

Die Facebook-Entscheidung

Darf das Bundeskartellamt mit dem GWB den Verbraucher schützen?

Von Prof. Dr. Ulrich Schnelle, LL.M.

Einführung

Mit Beschluss vom 26.08.2019 hat das OLG Düsseldorf die aufschiebende Wirkung der Beschwerden von Facebook gegen den Beschluss des Bundeskartellamts (BKartA) vom 06.02.2019 angeordnet. In dem genannten Beschluss hatte das BKartA die in den Nutzungsbedingungen von Facebook vorgesehene Datenverarbeitung sowie ihre Durchführung untersagt und Abstellungsmaßnahmen auferlegt. Die Untersagung erfasst die in den Nutzungsbedingungen und entsprechenden Richtlinien erläuterten Konditionen zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten, soweit sie ohne Einwilligung der Nutzer die Erfassung von nutzer- und gerätebezogenen Daten aus den anderen konzerneigenen Diensten (Instagram, WhatsApp, Masquerade, Oculus) und den Facebook Business Tools sowie deren Zusammenführung mit Facebook-Daten für die Zwecke des sozialen Netzwerks (Mehrdaten) betreffen. Facebook wurde die Durchführung der Konditionen mit den tatsächlichen Datenverarbeitungsvorgängen untersagt und eine zwölfmonatige Umsetzungsfrist gewährt, um die Nutzungsbedingungen und die Durchführung anzupassen sowie die entsprechenden Richtlinien klarzustellen. Mit einer Frist von vier Monaten sollte Facebook einen Umsetzungsplan für die Anpassung erstellen.

Das BKartA schrieb Facebook eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer zu. Ein Verstoß gegen das kartellrecht-



Bundeskartellamt: Facebook sei ein Ausbeutungsmisbrauch zum Nachteil der privaten Netzwerknutzer vorzuwerfen, die einen Schaden in Gestalt eines Kontrollverlusts erlitten, da sie bezüglich der Datenkonditionen nicht mehr selbstbestimmt über ihre persönlichen Daten verfügen könnten.

liche Missbrauchsverbot liege darin, dass Facebook den privaten Nutzern bei der Registrierung für das Netzwerk die Zustimmung zu Vertragskonditionen abverlange, die mit Blick auf Wertungen des Datenschutzrechts nach der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) unangemessen seien und mit denen Facebook die Erfassung, Verknüpfung und Verwendung von außerhalb des Netzwerks generierten Mehrdaten eingeräumt werde. Facebook sei ein Ausbeutungsmisbrauch zum Nachteil der privaten

Netzwerknutzer vorzuwerfen, die einen Schaden in Gestalt eines Kontrollverlusts erlitten, da sie bezüglich der Datenkonditionen nicht mehr selbstbestimmt über ihre persönlichen Daten verfügen könnten. Darüber hinaus läge ein Behinderungsmisbrauch zum Nachteil von Wettbewerbern auf dem Markt für soziale Netzwerke und auf Drittmärkten vor.

Facebook legte hiergegen Beschwerde ein, die im deutschen Kartellrecht keine aufschiebende Wirkung hat. Auf Antrag von Facebook stellte der 1. Kartellsenat des OLG Düsseldorf diese her. Der Senat geht davon aus, dass ernste Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Anordnungen des BKartA bestehen. Bereits bei einer summarischen Prüfung sei die Aufhebung der angegriffenen Entscheidung überwiegend wahrscheinlich.

Ablehnung eines Ausbeutungsmisbrauchs

Das OLG Düsseldorf beanstandet im Kern, dass das BKartA das Instrument der Missbrauchsaufsicht benutzt habe, um datenschutzrechtliche Bestimmungen durchzusetzen, und dabei nicht beachtet habe, dass die Missbrauchsbestimmungen des GWB dem Schutz des Wettbewerbs dienen. Das BKartA habe es durchgängig versäumt, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch das beanstandete Verhalten von Facebook aufzuzeigen.

