

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

3  
K&R

Editorial: Wir machen nicht mit  
*Dr. Felix Buchmann*

- 145 Neues Recht – neue Fragen: Einige aktuelle Interpretationsfragen zur DSGVO · *Prof. Peter Gola*
- 149 Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße  
*Dr. Christoph Rempe*
- 154 Zur Zulässigkeit der Berichterstattung über Hochzeit eines Prominenten · *Dr. Diana Ettig*
- 157 Aktuelle Entwicklungen im Steuerrecht in der Informationstechnologie 2015/2016 · *Prof. Dr. Jens M. Schmittmann*
- 165 Prüfverfahren bei beanstandeten Telekommunikationsrechnungen  
*Jonas Breyer*
- 171 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 174 EuGH: Übermittlung von Vertragsänderungen mittels Online-Banking-Postfach
- 180 BGH: Zuständiges Gericht bei Vertragsstrafeansprüchen mit Kommentar von *Michael Terhaag* und *Christian Schwarz*
- 184 BGH: Ordnungsgeld-Höhe bei rechtswidrig veröffentlichtem Video in sozialem Netzwerk
- 187 BGH: World of Warcraft I: Urheberrechtsverletzung durch Vertrieb von Bot-Programmen
- 196 OLG Düsseldorf: Zur Haftung und Verbandsklagebefugnis bei Verwendung des „Like-Buttons“ mit Kommentar von *Laura Schulte*

Beihefter 1/2017

E-Commerce in China – Facts and Law Regulations  
*Daniel Albrecht*

20. Jahrgang

März 2017

Seiten 145 – 216

bedarf der betroffenen Person bei Einschaltung eines Auftragsverarbeiters. Es bedarf keiner gesonderten Rechtsgrundlage, wenn die Nutzung der Daten unter Einhaltung der Regelungen der Verordnung zur Auftragsvergabe erfolgt.<sup>36</sup> Insofern kann dann auch Art. 28 DSGVO als eigenständige Befugnisnorm verstanden werden.<sup>37</sup> Vertretbar mag es auch sein, die zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbarte Datenverarbeitung als einheitlichen Verarbeitungsvorgang (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) einzuordnen, für den es nur eine einheitliche Prüfung geben kann. Andererseits bleibt es aber auch dabei, dass in den Fällen, in denen der Vertragspartner zur Erfüllung einer ihm übertragenen Aufgabe/Funktion über die Verarbeitung der ihm zur Verfügung gestellten Daten selbst entscheidet, über die Übermittlung an den einerseits und über die Verarbeitung durch den Empfänger andererseits die Zulässigkeitskriterien der Art. 6 und 9 DSGVO entscheiden.

## VI. Das Haushaltsprivileg und „private“ Veröffentlichungen von Daten Dritter in sozialen Netzwerken

In Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO wird das bereits in Art. 3 Abs. 2 EU-DSRL enthaltene sog. Familien- oder Haushaltsprivileg fortgeschrieben. Die Verordnung gilt danach nicht für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die von einer natürlichen Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten und somit ohne Bezug zu einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit vorgenommen wird.<sup>38</sup> Zu dem typisch persönlich familiären Bereich gehören Freizeit, Urlaub, privater Konsum oder Sport. Demgemäß fallen in den Freiraum Verarbeitungen, die z. B. dem Hobby oder der Wirtschaftsführung des Privathaushaltes dienen. Unzweifelhafte Beispiele<sup>39</sup> bilden auch der privaten Kommunikation dienende

Anschriftenverzeichnisse und die private Kommunikation selbst. Dazu soll nun nach ErwG 18 auch die Nutzung sozialer Netze und Onlineaktivitäten „im Rahmen solcher Tätigkeiten“ zählen „können“. Wie weit der konjunktivisch in den Raum gestellte Freiraum reicht, bleibt jedoch offen. Es bleibt unklar, ob „private“ frei zugängliche Veröffentlichungen von Daten Dritter von der Verordnung erfasst sind,<sup>40</sup> d. h. ob die Ausnahme nur greift, wenn der Kreis der Empfänger auf einen engen Familien- und Freundeskreis beschränkt ist.<sup>41</sup> Bei der Interpretation des Erwagungsgrundes muss hinsichtlich des unterschiedlichen Potentials für die Gefährdung von Persönlichkeitsrechten<sup>42</sup> der Tatsache Rechnung getragen werden, dass es insoweit einen gravierenden Unterschied macht, ob personenbezogene Daten in einem Brief oder einem Telefonat einen bestimmten Adressaten mitgeteilt oder über eine allgemein zugängliche Website im Internet „publiziert“ werden.<sup>43</sup> Mit Albrecht/Jotzo<sup>44</sup> beschränkt sich daher die Ausnahme etwa auf Fälle, in denen die Nutzer in geschlossenen Gruppen Daten austauschen, die keinen Bezug zu ihrer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit haben.

