

# Betriebs Berater

18|2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **US Tax** ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ...

30.4.2018 | 73. Jg.  
Seiten 961–1024

## DIE ERSTE SEITE

**Tim Wybitul**, RA/FAArbR

Die DSGVO tritt in Kraft - wie geht es weiter?

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Martin Hossenfelder**, RA

Die DSGVO kommt bald: Top 5 Handlungsempfehlungen zur Umsetzung des neuen Datenschutzrechts | 963

**Dr. Andrea Pomana**, RAin, und **Maren Schneider**

Wettbewerbsrecht und Datenschutz: Facebook im Visier des Bundeskartellamts | 965

## STEUERRECHT

**Markus Stier**

Die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) – Auswirkungen für die Steuerberatung | 983

**Christian Schmid**, StB, und **Tina Rost**, StBin

Die US-Steuerreform und deren Auswirkungen auf international agierende Unternehmen | 988

**Denis Korneev**, RA/StB

Gewerbesteuerkürzung: Schachtelvergünstigung auch für Beteiligungen an passiven ausländischen Gesellschaften? | 993

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Math. **Jürgen Fodor**

Klassifikation der reinen Beitragszusage nach IFRS und US-GAAP | 1003

## ARBEITSRECHT

**Dr. Matthias Köhler**, LL.M., FAArbR, und **Adrian Schürgers**

Rechtswidrig erlangte Beweismittel – Beweisverwertungsverbot? | 1013

**Mina Bettinghausen**, RAin

Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot unter Berücksichtigung der bisherigen BAG-Rechtsprechung – Was Arbeitgeber zu beachten haben | 1016

und Privacy by Design implementiert werden (insbesondere beim Einsatz neuer Technologien).

## 5. Datenschutzbeauftragter

Durch die DSGVO wird erstmals europaweit eine Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten (intern oder extern) eingeführt. In Deutschland bleibt es im Wesentlichen bei der bisher schon bestehenden Regelung, dass ein Datenschutzbeauftragter bereits dann bestellt werden muss, wenn „*sich in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen*“.<sup>21</sup> Die Anforderungen sind insoweit relativ gering. Das wird in der Praxis bereits bisher häufig unterschätzt. Ein Datenschutzbeauftragter ist zudem – unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung beschäftigten Personen – auch dann zu bestellen, wenn eine Datenschutzfolgenabschätzung<sup>22</sup> stattzufinden hat, so dass etwa auch kleinere Unternehmen, die innovative Produkte entwickeln, oftmals betroffen sein werden.

*Empfehlung:* Falls ein Datenschutzbeauftragter zu bestellen ist, sollte man sich darum schnellstmöglich kümmern. Insbesondere wenn man auf einen externen Datenschutzbeauftragten bzw. externen Dienstleister zugreifen möchte, ist zu berücksichtigen, dass es aufgrund der großen Nachfrage schnell zu Engpässen kommen kann.

## III. Fazit

Die Umsetzung der Vorgaben der DSGVO ist für Unternehmen unter Compliance-Gesichtspunkten von enormer Bedeutung. Bestehende Prozesse müssen an die Anforderungen der DSGVO angepasst wer-

den, da Verstöße mit empfindlichen Bußgeldern geahndet werden. Aufgrund der erheblichen Erhöhung des Bußgeldrahmens wird man in der Zukunft damit rechnen müssen, dass Verstöße – im Vergleich zur Rechtslage unter dem „alten“ BDSG – mit höheren Bußgeldern sanktioniert werden.

Vor diesem Hintergrund sollten Unternehmen sich bemühen, schnellstmöglich DSGVO-Compliance herzustellen, insbesondere auch mit Blick auf datenschutzrechtlich relevante Anwendungsfälle mit Außenwirkung (z.B. Datenschutzerklärungen, Einwilligungserklärungen).<sup>23</sup>

Unternehmen sollten die DSGVO aber auch als Chance betrachten, die bisherigen datenverarbeitenden Prozesse kritisch zu durchleuchten und ggf. klarere und transparentere Strukturen aufzubauen. Wenn eine Data Compliance richtig etabliert wird, bedeutet dies auch, dass sich ein Unternehmen für die Digitalisierung gut aufstellt.

**Dr. Martin Hossenfelder** ist Rechtsanwalt am Berliner Standort der Kanzlei GSK Stockmann mit einem Schwerpunkt im Bereich Datenschutzrecht und IP/IT.



<sup>21</sup> Vgl. § 38 Abs. 1 S. 1 BDSG neu.

<sup>22</sup> Vgl. dazu bereits oben II. 4.

<sup>23</sup> Nicht zuletzt um gegenüber Aufsichtsbehörden klar zu signalisieren, dass man die Vorgaben der DSGVO einhält und um etwaige vertiefte Prüfungen der (internen) Verarbeitungsvorgänge durch die Aufsichtsbehörden zu vermeiden.

Dr. Andrea Pomana, RAin, und Maren Schneider

# Wettbewerbsrecht und Datenschutz: Facebook im Visier des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt hat 2016 ein Missbrauchsverfahren gegen Facebook eröffnet. Ende 2017 ist es zur vorläufigen Einschätzung gekommen, dass Facebook seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke missbraucht hat. Im Fokus der Untersuchung steht das Sammeln und Verwerten von Nutzerdaten auf Drittseiten, die außerhalb der Facebook-Plattform besucht werden, und die mit dem Facebook-Konto zusammengeführt werden. Damit kommt Facebook in den Besitz „unbegrenzter“ Mengen personenbezogener Daten. Ein datenschutzrechtlicher Verstoß erscheint damit möglich. Wie und ob er sich jedoch auf das Wettbewerbsrecht auswirkt ist nicht abschließend geklärt. Die folgende Darstellung bietet einen Lösungsansatz zur Behandlung außerkartellrechtlicher Wertungen im Wettbewerbsrecht.

## I. Einleitung

Wettbewerbsrecht und Datenschutz wurden bisher selten in einem Atemzug genannt. Das Verfahren des Bundeskartellamts gegen Facebook ändert das nun. Das Bundeskartellamt betritt dabei juristisches Neuland: Zum ersten Mal werden *datenschutzrechtliche* Wertungen bei der *kartellrechtlichen* Beurteilung relevant. Wie das ausgeht, darauf wartet die europäische Wettbewerbswelt gespannt wie selten zuvor. Das Bundeskartellamt hat gegen Facebook im März 2016 Ermittlungen eingeleitet.<sup>1</sup> Anlass war der Verdacht, dass Facebook durch die

<sup>1</sup> BKartA, PM v. 2.3.2016 „Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts des Marktmissbrauchs durch Datenschutzverstöße“.

Ausgestaltung seiner Geschäftsbedingungen gegen Datenschutzrecht verstößt. Die Ermittlungen gegen Facebook erfolgen im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens.<sup>2</sup> Das bedeutet, dass das Unternehmen nicht mit einem Bußgeld rechnen muss. Sollte es aber nicht ausreichend auf die vom Bundeskartellamt genannten Kritikpunkte reagieren, könnten die beanstandeten Praktiken untersagt werden.<sup>3</sup> Eine endgültige Entscheidung wird voraussichtlich im Sommer 2018 erwartet.

In diesem Beitrag wird zunächst untersucht, ob Facebook eine marktbeherrschende Stellung innehat. Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob ein missbräuchliches Verhalten nach § 19 GWB vorliegt und ob dabei etwaige Verstöße gegen kartellrechtsfremde Gesetze – nämlich gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach §§ 307 ff. BGB und das Datenschutzrecht – einzubeziehen sind. Abschließend wird dargestellt, ob sich die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung schädlich auf den Wettbewerb auswirken muss oder die Feststellung des Vorliegens einer Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ausreicht, um einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot zu begründen.

## II. Voraussetzungen für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Das Bundeskartellamt hat in einer vorläufigen Einschätzung vom Dezember 2017 festgestellt, dass Facebook eine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben könnte.<sup>4</sup> Daraus ist jedoch noch nicht vollständig erkennbar, anhand welcher Kriterien das Bundeskartellamt zu seiner Einschätzung gekommen ist.

§ 19 Abs. 1 GWB verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Nach § 18 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn es auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt (i) ohne Wettbewerber ist, (ii) keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder (iii) eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.

Der Grundgedanke des Verbots einer marktbeherrschenden Stellung ist, die wettbewerbsschädliche Ausnutzung marktmachtbedingter Handlungsspielräume zu verhindern.<sup>5</sup> Sind marktbeherrschende Unternehmen keinem oder nur sehr geringem wettbewerblichen Druck ausgesetzt, können sie einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt effektiv verhindern: Dem Unternehmen wird die Möglichkeit verschafft, sich von seinen Wettbewerbern und Kunden in erheblichem Maße unabhängig zu verhalten.<sup>6</sup> Dies zu verhindern, ist Aufgabe der Missbrauchskontrolle durch das Bundeskartellamt.

Das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch kein Instrument, das verhindern soll, dass Unternehmen auf einem Markt aus *eigener Kraft* eine marktstarke Position aufbauen.<sup>7</sup> Es soll auch nicht gewährleisten, dass Wettbewerber, die weniger effizient als das marktbeherrschende Unternehmen sind, sich am Markt halten.<sup>8</sup> Denn nicht jede Verdrängungswirkung verzerrt den Wettbewerb.<sup>9</sup> Im Wettbewerb können weniger leistungsfähige und damit für die Verbraucher im Hinblick auf Preis, Auswahl oder Qualität weniger interessante Wettbewerber durchaus bedeutungslos werden und vom Markt verschwinden.<sup>10</sup> Gleichwohl tragen marktbeherrschende Unternehmen nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte und der Kommission eine *besondere Verantwortung* dafür, dass sie durch das Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigen.<sup>11</sup>

Dieses Grundverständnis vorausgeschickt, muss für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zunächst der relevante Markt definiert werden. Es muss also festgestellt werden, auf welchem Markt Facebook tätig ist. Dabei sind die Tätigkeiten der Unternehmen in sachlicher und geographischer Hinsicht zu ermitteln, die mit Facebook im Hinblick auf die Erbringung derselben oder substituierbarer Leistungen konkurrieren.<sup>12</sup>

### 1. Marktabgrenzung

#### a) Sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante Markt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.<sup>13</sup>

Facebook ist nach den Feststellungen des Bundeskartellamts und der EU-Kommission ein soziales Netzwerk,<sup>14</sup> das Nutzern eine bilaterale Internet-Kommunikation mit anderen Nutzern oder Nutzer-Gruppen ermöglicht.<sup>15</sup> Soziale Netzwerke dienen der Pflege bereits bestehender Kontakte oder der Reaktivierung von Kontakten zu Freunden, Bekannten oder Familienangehörigen.<sup>16</sup> Zu den wesentlichen Funktionen eines sozialen Netzwerks gehören z. B. die Erstellung eines Profils, von Listen mit Freunden oder Kontakten, von Fotoalben, der Austausch von Nachrichten (zu gezielten Kontakten oder einer Gruppe) oder Einstellung von Informationen (z. B. Bildern, Videos oder Links). Dazu gehört auch das Kommentieren von Postings oder Empfehlungen von Freunden.<sup>17</sup>

Das soziale Netzwerk von Facebook finanziert sich durch Werbung. Im Prinzip sammelt und verwertet Facebook Daten seiner Nutzer, um Werbeanzeigen von Drittanbietern zielgerichtet bei den Nutzern zu platzieren.<sup>18</sup>

#### aa) Google+, studivZ, meinVZ

Mit dem sozialen Netzwerk von Facebook vergleichbar und austauschbar sind andere soziale Netzwerke wie Google+, studivZ oder meinVZ. Über Google+ können Nutzer über Themen diskutieren, interessante Inhalte entdecken, Erlebnisse teilen oder zusammen an Projekten arbeiten.<sup>19</sup> StudivZ oder meinVZ dienen der Pflege von Freundschaften, der Aufnahme des Kontakts und der Kommunikation untereinander.<sup>20</sup> Zudem haben registrierte Nutzer die Möglichkeit,

2 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 1.

