

Vom Konditionenmissbrauch zur „aufgedrängten Leistungserweiterung“ – Zum Missbrauchstatbestand im Facebook-Verfahren

Christoph Wolf

Christoph Wolf

I. Einleitung

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot in § 19 GWB ist denkbar weit. Die Regelbeispiele in § 19 Abs. 2 GWB führen nicht immer weiter, insbesondere bei neuen Fallgestaltungen. Der Jubilar hat entscheidend zur Systematisierung möglicherweise missbräuchlicher Fallgestaltungen und damit zur Entwicklung des Missbrauchsverbots beigetragen.¹ Diese Entwicklung ist naturgemäß nicht abgeschlossen.

Diskussionen um die richtige Einordnung missbräuchlichen Verhaltens und die Fortentwicklung des Missbrauchstatbestands gab es jüngst im Verfahren zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook durch die Verarbeitung von Nutzerdaten. Das Bundeskartellamt hat seine Entscheidung auf einen Ausbeutungsmissbrauch in Gestalt eines Konditionenmissbrauchs wegen Datenschutzverstößen gestützt.² Das Oberlandesgericht Düsseldorf konnte im Verfahren über die aufschiebende Wirkung keine Wettbewerbsschädlichkeit erkennen.³ Der Bundesgerichtshof hat gegenüber dem BKartA die wettbewerblichen Wirkungen der Verhaltensweise gegenüber den datenschutzrechtlichen Wertungen stärker in den Fokus gerückt und nach umfassender kartellrechtlicher Interessenabwägung (immer noch im Verfahren über die aufschiebende Wirkung) einen Missbrauch mit Ausbeutungs- und Behinderungselement festgestellt.⁴

Dieser Beitrag stellt die von BKartA und BGH im Facebook-Verfahren zugrunde gelegten Missbrauchskonzepte und ihren Bezug zu spezifisch wettbewerblichen Wertungen dar. Der Fokus liegt dabei auf einer Einordnung in die Dogmatik zur Bewertung von missbräuchlichen

¹ Siehe insbesondere die Kommentierung zu § 19 GWB im Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, bis zur 4. Aufl., München 2007.

² BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16.

³ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V) – *Facebook I*.

⁴ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19 – *Facebook*.

Verhaltensweisen. Das Facebook-Verfahren wirft daneben eine Reihe weiterer wichtiger Fragen auf zur Marktabgrenzung, zur Feststellung von Marktbeherrschung, zum Verfahren über Rechtsmittel gegen Entscheidungen des BKartA und zu wirtschaftspolitischen Implikationen zur Regulierung der Digitalwirtschaft auf, denen an dieser Stelle aber nicht weiter nachgegangen werden soll.

II. Das (datenschutzrechtliche) Problem

Facebook betreibt ein internetbasiertes soziales Netzwerk. Erforderlich ist ein Nutzerprofil mit persönlichen Angaben. Das soziale Netzwerk ist für den Nutzer kostenlos und wird durch Online-Werbung finanziert (zweiseitiger Markt). Unternehmen können diese Werbung aufgrund der persönlichen Angaben der Nutzer zielgerichtet schalten. Der Nutzer muss den Bedingungen von Facebook zustimmen. Sie sehen vor, dass Facebook sowohl Daten über den Nutzer verarbeitet, die im sozialen Netzwerk erhoben werden, als auch Daten aus anderen konzerneigenen Diensten (z.B. Instagram) und von außerhalb der Facebook-Dienste („off-facebook“).

Für das Verfahren war nicht relevant, ob die Datenverarbeitung für das soziale Netzwerk selbst angemessen ist, sondern ob die Verknüpfung und Verwendung von Daten von innerhalb und außerhalb des Netzwerks zulässig ist.⁵ Die Verknüpfung dieser Daten von innerhalb und außerhalb des Netzwerks bietet dem Nutzer aus Sicht von Facebook ein „personalisiertes Erlebnis“. Aus Sicht der Werbekunden macht die Verknüpfung dieser Daten die Werbung im sozialen Netzwerk von Facebook besonders attraktiv.

Diese Verknüpfung von Daten stellt zumindest ein datenschutzrechtliches Problem dar. Jedenfalls gilt das nach Auffassung des BKartA.⁶ Das lässt sich kurz wie folgt zusammenfassen: Die durch Facebook erfassten Daten sind personenbezogene Daten nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, inklusive besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 DS-GVO (z.B. politische Meinungen oder weltanschauliche Überzeugungen). Die Nutzung der Daten durch Facebook ist Datenverarbeitung nach Art. 4 Nr. 2 DS-GVO und „Profiling“ nach Art. 4 Nr. 4 DS-GVO. Für diese Datenverarbeitung ist Facebook verantwortlich (Artt. 4 Nr. 7, 5 Abs. 2 DS-GVO). Rechtfertigungsgründe für die Verknüpfung der Facebook-Daten mit den off-facebook-Daten liegen nicht vor, insbesondere keine wirksame Einwilligung der Nutzer (Artt. 6 Abs. 1 lit. a, 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO), keine Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung (Artt. 6 Abs. 1

⁵ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 522.