36 Plath, in: Plath (Fn. 5), DSGVO Art. 28 Rn. 3.

37 Krohm/Müller-Peltzner, RDV 2016, 307.

38 Gola/Lepperhoff, ZD 2016, 9.

39 Vgl. auch v. Lewinski, in: Auernhammer, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 9 ff.

40 So im Lindquist-Urteil: EuGH, 6. 11. 2003 – C-101/01.

41 Albrecht/Jotzo (Fn. 32), Teil 3 Rn. 30.

42 Wolff/Brink/Schneider, BeckOK DatenschutzR, EG DS-RL, Syst. B Rn. 57.

43 Unbestimmt Plath, in: Plath (Fn. 5), GVO Art. 2 Rn. 13: „Der reine Umstand, dass in sozialen Netzwerken eingestellte Informationen ggf. einer größeren Zahl von Nutzern zugänglich sind, führt nicht automatisch zur Anwendbarkeit der DSGVO“.

44 Albrecht/Jotzo (Fn. 32), Teil 3 Rn. 30.

RA Dr. Christoph Rempe, Bielefeld\*

# Marktmachtmisbrauch durch Datenschutzverstöße

Unter Berücksichtigung der Ankündigung des Bundeskartellamtes ein Verfahren gegen Facebook wegen des Verdachts des Marktmachtmisbrauchs wegen datenschutzwidriger Nutzungsbedingungen zu eröffnen, untersucht dieser Beitrag, inwiefern Datenschutzverstöße marktmächtiger Unternehmen kartellrechtlich relevant sind. Daraus ableitend wird der Frage nachgegangen, ob daraus ebenso die wettbewerbsrechtliche Verletzung einer Marktverhaltensregel folgen kann.

## I. Einleitung

Immer mehr geht in unser ökonomisches Bewusstsein über, dass Daten das Wirtschaftsgut des 21. Jahrhunderts sind. Dies sind neben den technischen Daten, die zum Beispiel aus Maschinen und Autos abgelesen werden, vor allem auch durch Menschen generierte Daten. Mit diesen von Menschen generierten Daten, gleich ob sie Personenbezug aufweisen oder nicht, lassen sich ganze Profile bilden, über die interessengenau Werbung für bestimmte

Produkte geschaltet werden kann, aber auch Versicherungsrisiken passgenau berechnet werden können. Diese Daten werden oftmals nebenbei erhoben. Am Einfachsten und Häufigsten geschieht dies durch Nutzung von Diensten im Internet.

Der Clou ist, dass wir die Daten freiwillig bei der Nutzung von Plattformen wie Facebook und Google preisgeben, deren Nutzung im Übrigen völlig kostenlos ist. Schon länger wird daher argumentiert, dass die Nutzung von Internetplattformen wie Facebook und Google nur scheinbar kostenlos ist und wir in Wahrheit mit der Preisgabe unserer Daten als Entgelt bezahlen.<sup>1</sup>

Sieht man auch personenbezogene Daten somit als Wirtschaftsgut und Entgelt für bestimmte vordergründig kos-

\* Der Beitrag geht auf einen Vortrag bei der DSRI-Herbstakademie 2016 zurück, der im Tagungsband Jürgen Taeger (Hrsg.), Smart World – Smart Law? – Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, 2016, veröffentlicht wurde. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

<sup>1</sup> So Hoeren, WuW 2013, 463.

tenlose Leistungen an,<sup>2</sup> so gibt es dafür auch einen Markt. Märkte unterliegen jedoch wettbewerbs- und kartellrechtlichen Vorschriften zum Schutze anderer Marktteilnehmer, Verbraucher und der Allgemeinheit.

Im März dieses Jahres hat das Bundeskartellamt daher auch in einer Pressemitteilung erklärt, dass es ein Verfahren gegen Facebook wegen des Verdachts auf Marktmachtmisbrauch durch die Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen Regelungen in den Nutzungsbedingungen zur Verwendung der Daten der Mitglieder eingeleitet habe.<sup>3</sup> Damit geht auch das Bundeskartellamt inzwischen davon aus, dass Daten der Nutzer in letzter Konsequenz als Entgelt für die ansonsten kostenfreie Nutzung des sozialen Netzwerks anzusehen sind und möglicherweise ein kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch Facebook vorliegt.

Wenn die Daten als Entgelt dienen und es insoweit abgrenzbare Märkte für bestimmte Leistungen gibt, so lässt sich auch begründen, dass Datenschutzvorschriften Marktverhaltensnormen im Sinne des § 3 a UWG sind.

