
Datum: 26.08.2019
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Kart 1/19 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2019:0826.KART1.19V.00

Tenor:

I. Auf den Antrag der Antragstellerinnen wird die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerden gegen die Aussprüche in den Ziffern 1. bis 3. des Beschlusses des Bundeskartellamts vom 6. Februar 2019 (B6-22/16) angeordnet.

II. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Der *Facebook*-Konzern entwickelt und betreibt verschiedene digitale Produkte, Internetdienstleistungen und Applikationen für Smartphones („Apps“). Muttergesellschaft ist die Antragstellerin zu 1.; die Antragstellerinnen zu 2. und 3. sind zu 100 % Tochtergesellschaften der Antragstellerin zu 1. (Antragstellerinnen zusammengefasst im Folgenden auch: *Facebook*).

Kernprodukt von *Facebook* ist das soziale Netzwerk *Facebook.com*, das seit dem Jahr 2008 in Deutschland angeboten wird und im Jahr 2018 täglich von etwa 23 Millionen Nutzern, monatlich von etwa 32 Millionen Nutzern genutzt worden ist. Das Netzwerk ist für private Nutzer unter den Adressen *www.facebook.com* bzw. *facebook.de* oder über eine mobile App nutzbar. Es bietet dem privaten Nutzer eine Reihe von Funktionen, mit welchen er sich u.a. mit Freunden und Bekannten vernetzen und mit diesen Inhalte „teilen“ kann. Hierzu legt der Nutzer bei seiner Anmeldung für das Netzwerk unter seinem Klarnamen ein „Nutzerprofil“ an, mit dessen Hilfe er Angaben zu seiner Person und einer Vielzahl weiterer persönlicher Umstände machen und ein Profilfoto einstellen kann. Auf dieser Grundlage erhält der Nutzer

1

2

3

4

eine eigene *Facebook*-Seite, die sich in weitere Unterseiten aufgliedert; wegen der weiteren Einzelheiten, zum Beispiel zur Anzeige von Meldungen anderer privater oder kommerzieller Nutzer oder zu Funktionen hinsichtlich der Kommunikation mit Dritten in Echtzeit, wird auf den Beschluss des Bundeskartellamts verwiesen.

Facebook.com ist nicht nur für private Nutzer, sondern auch für Unternehmen, Vereine oder Einzelpersonen nutzbar, die selbst Inhalte in das soziale Netzwerk stellen können, um auf diese Weise ihre Reichweite zu erhöhen. Diese „Inhalteanbieter“ können eigene Seiten einrichten, auf diesen ihre Inhalte verbreiten und sich mit privaten Nutzern über „Abonnements“ oder eine „Gefällt-mir“-Funktion verbinden. 5

Die *Facebook*-Gruppe bietet des Weiteren unter dem Begriff „*Facebook Business Tools*“ eine Vielzahl von kostenfreien Werkzeugen und Produkten an, die sich an Webseitenbetreiber und sonstige Unternehmen richten, die die „tools“ über von *Facebook* vordefinierte Programmierschnittstellen in ihre eigenen Webseiten, Apps und Online-Angebote einbinden können. Hierzu zählen neben sogenannten „sozialen plug-ins“ wie etwa den Funktionsschaltflächen „Gefällt-mir“ und „Teilen“ weitere Funktionalitäten und Analysedienste. 6

Über das soziale Netzwerk hinaus und von diesem unabhängig bietet *Facebook* weitere Dienste an. Zu ihnen gehören u.a. das Produkt *Instagram*, das ein Medium zum „Teilen“ von Fotos und kurzen Videoclips bereitstellt und der Dienst *WhatsApp*, der das Senden und Empfangen einer Vielzahl von Medien wie zum Beispiel Textnachrichten, Bildern, Videos, Kontakten, Dokumenten, Standorten sowie Sprachnachrichten und –anrufen unterstützt. Ferner bietet *Facebook* den Dienst *Masquerade* zur Bearbeitung und zum „Teilen“ von Fotos und das Produkt *Oculus* an, über das „virtual-reality“-Brillen und Software abgesetzt werden. 7

Sein soziales Netzwerk *Facebook.com* finanziert *Facebook* durch Online-Werbung, die Inhalteanbietern und anderen Unternehmen angeboten wird. Diese Werbung ist auf den individuellen Nutzer des sozialen Netzwerks zugeschnitten und zielt darauf ab, dem Nutzer diejenige Werbung zu zeigen, die ihn auf Grund seines persönlichen Konsumverhaltens, seiner Interessen, Kaufkraft und Lebenssituation interessieren könnte. 8

Für die Nutzung des sozialen Netzwerks müssen private Nutzer kein Entgelt entrichten. Für diese Nutzer hängt die Teilnahme an dem Netzwerk jedoch davon ab, dass sie bei der Registrierung für den Dienst den von *Facebook* gestellten Nutzungsbedingungen zustimmen. Die Zustimmung dient dem Abschluss des Nutzungsvertrags unter Einbeziehung der Nutzungsbedingungen. Nach den Nutzungsbedingungen verarbeitet *Facebook* personenbezogene Daten, für deren Erläuterung insbesondere auf die von *Facebook* gestellten Daten- bzw. Cookie-Richtlinien verwiesen wird. Nach diesen Richtlinien erfasst *Facebook* nutzer- und gerätebezogene Daten über Nutzeraktivitäten innerhalb und außerhalb des sozialen Netzwerks. Bei den außerhalb des sozialen Netzwerks stattfindenden Nutzeraktivitäten geht es zum einen um den Besuch von Webseiten bzw. die Nutzung mobiler Apps dritter Anbieter, die mittels Programmierschnittstellen (*Facebook Business Tools*) mit *Facebook* verbunden sind, und zum anderen um die Nutzung anderer zum *Facebook*-Konzern gehörender Dienste wie namentlich die insoweit oben genannten, in Bezug auf welche eine Datenverarbeitung „über die anderen *Facebook*-Unternehmen und –Produkte hinweg“ erfolgt. 9

Mit Beschluss vom 6. Februar 2019 hat das Bundeskartellamt die in den Nutzungsbedingungen vorgesehene Datenverarbeitung sowie ihre Durchführung nach §§ 19 Abs. 1, 32 GWB untersagt und Abstellungsmaßnahmen auferlegt. Die Untersagung erfasst die in den Nutzungsbedingungen ausdrücklich festgelegten und in der Daten- und Cookie- 10

Richtlinie im Einzelnen erläuterten Konditionen zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten, soweit sie ohne Einwilligung der Nutzer die Erfassung von nutzer- und gerätebezogenen Daten aus den anderen konzerneigenen Diensten und den *Facebook Business Tools* sowie deren Zusammenführung mit *Facebook*-Daten für die Zwecke des sozialen Netzwerks (nachfolgend auch: Mehrdaten) ohne Einwilligung der Nutzer betreffen (Beschlussausspruch zu 1.). Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt die Durchführung dieser Konditionen mit den tatsächlichen Datenverarbeitungsvorgängen, die *Facebook* auf der Grundlage der Daten- und Cookie-Richtlinie vornimmt, untersagt (Beschlussausspruch zu 2.) und *Facebook* eine zwölfmonatige Umsetzungsfrist gewährt, um die Nutzungsbedingungen und ihre Durchführung anzupassen sowie die Daten- und Cookie-Richtlinie entsprechend klarzustellen (Beschlussausspruch zu 3.). Es hat überdies innerhalb von vier Monaten einen Umsetzungsplan für die Anpassung gefordert (Beschlussausspruch zu 3.). Ferner hat das Amt angeordnet, dass die im Ausspruch zu Ziffer 3. genannten Umsetzungsfristen für die Dauer eines erstinstanzlichen Eilverfahrens gehemmt sind (Beschlussausspruch zu 5.). In Ziffer 4. seines Beschlusses hat das Amt schließlich klargestellt, dass eine Einwilligung des Nutzers nicht vorliegt, wenn die Bereitstellung von *Facebook.com* von der Erteilung der Einwilligung abhängig gemacht wird.

Zur Begründung seiner Abstellungsverfügung hat das Bundeskartellamt im Wesentlichen ausgeführt: *Facebook* sei auf dem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer in Deutschland ein marktbeherrschendes Unternehmen und damit Normadressat des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots. Das Unternehmen verstoße jedenfalls insoweit gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot (§ 19 Abs. 1 GWB), als es den privaten Nutzern bei der Registrierung für sein Netzwerk die Zustimmung zu Vertragskonditionen abverlange, die mit Blick auf Wertungen des Datenschutzrechts nach der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) unangemessen seien und mit denen *Facebook* die Erfassung, Verknüpfung und Verwendung von außerhalb des Netzwerks generierten Mehrdaten eingeräumt werde. In diesem Zusammenhang sei *Facebook* ein Konditionenmissbrauch zum Nachteil der privaten Netzwerknutzer vorzuwerfen, die einen Schaden in Gestalt eines Kontrollverlustes erlitten, da sie im Hinblick auf die Datenkonditionen nicht mehr selbstbestimmt über ihre persönlichen Daten verfügen könnten. Darüber hinaus zeitige der Missbrauch Behinderungswirkungen zum Nachteil von Wettbewerbern auf dem Markt für soziale Netzwerke und auf Drittmärkten. 11

Gegen den Beschluss des Bundeskartellamts haben die Antragstellerinnen frist- und formgerecht Beschwerde eingelegt; das Beschwerdeverfahren ist bei dem Senat unter dem Aktenzeichen *VI-Kart 2/19 (V)* anhängig. 12

Vorliegend machen die Antragstellerinnen einstweiligen Rechtsschutz geltend und beantragen, 13

die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anzuordnen, 14

hilfsweise: 15

die aufschiebende Wirkung der Beschwerde bis zur Beendigung eines möglichen Eilverfahrens vor dem Bundesgerichtshof im Rahmen einer Rechtsbeschwerde gegen die Ablehnung des vorbezeichneten Antrags oder einer Nichtzulassungsbeschwerde bei Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde anzuordnen. 16