⁶ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 573 ff.

lit. b, 9 Abs. 2 lit. b DS-GVO) und keine überwiegenden Interessen der Anbieter gegenüber den Nutzern (Artt. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO).

III. Vertikale Ausbeutung als Konditionenmissbrauch

Das BKartA hat den von ihm festgestellten Datenschutzverstoß in einen Kartellrechtsverstoß „übersetzt“. Der Datenschutzverstoß wird dabei zur Grundlage für einen Ausbeutungsmissbrauch in Form des Konditionenmissbrauchs.

1. Vom AGB- zum Datenschutzverstoß

Das BKartA stützt seine Entscheidung vor allem auf die Rechtsprechung des BGH in den Verfahren „VBL-Gegenwert“.⁷ In diesen Entscheidungen hat der BGH die „Integration“ außerkartellrechtlicher gesetzlicher Wertungen in die Prüfung des Konditionenmissbrauchs gebilligt. Er stützt das auf die Generalklausel in § 19 Abs. 1 GWB. In VBL-Gegenwert ging es um unzulässige allgemeine Geschäftsbedingungen. Nach Auffassung des BGH können diese missbräuchlich sein, wenn sie „Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit“ des Verwenders sind.⁸

Der BGH verweist in „VBL-Gegenwert I“ nicht nur auf seine Rechtsprechung, sondern insbesondere auch auf den Jubilar. Dieser verdeutlicht die Systematik der Prüfung: Beim Konditionenmissbrauch muss anhand eines Vergleichsmarktkonzeptes geprüft werden, welche Konditionen sich bei wirksamem Wettbewerb eingestellt hätten. Der vorzugswürdige Maßstab für die Beurteilung ist nach *Möschel* „die einseitig belastende Abweichung von den Gerechtigkeitsvorstellungen, wie sie dem dispositiven Recht zugrunde liegen“.⁹ Dafür wiederum sollen die gesetzlichen Vorgaben für AGB (§§ 305 ff. BGB) Anhaltspunkte bieten. Das dispositive Recht habe „Modell- und Mustercharakter für einen Interessenausgleich unter Bedingungen eines jedenfalls durch Wettbewerb erreichbaren Marktgleichgewichts“.¹⁰ Der Konditionenmissbrauch

⁷ BGH, Urt. v. 6.11.2013 – KZR 58/11 – *VBL-Gegenwert I*; BGH, Urt. v. 24.1.2017 – KZR 47/14 – *VBL-Gegenwert II*.

⁸ BGH, Urt. v. 6.11.2013 – KZR 58/11, Rn. 65 – *VBL-Gegenwert I*.

⁹ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., München 2007, § 19 GWB, Rn. 174.

¹⁰ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.) (Fn. 9), Rn. 174.

dieser Art wird mittlerweile auch als qualitativer Konditionenmissbrauch bezeichnet, in Abgrenzung zum auf Preise bezogenen quantitativen Konditionenmissbrauch auf Grundlage von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB.¹¹

Das BKartA überträgt die VBL-Gegenwert-Rechtsprechung auf das Datenschutzrecht. Aus dem AGB-Verstoß in VBL-Gegenwert wird beim BKartA ein Datenschutzverstoß. Auch das Datenschutzrecht enthält gesetzliche Wertentscheidungen, die Indiz für eine einseitig belastende Abweichung sein können. Das BKartA entnimmt dem Datenschutzrecht Aussagen über die „Angemessenheit von Konditionen in ungleichgewichtigen Verhandlungssituationen“.¹² Auch wenn man über die Vergleichbarkeit von AGB- und Datenschutzrecht streiten kann, dürfte jedenfalls der Marktbezug der Datenschutzregelungen offenkundig sein.¹³

2. Abgesenkte Kausalitätsanforderungen

Der entscheidende Schritt beim Konditionenmissbrauch nach VBL-Gegenwert ist die Kausalitätsprüfung. Diese wird verortet in der Formulierung des BGH, ob die Verhaltensweise „Ausfluss der besonderen Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit“ des Normadressaten ist.¹⁴ Ohne diese Verbindung bleibt der außerkartellrechtliche Verstoß kartellrechtlich ohne Folge. Entsprechend umstritten ist der Maßstab für die Kausalität beim Konditionenmissbrauch.¹⁵

Problem eines strengen Kausalitätserfordernisses (nach BGH „instrumentelle“ oder „Verhaltenskausalität“¹⁶) ist in Missbrauchsfällen, dass der spezifische Bezug zur Marktbeherrschung infrage gestellt ist, wenn das Verhalten auch von nicht marktbeherrschenden Unternehmen praktiziert wird. Das trifft jedenfalls im Hinblick auf die Datenerhebung durch Onlinedienste

¹¹ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar: Band 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018, § 19 GWB, Rn. 183 ff., 186 ff.; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., München 2020, § 19 GWB, Rn. 66a.