In diesem Beitrag soll daher zunächst untersucht werden, inwiefern Datenschutzverstöße tatsächlich als Marktmachtmisbrauch bewertet werden können. In einem weiteren Schritt soll darauf aufbauend untersucht werden, ob Datenschutzvorschriften wettbewerbsrechtlich als Marktverhaltensregelungen herangezogen werden können und welche Konsequenzen dies für nicht-marktbeherrschende Unternehmen hat, die Datenschutzverstöße begehen.

## II. Marktmachtmisbrauch

Das Bundeskartellamt ermittelt gegen Facebook wegen des Verdachts der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 1 GWB. Konkret wird ermittelt wegen des Verdachts des Missbrauchs durch Facebook als marktbeherrschendes Unternehmen wegen der Forderungen von Entgelten oder sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit gem. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ergeben würden. Schon tatbeständliche bestehen somit diverse Probleme: Facebook muss ein marktbeherrschendes Unternehmen sein. Das setzt somit voraus, dass zum einen ein Markt für die Leistungen von Facebook abgegrenzt werden kann und zum anderen, dass Facebook diesen separaten Markt beherrscht.

### 1. Relevanter Markt

Schwierig ist es schon, vorab den sachlich und örtlich relevanten Markt zu bestimmen, da es sich um digitale Angebote über das Internet handelt und sich nicht wie in traditionellen Märkten Anbieter und Nachfrager direkt gegenüberstehen.<sup>4</sup> Dieses klassische Modell ist bei digitalen Märkten zumeist nicht vorzufinden. Dort wird vielmehr von „zweiseitigen Märkten“ gesprochen, in denen mehrere Nutzergruppen interagieren und der Anbieter eine Vermittlerrolle einnimmt.<sup>5</sup> Dies trifft zum Beispiel auf vom Anbieter bereit gestellte Dating-Plattformen oder auch auf Suchmaschinen zu.

Facebook ist jedoch ein soziales Netzwerk, über das die Nutzergruppen sich miteinander austauschen und kommunizieren wollen. Das soziale Netzwerk ist insoweit das Medium. Für die einzelnen Nutzer wiederum ist die Nutzung der Plattform dann besonders positiv, wenn immer mehr Nutzer hinzukommen, mit denen sie sich austau-

schen und interagieren können.<sup>6</sup> Man spricht insoweit von Netzwerk- und Skaleneffekten.<sup>7</sup> Obwohl somit keine klassische Marktsituation vorliegt, können nach Einschätzung des Bundeskartellamtes die bisherigen Methoden zur Marktabgrenzung auf die Internetökonomie angepasst herangezogen werden.<sup>8</sup>

Der Markt wird daher nach dem Bedarfsmarktkonzept bestimmt, wobei untersucht wird, ob aus Sicht der Marktgegenseite bestimmte gewerbliche Leistungen austauschbar sind.<sup>9</sup> So kommt das Bundeskartellamt zum Beispiel zu einem gemeinsamen Markt von Dating-Plattformen, wozu auch solche gerechnet werden, die ausschließlich werbefinanziert und für den Nutzer kostenlos sind.<sup>10</sup>

Gerade der Umstand, dass Leistungen von Facebook, Google und Co. ohne monetäre Gegenleistung erfolgen, zwingt zum Umdenken weg von dem alt hergebrachten Grundsatz, dass Märkte den Austausch von Gütern gegen Geld erfordern.<sup>11</sup> Von dieser These wird zukünftig auch das Bundeskartellamt abrücken, da diese Betrachtungsweise den Besonderheiten der Internetökonomie nicht gerecht werde.<sup>12</sup> Richtigerweise sind dem folgend auch Märkte für Suchmaschinen und insbesondere soziale Netzwerke zu bilden, zumal die Gegenleistung für die Nutzung dann in der Preisgabe der Nutzerdaten als neuem Wirtschaftsgut liegt. Denn der Plattformbetreiber kann seine Plattform vor allem deshalb zur kostenlosen Nutzung beitreten, da er im Sinne eines weitergehenden Netzwerkeffektes die Nutzerdaten Werbetreibenden zur Verfügung stellt, die dann passgenaue Werbung schalten können.<sup>13</sup> Die Daten haben somit selbst einen bedeutenden ökonomischen Wert für den Plattformbetreiber, da sie den Werbetreibenden Informationen zu den Interessen und Vorlieben der Nutzer liefern können.<sup>14</sup>

Das Problem der Unentgeltlichkeit digitaler Märkte im klassischen Sinne wird in Zukunft durch eine entsprechende Gesetzesänderung gelöst. Der Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle sieht einen neuen § 18 Abs. 2 a GWB vor, wonach ein Markt im Sinne des Kartellrechts auch ein solcher sein kann, auf dem Leistungen unentgeltlich angeboten werden. Die Frage, ob Daten Entgeltcharakter haben können, stellt sich dann jedenfalls im Rahmen der Marktabgrenzung nicht mehr.

