrag in Kombination mit dessen Einwilligung rechtswidrig ist.

Der Entwurf des Europäischen Parlaments wurde insgesamt etwas strenger gefasst. So schlug es vor, dass die Zustimmung zu einem Vertrag, die für die Erfüllung nicht erforderlich ist, auch nicht für den Vertragsschluss notwendig sein sollte. Hierüber konnte keine Einigung erzielt werden. Dennoch wurde die strengere Formulierung in den Erwägungsgründen beibehalten und damit nicht vollständig aufgegeben²⁵⁷. Demnach gilt gem ErwGr 43 DSGVO die Einwilligung nicht freiwillig, wenn die Erfüllung des Vertrags von der Einwilligung abhängig gemacht wird²⁵⁸. Ferner spricht der Regelungsinhalt dafür, dass die Selbstbestimmung des Einzelnen über seine eigenen Daten gem Art 7 Abs 4 der DSGVO gestärkt werden soll²⁵⁹. Somit ist man bereits zu erkennen, dass an die Beurteilung der Freiwilligkeit strenge Anforderungen zu stellen sind. In der Praxis ist man zu sehen, dass sich die Mehrzahl der Nutzer für die Einwilligung und somit für die Verwendung ihrer Daten entscheiden. Im Umkehrschluss wäre jede Einwilligung unwirksam, wenn generell an deren Freiwilligkeit gezweifelt wird, was offensichtlich nicht die Intention der Gesetzgeber sein kann. Die Kommerzialisierung der Daten sollte nicht entzogen werden, wonach die Richtlinie 2019/770 eine entsprechende Bezahlung mit personenbezogenen Daten vorsieht. Das zeigt bereits auf, dass der europäische Gesetzgeber eine Koppelung von Leistung und Daten nicht grundsätzlich ablehnt und somit einen gewissen Spielraum offen hält.

9.1.2 Machtungleichgewicht

Sämtliche Nutzer des Netzwerks haben den einseitig von Facebook auferlegten, Nutzungskonditionen und damit auch den Datenschutzrichtlinien für ihre Mitgliedschaft in dem Netzwerk zuzustimmen, mit Ausnahme der Aussage, dass "Sie den Datenschutzrichtlinien von Facebook zustimmen, indem Sie sich auf die Nutzungskonditionen in ihrer Gesamtheit beziehen"²⁶⁰. Dies scheint als eine Generalzustimmung für die Verwendung personenbezogener Daten zu gelten. Es scheint, dass die Vorteile einer Zugehörigkeit zu dem sozialen Netzwerk Facebook so groß sind, dass Benutzer oft achtlos ihre Daten weitergeben, obwohl die Nutzungskonditionen sehr einseitig zugunsten von Facebook gestaltet sind. Generell im

²⁵⁷ Vgl DSGVO, ErwGr 34, 2.

²⁵⁸ DSGVO, ErwGr 43, 2 Alt. 2.

²⁵⁹ *Krohm/Müller-Peltzer*, Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung, ZD 2017, 551, 553 ff.

²⁶⁰ *Verheijden*, Rechtsverletzungen auf YouTube und Facebook, Eine Analyse der urheberrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Probleme und möglicher Lösungen, Verlag Hamburg 2015, 160.

Digitalmarkt werden Nutzer häufig in die Situation geleitet, in denen sie geringere Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Services haben. Dadurch entsteht die bereits erwähnte „take it or leave it“ Situation, in denen die Nutzer, dazu gedrängt werden, die Website wieder zu verlassen, sobald sie den Datenschutzbestimmungen nicht einwilligen²⁶¹. IdZ ist es mEn der Mehrheit der Nutzer bekannt, dass das jeweilige Unternehmen womöglich missbilligt handeln. Dabei lassen sich bereits kartellrechtliche Wertungen einfließen, indem angenommen wird, dass sowohl das Kriterium des "deutlichen Missverhältnisses" in ErwGr 43 S 1 DSGVO als auch das Kopplungsverbot in Art 7 Abs 4 DSGVO einen Anlaufpunkt für die Berücksichtigung des Kartellrechts bieten²⁶². Vorformulierte und alternativlose Konditionen zur Einwilligung, wie im Fall von Facebook, scheint mittlerweile ein notwendiges Übel zu sein, um gewünschte Leistung zu erhalten. Die Konsequenzen für die betroffene Person sind kaum bemerkbar und werden nicht mit dem wirtschaftlichen Nutzen der Datenverarbeitung in Relation gesetzt.²⁶³ Förderlich für die (wettbewerbswidrige) Macht des sozialen Netzwerks Facebook und gleichzeitig für die wachsende Bedeutung des Grundrechts sind einerseits die begrenzten und eingeschränkten Rechte der Nutzer, am Kernmarkt teilzunehmen und dort agieren zu können, und andererseits die Nutzung personenbezogener Daten durch Facebook auch auf Märkten, die mit dem Hauptmarkt in Zusammenhang stehen. Dies liegt daran, dass Facebook durch die ungehemmte Nutzung der Daten und Informationen der Nutzer über ein erhebliches Machtpotenzial besitzt. Der Umfang und das Ausmaß der Einwilligung der Nutzer in die Nutzungskonditionen ist unübersehbar²⁶⁴. Die daraus resultierende "potenzielle Verfügungsmöglichkeit über individuelle Informationen"²⁶⁵ beinhaltet eine Einschränkung der persönlichen Entfaltung des Nutzers.

9.1.2.1 „Verlockung“ zur Einwilligung als Tor zum Missbrauch

Missbräuchlichkeit kann mEn bereits auch in Bezug auf das Verhalten von Facebook gegenüber seinen Nutzern im Hauptgeschäft gegeben sein, soweit Facebook aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung Nutzer dazu zwingt oder nötigt, die Konditionen des sozialen Netzwerks zu dulden und Eingriffe in ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu

²⁶¹ Scharf, Netidee, Paper Published - Der Fall Facebook (Update); Konditionenmissbrauch wegen unangemessener Datenverarbeitung <https://www.netidee.at/datenmissbrauch-im-kartellrecht/paper-published-der-fall-facebook-update-i> (abgefragt am 16.05.2023).

²⁶² Paal, Marktmacht im Daten(schutz)recht, ZWeR 2020, 215, 229, 237.

²⁶³ Bäcker, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat 2012, 91, 105.

²⁶⁴ Knebel, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in sozialen Netzwerken in: Mittwoch/Klappstein/Botthof et al.: Netzwerke im Privatrecht, 2016, 189, 200 ff.

²⁶⁵ Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann et al., Grundfragen des Datenschutzes, 1971, BT-Drucks. VI/3826, 7.9.1972, 85.

tolerieren. Hierunter sind insb Gruppen zu verstehen, bei denen der soziale Zwang, Mitglied eines sozialen Netzwerks zu sein, sehr ausgeprägt ist. In dieser Situation kann man durchaus von einer Verdrängung durch die Marktgegenseite sprechen²⁶⁶. Die Einwilligung kann als "preisbezogener" oder ähnlich neuartiger Faktor²⁶⁷ angesehen und daher kann diese Situation auch als Missbrauch der Bedingungen von Art 102 S 2 lit a als eine Unterklasse des Ausbeutungsmissbrauchs betrachtet werden. IdZ kann auch davon gesprochen werden, dass die missbräuchliche Nutzung darin liegt, dass Plattformanbieter potenziellen Nutzern, die die Nutzungskonditionen nicht akzeptieren wollen, den Zugriff auf seine Infrastruktur oder zumindest auf infrastrukturähnliche Einrichtungen und Dienste Dritter vorenthält²⁶⁸. Diese Missbrauchssituation belegt den kausalen Zusammenhang zwischen der datenschutzrechtlichen Einwilligung und der wettbewerbsrechtlichen Nutzung der personenbezogenen Daten durch die Plattform. Das "Verführen" von Nutzern, die Nutzungsbedingungen zu bestätigen und damit Facebook als vielfältige Internetplattform zu nutzen, ist mMn als Missbrauch iSv Art 102 Abs 2 AEUV zu werten und wird im weiteren Verlauf der Arbeit näher betrachtet.

9.1.3 Zweckbündelung

Zusätzlich wird als Kriterium zur Freiwilligkeit der Einwilligung die Bündelung von Verarbeitungszwecken aufgeführt. Der entsprechende Textauszug findet sich in ErwGr 43 S 2 wieder. Deswegen sollte die Einwilligung ein Mindestniveau an Präzision aufweisen, sodass der Nutzer die Wahl hat, welchen Zwecken er nachgehen möchte, und nicht einem Bündel von Verarbeitungszwecken zustimmen muss. IdZ ist oftmals die Frage von nationalen Gerichten zu stellen (gem Art 267 AEUV), inwiefern Unternehmen für individualisierte Werbung, eine Einwilligung einholen dürfen²⁶⁹. Dabei wird gebeten Stellung zu nehmen, ob die Willenserklärung zur Prozessführung vom Antragsgegner unter den Rechtsbegriff der "Vertragserfüllung" geschoben werden kann, sodass der wesentlich höhere Schutz, den die Einwilligung dem Kläger bietet, untergraben wird. Der OGH hielt bspw dafür den objektiven Vertragszweck für entscheidend und stellt fest: „Die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für die Vertragserfüllung hängt davon ab, ob ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Datenverarbeitung und dem konkreten Zweck der rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse besteht“²⁷⁰. Die Tatsache, dass die Zwecke der

²⁶⁶ Telle, Konditionenmissbrauch in: WRP 2016, 814, 818 f.

²⁶⁷ Körber, Analoges Kartellrecht für digitale Märkte? in: WuW 2016, 120.

²⁶⁸ Paal, Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht in: GRUR 2013, 880.

²⁶⁹ Ohrtmann, Blogbeitrag PwC Legal Deutschland: Datenschutz & Datenrecht, 02.02.2022, <https://www.pwclegal.de/datenschutz/ausblick-datenschutz-datenrecht-2022/> (abgefragt am 22.03.2023).

²⁷⁰ OGH, 07.12.2020, 6Ob 56/12k, Rz 60.

Verarbeitung durch vom Anbieter formulierte Vertragsklauseln abgedeckt sind, bedeutet nicht automatisch, dass die Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrags erforderlich ist²⁷¹. Demgegenüber steht jedoch die Bedingung in ErwGr 32 S 4 und 5 der DSGVO, wonach mehrere Verarbeitungen in einer Einwilligungserklärung zusammengefasst werden sollten, wenn sie demselben Zweck folgen. Gleichwohl sollte dies offensichtlich nicht dazu führen, dass die Nutzer mit unspezifischen Zwecken konfrontiert werden, weil gem Art 6 Abs 1 DSGVO eine Einwilligung nur rechtswirksam sein kann, wenn diese für einen oder mehrere bestimmte Zwecke erteilt wird. Damit einhergehend wird zusätzlich das Verständnisdefizit aufgeführt, was mit der Komplexität der Daten einhergeht, obwohl der Kontrollverlust der Nutzer minimiert werden sollte²⁷². Der Nutzer ist nicht mehr in der Lage autonome Entscheidungen zu treffen, wenngleich die Gefahr am Verlust der Selbstbestimmung teilweise bekannt ist²⁷³. Grund hierfür ist, dass der Einzelne nicht einsehen kann, inwiefern bestimmte Datenbündelungen auf deren Persönlichkeit auswirken, wenn die Daten für den präsentierten Zweck der Plattformanbieter verwendet werden. Wie bereits erläutert, entsteht durch die ausgeklügelte Verarbeitung von Daten ein nahezu vollständiges Bild des einzelnen Nutzers, dessen zukünftige Nutzung er kaum noch nachvollziehen kann. Eine effektive Einwilligung kann daher nur gegeben werden, wenn die Betroffenen darüber informiert sind, welche ihrer Daten für welchen Zweck verarbeitet werden sollen, der ebenfalls nicht über dessen hinausgehen darf²⁷⁴. Beabsichtigt der für die Verarbeitung Verantwortliche, dieselben Daten auch für einen weiteren Zweck zu verarbeiten, so bedarf dies einer separaten Rechtsgrundlage²⁷⁵. Lediglich in diesem Fall kann davon die Rede sein, dass die betroffene Person in gänzlicher Kenntnis der Sachlage in die Verwendung ihrer Daten einwilligt, denn der Zweck war vor der Abgabe einer Einwilligung eindeutig ersichtlich²⁷⁶. Letzteres wurde bereits exemplarisch am OGH-Beschluss zum Erhalt elektronischer Werbung beurteilt, indem klargestellt wurde, dass dem Nutzer die spezielle Zweckangabe und deren bewerbenden Produkte offengelegt werden muss²⁷⁷. Daher ist es mEn konsequent anzunehmen, dass Nutzer nur einwilligen können, wenn diese auf informierter Basis passiert, sodass erst dann von „echter“ Selbstbestimmung die Rede sein kann. IdZ kann bezweifelt werden inwieweit, Nutzer die entsprechenden Konditionen im vollen Umfang lesen und verstehen möchte.

²⁷¹ Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH, OGH 23.6.2021, 6 Ob 56/21k, Rz. 56.

²⁷² Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, 103 ff.

²⁷³ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, 106 f.

²⁷⁴ DSK 14.9.2001, K120.705/010-DSK/2001.

²⁷⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 259, 14, 21.

²⁷⁶ Vgl OGH, 6Ob16/01y, 13.09.2001, Mobilpoints-Entscheidung; OGH 6 Ob 275/05t, 17.12.2009.

²⁷⁷ OGH 23.7.2007, 4 Ob 221/06p.

Wahrscheinlich sind viele Nutzer kognitiv, technisch und auch temporär mit der Verantwortung überfordert, über alle Fragen im Kontext der Bereitstellung ihrer Daten zu bestimmen²⁷⁸.

9.2 Einwilligung als Verbindung zwischen Kartellrecht und Datenschutzrecht

Die Erkenntnis eines wettbewerblichen Charakters des Datenschutzrechts ändert sich auch nicht unmittelbar dadurch, dass das Datenschutzrecht keine Regelungen kennt, die sich explizit nur an marktbeherrschende Unternehmen richten²⁷⁹. Das Kriterium der Marktmacht ist zwar nicht explizit in datenschutzrechtlichen Regelungen zu finden, gleichwohl ist es auch im Datenschutzrecht von essenzieller Bedeutung. Das datenschutzrechtliche Freihelligkeitserfordernis in Art 7 Abs 4 DSGVO adressiert folglich grundsätzlich marktmächtige Unternehmen, die ihre Machtposition nicht im Sinne eines "take it or leave it" instrumentalisieren und die Erteilung von Einwilligungen allein mithilfe ihrer Marktmacht forcieren können²⁸⁰. Offensichtlich entstehen Ungleichgewichte, wenn der Markt eines Unternehmens beherrscht wird. Die Einwilligung ist das datenschutzrechtliche Instrument, mit dem der Nutzer als Datenlieferant fungierend, seine eigenen personenbezogenen Daten auf dem Datenmarkt verkauft und anbietet²⁸¹. Offensichtlich kann die Einwilligung somit als Dreh- und Angelpunkt des Verhandlungsprozesses angesehen werden, in dem der Betroffene die Daten gegen Leistung in ein Tauschgeschäft stellt und das innerhalb eines Wettbewerbes mit anderen Akteuren, die um personenbezogenen Daten der Nutzer „kämpfen“.

10 Würdigung des BGH-Urteils

Im nachfolgenden Kapitel werden die behandelten Sachverhalte in Bezug mit dem Facebook Urteil gebracht und in bisheriger Reihenfolge geprüft und evaluiert.

10.1 Marktrelevantes Umfeld

Bislang haben weder die EK noch das BKartA einen Markt für soziale Netzwerke eindeutig definiert. In der öffentlichen Diskussion, insb im Missbrauchsverfahren gegen Facebook, ist

²⁷⁸ *Sandfuchs*, Privatheit wider Willen? Verhinderung informationeller Preisgabe im Internet nach deutschem und US-amerikanischem Verfassungsrecht, Internet und Gesellschaft², Mohr Siebeck, 2015, 230.

²⁷⁹ *Körber*, NZKart 2019, 187, 193 f.

²⁸⁰ *Buchner*, Datenschutz und Kartellrecht, WRP 10/2019, 1245, Rz 9.

²⁸¹ Vgl *Buchner*, Datenschutz und Kartellrecht, WRP 10/2019, 1245, Rz 10.

der Handlungsbedarf deutlich geworden²⁸². Das BKartA hat darin einen nationalen Markt für private soziale Netzwerke definiert und ihn im Beschluss als marktbeherrschend von Facebook ausgelegt²⁸³, was mE erstaunlich pauschal gefasst ist. Grund hierfür kann offenbar die bisher uneindeutige Definition des Marktes sein, die man nicht vorankündigen wollte und man somit eine weite Auslegung gewählt hat.

Zur Ermittlung des relevanten Hauptmarktes müssen folglich sowohl das marktrelevante Umfeld von Facebook als auch die Merkmale von Facebook berücksichtigt werden. Aus ökonomischer Sicht werden soziale Netzwerke als einseitige Netzwerke mit einer Nutzergruppe definiert. Durch ihre Werbefinanzierung werden soziale Netzwerke zu zweiseitigen Plattformen²⁸⁴. Im Hinblick auf die Marktabgrenzung stellt sich mE die Frage, inwieweit Alternativen wie LinkedIn, Twitter oder Snapchat relevante Netzwerke für den Facebook-Markt sind. In Anbetracht der vielfältigen Kommunikationsmöglichkeiten und unterschiedlichen Kommunikationszwecke und -richtungen kann offensichtlich nicht davon ausgegangen werden, dass die Kommunikation in den verschiedenen Netzwerken gleichartig ist. Bei näherer Betrachtung kann man durchaus von einer Schwäche des Kartellrechts ausgehen. Im Rahmen einer engeren Marktabgrenzung mag es möglich sein, zwischen den verschiedenen Netzen zu unterscheiden. Ob ein einzelnes Netz als separater Einzelmarkt eingestuft werden kann, ist natürlich schwer zu bestimmen.

In dem Fall Facebook zeigt sich ebenfalls, dass Facebook durch die enorme Sammlung Daten einen Vorsprung im Vergleich zur Konkurrenz erlangen konnte, was zusätzlich als Eintrittsbarriere innerhalb des Marktes führte²⁸⁵ und somit ein weiterer Nachweis für die Marktstärke darstellt. In diesem Fall zeigt sich ebenfalls, dass Facebook durch die enorme Sammlung Daten einen Vorsprung im Vergleich zur Konkurrenz erlangen konnte.

10.1.1 Relevanter Markt

Der Hauptmarkt, auf dem Facebook tätig ist, ist der Bereich, in dem sich Facebook als vielseitige und vielschichtige vernetzte Kommunikationsplattform für seine Nutzer betätigt. Facebook stellt die nötige Infrastruktur "kostenlos" im Gegenzug für die Datennutzung seiner Nutzer zur Verfügung, wertet aber im Gegenzug die Datennutzung seiner Nutzer aus. Es liegt

²⁸² Pressemitteilung des BkartA, 02.03.2016, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.htm?nn=3591286, zuletzt abgerufen am 12.5.2018

²⁸³ BKartA, 06.02.19, Az.: B6-22/16.

²⁸⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 68, 2015, 106.

²⁸⁵ Vgl. *Nyys*, „Big Data“ – Die Bedeutung von Daten im Kartellrecht, WuW, 2016, 512-520.

anscheinend kein Leistungsaustausch vor, da Facebook „kostenlos“ auf diesem Markt agiert. Inwiefern und inwieweit eine (scheinbar) unentgeltlich erbrachte Plattformleistung einen kartellrechtlich relevanten Markt begründen kann, gestaltet sich zur Marktbestimmung oftmals schwierig²⁸⁶. IdZ hat das OLG bereits in der Vergangenheit den Ansatz bestätigt, dass die unentgeltliche Seite den Markt für entgeltliche Leistungen beeinflussen kann²⁸⁷. Bereits diese Einordnung und Verknüpfung zeigt, dass unentgeltliche Leistungen zumindest in Grenzen und in einem gewissen Umfang eine Rolle bei der Marktbestimmung spielen können. Dies ist offensichtlich auch im Facebook-Urteil der Fall. In jedem Fall ist davon auszugehen, dass die zahlreichen Angebote sozialer Netzwerke nicht tatsächlich ein kostenloses Angebot darstellen: Die Nutzerinnen und Nutzer zahlen bekannterweise mit ihren persönlichen Daten für die Nutzung des sozialen Netzwerks und seiner digitalen Infrastruktur, da Facebook letztlich alle persönlichen Daten für das eigene Werbegeschäft nutzt²⁸⁸. Die Datenmengen und die enorme Datenkonzentration stellen in gewisser Weise die Grundlage für Marktmacht dar²⁸⁹ und sind in diesem Sinne als Gegenleistung innerhalb einer Austauschbeziehung zu sehen²⁹⁰. Die Annahme eines Marktes im Sinne des Kartellrechts, auch wenn die Dienste unentgeltlich erbracht werden, wird auch auf europäischer Ebene durch die Entscheidung der EK im Fall Facebook/WhatsApp²⁹¹ untermauert und impliziert, dass es sich bei unentgeltlich erbrachten Diensten um Marktleistungen handeln kann²⁹². Das BGH bekräftigte ebenfalls das vorliegende Argument iSd Facebook-Urteils²⁹³. Weiters kann das Urteil des EuGH in der Rechtssache Magill auch als Ansatzpunkt für die Annahme eines kartellrechtlichen Marktes bei Unentgeltlichkeit auch auf europäischer Ebene iSv Art 102 AEUV gesehen werden²⁹⁴. Auch die räumliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamts wurde nicht beanstandet durch den BGH, was sich aufgrund der Sprachbarrieren und den geteilten Inhalten mit einem regionalen oder nationalen Bezug sowie Werbung bezieht²⁹⁵. Zudem hat eine vom BKartA in Auftrag gegebene Nutzerbefragung ergeben, dass mehr als drei Viertel aller Nutzer, Freunde und Bekannte haben, die innerhalb der Landesgrenzen (Deutschland) mit dem Netz verbunden sind. Deshalb gibt es für die Nutzer im Grunde keinen Grund, auch Dienste zu nutzen, die keine

²⁸⁶ *Telle*, Konditionenmissbrauch, in: WRP2016, 814, 817; *Weck*, Fusionskontrolle in der digitalen Welt, in: NZKart 2015, 290 ff.

²⁸⁷ OLG Düsseldorf, 09.01.2015, IV. Kart 1/14 (V.), Rn 43, BB 2015, 593.

²⁸⁸ *Podszun/Franz*, Was ist ein Markt? in: NZ-Kart 2015, 121, 122.

²⁸⁹ *Jaeger*, Brauchen wir das Kartellrecht noch? in: WuW 2015, 702, 714.

²⁹⁰ Vgl BKartA, Think Tank Internet, Arbeitspapier, Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, 42.

²⁹¹ EK, 03.10.2014, M. 7217, Rn 184 ff – Facebook/WhatsApp.

²⁹² EK, 03.10.2014, M. 7217, Rn 13ff, 45 ff – Facebook/WhatsApp.

²⁹³ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 32.

²⁹⁴ *Klotz*, Google und Facebook im Kontext von Art. 102 AEUV in: WuW 2016, 58.

²⁹⁵ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 35.

deutschsprachigen Einstellungen anbieten. Auch die Feststellung des Bundeskartellamtes, dass sich das Verhalten inländischer Nutzer von dem anderer Nutzer unterscheidet, was unbestritten blieb, spricht für die Definition eines nationalen Marktes²⁹⁶.

10.1.2 Marktbeherrschung

Die Feststellungen des Bundeskartellamtes zeigen daher, dass Facebook auf dem relevanten deutschen Markt für soziale Netzwerke eine marktbeherrschende Stellung einnimmt²⁹⁷. Es sei darauf hingewiesen worden, wie bereits oben geschildert, dass die Bewertung selbst auf einer Kombination mehrerer Faktoren beruhen kann, die nicht unbedingt alle entscheidend sind²⁹⁸. Das BKartA hat das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände mE zu Recht bejaht. Das BKartA hat hinreichende Argumente vorgebracht, da es bei der Ermittlung des Marktanteils von Facebook in erster Linie auf den Anteil von Facebook an den täglich aktiven Nutzern des sozialen Netzwerks abgestellt hat²⁹⁹. Nach den Ergebnissen der Verkehrsbefragung des Bundeskartellamtes lag der Anteil der Facebook-Nutzer im Jahr 2012 zwischen 90 % und 95 %, im Jahr 2013 zwischen 92 % und 97 %, in den Jahren 2014 bis 2016 bei über 95 %, im Jahr 2017 bei über 96 % und im Jahr 2018 bei über 97 %³⁰⁰. Beachtlich hierbei ist der enorme Abstand, zu den Wettbewerbern³⁰¹.

