

# Kartellrecht und 'Big Data': Heftpflaster, Schweizer Messer oder Spezialwerkzeug?\*

Jochen Glöckner\*\*

## I. „Big Data“ in Gesellschaft und Recht

### 1. „Big Data“

Im Ausgangspunkt sind Daten<sup>1</sup> alle Arten von Informationen mit Bedeutungsgehalt<sup>2</sup>. Diese Informationen lassen sich in unterschiedlicher Weise qualifizieren, ohne dass diese Unterscheidungen unmittelbare Rechtsfolgen nach sich zögen:

Je nachdem, wer die Informationen erzeugt, lassen sich interne, d.h. vom Nutzer eines Geräts oder einer Software generierte, von externen, d.h. durch dritte Personen generierten Daten unterscheiden. Diese Daten können strukturiert, d.h. unmittelbar von Maschinen lesbar, oder unstrukturiert sein. Sie können personenbezogen oder nicht personenbezogen sein. Daten können rivalisierend sein, d.h. ihr Wert kann mit der Verbreitung abnehmen, oder nicht rivalisierend. Schließlich können sie ohne nennenswerten Aufwand replizierbar oder nicht ohne weiteres replizierbar sein.

Wenn qualifizierend von „Big Data“ gesprochen wird, ist damit kein bestimmtes Datenvolumen gemeint. Üblicherweise werden „Big Data“ durch die sogenannten „vier V“<sup>3</sup> gekennzeichnet:

Das erste „v“ lässt sich allerdings in der Tat aus einem erheblichen Volumen (en. *volume*), d.h. einer vorausgesetzten Menge an Daten, welche zur Verfügung stehen, ableiten. „Big Data“ geht es selten um den Wert einer ein-

---

\* Ergänztes und aktualisierte Fassung des am 04.07.2018 im Rahmen des 8. Trilateralen rechtsvergleichenden Seminars der Universität Konstanz, der Kansai Universität Osaka und der Hanyang Universität Seoul in Konstanz gehaltenen Vortrags.

\*\* Prof. Dr. iur., LL.M. (USA), Lehrstuhl für deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Konstanz; Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe.

<sup>1</sup> Pl. (Pluraletantum) von „Datum“, abgeleitet aus dem Lateinischen für „das Gegebene“.

<sup>2</sup> Ebenso *Körber*, „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 1, NZKart 2016, 303, 304; *Nuys*, „Big Data“ – Die Bedeutung von Daten im Kartellrecht, WuW 2016, 512; *Lasserre/Mundt*, Competition Law and Big Data: The Enforcers' View, Rivista Italiana di Antitrust n. 1 (2017), 87, 88.

<sup>3</sup> *Lasserre/Mundt*, Rivista Italiana di Antitrust n. 1 (2017), 87, 89 (unter Einbeziehung des Verkehrswerts). Ähnlich *Tamke*, Big Data and Competition Law, ZWeR 2017, 358. 362.

---

zelen konkreten in einer Menge von Daten enthaltenen Information, vergleichbar der Perle in einem Netz von Austern, sondern regelmäßig um die aus der großen Zahl resultierende Aussagekraft der Gesamtheit von Einzeldaten.

Als zweites „v“ tritt die Verarbeitungsgeschwindigkeit (en. *velocity*) hinzu, welche durch die moderne Informationstechnologie ermöglicht wird und es gestattet, Daten in großer Geschwindigkeit zu generieren und zu verarbeiten. Wo etwa bis heute in der gesellschaftswissenschaftlichen Forschung viel Aufwand getrieben wird, um durch Umfragen oder den Rückgriff auf statistische Institutionen zunächst an Daten zu gelangen, diese durch aufwendige Eingaben in strukturierte Verzeichnisse zu erfassen und anschließend auszuwerten, gestatten heute Algorithmen, alle drei Schritte einfach und blitzschnell durchzuführen.

Das dritte „v“ bildet die Vielfalt an Varianten (en. *variety*), in denen Daten in Erscheinung treten können, und ihre Komplexität.

Schließlich, sicher not least, tritt als viertes „v“ eine besondere Verwertungsmöglichkeit (en. *value*) hinzu, die aus der Sammlung und Verarbeitung der Daten entsteht.

## 2. Gesellschaftliche Probleme

Den technischen Möglichkeiten, Daten automatisiert zu sammeln und zu verarbeiten, entsprechen erhebliche wirtschaftliche und gesellschaftliche Chancen. Wo etwa früher aufwendige Verkehrsbeobachtungs- und -regelungseinrichtungen geschaffen werden mussten, um etwa die Entstehung von Staus zu erkennen und durch adaptive Verkehrsregelung zu vermeiden, genügen heute die von den Verkehrsteilnehmern mit sich geführten Smartphones und ihre Ortungssignale, um sowohl die Verkehrsdichte zu erkennen als auch über dieselben Smartphones den Verkehrsteilnehmern über ihre Routenplanungs-App wiederum Informationen über das sinnvollste Verkehrsverhalten zukommen zu lassen.

„Big Data“ ist indes kein Genuss ohne Reue. Dabei soll an dieser Stelle die Datenschutzproblematik nicht einmal vertieft werden, die möglicherweise durch frühzeitige Anonymisierung entschärft werden kann.<sup>4</sup> Im Zentrum steht die Problematik des Datenhandels: Zahlreiche der für Verbraucher beliebtesten Informationsdienstleistungen, vom Internetbrowser über Suchmaschinen und Navigations-Apps bis hin zu Social Media werden ohne unmittelbar zu entrichtende Vergütung zur Verfügung gestellt. Die Formulierung hat sich verbreitet, dass die Verbraucher entweder mit ihrer Aufmerksamkeit oder mit ihren Daten bezahlen. Über diese Daten werden die erbrachten Leistungen auf mehrseitigen Märkten finanziert. Bei den mehrseitigen Märkten handelt es sich um Plattformmärkte, wobei zwischen Aufmerksamkeitsplattformen

---

<sup>4</sup> *Specht*, Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, GRUR 2017, 1040, 1042. Selbst wenn stets und nicht allein im Einzelfall das Risiko der Deanonymisierung besteht, sollte die Problematik aber nicht auf die datenschutzrechtliche Ebene verengt werden.

(z.B. Suchmaschinen wie „Google“) und Transaktionsplattformen (z.B. „eBay“, „Amazon“) unterschieden werden kann.<sup>5</sup>

Innerhalb von nur wenigen Jahren haben sich auf und durch solche Plattformen die umsatzstärksten und wertvollsten Unternehmen der Welt entwickelt. Akronyme wie „FAANG“ (für Facebook, Apple, Amazon, Netflix und Google (Alphabet) oder „GAFA“ (für Google, Apple, Facebook und Amazon) stehen für Unternehmen, deren Marktkapitalisierung inzwischen zum Teil die magische Grenze von einer Billion US\$ überschritten hat.

Diese Unternehmen sind international aktiv; ihre Dienstleistungen gründen auf der universellen Verfügbarkeit des world wide web und benötigen – abgesehen von Apple-Produkten – weder ein Vertriebssystem noch eine sonstige Infrastruktur. Ihre Geschäftsmodelle sind hochattraktiv und die Gewinne teils exorbitant. Sie werden aus der Monetarisierung von Daten geschöpft. Hinzu kommt häufig ein revolutionäres Selbstverständnis, das mit einer gewissen Geringschätzung gesetzlicher Vorgaben einhergeht. Das Geschäftsmodell von Uber mag beispielhaft für Unternehmen sein, deren Gründungsmythos darin besteht, nicht nur anders zu sein als ihre herkömmliche Konkurrenz (im Beispiel Taxiunternehmen), sondern auch nicht durch die für diese geltenden Rechtsregeln gebunden zu sein.<sup>6</sup> Facebook pflegte bis vor kurzem den Unternehmensslogan „*Move fast and break things*“.