Das Bundeskartellamt beantragt, 17

die obigen Anträge der Antragstellerinnen zurückzuweisen. 18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Akteninhalt einschließlich der Ausführungen in dem angefochtenen Amtsbeschluss Bezug genommen.	19
II.	20
Die Eilanträge haben mit dem Hauptbegehren Erfolg.	21
Gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3, Satz 1 Nr. 2 GWB ist antragsgemäß anzuordnen, dass die Beschwerden der Antragstellerinnen aufschiebende Wirkung haben, soweit sich die Rechtsmittel gegen die – insoweit alleine relevanten – Gebotsaussprüche des Bundeskartellamts in den Ziffern 1. bis 3. der angefochtenen Amtsentscheidung richten. Es bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser kartellbehördlichen Anordnungen.	22
<u>A.</u> Wie sich aus einem Umkehrschluss aus § 64 Abs. 1 GWB ergibt, hat die Beschwerde gegen eine auf § 32 Abs. 1 GWB gestützte Abstellungsverfügung keine aufschiebende Wirkung. Das Beschwerdegericht kann allerdings nach § 65 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 GWB auf Antrag die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anordnen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen (§ 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB) oder die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (§ 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB). Jedenfalls unter dem erstgenannten Gesichtspunkt erweisen sich die Eilanträge als begründet.	23
Nach der ständigen Senatsrechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12. Juli 2016 – <i>VI-Kart 3/16 (V)</i> , NZKart 2016, 380 = WuW 2016, 372, Rz. 42 bei juris – <i>Ministererlaubnis EDEKA/Kaiser´s Tengelmann</i> ; Beschluss vom 4. Mai 2016, <i>VI-Kart 1/16 (V)</i> , NZKart 2016, 291 = WuW 2016, 378, Rz. 39 bei juris – <i>Enge Bestpreisklausel</i> ; Beschluss v. 25. Oktober 2006 – <i>VI-Kart 14/06 (V)</i> , WuW/E DE-R 2081, Rz. 6 bei juris – <i>Kalksandsteinwerk</i> ; Beschluss v. 8. Mai 2007 – <i>VI-Kart 5/07 (V)</i> , WuW/E DE-R 1993, 1994 – <i>Außenwerbeflächen</i> ; Beschluss v. 5. März 2007 – <i>VI-Kart 3/07 (V)</i> , WuW/E DE-R 1931, 1932, Rz. 12 bei juris – <i>Sulzer/Kelmix</i> ; Beschluss v. 23. Oktober 2006 – <i>VI-Kart 15/06 (V)</i> , WuW/E DE-R 1869, 1871, Rz. 41 bei juris - <i>Deutscher Lotto- und Totoblock</i> ; Beschluss v. 13. April 2005 – <i>VI-Kart 3/05 (V)</i> , WuW/E DE-R 1473, Rz. 16 bei juris - <i>Konsolidierer</i> ; Beschluss v. 8. Dezember 2003 – <i>VI-Kart 35/03 (V)</i> , WuW/E DE-R 1246, 1247 Rz. 7 bei juris - <i>GETEC net</i> ; Beschluss v. 27. März 2002 – <i>VI-Kart 7/02 (V)</i> , WuW/E DE-R 867, 868 Rz. 12 bei juris – <i>Germania</i> ; Beschluss v. 11. April 2001 – <i>VI-Kart 22/01 (V)</i> , WuW/E DE-R 665, 666 - <i>Net Cologne I</i>) liegen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit im Sinne von § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB vor, wenn bei einer summarischen Überprüfung die Aufhebung der angefochtenen Verfügung überwiegend wahrscheinlich ist. Ob sich die Bedenken an der Rechtmäßigkeit der kartellbehördlichen Verfügung aus tatsächlichen Gründen (z.B. einer unzureichenden Sachaufklärung) oder aus rechtlichen (verfahrens- oder materiell-rechtlichen) Erwägungen ergeben, ist unerheblich. Es reicht andererseits nicht aus, wenn die Sach- und Rechtslage bei der gebotenen vorläufigen Beurteilung offen ist.	24
<u>B.</u> Gemessen hieran bestehen im Streitfall ernstliche Rechtmäßigkeitszweifel. Bereits die summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage führt zu dem Ergebnis, dass die angefochtene Abstellungsverfügung jedenfalls aus den nachstehend genannten Gründen aufzuheben sein wird. Entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts lässt die von ihm beanstandete Datenverarbeitung durch <i>Facebook</i> keinen relevanten Wettbewerbsschaden und auch keine wettbewerbliche Fehlentwicklung besorgen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf einen Ausbeutungsmissbrauch zum Nachteil der an dem sozialen Netzwerk von <i>Facebook</i> teilnehmenden Verbraucher (hierzu nachstehend unter 1.) als auch hinsichtlich eines aktuelle oder potentielle Wettbewerber von <i>Facebook</i> beeinträchtigenden Behinderungsmissbrauchs	25

(hierzu nachstehend unter 2.).

1. Schon nach summarischer Prüfung begegnet die Annahme eines Ausbeutungsmisbrauchs in Gestalt eines Konditionenmissbrauchs zum Nachteil der Nutzer des sozialen Netzwerks von *Facebook* durchgreifenden rechtlichen Bedenken. 26

a) Ein Ausbeutungsmissbrauch nach dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt nicht vor. Nach der genannten Vorschrift ist ein Missbrauch von Marktmacht insbesondere dann gegeben, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Es kann unterstellt werden, dass das Bundeskartellamt den sachlich und räumlich relevanten Markt zutreffend abgegrenzt hat und *Facebook* auf jenem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer in Deutschland Normadressat des Missbrauchsverbots nach § 19 GWB ist. Als zutreffend kann ferner die Beurteilung des Amts unterstellt werden, dass es sich bei den von *Facebook* gestellten „Nutzungsbedingungen“ einschließlich der „Datenrichtlinie“ und der „Cookie-Richtlinie“ um Konditionen bzw. Geschäftsbedingungen im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB handelt. Ein Verstoß von *Facebook* gegen das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB lässt sich gleichwohl nicht feststellen. Denn das Amt hat keine hinreichenden Ermittlungen zu einem „Als-ob-Wettbewerb“ durchgeführt und demzufolge auch keine aussagekräftigen Befunde zu der Frage erhoben, welche Nutzungsbedingungen sich im Wettbewerb gebildet hätten. 27

b) Facebook kann auf der Grundlage der vom Amt getroffenen Feststellungen ebenso wenig vorgeworfen werden, seine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB missbraucht zu haben. Nach dieser Generalklausel ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verboten. 28

aa. Allerdings ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, eine Schädigung des Verbraucherschutzes als einen normrelevanten Wettbewerbsschaden im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB aufzufassen. Dies beruht zum einen auf dem gewünschten Gleichlauf des nationalen Wettbewerbsrechts mit demjenigen der Union (vgl. BGH, Urteil v. 7. Dezember 2010 – *KZR 5/10*, WuW/E DE-R 3145, Rz. 55 – *Entega II*) und dem dort in Art. 102 AEUV implementierten Gedanken eines Verbraucherschutzes (vgl. hierzu etwa EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 – *C-85/76*, Slg. 1979, 461 Rz. 125 – *Hoffmann-La Roche* [zu Art. 86 EWG-Vertrag a.F.]). Zum anderen weisen auch Regelbeispiele des nationalen Missbrauchsverbots eine verbraucherschützende Funktion auf, so etwa der Preishöhenmissbrauch- und Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB und das Preisspaltungsverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 7. Dezember 2010 – *KZR 5/10*, WuW/E DE-R 3145, Rzn. 24 und 55 – *Entega II*). Unter welchen Voraussetzungen ein Preishöhen- oder Konditionenmissbrauch ausnahmsweise unter § 19 Abs. 1 GWB erfasst und abweichend von dem in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB gesetzlich vorgeschriebenen Maßstab des „Als-Ob-Wettbewerbs“ beurteilt werden kann, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. 29

bb. Denn im Streitfall ruft das vom Amt untersagte Verhalten schon kein wettbewerbsschädliches Ergebnis hervor. Abzustellen ist dabei auf die Erfassung von nutzer- und gerätebezogenen Daten aus den anderen konzerneigenen Diensten (*Instagram*, *WhatsApp*, *Masquerade* und *Oculus*) sowie den *Facebook Business Tools* und die Zusammenführung dieser Mehrdaten mit den *Facebook*-Daten für die Zwecke des sozialen Netzwerks. Denn ausschließlich diese Mehrdaten sind Gegenstand der kartellbehördlichen Anordnungen. 30

(1) Die Hingabe der Mehrdaten führt zu keiner Ausbeutung der privaten Netzwerk-nutzer. Die streitbefangenen Daten sind – anders als ein entrichtetes Entgelt – ohne Weiteres duplizierbar, weshalb ihre Hingabe an *Facebook* den Verbraucher wirtschaftlich nicht schwächt. Diesem bleibt ebenso unbenommen, die in Rede stehenden Daten beliebig oft jedem Dritten, u.a. auch Wettbewerbern von *Facebook* auf dem Markt für soziale Netzwerke, zur Verfügung zu stellen.

(2) Unter dem Aspekt einer „übermäßigen“ Preisgabe von Daten, denen jeweils ein bestimmter Marktwert zugeordnet werden kann (vgl. insoweit *Körper*, NZKart 2019, 187 [191]), lässt sich eine Ausbeutung des *Facebook*-Nutzers ebenfalls nicht begründen. Das gilt schon deshalb, weil der Amtsbeschluss keine diesbezüglich aussagekräftigen Feststellungen zu Art, Herkunft und Menge der streitgegenständlichen Mehrdaten enthält.

32

Ungeachtet dessen könnte die Erwägung einer „übermäßigen“ Datenpreisgabe den angefochtenen Beschluss auch deshalb nicht tragen, weil er ohne irgendeine Differenzierung die Erfassung, Verknüpfung und Verwendung *jedweder* Mehrdaten aus den weiteren konzerneigenen Diensten (*Instagram*, *WhatsApp*, *Masquerade* und *Oculus*) und den über Programmierschnittstellen mit *Facebook.com* verbundenen Webseiten bzw. mobilen Apps untersagt, soweit für private Nutzer die Teilnahme an dem von *Facebook* bereitgestellten sozialen Netzwerk von der genannten Datenverarbeitung abhängig ist. Eine derart weitreichende Untersagung könnte allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn ausnahmslos *alle* angesprochenen Mehrdaten dem Verdikt der Übermäßigkeit unterfallen. Dazu hat das Amt nichts festgestellt. Es kommt hinzu, dass das Unwerturteil des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung einen erheblichen Abstand zwischen den der Marktgegenseite abverlangten Geschäftsbedingungen und den wettbewerbskonformen Konditionen erfordert (vgl. hierzu etwa BGH, Beschluss v. 15. Mai 2012 – *KVR 51/11*, NZKart 2013, 34 = WuW/E DE-R 3632 Rz. 26 m.w.N. – *Wasserpreise Calw I*; Beschluss v. 14. Juli 2015 – *KVR 77/13*, BGHZ 206, 229 = NZKart 2015, 448 = WuW/E DE-R 4871 Rz. 63 m.w.N. – *Wasserpreise Calw II*), weshalb nicht jede Überschreitung des nach wettbewerblichen Maßstäben noch Zulässigen zur Annahme eines Marktmachtmissbrauchs führt. Diesbezüglich fehlen erst recht kartellbehördliche Feststellungen.

33

(3) Das Bundeskartellamt erblickt den Nutzerschaden vielmehr in einem „Kontrollverlust“ (vgl. BKartA, Hintergrundinformationen zum *Facebook*-Verfahren des Bundeskartellamtes vom 19. Dezember 2017, S. 4 und vom 7. Februar 2019, S. 5; Antragserwiderung v. 29.5.2019, S. 35) und stellt in diesem Zusammenhang auf die – wie es meint: datenschutzrechtswidrige – Erfassung und Verarbeitung von Mehrdaten und die damit verbundene Verletzung des grundrechtlich geschützten informationellen Selbstbestimmungsrechts der *Facebook*-Nutzer ab. Diese Erwägung greift nicht durch.

34

(3.1) Mit dem angegriffenen Beschluss legt das Bundeskartellamt *Facebook* als kartellrechtswidriges Verhalten ausschließlich zur Last, die Bereitstellung seines Netzwerkdienstes davon abhängig zu machen, dass die Mehrdaten aus den weiteren konzerneigenen Diensten oder von über Programmierschnittstellen (*Facebook Business Tools*) verfügende Drittseiten mit den *Facebook*-Daten verknüpft und verwendet werden dürfen. Die Erfassung und Verarbeitung dieser Mehrdaten erfolgt allerdings auf der Grundlage der von *Facebook* gestellten Nutzungsbedingungen, also mit Zustimmung des *Facebook*-Nutzers. Bei dieser Sachlage kann von einem „Kontrollverlust“ des Nutzers über seine Daten nicht die Rede sein. Die Datenverarbeitung erfolgt vielmehr mit seinem Wissen und Wollen und damit sehr wohl unter seiner „Kontrolle“. Dass *Facebook* die Nutzer in seinen Nutzungsbedingungen (einschließlich Datenrichtlinie und Cookie-Richtlinie) nicht vollständig,

35

verständlich und zutreffend über Inhalt, Umfang und Verwendungszweck der streitbefangenen Datenverarbeitung aufklärt, behauptet das Amt selbst nicht. Es fehlt ebenso jeder Anhaltspunkt für die Annahme, dass *Facebook* die Zustimmung der Nutzer durch Zwang, Druck, Ausnutzung einer Willensschwäche oder sonst unlautere Mittel erlangt oder das Unternehmen die Mehrdaten abredewidrig über den vereinbarten Umfang hinaus nutzt. Dass die Nutzung des *Facebook*-Netzwerks an die Einwilligung zur Mehrdatennutzung gekoppelt ist, bedeutet keinen Kontrollverlust des Nutzers und begründet für diesen auch keine Zwangslage. Es macht lediglich eine Abwägung zwischen den Vorteilen, die aus der Nutzung eines werbefinanzierten (und damit unentgeltlichen) sozialen Netzwerks resultieren, und den Konsequenzen, die mit der Verwendung der Mehrdaten durch *Facebook* verbunden sind, erforderlich. Diese Abwägung kann der Nutzer unbeeinflusst und vollkommen autonom nach seinen persönlichen Präferenzen und Wertvorstellungen treffen. Dass sie – wie die erhebliche Zahl der *Facebook*-Nutzer (monatlich rund 32 Mio.) und der *Facebook*-Nichtnutzer (rund 50 Mio.) zeigt – unterschiedlich ausfallen kann, belegt nicht ansatzweise eine Ausbeutung des Nutzers. Sie ist erst recht kein Beleg für einen Kontrollverlust über die Daten.