¹² BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 526.

¹³ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.) (Fn. 10), Rn. 213a ff., 214d.

¹⁴ BGH, Urt. v. 6.11.2013 – KZR 58/11, Rn. 65 – *VBL-Gegenwert I*.

¹⁵ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 67 ff. m.w.N. – *Facebook*.

¹⁶ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 68 – *Facebook*.

wohl zu.¹⁷ Zumindest in Behinderungsfällen ist deshalb seit langem anerkannt, dass eine „normative Kausalität“ ausreicht.¹⁸ Erforderlich ist dabei nicht, dass die Verhaltensweise nur einem marktbeherrschenden Unternehmen möglich ist. Entscheidend ist nach *Möschel*, dass Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen „eine ganz andere wettbewerbliche Qualität erlangen können“ als bei funktionierendem Wettbewerb oder „die wettbewerbliche Gefährlichkeit einer Maßnahme“ gerade auf die Marktbeherrschung zurückzuführen ist.¹⁹ Das BKartA hält sodann auch für den Konditionenmissbrauch bei einem Datenschutzverstoß eine normative Kausalität für ausreichend. Der konkret angenommene Datenschutzverstoß bei Unternehmen ohne Marktmacht wäre anders zu bewerten und könne deshalb von Wettbewerbern „so nicht begangen werden“.²⁰

3. Datenschutzverstoß als Ausfluss der Marktbeherrschung

Bei der Prüfung der normativen Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Datenschutzverstoß unterscheidet das BKartA zwischen dem Verhältnis von Facebook zu den Nutzern und dem Verhältnis zu seinen Wettbewerbern. Im Vertikalverhältnis zu den Nutzern bestehe der Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch, also dem Datenschutzverstoß, vor allem darin, dass auch die datenschutzrechtliche Bewertung auf unternehmensbezogene Umstände abstellt und die starke Stellung von Facebook dabei eine Rolle spielt.²¹ Bei einem klaren Ungleichgewicht zwischen betroffenen Personen und Unternehmen etwa soll eine Einwilligung nicht mehr freiwillig sein.²² Dadurch sei der Datenschutzverstoß „durch die marktbeherrschende Stellung von Facebook gekennzeichnet“.²³ Im Horizontalverhältnis zu den Wettbewerbern führe der Datenschutzverstoß zudem zu einem Vorsprung von Facebook in Bezug

¹⁷ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 880.

¹⁸ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.) (Fn. 9), Rn. 117; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.) (Fn. 10), Rn. 72.

¹⁹ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.) (Fn. 9), Rn. 117.

²⁰ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 879 f.

²¹ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 876 ff.

²² DS-GVO, Erwägungsgrund 43.

²³ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 879.

auf die wettbewerbsrelevanten Nutzerdaten. Dieser Vorsprung könne durch einen Marktmachttransfer auf den Markt für Online-Werbung übertragen werden und zu Marktzutrittsschranken für potentielle Wettbewerber auf dem Markt für soziale Netzwerke führen.²⁴

In einem Hintergrundpapier zum Verfahren erläutert das BKartA zudem Schaden für Nutzer und Wettbewerb näher.²⁵ Der Schaden für den Nutzer liege in einem Kontrollverlust, weil er nicht mehr selbstbestimmt über seine persönlichen Daten verfügen könne. Der Schaden für den Wettbewerb entstehe durch die Zusammenführung von Daten. Diese wiederum führten zu „identitätsbasierten Netzwerkeffekten“ und Lock-in-Effekten zulasten der Wettbewerber bei sozialen Netzwerken.

4. (Keine) Interessenabwägung

Eine Interessenabwägung hält das BKartA zwar nicht für notwendig, führt diese aber dennoch durch.²⁶ Tatsächlich hatte der BGH eine solche Interessenabwägung in seiner Rechtsprechung zu „VBL-Gegenwert“ nicht gefordert. Das BKartA zieht daraus den Schluss, die Interessenabwägung sei nicht notwendig, weil ein Verstoß gegen außerkartellrechtliches Recht (dort AGB-Recht, hier Datenschutzrecht) ohnehin nicht kartellrechtlich gerechtfertigt sein könne.²⁷ Das BGH-Urteil „Pechstein“, in dem die Missbräuchlichkeit einer Schiedsklausel abgelehnt wurde, sei anders zu bewerten, weil es dort keinen Verstoß gegen eine außerkartellrechtliche Norm gab.²⁸ Das BKartA sieht eine der kartellrechtlichen Interessenabwägung entsprechende Voraussetzung des Konditionenmissbrauchs in den „Angemessenheitsregeln“ des Rechts auf den der Konditionenmissbrauch gestützt ist.²⁹ Das bedeutet: Die kartellrechtliche Interessenabwägung ist nicht notwendig, weil der Datenschutzverstoß, auf den die Entscheidung gestützt ist, seinerseits auf Abwägungen beruht. Die Interessenabwägung des BKartA besteht deshalb in erster Linie aus einer Darstellung der „Parallelität“ der kartellrechtlichen und datenschutzrechtlichen Wertungen sowie aus Verweisen auf letztere.³⁰

²⁴ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 885 ff.