All dies hat die Frage aufgeworfen, ob solche Unternehmen bereits zu groß geworden sind, um noch durch staatliche Regeln kontrolliert zu werden. Als Folge ihrer nur in geringem Umfang von sächlicher Infrastruktur abhängigen Geschäftsmodelle können sie ihre tatsächlichen Aktivitäten in erheblichem Umfang verlagern. Ihre wirtschaftliche Macht gestattet ihnen, auf bestimmte nationale Märkte einfach zu verzichten, wenn der regulatorische Rahmen ihnen nicht zusagt.<sup>7</sup> Im Umgang mit staatlichen Institutionen vermögen sie, auf annähernd unbegrenzte Ressourcen zurückzugreifen.

---

<sup>5</sup> Bundeskartellamt, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, v. 01.10.2015, <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/AK\\_Kartellrecht\\_2015\\_Digitale\\_Oekonomie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2)>, zul. besucht am 27.02.2019.

<sup>6</sup> Bezeichnend erscheint, dass kurz nach der juristischen Klärung der Unzulässigkeit bestimmter Praktiken von Uber, vgl. BGH, Urt. v. 13.12.2018, I ZR 3/16 - Uber Black II, WRP 2019, 327, der Bundesverkehrsminister die Personenbeförderung liberalisieren will, Scheuer streicht Auflagen für Shuttle-Dienste, Spiegel online v. 18.02.2019, <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/taxi-vs-uber-streicht-andreas-scheuer-die-rueckkehrpflicht-fuer-shuttle-dienste-a-1253732.html>>, site zul. besucht am 28.02.2019.

<sup>7</sup> Als in Spanien ein Leistungsschutzrecht eingeführt wurde, das Google verbot, ohne Zustimmung der Urheber auf fremde Inhalte zurückzugreifen, wurde Google News für den spanischen Markt zum Nachteil der Nutzer gesperrt, Spiegel online, Spanische News-Seiten spüren das Aus von Google News, 17.12.2014, <<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/google-news-in-spanien-abgeschaltet-kein-geld-fuer-verlage-a-1009027.html>>, site zul. besucht am 17.01.2019.

### 3. Rechtliche Probleme der Plattform-Ökonomie

Die so identifizierten gesellschaftlichen Probleme lassen sich auf spezifische Umstände zurückführen, die besondere Rechtsfragen aufwerfen:

#### a) Ubiquität bzw. Mobilität der Leistungen

Informationen als Gegenstand von Daten sind von vornherein immaterieller Natur. Auch die auf ihrer Grundlage Dienstleistungen sind nicht ortsgebunden. Konsequenterweise sind die auf die Erbringung dieser Dienstleistungen gestützten Geschäftsmodelle nur wenig ortsabhängig. Gelegentlich fällt, insbesondere auf mehrseitigen Märkten, sogar die Lokalisierung der Dienstleistung schwer.

Für die Rechtsordnung wirft dies zunächst kollisionsrechtliche Fragen auf, die nach dem jeweiligen Kontext zu beantworten sind. Im zivilrechtlichen Kontext geben etwa die Rom I<sup>8</sup>- und Rom II-Verordnung<sup>9</sup> Auskunft über das anwendbare Vertrags-, Verbraucherschutz- oder Immaterialgüterrecht. Eine bestehende Rechtsunsicherheit bei der Bestimmung des anwendbaren Datenschutzrechts<sup>10</sup> wurde erst durch die Anordnung des Marktortprinzips in Art. 3 Abs. 2 Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)<sup>11</sup> geschlossen.

Besondere Probleme entstehen bei der Lokalisierung bzw. als Folge der einfachen Gestaltbarkeit des Ortes, an dem Gewinne erzielt werden und Steuern zu entrichten sind, wie das Beispiel facebook sehr deutlich gemacht hat.<sup>12</sup>

#### b) Datenbasiertheit der Dienstleistungen

Es wurde bereits hervorgehoben, dass die meisten der problembehafteten Geschäftsmodelle nicht auf dem Vertrieb von Waren, sondern von Dienstleistungen beruhen und diese Dienstleistungen in einem besonderen Zusammenhang mit Daten stehen.

---

<sup>8</sup> Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 Nr. L 177/6.

<sup>9</sup> Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 Nr. L 199/40.

<sup>10</sup> Zur alten Rechtslage nach Art. 4 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 Nr. L 281/31, vgl. EuGH, Urt. v. 13.05.2014, C-131/12 – Google Spain, ECLI:EU:C:2014:317; EuGH, Urt. v. 01.10.2015, C-230/14 – Weltimmo, ECLI:EU:C:2015:639, Rn. 24 ff.; EuGH, Urt. v. 28.07.2016, C-191/15 – Verein für Konsumenteninformation ./ Amazon EU Sàrl., ECLI:EU:C:2016:612, Rn. 72 ff.

<sup>11</sup> Verordnung (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 Nr. L 119/1.

<sup>12</sup> Z.B. Focus online, Diese Bilanz ist ein Witz: Facebook gilt in Deutschland als "kleine Kapitalgesellschaft", 16.10.2015, <[https://www.focus.de/finanzen/videos/internet-gigant-zahlt-fast-keine-steuern-diese-bilanz-ist-ein-witz-facebook-gilt-in-deutschland-als-kleine-kapitalgesellschaft\\_id\\_5016330.html](https://www.focus.de/finanzen/videos/internet-gigant-zahlt-fast-keine-steuern-diese-bilanz-ist-ein-witz-facebook-gilt-in-deutschland-als-kleine-kapitalgesellschaft_id_5016330.html)>, site zul. besucht am 17.01.2019.

Das Datenschutzrecht ist nicht geeignet, die oben angesprochenen Fragestellungen abschließend zu beantworten: Der Datenschutz erfasst zum einen allein personenbezogene Daten. Das sind gem. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Freilich ließe sich – wiewohl etwas systemwidrig – argumentieren, dass auch anonymisierte Daten re-personalisiert werden können und das Datenschutzrecht daher stets eingreife. Zumindest die von der Rechtsordnung notwendigerweise bereitgehaltene Möglichkeit, auf Elemente des Datenschutzes im Wege der Einwilligung zu verzichten, vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO, zeigt jedoch, dass der Datenschutz nicht geeignet ist, alle entstehenden Probleme zu lösen.<sup>13</sup>

Zum anderen geht die Zielrichtung des Datenschutzes an den durch die Monetarisierung von Daten aufgeworfenen gesellschaftlichen Problemen vorbei. Dem Datenschutz nach traditionellem Verständnis geht es um den Schutz der Persönlichkeit vor verletzendem Umgang personenbezogenen Informationen, vgl. Art. 1 Abs. 2 DS-GVO. Die oben nur angerissenen Fragen betreffen hingegen die Behandlung von Daten innerhalb der Güterordnung. Insoweit bedarf es zunächst der rechtlichen Qualifizierung von Daten; es sind die Fragen zu klären, ob Daten auch unabhängig von ihrer Vertraulichkeit eines Schutzes im Hinblick auf ihre Zuordnung bedürfen. Die klassischen Fragen nach der Rechtsqualität von Daten und der Möglichkeit einer güterrechtlichen Zuordnung sind erneut zu stellen und zu beantworten. Sie ermöglichen eine Abgrenzung von Handlungsmöglichkeiten. Wer hat ein (ggf. ausschließliches) Recht, Daten zu verwerten? Wer hat ein schutzwürdiges Interesse, auf Daten zumindest zuzugreifen?

## **II. Antworten des Kartellrechts**

Davon ausgehend soll zunächst untersucht werden, für welche der aufgeworfenen Probleme das Kartellrecht Lösungen bereithält.

