

Der Facebook-Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26. August 2019

Dr. Sebastian Jungermann

11. Dezember 2019

Facebook Beschluss - BKartA

Beschluss des Bundeskartellamts vom 6. Feb 2019 (B6-22/16)

- **Untersagungs- und Abstellungsverfügung** gem. §§ 19 Abs. 1, 32 GWB
- **Konzerneigene Dienste:** Künftig dürfen die zum Facebook-Konzern gehörenden Dienste wie WhatsApp, Instagram, Masquerade und Oculus die Daten zwar weiterhin sammeln. Eine Zuordnung der Daten zum Nutzerkonto bei Facebook ist aber nur noch mit freiwilliger Einwilligung des Nutzers möglich. Wenn die Einwilligung nicht erteilt wird, müssen die Daten bei den anderen Diensten verbleiben und dürfen nicht kombiniert mit den Facebook-Daten verarbeitet werden.
- **Drittwebseiten via Facebook-Business-Tools:** Eine Sammlung und Zuordnung von Daten von Drittwebseiten zum Facebook-Nutzerkonto ist in der Zukunft ebenfalls nur noch dann möglich, wenn der Nutzer freiwillig in die Zuordnung zum Facebook-Nutzerkonto einwilligt.
- **Interne Entflechtung:** Fehlt es bei den Daten von den konzerneigenen Diensten und Drittwebsites an der Einwilligung, kann Facebook die Daten nur noch sehr stark eingeschränkt sammeln und dem Nutzerkonto zuordnen.
- **Lösungsvorschläge** muss Facebook innerhalb von vier Monaten ausarbeiten und dem Amt vorlegen, geeignete Maßnahmen sind innerhalb von zwölf Monaten umsetzen.

Facebook Beschluss - BKartA

Marktbeherrschung auf dem Markt für soziale Netzwerke

- Weltweit 1,52 Mrd. täglich und 2,32 Mrd. monatlich aktive Nutzer (Dez 2018).
- In Deutschland 23 Mio. tägliche und 32 Mio. monatliche Nutzer.
- Marktanteil von über 95 Prozent bei den täglich aktiven Nutzern
- Marktanteil von über 80 Prozent bei den monatlich aktiven Nutzern.
- Wettbewerber Google+ hat angekündigt, sein soziales Netzwerk bis April 2019 einzustellen.
- Dienste wie Snapchat, YouTube oder Twitter, aber auch berufliche Netzwerke wie LinkedIn und Xing bieten jeweils nur einen Ausschnitt der Leistungen eines sozialen Netzwerkes an und sind deshalb nicht in den relevanten Markt einzubeziehen.
- Aber selbst unter Einbeziehung dieser Dienste würde der Facebook-Konzern inklusive seiner Tochterunternehmen Instagram und WhatsApp auf so hohe Marktanteile kommen, die die Annahme eines Monopolisierungsprozesses nahelegen.

Facebook Beschluss - BKartA

Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung

- Facebook-Nutzer können praktisch nicht auf andere soziale Netzwerke ausweichen.
- Obligatorisches Häkchen bei der Zustimmung in die Datenschutz- und Cooki-Richtlinien stellt angesichts der überragenden Marktmacht des Unternehmens keine ausreichende Grundlage für eine derartig intensive Datenverarbeitung dar.
- Nutzer haben lediglich die Wahl, entweder eine umfassende Datenzusammenführung zu akzeptieren oder aber auf die Nutzung des sozialen Netzwerkes zu verzichten.
- Von einer freiwilligen Einwilligung in die Datenverarbeitungsbedingungen kann in einer solchen Zwangssituation des Nutzers keine Rede sein.

Facebook Beschluss - BKartA

„Durch die Kombination von Daten aus der eigenen Website, konzerneigenen Diensten und der Analyse von Drittwebseiten erhält Facebook ein sehr genaues Profil seiner Nutzer und weiß, was sie im Internet machen.“ (Andreas Mundt)

Facebook Beschluss - BKartA

- Die Nutzungsbedingungen von Facebook und die Art und der Umfang der Sammlung und Verwertung der Daten verstoßen zu Lasten der Nutzer gegen europäische Datenschutzvorschriften.
- BKartA hat hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Fragestellungen eng mit führenden Datenschutzbehörden zusammengearbeitet.
- BKartA bewertet das Verhalten von Facebook vor allem als **Ausbeutungsmisbrauch**.
- Zum einen dürfen marktbeherrschende Unternehmen die Marktgegenseite – hier die Verbraucher als Facebook-Nutzer – nicht ausbeuten (**Schaden durch Kontrollverlust**).
- Das gilt vor allem dann, wenn durch die Ausbeutung gleichzeitig auch Wettbewerber behindert werden, die keinen solchen Datenschatz anhäufen können.
- Diese kartellrechtliche Herangehensweise entspricht der BGH-Rechtsprechung (VBL-Gegenwert I und II, Pechstein), wonach nicht nur überhöhte Preise, sondern auch die Unangemessenheit von vertraglichen Regelungen und Konditionen eine missbräuchliche Ausbeutung darstellen (**Konditionenmissbrauch**).

Facebook Beschluss - OLG

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Aug 2019 (VI-Kart 1/19 (V))

- Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden von Facebook gegen den Beschluss des BKartA vom 6. Feb 2019.
- Zulassung der Rechtsbeschwerde.
- OLG hat **ernste Zweifel an der Rechtmäßigkeit** der Anordnungen des BKartA.
- Bereits nach **summarischer Prüfung** sei eine Aufhebung der angegriffenen Entscheidung überwiegend wahrscheinlich.