Es ist unbestritten, dass das BKartA in seiner Gesamtwürdigung davon ausgegangen ist, dass die Marktposition von Facebook durch die Substitutionskonkurrenz von sozialen Medien wie YouTube, Twitter, Snapchat und LinkedIn nicht wesentlich eingeschränkt werden würde. Theoretisch können Konkurrenten die Marktposition von Netzen im Internet aufgrund der vorherrschenden dynamischen Entwicklung leichter angreifen, was zum Teil auf einfache technologische Innovationen oder auf die sich in kurzer Zeit ändernde Wahrnehmung der Nutzer zurückzuführen ist³⁰². Der Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft von Internetangeboten schließt die Möglichkeit disruptiver Veränderungen ein, die selbst eine starke Marktposition eines Unternehmens angreifbar machen können. Allerdings muss jeder Einzelfall mEn sorgfältig geprüft werden. Sollte die bloße Aussicht, dass eine marktbeherrschende Stellung zu einem bestimmten Zeitpunkt verschwinden könnte, zur

²⁹⁶ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 40.

²⁹⁷ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 41.

²⁹⁸ Vgl BGH, 05.05.2020 - KZR 36/17, Rn 57 - FRAND-Einwand.

²⁹⁹ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 38.

³⁰⁰ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 43.

³⁰¹ Vgl BGH, 04.03.2008 - KVR 21/07, BGHZ 176, 1, Rn, 27 - Soda-Club II.

³⁰² BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 56.

Verneinung einer marktbeherrschenden Stellung führen, wäre die Missbrauchsaufsicht offensichtlich überflüssig. Eine solche Vorgehensweise wäre nicht mit dem Zweck der Missbrauchsaufsicht übereinstimmend, die darauf ausgerichtet ist, wirtschaftliche Macht auf Märkten zu begrenzen, auf denen der Wettbewerb seine Kontrollfunktion nicht (mehr) wahrnimmt³⁰³. Ebenso wenig wie die Verwendung von nach der Rechtsordnung unzulässigen Nutzungskonditionen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen auf eine Beeinträchtigung der Schutzgüter des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hindeutet³⁰⁴, deutet aber auch die Ausweitung des Leistungsumfangs durch Nutzungskonditionen nicht per se auf eine Beeinträchtigung der Schutzgüter des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hin. So hat sich bereits erwiesen, dass sich bei einer Zwangskopplung von Produkten oder Dienstleistungen wettbewerbsschädliche Wirkungen ergeben, und diese zur Ausbeutung der Abnehmer oder als Behinderung des Wettbewerbs führen können³⁰⁵. Schließlich bestehen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Zweifel daran, dass Facebook mit den vom BKartA untersagten Nutzungskonditionen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem es die private Nutzung des Netzwerks von der Befugnis von Facebook abhängig macht, die von Facebook gesammelten personenbezogenen Daten mit denen aus der Nutzung selbst stammenden Daten zu verknüpfen, welche ohne Einwilligung weiter verarbeitet werden³⁰⁶.

10.2 Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

Bekannterweise verpflichtet Facebook Nutzer, sowie zahlreiche andere Plattformanbieter, nicht dazu, für die Nutzung des sozialen Netzwerks monetär zu zahlen. Jedoch müssen sie bei der Registrierung die nötigen Nutzungskonditionen zustimmen, die auch die Einwilligung in eine umfassende Datenerfassung und -verarbeitung beinhalten. Damit einhergehend werden die Vertragsbestimmung so ausgerichtet, dass bspw firmeninterne Dienste wie WhatsApp, Instagram oder Oculus ebenfalls verknüpft werden. Gem den Nutzungskonditionen kann Facebook dann aus all diesen gesammelten Daten ein Nutzerprofil erstellen. All dies wird durch die Einwilligung des Nutzers verwendet, was im Kapitel „Freiwilligkeit der Einwilligung“ näher betrachtet wird. Das BKartA geht davon aus, dass die Verwertung der Nutzungskonditionen sowie die Erhebung, Nutzung und Verknüpfung von Daten, die außerhalb

³⁰³ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 74; WuW 2019, 638 Rn 26 - Werblocker III; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft zum Entwurf zur 4. GWB-Novelle, BT-Drucks. 8/3690, 24.

³⁰⁴ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 64.

³⁰⁵ BGH, 30.03.2004 - KZR 1/03, BGHZ 158, 334, 340/341 - Der Oberhammer.

³⁰⁶ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz 53.

der Facebook-Seiten generiert werden, einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot nach Art 19 Abs 1 dGWB³⁰⁷ darstellen. Am Ende stützte sich das BKartA auf Art 19 Abs 1 dGWB. Am 6. Februar 2019 hat die EK Facebook „auf der Grundlage von 19 Abs 1 dGWB untersagt, Konditionen zu verwenden, die die Nutzung des gleichnamigen sozialen Netzwerks Facebook durch in Deutschland ansässige private Nutzer davon abhängig machen, dass Facebook nutzer- und gerätebezogene Daten, die bei der Nutzung der konzerneigenen Dienste WhatsApp, Oculus, Masquerade und Instagram erhoben werden, ohne Einwilligung der Nutzer mit den für Facebook.com geführten Nutzerkonten verknüpfen und verwenden kann“³⁰⁸. Zeitgleich sprach Kartellamtspräsident von einer „inneren Verflechtung“ durch die Zusammenführung mannigfaltiger Daten anderer Dienste³⁰⁹. Facebook hat gegen den Beschluss des Bundeskartellamts Beschwerde eingelegt, jedoch vergebens³¹⁰.

Zusätzlich hat sich die EK in der Vergangenheit selbst auf Art 102 AEUV berufen, um nicht wettbewerbsfähige Normen zu erhalten³¹¹. Im Folgenden ist auf die tatsächliche missbräuchliche Tat von Facebook abzustellen, die vorzugsweise ein Geschäftsmodell etabliert hat, welches seinen Nutzern einseitig dieses aufzwingt, keine Wahl lässt und somit die private Autonomie untergräbt³¹². Ausschlaggebend ist nicht die Ermittlung eines Verstoßes gegen das Datenschutzrecht, sondern das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung³¹³. Diese Geschäftspraktiken könnten unter das Missbrauchsverbot der Konditionen gem Art 102 Abs 2 lit a AEUV fallen. Darin ist das unmittelbare oder mittelbare "Erzwingen von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen" untersagt. Eine Geschäftsbedingung ist dann unangemessen, wenn sie „unbillig“ ist³¹⁴. Dabei geht es um die Kontrolle der tatsächlichen Austauschbedingungen, die das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund seiner beherrschenden Stellung durchsetzte, weil eben dem Nutzer keine hinreichenden Auswahlmöglichkeiten, also andere Angebote am Markt, zur Verfügung stehen.

³⁰⁷ dGWB, 26.06.2013, BGBl. I S 1750, 3245.

³⁰⁸ BKartA, Fallbericht (Fn. 6), 1.

³⁰⁹ Vgl BKartA, Pressemitteilung 2019 (Fn 4), 2.

³¹⁰ BGH, 23.6.2020 - KVR 69/19, WRP 2020, 1316.

³¹¹ EuGH, 6. 12.2012 - C-457/10, NZKart 2013, 113, 115 - AstraZeneca; EuGH, 14. 3. 2013 - C-32/11, WRP 2013, 610, 613 - Allianz Hungária.

³¹² BGH, Pressemitteilung Nr. 80/2020 von 23.06.2020, <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html> (abgefragt am 14.04.2023)

³¹³ *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper 16-042, 52f.

³¹⁴ *EK*, 20.4.2001, COMP D3/34 493, Duales System Deutschland, Rz 111.

10.2.1 Zum Wohle des Facebook Nutzers?

Wenngleich nicht jede Verhaltensweise eines Plattformanbieters automatisch missbräuchlich ist, wird im Fall von Facebook zurecht von einer Ausbeutung (nachweislich) angenommen³¹⁵. Das BKartA nimmt eine neuerliche Haltung ein, indem sie von einer offensichtlichen Unbilligkeit ausgeht und sich somit einer umfassenden Interessenabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit entzieht³¹⁶.

Bisher gab es in der Literatur keine stichhaltigen Anhaltspunkte, die die Angemessenheit von Geschäftskonditionen eindeutig geklärt hat. Angesichts dessen stellt der Fall von Facebook eine Neuerung dar, indem das deutsche Kartellamt das unverhältnismäßige Erlangen von Nutzerdaten eines marktbeherrschenden Unternehmens untersuchte³¹⁷. Trotz alledem lässt sich mE bereits feststellen, dass die festgelegten Konditionen Facebooks und somit der beherrschende Teil der Vertragsvereinbarung, den unterliegenden Kontrahenten, unbillig benachteiligen und in der Handlungsfreiheit nachhaltig einschränken. Orientierung gibt dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welcher besagt, dass es dem Marktbeherrscher verbietet, unlautere Mittel für einen grundsätzlich legitimen Zweck zu verwenden, sobald ebenfalls die Vertragspartner wirtschaftlich eingeschränkt werden³¹⁸. Diese unlauteren Mittel seitens Facebook führten scheinbar zu einer unangemessenen Bindung, die überwiegend zum Vorteil des marktbeherrschenden Unternehmens ausgelegt ist und logischerweise nicht zum Konsumentenwohl beitragen. Dieses Vorgehen ist alleinstehend bereits ein Missbrauchselement gem Art 102 AEUV, falls keine Ausbeutung nachgewiesen werden könnte³¹⁹. Überdies sind mE die Vertragsbestimmungen, die das einseitige Interesse Facebooks verdeutlichen, mit keiner sachlichen Rechtfertigung zu begründen. Demnach ist neben dem Kartellverbot, gleichwohl das Missbrauchsverbot erfasst³²⁰. Zusätzlich ist der Schutz der Wahlfreiheit zentrales Element der Untersuchung gewesen³²¹.

Ein weiteres Indiz für die Ineffizienz am Markt, ist der Fall, wenn keine Alternativen vorhanden sind. Offensichtlich ist der Leistungswettbewerb geprägt von Konkurrenzierung, wobei die Alternativlosigkeit hinsichtlich der Auswahl an Dienstleistungen, mE nicht zum Konsumentenwohl ausgelegt werden kann. Weiters ist der Schutz vor Fremdbestimmung durch den Vertragspartner ein wichtiger Anhaltspunkt. Diese Fremdbestimmung manifestiert sich

³¹⁵ Vgl Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rn. 675.

³¹⁶ *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht I/25 Art 102 Rz 186.

³¹⁷ *Bischke/Brack*, Neuere Entwicklungen im Kartellrecht NZG 2016, 502 (503).

³¹⁸ *Fuch* in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁶, 2019, Art 102 AEUV, Rn 186.

³¹⁹ Vgl OGH, 16 Ok 4/20 d, Rn 172, 59.

³²⁰ *Eilmansberger/Kruis* in *Streinz*, EUV/AEUV³, 2018, Art 102 AEUV Rn 41.

³²¹ BGH, 23.6.2020 - KVR 69/19, NZKart 2020, Rz 123.

durch den etwaigen Kontrollverlust der Nutzer, die somit nicht mehr selbst bestimmend über deren persönlichen Daten verfügen können³²². Hier wurde mE somit die langfristige, nachteilige Auswirkung der Nutzer realistisch eingeschätzt und festgestellt, dass die Selbstbestimmung nachhaltig beeinträchtigt wird. Ein funktionierender Wettbewerb kommt den Verbrauchern zugute, bspw in Form von niedrigen Preisen, hochwertigen Produkten, einer großen Auswahl an Dienstleistungen und Innovationen³²³. Bemerkenswert daran ist, dass die EK die wohlfahrtsökonomischen Vorteile der Verbraucher als Folge wirksamen Wettbewerbs betrachtet. Von einem wirksamen Wettbewerb kann aufgrund der Rolle von Facebook im Binnenmarkt kaum ausgegangen werden. Langjährige Vertragsbeziehungen zum Plattformanbieter stellen einerseits Marktmacht dar und andererseits auch einen Ausfluss dieser Machtüberlegenheit des Nutzers³²⁴ idS, dass gerade die Marktmacht dazu führt, dass die Konditionen nicht nur dem Verbraucher schaden, sondern auch objektiv in der Lage sind, zu schädlichen Auswirkungen auf Marktgeschehen und Wettbewerb zu gelangen³²⁵. Die wettbewerbsbeschädigenden Auswirkungen der erzwungenen Ausweitung der Dienste von Facebook ergeben sich sowohl aus der Ausbeutung der Kunden als auch aus den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen.

Im Übrigen ist aufgrund der besonderen Verantwortung, die ein marktbeherrschendes Unternehmen dafür trägt, dass ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb durch sein Verhalten nicht beeinträchtigt wird, eine Gefährdung des Wettbewerbs in dieser Hinsicht schon ausreichend³²⁶. In jedem Fall können Privatnutzer mEn von einem Unternehmen wie Facebook in einer marktbeherrschenden Stellung, das sich auf den Umgang mit Nutzerdaten konzentriert, erwarten, dass es seine Dienste datenschutzkonform anbietet.

10.3 Tatbestandsmerkmale im Missbrauchsverhalten

Die benannten Missbrauchsarten führen zu entsprechenden Auswirkungen am Markt selbst, die nach eingehender Recherche in der Rechtsprechung unterschiedlich ausfallen. Mit Rückgriff auf die bisherige Praxis erklärt die Mehrheit Art 102 AEUV zu einem Gefährdungsdelikt und somit eben nicht auf eine Erfolg basierende Folgesituation³²⁷. Im Falle von Behinderungen und Benachteiligungen am Markt reicht somit, wie bei der Ausbeutung, die bloße Gefahr des

³²² Vgl BKartA, Hintergrundinformationen 2019, Fz. 5, 5.

³²³ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 2004, C31/03, Rz 8.

³²⁴ BGH, 24.01.2017 - KZR 47/14, Rz 35.

³²⁵ BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz. 76.

³²⁶ Vgl BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, Rz. 74 (88).

³²⁷ *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker⁵, Art 102 AEUV Rz 144.

Eintritts wirtschaftlicher Nachteile aus. Das Maß der Gefährdung wird demnach scheinbar als die Eignung des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens charakterisiert, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu haben³²⁸. IdZ werden die erwähnten Tatbestände im Kontext des Facebook-Urteiles untersucht.

10.3.1 Ausbeutungsmisbrauch

Im Zentrum des Verfahrens des BKartA gegen Facebook steht der Tatbestand des Ausbeutungsmisbrauchs, *va der Konditionenmissbrauch*³²⁹. Entsprechend nach Art 102 S 2 lit a AEUV ist es nicht gestattet, Wettbewerbern oder Verbrauchern unmittelbar oder mittelbar Konditionen vorzuschreiben. Nach Beleuchtung der Tatbestände gem Art 102 AEUV, ist es nun notwendig, die Konstellation des Konditionenmissbrauchs mittels Erzwingung unangemessen Geschäftskonditionen zu erörtern. Zunächst einmal muss eine Geschäftsbedingung vorliegen. Der Begriff "Geschäftsbedingung" ist weit auszulegen und umfasst nicht nur die ausdrückliche vertragliche Bestimmung, sondern auch faktische Bedingungen einer Geschäftsbeziehung, die nicht auf der ausdrücklichen Zustimmung der Marktgegenpartei gründen. Im Urteil von Facebook werden die Nutzungskonditionen iSv der Errichtung des Nutzerkontos erwähnt, die es zuzustimmen gilt, um entsprechend das „personalisierte Erlebnis“ zu erhalten³³⁰. Damit ist durch die Flexibilität dieses Tatbestandsmerkmals verhindert worden, dass sich Facebook problematische Verhaltensweisen dem Anwendungsbereich des Konditionenmissbrauchs entzieht, indem es sie schlicht nicht ausdrücklich festschreibt. Deswegen ist dem BKartA in seiner Facebook-Entscheidung beizupflichten, dass alle Datenverarbeitungen, welche in einem Vertragsverhältnis stattfinden, als Geschäftsbedingung klassifiziert³³¹.

Der Vorwurf im BGH-Urteil lautet, dass die Nutzer nicht ausreichend darüber informiert werden, was mit ihren Daten wirklich im Internet passiert und was aus wettbewerbsrechtlicher Sicht noch schwerwiegender ist, ist die Tatsache, dass Facebook letztlich nur aufgrund seiner Marktmacht die Zustimmung zur Sammlung und Weitergabe von Daten einholen würde³³². Die

³²⁸ Vgl EuGH Rs C-23/14 (Post Danmark II) Rz 67.

³²⁹ BKartA, Meldung vom 07.02.2019, Bundeskartellamt untersagt Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html (abgefragt am 11.04.2023).

³³⁰ Vgl BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 8.

³³¹ BKartA, 06.02.2019, Az. B6-22/16, Rz 564, 568 – Facebook.

³³² Vgl BKartA, Meldung, 02.03.2016, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html (abgefragt am 15.02.2023).

Beurteilung, ob Facebook gegen das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht verstößt, hängt nicht nur von der vorausgegangenen Feststellung seiner marktbeherrschenden Stellung ab, sondern auch davon, ob sie ein bestimmtes Verhalten ausüben, das sich unter Art 102 lit a AEUV subsumiert werden kann, demnach, ob sie ein unangemessenes Vorgehen praktiziert und dies nur im Zusammenwirken mit Marktmacht möglich ist. Diesem Tatbestandsmerkmal wird durch die freiwillige Einwilligung der Nutzer in die Plattform entsprochen, die allerdings auf die fehlende Alternativmöglichkeit basiert. Wie bereits oben erwähnt ist die etwaige Alternative zu „teuer“, indem diese Verzicht auf die Leistung der Plattform lautet³³³. Dieser Verzicht des Dienstes von Facebook wäre in der modernen, vernetzten Welt nicht vertretbar. Das wird durch das Urteil des BGH verdeutlicht, welches die besondere Stellung von Facebook hervorhebt, und dessen Leistung nicht mit anderem Plattformdienste wie „LinkedIn“ oder „Indeed“ austauschbar zu scheinen, ist³³⁴.

Überdies ist die Ausbeutungshandlung in einer unangemessenen Geschäftsbedingung gebündelt, was die oben genannte Unangemessenheit abermals aufzeigt. Inwieweit Konditionen unangemessen sind, beurteilt die EK anhand einer Abwägung der Interessen der beteiligten Parteien³³⁵. Besonders relevant wird die Abwägung von Interessen, wenn Konditionen nicht offensichtlich erscheinen, wie man es im Facebook-Urteil argumentieren kann. Im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung sind an die Schutzwürdigkeit der von einem Normadressaten verfolgten Belange mit zunehmender Abhängigkeit der Marktgegenseite von seinem Angebot in gleichem Maße steigende Anforderungen zu stellen sind³³⁶. Ist eine solche Verpflichtung der Marktgegenseite so weitreichend, dass sie gegen anwendbares Recht widerspricht, hat dieser Verstoß zur Folge, dass die Klausel nach der im Rahmen des Verwertungsmissbrauchs vorzunehmenden Interessenabwägung als unangemessen anzusehen ist³³⁷. Die weitreichenden Auswirkungen untermauert der BGH mit dem Argument der langjährigen Geschäftsbeziehung, welche durch unangemessene Konditionen erschwert wird, zu beenden³³⁸. Demnach wird jegliche Handlungen als Missbrauch der Marktmacht anerkannt³³⁹, denn es zeugt von großer Machtüberlegenheit. Das

³³³ Vgl. *Paal*, BeckOK InfoMedienR, AEUV Art 102, Rz 30; Baumgart/Berger, Warum sich das Bundeskartellamt für Datenschutz interessiert, Ito.de, 22. Juni 2020, <https://www.ito.de/recht/hintergruende/h/bgh-facebook-bundeskartellamt-datenschutz-kartellrecht-massstabmarktbeherrschung-daten-social-media/> (abgefragt am 12.02.2023).

³³⁴ BGH, KVR 69/19, Rn. 25, 12.

³³⁵ *Podsung/de Toma*, Die Durchsetzung des Datenschutzes durch Verbraucherrecht, Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, NJW 2016, 2987.

³³⁶ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 122.

³³⁷ Vgl. *Grewe*, Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument, Baden-Baden 2020, 322.

³³⁸ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 81.

³³⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2017 - KZR 47/14, Rz 35.

verfassungsrechtlich garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfordert gerade im Zusammenhang mit der erheblichen politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Kommunikation im Internet offensichtlich in besonderem Maße einen Schutz der Nutzer vor einer Ausbeutung dieser personenbezogenen Daten³⁴⁰. Daher wurde Facebook insb ein Konditionenmissbrauch vorgeworfen, weil dadurch ein Nachteil hinsichtlich geringerer Datenkontrolle der Privatanutzer entstanden ist, der durch unangemessene Konditionen verstärkt wird³⁴¹. Offensichtlich fällt die Interessenabwägung zulasten des Normadressaten, also Facebook aus, aufgrund des Verstoßes der Durchsetzung der Geschäftsbedingung gegen geltendes Recht.

IdZ wird auch die Frage nach der Transparenz des Rechtsverstoßes für die Marktgegenseite angedeutet. Das Beschwerdegericht **hat im Wesentlichen erwähnt, dass kein Kontrollverlust der personenbezogenen Daten vorliegt, da die Datenverarbeitung mit dem nötigen Wissen und Wollen erfolgt und die Unkenntnis auf die Bequemlichkeit der Nutzer zurückzuführen ist**³⁴². Missachtet allerdings mEn grundsätzlich weitere Voraussetzungen, die mit der Freiwilligkeit eines jeden Nutzers einhergehen. Überdies ist nicht völlig auszuschließen, dass einzelne Nutzer gerade aufgrund der Marktstellung von Facebook durchaus davon ausgehen, dass dieser besonders vertrauenswürdig ist und rechtssichere Prozesse implementiert hat³⁴³. Weitere Argumente werden im Kapitel „Freiwilligkeit der Einwilligung“ betrachtet. Angesichts dessen ist die Marktmacht im Zusammenhang mit Informationsdefiziten offensichtlich von besonderer Relevanz.

IdZ profitiert Facebook unverhältnismäßig viel von der Datennutzung der Nutzer, als dass die Betroffenen im Gegenzug erhalten. Grund für die Annahme ist, dass die Daten für Facebook von unheimlich großer Relevanz hinsichtlich zielgerichteter Werbung sind³⁴⁴. Die Gewichtung und somit der Wert der Wahrung von Daten sind für „Internetriesen“ wie Facebook, steht somit mE in keinem adäquaten Verhältnis zu den Kundenbedürfnissen. Etwaige Wettbewerbsvorteile durch das Erreichen von personenbezogenen Daten sind die Folge.

10.3.1.1 Art 6 DSGVO im Konditionenmissbrauch

³⁴⁰ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 103

³⁴¹ OLG Düsseldorf, 26.08.2019 - VI-Kart 1/19, Rz 12.

³⁴² OLG Düsseldorf, 26.08.2019 - VI-Kart 1/19, Rz 72.

³⁴³ *Bergmann/Modest*, Vom Umschreiben der Gesichtsbücher – Anmerkungen zu OLG Düsseldorf in Sachen Facebook, NZKart 2019, 531, 534.

³⁴⁴ *Körber*, „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 1, NZKart 2016, 303.

Für das Geschäftsmodell, wie Facebook es betreibt, sind va die Rechtsfertigungstatbestände nach Art 6 DSGVO sowie die Grundsätze für die Datenverarbeitung nach Art 5 DSGVO relevant. Entsprechende Rechtfertigungsgründe des Art 5 DSGVO regeln, unter welchen Voraussetzungen datenbasierte Produkte rechtmäßig durchgeführt werden können. Für eine zulässige Datenverarbeitung ist es folglich zwingend erforderlich, dass mindestens eine Aufzählung des Art 6 I DSGVO in seinen Tatbestandsvoraussetzungen erfasst ist. Im Hinblick auf die den relevanten Wettbewerbsbezug der DSGVO lässt sich bereits feststellen, dass diese Vereinbarung als initiale Lösung zur Datenverarbeitung personenbezogener Daten in Europa besteht. Durch den Rechtsformwechsel von der Richtlinie zur Verordnung im Jahr 2016 und der damit einhergehenden Vollharmonisierung³⁴⁵, entfaltet diese Vorschrift ua auch die kartellrechtliche Relevanz für die Missbrauchskontrolle. Durch die Durchsetzung der Vollharmonisierung gilt die DSGVO auch für rein innerstaatliche Sachverhalte³⁴⁶. Im Bereich der Wirtschaft dient die Vollharmonisierung der DSGVO in erster Linie der Vereinheitlichung des Schutzniveaus und der Vereinfachung des freien, grenzüberschreitenden Datenverkehrs³⁴⁷, was auch in den ErwGr 2 und 10 der DSGVO nachvollzogen werden kann. Unter den in Art. 6 I DSGVO normierten sechs Erlaubnistatbeständen kommt, wie bereits erwähnt, der Einwilligung eine zentrale Rolle zu. Die Einwilligung gilt als datenschutzrechtlicher Leitbegriff, weil sie in der informationellen Selbstbestimmung zum Ausdruck kommt³⁴⁸. Dieser Anforderung kann die Einwilligung aber nur gerecht werden, wenn sie freiwillig erfolgt. Gerade dieser Punkt ist bei der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle entscheidend zu prüfen, da in der Regel ein Machtgefälle der besonderen Art zwischen Nutzer und Plattformanbieter herrscht³⁴⁹. Beispielhaft ist dabei abermals Facebook, da erhebliche Marktmacht vorherrscht, sodass ein klares Ungleichgewicht zur letztendlichen Unfreiwilligkeit führt durch bspw die benannten Transparenzdefizite. Als ein weiteres Beispiel für das Vorliegen eines solchen Ungleichgewichts wird in ErwGr 43 der DSGVO das Verhältnis zwischen der natürlichen Person und der Behörde angeführt. Das Vorliegen eines solchen erheblichen Ungleichgewichts in der Verhandlungssituation ist nicht generalisierend zu prüfen, sondern für jeden Einzelfall unter Abwägung der betroffenen Interessen zu ermitteln³⁵⁰.