²⁵ BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes, 19.12.2017, S. 4 f.

²⁶ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 889, 894 ff.

²⁷ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 891.

²⁸ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 893.

²⁹ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 892.

³⁰ BKartA, Beschluss v. 6.2.2019 – B6-22/16, Rn. 894 ff., 901.

5. Zweifel an wettbewerblichem Bezug

Das Missbrauchskonzept des BKartA im Fall Facebook ist zwar im Ansatz eine plausible Weiterentwicklung des Konditionenmissbrauchs nach VBL-Gegenwert. Der Ansatz geht aber mit einem starken Fokus auf die Prüfung des außerkartellrechtlichen Rechts einher, hier des Datenschutzrechts. Dabei droht der Wettbewerb als maßgebliches Schutzgut des GWB außer Blick zu geraten.

Ganz grundsätzlich formuliert hat diese Kritik das OLG Düsseldorf, das den vom BKartA angenommenen „Ausbeutungsmissbrauch in Gestalt eines Konditionenmissbrauchs“ mit deutlichen Worten abgelehnt hat.³¹ Das Unwerturteil des Missbrauchs von Marktbeherrschung fordere auch beim Ausbeutungsmissbrauch ein wettbewerbsschädliches Verhalten.³² Zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch müsse eine Verhaltenskausalität bestehen.³³ Entscheidend sei, ob die Entscheidung der Nutzer, sich trotz der Nutzung der „off-Facebook“-Daten anzumelden, frei oder fremdbestimmt sei.³⁴ Die Fremdbestimmtheit habe das BKartA nicht nachgewiesen. Die Preisgabe von Daten führe nicht zu einem „Kontrollverlust“ oder einer Zwangslage beim Nutzer. Nutzer könnten unbeeinflusst und autonom entscheiden, ob sie den Dienst nutzen oder nicht. Die Tatsache, dass in Deutschland 50 Millionen Menschen Facebook nicht nutzen (vs. 32 Mio. Nutzer), zeige, dass diese Entscheidung hinreichend frei sei.³⁵

Die Schwierigkeiten des BKartA-Ansatzes liegen tatsächlich insbesondere in der vertikalen Dimension des Missbrauchs. Es ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, warum der Datenschutzverstoß auch einen Kartellrechtsverstoß darstellen soll. An entscheidenden Stellen der Entscheidung des BKartA, insbesondere bei den ergebnis-kausalen Wirkungen auf die Nutzer und bei der (aus Sicht des BKartA nicht erforderlichen) Interessenabwägung wird weniger auf originär kartellrechtliche Überlegungen als auf die Parallelität der Wertungen der Rechtsgebiete abgestellt. Allerdings liefern die ähnlichen Wertungen der Materien, etwa, dass Kartellrecht und Datenschutzrecht jeweils an Umstände des Unternehmens anknüpfen und die Stellung auf dem Markt eine Rolle spielt, noch keinen Grund dafür, dass ein Datenschutzverstoß zu einem Kartellrechtsverstoß führen muss.

³¹ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Rn. 23 ff. – *Facebook I*.

³² OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Rn. 38 f. – *Facebook I*.

³³ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Rn. 54 – *Facebook I*.

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Rn. 73 – *Facebook I*.

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Rn. 32 – *Facebook I*.

In ähnlicher Weise überzeugt die Argumentation des BKartA gegen die Erforderlichkeit einer Interessenabwägung nicht. Der BGH hat im Urteil „Pechstein“ ausdrücklich klargestellt, dass eine Interessenabwägung sowohl beim qualitativen Konditionenmissbrauch (nach § 19 Abs. 1 GWB) als auch beim quantitativen Konditionenmissbrauch (nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) erforderlich ist.³⁶ Es ist dem BKartA zwar zuzugeben, dass der Verstoß des Marktbeherrschers gegen außerkartellrechtliche Regeln nicht kartellrechtlich gerechtfertigt sein kann. Bei der Prüfung des Konditionenmissbrauchs geht es aber nicht um die Rechtfertigung eines Verstoßes, sondern darum, ob ein Rechtsverstoß außerhalb des Kartellrechts zusätzlich auch einen Kartellrechtsverstoß darstellt. Das letzteres abgelehnt wird, ist unproblematisch denkbar und führt nicht zu Wertungswidersprüchen.