(3.2) Nicht belastbar ist ebenso das Argument des Bundeskartellamts, durch die Sammlung von Daten könnten materielle und immaterielle Güter der Nutzer des Netzwerks bedroht werden, so z.B. im Hinblick auf etwaige Vermögensdelikte („Identitätsdiebstahl“, Betrug, Erpressung) bzw. unter dem Gesichtspunkt der Offenbarung von Einkommen, Aufenthaltsorten, Krankheiten, politischen Ansichten oder sexueller Orientierung (vgl. AE Rz. 910). Abgesehen davon, dass dieser Gesichtspunkt an den Gebotsaussprüchen der angefochtenen Amtsentscheidung vorbei geht, weil sie ohne Rücksicht auf die genannten Aspekte alle Mehrdaten erfassen, sind die Ausführungen in der Sache substanzlos und nichtssagend. Zum einen zeigt der Beschluss des Amts nicht nachvollziehbar auf, welche Gefahren für die Nutzer des sozialen Netzwerks gerade und erst durch das Erfassen und die Verarbeitung der hier allein interessierenden Mehrdaten hervorgerufen werden sollen. Zum anderen erörtert das Amt im vorliegenden Zusammenhang ausschließlich ein datenschutzrechtliches und kein wettbewerbliches Problem.

36

(3.3) Unzureichend ist schließlich die pauschale Behauptung des Amtes, der private *Facebook*-Nutzer könne bei der Hingabe und Weitergabe persönlicher Daten nur schwer überblicken, welche Daten in welchem Ausmaß bei welchen Unternehmen erhoben und wohin sie weitergegeben werden und welche Tragweite eine Einwilligung in die Datenverarbeitung besitze (AE Rz. 384; Antragserwiderung v. 29.5.2019, S. 34). Das gilt aus zwei Gründen. Zum einen ist weder dargelegt noch sonst zu erkennen, dass und in welchen Textpassagen die streitbefangenen Nutzungsbedingungen von *Facebook* diesbezügliche Informationsdefizite überhaupt aufweisen sollen. Das Argument des Amtes, der Kunde sei uninformiert, weil er die Nutzungsbedingungen nicht lese (AE Rz. 385), ist in diesem Zusammenhang nicht stichhaltig, weil – wie im Weiteren noch ausgeführt werden wird – die unterbleibende Kenntnisnahme nicht auf der Marktmacht von *Facebook*, sondern bei lebensnaher Würdigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf der Gleichgültigkeit oder Bequemlichkeit des *Facebook*-Nutzers beruht. Zum anderen geht der Gesichtspunkt der „fehlenden Überblickbarkeit und Kontrollmöglichkeit über die Verarbeitung persönlicher Daten“ an den Gebotsaussprüchen der angefochtenen Entscheidung vorbei. Sie verbieten *Facebook* die Verarbeitung und Verknüpfung der Mehrdaten nicht, weil und soweit sie ohne eine hinreichende Aufklärung des *Facebook*-Nutzers und ohne dass der Nutzer die Verarbeitung der Daten kontrollieren könne erfolgt, sondern ausschließlich deshalb, weil sie ohne eine gesonderte Einwilligung des *Facebook*-Kunden vorgenommen wird.

37

38

(4) Nach alledem kann ein Missbrauch von Marktmacht durch *Facebook* allein auf die Annahme des Amtes gestützt werden, dass die streitbefangenen Nutzungsbedingungen und die in ihrer Umsetzung erfolgende Erfassung, Verknüpfung und weitere Verarbeitung der Mehrdaten gegen zwingende Vorgaben des Datenschutzrechts verstoßen. Dazu leitet das Amt aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in den Entscheidungen *VBL-Gegenwert I* und *VBL-Gegenwert II* ab, dass die Unzulässigkeit von Vertragskonditionen nach einer von der Rechtsordnung (z.B. im AGB-Recht) vorgenommenen Interessenabwägung bei hinreichendem Marktmachtbezug auch einen Missbrauch nach der im GWB vorzunehmenden Interessenabwägung impliziere (AE Rz. 528), und dass dieser Ansatz bei einem hinreichenden Marktmachtbezug auf alle Wertungen der Rechtsordnung, soweit sie die Angemessenheit von Konditionen in einer ungleichgewichtigen Verhandlungssituation betreffen, zu übertragen sei (AE Rz. 529). Diese Auffassung ist nicht zutreffend.

(4.1) Es kann dahinstehen, ob die von *Facebook* verwendeten Nutzungsbedingungen und die darauf basierende Datenverarbeitung den Vorgaben der DSGVO standhalten. 39

(4.2) Durchgreifenden Bedenken begegnet jedenfalls die Auffassung des Bundeskartellamts, dass die – unterstellt: datenschutzrechtswidrige – Erfassung, Verknüpfung und weitere Verarbeitung der aus weiteren konzernerneigenen Diensten oder der Verwendung von *Facebook Business Tools* generierten Nutzerdaten eine kartellrechtsrelevante Ausbeutung der an dem sozialen Netzwerk *Facebook* teilnehmenden Verbraucher darstellt. 40

(a) Das Unwerturteil des Missbrauchs von Marktbeherrschung setzt ein wettbewerbsschädliches Verhalten voraus. Das gilt auch im Anwendungsbereich der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB, und zwar ganz allgemein und deshalb auch für den hier relevanten Fall eines Ausbeutungsmisbrauchs zum Nachteil des Verbrauchers. 41

(aa) Die Notwendigkeit eines wettbewerbsschädlichen Verhaltens ist bereits im Wortlaut des § 19 Abs. 1 GWB („*missbräuchliche* Ausnutzung einer *marktbeherrschenden Stellung*“) angelegt und folgt überdies aus der auf die Freiheit des Wettbewerbs, namentlich die Sicherung des Leistungswettbewerbs und der Offenheit der Marktzugänge (vgl. BGH, Urteil v. 24. Oktober 2011 – *KZR 7/10*, WuW/E DE-R 3446 Rz. 37 – *Grossistenkündigung*), gerichteten Zielsetzung des gesamten Kartellgesetzes. Für den Bereich des Konditionenmissbrauchs wird der Befund durch den in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB normierten Maßstab des „Als-Ob-Wettbewerbs“ bestätigt (vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 675; *Körber*, NZKart 2019, 187 [190 f.]). Es kommt hinzu, dass auch der unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB fallende Missbrauchstatbestand ein Unwerturteil voraussetzt, das – wie in den Regelbeispielfällen des § 19 Abs. 2 GWB auch – auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung zu fällen ist (vgl. BGH, Urteil v. 7. Juni 2016 – *KZR 6/15*, BGHZ 210, 292 = NZKart 2016, 328 = WuW 2016, 364 Rz. 48 – *Pechstein/International Skating Union*). Da diese Interessenabwägung nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB vorzunehmen ist (vgl. etwa BGH, Beschluss v. 23. Januar 2018 – *KVR 3/17*, NZKart 2018, 136 = WuW 2018, 209 Rz. 92 – *Hochzeitsrabatte*; Urteil v. 7. Juni 2016 – *KZR 6/15*, BGHZ 210, 292 = NZKart 2016, 328 = WuW 2016, 364 Rz. 47 – *Pechstein/International Skating Union*; Urteil v. 24. Oktober 2011 – *KZR 7/10*, WuW/E DE-R 3446 Rz. 37 – *Grossistenkündigung*), muss der Missbrauch von Marktmacht im gesamten Anwendungsbereich von § 19 GWB eine wettbewerbsschädliche Verhaltensweise des Marktbeherrschers vor-aussetzen und kann zur Tatbestandsverwirklichung ein einfachgesetzlicher Rechtsverstoß als solcher nicht

ausreichen.

(bb) Aus den *VBL-Gegenwert*-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ergibt sich nichts anderes. 43

Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs stellt *nicht jede* Verwendung einer unwirksamen Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch einen Normadressaten einen Missbrauch von Marktmacht dar (BGH, Urteil v. 24. Januar 2017 – *KZR 47/14*, NZKart 2017, 242 = WuW 2017, 283 Rz. 35 – *VBL-Gegenwert II*). Schon nach ihrem insoweit offenen Wortlaut kann dieser Urteils passage nicht die Aussage entnommen werden, dass jede von einem Marktbeherrscher gestellte AGB-rechtswidrige Vertragskondition zwangsläufig auch eine im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB missbräuchliche Vertragsbedingung ist, d.h. ein Konditionenmissbrauch nach § 19 GWB bei unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Marktbeherrschers nur noch auf Grund von Kausalitätsmängeln zu verneinen sein kann und nicht auch wegen einer tatbestandlich fehlenden *Ausbeutung* der Marktgegenseite. Das muss schon deshalb gelten, weil den Marktbeherrscher eine besondere Verantwortung *nur* für den Wettbewerb, nicht darüber hinaus für die Einhaltung der Rechtsordnung durch Vermeidung jedweden Rechtsverstoßes trifft (so zutreffend: *Körber*, NZKart 2019, 187 [190 f.]). Im Übrigen liegt es fern anzunehmen, der Bundesgerichtshof habe seine vorstehend dargestellte, gefestigte Rechtsprechung zur Notwendigkeit eines wettbewerbsschädlichen Verhaltens durch die zitierte offene Formulierung („*nicht jede*“) und ohne nähere rechtliche Ausführungen aufgeben wollen. Das gilt umso mehr, als der Streitfall dazu keinerlei Veranlassung bot. In beiden *VBL-Gegenwert*-Fällen lag die wettbewerbsschädliche Wirkung des von dem marktbeherrschenden Unternehmen praktizierten Marktverhaltens auf der Hand. Die den Entscheidungen zu Grunde liegende Klausel erschwerte der Marktgegenseite in unangemessener Weise, die Vertragsbeziehung mit dem Normadressaten zu beenden und führte damit zum Nachteil der Endkunden zu einer erheblichen Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit (*Ausbeutung*). Zudem beeinträchtigte die Klausel den Wettbewerb im Horizontalverhältnis, weil sie es alternativen Anbietern von Versicherungsleistungen unbillig erschwerte, zu den betroffenen Kunden eigene Vertragsbeziehungen aufzubauen (*Behinderung*). Vor diesem Hintergrund trägt der Leitsatz der BGH-Entscheidung *VBL-Gegenwert II*, dass unangemessene Geschäftsbedingungen, die die Beendigung einer langjährigen Vertragsbeziehung mit einem Normadressaten des § 19 Abs. 1 GWB erschweren, regelmäßig einen Missbrauch von Marktmacht, ganz offensichtlich nicht die Annahme, der Bundesgerichtshof habe im Rahmen des § 19 Abs. 1 GWB das Erfordernis eines wettbewerbsbeeinträchtigenden Verhaltens aufgegeben. Solches lässt sich erst recht nicht aus der zeitlich früheren Entscheidung *VBL-Gegenwert I* (BGH, Urteil v. 6. November 2013 – *KZR 58/11*, NZKart 2014, 31 = WuW/ DE-R 4037 Rz. 65 – *VBL-Gegenwert I*) herleiten. 44

(b) Eine wettbewerbsschädliche Ausbeutung der Nutzer des *Facebook*-Netzwerks durch die Konditionen über die Erfassung, Verknüpfung und weitere Verarbeitung der Mehrdaten folgt nicht aus dem vom Amt angenommenen Datenschutzrechtsverstoß. 45