3 Mundt, Präsident des BKartA im Interview mit RP-Online v. 12.1.2018.

4 BKartA, PM v. 19.12.2017 „Vorläufige Einschätzung im Facebook-Verfahren“.

5 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 18, Rn. 6.

6 St. Rspr. EuGH, 13.2.1979 – Rs. 85/76, Rn. 38 – Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461; EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von 82 des EG-Vertrags, ABl. C 45/7 v. 24.2.2009, S. 7, 8.

7 EuGH, 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P, Rn. 133 – Intel, EuZW 2017, 850.

8 Ebenda.

9 EuGH, 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P, Rn. 134 – Intel, EuZW 2017, 850.

10 Ebenda.

11 St. Rspr. EuGH, 27.3.2012 – Rs. C-209/10, Rn. 23 – Post Danmark, K&R 2012, 407.

12 Vgl. Kühnen, in: Löwenheim/Meessen u. a., Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 18, Rn. 11.

13 EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl. C 372 v. 9.12.97, S. 5, 6.

14 EU-Kommission, COMP/M.7212, Rn. 45 – Facebook/WhatsApp; BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 3.

15 BKartA, Hintergrundpapier „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“ v. 1.10.2015, S. 9.

16 BKartA, 22.10.2015 – B 6-57/15, Rn. 120 – ElitePartner/Parship.

17 EU-Kommission, COMP/M.7217, Rn. 51 – Facebook/WhatsApp.

18 Facebook-Datenrichtlinie, verfügbar im Internet unter: <https://m.facebook.com/policy.php#> (Abruf: 20.4.2018); EU-Kommission, COMP/M.7217, Rn. 70 – Facebook/WhatsApp.

19 Google+, Leistungsübersicht, verfügbar im Internet unter: <https://plus.google.com/about> (Abruf: 20.4.2018).

20 Allgemeine Geschäftsbedingungen von studivZ, verfügbar im Internet unter: <http://www.studivz.net/terms> (Abruf: 20.4.2018).

Informationen über sich selbst zu veröffentlichen, Gruppen zu gründen oder solchen beizutreten, Bekannte und Freunde zum Beitritt in eine Gruppe einzuladen oder innerhalb des gesamten Netzwerkes nach anderen Nutzern zu suchen.<sup>21</sup> Diese Netzwerke sind ebenfalls darauf ausgerichtet, bestehende soziale Kontakte zu Familie und Freunden zu pflegen und mit anderen Nutzern Inhalte und Nachrichten zu teilen.

Es liegt demnach nahe, dass Google+, studiVZ und meinVZ entsprechend der Einschätzung des Bundeskartellamts auf demselben sachlichen Markt wie Facebook tätig sind.<sup>22</sup>

Von diesen sozialen Netzwerken sind allerdings andere Online-Dienstleistungen wie z. B. (i) Berufsnetzwerke, (ii) Messaging-Dienste oder (iii) Online-Datingplattformen abzugrenzen.

### bb) Berufsnetzwerke wie LinkedIn, XING

LinkedIn ist ein Berufsnetzwerk, das sich zum Ziel gesetzt hat, Fach- und Führungskräfte miteinander zu verbinden.<sup>23</sup> Die Nutzer sollen die Möglichkeit haben, eine berufliche Identität zu bilden, gute Kontakte zu knüpfen oder nach beruflichen Möglichkeiten zu suchen.<sup>24</sup>

XING dient ebenfalls der Knüpfung beruflicher Kontakte. Auf XING haben Berufstätige aller Branchen die Möglichkeit, Arbeit, Mitarbeiter, Aufträge, Kooperationspartner, fachlichen Rat oder Geschäftsideen zu suchen und zu finden.<sup>25</sup> Somit steht hier im Gegensatz zu sozialen Netzwerken wie Facebook, Google+, studiVZ nicht der Kontakt mit Freunden oder Bekannten im Vordergrund, sondern vielmehr der fachliche Austausch mit klarem Berufs- bzw. Unternehmensbezug.

In der Entscheidung *Microsoft/LinkedIn* hat die EU-Kommission festgestellt, dass der Markt für berufliche Netzwerke von dem Markt für soziale Netzwerke zu unterscheiden sei.<sup>26</sup> Berufliche Netzwerke wie z. B. LinkedIn oder XING böten nach den Erkenntnissen der Marktuntersuchung wesentliche Funktionen an, die soziale Netzwerke nicht zur Verfügung stellen. So ermöglichten berufliche Netzwerke dem Nutzer, virtuell eine „berufliche Identität“ zu kreieren, indem der Nutzer z. B. einen virtuellen Lebenslauf erstellt, Informationen über die beruflichen Aktivitäten und Erfahrungen einstellt oder austauscht, nach offenen Stellen sucht, sich auf ausgeschriebene Stellen über den angelegten Lebenslauf direkt bewirbt oder mit beruflichen Kontakten interagiert.<sup>27</sup> Zudem würden berufliche Netzwerke nicht dafür genutzt, um z. B. private Fotos einzustellen oder private Hobbies kundzutun.<sup>28</sup> Vor diesem Hintergrund kann man davon ausgehen, dass Berufsnetzwerke einen anderen Bedarf als soziale Netzwerke befriedigen.<sup>29</sup>

### cc) Messaging-Dienste

Messaging-Dienste wie z. B. Snapchat oder WhatsApp sind ebenfalls einem anderen Markt als den sozialen Netzwerken zuzuordnen. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamts dienen sie einem anderen Bedarf,<sup>30</sup> nämlich dem Austausch von einer Vielzahl von Medien wie Textnachrichten, Fotos, Videos oder Dokumenten<sup>31</sup> mit gezielt ausgesuchten Freunden und Familienmitgliedern.

Im Fall *Facebook/WhatsApp* hat die EU-Kommission noch festgestellt, dass die Grenzen zwischen den sozialen Netzwerken und Messaging-Diensten zwischen Konsumenten (*consumer communication*) verschwimmen, weil beide Dienste ähnliche Funktionen offerieren.<sup>32</sup> Facebook bietet mit „Facebook Messenger“ einen Messaging-Dienst an, der mit demjenigen von WhatsApp, Viper oder

dem Messaging-Dienst von Skype vergleichbar ist. Die Marktuntersuchung der Kommission hat jedoch ergeben, dass es bedeutende Unterschiede zwischen sozialen Netzwerken und Messaging-Diensten gibt. So können die Nutzer im sozialen Netzwerk von Facebook ihre Interessen, Aktivitäten und Erfahrungen mitteilen, Fotoalben kreieren, sich zu Postings anderer Nutzer äußern und damit in gewisser Weise eine „digitale soziale Identität“ aufbauen.<sup>33</sup> Damit werde den Nutzern eine „reichhaltige soziale Erfahrung“ virtuell ermöglicht.<sup>34</sup> Im Gegensatz dazu seien Messaging-Dienste in ihrer Funktionalität eingeschränkt; sie dienen vorwiegend einer elementaren Kommunikation zwischen Nutzern, erfolgt dafür aber gezielt und ist persönlich.<sup>35</sup>

### dd) Online-Datingplattformen

Online-Datingplattformen, wie z. B. Parship oder ElitePartner, sind ebenfalls einem anderen Markt als dem sozialen Netzwerk Facebook zuzuordnen. Sie werden primär für die Kontaktabahnung genutzt, die dazu führen kann, dass dauerhafte Kontakte zu neuen, bislang unbekannt Personen entstehen.<sup>36</sup>

Soziale Netzwerke können zwar auch der Kontaktabahnung dienen, z. B. zu bislang unbekannt „Freunden“ von Freunden. Allerdings liegt der Fokus in der wiederholten und dauerhaften<sup>37</sup> Kommunikation und der Pflege bereits bestehender Kontakte.

### ee) Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass Facebook in sachlicher Hinsicht auf dem Markt „Soziale Netzwerke“ zusammen mit Google+, studiVZ und meinVZ tätig ist.

### b) Geographisch relevanter Markt

In geographischer Hinsicht wird der Markt als das Gebiet definiert, in dem die relevanten Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind.<sup>38</sup>

Soziale Netzwerke können – wie alle Webseiten – grundsätzlich weltweit abgerufen werden.<sup>39</sup> Die EU-Kommission befand im Fall *Face-*

21 Allgemeine Geschäftsbedingungen von meinVZ, verfügbar im Internet unter: <http://www.meinvz.net/l/terms> (Abruf: 20.4.2018).

22 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 3.

23 Mitteilung von LinkedIn über das Unternehmen, im Internet verfügbar unter: <https://ab.out.linkedin.com/de-de/#> (Abruf: 20.4.2018).

24 LinkedIn, Präsentation „The Mindset Divide“, S. 5, im Internet verfügbar unter: [https://business.linkedin.com/content/dam/business/marketing-solutions/global/en\\_US/site/pdf/wp/linkedin-marketing-solutions-mindset-divide.pdf](https://business.linkedin.com/content/dam/business/marketing-solutions/global/en_US/site/pdf/wp/linkedin-marketing-solutions-mindset-divide.pdf) (Abruf: 20.4.2018); vgl. auch EU-Kommission, COMP/M.8124, Rn. 95 ff., 106 – *Microsoft/LinkedIn*.

25 XING, Unternehmensinformation, im Internet verfügbar unter: <https://corporate.xing.com/de/unternehmen/> (Abruf: 20.4.2018).

26 EU-Kommission, COMP/M.8124, Rn. 95 ff., 115 – *Microsoft/LinkedIn*.

27 EU-Kommission, COMP/M.8124, Rn. 100 – *Microsoft/LinkedIn*.

28 EU-Kommission, COMP/M.8124, Rn. 105, 108 – *Microsoft/LinkedIn*.

29 In diesem Sinne auch BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 3.

30 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 3.