In Bezug auf horizontale Wirkungen ist der Ansatz des BKartA dagegen im Ausgangspunkt plausibel. Die Verwendung datenschutzrechtswidriger Konditionen kann dem Marktbeherrscher hier tatsächlich ermöglichen, den ohnehin schon beeinträchtigten Wettbewerb weiter zu schwächen. Das BKartA äußert sich hierzu aber nur – der Logik des Ausbeutungsmissbrauchs entsprechend – bei den ergebnis-kausalen Wirkungen der datenschutzwidrigen Konditionen. Damit gerät dieser Aspekt in den Hintergrund und kommt als eigenständiges Begründungselement für die Entscheidung nicht mehr in Betracht. Das OLG Düsseldorf meint sodann auch, das BKartA habe einen Behinderungsmisbrauch nicht ausreichend begründet.³⁷

IV. Kombierter Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauch

Der BGH hatte in seiner Entscheidung über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die Entscheidung des BKartA keine ernsthaften Zweifel an einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook.³⁸ Er hat die Missbräuchlichkeit nicht nur als Ausbeutungs- sondern als kombinierten Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauch konzipiert. Die Bewertung der Missbräuchlichkeit bekommt damit einen stärkeren wettbewerblichen Bezug und wird besser in etablierte Kategorien eingebettet.

³⁶ BGH, Urt. v. 7.6.2016 – KZR 6/15, Rn. 48 – *Pechstein*.

³⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.8.2019 – VI-Kart 1/19 (V), Rn. 86 ff. – *Facebook I*.

³⁸ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19 – *Facebook*.

1. Über die aufgedrängte Leistungserweiterung zum Behinderungsmisbrauch

Türöffner für die Bewertung der Missbräuchlichkeit durch den BGH ist die „aufgedrängte Leistungserweiterung“. Der BGH nimmt damit Bezug auf seine Entscheidung „Gemeinsamer Anzeigenteil“ vom 9.11.1982.³⁹ In der Entscheidung ging es um die Zusammenlegung der Anzeigenteile mehrerer Zeitungen im Raum Stuttgart. Als Folge konnten Anzeigen nur noch gleichzeitig und gemeinsam für diese Zeitungen aufgegeben werden. Der BGH hat die Anzeigenkombination beschrieben als „unerwünschte zusätzliche Leistung“, die den Inserenten „aufgedrängt“ werde.⁴⁰ Er hat zwar offengelassen, ob Gegenstand der Verbindung zwei Produkte sind oder ein „Mehr derselben Leistung“ vorliegt. Er geht aber davon aus, dass eine solche „aufgedrängte zusätzliche Leistung“ missbräuchlich sein kann, lehnte die Missbräuchlichkeit im konkreten Fall aber auf Grundlage der Interessenabwägung ab.⁴¹

Die Relevanz der „aufgedrängten Leistungserweiterung“ liegt in der Verbindung zu den Behinderungsmisbräuchen, insbesondere der Kopplung.⁴² Auf die Entscheidung „Gemeinsamer Anzeigenteil“ wird regelmäßig als Anknüpfungspunkt für Kopplungsmisbräuche verwiesen. Diese werden bei der unbilligen Behinderung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. GWB angesiedelt, soweit die Behinderung von Wettbewerbern im Mittelpunkt steht.⁴³ Zugleich wird aber die Ausbeutungskomponente erhalten. Soweit bei einer Kopplung der „Ausplünderungseffekt“ (*Möschel*) im Vordergrund steht, ist die Kopplung Ausbeutungsmisbrauch in Form des Konditionenmissbrauchs.⁴⁴ Der BGH nimmt deshalb in „Gemeinsamer Anzeigenteil“ auch nur auf einen Ausbeutungsmisbrauch Bezug.⁴⁵ Die Zuordnung zur „aufgedrängten Leistungserweiterung“ bringt einen anderen Fokus der Prüfung mit sich. Im Mittelpunkt stehen nun nicht mehr primär rechtswidrige Konditionen, sondern der Umstand, dass Nutzer neben dem gewünschten Produkt weitere Leistungen abnehmen müssen.

³⁹ BGH, Beschluss v. 9.11.1982 – KVR 9/81 – *Gemeinsamer Anzeigenteil*.

⁴⁰ BGH, Beschluss v. 9.11.1982 – KVR 9/81, Rn. 13 – *Gemeinsamer Anzeigenteil*.

⁴¹ BGH, Beschluss v. 9.11.1982 – KVR 9/81, Rn. 14, 23 – *Gemeinsamer Anzeigenteil*.

⁴² *Podszun*, Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und Datenschutz in der „Facebook“-Entscheidung des BGH, GRUR 2020, 1268, 1270.