(aa) Die Verwendung von nach Wertungen der Rechtsordnung unzulässigen Vertragskonditionen indiziert als solche noch keine Gefährdung der Schutzgüter des Kartellgesetzes (Freiheit des Leistungswettbewerbs und Offenheit der Marktzugänge). Insoweit kann nichts anderes gelten als für im Waren- oder Dienstleistungsverkehr erhobene Entgelte, die aus in der Rechtsordnung angelegten Gründen (ganz oder teilweise) unwirksam sind. § 138 BGB versagt einer Entgeltvereinbarung unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit die rechtliche Gültigkeit, wenn sie einen von der Rechts- und Sittenordnung 46

missbilligten Inhalt hat (§ 138 Abs. 1 BGB) oder unter Ausnutzung einer strukturellen Unterlegenheit des Geschäftspartners zustande gekommen ist (§ 138 Abs. 2 BGB). Solchermaßen überhöhte oder unter unangemessenen Bedingungen vereinbarte Entgelte zeigen für sich genommen noch kein wettbewerbliches Problem auf, vor dem das Kartellgesetz schützen will. Das gilt auch dann, wenn die Entgeltabrede von einem marktbeherrschenden Unternehmen gesetzt worden ist. Sittenwidrig vereinbarte Entgelte sind angesichts der wettbewerbsbezogenen Zielrichtung des GWB erst dann missbräuchlich, wenn sie von einem Marktbeherrscher vereinbart werden *und* feststeht, dass sie sich bei Zugrundelegung eines hypothetischen Wettbewerbsszenarios nicht gebildet hätten (arg. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Dieser Maßstab beansprucht unter Wertungsgesichtspunkten Geltung nicht nur für Entgeltabreden, sondern für sämtliche Vertragskonditionen und Geschäftsbedingungen. Denn Entgeltvereinbarungen sind nach der Gesetzeskonzeption des § 19 GWB nichts anderes als (Haupt-)Anwendungsfälle der Geschäftsbedingungen. Dementsprechend unterwirft § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB schon nach seinem Wortlaut Entgelte und *sonstige* Geschäftsbedingungen demselben kartellrechtlichen Prüfungsmaßstab des “Als-Ob-Wettbewerbs“. Mit der Rechtsordnung (wie etwa § 138 Abs. 2 BGB oder dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) unvereinbare Vertragskonditionen weisen als solche nur auf eine *bilaterale* Ungleichgewichtslage zwischen Vertragspartnern hin (so zutreffend *Körper*, NZKart 2019, 187 [191]), nicht jedoch ohne Weiteres auf einen durch Marktbeherrschung in seiner Wettbewerbsstruktur bereits geschwächten Markt, der im Hinblick auf diese Konditionen eine weitere Fehlentwicklung nimmt oder zu nehmen droht (vgl. EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 – C-85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 123 – *Hoffmann-La Roche*; Urteil v. 6. Dezember 2012 – C-457/10 P, NZKart 2013, 113, Rzn. 98 und 150 - *Astra Zeneca/Kommission*).

Dass alleine die Rechtswidrigkeit einer Vertragskondition den Vorwurf des Marktmachtmissbrauchs im Sinne von § 19 GWB nicht rechtfertigen kann, folgt aus einer weiteren Erwägung. Es gibt keinen sachlich gerechtfertigten Grund, rechtswidrige Vertragsbedingungen nicht nur der insoweit einschlägigen privaten Rechtsverfolgung zu überlassen oder – wie im Falle eines Datenschutzverstößes – der jeweiligen fachbehördlichen Aufsicht zu unterstellen, sondern zusätzlich der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht, wenn die Vertragskondition von einem marktbeherrschenden Unternehmen gestellt oder vereinbart worden ist. Denn der von dem Rechtsverstoß betroffene Vertragspartner ist nicht minder schutzwürdig, wenn die rechtswidrige Vertragsbedingung von einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen oder einem privaten Dritten verwendet wird (so zutreffend *Körper*, NZKart 2019, 187 [191/193]; vgl. in diesem Sinne auch *Franck*, ZWeR 2016, 137 [152 f.]).

47

(bb) Ein anderes Verständnis ist den vom Bundeskartellamt bemühten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nicht zu entnehmen. Bei sämtlichen Judikaten sind die vom Bundesgerichtshof erörterten Rechtsverstöße nämlich mit offen zu Tage tretenden wettbewerbsschädlichen Wirkungen verbunden.

48

In dem Fall *VBL-Gegenwert* lag die wettbewerbsschädliche Wirkung der zur Überprüfung gestellten Vertragsklausel auf der Hand. Wie ausgeführt, wurde durch die streitbefangene Kündigungsklausel den Wettbewerbern des Normadressaten der Zugang zu dessen Kunden unangemessen erschwert; darüber hinaus wurden die Kunden des Marktbeherrschers missbräuchlich in ihrer Freiheit beeinträchtigt, eine langjährige Vertragsbeziehung zu beenden.

49

50

Im Fall *Pechstein* hat der Bundesgerichtshof die zur Überprüfung gestellte Schiedsvereinbarung an § 19 Abs. 1 GWB gemessen und sie im Rahmen der Interessenabwägung auf einen möglichen Widerspruch zu den Grundrechten der Klägerin überprüft. Dies bedeutet indes nicht, dass eine Missachtung grundrechtsrelevanter Positionen der Vertragspartei eines marktbeherrschenden Unternehmens per se wettbewerbsschädlich sei, eine wettbewerbliche Fehlentwicklung begünstige und deshalb über § 19 GWB als zivilrechtliche Generalklausel (vgl. dazu: BGH, Urteil v. 7. Juni 2016 – KZR 6/15, BGHZ 210, 292 = NZKart 2016, 328 = WuW 2016, 364 Rz. 57 *Pechstein/International Skating Union*) zu korrigieren sei (vgl. in diesem Sinne auch *Körber*, NZKart 2019, 187 [193]). In den Blick zu nehmen ist, dass die überprüfte Schiedsvereinbarung die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG berührte, weil die Klägerin den Eisschnelllaufsport als Berufssportlerin betrieb. Der wettbewerbliche Bezug der von der Klägerin mit dem Monopolverband geschlossenen Schiedsvereinbarung lag damit auf der Hand, weil der Abschluss der Schiedsvereinbarung Voraussetzung für die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Klägerin als Berufssportlerin war. Aus der *Pechstein*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist deshalb für den Streitfall nicht abzuleiten, dass ein – unterstellt: bestehender – Datenschutzrechtsverstoß von *Facebook* und eine damit verbundene Verletzung des grundgesetzlich geschützten informationellen Selbstbestimmungsrechts der *Facebook*-Nutzer für sich den Vorwurf eines Missbrauchs von Marktmacht trägt.

(cc) Ebenso wenig ist es gerechtfertigt, Rechtsverstöße, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen zum Nachteil von Verbrauchern begangen werden, ohne Rücksicht auf eine wettbewerbsschädliche Auswirkung allein deshalb dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 GWB zu unterwerfen, weil der Rechtsverstoß von einem Normadressaten des Missbrauchsverbots begangen worden ist. Die dazu gegebene Begründung, in solchen Fällen liege ein „normativer“ Wettbewerbsschaden vor, ist ergebnisgeleitet und von der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellgesetzes nicht gedeckt. 51

(c) Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist, ob von einem Wettbewerbsschaden und einem § 19 Abs. 1 GWB zuzuordnenden Ausbeutungsmissbrauch ausgegangen werden kann, wenn der Rechtsverstoß ursächlich auf die marktbeherrschende Stellung des handelnden Unternehmens zurückzuführen ist (vgl. hierzu *Franck*, ZWeR 2016, 137 [153 ff.]). Diese Frage kann auf sich beruhen, führt im Streitfall allerdings nicht zur Rechtmäßigkeit der angefochtenen Amtsentscheidung. Denn der notwendige Kausalzusammenhang zwischen der vom Amt bejahten marktbeherrschenden Stellung von *Facebook* und dem kartellbehördlich angenommenen Datenschutzrechtsverstoß lässt sich nicht festzustellen. 52

(aa) Sowohl im europäischen (Art. 102 AEUV) wie im deutschen Recht (§ 19 GWB) setzt die Verwirklichung des Missbrauchstatbestands einen Kausalzusammenhang zwischen dem missbräuchlichen Verhalten und der Marktmacht voraus. 53

(1) Dies folgt zwingend bereits aus dem Wortlaut der genannten Missbrauchsnormen (so auch Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 677). § 19 Abs. 1 GWB verbietet die „missbräuchliche *Ausnutzung* einer marktbeherrschenden Stellung“; Art. 102 AEUV lautet in der englischsprachigen Fassung „*Any abuse ... of a dominant position ...*“). Kartellrechtlich untersagt ist damit nicht allgemein ein missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, sondern allein ein auf die marktbeherrschende Stellung zurückzuführendes Verhalten des Normadressaten (so zutreffend *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht [MüKoWettbR], Band 1, 2. Aufl. [2015], Art. 102 AEUV Rz. 135; vgl. auch *Franck*, ZWeR 2016, 137 [144]). 54

(2) Das Kausalitätserfordernis entspricht überdies dem Sinn und Zweck der Missbrauchsverbote (so zutreffend MüKoWettbR-*Eilmansberger/Bien*, Art. 102 AEUV Rz. 137). Marktbeherrschung ist wettbewerblich problematisch, weil und soweit es das marktbeherrschende Unternehmen in die Lage versetzt, sein Marktverhalten im Wesentlichen unabhängig von seinen Wettbewerbern und Abnehmern zu gestalten und auf diese Weise die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern oder zu stören (vgl. in diesem Sinne EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 – C-85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 38 – *Hoffmann-La Roche*). Das Missbrauchsverbot soll es unterbinden, dass ein Marktbeherrscher auf einem in seiner Wettbewerbsstruktur bereits geschwächten Markt mit Mitteln außerhalb des Leistungswettbewerbs den bestehenden Wettbewerb beeinträchtigt oder die Entwicklung von Wettbewerb behindert (vgl. EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 – C-85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 91 – *Hoffmann-La Roche*; Urteil v. 6. Dezember 2012 – C-457/10 P, NZKart 2013, 113, Rzn. 74 und 150 - *Astra Zeneca/Kommission*). Kein Ziel der Missbrauchsaufsicht ist es demgegenüber, beliebige Rechtsverstöße ohne wettbewerblichen Zusammenhang kartellrechtlich zu verfolgen (vgl. in diesem Sinne Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 676; so auch *Körber*, NZKart 2019, 187 [193]). Vor diesem Hintergrund ist eine kausale Beziehung zwischen der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens und seinem missbräuchlichen Verhalten, zumindest aber den wettbewerbsschädlichen Wirkungen seines Verhaltens, zwingend erforderlich (vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 677 aE).

Für das nationale Missbrauchsverbot kann schon wegen der bewussten und gewollten Anknüpfung an das Unionsrecht (so BGH, Urteil v. 7. Dezember 2010 – KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145, Rz. 55 – *Entega II*) nichts anderes gelten. Die Notwendigkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten oder seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung hat der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung bereits ausgesprochen (vgl. BGH, Urteil v. 4. November 2003 – KZR 16/02, BGHZ 156, 379 = WuW/E DE-R 1206, Rz. 21 bei juris – *Strom und Telefon I*).

56

(bb) Geht es – wie vorliegend – zunächst um den Vorwurf eines Ausbeutungsmisbrauchs, ist eine Verhaltenskausalität erforderlich. Erst die Marktmacht darf es dem marktbeherrschenden Unternehmen ermöglicht haben, die als missbräuchlich zu beurteilenden Geschäftsbedingungen gegen seinen Vertragspartner durchzusetzen (so auch *Franck*, ZWeR 2016, 137 [151 ff.]; MüKoWettbR-*Eilmansberger/Bien*, Art. 102 AEUV, Rzn. 139, 150 f.; *Körber*, NZKart 2019, 187 [193]; *Schröter/Bartl* in *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. [2014], Art. 102 AEUV Rzn. 26 und 168; vgl. auch EuGH, Urteil v. 14. Februar 1978 – Rs 27/76, Slg. 1978, 207 Rz. 248 = NJW 1978, 2439 [2443] – *United Brands*; BGH, Beschluss v. 16. Dezember 1976 – KVR 2/76, BGHZ 68, 23 = WuW/E BGH 1445, Rz. 51 bei juris – *Valium*). Das gilt im gesamten Anwendungsbereich des § 19 GWB und folglich auch im Anwendungsbereich der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB. Entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts (AE Rz. 873) ist für den Bereich der Ausbeutung von Verbrauchern keine Ausnahme anzuerkennen. Insbesondere reicht eine Ergebniskausalität („normative Kausalität“) in solchen Fällen nicht aus.