³⁴⁵ Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 59, Rz 198.

³⁴⁶ Selmayr/Ehmann in Ehmann/Selmayr, DSGVO, Rn 3.

³⁴⁷ Kühling/Martini/Heberlein u. a., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 13.

³⁴⁸ Heberlein in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 6 Rn 5.

³⁴⁹ Vgl BKartA, 06.02.2019 – B6-22/16 (646, 785, 858).

³⁵⁰ BGH, KVR 69/19, Rn 784.

Von Bedeutung ist auch der Aspekt der Kopplung, der in Art 7 DSGVO zum Ausdruck kommt, welcher besagt, dass die Abhängigkeit des Vertragsschlusses von der Einwilligung, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist, ein erhebliches Indiz gegen die Freiwilligkeit der Einwilligung darstellt³⁵¹. Nutzer haben nämlich bei der Anmeldung bei Facebook eben nicht die Wahl, zwischen mehr oder weniger Datenschutz aufgrund des zu bezahlenden Preises. Vielmehr sind sie der „take it or leave it“ Situation ausgesetzt³⁵². Schließlich wurde bereits im OGH-Urteil von 2018 über die Reichweite des Koppelungsverbot festgestellt, dass bei dessen Anwendung abermals von einer unfreiwilligen Einwilligung des Nutzers auszugehen ist³⁵³. Das Gericht untersagte damals die Verwendung der missbräuchlichen Klauseln, da diese gröblich benachteiligend seien und somit den Vertragsabschluss von der Zustimmung zu einer für die Vertragserfüllung nicht erforderlichen Datenverwendung abhängig gemacht worden. Eine Klausel sei nicht zulässig, wenn die personenbezogenen Daten nicht für die Vertragsabwicklung notwendig seien. Infolge dieser undurchsichtigen Situation wird das Verbot ausgesprochen, was sich schablonenartig auf das Facebook Urteil legen lässt, denn auch in diesem Fall wurde die Bereitstellung des Dienstes (nämlich va zu persönlichen Werbezwecken und optimierte Benutzererlebnisse) von der Einwilligung abhängig gemacht und dem Nutzer nicht aufgeführt, welche Daten von den konzerneigenen Unternehmen erhoben werden.

Um die Datenerhebung zu rechtfertigen, ist nach Art 6 lit c - e DSGVO zu beachten, dass eine Datenerhebung und -verarbeitung auf Vorrat nach diesen Vorschriften nicht möglich ist, sodass eine pauschale Erhebung nicht zulässig ist³⁵⁴. Außerdem muss die konkrete Datenerhebung nach dem Grundsatz der Datenminimierung des Art 5 DSGVO sein.

10.3.2 Behinderungsmissbrauch

Entscheidend für einen Behinderungsmissbrauch ist die Feststellung einer Behinderungs- oder Verzerrungswirkung. Sofern dies der Fall ist, muss im Rahmen einer Interessenabwägung, die den Zielen des Kartellrechts und insb dem Schutz des Wettbewerbsprozesses Rechnung trägt, festgestellt werden, ob diese Wirkung zu bejahen ist oder nicht.

³⁵¹ *Buchner/Kühling* in: Kühling/Buchner (Hrsg), DSGVO/BDSG, Art. 7 Rn 46; Vgl *Martini/Botta*, VerwArch 2019, 235 (248 ff), https://www.uni-speyer.de/fileadmin/Lehrstuehle/Martini/2019_Martini_Undurchsichtige_Datentransfers_MOOC_VerArchiv.pdf (abgefragt am 21.05.2023)

³⁵² *Graef*, EU competition law, data protection and online platforms, 258.

³⁵³ OGH, 31.8.2018 – 6 Ob 140/18h - Simpli-TV

³⁵⁴ *Heberlein* in: *Ehmann/Selmayr, DS-GVO*, Art. 6 Rn 17, 18 ff., 23.

Allerdings bleibt in der BGH-Entscheidung offen, worin die Behinderungswirkung im Einzelnen liegt. Ein verbessertes personalisiertes Produkt für Nutzer, die es schätzen, lässt sich schlecht in eine Behinderung von Wettbewerbern umdeuten³⁵⁵. Zudem wird diskutiert, ob auch das reine Ansammeln personenbezogener Daten eine Marktzutrittsbarriere für andere Wettbewerber darstellen kann und somit den Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs erfüllt³⁵⁶, wenngleich die Beschwerdeführer darauf aufmerksam gemacht haben, dass das Sammeln von Mehrdaten nicht unmissverständlich zu einer Behinderung der Wettbewerber führte³⁵⁷. Es scheint, dass jeder persönlichen Daten unbegrenzt oft an eine große Anzahl von Personen weitergeben kann. Daher steht es m.A. auch anderen Unternehmen frei, ähnliche Daten zu sammeln. Schlussfolgernd ist die Erhebung personenbezogener Daten keine künstliche Marktzutrittschranke. IdZ spricht es zunächst dafür, dass die Datenerhebung als Vorteil für das marktbeherrschende Unternehmen zu betrachten ist und nicht als unmittelbare Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten seiner Konkurrenten.

Weiters ist zu berücksichtigen, dass die Massenverarbeitung von Daten unter Verstoß gegen das Datenschutzrecht für kein anderes Unternehmen möglich, sondern vielmehr verboten ist³⁵⁸. Außerdem ist es unwahrscheinlich, dass die Sammlung von Daten über Dritte in der von Facebook verwendeten Form für alle Unternehmen realisierbar ist. Die Kritik an derartigen Drittwebseiten ist berechtigt, va angesichts der Tatsache, dass Unternehmen diese Risiken nur eingehen, wenn die Vorteile überwiegen³⁵⁹. Zumindest für Facebook und Google dürften die Vorteile relativ groß sein. Gleichmaßen hat Facebook (und offensichtlich auch andere Plattformanbieter) den Vorteil, dass es schon vor dem BGH-Urteil einen großen Nutzerstamm hatte, zu dem bereits unzählige personenbezogene Daten gespeichert sind. Auch das steigert selbstverständlich den Wert der durch Cookies gewonnenen Informationen für Webseitenbetreiber und Werbetreibende. Insofern erscheint es nun durchaus einleuchtend, dass die unzulässige Datensammlung durch Facebook eine Marktzutrittschranke darstellt³⁶⁰ und wie anfänglich vermutet, keine negativen Folgen mit sich bringt. Auch des BGH hat diese Annahme durch ihre Feststellung bestätigt, in dem nicht zwingend die Feststellung tatsächlicher Auswirkungen abzustellen ist³⁶¹. Vielmehr reicht eine objektive Einschätzung einer spürbaren

³⁵⁵ *Galle*, BGH: Facebook - Vorwurf der missbräuchliches Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vorläufig bestätigt, Deutscher Fachverlag 2021, 38/2020, 2061.

³⁵⁶ BKartA, 06.02.2019, Az. B6-22/16, Rz 874, 888 – Facebook.

³⁵⁷ OLG Düsseldorf, 26.08.2019 - VI-Kart 1/19, Rz 93 f.

³⁵⁸ *Grewe*, Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument, Baden-Baden 2020, 334.

³⁵⁸ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 81.

³⁵⁹ *Gewe*, Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument, Baden-Baden 2020, 335f.

³⁶⁰ Vgl *Mohr*, EuZW 2019, 265, 273; *Bergmann/Modest*, NZKart 2019, 531

³⁶¹ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 88.

Beeinträchtigung des wettbewerblicher Handlung aus³⁶², aufgrund der bereits benannten besonderen Stellung des Marktbeherrschers Facebook. Gleichwohl ist zu erwähnen, dass das OLG Düsseldorf lediglich die überragende Qualität des Angebots von Facebook hervorgehoben hat und somit keine Behinderungswirkung am Markt einsieht³⁶³. Daher ist eine Behinderungswirkung erst nachgewiesen, sobald die Behinderung auch unbillig festgestellt wird, was sich offenbar als schwierig durchsetzbar zeigt, wengleich die erwähnte Verhältnismäßigkeit und Interessenabwägung³⁶⁴ entsprechenden Anhaltspunkt liefert.

Ein weiterer Anhaltspunkt liefern die Lock-In Effekte, um die Behinderungswirkung weiters zu betrachten. Gem Art 20 DSGVO gibt es den Betroffenen einen Anspruch, vom Verantwortlichen (Facebook) den über ihn angelegten Datensatz herauszuverlangen³⁶⁵. Zusätzlich zu einer besseren Kontrolle über die gespeicherten Daten dürfte dies insb die Übermittlung der betroffenen Personen von einem für die Verarbeitung Verantwortlichen zu einem anderen vereinfachen. Dadurch soll neben der Erleichterung des Anbieterwechsels auch der Lock-In Effekt verringert werden³⁶⁶. Bereits aufgrund des Ziels von Artikel 20 der DSGVO, die Auswirkungen von Sperrungen zu minimieren, gibt es offensichtliche Berührungspunkte mit dem Wettbewerbsrecht und insb dem Behinderungsverbot³⁶⁷. Verweigert oder erschwert ein Unternehmen den Datenaustausch, kann dies offensichtlich den Lock-in-Effekt in seinem Sinne vergrößern. Daher ist grundsätzlich ein solches Verhalten, insb wenn es von einem marktbeherrschenden Unternehmen wie Facebook ausgeht, wettbewerblich bedenklich. Hierdurch entsteht letztlich mEn eine für das Missbrauchsverbot relevante Behinderungswirkung. Für die Nutzer erst dann sinnvoll zu wechseln, wenn der Freundeskreis ebenfalls wechselt und der Datenaustausch somit gewährleistet wird. Je mehr Kontakte allerdings mit dem Facebook-Konto verbunden sind, desto schwieriger wird die Mitnahme der Kontakte und desto größer werden die erwähnten Lock-In Effekte³⁶⁸. Demnach spricht auch das Konzept des Multi-Homing dagegen, weil ebenfalls die Datenportabilität gem Art 20 DSGVO nicht gegeben ist.

Daneben wurde durch das BKartA festgehalten, dass ein Zusammenhang besteht, nämlich „mit der Marktbeherrschung im Hinblick auf die Behinderungswirkungen des aufgegriffenen Verhaltens zulasten von Wettbewerbern, da sich Facebook durch die unangemessene

³⁶² Vgl EuGH, 06.12.2012, C-457/10 P, Rz 112 - AstraZeneca/Kommission.

³⁶³ OLG Düsseldorf, 26.08.2019, Az. VI Kart 1/19 (V), 34 f.

³⁶⁴ Vgl Kapitel "Behinderungswirkung"

³⁶⁵ Paal/Pauly, DSGVO, Art. 20 DSGVO, Rz 16.

³⁶⁶ Paal/Pauly, DSGVO, Art. 20 DSGVO, Rz 6.

³⁶⁷ von Lewinski, BeckOK DSR, Art.20 DSGVO, Rz 9 ff.

³⁶⁸ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 53.

Datenverarbeitung aus einer Vielzahl weiterer Quellen mit Zuordnung zu Facebook-Konten auf rechtswidrige Weise einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern verschafft sowie die bestehenden Marktzutrittsschranken³⁶⁹ verstärkt.

10.4 Kausalität

Im Rahmen des Verfahrens des BKartA gegen Facebook gilt der Zusammenhang zwischen Marktmacht, Kartellrechtsverstoß und dessen Auswirkungen als entscheidend und ist demnach auch in der Facebook Entscheidung ein zentraler Anknüpfungspunkt, welcher folglich genauer untersucht wird.

10.4.1 Normative Kausalität

Unter normativer Kausalität (Verhaltenskausalität) wird vornehmlich das Bestehen einer Kausalität zwischen der Marktmacht des Normadressaten und den Auswirkungen des zu beanstandenden Verhaltens (der eigentlichen Ausbeutung) verstanden³⁷⁰. Das heißt also, ein Verhalten wie das des Normadressaten wäre auch für andere Marktteilnehmer prinzipiell möglich, hat aber aufgrund der Marktstellung des Normadressaten wettbewerbswidrige Auswirkungen, die durch das gleiche Verhalten anderer Marktteilnehmer nicht hervorgerufen würden. Anhaltspunkt für diese normative Kausalität sind nicht die tatsächlichen Konsequenzen des Verhaltens, sondern der Verstoß gegen die Rechtsnorm. Auch Mitbewerber könnten mEn die gleichen Datenverarbeitungsbedingungen vornehmen, die aber nicht notwendigerweise rechtswidrig wären.

Im Fall von Facebook wird das Verhalten als die Festlegung und Umsetzung von Datenverarbeitungsbedingungen verstanden, in dem einseitig Konditionen auferlegt werden und damit die Unfreiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung begründet³⁷¹. Zudem verweist bereits anfänglich der BGH auf diese Kausalität, indem anerkannt wurde, dass beim Konditionenmissbrauch nach Art 19 Abs 1 dGWB für die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nicht immer ein Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem verbotenen Verhalten erforderlich sei³⁷². Prinzipiell wird auf sich

³⁶⁹ BKartA, Fallbericht vom 15.02.2019, Facebook: Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung, B6-22/166, 13, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (abgefragt am 11.04.2023).

³⁷⁰ *Körber*, NZKart 2016, 348, 355.

³⁷¹ BKartA 6. 2. 2019, B6-22/16, Facebook, Rz 877 f.

³⁷² BGH, KVR 69/19, Rz 1.

lediglich auf ein potenzielles Auswirken auf den Wettbewerb gestützt. Dies orientiert sich an der Rechtsprechung des BGH zu Hochzeitsrabatten, wonach allenfalls eine normative Kausalität zwischen Marktmacht und Verhalten erforderlich sei³⁷³. Diese Kausalität spiegelt sich in der vertikalen Beziehung, sprich in der Beziehung zu den Nutzern von Facebook, wieder. Das BKartA weist damit nach, dass dieses vertikale Verhältnis durch die Marktmacht von Facebook geprägt ist und sich dies auch in den datenschutzrechtlichen Bewertungen niederschlägt. Die Marktposition von Facebook ist unmittelbar mit dem Verstoß gegen das Datenschutzrecht gekoppelt³⁷⁴. Die Marktmacht von Facebook führte in sämtlichen Fällen letztlich auch zur Unzulässigkeit der problematischen Datenverarbeitungsvorgängen. Entsprechen die Konditionen denen, die, etwa aufgrund von Informationsasymmetrie und rationaler Verbraucherapathie, auch bei fehlender Marktbeherrschung oder bei wirksamem Wettbewerb durchsetzbar wären, können diese keinen Missbrauch darstellen, weil sie nicht durch Marktbeherrschung erzwungen werden³⁷⁵. Hierfür wird vornehmlich das Als-ob-Wettbewerbskonzept benutzt.

Die Privatnutzer könnten, wie bereits erwähnt, von einem auf die Verarbeitung von Nutzerdaten spezialisierten Unternehmen wie Facebook berechtigterweise annehmen, dass die Dienstleistungen im Einklang mit dem Datenschutzrecht stehen. Letztlich sollte nach der auch dem angefochtenen Beschluss zugrunde liegenden Auffassung die Kausalität "normativer Natur" sein und keine instrumentelle Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Ausbeutung voraussetzen³⁷⁶.

10.4.2 Ergebniskausalität

Ergebniskausalität liegt vor, wenn eine marktbeherrschende Stellung kausal für das betreffende missbräuchliche Verhalten verantwortlich ist, das wettbewerbswidrige Folgen hat. Maßgeblich ist also der Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Begünstigten und dem Marktergebnis. Die Missbräuchlichkeit des fraglichen Verhaltens ergibt sich aus diesem Zusammenhang. Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, ob dies auch von Unternehmen geschehen kann, die keine marktbeherrschende Stellung innehaben³⁷⁷. Einen ergebniskausalen Zusammenhang mit der Marktbeherrschung sieht das BKartA in tatsächlichen und potenziellen Behinderungswirkungen zulasten von Wettbewerbern, etwa

³⁷³ BKartA, 06.02.2019, Az. B6-22/16, Rz 873 – Facebook.

³⁷⁴ BKartA, 06.02.2019, Az. B6-22/16, Rz 876 ff. – Facebook.

³⁷⁵ Thomas, NZKart 2017, 92; Franck, ZWeR 2016, 137, 152.

³⁷⁶ Mohr, EuZW 2019, 273.

³⁷⁷ Bueren, Die Neufassung der Missbrauchsgeneralklausel durch die 10. GWB-Novelle im Lichte des Facebook-Beschlusses, ZHR 2021, 556.

dadurch, dass durch den Datenvorsprung von Facebook Markteintrittsbarrieren verstärkt würden, was insgesamt einen besonders wettbewerbsschädliche Verstoß und somit realistischen Umfang gegen das Missbrauchsverbot bedeutet³⁷⁸. Für eine ausreichende Ergebniskausalität genügt es also, dass die Verhaltensweise zwar grundsätzlich jedem Unternehmen möglich ist, sich aber nur bei marktbeherrschenden Unternehmen schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb einstellen³⁷⁹ und zusätzlich der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Letzteres hat das BKartA angenommen, weil die vom OLG geforderte strikte Kausalität des Verhaltens eine hinreichende, aber keine notwendige Voraussetzung für die Anwendung von Art 19 Abs 1 dGWB ist, wenngleich sich das Erfordernis der strengen Kausalität für Art 19 Abs 2 Nr 2 dGWB bereits aus dem Grundsatz des Als-ob-Wettbewerbs als solches ergibt³⁸⁰. Schließlich entnimmt das BKartA diese Ansicht des BGH Urteiles zu VBL Gegenwert I und II³⁸¹. Ausschlaggebend hierfür war, dass die Nutzer bekannterweise immer größere Datenmengen preisgeben und dadurch stets transparenter als Verbraucher werden. Facebook kann aufgrund der missbräuchlichen Datennutzung der Verbraucher, sein Produkt „soziales Netzwerk“ optimieren und die Bindungseffekte offensichtlich verstärken. Jedenfalls ist in Fällen wie bei Facebook, in denen die angewandten Konditionen zu nachteiligen Marktergebnissen führen, welche bei funktionierendem Wettbewerb nicht zu erwarten gewesen wären, und zugleich objektiv geeignet sind, den Wettbewerb zu behindern, die von Art 19 Abs 1 dGWB geforderte Kausalität nicht zu leugnen³⁸².

Weiterhin besteht die Gefahr, dass die Marktmacht von Facebook auch auf den Online-Werbemärkten zunimmt, da Facebook, wie bereits erwähnt, angesichts der Menge an Daten und Datenanalysen, zunehmend zu einem unerlässlichen Partner für personalisierte Werbung wird. Daher ist mE der Druck auf den Markt für soziale Netzwerke und auch auf Drittmärkte nachvollziehbar. Allerdings widerspricht diese Schlussfolgerung eindeutig der Idee des Wettbewerbsrechts. Darin sollte der freie Wettbewerb und entsprechende Wahlmöglichkeiten für die Marktteilnehmer gewährleistet sein. Schließlich lässt die Ergebniskausalität einen vertretbaren Umfang der Missbrauchsüberwachung zu³⁸³. Eine verschärfte Kausalitätsanforderung, wie bei der strengen Kausalität, würde den Anwendungsbereich der

³⁷⁸ Vgl *Monopolkommission*, 22. Hauptgutachten, 258.

³⁷⁹ BGH, KVR 69/19, Rz 76.

³⁸⁰ *Thomas*, ZWeR 2014, 119, 140

³⁸¹ BGH, 06.11.2013, Az. KZR 58/11–VBL Gegenwert I; BGH, 24.01.2017, Az. KZR 47/14–VBL Gegenwert II.

³⁸² BGH, KVR 69/19, Rz 77.

³⁸³ *Barth*, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, 218.

Norm erheblich einschränken, zumal offensichtlich nahezu jedes kartellrechtswidrige Verhalten auch von nicht marktbeherrschenden Unternehmen ausgeübt werden könnte.

Die Ergebniskausalität ist in besonderem Maße auch dem Schutz des Wettbewerbs dienlich, weil sie die negativen Auswirkungen missbräuchlichen Handelns auf den Wettbewerbsprozess in den Vordergrund rückt und damit dem eher wirkungsorientiert ausgerichteten Ansatz der Missbrauchsaufsicht Rechnung trägt³⁸⁴. In der Tat bedarf der Einsatz von Missbrauch als Instrument zur Korrektur von Marktergebnissen eines spezifischen Zusammenhangs mit dem Schutzzweck des Kartellgesetzes, weshalb auf eine strenge Kausalität in Missbrauchsfällen gefordert werden könnte und im folgenden Kapitel näher beschrieben wird³⁸⁵. Eine mögliche Behauptung, dass es lediglich darum geht, die Gegenseite und nicht die Marktstruktur zu schützen, verkennt aber die Notwendigkeit, dass die Aufrechterhaltung einer freien Wettbewerbsstruktur die andere Seite vor möglicher Ausbeutung durch die freie Wahl auf dem EU-Binnenmarkt bewahren sollte. Hintergrund hierfür ist, dass eine Ausweitung der Aktivitäten eines marktbeherrschenden Unternehmens auf mögliche Nachbarmärkte der EU, auch die bereits vorhandene marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens bekräftigen und damit zeitgleich die Marktstruktur zum Nachteil von (potenziellen) Wettbewerbern beeinträchtigen könnte. Dementsprechend kann diese Ausweitung einen Verstoß gegen Art 102 AEUV bedeuten, unabhängig davon, was für Maßnahmen konkret ergriffen werden³⁸⁶.

10.4.3 Strenge Kausalität

Strenge Kausalität ist gegeben, wenn ein Verhalten, das beanstandet wird, ausschließlich für ein marktbeherrschendes Unternehmen realisierbar ist³⁸⁷. In Bezug auf die Verwendung unangemessener Konditionen hieße das, dass die Verbraucher diesen Konditionen nur zustimmen konnten, weil Facebook marktbeherrschend tätig ist. Bei einem wirksamen Wettbewerb hingegen würden sie sich für die besseren Konditionen der Wettbewerber entscheiden³⁸⁸. Synonyme der strengen Kausalität sind Handlungskausalität, Verhaltenskausalität oder auch instrumentelle Kausalität³⁸⁹.

³⁸⁴ *Eilmansberger/Bien* in Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg), Art 102, Rz 137.

³⁸⁵ *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 166; OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, 12.07.2017 – VI-U (Kart) 16/13, Rz 130 ff.

³⁸⁶ *Fuchs* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rz 401.

³⁸⁷ *Barth*, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, 279.

³⁸⁸ *Grewe*, Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument¹, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2020, 279.

³⁸⁹ Vgl. *Barth*, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, 280.

Auch im Falle von Facebook ist nach Ansicht des Bundeskartellamtes eine solche strenge Kausalität vorhanden³⁹⁰, was bedeutet, dass nachgewiesen werden sollte, dass die Datenverarbeitungskonditionen gerade und allein wegen der Marktmacht so ausgestaltet werden konnten. Ausgehend von seinen Ausführungen stellt das BKartA fest, dass die strenge Kausalität im konkreten Fall gegeben ist, da der Verstoß gegen den Datenschutz (und nicht das zugrunde liegende Verhalten) ausschließlich von einem marktbeherrschenden Unternehmen verübt werden kann³⁹¹.