31 WhatsApp, Leistungsübersicht, im Internet verfügbar unter: <https://www.whatsapp.com/about> (Abruf: 20.4.2018).

32 EU-Kommission, COMP/M.7217, Rn. 52 – *Facebook/WhatsApp*.

33 EU-Kommission, COMP/M.7217, Rn. 54 – *Facebook/WhatsApp*.

34 EU-Kommission, COMP/M.8124, Rn. 95 – *Microsoft/LinkedIn*; ähnl. COMP/M.7217, Rn. 54 – *Facebook/WhatsApp*.

35 EU-Kommission, COMP/M.7217, Rn. 56 – *Facebook/WhatsApp*; COMP/M.8124, Rn. 95 – *Microsoft/LinkedIn*.

36 BKartA, 22.10.2015 – B 6-57/15, Rn. 119 – *ElitePartner/Parship*.

37 BKartA, 22.10.2015 – B 6-57/15, Rn. 120 – *ElitePartner/Parship*.

38 EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl. C 372 v. 9.12.97, S. 5, 6.

39 Vgl. BKartA, 22.10.2015 – B 6-57/15, Rn. 126 – *ElitePartner/Parship*.



book/WhatsApp, dass aufgrund der geringen länderspezifischen Differenzen oder Sprachbarrieren der geografische Markt mindestens EWR-weit abzugrenzen sei, wenn nicht gar weltweit.<sup>40</sup>

Nach den bisherigen Ermittlungen des Bundeskartellamts werden soziale Netzwerke wie Facebook von deutschen Nutzern jedoch überwiegend zur Vernetzung mit Freunden und Bekannten aus dem Inland genutzt.<sup>41</sup> Dafür soll sprechen, dass bestehende Kontakte des Nutzers, die im Rahmen des sozialen Netzwerks gefördert werden sollen, aus dessen regionalem Umfeld kommen. Ob Sprachbarrieren bei den Ermittlungen des Bundeskartellamts gegen Facebook eine Rolle spielen, ist derzeit unklar. Sprachbarrieren spielten jedoch bei der Untersuchung von Online-Datingplattformen in *Elitepartner/Parship* eine wichtige Rolle bei der geografischen Eingrenzung des Marktes, weil die Nutzersprache deutsch ist und sämtliche Profile auf Deutsch geführt werden.<sup>42</sup>

Zu den deutschsprachigen Nachbarländern Österreich und Schweiz oder anderen deutschsprachigen Grenzregionen nahm das Bundeskartellamt in der vorläufigen Einschätzung überraschenderweise keine Stellung. Mit der Reichweite des Internets und der Verfügbarkeit des Facebook-Netzwerks sowie der länderübergreifenden Kommunikation zumindest in Grenzgebieten erscheint zweifelhaft, ob eine enge geographische Abgrenzung überzeugt.<sup>43</sup>

### c) Ergebnis

Facebook ist auf dem sachlichen Markt für soziale Netzwerke aktiv, der außerdem Google+, studiVZ und meinVZ umfasst. Nicht umfasst sind hingegen andere Dienste, die z. B. der beruflichen Kontaktpflege, dem Austausch von Nachrichten mit gezielt ausgesuchten Personen oder der Partnervermittlung dienen. Nach den vorläufigen Erkenntnissen des Bundeskartellamtes soll der geografische Markt auf Deutschland beschränkt sein. Dies dürfte allerdings auf einer sehr konservativen Abgrenzung des geographischen Marktes beruhen. Der Markt dürfte in geographischer Hinsicht mindestens die deutschsprachigen Grenzregionen, wenn nicht sogar den gesamten EWR umfassen.

## 2. Marktbeherrschende Stellung

Die Frage ist, ob Facebook auf dem deutschen Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend nach § 18 GWB ist. Hierfür wird vorausgesetzt, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung innehat. Eine Einzelmarktbeherrschung liegt vor, wenn ein Unternehmen den Markt allein beherrscht und über so viel Marktmacht verfügt, dass sein Verhaltensspielraum nicht mehr vom Wettbewerb kontrolliert wird.<sup>44</sup>

Maßgeblich ist zunächst der Marktanteil am relevanten Markt. Nach § 18 Abs. 4 GWB wird eine marktbeherrschende Stellung ab einem Marktanteil von 40 % vermutet.

Marktanteile bilden den ersten Ausgangspunkt für die Einschätzung von Marktmacht, weil sie den Umfang der Nachfrage auf dem relevanten Markt abbilden.<sup>45</sup> Das Bundeskartellamt stellt in seiner Untersuchung fest, dass Facebook über Marktanteile in Höhe von 90 % verfügt.<sup>46</sup> Auf der Grundlage des Marktanteils würde somit eine Einzelmarktbeherrschung vermutet.

Hohe Marktanteile können jedoch durch andere Faktoren wie z. B. niedrige Marktzutrittsschranken im Rahmen der Gesamtbetrachtung relativiert werden.<sup>47</sup> So hat ein Unternehmen auf traditionellen Märkten trotz hoher Marktanteile ggf. dann keine überragende

Marktstellung, wenn Wettbewerber mit nennenswerten Marktanteilen intensiv miteinander konkurrieren,<sup>48</sup> die Kunden eine starke Nachfrage ausüben oder Eintrittsbarrieren niedrig sind, so dass neue Wettbewerber leicht in den Markt eintreten können.<sup>49</sup>

In digitalen Märkten ist die Bedeutung von Marktanteilen im Vergleich zu traditionellen Märkten dagegen reduziert,<sup>50</sup> da aufgrund der Dynamik des Internets und seiner erleichterten Zugangsmöglichkeiten für virtuelle Dienste Marktanteile und Wettbewerb rasch auf- oder abgebaut werden können.<sup>51</sup>

Hatten z. B. studiVZ und meinVZ zu Bestzeiten vor knapp 10 Jahren ca. 16 Mio. aktive monatliche Nutzer und Facebook zur selben Zeit lediglich 11 Mio. deutsche Nutzer,<sup>52</sup> so weisen Studi VZ und meinVZ derzeit über lediglich 10 Mio. angemeldete Nutzer<sup>53</sup> und Facebook über 30 Mio. monatliche deutsche Nutzer auf.<sup>54</sup>

Aufgrund der hohen Innovationsdynamik in digitalen Märkten können daher scheinbar gefestigte Marktpositionen durch „disruptive“ Neuerungen innerhalb kürzester Zeit irrelevant werden und durch innovativere Geschäftsmodelle abgelöst werden.<sup>55</sup> Marktanteile können somit bei digitalen Märkten nur als Richtungsangabe zur Bestimmung von Marktmacht herangezogen werden.

In der Internetökonomie muss die Marktmacht anhand weiterer Kriterien etabliert werden. Solche Kriterien wurden vom „Think Tank Internet“ des Bundeskartellamts in Grundlagenarbeit<sup>56</sup> zum ersten Mal in seinem Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ im Juni 2016 formuliert und anlässlich der im Juni 2017 in Kraft getretenen GWB-Novelle in § 18 Abs. 3a GWB aufgenommen.

Bei den neuen Kriterien, die im Rahmen der Bestimmung von Marktmacht relevant sind, handelt es sich um (i) direkte und indirekte Netzwerkeffekte, (ii) die parallele Nutzung mehrerer Dienste und den Wechselaufwand für die Nutzer, (iii) Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, (iv) Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und (v) innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck. Diese Kriterien wurden teilweise bereits in die amtliche Prüfung der Marktbeherrschung bei Fällen aus der Internetökonomie miteinbezogen, z. B. in den Fusionskontrollverfahren *Immonet/Im-*

40 EU-Kommission, COMP/M.7217, Rn. 64 ff., 68 – *Facebook/WhatsApp*.

41 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 3.

42 Vgl. BKartA, 22.10.2015 – B6-57/15, Rn. 126 – *ElitePartner/Parship*.

43 In diesem Sinne auch: *Holzweber/Scharf*, *ecolex* 2018, 258, 259 f.

44 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle v. 29.3.2012, S. 9.

45 *Bardong*, in: *Langen/Bunte*, *GWB*, 13. Aufl. 2018, § 18 *GWB*, Rn. 88.

46 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 4.

47 *Bardong*, in: *Langen/Bunte*, *GWB*, 13. Aufl. 2018, § 18 *GWB*, Rn. 87.

48 Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 5. Aufl. 2014, § 18, Rn. 105.

49 *Bulst*, in: *Langen/Bunte*, *AEUV*, 13. Aufl. 2018, Art. 102, Rn. 58 f.

50 BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ v. Juni 2016, S. 80 f.; zu den Schwierigkeiten bei der Marktanteilsbestimmung auf Plattformen siehe auch *Telle*, *InteR* 2017, 3, 5.

51 In diesem Sinne auch EU-Kommission, COMP/M.7212, Rn. 99 – *Facebook/WhatsApp*; *Paal/Hennemann*, *NJW* 2017, 1697, 1699.

52 Spiegel, „Was wurde eigentlich aus studiVZ?“ v. 13.07.2015, im Internet verfügbar unter: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/studivz-und-meinvz-was-wurde-aus-den-vz-netzwerke-a-1040045.html> (Abruf: 20.4.2018).

53 FAZ, „StudiVZ ist pleite“ v. 8.9.2017, im Internet verfügbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/studivz-insolvenz-die-einstige-netzwerk-erfolgsgeschichte-ist-pleite-15189212.html> (Abruf: 20.4.2018).

54 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 3.

55 BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ v. Juni 2016, S. 80 f.

56 In diesem Zusammenhang ist auch das gemeinsame Papier der Autorité de la concurrence und des Bundeskartellamtes „Competition Law and Data“ v. 10.5.2016 zu beachten.

*mowelt*,<sup>57</sup> *P7S1/Verivox*,<sup>58</sup> *Elitepartner/Parship*<sup>59</sup> oder *CTS Eventim*.<sup>60</sup>

### a) Netzwerkeffekte

Das Bundeskartellamt stellte fest, dass das soziale Netzwerk Facebook in Deutschland hohe Nutzerzahlen aufweist: 30 Millionen Nutzer pro Monat und 23 Millionen Nutzer pro Tag.<sup>61</sup> Diese seien geeignet, marktmachtverstärkende „Netzwerkeffekte“ im Sinne von § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB auszulösen.<sup>62</sup>

Netzwerkeffekte entstehen, wenn der Wert eines Produkts oder einer Dienstleistung mit der Anzahl seiner Nutzer steigt.<sup>63</sup> Dabei sind direkte und indirekte Netzwerkeffekte zu unterscheiden.

Direkte Netzwerkeffekte führen dazu, dass Mitglieder einer Gruppe unmittelbar davon profitieren, dass mehr Mitglieder ihrer Gruppe (positive direkte Netzwerkeffekte) oder weniger Mitglieder ihrer Gruppe (negative direkte Netzwerkeffekte) auf der Plattform vertreten sind.<sup>64</sup> Im Fall von Facebook bedeutet dies, dass die Attraktivität für potentielle Nutzer des Netzwerks steigt, je mehr Freunde und Bekannte das Netzwerk nutzen. Die Größe des Netzwerks ist somit ausschlaggebend: Es entsteht ein Sog hin zur größten deutschen Plattform für soziale Netzwerke, nämlich Facebook.<sup>65</sup>

Indirekte Netzwerkeffekte hingegen führen dazu, dass Mitglieder einer Gruppe indirekt davon profitieren, dass Mitglieder einer anderen Gruppe auf der Plattform ebenfalls vertreten sind.<sup>66</sup> Das bedeutet, je mehr Nutzer ein soziales Netzwerk aufweist, desto höher ist der Anreiz für andere Nutzergruppen (z.B.: Werbekunden), ebenfalls dem Netzwerk beizutreten – wenn auch für andere Zwecke als der Kontaktpflege. Werbekunden profitieren somit von den auf direkten Netzwerkeffekten beruhenden hohen Nutzerzahlen.<sup>67</sup>

Diese Effekte haben zur Folge, dass der Markteintritt neuer Wettbewerber gegenüber vorhandenen, etablierten Anbietern stark erschwert werden kann. Besonders indirekte Netzwerkeffekte stellen deshalb Marktzutrittsschranken dar, wenn sie sich negativ auf die Wechselbereitschaft der Kunden zu anderen Diensten auswirken.<sup>68</sup> Zudem wäre der Markteintritt eines neuen Wettbewerbers mit einem werbefinanzierten Produkt nur möglich, wenn eine kritische Masse an Nutzern erreicht wird, die eine „lukrative“ Plattform für die Werbebotschaften der Anzeigenkunden bieten könnte.<sup>69</sup> Das Erreichen einer solchen kritischen Masse wird allerdings durch „Lock-in-Effekte“<sup>70</sup> erschwert.