57

(1) In Rechtsprechung und Literatur (vgl. etwa EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 – C-85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 91 – *Hoffmann-La Roche*; Urteil v. 6. Dezember 2012 – C-457/10 P, NZKart 2013, 113, Rz. 74 - *Astra Zeneca/Kommission*; BGH, Urteil v. 4. November 2003 – KZR 16/02, BGHZ 156, 379 = WuW/E DE-R 1206, Rz. 21 bei juris – *Strom und Telefon I*; Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 677; *Wiedemann* in *Wiedemann*, Kartellrecht, 3. Aufl. [2016], § 23 Rz. 55; *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, 5. Aufl. [2014], § 19 GWB Rz. 82b; MüKo-*Eilmansberger/Bien*, Art. 102 AEUV

58

Rzn. 131 ff.) ist anerkannt, dass von der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auch dann auszugehen sein kann, wenn der Marktbeherrscher seine Marktmacht nicht zur Durchsetzung bestimmter Verhaltensweisen anderer Marktteilnehmer instrumentalisiert (Verhaltenskausalität), sein missbräuchliches Verhalten aber gerade wegen seiner bereits bestehenden Marktmacht zu einer Verstärkung seiner Marktstellung bzw. einer (weiteren) Schwächung der Wettbewerbsstruktur führt (Ergebniskausalität). Namentlich nach der Unionsrechtsprechung werden mit der strukturellen Schwächung des Wettbewerbs missbräuchliche Verhaltensweisen angesprochen, die zu einer Verstärkung der Marktstellung des Marktbeherrschers auf Kosten aktueller oder potentieller Wettbewerber führen. Soweit in solchen Fällen ein Zusammenhang zwischen Missbrauch und Marktmacht im Sinne einer Ergebniskausalität als ausreichend angesehen wird, ist diese Wertung typischerweise auf die Konstellation eines Behinderungsmisbrauchs zugeschnitten (vgl. *Franck*, ZWeR 2016, 137 [148 f.]; auch Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 678). Dagegen beeinflusst ein des Ausbeutungsmisbrauchs verdächtiges Verhalten typischerweise nicht die Marktstruktur (so zutreffend *Franck*, a.a.O.).

(2) Das gilt auch in den Fällen einer missbräuchlichen Ausbeutung von Verbrauchern. Hier liegen die Dinge grundlegend anders als bei der strukturellen Schwächung des Wettbewerbs zum Nachteil der mit dem Marktbeherrscher konkurrierenden Unternehmen. Die Ausbeutung eines Verbrauchers führt nicht deshalb zu einem für den Verbraucher ungünstigen Marktergebnis, weil das missbräuchliche Verhalten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen praktiziert wird. Grund für eine Ausbeutung ist vielmehr, dass die vereinbarten Konditionen für den Verbraucher wegen ihres Inhalts nachteilig sind. Ob die Konditionen in einem solchen Fall von einem marktbeherrschenden Unternehmen oder einem den relevanten Markt nicht beherrschenden Unternehmen gesetzt werden, ist für die Belastung des Verbrauchers ohne jeden Belang. Diese Erkenntnis zwingt zu dem Schluss, dass der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Missbrauch und Marktbeherrschung im Bereich des Ausbeutungsmisbrauchs nicht mit dem Instrument der Ergebniskausalität begründet werden kann. Geeigneter Maßstab ist allein die Verhaltenskausalität (vgl. in diesem Sinne bereits EuGH, Urteil v. 14. Februar 1978 – *Rs 27/76*, Slg. 1978, 207 Rz. 248 = NJW 1978, 2439 [2443] – *United Brands*; BGH, Beschluss v. 16. Dezember 1976 – *KVR 2/76*, BGHZ 68, 23 = WuW/E BGH 1445, Rz. 51 bei juris – *Valium*).

Der Prüfungsmaßstab, ob die Marktmacht benutzt wird, um nachteilige Geschäftsbedingungen bei der Marktgegenseite durchzusetzen, ist auch sachgerecht. Dies gilt vor allem im Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 GWB. Ist eine Verhaltenskausalität zu bejahen, wird eine wettbewerbsschädliche Fehlentwicklung aufgezeigt, weil es dem Marktbeherrscher gelingt, vermöge seiner Marktmacht und folglich mit außerhalb des Leistungswettbewerbs liegenden Mitteln (vgl. EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 – *C-85/76*, Slg. 1979, 461 Rz. 91 – *Hoffmann-La Roche*) seine Marktabsichten durchzusetzen und sich in einem nennenswerten Umfang nicht nur von seinen Wettbewerbern, sondern auch von seinen Abnehmern (Verbrauchern) unabhängig zu verhalten (vgl. EuGH, a.a.O. Rz. 38). Das entspricht dem Sinn und Zweck des Missbrauchsverbots, es zu unterbinden, dass ein Marktbeherrscher auf einem vermachteten Markt mit Mitteln außerhalb des Leistungswettbewerbs den bestehenden Wettbewerb beeinträchtigt oder die Entwicklung von Wettbewerb behindert. Die Ergebniskausalität liefert in den Fällen des Ausbeutungsmisbrauchs demgegenüber keine aussagekräftigen Ergebnisse. Das gilt insbesondere bei der Verbraucherausbeutung. Der Umstand, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen dem Verbraucher rechtswidrige oder unangemessene Vertragskonditionen auferlegt, bedeutet nicht, dass sein Verhalten auch zu einer Verstärkung der eigenen Marktstellung oder einer Schwächung der Wettbewerbsstruktur führt. Nachteilige Wirkungen

59

60

auf die Wettbewerbsstruktur entstehen nur dann, wenn die Ausbeutung des Verbrauchers zugleich die wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten auf dem vom Normadressaten beherrschten Markt negativ beeinflusst. Sie bleiben aus, wenn sich die zur Beurteilung stehende Maßnahme in einer Beeinträchtigung des Verbrauchers erschöpft.

Es kommt hinzu, dass die Verwendung rechtswidriger oder unangemessener Konditionen ohne Rücksicht darauf als missbräuchlich gewertet werden kann, ob in ihrer Folge wettbewerbsschädliche Marktwirkungen eintreten. Dann kann auf das Erfordernis einer Verhaltenskausalität aber nicht verzichtet werden. Nur mit ihrer Hilfe lässt sich eine über den Regelungszweck der Missbrauchskontrolle hinausgehende Kartellrechtsanwendung vermeiden und verhindern, dass die Kartellbehörde nicht wettbewerbsrelevante Rechtsverstöße nur deshalb verfolgt, weil sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen begangen werden (so zutreffend *Franck*, ZWeR 2016, 137 [151 ff.]). Ohne eine Verhaltenskausalität fehlt es zudem an einem legitimen Interventionsgrund. Auch auf Märkten mit „scharfem Preiswettbewerb“ können unangemessen benachteiligende Konditionen vereinbart werden, wobei die Ausbeutung nicht auf die Ausübung von Marktmacht zurückzuführen sein muss, sondern auch auf ein „informationelles Marktversagen“ und eine dadurch herbeigeführte „systematische Informationsasymmetrie“ zum Nachteil der Abnehmer beruhen kann, die ihrerseits erst die Rechtswidrigkeit oder Unangemessenheit begründet und die Legitimation für das Recht der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie für weite Teile des Verbraucherschutzrechts bildet (so zutreffend *Franck*, ZWeR 2016, 137 [151 ff.]).

(3) Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Sachen *VBL-Gegenwert* (BGH, Urteil v. 6. November 2013 – *KZR 58/11*, BGHZ 199, 1 = NZKart 2014, 31 = WuW/E DE-R 4037 Rz. 65 – *VBL-Gegenwert I*; Urteil v. 24. Januar 2017 – *KZR 47/14*, NZKart 2017, 242 = WuW 2017, 283 Rz. 35 – *VBL-Gegenwert II*) und *Hochzeitsrabatte* (BGH, Beschluss v. 23. Januar 2018 – *KVR 3/17*, NZKart 2018, 136 = WuW 2018, 209 Rzn. 83-86 – *Hochzeitsrabatte*) führen zu keiner anderen Beurteilung. Den genannten Judikaten ist – anders als das Bundeskartellamt meint (AE Rzn. 872 f.) – in Bezug auf den Ausbeutungsmissbrauch weder ein Verzicht auf das Erfordernis der Verhaltenskausalität noch ein vollständiger Verzicht auf die Kausalität zwischen Marktmacht und Marktmachtmissbrauch zu entnehmen (in diesem Sinne auch *Körber*, NZKart 2019, 187 [193] für die Urteile *VBL-Gegenwert*).

(3.1) In dem Urteil *VBL-Gegenwert I* führt der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu den Voraussetzungen eines Missbrauchs nach § 19 GWB aus:

„Die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch marktbeherrschende Unternehmen kann grundsätzlich einen Missbrauch im Sinne von § 19 GWB darstellen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist. Eine unangemessene Gegenwertforderung nach § 23 Abs. 2 VBLS 2001 könnte als Ausbeutungsmissbrauch in Form eines Konditionenmissbrauchs anzusehen sein, der unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB fällt. Bei der Prüfung dieses Tatbestands ist die gesetzliche Wertentscheidung, die der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zugrunde liegt, zu berücksichtigen (vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 174; offengelassen in BGH, Beschluss vom 6. November 1984 - KVR 13/83, WuW/E BGH 2103, 2107 - Favorit).“

Dass der Bundesgerichtshof es für möglich hält, die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch marktbeherrschende Unternehmen als einen Marktmachtmissbrauch im Sinne von § 19 GWB zu qualifizieren, und zwar vor allem dann, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel „Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders“ ist, lässt Rückschlüsse auf die Entbehrlichkeit einer Kausalität bzw. einer Verhaltenskausalität nicht zu. Bei verständiger Betrachtung spricht vielmehr alles dafür, dass (1) die Begriffe „Marktmacht“ und „große Machtüberlegenheit“ eine sprachliche Umschreibung der marktbeherrschenden Stellung sind, (2) die Formulierung „Ausfluss von....“ die erforderliche Verhaltenskausalität zwischen der marktbeherrschenden Position und der Vereinbarung der streitbefangenen Geschäftsbedingungen anspricht und (3) jedenfalls unter dieser Prämisse („insbesondere dann“) ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot in Form des Konditionenmissbrauchs nach § 19 Abs. 1 GWB selbst dann in Betracht kommt, wenn das Verhalten des Marktbeherrschers nicht auch unter weiteren Gesichtspunkten (etwa einer Behinderung von Wettbewerbern) zu beanstanden ist.

Die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung *VBL-Gegenwert II* stehen einem solchen Verständnis nicht entgegen. Dort wiederholt der Bundesgerichtshof zunächst die vorstehend zitierte Passage und gelangt anschließend zu dem Ergebnis, dass „die Verwendung von Geschäftsbedingungen, die eine Kündigung der oder den Austritt aus einer Vertragsbeziehung mit dem Normadressaten unangemessen erschweren“, als ein Fall zu beurteilen ist, in dem sich die Vereinbarung einer unwirksamen Klausel als Ausfluss der Marktmacht oder der großen Machtüberlegenheit des Verwenders und aus diesem Grund als ein Missbrauch von Marktmacht darstellt. Die Entbehrlichkeit der Kausalität oder einer Verhaltenskausalität kann daraus nicht abgeleitet werden. Gegen die Deutung des Amtes spricht schon, dass der Bundesgerichtshof die zentrale Frage des für einen Ausbeutungsmissbrauch erforderlichen Ursachenzusammenhangs ohne irgendwelche diesbezüglichen rechtlichen Ausführungen und ohne jede Auseinandersetzung mit den dazu in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten gleichsam zwischen den Zeilen beantwortet hätte. Ein solches Vorgehen wäre in einem Maß außergewöhnlich, dass es bei vernünftiger Betrachtung auszuschließen ist. Viel näher liegt die Annahme, dass dem vom Bundesgerichtshof festgestellten Marktmachtmissbrauch die Erwägung zugrunde liegt, dass derart nachteilige Geschäftsbedingungen wie die seinerzeit streitbefangenen von der Marktgegenseite üblicherweise nur wegen der starken Marktstellung der Vertragsgegenseite akzeptiert werden. Das würde auch erklären, dass der Bundesgerichtshof trotz vorhandener Wettbewerber der *VBL* nicht geprüft hat, ob Konkurrenten eine ähnliche Klausel benutzen würden (vgl. AE Rz. 874). Umschrieben ist in der *VBL-Gegenwert II*-Entscheidung damit letztlich die Verhaltenskausalität zwischen der Marktmacht des Verwenders und der Vereinbarung der unangemessenen Vertragskonditionen.