Auch das OLG Düsseldorf setzt voraus, dass beim Ausbeutungsmissbrauch eine strenge Kausalität erforderlich ist, aber nicht beim sog Behinderungsmissbrauch³⁹². Für eine strenge Kausalität als Tatbestandsvoraussetzung des Konditionenmissbrauchs spricht hingegen, dass nur dadurch ein Bezug zum Schutzzweck des Kartellrechts hergestellt wird. Wäre dies nicht der Fall, würde das Kartellrecht zu einem bloßen Sanktionstatbestand des Verbraucherschutzgesetzes führen³⁹³. Eine derartige strenge Kausalität setzt zusätzlich voraus, dass zum einen die Kunden von Facebook das unzulässige Verhalten kennen und zum anderen die auferlegten Konditionen keineswegs als gleichgültig gewertet werden, sondern sie es nur im gewissen Maße tolerieren, weil das marktbeherrschende Unternehmen nachlässig mit den angebotenen Konditionen ist³⁹⁴. Diese Merkmale liegen im Fall von Facebook nur teilweise vor, was im Kapitel der freiwilligen Einwilligung näher erläutert worden ist.

10.5 Zusammenfassung

Die Erhebung unangemessener Konditionen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen stellt nicht von Beginn an einen Machtmissbrauch dar, sondern ist nur dann kartellrechtlich relevant, wenn das Unternehmen diese Konditionen entweder gerade wegen seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann (strenge Kausalität) oder weil sich dieses Verhalten an sich gerade deshalb negativ auf den Wettbewerb auswirkt, weil es von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht (normative Kausalität)³⁹⁵. Ungeachtet dessen lässt sich festhalten, dass im Urteil eben nicht auf ein Kausalitätserfordernis verzichtet werden kann, da Art 19 Abs 1 dGWB die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verlangt³⁹⁶.

³⁹⁰ BGH, KVR 69/19, Rz 82.

³⁹¹ BKartA, 06.02.2019, Az. B6-22/16, Rz 880.

³⁹² OLG Düsseldorf, 26.08.2019, Az. VI Kart 1/19 (V), 17 ff. – Facebook.

³⁹³ Vgl. *Franck*, ZWeR 2016, 137 ff.

³⁹⁴ *Körber*, NZKart 2019, 187, 193; *Franck*, ZWeR 2016, 137, 158 f.

³⁹⁵ *Frank*, ZWeR 2016, 137, 151 f.

³⁹⁶ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 78.

Ausgehend von der Annahme, dass bei funktionierendem Wettbewerb keine Rechtsverstöße begangen werden, könnte man dies mithilfe der strengen Kausalität prüfen. Die strenge Kausalität lässt Rückschlüsse auf den Als-ob-Wettbewerb zu, da beide Konzepte miteinander in einem logischen Zusammenhang stehen³⁹⁷. Wenn nachgewiesen wird, dass eine Nutzungskondition im Falle eines Als-ob Wettbewerbs, vermutlich nicht in den Vertrag aufgenommen worden wäre, sagt dies jedoch nichts über den Rest der Geschäftsbeziehung aus. So hat das OLG Düsseldorf zum einen die aufschiebende Wirkung der Beschwerde von Facebook anerkannt und zum anderen jedoch festgestellt, dass diese Voraussetzung durch den Als-ob-Wettbewerb nicht hinreichend erfüllt worden ist³⁹⁸. Infolgedessen wurde das BKartA darauf aufmerksam gemacht, dass keine aussagekräftigen Befunde vorherrschen, um zu evaluieren, welche Konditionen sich anderweitig gebildet hätten. Im weiteren Verlauf wurde sich dann überwiegend auf das Als-ob-Wettbewerbskonzept gestützt³⁹⁹.

Weiters verweist das OLG Düsseldorf darauf, dass der Missbrauch auch darauf ausgerichtet ist, ein Verhalten zu verhindern, das mit der Unabhängigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Wettbewerbern und Verbrauchern in Zusammenhang steht⁴⁰⁰. Erst bei einem solchen Kausalitätsnachweis ist die Anwendung des Missbrauchsverbots durch den Regelungszweck des Kartellrechts gerechtfertigt⁴⁰¹. Selbst wenn man mit dem OLG Düsseldorf darin übereinstimmt, kann man vernünftigerweise argumentieren, dass der vom OLG vorgeschlagene Maßstab zu limitierend ist⁴⁰². Der Zweck der Norm wäre auch erfüllt, wenn ein Kausalitätsnachweis vorliegt⁴⁰³. Allerdings müsste das BKartA dies positiv nachweisen, bspw durch Studien oder Interviews.

Trotz gewisser Vorbehalte kann die normative Kausalität die notwendige Verbindung zwischen Verhalten und Marktmacht im Bereich der Ausbeutung herleiten, wenngleich es Stimmen in der Literatur gibt, die keinen Raum für einen normativen Charakter zulassen⁴⁰⁴. IdZ ist eine strenge Kausalität mEn nicht erforderlich und abschließend zu negieren, da ua viele dieser Verhaltensweisen im Prinzip für jedes Unternehmen möglich sind. So können bspw auch Unternehmen, die keine beherrschende Stellung auf einem Markt einnehmen, wettbewerblich

³⁹⁷Vgl *Grewe*, Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument, Baden-Baden 2020, 320

³⁹⁸ OLG Düsseldorf, 26.08.2019 - VI-Kart 1/19, Rz 28.

³⁹⁹ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 69.

⁴⁰⁰ OLG Düsseldorf, 26.08.2019, Az. VI Kart 1/19 (V), 18.

⁴⁰¹ *Körber*, NZKart 2019, 192 f.; OLG Düsseldorf, 26.08.2019, Az. VI Kart 1/19 (V), 21.

⁴⁰² *Barth*, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, 293.

⁴⁰³ Vgl *Bien*, Blogbeitrag vom 20.12.2017, <https://www.d-kart.de/blog/2017/12/20/das-fac-ebook-verfahren-des-bundeskartellamts-zum-zusammenhang-zwischen-marktbherrschaft-und-missbrauch/> (abgefragt am 12.04.2023)

⁴⁰⁴ Vgl *Franck*, Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmisbrauch durchrechtswidrige Konditionen, ZWeR 2016, 137.

problematische Ausschließlichkeitsvereinbarungen eingehen⁴⁰⁵. Dasselbe gilt wahrscheinlich auch für die missbräuchliche Ausnutzung, sodass im Prinzip jedes Unternehmen ähnliche Bedingungen oder Preise anbieten könnte. Ob die betreffenden Unternehmen dies erfolgreich tun, entscheidet sich in einem wettbewerbsorientierten Markt von selbst und ist kein Untersuchungstatbestand in dieser Arbeit.

Weiters hat der Gesetzgeber insb für den Fall der klassischen Kopplung klargestellt, dass die missbräuchliche Ausnutzung auf den Abschluss mit dem Marktbeherrscher basiert⁴⁰⁶. Die danach erforderliche Kausalität ist nach dem Zweck der Missbrauchsaufsicht zu ermitteln⁴⁰⁷. Im BGH-Urteil wurde demnach angenommen, dass die Verwendung unangemessener Geschäftskonditionen, die die Beendigung einer langjährigen Vertragsbeziehung mit einem Normadressaten des Art 19 Abs 1 dGWB nachhaltig erschweren, regelmäßig einen Missbrauch von Marktmacht darstellt⁴⁰⁸. Anhaltspunkt hierfür hat die Rsp von VBL-Gegenwert gegeben⁴⁰⁹. Demnach führt es mE eben genau durch die Marktmacht von Facebook dazu, dass missbräuchliche Auswirkungen auf das Marktgeschehen und Wettbewerb entstehen (normative Kausalität). Dieses Kausalitätserfordernis ist mMn am überzeugendsten, um den Eingriff in das Kartellrecht zu begründen, da der Wechsel zur Alternative im sozialen Netzwerkmarkt, durch die Alternativlosigkeit nachweislich erschwert worden ist. Das bedeutet wiederum, dass es ausreichend ist, wenn sich das Verhalten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im Ergebnis als wettbewerbsschädlich erweist. Somit besteht im Fall von Facebook die Tatsache, dass ein Kausalzusammenhang mit der wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung vorherrscht und der Verstoß gegen Datenschutzrecht eben „Ausfluss“⁴¹⁰ der Marktmacht darstellt, was die Nutzer zum Akzeptieren der Konditionen nötigt.

Bekannterweise ist die entstandene Marktmacht von Facebook ein Mittel, welches die Möglichkeiten zur Gegenwehr gegen Rechtsverletzungen bspw in Form eines Ausweichens auf alternative Anbieter oder der Geltendmachung der eigenen Stellung zusätzlich beeinträchtigen und ist somit weiteres Argument für das notwendige Kausalitätserfordernis⁴¹¹. Dieser Anspruch gilt ungeachtet dessen, ob der Konditionenmissbrauch nach Art 102 Abs 2 lit a AEUV, Art 19 Abs 2 Nr 2 dGWB oder der Generalklausel nach Art 19 Abs 1 dGWB geprüft wird. Daraus folgt auch, dass in Abwesenheit von direkter Marktmacht, Verstöße gegen

⁴⁰⁵ *Möschel*, Der Oligopolmissbrauch, 204 ff.

⁴⁰⁶ Vgl Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Drucksachen 28.06.1957, 3644, 1158, zu BT-Drucks. 2/3644, 26.

⁴⁰⁷ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 74.

⁴⁰⁸ BGH, 23.06.2020, KVR 69/19, Rz 80.

⁴⁰⁹ Vgl BGH, 24.01.2017 - KZR 47/14, Rz 35.

⁴¹⁰ BGH, 16.11.2013, KZR 61/11, VBL-Gegenwert, Rz 68.

⁴¹¹ Vgl *Nothdurft* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 Rz 211.

außerkartellrechtliche Vorschriften, wie bspw das Datenschutzrecht, in erster Linie durch die einschlägigen Verbraucherschutzvorschriften geahndet werden⁴¹².

Hingegen stützte sich das OLG Düsseldorf eben auf die strenge Kausalität, was mE schwierig nachvollziehbar ist, denn Befunde hinsichtlich der Nutzungskonditionen zu identifizieren, welche in einem funktionierenden Wettbewerb möglich wären, ist kaum durchführbar. Die Annahme einer strengen Kausalität in der Art, dass das begangene Verhalten auch von anderen nicht adressierten Unternehmen ausgeübt werden könnte, ist nicht tragfähig⁴¹³. Zugleich kann nicht davon ausgegangen werden, dass die erwähnten Merkmale hinsichtlich der auferlegten Konditionen an die Nutzer, vorab im vollem Umfang verstanden und eingeordnet werden können. Weiters kann nicht vorausgesetzt werden, dass das Verständnis für die Nutzungskonditionen über alle Nutzergruppen gleichmäßig verteilt ist. Demnach besteht mEn zumindest teilweise ein Informationsmangel⁴¹⁴, jedoch auch ein wirtschaftliches Machtgefälle. Die Toleranz des unzulässigen Verhaltens seitens Facebook, wird mMn nur durch die Alternativlosigkeit am Markt und dem Zugehörigkeitsgefühl der Nutzer ausgeglichen. In welchem Umfang der Mangel aufgehoben werden muss und welche Institution letztendlich dafür verantwortlich ist, kann mMn nicht abschließend in dieser Arbeit diskutiert werden. Aus diesen Gründen ist die Auffassung des weniger strengen Maßstabes der Ergebniskausalität (normative Kausalität) wie bereits erwähnt, beizupflichten und mE folgerichtig, sofern man nach der Rsp des BGH den „Ausfluss“ von Marktmacht als Argumentationsstütze annimmt. Nach dieser Rsp muss allein die wettbewerbsschädliche Wirkung wegen der Marktmacht des Verwenders eintreten, die im Fall von Facebook durch den Missbrauch von personenbezogenen Daten als Wettbewerbsfaktor grundsätzlich zu bejahen ist. Enorme digitale Ökosysteme sind auf personenbezogenen Daten aufgebaut, so dass der Bezug zum Wettbewerb mEn nachvollziehbar ist. Eine ähnliche Wirkung trat im erwähnten OGH Urteil⁴¹⁵ auf, in dem die Handlungsfreiheit als Vertragspartner durch das einseitige Interesse des Marktbeherrschers durch unlautere Mittel eingeschränkt worden ist. Demzufolge kam es zu einer unangemessen und va unverhältnismäßigen Bindung der Nutzer, die mE Auswirkungen auf dessen wettbewerblichen Aktivismus hatte.

Gleichwohl kommt das Kriterium der Marktmacht durch die „Hintertür“ ins Datenschutzrecht und dient als Schnittstelle zum Kartellrecht. Dies liegt daran, dass die Marktmacht bei der datenschutzrechtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit, Relevanz bei einer Einwilligung

⁴¹² Körber, NZKart 2016, 348.

⁴¹³ Nothdurft in: Langen/Bunte (Hrsg), Kartellrecht Kommentar, 2018 § 19 Rz 472.

⁴¹⁴ Vgl Körber, NZKart 2019, 187, 193.

⁴¹⁵ Vgl OGH, 17.02.2021, 16 Ok 4/20d.

erlangt. Zentral für die Bestimmung der Freiwilligkeit ist abermals die Frage, ob ein Ungleichgewicht zwischen Marktbeherrscher und dem Nutzer besteht. IdZ lassen sich ebenfalls eigentumseinschränkende Parallelen zum Facebook-Urteil ziehen. Darin werden den Verbrauchern die informationelle Selbstbestimmung entzogen und somit mEn auch das Recht auf deren Daten, iSd Freiwilligkeit zu verfügen. Unterstützend anzusehen ist hierfür das erwähnte Tetra Pack-Urteil, in dem die Nutzungsbeschränkungsklauseln beanstandet worden sind. Eine Stärkung der Selbstbestimmung einzelnen Nutzer gem den erwähnten Art 7 Abs 4 DSGVO ist damit ebenfalls nicht gegeben, wodurch eine geringere Datenkontrolle der Privatnutzer verstärkt wird. Letztlich ist die Verweigerung der Einwilligung in die Nutzungskonditionen, keine realistische Möglichkeit, da sie dem Markt der sozialen Medien einigermaßen alternativlos gegenüberstehen. Demzufolge weist die Einwilligung der Nutzer von Facebook mE nicht die nach Art 6 Abs 1 lit a) DSGVO notwendige Freiwilligkeit auf.

11 Schutzzwecke im Datenschutzrecht und in der Missbrauchsaufsicht

Der Datenschutz ist ein wichtiger Bestandteil moderner Gesellschaften und wird durch zahlreiche rechtliche Regelungen geschützt. Dabei spielt der Schutzzweck eine zentrale Rolle, weil damit die Grenzen des Datenschutzes bestimmt werden und die notwendigen Maßnahmen zur Einhaltung dieser Grenzen festlegt. Im folgenden Text soll der Fokus auf die Schutzzwecke im Datenschutzrecht und in der Missbrauchsaufsicht gelegt werden. Zudem wird erörtert, welche Rolle die Aufnahme von Datenschutzinteressen in das Wettbewerbsrecht spielen kann.

11.1 Rechtsgrundlagen

Während im Rechtssystem der Mitgliedstaaten klar ist, dass die einfachgesetzlichen Kartellgesetze verfassungskonform und damit va grundrechtskonform auszulegen sind, sind im Unionsrecht die einschlägige Kartellrechtsvorschrift Art 102 AEUV über das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und die genannten

Grundrechte formal gleichrangig, da sie beide Primärrecht darstellen⁴¹⁶.

11.1.1 AEUV

Das für diese Arbeit einschlägige Unionsrecht enthält in Art 101 und Art 102 AEUV wettbewerbsrechtliche Vorschriften, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar gelten und als wichtigste Vorschriften gelten⁴¹⁷. Dem Wortlaut der genannten Vorschriften nach gelten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen als Adressaten, wenngleich der Begriff "Unternehmen" in der Rechtsprechung des EuGH als "funktionaler Unternehmensbegriff" betrachtet wird⁴¹⁸. Die EU-Wettbewerbsregeln sind grundsätzlich extraterritorial anwendbar, sodass es nach dem Wortlaut "Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt"⁴¹⁹ bzw. "missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben"⁴²⁰ keine Rolle spielt, an welchem Ort eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme ergriffen wurde und wer diese Maßnahme erlassen hat, sofern die Auswirkungen auf den gemeinsamen Markt beachtet werden können⁴²¹. Nach diesem Grundsatz sind die EU-Wettbewerbsregeln immer dann anzuwenden, wenn eine Vorgehensweise, welche den Markt einschränkt oder auch negative Folgen für den Binnenmarkt, mit sich bringt.

11.1.1.1 Zusammenspiel von Art 102 und nationalem Kartellrecht

In Anbetracht dessen, dass nach der Rsp des EuGH auch das Primärrecht grundrechtskonform auszulegen ist, ist auch Art 102 AEUV, wie erwähnt, grundrechtskonform⁴²². Nachdem die DSGVO aufgrund ihrer weiten Rechtfertigungsgründe (insb auch Art 6 Abs 1 lit e und f DSGVO) jedenfalls im Hinblick auf ihre grundrechtlichen Werte primär rechtskonform ist, ist das Vorliegen eines datenbezogenen Verwertungsmissbrauchs nach Art 102 AEUV auch nach der DSGVO zu prüfen. Nachdem die Grundrechtserwägungen der DSGVO für alle personenbezogenen und faktischen Daten aller der DSGVO unterworfenen Parteien gelten, muss das Vorliegen eines datenbezogenen Nutzungsmissbrauchs gem Art 102 AEUV auch in

⁴¹⁶ Vgl *Weber* in: Schulte/Just (Hrsg), *Kartellrecht Kommentar*² (2016), Art 102 AEUV Rn 2 ff.

⁴¹⁷ *Weber* in: Schulte/Just, *Kartellrecht*², Art 102 AEUV Rn 1.

⁴¹⁸ *Jäger*, *Materielles Europarecht*², Lehr- und Handbuch zum Recht des EU-Binnenmarkts, Lexis Nexis ARD ORAC 2020, 266.

⁴¹⁹ Art 101 AEUV.

⁴²⁰ Art 102 AEUV.

⁴²¹ *Eilmansberger/Kruis* in *Streinz*³, Art 101 – 106 AEUV Vorbemerkungen Rz 21 ff.

⁴²² EuGH, 8.4.1992, Rs. C-62/90 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), ECLI:EU:C:1992:169, Slg. 1992, I-2575, Rz 23

Bezug auf alle Daten aller der DSGVO unterworfenen Parteien gem den Grundrechtserwägungen der DSGVO (insb Art 6 Abs DSGVO) beurteilt werden. Da die Angaben aber allgemein in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen⁴²³ und die in der DSGVO genannten Rechtfertigungsgründe taxativ aufgezählt sind, trifft mE die Aussage zu, dass die kartellrechtlichen Wertungen ausschließlich der DSGVO zu entnehmen sind.

11.1.2 Reichweite des Schutzzweckes

In der einschlägigen Fachliteratur wurde die EK aufgefordert, in Wettbewerbsfällen nicht effizienzbezogene Belange stärker zu berücksichtigen⁴²⁴. Der Schutz von nicht wirtschaftlichen Erwägungen durch die Anwendung des Wettbewerbsrechts kann zugleich auch zu Rechtsunsicherheit beitragen und die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln im Einzelfall erschweren. Eine ähnliche Abwägung der Vor- und Nachteile erfolgt bei der Frage, ob die Berücksichtigung von Datenschutzinteressen in der EU-Wettbewerbspolitik erstrebenswert ist. Trotzdem bleibt festzuhalten, dass die Kartellrechtsverordnung die Durchführung der in Art 101 und 102 AEUV enthaltenen Wettbewerbsregeln regelt. Diese VO wurde 2002 auf der Grundlage der Ermächtigung in Art 103 Abs 2 lit e AEUV ua zum Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen im gemeinsamen Markt beschlossen und regelt in Art 3 die parallele Anwendbarkeit des nationalen und europäischen Kartellrechts⁴²⁵. Durch die sog Zwischenstaatlichkeitsklausel wird also die Grenze für die ausschließliche Anwendung des nationalen Rechts gezogen⁴²⁶. Ergänzend zur parallelen Anwendung von nationalem und europäischem Kartellrecht definiert Art 3 der Kartellverfahrensverordnung auch eine besondere Form des allgemeinen Anwendungsvorrangs des Unionsrechts, der sich jedoch für Art 101 und Art 102 AEUV aufgrund von Art 3 Abs 2 der Kartellverfahrensverordnung differenziert⁴²⁷. Dabei sind im Bereich des Art 102 AEUV sehr wohl strenger nationale Bestimmungen vorgesehen, sofern sie das Ziel haben, einseitige Unternehmenshandlungen zu unterbinden⁴²⁸.

11.2 Datenschutzrechtliche Schutzbereiche

⁴²³ Vgl *Bäcker* in Wolff/Brink (Fn 76), Art. 2 Abs. 8 DSGVO.

⁴²⁴ *Van Rumpuy*, Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non- efficiency Considerations under Article 101 TFEU in A. SUTTON (ed.) International Competition Law Series, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012.

⁴²⁵ Kartellverfahrens-VO ErwGr 1.

⁴²⁶ *Wollmann* in: Mayr/Stöger, Art 101 AEUV Rz 71.

⁴²⁷ *Jäger*, Materielles Europarecht 265.

⁴²⁸ Kartellverfahrens-VO, Art 3 (2).

Beim Vergleich von Datenschutzrecht und Kartellrecht, ist es nicht zielführend den Zusammenhang zwischen beiden Rechtsgebieten aus dem gemeinsamen Schutzzweck des Verbraucherschutzes herzuleiten. Eine generelle Überschneidung von Schutzziel und Schutzzweck mit dem Wettbewerb ist jedoch Voraussetzung für den notwendigen Zusammenhang zwischen Datenschutzrecht und Missbrauchsaufsicht.

Im Allgemeinen gilt, dass die Schutzzwecke des Datenschutzes mannigfaltig sind. Der Datenschutz soll dabei vor allem die Entscheidungsfreiheit der Betroffenen schützen im Datenverkehr gem Art 1 DSGVO. Zeitgleich wird sich auf den freien Datenverkehr appelliert, der für die Kommerzialisierung der Daten gem Art 1 I und III DSGVO förderlich sein soll.

In den Fokus gerückt wird die Annahme, dass es beim Datenschutz grundsätzlich um den Schutz der Verhaltensfreiheit des Einzelnen geht⁴²⁹. In diesem Zusammenhang ist auch die kommerzielle Fairness im Umgang mit personenbezogenen Daten maßgebend⁴³⁰.

Abschließend ist darüber hinaus festzustellen, dass der Einzelne in seiner informationellen Selbstbestimmung gem Art 4 Nr 11 zu schützen ist, die sich auf das europäische Recht aus dem weiter gefassten Recht auf Datenschutz gem Art 8 GRC stützt. Art 8 GRC vereinheitlicht ebenso wie Art 16 AEUV das Recht auf Datenschutz, das sich folglich aus dem Schutz der Privatheit in Art 7 GRC und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ableitet. Auch dieser Bereich des Schutzes kann zwar im Wesentlichen zu den Freiheiten im Wettbewerb gehören, wird jedoch nur zum Teil durch das geltende Datenschutzrecht abgedeckt⁴³¹.

Der dem europäischen Datenschutzrecht zugrundeliegende enge Bezug zum Binnenmarkt gem Art 1 III DSGVO und ErwGr 2, 5, 10 DSGVO und die Vereinheitlichung des Marktortprinzips halten zusätzlich den Wettbewerbsbezug des Datenschutzrechts fest: Ziel ist es, gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle zu schaffen, ausschließlich der in ErwGr 18 erwähnten Verarbeitung personenbezogener Daten für persönliche oder familiäre Tätigkeiten.

Die kartellrechtliche Zulässigkeit von nicht kartellrechtlichen Verstößen hat der EuGH bisher nicht anerkannt⁴³². Auf europäischer Ebene ist insb eine Verknüpfung von Datenschutzrecht und Kartellrecht abgelehnt worden, wenn auch bisher nicht in einem Missbrauchsverfahren wie im Fall Facebook⁴³³. Wie bereits im Kapitel „außerkartellrechtlicher Rechtsverstoß“ erwähnt, können nach europäischem Recht Verstöße gegen das außerkartellrechtliche Recht unter bestimmten Umständen einen Missbrauch nach Art 102 AEUV darstellen, wie bspw ein entstandener Nachteil iSd Konsumentenwohlfahrt. Angesichts der zahlreichen

⁴²⁹ Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 39 Rn 146.

⁴³⁰ Kalimo/Majcher, E.L.Rev.2017, 210 (216f.)

⁴³¹ Körber, NZKart 2019, Rz 20.

⁴³² EuGH, 06.12.2012 – C-457/10 (132).

⁴³³ Volmar/Helmdach, European Competition Journal 2018, 195 (209).

wirtschaftlichen Auswirkungen des Daten(schutz)rechts ist jedoch davon auszugehen, dass sich diese Betrachtungsweise zukünftig wandeln wird⁴³⁴. So gibt der EuGH keine triftigen Gründe für die konsequente Aufteilung der Rechtsgebiete an, sondern spricht bislang nur davon, dass das Kartellrecht unabhängig von anderen Rechtsgebieten zu beurteilen sei⁴³⁵.

