



**VERWALTUNGSVERFAHREN
VERFÜGUNG GEM. § 32 ABS. 1 GWB
– Öffentliche Version –**

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

1. Facebook Inc., [...], Menlo Parc, [...], U.S.A.

- Beteiligte zu 1. -

2. Facebook Ireland Ltd., [...] Dublin, Irland,

- Beteiligte zu 2. -

3. Facebook Deutschland GmbH, [...] Hamburg

- Beteiligte zu 3. -

Verfahrensbevollmächtigte zu 1.-3.:

[...]

4. Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., [...] Berlin

- Beigeladene -

hat die 6. Beschlussabteilung am 06.Februar 2019 beschlossen:

1. Den Beteiligten zu 1.-3. einschließlich der gem. § 36 Abs. 2 GWB mit ihnen verbundenen Unternehmen wird untersagt, Nutzungsbedingungen - einschließlich deren Konkretisierung in Datenrichtlinien, Cookie-Richtlinien - oder vergleichbare Vertragskonditionen zu verwenden, nach denen die Nutzung des unter den Adressen facebook.com und facebook.de sowie unter der Bezeichnung „Facebook“ als mobile App angebotenen Dienstes (im Folgenden für beide Angebote *Facebook.com*) von in Deutschland ansässigen privaten Nutzern¹ davon abhängig ist,
 - a. dass die Betreibergesellschaft von *Facebook.com* nutzer- und gerätebezogene Daten, die bei der Nutzung der Dienste *WhatsApp*, *Oculus* und *Masquerade* durch in Deutschland ansässige private Nutzer erhoben und gespeichert wurden, ohne Einwilligung dieser Nutzer erfassen, mit den bei der Nutzung von *Facebook.com* erhobenen und gespeicherten Daten dieser Nutzer verknüpfen und verwenden kann;
 - b. dass die Betreibergesellschaft von *Facebook.com* nutzer- und gerätebezogene Daten, die bei der Nutzung des Dienstes *Instagram* durch in Deutschland ansässige private Nutzer erhoben und gespeichert wurden, ohne Einwilligung dieser Nutzer mit den bei der Nutzung von *Facebook.com* erhobenen und gespeicherten Daten verknüpfen und kombiniert verwenden kann;
 - c. dass die Betreibergesellschaft von *Facebook.com* oder ein konzerneigener Anbieter der Programmierschnittstellen (*Facebook Business Tools*) bei dem Besuch von Webseiten oder bei der Nutzung mobiler Apps dritter Anbieter durch in Deutschland ansässige private Nutzer ohne deren Einwilligung nutzer- und gerätebezogene Daten über die von den Webseiten oder Apps eingebundenen Programmierschnittstellen zur Realisierung von *Sozialen Plugins*, *Facebook Login* und *Account Kit* sowie auf dem *Facebook Pixel* und *Facebook SDK* basierende Mess- und Analysedienste erfassen, die Daten mit den bei der Nutzung von *Facebook.com* erhobenen und gespeicherten Daten verknüpfen und verwenden kann,

indem insbesondere die in Punkt 2 Abs. 1 der gegenwärtigen Nutzungsbedingungen („*Unsere Datenrichtlinie und Deine Privatsphäreinstellungen*“) enthaltene Bestimmung, wonach personenbezogenen Daten erfasst und verwendet werden, um die Dienste bereitzustellen, und wonach der Nutzer in der Datenrichtlinie erfährt, wie die Daten erfasst und verwendet werden, mit folgenden Richtlinien konkretisiert wird:

¹ Der Begriff „Nutzer“ umfasst jede Person, die Facebook nutzt, unabhängig vom Geschlecht.

- die gegenwärtig in Punkt I. der Facebook-Datenrichtlinie in der druckbaren Version (*„Welche Arten von Informationen erfassen wir?“*) enthaltene Bestimmung, die erklärt, dass die Erfassung der vom Nutzer bereitgestellten Informationen, der Geräteinformationen sowie der Informationen von Partnern für alle sogenannten „Facebook-Produkte“ gilt, zu denen nach der gegebenen Definition alle Produkte des Facebook-Konzerns einschließlich der konzerneigenen Dienste sowie der Facebook Business Tools, über die sogenannten „Facebook-Partner“ Informationen senden, gehören;
- die gegenwärtig in Punkt II. der Facebook-Datenrichtlinie in der druckbaren Version unter der Überschrift *„Wie verwenden wir diese Informationen? - Bereitstellung, Personalisierung und Verbesserung unserer Produkte“* enthaltene Bestimmung, die unter der Überschrift *„Informationen über verschiedene Facebook-Produkte und Geräte hinweg“* erklärt, dass die erfassten Daten für die Bereitstellung und Personalisierung über alle Facebook-Produkte hinweg verwendet werden, einschließlich der Regelung, dass die Informationen über die Aktivitäten des Nutzers auf verschiedenen Facebook-Produkten und Geräten miteinander verbunden werden, um dem Nutzer ein individuelleres und einheitlicheres Erlebnis in allen genutzten Facebook-Produkten bereitzustellen, gleichgültig, wo sie genutzt werden;
- die gegenwärtig in Punkt II. der Facebook-Datenrichtlinie in der druckbaren Version unter der Überschrift *„Wie verwenden wir diese Informationen? – Bereitstellung von Messungen, Analysen und sonstigen Unternehmens-Services“* enthaltene Bestimmung, die erklärt, dass die zur Verfügung stehenden Informationen einschließlich der Nutzeraktivitäten außerhalb der Facebook-Produkte, wie z.B. die von dem Nutzer besuchten Webseiten und die Werbeanzeigen, die er sieht, verwendet werden, um Werbetreibenden und anderen Partnern zu helfen, die Effektivität und Verbreitung ihrer Werbeanzeigen und Dienste zu messen und Aufschluss über die Arten von Personen, die ihre Dienste nutzen, sowie darüber, wie Personen mit ihren Webseiten, Apps und Diensten interagieren, zu erlangen;
- die gegenwärtig in Punkt II. der Facebook-Datenrichtlinie in der druckbaren Version unter der Überschrift *„Förderung von Schutz, Integrität und Sicherheit“, „Kommunikation mit dir“, „Forschung und Innovation für soziale Zwecke“* enthaltene Bestimmung, die erklärt, dass die verfügbaren Informationen für die Förderung von Schutz, Integrität und Sicherheit, für die Kommunikation mit dem Nutzer sowie für Forschung und Innovation für soziale Zwecke verwendet werden;

- die gegenwärtig in Punkt IV. der Facebook-Datenrichtlinie in der druckbaren Version unter der Überschrift „*Wie arbeiten die Facebook-Unternehmen zusammen?*“ enthaltene Bestimmung, die erklärt, dass Informationen über den Nutzer auch über die sogenannten „Facebook-Unternehmen“ hinweg verarbeitet werden, soweit dieses nach geltendem Recht und gemäß deren Nutzungsbedingungen und Richtlinien zulässig ist, um ein innovatives, relevantes, einheitliches und sicheres Erlebnis auf allen von dem Nutzer genutzten Produkten der Facebook-Unternehmen bereitzustellen, wobei zu den „Facebook-Unternehmen“ nach der gegebenen Definition u.a. Oculus und Oculus Ireland Ltd., WhatsApp Inc. und WhatsApp Ireland Ltd. und Masquerade gehören;
 - die gegenwärtig unter der Überschrift „*Wo verwenden wir Cookies*“ in der Facebook-Cookie-Richtlinie, auf die die Datenrichtlinie verweist („*Welche Arten von Informationen verarbeiten wir – Geräteinformationen*“), enthaltene Bestimmung, die erklärt, dass Facebook sog. Cookies auf dem Computer oder Geräten platziert und so Informationen erhalten kann, die in den Cookies gespeichert werden, wenn der Nutzer Facebook-Produkte, Produkte von anderen Mitgliedern der Facebook-Unternehmen sowie Webseiten und Apps, die von anderen Unternehmen, die die Facebook-Produkte einschließlich der Facebook Business Tools nutzen, nutzt oder besucht, und wonach Facebook diese Informationen ohne irgendeine weitere Handlung des Nutzers erhält, wenn der Nutzer letztgenannte Webseiten und Apps besucht, einschließlich Geräteinformationen und Informationen über die Nutzeraktivität;
 - die gegenwärtig unter der Überschrift „*Cookies und andere Speichertechnologien*“ in der Facebook Cookie-Richtlinie gegebene Definition, mit der die vorgenannte Bestimmung, die die Verwendung von Cookies erklärt, auf andere Technologien einschließlich der von Facebook auf dem Webbrowser oder Gerät des Nutzers gespeicherten Daten, der mit dem Gerät des Nutzers verknüpften Kennungen sowie sonstiger Software erstreckt wird.
2. Den Beteiligten zu 1.-3. einschließlich der gem. § 36 Abs. 2 GWB mit ihnen verbundenen Unternehmen wird die Durchführung der Facebook-Nutzungsbedingungen einschließlich deren Konkretisierung in der Facebook-Datenrichtlinie und Facebook-Cookie-Richtlinie im Sinne der Ziff. 1.a. bis c. untersagt, bei der insbesondere
- a. die von privaten Nutzern bei der Registrierung für *WhatsApp* angegebene Telefonnummer, seine Geräteerkennung, Betriebssystemversion, App-Version, Plattforminformation, Ländervorwahl der Mobilnummer, Netzwerkcode,

Markierungen, die es erlauben, die Zustimmung zu Aktualisierungen und Steuerungsoptionen nachzuverfolgen, sowie Nutzungsinformationen, wann WhatsApp zum letzten Mal genutzt wurde, wann der Account registriert wurde und die Art und Häufigkeit der Nutzung von Features sowie darüber hinaus gehende Nutzer- und Geräteinformationen erfasst und mit den bei der Nutzung von *Facebook.com* erhobenen und gespeicherten Daten dieser Nutzer, z.B. über einen Familiengeräte-Identifikator und die Zuweisung der Facebook-ID, verknüpft und verwendet werden;

- b. die von privaten Nutzern bei Nutzung von *Oculus und Masquerade* erhobenen nutzer- und gerätebezogenen Informationen einschließlich, z.B. von Kontoinformationen, erstellten Inhalten und ihren Metadaten, Transaktionsdaten, Zahlungsinformationen, Geräteinformationen, Geräte-IDs, Cookie- und Pixelinformationen, Informationen zur Nutzung von Drittwebseiten oder Apps und Standortdaten erfasst und mit den bei der Nutzung von *Facebook.com* erhobenen und gespeicherten Daten dieser Nutzer, z.B. über das Facebook Login, die E-Mail-Adresse des Nutzers, über Gerätekennungen, jeweils mit Zuweisung der Facebook-ID, verknüpft und verwendet werden;
- c. die von privaten Nutzern bei Nutzung von *Instagram* bereitgestellten Informationen und Inhalte, seine Netzwerke und Verbindungen bei *Instagram*, Informationen über die Nutzung von *Instagram*, über durchgeführte Transaktionen auf *Instagram*, über die Aktivitäten anderer und Informationen, die andere über den Nutzer bereitgestellt haben, Informationen über das für *Instagram* eingesetzte Endgerät einschließlich der Geräteattribute, der Vorgänge auf dem Gerät, Identifikatoren, Gerätesignale, Daten aus den Geräteeinstellungen, Netzwerk und Verbindungen und Cookie-Daten sowie Informationen der Partner von *Instagram* mit den bei der Nutzung von *Facebook.com* erhobenen und gespeicherten Daten dieser Nutzer, z.B. über einen Familiengeräte-Identifikator und die Zuweisung der Facebook-ID, verknüpft und verwendet werden;
- d. bezüglich privater Nutzer Geräteinformationen, besuchte Webseiten, getätigte Käufe, Werbeanzeigen und Nutzungsinformationen über *Facebook Business Tools*, die Werbetreibende, App-Entwickler und -Publisher („Facebook Partner“) verwenden,
 - bei Einbindung von *Sozialen Plugins* durch Facebook-Partner in Webseiten insbesondere die IP-Adresse, der Browsertyp, die URL der besuchten Webseite und Zeitpunkt des Besuchs sowie aus dem Cookie die Nutzer-ID, die besuchte Webseite, das Datum und die Uhrzeit; bei

Einbindung in eine mobile App insbesondere den App-Betreiber, die App ID, das benutzte Betriebssystem, das Gerätemodell, Bildschirmgröße, Prozessorkerne, Gesamtspeicherplatz, Name und Version der genutzten App, der sog. „User-Agent-String“ (Browserinformationen), IP-Adresse, die Zeitzone sowie die jeweiligen SDK-„Events“;

- bei Einbindung von *Facebook Login und Account Kit* denselben Daten-Umfang wie aus Sozialen Plugins für Webseiten und mobile Apps sowie darüber hinaus insbesondere die Log-In-Informationen, die der Nutzer manuell eingibt sowie Fehlerinformationen, die die Nutzer-ID enthalten;
- bei Einbindung von *pixel- und SDK-basierten Mess- und Analysediensten* insbesondere den Datensatz des http-Headers, IP-Adressen, Browserinformationen, Speicherort der Seite, Dokumentinformationen, Referrer (die Webseite, über die der Benutzer zur aktuellen Webseite gekommen ist), Informationen über den Verwender, pixelspezifische Daten wie die Pixel-ID und das Facebook-Cookie, Klickdaten, sowie konfigurierte "Events", Geräteinformationen einschließlich der Werbe-ID sowie Cookie-Daten und gehashte Nutzer-Identifikatoren

erfasst und mit den bei der Nutzung von *Facebook.com* erhobenen und gespeicherten Daten dieser Nutzer z.B. über Cookie-Daten, Geräte-IDs, einen Abgleich weiterer Geräteinformationen, gehashte Nutzer-Identifikatoren im Rahmen des "Advanced Matching", jeweils mit der Zuweisung der Facebook-ID, verknüpft und verwendet werden.

3. Zur Abstellung des in Ziffer 1 und 2 untersagten Verhaltens werden die Beteiligten zu 1.-3. einschließlich der gem. § 36 Abs. 2 GWB mit ihnen verbundenen Unternehmen verpflichtet,
 - a. innerhalb von 12 (zwölf) Monaten die unter Ziffer 1 untersagten Vertragskonditionen zu entfernen oder anzupassen, sowie die unter Ziffer 2 untersagte Durchführung der Vertragskonditionen einzustellen oder anzupassen,
 - b. innerhalb von 12 (zwölf) Monaten nach Eintritt der Vollziehbarkeit der Verfügung bei der Anpassung der Konditionen zusätzlich in den Facebook-Nutzungsbedingungen, diese konkretisierenden Datenrichtlinien oder einem vergleichbaren Dokument ausdrücklich klarzustellen, dass
 - die nutzer- und gerätebezogenen Daten aus der Nutzung von *WhatsApp, Oculus, und Masquerade* durch private Nutzer nicht oder nicht ohne deren

Einwilligung erfasst und mit den bei der Nutzung von Facebook erhobenen und gespeicherten Daten verknüpft und verwendet werden;

- die nutzer- und gerätebezogenen Daten aus der Nutzung von *Instagram* durch private Nutzer, nicht oder nicht ohne deren Einwilligung mit den bei der Nutzung von Facebook erhobenen und gespeicherten Daten verknüpft und für *Facebook.com* verwendet werden;
 - die nutzer- und gerätebezogene Daten nicht oder nicht ohne Einwilligung der die Webseite oder mobile App besuchenden privaten Nutzer über *Facebook Business Tools* erfasst und mit den bei der Nutzung von Facebook erhobenen und gespeicherten Daten verknüpft und für *Facebook.com* verwendet werden;
- c. innerhalb von 4 (vier) Monaten einen Umsetzungsplan vorzulegen, der im Einzelnen darstellt, welche Maßnahmen die Beteiligten für die unter Ziffer 3 aufgegebenen Abstimmung beabsichtigen zu ergreifen und in welchen Schritten in zu welchen Zeitpunkten diese Maßnahmen umgesetzt werden.
4. Eine Einwilligung im Sinne der Ziff. 1 bis 3 liegt nicht vor, wenn die Bereitstellung des Dienstes Facebook.com von der Erteilung der Einwilligung abhängig gemacht wird.
 5. Die in Ziff. 3.a. bis 3.c. ausgesprochenen Umsetzungsfristen werden gehemmt und verlängern sich einmalig um 2 Monate, sofern binnen einer Frist von 2 (zwei) Monaten nach Zustellung der Verfügung ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nach § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB gestellt wird. Die Hemmung beginnt mit dem Eingang des Antrags beim Beschwerdegericht und endet mit der Beendigung des erstinstanzlichen Eilverfahrens über diesen Antrag.
 6. Die Gebühr für das Verfahren einschließlich dieser Entscheidung wird auf [...] € festgesetzt und den Beteiligten auferlegt.
 7. Der vollständige oder teilweise Widerruf von Ziff. 1 bis 6 der Verfügung bleibt vorbehalten.

Gründe:

A. Sachverhalt

I. Facebook

1. Der Facebook-Konzern

- 1 Der Facebook-Konzern entwickelt und betreibt verschiedene digitale Produkte, Internetdienstleistungen und Applikationen für Smartphones (im Folgenden: **Apps**). Muttergesellschaft ist die Facebook Inc., mit Sitz in Menlo Park/U.S.A. Die Facebook Germany GmbH, Hamburg und die Facebook Ireland Ltd., Dublin sind 100%ige Konzerntöchter der Facebook Inc. (im Folgenden zusammen: **Facebook**).
- 2 Facebook Inc. ist im Besitz einer Vielzahl verschiedener Investoren. Der Unternehmensmitgründer und Vorstandsvorsitzende Mark Zuckerberg hält den größten Unternehmensanteil von rund 28%. Weitere Anteile halten die Facebook-Mitbegründer Dustin Moskovitz und Eduardo Saverin. Ein weiterer größerer Teil der Anteile ist im (Streu-)Besitz von Facebook-Mitarbeitern. Auch die restlichen Anteile werden von einer Vielzahl von Investoren gehalten.
- 3 Zu den Produkten zählen der vorwiegend werbefinanzierte Dienst „Facebook“, einschließlich des Kommunikationsdienstes „Facebook Messenger“ sowie weitere Produkte, die unter www.facebook.com (in Deutschland auch unter www.facebook.de mit Weiterleitung zu www.facebook.com) angeboten werden (im Folgenden: **Facebook.com**; hierzu im Einzelnen sogleich **2.**). Anbieter der Dienste von Facebook.com für Europa ist laut Impressum die Facebook Ireland Ltd.²
- 4 Facebook bietet neben Facebook.com auch den Dienst **Instagram** an, der bisher von der separaten Konzerngesellschaft Instagram Inc., San Francisco/U.S.A. betrieben wurde.³ Die Instagram Inc. ist im Jahr 2012 von Facebook erworben worden. Seit dem 25. Mai 2018 wird auch Instagram von Facebook Ireland Ltd. betrieben. Instagram ist ein vorrangig mobiler Dienst zum Teilen von Fotos und Videos (im Einzelnen noch unten **3.**).
- 5 Geschäftstätigkeit der Facebook Germany GmbH ist die Unterstützung der Facebook Ireland Ltd. im Bereich Werbung, Kommunikation und Öffentlichkeitsarbeit.⁴ Zur

² <https://www.facebook.com/legal/terms?ref=pf>, [...]

³ [...]

⁴ Handelsregisterauszug, HRB 111963: „Zweck der Gesellschaft ist es, der Facebook Gruppe jegliche Dienstleistungen in Verbindung mit Vertrieb, Marketing, kommerzieller Entwicklung, Forschung und Entwicklung im Technologiebereich, Öffentlichkeitsarbeit und –kommunikation und jede andere kommerzielle, administrative

- Facebook-Gruppe gehört außerdem die Facebook Payments Inc., Menlo Park/U.S.A.⁵, die die Durchführung von Zahlungen bei verschiedenen Facebook-Diensten unterstützt.
- 6 Der Facebook-Konzern besitzt daneben weitere Tochtergesellschaften, die ebenfalls Internetdienste und Apps anbieten:
 - 7 Dazu gehört zunächst das Unternehmen **WhatsApp Inc.**, Menlo Park/U.S.A., das über die irische Tochter WhatsApp Ireland Ltd., Dublin die mobile App „WhatsApp“ anbietet. WhatsApp ist ein Kommunikationsdienst, der seit 2010 auf dem Markt ist und im Jahr 2014 von der Facebook Inc. übernommen wurde. Benutzer können über WhatsApp Textnachrichten, Bild-, Video- und Ton-Dateien sowie Standortinformationen, Dokumente und Kontaktdaten zwischen zwei Personen oder in Gruppen austauschen (hierzu im Einzelnen noch unten 4.).
 - 8 Das Unternehmen **Masquerade Technologies Inc.**, Minsk wurde im Jahr 2016 von Facebook Inc. übernommen. Das Unternehmen bietet die App „Masquerade“ (MSQRD) an, mit deren Hilfe die Nutzer Filter und Masken z.B. zum Bearbeiten und Teilen von Fotos nutzen können. In Deutschland wird Masquerade von monatlich [...] Nutzern genutzt.⁶
 - 9 Das Unternehmen Facebook Technologies LLC (ehemals **Oculus VR, LLC**), Menlo Park/U.S.A.⁷ ist auf die Entwicklung von „Virtual Reality“-Brillen spezialisiert. Es stellt die Hardware für „Virtual Reality“-Produkte wie die VR Brillen Rift und Gear VR her und betreibt eine Plattform, auf der Nutzer Inhalte wie Virtual Reality Spiele herunterladen und bereitstellen können. Die Produkte werden in Europa von Facebook Technologies Ireland Ltd bereitgestellt. In Deutschland werden Oculus Rift bzw. Oculus Gear von monatlich [...] Nutzern genutzt.⁸
 - 10 Das israelische Unternehmen **Onavo Inc.**⁹ gehört seit 2013 zu Facebook Inc. und bietet u.a. mobile Apps an, die die Nutzung des Smartphones durch die Identifizierung von datenintensiven Apps und die optimale Nutzung des Speicherplatzes und Datenvolumens optimieren („Onavo Extend“) sowie einen Schutz der privaten Daten bei der Nutzung von öffentlichen WLAN Netzen („Onavo Protect“, im Folgenden: **Onavo**) bieten soll. Darüber hinaus bietet das Unternehmen das Produkt „Onavo

oder IT-Leistung zur Unterstützung der Onlinenetzwerkplattform Facebook zur Verfügung zu stellen“ (Abruf vom 21.03.2017, [...]).

⁵ vgl. https://www.facebook.com/payments_terms/privacyin_ihrer_Fassung_vom_30.12.2013, [...]

⁶ [...]

⁷ <https://www.oculus.com/>; [...]

⁸ [...]

⁹ Vgl. http://www.onavo.com/privacy_policy/ in ihrer Fassung vom 14.12.2018 [...]; die Datenverarbeitung aus diesem Dienst ist nach Änderung der Datenrichtlinien nicht mehr Gegenstand des Verfahrens.

Insights“ an, das Unternehmen Analysedaten über die Nutzung von Apps und Verbrauchertrends in den Bereichen Online-Gaming, soziale Netzwerke, Finanzen und Unterhaltung anbietet.

- 11 Die **CrowdTangle** Inc. ist ein Analysedienst, der im Jahr 2016 von Facebook Inc. übernommen wurde. Der Dienst zeigt Unternehmen u.a., wie sich ihre Inhalte im Netz verbreiten und wie diese Inhalte „viral“ werden.¹⁰
- 12 Im Jahr 2014 hatte die Facebook Inc. schließlich das finnische Unternehmen ProtoGeo Oy erworben, das die mobile Fitness-App **Moves** mit einem patentierten Algorithmus betrieb. Dabei handelte es sich um eine App, die ein exaktes Bewegungsprofil des Nutzers abbildete und dem Nutzer einen Überblick über seinen Kalorienverbrauch und seine zurückgelegten Wegstrecken gibt. Die App wurde nach Angaben von Facebook zum 31. Juli 2018 vom Markt genommen.¹¹
- 13 Der Konzernumsatz der Facebook Inc., der zu 98%¹² durch Werbung erwirtschaftet wurde, betrug im Jahr 2018 weltweit rund 55 Mrd. US-Dollar.¹³

2. Facebook.com

- 14 Die Facebook-Gruppe bietet unter Facebook.com eine ganze Reihe von Produkten und Diensten an, die sich an verschiedene Gruppen richten.¹⁴ Dazu gehört zunächst das Angebot des sozialen Netzwerks Facebook, das sich vor allem an private Nutzer und an Inhaltenanbieter („publisher“) richtet (hierzu a.). Facebook bietet Werbetreibenden verschiedene Werbeprodukte im Zusammenhang mit dem sozialen Netzwerk sowie anderen Diensten der Facebook-Gruppe an (hierzu b.). Darüber hinaus gehört zu dem Produkt Facebook.com die Facebook-Entwicklerplattform („Facebook for Developers“), die Drittunternehmen u.a. über die „Facebook Business Tools“ sowie weitere Softwareprodukte und Programmierschnittstellen für die Entwicklung ihrer Dienste in Anspruch nehmen können (hierzu c.).

a. Soziales Netzwerk

- 15 Kernprodukt von Facebook ist das Angebot des sozialen Netzwerks, das in Deutschland über die Internetadressen www.facebook.de und www.facebook.com erreichbar ist. Das soziale Netzwerk Facebook wurde im Jahr 2004 von einer Gruppe

¹⁰ <http://www.crowdtangle.com/features>, [...]

¹¹ <https://newsroom.fb.com/news/2018/07/hello-tbh-moving-on/>, [...]

¹² Facebook, Jahresbericht 2017, S. 9 (abrufbar unter https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_financials/annual_reports/FB_AR_2017_FINAL.pdf), [...]

¹³ Facebook, Facebook Reports Fourth Quarter and Full Year 2018 Results , [...]

¹⁴ [...]

Studenten rund um Mark Zuckerberg gegründet und ist in Deutschland seit 2008 verfügbar.