Ob der Bundesgerichtshof – wie das Amt meint – der Gegenwertklausel eine ihr innewohnende Gefahr zugemessen hat, die Marktmacht der *VBL* durch Errichtung einer zusätzlichen Marktzutrittsschranke zu verstärken (AE Rz. 874), kann in dem vorliegenden Zusammenhang auf sich beruhen. Dieser Gesichtspunkt beschreibt keinen Ausbeutungsmissbrauch, sondern eine Behinderung im Wettbewerb. Es steht außer Frage, dass für einen Behinderungsmissbrauch eine Ergebniskausalität zwischen Missbrauch und Marktmacht ausreicht. Mit diesem Befund ist indes für die hier relevante Frage, welcher Ursachenzusammenhang für die Feststellung eines Konditionenmissbrauchs notwendig ist, nichts gewonnen.

(3.2) Der Beschluss des Bundesgerichtshofs *Hochzeitsrabatte* (BGH, Beschluss v. 23. Januar 2018 – *KVR 3/17*, NZKart 2018, 136 = WuW 2018, 209 Rzn. 83-86 –

Hochzeitsrabatte) rechtfertigt gleichfalls nicht die Annahme, dass beim Ausbeutungsmissbrauch eine Kausalität bzw. eine Verhaltenskausalität zur marktbeherrschenden Stellung entbehrlich ist.

Ausgangspunkt der rechtlichen Ausführungen in jenem Beschluss war § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB 2013, der lautet: „Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ... seine Marktstellung dazu *ausnutzt*, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren“. Zu dieser Vorschrift hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass dem Begriff des Ausnutzens keine eigenständige Bedeutung zukomme, der Zusammenhang zwischen überlegener Marktmacht und den in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB 2013 beanstandeten Verhaltensweisen bereits durch die Beschränkung der Normadressaten auf marktstarke Unternehmen gewährleistet werde und sich die im Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB 2013 erfolgte Bezugnahme auf die Ausnutzung der Marktstellung darin erschöpfe, deutlich zu machen, dass es sich bei diesem Regelbeispiel um eine Ausprägung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB handele. Es kann dahinstehen, ob dieser Auffassung zuzustimmen ist. Aus der Entscheidung ergeben sich für den Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB schon deshalb keine rechtlichen Konsequenzen, weil beide Normen grundverschiedene Marktsituationen betreffen. Das „Anzapfverbot“ in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB dient dem Zweck, die unbillige Ausübung von *Nachfragemacht* einzudämmen; das Verbot des Konditionenmissbrauchs nach § 19 Abs. 1 GWB will die unzulässige Praktizierung von *Angebotsmacht* begrenzen.

Es kommt Folgendes hinzu: Das mit der 4. GWB-Novelle 1980 eingeführte Anzapfverbot hatte vorrangig einen horizontalen Schutzzweck; die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen durch unbillige Ausübung von Nachfragemacht stand im Vordergrund (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 55). Die mit der 7. GWB-Novelle 2005 in § 20 Abs. 2 GWB eingefügte Tatbestandsalternative des „*Aufforderns*“ sollte darüber hinaus einer Verstärkung der Nachfragemacht des Handels gegenüber den Herstellern entgegenwirken, so dass das Anzapfverbot seither dem Wettbewerbsschutz sowohl im Horizontal- als auch im Vertikalverhältnis dient (vgl. BGH, a.a.O. Rzn. 56 f.). Die vertikale Schutzrichtung sollte Unternehmen unabhängig von ihrer Größe vor Forderungen von Vorzugskonditionen schützen, wenn sie von dem fordernden Unternehmen *abhängig* sind (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 56). Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung *Hochzeitsrabatte* bereits das Fordern ungerechtfertigter Vorzugskonditionen zur tatbestandlichen Verwirklichung des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB 2013 ausreichen lassen und zur Begründung ausgeführt, dass in dieser Forderung die Marktmacht des Normadressaten gegenüber dem *von ihm abhängigen* Lieferanten zum Ausdruck komme (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 85).

Die Grundsätze der Entscheidung sind auf den Streitfall nicht zu übertragen. Zum einen geht es vorliegend nicht um das Ausnutzen von Nachfragemacht, sondern von Angebotsmacht. Zum anderen (und vor allem) ist für eine Abhängigkeit der privaten Nutzer des *Facebook*-Netzwerks von *Facebook* nichts ersichtlich. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der Bereitstellung des Netzwerks durch *Facebook*. Denn das Unternehmen knüpft bereits den Zutritt zu seinem sozialen Netzwerk an die Zustimmung des privaten Nutzers zu den streitbefangenen Nutzungsbedingungen. Nichts spricht dafür, dass die Nutzer im Zeitpunkt ihrer Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen von *Facebook* abhängig sind. Es ist bereits dargelegt worden, dass die Datenverarbeitung mit Wissen und Wollen der *Facebook*-Nutzer erfolgt und die Zustimmung auf einer freien und autonomen Nutzerentscheidung beruht. Es fehlt jeder Anhaltspunkt, dass *Facebook* die Zustimmung der Nutzer durch Zwang, Druck, Ausnutzung einer Willensschwäche oder sonst unlautere Mittel erlangt oder das

Unternehmen die Mehrdaten abredewidrig über den vereinbarten Umfang hinaus nutzt. Dass die Nutzung des *Facebook*-Netzwerks an die Einwilligung zur Mehrdatennutzung gekoppelt ist, bedeutet keinen Zwang und begründet für den Nutzer auch keine Zwangslage (so auch *Körber*, NZKart 2019, 187 [191], der die Annahme einer „Zwangssituation“ als „recht weit hergeholt“ bezeichnet). Es macht lediglich eine Abwägung zwischen den aus der Nutzung eines werbefinanzierten (und damit unentgeltlichen) sozialen Netzwerks resultierenden Vorteilen und den mit der Verwendung der Mehrdaten durch *Facebook* verbundenen Konsequenzen erforderlich. Diese Abwägung kann der Nutzer unbeeinflusst und vollkommen autonom nach seinen persönlichen Präferenzen und Wertvorstellungen treffen. Wie die erhebliche Zahl der *Facebook*-Nutzer (monatlich etwa 32 Mio.) und die deutlich größere Anzahl der *Facebook*-Nichtnutzer (rund 50 Mio.) zeigt, kann das Ergebnis dieser Abwägung unterschiedlich ausfallen. Dass sich weitaus mehr Personen gegen eine *Facebook*-Nutzung entscheiden als dafür, ist kein Indiz für eine unfreiwillige Datenüberlassung, sondern belegt im Gegenteil die Freiwilligkeit der Nutzerentscheidung.

(cc) Die nach alledem für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs notwendige Verhaltenskausalität zwischen der streitbefangenen Datenverarbeitung und der Marktmacht von *Facebook* besteht nicht. 72

(1) Der Kausalitätsprüfung unterliegt ausschließlich die Verarbeitung von Mehrdaten auf der Grundlage der von *Facebook* gestellten Nutzungsbedingungen, weil nur sie Gegenstand der angefochtenen Abstellungsverfügung ist. Womöglich stattfindende andere Datenverarbeitungen scheiden deshalb von vornherein aus der Betrachtung aus. Im Übrigen würden solche Prozesse nichts anderes darstellen als „verdeckte“ Verstöße gegen das Datenschutzrecht, für deren Begehung die Marktstellung von *Facebook* – wie auf der Hand liegt – ohnehin nicht ursächlich werden kann (in diesem Sinne zutreffend *Franck*, ZWeR 2016, 137 [160]). 73

(2) Die gebotene Kausalitätsprüfung ist nicht am Maßstab der Bestimmungen des Datenschutzrechts, sondern an den Grundsätzen des Kartellgesetzes auszurichten (so mit Recht Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rzn. 681-683). Denn *Facebook* wird nicht nur ein Datenschutzrechtsverstoß, sondern auch ein Kartellrechtsverstoß zur Last gelegt, und insoweit es geht um die Bewertung einer des Konditionenmissbrauchs im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB verdächtigen Verhaltensweise. Unerheblich ist – entgegen der Ansicht des Bundeskartellamts – daher, ob (1.) die bei der Registrierung für das soziale Netzwerk von *Facebook* den Nutzern abverlangte Zustimmung die Anforderungen an eine im Sinne von Artt. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a DSGVO *freiwillige* Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten erfüllt, (2.) einer freiwilligen Einwilligung im datenschutzrechtlichen Sinne der Netzwerknutzer ein Verstoß von *Facebook* gegen das Koppelungsverbot im Sinne des Art. 7 Abs. 4 DSGVO (Abhängigmachen der Vertragserfüllung von der Einwilligung in die Verarbeitung solcher Daten, die für die Vertragserfüllung tatsächlich nicht erforderlich sind) entgegen steht, (3.) der Verstoß gegen das vorbezeichnete Koppelungsverbot im Hinblick auf Erwägungsgrund 43 zur DSGVO ein „klares Ungleichgewicht“ zwischen den beteiligten Personen voraussetzt, (4.) ein „klares Ungleichgewicht“ im Sinne des genannten Erwägungsgrundes nur dann angenommen werden kann, wenn die für die Verarbeitung der Daten verantwortliche Person ein marktbeherrschendes Unternehmen ist und (5.) ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot nur von einem marktbeherrschenden Unternehmen begangen werden kann, obschon ein solches Verständnis jedenfalls durch den Wortlaut dieser Vorschrift nicht nahegelegt wird. 74

Nicht zu folgen ist dem Bundeskartellamt bei seiner Schlussfolgerung, dass der zur Beurteilung stehende Datenschutzverstoß der *Facebook* von Wettbewerbern ohne marktbeherrschende Stellung „so nicht“ begangen werden könne, weshalb der in der Missachtung des Koppelungsverbots zutage tretende „Marktmachtbezug“ auch dem Gebot strenger Kausalität genüge (vgl. AE Rz. 880). Die Betrachtungsweise greift zu kurz. Für die Verhaltenskausalität kann allein die Frage maßgeblich sein, ob der den Missbrauch vermeintlich implizierende *Rechtsverstoß* – hier: die in den zustimmungspflichtigen Nutzungsbedingungen vorgesehene Erfassung, Verknüpfung und Verwendung der Mehrdaten – kausal auf Marktbeherrschung zurückzuführen ist. Dagegen kann es auf die Frage, ob eine die Missbräuchlichkeit ausschließende Rechtfertigung der Datenverarbeitung – hier: die Einwilligung des Nutzers nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a DSGVO – ihrerseits wegen eines Sachverhalts, den möglicherweise nur ein marktbeherrschendes Unternehmen verwirklichen kann – hier: den Verstoß gegen das Koppelungsverbot nach § 7 Abs. 4 DSGVO – im Sinne einer Rückausnahme ausgeschlossen ist, richtigerweise nicht ankommen. Denn diese Überlegungen betreffen nicht die Ursächlichkeit zwischen der Marktmacht von *Facebook* und der Akzeptanz der streitbefangenen Nutzungsbedingungen durch den *Facebook*-Nutzer. Aus dem Koppelungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO kann auch keine normativ angeordnete Verhaltenskausalität im kartellrechtlichen Sinne abgeleitet werden. Bei der genannten Vorschrift handelt es sich um eine rein datenschutzrechtliche, nicht um eine kartellrechtliche Bestimmung. Es fehlt jedweder Anhaltspunkt, dass der Unionsgesetzgeber in Art. 7 Abs. 4 DSGVO gleichwohl den kartellrechtlich notwendigen Ursachenzusammenhang zwischen Marktmacht und einer Einwilligung des Nutzers nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a DSGVO mitregeln wollte.

(3) Unter Wettbewerbsgesichtspunkten maßgeblich ist danach allein, ob die den Verbrauchern bei der Registrierung für das soziale Netzwerk abverlangte Zustimmung in die Verarbeitung und Verknüpfung der Mehrdaten auf Grund der marktbeherrschenden Stellung von *Facebook* derart fremdbestimmt ist, dass die Einverständniserklärung nicht mehr als auf einer autonomen Entscheidung des Nutzers beruhend angesehen werden kann. Dass es sich so verhält, hat das Bundeskartellamt, das insoweit die Feststellungslast trägt, nicht nachgewiesen.