### **1. Rechtliche Problematik der Plattform-Ökonomie**

#### **a) Ubiquität und Mobilität der Leistungen**

Im Hinblick auf die spezifisch wettbewerbsrechtlichen Probleme reagieren die Rechtsordnungen in idealer Weise auf die Internationalität der Geschäftsmodelle bzw. die Mobilität der Plattformbetreiber. Seit Jahrzehnten hat es das Kartellrecht mit Problemkonstellationen zu tun, bei denen die Anknüpfung an die Nationalität oder die Niederlassung der handelnden Personen (Personalitätsprinzip) oder den Ort der Handlung (strenges Territorialitätsprinzip) gleichermaßen versagen. Stattdessen hat sich – auch international – im Sinne eines erweiterten Territorialitätsprinzips eine Anknüpfung an das Recht desjenigen Staates durchgesetzt, auf dessen Territorium die negativen Marktauswirkungen eintreten. In Deutschland wurde die sog. Auswirkungstheorie für die staatliche Kartellrechtsdurchsetzung in § 130 Abs. 2 GWB 1958 ausdrücklich niedergelegt. Die Vorschrift wurde

---

<sup>13</sup> *Specht*, GRUR 2017, 1040, 1041 ff.

auch für privatrechtliche Ansprüche aus Kartellrechtsverletzungen als *lex specialis* zur Deliktsortregel angewendet.<sup>14</sup> Im Hinblick auf letztere findet sich inzwischen für die gesamte EU eine entsprechende und vorrangig anzuwendende<sup>15</sup> Regel in Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO. Für die Durchsetzung des EU-Kartellrechts durch die Europäische Kommission hat der EuGH erst im Jahr 2014 die Anwendung der Auswirkungstheorie ausdrücklich gebilligt.<sup>16</sup> Auch im US-amerikanischen Antitrust Law gilt die *effects doctrine*<sup>17</sup> als pendant zur Auswirkungstheorie.

Die Auswirkungstheorie gestattet eine flexible Reaktion der Rechtsordnungen auf erkannte Probleme. Unternehmen haben wenige Möglichkeiten, durch gestalterische Maßnahmen Gebrauch von Regulierungssoasen zu machen. Für das Vorgehen des Bundeskartellamts gegen Facebook oder der Kommission gegen Google ist kartellrechtlich unerheblich, wo die Unternehmen niedergelassen sind oder Tochterunternehmen haben, wo ihre Server stehen bzw. die eigentlichen Dienstleistungen erbracht werden oder welchem Recht die Nutzungsverträge unterworfen sind.

Hinzu kommt die gut eingespielte Zusammenarbeit der Kartellbehörden, die im International Competition Network (ICN) über eine Plattform zum Informationsaustausch und zur Kooperation verfügen. Auf dieser Ebene gelingt es, grenzüberschreitend handelnden Unternehmen eine gleichfalls grenzüberschreitende Durchsetzung entgegenzusetzen.<sup>18</sup>

## b) Datenbasierte Dienstleistungen

Im Hinblick auf die Datenbasiertheit der Dienstleistungen fällt der Befund eher gemischt aus. Es überrascht nicht, dass das Kartellrecht nicht unmittelbar dazu beitragen kann, den Schutz personenbezogener Daten zu gewährleisten – das ist in erster Linie Aufgabe des Datenschutzes. Ähnlich sieht es mit der oben angesprochenen Grundfrage nach der rechtlichen Qualifizierung von Daten aus.<sup>19</sup> Ob ein Schutz von Daten unabhängig von ihrer Vertraulichkeit gewährt und ein subjektives Recht, gleichsam ein

<sup>14</sup> Scholz/Rixen, Die neue europäische Kollisionsnorm für außervertragliche Schuldverhältnisse aus wettbewerbsbeschränkendem Verhalten, EuZW 2008, 327, 328.

<sup>15</sup> Schwensfeier/Knauff/Stockmann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Aufl., 2016, § 130 GBW Rn. 2.

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 12.06.2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547.

<sup>17</sup> Zurückgehend auf die Entscheidung *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945). Im Jahr 1982 wurde als Ausprägung dieses Ansatzes der Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) erlassen, 15 U.S. Code § 6a - Conduct involving trade or commerce with foreign nations. Vor allem in der Entscheidung *Empagran* wurden die einschränkenden Kriterien weiterentwickelt, *F. Hoffmann-La Roche Ltd v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

<sup>18</sup> So wurden etwa im Zuge der Ermittlungen gegen das Marineschläuche-Kartell im Jahr 2007 auf die Minute abgestimmte Durchsuchungen von der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden des Vereinigten Königreichs, Frankreichs, Italiens und der USA durchgeführt, *Hubert/Leppard/Lécroart*, Day-to-Day Competition Law: A Practical Guide for Businesses, 2. Aufl., 2014, § 4.

<sup>19</sup> Vgl. dazu grundlegend Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012. Einführend Paal/Hennemann, Big Data im Recht, NJW 2017, 1697, 1698.

Eigentum an Daten, begründet wird, sind im Kern sachen- bzw. immaterialgüterrechtliche Fragen, die zunächst vom Sachen- bzw. Immaterialgüterrecht zu beantworten sind.

Besser sieht es bei Sonderproblemen aus, die aus bestimmten Formen der Verwendung von Daten resultieren, insbesondere der Verweigerung des Zugriffs auf Daten. Hier kann das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB fruchtbar gemacht werden.

## **2. Zwischenergebnisse**

An dieser Stelle können immerhin bereits die im Untertitel des Beitrags formulierten provokanten Fragen beantwortet werden: Das Kartellrecht ist zwar ein horizontales, aber durchaus ein spezifisches Instrument, das der Rechtsordnung ermöglicht, auf bestimmte Gefahren, nämlich für den wirksamen Wettbewerb auf konkreten Märkten, zu reagieren. Auch der Einsatz von Generalklauseln („Missbrauch“) gestattet nicht den Einsatz des Kartellrechts, um sonst vielleicht schwache Teilsysteme der Rechtsordnung mit einem glaubwürdigen und schlagkräftigen Durchsetzungssystem zu auszustatten. Das Kartellrecht ist also kein „Heftpflaster“, das es gestattet, bei Verletzungen anderer Allgemeininteressen ergänzend angewendet zu werden.

Es bedarf vielmehr einer spezifischen Beziehung zwischen dem Verhalten, welches den Anknüpfungspunkt der kartellrechtlichen Haftung bildet, und den betroffenen Märkten. Das angegriffene Verhalten muss zum einen wettbewerbsbezogen sein. Absprachen werden nicht als solche missbilligt, sondern nur wenn und weil sie den Wettbewerb innerhalb eines Marktes beschränken. Einseitiges Verhalten eines Unternehmens ist auch nur dann missbräuchlich, wenn es dessen marktbeherrschende Stellung gerade im Wettbewerb ausnutzt. Zum anderen muss als Folge eben dieses wettbewerbsbezogenen Verhaltens zumindest die abstrakte Gefahr begründet werden, dass der Wettbewerbsprozess in seiner Freiheit beeinträchtigt wird. Das Kartellrecht ist daher auch kein Universalwerkzeug, das auf alle möglichen gesellschaftlichen Problemlagen angewendet werden kann. Viel eher lässt es sich mit einem sehr wirksamen Spezialwerkzeug für bestimmte Probleme vergleichen.

## **3. Praxis des Kartellrechts in Big Data-Sachverhalten**

Wurde nun festgestellt, dass das Kartellrecht kein Allheilmittel ist, mit dem alle gesellschaftlichen Probleme der Datenökonomie zu lösen wären, soll doch der Versuch unternommen werden, das Feld des kartellrechtlichen Zugriffs auf Big Data-Sachverhalte abzuschreiten.