- 16 Seit seiner Gründung hat sich das Netzwerk weltweit kontinuierlich mit steigenden Nutzerzahlen verbreitet. Die Nutzerzahlen werden dabei von Facebook in verschiedener Weise gemessen: Zum einen werden Nutzerzahlen nach täglich aktiven Nutzern („daily active user“, DAU) und zum anderen nach monatlich aktiven Nutzern („monthly active user“, MAU) ausgewiesen. Der täglich aktive Nutzer wird definiert als registrierter Facebook-Nutzer, der sich an einem bestimmten Tag auf Facebook.com über die Webseite oder über ein mobiles Gerät anmeldet und besucht oder als registrierter Facebook-Nutzer die Facebook Messenger App nutzt.¹⁵ Der monatlich aktive Nutzer wird definiert als registrierter Facebook-Nutzer, der sich in den letzten 30 Tagen vor dem Messdatum auf Facebook.com über die Webseite oder über ein mobiles Gerät anmeldet und besucht oder als registrierter Facebook-Nutzer die Facebook Messenger App nutzt.¹⁶
- 17 Im Dezember 2018 hatte Facebook weltweit insgesamt 1,52 Mrd. täglich aktive Nutzer und 2,32 Mrd. monatlich aktive Nutzer.¹⁷ In Deutschland betragen die weiterhin ansteigenden Nutzerzahlen im November 2018 über 23 Mio. täglich aktive Nutzer sowie über 32 Mio. monatlich aktive Nutzer.¹⁸
- 18 Das Netzwerk und seine vielfältigen Funktionalitäten werden insbesondere von privaten Nutzer genutzt (hierzu (1)). Darüber hinaus wird es von kommerziellen Inhabern („publisher“) genutzt (hierzu (2)).

(1) Angebot an private Nutzer

- 19 Für deutsche Nutzer ist Facebook.com über den Browser unter der Internetadresse www.facebook.com bzw. www.facebook.de oder mobil mittels einer Facebook App auf mobilen Geräten nutzbar. Für die Nutzung von Facebook.com sowie für das Herunterladen der App verlangt das Unternehmen kein monetäres Entgelt.
- 20 Facebook.com bietet dem privaten Nutzer eine Reihe von Funktionen, mit welchen er sich u.a. mit seinen Freunden und Bekannten vernetzen und mit diesen Inhalte teilen kann. Facebook fasst die Funktionen des sozialen Netzwerks mit den Stichworten

¹⁵ [...]

¹⁶ [...]

¹⁷ Facebook, Facebook Reports Fourth Quarter and Full Year 2018 Results, [...]

¹⁸ https://allfacebook.de/zahlen_fakten/offiziell-facebook-nutzerzahlen-deutschland (zuletzt abgerufen am 10.01.2019); [...]

„Verbinden“ („connect“), „Kommunizieren“ („communicate“), „Teilen“ („share“) und „Entdecken“ („discover“) zusammen.¹⁹

- 21 Ausgangspunkt der privaten Nutzung von Facebook.com ist das bei Anmeldung entstehende persönliche Facebook-Konto. Hier legt der Nutzer ein Nutzerprofil an, auf dessen Grundlage eine persönliche Facebook-Seite erstellt wird. Dort kann der Nutzer unter seinem Klarnamen Angaben zu seiner Person machen und ein Profilfoto einstellen. Der Nutzer kann ferner seinen Beziehungsstatus, seinen Wohnort, seinen beruflichen Werdegang und seinen aktuellen Beruf eingeben oder Angaben zu seinen Interessen und religiösen oder politischen Überzeugung machen. Der Nutzer erhält auf Facebook.com auf dieser Grundlage eine eigene Facebook-Seite, die sich zunächst in drei Unterseiten aufgliedert, die Profilseite, die Startseite und die Seite „Freunde-Finden“.
- 22 Die Profilseite enthält neben den eingegebenen persönlichen Informationen auch die „Chronik“ („Timeline“), die seit 2011 in Deutschland verfügbar ist und die gesamte Aktivität des Nutzers umgekehrt chronologisch entlang einer Zeitachse ordnet und anzeigt. Ferner findet sich hier die Liste der „Freunde“, also der mit Klarnamen bezeichneten Personen einschließlich Profilfoto, mit denen der Nutzer auf dem sozialen Netzwerk verbunden ist. Der Nutzer kann im Einzelnen bestimmen, welche Informationen für wen sichtbar sind.
- 23 Über die „Freunde-Finden“-Seite kann der Nutzer mit gezielten Suchparametern (Name, Wohnort, Schule, Arbeitgeber) nach bestimmten Personen suchen. Daneben macht Facebook.com dem Nutzer mittels eines Algorithmus' Freundschaftsvorschläge zu Personen, die der Nutzer kennen könnte. Der Nutzer kann auch sein E-Mail-Adressbuch oder die auf seinem Smartphone gespeicherten Kontakte hochladen, um unter seinen Bekannten registrierte Facebook-Nutzer zu finden. Um sich mit anderen Facebook-Nutzern zu verbinden, muss der Nutzer eine Freundschaftsanfrage versenden, die der betreffende Nutzer annehmen oder ablehnen kann.
- 24 Der Nutzer kann daneben Gruppen gründen oder diesen beitreten. Dabei handelt es sich um nach Interessen oder zu bestimmten (Kommunikations-)Zwecken zusammengestellte Netzwerke, die als geheime (also nur von den Mitgliedern sichtbare), geschlossene (Mitgliedschaft nur nach Freischaltung durch einen Moderator, die Beiträge sind nicht öffentlich) und offene (alle Beiträge sind sichtbar, jeder kann mitmachen) betrieben werden können. Jede Gruppe ist einer Kategorie

¹⁹ [...]

- zugeordnet wie z.B. Hobby & Freizeit, Sport, Schule und Ausbildung, Kauf und Verkauf u.ä.
- 25 Die Startseite bildet den Kernbereich der Kommunikation. Auf ihr befindet sich der sogenannte „News Feed“, in dem aktuelle Meldungen („Posts“) der eigenen Freunde sowie von Inhalteanbietern und Unternehmen (dazu noch unten (2)), die der Nutzer abonniert oder mit „Gefällt Mir“ markiert hat, angezeigt werden. Die im News Feed dargestellten Posts werden von einem Algorithmus nach Relevanz für den jeweiligen Nutzer auf der Basis seiner Daten vorsortiert.
- 26 Wesentliches Element des Newsfeed sind die ganz oben auf der Seite vorgesehenen eigenen „Statusmeldungen“ des Nutzers, mit denen er seine eigenen Beiträge nach seiner Wahl unter seinen Freunden (und Messenger-Kontakten) oder öffentlich verbreiten kann. Diese Posts erscheinen dann (je nach Relevanz) im Newsfeed der Freunde oder des gesamten sozialen Netzwerks. Hierfür kann der Nutzer seine Gedanken einschließlich z.B. eines Fotos, eines Video oder den aktuellen Standort posten. Ferner kann der Nutzer aus einem langen Untermenü z.B. „fühlt sich“, „schaut“, „liest“, „hört“ etc. auswählen und dieses weiter präzisieren und durch eine lange Liste von „Emoticons“ (Smileys, die ein zum Gefühl passenden Gesichtsausdruck machen) illustrieren. Inhalte von externen Webseiten können integriert werden, u.a. indem der Nutzer auf diesen Drittwebseiten oder -Apps ein so genanntes Soziales Plugin (z.B. „Gefällt-mir“ oder „Teilen“) anklickt. In diesem Fall erscheint ein Hyperlink mit Vorschau auf die Webseite im persönlichen Facebook „Newsfeed“ und Freunde des Nutzers können den Hyperlink kommentieren oder wiederum mit anderen teilen.
- 27 Nutzer können auch bilateral oder in kleinen Gruppen über den **Facebook Messenger** in Echtzeit kommunizieren („Chats und Chaträume“). Dieses ist durch Textnachrichten sowie durch Versand von Foto-, Video- oder Audiodateien möglich. Außerdem bietet der Messenger Sprach- und Videotelefonie an. Der Facebook Messenger wird seit 2011 als Messaging Tool für Facebook.com-Nutzer als Teil des sozialen Netzwerkes angeboten und ist als auf der Facebook-Webseite in der Desktop-Version vorinstallierter Teil des Dienstes nur über Facebook.com erreichbar. Seit 2014 ist der Messenger über die Nutzung eines mobilen Gerätes als separate App verfügbar²⁰, die auch von Nutzern genutzt werden kann, die kein Facebook-Konto haben.
- 28 Seit August 2017 bietet Facebook ferner auf dem sozialen Netzwerk die Verkaufsplattform Facebook Marketplace an, der über die Startseite anwählbar ist. Nutzer können hier per Kleinanzeigen untereinander (gebrauchte) Dinge gebührenfrei

²⁰ [...]

lokal kaufen oder verkaufen.²¹ Das Angebot ergänzt die schon zuvor möglichen Verkaufsaktivitäten von Nutzern in oben genannten Kauf- und Verkaufgruppen.

- 29 Daneben bietet Facebook im sozialen Netzwerk diverse weitere Funktionalitäten an, wie z.B. die Organisation von Veranstaltungen, eine Stellenbörse, Wettervorhersagen oder Spendenaktionen. Geplant sind ferner eine Dating-Funktion sowie eine Video-On-Demand-Plattform (Facebook Watch), die in den USA bereits verfügbar ist.
- 30 Teil des Angebots an die privaten Nutzer ist schließlich ein App-Angebot, das auf der Grundlage einer Entwicklerplattform von Drittanbietern erstellt wird. Drittanbieter entwickeln für Facebook Anwendungen, auf die die Nutzer des sozialen Netzwerks über das „App-Center“ zugreifen können. Dabei handelt es sich ganz überwiegend um Spiele verschiedenster Art, die auf Facebook.com als „Instant Spiele“ u.a. interaktiv mit anderen Nutzern gespielt werden können. Darüber hinaus existiert die separate Anwendung „Gameroom“, die auf den Computer oder als App auf Mobilgeräte heruntergeladen werden kann und mit der das jeweilige Spiel mit dem aktuellen Spielstand auf mehreren Geräten gespielt werden kann. Erforderlich ist die Anmeldung mit dem Facebook-Konto.
- 31 Soweit Anwendungen auf Facebook.com entgeltpflichtig sind – wie z.B. mögliche In-App- Käufe bei Spielen oder auch Spendenaktionen – erfolgen die Zahlungen mit „Facebook Payments“. Hierfür werden verschiedene Zahlungsmethoden, z.B. Kredit- und Debitkarten, Facebook-Geschenkgutscheine oder Zahlung über den Mobilfunkanbieter, unterstützt.²² Facebook wird hierfür an den Einnahmen des Anbieters beteiligt.

(2) Angebot für Inhalteanbieter („Publisher“)

- 32 Facebook bietet ferner die Möglichkeit für **Inhalteanbieter** („Publisher“), das soziale Netzwerk als Publikationsfläche für eigene Inhalte zu nutzen. Hierfür können Unternehmen, Vereine oder Einzelpersonen ohne monetäres Entgelt eigene Facebook „Seiten“ („Pages“) einrichten. Inalteanbieter können auf Facebook ihre Inhalte verbreiten, sich mit Nutzern über „Abonnements“ und „Gefällt Mir“ verbinden und hierdurch ihre Reichweite erhöhen.
- 33 Um eine Facebook-Unternehmensseite zu betreiben, muss ein persönliches Facebook-Konto oder ein sog. Business-Manager-Konto²³ eingerichtet werden. Das

²¹ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Facebook-Flohmarkt-Marketplace-startet-in-Deutschland-3801730.html> (abgerufen 10.01.2019).

²² Vgl. https://www.facebook.com/payments_terms, [...]

²³ Vgl. <https://www.facebook.com/business/learn/how-business-manager-works/guide>, [...]

Unternehmen kann bei der Errichtung der Seite zwischen den Kategorien „Unternehmen oder Marke“ und „Community oder Person des öffentlichen Lebens“ mit diversen Unterkategorien wählen und sodann eine Seite ähnlich wie die persönlichen Seiten der Nutzer gestalten. Durch die Kommunikation auf Facebook.com wie z.B. das „Teilen“ von Inhalten im persönlichen Netzwerk können Inhalte der Seite verbreitet werden.

- 34 Nutzer können die Unternehmensseiten abonnieren und erhalten dann in ihrem Newsfeed von den Unternehmen gepostete Inhalte. Mit den sog. „Instant Articles“ bietet Facebook den Inhaltenanbietern die Möglichkeit, ihre Inhalte direkt auf Facebook.com zu hosten, so dass Nutzer nicht erst auf die allgemeine Webseite außerhalb von Facebook.com geleitet werden müssen, um etwa einen Zeitungsartikel lesen oder ein Video anschauen zu können. Die Inhalte sind dadurch für den Nutzer sofort und sehr schnell abrufbar und die Nutzer bleiben auf der Facebook-Plattform.
- 35 Die Inhaltenanbieter können schließlich die Inhalte durch die Nutzung des Facebook Werbemanagers auf Facebook.com oder ihre Webseiten durch die Nutzung des Facebook Audience Networks bewerben und monetarisieren (dazu sogleich b.). Durch die Integration von „Facebook Analytics“ sowie die Nutzung weiterer Facebook Mess- und Analysetools (dazu sogleich c.) können die Unternehmen von Facebook gesammelte Informationen über das Nutzerverhalten bezüglich der Inhalte abrufen²⁴ und so ihre Interaktionen und Bewerbung optimieren.
- 36 Nach öffentlichen Zahlen nutzen im vierten Quartal 2017 weltweit rund 70 Mio. Unternehmen die Facebook-Seiten.²⁵

b. Online-Werbung

- 37 Facebook finanziert sein soziales Netzwerk durch Online-Werbung, die gegenwärtig auf Facebook.com, Facebook Messenger, Instagram sowie auf über Schnittstellen (das sog. Audience Network SDK) verbundenen Drittwebseiten, dem Werbenetzwerk von Facebook, dem „Facebook Audience Network“, angehören, geschaltet werden kann. Diese Werbung ist auf den individuellen Nutzer zugeschnitten und zielt darauf, dem Nutzer genau die Werbung zu zeigen, die ihn aufgrund seines persönlichen Konsumverhaltens, seiner Interessen, seiner Kaufkraft und Lebenssituation interessieren könnte („Targeting“ bzw. „zielgerichtete Werbung“, „interessenbasierte Werbung“, „personalisierte Werbung“). Der durchschnittliche quartalsbezogene Erlös

²⁴ [...]

²⁵ Vgl. <https://allfacebook.de/toll/state-of-facebook>; die Zahlen für Deutschland sind vertraulich.

pro Nutzer (Average Revenue per User, „ARPU“) lag im Dezember 2018 europaweit bei 10,98 US-Dollar und weltweit bei 7,37 US-Dollar.²⁶

(1) Schaltung von Werbung

- 38 Voraussetzung für die Schaltung von Werbung auf Facebook.com ist die Einrichtung eines persönlichen Facebook Kontos oder eines Business Manager Kontos und einer Facebook-„Seite“. Hierüber gelangt der Werbekunde zum „Werbeanzeigenmanager“ und kann dort seine Werbekampagne erstellen. Er kann sein Werbeziel näher eingrenzen und seine gewünschte Zielgruppe näher spezifizieren.
- 39 Im Werbeanzeigenmanager können die Werbetreibenden den Ort der Platzierung bestimmen oder Facebook.com beauftragen, die Werbeanzeige automatisch dort anzuzeigen, wo sie „am wahrscheinlichsten die besten Ergebnisse“ erhält.²⁷ Als Werbefläche bietet Facebook zunächst das soziale Netzwerk sowie den Messenger an. Dabei wird die Werbung sowohl innerhalb des Newsfeed des Nutzers mit der Kennzeichnung „gesponsort“ als auch in der rechten Spalte der Nutzer-Startseite angezeigt oder abgespielt. Nutzer können durch Anklicken der Werbung ggf. direkt in den Online-Shop geführt werden.
- 40 Darüber hinaus besteht seit 2014 die Möglichkeit der Werbung auf Instagram sowie ab 2019 auch auf WhatsApp.²⁸ Ferner kann die Werbung auf Drittseiten und Apps außerhalb von Facebook, die der Facebook Werbeplattform über das Facebook Audience Networks angeschlossen sind, verbreitet werden. Facebook wird zwischen den Werbetreibenden und den Drittwebseiten bzw. –Apps insoweit als Vermittler tätig und erweitert mit dem Netzwerk zusätzlich die Werbereichweite der Facebook-Gruppe. Facebook erhält für die Vermittlung von den Werbetreibenden eine Provisionszahlung.
- 41 Daneben stehen als Werbeflächen **Instant Articles** und **In-Stream-Videos** zur Verfügung, so dass auch die Medieninhalte bei Konsum durch den Nutzer nochmals Werbung enthalten können.²⁹ Darüber hinaus bietet **Facebook App Ads** Anbietern von mobilen Apps die Möglichkeit, ihre Apps auf Facebook.com, Instagram oder im Facebook Audience Network zu bewerben. Die Anzeige enthält eine direkte Verlinkung zum Apple App Store, zum Google PlayStore und zum Kindle Fire Store, wo die mobile App direkt heruntergeladen werden kann. Mit App Ads können auch Nutzer, die eine

²⁶ Facebook, Facebook Reports Fourth Quarter and Full Year 2018 Results, https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_financials/2018/Q4/Q4-2018-Earnings-Presentation.pdf, [...]

²⁷ [...]

²⁸ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Werbung-bei-WhatsApp-Jetzt-wird-Geld-verdient-4128652.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

²⁹ S. Informationen, die Facebook in seinem Werbeanzeigenmanager unter „Platzierung von Werbung“ gibt.

App bereits heruntergeladen haben, gezielt erneut angesprochen werden und zu bestimmten Handlungen auf der App animiert werden.³⁰

- 42 Der Werbetreibende kann sein Werbebudget und den Zeitplan für seine Werbekampagne selbst bestimmen und seine Werbekampagne inhaltlich gestalten, indem er das Format wählt, Fotos hochlädt und die Werbeinhalte festlegt. Die Werbeplätze werden sodann per Auktionsverfahren zugeteilt.³¹ Werbetreibende zahlen für die Werbeprodukte auf Basis „cost-per-click“, „cost per action“ oder Tausender-Kontakt-Preis (CPM).³²

(2) Targeting und Verfeinerung der Zielgruppen

- 43 Facebook bietet zielgerichtete Werbung durch verschiedene Möglichkeiten der Eingrenzung der Zielgruppe, denen die Werbung gezeigt wird, an.
- 44 Zunächst ist im **Werbeanzeigenmanager** allgemein die Möglichkeit gegeben, die Zielgruppe nach Ort, Alter, Geschlecht und Sprache sowie nach weiteren demographischen Daten, Interessen und Verhalten einzugrenzen. Die Ortsauswahl enthält weitere Optionen: „jeder an diesem Ort“, „Personen, die hier leben“, „Personen, die kürzlich an diesem Ort waren“, „Personen, die diesen Ort besuchen“. Das Alter kann mit einer exakten Alterskategorie beginnend mit dem Mindestalter 13 Jahre bis zum Alter von 65+ angegeben werden. Die demographischen Daten enthalten die Unterkategorien „Ausbildung“, „Finanzen“, „Generation“, „Eigenheim“, „Lebensereignisse“, „Eltern“, „Politik“, „Beziehung“. Die „Interessen“ weisen wiederum die Unterkategorien „Branchen“, „Einkaufen und Mode“, „Essen und Trinken“, „Familie und Beziehungen“, „Fitness und Wellness“, „Hobbys und Aktivitäten“, „Sport und Outdoor“, „Technologie“, „Unterhaltung“ auf. Das „Verhalten“ gliedert sich wiederum in „Autowelt“, „digitale Aktivitäten“, „Expats“, „Finanzen“, „Jahrestag“, „Kaufverhalten“, „Konsumentenklassifizierung“, „multikulturelle Interessen“, „Nutzer von Mobilgeräten“, „Reisen“, „Rund ums Wohnen“, „Saisonales und Veranstaltungen“, „Wohneigentum“ u.v.m. auf. Jede der genannten Kategorien lässt sich noch weiter ausdifferenzieren, so beispielsweise die Unterkategorie „Beziehung“ in „eingetragene Lebenspartnerschaft, geschieden, getrennt, in einer Beziehung, kompliziert, Lebensgemeinschaft, offene Beziehung, Single, verlobt, verheiratet, verwitwet“ usw.
- 45 Im Rahmen von **Custom Audiences** hat der Werbetreibende die Möglichkeit, eine maßgeschneiderte Zielgruppe zu bewerben, in dem er seine eigenen Kundendaten auf

³⁰ <https://de-de.facebook.com/business/learn/facebook-create-ad-app-install-engagement>, [...]

³¹ [...]

³² [...]

Facebook Server hochlädt, wo diese mit Daten aus dem sozialen Netzwerk abgeglichen und aus den Treffern eine eigene Zielgruppe mit bestimmten identifizierten Nutzern erstellt wird. Diese kann im Facebook Werbeanzeigenmanager hinterlegt und für weitere Werbekampagnen auf Facebook.com, Instagram oder dem Facebook Audience Network verwendet werden. Facebook bietet verschiedene Arten von Custom Audiences an.³³

- 46 Der Werbetreibende kann als Basis für seine Custom Audience seine eigene Kundenliste über eine spezielle Facebook-Schnittstelle (das sog. „Facebook Pixel“, dazu noch unten c.) in verschlüsselter Form an Facebook übermitteln, die unterschiedliche Daten der Zielpersonen enthalten kann (Vor-, Nachname, Telefonnummer, E-Mail-Adressen, Stadt, Land, Geburtsdatum, Alter, Geschlecht, Facebook- ID bzw. die mobile Werbe-IDs wie die von Android vergebene Android’s Advertising ID (AAID) oder die von Google vergebene „Apple’s Advertising Identifier (IDFA), mit denen Smartphones identifiziert werden können).³⁴
- 47 Weitere Grundlage einer Custom Audience können Daten darüber sein, welche Nutzer die eigene Webseite³⁵ oder die eigene App³⁶ des Werbetreibenden besucht haben. Auf diese Weise kann der Werbetreibende Facebook Nutzer gezielt bewerben, die beispielsweise in den letzten 30 Tagen die entsprechende Webseite besucht haben oder sich bestimmte Produkte angesehen haben.
- 48 Schließlich kann eine Custom Audience aufgebaut werden, die auf Daten über die Nutzung der Inhalte des Werbetreibenden von Nutzern auf Facebook beruht („Engagement Custom Audiences“).³⁷ „Engagement“ bezieht sich dabei auf Handlungen, die auf Facebook.com vorgenommen werden, wie beispielsweise das Anschauen von Videos oder einer Anzeige.
- 49 Mit **Lookalike Audiences** kann der Werbetreibende Zielgruppen mit Facebook-Nutzern erstellen, die seinen Kunden „ähneln“ und daher möglicherweise ebenfalls Interesse an den beworbenen Produkten haben könnten.³⁸ Basis für eine Lookalike Audience ist eine Ausgangszielgruppe (sog. „Source Audience“), die entweder aus der Liste von Bestandskunden, einer schon erstellten Custom Audience des Werbetreibenden, aus den Nutzern einer Facebook Seite oder den Nutzer, die auf

³³ [...]

³⁴ https://www.facebook.com/business/help/570474483033581?helpref=page_content, [...]

³⁵ https://www.facebook.com/business/help/449542958510885/?helpref=hc_fnav, [...]

³⁶ https://www.facebook.com/business/help/1472206006327390/?helpref=hc_fnav, [...]

³⁷ https://www.facebook.com/business/help/1707329062853572/?helpref=hc_fnav, [...]

³⁸ [...]

einer Webseite des Werbetreibenden als potentielle Käufer ermittelt wurden, bestehen kann.³⁹ Facebook analysiert die Ausgangszielgruppe daraufhin, welche Attribute die Mitglieder der Zielgruppe gemeinsam haben (persönliche Gemeinsamkeiten wie Alter, Arbeitgeber, Branche, Region etc., Nutzungsverhalten im Internet, Reaktion auf Werbeansprache etc.). Ausgehend hiervon sucht Facebook Nutzer, die ebenfalls diese Attribute aufweisen. Diese neuen Nutzer sind die „Lookalike Audience“, die der maßgeschneiderten Zielgruppe des Werbetreibende hinzugefügt und die mit oben genannten Targeting-Möglichkeiten weiter eingegrenzt werden kann.⁴⁰

c. Entwicklerplattform und Facebook Business Tools

- 50 Die Facebook-Gruppe bietet unter dem Begriff „Facebook Business Tools“ schließlich Unternehmen eine Vielzahl von Werkzeugen und Produkten an, mit denen diese in verschiedener Weise die Nutzerreichweite und -informationen sowie den Zugang zu den Facebook-Nutzern für verschiedenste Unternehmenszwecke nutzen können. Die Produkte sollen nach Angaben von Facebook die Unternehmen dabei unterstützen, „Informationen zu integrieren und zu verwenden und sie mit Facebook auszutauschen.“⁴¹ Die Produkte richten sich an Webseitenbetreiber, Entwickler, Werbetreibende und sonstige Unternehmen, die die Tools über von Facebook vordefinierte Programmierschnittstellen (Application Programming Interfaces, APIs) mittels eines Konfigurators in ihre eigenen Webseiten, Apps und Online-Angebote bzw. in ihre Angebote auf der Facebook-Plattform einbinden können. Ein monetäres Entgelt verlangt Facebook hierfür nicht.
- 51 Facebook beschreibt verschiedenste Tools auf der Seite "Facebook for Developers": Dabei handelt es sich gegenwärtig um das „Account Kit“, „App Ads“, „App Links“, „Audience Network“ „Facebook Analytics“, „Facebook Business SDK“, „Facebook-Login“, „Facebook Pixel“, „Groups API“, „Instagram Graph API“, „Marketing Graph API“, „Messenger Platform“, „Pages API“, „Places Graph“ und „Workplace“. Unter der Rubrik "Veröffentlichung" finden sich die Produkte „Audience Network“, „Instagram Graph API“, „Instant Articles“ „Live Video API“. Als *Soziale Integrationen* werden „Group Plugin“, erneut „Instagram Graph API“, „Sharing“ und die Unterrubrik „Social Plugins“ mit den Tools „Gruppen-Plugin“, Button „Speichern“, „Gefällt mir, Teilen, Senden und Zitat“, „Eingebettete Beiträge und Videoplayer“, „Seiten-Plug-in“, „Kommentare“ und dem „Messenger Plugin“ genannt. Unter der Rubrik Spiele findet

³⁹ <https://www.facebook.com/business/learn/facebook-ads-lookalike-audiences>), [...]

⁴⁰ [...]

⁴¹ Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools, abrufbar unter <https://www.facebook.com/legal/terms/businesstools> in ihrer Fassung vom 25.05.2018, [...]

sich der „Facebook Gameroom“, „Game Payment“, „Games on Facebook“, „Instant Games“, „PC Games SDK“ und „Unity SDK“. Ferner sind auf der Seite das „AR-Studio“ (zuvor „Camera Effects Platform“) und die Künstliche Intelligenz „wit.ai“ genannt.