76

(3.1) Wie dargelegt, besteht bei den privaten Interessenten des sozialen Netzwerks zum maßgeblichen Zeitpunkt der Registrierung keine irgendwie geartete Abhängigkeit vom Anbieter *Facebook*. Die Funktionen des Netzwerks stellen ein Angebot dar, das man autonom und selbstbestimmt unter den von *Facebook* im Zusammenhang mit der Nutzerregistrierung gestellten Bedingungen annehmen oder – wie die Mehrheit der Bevölkerung in Deutschland – ablehnen kann. Jeder Nutzer kann diese Entscheidung unbeeinflusst und frei nach ausschließlich eigenen Wertvorstellungen und unter Abwägung aller Umstände treffen. In die Entscheidung für oder gegen *Facebook* wird in erster Linie die erwartete Qualität und der erhoffte persönliche Nutzen des Netzwerks sowie die persönliche Auffassung von der Bedeutung und Wichtigkeit einer Geheimhaltung der abverlangten personenbezogenen Daten sowie die eigene Bereitschaft, *Facebook* die streitbefangene Verarbeitung und Nutzung der Mehrdaten zu erlauben, um das soziale Netzwerk unentgeltlich, aber werbefinanziert nutzen zu können, einfließen. Es handelt sich stets um eine höchstpersönliche Abwägung auf der Grundlage ausschließlich eigener Präferenzen und Wünsche, die sich schon im Ansatz einer Einordnung als richtig oder falsch entzieht. Irgendwelche rechtlichen, wirtschaftlichen oder sonstigen Nachteile sind für den Einzelnen mit der Entscheidung für oder gegen eine Teilnahme an dem sozialen Netzwerk nicht verbunden. Es tritt bei denjenigen, die den Nutzungsbedingungen von *Facebook* zustimmen, auch kein Datenverlust ein. Vielmehr können die Nutzer ihre in Rede stehenden Daten auch

77

nach einer Registrierung bei *Facebook* unbeschränkt jedem anderen Dritten überlassen. Insoweit liegen die Dinge grundlegend anders als bei den Sachverhalten, die den vom Bundeskartellamt bemühten BGH-Entscheidungen in Sachen *VBL-Gegenwert* (Forderung nach einer Gegenwertzahlung im Falle der Kündigung) und *Pechstein* (keine Zulassung des Berufssportlers zu Wettkämpfen ohne Zustimmung zur Schiedsgerichtsklausel) zu Grunde lagen. Die Netzwerkinteressenten fragen bei *Facebook* auch keine für die Deckung des allgemeinen Lebensbedarfs notwendigen Güter nach. Es geht allein um die Möglichkeit, mit Freunden oder sonstigen dritten Personen über *Facebook* kommunizieren zu können. Schon die Tatsache, dass 50 Mio. Einwohner des Bundesgebiets das *Facebook*-Netzwerk nicht nutzen, zeigt, dass es weder um die Befriedigung eines Grundbedürfnisses noch um die einzige Möglichkeit einer Kommunikation mit anderen geht. Unter diesen Umständen ist die von einem *Facebook*-Interessenten erteilte Zustimmung in die Nutzungsbedingungen nicht Ausfluss der Marktmacht von *Facebook*, sondern das Resultat einer individuellen Abwägung derjenigen Vor- und Nachteile, die mit einer *Facebook*-Registrierung verbunden sind.

(3.2) Dem kann nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, dass die Nutzer des *Facebook*-Netzwerks die Verwendung und Verarbeitung ihrer Mehrdaten nur deshalb hinnehmen, weil Netzwerkanbieter fehlen, die ein entgeltbasiertes und damit nicht werbefinanziertes soziales Netzwerk anbieten und dementsprechend die Teilnahme nicht von einer Datenüberlassung des Nutzers abhängig machen. Voraussetzung für die Schlussfolgerung des Amtes wäre, dass der durchschnittliche Netzwerknutzer ein entgeltpflichtiges Netzwerk einem unentgeltlichen, aber werbefinanzierten und demgemäß auf die Überlassung personenbezogener Daten basierenden Netzwerk vorzieht. Dazu hat das Amt keine belastbaren und aussagekräftigen Feststellungen getroffen. Es geht im Gegenteil selbst davon aus, dass Nutzer eines privaten Netzwerks eine „*eher geringe Zahlungsbereitschaft*“ hätten, weshalb die meisten sozialen Netzwerke für den Nutzer kostenfrei nutzbar und werbefinanziert seien (vgl. AE Rz. 270). Erst recht fehlen Ermittlungen und Feststellungen des Amtes in Bezug auf die Verarbeitung und Verknüpfung der alleine streitgegenständlichen Mehrdaten. 78

Ebenso hat das Amt keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob und wie viele Personen das Netzwerkangebot von *Facebook* zwar für interessant halten, es aber wegen der Verarbeitung und Verknüpfung der Mehrdaten ablehnen. Solche Ablehnungen würden mit steigender Anzahl *zusätzlich* gegen eine marktmachtbedingte Bestimmung derjenigen Interessenten sprechen, die sich für eine Registrierung bei *Facebook* entscheiden. 79

(3.3) Das vom Bundeskartellamt bemühte Phänomen des sogenannten „privacy paradox“ (vgl. AE Rz. 384) ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts (zweifelnd auch *Körper*, NZKart 2019, 187 [192]). 80

Das Phänomen beschreibt einen postulierten Widerspruch zwischen der Sorge von Internetnutzern vor einer unzureichenden Wahrung ihrer Privatsphäre im Netz und einem tatsächlich sorglosen Umgang mit eigenen personenbezogenen Daten im Internetverkehr. Das Amt reklamiert, dass auch die privaten Nutzer des von *Facebook* bereitgestellten sozialen Netzwerks in hohem Maße datensensibel seien und führt aus, dass nach dem Ergebnis einer von ihm in Auftrag gegebenen Verbraucherbefragung rund drei Viertel der Nutzer sozialer Medien den (verantwortungsvollen) Umgang mit Daten (Datenverarbeitungskonditionen) als einen für die Wahl eines sozialen Netzwerks (sehr) wichtigen Belang bezeichnen (AE Rzn. 427 [Fn. 415], 883). Gleichwohl habe die Nutzerbefragung ergeben, dass vier Fünftel der Nutzer die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht lesen, weil sie diese ohnehin akzeptieren müssten (AE Rz. 385 81

[Fn. 382]).

Anders als das Bundeskartellamt meint, ist den von ihm bemühten Umfrageergebnissen kein tragfähiger Anhalt für einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Einwilligung in die Nutzungsbedingungen und der Marktstellung von *Facebook* auf dem Markt für soziale Netzwerke zu entnehmen. 82

(3.3.1) Gegen einen solchen Bezug sprechen zunächst die vorstehenden Überlegungen, mit denen begründet worden ist, dass jeder Nutzer über die Nutzung oder Nichtnutzung von *Facebook* vollkommen frei, unbeeinflusst und autonom nach ausschließlich eigenen Präferenzen entscheiden kann. Diese Erwägungen werden von den Ausführungen des Amtes zum sogenannten „privacy paradox“ schon nicht berührt. 83

(3.3.2) Davon abgesehen sind die Schlussfolgerungen des Amtes auch als solche nicht berechtigt. 84

Dass 80 % der *Facebook*-Nutzer die streitbefangenen Nutzungsbedingungen nicht lesen, weil sie diese sowieso hinnehmen müssten, beschreibt nur die Tatsache, dass *Facebook* ein werbefinanziertes Netzwerk anbietet und dementsprechend den Netzwerkzugang im Sinne eines Entgelts von der Zustimmung des Nutzers zur Verarbeitung und Verknüpfung seiner Mehrdaten abhängig macht. Insoweit geht es allein um die Entgeltspflichtigkeit des Netzwerkzugangs und das daraus resultierende Synallagma zwischen Leistung und Gegenleistung. Auf die Ausnutzung von Marktmacht durch *Facebook* lässt dies nicht schließen. Das gilt umso mehr, als sich die ungelesene Akzeptanz der Nutzungsbedingungen zu den Mehrdaten in gleicher Weise – und bei lebensnaher Würdigung sogar überwiegend wahrscheinlich – schlicht mit einem mangelnden Interesse des Nutzers daran erklären lässt, dass *Facebook* im Zusammenhang mit der Werbefinanzierung des sozialen Netzwerks auch Mehrdaten verarbeitet und verknüpft. Ob die Nutzer aus Gleichgültigkeit handeln oder weil sie die notwendige Zeit und Mühe nicht aufbringen wollen, um den Inhalt der Datenkonditionen und seine Bedeutung zu erfassen (zutreffend *Franck*, ZWeR 2016, 137 [157]), spielt keine Rolle. In dem einen wie anderen Fall ist das ungelesene Akzeptieren der Nutzungskonditionen zu den Mehrdaten nicht Ausdruck einer Abhängigkeit der Nutzer oder von Marktmacht des Netzwerkbetreibers, sondern das Ergebnis einer individuellen Abwägung der Nutzer mit dem Ergebnis, dass ihnen eine Teilnahme an dem sozialen Netzwerk wichtiger ist als die Frage, ob und welche Mehrdaten verarbeitet und mit den *Facebook*-Daten verknüpft werden. Keine einzige Feststellung des Amtes schließt aus, dass die Nutzer aus *diesem* Grund – und nicht wegen der Marktmacht von *Facebook* – ungelesen in die Nutzungsbedingungen zu den Mehrdaten einwilligen. 85

Der Umstand, dass knapp 75 % der Nutzer sozialer Medien den verantwortungsvollen Umgang mit Daten als einen für die Wahl des sozialen Netzwerks sehr wichtigen Belang bezeichnen, trägt ebenfalls nicht den vom Amt gezogenen Schluss. Er geht schon deshalb an dem Problem des „privacy paradox“ vorbei, weil der verantwortungsvolle *Umgang* mit Daten und Datenverarbeitungskonditionen nicht die in Rede stehende Datenerhebung für das soziale Netzwerk *Facebook*, sondern die absprachegemäße Verarbeitung und Verwendung erhobener Daten betrifft. Diesbezüglich legt das Amt *Facebook* ein Fehlverhalten überhaupt nicht zur Last. Davon abgesehen ist die Frage nach dem „Umgang mit Daten“ viel zu offen formuliert, als dass die Antworten im Entscheidungsfall belastbare Rückschlüsse zulassen könnten. Es ist unklar, ob diejenigen befragten Verbraucher, die den „Umgang mit Daten“ als ein wichtiges Kriterium bei der Auswahl des sozialen Netzwerks bezeichnet haben, unter „Daten“ überhaupt die alleine streitbefangenen Mehrdaten verstanden haben. Fraglich ist dies, weil es sich bei den Mehrdaten jedenfalls insoweit, wie es um die nutzer- und 86

gerätebezogenen Daten aus den anderen konzerneigenen Diensten von Facebook (*Instagram, WhatsApp, Masquerade* und *Oculus*) geht, um Daten handelt, die *Facebook* mit Zustimmung des *Facebook*-Nutzer bereits im Rahmen des anderweitigen Dienstes nutzen darf und bei denen es ausschließlich um eine zusätzliche Nutzung für die Zwecke des sozialen Netzwerks *Facebook* geht. Unklar ist ebenso, welchen „Umgang“ mit den Daten die betreffenden Verbraucher als kritisch betrachten. Da weder die Fragestellung noch der angefochtene Amtsbeschluss darüber Aufschluss geben, lässt sich allenfalls annehmen, dass aus Sicht der Verbraucher die *vereinbarungsgemäße* Datenverwendung durch den Netzwerkbetreiber ein wichtiges Auswahlkriterium ist. Keinesfalls kann aus dem Befragungsergebnis weitergehend geschlossen werden, dass schon die absprachekonforme Datennutzung dem Willen der Befragten widerspricht und die Einwilligung in die *Facebook*-Nutzungsbedingungen zu den Mehrdaten auf die Marktmacht des Netzwerkbetreibers zurückzuführen sein muss.