Zunächst sind dem Kartellrecht die spezifischen Probleme von Plattform-Ökonomien vertraut. Mehrseitige und querfinanzierte Märkte gab es auch schon vor Internetplattformen. Bereits im Jahr 1988 hatte die Europäische Kommission sich damit auseinandersetzen, dass elektronische Reservierungssysteme für den Luftverkehr auf der einen Seite den Luftfahrtunternehmen zur Beteiligung („Einstellung“ der Flugangebote) und den Reisebüros bzw. deren Fluggästen zur Buchung auf der anderen Seite ange-

boten wurden.<sup>20</sup> Kostenlose Werbezeitschriften, welche die Kalkulationsmöglichkeiten der Herausgeber zwischen der Ausnutzung der Zahlungsbereitschaften des Lesemarktes einerseits und des Anzeigenmarktes andererseits verdeutlichten, haben die deutsche Wettbewerbsrechtspraxis seit Jahrzehnten beschäftigt.<sup>21</sup>

Auch verfügen die mit der Durchsetzung des Kartellrechts betrauten Kartellbehörden zum einen über die notwendigen Ressourcen, um die aufwendigen ökonomischen Analysen durchzuführen, die zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Marktentwicklung erforderlich sind, und zum anderen über die institutionelle Erfahrung. Für sie wären Verfahren, in denen gegen international tätige Mega-Unternehmen ermittelt wird und bei denen tatsächlich das Geschäftsmodell in seinem Kern betreffende Verbote oder prohibitiv hohe Bußgelder in Rede stehen, kein Novum. Schließlich kann das Kartellrecht auf ein vollentwickeltes Durchsetzungssystem zurückgreifen, das – wie oben dargestellt – auch über etablierte Verfahren zur grenzüberschreitenden Kooperation verfügt.

### a) Der track record des Kartellrechts

Bislang ist es indes noch zu keinen Verfahren gekommen, in denen auf Big Data basierende Geschäftsmodelle aus kartellrechtlichen Gründen beanstandet wurden. In der jüngeren Vergangenheit beschäftigte das Kartellrecht sich zunächst mit Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen, die auf Big Data basierende Geschäftsmodelle verfolgten:

Im Jahr 2008 billigte die Kommission den Zusammenschluss *Google* und *DoubleClick*<sup>22</sup> und im Jahr 2014 selbst den Zusammenschluss von *Facebook* und *WhatsApp*<sup>23</sup>, obgleich dieser eine offene Flanke im System der Zusammenschlusskontrolle aufgedeckt hatte (dazu sog.). Im Oktober 2016 führte die Kommission Konsultationen über eine Modernisierung der Fusionskontrolle durch, die insbesondere die Frage stellte, ob die geltenden Aufgreifschwelle eventuell wettbewerbsschädliche Zusammenschlüsse vernachlässigen.<sup>24</sup> Im Dezember 2016 gab die Kommission den Zusammenschluss von *Microsoft* und *LinkedIn* nur unter verhaltensbezogenen Auflagen frei.<sup>25</sup>

Verschiedene Kartellbehörden wandten sich den neuen, von der Plattformökonomie aufgeworfenen Rechtsfragen fallunabhängig zu: Das deutsche Bundeskartellamt und die französische Autorité de la Concurrence erstellten im Mai 2016 ein Arbeitspapier über die Marktmacht von Plattformen.<sup>26</sup> Im Mai

<sup>20</sup> Komm., E. v. 24.11.1988 – Sabena, ABl. 1988 Nr. L 317/47, 52 Rn. 23.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 22.11.1984, I ZR 98/82 – Bliestal-Spiegel, GRUR 1985, 881 m.w.N.

<sup>22</sup> Komm., E. v. 11.03.2008, M. 4731 – Google/DoubleClick, K (2008) 927 endg.

<sup>23</sup> Komm., E. v. 03.10.2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, ABl. 2014 Nr. C 417/02.

<sup>24</sup> Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, <[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016\\_merger\\_control/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html)>, site zul. besucht am 17.01.2019.

<sup>25</sup> Komm., E. v. 06.12.2016, M.8124 – Microsoft/LinkedIn, C (2016) 8404 final.

<sup>26</sup> Gemeinsames Papier der Autorité de la concurrence und des Bundeskartellamtes zu Daten und Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht – Competition Law and Data, 2016,



2017 leitete die italienische Autorità Garante eine Sektoruntersuchung ein, die allerdings noch nicht abgeschlossen ist.<sup>27</sup> Im Dezember 2017 führte das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung Smart TVs durch.<sup>28</sup> Dabei handelt es sich um die erste auf der Grundlage von § 32e Abs. 5 GWB durchgeführte Sektoruntersuchung wegen eines Verdachts der Verletzung von Verbraucherrechten. Die Sektoruntersuchung soll vor allem klären, ob und in welchem Umfang personenbezogene Daten von den Anbietern solcher Geräte erhoben, weitergegeben und kommerziell verwertet werden und inwieweit die Betroffenen hierüber ordnungsgemäß informiert werden. Ergebnisse werden für 2019 erwartet.<sup>29</sup>

Im Dauerkampf der Europäischen Kommission gegen Google waren bislang keine spezifisch auf den Einsatz von Big Data zurückgehenden Fragen relevant. Tatsächlich hört man gelegentlich aus Behördenkreisen, dass man noch auf einen geeigneten Fall warte. Der erste Fall Google Shopping, in dem die Kommission gegen Google ein Bußgeld in Höhe von über 2,4 Mrd. EUR verhängte, knüpfte daran an, dass die marktbeherrschende Suchmaschine Google einem anderen Google-Produkt – seinem Preisvergleichsdienst Google Shopping – einen unrechtmäßigen Vorteil verschafft hatte.<sup>30</sup> Der zweite Fall, in welchem die Kommission im Juli 2018 ein Rekordbußgeld von über 4,3 Mrd. EUR gegen Google verhängte, war zwar nicht minder spektakulär, doch auch hier wurde die Geldbuße wegen Verstößen verhängt, die nichts mit dem Einsatz von Daten zu tun hatten.<sup>31</sup>

---

<[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2)>, site zul. besucht am 31.01.2019.

<sup>27</sup> Indagine conoscitiva IC 53 – Big Data, Boll. n. 21/2017, vgl.

<<http://agcm.it/dettaglio?db=C12564CE0049D161&uid=59255F62EC162CC1C1258137003BB842&view=&title=-BIG%20DATA&fs=>>>, site zul. besucht am 17.01.2019.

<sup>28</sup> Bundeskartellamt leitet Sektoruntersuchung zu Smart-TVs ein, Pressemitteilung v. 13.12.2017,

<[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2017/13\\_12\\_2017\\_SU\\_SmartTV.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2017/13_12_2017_SU_SmartTV.pdf?__blob=publicationFile&v=3)>, site zul. besucht am 17.01.2019.

<sup>29</sup> Bundeskartellamt, Verbraucherrechtliche Sektoruntersuchung Smart-TVs, S. 2, <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/V\\_SU\\_Smarttvs.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/V_SU_Smarttvs.pdf?__blob=publicationFile&v=4)>, site zuletzt besucht am 17.01.2019.

<sup>30</sup> Komm., E. v. 27.06.2017, AT39740 – Google Search (Shopping), COM (2017) 4444 final.

<sup>31</sup> Google hatte von Herstellern von Smartphones, die den App-Store von Google (Play Store) lizenzieren wollten, verlangt, dass diese die Google-Suche und die Google-eigene Browser-App (Chrome) auf ihren Geräten vorinstallierten, hatte Zahlungen an bestimmte große Hersteller und Mobilfunknetzbetreiber geleistet, wenn diese ausschließlich die Google-Suche auf ihren Geräten vorinstallierten, und Hersteller, die Apps von Google auf ihren Geräten vorinstallieren wollten, daran gehindert, auch nur einziges intelligentes Mobilgerät zu verkaufen, das über eine alternative, von Google nicht genehmigte Android-Version – einen sogenannten Android-Fork – betrieben wird, vgl. Europäische Kommission – Pressemitteilung v. 18.07.2018, Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße von 4.34 Milliarden Euro gegen Google wegen illegaler Praktiken bei Android-Mobilgeräten zur Stärkung der beherrschenden Stellung der Google-Suchmaschine, IP/18/4581.