⁴³ *Markert/Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.) (Fn. 10), Rn. 182 ff.; *Westermann*, in: Säcker/Bien/Karpentein/Ludwigs/Meier-Beck/Montag (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2020, § 19 GWB, Rn. 77.

⁴⁴ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.) (Fn. 9), Rn. 174.

⁴⁵ BGH, Beschluss v. 9.11.1982 – KVR 9/81, Rn. 9 – *Gemeinsamer Anzeigenteil*.

Der BGH ordnet die neu entdeckte „aufgedrängte Leistungserweiterung“ der Generalklausel in § 19 Abs. 1 GWB zu.⁴⁶ Ob eine Kopplung vorliegt, lässt er in „Facebook“ wie schon in „Gemeinsamer Anzeigenteil“ offen. Denkbar wäre zwar die Kopplung von Funktionalitäten oder Dienste innerhalb und außerhalb des sozialen Netzwerks von Facebook. Der BGH hält diese Produkte aber möglicherweise nicht für hinreichend verschieden und deshalb eine „bloße Leistungserweiterung“ für näherliegend.⁴⁷

Auch wenn der BGH offenlässt, ob eine Kopplung vorliegt, knüpft er auch in der Facebook-Entscheidung bei der weiteren Prüfung an entsprechende Rechtsprechung an. Die „aufgedrängte Leistungserweiterung“ indiziert nicht schon als solche eine Gefährdung der Schutzgüter des GWB. Er kritisiert dabei implizit auch den Ansatz des BKartA, indem er klarstellt, dasselbe gelte auch für die Verwendung von nach Wertungen der Rechtsordnung unzulässigen Konditionen. Vielmehr könnten wie bei einer „Zwangskopplung von Produkten oder Dienstleistungen“ im Vertikalverhältnis oder Horizontalverhältnis wettbewerbsschädliche Wirkungen eintreten, wenn die „aufgedrängte Leistungserweiterung“ im Ergebnis eine Ausbeutung von Abnehmern oder Behinderung von Wettbewerbern darstellt.⁴⁸ Damit stellt der BGH gegenüber dem Ansatz des BKartA einen deutlicheren Bezug zu einer Analyse der wettbewerblichen Wirkungen her.⁴⁹ Im Ansatz des BKartA dagegen war eine solche Analyse zwar enthalten, aber integriert in die Kausalitätsprüfung, also die Frage, ob die Konditionen Ausfluss der Marktmacht von Facebook sind. Der BGH nennt die Ausbeutung und Behinderung nicht nur als Voraussetzung für einen Missbrauch im konkreten Fall, sondern im Folgenden unter beiden Aspekten die Wettbewerbsschädlichkeit der aufgedrängten Leistungserweiterung.

2. Kausalität

Die Prüfung als kombinierter Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch erspart dem BGH die Beantwortung der Frage nach dem richtigen Kausalitätsmaßstab für den Konditionenmissbrauch (Verhaltens- oder Ergebniskausalität). Dennoch nehmen die Ausführungen dazu relativ

⁴⁶ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 56 – *Facebook*.

⁴⁷ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 58 – *Facebook*.

⁴⁸ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 64 – *Facebook*.

⁴⁹ *Louven*, Marktmachtmissbrauchsverbot und die Abwägung von Grundrechten, CR 2021, 36, 38.

viel Raum ein. Im Ausgangspunkt stellt der BGH fest, dass nicht gänzlich auf ein Kausalitätserfordernisses verzichtet werden könne.⁵⁰ Die Kausalität sei am Zweck der Missbrauchskontrolle auszurichten. Unterbunden werden sollen nicht hinreichend vom Wettbewerb kontrollierte Handlungsspielräume zulasten Dritter und mittelbar auch Schäden der Verbraucher.⁵¹

Der BGH betont dann aber, dass es in Sachen Facebook um einen zweiseitigen Markt geht, und sowohl vertikale Wirkungen auf Nutzer (Ausbeutung) und horizontale Wirkungen auf Wettbewerber (Behinderung) infrage stehen. Diese unterschiedlichen Auswirkungen dürften nicht unterschiedlich behandelt werden.⁵² Für den Behinderungsmissbrauch gelte aber ein weniger strenger Maßstab im Sinne einer Verbindung zwischen Marktbeherrschung und wettbewerbsbeeinträchtigender Wirkung.⁵³ Das gleiche müsse gelten, wenn zugleich ein Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch auf einem zweiseitigen Markt vorliege.⁵⁴ Damit lässt er die Frage offen, was für den separaten Ausbeutungsmissbrauch gilt. Der Gesetzgeber hat aber mittlerweile insoweit gehandelt und in § 19 Abs. 1 GWB die Formulierung „missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ durch „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ ersetzt. Bezweckt ist damit eine allgemeine Ergebniskausalität im Missbrauchsverbot.⁵⁵

An die Prüfung der danach erforderlichen Ergebniskausalität stellt der BGH keine allzu hohen Anforderungen. Insbesondere sei keine hohe Wahrscheinlichkeit erforderlich wie für § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB.⁵⁶ Für den BGH reichen tatsächliche Anhaltspunkte dafür aus, wie Nutzer wirtschaftlich vernünftig reagieren und welche Anreize sie für andere Konditionen haben.⁵⁷

3. Wettbewerblicher Bezug: Ausbeutung und Behinderung

Nach der Weichenstellung hin zu einer „aufgedrängten Leistungserweiterung“ mit einem Ausbeutungs- und einem Behinderungselement prüft der BGH die jeweiligen Tatbestände auf ein

⁵⁰ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 73 – *Facebook*.