- 52 Die Nutzungsmöglichkeiten der Facebook Business Tools sind im Einzelnen sehr vielfältig. Im Wesentlichen können Unternehmen über die Produkte u.a. mit Facebook-Nutzern auf der Unternehmenswebseite (außerhalb von Facebook.com) interagieren und Handlungen auf dem sozialen Netzwerk oder Aktionen auf ihrer eigenen Webseite oder App auslösen (insbesondere Soziale Plugins, Facebook-Login, Account Kit). Unternehmen können mit den Produkten ferner Inhalte und Apps auf der Facebook-Plattform oder ihre Facebook-Unternehmensseiten entwickeln und/oder einbinden (z.B. Pages API, Live Video API, Graph API, Games on Facebook). Darüber hinaus können Unternehmen Informationen über das Facebook-Nutzerverhalten in Bezug auf ihr eigenes Unternehmen in verschiedenster Form über Facebook Business Tools erhalten (Mess- und Analysetools z.B. Facebook Analytics, Facebook Pixel).
- 53 Die von Facebook jeweils als „Tool“ beschriebenen Produkte sind nicht überschneidungsfrei und bilden z.B. einen Teil eines anderen Tools. Die genannten APIs, SDKs, Pixel und Plug-ins stellen regelmäßig die technische Grundlage der hierauf aufsetzenden Produkte dar, indem sie beispielsweise die Verbindung zwischen der Unternehmenswebseite und Facebook.com herstellen und den Zugang zur technischen Facebook-Plattform bilden. Z.B. ist für Facebook Analytics das Facebook Pixel notwendig, für Facebook-Login ein Facebook SDK, Games on Facebook kann u.a. mit dem Unity SDK realisiert werden, für Games Payment gibt es die Facebook Payment API.
- 54 Für den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bedeutsam sind insbesondere die Tools, mit denen über die Schnittstellen eine Verbindung zwischen Facebook.com und Unternehmen, die außerhalb und unabhängig von Facebook.com Webseiten oder Apps betreiben, hergestellt wird. Dazu gehören von den genannten Produkten in erster Linie die **Sozialen Plugins**, (hierzu (1)) **Facebook-Login** und **Account Kit** (hierzu (2)), Facebook Analytics sowie weitere Mess- und Analysetools, die das **Facebook Pixel** oder **SDK** benötigen (hierzu (3)).

(1) Soziale Plugins

- 55 Mit der Integration von Sozialen Plugins ermöglicht das Unternehmen den Nutzern seiner App oder Webseite in verschiedener Weise, seine Inhalte im sozialen Netzwerk Facebook.com zu integrieren und zu verbreiten. Mit den Plugins werden Schaltflächen („Buttons“) auf der Webseite oder App generiert, mit denen der Nutzer verschiedene

„soziale Handlungen“ durchführen kann. Facebook stellt auf der Webseite „Facebook for Developers“ folgende Soziale Plugins zur Verfügung: „Kommentare“, „Eingebettete Kommentare“, „Eingebettete Beiträge“, „Eingebettete Videos“, „Group Plugin“, Button „Gefällt mir“, „Seiten-Plugin“, „Zitat-Plugin“, Button „Speichern“, Button „Teilen“.

- 56 Der bekannteste und am weitesten verbreitete Plugin ist der **„Gefällt-mir“-**Button. Betätigt der Nutzer diesen Button auf Drittseiten und Apps, hat dies zur Folge, dass im Profil des Nutzers die Gefällt-mir-Markierung der Seite aufgeführt wird und die Webseite oder der Inhalt im Newsfeed der Facebook-Freunde angezeigt wird.
- 57 Auch der **„Teilen“-**Button ist ein weit verbreitetes Plugin und ermöglicht es Nutzern, außerhalb von Facebook.com von Webseiten oder Apps Inhalte auf Facebook im Freundeskreis zu teilen und diese gleichzeitig durch eine Statusmeldung zu kommentieren.
- 58 Viele Webseiten und zum Teil auch Apps benutzen außerdem das **„Seiten-Plugin“** von Facebook. Mit diesem Plugin kann die Facebook-Seite des Inhabers ganz oder teilweise in die unternehmenseigene Webseite integriert werden. Die Besucher können über dieses Plugin je nach Konfiguration ebenfalls die Gefällt-Mir- oder die Teilen-Funktion nutzen sowie von der unternehmenseigenen Webseite aus den Anbieter auf Facebook abonnieren (auch „folgen“).
- 59 Das **„Kommentar“-Plugin** findet sich ebenfalls auf vielen Webseiten und in einigen Apps. Hiermit können Nutzer auf der Webseite über Themen diskutieren und hierfür das Facebook-Konto einschließlich ihres Profildfotos nutzen sowie „Gefällt-Mir“-Markierungen vornehmen. Mit dem Plugin **„Eingebetteten Kommentare“** können die auf Facebook.com zu der Webseite bzw. App oder den Inhalten der Webseite bzw. App abgegebenen Kommentare auf der Webseite oder der App übernommen und dargestellt werden. Auch können mit dem Plugin **„Eingebettete Beiträge“** auf Facebook.com öffentlich gepostete Meldungen in Webseiten oder Apps übernommen und dargestellt werden. Auch Facebook-Videos können mit dem Plugin **„Eingebettete Videos“** auf der Webseite oder App dargestellt werden. Weniger bedeutsam ist der „Zitat“-Button, der es ermöglicht, einen auf einer Seite ausgewählten Text auf Facebook.com zu teilen. Mit dem **„Speichern“-**Button können Nutzer Artikel oder Dienste in einer privaten Liste auf Facebook.com abspeichern, sie dort teilen und Benachrichtigungen dazu erhalten. Neu ist schließlich der **„Gruppen Plugin“**, mit dem Nutzer über einen Link aus einer E-Mail oder Webseite heraus einer Facebook-Gruppe beitreten können.
- 60 Technisch können Soziale Plugins auf unterschiedliche Weise über Programmierschnittstellen realisiert werden, je nachdem, ob sie in eine Webseite oder

eine App eingebunden werden sollen. Das wesentliche Tool hierfür ist ein „Software Development Kit“ (SDK). Ein SDK ist eine Sammlung von Programmierwerkzeugen und Programmibliotheken, die zur Entwicklung von Software in einer bestimmten Umgebung dient. Facebook hält verschiedene SDKs auf seiner Webseite zum Download bereit. Für die Einbindung von Sozialen Plugins in Apps steht das „Facebook SDK“ für die mobilen Plattformen iOS und Android zur Verfügung. Auf einer Webseite können Soziale Plugins mit dem „Facebook SDK for Javascript“ oder mittels eines sog. iFrames (Inlineframe) eingebunden werden. Ein iFrame ist ein Element der Hypertext Markup Language (HTML), das der Strukturierung von Webseiten mit Links, Bilder und anderen Inhalten dient.

- 61 Allen Schnittstellen ist gemeinsam, dass sie einen Datenfluss über die Nutzer an Facebook.com unterstützen, der nicht von der tatsächlichen Betätigung der Plugin-Funktionalität durch die Nutzer der Webseite oder App abhängig ist (dazu im Einzelnen unten Rn. 139 ff.).

(2) Facebook Login und Account Kit

- 62 Das im Internet weit verbreitete „Facebook-Login“ und der „Account Kit“ sind Tools, mit denen der Anmeldeprozess auf Drittwebseiten und -Apps unterstützt wird.
- 63 Mit dem „Facebook Login“ kann sich der Nutzer auf der Drittwebseite mit seinen identifizierenden Facebook Registrierungsdaten, also mit seiner E-Mail-Adresse oder seiner Handynummer und seinem Facebook-Passwort einloggen.⁴² Darüber hinaus hat der Nutzer die Möglichkeit, weitere personenbezogenen Daten auf die App zu übertragen, so dass er bei der Anmeldung bei einer neuen App/Seite z.B. kein Nutzerprofil erstellen muss.
- 64 Facebook Login ist auf allen gängigen Plattformen und Betriebssystemen verfügbar: Für iOS, Android, Web und Windows Phone, für Desktop-Apps und für Smart-TVs, „Internet-of-Things“-Objekte und ähnliche Geräte. Nutzer, die sich über das Facebook-Login anmelden, können den jeweiligen Dienst über mehrere Endgeräte und Plattformen hinweg nutzen, da immer dieselbe Nutzer-ID eingesetzt wird.⁴³ Das „Account Kit“ ist ein das Facebook Login ergänzendes Angebot und ermöglicht es dem Nutzer, ein Nutzerprofil auf einer Drittwebseite bzw. App allein durch die Eingabe seiner Handynummer oder E-Mail-Adresse einzurichten, ohne ein Passwort zu benötigen.⁴⁴ Dieses Produkt ist unabhängig von einer Registrierung bei Facebook

⁴² [...]

⁴³ <https://developers.facebook.com/docs/facebook-login/overview/>, [...]

⁴⁴ [...]

nutzbar.⁴⁵ Es steht für das Web und die mobilen Plattformen iOS und Android zur Verfügung.

- 65 Technisch werden das Facebook Login und das Account Kit durch die Implementierung der jeweiligen Facebook SDKs umgesetzt, wobei die Implementierung auf einer Webseite nur mit dem Facebook Javascript SDK möglich ist. Auch hier liefern die SDKs Facebook Informationen darüber, welche Nutzer mit welchen Daten ein Konto auf der Drittwebseite einrichten, ohne dass die Buttons tatsächlich benutzt werden müssen (im Einzelnen unten Rn. 143 ff.).

(3) Analyse- und Messtools

- 66 Weitere Facebook Business Tools dienen vornehmlich der Analyse und Messung des Kundenverhaltens. Zu unterscheiden sind hier Tools, mit denen der Erfolg einer entgeltlichen Werbeanzeige gemessen werden können (unter (a)) und Facebook Analytics, das Drittwebseiten und -Apps die Analyse ihrer Seiten bzw. Apps ermöglicht (unter (b)).

(a) Werbeanzeigenberichte

- 67 Facebook bietet zunächst den Werbetreibenden als Teil ihres Angebots der Online-Werbung diverse Funktionen an, um den Erfolg ihrer Werbung zu messen. Der Werbeanzeigenmanager enthält dafür verschiedene „Reporting“-Funktionalitäten, mit denen Statistiken und Analysen über die Interaktion der Nutzer mit der Werbung auf Facebook erstellt werden (Werbeanzeigenberichte).⁴⁶ Werbetreibende können dort z.B. sehen, wie viele Personen die Anzeige angesehen haben, einschließlich Details zur Demografie und dem Ort der Anzeige, und die Anzeige nach Bedarf abändern (Anpassung der Zielgruppe, Platzierung, Budget), anhalten oder erneut starten.⁴⁷
- 68 Mit der Funktion „Zielgruppenstatistiken“ des Werbeanzeigenmanagers können Werbetreibende detaillierte Informationen über die mit der Werbung erreichten Zielgruppen einsehen. Die Statistiken enthalten demografische Informationen (Alter, Beziehungsstatus, Geschlecht, Ausbildung Job u.a.), Informationen über Interessen und „Lifestyle“ der Nutzer, „Gefällt-Mir“-Angaben, Kaufinformationen wie Online-Kaufverhalten, Ortsdaten u.v.m.
- 69 Die Reporting-Möglichkeiten gehen aber auch über die Beobachtung der Nutzer auf Facebook.com hinaus und können auch Nutzerhandlungen (sog. „Events“) auf den

⁴⁵ <https://developers.facebook.com/docs/accountkit/overview/> , [...]

⁴⁶ https://de-de.facebook.com/business/learn/facebook-ads-measuring-results_ , [...]

⁴⁷ <https://de-de.facebook.com/business/learn/facebook-ads-reporting-ads-manager> , [...]

jeweiligen Drittwebseiten und Apps umfassen, die gezielt der betrachteten Werbung zugeordnet werden. Für diese Informationen ist die Einbindung des Facebook Pixel auf den Webseiten oder Apps erforderlich. Dabei handelt es sich um ein Tracking Pixel, das als eine sehr kleine, meist unsichtbare Grafik in den Dienst eingebunden und bei Aufruf der Webseite durch den Browser geladen wird. Verbunden mit Javascript – wie etwa bei dem Facebook Pixel – können neben der Tatsache des Aufrufs weitere Daten erhoben werden. Facebook bietet hiermit Werbetreibende fünfzehn bereits vordefinierte und bis zu 100 weitere individuell konfigurierbare „Event“-Typen an, die Facebook über die Schnittstelle auf den Drittwebseiten und Apps erfassen und für den Werbetreibenden auswerten kann.⁴⁸ Dabei werden in der Regel Nutzerhandlungen, die innerhalb von 28 Tagen nach einem Click auf eine Werbeanzeige erfolgen, der Werbeanzeige zugeordnet.⁴⁹

- 70 Werbekunden können ferner mit der Funktion „Attributions“ den Erfolg einer Kampagne über mehrere Kanäle und mehrere Kampagnen hinweg messen. Mit „Facebook Brand lift studies“ kann der Erfolg von Werbekampagnen für Produktmarken gemessen und die Markenbekanntheit gesteigert werden.⁵⁰ „Audience Insights“ ist ein Tool für Unternehmen, die Custom Audiences erstellt haben.⁵¹ Über die Audience Insights bietet Facebook den Unternehmen aggregierte demografische und interessenbasierte Informationen über die in der Custom Audience befindliche Zielgruppe.⁵² Die „Sharing Insights“ ermöglicht Drittanbietern von Apps und Webseiten Einblicke darin, wie ihre Inhalte auf Facebook.com von den Nutzern geteilt werden. Sie erhalten (aggregierte) Statistiken, welche Zielgruppen (aufgeteilt nach Geschlecht, Alter, Stadt, Land) in welcher Weise (Post oder Comment) und mit welchem Inhalt (Inhalt der geteilten Kommentare) auf Facebook.com agiert haben. Die kostenfreie Funktion „Page Insights“ bietet Unternehmen, die auf Facebook.com eine eigene Unternehmensseite („Page“) unterhalten, Analysen über die Nutzung der Page. Facebook arbeitet außerdem mit Drittanbietern wie Nielsen zusammen, um das Konsumverhalten der Nutzer auch auf anderen Kanälen (Fernsehen, Suchmaschinen etc.) zu messen.⁵³

(b) Facebook Analytics

- 71 Facebook Analytics ist ein kostenfreies Angebot für Betreiber von Webseiten und Apps, die mit diesem Tool ihre eigenen Online-Dienste analysieren und aggregierte

⁴⁸ [...]

⁴⁹ [...]

⁵⁰ [...]

⁵¹ [...]

⁵² [...]

⁵³ [...]

Statistiken über ihre Zielgruppen erhalten können. Es ist für alle Unternehmen nutzbar, die ein Facebook-Konto und ein sog. Business Manager Konto angelegt haben. Eine Facebook Seite („Page“) muss hierfür nicht angelegt werden.⁵⁴ Facebook Analytics kann unabhängig davon genutzt werden, ob das Unternehmen Werbung auf Facebook schaltet. Technisch wird Facebook Analytics durch das Facebook Pixel (Webseiten) bzw. das Facebook SDK (App) integriert.⁵⁵

- 72 Mit Facebook Analytics erhalten Drittunternehmen aggregierte Daten darüber, wie Nutzer über verschiedene Geräte, Plattformen und Webseiten hinweg mit ihren Diensten agieren. Das Drittunternehmen soll die gesamte „Customer Journey“ auf Mobilgeräten, im Internet, Offline und in anderen Kanälen nachvollziehen und optimieren können.⁵⁶ Facebook bietet zahlreiche Messinstrumente an wie beispielsweise das Erstellen von Zielgruppen oder Zielgruppenstatistiken und Verhaltensanalysen bezüglich des Nutzerverhaltens (aggregierte Statistiken, Zielgruppen aufgeteilt nach Geschlecht, Alter, Haushaltseinkommen, Sprache, Stadt, Land).⁵⁷ Drittunternehmen können die Kanäle („Channels“) wählen, die sie analysieren wollen (z.B. ihre Webseite, ihre App, ihre Facebook Page o.ä.) und dann bestimmte Nutzerhandlungen („Events“) konfigurieren, die analysiert werden sollen. Facebook bietet bis zu 1000 unterschiedliche Events an, zwischen denen das Unternehmen wählen kann.⁵⁸ Seit dem Frühjahr 2018 ist es auch möglich, verschiedene Quellen (z.B. eine Webseite und eine App) zu einem „Analytics Dashboard“ zusammenzuführen und so den Erfolg des Unternehmens über verschiedene Quellen hinweg zu messen.
- 73 „Facebook Analytics“ ist ein kostenfreies Analysetool, das derzeit weltweit monatlich von mehr als [...] Drittunternehmen genutzt wird.⁵⁹

3. Instagram

- 74 Der Dienst Instagram ist ein Medium zum Teilen von Fotos und kurzen Videoclips und wird häufig als „Fotonetzwerk“ oder „Foto-Blogging“-Dienst bezeichnet. Er wurde im Jahr 2010 von Kevin Systrom und Mike Krieger gegründet und 2012 von der Facebook Inc. für 1 Mrd. US-Dollar übernommen. Der stark wachsende Dienst erreichte im Jahr 2018 weltweit 1 Mrd. monatlich aktive Nutzer und über 500 Mio. täglich aktive Nutzer⁶⁰,

⁵⁴ [...]

⁵⁵ Einzelheiten hierzu <https://developers.facebook.com/docs/analytics/quickstart>, [...]

⁵⁶ <https://analytics.facebook.com/>, [...]

⁵⁷ <https://analytics.facebook.com/>, [...]

⁵⁸ [...]

⁵⁹ [...]

⁶⁰ <https://business.instagram.com/>, [...]

- davon zwischen [...] in Deutschland.⁶¹ Der Dienst ist werbefinanziert und kostenfrei. Er wird ganz überwiegend über eine mobile App und mobile Endgeräte mit Kamerafunktion genutzt, ist aber als auch als vereinfachte Desktop-Version verfügbar.
- 75 Private Nutzer müssen sich über die mobile App registrieren. Hierzu muss eine E-Mail-Adresse, ein Benutzername und – optional, aber empfohlen – die Telefonnummer angegeben werden. Außerdem hat der Nutzer die Möglichkeit, ein Profilbild hochzuladen. Unter der Rubrik „Über“ kann der Nutzer persönliche Informationen über sich angeben. Das Profil kann, muss aber nicht mit dem Facebook-Konto verknüpft werden.
- 76 Für die Nutzung von Instagram legt sich der Nutzer eine Kontaktliste an. Diese kann aus dem Adressbuch, aus den Freundeslisten von Facebook.com oder Twitter (über die Twitter API) oder durch manuelle Suche erstellt werden. Der Nutzer erhält Vorschläge von Instagram-Nutzern, denen er „folgen“ kann. Wenn der Nutzer anderen folgt, kann er ihre Fotos und Posts auf der „Home“-Seite sehen, die dort in einem zentralen, konstanten Stream nach einer von einem Algorithmus generierten Reihung angezeigt werden. Die Fotos können mit Filtern verändert und mit sog. „Emoticons“ kommentiert werden.
- 77 Der Nutzer kann über die Instagram-Kamera Fotos und Videos aufnehmen, mit Filtern, Texten, Zeichnungen oder Spezialeffekten bearbeiten und mit anderen Nutzern teilen. Bilder können zusätzlich mit sog. Hashtags versehen werden. Ein Hashtag ist ein mit Doppelkreuz (#) versehenes Schlagwort, das dazu dient, Nachrichten mit bestimmten Inhalten oder zu bestimmten Themen auffindbar zu machen. Die Funktionalität hat „Twitter“ (unten Rn. 203) für seinen Dienst als Kennzeichen eingeführt und ist von Instagram übernommen worden. Die Fotos können ferner mit einer Standortmarkierung versehen werden.
- 78 Die Beiträge können entweder in der Funktion „Story“ oder als Statusmeldung auf der „Home“-Seite gepostet werden. Mit der Funktion „Story“, die Instagram im Sommer 2016 ähnlich der gleichnamigen Funktion des Dienstes „Snapchat“ (unten Rn. 196) eingeführt hat, können Nutzer Fotos und Videos in einer „Slideshow“ zusammenstellen, die 24 Stunden lang sichtbar bleibt und dann automatisch gelöscht wird. Nach veröffentlichten Zahlen nutzten im 2. Quartal 2018 weltweit 400 Mio. Nutzer die Story-Funktion von Instagram.⁶² Die auf der „Home“-Seite geposteten Beiträge werden dauerhaft angezeigt.

⁶¹ [...]

⁶² <https://allfacebook.de/toll/state-of-facebook>, [...]

- 79 Standardmäßig kann jeder das Nutzer-Profil und die Beiträge auf Instagram sehen. Es ist möglich, die Beiträge auf „privat“ zu stellen, damit nur bestätigte Abonnenten sie sehen können. Die Stories können nur die Abonnenten sehen, von denen bestimmte Personen ausgeschlossen werden können. Möglich ist auch eine direkte Kommunikation mit bestimmten Nutzern über eine Chat-Funktion.
- 80 Über eine Suchfunktion kann nach Interessensbereichen (Musik, Sport, Style, Humor, Film und Fernsehen, Wissenschaft, Schönheit) Medien und Nutzer gesucht werden.
- 81 Der Dienst wird daneben von Unternehmen und insbesondere Prominente genutzt, denen Nutzer folgen können. Unternehmen müssen hierfür ein Geschäftskonto anlegen. Im Juli 2018 existierten weltweit über 25 Mio. Unternehmensprofile.⁶³ Insbesondere die Konten von Prominenten werden häufig gezielt für Marketingzwecke eingesetzt („Influencer“).
- 82 Instagram ist in den Werbeanzeigenmanager von Facebook.com integriert. Unternehmen, die auf Instagram werben wollen, müssen eine Facebook-Seite sowie ein Instagram-Unternehmensprofil einrichten. Werbung kann in unterschiedlichen Formaten auf dem Instagram-Feed oder in Instagram Stories platziert werden.⁶⁴

4. WhatsApp

- 83 WhatsApp Inc. wurde 2009 in Kalifornien/U.S.A. von Jan Koum und Brian Acton gegründet und von Facebook Inc. im Jahr 2014 für 19 Mrd. US-Dollar erworben. Deutschen Nutzern wird der Dienst von der irischen Konzerntochter WhatsApp Ireland Ltd. angeboten.⁶⁵ Der Dienst erreichte im Jahr 2018 weltweit über 1 Mrd. Nutzer, von denen [...] auf Deutschland entfielen.⁶⁶ WhatsApp ist ein kostenloser Dienst, der ursprünglich als kostenfreie und internetbasierte Alternative zu Kurznachrichten („SMS“) entwickelt worden war. WhatsApp lässt sich sowohl als App als auch als Desktop-Version nutzen.
- 84 WhatsApp gehört zu den sogenannten „Instant Messaging“-Diensten („sofortige Nachrichtenübermittlung“), die über das Internet mit einem sog. Netzprotokoll, das den Austausch von Daten zwischen Computern ermöglicht, realisiert werden. Dieses ist bei WhatsApp ein proprietäres Protokoll („XMPP“). Die Nutzer müssen für die Kommunikation miteinander mit der App über das Internet verbunden sein.

⁶³ <https://business.instagram.com/getting-started/>, [...]

⁶⁴ Näher dazu <https://www.facebook.com/business/ads-guide>, [...]

⁶⁵ [...]

⁶⁶ [...]

- 85 Zur Nutzung von WhatsApp ist nach der Installation eine Registrierung unter Angabe der eigenen Handynummer vorgesehen. Zum Abschluss der Registrierung eines WhatsApp-Kontos wird per SMS ein Freischaltcode übertragen und so die Handynummer verifiziert. Nach der Registrierung wird der Nutzer aufgefordert, den Zugang zu seinem Adressbuch zu erlauben. WhatsApp gleicht die Kontaktliste mit den bei WhatsApp mit der Handynummer registrierten Nutzer ab und erstellt daraus die WhatsApp-Kontakte.
- 86 Der Dienst unterstützt das Senden und Empfangen einer Vielzahl von Medien wie Textnachrichten, Bilder, Videos, Dokumente und Standorte sowie Sprachnachrichten und -anrufe.⁶⁷ Neben bilateralen Nachrichten sind auch Gruppenunterhaltungen („Chats“) möglich. WhatsApp wirbt damit, dass seine Nachrichten und Anrufe aus Sicherheitsgründen einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung („end-to-end-encryption“) unterliegen, die zusammen mit dem Unternehmen Open Whisper System entwickelt worden sei, so dass nur die jeweiligen Gesprächspartner die Inhalte lesen bzw. hören können.⁶⁸ Seit 2016 hat WhatsApp die sog. „Status“-Funktion, die ähnlich wie die „Story“-Funktion Statusmeldungen mit Fotos, Videos, Emoticons, Texten, Zeichnungen an alle Kontakte sendet. Nach öffentlichen Zahlen nutzen im 2. Quartal 2018 weltweit 450 Mio. Nutzer die Status-Funktion von WhatsApp.⁶⁹
- 87 WhatsApp wurde bisher nicht durch Werbung monetarisiert. Im September 2017 gab WhatsApp bekannt, dass es in Zukunft Funktionen entwickeln werde, die die Kommunikation von Unternehmen mit privaten Nutzern erleichtern werde.⁷⁰ Anfang 2018 wurde die WhatsApp Business App eingeführt.⁷¹ Diese App bietet zusätzliche Funktionen wie beispielsweise das Anlegen eines Unternehmensprofils, das Senden von Abwesenheitsnachrichten oder die Unterstützung von Festnetznummern an.⁷² Während das Chatten mit Kunden kostenfrei ist, müssen Unternehmen für bestimmte Arten von Benachrichtigungen in Echtzeit, so genannte „Notifications“, ein Entgelt entrichten.⁷³ WhatsApp Business stellt den Unternehmen aggregierte Statistiken zur Verfügung, beispielsweise wie viele Nachrichten gesendet, übertragen oder gelesen

⁶⁷ <https://www.whatsapp.com/about/>, [...]

⁶⁸ <https://www.whatsapp.com/security/> mit link zu einem „Technical White Paper“, das die technischen Einzelheiten der Verschlüsselung erläutert, [...]

⁶⁹ <https://www.giga.de/unternehmen/whatsapp-inc/news/wtf-der-whatsapp-status-ist-ein-weltweiter-hit/> (zuletzt abgerufen am 15.01.2019).