Facebook Beschluss - OLG

- OLG beanstandet, dass das BKartA das Instrument der Missbrauchsaufsicht nutze, um datenschutzrechtliche Bestimmungen durchzusetzen.
- BKartA habe nicht beachtet, dass die Missbrauchsbestimmungen dem Schutz des Wettbewerbs dienen.
- Zudem hat es das BKartA durchgängig versäumt, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch das beanstandete Verhalten von Facebook aufzuzeigen.
- OLG unterstellt marktbeherrschende Stellung sowie einen Verstoß gegen die DSGVO.
- **Kein Kontrollverlust:** Daten seien leicht duplizierbar, so dass der Nutzer diese auch anderweitig nutzen könne. Schließlich stimme der Verbraucher auch der Nutzung der „Mehrdaten“ ausdrücklich zu.
- Auch keine Ausübung von Zwang oder Druck durch Facebook. Der Nutzer müsse lediglich entscheiden, ob er möglicherweise mehr Daten preisgebe, als er wolle, oder ob er Facebook eben nicht nutzen wolle. Immerhin haben sich 50 Millionen Verbraucher in Deutschland gegen eine Teilnahme an Facebook entschieden.

Facebook Beschluss - OLG

- **Schutzgegenstand:** OLG stellt entscheidend darauf ab, dass Schutzgegenstand der Missbrauchsaufsicht der Leistungswettbewerb und die Offenheit der Marktzugänge seien.
- Ein **einfachgesetzlicher Rechtsverstoß** wie ein Verstoß gegen die DSGVO könne zur Tatbestandsverwirklichung nicht ausreichen.
- **Kausalität:** Zudem müsse festgestellt werden, dass sich das von Facebook gezeigte Verhalten bei Zugrundelegung eines hypothetischen Wettbewerbsszenarios nicht gebildet hätte (**Als-ob-Wettbewerb**). Hierzu habe das BKartA nichts vorgetragen.
- Der Rechtsverstoß müsse ursächlich auf die marktbeherrschende Stellung von Facebook zurückzuführen sein.
- **Verhaltenskausalität:** Auch nichtmarktbeherrschende Unternehmen können Datenschutzbestimmungen verwenden, die gegen das Datenschutzrecht verstoßen. Allein, dass das Ergebnis rechtswidrig sei, reiche für die geforderte Verhaltenskausalität nicht aus.

Facebook Beschluss - OLG

- BKartA habe die **BGH-Entscheidungen VBL-Gegenwert I und II und Pechstein falsch interpretiert**, indem es annahm, dass Verstoß gegen einfaches Gesetzesrecht ausreichen könne, um einen Missbrauch zu begründen.
- Maßgeblich sei, dass in beiden BGH-Sachverhalten **wettbewerbsrechtliche Fragen** berührt gewesen seien - bei VBL-Gegenwert sei es um Kündigungsmöglichkeiten gegangen, bei Pechstein um die Möglichkeit, den Beruf auszuüben.
- BKartA verfolge bei Facebook **nichtwettbewerbsrelevante Rechtsverstöße**, weil sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen begangen wurden.

Facebook Beschluss - OLG

- Durchsetzung des Datenschutzrechts sei Sache der jeweils zuständigen Datenschutzbehörden.
- **Privacy-Paradox:** Das vom BKartA bemühte Privacy-Paradox besagt, dass sich die Nutzer durchaus bewusst seien, dass ihre Daten möglicherweise nicht ordnungsgemäß behandelt werden, dass sie aber wegen der Attraktivität von Facebook bereit seien, die Daten preiszugeben.
- OLG hält dem entgegen, dass es letztlich die Entscheidung jedes Einzelnen sei, ob er die Daten preisgebe oder nicht. Selbst wenn 2/5 aller Facebook-Nutzer die Datenschutzbedingungen nicht läsen, könne dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Entscheidung gegen die Nutzung von Facebook durchaus eine Option sei.

Facebook Beschluss - OLG

- OLG kann einen Behinderungsmissbrauch durch Facebook offensichtlich nicht erkennen.
- Vor allem könne die Behinderung des Wettbewerbs (Horizontalverhältnis) nicht davon abhängen, ob die privaten Facebook-Kunden in diese Datenverarbeitung einwilligten oder nicht.
- Zudem müsse eine Beeinträchtigung von Wettbewerbern tatsächlich eingetreten sein, die bloße Möglichkeit reiche nicht aus, eine plausible oder nachvollziehbare Wettbewerbsbehinderung sei nicht zu erkennen.
- Die **Marktzutrittschürde** liege in der Vielzahl der von Facebook gewonnenen Daten, nicht aber darin, dass die Mehrdaten unter Verstoß gegen das Datenschutzrecht verarbeitet werden.
- Ferner sei die reine Datenmenge nicht für den Erfolg oder die Ausschlusswirkung eines Netzwerks wie Facebook 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.
- Und es sei weder begründet noch ersichtlich, dass eine Gefahr der **Übertragung der Marktmacht von dem Markt für soziale Netzwerke auf einen Drittmarkt für Onlinewerbung für soziale Medien** bestehe.

Fragen?



Dr. Sebastian Jungermann

Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
Rechtsanwalt, Partner
Bockenheimer Landstrasse 25
60325 Frankfurt am Main
Tel +49 69 25494 300
sebastian.jungermann@arnoldporter.com