Anders stellt sich das vom Bundeskartellamt gegen Facebook im Mai 2016 eingeleitete Verfahren dar. Die Beschwerdepunkte wurden im Dezember 2017 mitgeteilt. Dazu veröffentlichte das Bundeskartellamt ein Hintergrundpapier (nachfolgend: Hintergrundpapier).<sup>32</sup> Am 6. Februar 2019 wurde eine Untersagungsverfügung erlassen. Ihr Inhalt wurde in einem Fallbericht (nachfolgend: „Fallbericht“) veröffentlicht.<sup>33</sup> Davon ausgehend sei die Begründung knapp zusammengefasst:

Das Bundeskartellamt hatte, anders als die Kommission in den Google-Verfahren, sich auf die Einleitung eines Verwaltungs- statt eines auf die Verhängung einer Geldbuße gerichteten Ordnungswidrigkeitenverfahrens beschränkt, weil es dieses für angebrachter für einen so komplexen Fall hielt, der schwierig zu beantwortende rechtliche und wirtschaftliche Fragen aufwarf, und in einem Pilotverfahren verfolgt wurde, in dem die Auslegung des Gesetzes in einer neuen Fallkonstellation geklärt werden sollte. Das Hauptziel sei es, wettbewerbsfördernde Bedingungen so schnell wie möglich wiederherzustellen (Hintergrundbericht, S. 1).

Facebook wird vorgeworfen, seine Nutzer zur Entscheidung aufgefordert zu haben, entweder Facebook uneingeschränkt zu nutzen und dafür ihre Daten umfangreich preiszugeben oder auf die Nutzung von Facebook vollständig zu verzichten (Fallbericht, S. 4, 11).

Im Hinblick auf die Daten differenziert das Bundeskartellamt: Diejenigen Informationen, welche die Nutzer auf Facebook („on Facebook“) mit der Allgemeinheit teilen, können auch von Facebook verwendet werden. Insoweit entspricht die Preisgabe der Information gerade dem Vertragszweck. Anders stellt sich die Sachlage hinsichtlich derjenigen Informationen dar, die nicht auf der Oberfläche von Facebook erkennbar werden („off Facebook“). Dabei handelt es sich um Daten, die Facebook bei der Nutzung anderer konzerneigener Dienste (z.B. WhatsApp, Instagram) bzw. der Nutzung von Webseiten und Apps dritter Anbieter sammelt, wenn diese durch integrierte „Gefällt mir“-Buttons Nutzerinformationen an Facebook übermitteln, und mit den Nutzerdaten des sozialen Netzwerks kombiniert (Fallbericht, S. 1). Allein bezogen auf solche Daten „off Facebook“ beanstandet das Bundeskartellamt das alternativlose Verlangen eines vollständigen Datenschutzes.

Zur Begründung der marktbeherrschenden Stellung von Facebook definiert das Bundeskartellamt den Markt zunächst in der Weise, dass nur allgemeine soziale Netzwerke erfasst werden. Professionelle Netzwerke (z.B. LinkedIn; Xing), Messenger-Dienste (z.B. WhatsApp; Snapchat) und andere

---

<sup>32</sup> Bundeskartellamt: Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes, v. 19.12.2017, <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=5)>, zul. besucht am 26.02.2019.

<sup>33</sup> Bundeskartellamt: Fallbericht zu Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung, B6-22/16 v. 6.2.2019 <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3)>, zuletzt besucht am 26.02.2019.

soziale Netzwerke (z.B. YouTube; Twitter) erfüllten aus Nutzerperspektive komplementäre Bedürfnisse und seien damit nicht demselben Markt zuzurechnen (Fallbericht, S. 5 f.). Vor allem wegen der begrenzten Kontaktbedürfnisse der Nutzer sei der deutsche Markt maßgeblich (Fallbericht, S. 6).

Ausgehend davon bejaht das Bundeskartellamt das Bestehen einer beherrschenden Stellung (Fallbericht, S. 6 f., 12), da Facebook einen Marktanteil von über 95 % bei den täglich aktiven Nutzern hat (Fallbericht, S. 6). Neben dem Marktanteil berücksichtigt das Bundeskartellamt vor allem die starken direkten Netzwerkeffekte und den hohen Wechselaufwand (Fallbericht, S. 7). Für das hier zu behandelnde Thema ist hervorzuheben, dass das Bundeskartellamt sich maßgebend auf Facebooks überragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten stützt. Seine umfangreichen Datenquellen seien von hoher Wettbewerbsrelevanz, weil das Produkt eines sozialen Netzwerks gerade von diesen personenbezogenen Daten getrieben werde und die konkreten Daten eine hochindividualisierte Werbung ermöglichen. Dieser Zugang zu Daten errichte eine weitere Marktzutrittsschranke für ein monetarisierbares Wettbewerbsprodukt (Fallbericht, S. 7 f.). Auch die von Facebook vorgetragenen Innovationen der letzten Jahre konnte Facebook erfolgreich abwehren, so dass trotz der hohen Innovationskraft des Internets in den letzten Jahren keinerlei Ablösungstendenzen oder relevante Marktanteilsverluste Facebooks erkennbar waren (Fallbericht, S. 8).

Das angesprochene Verhalten, nämlich die eingeforderte Einwilligung in die Nutzung der „off Facebook“ gewonnenen Daten, hatte das Bundeskartellamt in seiner vorläufigen Einschätzung noch über zwei Argumentationslinien als Ausbeutungsmissbrauch behandelt: Zum einen stellte es auf das Abpressen des rechtsgeschäftlich erklärten Verzichts ab, zum anderen auf die mangelnde Transparenz des Vorgehens. In der Untersagungsentscheidung werden die beiden Elemente eher verknüpft („[...] die Konditionen missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB, weil sie als Ausfluss von Marktmacht gegen die Wertungen der DSGVO verstoßen“, Fallbericht, S. 8). Etabliert ist tatsächlich, dass der Einsatz vertragsrechtlich unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen unzulässig ist und regelmäßig auch den Tatbestand des Konditionenmissbrauchs gem. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 GWB verwirklicht, wenn er sich als Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders darstellt.<sup>34</sup> Diese Wertungen überträgt das Bundeskartellamt auf den Verstoß gegen andere verbraucherschützende Vorschriften, insb. die der Datenschutz-Grundverordnung (Fallbericht, S. 9).

Die umfangreiche von Facebook ausbedungene Verarbeitung personenbezogener Daten aus anderen konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools, mit der u.a. ein Profiling und auch ein sog. Device Fingerprinting möglich ist, verstießen gegen europäische Datenschutzwertungen nach der DSGVO und seien nach datenschutzrechtlichen Maßgaben nicht ohne die Einwilligung der betroffenen Nutzer gerechtfertigt. Die erteil-

---

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 06.11.2013, KZR 58/11 – VBL-Gegenwert, NZKart 2014, 31, 34, Rn. 65; BGH, Urt. v. 07.06.2016, KZR 6/15 – Pechstein/International Skating Union, NZKart 2016, 328, 333, Rn. 61 f.

ten Einwilligungen seien nicht wirksam gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO . weil die von Facebook verlangte Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen nur dem Vertragsschluss diene und im Hinblick auf die Marktbeherrschung auch keine freiwillige Einwilligung in die Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO sein könne (Fallbericht, S. 11).

Das vom Bundeskartellamt gewählte Verwaltungsverfahren ist zu begrüßen. Tatsächlich erscheint es sinnvoller, grenzwertiges Wettbewerbsverhalten zunächst rechtlich zu testen und erst anschließend mit Geldbußen vorzugehen. Etwas irritierend wirkt jedoch der zum Ausdruck gebrachte Wunsch, schnell für Abhilfe zu schaffen, wenn zwischen der Verfahrenseinleitung und der Untersagungsverfügung beinahe drei Jahre vergehen.

Die kartellrechtliche Begründung über den Ausbeutungsmissbrauch ist strukturell nicht zu beanstanden. Probleme wird allerdings der Begründungsansatz bereiten: Die datenschutzrechtlichen Regelungen sehen die Einwilligung als Schutzausschlussgrund vor. Die Unwirksamkeit der Einwilligung kann deshalb schlecht damit begründet werden, dass gegen die Wertungen der Datenschutz-Grundverordnung verstoßen werde. Die Unwirksamkeit kann entweder vertragsrechtlich auf die Unangemessenheit gem. §§ 305 ff. BGB oder kartellrechtlich auf die Missbräuchlichkeit gem. §§ 19 ff. GWB gestützt werden.