⁷⁰ <https://blog.whatsapp.com/10000633/Wir-entwickeln-f%C3%BCr-Menschen-%E2%80%93-und-jetzt-auch-Unternehmen?>, [...]

⁷¹ <https://www.whatsapp.com/business>, [...]

⁷² S. Beschreibung der App im Google Play Store unter <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.whatsapp.w4b>, [...]

⁷³ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/WhatsApp-Business-oeffnet-sich-fuer-grosse-Firmen-4127059.html> (zuletzt abgerufen am 08.01.2019).

wurden.⁷⁴ Ferner soll es ab 2019 auch möglich sein, im „Status“ von WhatsApp Werbung zu schalten.⁷⁵

II. Facebook Nutzungs- und Datenverarbeitungskonditionen

88 Die Nutzung der verschiedenen Bereiche und Funktionalitäten des sozialen Netzwerks ist nur unter detaillierten Konditionen möglich, die Facebook mit umfangreichen Bedingungskatalogen und Richtlinien vorgibt und denen private und gewerbliche Nutzer (Werbetreibende, Inalteanbieter, Unternehmen, Entwickler etc.) vor der Nutzung Facebook.com bei Registrierung zustimmen müssen.

89 Ausgangspunkt sind dabei zunächst die für alle Nutzergruppen und Facebook-Produkte geltenden **„Facebook Nutzungsbedingungen“**⁷⁶ (hierzu 1.).

90 Darüber hinaus bezieht sich Facebook für die Datenverarbeitung maßgeblich auf die **„Datenrichtlinie“**⁷⁷ (hierzu 2.) und die **„Cookie-Richtlinie“**⁷⁸ (hierzu 3.). Ferner sind die **Konditionen von weiteren Facebook-Produkten** bedeutsam (hierzu 4.)

1. Facebook Nutzungsbedingungen

91 Die Facebook Nutzungsbedingungen gelten prinzipiell für die Nutzung sämtlicher von Facebook angebotenen Produkte, Features, Apps, Dienste, Technologien und Software, die Facebook insgesamt als **„Facebook-Produkte“** oder „Produkte“ definiert. Darüber hinaus und teilweise stattdessen gelten weitere Nutzungsbedingungen für einzelne Bereiche, auf die in den Facebook Nutzungsbedingungen verwiesen wird. Dabei handelt es sich um die „Gemeinschaftsstandards“⁷⁹, „Bedingungen für die gewerbliche Nutzung“⁸⁰, um „Werberichtlinien“⁸¹, „Nutzungsbedingungen für Self-

⁷⁴ <https://www.whatsapp.com/business/>, [...]

⁷⁵ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Werbung-bei-WhatsApp-Jetzt-wird-Geld-verdient-4128652.html> (zuletzt abgerufen am 08.01.2019).

⁷⁶ <https://www.facebook.com/legal/terms/update>, [...]

⁷⁷ <https://www.facebook.com/about/privacy/update>, [...]

⁷⁸ <https://www.facebook.com/policies/cookies/>, [...]

⁷⁹ <https://www.facebook.com/communitystandards/>, [...]

⁸⁰ https://www.facebook.com/legal/commercial_terms, [...]

⁸¹ <https://www.facebook.com/policies/ads/>, [...]

Serve-Ads⁸², „Richtlinien für Seiten, Gruppen und Veranstaltungen“⁸³, „Facebook-Plattform-Richtlinien“⁸⁴, „Zahlungsbedingungen für Entwickler“⁸⁵, „Community-Zahlungsbedingungen“⁸⁶, „Handelsrichtlinien“⁸⁷, „Facebook Markenressourcen“⁸⁸ und „Musikrichtlinien“.⁸⁹ Am 25. Mai 2018 sind darüber hinaus die „Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools“ in Kraft getreten, die in den Nutzungsbedingungen nicht erwähnt sind.⁹⁰

- 92 Per Hyperlink wird der Begriff der „Facebook Produkte“ näher erläutert.⁹¹ Zu den Facebook-Produkten gehören danach *„Facebook selbst (einschließlich der mobilen Facebook-App und dem Browser in der App), Messenger, Instagram (einschließlich Apps wie Direct und Boomerang), tbh, Moments, Bonfire, Facebook Mentions, AR Studio, Audience Network und alle anderen Funktionen, Apps, Technologien, Softwareprodukte, Produkte oder Dienstleistungen, die von Facebook Inc., oder Facebook Ireland Limited angeboten werden und der Facebook Datenrichtlinie unterliegen. Die Facebook-Produkte beinhalten auch Facebook Business-Tools wie Soziale Plugins (z.B. „Gefällt mir“- und „Teilen“-Buttons) und SDKs und APIs, die von Webseitenbesitzern und -herausgebern, App-Entwicklern, Geschäftspartnern (einschließlich Werbetreibenden) und ihren Kunden dazu genutzt werden, Unternehmens-Services zu unterstützen und Informationen mit Facebook auszutauschen.“*⁹²
- 93 Die Nutzungsbedingungen legen sodann unter Punkt 1. „Unsere Dienste“ das Angebot von Facebook fest. Dabei beschreibt Facebook jeweils unter einem Obersatz mit einigen Beispielen, was alles Dienste in diesem Sinne sind. Als Obersätze werden folgende gewählt: *„Wir stellen dir ein personalisiertes Erlebnis bereit“; „Wir verbinden dich mit Menschen und Organisationen, die dir wichtig sind“; „Wir geben dir die Möglichkeit, dich auszudrücken und über Dinge, die dir wichtig sind, auszutauschen“; „Wir helfen dir, Inhalte, Produkte und Dienste zu entdecken, die dich möglicherweise interessieren“; „Wir bekämpfen schädliches Verhalten und schützen und unterstützen unsere Gemeinschaft“; „Wir nutzen und entwickeln fortschrittliche Technologien, um*

⁸² https://www.facebook.com/legal/self_service_ads_terms, [...]

⁸³ https://www.facebook.com/policies/pages_groups_events/, [...]

⁸⁴ <https://developers.facebook.com/policy/>, [...]

⁸⁵ <https://developers.facebook.com/policy/credits>, [...]

⁸⁶ https://www.facebook.com/payments_terms, [...]

⁸⁷ <https://www.facebook.com/policies/commerce>, [...]

⁸⁸ <https://en.facebookbrand.com>, [...]

⁸⁹ https://www.facebook.com/legal/music_guidelines, [...]

⁹⁰ https://www.facebook.com/legal/technology_terms, [...]

⁹¹ <https://www.facebook.com/help/1561485474074139?ref=tos>, [...]

⁹² <https://www.facebook.com/help/1561485474074139?ref=tos>, [...]

sichere und funktionsfähige Dienste für alle bereitzustellen“; „Wir erforschen Möglichkeiten zur Verbesserung unserer Dienste“; „Wir stellen durchgängige und nahtlose Erlebnisse auf allen Produkten der Facebook-Unternehmen bereit“; „Wir ermöglichen einen globalen Zugriff auf unsere Dienste“.

- 94 In Bezug auf die Datenverarbeitung enthalten die Nutzungsbedingungen selbst Regelungen bezüglich der Rechte an vom Nutzer hochgeladenen Inhalten (Punkt 3.3.1) sowie bezüglich der Verwendung des Nutzernamens, -Profilbildes sowie von Informationen über die Interaktionen mit Werbeanzeigen und gesponserten Inhalten (Punkt 3.3.2). Im Übrigen bestimmen die Nutzungsbedingungen in Punkt 2. unter der Überschrift *„Unsere Datenrichtlinie und deine Privatsphäre-Einstellungen“*: *„Wir erfassen und verwenden deine personenbezogenen Daten, um die oben beschrieben[en] Dienste für dich bereitzustellen. In unsere Datenrichtlinie [Hyperlink] erfährst du, wie wir deine Daten erfassen und verwenden. Wir empfehlen außerdem, deine Privatsphäre-Einstellungen in deinen Einstellungen [Hyperlink] zu überprüfen. Diese legen die Art und Weise fest, wie wir Daten verwenden.“*
- 95 Die Nutzungsbedingungen enthalten ferner Bestimmungen zum Betrieb des sozialen Netzwerks und legen dem Nutzer verschiedene Verpflichtungen auf, z.B. in Punkt 3.1. die Verpflichtung, denselben Namen zu verwenden, den der Nutzer auch im täglichen Leben verwendet (Klarnamenpflicht), und genaue und korrekte Informationen über sich zur Verfügung zu stellen, die Mindestaltersgrenze von 13 Jahren einzuhalten oder in Punkt 3.2. keine rechtswidrigen Inhalte zu posten oder sonstige Rechtsverstöße zu begehen.
- 96 Die Nutzungsbedingungen stellen nach Punkt 5. die gesamte Vereinbarung zwischen dem Nutzer und Facebook Ireland Limited in Bezug auf die Nutzung der Facebook-Produkte dar. Sie unterwerfen die Vereinbarung dem Recht des europäischen Mitgliedsstaats, in dem der Nutzer seinen ständigen Wohnsitz hat, soweit es sich bei dem Nutzer um einen „Verbraucher“ handelt. Verbraucher können Ansprüche vor jedem mitgliedstaatlichen Gericht klären lassen, das für den Anspruch zuständig ist. In Fällen, in denen der Nutzer kein Verbraucher ist, wird irisches Recht als anwendbares Recht und Irland als Gerichtsstand bestimmt.

2. Datenrichtlinie

- 97 Die Datenrichtlinie ist das Dokument, das den Nutzer von Facebook über den Umgang mit seinen Daten informieren soll. Sie beschreibt, welche Daten („Informationen“) von Facebook „erfasst“ werden und wie diese „verwendet“ und „geteilt“ werden und gilt – wie auch die Nutzungsbedingungen – für die Datenverarbeitung bei allen Facebook

Produkten, soweit nichts anderes bestimmt ist. Sie enthält zahlreiche Hyperlinks auf weitere Dokumente.⁹³

- 98 Die Datenrichtlinie gibt unter Punkt I. einen Überblick über die Art der Daten, die Facebook erfasst. Hierzu zählen alle im Rahmen der Nutzung sämtlicher Facebook-Produkte anfallenden Daten. Dies umfasst neben den aktiv vom Nutzer eingegebenen Inhalten auch Daten, die während der Nutzung des Netzwerks vom Browser oder Endgerät des Nutzers automatisch an Facebook übermittelt werden. Dies sind beispielsweise Daten über Personen, Seiten, oder Gruppen, mit denen der Nutzer verbunden ist oder mit denen er interagiert („Netzwerke und Verbindungen“). Es werden die Kontaktinformationen erfasst, die der Nutzer von einem Gerät hochlädt, synchronisiert oder importiert. Es werden Daten darüber erfasst, welche Inhalte sich der Nutzer ansieht und wie er mit diesen interagiert oder welche Transaktionen er vornimmt.
- 99 Unter der Überschrift „Geräteinformationen“ informiert Facebook darüber, welche Informationen von und über die vom Nutzer genutzten Computer, Telefone, Connected TVs und andere mit dem Internet verbundenen Geräte erfasst werden, wenn diese über eine Integration mit Facebook-Produkten verfügen. Diese Informationen kombiniert Facebook über verschiedene vom Nutzer genutzte Geräte und Dienste hinweg. Dazu zählen eine Vielzahl von Geräteattributen (Betriebssystem, Hardware- und Software, Browsertyp etc.), die auf dem Gerät durchgeführten Vorgänge und Tätigkeiten, Identifikatoren (Geräte-IDs, App-IDs, Konten, Familiengeräte-IDs), Gerätesignale (Bluetooth, WLAN-Signale etc.) Geräteeinstellungen (gestattete Zugänge zu GPS, Kamera, Fotos etc.), Netzwerk und Verbindungen (z.B. Mobilfunk- oder Internetanbieter, IP-Adresse, Mobiltelefonnummer) und Cookie-Daten mit Verweis auf die Facebook und die Instagram Cookie-Richtlinie.
- 100 Facebook kann nach den Datenrichtlinien auch Daten über Nutzeraktivitäten außerhalb von Facebook.com von Werbetreibenden, App-Entwicklern und -Publishern (die sogenannten „**Partner**“), die Facebook Business Tools eingebunden haben, erfassen. Diese Partner stellen nach der Datenrichtlinie *„u.a. Informationen über dein Gerät, von dir besuchte Webseiten, von dir getätigte Käufe, Werbeanzeigen, die du siehst und darüber, wie du ihre Dienste nutzt, und zwar unabhängig davon, ob du ein Facebook-Konto hast oder bei Facebook eingeloggt bist...“* zur Verfügung. Facebook erfasst außerdem Informationen über Online- und Offline-Handlungen und -Käufe von Dritt-Datenanbietern.

⁹³ <https://www.facebook.com/about/privacy/update>, [...]

- 101 Unter Punkt IV. weist Facebook auf die Zusammenarbeit mit den sogenannten **"Facebook-Unternehmen"** hin. Über einen Hyperlink gelangt man zu einer Erläuterung der „Produkte der Facebook-Unternehmen“. Diese seien gemeinsam die Facebook-Produkte. *„Dazu gehören auch die Produkte, die von Facebook-Unternehmen bereitgestellt werden, jedoch separaten, eigenständigen Nutzungsbedingungen sowie einer separaten, eigenständigen Datenrichtlinie unterliegen, beispielsweise WhatsApp, Oculus, Masquerade und CrowdTangle-Webseiten, Produkte oder Apps.“* Facebook verarbeite die Daten über den Nutzer auch *„über die Facebook Unternehmen hinweg, soweit dies nach geltendem Recht und gemäß deren Nutzungsbedingungen und Richtlinien zulässig“* sei. Dies diene dazu, um ein *„innovatives, relevantes, einheitliches und sicheres Erlebnis“* auf allen vom Nutzer genutzten Produkten der Facebook-Unternehmen bereitzustellen.
- 102 Nach Punkt II. der Datenrichtlinie verwendet Facebook die Informationen wie es im Weiteren beschrieben wird, und *„um die Facebook-Produkte und zugehörigen Dienste, wie in den Facebook-Nutzungsbedingungen und Instagram-Nutzungsbedingungen beschreiben, bereitzustellen und zu unterstützen“*.
- 103 Zunächst dienen die Informationen der *„Bereitstellung, Personalisierung und Verbesserung der Produkte“*. Hierzu erklärt Facebook, dass die Informationen verwendet werden, um die Funktionen und Inhalte zu personalisieren und dem Nutzer auf und außerhalb von den Facebook-Produkten Vorschläge zu unterbreiten (wie z.B. Gruppen und Veranstaltungen, an denen der Nutzer möglicherweise interessiert ist oder Themen, die er eventuell abonnieren möchte). Um personalisierte Produkte zu erstellen, die individuell und für den Nutzer relevant seien, verwende Facebook die Nutzerverbindungen, -präferenzen, -interessen und -aktivitäten. Dieses basiere auf den Daten, die Facebook von dem Nutzer und anderen erfasse und erfahre, einschließlich besonderer Datenkategorien, zu denen der Nutzer seine ausdrückliche Einwilligung gegeben habe, sowie darauf, wie der Nutzer die Facebook-Produkte nutze und mit ihnen interagiere, und auf den Personen, Orten oder Dingen, mit denen der Nutzer auf und außerhalb von den Facebook Produkten verbunden bzw. an denen er interessiert sei.
- 104 Dafür werden Informationen über verschiedene Facebook Produkte und Geräte hinweg genutzt, um individuelleres und *„einheitlicheres Nutzererlebnis“* in allen genutzten Facebook-Produkten bereitzustellen. Auch standortbezogene Informationen und Gesichtserkennungstechnologie werden – wenn aktiviert – genutzt. Die Informationen würden für Produktforschung und -entwicklung und schließlich dafür genutzt, um Werbeanzeigen zu personalisieren. Hier wird der Nutzer per Hyperlink auf seinen Auswahlmöglichkeiten im Rahmen seiner privaten Einstellungen verwiesen.

- 105 In seinen privaten Einstellungen hat der Nutzer die Möglichkeit, neben den Privatsphäre-Einstellungen, die die Nutzung des sozialen Netzwerks selbst betreffen (z.B. Einstellungen, wer die Inhalte des Nutzers sehen kann), Einstellungen in seinen „Werbepräferenzen“ vorzunehmen und dort die Anzeige bestimmter zielgerichteter Werbung abzuwählen.⁹⁴ Dabei kann der Nutzer für die Personalisierung von Werbeanzeigen auf Facebook.com die Verwendung der Partnerdaten - also die über Facebook Business Tools und von Dritt-Datenanbietern erfassten Informationen - abwählen.
- 106 Als weitere Verwendungsart wird die *„Bereitstellung von Messungen, Analysen und sonstigen Unternehmens-Services“* genannt. Facebook verwende die Daten einschließlich der Nutzeraktivitäten außerhalb der Facebook Produkte dazu, um Werbetreibenden und anderen Partnern zu helfen, die Effektivität ihrer Werbeanzeigen zu messen und Aufschluss über ihre Zielgruppen sowie deren Interaktion mit den Webseiten, Apps und Diensten zu erlangen. Ferner werden die Förderung von Schutz, Integrität und Sicherheit, die Zusendung von Marketingkommunikation sowie Forschung und Innovation für soziale Zwecke als Verwendungsformen genannt.
- 107 Facebook erklärt unter Punkt III, wie seine Informationen mit anderen Personen oder Unternehmen „geteilt“ werden. Neben dem Teilen auf Facebook Produkten zählt hierzu auch das Teilen mit „Drittpartnern“. Zu den Drittpartnern gehören auch Partner, die Facebook Analyseprodukte nutzen. Facebook stelle zusammengefasste Statistiken und Einblicke bereit, um Partnern zu zeigen, wie Personen auf und außerhalb von den Facebook-Produkten mit ihren Beiträgen, Kleinanzeigen, Seiten oder sonstigen Inhalten interagieren. Auch mit Werbetreibenden werden Daten geteilt, um diesen Berichte über die Zielgruppe oder den Erfolg ihrer Werbeanzeige bereitzustellen. Persönlich identifizierbare Daten wie Name oder E-Mail-Adressen würden jedoch nicht weitergeben.
- 108 Unter Punkt V. "Was ist unsere Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten" erklärt Facebook folgendes:

„Wir erfassen, verwenden und teilen die uns zur Verfügung stehenden Daten auf die oben beschriebenen Arten:

- *Wie es zur Einhaltung unserer Facebook-Nutzungsbedingungen oder Instagram-Nutzungsbedingungen erforderlich ist;*
- *Gemäß deiner Einwilligung, die du jederzeit über die Facebook-Einstellungen und Instagram-Einstellungen widerrufen kannst;*
- *Wie es zur Erfüllung unserer rechtlichen Pflichten erforderlich ist;*

⁹⁴ https://www.facebook.com/ads/preferences/?entry_product=ad_settings_screen, [...]

- *Um deine lebenswichtigen Interessen oder die von anderen zu schützen;*
- *Wie es im öffentlichen Interesse erforderlich ist; und*
- *Wie es für unsere berechtigten Interessen (bzw. die von anderen) erforderlich ist, einschließlich unseres Interesses daran, innovative, personalisierte, sichere und profitable Dienste für unsere Nutzer und Partner bereitzustellen, außer wenn diese Interessen von deinen Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwogen werden.“*

109 Über einen Hyperlink ("Erfahre mehr") gelangt der Leser zu einem weiteren detaillierten Dokument, in dem Facebook die Rechtsgrundlagen erläutert.⁹⁵ Hier wird für alle Personen, die die Rechtsfähigkeit zum Abschluss eines durchsetzbaren Vertrags haben, eine „Erforderlichkeit für die Erfüllung des Vertrags“ zugrunde gelegt. Hierzu verweist Facebook auf die vertraglichen Dienste, die in den Nutzungsbedingungen unter "Unsere Dienste" dargestellt wurden. Die Einwilligung wird als Rechtsgrundlage für Daten mit besonderem Schutz, die Verwendung von Gesichtserkennungstechnologie, die Verwendung der Partnerdaten sowie für die Personalisierung von Werbeanzeigen genannt. Berechtigte Interessen macht Facebook gegenüber Minderjährigen sowie – gegenüber allen Nutzern – hinsichtlich der Bereitstellung von Messungen, Analysen und sonstigen Unternehmens-Services, für die Marketingkommunikation, die Forschung und Innovation für soziale Zwecke, Einhaltung rechtlicher Verpflichtungen, Schutz von lebenswichtigen Nutzerinteressen und im öffentlichen Interesse durchgeführte Aufgaben geltend. Facebook weist schließlich für die Rechtfertigung der berechtigten Interessen sowie des öffentlichen Interesses auf ein Widerspruchsrecht des Nutzers hin.

3. Cookie Richtlinie

- 110 Die Cookie-Richtlinie⁹⁶ ergänzt die Datenrichtlinie und behandelt den Einsatz von Cookies und anderen Speichertechnologien.
- 111 In der Richtlinie werden Cookies unter der Rubrik „*Cookies und andere Speichertechnologien*“ als kleine Textstücke definiert, die zum Speichern von Informationen in Webbrowsern verwendet werden. Cookies würden verwendet, um Kennungen und sonstige Informationen auf Computern, Telefonen und anderen Geräten zu speichern bzw. diese zu erhalten. Andere Technologien, einschließlich der von Facebook auf dem Webbrowser oder Gerät gespeicherten Daten, die mit dem Gerät verknüpften Kennungen sowie sonstige Software würden für ähnliche Zwecke genutzt und in der Richtlinie ebenfalls als „Cookies“ bezeichnet.

⁹⁵ https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases, [...]

⁹⁶ <https://www.facebook.com/policies/cookies/> in ihrer Fassung vom 04.04.2018, [...]

- 112 Diese würden verwendet, wenn der Nutzer ein Facebook-Konto hat oder Webseiten und Apps besuche, die die Facebook Produkte (z.B. „Gefällt-mir“-Buttons oder anderer Facebook Technologien) nutzen. Cookies ermöglichen es Facebook, die Facebook-Produkte anzubieten und die Informationen zu verstehen, die es über den Nutzer erhalte, einschließlich Informationen über die Nutzung anderer Webseiten und Apps, und zwar unabhängig davon, ob der Nutzer bei Facebook oder einem anderen Facebook-Dienst registriert bzw. angemeldet sei oder nicht.
- 113 Unter der Rubrik *„Warum verwenden wir Cookies“* weist Facebook auf die Authentifizierung, auf Sicherheitszwecke, Werbe-, und Messzwecken und die Verbesserung der Facebook-Dienste hin.
- 114 Unter der Rubrik *„Wo verwenden wir Cookies“* erklärt Facebook, dass Cookies auf dem Computer des Nutzers platziert werden können, wenn er die Facebook-Produkte und Produkte, die von anderen Mitgliedern der Facebook-Unternehmen bereitgestellt werden, sowie von Webseiten und Apps, die von anderen Unternehmen bereitgestellt werden, die die Facebook Produkte nutzen, einschließlich Unternehmen, die die Facebook-Technologien in ihre Webseiten und Apps einbinden, nutze. Facebook erhalte bei Webseiten und Apps, die Facebook Produkte verwenden, durch den Einsatz von Cookies ohne irgendeine weitere Handlung des Nutzers Geräteinformationen und Informationen über die Nutzeraktivität auf der Drittwebseite. Dies geschehe unabhängig davon, ob der Nutzer ein Facebook-Konto habe oder angemeldet sei.⁹⁷
- 115 Die Cookie-Richtlinie enthält außerdem unter der Rubrik *„Wie kannst du kontrollieren, wie Facebook Cookies verwendet, um die Werbeanzeigen zu zeigen“* erneut den Hinweis auf die oben dargestellten *„Einstellungen für Werbeanzeigen“*, die es ermöglichen, die Verwendung von Partnerdaten für die Personalisierung von Werbung abzuwählen. Ferner wird auf die Möglichkeit, über die *„European Interactive Digital Advertising Alliance“*⁹⁸ bzw. über die Mobilfunkeinstellungen zu verhindern, dass interessenbasierte Online-Werbung angezeigt würden, sowie auf die Möglichkeit, im eigenen Browser entsprechende Einstellungen vorzunehmen, hingewiesen. Facebook erklärt insoweit, dass bei Deaktivierung von Browser-Cookies bestimmte Teile der Facebook-Produkte möglicherweise nicht richtig funktionieren.

⁹⁷ <https://de-de.facebook.com/policies/cookies/>, [...]

⁹⁸ <http://www.youronlinechoices.eu/>, [...]

4. Konditionen von weiteren Facebook-Produkten

116 Facebook verweist in den Facebook-Nutzungsbedingungen auf weitere Konditionen zu den Facebook-Produkten. Dabei handelt sich insbesondere auch um die Konditionen der anderen konzerneigenen Dienste WhatsApp, Instagram, Oculus und Masquerade (hierzu a.). Darüber hinaus sind die Konditionen für die Nutzung von Facebook Business Tools relevant (hierzu b.).

a. Konzerneigene Dienste

117 Für den vorliegenden Gegenstand des Missbrauchsverfahrens relevant sind die Konditionen von WhatsApp (hierzu (1)), Instagram (hierzu (2)) und die weiteren Endkunden-Dienste Oculus und Masquerade (hierzu (3)).

(1) WhatsApp

118 Die Nutzungsbedingungen, Datenschutzrichtlinien und weitere Bestimmungen zur Cookie-Nutzung⁹⁹ sind ähnlich aufgebaut wie diejenigen für den Dienst Facebook.com. Die WhatsApp-Nutzungsbedingungen enthalten eine umfängliche Beschreibung des Angebots unter der Rubrik „*Unsere Dienste*“, sowie Verpflichtungen der Nutzer, Haftungsbeschränkungen, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen und weitere Bestimmungen. Die Datenschutzrichtlinie erklärt, welche Informationen gesammelt, erfasst, verwendet und geteilt werden und verweist auf die hierfür herangezogenen Rechtsgrundlagen.