Das OLG hält dem Argument des Kontrollverlusts entgegen, dass die Daten leicht duplizierbar seien, ►

so dass der Verbraucher diese auch anderweitig nutzen könne. Schließlich stimme der Verbraucher der Nutzung der Mehrdaten durch Facebook gerade zu. Facebook übe keinen Zwang, Druck oder Ähnliches aus. Der Verbraucher müsse nur entscheiden, ob er möglicherweise mehr Daten preisgebe, als er wolle, oder ob er eben Facebook nutzen wolle. Immerhin hätten sich 50 Millionen Verbraucher in Deutschland gegen eine Teilnahme an Facebook entschieden.

Das OLG konzentriert sich in seiner Argumentation auf den Ansatz des BKartA, dass die Nutzungsbedingungen und die entsprechende Umsetzung gegen zwingende Vorgaben des Datenschutzrechts verstießen. Das OLG unterstellt sowohl die marktbeherrschende Stellung als auch den Verstoß gegen die DSGVO.

Das OLG stellt entscheidend darauf ab, dass Schutzgegenstand der Missbrauchsaufsicht des GWB der Leistungswettbewerb und die Offenheit der Marktzugänge seien. Ein einfachgesetzlicher Rechtsverstoß wie gegen die DSGVO könne zur Tatbestandsverwirklichung nicht ausreichen. Außerdem müsse feststehen, dass sich das von Facebook gezeigte Verhalten bei Zugrundelegung eines hypothetischen Wettbewerbsszenarios nicht gebildet hätte. Hierzu habe das BKartA nichts vorgebracht.

Ferner stellt das OLG darauf ab, dass der Rechtsverstoß nicht ursächlich auf die marktbeherrschende Stellung von Facebook zurückzuführen sei. Auch ein nichtmarktbeherrschendes Unternehmen könne Nutzungsbestimmungen aufstellen, die nicht in Übereinstimmung mit dem Datenschutzrecht stehen. Allein, dass das Ergebnis rechtswidrig sei, reiche für die geforderte Verhaltenskausalität nicht aus.

Das BKartA hatte die „VBL-Gegenwert-“ und die „Pechstein“-Entscheidung des BGH dahingehend ausgelegt, dass Wertungen außerhalb des Kartellrechts auch in die Würdigung eines missbräuchlichen Verhaltens einfließen dürften und dass Verstöße gegen einfaches Gesetzesrecht ausreichten, einen Missbrauch zu begründen. Das OLG Düsseldorf stellt darauf ab, dass in beiden Fällen wettbewerbsrechtliche Fragen berührt gewesen seien: bei „VBL-Gegenwert“ sei es um Kündigungsmöglichkeiten gegangen, bei „Pechstein“ um die Möglichkeit der Eisschnellläuferin, ihren Beruf auszuüben. Im Fall der Nutzung von Facebook gebe es nicht an, dass die Kartellbehörde nichtwettbewerbsrelevante Rechtsverstöße nur deshalb verfolge, weil sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen begangen würden. Die Durchsetzung der entsprechenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen sei Sache der jeweils zuständigen Behörden.

Das vom BKartA bemühte Privacy-Paradox besagt, dass sich die Nutzer von Facebook sehr wohl bewusst seien, dass ihre Daten möglicherweise nicht ordnungsgemäß behandelt werden, dass sie aber wegen der Attraktivität von Facebook bereit seien, die Daten preiszugeben. Das Gericht hält dem entgegen, dass es letztlich die Entscheidung jedes Einzelnen sei, ob er die Daten preisgebe oder nicht. Die Tatsache, dass 80% der Facebook-Nutzer die entsprechenden Bedingungen nicht läsen, könne nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Entscheidung gegen die Nutzung von Facebook möglich sei.