Eindeutig liegt der Fall, wenn die AGB nicht intransparent sind. Wenn die Verbraucher zwar erkennen, dass sie u.U. wertvolle Daten preisgeben, aber entweder als Folge des vielzitierten consumer paradox<sup>35</sup> oder weil sie über Facebook Kontakt zu ihren sozialen Gruppen halten wollen und nicht umhin kommen, ihre Einwilligung erteilen, ist dies ein klassisches Ausbeutungsverhalten des Marktbeherrschers, der von einer spezifisch wettbewerbsbezogenen Alternativlosigkeit der Nutzer profitiert.

Schwieriger stellt die kartellrechtliche Behandlung sich dar, wenn die in AGB erteilten Einwilligungen in die Nutzung der „off Facebook“ erlangten Daten auf intransparenten Darstellungen beruhen und deshalb bereits gem. §§ 307 Abs. 1 S. 2, 306 BGB unwirksam sind. Dann handelt es sich bei der nachfolgenden Datennutzung in erster Linie um einen Fall der Verletzung des Persönlichkeitsrechts, der erst seit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung substantiell sanktioniert wird. Der Einsatz unwirksamer AGB ist dann vielleicht zu missbilligen, wird aber für sich genommen nicht sanktioniert. Die etablierten lauterkeitsrechtlichen Rechtsfolgen für den Einsatz unwirksamer AGB als Rechtsbruch gem. § 3a UWG<sup>36</sup> sollen die Funktionsbedingungen des Marktes schützen. Die Unterlassung hätte durch jeden Verbraucherverband auf der Grundlage des Unterlassungsklagengesetzes

---

<sup>35</sup> Auf unmittelbare Frage bekunden Verbraucher regelmäßig, dass ihnen Datenschutz sehr wichtig sei; in ihrem Marktverhalten spiegelt sich diese Einstellung aber nicht wider, vgl. *Wiedmann/Jäger*, Bundeskartellamt gegen Facebook: Marktmissbrauch durch Datenschutzverstöße?, K&R 2016, 217.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 31.03.2010, I ZR 34/08 - Gewährleistungsausschluss im Internet, GRUR 2010, 1117, 1119, Rn. 29.

bzw. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG<sup>37</sup> gerichtlich durchgesetzt werden können. Abgesehen davon erscheint die spezifisch kartellrechtliche Sanktionierung problematisch.<sup>38</sup>

Viel spricht gleichwohl dafür, in der vorliegenden Gemengelage die Anwendbarkeit des Kartellrechts nicht davon abhängig zu machen, ob die verwendeten AGB bereits unwirksam waren. Dem Kartellrecht muss es um die Auswirkungen des beanstandeten Verhaltens gehen. Insoweit spricht viel dafür, dass auch diejenigen Verbraucher, welche nicht erkennen, dass ihre Einwilligung auch Informationen umfasst, die aus ihrem Nutzerverhalten außerhalb der eigentlichen facebook-Anwendung entstehen, ihre Einwilligung nolens volens erteilt hätten, wenn selbst diejenige Verbraucher, welche die Reichweite der Einwilligung erkennen, dies wie oben dargestellt, tun. Es gibt keinen Grund, Facebook dafür zu privilegieren, dass Verbraucher ihre Einwilligung teilweise auch aus Unwissenheit über deren Reichweite erklärt haben.

## **b) Zugriffsbereiche des Kartellrechts**

### **(1) Zusammenschlüsse**

Bei Zusammenschlüssen wurde im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung zwar die Verfügbarkeit und Kontrolle von Daten berücksichtigt, sie war aber für sich genommen bisher noch kein Thema. Dies lag auch daran, dass Daten, über welche Fusionsbeteiligte verfügen, häufig einfach entweder selbst generiert oder repliziert werden können. Überdies stellen die Daten an sich typischerweise keinen selbständigen Markt dar. In der Vergangenheit waren die angemeldeten Transaktionen daher durchweg zulässig.

### **(2) Wettbewerbsbeschränkende Abreden, Art. 101 AEUV, § 1 GWB**

Verhaltensweisen, die aus der Nutzung von Big Data resultieren, können auch vom Kartellverbot erfasst werden. Dies gilt insbesondere für die Nutzung von datengestütztem *dynamic pricing*, bei dem ein individueller Preis erst festgesetzt wird, nachdem zahlreiche andere Transaktionen erfasst und verglichen wurden. Der dem *dynamic pricing* vorangehende Informationsaustausch<sup>39</sup> kann die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise begründen. In diese Richtung weisen die Ausführungen des Bundeskartellamts, das Klöckner im Februar 2018 gestattete, eine digitale Handelsplattform für Stahlprodukte zu starten. Den Effizienzgewinnen beim Bestellvorgang und Ordermanagement steht die Gefahr gegenüber, dass ein Übermaß an Markttransparenz Absprachen erleichtern oder sogar entbehrlich machen kann. Im konkreten Fall musste durch die organisatorische Trennung des Betriebs der Plattform von der Klöckner-Gruppe sichergestellt werden, dass keine weitere Preistransparenz in dem Markt geschaffen wurde.<sup>40</sup> Nicht

---

<sup>37</sup> Beide Möglichkeiten bestehen parallel, vgl. BGH, Urt. v. 31.03.2010, I ZR 34/08 - Gewährleistungsausschluss im Internet, GRUR 2010, 1117, 1119, Rn. 31; BGH, Urt. v. 14.12.2017, I ZR 184/15 - Klauselersetzung, GRUR 2018, 423, 427, Ls. 1.

<sup>38</sup> Ähnlich Nuys, „WuW 2016, 512.

<sup>39</sup> EuGH, Urt. v. 19.03.2015, C-286/13 P - Dole Food/Kommission, ECLI:EU:C:2015:184.

<sup>40</sup> Bundeskartellamt, Fallbericht v. 27.03.2018, Aufbau einer elektronischen Handelsplattform für Stahlprodukte (XOM Metals GmbH), B5-1/18-001.

unmittelbar mit dem Einsatz von Big Data vergleichbar ist der Einsatz von Algorithmen, der kartellrechtliche Bedenken auslösen kann.

### **(3) Einseitiges Verhalten, Art. 102 AEUV, §§ 19 ff. GWB**

Die Plattformökonomie stellt die Anforderung des Missbrauchstatbestandes vor besondere Herausforderungen: Dem Erfordernis des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung wird entnommen, dass allein das geschäftliche Verhalten auf Märkten, bei denen werthaltige Leistungen ausgetauscht werden, erfasst wird. Das unentgeltliche Angebot von Leistungen begründet nach landläufiger Auffassung keinen Markt.<sup>41</sup> Bei mehrseitigen Märkten, insbesondere auf solchen, bei denen zumindest eine Leistung im Internet an Verbraucher angeboten wird, ist die vollständige Querfinanzierung eher typisch. Der häufig beklagten „Umsonstkultur“ im Internet entspricht es, dass Verbraucher erwarten, mit erheblichem Aufwand geschaffene Leistungsangebote, z.B. Internet-Browser, Suchmaschinen, Navigationssoftware, nutzen zu können, ohne dafür eine gesonderte Vergütung zu entrichten. Selbstredend erbringt das Unternehmen, welches den Browser, die Suchmaschine oder den Kartendienst entwickelt und zur Verfügung stellt, diese Leistung nicht aus altruistischen Motiven, sondern weil es seine Vergütung von dritter Seite erhält. Diesen Umstand muss die Kartellrechtsordnung berücksichtigen, will sie ihre Anwendung nicht von der Ausgestaltung von Geschäftsmodellen abhängig machen.