⁵¹ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 74 – *Facebook*.

⁵² BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 79 – *Facebook*.

⁵³ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 78 – *Facebook*.

⁵⁴ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 79 – *Facebook*.

⁵⁵ Gesetzesbegründung der Bundesregierung zur 10. GWB-Novelle, 9.9.2020, S. 81 ff.

⁵⁶ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 81 – *Facebook*.

⁵⁷ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 81 – *Facebook*.

wettbewerbswidriges Marktergebnis (Ausbeutung) bzw. eine Eignung zur Behinderung von Wettbewerbern.

Der BGH stellt fest, dass die beanstandete Verhaltensweise zu einem wettbewerbswidrigen Marktergebnis führt, das bei funktionierendem Wettbewerb nicht zu erwarten gewesen wäre.⁵⁸ Bei funktionierendem Wettbewerb wäre eine stärkere Ausrichtung des Angebots an den Nutzerpräferenzen zu erwarten gewesen. In diesem Fall gäbe es ein Angebot, bei dem die Nutzer die Wahl zwischen einer stärkeren Personalisierung (und der Werbung) mit „off-Facebook“-Daten und einer weniger starken Personalisierung ohne diese Daten hätten.⁵⁹

Die Eignung zur Wettbewerbsbehinderung ist nach Auffassung des BGH vor allem darin zu sehen, dass die „off-Facebook“-Daten Facebook ermöglichen, das Angebot im Verhältnis zu Wettbewerbern weiter zu verbessern.⁶⁰ Zwar bestehe schon aktuell allein durch die Nutzerzahl von Facebook und die damit verbundenen Netzwerkeffekte eine erhebliche Marktzutrittschranke. Diese werde aber weiter erhöht, indem durch die „off-Facebook“-Daten eine stärkere Personalisierung und damit eine Verbesserung des Angebots erfolgen kann, während zugleich die Chancen für Wettbewerber weiter sinken.⁶¹

4. Interessenabwägung

Der BGH schließt seine Prüfung mit einer einzelfallbezogenen umfassenden Interessenabwägung „unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung“ des GWB ab.⁶² Dabei lehnt er das Argument des OLG Düsseldorf ab, ein Kontrollverlust der Nutzer liege nicht vor, weil diese sich auch gegen die Nutzung von Facebook entscheiden könnten. Er begründet diese mit der Bedeutung des sozialen Netzwerks für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben.⁶³ Für die Missbräuchlichkeit führt der BGH auch das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung an.⁶⁴ Er nimmt zudem die Erörterung

⁵⁸ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 84 ff. – *Facebook*.

⁵⁹ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 86 f. – *Facebook*.

⁶⁰ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 94 – *Facebook*.

⁶¹ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 94 f. – *Facebook*.

⁶² BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 98 – *Facebook*.

⁶³ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 102 – *Facebook*.

⁶⁴ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 103 ff. – *Facebook*.

datenschutzrechtlicher Vorgaben insoweit wieder auf, als er begründet, dass die Nutzung der „off-facebook“-Daten eine Einwilligung der Nutzer erfordern.⁶⁵

Im Kern der Interessenabwägung allerdings identifiziert der BGH das nach seiner Wertung entscheidende wettbewerbliche Problem. Facebook dürfe zwar ein „personalisiertes Erlebnis“ bieten. Die Nutzer müssten allerdings auch ein Angebot ohne außerhalb von Facebook ohne Einwilligung über sie erhobene Daten wählen können.⁶⁶ Die Wahlfreiheit der Verbraucher werde durch den wettbewerblichen Prozess gewährleistet. Bei Marktbeherrschung sei dieser Prozess eingeschränkt und dem Marktbeherrscher könne aufgegeben werden, die im Wettbewerb zu erwartenden Wahlmöglichkeiten wieder herzustellen.⁶⁷ Datenschutzrechtliche Vorgaben spielen dabei keine entscheidende Rolle, auch wenn sie Teil der Interessenabwägung sind. Der BGH stellt klar, dass die Rechtswidrigkeit des Verhaltens nach außerkartellrechtlichen Normen nur ein Faktor bei der Interessenabwägung und keine notwendige Voraussetzung für den Missbrauch ist.⁶⁸