119 Dabei verweist die WhatsApp-Datenschutzrichtlinie darauf, dass WhatsApp zu den „Facebook-Unternehmen“ gehöre und führt mit einem Hyperlink auf die Facebook-Seite zur Erklärung des Begriffs. Im Anschluss heißt es:

„Als Teil der Facebook-Unternehmen erhält WhatsApp Informationen von den Facebook-Unternehmen und teilt auch Informationen mit diesen. Wir können mithilfe der von ihnen erhaltenen Informationen und sie können mithilfe der Informationen, die wir mit ihnen teilen, unsere Dienste bzw. ihre Angebote betreiben, bereitstellen, verbessern, verstehen, individualisieren, unterstützen und vermarkten. Dies umfasst auch die Unterstützung bei der Verbesserung von Infrastruktur und Auslieferungssystemen, das Erlangen von Informationen darüber, wie unsere bzw. ihre Dienste genutzt werden, die Unterstützung von uns bei der Bereitstellung einer Möglichkeit für dich zum Verbinden mit Unternehmen und die Absicherung der Systeme. Wir teilen auch Informationen, um Spam, Bedrohungen, Missbrauch oder Verletzungsaktivitäten zu bekämpfen und um die Sicherheit auf allen Produkten der Facebook-Unternehmen zu fördern. Deine WhatsApp Nachrichten werden jedoch nicht für andere sichtbar auf Facebook geteilt. Tatsächlich

⁹⁹ Im Volltext abrufbar unter <https://www.whatsapp.com/legal/#terms-of-service>, in ihrer Fassung vom 24.04.2018, [...]

nutzt Facebook deine WhatsApp Nachrichten nicht für irgendeinen anderen Zweck, als uns beim Betreiben und bei der Bereitstellung unserer Dienste zu unterstützen.“

- 120 Über einen Hyperlink (Erfahre mehr) gelangt der Nutzer in den WhatsApp „FAQ“-Bereich, in dem WhatsApp erklärt:

„Derzeit nutzt Facebook deine WhatsApp Account-Information nicht dazu, deine Produkterlebnisse auf Facebook zu verbessern oder dir interessantere Facebook-Anzeigen zu zeigen.“

- 121 Scrollt der Nutzer weiter, findet er die Erklärung:

„Derzeit nutzt Facebook deine WhatsApp Account-Informationen nicht dazu, deine Produkterlebnisse auf Facebook zu verbessern oder dir interessantere Facebook-Anzeigen zu zeigen. Das ist das Ergebnis von Diskussionen mit dem Leiter der irischen Datenschutzbehörde (Data Protection Commissioner) und anderen Datenschutzbehörden in Europa. Wir arbeiten stets an neuen Möglichkeiten zur Verbesserung deines Nutzererlebnisses auf WhatsApp und den anderen Produkten von Facebook-Unternehmen, die du nutzt. Falls wir uns zukünftig entscheiden, solche Daten zu diesem Zweck mit den Facebook-Unternehmen zu teilen, erfolgt das nur dann, wenn der Leiter der irischen Datenschutzbehörde einem Mechanismus zustimmt, der eine solche Nutzung ermöglicht.“¹⁰⁰

- 122 Scrollt der Nutzer etwas weiter, wird ihm mitgeteilt:

„Derzeit teilt WhatsApp nur wenige Informationskategorien mit den Facebook-Unternehmen. Dazu gehören die Telefonnummer, die du bei der Registrierung für WhatsApp verifiziert hast, einige Geräteinformationen (Geräteerkennung, Betriebssystemversion, App-Version, Plattforminformation, Ländervorwahl der Mobilnummer, Netzwerkcode sowie Markierungen, die es erlauben, deine Zustimmung zu Aktualisierungen und Steuerungsoptionen nachzuverfolgen) und einige deiner Nutzungsinformationen (wann du WhatsApp zum letzten Mal genutzt hast, wann du deinen Account registriert hast, sowie die Art und Häufigkeit deiner Nutzung von Features).“¹⁰¹

- 123 Scrollt er noch weiter, findet er den Hinweis:

„Wichtig ist, zu betonen, dass WhatsApp deine WhatsApp Kontakte nicht mit Facebook oder anderen Mitgliedern der Facebook-Unternehmen teilt und auch nicht plant, dies zu tun. WhatsApp teilt auch keine deiner Nachrichten mit Facebook. Darüber hinaus kann WhatsApp deine Nachrichten nicht lesen, da sie standardmäßig durch Ende-zu-Ende-Verschlüsselung geschützt werden, wenn du und die Personen, mit denen du Nachrichten austauschst, die neueste Version unserer App nutzen. Nur die Personen, mit denen du Nachrichten austauschst, können deine Nachrichten lesen – nicht WhatsApp, Facebook oder irgendeine sonstige Person.“¹⁰²

- 124 Die von WhatsApp erhobenen und gespeicherten Daten werden über die sogenannte Familiengeräte-ID, die auf dem mobilen Endgerät des Nutzers bei Nutzung installiert

¹⁰⁰ <https://faq.whatsapp.com/general/26000112/?eea=1&lang=de>, [...]

¹⁰¹ <https://faq.whatsapp.com/general/26000112/?eea=1&lang=de>, [...]

¹⁰² <https://faq.whatsapp.com/general/26000112/?eea=1&lang=de>, [...]

wird¹⁰³, dem Facebook-Konto zugeordnet. Dabei handelt es sich um eine eindeutige Kennung für jeden Nutzer, die auch bei der Nutzung von Facebook installiert wird und über die der Nutzer bei Abgleich erkannt wird.

(2) Instagram

- 125 Die Nutzungsbedingungen sowie die Daten- und Cookie-Richtlinie sind weitgehend denjenigen von Facebook nachgebildet und im Detail für die spezifischen Dienste und Angebote von Instagram angepasst. Viele der in den Dokumenten enthaltenen Hyperlinks zu Begriffserklärungen führen auf die entsprechenden Facebook-Seiten. Dazu gehören auch die Erläuterungen zu den Rechtsgrundlagen, auf die sich Instagram für die Datenverarbeitung stützt.
- 126 Die Datenschutzrichtlinie von Instagram ist mit derjenigen von Facebook identisch.¹⁰⁴ Es wird danach derselben Umfang an Informationen von Instagram-Nutzern erfasst und verwendet. Dementsprechend enthält auch die Instagram Datenschutzrichtlinie zu Punkt IV. *„Wie arbeiten die Facebook-Unternehmen zusammen“* den mit der Facebook-Richtlinie wortgleichen Hinweis, wonach Facebook und Instagram die Infrastruktur, die Systeme und die Technologie mit anderen Facebook-Unternehmen (dies sind u. a. WhatsApp und Oculus) teilen, um ein *„innovatives, relevantes, einheitliches und sicheres Erlebnis auf allen von dir genutzten Produkten der Facebook-Unternehmen bereitzustellen. Für diese Zwecke verarbeiten wir Informationen über dich auch über die Facebook-Unternehmen hinweg, soweit dies nach geltendem Recht und gemäß deren Nutzungsbedingungen und Richtlinien zulässig ist.“*¹⁰⁵
- 127 Die von Instagram erhobenen und gespeicherten Daten können ebenso wie die WhatsApp-Daten dem Facebook-Konto des Nutzers zugeordnet werden, da eine Familiengeräte-ID auf dem Endgerät des Nutzers installiert wird. Eine Beschränkung auf bestimmte Daten, die tatsächlich den Facebook-Konten zuordnet und verknüpft werden, enthält die Datenschutzrichtlinie anders als bei WhatsApp nicht. Facebook hat im vorliegenden Verfahren zu der konkreten Datenverarbeitung aus Instagram, bevor der Dienst auf Facebook Ireland Ltd. übergegangen war, erklärt, dass zu den erfassten Daten jedenfalls die Kontaktdaten des Nutzers (Handynummer, E-Mailadresse) und Daten über die vom Nutzer auf Instagram generierten Inhalte und Daten über den „contact graph“ des Nutzers, also beispielsweise über die Personen, denen der Nutzer

¹⁰³ [...]

¹⁰⁴ <https://help.instagram.com/581066165581870> in ihrer Fassung vom 19.02.2018, [...]

¹⁰⁵ https://help.instagram.com/519522125107875?helpref=page_content unter IV. *„Wie arbeiten die Facebook Unternehmen zusammen?“*, [...]

auf Instagram „folgt“, gehörten.¹⁰⁶ Hierzu zählen die „Protokolldatei-Informationen“ , (IP-Adresse, Browser-Typ, weiterführende Seiten/Ausstiegsseiten und URLs, Anzahl der Klicks und wie mit den Links des Dienstes interagiert wurde sowie Domain-Name, Zielseite, angesehene Seiten, Informationen aus an Instagram-Nutzer gesendeten E-Mails), Gerätekennungen, Metadaten (z.B. Hashtags, Geotags) und Daten über das Nutzungsverhalten durch eingesetzte Cookies.

(3) Oculus und Masquerade

- 128 Auch die Konzerndienste Oculus und Masquerade erklären in ihren Nutzungsbedingungen und Datenrichtlinien, Daten mit Facebook zu teilen.
- 129 **Oculus** hat seine Nutzungsbedingungen und Datenschutzrichtlinien stark an Facebook angeglichen. Dementsprechend findet sich unter der Rubrik „So arbeiten die Facebook-Unternehmen zusammen“ der mit der Facebook-Datenrichtlinie wortgleiche Hinweis¹⁰⁷, dass Oculus die Infrastruktur, die Systeme und die Technologie mit anderen Facebook-Unternehmen (u.a. Facebook, Instagram und WhatsApp) teile, um ein innovatives, relevantes, einheitliches und sicheres Erlebnis auf allen von dem Nutzer genutzten Produkten der Facebook-Unternehmen bereitzustellen. Für diese Zwecke verarbeite Oculus Informationen über den Nutzer und seine Geräte auch über die Facebook-Unternehmen hinweg, soweit dies nach geltendem Recht und gemäß deren Nutzungsbedingungen und Richtlinien zulässig sei.
- 130 Bei Nutzung von Oculus erfasst Facebook Technologies Ltd. nach der Datenschutzrichtlinie Daten, die der Nutzer von Oculus selbst bereitgestellt hat, sowie automatisch das Nutzerverhalten mit allen Angeboten und Diensten von Oculus sowie Geräteinformationen, Geräte-IDs, Standortinformationen, Körperbewegungen und -Maße (bei XR-Gerät), Fotos und Audioinhalte bei gestatteten Zugriff, Informationen aus Cookies, Pixel u.v.m.¹⁰⁸
- 131 Eine Zuordnung zum Facebook Konto erfolgt nach Angaben von Facebook – wenn der Nutzer ein Facebook Login nutzt – über das Login, ansonsten über die (bei Registrierung für Oculus anzugebende) E-Mail des Nutzers.¹⁰⁹
- 132 Die Datenschutzrichtlinie von **MSQRD/Masquerade** befindet sich von vornherein auf einer Facebook-Seite und erklärt:

¹⁰⁶ [...]

¹⁰⁷ S. Datenschutzrichtlinie unter <https://www.oculus.com/legal/privacy-policy/> in ihrer Fassung vom 04.09.2018, [...]

¹⁰⁸ <https://www.oculus.com/legal/privacy-policy/> in ihrer Fassung vom 04.09.2018, [...]

¹⁰⁹ [...]

„Wir können die uns zur Verfügung stehenden Informationen, einschließlich deiner Informationen, innerhalb der Gruppe verbundener Unternehmen teilen, die rechtlich derselben Unternehmensgruppe wie MSQRD angehören oder angehören werden, wie zum Beispiel Facebook. Weitere Informationen über diese Unternehmen findest du hier. Facebook und die anderen Unternehmen in der Facebook-Unternehmensgruppe können Informationen von uns auch verwenden, um deine Nutzererlebnisse mit ihren Diensten zu verbessern, beispielsweise indem sie dir Produktvorschläge unterbreiten (z. B. von Freunden oder Verbindungen oder interessanten Inhalten), und um dir relevante Angebote und Werbeanzeigen zu zeigen.“

- 133 Zu den von Masquerade erfassten Daten gehören Informationen, die der Nutzer beim Erstellen eines Kontos bereitstellt sowie Inhalte, die der Nutzer über die App erstellt bzw. bereitstellt einschließlich Fotos, Videos oder Masken. Dabei werden auch Informationen erfasst, die zu den jeweiligen Inhalten gehören wie beispielsweise der Standort eines Fotos oder das Datum, an dem eine Datei erstellt wurde. Daneben werden zahlreiche weitere Daten wie Zahlungsinformationen (Debit- oder Kreditkarteninformationen bei Transaktionen), Nutzung von Drittwebseiten oder Apps, die Masquerade einbinden oder Geräteinformationen erfasst.¹¹⁰
- 134 Eine Zuordnung erfolgt nach Angaben von Facebook – wenn der Nutzer ein Facebook Login nutzt – über das Login, ansonsten über eine GeräteKennungs-ID.¹¹¹

b. Facebook Business Tools

- 135 Für die Facebook Business Tools gelten seit dem 25. Mai 2018 separate Nutzungsbedingungen, die sich an Webseitenbetreiber und -herausgeber, Entwickler, Werbetreibende, Geschäftspartner (und ihre Kunden) und sonstige Personen richten. Die Facebook-Nutzungsbedingungen enthalten keinen ausdrücklichen Verweis auf diese Nutzungsbedingungen.

(1) Regelungen der Nutzungsbedingungen

- 136 Der Begriff Facebook Business Tools wird in den Bedingungen in einem umfassenden Sinn definiert und umfasst

„APIs und SDKs, das Facebook-Pixel, soziale Plugins wie die "Gefällt mir"- und "Teilen"-Buttons, Facebook-Login und Account Kit sowie andere Plattform-Integrationen, Plugins, Codes, Spezifikationen, Dokumentationen, Technologien und Dienstleistungen“.

- 137 Nach Punkt 1. der Nutzungsbedingungen, können die Facebook Business Tools genutzt werden, um Facebook personenbezogene Daten der Kunden und Nutzer

¹¹⁰ <https://www.facebook.com/msqrd/privacy>, Datenschutzrichtlinie in ihrer Fassung vom 28.06.2018, [...]

¹¹¹ [...]

(„Kundendaten“) zu senden. Je nachdem, welche Facebook-Produkte genutzt werden, können Kundendaten Folgendes umfassen:

- a. **„Kontaktinformationen“** bestehen aus Informationen, die betroffene Personen identifizieren, wie Namen, E-Mail-Adressen und Telefonnummern. Diese verwenden wir nur für Abgleichzwecke. Wir hashen vor der Übermittlung die Kontaktinformationen, die du uns über ein Facebook-Javascript-Pixel für Abgleichzwecke sendest. Wenn du oder dein Dienstanbieter ein Facebook Image Pixel oder andere Facebook Business Tools nutzt, musst du bzw. muss dein Dienstanbieter vor der Übermittlung die Kontaktinformationen auf eine von uns vorgegebene Art und Weise hashen.
- b. **„Event-Daten“** umfassen sonstige Informationen, die du über deine Kunden und deren Handlungen teilst, die sie auf deinen Webseiten und in deinen Apps oder Geschäften vornehmen, wie z. B. Besuche auf deinen Webseiten, Installationen deiner Apps und Käufe deiner Produkte.

138 Punkt 2. der Nutzungsbedingungen regelt für die Verwendung von Kundendaten:

"a. Je nachdem, welche Produkte der Facebook-Unternehmen du nutzt, verwenden wir Kundendaten für folgende Zwecke:

i. Kontaktinformationen für den Abgleich

1. Du weist uns an, die Kontaktinformationen nur dafür zu verwenden, die Kontaktinformationen mit Nutzer-IDs von Facebook oder Instagram abzugleichen (**„Abgegliche Nutzer-IDs“**) und diese Nutzer-IDs mit entsprechenden Event-Daten zu kombinieren. Wir löschen Kontaktinformationen nach dem Abgleichprozess.

ii. Event-Daten für Messungs- und Analysedienste

2. Du weist uns an, Event-Daten für folgende Zwecke zu verwenden: (a) Um in deinem Auftrag Berichte über die Wirkung deiner Werbekampagnen und sonstigen Online-Inhalte anzufertigen (**„Kampagnenberichte“**) und (b) Analysen und Einblicke bezüglich deiner Kunden und ihrer Nutzung deiner Apps, Webseiten, Produkte und Dienstleistungen zu erstellen (**„Analysen“**).

3. Wir gewähren dir eine nicht-exklusive und nicht übertragbare Lizenz zur ausschließlichen Nutzung der Kampagnenberichte und Analysen für deine internen Geschäftszwecke bzw. in aggregierter und anonymisierter Form für Zwecke der Messung. Du darfst ohne unsere schriftliche Zustimmung die Kampagnenberichte oder Analysen bzw. irgendeinen Teil dieser nicht gegenüber irgendeinem Dritten offenlegen. Wir legen ohne deine Erlaubnis die Kampagnenberichte oder Analysen bzw. irgendeinen Teil dieser nicht gegenüber irgendeinem Dritten offen, es sei denn, (i) sie sind mit Kampagnenberichten und Analysen von zahlreichen anderen Dritten kombiniert worden und (ii) deine personenbezogenen Informationen werden aus den kombinierten Kampagnenberichten und Analysen entfernt. (...)"

(2) Erfasste Daten

139 Facebook erhält über die Einbindung von Facebook Business Tools eine direkte Verbindung zu der Webseite oder der App, so dass Nutzerdaten bei Aufruf und Nutzung der Webseite oder der App direkt an die Facebook Server fließen, ohne dass der Besucher der Webseite oder der App die Schnittstellen betätigt.

- 140 **Soziale-Plugins** werden bei Webseiten mittels Java Script SDK oder I-Frame eingebunden.¹¹² Dies bewirkt, dass in dem Moment, indem der Nutzer die Webseite in seinem Browser lädt, automatisch eine HTTP-Anfrage¹¹³ an Facebook geschickt wird. Bei jeder integrierten Schnittstelle wird den Facebook Servern bei Aufruf der Seite über ein Standard Internet Protokoll als Mindestdatensatz die IP-Adresse, der Browsertyp, die URL der besuchten Webseite und der Zeitpunkt des Besuchs übermittelt. Wenn Facebook auf dem Browser des Nutzers zusätzlich Cookies platziert hat, übermittelt der Browser dem Facebook Server weitere Daten.¹¹⁴ Hierzu zählen Daten wie die URL der Webseite, die der Nutzer vor der betroffenen Webseite besucht hat oder die Übermittlung einer „unique identification number“, über die Facebook Nutzer automatisch ihrem Facebook Konto zugeordnet werden können.¹¹⁵
- 141 Bei Apps werden Soziale Plugins durch das „Facebook Sharing SDK“ integriert. Über das SDK erhält Facebook Informationen wie die Facebook App ID (eine von Facebook vergebene ID der mobilen App) und Metadaten des genutzten Endgeräts. Dies beinhaltet u.a. das benutzte Betriebssystem, Gerätemodell, Anbieter, Bildschirmgröße, Prozessorkerne, Gesamtspeicherplatz, freier Speicherplatz, Name und Version der genutzten App, Datensatz des http Headers und IP-Adresse sowie die Zeitzone.¹¹⁶
- 142 Darüber hinaus werden über das SDK bestimmte „Events“ in der App für Facebook Analytics protokolliert und erfasst. Facebook unterscheidet hier zwischen „automatisch protokollierten Events“ („automatically logged events“), „impliziten Events“ („implicit events“) und „expliziten Events“ („explicit events“). Zu den „automatisch protokollierten Events“ zählen grundlegende Interaktionen der Nutzer in der App wie die App-Installation oder App Starts sowie Systemereignisse wie das Laden des SDK oder die SDK-Performance. Diese Daten werden automatisch an Facebook gesendet, wenn der

¹¹² [...]

¹¹³ HTTP ist das Kommunikationsprotokoll im World Wide Web (WWW). Die wichtigsten Funktionen sind, Dateien vom Webserver anzufordern und in den Browser zu laden. Der Browser übernimmt dann die Darstellung von Texten und Bildern und kümmert sich um das Abspielen von Audio- und Video-Daten. Die Kommunikation findet nach dem Client-Server-Prinzip statt. Der HTTP-Client (Browser) sendet seine Anfrage (HTTP-Request) an den HTTP-Server (Webserver/Web-Server). Dieser bearbeitet die Anfrage und schickt seine Antwort (HTTP-Response) zurück. Nach der Antwort durch den Server ist diese Verbindung beendet. Typischerweise finden gleichzeitig mehrere HTTP-Verbindungen statt; s. <https://www.elektronik-kompodium.de/sites/net/0902231.htm> (zuletzt abgerufen am 08.01.2019).

¹¹⁴ [...]S. auch <https://developers.facebook.com/docs/plugins/faqs> (zuletzt abgerufen am 11.01.2019) [...]: „Welche Informationen erhält Facebook, wenn ich ein Soziales Plugin integriere und wie werden diese verwendet?: Wenn eine Person Facebook besucht hat und dann deine Webseite mit einem sozialen Plug-in besucht, sendet der Browser diese Informationen an uns, um Facebook-Inhalte auf dieser Seite zu laden. Die Daten, die wir erhalten, beinhalten Informationen wie die Nutzer-ID der Person, die besuchte Webseite, das Datum und die Uhrzeit sowie andere, Browser-bezogene Informationen. Einige dieser Informationen zeichnen wir auf und verwenden sie unter Umständen dazu, unsere Produkte und Dienste zu verbessern und Nutzern interessantere und relevantere Werbeanzeigen zu zeigen.“; [...]

¹¹⁵ [...]

¹¹⁶ FAQs zur DSGVO, „Welche Daten erfasst Facebook mit dem SDK?“, abrufbar unter <https://www.facebook.com/business/m/one-sheeters/gdpr-developer-faqs>, [...]

App-Betreiber dies nicht explizit deaktiviert hat.¹¹⁷ Nutzt der App-Betreiber die Integration z.B. dem „Gefällt mir“-Button, werden weitere Daten, so genannte „implizierte Events“ an Facebook gesendet. Neben diesen voreingestellten Events kann der App-Betreiber zusätzliche App-„Event“-Typen konfigurieren, so genannte „explizite Events“.¹¹⁸ Hier kann er unter zahlreichen angebotenen Event-Typen wählen. Solche Events können Daten darüber sein, dass eine App gestartet, Zahlungsdaten hinzugefügt, ein Level erreicht, Waren in den Warenkorb gelegt oder zu Wunschliste hinzugefügt, eine Registrierung oder ein Tutorial abgeschlossen, ein Kaufvorgang gestartet oder durchgeführt, eine Bewertung abgegeben, ein Produkt gesucht, Gutschriften ausgegeben, ein Erfolg erreicht oder ein Inhalt angezeigt wurde.¹¹⁹ Der App-Betreiber kann diese Events hinzufügen, um Analysedaten für die jeweilige Nutzeraktion zu erhalten.

- 143 Durch die Einbindung des **Facebook Login** oder **des Facebook Account Kits** erhält Facebook von den Drittwebseiten und -Apps Informationen darüber, bei welchen Webseiten/Apps sich ein Facebook-Nutzer registriert und wie der Nutzer die jeweilige Webseite/App nutzt. Der Umfang der Daten, die Facebook dabei gegenwärtig erhält, entspricht – da auch das Facebook Login durch SDKs implementiert wird – im Grundsatz dem Datensatz, der bei Sozialen Plugins erfasst werden kann. Darüber hinaus werden noch weitere Daten erfasst. Hierzu zählen „Fehlerinformationen“ („Error Information“), wozu auch die Nutzer-ID von Personen gehören, die auf Facebook eingeloggt sind. Nach Vortrag von Facebook erhält das Unternehmen darüber hinaus auch die Log-In-Informationen des Nutzers, die dieser bei dem Anbieter, die Facebook-Login eingebunden hat, direkt und manuell – ohne Nutzung des Facebook-Login – eingibt.¹²⁰
- 144 **Mess- und Analyse-Tools** sind zum einen das SDK, das oben bereits dargestellte Datenflüsse produziert. Das „**Facebook Pixel**“ ist die relevante Schnittstelle, die zu diesem Zweck auf Webseiten eingebunden werden kann. Über das Pixel wird zunächst der bei der Einbindung jeder Schnittstelle erhobene Datensatz des http-Headers an Facebook gesendet. Bei Aufruf der Webseite wird standardmäßig ein Standard-Web-Protokoll erstellt, das IP-Adressen, Informationen zum Web-Browser, zum Speicherort der Seite, zum Dokument, zum Referrer (die Webseite, über die der Benutzer zur

¹¹⁷ FAQs zur DSGVO, „Welche Daten erfasst Facebook mit dem SDK?“, abrufbar unter <https://www.facebook.com/business/m/one-sheets/gdpr-developer-faqs>, [...].

¹¹⁸ FAQs zur DSGVO, „Welche Daten erfasst Facebook mit dem SDK?“, abrufbar unter <https://www.facebook.com/business/m/one-sheets/gdpr-developer-faqs>, [...]

¹¹⁹ <https://developers.facebook.com/docs/app-events/android> (am Beispiel für Android-Geräte, ähnlich bei anderen Betriebssystemen, [...])

¹²⁰ [...]

aktuellen Webseite gekommen ist) und zur Person, die die Webseite nutzt, umfasst. Weiterhin empfängt Facebook über das Pixel „pixelspezifische Daten“ („pixel-specific data“), darunter die Pixel-ID und das Facebook-Cookie. Auch empfängt Facebook standardmäßig „Klickdaten“ für Buttons („Button Click Data“), also Daten über alle Buttons, auf die die Besucher der Webseite geklickt haben, die Beschriftung dieser Buttons und alle Seiten, die als Ergebnis dieser Button-Klicks aufgerufen werden.¹²¹

- 145 Darüber hinaus kann der Webseitenbetreiber bestimmte Nutzer-Aktionen („Events“) bezüglich der Nutzung der Drittwebseite oder App konfigurieren. In diesem Falle empfängt Facebook zusätzliche Informationen über das Nutzerverhalten an Facebook.¹²² Zu den vorkonfigurierten fünfzehn „Standard-Events“ zählen Informationen über einen auf der Webseite getätigten Kauf, eine Registrierung, das Ablegen von Waren in den Warenkorb oder eine vom Nutzer getätigte Suchanfrage.¹²³ Es lassen sich je nach Wunsch des Webseitenbetreibers neben diesen Standard Events weitere „Event-Typen“ konfigurieren, zum Beispiel Informationen darüber, ob der Nutzer bis zum Ende einer Seite gescrolled hat oder die Messung, wie viele Artikel in einer Sitzung gelesen wurden.¹²⁴

(3) Zuordnung zu den individuellen Facebook-Konten

- 146 Die erfassten Daten werden den Facebook-Konten der betroffenen Nutzer zugeordnet. Die Zuordnung kann dabei auf verschiedenen Wegen erfolgen:
- 147 Bei Webseiten erlauben insbesondere die auf den Browsern der Nutzer abgelegten **Cookies** die Zuordnung des beobachteten Nutzerverhaltens zum individuellen Facebook-Nutzerkonto. Facebook setzt auf dem Browser eines jeden Internet-Nutzers Cookies, wenn dieser erstmalig eine Facebook-Domain (z.B. www.facebook.de) besucht.¹²⁵ Ruft der Nutzer in der Folgezeit eine Drittwebseite auf, baut der Nutzer-Browser auch eine Verbindung zu Facebook auf und Facebook kann den Cookie im Browser des Nutzers auslesen. Sind auf dem Browser des Nutzers Facebook-„Cookies“ abgelegt, übermittelt der Browser des Nutzers – je nach Art der abgelegten Cookies - weitere Informationen an Facebook.¹²⁶ Um eine Zuordnung etwa der durch das Facebook Pixel erhobenen Daten zu Facebook Konten zu ermöglichen, wird

¹²¹ <https://de-de.facebook.com/business/help/553691765029382>, [...]