Aus Sicht der Nutzer von Facebook gibt es einen Markt für soziale Netzwerke,<sup>15</sup> die allgemein ein großes Publikum ansprechen, das über das soziale Netzwerk Kontakte un-

2 Inwiefern freiwillig preisgegebene Daten wirtschaftlich als Wirtschaftsgut angehen werden können, ist umstritten; siehe dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 65, abrufbar unter: [http://monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68\\_volltext.pdf](http://monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf) (Stand: 20. 1. 2017).

3 BKartA, Meldung vom 2. 3. 2016, abrufbar unter: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/2016/02\\_03\\_2016\\_Facebook.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/2016/02_03_2016_Facebook.html), (Stand: 20. 1. 2017).

4 Körber, WuW 2015, 120, 121.

5 Körber, WuW 2015, 120, 122.

6 Vgl. Telle, WRP 2016, 814, 815.

7 Ewald, in: Wiedemann, Hdb. KartellR, 3. Aufl. 2016, § 7 Rn. 70 mit dem klassischen Beispiel des Telefons; je mehr Menschen ein Telefon haben, desto mehr Nutzen hat dies für den Einzelnen.

8 BKartA, Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“, Juni 2016, S. 2, abrufbar unter: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09\\_06\\_2016\\_ThinkTank.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_06_2016_ThinkTank.html) (Stand: 20. 1. 2017).

9 Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 18 Rn. 7.

10 BKartA, Beschl. v. 22. 10. 2015 – B6-57/15, BeckRS 2016, 01137.

11 Vgl. Körber, WuW 2015, 120, 125 m. w. N.

12 BKartA (Fn. 8), S. 2.

13 So auch Telle, WRP 2016, 814, 816 m. w. N.

14 Paal, GRUR Int. 2015, 997, 1000.

15 So auch BKartA (Fn. 3).

terhalten und mit anderen Nutzern allgemein interagieren möchte. Davon abzugrenzen sind besondere soziale Netzwerke, die sich nur an Nutzer mit einem bestimmten Interesse richten, zum Beispiel Xing oder LinkedIn als Karrierenetzwerke. Abzugrenzen sind außerdem Dating-Plattformen, da deren Nutzer primär partnerschaftliche Kontakte suchen. Auch Messaging-Dienste wie Twitter sind insoweit von allgemeinen sozialen Netzwerken abzugrenzen, da darüber nur kurze Statusmeldungen und News verbreitet werden, eine längerfristige Interaktion jedoch ausscheidet.

## 2. Marktbeherrschende Stellung

Gemäß § 18 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter einer bestimmten Art gewerblicher Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Dabei werden vor allem gem. § 18 Abs. 3 GWB sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässig sind, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, berücksichtigt.

Hohe Marktanteile im Sinne des § 18 Abs. 4 GWB haben in digitalen Märkten nur eine begrenzte Aussagekraft für die Bewertung der Marktbeherrschung.<sup>16</sup> Das liegt vor allem daran, dass viele Nutzer parallel bei unterschiedlichen Plattformen angemeldet oder auch inaktiv sein können. Außerdem zeichnen sich die digitalen Märkte durch eine hohe dynamische Veränderung aus, die vor allem am Technikbezug liegt.<sup>17</sup>

Zu berücksichtigen sind bei Facebook vielmehr vor allem die tatsächlichen Schranken für den Marktzutritt anderer sozialer Netzwerke im Sinne des § 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB. Diese Schranken resultieren vor allem aus den oben näher erläuterten Skalenvorteilen, die sich aus dem Netzwerkeffekt ergeben. Für Nutzer ist das soziale Netzwerk Facebook nicht ohne Weiteres substituierbar mit möglichen Konkurrenten, da das entsprechende Netzwerk (noch) fehlt und somit der eigentliche Zweck der Nutzung von sozialen Netzwerken nicht erreicht wird.<sup>18</sup> Andererseits ist jedoch aufgrund der einfachen und kostenlosen Registrierung auch ein Wechsel der Nutzer auf eine andere Plattform schnell möglich.<sup>19</sup> Es ist daher abzuwegen, ob ein potentieller Wettbewerb wahrscheinlich ist oder nicht.