### b) Lock-in-Effekte, Wechselaufwand

Lock-in-Effekte bewirken eine verfestigte Bindung der Nutzer an die jeweilige Plattform.<sup>71</sup> Für die Nutzer von Facebook bedeutet dies, dass sich der Wechsel zu einem anderen sozialen Netzwerk nicht lohnt, da alternative Anbieter sozialer Netzwerke nicht im selben Umfang Leistungen mit derselben Attraktivität zur Verfügung stellen. Bei Google+ oder meinVZ hätte der ehemalige Facebook-Nutzer nicht die Möglichkeit, mit derselben Gruppe von Freunden oder Bekannten in Kontakt zu treten. Die Nutzerzahlen sind bei diesen alternativen Netzwerkdiensten im Vergleich zu Facebook relativ niedrig, so dass die Nutzung dieser Dienste weniger attraktiv ist. Google+ wies im Jahr 2017 ca. 3,3 Mio. registrierte Nutzer weltweit auf,<sup>72</sup> im Vergleich zu knapp über 2 Mrd. weltweiten monatlichen Nutzern von Facebook.<sup>73</sup> Wie zuvor erwähnt, weisen Studi VZ und meinVZ derzeit über ca. 10 Mio. angemeldete Nutzer in Deutschland auf,<sup>74</sup> wohingegen Facebook ca. 31 Mio. monatliche aktive deutsche Nutzer (Stand: September 2017) hat.<sup>75</sup>

Durch die daraus resultierende mangelnde Wechselbereitschaft tritt faktisch eine Bindung des Nutzers an das soziale Netzwerk von Facebook ein.<sup>76</sup> Auf einem anderen sozialen Netzwerk wäre der wechselwillige Nutzer „allein“ und nicht im selben Umfang in der Lage, seine Kontakte zu Freunden und Bekannten zu pflegen, die im sozialen Netzwerk von Facebook verblieben sind.<sup>77</sup> Ein Wechsel des Nutzers zu einem anderen sozialen Netzwerk wird durch die direkten Netzwerkeffekte erschwert.

Ist der Nutzer hingegen in der Lage, zu einem anderen Anbieter derselben Dienstleistung zu wechseln (und damit parallel andere Dienste zu nutzen – sogenanntes „Multi-Homing“<sup>78</sup>), so kann die Wirkung der „Lock-in-Effekte“ abgeschwächt werden.<sup>79</sup> Multi-Homing entfaltet dekonzentrierte Wirkung.<sup>80</sup> So konnte die EU-Kommission den Zusammenschluss *Microsoft/Skype* aufgrund eines ausgeprägten „Multi-Homings“ der Nutzer freigeben.<sup>81</sup> Multi-Homing spielte auch im Verfahren *ElitePartner/Parship* eine entscheidende Rolle.<sup>82</sup> Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts ist ein solches Verhalten der Nutzer bei Facebook jedoch nicht zu erkennen. Die Nutzer von Facebook sind in der Regel nicht parallel bei anderen sozialen Netzwerken aktiv.<sup>83</sup>

Die vorgenannten konzentrativen bzw. dekonzentrativen Effekte werden im Rahmen der Bestimmung der Marktmacht nach § 18 Abs. 3a GWB berücksichtigt.

### c) Ergebnis

Aufgrund des vom Bundeskartellamt festgestellten hohen Marktanteils im deutschen Markt für soziale Netzwerke wird eine marktbeherrschende Stellung von Facebook indiziert, die durch Netzwerkeffekte und Lock-in-Effekte gestützt wird.

57 BKartA, B6-39/15, Fallbericht v. 25.6.2015 zur Freigabe des Zusammenschlusses von Online-Immobilienplattformen, S. 2.

58 BKartA, B8-76/15, Fallbericht v. 2.7.2015 zur Freigabe des Erwerbs der Online-Vergleichsplattform Verivox durch ProSiebenSat.1, S. 3 f.

59 BKartA, 22.10.2015 – B6-57/15, Rn. 72 ff. – *ElitePartner/Parship*.

60 BKartA, 3.1.2017 – B6-53/16, Rn. 164 f. – *CTS Eventim*.

61 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 3.

62 BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ v. Juni 2016, S. 54.

63 EU-Kommission, COMP/M.7212, Rn. 127 – *Facebook/WhatsApp*.

64 BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ v. Juni 2016, S. 9.

65 Vgl. BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen v. 30.5.2016, S. 28.

66 BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ v. Juni 2016, S. 9 f.

67 Vgl. BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen v. 30.5.2016, S. 28.

68 BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ v. Juni 2016, S. 51 f.

69 BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ v. Juni 2016, S. 54.

70 BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen v. 20.3.2017, S. 57.

71 Ebenda.

72 Statista, im Internet verfügbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/215589/umfrage/prognose-zu-den-weltweiten-nutzerzahlen-von-google-plus/> (Abruf: 20.4.2018).

73 Offizielle Facebook Nutzerzahlen für Deutschland, im Internet verfügbar unter: [https://allfa.cebook.de/zahlen\\_fakten/offiziell-fa-cebook-nutzerzahlen-deutschland](https://allfa.cebook.de/zahlen_fakten/offiziell-fa-cebook-nutzerzahlen-deutschland) (Abruf: 20.4.2018).

74 FAZ, „StudiVZ ist pleite“ v. 8.9.2017, im Internet verfügbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/studivz-insolvenz-die-einstige-netzwerk-erfolgsstory-ist-pleite-15189212.html> (Abruf: 20.4.2018).

75 Offizielle Facebook Nutzerzahlen für Deutschland, im Internet verfügbar unter: [https://allfa.cebook.de/zahlen\\_fakten/offiziell-facebook-nutzerzahlen-deutschland](https://allfa.cebook.de/zahlen_fakten/offiziell-facebook-nutzerzahlen-deutschland) (Abruf: 20.4.2018).

76 BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen v. 30.5.2016, S. 47.

77 Ebenda.

78 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 4.

79 *Bardong*, in: Langen/Bunte, GWB, 13. Aufl. 2018, § 18 GWB, Rn. 156.

80 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 4.

81 EU-Kommission, COMP/M.6281, Rn. 91 f., 130 – *Microsoft/Skype*.

82 BKartA, 22.10.2015 – B 6-57/15, Rn. 98 – *ElitePartner/Parship*.

83 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 4.

### 3. Missbräuchliches Verhalten?

Die Frage ist, ob Facebook ein missbräuchliches Verhalten begangen hat. Dafür muss zunächst geklärt werden, ob die von Facebook verwendeten Bedingungen bzw. Konditionen rechtlich überhaupt problematisch sind. Das Bundeskartellamt beanstandet, dass Facebook unzulässig Nutzerdaten von Drittseiten sammelt und verwertet. Im Folgenden werden die von Facebook verwendeten Bedingungen dargestellt. Anschließend wird geprüft, ob deren Verwendung kartellrechtlich relevant ist.

#### a) Von Facebook verwendete Bedingungen

Bei den von Facebook verwendeten Bedingungen kann zwischen den Datenschutzbedingungen auf der einen Seite und den Nutzungsbedingungen auf der anderen Seite unterschieden werden. Allerdings sind beide Bedingungskataloge miteinander eng verbunden, weil in den Nutzungsbedingungen auf die Datenschutzbedingungen Bezug genommen wird.

##### aa) Datenschutzbedingungen

Das Bundeskartellamt beanstandet Bedingungen, wonach Facebook die Nutzung des sozialen Netzwerks davon abhängig macht, unbegrenzt jegliche Art von Nutzerdaten aus Drittquellen zu sammeln und mit dem Facebook-Konto zusammenzuführen. Zu diesen Drittquellen gehören (i) konzerneigene Dienste wie WhatsApp oder Instagram sowie (ii) Webseiten und Apps von Betreibern, die mit Facebook nicht verbunden sind. Auf die letzteren kann Facebook über sogenannte Schnittstellen zugreifen – nämlich über die eingebettete Facebook-Anmeldefunktion oder den „Gefällt mir“-Button.<sup>84</sup> Nutzerinformationen werden auch dann gesammelt, wenn der Nutzer Letzteren gar nicht anklickt bzw. verwendet. Die daraus gewonnenen Daten werden anschließend mit dem jeweiligen Nutzerkonto auf der Facebook-eigenen sozialen Plattform verbunden, um bei den Nutzern gezielte Werbung schalten zu können.<sup>85</sup> Mit Werbung erzielt das für Nutzer kostenfreie Netzwerk seine Einnahmen.

Im Zusammenhang mit der Sammlung von Daten über Drittquellen verwendet Facebook u. a. folgende Datenschutzbedingungen:<sup>86</sup>

*„Wir sammeln Informationen, wenn du Webseiten und Apps Dritter besuchst, die unsere Dienste nutzen (z.B. „Gefällt mir“-Button oder die Facebook-Anmeldung anbieten oder unsere Messungs- und Werbedienste nutzen). Dazu zählen auch Informationen über die von dir besuchten Webseiten und Apps und über deine Nutzung unserer Dienste auf solchen Webseiten und Apps sowie Informationen, die die Entwickler oder Publisher der App oder Webseite dir bzw. uns zur Verfügung stellen.“*

Weiterhin heißt es: *„Wir erhalten von Drittpartnern Informationen über dich und deine Aktivitäten auf und außerhalb von Facebook, beispielsweise von einem Partner, wenn wir gemeinsame Dienste anbieten, oder von einem Werbetreibenden über deine Erlebnisse oder Interaktionen mit ihm.“*

*„Wir erhalten Informationen über dich von Unternehmen, die sich im Besitz von Facebook befinden oder von diesem betrieben werden, im Einklang mit deren Nutzungsbedingungen.“*

##### bb) Nutzungsbedingungen

Zudem verwendet Facebook Nutzungsbedingungen, die vom Bundeskartellamt jedoch in der vorläufigen Einschätzung nicht beanstandet wurden (wohl aber vom LG Berlin aus verbraucherrechtlichen Erwä-

gungen, siehe dazu weiter unter Abschnitt II.3.d)bb)). Eine dieser Nutzungsbedingungen lautet wie folgt:

*„Mit deiner Nutzung der Facebook-Dienste oder dem Zugriff darauf stimmst du zu, dass wir solche Inhalte und Informationen im Einklang mit der Datenrichtlinie in ihrer jeweils geänderten Fassung sammeln und verwenden können.“<sup>87</sup>*

#### b) Kartellrechtlich relevante Handlung nach § 19 GWB?

Die Frage ist, ob Facebook mit den o.g. Datenschutz- und Nutzungsbedingungen eine im Sinne von § 19 Abs. 1 oder 2 GWB missbrauchsrelevante Handlung begeht.