2. Die angefochtene Abstellungsverfügung kann auch nicht auf den Vorwurf eines Behinderungsmissbrauchs zum Nachteil der Wettbewerber von *Facebook* (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB) gestützt werden. Nach der genannten Vorschrift liegt ein Missbrauch von Marktmacht insbesondere vor, wenn ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert wird. 87

a) Unter dem Gesichtspunkt einer unbilligen Behinderung hält die Amtsentscheidung schon deshalb einer Rechtmäßigkeitsprüfung nicht stand, weil ihre Rechtsfolgenaussprüche nicht geeignet sind, den vom Amt angenommenen Behinderungsmissbrauch abzustellen (§ 32 Abs. 1 und 2 GWB). Dies liegt darin begründet, dass die Amtsentscheidung *Facebook* die Erfassung, Verknüpfung und Verwendung der streitbefangenen Mehrdaten nicht schlechthin, sondern nur für den Fall untersagt, dass der private Nutzer des *Facebook*-Netzwerks dieser Verarbeitung und Verknüpfung der Mehrdaten für die Zwecke des *Facebook*-Netzwerks nicht gesondert zustimmt. Wie auf der Hand liegt, kann die – unterstellt: von der Verarbeitung und Verbindung der Mehrdaten ausgehende – Behinderung des Wettbewerbs im Horizontalverhältnis zu *Facebook* schlechterdings nicht davon abhängen, ob die privaten *Facebook*-Kunden in diese Datenverarbeitung einwilligen oder nicht. Ebenso wenig kann eine von der Datenverarbeitung der Mehrdaten ausgehende Behinderung von Konkurrenten der *Facebook* dadurch entfallen, dass die privaten *Facebook*-Nutzer in diese Marktbehinderung einwilligen. Die Gebotsverfügung des Amtes ist somit eine ungeeignete Abstellungsmaßnahme. Als solche greift sie in unverhältnismäßiger Weise in die Rechte von *Facebook* ein und erweist sich schon aus diesem Grunde als rechtswidrig. 88

b) Darüber hinaus reichen die Darlegungen des Bundeskartellamts nicht ansatzweise aus, um einen *Facebook* zur Last fallenden Behinderungsmissbrauch einlassungs- und tragfähig zu begründen. 89

aa) Unter einer Behinderung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist jede objektive Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten eines anderen Unternehmens zu verstehen. Dabei stellt nicht jeder wirtschaftliche Nachteil, der einem anderen Unternehmen zugefügt wird, eine Behinderung im kartellrechtlichen Sinne dar. Erforderlich ist vielmehr eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen und unternehmerischen Handlungs- und Entscheidungsmöglichkeiten. Die bloße Eignung einer Maßnahme zur Behinderung oder der erfolglose Versuch einer Behinderung reichen zur Tatbestandsverwirklichung allerdings nicht aus; die Beeinträchtigung muss tatsächlich eingetreten sein (Senat, Urteil v. 30. März 2016, *VI-U (Kart) 10/15*, Rz. 150 bei juris m.w.N.). Darüber besteht weithin Einvernehmen in Rechtsprechung und Literatur. 90

Soweit das Bundeskartellamt scheinbar die bloße Eignung zu einer Wettbewerberbeeinträchtigung ausreichen lassen will (insoweit unklar: Antragsrüge v. 29.5.2019, S. 35 f.), ist dem nicht zu folgen. Schon der Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB („behindert“) stellt klar, dass eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs eintreten muss. Die vom Amt in diesem Zusammenhang zitierten Judikate des Bundesgerichtshofs und des erkennenden Senats geben für eine gegenteilige Rechtsauffassung nichts her. Jenen Entscheidungen ist nur zu entnehmen, dass der Behinderungsmissbrauch über die Beeinträchtigung von Wettbewerbern hinaus nicht auch die Feststellung spürbarer bzw. erheblicher Auswirkungen auf die *Wettbewerbsstruktur* erfordert, sondern *insoweit* die Eignung zur Beeinträchtigung der Marktverhältnisse genügt (vgl. BGH, Beschluss v. 6. November 2012 – KVR 54/11, WuW/E DE-R 3879 Rzn. 38-41 – *Gasversorgung Ahrensburg*; Senat, Beschluss v. 6. April 2016 – VI-Kart 9/15 (V), N&R 2016, 313, Rz. 103 bei juris).

bb) Es ist nicht festzustellen, dass die Nutzungsbedingungen zu den Mehrdaten auf einem der vom Bundeskartellamt abgegrenzten Märkte zu einer Behinderung aktueller oder potentieller Wettbewerber von *Facebook* führt. Weder die diesbezüglichen Ausführungen in der Amtsentscheidung (dort Rzn. 885 ff.) noch die ergänzenden Darlegungen in der Antragsrüge (dort S. 35 ff.) lassen plausibel und nachvollziehbar eine Wettbewerberbehinderung erkennen. 92

(1) Die Ansicht des Amtes, die Verarbeitung der streitgegenständlichen Mehrdaten erhöhe für Wettbewerber von *Facebook* die Marktzutrittsschranken auf dem Markt für soziale Netzwerke, ist nicht nachvollziehbar. Zwar mag nicht von vornherein auszuschließen sein, dass die Verarbeitung von Mehrdaten die Marktposition von *Facebook* zusätzlich absichern kann, weil das Netzwerk werbefinanziert ist und der Umfang sowie die Qualität der Nutzerdaten Relevanz für die Generierung von Werbeeinnahmen besitzen. Ob im konkreten Entscheidungsfall tatsächlich eine Markteintrittsschranke entsteht oder verstärkt wird, bedarf aber näherer Prüfung und eingehender Darlegung. Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil die Marktstellung von *Facebook* auch nach Ansicht des Amtes maßgeblich durch direkte Netzwerkeffekte auf Seiten der privaten Nutzer geprägt ist (so im Ausgangspunkt zu Recht auch Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 678, die in diesem Zusammenhang eine „Spürbarkeitsgrenze“ empfiehlt; eine Erhöhung von Marktzutrittsschranken bezweifelnd *Körber*, NZKart 2019, 187 [192]). Der Begriff der direkten Netzwerkeffekte beschreibt den Umstand, dass der Anstieg oder der Rückgang der Nutzeranzahl unmittelbar (positive oder negative) Auswirkungen auf die Nützlichkeit des Produkts oder seine Leistung für den einzelnen Nutzer hat. Er ist auch im Entscheidungsfall einschlägig. Der Nutzen des Facebook-Netzwerks für seine Nutzer steigt mit der Gesamtzahl der dem Netzwerk angeschlossenen Personen, weil sich mit steigender Nutzerzahl die Kommunikationsmöglichkeiten für jeden einzelnen Nutzer erhöhen. Infolge dessen kann die Marktposition von *Facebook* als Anbieter eines sozialen Netzwerks nur dann erfolgreich angegriffen werden, wenn es dem Konkurrenten gelingt, in überschaubarer Zeit eine für die Attraktivität seines Netzwerks ausreichende Zahl von Nutzern zu gewinnen, was wiederum davon abhängt, ob er ein im Vergleich zu *Facebook.com* attraktives soziales Netzwerk anbieten kann. Darin liegt die entscheidende Marktzutrittschürde und in diesem Punkt verfügt Facebook angesichts von monatlich rund 32 Mio. Nutzern über einen enormen Vorsprung. Dass und inwieweit daneben auch die Verarbeitung und Verknüpfung der streitbefangenen Mehrdaten einen Markteintritt von *Facebook*-Konkurrenten erschweren oder behindern soll, versteht sich nicht von selbst, sondern bedarf der Überprüfung und schlüssigen Darlegung durch die Kartellbehörde. Daran fehlt es. Das Amt hat in dem angefochtenen Beschluss schon nicht substantiiert und nachvollziehbar dargetan, um welche konkreten – über die 93

Facebook-Daten hinaus gehenden – Mehrdaten es überhaupt gehen soll und welchen Einfluss die Verarbeitung und Verknüpfung *dieser* Mehrdaten für Zwecke des sozialen Netzwerks auf die Möglichkeit eines Markteintritts konkurrierender Netzwerkanbieter haben sollen. Ebenso fehlen belastbare Ausführungen dazu, inwieweit und in welcher Größenordnung die Nutzung der streitbefangenen Mehrdaten *Facebook* in die Lage versetzen soll, die Werbeeinnahmen zur Finanzierung des sozialen Netzwerks spürbar zu erhöhen und inwieweit dadurch die Marktstellung von *Facebook* gegen künftige Marktzutritte abgesichert wird. Dahingehende Feststellungen sind unabdingbar, weil der Schlüssel zu einem erfolgreichen Markteintritt nicht in der Generierung möglichst hoher Werbeeinnahmen, sondern unbestritten darin liegt, in kurzer Zeit eine hinreichende Zahl von Nutzern für das konkurrierende soziale Netzwerk zu gewinnen. Sie sind umso mehr erforderlich, als die Datenmenge offensichtlich nicht maßgeblich ist, um ein soziales Netzwerk erfolgreich zu betreiben. Das belegen die Ermittlungen der Europäischen Kommission (vgl. Europäische Kommission, Beschluss v. 3. Oktober 2014 – *M.7217 Rz. 188 – Facebook/WhatsApp*), wonach im dortigen Referenzzeitraum Januar-März 2013 das Unternehmen *Google*, welches das konkurrierende soziale Netzwerk *Google+* betrieb und letztlich aus dem Markt ausscheiden musste, einen Anteil von 33 % an der Datensammlung im Internet besaß, *Facebook* hingegen nur 6,39 %. Sie sind schließlich auch deshalb geboten, weil das Amt den Vorteil einer großen Datenmenge nicht in der Ansammlung der einzelnen Daten, sondern darin erblickt, mithilfe von Algorithmen die Interessen und das künftige Verhalten des Verbrauchers abzuleiten (AE Rz. 496). Das macht für den Nachweis einer praktisch wirksamen Zutrittsschranke auf dem Markt für soziale Netzwerke Feststellungen unerlässlich, (1) um welche Mehrdaten es – zumindest der Art nach – geht, die *Facebook* sich durch die streitgegenständlichen Nutzungsbedingungen erschließt, (2) ob und in welchem Ausmaß diese Mehrdaten die Qualität des bereits vorhandenen Datenbestandes von *Facebook* mit Blick auf seine algorithmusbasierte Auswertung spürbar steigert und (3) inwiefern *Facebook* hierdurch seine Marktposition gegen potentielle Wettbewerber absichern kann.

(2) Ebenso wenig besteht – anders als das Amt meint – die „*Gefahr der Übertragung der Marktmacht*“ von dem Markt für soziale Netzwerke auf einen Drittmarkt für Online-Werbung für soziale Medien auf. Einem Marktmachttransfer steht bereits entgegen, dass das Amt einen Markt für Online-Werbung für soziale Medien selbst nicht abgegrenzt und festgestellt hat, sondern ihn lediglich für denkbar („*wofür ... einiges spricht*“) hält (vgl. AE Rz. 451). In Bezug auf diesen Drittmarkt für Online-Werbung weist die angefochtene Verfügung damit bereits einen durchgreifenden Begründungsmangel auf. Zugleich ist der Anspruch der Antragstellerinnen auf rechtliches Gehör verletzt, weil diese sich in Ermangelung einer nachvollziehbaren Marktabgrenzung gegen den Vorwurf des Behinderungsmisbrauchs auf dem Markt für Online-Werbung im Bereich der sozialen Medien nicht angemessen verteidigen können.

94

(3) Gleichermaßen tragen die Feststellungen des Amtes nicht die Annahme einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf weiteren Drittmärkten, auf denen *Facebook* mit den konzerneigenen Diensten *WhatsApp* (Messengerdienste) bzw. *Instagram* (Fotodienste) teilnimmt. Das Amt hat insoweit nicht ansatzweise plausibel und nachvollziehbar die „*Gefahr der Übertragung von Marktmacht*“ nachgewiesen. Obschon es einräumt, dass die Marktstellung von *WhatsApp* und *Instagram* entscheidend durch direkte Netzwerkeffekte bestimmt wird, fehlen belastbare und nachvollziehbare Ausführungen, inwieweit gleichwohl die streitbefangene Mehrdatenverarbeitung einen Markteintritt auf diesen Märkten behindern soll. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen zu den Marktzutrittsschranken auf dem Markt für soziale Netzwerke verwiesen werden. Die Ausführungen des Amtes in der Antragsrüge (dort S. 37) „*Insbesondere die Nutzerdaten von WhatsApp und Instagram*“

95