Schließlich spricht auch der exklusive Zugang zu den Nutzerdaten für eine besondere Marktmacht. Zwar wird dies zumeist kritisch gesehen, da letztlich auch die Qualität der Daten zu prüfen wäre und daher nur die Menge der Daten alleine nicht für Marktmacht spreche.<sup>20</sup> Andererseits kann eine exklusive Herrschaft über Daten eine Marktzutrittsschranke für potentielle Wettbewerber darstellen, da diese Daten als wertvolle Quelle für Unternehmen und insbesondere die Werbeindustrie genutzt werden können.<sup>21</sup>

Vor diesem Hintergrund spricht die exklusive Herrschaft über eine Vielzahl von Nutzerdaten in Kombination mit den abschottenden Netzwerk- und Skaleneffekten und außerdem nicht zu vergessen, die schlicht fehlende nennenswerte Konkurrenz im Markt für soziale Netzwerke, für eine marktbeherrschende Stellung von Facebook.

Auch dazu verhält sich der Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle, wonach im neuen § 18 Abs. 3 a GWB explizit diese besonderen Themen digitaler Märkte als Kriterien zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen werden sollen. Explizit aufgezählt werden im Referentenentwurf die Kriterien Netzwerkeffekte, Wechselaufwand, Größe des Dienstes, Zugang zu Daten und der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck. Es handelt sich bei diesem Entwurf somit eindeutig um eine Facebook-Klausel.

## 3. Marktmachtmisbrauch

Das Bundeskartellamt ermittelt gegen Facebook wegen des Verdachts, dass Facebook seine marktbeherrschende Stellung dazu ausnutzt, datenschutzwidrige Geschäftsbedingungen zu verwenden.<sup>22</sup> Insoweit besteht der Verdacht eines Konditionenmissbrauchs gem. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 GWB.

### a) Verwendung gegen nicht-kartellrechtliche Normen verstörende Nutzungsbedingungen

Tatsächlich geraten die Nutzungsbedingungen von Facebook immer wieder in die Kritik und werden auch von der Rechtsprechung kritisch gesehen. So hat das KG bereits Anfang 2014 die Funktion „Freunde finden“ bei Facebook für datenschutzrechtlich unzulässig bewertet.<sup>23</sup> Zuletzt hat zudem wiederum der Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV) mitgeteilt, Facebook wegen datenschutzwidriger Nutzungsbedingungen abgemahnt zu haben.<sup>24</sup> Mit diesem Beitrag soll nicht untersucht werden, ob die Nutzungsbedingungen von Facebook tatsächlich gegen Datenschutzrecht verstößen. Vielmehr soll geprüft werden, ob ein unterstellter Verstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens gegen datenschutzrechtliche Vorschriften einen kartellrechtlichen Konditionenmissbrauch begründen kann.

Die Konditionen für die Nutzung von Facebook und die Erhebung und Verarbeitung der Nutzerdaten ergeben sich aus den Nutzungsbedingungen von Facebook, die AGB sind. Die Verwendung rechtswidriger AGB durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann grundsätzlich einen Konditionenmissbrauch im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB begründen.<sup>25</sup> Zwar lässt sich daraus nicht prinzipiell ableiten, dass die Verwendung rechtswidriger Geschäftsbedingungen stets marktmachtmisbräuchlich ist.<sup>26</sup> Voraussetzung ist nämlich eine Wettbewerbsbezogenheit der

16 Dazu Körber, WuW 2015, 120, 126; Telle, WRP 2016, 814, 817.

17 BKartA (Fn. 8) S. 2; Körber, WuW 2015, 120, 126.

18 Vgl. Monopolkommission (Fn. 2), Rn. 46, 55.

19 Vgl. Telle, WRP 2016, 814, 817.

20 Telle, WRP 2016, 814, 818.

21 BKartA (Fn. 8), S. 2.

22 BKartA (Fn. 3).

23 KG Berlin, 24. 1. 2014 – 5 U 42/12, K&R 2014, 280 ff. = CR 2014, 319.

24 VZBV, Pressemitteilung vom 26.2.2015, abrufbar unter: <http://www.vzbv.de/pressemitteilung/facebook-fuehrt-nutzer-die-irre>, (Stand: 20.1.2017).

25 BGH, 6. 11. 2013 – KZR 61/11, WRP 2014, 185, Rn. 68 – VBL-Gegenwert.

26 Darauf weist zurecht Telle, WRP 2016, 814, 818 hin.

Normen, gegen die die AGB verstößen.<sup>27</sup> Die datenschutzrechtlichen Vorschriften im TMG und BDSG sind keine kartellrechtlichen Vorschriften wie zum Beispiel § 1 GWB.