Nach der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verboten. § 19 Abs. 2 GWB konkretisiert die Generalklausel und führt nicht abschließend typisierte Regelbeispiele auf, bei denen eine missbräuchliche Handlung angenommen werden kann, so z.B. im Falle des Missbrauchs von Konditionen nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB (als Unterfall des Ausbeutungsmissbrauchs). Danach liegt ein Missbrauch vor, wenn ein marktstarkes Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

Die Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook, die von den Nutzern als Geschäftsbedingung für die Nutzung des sozialen Netzwerks verlangt werden, könnten an den o.g. Normen gemessen werden. In der Entscheidung zu *VBL-Gegenwert I* hat der BGH festgestellt, dass die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) durch marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich einen Missbrauch nach der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB darstellen kann.<sup>88</sup> Das soll insbesondere dann gelten, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist.

Möglich wäre aber auch eine Prüfung anhand des Regelbeispiels des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB und dem dort vorgesehenen Vergleichsmarktkonzept. Dabei muss verglichen werden, ob Leistung und Gegenleistung des marktbeherrschenden Unternehmens erheblich davon abweichen, was auf einem Vergleichsmarkt – d.h. in einem kompetitiven Markt ohne Dominanz – festzustellen ist.<sup>89</sup> Hier bestehen Schwierigkeiten, vergleichbare Konditionen zu finden, weil Facebook eine marktbeherrschende Stellung auf dem gesamten geographischen Markt innehat und deswegen ein Vergleichsmarkt nicht existiert.<sup>90</sup>

Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, ist in solchen Fällen anerkannt, dass eine Interessenabwägung der im Widerstreit befindlichen Interessen, auch unter Berücksichtigung etwaiger grundrechtlicher Positionen, vorgenommen werden kann.<sup>91</sup> Dies hat der BGH in der Entscheidung *Pechstein* ausdrücklich bestätigt.<sup>92</sup> Ob die Interessenabwägung nach der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB oder nach dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB beurteilt werden

84 BKartA, PM v. 19.12.2017 „Vorläufige Einschätzung im Facebook-Verfahren“.

85 Ebenda.

86 Facebook-Datenrichtlinie, verfügbar im Internet unter: <https://m.facebook.com/policy.php#> (Abruf: 20.4.2018).

87 Facebook-Nutzungsbedingungen, verfügbar im Internet unter: <https://m.facebook.com/legal/terms/update?refid041> (Abruf: 20.4.2018).

88 BGH, 6.11.2013 – KZR 58/11 – *VBL-Gegenwert I*, NVwZ-RR 2014, 515, 520.

89 BGH, 6.11.1984 – KVR 13/83 – *Favorit*, NJW 1986, 846, 847.

90 *Wiedmann/Jäger*, K&R 2016, 217, 218, sind der Auffassung, dass der Vergleichsmarkt nicht vorhanden ist, weil die verschiedenen sozialen Netzwerke zu unterschiedlich seien.

91 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 6.

92 BGH, 7.6.2016 – KZR 6/15 – *Pechstein*, NZKart 2016, 328, 331.



muss, kann letztlich dahingestellt bleiben.<sup>93</sup> Denn nach beiden Normen ist eine Interessenabwägung durchzuführen.

**aa) Interessenabwägung nach § 19 GWB**

Im Rahmen der Interessenabwägung ist fraglich, welche normativen Anknüpfungspunkte und Wertungen zugrunde zu legen sind. In der Entscheidung *VBL-Gegenwert I* entschied der BGH, dass die gesetzliche Wertentscheidung nach den §§ 307 ff. BGB – nämlich die Überprüfung der Wirksamkeit von AGB – zugrunde zu legen ist.<sup>94</sup> Zudem könnten auch Regelungen und Wertungen des Datenschutzrechts einbezogen werden.<sup>95</sup>

**bb) Einbeziehung außerkartellrechtlicher Regelungen**

In der Literatur besteht Streit darüber, ob *außerkartellrechtliche* Wertungen, z. B. der §§ 307 ff. BGB oder des Datenschutzrechts, in die *kartellrechtliche* Prüfung überhaupt einbezogen werden dürfen. Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung könne das Kartellrecht nicht dazu verwendet werden, etwaige Mängel anderer Gesetze (z. B. Datenschutzgesetze) zu ihrer Durchsetzung zu verhelfen.<sup>96</sup> Vielmehr habe das Kartellrecht „einseitig“ den Schutz des Wettbewerbs als Ziel. Es sei zudem Aufgabe des Gesetzgebers, die effektive Durchsetzung außerkartellrechtlicher Normen zu gewährleisten.<sup>97</sup>

Dagegen spricht jedoch die Rechtsprechung des BGH in *VBL-Gegenwert I*, wonach (wie bereits zuvor beschrieben) Wertungen der §§ 307 ff. BGB durchaus im Rahmen der Missbrauchskontrolle herangezogen werden können.<sup>98</sup> In einer späteren Entscheidung, in *VBL-Gegenwert II*, schränkte zwar der BGH die vormalis getroffene Aussage dahingehend ein, dass nicht jede Verwendung einer unwirksamen Geschäftsbedingung einen Missbrauch der Marktmacht darstelle.<sup>99</sup> Ein Missbrauch liege jedoch insbesondere dann vor, wenn die Bedingung „Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Marktüberlegenheit des Verwenders ist“.<sup>100</sup> Dem ist zuzustimmen. Bei funktionierendem Wettbewerb wäre ein Rückgriff auf außerkartellrechtliche Normen nicht erforderlich: Nachfrager würden zu rechtstreuen Anbietern abwandern, wenn ein anderer Anbieter rechtswidrige Bedingungen fordert.<sup>101</sup> Auch aus diesen Erwägungen ist das Bundeskartellamt in der Vergangenheit oft gegen allgemeine Geschäftsbedingungen vorgegangen.<sup>102</sup>

Diese Überlegungen können gleichermaßen auf das Datenschutzrecht übertragen werden.<sup>103</sup> So stellt das Bundeskartellamt in der vorläufigen Einschätzung klar, dass sowohl das Wettbewerbsrecht durch § 19 GWB als auch das Datenschutzrecht den Schutz einer Vertragspartei in ungleichen Vertragspositionen bezweckt.<sup>104</sup> Das KG Berlin hat zudem entschieden, dass datenschutzrechtliche Vorschriften (wie z. B. § 4a BDSG a.F. zur Einwilligung in die Nutzung und Verarbeitung personenbezogener Daten, siehe dazu Abschnitt II.3.d)) *Marktverhaltensregelungen* darstellen, die zu einer spürbaren Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen führen können.<sup>105</sup>

Insgesamt können also sowohl Wertungen der §§ 307 ff. BGB als auch solche des Datenschutzrechts im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden.

**c) AGB-rechtliche Wertungen, §§ 307 ff. BGB**

Bei den von Facebook verwendeten Datenschutz- und Nutzungsbedingungen handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 305 Abs. 1 BGB. Sie sind vorformuliert und den Nutzern einseitig bei Abschluss der Registrierung gestellt. Dies bedeutet, dass die

Datenschutz- und Nutzungsbedingungen nur dann wirksam sind, wenn sie der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalten.

Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Klauseln, die einen Vertragspartner unangemessen benachteiligen, unwirksam. Unangemessen ist eine Benachteiligung dann, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht.<sup>106</sup> Ein besonderer Fall der Unangemessenheit ist in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt. Danach liegt eine unangemessene Benachteiligung auch vor, wenn die Bedingungen nicht klar und verständlich bzw. undurchschaubar<sup>107</sup> sind (sog. Transparenzgebot).<sup>108</sup>

Das Transparenzgebot verlangt vom Verwender, dass die Bedingungen für den durchschnittlichen Vertragspartner verständlich gestaltet sind und die wirtschaftlichen Risiken deutlich aufzeigen.<sup>109</sup> Dabei kommt es nicht nur darauf an, dass einzelne Klauseln klar formuliert sind, sondern sie im Gesamtkontext der übrigen Bedingungen verständlich sind.<sup>110</sup>

Es ist äußerst zweifelhaft, ob die im Abschnitt II.3.a) genannten Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook dem Transparenzgebot genügen.

**aa) Datenschutzbedingung**

In Bezug auf die Datenschutzbedingung wird der Nutzer zwar darüber informiert, dass seine Daten von Facebook gesammelt und verarbeitet werden. Der Nutzer wird auch darüber informiert, dass Daten bei einem „Besuch“ einer Drittseite gesammelt werden. Worüber Facebook jedoch nicht ausdrücklich informiert ist, dass auf den Drittseiten eine Vielzahl von Schnittstellen eingebettet ist, die Facebook ermöglichen, das Nutzerverhalten außerhalb des sozialen Netzwerks zu erfassen und mit dem Nutzerkonto zu verbinden. Dies sogar, wenn der „Gefällt-mir“-Button oder die Anmeldeoption der Drittseite nicht vom Nutzer beansprucht wird (der Nutzer also die Drittseite nur besucht).<sup>111</sup> Zudem sind die Datenschutzbedingungen insgesamt undurchschaubar, weil völlig unklar ist, welche Arten von Informationen Facebook über seine Nutzer sammelt, wenn er verschiedene Facebook-Dienste nutzt.<sup>112</sup>

93 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestäcker, *GWB*, 5. Aufl. 2014, § 19, Rn. 254.  
 94 BGH, 6.11.2013 – KZR 58/11 – *VBL-Gegenwert I*, NVwZ-RR 2014, 515, 520.  
 95 Nothdurft, in: Langen/Bunte, *GWB*, 13. Aufl. 2018, § 19 *GWB*, Rn. 186.  
 96 Körber, NZKart 2016, 348, 353; so wohl auch Nuys, WuW 2016, 512, 518, 520.  
 97 Körber, NZKart 2016, 348, 353.  
 98 BGH, 6.11.2013 – KZR 58/11 – *VBL-Gegenwert I*, NVwZ-RR 2014, 515, 520. So auch Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestäcker, *GWB*, 5. Aufl., § 19, Rn. 256.  
 99 BGH, 24.1.2017 – KZR 47/14 – *VBL-Gegenwert II*, NZKart 2017, 242, 244.  
 100 BGH, 24.1.2017 – KZR 47/14 – *VBL-Gegenwert II*, NZKart 2017, 242, 244. In diesem Sinne auch Monopolkommission, Sondergutachten 68 „Digitale Märkte“ v. Juni 2015, Rn. 518; Nothdurft, in: Langen/Bunte, *GWB*, 13. Aufl. 2018, § 19 *GWB*, Rn. 188.  
 101 In diesem Sinne auch Lettl, WuW 2016, 214, 220.  
 102 Siehe z. B. BKartA, Tätigkeitsbericht 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 85 (Lieferungs- und Zahlungsbedingungen im Buch- und Zeitschriftenvertrieb); Tätigkeitsbericht 1977, BT-Drucks. 8/1925, 62 (Verlangen der Vorauskasse zu marktüblichen Bedingungen durch Arzneimittelhersteller).  
 103 Nothdurft, in: Langen/Bunte, *GWB*, 13. Aufl. 2018, § 19 *GWB*, Rn. 186.  
 104 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 4.  
 105 KG Berlin, 24.1.2014 – 5 U 42/12 – *Facebook Registrierungsprozess*, GRUR-RS 2014, 03648, Rn. 118.  
 106 BGH, 1.2.2005 – X ZR 10/04 – *Fahrausweise*, NJW 2005, 1774, 1775; Palandt/Brudermüller, *BGB*, 76. Aufl. 2017, § 307, Rn. 20.  
 107 Palandt/Brudermüller, *BGB*, 76. Aufl. 2017, § 307, Rn. 12.  
 108 BGH, 19.10.1999 – XI ZR 8/99 – *Gebührenklauseln bei Kreditinstituten*, NJW 2000, 651, 652.  
 109 H. Schmidt, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK *BGB*, Stand: 1.11.2017, § 307, Rn. 43.  
 110 BGH, 25.2.2016 – VII ZR 156/13 – *WEG-Ansprüche*, NJW 2016, 1575, 1576.  
 111 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 2.  
 112 In der Datenrichtlinie von Facebook ist folgendes geregelt: „Je nachdem, welche Dienste du nutzt, sammeln wir unterschiedliche Arten von Informationen“.