Die Interpretation der Tatbestandsmerkmale von Art 102 AEUV, einschließlich der wirtschaftlichen Aspekte, obliegt den europäischen Gerichten und den nationalen Wettbewerbsbehörden, wirtschaftliche Faktoren bei ihrer Anwendung zu beachten⁴³⁶.

11.2.1 Übereinstimmungen und Unterschiede zwischen kartellrechtlichen und datenschutzrechtlichen Schutzzwecken

In gewisser Weise überschneiden sich die Ziele des EU-Wettbewerbsrechts und des Datenschutzrechts. Beide Rechtsbereiche zielen darauf ab, die Allgemeinheit (entweder Verbraucher oder einzelne betroffene Personen) zu schützen und zum Funktionieren des Binnenmarktes hinzuwirken⁴³⁷. Weiterhin wird die individuelle Handlungs- und marktbezogene Entscheidungsfreiheit und damit einhergehend auch die private Grundrechtsposition in den Mittelpunkt gerückt. Insgesamt sind jedoch die Mittel, mit denen diese Ziele verfolgt werden, offensichtlich recht unterschiedlich. Das EU-Datenschutzrecht zielt darauf ab, das Grundrecht auf Datenschutz zu schützen, indem es dem Einzelnen die Verfügungsmacht über seine personenbezogenen Daten einräumt und Beschränkungen für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten aufstellt. Durch das EU-Wettbewerbsrecht hingegen soll das Wohl der Verbraucher gefördert werden, indem gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken, missbräuchliches Verhalten und Zusammenschlüsse vorgegangen wird, die den wirksamen Wettbewerb erheblich erschweren. Im Übrigen orientiert sich das EU-Datenschutzrecht wie erwähnt an den Menschenrechten, während die Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts vor dem Hintergrund einer eher wirtschaftliche Analyse erfolgt.

Ferner haben beide Gebiete gemeinsam, dass bei unausgewogenen Verhandlungspositionen ein Ausgleich angestrebt wird⁴³⁸. Dabei sind die zu schützenden Gruppen offenkundig Privatpersonen und somit deckungsgleich, solange die andere Marktseite natürliche Personen umfasst. Daher ist anzunehmen, dass eine objektive Überschneidung der Schutzzwecke immer

⁴³⁴ Vgl. *Schneider*, Journal of European Competition Law & Practice 2018, 213 (221) oder Abschnitt 'Datenschutz als nicht-wirtschaftliches Element der Wettbewerbspolitik'

⁴³⁵ EuGH, 06.12.2012 – C-457/10 (132)

⁴³⁶ *Haratsch/Koenig/ Pechstein*, Europarecht 7, 2010, 513, Rz 1054.

⁴³⁷ Vgl. *Graef*, EU competition law, data protection and online platforms, 285, 323.

⁴³⁸ *Nothdurft* in: Langen/ Bunte (Hrsg.), § 19 Rn 192.

dann vorhanden ist, wenn die datenbezogene Handlungsfreiheit von natürlichen Personen mit ihrer wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit auf dem freien Markt zusammenfällt. Sind datenschutzrelevante Beschränkungen Ausgangspunkt für individuelle Nachteile hinsichtlich der Entscheidungsfreiheit am Markt, führt das mAn dazu, dass beide Schutzzwecke ineinandergreifen. Weiterhin ist zusätzlich auf die Konsumentenwohlfahrt einzugehen. Es wurde innerhalb der Einführung der DSGVO ein einheitliches "level playing field" für europäische Unternehmen eingerichtet, welches vorhandene Wettbewerbsverzerrungen und Marktzugangsbarrieren, die sich aus unterschiedlichen nationalen Datenschutzregelungen ergeben, beseitigen soll⁴³⁹. Auch das Kartellrecht ist, wie bereits oben erwähnt, darauf ausgerichtet, Kommerzialisierungsfairness iSd Verbraucher zu gewährleisten, sodass dahin gehend beide Rechtsgebiete denselben Gedanken aufgreifen⁴⁴⁰. Somit zeigt der Vergleich zwischen Datenschutzrecht und kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle, dass es grundsätzlich vertretbar ist, datenschutzrechtliche Belange in die Missbrauchskontrolle einzubeziehen. Die Schutzrichtungen sind teilweise überlappend, überschneiden sich aber nicht in Gänze, sodass es keine Pauschalisierung geben kann. Jedoch ist mE auffällig, dass alle genannten Rechtsbereiche darauf zum Ziel haben, Ungleichgewichte im Verhältnis zwischen einzelnen Rechtssubjekten und insb in Vertragsverhandlungssituationen zu korrigieren.

Dennoch gibt es fundierte Gründe, die gegensätzliche Bemerkungen zulassen können. Von einem Zusammentreffen der Regelungszwecke lässt sich in dieser Allgemeinheit für das Datenschutzrecht allerdings nicht ausgehen⁴⁴¹, obwohl datenschutzrechtliche Verbote, ähnlich wie das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht, dem Wettbewerbsverhalten eindeutige Grenzen setzen. Demnach liegt der Ausgangspunkt für datenschutzrechtliche Verstöße, nicht in der Einschränkung des Wettbewerbs, sondern auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des einzelnen Nutzers. Dieses Schutzfeld kann zwar grundsätzlich auch zu den Freiheiten im Wettbewerb angehören, wird vom geltenden Datenschutzrecht jedoch nur in einem partiellen Bereich erfasst⁴⁴². Letzteres kann folgendermaßen konkretisiert werden: Ein grundsätzlich rechtmäßiges Interesse eines Trägers des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, kann auch der Verzicht auf dessen Schutz sein⁴⁴³. In seiner Eigenschaft als Wirtschaftssubjekt, kann es Marktgegner eines marktbeherrschenden Unternehmens sein und

⁴³⁹ Vgl BMWK, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Digitale-Welt/europaeische-datenschutzgrundverordnung.html> (abgefragt am 13.04.2023)

⁴⁴⁰ *Volmar/Helmdach*, European Competition Journal 2018, 195 (203 ff.).

⁴⁴¹ *Rempe*, Marktmachtmissbrauch durch Datenverstöße, K&R 2017, 149 (152).

⁴⁴² *Körber*, NZKart 2019, 187 (193).

⁴⁴³ Vgl *Franzius*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, ZJS 3/2015,261.

idZ in den Genuss des Schutzes des Konditionenmissbrauchs kommen, in dem gem Art 102 S 2 lit a AEUV ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht die unmittelbare oder mittelbare Anwendung von unangemessenen Konditionen gegenüber Mitbewerbern und/oder Verbrauchern durchsetzen darf. Allerdings bedeutet dieser Umstand keineswegs, dass der Betroffene daran gehindert wird, auf den Schutz seines informationellen Selbstbestimmungsrechts zu gänzlich verzichten. Sollten jedoch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen unmittelbar zutreffend sein, würde für diesen Verzicht ein verschärfter Rahmen gelten⁴⁴⁴. Das Datenschutzrecht vertritt hier einen bevormundenden Ansatz, der teilweise im deutlichen Gegensatz zur Ausübung der Wettbewerbsfreiheiten zu sehen ist. Daraus folgt offenbar, dass in der Regel Verstöße gegen positives Datenschutzrecht denkbar sind, mit denen jedoch keine Wettbewerbsinteressen verletzt werden.

12 Datenschutz als außerwettbewerbliches Element des Kartellrechts

Entscheidend ist nun die Frage, ob das Wettbewerbsrecht als Werkzeug genutzt werden kann, trotz der Überschneidungen der Schutzzwecke, um bessere Datenschutzstandards zu erzielen. In dieser Hinsicht ist es ebenfalls wichtig, die dem Wettbewerbsrecht innewohnenden Beschränkungen zu berücksichtigen, da es sich um ein Rechtsinstrument handelt, das hauptsächlich auf wirtschaftliche Effizienz zugeschnitten ist. Im Folgenden wird sich auf diese und ähnliche Vorbehalte gegen ein kartellrechtliches Einschreiten bei Datenschutzverstößen bezogen. Diese gehen von der Überzeugung aus, dass Datenschutzvorgaben wettbewerbsneutrale Standards sind, deren Durchsetzung von vornherein nicht dem Kartellrecht obliegen könnten.

12.1 Grundannahmen für die Berücksichtigung

Zunächst einmal ist diese zuvor benannte Ausgangslage unzweifelhaft zu bestätigen, dass die Annahme eines Kartellrechtsverstößes sich selbstverständlich nicht allein darauf berufen kann, dass ein Unternehmen, gleichgültig wie einflussreich es sein mag am entsprechenden Markt,

⁴⁴⁴ Vgl *Louven*, Kartellrecht als Hebel für die Durchsetzung des Datenschutzrechtes?, CR 6/2016, Rz 24, 356.

gegen kartellrechtliche Vorschriften handelt. Anderenfalls hätte das Kartellrecht in der Tat keine klaren Konturen mehr, wenn es unterschiedslos auf die vollständige Einhaltung von Unternehmen mit Marktmacht abstellen würde, unabhängig von der Art der im konkreten Fall verletzten Rechtsvorschriften wie bspw auch das Umwelt- oder Bauschutzrecht⁴⁴⁵. Ein weiteres unvollkommenes Argument für das Heranziehen von außerwettbewerbliches Rechten ist die Tatsache, dass Betroffene, die nicht marktbeherrschend agieren, davon ausgeschlossen wären. Die Anwendung von Art 5 KartG bietet mAn somit wenig Grundlage für die Sanktionierung, die nach besondere Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den Wettbewerb abgeleitet wird. Diesbezüglich ist die Unterstellung des Amtes, dass das AGB-Recht, das Datenschutzrecht und das Kartellrecht im Wesentlichen die gleichen Ziele verfolgen und daher auch zu den gleichen Ergebnissen führen, eine zu weitgehende pauschale Annahme, die hinsichtlich des Schutzzweckes bereits im Abschnitt zuvor dezidiert, evaluiert worden ist. Das Datenschutzrecht stellt nicht auf Marktmacht ab. Es stellt vielmehr auf beidseitige Ungleichgewichte ab⁴⁴⁶ und enthält daher Begriffe wie "Marktmacht" oder "Marktbeherrschung" inhaltlich nicht, obwohl sie so bedeutsam sind. Trotzdem sind die Begriffe auch im Datenschutzrecht von zentraler Bedeutung, insb hinsichtlich der Frage der Freiwilligkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitung, also abermals der zentralen Rechtsfertigungsgrundlage für die Datenverarbeitung durch marktmächtige Unternehmen wie im Fall Facebook. Facebook hat den Dienst davon abhängig gemacht, personenbezogene Daten in vollem Umfang verarbeiten und austauschen zu dürfen. Folglich hängt die Freiwilligkeit einer solchen Einwilligung offenkundig davon ab, ob den Nutzern ein zumutbarer alternativer Zugang zu gleichwertigen Anbietern zur Verfügung steht, was bereits zum damaligen Zeitpunkt verneint wurde⁴⁴⁷. Dies wiederum kann nicht angenommen werden, wenn die Marktanteile der bestehenden Anbieter deutlich geringer sind und kein tatsächlicher Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern besteht⁴⁴⁸. Mit der datenschutzrechtlichen Anforderung der Freiwilligkeit in Art 7 Abs 4 DSGVO adressiert damit genau die einschlägigen Gründe nach marktmächtige Unternehmen, die allein durch ihre Marktmacht die Erteilung von Einwilligungen durchzusetzen können. Folglich ist das Freiwilligkeitserfordernis nach Art 7 Abs 4 DSGVO nicht als "rein datenschutzrechtliche" Vorschrift abgetan, wie es das OLG Düsseldorf seinerzeit tat⁴⁴⁹. Das beidseitige Ungleichgewicht besteht vielmehr gerade deshalb, weil Facebook den Markt beherrscht und somit ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht

⁴⁴⁵ *Körber*, NZKart 2019, 187, 195.

⁴⁴⁶ *Thomas*, NZKart 2017, 92 ff.

⁴⁴⁷ *Buchner*, Datenschutz und Kartellrecht, WRP 10/2019, 1245, 8.

⁴⁴⁸ *Buchner/Kühling* in: Kühling/Buchner DSGVO/BDSG, 2.Aufl. 2018, Art. 7 DS-GVO Rn. 53.

⁴⁴⁹ OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333, Rz 65.

entstanden ist. Das sei nach Ansicht des Kartellsenates nur gegeben, wenn ein Schaden in Gestalt eines Verstoßes eben gegen das Datenschutzrecht besteht⁴⁵⁰.

12.1.1 Relevanter Wettbewerbsschaden

Die Bewertung des tatsächlichen Schadens stützt sich auf eine Beurteilung des Verhaltens, das einen Missbrauch von Marktmacht darstellt. Der Zweck und die Auswirkungen des Verhaltens können analysiert und auf den Schaden für die Marktteilnehmer umgelegt werden⁴⁵¹. Allein durch die Verletzung wird der Wettbewerb allerdings nicht beeinträchtigt⁴⁵². Dabei kann es sich bspw um eine Abweichung vom Als-ob Wettbewerb oder um eine andere Beeinträchtigung des Wettbewerbs handeln, etwa durch die Behinderung anderer Wettbewerber⁴⁵³. Eine wichtige Rolle spielen die nachzuweisenden Schäden für die Verbraucher va bei der Beurteilung eines Behinderungsmissbrauchs, wo die Feststellung von (Behinderungs-)Wirkungen wesentlicher Bestandteil der Prüfung ist. Auch auf Facebook wurde dieses Thema kontrovers diskutiert. Das BKartA habe, so die Auffassung des OLG, ein wettbewerbswidriges Ergebnis nicht nachweisen können, was im Falle einer missbräuchlichen Ausnutzung zu einer Verbraucherschädigung führen könnte⁴⁵⁴. Interessanterweise lehnte das OLG auch den vom BKartA in seinem Hintergrundpapier erwähnten Kontrollverlust ab⁴⁵⁵. Diese Annahme wurde darauf durch das BKartA wieder abgestraft, indem festgestellt worden ist, dass durchaus ein Kontrollverlust der Nutzer vorzufinden ist, welche somit nicht mehr selbst bestimmend über deren persönlichen Daten verfügen können.

Wie bereits im Kapitel der Einwilligung erläutert, ist vielmehr ein potenzieller Schaden für Verbraucher nachzuweisen, in einer unter normativen Gesichtspunkten zu weitreichenden Preisgabe ihrer Vermögenswerte, personenbezogenen Daten. Es liegt auf der Hand, dass ein solcher Schaden letztlich auch marktbezogen ist, da personenbezogene Daten ein Wettbewerbsfaktor sind. Dieses Sammeln von zu vielen Daten seitens des Unternehmens ist

⁴⁵⁰ OLG Düsseldorf, 26.08.2019, Az. VI Kart 1/19 (V), 10 f.

⁴⁵¹ Monopolkommission, Hauptgutachten 2018, Rz 652.

⁴⁵² OLG Düsseldorf, 26.08.2019, Az. VI Kart 1/19 (V), 12 ff.

⁴⁵³ OLG Düsseldorf, 26.08.2019, Az. VI Kart 1/19 (V), 14.

⁴⁵⁴ OLG Düsseldorf, 26.08.2019, Az. VI Kart 1/19 (V), 8.

⁴⁵⁵ *Mundt*, NZKart 2019, 117, 118; Hintergrundinformation zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamts vom 19.12.2017, 4,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (abgefragt am 13.04.2023).

der maßgebliche wettbewerbliche Schaden im Ausbeutungsmissbrauch⁴⁵⁶. Der Umstand, dass der Schaden, der sich aus der übermäßigen Weitergabe personenbezogener Daten ergibt, nicht direkt in Geldwerten quantifizierbar ist, steht dem nicht entgegen. Schließlich muss mE geklärt werden, wie die Grenze zwischen dem, was zu groß ist, und dem, was noch angemessen ist, zu ziehen ist.

12.1.2 Klassische Wettbewerbsbezogenheit

Bekannterweise ist ein funktionierender Wettbewerb durch eine Balance von Angebot und Nachfrage gezeichnet. Diese Regelung lässt sich mE ebenfalls auf den Datenschutz beziehen. Um ein Wettbewerbsverhältnis grundsätzlich zu begründen, sind neben der wirtschaftlichen Natur auch das Datenschutzrecht und die informationelle Selbstbestimmung erforderlich, um anschließend das Kriterium der Anbieter-Nachfragerregelung zu erfüllen⁴⁵⁷. Das liegt daran, dass ein Verweis auf den die Märkte regulierenden Wettbewerb nicht denkbar ist, wenn ein ökonomischer Bezug ausgeschlossen wird; er ist der Anbieter-Nachfrager-Regelung letztlich untrennbar verbunden. Gleichwohl gibt es in der Literatur Stimmen, die einen solchen ökonomischen Bezug jedoch verneinen und verweisen darauf, dass die informationelle Selbstbestimmung und darauf gestützt das Datenschutzrecht einen ursprünglichen persönlichkeitsrechtlichen Charakter aufweisen⁴⁵⁸. In vielen Fällen ergibt sich die wirtschaftliche Relevanz der Datenerhebung oder -verarbeitung aus Netzwerk- und Lock-In Effekten sowie aus der Tatsache, dass die auf Internetplattformen vertriebenen Produkte offensichtlich datenbasiert sind und somit für ihren wirtschaftlichen Wert auf Daten zurückgreifen müssen⁴⁵⁹. Was zusätzlich bereits bekannt ist, ist die Tatsache, dass Datenschutz und Datenschutzrecht Wirtschaftsfaktoren sind, welche für den Wettbewerb erhebliche Relevanz entfalten können. Schließlich können Datenbestimmungen entsprechende datenbasiert Werbemöglichkeiten der Unternehmen, einschränken und folglich Gewinn minimierend ausgestalten. Letztlich zeigt sich die entsprechende Wirtschaftsrelevanz des Datenschutzrechts in ErwGr 18 DSGVO. Hiernach ist das Datenschutzrecht nur von Personen zu befolgen, die in wirtschaftlicher Funktion auftreten. Das heißt, dass demgegenüber nur natürliche Personen in der Ausführung von privaten Tätigkeiten abgesichert sind. Bedingung ist daher regelmäßig ein Zusammentreffen auf einem Markt, in Form der klassischen Anbieter-

⁴⁵⁶ Arbeitskreis Kartellrecht, Hintergrundpapier vom 04.10.2018, 28, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2018_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgefragt am 13.04.2023)

⁴⁵⁷ *Barth*, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, 106.

⁴⁵⁸ *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, 315.

⁴⁵⁹ *Rempe* in Taeger, Smart world–smart law?, Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße, 193.

Nachfrager-Konstellation. Selbst bei ausschließlich privaten Tätigkeiten, die die Übermittlung personenbezogener Daten umfassen, welche für die DSGVO wichtig sind, gibt es m.A. zwangsläufig ein Unternehmen auf der anderen Seite im Sinne des Wettbewerbsrechts, das die Verfahren abzuwickeln hat und somit in den Anwendungsbereich von ErwGr 18 der DSGVO fällt. Somit ist nach diesen Überlegungen zu konstatieren, dass das Datenschutzrecht in Verbindung mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aufgrund der wirtschaftlichen und wettbewerblichen Folgen der Datennutzung, die für die Zulässigkeit notwendige Wettbewerbsrelevanz aufweist⁴⁶⁰.

12.2 Überlegungen zur Effizienz im Wettbewerbsrecht

Im Rahmen der Beurteilung der möglichen Einbeziehung von Datenschutzinteressen in das EU-Wettbewerbsrecht als außerkartellrechtliches Element ist es m.Mn. sinnvoll, über die Ziele dieses Bereichs Nachforschungen anzustellen. Die EU-Wettbewerbsvorschriften sind für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich und sollen "verhindern, dass der Wettbewerb zum Nachteil des öffentlichen Interesses, der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher verfälscht wird, und dadurch das Wohl der Europäischen Union sichern"⁴⁶¹. Es ist bereits, wie oben erwähnt, offensichtlich, dass die Wettbewerbsregeln, wie sie derzeit von der EK und den europäischen Gerichten praktiziert werden, in erster Linie die wirtschaftliche Effizienz gewährleisten sollen. Damit werden Belange, die nicht die Effizienz betreffen, bspw. der Naturschutz, Gesundheitswesen und eben auch Datenschutz, grundsätzlich durch andere Gesetze so geschützt, dass sie nicht in wirtschaftliche Effizienzvorteile überführt werden können.

12.2.1 Effizienzgewinne

Für die EK ist in Zukunft bei ihrer Missbrauchskontrolle auch (indirekt) auf die Steigerung der Verbraucherwohlfahrt abzustellen und damit der Frage nachzugehen, ob erzielte Effizienzgewinne des Marktbeherrschers an die Verbraucher weitergereicht werden könnten⁴⁶². Die Einbeziehung von Effizienzgewinnen ist normativer Ausgangspunkt von Art 101 Abs 3

⁴⁶⁰ Vgl. *Podszun/de Toma*, NJW 2016, 2987 (2989).

⁴⁶¹ EuGH, *Konkurrensverket - TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, Rn 83, 22.

⁴⁶² *Künzler*, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?: Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen*, Mohr Siebeck, 2008, 109.

AEUV, welches bei der Beurteilung von Wettbewerbsvereinbarungen sowohl Effizienz- als auch Wohlfahrtsaspekte einbezieht⁴⁶³.

12.2.1.1 Überlegungen zur wirtschaftlichen Effizienz des Art 102 AEUV

Auch wenn Art 102 AEUV keine Bestimmung wie Abs 3 von Art 101 AEUV enthält, nach der das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nicht anwendbar ist, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind, ist es offensichtlich, dass ein missbräuchliches Verhalten auch gerechtfertigt sein kann. In den Leitlinien zu Behinderungsmissbrauch nach Art 102 AEUV hat die EK festgelegt, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen dies entweder durch den Nachweis, dass sein Verhalten objektiv notwendig ist, oder durch den Nachweis, dass sein Verhalten erhebliche Effizienzgewinne bringt, die etwaige wettbewerbswidrige Auswirkungen auf die Verbraucher aufwiegen, tun kann⁴⁶⁴. Hinweise darauf, wie die EK die Beweislast für Effizienzgewinne zuordnen will, enthalten die Leitlinien jedoch nicht. Aus der Zusammenschau der einzelnen Aussagen lässt sich vielmehr annehmen, dass ein Verweis auf Art 101 Abs 3 AEUV in Betracht kommen könnte. Anschließend prüft die EK, ob das beanstandete Verhalten im Hinblick auf das von dem marktbeherrschenden Unternehmen angeblich verfolgte Ziel unerlässlich und geeignet ist⁴⁶⁵. Daher sollte das marktbeherrschende Unternehmen in der Lage sein, nachzuweisen, dass die Effizienzgewinne, die sich aus dem fraglichen Verhalten ergeben können, die wahrscheinlichen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb und das Wohl der Verbraucher in den betroffenen Märkten überwiegen⁴⁶⁶ und dass dieses Verhalten zur Erreichung des Ziels notwendig zu sein scheint. Da nur Wirtschaftsfaktoren auf solche Effizienzgewinne hindeuten, scheint der Spielraum für die Berücksichtigung anderer Interessen sehr eingegrenzt, sodass mEn der Ermessensspielraum für den Datenschutz eingeeengt ist. Sodann stellte das Gericht in der Rechtssache Intel fest: "Aus der Rechtsprechung geht hervor, dass Art 102 AEUV nicht nur auf Praktiken abzielt, die den Verbrauchern unmittelbar Schaden zufügen können, sondern auch auf solche, die die ihnen durch ihre Auswirkungen auf eine

⁴⁶³ Eilmansberger, *ZweR* 2009, 439.

⁴⁶⁴ Vgl EK, Application of Article 102 TFEU, https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/legislation/application-article-102-tfeu_en (abgefragt am 16.05.2023).

⁴⁶⁵ Mitteilung der Kommission - Leitlinien für die Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 EG-Vertrag auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (Leitlinien) [2009] ABl. C 45/7, Rz 28.

⁴⁶⁶ Vgl EuGH, 27.3.2012, C-209/10 - Post Danmark, Rz 42.

wirksame Wettbewerbsstruktur schaden.⁴⁴⁶⁷ Weiterhin hat der Gerichtshof in der Rechtssache Post Danmark I ausdrücklich festgestellt, dass Art 102 AEUV "nicht darauf abzielt sicherzustellen, dass weniger effiziente Wettbewerber als das Unternehmen mit der beherrschenden Stellung auf dem Markt verbleiben" und dass "nicht jede Ausschlusswirkung notwendigerweise wettbewerbswidrig ist"⁴⁶⁸. Es kommt somit bei der Beurteilung der Anwendbarkeit der Vorschrift nicht auf die Bereitschaft, das Verschulden oder die Motive des marktbeherrschenden Unternehmens an, sondern im Wesentlichen auf dessen konkretes Handeln und den konkreten Schaden, wie bereits erwähnt⁴⁶⁹.