Allerdings weisen die datenschutzrechtlichen Vorschriften, insbesondere die §§ 12 ff. TMG im Hinblick auf die Verwendung von Daten in der Internetökonomie einen wettbewerbsrechtlichen Bezug auf. Denn die datenschutzrechtlichen Regelungen bilden die Grenze dessen, was bei der Nutzung der über die Internet-Plattform erlangten Daten noch erlaubt ist. Zum Beispiel dürfen Benutzerprofile gem. § 15 Abs. 3 TMG nur pseudonymisiert erstellt werden, wohingegen für Unternehmen natürlich solche Benutzerprofile besonders interessant wären, die einen Rückchluss auf bestimmte Personen zuließen. Für derartige Nutzerprofile ließen sich somit eher Abnehmer finden, die dann auch einen höheren Betrag dafür aufwenden würden. Der Datenschutzverstoß würde also einen Wettbewerbsvorteil bringen. Im Hinblick darauf, dass die Internetökonomie vor allem auf die Nutzung und Verarbeitung von Daten ausgerichtet ist und Daten somit als neues Wirtschaftsgut oder sogar als Währung angesehen werden, sind die Daten kommerzialisierbar. Deshalb sind die betroffenen datenschutzrechtlichen Vorschriften wettbewerbsbezogen. Bei einem Verstoß dagegen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen liegt dann auch tatbestandlich ein Marktmachtmisbrauch gem. § 19 Abs. 1 GWB vor.

#### b) Ausbeutung durch exzessive Datenerhebung

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob auch dann ein Marktmachtmisbrauch vorliegt, wenn die Nutzungsbedingungen der Internet-Plattform datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden sind, der Betreiber aber exzessiv Daten der Nutzer vor allem zu Werbezwecken erhebt.<sup>28</sup> Durch den mangelnden Wettbewerb, dem das marktbeherrschende Unternehmen ausgesetzt ist, kommt es so zu einer „Ausplünderung“ der Marktgegenseite,<sup>29</sup> also den Nutzern des sozialen Netzwerkes.

Insoweit sind noch zahlreiche tatsächliche Fragen offen, die im Wesentlichen empirisch zu untersuchen sind. Zu klären ist insbesondere, ob und inwiefern der Nutzer sozialer Netzwerke selbst in der Lage ist, zu überblicken, wie seine Daten verarbeitet werden und was damit geschieht. In dem Fall könnte er selbst die „Ausplünderung“ dadurch verhindern, dass er seine Daten nicht eingibt und somit der Datenverarbeitung durch den Betreiber entzieht.

Weiter zu beleuchten ist außerdem die Frage, ob zwischen Datenerhebung und Leistungserbringung überhaupt ein erhebliches Ungleichgewicht besteht und somit eine „Ausplünderung“ gegeben ist.<sup>30</sup>

Schließlich ist ungeklärt, wie der in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zur Begründung des Marktmachtmisbrauchs vorgesehene Vergleich mit Unternehmen auf entsprechenden Märkten mit wirksamen Wettbewerb<sup>31</sup> aussehen soll. Ein Vergleichsmarkt zu sozialen Netzwerken ist kaum zu bestimmen, insbesondere da der Markt im Wesentlichen aus Facebook besteht.<sup>32</sup>

#### 4. Vorteile für Nutzer

Diskutiert wird außerdem, ob im Rahmen einer Gesamtabwägung auch Vorteile für die Nutzer von Facebook und anderen Internet-Plattformen mit einzubeziehen sind.<sup>33</sup> Schließlich ist die Nutzung jedenfalls ohne monetäre

Gegenleistung und somit für jedermann möglich. Allerdings ist dann auch einzubeziehen, dass die Nutzung eben die Preisgabe der Daten als Gegenleistung bedingt und somit letztlich doch eine neue Art des Entgelts erfordert. Diese Diskussion dreht sich somit im Kreis.

#### 5. Zwischenfazit

Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen datenschutzwidrige Nutzerbedingungen verlangt, liegt ein kartellrechtswidriger Marktmachtmisbrauch vor, da bei Kommerzialisierung der von den Nutzern generierten Daten datenschutzrechtliche Vorschriften Wettbewerbsbezug haben.

### III. Wettbewerbsrechtliche Konsequenzen

Wenn somit Datenschutzverstöße als Marktmachtmisbrauch angesehen werden können, stellt sich weiter die Frage, wie sich diese Schlussfolgerungen auf zivil-wettbewerbsrechtliche Ansprüche, insbesondere den Unterlassungsanspruch gem. § 8 UWG auswirken. Anknüpfungspunkt dafür ist tatbestandlich ein Rechtsbruch gem. § 3 a UWG.