## bb) Nutzungsbedingung

Facebook verwendet in seinen Nutzungsbedingungen eine Klausel, wonach die Einwilligung im Einklang mit der Datenschutzrichtlinie „in ihrer jeweils geänderten Fassung“ erfolgen soll.<sup>113</sup> Der Nutzer kann nicht erkennen, welchen Inhalt und welche Anforderungen die zukünftige Datenschutzrichtlinie haben wird, die er akzeptieren muss, um das soziale Netzwerk von Facebook zu nutzen. Nach dem Transparenzgebot ist es zumindest erforderlich, dass Bedingungen klar und verständlich sind. Eine zukünftige Bedingung, deren Inhalt gar nicht bekannt ist, erfüllt diese Anforderungen nicht. Ähnlich hat das LG Berlin im Fall *Verbraucherzentrale vs. Facebook* festgestellt, dass die Verwendung einer zukünftigen Bedingung unbekanntem Inhalts unwirksam ist.<sup>114</sup>

Es verwundert auch, dass solch zentrale Nutzungsbedingungen im Gesamtregelwerk versteckt abgebildet sind (und zwar strukturell am Ende in den Bedingungen, nämlich unter Nr. 18 „Sonstiges“, und hier wiederum ohne Nummerierung an nachrangiger Stelle). Dies dürfte für einen „durchschnittlich aufmerksamen Referenzverbraucher“<sup>115</sup> schwer auffindbar sein.

## cc) Ergebnis

Es ist äußerst zweifelhaft, ob die Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook dem Transparenzgebot i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB genügen. Damit dürfte eine unangemessene Benachteiligung der Nutzer von Facebook nach § 307 Abs. 1 BGB vorliegen, so dass die Bedingungen unwirksam sein könnten.

## d) Wertungen nach Datenschutzrecht

Es stellt sich die Frage, ob die von Facebook verwendeten Datenschutz- und Nutzungsbedingungen im Einklang mit deutschem und europäischem Datenschutzrecht stehen. Sie könnten nämlich gegen das Bundesdatenschutzgesetz und die Datenschutz-Grundverordnung<sup>116</sup> (DSGVO) verstoßen. Das derzeit geltende Bundesdatenschutzgesetz („BDSG a.F.“) tritt am 25. Mai 2018 außer Kraft. Gleichzeitig tritt die DSGVO und flankierend ein neues Bundesdatenschutzgesetz („BDSG n.F.“) in Kraft.

Das Datenschutzrecht gilt allgemein als Ausdruck des Persönlichkeitsrechts<sup>117</sup> bzw. des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung<sup>118</sup> und enthält für die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>119</sup> Nach § 3 Abs. 1 BDSG a.F. bzw. Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind personenbezogene Daten Informationen, die sich auf bestimmte oder bestimmbare natürliche Personen beziehen. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser personenbezogenen Daten ist nur zulässig, wenn dies durch Gesetz erlaubt ist oder der Betroffene darin eingewilligt hat (§ 4 Abs. 1 BDSG a.F., Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO). Die Einwilligung ist wirksam, wenn sie auf einer freien Entscheidung des Betroffenen beruht (§ 4a Abs. 1 BDSG a.F., Art. 4 Ziff. 11 DSGVO). Die Einwilligung muss (i) freiwillig, (ii) in informierter Weise und (iii) für den konkreten Fall kundgetan werden.<sup>120</sup>

Es ist fraglich, ob die Akzeptanz der Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook diesen Anforderungen genügt.

## aa) Freie bzw. freiwillige Entscheidung?

Dafür müsste die Einwilligung des Facebook-Nutzers zunächst frei bzw. freiwillig erfolgen. Das BDSG a.F. spricht in § 4a Abs. 1 von einer „freien“ Entscheidung. Der Nutzer muss danach die Möglichkeit haben, die Entscheidung über das „Ob“ und den Umfang der Datenverarbeitung frei von Zwang zu treffen.<sup>121</sup> Dies liegt etwa dann nicht

vor, wenn der Nutzer einem Machtungleichgewicht ausgesetzt ist.<sup>122</sup> So entschied der BGH im Fall *Payback*, dass eine freie Entscheidung fehlt, „wenn die Einwilligung in einer Situation wirtschaftlicher oder sozialer Schwäche oder Unterordnung erteilt wird“.<sup>123</sup> Dies kann z.B. gegeben sein, wenn sich der Nutzer in einer Situation befindet, die ihn faktisch dazu zwingt, personenbezogene Daten preiszugeben, um die Leistungen, die für ihn von besonderer Bedeutung sind, in Anspruch zu nehmen.<sup>124</sup>

Leicht abgewandelt vom deutschen Gesetz, aber sinngemäß, spricht die DGSVO in Art. 4 Ziff. 11 davon, dass die Einwilligung „freiwillig“ erteilt werden muss. Eine Einwilligung ist nicht freiwillig erteilt, wenn zwischen dem Nutzer und dem Verwender der Bedingung ein „klares Ungleichgewicht“<sup>125</sup> bzw. eine „ungleiche Partnerschaft“<sup>126</sup> besteht.

Eine Einwilligung, die unter Zwang erteilt wurde, ist unwirksam.<sup>127</sup> Eine „soziale Zwangslage“<sup>128</sup> ergibt sich bei den Bedingungen von Facebook daraus, dass der Facebook-Nutzer bei Verweigerung der Einwilligung aus dem sozialen Netzwerk von Facebook austreten oder die Inanspruchnahme der Dienste unterlassen müsste. Er muss in gewisser Weise auf einen für ihn ggf. wesentlichen Kommunikationskanal verzichten.

Dem Nutzer stehen auch keine äquivalenten Alternativen zur Verfügung. Es gibt zwar andere Netzwerkdienste wie Google+, meinVZ und studiVZ. Ein Wechsel zu diesen dürfte jedoch mangels direkter Netzwerkeffekte nicht attraktiv sein: Freunde und Bekannte der Nutzer sind typischerweise nur auf Facebook aktiv. Zudem sind andere soziale Netzwerke erheblich kleiner. Dies kann z.B. daran verdeutlicht werden, dass Facebook in Deutschland ca. 31 Mio. monatliche Nutzer aufweist,<sup>129</sup> wohingegen die monatlichen aktiven Nutzer von Google+ in Deutschland in einem niedrigstelligen Bereich liegen dürften. Auch dürfte von den insgesamt ca. 10 Mio. angemeldeten Nutzern bei meinVZ und studiVZ<sup>130</sup> lediglich ein Teil monatlich aktiv sein.

Eine Nutzungsalternative steht dem Facebook-Nutzer auch deswegen nicht zu, weil er die Dienste des sozialen Netzwerks nicht mit Geld – sondern nur mit seinen personenbezogenen Daten – bezahlen kann.

Der Facebook-Nutzer befindet sich bei seiner Entscheidung, in die Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook einzuwilligen, somit in einer Zwangslage. Er hat nur die Möglichkeit, das „Gesamtpa-

113 Siehe Abschnitt II.3.a)bb).

114 Vgl. LG Berlin, 16.1.2018 – 16 O 341/15, S. 33 – *Verbraucherzentrale vs. Facebook*, K&R 2018, 269.

115 LG Berlin, 28.10.2014 – 16 O 60/13 – *Facebook Onlinespiele*, BeckRS 2015, 20557, S. 8.

116 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) 2016/679 v. 27.4.2016, ABl. L 119/1 v. 4.5.2016.

117 KG Berlin, 24.1.2014 – 5 U 42/12 – *Facebook Registrierungsprozess*, GRUR-RS 2014, 03648, Rn. 110.

118 BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen v. 30.5.2016, S. 54.

119 LG Berlin, 28.10.2014 – 16 O 60/13 – *Facebook Onlinespiele*, BeckRS 2015, 20557, S. 7.

120 Art. 4 Ziff. 11 DSGVO; s. auch Erwägungsgrund 32 der DSGVO.

121 *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl. 2015, § 4a BDSG, Rn. 6.

122 *Kühling*, in: *Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht*, Stand: 1.2.2018, § 4a BDSG, Rn. 28.

123 BGH, 16.7.2008 – VIII ZR 348/06 – *Payback*, NJW 2008, 3055, 3056.

124 *Kühling*, in: *Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht*, Stand: 1.2.2018, § 4a BDSG, Rn. 28; ähnlich *Simitis*, in: *Simitis, Bundesdatenschutzgesetz*, 8. Aufl. 2014, § 4a BDSG, Rn. 62.

125 DSGVO, Erwägungsgrund 43.

126 Vgl. *Kühling*, in: *Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht*, Stand: 1.2.2018, § 4a BDSG, Rn. 35.

127 Ebenda.

128 Ebenda.

129 Offizielle Facebook Nutzerzahlen für Deutschland, im Internet verfügbar unter: [https://all-facebook.de/zahlen\\_fakten/offiziell-facebook-nutzerzahlen-deutschland](https://all-facebook.de/zahlen_fakten/offiziell-facebook-nutzerzahlen-deutschland) (Abruf: 20.4.2018).

130 FAZ, „StudiVZ ist pleite“ v. 8.9.2017, im Internet verfügbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/studivz-insolvenz-die-einstige-netzwerk-erfolgsstory-ist-pleite-15189212.html> (Abruf: 20.4.2018).

ket<sup>131</sup> bestehend aus den Facebook-Diensten und der Preisgabe der personenbezogenen Daten zuzustimmen oder die Nutzung des Netzwerks ganz zu unterlassen und damit den Verlust der sozialen Kontakte hinzunehmen. Somit sprechen gute Gründe gegen eine freie bzw. freiwillige Entscheidung bei der Einwilligung in die Bedingungen von Facebook.