Das Fehlen einer gesonderten Vergütung der den Verbrauchern angebotenen Leistungen führt zu weiteren Problemen: Üblicherweise wird bei der Beurteilung der Marktbeherrschung das marktstrukturbezogene Indiz des Marktanteils durch eine Kontrollprüfung ergänzt, bei der gefragt wird, ob die Marktgegenseite bei einer geringen, aber erheblichen und dauerhaften Anhebung der Preise in erheblichem Umfang auf andere Produkte ausweichen würden.<sup>42</sup> Allein wenn dies nicht der Fall ist, ist der Markt richtig abgegrenzt; anderenfalls sind die Substitutangebote in den relevanten Markt aufzunehmen. Wenn diese bereits enthalten sind, muss die Substituierbarkeit jedenfalls im Rahmen der Marktbeherrschung berücksichtigt werden.

An dieser Stelle wirft die Übertragung des Tests auf Plattformmärkte an zwei Stellen Schwierigkeiten auf: Zum einen wird die geringe, aber erhebliche Preisanhebung üblicherweise mit 5 bis 10 % beziffert.<sup>43</sup> Im Verhältnis zu einer kostenlosen Leistung gibt es aber keine in Prozenten zu beziffernden relativen Preisanhebungen. Zum anderen argumentieren quasi-monopolistische Plattformbetreiber regelmäßig mit der zu erwartenden Wegsubstitution der

---

<sup>41</sup> OLG Düsseldorf, B. v. 09.01.2015, VI Kart 1/14 (V) - Hotelbuchungsportale, NZKart 2015, 148, juris-Rn. 43.

<sup>42</sup> Sog. hypothetischer Monopoltest oder SSNIP-Test (abgeleitet von *small, but significant and non-transitory increase in price*), Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372/5 Rn. 15.

<sup>43</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372/5 Rn. 18; vertiefend zum SSNIP-Test *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl., 2017, Rn. 136 f.

Verbraucher, wenn sie ihr Geschäftsmodell ändern, und von den Verbrauchern eine unmittelbare Vergütung verlangen würden. Selbst bei minimalen Nutzungsentgelten würden die Verbraucher zu Anbietern abwandern, welche die Leistung wie für Verbraucher gewohnt unentgeltlich anbieten.

Schließlich müsste die Bedeutung der Verfügbarkeit von Daten als unternehmensbezogener Umstand bei der Beurteilung der Marktbeherrschung berücksichtigt werden können. Dabei wäre zunächst zu beachten, dass je nach dem Geschäftsmodell häufig nicht der Bestand von Altdaten maßgeblich ist, sondern die Aktualität der Daten. Daneben bedarf es möglicherweise nicht sämtlicher verfügbarer Daten, sondern allein einer kritischen Masse, um die fragliche Leistung sinnvoll anwenden zu können. Vor allem können Daten häufig entweder selbst generiert oder repliziert werden, was die Übertragbarkeit der für wesentliche Einrichtungen („*essential facilities*“) entwickelten Grundsätze ausschließt.

Der Missbrauch kann in unterschiedlichen Formen in Erscheinung treten. So mag etwa der Umgang von Plattformbetreibern mit Nutzern – zu denken ist an die Zugangsverweigerung, die Sperrung, aber auch an die Verweigerung der Weitergabe transaktionsrelevanter Informationen, das Ranking etc. – den Vorwurf des Behinderungsmissbrauchs begründen. In diesem Sinne hat etwa das Bundeskartellamt Ende 2018 ein Ermittlungsverfahren gegen Amazon eingeleitet. Untersucht werden die möglicherweise missbräuchlichen Geschäftsbedingungen und damit zusammenhängende Verhaltensweisen wie u.a. Haftungsregeln zu Lasten der Händler im Zusammenhang mit Gerichtsstand- und Rechtswahlklauseln, Regeln zu Produktrezensionen, intransparente Kündigungen und Sperrungen von Händlerkonten, Einbehalt von Zahlungen und verzögerte Auszahlungen, Klauseln zur Einräumung von Rechten an dem vom Händler bereit zu stellenden Produktmaterial sowie Geschäftsbedingungen zum pan-europäischen Versand.<sup>44</sup> Bereits angesprochen wurde die Möglichkeit, in der Erzwingung einer Einwilligung zur Datenverwendung eine Form des Ausbeutungsmissbrauchs zu erkennen.

### III. Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2017

Seit der 8. GWB-Novelle 2013 „[...] ist die Digitalisierung der Wirtschaft weiter vorangeschritten. Sie betrifft oder wird zukünftig nahezu alle Industrie- und Dienstleistungssektoren betreffen. Die damit einhergehende Entwicklung neuer internet- und datenbasierter Geschäftsmodelle mit erkennbaren Konzentrationstendenzen in bestimmten Geschäftsfeldern hat auch vor dem Hintergrund wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse einen gewissen Anpassungsbedarf im GWB erkennen lassen.“<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Pressemitteilung v. 29.11.2018, Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen Amazon, <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2018/29\\_11\\_2018\\_Verfahrenseinleitung\\_Amazon.html;jsessionid=B6ACA5D4D545F98DF6C4C2A205C66F8F.2\\_cid371?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.html;jsessionid=B6ACA5D4D545F98DF6C4C2A205C66F8F.2_cid371?nn=3591568)>, site zul. besucht am 19.01.2018.

<sup>45</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 1.

Die Reaktion auf die soeben dargestellten Probleme stand im Zentrum der 9. GWB-Novelle, die 2017 abgeschlossen wurde und zu Anpassungen bei fast allen relevanten Kartelltatbeständen führte.

## 1. Beurteilung von Plattformmärkten

Die Beurteilung quersubventionierter Plattformmärkte wurde durch die Klarstellung in der neuen Vorschrift des § 18 Abs. 2a GWB erleichtert, dass der „Annahme eines Marktes [...] nicht entgegen[steht], dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“

Die Regierungsbegründung macht deutlich, dass das Regelungsbedürfnis vom Bestehen eines Marktes aus ökonomischer Perspektive maßgeblich ist und ein Markt demzufolge nicht nur dann vorliege, wenn für die angebotene Leistung eine Geldzahlung verlangt werde, sondern auch gegeben sein könne, wenn bei der Transaktion kein Entgelt übertragen werde. Insbesondere auf mehrseitigen Märkten werde eine Trennung der unentgeltlichen von der entgeltlichen Seite bei der Marktabgrenzung der wirtschaftlichen Realität nicht gerecht. Demzufolge hätten das Bundeskartellamt<sup>46</sup> und die Europäische Kommission<sup>47</sup> in mehreren Fusionskontrollentscheidungen das Vorliegen eines Marktes angenommen, obwohl die betreffende Leistung unentgeltlich angeboten wurde. Im Hinblick auf abweichende Stimmen aus der deutschen Rechtsprechung erfolgte die Klarstellung.<sup>48</sup>

Im Hinblick auf die Beurteilung der Marktstellung der Normadressaten ordnet der neue § 18 Abs. 3a GWB an, dass bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken auch direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die Möglichkeit von multi-homing und der Wechselaufwand für die Nutzer, die Größenvorteile des Normadressaten im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, und der konkrete innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen sind.

## 2. Zusammenschlusskontrolle

Nach einer gängigen Formulierung findet der Wettbewerb in der Plattformökonomie „um Märkte“, nicht innerhalb der Märkte statt.<sup>49</sup> Netzwerkeffekte führen dazu, dass es in der Regel an einer bestimmten Stelle zu einem „tipping“, d.h. zur Entwicklung eines Quasi-Monopols kommt. Der Sieger im Wettbewerb trägt als Prämie den gesamten betroffenen Markt davon („*the winner takes it all*“). Auf dynamischen und technologiegetriebenen Märkten entsteht Wettbewerbsdruck daher vor allem durch die Furcht vor dem nächsten Marktbeherrscher. Dieser Druck wird indes durch die Transaktionspraxis genommen: Die finanzielle Verfassung der aktuellen Markt-

---

<sup>46</sup> BKartA, Fallbericht v. 25.06.2015, B6-39/15 – Online-Immobilienplattformen; BKartA, B. v. 22.10.2015, B6-57/15 – Online-Datingplattformen.