¹²² [...]

¹²³ https://de-de.facebook.com/business/help/402791146561655?helpref=fag_content; Standard-Events: Add to cart, Add Payment Infor, Add To Wishlist, Complete Registration, Contact, Customize Product, Donate, Find Location, Initiate Checkout, Lead, Purchase, Schedule, Search, Start Trial, Submit Application.

¹²⁴ <https://developers.facebook.com/docs/facebook-pixel/advanced>, [...]

¹²⁵ [...]

¹²⁶ Eine Übersicht über die Cookies bietet Facebook über einen Hyperlink in seiner Cookie Richtlinie.

Facebook die „Pixel ID“ über ein Facebook Cookie übermittelt.¹²⁷ Ist der Cookie nicht bereits auf dem Browser vorhanden, wird er im Zeitpunkt des Aufrufens der Webseite gesetzt.¹²⁸

- 148 Wenn im Nutzerbrowser – etwa aufgrund entsprechender Einstellungen der Nutzer - keine Cookies abgelegt werden können, besteht die Möglichkeit des „**Advanced Matchings**“ durch den Einsatz von „Identifikatoren“, um eine Zuordnung des Nutzerverhaltens zu Facebook Konten herzustellen. Hier hat das Drittunternehmen die Möglichkeit, eigene Kundenlisten, so genannte „Custom identifier“ an Facebook zu senden. Die Kundenliste wird mittels „Hashing“ lokal auf dem Browser des Nutzers verschlüsselt und dann an Facebook übermittelt. Die Daten werden hierfür vor der Übersendung gehasht („zerhackt“). Hiermit wird den Daten mit einem bestimmten Algorithmus ein sog. „Hashwert“ zugeordnet, so dass sie bei der Übersendung nicht mehr im Klartext erkennbar sind. Nach Angaben von Facebook erfolgt der Abgleich mit Facebook-Nutzern, in dem der gehashte Wert den Personen zugeordnet wird. Dieses ist möglich, da Datensätze, die mit demselben Algorithmus bzw. derselben Hashfunktion gehasht wurden, bei Identität auch denselben Hashwert aufweisen. Facebook gleicht die übermittelten Daten sodann ab und die übereinstimmenden („gematchten“) Daten werden der Custom Audience des Werbetreibenden hinzugefügt.¹²⁹ Nach Angabe von Facebook werden alle übersendeten Hashes gelöscht, es sei denn, Facebook benötigt die Daten zur Beseitigung von Störungen oder Produktverbesserungen.¹³⁰ Nach Vortrag von Facebook findet darüber hinaus aber keine dauerhafte Aktualisierung der Facebook-Nutzerdaten über diesen Datensatz statt.¹³¹
- 149 Bei mobilen Apps kommen Cookies nicht mehr zum Einsatz, eine Identifizierung des Nutzers erreicht Facebook vielmehr dadurch, dass das SDK auf dem Endgerät die Werbe-ID des Betriebssystems ausliest (Identifier for Advertising („IDFA“) bei iOS bzw. Android Advertising ID („AAID“) bei Android). Eine Identifizierung eines Nutzers ist damit ohne einen zusätzlichen Cookie Einsatz möglich.¹³²
- 150 Daneben nutzt Facebook auch weitere Metadaten wie insbesondere verschiedenste gerätebezogene Daten, um die Daten einem Facebook Nutzer zuordnen zu können.¹³³

¹²⁷ [...]

¹²⁸ [...]

¹²⁹ https://www.facebook.com/business/help/112061095610075?helpref=faq_content, [...]

¹³⁰ [...]

¹³¹ [...]

¹³² [...]

¹³³ [...]

III. Gang des Verfahrens

- 151 Die Beschlussabteilung hat das Verfahren mit Schreiben an die Facebook Inc., Facebook Ireland und Facebook Germany vom 01.03.2016¹³⁴ eingeleitet. Im Rahmen der Ermittlungen hat die Beschlussabteilung Auskunftsbeschlüsse an Facebook¹³⁵ sowie an mögliche im Wettbewerb mit Facebook stehende Unternehmen¹³⁶ verschickt. Am 14.07.2016¹³⁷ ist der Verbraucherverband Bundeszentrale (VZBV) auf seinen Antrag vom 13.06.2016¹³⁸ zum Verfahren beigelegt worden. Vom 19.-28.10.2016 hat das Marktforschungsunternehmen Marplan/Forsa im Auftrag des Bundeskartellamts eine Verbraucherbefragung zur Nutzung sozialer Medien bei insgesamt 1.117 Verbrauchern durchgeführt.¹³⁹ In die Ergebnisse der Umfrage hat die Beschlussabteilung den Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht gewährt.¹⁴⁰
- 152 Von Dezember 2016 bis Februar 2017 hat die Beschlussabteilung weitere Ermittlungen durch Auskunftsbeschlüsse an Mediaagenturen¹⁴¹ sowie Werbetreibende¹⁴² durchgeführt. Mit Schreiben vom 22.05.2017¹⁴³ sowie mit E-Mail vom 28.07.2017¹⁴⁴ hat die Beschlussabteilung weitere Fragen an Facebook zur Werbetätigkeit sowie zur praktizierten Datenverarbeitung gestellt.
- 153 Gespräche mit Facebook bzw. seinen anwaltlichen Vertretern hat die Beschlussabteilung am 21.03.2016¹⁴⁵, 12.05.2016¹⁴⁶, 25.01.2017¹⁴⁷, 05.04.2017¹⁴⁸, 14.07.2017¹⁴⁹ und am 07.11.2017¹⁵⁰ geführt. Darüber hinaus haben am 22.04.2016 und am 12.05.2017 Gespräche mit dem VZBV¹⁵¹ sowie am 05.05.2017¹⁵² mit dem Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheitsowie

134 [...]

135 [...]

136 [...]

137 [...]

138 [...].

139 [...]

140 [...]

141 [...]

142 [...]

143 [...]

144 [...]

145 [...]

146 [...]

147 [...]

148 [...]

149 [...]

150 [...]

151 [...]

152 [...]

Gespräche mit Vertretern von Mediaagenturen¹⁵³ und Vertretern der Google Inc. stattgefunden.

- 154 Facebook hat am 18.11.2016 ein englischsprachiges „White Paper“ zum Thema „Relevant Markets and Lack of Dominance“¹⁵⁴ eingereicht, in dem es im Wesentlichen ausführt, dass eine Normadressateneigenschaft Facebooks nicht gegeben sei. Als sachlich relevanter Markt sei ein „Markt für Aufmerksamkeit“ anzunehmen, auf dem neben Facebook unzählige Wettbewerber um die Aufmerksamkeit der Nutzer im Internet konkurrierten. Selbst wenn man einen Markt für soziale Netzwerke annähme, was nicht zutreffend sei, umfasse dieser jedenfalls die Wettbewerber Instagram, Youtube, Google+, Twitter, Snapchat, Pinterest, LinkedIn, Xing und StudiVZ und sei in räumlicher Hinsicht global abzugrenzen. Facebook sei nicht marktbeherrschend, da Wettbewerber durch technische Innovationen erheblichen Wettbewerbsdruck auf Facebook ausübten. Es bestünden geringe Wechselkosten und Nutzer praktizierten in großem Umfang Multi-Homing, weiterhin bestünden keine nennenswerten Markteintrittsbarrieren.
- 155 In einem Schriftsatz vom 05.05.2017 bekräftigte Facebook seine Ansicht, dass Snapchat und Youtube als Teil des sachlich relevanten Marktes anzusehen seien. Daneben wurde die Aussagekraft der von der Beschlussabteilung in Auftrag gegebenen Nutzerumfrage bezweifelt.¹⁵⁵
- 156 Mit Schreiben vom 16.10.2017¹⁵⁶ hat Facebook Stellung zur von der Beschlussabteilung verfolgten Schadenstheorie genommen. Diese stehe im Widerspruch zu europäischem Datenschutzrecht, da sie Facebook als Marktbeherrscher einem höheren Datenschutzstandard unterwerfe als andere Marktteilnehmer. Auch sei das Bundeskartellamt seit der 9. GWB-Novelle nur für Sektoruntersuchungen im Bereich des Verbraucherschutzes zuständig, nicht jedoch für sonstige Durchsetzung verbraucherrechtlicher Vorschriften. Die Beschlussabteilung umgehe die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen einer Vergleichsmarktbetrachtung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, wenn sie einen Konditionenmissbrauch auf die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB stütze. Auch fehle es an einer Kausalität zwischen dem angeblich missbräuchlichen Verhalten Facebooks und einer marktbeherrschenden Stellung, da sich auch zahlreiche andere Unternehmen ähnlich im Umgang mit personenbezogenen Daten verhielten. Schließlich missachte die Beschlussabteilung einen „effect-based“ approach. Hierzu

¹⁵³ [...]

¹⁵⁴ [...]

¹⁵⁵ [...]

¹⁵⁶ [...]

hat Facebook ein ökonomisches Gutachten von Prof. Dr. Haucap (DICE Consult GmbH) eingereicht. Dieses führt aus, dass die Kombination von „On-Facebook-Daten“ und „Off-Facebook-Daten“ effizient sei, da es sowohl das Produkt selbst als auch die Qualität der zielgerichteten Werbung verbessere. Weiterhin führe ein Eingreifen der Kartellbehörde zur Verfestigung der Marktstrukturen, da Nutzer bei einem datenschutzfreundlichen Verhalten des Marktbeherrschers keine Veranlassung hätten, zu einem Wettbewerber zu wechseln.

- 157 Mit Schreiben vom 19.12.2017 („Anhörungs schreiben“)¹⁵⁷ hat die Beschlussabteilung Facebook mitgeteilt, dass sie nach gegenwärtiger Einschätzung beabsichtige, Facebook zu untersagen, die private Nutzung des sozialen Netzwerks Facebook.com in ihren Vertragsbedingungen davon abhängig zu machen, dass Facebook unbegrenzt jegliche Art von Nutzerdaten aus konzerneigenen Diensten und über Programmierschnittstellen sammeln, den Facebook-Konten der Nutzer zuordnen und zu allen in der Facebook-Datenrichtlinie genannten Zwecken mit jeglichen Datenverarbeitungsvorgängen verwenden kann. Die Beschlussabteilung hat Facebook mit dem Anhörungs schreiben die Möglichkeit eingeräumt, Rechtfertigungsgründe für die in den Vertragsbedingungen eingeräumte Datenerfassung und Datenzuordnung vorzutragen.
- 158 Facebook hat mit Schreiben vom 19.04.2018¹⁵⁸ auf das Anhörungs schreiben der Beschlussabteilung reagiert. Facebook sei nicht marktbeherrschend, da die Beschlussabteilung den Markt unzutreffend abgrenze. Weiterhin fehle es an einer marktbeherrschenden Stellung Facebooks, da sich Facebook einem hohen innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck ausgesetzt sehe und die Beschlussabteilung das Wirken von Netzwerkeffekte fehlerhaft analysiert habe. Facebook handele zudem nicht missbräuchlich. Die Beschlussabteilung weise nicht die für einen Ausbeutungsmisbrauch erforderlichen Voraussetzungen nach, insbesondere wende sie weder das Vergleichsmarktkonzept des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB an, noch weise sie die Kausalität zwischen missbräuchlichem Verhalten und Marktstellung ausreichend nach. Im Ergebnis setze die Beschlussabteilung als Wettbewerbsbehörde Datenschutzrecht durch, wofür sie sachlich nicht zuständig sei. Facebook handele darüber hinaus in Übereinstimmung mit deutschem und europäischem Datenschutzrecht, da eine wirksame Einwilligung der Nutzer vorliege und Facebooks Datenverarbeitung erforderlich für die Erfüllung des Vertrages sowie durch überwiegende Interessen gerechtfertigt sei. Am 22.05.2018 hat Facebook ein

¹⁵⁷ [...]

¹⁵⁸ [...]

ökonomisches Gutachten von David S. Evans zum Thema „*Economic Analysis of Exploitative Abuse involving Attention Platforms and the Implications for Facebook’s Use of Data*“ vorgelegt.¹⁵⁹

- 159 Im Frühjahr 2018 hat die Beschlussabteilung weitere Ermittlungen durch Auskunftsbeschlüsse an Facebook¹⁶⁰ sowie an mögliche im Wettbewerb mit Facebook stehende Unternehmen¹⁶¹ durchgeführt. Sie hat weitere Gespräche mit Wettbewerbern von Facebook sowie mit Unternehmen aus der Werbe- und Verlagsbranche sowie des Onlinehandels geführt. Vertreter der Beschlussabteilung haben am 05.03.2018 mit Vertretern des VZBV¹⁶², am 23.04.2018 mit Vertretern des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, am 05.06.2018 mit Vertretern der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit¹⁶³ sowie am 29.11.2018 mit Vertretern der irischen Data Protection Commission Gespräche geführt.¹⁶⁴
- 160 Mit Schriftsatz vom 01.06.2018 hat Facebook die Entwicklung einer neuen „Clear-History“-Funktion angekündigt, die derzeit entwickelt werde [...] ¹⁶⁵
- 161 Mit Schriftsatz vom 17.10.2018¹⁶⁶ hat Facebook einen Zusagenvorschlag unterbreitet, [...]
- 162 Am 05.11.2018 hat die Beschlussabteilung Facebook in einem Schreiben („Abmahnung“) erneut ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken mitgeteilt und Facebook Akteneinsicht gewährt. Auf die Abmahnung hat Facebook mit Schreiben vom 11.01.2019 Stellung genommen, seinen bisherigen Vortrag vertieft und Ausführungen zur Aussetzung der sofortigen Vollziehung gemäß § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, S. 2 GWB gemacht.¹⁶⁷ Ebenso Stellung genommen haben der beigeladenen VZBV¹⁶⁸, der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit¹⁶⁹ sowie der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit¹⁷⁰.

159 [...]

160 [...]

161 [...]

162 [...]

163 [...]

164 [...]

165 [...]

166 [...]

167 [...]

168 [...]

169 [...]

170 [...]

B. Rechtliche Würdigung

- 163 Die im Tenor im Einzelnen bezeichnete Verwendung und Durchführung von Nutzungsbedingungen konkretisiert durch die Daten- und Cookie-Richtlinie oder vergleichbare Vertragsdokumente stellt eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer in Form des Konditionenmissbrauchs nach der Generalklausel in § 19 Abs. 1 GWB dar.
- 164 Facebook ist wegen der Marktbeherrschung im Sinne des § 18 GWB auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer Normadressatin des § 19 Abs. 1 GWB (hierzu I.). Die im Tenor näher bezeichneten Konditionen und ihre Durchführung erfüllen hinsichtlich der Datenverarbeitung aus den von Facebook.com getrennt angebotenen konzerneigenen Diensten WhatsApp, Oculus, Masquerade und Instagram sowie aus Facebook Business Tools den Tatbestand des Konditionenmissbrauchs im Sinne der Generalklausel nach § 19 Abs. 1 GWB (hierzu II.). Dieser ist unabhängig davon anwendbar, ob auch ein Missbrauch nach Art. 102 AEUV vorliegt (hierzu III.).

I. Normadressateneigenschaft

- 165 Facebook ist auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer marktbeherrschend im Sinne des § 18 Abs. 1 in Verbindung mit § 18 Abs. 3a und Abs. 3 GWB. Inwieweit auf weiteren betroffenen Märkten ebenfalls Marktbeherrschung anzunehmen ist, kann offenbleiben.

1. Betroffene Märkte

- 166 Das Verhalten betrifft im weitesten Sinne das Wettbewerbsumfeld der sozialen Medien (hierzu a.). Innerhalb der sozialen Medien ist der nationale Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer als separater Markt betroffen (hierzu b.). Vom Verhalten ebenfalls grundsätzlich betroffen ist der Markt für suchungebundene Online-Werbung (hierzu c.), deren genaue Marktabgrenzung offenbleiben kann. Ferner sind weitere Marktseiten des Dienstes verschiedenen separaten Märkten zuzuordnen, insbesondere die Nutzerseiten der sog. Entwickler (hierzu d.). Auch hierbei kann die genaue Marktabgrenzung offenbleiben.

a. Soziale Medien in Deutschland

- 167 Facebook ist mit seinen Diensten Facebook.com, dem Facebook Messenger sowie Instagram und WhatsApp im Bereich der „Sozialen Medien“ im weitesten Sinne tätig. Den „sozialen Medien“ wird regelmäßig ein Wettbewerbsumfeld aus verschiedensten Diensten zugeordnet (hierzu (1)), von denen die Beschlussabteilung für das

vorliegende Verfahren unter Berücksichtigung der durchgeführten Nutzerbefragung neben Facebooks konzerneigenen Diensten Facebook.com, Facebook Messenger, Instagram und WhatsApp rund 30 weitere Dienste im Einzelnen für die Marktabgrenzung betrachtet (hierzu (2)).

(1) Relevantes Wettbewerberumfeld

- 168 Die Begriffe „Soziale Medien“ („social media“) und „Soziale Netzwerke“ sind unscharf und werden im Detail sehr unterschiedlich verstanden. Im Wesentlichen werden unter Sozialen Medien alle Medien verstanden, die Internetnutzer verwenden, um zu kommunizieren, wobei die Interaktivität hervorgehoben wird. Es wird häufig eine unübersehbare Vielzahl von Diensten unter diesen Begriff zusammengefasst. Facebook selbst nennt als seine Wettbewerber[...].¹⁷¹
- 169 Nach einer Definition des bvdw¹⁷² sind Soziale Medien *„eine Vielfalt digitaler Medien und Technologien, die es Nutzern ermöglichen, sich untereinander auszutauschen und mediale Inhalte einzeln oder in Gemeinschaft zu gestalten. Die Interaktionen umfassen den gegenseitigen Austausch von Informationen, Meinungen, Eindrücken und Erfahrungen sowie das Mitwirken an der Erstellung von Inhalten. Die Nutzer nehmen durch Kommentare, Bewertungen und Empfehlungen aktiv auf die Inhalte Bezug und bauen auf diese Weise eine soziale Beziehung untereinander auf. (...)“*.¹⁷³ Eine andere Definition lautet wie folgt: *„Social Media sind Internetplattformen, auf denen Nutzer mit anderen Nutzern Beziehungen aufbauen und kommunizieren, wobei sich die Kommunikation nicht im Austausch von verbalen Botschaften erschöpft, sondern auch viele multimediale Formate mit einbezieht: Fotos, Videos, Musik- und Sprachaufzeichnungen sowie Spiele. Die Nutzergemeinde einer solchen Social Media-Plattform bezeichnet man als Community“*.¹⁷⁴
- 170 Die verschiedenen Formen der sozialen Medien werden in der öffentlichen Diskussion auf unterschiedlichste Weise klassifiziert. So werden aus Marketingsicht beispielsweise „Social Networks“ (wie z.B. Facebook, LinkedIn, Xing, WhatsApp und Single-Portale) von „Content Sharing & Entertainment Plattformen“ (wie z.B. YouTube, Flickr, Instagram, Pinterest), „Knowledge Communities“ oder „Blogging-Plattformen“ (wie z.B. der häufig als „Microblog“ eingeordnete Dienst „Twitter“) und „Consumer

¹⁷¹ [...]

¹⁷² Bundesverband digitale Wirtschaft, www.bvdw.org (zuletzt abgerufen am 08.01.2019).

¹⁷³ „Social Media Kompass 2017/2018“ des BVDW, https://www.bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/publikationen/social_media/kompass_social_media_2017_2018.pdf (zuletzt abgerufen am 08.01.2019), s. Glossar S. 80.

¹⁷⁴ Heymann-Reder, Social Media Marketing, 2011, S. 20.

Communities“ (z.B. Bewertungsportale) unterschieden.¹⁷⁵ Andere Marketing-Vertreter unterscheiden dagegen u.a. „Social-Networking“ und „Social-Sharing“. Social Networking beschreibt Dienste, die Gleichgesinnte vernetzen, Meinungen von vielen Menschen generieren und es den Benutzern ermöglichen, sich schnell über die verschiedensten Themen zu informieren und somit von dem Wissen und den Erfahrungen anderer Teilnehmer zu profitieren, beispielsweise Facebook.com, Twitter, Tumblr, Xing, Google+, LinkedIn. Dagegen seien „Social Sharing-Plattformen“ (Austauschplattformen) Plattformen, auf denen Nutzer multimediale Inhalte im Web bereitstellen, verwalten, mit einer Beschreibung versehen, kategorisieren, verschlagworten, vernetzen und mit anderen Nutzern austauschen können. Hierfür werden Flickr, Instagram und YouTube genannt.¹⁷⁶ Vertreter der Wissenschaft unterscheiden teilweise wiederum unter Berücksichtigung der Intensität der sozialen Präsenz (social presence) durch die Medienart („rich media content“) und der Selbstpräsentation der Nutzer (self presentation/self disclosure).¹⁷⁷

- 171 Marktstatistiken und Marktforschungsinstitute nennen unter dem Begriff der sozialen Netzwerke zumeist eine bestimmte Auswahl der größeren sozialen Medien. Dazu gehören in der Regel Facebook.com, Twitter, Google+, YouTube, Instagram, Pinterest, Snapchat und/oder WhatsApp, Tumblr, Xing und/oder LinkedIn.¹⁷⁸
- 172 Die Beschlussabteilung hat zur Eingrenzung des Wettbewerberumfelds von Facebook.com und zu Zwecken der Marktabgrenzung zunächst Anbieter von verschiedenen Internetdiensten befragt, außer Facebook selbst insbesondere Google+, Stayfriends, StudiVZ, Xing, LinkedIn, Twitter, YouTube, Yahoo Messenger, Skype, Snapchat, Yelp, Jappy, WizeLife und Lokalisten. Nach den Wettbewerbern befragt nannten diese Unternehmen einige zusätzliche engere Wettbewerber. Dazu gehörten Vimeo, Flickr, Apple Foto, Skype, WhatsApp, WeChat, Viber, Line, Seniorbook (jetzt WizeLife), Stepstone, Indeed, Instagram, Pinterest, Facebook Messenger, Google Hangouts und Facetime.
- 173 Die Beschlussabteilung hat darüber hinaus zur Feststellung der Marktabgrenzung und der wesentlichen Wettbewerbsbeziehungen von Facebook im Bereich der Sozialen Medien eine repräsentative Nutzerbefragung in Auftrag gegeben.

¹⁷⁵ <http://www.tourismuszukunft.de/2015/12/world-of-social-media-plattformen/> (zuletzt abgerufen am 08.01.2019).

¹⁷⁶ Vgl. z.B. bei <https://webconsulting-stuhec.com/blog/social-media-plattformen> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

¹⁷⁷ Kaplan/Haenlein, Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media, Business Horizons (2010) 53, 59, 62. <https://de.slideshare.net/Twittercrisis/kaplan-and-haenlein-2010-social-media> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

¹⁷⁸ Vgl. z.B. ARD/ZDF-Onlinestudie, Mediaperspektiven 9/2016, S. 434 - http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/fileadmin/Onlinestudie_2016/0916_Koch_Frees.pdf (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

- 174 Bei der Nutzerbefragung ist zunächst eine offene ungestützte Frage gestellt worden, die u.a. die als „soziale Netzwerke“ verstandenen Dienste aus Sicht der Nutzer bestimmen sollte. Die Frage 4 lautete: „*Wenn Sie an soziale Netzwerke denken, welche Dienste nutzen Sie da? Bitte nennen Sie alle Dienste, die Sie nutzen, auch wenn Sie diese nur selten nutzen.*“
- 175 Auf die Frage haben die Befragten wie folgt geantwortet:

Welche Dienste nutzen Sie?	
Mindestens eine Nennung	79%
<i>davon: Facebook</i>	75%
<i>WhatsApp</i>	37%
<i>Twitter</i>	15%
<i>Instagram</i>	13%
<i>Xing</i>	11%
<i>LinkedIn</i>	5%
<i>Snapchat</i>	4%
<i>Youtube</i>	4%
<i>Google+</i>	4%
<i>Stayfriends</i>	4%
<i>Pinterest</i>	2%
<i>Tumblr</i>	2%
<i>Threema</i>	2%
Keine Nennung	21%
Grundgesamtheit n=1041, auch alternative Schreibweisen (FB, whats up, o.ä.)	

- 176 Von jeweils unter 1,5 % der Befragten wurden des weiteren folgende Dienste genannt: archive of our own, blogger, brieffreunde.de, change.org, dbna, deviantart, ello, evernote, Finya, Flirttown, FutureNet, FragMutti, GayRomeo, Google Allo, gmx.de, grindr, GROWLr, Hotmail, ICQ, idealo, I-Message, Jappy, jodel, kik Messenger, kwick, Lovoo, MySpace, Nasza klasa, LINE, Lokalisten, Microsoft Cloud, medium, Moodle, Odnoklassniki, Periscope, Platinnetz, Plaxo, researchgate, Signal, Skype, spin, Sportstracker, Spotify, Steam Discord, reddit, Strngrz, StudiVZ/MeinVZ/SchülerVZ, stumbleupon, Telegram Messenger, Viber, Vine, VK, Wattpad, WeChat, Weheartit, Wer-kennt-wen, Wurzelwerk, Twitch, zazen, VK, 500px und 9GAG.
- 177 Die nachfolgende gestützte Frage nach bestimmten Diensten, die bei jedem Befragten in einer zufälligen Reihenfolge gezeigt wurden, enthielt den Begriff „soziale Medien“

und lautete: „Im Folgenden sehen Sie verschiedene Social Media Dienste. Bitte geben Sie jeweils an, ob und wie häufig Sie diese nutzen.“

- Facebook
- Google +
- LinkedIn
- Xing
- My Space
- Stayfriends
- WhatsApp
- Threema
- Telegram
- iMessage
- YouTube
- Snapchat
- Instagram
- Twitter
- Pinterest
- Tumblr
- Viber
- Reddit
- Odnoklassniki.ru
- ok.ru“

178 Diese vorgegebene Liste der Dienste deckt sich somit weitgehend mit den am häufigsten genannten ungestützten Nennungen und erweitert den Kreis der genutzten Dienste geringfügig.