**bb) Informierte Entscheidung?**

Zu einer wirksamen Einwilligung gehört auch die informierte Entscheidung nach § 4a Abs. 1 BDSG a.F. bzw. Art. 4 Ziff. 11 DSGVO. Die Einwilligung muss den Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung erkennen lassen<sup>132</sup> und alle entscheidungsrelevanten Informationen beinhalten, um die Risiken und Vorteile der Einwilligung beurteilen zu können.<sup>133</sup>

Wann eine solche „informierte Entscheidung“ vorliegt, hat das LG Berlin in seiner Entscheidung *Facebook Onlinespiele* festgestellt. Für eine informierte Entscheidung ist es notwendig, dass der Nutzer weiß, welche Daten konkret erhoben werden, welchem Zweck die Übertragung dient und was genau mit den Daten nach der Erhebung geschieht.<sup>134</sup>

Facebook-Nutzer werden zwar über die Sammlung und Verarbeitung ihrer Daten informiert. Sie bleiben jedoch nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamts im Unklaren darüber, dass „millionenfach“ Schnittstellen zur Datensammlung auf deutschen Drittseiten hinterlegt sind.<sup>135</sup> Auf diese Weise wird der Umfang der Datensammlung und -verarbeitung – weit über die Nutzung des eigentlichen sozialen Netzwerks hinaus – ausgedehnt. Der Facebook-Nutzer verliert dadurch jegliche Kontrolle über den Umfang und den Verbleib der Nutzung seiner personenbezogenen Daten.<sup>136</sup> Für den Facebook-Nutzer ist nicht eindeutig erkennbar, was genau mit den Daten nach der Sammlung und Verbindung mit dem Nutzerkonto auf Facebook geschieht, wie lange die Daten gespeichert werden und wer konkret darauf Zugriff hat. Die Grenzen der Einwilligung sind demnach nicht erkennbar.

Wollte man zudem die Preisgabe personenbezogener Daten als Quasi-Gegenleistung für eine Bezahlung des Facebook-Netzwerks mit Geld – wie im normalen Geschäftsverkehr – gleichstellen, so ist für den Facebook-Nutzer der „Wert“ der bereitgestellten Daten ebenfalls nicht erkennbar.<sup>137</sup> Es ist unklar, ob der Nutzer das soziale Netzwerk „überbezahlt“ und welche konkrete Äquivalenz ein Verzicht auf die Nutzung des sozialen Netzwerks hat.

Insgesamt kann wohl kaum von einer informierten Entscheidung des Nutzers bei der Einwilligung in die Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook ausgegangen werden.

**cc) Bestimmtheit des Zwecks?**

Eine wirksame Einwilligung ist zudem für den „konkreten Fall“ abzugeben. Pauschal gehaltene Erklärungen<sup>138</sup> oder „Blankoeinwilligungen“<sup>139</sup> sind nicht wirksam. Die Nutzungsbedingungen von Facebook dürften diese Anforderungen nicht erfüllen. Denn nach den Nutzungsbedingungen soll die Einwilligung im Einklang mit der Datenschutzrichtlinie „in ihrer jeweils geänderten Fassung“ erfolgen,<sup>140</sup> womit im Grunde bereits bei Registrierung eine Blankoeinwilligung für die Zukunft gefordert wird. Der Nutzer wird dazu angehalten, eine Einwilligung in eine zukünftige Datenschutzrichtlinie unbekanntem Inhalts abzugeben.<sup>141</sup>

Aus den vorstehenden Gründen ist zudem auch zweifelhaft, ob die unbestimmte Sammlung von Nutzerdaten von Drittseiten mit dem Zweckbindungsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO vereinbar

ist, wonach Daten nur für einen eindeutigen, vorher festgelegten Zweck erhoben werden dürfen.<sup>142</sup>

**dd) Ergebnis**

Es ist äußerst zweifelhaft, ob die Facebook-Nutzer eine wirksame Einwilligung in die Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook abgegeben haben. Es sprechen gute Gründe dafür, dass die Einwilligung weder frei bzw. freiwillig abgegeben wird, noch auf einer informierten Entscheidung für einen konkreten Fall beruht.

**e) Berücksichtigung der Wertungen des AGB- und Datenschutzrechts in die kartellrechtliche Prüfung**

Im Abschnitt II.3.c) wurde festgestellt, dass daran gezweifelt werden kann, ob die Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook dem Transparenzgebot im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB genügen. Die Facebook-Nutzer dürften zudem wohl kaum eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung nach dem BDSG a.F. bzw. der DSGVO abgegeben haben (siehe Abschnitt II.3.d)).

Die Frage stellt sich, welche Relevanz diese *außerkartellrechtlichen* Wertungen für die kartellrechtliche Prüfung nach § 19 GWB haben. So ist beispielsweise der Datenschutz keine originäre Aufgabe des Kartellrechts.<sup>143</sup> Das Bundeskartellamt kann nur einen Missbrauch im *Markt* aufgreifen. Etwaige Verstöße gegen Gesetze außerhalb des Kartellrechts müssen eine wettbewerbsrechtliche Dimension, also eine „beanstandungswürdige Marktwirkung“<sup>144</sup> haben, damit sie etwa nach den Missbrauchsvorschriften beurteilt werden können. Daten können jedoch einen wichtigen Faktor im Wettbewerb darstellen.<sup>145</sup> Damit können Datenschutzbedenken Gegenstand der kartellrechtlichen Prüfung sein.<sup>146</sup>

So erklärt sich, dass das Bundeskartellamt im Verfahren gegen Facebook eng mit den Datenschutzbehörden zusammen arbeitet,<sup>147</sup> wobei das Verfahren primär wettbewerbsrechtlich motiviert sein dürfte. Die Datenschutzbehörden hätten ihrerseits nicht die Kompetenz, unzulässiges Marktverhalten zu ahnden.

Es ist unklar, nach welchen Maßstäben die Interessenabwägung nach § 19 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 2 GWB erfolgen soll. Wie im Abschnitt II.3.b)bb) ausgeführt, finden Wertungen außerkartellrechtlicher Vorschriften wie z.B. des AGB- oder Datenschutzrechts Eingang in die Interessenabwägung bei der Feststellung eines Marktmissbrauchs. Diese Wertungen können auch dann berücksichtigt werden, wenn

131 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 2.  
 132 LG Berlin, 28.10.2014 – 16 O 60/13 – *Facebook Onlinespiele*, BeckRS 2015, 20557, S. 7 f.  
 133 *Kühling*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand 1.2.2018, § 4a BDSG, Rn. 43.  
 134 LG Berlin, 28.10.2014 – 16 O 60/13 – *Facebook Onlinespiele*, BeckRS 2015, 20557, S. 7 f.  
 135 BKartA, PM v. 19.12.2017 „Vorläufige Einschätzung im Facebook-Verfahren“.  
 136 In diesem Sinne LG Berlin, 28.10.2014 – 16 O 60/13 – *Facebook Onlinespiele*, BeckRS 2015, 20557, S. 8; so auch BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 4.  
 137 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 2.  
 138 *Simitis*, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014, § 4a BDSG, Rn. 77.  
 139 *Kühling*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Stand: 1.2.2018, § 4a BDSG, Rn. 44.  
 140 Siehe Abschnitt II.3.a)bb).  
 141 LG Berlin, 16.1.2018 – 16 O 341/15, S. 33 – *Facebook Verbraucherzentrale*, K&R 2018, 269.  
 142 BMWi, Grünbuch Digitale Plattformen v. 30.5.2016, S. 55.  
 143 BKartA, Stellungnahme zum Grünbuch Digitale Plattformen des BMWi, S. 11; *Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data*, 10.5.2016, S. 22; in diesem Sinne auch EuGH, 23.11.2006, Rs. C-238/05, Rn. 63 – *Asnef-Equifax*; EU-Kommission, COMP/M.7217, Rn. 164 – *Facebook/WhatsApp*.  
 144 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, GWB, 13. Aufl. 2018, § 19 GWB, Rn. 188.  
 145 *Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data*, 10.5.2016, S. 11 ff., 23 f.; in diesem Sinne auch *Podszun/de Toma*, NJW 2016, 2987, 2989.  
 146 *Podszun/de Toma*, NJW 2016, 2987, 2992.  
 147 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 5.

kein positiver Verstoß gegen außerkartellrechtliche Vorschriften festzustellen ist.<sup>148</sup>

Fraglich ist, welche Interessen von Facebook und seiner Nutzer sich gegenüberstehen und miteinander abgewogen werden müssten.

#### aa) Facebook als datengetriebenes Produkt

Nach Ansicht von Facebook dient die Sammlung und Verarbeitung der Nutzerdaten der kostenlosen Zurverfügungstellung und der kontinuierlichen Verbesserung und Entwicklung des sozialen Netzwerks sowie anderer Facebook-Dienste.<sup>149</sup> Dafür monetarisiert das Unternehmen die Nutzerdaten, um eigene Werbungssysteme zu verbessern und dem Nutzer auf den Facebook-eigenen Diensten sowie außerhalb relevante Werbeanzeigen von Werbekunden anzuzeigen. Das Geschäftsmodell von Facebook lebt also ausschließlich von der Sammlung und Verarbeitung der Nutzerdaten. Facebook hat keine andere Einnahmequelle als die auf der Datensammlung beruhende Werbeschaltung. Daten sind für digitale Dienste wie Facebook elementarer Bestandteil des Geschäftsmodells<sup>150</sup> und damit besonders wertvoll,<sup>151</sup> ja sogar von existentieller Bedeutung.<sup>152</sup>

Daher überrascht nicht, dass Facebook ein hohes Interesse an einer möglichst umfangreichen Sammlung und Verarbeitung der Nutzerdaten hat. Denn große Datenmengen verstärken wiederum die indirekten Netzwerkeffekte und damit zugleich die wirtschaftliche Position des Unternehmens.

#### bb) Informationelle Selbstbestimmung der Nutzer

Hingegen haben die Nutzer ein Interesse an der Selbstbestimmung, welche personenbezogenen Daten, in welchem Umfang und zu welchem Zweck von Facebook gesammelt und verarbeitet werden sollen. Zur informationellen Selbstbestimmung gehört auch, dass der Nutzer Kontrolle über seine eigenen personenbezogenen Daten hat, was hier nicht der Fall sein dürfte.<sup>153</sup>

Das informationelle Selbstbestimmungsrecht hat in Zeiten von „Big Data“ Grundrechtsrelevanz. Das im Volkszählungsurteil vom Bundesverfassungsgericht 1983 geprägte Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>154</sup> – als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – ist angesichts der zunehmend digitalisierten Gesellschaft und der damit einhergehenden Transparenz über die Persönlichkeit eines Nutzers („gläserner Mensch“) ein besonders schützenswertes Gut.

Die Bedeutung solcher grundrechtlicher Positionen im Rahmen der Interessenabwägung wurde vom BGH im Fall *Pechstein* hervorgehoben.<sup>155</sup> In diesem Zusammenhang stellte das Gericht fest, dass bei einer Verfügung über grundrechtlich verbürgte Positionen durch marktstarke Unternehmen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor deren Zugriff besonders geschützt werden müsse.<sup>156</sup>

#### cc) Abwägung

Die Interessen von Facebook an einer (möglichst umfassenden) Sammlung und Verarbeitung von Nutzerdaten stehen in einem Spannungsverhältnis zu den Interessen der Facebook-Nutzer an einer Selbstbestimmung darüber.

Für die Berücksichtigung der Interessen von Facebook spricht vornehmlich das wirtschaftliche Interesse an der Finanzierung der Dienste durch Werbung (wobei dahingestellt bleiben mag, ob die Methode zur Finanzierung rechtmäßig ist). Hingegen sprechen mehrere Gründe dafür, dass die Interessen der Nutzer des sozialen Netzwerks dieje-

nigen von Facebook überwiegen. Zum einen dürften die Datenschutz- und Nutzungsbedingungen mangels Transparenz im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam sein. Zum anderen dürfte die Einwilligung in die vorgenannten Bedingungen nicht den Vorgaben der datenschutzrechtlichen Normen des § 4a Abs. 1 BDSG a.F. bzw. Art. 4 Ziff. 11 DSGVO genügen. Darüber hinaus überwiegt das grundrechtlich geschützte Interesse des Nutzers an informationeller Selbstbestimmung gegenüber den rein wirtschaftlichen Interessen von Facebook. Mithin dürfte im Ergebnis die Interessenabwägung zugunsten der Nutzer von Facebook ausfallen.