Eine Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen nach Art 102 AEUV ist nicht zu finden, insb da sich aus dem Gesetzestext selbst nicht ergeben hat, dass Verbraucherinteressen zu beachten sind. Auch eine Rechtfertigung in Form von Effizienzgewinnen im Hinblick auf den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt lässt sich aus dem Wortlaut selbst nicht entnehmen.

Diese Feststellungen machen deutlich, dass das grundlegende Hauptziel von Art 102 AEUV in der derzeitigen Fassung des Gerichtshofs darin besteht, den Wettbewerb zu stärken, um das Verbraucherinteresse zu fördern. Infolgedessen ist mAn ein bestimmtes Verhalten von einem marktbeherrschenden Unternehmen, das den Wettbewerb einschränkt, nicht zwingend als missbräuchlich zu behandeln. Ausschlaggebend für die Beurteilung nach Art 102 AEUV ist scheinbar, ob die durch das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens verursachte Einschränkung des Wettbewerbs zu einem Nachteil für die Verbraucher führt.

12.2.1.1.1 Nachteile zur Effizienzverteidigung

Wenngleich die Anmerkungen der EK mE durch die angemessene Berücksichtigung von Effizienzgewinnen sinnvoll sind, sind sie dennoch nicht eindeutig. Besonders geht aus den Leitlinien mitunter nicht unmissverständlich hervor, welche Effizienzgewinne im Rahmen eines Ausgleichssystems oder eines Rechtfertigungssystems erzielt werden. Im ersten Bewertungskriterium kommt es der EK offensichtlich auf den Nachweis des konkreten Nutzens an, der durch das Verhalten erzeugt wird. Demnach ist von einem Rechtfertigungssystem auszugehen, da durch das Verhalten nur Effizienzgewinne geschaffen werden könnten, die sonst nicht erreicht worden wären⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ EK, 12.06.2014, T-286/09 - Intel, 105.

⁴⁶⁸ EuGH, 24.05.2011, C-209/10 - Post Danmark A/S - Konkurrenzeradet.21-22.

⁴⁶⁹ Vgl *Schröter/Bartl* in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht*², Art 102 AEUV Rz 164.

⁴⁷⁰ *Krempl, Die Reform der europäischen Fusionskontrolle*, Graz 2005, 293f.

Gegen die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen lässt sich unmissverständlich argumentieren, dass marktbeherrschende Unternehmen wie bspw Facebook wenig Eigeninteresse daran haben, entsprechende Effizienzgewinne tatsächlich an die Verbraucher weiterzuleiten. Grund für diese Einwendung bei Marktbeherrschern mit einer Marktanteilsschwelle von mindestens 75 %, wie im Fall Facebook (beim damaligen Urteil), ist die Tatsache, dass diese monopolähnliche Stellung vermuten lässt, wenig Anreiz für Unternehmen zu bieten, ihre Effizienz an Verbraucher weiterzugeben⁴⁷¹. Fraglich ist abschließend, inwiefern die EK einen Effizienzmaßstab einführen kann, wenngleich das Bestreben durchaus nachzuempfinden ist⁴⁷², der ergänzend zu Art 101 Abs 3 AEUV zu interpretieren ist und zeitgleich die Missbrauchskontrolle mit dem Schutzzweck des Art 102 AEUV berührt. Dennoch bleibt das Schutzziel weiterhin der Wettbewerb an sich⁴⁷³. Die Rechtfertigung von Effizienzvorteile bei der Missbrauchsbekämpfung würden offensichtlich auch die wirtschaftlichen Vorteile für die Verbraucher einbeziehen. Das würde auch der Rechtsprechung entsprechen, da der EuGH bereits in der Rechtssache Hoffmann-La Roche gegen EK entschieden hat, dass der einschlägige Art 86 EWGV⁴⁷⁴ „sowohl auf Praktiken, durch die die Verbraucher unmittelbar geschädigt werden können, als auch auf Verhaltensweisen, die sie mittelbar dadurch benachteiligen, dass sie einen Zustand wirksamen Wettbewerbs [...] beeinträchtigen“⁴⁷⁵ ausgerichtet ist. Im weiteren Verlauf würde das offensichtlich bedeuten, dass all jene Beschränkungen gem Art 101 Abs 1 AEUV, nach Freistellung laut Art 101 Abs 3 AEUV als nicht wettbewerbsnachteilig angesehen und somit gerechtfertigt werden könnten. Insofern dürfte die EK diesen Ansatz nicht uneingeschränkt auf Art 102 AEUV übernehmen, zumal eine Effizienzverteidigung seitens des Unternehmens nur dann möglich ist, wenn der Wettbewerberausschluss durch das marktbeherrschende Unternehmen auf dem Vorliegen einer tatsächlichen Effizienz wie Produktqualität und Innovation fußt⁴⁷⁶. Facebook hat bekannterweise va persönlichen Werbezwecke und ein optimiertes Benutzererlebnis als Grund genannt, was mEn nicht ausreichend für die Rechtfertigung ist.

12.2.1.2 Ansätze der europäischen Rechtsprechung

⁴⁷¹ Vgl dazu EuGH, 07.10.1990, Rs T-228/97, Irish Sugar gg Kommission, Slg 1999, II-2969 Rz 186.

⁴⁷² *Hirsbrunner/Schädle*, Sicherer Hafen oder Bermudadreieck?, EuZW 2006, 585.

⁴⁷³ *Hirsbrunner/Schädle*, EuZW 2006, 585.

⁴⁷⁴ EuGH, 13.02.1979, Rs 85/76, Hoffmann-La Roche - Kommission, Slg 1979, 461 Rz 125.

⁴⁷⁵ *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁴ Rz121.

⁴⁷⁶ *RBB Economics*, Response, 2006, 16.

In dem richtungsweisenden Urteil in der Rechtssache British Airways wurde neben den allgemeinen Schutzziele⁴⁷⁷ betont, dass auch Effizienzüberlegungen in die Abwägung einzubeziehen sind, und zwar im Rahmen der Prüfung, unter welchen Rahmenbedingungen ein vermeintlich ausschließendes Verhalten aus Sicht des marktbeherrschenden Unternehmens tatsächlich als wirtschaftlich gerechtfertigt angesehen werden kann. Im Anschluss an den allgemeinen Hinweis, dass die Beurteilung der objektiven wirtschaftlichen Rechtfertigung von Geschäftspraktiken "anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls" zu erfolgen hat, führte der EuGH aus, dass jegliche Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche in keinem Zusammenhang mit Vorteilen für Verbraucher oder den Markt stehen, als missbräuchliche Regelung zu behandeln sind⁴⁷⁸. In der Rechtssache British Airways hat der EuGH verdeutlicht, dass neben den klassischen geschäftlichen Effizienzgewinnen wie Kosteneinsparungen auch umfassendere Vorteile in den Bewertungsprozess einbezogen werden müssen und in Ausnahmefällen die marktverschließende Wirkung eines Verhaltens im Einzelfall übertreffen können⁴⁷⁹. Der Verweis auf die positiven Auswirkungen einer Maßnahme auf der anderen Seite des Marktes hat in der bisherigen Praxis allerdings nie ausgereicht, um den EuGH von der Vereinbarkeit der beanstandeten Geschäftspraktiken mit dem Wettbewerbsrecht zu überzeugen. Vielmehr wurde gefordert, dass die Vorteile detailliert aufgeführt werden⁴⁸⁰. Der Europäische Gerichtshof hat in der British-Airways-Entscheidung einen Weg vorgegeben, der in den jüngsten Urteilen der europäischen Gerichte wiederholt bestärkt wurde. So bemerkte der Gerichtshof im Microsoft-Urteil von 2007, dass das europäische Missbrauchsverbot in erster Linie dem Grundsatz des Schutzes offener Märkte und der Wahrung eines wirksamen Wettbewerbs dient⁴⁸¹. Das Missbrauchsverbot ist somit nicht nur auf Verhaltensweisen beschränkt, die den Verbraucher direkt beeinträchtigen. Stattdessen ist es ausreichend, wenn durch die verschlechterte Marktstruktur die Verbraucher dauerhaft benachteiligt werden⁴⁸². Der EuGH untersuchte anschließend eingehend, wie sich die untersuchten Praktiken auf den Wettbewerbsprozess, also auf die Stellung der Verbraucher und der Wettbewerber, ausgestaltet haben. Schließlich bestätigte der EuGH die Auffassung der EK. Ein weiteres Beispiel, das das Festhalten traditioneller Schutzziele verdeutlicht, ist das Urteil im Fall Lélou/GlaxoSmithKline⁴⁸³. Dabei wurde festgestellt, dass das pharmazeutische

⁴⁷⁷ EuGH, 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, British Airways - Kommission.

⁴⁷⁸ EuGH 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, British Airways - Kommission, Slg. 2007, I-2331, 2405 Rn. 86.

⁴⁷⁹ Zimmer in Basedow/Wurmnest (Hrsg), Structure and Effects in EU Competition Law, 23, 37.

⁴⁸⁰ EuGH, 17.12.2003, Rs. T-219/99, British Airways - Kommission, Slg. 2003, II-5917, 5995 Rn. 284.

⁴⁸¹ EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, Microsoft - Kommission, Slg. 2007, II-3601, 3694 Rn 229.

⁴⁸² EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, Microsoft - Kommission, Slg. 2007, II-3601, 3824 Rn 664.

⁴⁸³ EuGH, 16.9.2008, C-468/06 bis C-478/06, Lélou/GlaxoSmithKline, Slg. 2008, I-7139 ff.

Unternehmen GlaxoSmithKline ihre beherrschende Stellung ausnutzt und diese missbräuchlich aus, wenn es sich weigert, normale Bestellungen von Großhändlern auszuführen, um Parallelexporte zu behindern⁴⁸⁴. Der Parallelhandel mit verschreibungspflichtigen Medikamenten schädigt nach Ansicht der Pharmahersteller auf Dauer die Verbraucher. Er schmälert nämlich den Umsatz der Hersteller in den hochpreisigen Märkten deutlich, mit der Folge, dass sie weniger in die Erforschung neuer oder besserer Medikamente investieren können. Dabei betonte der EuGH, dass Parallelimporte gemeinschaftsrechtlich einen besonderen Schutz erfahren, indem sie die Entwicklung des Handels und die Stärkung des Wettbewerbs unterstützen⁴⁸⁵. Mit dieser Verpflichtung auf den Wert des Parallelhandels für die Entfaltung des Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt hat der EuGH verdeutlicht, dass die Marktintegration sowie die Aufrechterhaltung offener Märkte weiterhin Schutzgüter der europäischen Wettbewerbsordnung sind. Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass der EuGH generell an die tradierten Schutzzwecke festhält, die es offensichtlich nicht zu ignorieren gilt, wengleich eine Anpassung der Schutzzieldebatte zukünftig zu vermuten ist.

13 Ausbeutungsmisbrauch als Ausprägung direkten Verbraucherschutzes

Abschließend ist der aktuelle Verbraucherschutz in den europäischen Gesetzesgrundlagen zu begutachten. IdZ wurde durch den Vertrag von Lissabon die sog Querschnittsklausel Verbraucherschutz, was in Art 12 AEUV aufgeführt wird, in Art 169 EGV überführt. Darin soll gewährleistet werden, dass die Verbraucher ein Recht auf Informationen beibehalten und ihre wirtschaftlichen Interessen gem Art 168 Abs 1 EGV. Somit ist offensichtlich der Verbraucherschutz bei allen Maßnahmen der Europäischen Union zu berücksichtigen und in den Mittelpunkt zu rücken⁴⁸⁶. Eine intensivere Berücksichtigung der Marktgegenseite, sprich der Verbraucher, ist demzufolge im Rahmen der Missbrauchsaufsicht des Art 102 AEUV eine notwendige und folgerichtige Sichtweise⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Schelling, Nationale Preis- und Erstattungsvorschriften und grenzüberschreitender Parallelhandel von Arzneimitteln, 23 ff.

⁴⁸⁵ EuGH, 16.9.2008, C-468/06 bis C-478/06, Lélou/GlaxoSmithKline, Slg. 2008, I-7139, 7189 Rz 37.

⁴⁸⁶ Vgl Tamm, von der Groeben/Schwarze, Art. 14 AEUV, Rn. 3 ff.

⁴⁸⁷ Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch², Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck 2012, 88,91.

13.1 Reichweite des Verbraucherschutzes

Der Schwerpunkt liegt nach vorherrschender Auffassung darin, die Informations-, Motivations- und Rationalitätslücken der Verbraucher zu beheben, wodurch sie am Wettbewerb teilnehmen können, ohne ein Versagen des Marktes zu befürchten⁴⁸⁸. Bekannterweise gewährleistet das Kartellrecht, dass der Verbraucher die optimale Vielfalt an Qualitätsprodukten und -dienstleistungen zu angemessenen Preisen vorfindet. Das Verbraucherrecht dagegen soll bewirken, dass der Verbraucher diese Auswahlmöglichkeiten effektiv in Anspruch nehmen kann⁴⁸⁹. IdZ hat das Verbraucherrecht also eine ergänzende Stellung zum Kartellrecht und will letztendlich unangemessene Konditionen am Markt verhindern. Der wesentliche Schwerpunkt des Verbraucherrechts auf Informationsdefizite bedeutet allerdings nicht, dass der betreffende verbraucherrechtliche Prüfungsmaßstab im Falle eines auf Marktmacht beruhenden Marktversagens nicht gelten und der Gesetzgeber hier allein mit den Möglichkeiten des Kartellrechts ordnungspolitisch eingreifen sollte⁴⁹⁰. Der Grund dafür ist die Tatsache, dass das Verbraucherrecht letztlich gleichgültig gegenüber den Gründen für seine Verletzung ist, wodurch es an jeden einzelnen Verbraucher gerichtet ist.

Aus den Überschneidungen von Kartell- und Verbraucherschutzrecht kann aber natürlich nicht abgeleitet werden, dass das Verbraucherrecht als Marktregulierungsnorm über seinen eigenen Anwendungsbereich hinaus Bedeutung haben soll. Letztlich darf das Kartellrecht nicht über seinen Schutzzweck hinaus erweitert werden, während gleichzeitig das *Telos* des Verbraucherrechts nicht überzogen werden darf, nur um eine scheinbare Ähnlichkeit mit dem Kartellrecht zu erzeugen⁴⁹¹.

13.1.1 Kritik

Wenngleich kein Zweifel daran bestehen kann, dass Ausbeutungsmissbrauch Teil der Missbrauchsaufsicht ist, gibt es eine Reihe von Vorbehalten gegen seine Anwendung. Diese Sichtweise verfehlt das Ziel und verkennt die essenziellen Unterschiede zwischen dem Missbrauchsverbot und dem Verbraucherrecht. Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot zielt darauf ab, dass das Verhalten der Marktteilnehmer die Verbraucher weder unmittelbar noch

⁴⁸⁸ *Schönberger*, Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs, Mohr Siebeck Tübingen 2022, 112; Vgl BKartA, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 06.10.2016, 7 ff.

⁴⁸⁹ *Albors-Llorens*, Competition and Consumer Law in the European Union: Evolution and Convergence, Yearbook European Law 33, 2014, 163.

⁴⁹⁰ *Schönberger*, Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs, Mohr Siebeck 2022, 113.

⁴⁹¹ *Franck*, ZWeR 2016, 137, 141 ff.

mittelbar durch Beeinträchtigung des Wettbewerbs beeinträchtigen darf. Das Missbrauchsverbot bezweckt mAn jedoch nicht einen allgemeinen Verbraucherschutz⁴⁹².

Verbraucher - und Kartellrecht sind voneinander und vom funktionierenden Wettbewerb abhängig und unabdingbar. Zumindest teilweise dient auch das Verbraucherrecht ohne Umwege der Steigerung der Verbraucherwohlfahrt und erfüllt insoweit das gleiche Hauptziel wie das Kartellrecht. Allerdings bedeutet dies nicht, dass sie dieselben Schutzzwecke haben. Das Verbot des Missbrauchs betrifft Wettbewerbsprobleme und konzentriert sich hauptsächlich auf die Angebotsseite⁴⁹³. Demgegenüber befasst sich das Verbraucherrecht va mit den privaten Verbrauchern und ihren Möglichkeiten, sich effizient am Markt zu beteiligen⁴⁹⁴. Aus dem Umstand, dass Kartellrecht und Verbraucherrecht in irgendeiner Weise den Schutz von Verbraucherinteressen zum Gegenstand haben, kann nicht allein das Urteil abgeleitet werden, dass eine Verletzung einer verbraucherrechtlichen Vorschrift für die Ausbeutungskontrolle wertlos ist⁴⁹⁵.

Die Ahndung eines Ausbeutungsmissbrauchs würde nicht allein die Erteilung einer einmaligen Entscheidung verlangen, sondern tatsächlich eine laufende Datenschutzaufsicht durch die Kartellbehörde erfordern⁴⁹⁶. Allerdings ist eine Kartellbehörde weder inhaltlich noch organisatorisch in der Lage, diese Aufgaben zu erfüllen. In der Regel fehlt es ihr an dem benötigten Fachwissen und vielfach auch an ausreichendem Fachpersonal für diese Aufgabe. Dies erfordert eine eigene Regulierungsbehörde, zum Beispiel im Bereich der staatlich organisierten Institutionen⁴⁹⁷. Im Zuge der aktuellen neunten dGWB-Novelle gibt es bereits Bemühungen, das Kartellamt weiter in den Verbraucherschutz zu verankern. In diesem Zusammenhang wird das BKartA ermächtigt, Sektoruntersuchungen einzuleiten, sobald die Vermutung besteht, dass Rechtsverstöße stattfinden, die eine Vielzahl von Verbrauchern benachteiligen⁴⁹⁸. Eine vergleichbare Gesetzeslage, die Stärkung der Verbraucherrechtsdurchsetzung zu verstehen ist und somit eben nicht als Ausdehnung des kartellrechtlichen Schutzzwecks, ist in der österreichischen Rechtslandschaft bisher noch nicht aufzufinden.

⁴⁹² Vgl *Weber/Volz*, WuW 2015, 356, 361.

⁴⁹³ *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 2018, 87.

⁴⁹⁴ Vgl EuGH, 14.03.2013, C-32/11, EU:C:2013:160, Rz. 47 –Allianz Hungaria.

⁴⁹⁵ *Körber*, NZKart 2019, 187, 193.

⁴⁹⁶ *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988, 536.

⁴⁹⁷ *Paulis*, Article 82 EC and Exploitative Conduct, in Marquis/Ehlermann (Hrsg) *European Competition Law Annual 2007, A Reformed Approach to Article 82 EC*, 517.

⁴⁹⁸ LexisNexis Österreich & Compliance Redaktion, 12.06.2017, https://www.compliance-praxis.at/Themen/Aktuelles_Meinung/Archiv/Verbraucherschutz-_Mehr_Kompetenzen_fuer_das_Bundeskartella.html (abgefragt am 08.03.2023).

Ebenso soll das Verbraucherrecht allein die Verbraucher in die Lage versetzen, die Produzenten durch rationale Konsumentenscheidungen zu effizientem Verhalten im Sinne einer wohlfahrtsmaximierenden Anpassung von Angebot und Nachfrage zu motivieren⁴⁹⁹. Dadurch soll die Verbrauchersouveränität gestärkt und eine Zusammensetzung des Angebots entsprechend den Verbraucherpräferenzen erzielt⁵⁰⁰. Die Annahme liegt daher nahe, dass damit auch bestimmte Ursachen des Marktversagens, nämlich Informations- und Rationalitätsdefizite aufseiten der Verbraucher, angesprochen werden⁵⁰¹. Zudem erweitert sich der Schutzzweck des Verbraucherschutzes auf den marktbezogenen Schutz nicht monetärer Verbraucherinteressen, wie bspw die Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher, ihre Informationsfreiheit oder ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung, was va im Fall mit Facebook als Ausbeutungstatbestand herangezogen werden kann.

13.2 Kompetenzproblematik von Kartellrecht und Datenschutzrecht

Zu Beginn kann festgehalten werden, dass das Datenschutzrecht nach Einschätzung des deutschen Bundeskartellamtes keine Vorrangstellung besitzt. Es beinhaltet keine abschließenden Regelungen gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen und ist daher ergänzend zum Kartellrecht einsetzbar⁵⁰². Dennoch sind im Fällen von (kartellrechtliche) Sachverhalten die notwendigen Bezüge zum Datenschutzrecht zu ziehen, sofern es die Bindung an die Grundrechte der GRCh und des Grundgesetzes berücksichtigen⁵⁰³ und va aus dem Grund, dass es die Generalklausel der Missbrauchsaufsicht gibt. Da eine parallele Zuständigkeit von Datenschutz- und Kartellbehörden eintreten kann, ist eine Auseinandersetzung mit den damit verbundenen Kompetenz- und Entscheidungskonflikten im Folgenden mE erforderlich.

Hinzu kommt, dass die Kohärenzregeln der Datenschutz-Grundverordnung den Datenschutzbehörden kein "Auslegungsmonopol"⁵⁰⁴ einräumen. Ein Beleg dafür ist die Tatsache, dass das Datenschutzrecht nicht nur von den Behörden, sondern auch nach dem Zivilrecht vollstreckt werden kann⁵⁰⁵.

13.2.1 Zuständigkeitsregelungen des Datenschutzes

⁴⁹⁹ *Satzky*, Missbrauchsaufsicht und Verbraucherschutz im GWB, NZKart 2018, 554, 558.

⁵⁰⁰ *Cseres*, The Controversies of the Consumer Welfare Standard, *Comp. Law. Rev.* 3 (2007), 121, 133.

⁵⁰¹ Vgl *Brinkmann*, Marktmachtmisbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 2018, 88.

⁵⁰² BKartA, 06.02.2019, Az. B6-22/16, Rn 544 - Facebook.

⁵⁰³ BKartA, 06.02.2019, Az. B6-22/16, Rn 551 - Facebook.

⁵⁰⁴ BKartA, 06.02.2019, Az. B6-22/16, Rn 539 - Facebook.

⁵⁰⁵ BKartA, 06.02.2019, Az. B6-22/16, Rn 540- Facebook.

Die DSGVO dient seit Mai 2018 der stärkeren Harmonisierung des Datenschutzrechts in der EU⁵⁰⁶. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der DSGVO für die Datenverarbeitung im privatwirtschaftlichen Bereich wird dadurch nämlich nicht infrage gestellt. Die Vorschriften des österreichischen Kartellrechts sind für die Prüfung von Datenschutzrechtsverstößen kompatibel, da die Voraussetzungen mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben des EU-Rechts in Einklang gebracht werden müssen.

Nach Maßgabe von Art 55 DSGVO, ist jede Datenschutzbehörde im Staatsgebiet für die Erfüllung der ihr durch die DSGVO verliehenen Befugnisse und die Ausübung der ihr ebenfalls verliehenen Zuständigkeiten verantwortlich⁵⁰⁷. Die Aufsichtsbehörde für jeden Mitgliedstaat wird von diesem selbst eingesetzt, Art 54 DSGVO. Hierbei sind Gem Art 51 ff DSGVO bestimmte Grundsätze zu beherzigen. Wenn zwei Datenschutzbehörden zuständig sind, müssen sie gem Art 56 DSGVO kooperieren⁵⁰⁸. Die Einheitlichkeit der von den Datenschutzbehörden getroffenen Entscheidungen wird durch die europaweite, vernetzte Verwaltung im Mehrebenensystem sichergestellt⁵⁰⁹. Die letzte Instanz im Rahmen des Vereinbarkeitsverfahrens nach Art 63 ff DSGVO ist der europäische Datenschutzausschuss⁵¹⁰.

13.2.1.1 Kompetenz zur Prüfung in Österreich

Kritisch, aber letztlich jedoch kaum überraschend, ist die inhaltliche Zuständigkeit der Kartellbehörden für die Missbrauchskontrolle aufgrund von Datenschutzverstößen. ISv Art 57 lit a DSGVO, ist es die Pflicht der Datenschutzbehörden, Verstöße gegen die Verordnungen und Datenschutzgesetze zu kontrollieren und zu verfolgen⁵¹¹. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die Zuständigkeit der Datenschutzbehörden für datenschutzrechtliche Fragen und die sachliche Zuständigkeitsverteilung eine datenschutzrechtliche Prüfung, durch die Kartellbehörden auszuschließen sind. Der Umstand, dass die BWB formell für die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle zuständig ist, lässt dies vermuten⁵¹². IdZ ist die Feststellung nicht grundsätzlich unzutreffend, dass die Durchsetzung des Missbrauchsverbots unter der Annahme datenschutzrechtlicher Bewertungen nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil die BWB keine unabhängige Datenschutzbehörde im Sinne der Art 55 und 56 DSGVO ist.