(2) Betrachtete Dienste

179 Auf dieser Grundlage hat die Beschlussabteilung für die Frage der Marktabgrenzung als Dienstleistungsfeld neben **Facebook.com**, **Facebook Messenger** (dazu oben Rn. 15 ff.), **Instagram** und **WhatsApp** (oben Rn. 74 ff. und Rn. 83 ff.) insbesondere folgende Dienste betrachtet:

180 **Apple Foto** ist ein Programm zur Bildverwaltung für die Betriebssysteme ab Mac OS X (Desktop) und dem mobilen System iOS, des US-Unternehmens Apple Inc. Es ist standardmäßig seit 2014 auf dem iPad und iPhone und seit 2015 auf Macintosh-Computer mit Mac OS X vorinstalliert und hat neben den Sortierungs-, Bildbearbeitungs- und Präsentationsfunktionen auch eine Teilen-Funktion, die bilateral das Senden über Mail, den Cloud-Dienst iCloud oder drahtlos über den Dienst AirDrop sowie über die jeweiligen Schnittstellen Postings bei Twitter, Facebook, LinkedIn, Vimeo und Flickr – sofern der Nutzer dort angemeldet ist – ermöglicht.

181 **FaceTime** ist ein 2010 eingeführter Dienst der Apple Inc., der IP-Telefonie und Videokonferenzen über eine eigene Anwendungssoftware für die Apple-

Betriebssysteme MacOS und iOS anbietet. Es ist standardmäßig auf dem Macintosh-Computer, iPad und iPhone vorinstalliert.

- 182 **Flickr** (www.flickr.com) ist ein seit 2007 in Deutschland verfügbarer kostenloser Dienst, der ursprünglich dem US-amerikanischen Unternehmens Yahoo Inc. gehörte und im April 2018 an das Unternehmen SlugMug verkauft wurde.¹⁷⁹ Flickr ermöglicht neben der Bildverwaltung, -bearbeitung und -organisation auch, Bilder sowie kurze Videos von maximal drei Minuten Dauer mit Kommentaren und Notizen auf die Website zu laden und mit anderen Nutzern zu teilen. Man kann außerdem nach Stichworten suchen und sogenannte Fotostreams (Nutzer-Profil in Form kleiner Fotoblogs) anderer Nutzer anschauen und Bilder mit Bildausschnitten kommentieren. Er erfordert die Registrierung der Nutzer, die über ihr angelegtes Nutzer-Profil den Dienst sowohl als Webdienst als auch über eine mobile App auf den gängigen Betriebssystemen (Android und iOS) nutzen können.
- 183 **Google+** (www.googleplus.de) ist im Jahr 2011 als ein kostenloser Dienst eingeführt worden, der der Vernetzung von Freunden, Verwandten und anderen Personen dient. Im Frühjahr 2018 wurde Google+ außerdem als Teil der entgeltlichen sog. „G-Suite“ angeboten. Die Unternehmensversion („enterprise version“) von Google+ ist Teil einer Reihe von Software-Applikationen und Office-Anwendungen für die interne Unternehmensorganisation. Diese ehemaligen „Apps for work“ sind nun unter der Marke „G Suite“ gegen ein Entgelt von €4 bis €23 pro Mitarbeiter des Unternehmen nutzbar.¹⁸⁰ Google+ soll dabei Social Networking Funktionen bei G Suite anbieten, mit denen es die persönliche Vernetzung innerhalb des Unternehmens stärkt.¹⁸¹ Je nach Einstellungen kann die Sichtbarkeit von Inhalten auf Unternehmensmitarbeiter beschränkt oder auf weitere öffentliche Kreise ausgedehnt werden. Im Oktober 2018 hat Google angekündigt, den Dienst für private Nutzer einzustellen.¹⁸² Die Beschlussabteilung berücksichtigt dennoch für die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung die bisherige Marktposition von Google+.
- 184 **Google Hangouts** (www.hangouts.google.com) ist ein 2013 erschienener Dienst von Google, der für Nutzer mit einem Google-Konto nutzbar ist und als App, eigene Website oder als Funktion von Gmail, Google+ oder Inbox genutzt werden kann. Über Hangouts

¹⁷⁹ <https://www.heise.de/foto/meldung/Yahoo-verkauft-Flickr-an-SlugMug-4028953.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

¹⁸⁰ [...]. <https://gsuite.google.com/intl/de/pricing.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

¹⁸¹ <https://www.cloudcomputing-insider.de/apps-fuers-business-was-ist-google-g-suite-a-691517/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

¹⁸² <https://www.blog.google/technology/safety-security/project-strobe/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

lassen sich neben Textnachrichten Fotos, Videos, Sticker oder der aktuelle Standort bilateral oder in Gruppen verschicken. Darüber hinaus sind Videokonferenzen möglich.

- 185 **iMessage** ist ein Dienst der Apple Inc., der von Nutzern von Geräten mit Apple-Betriebssystemen Mac OS X und iOS nutzbar ist, wenn sich die Nutzer einmalig mit ihrer Apple ID bzw. ihrer Telefonnummer angemeldet haben. Er ist standardmäßig auf dem Mac-Computer, iPhone und iPad vorinstalliert. Angeboten wird der bilaterale Austausch von Foto-, Text-, Video und anderen Dateien. iMessage ist mit der SMS-App auf dem iPhone verknüpft und schaltet sich automatisch ein, wenn der gewünschte Empfänger ebenfalls iPhone-Nutzer ist und dieses eingeschaltet ist.
- 186 **Indeed** (<http://www.indeed.com>) ist eine im Jahr 2004 gegründete Jobseite für die Stellensuche im Internet. Inzwischen ist der Dienst auch als App für das Smartphone verfügbar. Der Dienst gehört zu dem Japanischen Unternehmen Recruit Holdings & Co. Ltd. Es können Stellenanzeigen eingestellt werden, die in der einfachen Version kostenlos, in verschiedenen Premiumversionen kostenpflichtig sind. Unternehmen können eigene Seiten für die Personalsuche aufbauen. Der Jobsuchende kann sich kostenlos registrieren sowie einen Lebenslauf erstellen und hochladen.
- 187 **Jappy** (www.jappy.de) ist ein kostenloser Kontakt- und Kommunikationsdienst in Deutschland, der seit 2001 von der Jappy GmbH betrieben wird. Nutzer benötigen ein Nutzerprofil mit Rahmendaten wie Nutzername, Wohnort, Alter und Geschlecht, um teilzunehmen. Optional können Nutzer weitere Daten (Beruf, Beziehungsstatus, Name etc.) oder Bilder mit anderen Mitgliedern teilen. Man kann sich mit Nutzern befreunden oder die erstellten Inhalte anderer Nutzer abonnieren. Unerwünschte Nutzer können über Kontaktfilter oder Sperrfunktion geblockt werden. Die Nutzer finden sich über das Entdeckersystem (vom System vorgeschlagene öffentliche Statusmeldungen), über das Nutzervorschlagssystem („Kennst du schon?“) oder über eine aktive Recherche in der Nutzersuchfunktion. Kommunikation ist in vielfältiger Weise möglich, z.B. Chats, Statusmeldungen, Gästebucheinträge, Gruppenforen, Kommentierungen, Echos durch Icons. Nutzer werden durch ihre Aktivität auf der Plattform belohnt und erhalten jeden Sonntag eine Credit-Gutschrift abhängig von ihrem Rang. Der Rang fällt und steigt mit der Aktivität des Mitglieds. Mit Hilfe dieser Credits können Nutzer virtuelle Geschenke oder Emoticons verteilen oder sich weitere Funktionen (neue Statusbilder, neue Emoticons) freischalten. Jedes Mitglied hat zudem die Möglichkeit, eine Flirtoption zu aktivieren. Der Dienst ist werbefinanziert und bietet zielgerichtete Werbung an.
- 188 **Lokalisten** war ein Dienst der Lokalisten Media GmbH, Unterföhring, die mehrheitlich zu ProSiebenSat.1 Media gehörte. Der Dienst hat schwerpunktmäßig eine regionale

Vernetzung von Nutzern angeboten. Er ist im Jahr 2005 erschienen und nach erheblichem Mitgliederverlust im September 2016 abgeschaltet worden. Der Dienst wird bei der Marktabgrenzung daher nicht mehr berücksichtigt.

- 189 **Line** ist ein kostenloser Dienst des japanischen Unternehmens Line Corporation, Tokio, das zur koreanischen Naver Corporation, Seongnam, gehört und seit 2011 auf dem Markt ist. Die mobile App ist in verschiedenen Sprachen und für diverse Betriebssysteme verfügbar. Es lassen sich Sprach- und Videoanrufe tätigen sowie Nachrichten versenden. Es gibt eine Timeline-Funktion mit der Freunden mit Text, Bildern, Filmen, Sticker u.a. Mitteilungen kommuniziert werden können.
- 190 **LinkedIn** (www.linkedin.de) wird von dem US-amerikanischen Unternehmen LinkedIn Inc. betrieben und gehört seit Dezember 2016 zu Microsoft Corp. Das Unternehmen bietet seit 2003 einen weltweiten größtenteils kostenpflichtigen Online-Dienst zur Pflege bestehender Geschäftskontakte und zum Knüpfen von neuen geschäftlichen Verbindungen an. Der Dienst ist sowohl als Webdienst als auch als mobile App verfügbar. Im Fokus stehen der Aufbau einer professionellen Online-Identität und die Vernetzung mit anderen Nutzern und Unternehmen zu Karriere- und Weiterbildungszwecken. Es kann ein Unternehmensprofil sowie ein Profil mit Lebenslauf in mehreren Sprachen erstellt werden. Es können neue Kontakte geknüpft und andere Mitglieder empfohlen werden. Es ist ferner die Verlinkung auf eine eigene Website möglich sowie die Gründung und Mitgliedschaft in Themengruppen. Das Unternehmen bietet weiterhin spezielle Such- und Recruiting-Tools an. Die monatlichen Kosten einer Premium-Mitgliedschaft liegen zwischen 26 € und 90 €. Das kostenlose Standardkonto bietet einige Basisfunktionalitäten, mit denen ein Profil aufgebaut und Nachrichten empfangen werden können.
- 191 **MySpace** (www.myspace.com) gehört zu dem US-Werbeunternehmen Specific Media Inc., das den Dienst von dem US-Medienkonzern News Corp. im Jahr 2011 erworben hat. MySpace ist seit 2003 auf dem Markt und in Deutschland 2007 erschienen. 2012 hat es einen Relaunch von MySpace gegeben, nach dem sich die Nutzer neu registrieren mussten. MySpace ist ein kostenloser mehrsprachiger Dienst, der seinen Nutzern ermöglicht, Nutzerprofile mit Fotos, Videos, Blogs, Gruppen, Freundeslisten usw. einzurichten. Dabei weist der Dienst einen deutlichen Musik-Schwerpunkt auf und war ursprünglich auch für unbekannte Künstler und Bands konzipiert, die sich über den Dienst bekanntmachen konnten. Die Musiker informieren über das Erscheinen von neuen Alben und Tourneedaten. Auch bieten die meisten Bands Hörproben einzelner Musikstücke an. Zusätzlich können sich die Nutzer eigene Seiten individuell einrichten, um damit etwas von sich preiszugeben. Der Dienst ist sowohl als Webdienst, als auch als mobile App für die gängigen Betriebssysteme verfügbar.

- 192 **Odnoklassniki** (deutsch: Klassenkameraden, www.ok.ru) ist ein 2006 erschienener russischer Dienst, der zu dem russischen Investment-Unternehmen Mail.Ru Group gehört. Er ermöglicht es den Nutzern kostenlos, in verschiedenen osteuropäischen Sprachen sowie in Englisch Nutzerprofile mit vielfältigen Angaben zur eigenen Person, Fotos, Freundeslisten, Gruppen, Foren usw. einzurichten. Es ist u.a. die Suche von Freunden und eine Kontaktaufnahme mit anderen Mitgliedern möglich. Es gibt die Möglichkeit, Schulen aus der ganzen Welt zu hinterlegen. Man kann verschiedene Online-Games kostenlos spielen, YouTube-Videos verlinken und kostenlos Musik hören.
- 193 **Pinterest** (www.pinterest.com) ist ein 2010 erschienener Dienst des US-amerikanischen Unternehmens Pinterest Inc., Palo Alto, der sich selbst als "Ideenplattform zur Umsetzung kleiner und großer Projekte des Alltags" bezeichnet. Dort kann der Nutzer Fotos finden, die bestimmte Inhalte abbilden (z.B. Kochen, Reisen, Beautytips) und neben den Fotos noch einige Zusatzinformationen bieten (z.B. Verweis auf E-Mail-Adresse des Anbieters). Der Nutzer muss sich registrieren und kann mit seinem Nutzerprofil selbst Inhalte einstellen, indem er eine eigene „Pinnwand“ erstellt und auf diesen „Pins“ postet. Die Bilder sind standardmäßig öffentlich. Der Nutzer kann aber eine "geheime Pinnwand" erstellen, die nur er selbst einsehen kann. Der Nutzer kann anderen „folgen“ und selbst „Follower“ generieren. Der Dienst ist als Webdienst und als mobile App für alle gängigen Betriebssysteme verfügbar.
- 194 **Reddit** (www.reddit.com) ist ein hauptsächlich englisch-sprachiger Dienst des US-Unternehmens Reddit.Inc., der 2005 auf den Markt gekommen ist und dem Austausch von Nachrichteninhalten dient. Nutzer müssen sich registrieren und können mit dem Nutzerprofil Inhalte entweder durch externe Links oder durch eigene Posts auf Reddit einstellen. Dabei enthalten eigene Posts nutzergenerierte Texte zu bestimmten Themen. Andere Nutzer können die Beiträge kommentieren und bewerten. Für Beiträge oder Kommentare, die von anderen Nutzern positiv bewertet wurden, erhält der jeweilige Autor Bewertungspunkte. Er ist als Webdienst und als mobile App für alle gängigen Betriebssysteme verfügbar.
- 195 **Skype** (www.skype.com) ist ein 2003 erschienener Dienst, der 2011 von der Microsoft Corp. erworben wurde. Skype-Kunden können kostenfrei miteinander telefonieren, Telefonate in das Festnetz oder mit Mobilfunknummern sind kostenpflichtig möglich („skype out“). Der Dienst unterstützt Videokonferenzen, den Austausch von Textnachrichten und anderen Dateitypen.¹⁸³ Er ist als Webdienst und als mobile App für alle gängigen Betriebssysteme verfügbar.

¹⁸³ [...]

- 196 **Snapchat** ist ein 2012 erschienener Dienst des US-amerikanischen Unternehmens Snap Inc.. Der Dienst ermöglicht es über eine mobile App zur Nutzung auf dem Smartphone, kostenfrei Fotos und Videos ("Snaps"), die nur eine bestimmte Zeit lang sichtbar sind, an Freunde zu versenden. Die Fotos und Videos können mit sog. Filtern und Stickers bearbeitet werden. Nutzer legen ein einfaches Profil an. Es können nur konkrete Kontakte unter dem Nutzernamen, aus dem eigenen Adressbuch oder über einen Snapcode gesucht und gefunden werden. Einzelne Snaps können zu einem Album zusammengefügt werden, das sich „Story“ bzw. Geschichte nennt. Die Story kann Fotos, Videos und Bilder enthalten und ist bis zu 24 Stunden für Freunde sichtbar. Der Nutzer kann Snaps auch in seinen „Memories“ speichern, so dass er sie dauerhaft einsehen kann.
- 197 Der Dienst **Stayfriends**, der in Deutschland (www.stayfriends.de), Österreich, der Schweiz und Schweden sowie in Frankreich unter dem Namen Trombi (www.trombi.com) bekannt ist, ist im Jahr 2000 erschienen und im Jahr 2016 von Ströer SE & Co. KGaA übernommen worden. Der Dienst dient zum Wiederfinden ehemaliger Schulfreunde, und bietet einen virtuellen Raum an, in dem der Nutzer Personen aus seiner Schulzeit wiederentdecken, Erinnerungen und Fotos zusammentragen und mit den genannten Personen Kontakt halten kann.¹⁸⁴ Der Nutzer legt ein Profil sowie eine Kontaktliste an und kann über einen integrierten Messenger bilateral Kontakt aufnehmen. Der Dienst wird als „Freemium“-Modell angeboten, das in einer Basisversion kostenfrei ist, das Vollprodukt bzw. Erweiterungen sind dagegen kostenpflichtig. Für die meisten Funktionalitäten von StayFriends muss die kostenpflichtige Gold-Mitgliedschaft für ein jährliches Entgelt von ca. 30 € erworben werden.
- 198 **Stepstone** (www.stepstone.de) ist seit 1996 (bis 2000 unter dem Namen „Jobshop“) auf dem Markt und gehört seit 2008 zur Axel Springer SE. Der Dienst bietet eine Online-Jobbörse, die auf Fach- und Führungskräfte ausgerichtet ist. Unternehmen inserieren auf der Seite kostenpflichtig ihre Stellenangebote. Die Stellenanzeigen kosten für eine Laufzeit von 30 Tagen zwischen 900 und 1700 €. ¹⁸⁵ Für Stellensuchende ist der Service kostenlos. Die Stellenangebote auf der Seite können nach verschiedenen Filtern durchsucht werden.
- 199 Das deutsche werbefinanzierte Portal **StudiVZ** (www.studivz.de) wurde im Jahr 2005 als Tochterunternehmen des Holtzbrinck-Verlags gegründet und ist als Online-Community für Studierende konzipiert. In den Folgejahren wurde der Dienst mit den

¹⁸⁴ [...]

¹⁸⁵ https://www.stepstone.de/content/de/de/downloads/StepStone_Produkte&Preise.pdf (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

verwandten Plattformen SchülerVZ (2007) und MeinVZ (2008) für weitere Zielgruppen ausgebaut und es folgte eine Expansion mit weiteren Plattformen im europäischen Ausland. Seit 2009 konzentriert sich der Dienst auf den deutschen Raum und gehört inzwischen zum Unternehmen Poolworks (Germany Ltd.). SchülerVZ wurde im Jahr 2013 eingestellt. Im September 2017 gab Poolworks seine Insolvenz bekannt, die Dienste StudiVZ und MeinVZ sollen jedoch zunächst weitergeführt werden.¹⁸⁶ Der Dienst bietet die kostenlose Vernetzung zwischen den Nutzern durch Erstellung eines Profils mit der Möglichkeit, vielfältige Angaben zu machen, eine Suchfunktion nach anderen Studenten, die Anzeige von Verbindungen (Kontakte), Bildung von Gruppen mit Diskussionsforen, Erstellen von „Fotoalben“ und Hochladen von Fotos, einer Chatfunktion („Plauderkasten“), eine Videoserie, eine Nachrichtenfunktion („Buschfunk“) u.a. Der Dienst ist als Webdienst und als mobile App für die gängigen Betriebssysteme verfügbar.

- 200 **Telegram** (www.telegram.org) wurde 2013 von dem russischen Unternehmer Pawel Durow gegründet, dem ursprünglich auch das populäre russische soziale Netzwerk vk.ru gehörte, das inzwischen von der Mail.ru Group übernommen wurde. Zu welchem Unternehmen Telegram gehört, ist unklar. In den App Stores werden als Anbieter die Telegram Messenger LLP, die Telegram LLP, die Telegram LLC oder die Digital Fortress LLC genannt, die als Briefkastenfirmen gelten und mit verschiedenen Off-Shore-Gesellschaften in Verbindung gebracht werden.¹⁸⁷ Der Dienst ist auf dem Markt als Webdienst, PC-Anwendungssoftware sowie als mobile App für verschiedenste Betriebssysteme kostenfrei erhältlich. Die Nutzer können u.a. Textnachrichten, verschlüsselte Nachrichten, Fotos, Videos und Dokumente austauschen. Es sind „geheime“ Chats möglich, die mit Ende-zu-Ende-Verschlüsselung versehen sind und für die der Nutzer eine Zeit einstellen kann, nach deren Ablauf die Nachrichten und Medien in geheimen Chats automatisch verschwinden. Über öffentliche und private „Kanäle“ können Nutzer mit mehreren Personen gleichzeitig über ein Thema chatten, ohne dass die Autoren der Nachrichten namentlich erscheinen.
- 201 **Threema** (www.threema.ch) ist ein in der Schweiz ansässiger Dienst der Threema GmbH und seit 2012 auf dem Markt. Der Dienst umfasst den Austausch von Text-, Video- und Sprachnachrichten. Ferner sind Gruppenfunktionen sowie Umfragen und Abstimmungen möglich. Der Dienst kann mit einer kostenpflichtigen Smartphone-App, aber auch am Desktop genutzt werden.

¹⁸⁶ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/StudiVZ-Betreiber-Poolworks-ist-insolvent-3825444.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

¹⁸⁷ Vgl. z.B. <https://www.gruenderszene.de/allgemein/telegram-berlin-oder-nicht> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

- 202 **Tumblr** (www.tumblr.com) ist ein 2007 erschienener kostenloser überwiegend englisch-sprachiger Dienst der US-amerikanischen Tumblr Inc., die 2013 von Yahoo Inc. übernommen wurde. Der Dienst ist sowohl als Smartphone-App als auch als Web-Anwendung nutzbar. Registriert sich der Nutzer bei Tumblr, erhält dieser automatisch einen eigenen Blog. Ein Blog kann mit beliebigen Inhalten unterschiedlichster Formate (Fotos, GIFs, Links, Spotify-Tracks, MP3s, Videos etc.) gefüllt werden. Ein Nutzer kann mehrere Blogs, die sich individuell gestalten lassen, parallel betreiben. Ein Tumblr-Blog ist dabei immer öffentlich einsehbar. Im sog. Tumblr-Backend werden alle Beiträge von Nutzern angezeigt, deren Blogs man abonniert hat. Tumblr bietet keine Kommentarfunktion. Die Interaktion zwischen den Nutzern erfolgt durch das „Favorisieren“ und das „Rebloggen“ von Beiträgen (veröffentlichen im eigenen Blog mit Verlinkung der Originalquelle). Blogs können mit „Hashtags“ (beginnend mit dem Zeichen #, „hash“ bedeutet „Doppelkreuz“), versehen werden, damit sie über die Suchfunktion auffindbar sind.
- 203 **Twitter** (www.twitter.de) ist ein 2006 erschienener weltweiter Dienst des US-Unternehmens Twitter Inc., auf dem Nutzer kostenlos telegrammartige Kurznachrichten mit maximal 280 Zeichen („tweets“) versenden können. Der Dienst wird daher häufig als „Microblogging“-Dienst bezeichnet.¹⁸⁸ Es ist auch möglich, Fotos und Videos in den Tweet zu integrieren.¹⁸⁹ Einzelne Wörter in einem Tweet können durch den Nutzer mit einem Hashtag (beginnend mit #) verbunden werden. Andere Nutzer können den Tweet eines Nutzers teilen („retweeten“) und können Inhalte eines Nutzers abonnieren, indem sie „follower“ werden. Die Beiträge der Nutzer, denen gefolgt wird, werden in einer chronologischen Liste von Einträgen dargestellt. Der Nutzer muss sich registrieren und kann ein Nutzerprofil anlegen. Twitter ist als Webdienst und als mobile App für diverse Betriebssysteme verfügbar.
- 204 **Viber** ist ein im Jahr 2010 gegründeter Dienst der Viber Media S.à.r.L und gehört seit 2014 zum japanischen Unternehmen Rakuten K.K. Der Dienst bietet insbesondere IP-Telefonie an. Viber benötigt dafür keinen Benutzernamen, sondern benutzt die vorhandenen Handynummern. Der Dienst kann nur von Nutzern genutzt werden, die die entsprechende Viber-Software als mobile App oder auf Desktop-Computer installiert haben. Daneben bietet Viber den Versand von Text-Nachrichten, Fotos, Videos und Standorten an.¹⁹⁰

¹⁸⁸ <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/twitter-hebt-das-zeichenlimit-auf-15221037.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

¹⁸⁹ <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/twitter-erlaubt-etwas-mehr-als-140-zeichen-a-1112992.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

¹⁹⁰ <http://www.viber.com/de/about> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

- 205 **Vimeo** (www.vimeo.com) ist ein Videoportal, das seit 2004 auf dem Markt ist und zu dem US-Konzern InterActive Corp. gehört. Vimeo gilt als Profiportal mit einem Freemium-Modell und spricht eher professionelle Filmschaffende als Hauptzielgruppe an. Neben künstlerischen Videos finden sich hier auch viele professionell produzierte Video-Tutorials und Online-Kurse, die oft nur gegen Bezahlung zu sehen sind. Wer Vimeo lediglich zum Anschauen von Videos nutzen will, muss sich nicht registrieren. Eine aktive Nutzung erfordert eine Registrierung mit Name, Mailadresse und Passwort. In einem Nutzerprofil können zusätzliche Angaben zur Biographie und Wohnort gemacht sowie Fotos eingestellt werden. Vimeo ist in einer Basis-Version kostenfrei. In dieser Basisversion wird Bannerwerbung gezeigt und sie hat eine Datenbeschränkung für das Hochladen von Videos. Die kostenpflichtige Plus-Mitgliedschaft (ca. 50 € im Jahr) und der Pro-Account (ca. 160 € im Jahr) sind werbefrei. Alle Inhalte müssen maßgeblich selbstproduziert sein – wer ein Video hochlädt, muss also auch dessen Urheber sein. Die Beiträge dürfen grundsätzlich keine Werbung enthalten. Die Nutzer können einen eigenen Kanal und Blog einrichten, sich Gruppen zu bestimmten Themen anschließen sowie andere Kanäle abonnieren und kommentieren.
- 206 **WeChat** ist ein aus China stammender kostenloser Dienst, der seit 2011 von dem chinesischen Internetunternehmen Tencent betrieben wird und auch international genutzt wird. Mit WeChat können Audio- und Videonachrichten versendet werden. Darüber hinaus sind weitere Funktionen integriert worden, u.a. die Möglichkeit, Taxis, Lebensmittel oder Essen zu bestellen und über eine Payment-Funktion zu bezahlen.¹⁹¹ Die App hat einen eigenen App-Store, Nutzer können nach Leuten in der Nähe suchen, Spiele spielen, Sticker kaufen, Restaurant- und Stromrechnungen bezahlen, Jobs suchen, Arzttermine buchen oder eigene Mobile-Stores betreiben.
- 207 **WizeLife** (früher: „Seniorbook“, www.wize.life) ist ein werbefinanzierter Dienst, der seit 2012 auf dem Markt ist und von der Seniorbook AG, München betrieben wird. Der Dienst richtet sich an Nutzer ab 40 Jahre und ist ein Online-Kontakt- und Kommunikationsdienst für den Erfahrungsaustausch und das Kennenlernen von Menschen mit gleichen oder ähnlichen Interessen. Auf WizeLife oder der mobilen App können die Nutzer ein detailliertes Profil angeben, wofür der Dienst Klarnamen und Wohnort empfiehlt. Die Angabe von Themen, die Nutzung des Chats und die Angabe von Kreisen/Orten, in denen die jeweiligen Teilnehmer leben, ermöglichen die Kontaktaufnahme mit Gleichgesinnten und auch ein persönliches Kennenlernen. In

¹⁹¹ <https://web.archive.org/web/20160310160456/http://www.digitalkompakt.de/uebersicht/wechat-messenger/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

Lokalgruppen können sich Mitglieder austauschen, über Veranstaltungen informieren oder sich direkt verabreden.