<sup>47</sup> Komm., E. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp.

<sup>48</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 48.

<sup>49</sup> Vgl. nur Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697, 1699.



beherrscher gestattet diesen, Entwicklungen, die längerfristig zu ihrer Entmachtung führen könnten, zu korrigieren, indem sie Unternehmen, die das Potential zu solchen künftigen Marktbeherrschern haben, in einer frühen Phase übernehmen (sog. „*killer acquisitions*“).

Als solche Übernahme könnte sich etwa die Übernahme von WhatsApp durch Facebook im Jahr 2014 herausstellen. Ungeachtet der kartellrechtlichen Herausforderungen, die eine Bewertung dieses Risikos mit sich gebracht hätte, fand der Zusammenschluss seinerzeit ohne Anmeldung beim Bundeskartellamt statt und hätte mangels unionsweiter Bedeutung auch nicht bei der Europäischen Kommission angemeldet werden müssen. Allein weil in mindestens drei anderen Mitgliedstaaten eine Prüfung zu erfolgen hatte, stellten die Beteiligten einen Antrag auf Prüfung durch die Europäische Kommission<sup>50</sup>. Die Beamten des Bundeskartellamts erfuhren von ihm aus den Medien. Grund dafür war, dass die wirtschaftliche Bedeutung der Transaktion allein in dem exorbitanten Kaufpreis von 19 Mrd. US\$ zum Ausdruck kam. Die für das Eingreifen der deutschen und Europäischen Zusammenschlusskontrolle erforderlichen Aufgreifschwelle knüpfen aber an den deutschen bzw. unionsweiten Umsatz an. Bis 2017 mussten die Unternehmen im letzten vor dem Zusammenschluss abgeschlossenen Geschäftsjahr insgesamt einen weltweiten Umsatz von mehr als 500 Mio. EUR erzielt haben, mindestens zwei der Unternehmen mussten einen Inlandsumsatz erzielt haben, davon eines von mehr als 25 Mio. EUR und ein anderes von mehr als 5 Mio. EUR (sog. „zweite Inlandsumsatzschwelle“). Im Allgemeinen erfüllen diese Aufgreifschwelle ihren Zweck, die Fusionskontrolle auf Fälle mit einem hinreichenden lokalen Bezug zu beschränken. WhatsApp war zwar insbesondere in Europa verbreitet, erzielte hierzulande aber kaum Umsätze.

Darauf reagierte der deutsche – und wenig später der österreichische<sup>51</sup> – Gesetzgeber, indem ein weiterer Aufgreifstatbestand geschaffen wurde, der Zusammenschlüsse erfasst, bei denen der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Mio. EUR beträgt und das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist, um eine „Wahrnehmungslücke“ der Zusammenschlusskontrolle zu schließen.<sup>52</sup>

Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde kritisiert, dass damit ein „Anti-Exit-Gesetz“ geschaffen werde, das die Start up-Szene in Deutschland schwächen werde.<sup>53</sup> Diese Kritik geht von vornherein fehl, weil die neue Aufgreifschwelle zu keiner Änderung des materiellen Rechts führt.

Auch in der Europäischen Union wird eine Erweiterung der Aufgreifstatbestände im Zuge der Modernisierung der Fusionskontrollverordnung

---

<sup>50</sup> Entscheidung der Kommission vom 03.10.2014 zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (Fall COMP/M. 7217 – FACEBOOK/WHATSAPP) gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, C (2014) 7239 endg., Rn. 10

<sup>51</sup> Vgl. § 9 Abs. 4 atKartG, atBGBl. 2017 I, Nr. 56.

<sup>52</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 71.

<sup>53</sup> Die Bezeichnung geht wohl auf Filip Piatov zurück, vgl. <  
<https://twitter.com/fpiatov/status/687247307956457472>>, site zul. besucht am 18.01.2019.

erwogen.<sup>54</sup> In Deutschland wird zudem – nun in der Tat – über eine Schärfung der materiellen Zusammenschlusskontrolle nachgedacht, wobei alternativ auf den Missbrauchstatbestand (struktureller Missbrauch) oder auf eine dem Gegenstand nach erweiterte Zusammenschlusskontrolle zurückgegriffen wird.<sup>55</sup>

### 3. Ergebnis

Durch die beschriebenen Änderungen wurde ein Spezialwerkzeug geschärft; an seinem Charakter hat sich dadurch indes nichts verändert.

### IV. Ergebnis und Ausblick

Das Kartellrecht ist ein hoch entwickeltes und scharf konturiertes Rechtsgebiet. Es schützt indes den Wettbewerbsprozess auf den Märkten gegen qualifizierte Beeinträchtigungen in seiner Freiheit. Das Kartellrecht ist nicht geeignet, andere gesellschaftliche Probleme zu bewältigen.

Nach gewissen Anlaufschwierigkeiten und Anpassungen beherrscht das Kartellrecht die besondere Problematik von Plattformmärkten weitgehend. Im Umgang mit den wettbewerblichen Herausforderungen durch „Big Data“ fehlen allerdings bislang Erfahrungen in der Anwendungspraxis. „Echte“ Big Data-Fälle sind bislang nicht zu den Kartellbehörden und –gerichten gelangt. Insbesondere die publikumswirksamen Google-Fälle betrafen Probleme, die aus einem Plattformmarkt resultierten; die Daten waren von untergeordneter Bedeutung.

Im Kern behandelt das Kartellrecht Daten als Gegenstände ähnlich wie Immaterialgüterrechte. Das führt jedoch häufig dazu, dass ihre Kontrolle weder zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung noch die Zugangsverweigerung zu deren Missbrauch führen, weil die Daten meist nicht rivalisieren und auch entweder von jedem Interessenten generiert oder repliziert werden können.<sup>56</sup>

An seine Grenzen stößt das Kartellrecht beim Einsatz von Algorithmen zur differenzierenden Preisfestsetzung. Ohne künstliche Intelligenz und Big Data sind allein besonders strukturierte Märkte mit hoher Markttransparenz für beide Marktseiten, homogenen Produkten und Kostenstrukturen, niedri-

<sup>54</sup> *Vestager*, Refining the EU merger control system, Rede gehalten vor der Studienvereinigung Kartellrecht am 10.03.2016 in Brüssel, <[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en)>, site zul. besucht am 18.01.2019; Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, <[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016\\_merger\\_control/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html)>, site zul. besucht am 17.01.2019

<sup>55</sup> *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welke*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. Endbericht. Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), Projekt Nr. 66/17, <[https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=15](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15)>, site zul. besucht am 18.01.2019, S. 122 ff.

<sup>56</sup> *Nuys*, WuW 2016, 512

gen Wechselkosten, auf denen reaktionsverbundene enge Oligopole entstehen, in Gefahr, sich ähnlich wie im Fall der Kartellierung zu entwickeln.<sup>57</sup> Im Hinblick auf die Anerkennung der Wirtschaftsfreiheit der Marktteilnehmer, ihr Recht, den Markt mit wachen Sinnen zu beobachten und ihr Verhalten der Marktentwicklung anzupassen, sowie schließlich der Unmöglichkeit, mithilfe des Kartellrechts ein marktwidriges Verhalten vorzuschreiben, wurde in der Vergangenheit ein resultierendes Parallelverhalten weder unter dem Gesichtspunkt des Kartellverbots noch unter dem Gesichtspunkt des Verbots der missbräuchlichen Ausnutzung einer gemeinsam marktbeherrschenden Stellung (Verbot der Doppelverwertung) kartellrechtlich geahndet. Dieselben Marktergebnisse werden sich einstellen, wenn Preise in jedem Einzelfall auf der Grundlage eines automatisierten Vergleichs individuell festgelegt werden. Insgesamt droht damit der Verlust des *consumers surplus*.

---

<sup>57</sup> *Ezrachi/Stucke*, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, Oxford Legal Studies Research Paper no. 18/2015.