⁵⁰⁶ Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht⁵, C.F. Müller 2021, Rz 134, 65

⁵⁰⁷ Vgl Art 55 DSGVO.

⁵⁰⁸ Art 56 Abs 1 DSGVO.

⁵⁰⁹ Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 275, Rz 707.

⁵¹⁰ Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 276, Rz 709 ff.

⁵¹¹ Art 57 Abs 1 lit a DSGVO.

⁵¹² BWB, Kartelle und Marktmissbrauch, <https://www.bwb.gv.at/kartelle-marktmachtmissbrauch> (abgefragt am 15.03.2023).

Weiterhin ist der Bundeskartellanwalt als sinnvolle Ergänzung zum BWB zu erwähnen. Es wird allgemein wahrgenommen, dass die Bundeskartellanwaltschaft in ihrer tatsächlichen Konstruktion zu einem Teil des österreichischen Wettbewerbsdurchsetzungssystems geworden ist, welches zu einem unverzichtbaren Teil des österreichischen Wettbewerbsdurchsetzungssystems geworden ist. Die Bundeskartellanwaltschaft hat bisher, ungeachtet minimaler Ressourcen, sehr viel Zeit und Mühe in Wettbewerbsangelegenheiten aufgewendet und sich in zunehmendem Maße für die Belange des Konsumentenschutzes eingesetzt. Zudem trägt auch die Existenz einer zweiten Amtspartei zur Stärkung der Unabhängigkeit der BWB bei⁵¹³.

Auch wenn das Datenschutzrecht nicht ausdrücklich vorsieht, dass die Datenschutzbehörden ein Anwendungsmonopol haben, bedeutet dies nicht, dass die Datenschutzaufsichtsbehörden nicht auch ein Anwendungs- und Auslegungsmonopol haben. IdZ ist zu erwähnen, dass vor der Erlassung von Bundesgesetzen, die wesentliche Belange des Datenschutzes unmittelbar berühren, und von Bundesverordnungen, die auf Grundlage dieses Bundesgesetzes erlassen werden oder sonstige wesentliche Belange des Datenschutzes direkt betreffen, ist die Datenschutzbehörde gem Art 21 Abs 1 Datenschutzgesetzes zu konsultieren⁵¹⁴.

13.2.1.1.1 Doppelte Ausführung als Effizienzparameter

Als weiterführende Untersuchungsgrundlage kann die Bewertung anhand der Effizienz durchgeführt werden. Hierbei wird anstelle der bereits erwähnten wirtschaftlichen Effizienz auch die organisatorische Effizienz berücksichtigt. Die datenschutzrechtliche Beurteilung durch das Kartellamt konterkariert die Effizienzbetrachtung oder steht zumindest in starkem Widerspruch zu ihr⁵¹⁵. Zur Gewährleistung der Unabhängigkeit sind die Datenschutzbehörden angehalten, über das Vorliegen von Datenschutzverstößen selbst und unparteiisch zu ermitteln. Die gebotene Unabhängigkeit der Datenschutzbehörde nach Art 51 DSGVO gibt Anlass zu der Annahme, dass sie sich nicht auf das Ergebnis der Kartellbehörde berufen darf, wenn die Kartellbehörde das Datenschutzrecht vorab untersucht hat, sondern dieses selbst erneut überprüfen muss. Grund hierfür ist, dass offenbar Entscheidungen des BWB unterstützend durch die EK oder Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten vorgegeben werden

⁵¹³ Vgl *Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen*, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich 2010, Nr. 84, 37, https://www.sozialpartner.at/wp-content/uploads/2015/08/Beirat_Nr.84_2010_WEB.pdf (abgefragt am 15.03.2023).

⁵¹⁴ DSB, Gesetzesbegutachtungen durch die Datenschutzbehörde, <https://www.dsb.gv.at/aufgaben-taetigkeiten/gesetzesbegutachtungen.html> (abgefragt am 15.03.2023).

⁵¹⁵ Vgl *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 246.

können⁵¹⁶. Die Tatsache, dass auch die BWB über eine eigene Prüfungsabteilung verfügt, kann hier nicht Abhilfe schaffen. Das liegt daran, dass die doppelte Prüfung des Datenschutzrechtsverstoßes ineffizient ist und dem Ziel der Effizienz im Markt widerspricht⁵¹⁷. Eine doppelte Begutachtung desselben Aktes auf der Grundlage derselben Rechtsnormen somit mEn bei einer grundsätzlich effektiv orientierten Verwaltung nicht plausibel.

IdZ ist ebenfalls das Doppelbestrafungsverbot als kritisch zu betrachten. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein ergänzender Schutzzweck erforderlich, wenn sowohl die Wettbewerbsbehörden als auch die Datenschutzbehörden wegen desselben Sachverhalts parallel Bußgelder auferlegen⁵¹⁸. Somit ist eine erneute Tatsachenfeststellung, die zur Verhängung einer zweiten Sanktion führt, inakzeptabel⁵¹⁹. Der komplementäre Charakter des Schutzzweckes wird offenbar weniger berücksichtigt, wenn eine generelle Würdigung zu fehlen scheint, und zwar in derartigen Fällen, in denen das Kartellgesetz sich auf datenschutzrechtlichen Vorgaben bezieht und sie oberflächlich behandelt. Schließlich kann, wie bereits vermutet, eine Einheitlichkeit der Rechtsordnung zwischen datenschutzrechtlichen Mindeststandards und der kartellrechtlichen Prüfung mE nicht eingehalten werden. Hierzu ist festzuhalten, dass die Literatur generell einen wettbewerbseffizienten Markt mit Angebot und Nachfrage, dem monopolistischen Markt bevorzugen. Daher ergibt sich auch der Schutzzweck für das Wettbewerbsrecht.

Mittlerweile ist der Datenschutz als effizientes Rechtsgebiet angesehen⁵²⁰. Sofern bei der kartellrechtlichen Prüfung auf Datenschutzwerte zurückgegriffen werden müsste, die ggf mit dem Regelungszweck des Kartellrechts unvereinbar wären, wird die Berechenbarkeit und damit die Verhaltenssteuerungswirkung des Kartellrechts mMn beeinträchtigt. Im Übrigen ist eine gleichzeitige datenschutzrechtliche Beurteilung derselben Sachverhalte offensichtlich kaum sinnvoll zu argumentieren, nicht zuletzt wegen der daraus resultierenden Gefahr widersprüchlicher Beschlüsse. Die Möglichkeit, dass Kartell- und Datenschutzbehörden das Datenschutzrecht parallel und unabhängig voneinander prüfen, riskiert gegensätzliche Entscheidungen⁵²¹.

⁵¹⁶ Vgl BWB, Aufgaben der BWB, https://www.bwb.gv.at/die_bwb/aufgaben_der_bwb (abgefragt am 18.03.2023).

⁵¹⁷ Vgl BWB, Ziel der BWB <https://www.bwb.gv.at/die-bwb/ziele-der-bwb> (abgefragt am 18.03.2023).

⁵¹⁸ Vgl EuGH, 20.03.2018, C-524/15, Menci, Rn 44.

⁵¹⁹ Vgl Jaeger, Kartellstrafrecht 4.0: Big Data, Datenschutz und Ne bis in idem, *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 2018, 32(8), 420 ff.

⁵²⁰ Posner, *The Right of Privacy*, *Georgia Law Review* 1978, 393.

⁵²¹ Vgl *Monopolkommission*, 22. Hauptgutachten, 261, Rn 690.

13.2.2 Kompetenzen der Wettbewerbsbehörde in Österreich

Die Bundeswettbewerbsbehörde ist ein einheitlich organisiertes Organ, das vom Generaldirektor für Wettbewerb geleitet wird. Der Wettbewerbsdirektor sowie der stellvertretende Wettbewerbsdirektor sind unabhängig und nicht an Weisungen gebunden. Auch in der EBRV 2002 wird darauf hingewiesen, dass die Konstruktion der Weisungsunabhängigkeit notwendig und international üblich ist - auch das Unionsrecht überlässt die Auswahl und Ausgestaltung der nationalen Wettbewerbsbehörden den Mitgliedstaaten, lediglich eine effektive Anwendung der Art 101 und 102 AEUV wird in der VO (EG) Nr 1/2003 geboten. Auch die Bestimmung des Art 1 Abs 3 WettbG, der die oben erörterte Weisungsfreiheit regelt, war bis zur Novellierung des Art 20 B-VG⁵²² im Verfassungsrang beschlossen worden; inzwischen ist ihre Weitergeltung als einfaches Bundesgesetz angeordnet worden⁵²³.

Gem Art 2 WettbG besteht eine der Hauptaufgaben darin, die in Art 1 leg c genannten Ziele zu erreichen, nämlich einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten und Wettbewerbsverzerrungen gem lit a leg c zu bekämpfen, sowie die Vereinbarkeit des nationalen Kartellgesetzes mit dem Unionsrecht zu gewährleisten. Die drei Hauptsäulen, das Kartellrecht als Wettbewerbsrecht i.e.S bilden dabei das Kartellverbot, das Marktmissbrauchsverbot und die Fusionskontrolle.

13.2.3 Handeln der Datenschutzbehörden im Fall Facebook

Ein erster notwendiger Schritt für eine Untersuchung durch die Kartellbehörden sind Maßnahmen der Datenschutzbehörden. In der Tat können die Kartellbehörden ein solches Verfahren Art 57 lit h DSGVO einleiten.

Es ist jedoch fraglich, ob die Unabhängigkeit der Datenschutzbehörden nicht gefährdet ist, wenn sie auf Ersuchen einer BKartA tätig werden müssen. Schließlich kann es sich auch um eine unzulässige Einschränkung ihrer Aktivitäten handeln, die keinerlei Auswirkungen hat. Gem Art 57 lit h DSGVO ist die Aufsichtsbehörde gesetzlich verpflichtet, die Anwendung der DSGVO aufgrund von Informationen einer „anderen Behörde“ zu untersuchen. Das ist auch nach dem Telos des Datenschutzrechts sinnvoll: Ziel ist es, durch die Schaffung eines „level playing fields“ europaweit einheitliche Voraussetzungen für das Handeln von Unternehmen zu schaffen⁵²⁴. Die Zielsetzung kann wirksam erreicht werden, wenn die Datenschutzbehörden

⁵²² B-VG, BGBl. I Nr. 1/1930 geändert durch BGBl. I Nr. 62/2016.

⁵²³ Matousek in: Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz² (2016), 821 f.

⁵²⁴ Vgl. Volmar/Helmdach, European Competition Journal 2018, 195 (203 ff); Barth, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, 106.

Entscheidungen treffen, die nicht von Inhalten, insb nicht von sachfremden Erwägungen, abhängig sind, gleichzeitig aber keinen Ermessensspielraum haben, da andernfalls die Gefahr besteht, dass die einzelnen Aufsichtsbehörden die Regelungen in unterschiedlicher Weise anwenden, wodurch „level playing fields“ gefährdet werden könnten⁵²⁵. Weiterhin ist ein Informationsaustausch zwischen Datenschutz- und Kartellbehörden ist auf EU-Ebene wünschenswert⁵²⁶. Schwierig hierbei gestaltet sich allerdings das langwierige Gesetzgebungsverfahren und zusätzlich, die Auffassung der EU-Organe, das Datenschutz- und Kartellrecht zu trennen, sind⁵²⁷. Demzufolge könnte mE weiterhin dazu führen, dass sich das kartellrechtliche Verfahren im Fall von Datenschutzrechtsverstößen an ein datenschutzrechtliches anschließt. Daraus können sich natürlich Verzögerungen des Kartellrechtsverfahrens ergeben.

Im Fall von Facebook bedeutet dies, dass die deutsche Wettbewerbsbehörde aufgrund ihrer Unabhängigkeit bei der Anwendung des Datenschutzrechts nicht selbst eine datenschutzrechtliche Bewertung vornehmen darf. Stattdessen hätte das BKartA die Entscheidung der zuständigen Aufsichtsbehörde abwarten und diese zugrunde legen können⁵²⁸, obwohl es prinzipiell einen Austausch zwischen den Datenschutzbeauftragten Hamburgs und BKartA, welcher eine Stellungnahme abgegeben hatte⁵²⁹.

14 Conclusio

Abschließend lässt sich festhalten, dass das Zusammenspiel von Datenschutzrecht und Marktmachtmissbrauch eine komplexe Herausforderung darstellt. Datenschutzrecht soll den Schutz personenbezogener Daten gewährleisten und die Privatsphäre der Individuen bewahren. Gleichzeitig können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht diese Daten nutzen, um ihre Position auszunutzen und den Wettbewerb zu behindern. Um diesem Problem entgegenzuwirken, müssen angemessene Datenschutzgesetze und -vorschriften entwickelt und durchgesetzt werden, die den Missbrauch von Marktmacht verhindern. Gleichzeitig ist eine

⁵²⁵ Dix in: Kühling/Buchner (Hrsg), DSGVO/BDSG, Art. 61, Rz 5.

⁵²⁶ Meriani, Digital platforms and the spectrum of data protection in competition law analyses, ECLR 2017, 89 ff.

⁵²⁷ Vgl Vestager, EK, Competition in a Big Data World, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech_22_1312 (abgefragt am 11.04.2023).

⁵²⁸ Vgl Barth, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, 164.

⁵²⁹ BKartA, 06.02.2019 – B6-22/16, 548.

enge Zusammenarbeit zwischen Datenschutzbehörden und Wettbewerbsbehörden erforderlich, um eine ganzheitliche Regulierung zu gewährleisten. Nur durch einen ausgewogenen Ansatz, der sowohl den Datenschutz als auch den Wettbewerb berücksichtigt, kann eine effektive Kontrolle des Zusammenspiels von Datenschutzrecht und Marktmachtmissbrauch erreicht werden.

Art 102 AEUV ist einigermaßen offen formuliert, sodass auch bisher unbekannte Risiken, die mit den Neuerungen in der Digitalwirtschaft einhergehen können, als missbräuchliche Verhaltensweisen unter den genannten Tatbeständen subsumiert werden können. Allgemein zeigt die Arbeit, dass bereits die gängige Rsp mit der immer größer werdenden Bedeutung von Daten und dem Missbrauchstatbeständen umgehen kann. Diese Beurteilung ändert sich, sobald außerkartellrechtliche Bestimmungen (Datenschutzrecht) hinzugezogen werden, wengleich beide Schutzzwecke teilweise parallele Richtungsweisen verfolgen, was mEn die Grenzen von datenschutzrechtlichen Anhaltspunkten im Kartellrecht verschiebt.

Es galt ua die Problemstellung zu untersuchen, ob die aktuellen Missbrauchsregelungen in den Anwendungsbereich des Konditionenmissbrauches reichen und somit einen Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften begründen können. Das BKartA hat mit dem Fall von Facebook den nötigen Anhaltspunkt für eine kontrovers diskutierte Problematik eröffnet. Somit war ua der Fokus innerhalb dieser Arbeit, die mögliche Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Aspekte innerhalb der Missbrauchskontrolle zu evaluieren. Nach den erwähnten Ausführungen, wurde ersichtlich, dass ein enges Zusammenspiel zwischen Datenschutzrecht und dem Kartellrecht unbedingt notwendig ist. Durch die Zunahme an internetbasierten Geschäftsmodellen, stieg folgerichtig die Anzahl an Datenschutzverstößen, welche mit (nationalen) Datenschutzrecht geahndet worden sind. Daneben sind kartellrechtliche Konditionenmissbräuche unter strengeren Voraussetzungen zu bestrafen, sodass unbedingt ein Marktmachtbezug gewährleistet sein muss. Gleichwohl ist ein Kausalitätszusammenhang nachzuweisen, um die Anwendung des Konditionenmissbrauches zu sichern, welcher im Einklang des kartellrechtlichen Schutzzweckes stehen sollte. Dieser hat nämlich, wie bereits aufgeführt in dieser Arbeit, den alleinigen Zweck, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen. IdZ ist dieser Wettbewerb offensichtlich gefährdet, da ein Bezug durch den vorhandenen (außerkartellrechtlichen) DSGVO Verstoß, gegeben ist. Aus diesem Grund ist mMn der Schutzgegenstand des Kartellrechts, getrieben durch die Digitalwirtschaft, als notwendig zu betrachten, wengleich die Gefährdung der Marktstruktur gewährleistet sein muss. Um eine generelle Instrumentalisierung des Konditionenmissbrauches zu vermeiden, sollte der zugrundeliegenden Analyse innerhalb dieser Arbeit nach, der Missbrauch mit der

marktbeherrschenden Stellung (normativ) kausal zusammenhängen. Das kann im Fall von Facebook durch das einseitige Auferlegen von Nutzungskonditionen und der dazugehörigen Informationsasymmetrie angenommen werden. Letztendlich wurde durch die Analyse der freiwilligen Einwilligung in die Nutzungskonditionen, welches als Schnittstelle beider Rechtsgebiete fungieren kann, aufgezeigt, dass die für den Tatbestand notwendige Unangemessenheit der auferlegten Konditionen erfüllt wird. Sowohl die Tatsache, dass kein ausreichender Wettbewerb nachgewiesen worden ist, der sich durch mithilfe der Als-ob Wettbewerbsanalyse anders verhalten würde, als auch die Handlungsunfähigkeit der Nutzer, die durch das einseitige Interesse von Facebook bekräftigt worden ist, gibt mE Anlass genug, um den geforderte Freiwilligkeit bei der Registrierung auf der Plattform zu negieren. Die Schlussfolgerung dieser Kombination aus einzelnen Anhaltspunkten unangemessenen Verhaltens, ist somit berechtigterweise die Anwendung des Kartellrechts. Dabei ist es mE unerheblich, dass das Datenschutzrecht womöglich an Effektivität verliert durch die Apathie der Nutzer. Diese können erwarten, dass sich Unternehmen wie Facebook, an einem rechtskonformen Datenschutz orientieren und ihrer besonderen Stellung in der Digitalwirtschaft gerecht werden. Zugegebenermaßen gibt es in der gängigen Rsp auch andere Beispiele, die einen strengeren Rahmen setzen, um den Missbrauchstatbestandes zu prüfen. Somit sind in selteneren Fällen die strenge Kausalität gefordert in Kombination mit dem Vorliegen des Wettbewerbsbezugs.

IdZ wurde untersucht, inwieweit der entstandene Schaden der Verbraucher, als ergänzende Zielsetzung der europäischen Rsp dargestellt werden sollte. Bisher galt es einen wirksamen Wettbewerb mit einer wettbewerblichen Marktstruktur zu gewährleisten, sodass das Verbraucherwohl in der Gesetzgebung kaum tangiert worden ist. Durch die Absicht der EK, den Wettbewerbsprozess moderner mit Wohlfahrtwirkungen zu gestalten und somit negative Effizienzeinwirkungen in Gestalt von Verbraucherschaden in den Mittelpunkt zu rücken, ergab das den Anhaltspunkt für die Diskussion eines „more economic approach“. Verbraucherschaden als Tatbestand wird womöglich zeitnah keine Grundlage ergeben, zumal in der europäischen Gesetzgebung kein klares Profil zu sehen ist. Vielmehr sind Effizienzüberlegungen und der traditionell Wettbewerbsschutz weiterhin zu präsent, um mE die Modernisierung voran zu treiben. Demnach bleibt die EK weiterhin verpflichtet, den Wettbewerbsprozess an sich zu schützen und somit die Verbraucherwohlfahrt als „Nebeneffekt“ der gesicherten Marktstruktur zu betrachten, wenngleich es als maßgebliches Kriterium der wettbewerblichen Beurteilung womöglich zeitgemäßer wäre.

15 Ausblick

In der vorliegenden Arbeit wurde von dem Missbrauch der Konditionen, als zentrales Tatbestandsmerkmal, ausführlich untersucht. Damit einhergehend wurde versucht zu evaluieren, inwiefern die EK bisherige Praxisfälle in der europäischen Rsp als Grundlage für den Facebook Fall in Betracht gezogen hat und es unter diesen Tatbestand subsumiert wurde. Gleichwohl trug die Untersuchung insofern dazu bei, zu zeigen, dass das vom Bkarta eingeleitete Verfahren durchaus relevanten Charakter für zukünftige Marktbeherrscher hat, wenn Geschäftsbedingungen ihrerseits ausgestaltet werden. Datenschutz muss daher sehr wohl ernst genommen werden, um eben nicht in den Tatbestand des Art 102 S 2 lit a AEUV durch Erzwingung unangemessener Nutzungskonditionen zu gelangen. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass ein erweiterter Schutzgegenstand zum Verbraucherwohl, durchaus wünschenswert wäre, obwohl der europäische Gesetzgeber bisher keine eindeutige Linie verfolgte.

Durch diese Erkenntnisse lassen sich weitere Fragen aufwerfen: Inwieweit lässt sich das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens als neue Schadenstheorie in der Missbrauchsaufsicht etablieren⁵³⁰ und wie genau wird der Verbraucherschaden quantitativ bemessen? So wurde der erwähnte Kontrollverlust durch das OLG Düsseldorf abgelehnt, unter der Annahme, dass vermutlich kein Schaden entstanden ist. Ein etwaiger Vermögensschaden wurde ebenfalls auf Grundlage des nicht vorhandenen Marktwertes von Daten abgelehnt⁵³¹. Gleichwohl lässt sich bereits der entstandene Schaden für Verbraucher, nach eingehender Analyse der fehlenden (freiwilligen) Einwilligung, als einer mit unverhältnismäßig großer Preisgabe personenbezogener Daten bezeichnen. Dieses Übermaß der Weitergabe von Daten an Facebook hat unmissverständlich wettbewerblichen Charakter und ist insofern erklärungsbedürftig, als dass es eine äquivalente Kontrolle zu finden gilt zwischen zu viele und zu wenige Daten, die von Verbrauchern preisgegeben sind. Demzufolge würden von Art 7 Abs 4 und Art 6 Abs 1 lit f DSGVO in den Mittelpunkt gerückt werden. Die Frage in welchem Ausmaß den personenbezogenen Daten ein (monetären) Wert zugeordnet werden kann, wird in dieser Arbeit nicht behandelt und erfordert eine weitere Analyse.

Zum anderen sollte in der Diskussion der missbräuchlichen Marktbeherrschung betrachtet werden, dass es Modernisierungsmaßnahmen des Kartellrecht geben sollte, die mögliche

⁵³⁰ Vgl Monopolkommission, Hauptgutachten 2018, Rz 652.

⁵³¹ OLG Düsseldorf, 26.08.2019, 9 f.

Anpassungen für strengere Kontrollen hinsichtlich Plattformanbieter bieten. Durch die zunehmende Digitalisierung sollte nach der vorliegenden Analyse, der für alle Beteiligten gleichbedeutende Wunsch nach Regulierungen innerhalb der Digitalwirtschaft und dabei insb für (potentiell) Marktbeherrscher, bestehen. Wie kann also gewährleistet werden, dass das Kartellrecht, der Datenschutz und der Verbraucherschutz in Einklang gebracht wird, sodass das größtmögliche Optimierungspotential ausgeschöpft wird? Ob das eine Kompetenzerweiterung der Kartellrechtsbehörden im weiteren Sinne bedeutet, lässt sich nur durch eine weiterführende Untersuchung beurteilen.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die bisherigen Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers und des europäischen Gesetzgebers, erst den Anfang einer langfristigen Entwicklung darstellen, in derer eine effektive Regulierung der Digitalwirtschaft angestrebt wird.

16 Literaturverzeichnis

Hand- und Lehrbücher/Monografien

Barth, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020.

Bezemek, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I¹¹, Verlag Österreich, 2016.

Bischke/Brack, Neuere Entwicklungen im Kartellrecht NZG 2016, 502 (503).

Buchner/Kühling in: Kühling/Buchner (Hrsg), DSGVO/BDSG, Art. 7, C.H. Beck 2020.

Brand, Schadenersatz im Kartellrecht¹, Praxishandbuch privat enforcement, Linde Verlag Ges.m.b.H., 2017.

Brinkmann, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Facebook-Verfahrens des Bundeskartellamtes, Nomos 2018.

Bohne, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, Nomos Verlag 2015.

Clement/Schreiber, Internet-Ökonomie. Physica-Verlag 2010.

Clement/Schreiber, Internet-Ökonomie, Grundlagen und Fallbeispiele der vernetzten Wirtschaft², Heidelberg: Springer 2013.

Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Vranes, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I¹¹, Verlag Österreich 2016.

Frenz, Handbuch Europarecht, Europäisches Kartellrecht, Springer 2005.

Gasser, Der Marktstrukturmissbrauch in der Plattformökonomie, Informationsasymmetrien als Ausgangspunkt eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021.