#### 1. Rechtsbruch gem. § 3 a UWG

Voraussetzung dafür ist, dass die in Betracht kommenden datenschutzrechtlichen Normen, insbesondere die §§ 12 ff. TMG als Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3 a UWG, also als Normen, die auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, wobei die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern zu berücksichtigen sind. Diese Frage ist umstritten, wird inzwischen jedoch von der herrschenden Meinung in der Literatur bejaht.<sup>34</sup> Das ist nach der herrschenden Meinung insbesondere dann der Fall, wenn die Nutzung oder Übermittlung von Daten zu kommerziellen, insbesondere Werbezwecken erfolgt.<sup>35</sup>

#### a) Datenschutzvorschriften als Marktverhaltensregeln

Die §§ 12 ff. TMG sind dazu bestimmt, im Interesse der Verbraucher als Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Gemäß §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG sind Marktteilnehmer insbesondere auch Verbraucher, also natürliche Personen. Diese sollen über die datenschutzrechtlichen Regelungen geschützt werden, was sich direkt aus Erwägungsgründen 7 ff. der RL 95/46/EG und Erwägungsgrund 11 der RL 2000/31/EG ergibt, auf denen das deutsche Telemediengesetz beruht.<sup>36</sup>

Insoweit bezweckt zwar die EU-Datenschutzrichtlinie den Schutz des Persönlichkeitsrechts. Dieser Zweck geht über einen Verbraucherschutz hinaus. Aber allein daraus kann – wie das KG in seiner oben genannten Entscheidung zum „Facebook-Freundefinder“ weiter ausführt – nicht gefolgert werden, dass ein solcher Verbraucher-

27 Telle, WRP 2016, 814, 818.

28 Kritisch auch ausführlich Telle, WRP 2016, 814, 818 ff.

29 Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB, 5. Aufl. 2014, § 19 Rn. 18.

30 Dazu ausführlich Telle, WRP 2016, 814, 820.

31 Allgemein dazu Bechtold/Bosch (Fn. 9), § 19 Rn. 57 ff.

32 Vgl. Telle, WRP 2016, 814, 819.

33 Telle, WRP 2016, 814, 820.

34 Galetzka, K&R 2015, 77, 79 m. w. N.

35 Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 3 a Rn. 1.74.

36 KG Berlin, 24. 1. 2014 – 5 U 42/12, K&R 2014, 280 ff. = CR 2014, 319.

schutz nicht auch beabsichtigt sei. Denn das BDSG wie auch die EU-Datenschutzrichtlinie reglementieren nicht nur eine Datenverarbeitung im persönlichen, nicht geschäftlichen Lebensbereich der Bürger, sondern auch in ihrer wirtschaftlichen Betätigung als Verbraucher.<sup>37</sup> Ge regelt wird letztlich auch die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Werbemaßnahmen auf und für bestimmte Internetangebote, insbesondere soziale Medien und Online-Shops.

Zum Beispiel erhalten Nutzer von Facebook bei Besuch von Internetseiten mit „Gefällt mir“-Button vermehrt personalisierte Werbung. Insoweit führt Facebook im „Hilfebereich“ selbst aus:

„Wir nutzen die Informationen, die wir erhalten, wenn Du eine Website mit sozialen Plug-Ins besuchst, um Dir interessantere und relevantere Werbeanzeigen zu zeigen.“

Werbung zur Absatzförderung stellt allerdings in jedem Fall ein relevantes Marktverhalten dar. Aus diesem Grund sind Regelungen, die bestimmte Werbemaßnahmen betreffen (z. B. im HWG usw.), stets Marktverhaltensvorschriften im Sinne des § 3 a UWG.<sup>38</sup> Auch Erwägungsgrund 71 der EU-Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) unterstreicht dies, da es dort wörtlich heißt:

„Diese Richtlinie steht den gesetzlichen Regelungen eines Mitgliedstaats im Bereich der geschäftsmäßigen Werbung gegenüber in seinem Hoheitsgebiet ansässigen Verbrauchern nicht entgegen, sofern sich diese gesetzlichen Regelungen nicht auf den Schutz der Person bei der Verarbeitung personenbezogener Daten beziehen.“

Wie bereits ausführlich geschildert, kann die Preisgabe von Daten überdies als „Entgelt“ für die Nutzung der Dienste und den Besuch der Internetseiten angesehen werden. Gerade beim Einsatz neuer Medien wie sozialen Netzwerken und Tracking-Tools steht der ökonomische Aspekt der kommerziellen Sammlung von Kunden- und Nutzungsdaten im Vordergrund. Diese Daten stellen somit ein wirtschaftliches Gut dar, sodass deren Sammlung Marktrelevanz hat.

Irrelevant ist in dem Zusammenhang, ob andere staatliche Stellen Gesetzesverstöße durchsetzen sollen. Ein gutes Beispiel dafür ist die am 1. 1. 2009 in Kraft getretene neue Verpackungsverordnung, in der trotz anderweitiger staatlicher Durchsetzungsstellen explizit geregelt wird, dass es sich dabei um eine Marktverhaltensvorschrift im Sinne des § 3 a UWG handelt.