Die kartellrechtliche Interessenabwägung in Missbrauchsfällen hat ihren Ursprung in der BGH-Entscheidung „Treuhandbüro“.⁶⁹ Sie ist für den BGH Ausdruck dessen, dass der Missbrauch ein am Prinzip der Wettbewerbsfreiheit orientiertes Unwerturteil enthält.⁷⁰ Auch wenn die Interessenabwägung im Wesentlichen bei Anwendung von § 20 Abs. 1 GWB a.F., also dem Missbrauchstatbestand für Unternehmen mit relativer Marktmacht durchgeführt wurde, ist ihre Anwendung auf das Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen nach § 19 GWB anerkannt.⁷¹ Sie ist letztlich der Preis für den weiten Tatbestand des § 19 GWB.⁷²

Insbesondere der Jubilar hat sich um die Einordnung des Konzeptes der Interessenabwägung verdient gemacht. Nach *Möschel* lässt sich der Ansatz als „Theorie der beweglichen Schranken“ bezeichnen.⁷³ Die Interessenabwägung ist danach zwar nur ein Verfahren und enthält keinen

⁶⁵ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 112 ff. – *Facebook*.

⁶⁶ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 121 – *Facebook*.

⁶⁷ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 123 – *Facebook*.

⁶⁸ BGH, Beschluss v. 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 99 – *Facebook*.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 27.9.1962 – KZR 6/61, Rn. 35 – *Treuhandbüro (Grote-Revers)*.

⁷⁰ BGH, Beschluss v. 9.11.1982 – KVR 9/81, Rn. 10 – *Gemeinsamer Anzeigenteil*.

⁷¹ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.) (Fn. 10), Rn. 33 m.w.N.

⁷² *Podszun*, GRUR 2020 (Fn. 42), 1272.

⁷³ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.) (Fn. 10), Rn. 33.

eigenen Orientierungsmaßstab. Die Berücksichtigung der Wettbewerbsfreiheit im Rahmen der Interessenabwägung steht zudem vor der Schwierigkeit, dass ihr Inhalt nicht vorweg definiert werden kann. Es gibt aber jedenfalls keine realistische Alternative zu dieser Methode.⁷⁴ Zudem kann sie mit ihrer Offenheit für den Einzelfall vor den Wettbewerbserstarrungen schützen, die § 19 GWB verhindern will.⁷⁵ Die Hauptaufgabe besteht dann darin, Fallgruppen zu bilden, die „unter Berücksichtigung des Grades der vorhandenen Marktmacht und der Auswirkungen auf den Restwettbewerb generalisierend jedenfalls als *prima facie*“ missbräuchlich erscheinen.⁷⁶

V. Fazit

Der BGH und das BKartA kommen im Facebook-Verfahren zum selben Ergebnis, aber auf unterschiedlichen Wegen. Der vom BKartA verfolgte Ansatz allein über den Konditionenmissbrauch wäre ein relativ scharfes Schwert zur Verfolgung außerkartellrechtlicher Rechtsverstöße über das Missbrauchsverbot. Die Voraussetzungen über die Bejahung des außerkartellrechtlichen Verstoßes hinaus sind relativ gering, zumindest wenn eine normative Kausalität oder Ergebniskausalität für ausreichend gehalten wird. Zudem werden die Wettbewerbsprobleme durch die außerkartellrechtlichen Wertungen verdeckt oder müssen in die außerkartellrechtlichen Wertungen hineingelesen werden.

Die Lösung des BGH über die „aufgedrängte Leistungserweiterung“ rückt die originär wettbewerblichen Wirkungen gegenüber den außerkartellrechtlichen Wertungen in den Fokus. Der kombinierte Ausbeutungs- und Behinderungsansatz spiegelt die Zweiseitigkeit der betroffenen Märkte wieder.⁷⁷ Insbesondere im Rahmen der kartellrechtlichen Interessenabwägung „unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung“ des GWB drückt der BGH deutlich aus, dass im Zentrum der Missbrauchsprüfung die wettbewerblichen Wirkungen stehen.⁷⁸

⁷⁴ *Möschel*, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1983, Rn. 544.

⁷⁵ *Möschel* (Fn. 74), Rn. 544.

⁷⁶ *Möschel* (Fn. 74), Rn. 544.

⁷⁷ Vgl. auch *Podszun*, GRUR 2020 (Fn. 42), 1270.

⁷⁸ Vgl. auch *Louven*, CR 2021 (Fn. 49), 38.

Nach *Möschel* ist im Konzept der Interessenabwägung die Aufgabenstellung angelegt, Fallgruppen missbräuchlichen Verhaltens zu bilden. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die „aufgedrängte Leistungserweiterung“ des BGH Anknüpfungspunkt für weitere potentiell missbräuchliche Verhaltensweisen im Rahmen der Digitalwirtschaft oder Plattformökonomie sein wird.