#### f) Ergebnis

Insgesamt kann mit guten Gründen ein missbräuchliches Verhalten nach § 19 GWB unter Einbeziehung der AGB- und datenschutzrechtlichen Wertungen angenommen werden. Unbedingt zwingend ist diese Bewertung nicht, denn immerhin sind die Hinweise, die Facebook den Kunden erteilt, zutreffend. Allerdings setzt sich nach Auffassung der Autorinnen die fehlende Einwilligung und damit die datenschutzrechtliche Unzulässigkeit als Belang durch.

### 4. Missbräuchliche Ausnutzung?

Fraglich ist aber, ob das vorhin beschriebene Verhalten auf der marktbeherrschenden Stellung beruhen muss, d.h. ob eine kausale Verbindung zwischen dem Verhalten auf der einen Seite und der Marktstellung auf der anderen Seite erforderlich ist.

Von einem solchen Kausalitätserfordernis ist jedoch nicht zwingend auszugehen. Im Fall *Continental Can* hat der EuGH klargestellt, dass es auf die Frage eines ursächlichen Zusammenhangs nicht ankomme.<sup>157</sup> Auch der BGH scheint in seiner Entscheidung im Fall *VBL-Gegenwert I* davon auszugehen, dass die Kausalität keine notwendige Bedingung für die Annahme eines Missbrauchs ist.<sup>158</sup> Auch in der Literatur wird diese Meinung vertreten.<sup>159</sup>

Welche Anforderungen an die Kausalität zu stellen sind, kann letztlich dahinstehen. Im vorliegenden Fall dürfte davon ausgegangen werden, dass Facebook allein aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung in der Lage ist, Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von den Nutzern zu verlangen, die in einem funktionierenden Wettbewerb keinen Bestand haben dürften. Wäre Facebook ein weniger bedeutendes Unternehmen (wie z.B. meinVZ oder studiVZ), dürften Facebook-Nutzer nicht bereit sein, dem Unternehmen einen solch umfangreichen Spielraum bei der Sammlung und Verarbeitung personenbezogener Daten von Dritten einzuräumen. Dies zeigt ein Blick auf die Datenschutzerklärungen von studiVZ oder meinVZ,<sup>160</sup>

148 So auch *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, GWB, 13. Aufl. 2018, § 19 GWB, Rn. 189; wohl auch *Telle*, InTeR, 2017, 3, 5.

149 Facebook-Datenrichtlinie, verfügbar im Internet unter: <https://m.facebook.com/policy.php#> (Abruf: 20.4.2018).

150 Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Grünbuch Digitale Plattformen des BMWi, S. 2.

151 *Körber*, NZKart 2016, 303.

152 *The Economist*, Ausgabe v. 6.5.2017, S. 13, führt aus, dass Daten das neue „Öl“ und damit Treiber für Wachstum und Veränderung sind.

153 Siehe Abschnitt II.3.d)bb).

154 BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 – *Volkszählung*, NJW 1984, 419, 422.

155 BGH, 7.6.2016 – KZR 6/15 – *Pechstein*, NZKart 2016, 328, 332; s. dazu auch *Duve*, BB Heft 26/2016, „Die Erste Seite“.

156 BGH, 7.6.2016 – KZR 6/15 – *Pechstein*, NZKart 2016, 328, 332.

157 EuGH, 21.2.1973 – Rs. 6/72, Rn. 27 – *Continental Can*, Slg. 1973, 215.

158 BGH, 6.11.2013 – KZR 61/11 – *VBL-Gegenwert I*, NVwZ-RR 2014, 515, 520.

159 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, GWB, 13. Aufl. 2018, § 19 GWB, Rn. 208 f.

160 Datenschutzerklärungen von studiVZ und meinVZ, im Internet verfügbar unter: <http://www.studivz.net/l/policy/declaration/> bzw. <http://www.meinvz.net/l/policy/declaration/> (Abruf: 20.4.2018).



die auf eine Sammlung und Verarbeitung von Nutzerinformationen auf Drittseiten verzichten.

### 5. Nachweis negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb?

Weiterhin stellt sich die Frage, ob es im Rahmen des Missbrauchsverbots nach § 19 GWB notwendig ist, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb nachzuweisen. Der Wortlaut dieser Norm spricht nicht dafür. Keines der Regelbeispiele in § 19 Abs. 2 Nr. 1–5 GWB suggeriert, dass wettbewerbsschädliche Auswirkungen bei der Prüfung einer missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung relevant wären.

Diese Interpretation könnte jedoch seit der Entscheidung des EuGH im Fall *Intel*<sup>161</sup> keinen Bestand mehr haben. Der EuGH hat nämlich im Rahmen der Prüfung der Missbrauchsnorm des Art. 102 AEUV im Zusammenhang mit exklusiven Rabatten festgestellt, dass wettbewerbsschädliche Auswirkungen auf den Markt festgestellt werden können.<sup>162</sup> Beim Behinderungsmisbrauch ist der EuGH bereits zuvor davon ausgegangen, dass ein Missbrauch der Marktmacht dann nicht vorliegt, wenn das fragliche Verhalten sich nicht auf dem Markt auswirkt.<sup>163</sup>

Wäre eine wettbewerbsschädliche Auswirkung der Datenschutz- und Nutzungsbedingungen auf den Markt im Rahmen von § 19 GWB anzunehmen, so erscheint sehr zweifelhaft, ob der Facebook-Nutzer einen Schaden in *wettbewerbsrechtlicher* Sicht davonträgt. Sicherlich erleidet der Nutzer in persönlicher Hinsicht Nachteile dadurch, dass er nicht in der Lage ist, selbstbestimmt über seine personenbezogenen Daten zu verfügen und damit sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung tangiert ist. Auswirkungen auf den Wettbewerb liegen jedoch eher fern.

Hingegen könnte sich das missbräuchliche Verhalten schädigend auf die Werbekunden auswirken. Der Zugang zu Nutzerdaten stellt einen sehr wertvollen und entscheidenden Faktor bei der Bewertung von wettbewerbsschädlichen Auswirkungen dar, z.B. bei der Beurteilung des Marktzutritts.<sup>164</sup> Facebook besitzt aufgrund der umfangreichen Sammlung und Verarbeitung von Nutzerdaten große Datenmengen, die es ihm ermöglichen, aufgrund der hiermit verbundenen indirekten Netzwerkeffekte Werbekunden an sich zu binden. Wegen des Besitzes großer Datenmengen hat Facebook aus Sicht der Werbekunden einen „uneinholbaren Wettbewerbsvorsprung“.<sup>165</sup>

Derzeit ist für den Werbekunden kein anderes soziales Netzwerk vorhanden, das für den Werbekunden zumindest ähnlich attraktiv wäre wie das soziale Netzwerk von Facebook. Der Werbekunde findet auf dem Markt für Werbung auf sozialen Netzwerken keine Wettbewerbssituation vor. Nach Einschätzung des Bundeskartellamtes stehen Werbekunden ohne Ausweichalternativen einem übermächtigen Anbieter für Werbung auf sozialen Netzwerken gegenüber.<sup>166</sup>

Zugleich werden andere soziale Netzwerke, die für Werbekunden zumindest eine potentielle Ausweichalternative bieten könnten, nachhaltig vom Markt ferngehalten. Aus diesem Grunde unterliegen die von Facebook verlangten Preise für die Schaltung von Werbung keinem marktkonformen Korrektiv. Ein Anhaltspunkt dafür könnte darin gesehen werden, dass sich Marktakteure beim Bundeskartellamt darüber beschwert haben, dass sich im Bereich Online-Werbung „geschlossene Systeme“ („walled gardens“) entwickelt haben, die den Zugang zu Daten und deren Verarbeitung erschweren.<sup>167</sup> Angesichts eines erheblichen Marktvolumens in Deutschland von Online-Werbung

(ca. 9 Mrd. EUR) wurde dies vom Bundeskartellamt zum Anlass genommen, Anfang 2018 eine Sektoruntersuchung in diesem Bereich durchzuführen. Auch vor diesem Hintergrund ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich eine missbräuchliche Verhaltensweise von Facebook schädlich auf den Wettbewerb zulasten der Werbekunden auswirken kann.

### III. Zusammenfassung und Ausblick

Die vorstehende Analyse zeigt, dass die Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook und die damit verbundene Sammlung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf Drittseiten nach deutschem Kartellrecht missbräuchlich und somit unwirksam sein könnten. Es sprechen gute Gründe dafür, dass im Rahmen der Missbrauchsprüfung nach § 19 GWB datenschutzrechtliche Wertungen zukünftig vermehrt einbezogen werden. Die Entscheidung des Bundeskartellamts wird in diese bislang undurchsichtige Thematik und Verflechtung von Wettbewerbs- und Datenschutzrecht hoffentlich mehr Klarheit bringen. In Zukunft kann somit erwartet werden, dass Wettbewerbs- und Datenschutzrecht öfter in einem Atemzug genannt werden.

Die besondere Brisanz der Datenschutz- und Nutzungsbedingungen von Facebook zeigt sich nicht nur in Deutschland, sondern auch in den USA. Hier hat z.B. die Verbraucherschutzbehörde FTC Ermittlungen gegen Facebook wegen des Umgangs mit personenbezogenen Daten eröffnet. Zudem wurde der Facebook-Inhaber vor dem US-Senat umfangreich angehört. In Großbritannien zeigt der jüngste Skandal um eine Consulting-Firma, dass millionenfach Facebook-Nutzerdaten zu Wahlkampfzwecken verarbeitet wurden. Es erscheint demnach möglich, dass in naher Zukunft der Gesetzgeber auf den Plan gerufen sein wird, klarere Regelungen für die Datensammlung und Verarbeitung durch soziale Netzwerke, einschließlich auf Drittseiten zu erlassen.

**Dr. Andrea Pomana**, RAin, betreut bei Debevoise & Plimpton LLP in Frankfurt a. M. das europäische und deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht.



**Maren Schneider** ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Debevoise & Plimpton LLP in Frankfurt a. M.



161 EuGH, 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P – *Intel*, EuZW 2017, 850; s. dazu auch *Pomana/Shechter/Schaper*, in: ABA Distribution and Franchising Newsletter v. 12.2.2018 („Loyalty rebates in the EU (after *Intel*) and the U.S.“).

162 EuGH, 6.9.2017 – Rs. C-413/14 P, Rn. 138, 140 – *Intel*, EuZW 2017, 850.

163 EuGH, 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P, Rn. 254 – *Deutsche Telekom*, WuW 2010, 1291.

164 BKartA, Hintergrundpapier „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“ v. 1.10.2015, S. 21.

165 *Wiedmann/Jäger*, K&R 2016, 217, 218.

166 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren v. 19.12.2017, S. 5.

167 BKartA, PM v. 1.2.2018 „Bundeskartellamt startet Untersuchung der Marktverhältnisse bei Online-Werbung“; BKartA, Online-Werbung – Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“ v. Februar 2018, S. 9.