#### *b) Das Urteil des LG Düsseldorf zum Facebook-Like-Button*

Dieser Argumentation folgend hat das LG Düsseldorf in seiner viel beachteten Entscheidung zur Unzulässigkeit der Einbindung des Facebook-Like-Buttons argumentiert, dass Datenschutzvorschriften Marktverhaltensregelungen sind.<sup>39</sup>

Das LG Düsseldorf führt aus, dass insoweit zu berücksichtigen sei, dass die zunehmende wirtschaftliche Bedeutung der Erhebung elektronischer Daten diese nicht nur als Wirtschaftsgut erscheinen lasse, sondern auch die Entwicklung des Verständnisses des Datenschutzrechts beeinflusse.<sup>40</sup> Weiter argumentiert das Gericht, dass der Einsatz des Like-Buttons im konkreten Fall zu Werbezwecken erfolgt und zumindest mittelbar den Warenabsatz erhöhen soll.<sup>41</sup>

Das Urteil des LG Düsseldorf ist nicht rechtskräftig, sondern befindet sich derzeit in der Berufungsinstanz vor dem OLG Düsseldorf. Mit Beschluss vom 19. 1. 2017 hat das OLG Düsseldorf das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH verschiedene Fragen vorgelegt, die im Wesentlichen dahin gehen, wer verantwortliche Stelle der Datenverarbeitung beim Like-Button ist und wer in welcher Art und Weise über Art und Umfang der Datenverarbeitung informieren muss.<sup>42</sup> Allerdings zieht das OLG Düsseldorf in seinem Vorlagebeschluss nicht in Zweifel, dass datenschutzrechtliche Vorschriften als Marktverhaltensnormen im Sinne des § 3 a UWG eingeordnet werden können.

## 2. Zwischenfazit

Datenschutzrechtliche Vorschriften können daher im Bereich der Internetökonomie als Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3 a UWG angesehen werden.

## IV. Fazit

Die Diskussion, ob Datenschutzverstöße marktbeherrschender Unternehmen kartellrechtswidrig sind, ist längst überfällig. Bereits seit geraumer Zeit wird argumentiert, dass Daten das neue Wirtschaftsgut und sogar die neue Währung des 21. Jahrhunderts sind. Dies unterstellt lassen sich aber auch entsprechende Märkte im Bereich der Internetökonomie definieren. Die hergebrachten kartellrechtlichen Bewertungsmaßstäbe müssen dazu jedoch angepasst werden, weil vor allem die Angebote von Facebook und Google gegenüber den Nutzern augenscheinlich kostenlos sind. Dabei ist weiter die Besonderheit der zweiseitigen Märkte in Betracht zu ziehen.

Letztlich lässt sich aber ein Markt für soziale Netzwerke mit Anpassung des Bedarfsmarktkonzeptes definieren, wobei letztlich davon auszugehen ist, dass die Preisgabe der Daten als Entgelt für die Nutzung der Dienste erfolgt. In Zukunft wird diese Frage durch die geplanten Änderungen im Zuge der 9. GWB-Novelle eindeutig zu beantworten sein, da auf die Entgeltlichkeit verzichtet wird.

Schwieriger zu beurteilen ist hingegen die Frage, ob Facebook auf diesem Markt eine beherrschende Stellung einnimmt. Dort sind vor allem die Netzwerkeffekte zu berücksichtigen. Ebenfalls von Grund auf zu untersuchen ist, ob Facebook – einen Datenschutzverstoß unterstellt – mit seinen Nutzungsbedingungen Geschäftsbedingungen fordert, die auf einem Vergleichsmarkt mit funktionierendem Wettbewerb nicht durchsetzbar wären.

Aus dem Kommerzialisierungsgedanken von Daten und dem Einsatz der gewonnenen Daten zu Werbezwecken lässt sich schlussfolgern, dass Verstöße gegen bestimmte Datenschutzvorschriften, insbesondere die §§ 12 ff. TMG wettbewerbsrechtlich einen Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel begründen und somit mit dem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch verfolgt werden können.

37 KG Berlin, 24. 1. 2014 – 5 U 42/12, K&R 2014, 280 ff. = CR 2014, 319.

38 Jüngst zum Beispiel OLG Köln, 29. 4. 2016 – 6 U 91/13, BeckRS 2016, 12077.

39 LG Düsseldorf, 9. 3. 2016 – 12 O 151/15, K&R 2016, 364 ff. = MMR 2016, 328; Dazu Meyer, MMR-Aktuell 2016, 376765.

40 LG Düsseldorf, 9. 3. 2016 – 12 O 151/15, K&R 2016, 364 ff. = MMR 2016, 328, 330, Rn. 62.

41 LG Düsseldorf, 9. 3. 2016 – 12 O 151/15, K&R 2016, 364 ff. = MMR 2016, 328, 330, Rn. 63.

42 OLG Düsseldorf, 19. 1. 2017 – I-20 U 40/16, K&R 2017, 196 (in diesem Heft).