Gey, Potentieller Wettbewerb und Marktbeherrschung, Baden-Baden 2004.

Grewe, Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument, Eine Untersuchung der Schnittstellen des Kartellrechts mit dem Datenschutz-, Lauterkeits- und AGB-Recht, Nomos Baden-Baden 2020.

- Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁷, Mohr Siebeck Lehrbuch 2010.
- Heberlein*, Datenschutz im Social Web, Materiell-rechtliche Aspekte der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Private in sozialen Netzwerken, Nomos 2017.
- Heberlein* in: Ehmann/Selmayr, DSGVO², Art 6, LexisNexis 2018.
- Holznagel/Sonntag*, Die Einwilligung des Betroffenen, In: Handbuch Datenschutzrecht, Roßnagel/Abel (Hrsg), 2003.
- Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988.
- Jäger*, Materielles Europarecht², Lehr- und Handbuch zum Recht des EU-Binnenmarkts, Lexis Nexis ARD ORAC 2020.
- Kalimo/Majcher*, The concept of fairness: linking EU competition and data protection law in the digital marketplace, E.L.Rev. 2017.
- Krempf*, Die Reform der europäischen Fusionskontrolle, Graz 2005.
- Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?: Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Mohr Siebeck 2008.
- Meier*, Ein “More Realistic Approach?”, Mohr Siebeck, Tübingen 2021.
- Möschel*, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Großbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen: Mohr, 1974
- Pelka*, Rechtssicherheit im europäischen Kartellverfahren?: VO 1/2003 (2009).
- Rempe*, Marktmachtmissbrauch durch Datenverstöße, K&R 2017, 149 (152).
- Sandfuchs*, Privatheit wider Willen? Verhinderung informationeller Preisgabe im Internet nach deutschem und US-amerikanischem Verfassungsrecht, Internet und Gesellschaft², Mohr Siebeck, 2015.
- Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht - Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis,, Beck 2017.
- Schönberger*, Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs, Mohr Siebeck Tübingen 2022.
- Schmidtchen/Albert/Voigt*, The More Economic Approach to European Competition Law, Tübingen, Mohr Siebeck 2007.
- Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie , Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Frankfurt 2006.
- Selmayr/Ehmman* in: Ehmman/Selmayr, DSGVO², LexisNexis 2018.
- Unsel*, Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, Utzverlag 2010.

Van Rumpuy, Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non-efficiency Considerations under Article 101 TFEU in A. SUTTON, International Competition Law Series, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012.

Verheijden, Rechtsverletzungen auf YouTube und Facebook, Eine Analyse der urheberrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Probleme und möglicher Lösungen, Verlag Hamburg 2015.

Volmar/ Helmdach, European Competition Journal 2018.

Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch², Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck Tübingen 2012.

Zech, Information als Schutzgegenstand, Mohr Siebeck 2012.

Beiträge in Fachzeitschriften, Jahrbüchern, Law Journal und sonstige Artikel

Albors-Llorens, Competition and Consumer Law in the European Union: Evolution and Convergence, Yearbook European Law 33, 2014, 163.

Bäcker, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, *Der Staat* 2012, 91, 105.

Bechtold, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts seit der 7. GWB-Novelle, NJW 2007, 3761-3769.– Leitlinien der Kommission und Rechtssicherheit – am Beispiel der neuen Horizontal-Leitlinien, GRUR 2012, 107-112.

Bolton/Lemon/Verhoef, The Theoretical Underpinnings of Customer Asset Management: A Framework and Propositions for Future Research. Journal of the Academy of Marketing Science 2004, 32(3), 271-292.

Böttcher, Clearstream-Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Heft 102/2011, 5.

Buchner, Datenschutz und Kartellrecht, WRP 10/2019, 1245, Rz 9.

Bueren, Die Neufassung der Missbrauchsgeneralklausel durch die 10. GWB-Novelle im Lichte des Facebook-Beschlusses, ZHR 2021, 556.

Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁵, Art 102, Rz 47.

Christiansen/Kerber, Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of „Per Se vs. Rule of Reason“ in: Journal of Competition Law & Economics, 2006, 215.

Cseres, The Controversies of the Consumer Welfare Standard, Comp. Law. Rev. 3 (2007), 121, 133.

Dreher/Adam, The more economic approach to Art. 82 EC and the legal process, ZWeR 2006.

- Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Kurzkommentar Art. 2 Rn 69 ff.
- Franck*, Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmisbrauch durch rechtswidrige Konditionen, ZWeR 2016, 137, 152.
- Galle*, BGH: Facebook - Vorwurf der missbräuchliches Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vorläufig bestätigt, Deutscher Fachverlag 2021, 38/2020, 2061.
- Gebicka/Heinemann*, World compet. law and econom. 2014, Rev. 37, 149, 162.
- Graef*, EU competition law, data protection and online platforms, 285, 323.
- Graef*, Blurring boundaries of consumer Welfare: Towards a Holistic Approach? Tilburg University 2018, 4.
- Graef/ Clifford/Valcke*, International Data Privacy Law 2018, 200, 213 ff.
- Gerbrandy*, Competition Law and sustainable development, An enquiry by legal essay, Utrecht University Working Paper 2012, 11 ff.
- Guérin/Wolf-Posch*, Sondergutachten der deutschen Monopolkommission: Can Competition Law Address Challenges Raised by Digital Markets?, JECL&Pract 7 2015, 30, 37.
- Hirsbrunner/Schädle*, Sicherer Hafen oder Bermudadreieck?, EuZW 2006, 585.
- Jaeger*, Kartellstrafrecht 4.0: Big Data, Datenschutz und Ne bis in idem, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2018, 32(8), 420 ff.
- Kiehl/ Petschko*, Kartelle: EU gibt Nachhilfe im Rechnen, Die Presse 2010/05/08, 3.
- Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 20 Rz 89.
- Kühnert/Tlapak*, Update: Kartell- und Datenschutzrecht, VWT 2016, 334.
- Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht⁵, C.F. Müller 2021, Rz 134, 65
- Körber*, Google im Fokus des Kartellrechts in: WRP 2012, 761, 766.
- Körber*, Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WuW 2015, 120, 121.
- Körber*, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93 (96).
- Körber*, Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?, NZKart 4/2019, 190 (192).
- Louven*, Kartellrecht als Hebel für die Durchsetzung des Datenschutzrechtes?, CR 6/2016, Rz 24, 356.

Louven, VBL-Gegenwert II, Kommentar zu BGH, Urteil vom 24.01.2017 – KZR 47/14, 569.

Mohr, Kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch datenschutzwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen, EuZW 2019, 265 ff.

Mundt, Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes, NZKart 2019, 117, 118

Nuys, Big Data - Die Bedeutung von Daten im Kartellrecht, WuW 2016, 512-520.

Paal, Marktmacht im Daten(schutz)recht, ZWeR, 2020, 215, 229, 237.

Paal, BeckOK InfoMedienR, AEUV Art 102, Rz 30.

Paal/Pauly, DSGVO, Art. 20 DSGVO, Rz 6.

Podszun, Anm zu BGH Pechstein, JZ 2017, 201, 21.

Satzky, Missbrauchsaufsicht und Verbraucherschutz im GWB, NZKart 2018, 554, 558.

Schneider, Journal of European Competition Law & Practice 2018, 213 (221).

Seip/Berberich, Der Entwurf des Digital Markets Act, GRUR-Prax 2021, 44.

Telle, Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten WRP 2016, 814, 818.

Thomas, Wettbewerb in der digital economy: Verbraucherschutz durch AGB-Kontrolle im Kartellrecht?, NZKart 2017, 92.

von Lewinski, BeckOK DSR, Art.20 DSGVO, Rz 9 ff.

Volmar/Helmdach, European Competition Journal 2018, 195 (209).

Weber/Volz, Kartellrechtlicher Handlungsbedarf im Lichte potenzieller Meinungsmacht von Suchmaschinen, WuW 2015, 356, 361.

Witt, The More Economic Approach to EU Antitrust Law, Oxford 2016, 239 ff.

Kommentare

Ackermann, Excessive pricing and the goals of competition law in: Zimmer (Hrsg) The Goals of Competition Law, 349, 354.

Bäcker in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 2 Abs. 8 DSGVO, Rz 76.

Berg in:

Bender/Berg/Cassel/Galisch/Hartwig/Hübl/Kath/Grosseckler/Siebke/Thieme/Willms, Wirtschaftspolitik II⁷, 306.

Bergmann/Fiedler in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht³, Art 102 AEUV, Rz 38.

Buchner/Kühling in: *Kühling/Buchner DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 7 DS-GVO* Rz 53.

Bunte in: Langen/Bunte, Kartellrecht¹³, Art 102 AEUV Rz 45 ff.

Bulst, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹², Rz 96.

de Bronett in: Wiedemann (Hrsg), Handbuch des Kartellrechts³, 2016, § 22, Rn 128.

Dreher, Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht, WUW 01/2008, 23, 25.

Eilmansberger/Kruis in: Streinz, EUV/AEUV³, 2018, Art 102 AEUV Rz 41.

Eilmansberger/Bien in: MüKo Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rz 4.

Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rz 401.

Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg), Wettbewerbsrecht, 2014, § 18 GWB, Rz 73.

Heckmann/Paschke in Ehmman/Selmayr (Hrsg), DS-GVO, Art. 7 Rz 50.

Heinemann in: Digitalisierung, Medienkonvergenz und Anforderungen an das Recht, Digitale Medien und das Kartellrecht, 45.

Huttenlach/Lübbig, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht³, Art 102 AEUV Rz 17.

Jung in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art 102, Rz 177.

Kling in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 6 Art. 102 AEUV, Rz 90.

Knebel, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in sozialen Netzwerken in: Mittwoch/Klappstein/Botthof et al.: Netzwerke im Privatrecht, 2016, 189, 200 ff.

Klotz, Google und Facebook im Kontext von Art. 102 AEUV, in: WuW 2016, 58.

Korschelt, Big Data und Datenschutz in Jahnel (Hrsg), Datenschutzrecht, 2016, 133 (137ff).

Körber/Immenga, Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 2017, 31ff.

Lewisch in: Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 102 AEUV, Rz 46.

Lewisch in Mayer/Stöger (Hrsg), EU/AEUV, Art 102 AEUV, Rz 45 ff.

Matousek in: Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz² (2016), 821 f.

Meessen/Funke in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht³, Art 102 AEUV, Rz 80.

Meffert/Pohlkamp/Böckermann, Wettbewerbsperspektiven des Kundenbeziehungsmanagements im Spannungsfeld wissenschaftlicher Erkenntnisse und praktischer Exzellenz in: *Georgi/Hadwich* (Hrsg), *Management von Kundenbeziehungen*, 13f.

Nothdurft in: *Langen/Bunte* (Hrsg), *Kartellrecht Kommentar*, 2018 § 19 Rz 472.

Paulis, Article 82 EC and Exploitative Conduct in: *Marquis/Ehlermann* (Hrsg) *European Competition Law Annual 2007, A Reformed Approach to Article 82 EC*, 517.

Rempe in: *Taeger*, *Smart world–smart law?*, *Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße*, 193.

Roth, The „More Economic Approach“ and the Rule of Law in *Schmidtchen/Albert/Voigt* (Hrsg) *The more economic approach to European Competition Law 37* (51).

Schröter/Bartl in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 102 AEUV Rn. 172 f.

Schröter/Bartl in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*², Art 102 AEUV, Rz 164.

Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann et al., *Grundfragen des Datenschutzes*, 1971, BT-Drucks. VI/3826, 07.09.1972, 85

Tamm in: *von der Groeben/Schwarze*, Art 14 AEUV, *Europäisches Unionsrecht*⁷, 2021, Rz 33.

Telle, *Konditionenmissbrauch*, in: *WRP* 2016, 814, 817.

Weber in: *Schulte/Just* (Hrsg), *Kartellrecht Kommentar*² (2016), Art 102 AEUV Rz 2 ff.

Weck, *Fusionskontrolle in der digitalen Welt*, in: *NZKart* 2015, 290 ff.

Weiß in: *Calliess/Ruffert*⁵, *EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta*, Art 102 AEUV, Rz 15.

Wollmann in: *Mayr/Stöger*, *EUV/AEUV*, Art 101 AEUV Rz 71.

Internetquellen

Albers, *Der „more economic approach“ bei Verdrängungsmisbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, nachträglich angefertigte, leicht veränderte und um Fußnoten ergänzte Fassung eines Vortrags anlässlich des Hamburger Kartellrechtssymposiums 2006*, 523 <http://ec.europa.eu/competiton/antitrust/art82/albers.pdf> (abgefragt am 11.04.2023).

- Arbeitskreis Kartellrecht*, Hintergrundpapier vom 04.10.2018, 28,
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2018_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (abgefragt am 13.04.2023).
- Ausschuss für Wirtschaftspolitik*, Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Drucksachen 28.06.1957, 3644, 1158, zu BT-Drucks. 2/3644, 26,
<https://dserver.bundestag.de/btd/02/036/0203644zu.pdf> (abgefragt am 21.05.2023)
- Baumgart/Berger*, Warum sich das Bundeskartellamt für Datenschutz interessiert, lto.de, 22. Juni 2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-facebook-bundeskartellamt-datenschutz-kartellrecht-massstab-marktbeherrschung-daten-social-media/> (abgefragt am 12.02.2023).
- Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen*, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich 2010, Nr. 84, 37, https://www.sozialpartner.at/wp-content/uploads/2015/08/Beirat_Nr.84_2010_WEB.pdf (abgefragt am 15.03.2023).
- BGH*, Pressemitteilung Nr. 80/2020 von 23.06.2020,
<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html> (abgefragt am 14.04.2023)
- Bien*, Blogbeitrag vom 20.12.2017, <https://www.d-kart.de/blog/2017/12/20/das-fac-ebook-verfahren-des-bundeskartellamts-zum-zusammenhang-zwischen-marktb-eherrschung-und-missbrauch/> (abgefragt am 12.04.2023)
- BKartA*, Hintergrundinformation zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamts vom 19.12.2017, 4,
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (abgefragt am 13.04.2023).
- BKartA*, Fallbericht von 15.02.2019,
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (abgefragt am 16.10.2022).
- BMWK*, Europäische Datenschutz-Grundverordnung,
<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Digitale-Welt/europaeische-datenschutzgrundverordnung.html> (abgefragt am 13.04.2023)
- BWB*, Ziel der BWB <https://www.bwb.gv.at/die-bwb/ziele-der-bwb> (abgefragt am 18.03.2023).
- BWB*, Kartelle und Marktmachtmissbrauch, <https://www.bwb.gv.at/kartelle-marktmachtmissbrauch> (abgefragt am 15.03.2023).
- Colangelo/Maggiolino*, Data Accumulation and the Privacy - Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S., 33,
<https://law.stanford.edu/publications/no-31-data-accumulation-privacy-antitrust-interface-insights-facebook-case-eu-u-s/> (abgefragt am 27.02.2023)

- Cremer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the digital era, 77, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (abgefragt am 23.03.2023)
- Decker & Böse*, Glossar: conditio sine qua non, <https://www.db-anwaelte.de/glossar-verbraucherrecht/conditio-sine-qua-non/> (abgefragt am 15.05.2023).
- Dewenter*, Das Konzept der zweiseitigen Märkte am Beispiel von Zeitungsmonopolen, Helmut-Schmidt Universität, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre, 2007, http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2007/5544/pdf/paper_53.pdf (abgefragt am 15.05.2023).
- DSB*, Gesetzesbegutachtungen durch die Datenschutzbehörde, <https://www.dsb.gv.at/aufgaben-taetigkeiten/gesetzesbegutachtungen.html> (abgefragt am 15.03.2023).
- Ehrlich*, *Von Der Normativen Kausalität. ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Vol. 72 (1), 1986, 32ff, JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/23680594> (abgefragt am 22.03.2023).
- Europäische Kommission*, Diskussionspapier über Marktmissbräuche, MEMO/05/486, 19.12.2005, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_05_486 (abgefragt am 04.03.2023).
- Europäische Kommission*, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art 101 oder 102 AEUV, Abs 49, https://www.ee-mc.de/fileadmin/user_upload/PRAKTISCHER_LEITFADEN_ZUR_ERMITTLUNG_DES_SCHADENSUMFANGS.pdf (abgefragt am 21.05.2023)
- Franzius*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, ZJS 3/2015,261, https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2015_3_906.pdf (abgefragt am 13.04.2023).
- Hages/Oslislo/Recker/Roth*, Digitalisierung, Lock-In Effekte und Preisdifferenzierung, Otto Wolf Institut für Wirtschaftsordnung, Otto-Wolff-Discussion Paper 5/2017, 15, https://www.econstor.eu/bitstream/10419/201596/1/OWIWO_DP_2017_05.pdf (abgefragt am 21.05.2023)
- Hellwig*, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wirtschaftspolitik, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Oktober 2007, 10, http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2007_19online.pdf (abgefragt am 04.03.2023).
- Jentzsch*, Marktmacht in der Datenökonomie begrenzen, Stiftung Neue Verantwortung 2018, https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/marktmacht_in_der_datenoekonomie_begrenzen.pdf (abgefragt am 18.02.2023).
- Kühling/Martini/Heberlein et al*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 13, <https://www.uni-regensburg.de/assets/rechtswissenschaft/oeffentliches->

- recht/kuehling/k_hling_martini_et_al.-die_dsgvo_und_das_nationale_recht_-_pdf (abgefragt am 12.04.2023).
- Lademann* in: Bechthold/Jickeli/Rohe (Hrsg), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, 385, https://www.lademann-associates.de/images/docs/Lademann_-_Festschrift_Moeschel_2011_-_Seiten_381-394.pdf (abgefragt am 08.04.2023).
- LexisNexis Österreich & Compliance Redaktion*, 12.06.2017, https://www.compliance-praxis.at/Themen/Aktuelles_Meinung/Archiv/Verbraucherschutz-Mehr_Kompetenzen_fuer_das_Bundeskartella.html (abgefragt am 08.03.2023).
- Martini/Botta*, VerwArch 2019, 235 (248 ff), https://www.uni-speyer.de/fileadmin/Lehrstuehle/Martini/2019_Martini_Undurchsichtige_Datentransfers_MOOC_VerArchiv.pdf (abgefragt am 21.05.2023)
- Monopolkommission*, 22. Hauptgutachten 2018, 258, https://www.monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Gesamt.pdf (abgefragt am 11.04.2023).
- Ohrtmann*, Blogbeitrag PwC Legal Deutschland: Datenschutz & Datenrecht, 02.02.2022, <https://www.pwclegal.de/datenschutz/ausblick-datenschutz-datenrecht-2022/> (abgefragt am 02.12.2022).
- PwC*, Global Top 100 companies by market capitalisation, 2018, <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/assets/pdf/global-top-100-companies-2018-report.pdf> (abgefragt am 18.05.2023).
- Rechteasy*, <https://www.rechteasy.at/wiki/condicio-sine-qua-non-formel/> (abgefragt am 11.04.2023).
- Roth*, Der ebenso effiziente Wettbewerber“, Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht am Beispiel des Behinderungsmisbrauches, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich 2016, 82 ff, <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/150585/1/20183326.pdf> (abgefragt am 16.05.2023).
- Scharf*, Netidee, Paper Published - Der Fall Facebook (Update); Konditionenmissbrauch wegen unangemessener Datenverarbeitung <https://www.netidee.at/datenmissbrauch-im-kartellrecht/paper-published-der-fall-facebook-update-i> (abgefragt am 16.05.2023).
- Schmidt*, Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, 2006, 2, https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/41860/ssoar-2006-schmidt-Wie_ekonomisch_ist_der_more.pdf (abgefragt am 21.05.2023).
- Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper 16-042, 52f, <https://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16042.pdf> (abgefragt am 13.04.2023).

Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht, 29. August 2018, 108, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=12 (abgefragt am 11.04.2023)

Shapiro/Teece, Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak, 39 Antitrust Bull, 1994, 135,144, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/kodak.pdf> (abgefragt am 09.04.2023).

Steffen/Wiewiorra/Kroon, Wettbewerb und Regulierung in der Plattform- Datenökonomie, WIK Diskussionspapier 2021, 48 f, https://www.wik.org/fileadmin/user_upload/Unternehmen/Veroeffentlichungen/Diskus/2022/WIK_Diskussionsbeitrag_Nr_481.pdf (abgefragt am 27.05.2023)

17 Judikaturverzeichnis

Europäischer Gerichtshof

EuGH, 21.02.1972, 6/72, Continental Can - Kommission.

EuGH, 21.02.1973 - Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc. - Kommission

EuGH, 27.03.1974, 127/73, BRT 2/SABAM / Fonior.

EuGH, 30.04.1974, 155/73, Sacchi.

EuGH, 31.05.1979, 22/78, Hugin Liptons.

EuGH 13.2.1979, 85/76, Hoffmann-La Roche.

EuGH, 9. 11. 1983, 322/81 - Michelin.

EuGH 11.07.1985, 42/84 - Remia.

EuGH, 07.10.1990, Rs T-228/97 - Irish Sugar..

EuGH, 03.07.1991, C-62/86, AKZO Chemie BV.

EuGH, 08.4.1992, C-62/90 - Kommission/Bundesrepublik Deutschland.

EuGH, 26.11.1998, C-7/97 – Bronner/Mediaprint.

EuGH, 10.02.2000, C-147/97 - Deutsche Post/GZS.

EuGH, 16.03.2000, C-395/96 P und C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports.

EuGH, 22.03.2000, T-125/97 und T-127/97, Coca Cola.

EuGH, 13.03.2007, C-95/04 P– British Airways.

EuGH, 06.10.2009, C-501/06, C-513/06, C-515/06 und C-519/06– GlaxoSmithKline.

EuGH, 17.2.2011, C- 52/09 - TeliaSonera Sverige AB/Konkurrensverket.

EuGH, 24.05.2011, C-209/10 - Post Danmark A/S - Konkurrenseradet.

EuGH, ,27.3.2012, C-209/10 - Post Danmark.

EuGH 06.12.2012, C-457/10 - AstraZeneca.

EuGH, 06.10.2015, C-23/14 - Post Danmark II.

EuGH, 06.09.2017 C-413/14 P - Intel.

EuGH, 20.03.2018, C-524/15 - Menci.

EuGH, 25.03.2021, C-152/19 P, Deutsche Telekom.

Kommissionsdokumente

Europäische Kommission, 18.07.1988, Napier Brown/Bristih Sugar, ABI L 1988/284

Europäische Kommission, 11.03.1998, Van der Bergh Foods, ABI L 1998/246.

Europäische Kommission, 20.4.2001, COMP D3/34 493, Duales System Deutschland.

Europäische Kommission, 24. 03. 2004– Microsoft, COMP/37.792.

Europäische Kommission, 02.06.2004, COMP/38.096 – Clearstream, ABI C 2009/165.

Europäische Kommission, 12.06.2014, T-286/09 - Intel.

Europäische Kommission, 03.10.2014, M. 7217 – Facebook/WhatsApp.

Gesetze

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) von 26.06.2013, BGBl. I.

Verträge

Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV),
ABI C 2012/326.

Richtlinien

Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI L 1995/281, 31.

Verordnungen

VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002, Zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

FKVO, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 2004.

Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. 9. 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. Nr. L 265/1 vom 12.10.2022.

Europäisches Parlament

Leitlinien, ABl C 2002/165, 6 Rz 5, 70; Art 14 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl L 2002/108.

(deutsche) BGH

BGH, 30.03.2004 - KZR 1/03, BGHZ 158, 334, 340/341 - Der Oberhammer.

BGHZ, 04.03.2008 - KVR 21/07 - Soda-Club II.

BGH, 06.11.2013, Az. KZR 58/11–VBL Gegenwert I.

BGH, 06.10.2015, KZR 87/13 – Porsche-Tuning.

BGH, 24.01.2017 - KZR 47/14 - VBL-Gegenwert II.

(deutsche) Bundeskartellamt

BkartA, 06.02.19, Az.: B6-22/16.

(deutsche) Bundesverfassungsgericht

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15.12.1983 Volkszählungsurteil - 1 BvR 209/83.

(deutsche) OLG

OLG Düsseldorf, 09.01.2015, IV. Kart 1/14 (V.).

OLG Düsseldorf, 26.08.2019 - VI-Kart 1/19.

B-VG

B-VG, BGBl. I Nr. 1/1930 geändert durch BGBl. I Nr. 62/2016.

OGH

OGH, 17.11.2003, 16 Ok 14/03.

OGH, 13.09.2006, 6Ob16/01y - Mobilpoints-Entscheidung.

OGH, 23.7.2007, 4 Ob 221/06p.

OGH, RS0114137.

OGH, 17.02.2021, 16 Ok 4/20d.

DSK

DSK, 14.9.2001, K120.705/010-DSK/2001.