Ablehnung eines Behinderungsmissbrauchs

Das OLG spricht sich gegen einen Behinderungsmissbrauch durch Facebook aus. Die Behinderung des Wettbewerbs im Horizontalverhältnis könne, so das Gericht,

schlechterdings nicht davon abhängen, ob die privaten Facebook-Kunden in diese Datenverarbeitung einwilligten oder nicht. Die Beeinträchtigung von Wettbewerbern müsse tatsächlich eingetreten sein. Es reiche nicht aus, wenn diese nur möglich sei. Das BKartA lasse in seiner Entscheidung keine plausible oder nachvollziehbare Wettbewerbsbehinderung erkennen. Die entscheidende Marktzutrittschürde im Facebook-Markt liege in der Vielzahl der von Facebook gewonnenen Daten, nicht aber darin, dass die Mehrdaten unter Verstoß gegen das Datenschutzrecht verarbeitet werden. Die reine Datenmenge als solche sei nicht für den Erfolg oder die Ausschlusswirkung eines Netzwerks maßgeblich. Zudem habe das BKartA keine Feststellung dazu getroffen, worin der genaue Inhalt der Mehrdaten eigentlich bestehe und warum sie geeignet sein sollten, den Wettbewerb zu behindern. Schließlich lehnt das OLG auch die Argumentation des BKartA ab, es bestehe eine Gefahr der Übertragung der Marktmacht von dem Markt für soziale Netzwerke auf einen Drittmarkt für Onlinewerbung für soziale Medien. Dies sei vom BKartA nicht ordnungsgemäß begründet worden.

Würdigung

Die Entscheidung des BKartA vom Februar 2019 war in der Öffentlichkeit, sowohl europa- als auch weltweit, mit großem Interesse aufgenommen worden. Es gab wissenschaftliche und politische Diskussionen über die Richtigkeit des Ansatzes, datenschutzrechtliche Bestimmungen zum Zweck des Verbraucherschutzes über die Regeln der Missbrauchsaufsicht durchzusetzen. Das OLG Düsseldorf ist dem BKartA sehr deutlich entgegengetreten und hat auf die eigentliche Funktion des Wettbewerbsrechts, nämlich den Wettbewerb zu schützen, abge- ►

stellt. Die Entscheidung des OLG wird der Argumentation des BKartA nicht in allen Punkten gerecht. Die Frage, in welcher Weise man gegen Unternehmen vorgeht, deren Marktmacht essentiell auf der Sammlung und Verarbeitung von Daten zu allen möglichen Zwecken beruht, ist politisch sehr brisant. Der Gesetzgeber hat mit der Einführung von Bestimmungen in der Missbrauchsaufsicht, nämlich § 18 Abs. 2a und 3a GWB, reagiert. Die auf Datensammlung und -verarbeitung beruhende Macht von Unternehmen soll angegriffen werden können. Dies hat das BKartA getan. Der Beschluss des Senats in Düsseldorf ist insofern ein Schritt zurück. Der BGH hat in den genannten Beschlüssen in „VBL-Gegenwert“ und „Pechstein“ nicht derart eindeutig entschieden, wie das OLG Düsseldorf diese Entscheidungen liest. Das BKartA hatte Anlass, sich auf die entsprechenden Entscheidungen des BGH zu stützen, die durchaus so gelesen werden können, als wenn sie von den ganz strengen Kausalitätsanforderungen, die das OLG betont, abrückten. Der Kartellsenat des BGH hat in der vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde, die das Kartellamt bereits eingelegt hat, Gelegenheit, seine Entscheidungen im Hinblick auf das Kausalitätserfordernis gerade im Licht von Märkten, in denen kein Entgelt gezahlt wird, sondern der Nutzer mit der Preisgabe seiner Daten für eine Leistung zahlt, klarzustellen. ◀



Prof. Dr. Ulrich Schnelle, LL.M.,
Rechtsanwalt, Managing Partner,
Haver & Mailänder,
Stuttgart

us@haver-mailaender.de
www.haver-mailaender.de

Deutscher
AnwaltSpiegel

Online | **Roundtable** | Spezial | Panel

Roundtable im Herbst 2019:

1. Oktober 2019

Krankenhaushaftpflicht – Perspektiven 2019/2020

Redaktionsgebäude der F.A.Z., Frankfurt am Main,
14:30 Uhr bis 18:00 Uhr

Kooperationspartner: **CLYDE&CO**

Der Roundtable richtet sich exklusiv an Versicherer, Versicherungsnehmer, Vertreter von Rechtsabteilungen sowie Makler. Nähere Informationen zum Programm sowie das Anmeldeformular finden Sie unter www.deutscheranwaltspiegel.de/roundtable