- 208 **Xing** (www.xing.de) wird von der Xing AG betrieben und gehört mehrheitlich zur Burda Digital GmbH, Hamburg, einer Tochtergesellschaft der Hubert Burda Media Holding KG, Offenburg. Das Unternehmen bietet seit 2003 (zunächst unter dem Namen OpenBC) einen überwiegend kostenpflichtigen Online-Dienst zur Pflege bestehender Geschäftskontakte und zum Knüpfen von neuen geschäftlichen Verbindungen an und wird in Deutschland, Österreich und der Schweiz unter unterschiedlichen Websites angeboten.¹⁹² Nutzer können sich auf der Plattform beruflich vernetzen, können sich über passende Jobangebote informieren und werden mit branchen- und berufsspezifischen Informationen versorgt, um im Berufsleben auf dem Laufenden zu bleiben.¹⁹³ Die Mitgliedschaft bedingt eine Registrierung. Die kostenlose (Basis-) Mitgliedschaft hat im Gegensatz zur kostenpflichtigen Premium-Mitgliedschaft nur sehr eingeschränkte Funktionalitäten. Nutzer können ein detailliertes Profil anlegen, in dem sowohl berufliche als auch private Daten eingetragen werden können. Studium, Ausbildung und beruflicher Werdegang werden, ähnlich wie im Lebenslauf, in tabellarischer Form dargestellt. Neben der Kontaktpflege bietet XING öffentliche Veranstaltungskalender sowie eine Terminfunktion. Es gibt eine Vielzahl von Diskussionsforen, die teils öffentlich, teils nur für einen bestimmten Kreis von Nutzern zugänglich sind. Ergänzend zum Online-Angebot können Nutzer Regionalgruppen beitreten, die lokale Treffen für persönliche Kontakte veranstalten.
- 209 Der **Yahoo Messenger** war ein von dem US-Unternehmen Yahoo Inc. seit 1998 angebotene kostenlose Kommunikationsdienst, der als App oder als Teilfunktion des Yahoo!Mail Dienstes als auch als Desktop Version nutzbar war.¹⁹⁴ Der Dienst ist zum 17. Juli 2018 eingestellt worden¹⁹⁵ und wird nicht mehr berücksichtigt.
- 210 **Yelp** (www.yelp.de) ist seit 2004 auf dem Markt und gehört dem US-Unternehmen Yelp Inc. Es handelt sich um ein Empfehlungs- und Bewertungsportal für Restaurants und Geschäfte mit dem Schwerpunkt nutzergenerierter Rezensionen. Der Nutzer kann per Postleitzahlensuche und Eingabe eines Schlagworts regionale Anbieter aus verschiedenen Kategorien (z.B. Essen und Trinken, Shopping, Beauty, Gesundheit und Ärzte) suchen. Daneben gibt es die Möglichkeit, Dienstleistungen durch Beiträge zu bewerten, eigene Fotos einzustellen oder Einträge mit anderen Nutzern zu teilen.

¹⁹² [...]

¹⁹³ [...]

¹⁹⁴ [...]

¹⁹⁵ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Yahoo-Messenger-wird-eingestellt-4075455.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

Hierfür sind die Registrierung und die Erstellung eines Nutzerprofils erforderlich. Schließlich kann der Nutzer über die Plattform beispielsweise einen Tisch in einem Restaurant reservieren oder einen Geschenkgutschein erwerben.¹⁹⁶ Der Dienst ist als Webdienst und als mobile App für verschiedenste Betriebssysteme erhältlich.

- 211 **Youtube** (www.youtube.com) ist ein 2005 gegründetes Videoportal des US-amerikanischen Unternehmens YouTube, LLC, San Bruno/USA, das 2006 von der Google Inc., Mountainview/USA übernommen wurde. Das Portal ist als Webdienst oder als App für alle gängigen mobilen Betriebssysteme sowie als Smart-TV App verfügbar. Nutzer können auf dieser Plattform eigene Videos einstellen und hierfür einen eigenen Kanal („channel“) erstellen, auf dem in einer eigenen Playlist alle eingestellten Videos des Nutzers aufrufbar sind. Der Kanal lässt sich individuell gestalten; so kann man beispielsweise das Titelbild ändern, den Titel des Kanals ändern und Module wie Playlists hinzufügen und löschen. Andere Nutzer können diese Videos anschauen und Kanäle abonnieren. Sie können einzelne Videos kommentieren und bewerten. YouTube ist ohne Registrierung und Anmeldung nutzbar, dann aber auf das Anschauen von Videos begrenzt. Der Dienst ist werbefinanziert. Die Werbung ist überwiegend Teil der Videos („In-Stream-Videowerbung“) in Form des sog. „Pre-rolls“, also vor Start des Videos oder Form der „Mid-Rolls“, also während des Abspielens des Videos. Um Werbung in das Video einbinden zu können, muss der Kanal Mitglied des YouTube Partner Programms werden. Voraussetzung hierfür ist seit Frühjahr 2017, dass der Kanal 10.000 Views aufweist. Weitere Anzeigen werden neben wiedergegebenen Videos und in den Suchergebnissen angezeigt. Es handelt sich um zielgerichtete, individuell zugeschnittene Werbung, die nach Angaben von YouTube auf den Videos basiert, die der Nutzer bisher angesehen hat. Soweit es ein registrierter Nutzer ist, werden die Auswahl der Interessen und die Einstellungen für Werbung bei Google einbezogen. Ist der Nutzer angemeldet, werden die Apps auf dem Gerät sowie die Art und Weise, wie diese genutzt werden, die besuchten Websites, die verknüpften Kennungen des Mobilgeräts, Geodaten, Alter, Geschlecht und vorherige Interaktionen mit Videos sowie mit Werbung von Google ausgewertet.

b. Nationaler Markt für soziale Netzwerke

- 212 Facebook ist gegenüber den privaten Nutzern auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerke tätig. Der Dienst Facebook.com ist als Netzwerk und Marktseite eines mehrseitigen Marktes iSd § 18 Abs. 3a GWB (hierzu (1)) sachlich einem separaten

¹⁹⁶ [...]

Markt für soziale Netzwerke als Teilmarkt innerhalb der sozialen Medien (hierzu (2)), der räumlich national abzugrenzen ist (hierzu (3)), zuzuordnen.

(1) Netzwerk und mehrseitiger Markt nach § 18 Abs. 3a GWB

213 Facebook bietet mit dem Dienst Facebook.com nach seinen Leistungsinhalten ein Intermediärsprodukt an, das eine Kombination von Netzwerk und mehrseitigem Markt im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB bildet.

(a) Kernprodukt: Werbefinanziertes Netzwerk

214 Im Kern ist das Produkt Facebook.com ein durch zielgerichtete Werbung finanziertes Netzwerk, das hierdurch auch einen mehrseitigen Markt bildet.

215 Insbesondere für die Zwecke der Marktabgrenzung sind die Netzwerkeffekte sowie die Intermediärsfunktion als Produktdefinition von Bedeutung. *Mehrseitige Märkte* sind damit typischerweise Dienste, die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzergruppen, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen.¹⁹⁷ *Netzwerke* sind dementsprechend typischerweise Unternehmen, die als Intermediäre Interaktionen zwischen Nutzern derselben Nutzergruppe, zwischen denen direkte Netzwerkeffekte entstehen, ermöglichen.¹⁹⁸ Eine strikte Trennung der beiden Intermediärsformen ist dabei allerdings – wie auch der vorliegende Fall zeigt – nicht immer möglich. In der Praxis finden sich häufig Geschäftsmodelle, die Plattform- und Netzwerkelemente miteinander verbinden.

216 Die maßgeblichen Nutzergruppen sind hier vor allem die privaten Nutzer, die Facebook.com ohne monetäre Gegenleistung nutzen, und auf der anderen Seite die Gruppe der Werbetreibenden, die auf den Nutzerwebseiten bzw. innerhalb der App bei Facebook entgeltlich nutzerdatenbasierte zielgerichtete Werbung schalten.

217 Gegenüber der Nutzergruppe der privaten Nutzer ist wesentlicher Leistungsinhalt von Facebook.com – wie oben unter Rn. 19 ff. dargestellt – das Angebot einer Reihe von

¹⁹⁷ Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 49. Zur Definition einer Plattform im Einzelnen, vgl. Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 8 ff., abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2; aus der Literatur z.B. *Caillaud/Jullien*, „Chicken & egg: competition among intermediation service providers“ *RAND Journal of Economics*, 2003, 34(2), 309-328; *Armstrong*, „Competition in two-sided markets“, *RAND Journal of Economics*, 2006, 37(3), 668-691; *Rochet/Tirole*, „Two-sided markets: a progress report“, *RAND Journal of Economics*, 2006, 37(3), S. 645-667. *Hagiu/Wright*, „Multi-sided platforms“, Working Paper, 2015, Harvard Business School, http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/15-037_cb5afe51-6150-4be9-ace2-39c6a8ace6d4.pdf (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

¹⁹⁸ Arbeitspapier, Regierungsbegründung und Literatur: Vgl. z.B. Katz/Shapiro, „Network Externalities, Competition, and Compatibility“, *The American Economic Review*, 1985, 75(3), S. 424-440; Farrell/Saloner, „Standardization, Compatibility, and Innovation“, *The RAND Journal of Economics*, 1985, 16(1), S. 70-83; Shy, „A Short Survey of Network Economics“, *Review of Industrial Organization*, 2011, 38, S. 119-149.

Funktionen, mit welchen die Nutzer Freunde und Bekannte finden und mit diesen in bestimmten identifizierten privaten Personenkreisen Inhalte in verschiedenen Formen teilen können. Ein solcher Dienst erfüllt zunächst den Netzwerkbegriff des § 18 Abs. 3a GWB, da Facebook als Intermediär Interaktionen zwischen den Facebook-Nutzern ermöglicht und es innerhalb der Gruppe der privaten Nutzer zu positiven direkten Netzwerkeffekten kommt. Direkte Netzwerkeffekte liegen vor, wenn Mitglieder einer Gruppe unmittelbar davon profitieren, dass mehr Mitglieder ihrer Gruppe (positive direkte Netzwerkeffekte) auf der Plattform vertreten sind bzw. weniger Mitglieder ihrer Gruppe (negative direkte Netzwerkeffekte) vertreten sind.¹⁹⁹

- 218 Die Nutzer der Gruppe der privaten Nutzer von Facebook.com profitieren unmittelbar davon, dass mehr Mitglieder ihrer Nutzergruppe Facebook.com nutzen. Es geht hierbei um die Effekte innerhalb der Gruppe zwischen den einzelnen privaten Nutzern. Dabei können sowohl unmittelbare als auch mittelbare Verbindungen zwischen den Nutzern zu den Netzwerkeffekten führen. Die Entfaltung von direkten Netzwerkeffekten ist das hauptsächliche Charakteristikum von sozialen Netzwerken. Denn sie dienen der Vernetzung von und der Kommunikation zwischen Freunden und Bekannten. Je mehr private Nutzer bei Facebook.com aktiv sind, desto höher ist der Nutzen für diese Nutzergruppe, da die Interaktionsmöglichkeiten zwischen den Nutzern steigen und das Auffinden von Freunden und Bekannten umso wahrscheinlicher ist, je mehr Nutzer das soziale Netzwerk aufweist. Da es hierbei nicht nur um die Gesamtzahl verfügbarer Personen, sondern um die Identität der erreichbaren Nutzer geht, handelt es sich um „identitätsbasierte“ Netzwerkeffekte.
- 219 Die durch die Nutzung des Dienstes von privaten Endverbrauchern entstehende Reichweite, ihre Aufmerksamkeit und die von ihnen gesammelte Daten sowie die innerhalb des Dienstes bestehenden Werbeflächen sind auf der anderen Seite wesentlicher entgeltlicher Leistungsinhalt von Facebook.com gegenüber den Werbetreibenden. Das werbefinanzierte Angebot erfüllt damit auch den Begriff des mehrseitigen Marktes nach § 18 Abs. 3a GWB, da Facebook hier als Intermediär die direkte Interaktion zwischen der Gruppe der Werbetreibenden und der Gruppe der privaten Nutzer, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglicht.
- 220 Basierend auf den Nutzerdaten und der Aufmerksamkeit der Nutzer bei der Nutzung des sozialen Netzwerks ermöglicht Facebook eine direkte Interaktion zwischen den Nutzern und den Werbenden in Form eines Werbefolgekontakts, der entsteht, wenn der Nutzer die Werbung weiter verfolgt (etwa durch einen Klick auf die Werbung). Da

¹⁹⁹ S. auch Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 9 ff., abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

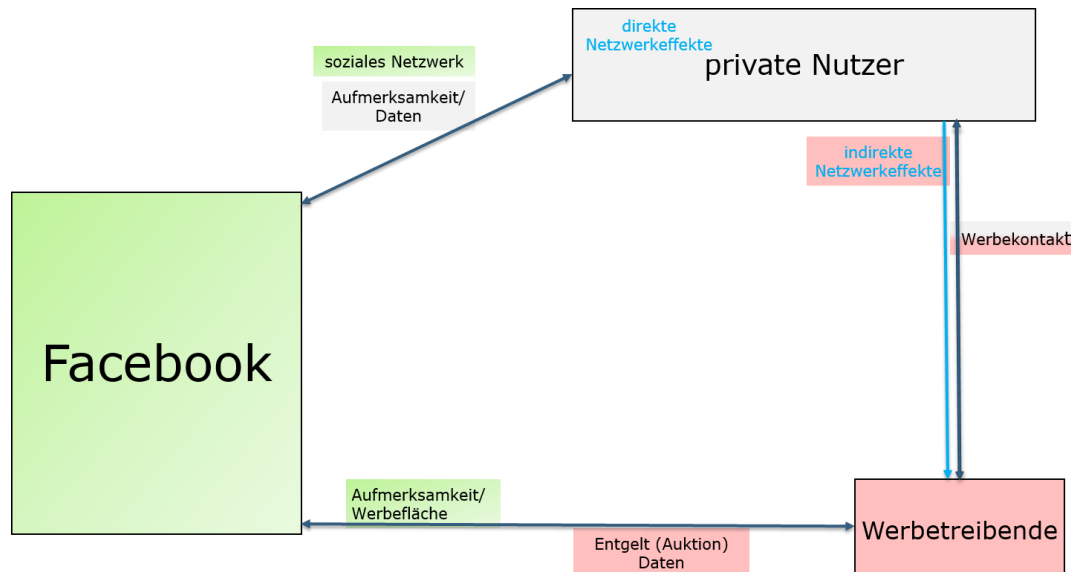
die Plattform den Werbetreibenden die Aufmerksamkeit der anderen Nutzergruppe anbietet, kann sie auch als Aufmerksamkeitsplattform bezeichnet werden.²⁰⁰ Dabei kommt es zu indirekten Netzwerkeffekten zwischen der Gruppe der privaten Nutzer und der Gruppe der Werbetreibenden. Indirekte Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Nutzen oder Gewinn von Nutzern einer Gruppe von der Zahl der Nutzer aus einer anderen Gruppe abhängt. Dabei ist es sinnvoll, zu unterscheiden, ob Nutzer einer Gruppe davon profitieren, wenn die andere Gruppe stärker auf der Plattform vertreten ist (positive indirekte Netzwerkeffekte), oder profitieren, wenn die andere Gruppe weniger stark vertreten ist (negative indirekte Netzwerkeffekte).²⁰¹

- 221 Aufmerksamkeitsplattformen wie Facebook.com weisen regelmäßig intensive positive indirekte Netzwerkeffekte in Richtung der Werbetreibenden auf. Der Nutzen des sozialen Netzwerks steigt für Werbetreibende, je mehr Nutzer der Dienst aufweist. Denn je mehr Nutzer ein Werbetreibender in seiner Zielgruppe werben kann, desto höher sind seine Absatzchancen. Aufgrund der großen Zahl der Nutzer ist außerdem eine Vielzahl unterschiedlicher Zielgruppen auf Facebook.com vertreten. Umgekehrt sind die indirekten Netzwerkeffekte weniger stark positiv ausgeprägt oder sogar negativ. Denn die Ermöglichung von Aufmerksamkeit und einer Interaktion in Form des Werbefolgekontakts wird nicht von beiden Seiten gleichermaßen angestrebt, da private Nutzer eines sozialen Netzwerkes in erster Linie die Netzwerkfunktionalitäten nutzen wollen und zielgerichtete Werbung dabei hinnehmen oder sogar als störend empfinden. Ein steigendes Ausmaß an (zielgerichteter) Werbung hat für den Nutzer des sozialen Netzwerks keinen entsprechend höheren Nutzen wie es umgekehrt die Nutzeranzahl für die Werbetreibenden hat. Dies indiziert auch die durchgeführte Nutzerumfrage, wonach die ganz überwiegende Mehrheit der befragten Nutzer zielgerichtete Werbung als negativ oder jedenfalls als neutral ansieht.²⁰²
- 222 Grafisch lässt sich die Kernplattform wie folgt darstellen:

²⁰⁰ Vgl. BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 24 f.

²⁰¹ Vgl. BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 9 f.

²⁰² [...]

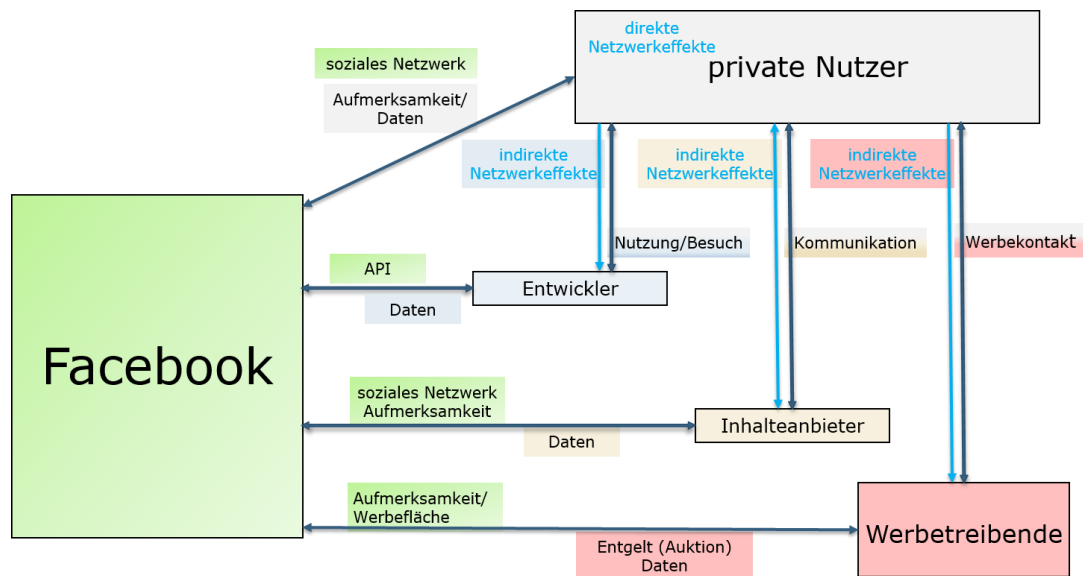


(b) Weitere Marktseiten

- 223 Dem Kernprodukt des werbefinanzierten Netzwerkes hat Facebook mit den oben bereits beschriebenen (Rn. 32 ff.) Funktionalitäten des sozialen Netzwerks für Inhalteanbieter und der Entwicklerplattform (oben Rn. 150 ff.) weitere Marktseiten hinzugefügt, die ökonomisch gesehen ebenfalls Teil des mehrseitigen Marktes sind.
- 224 Die **Inhalteanbieter** nutzen wie dargestellt das soziale Netzwerk von Facebook.com, um das eigene Unternehmen oder Geschäft durch eine eigene Facebook-Repräsentanz bei den Facebook-Nutzern bekannt zu machen. Auf den Facebook-Seiten können die Betreiber ihre redaktionellen Inhalte verbreiten, sich mit Nutzern verbinden, ihre Webseiten monetarisieren und Informationen über das Nutzerverhalten sammeln.²⁰³
- 225 Facebook wird damit auch hier als Intermediär zwischen den privaten Nutzern und den Inhalteanbietern zur Ermöglichung eines direkten Kontakts mittels des sozialen Netzwerks tätig. Zwischen den Nutzergruppen der Inhalteanbieter und der privaten Nutzer bestehen im Hinblick auf den Vermarktungszweck indirekte Netzwerkeffekte. Denn die kommerziellen Seitenbetreiber auf Facebook.com profitieren von dem Wachstum der privaten Nutzergruppe, da sie hierdurch eine höhere Reichweite und einen größeren Bekanntheitsgrad erreichen können.

²⁰³ [...]

- 226 Gegenüber der Gruppe der **Entwickler** bietet Facebook wie dargestellt die Möglichkeit, ihre Webangebote (Webseiten oder Apps) mit Facebook.com zu integrieren, um ihre Nutzerbasis zu erhöhen und ihren Dienst zu monetarisieren.
- 227 Die verschiedenen oben bereits beschriebenen Produkte der Facebook-Entwicklerplattform (oben Rn. 150 ff.) sind jeweils als mehrseitige Märkte bzw. zusätzliche Seiten anzusehen, die dem sozialen Netzwerk als Aufmerksamkeitsplattform „aufgesetzt“ werden. Dabei nutzen die Nachfrager der Entwicklerplattform und der Facebook Business Tools die hohe Reichweite und den dadurch entstehenden Datenbestand des sozialen Netzwerks für die mit der Integration des Tools jeweils verfolgten Zwecke. Facebook wird mit den Tools daher ebenfalls als Intermediär tätig, der die direkte Interaktion zwischen privaten Nutzer und Entwicklern ermöglicht. Dabei kommt es zu verschiedenen Interaktionen, je nachdem, was die Schnittstellen ermöglichen. Bei der Entwicklung von Apps für Facebook wird z.B. die Nutzung der Anwendung durch Facebook-Nutzer über die Schnittstelle von Facebook ermöglicht. Bei den Sozialen Plugins kann der Nutzer über die Betätigung des Share- oder Like-Buttons auf der Entwickler-Website Inhalte auf Facebook.com teilen.
- 228 Es kommt zwischen den Entwicklern und den privaten Nutzern zu indirekten Netzwerkeffekten, die je nach Tool unterschiedlich ausgeprägt sein können. Der Nutzen der Produkte steigt dabei durchgängig für die Entwickler, je mehr private Nutzer das soziale Netzwerk nutzen. Für eine Vielzahl der Produkte sind auch umgekehrt positive indirekte Netzwerkeffekte gegeben, wie z.B. bei den Tools für die Entwicklung von Apps für Facebook. Denn je mehr Apps für Facebook entwickelt werden, desto attraktiver wird das soziale Netzwerk für private Nutzer. Bei anderen Schnittstellen wie z.B. der Marketing API ist die Wirkung für die privaten Nutzer bei steigender Nutzung durch Entwickler – ähnlich wie bei den Werbetreibenden – zumindest weniger ausgeprägt.
- 229 Graphisch lässt sich Facebook unter Berücksichtigung dieser Seiten dann wie folgt darstellen:



(2) Sachliche Marktabgrenzung

230 Nach den Ermittlungen lässt sich auf der Grundlage des Bedarfsmarktkonzepts im Hinblick auf Eigenschaften, Verwendungszweck und Preis aus der Sicht der privaten Nutzer ein Markt für soziale Netzwerke abgrenzen. Relevante Marktgegenseite sind private Nutzer (hierzu (a)). Die Unentgeltlichkeit der Nutzung für private Nutzer steht der Marktabgrenzung nicht entgegen (hierzu (b)). Innerhalb der sozialen Medien erfüllen soziale Netzwerke für den privaten Nutzer einen spezifischen Bedarf (hierzu (c)). In den Markt können unmittelbar nur StudiVZ, Jappy und bis zu seiner Einstellung auch Google+, einbezogen werden, während die übrigen Dienste Substitutionswettbewerb darstellen (hierzu (d)).

(a) Relevante Marktgegenseite: private Nutzer

231 Relevante Marktgegenseite für die Feststellung der Austauschbarkeit von sozialen Netzwerken mit Facebook.com ist die Gruppe der privaten Endverbraucher, die gegenüber den übrigen Nutzergruppen des sozialen Netzwerks der Werbetreibenden, den Inhalteanbietern und den Entwicklern getrennte Marktgegenseiten sind.

232 Die Marktseiten des mehrseitigen Marktes bilden **keine einheitliche Marktgegenseite**. Facebook bedient bei den Nutzergruppen der Werbetreibenden, der Inhalteanbieter und den Entwicklern jeweils einen anderen Bedarf als bei der Nutzergruppe der privaten Nutzer.

- 233 Aus Sicht der Beschlussabteilung ist bei mehrseitigen Märkten zwar grundsätzlich eine einheitliche Marktabgrenzung, die nicht zwischen den verschiedenen Nutzergruppen unterscheidet, möglich. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Produkt als Intermediärsprodukt als solches erst zustande kommt, wenn mehrere Nutzergruppen in hinreichendem Umfang das Produkt nutzen.²⁰⁴ Eine einheitliche – mehrere bzw. alle Marktseiten umfassende – Marktabgrenzung muss aber auch in diesen Fällen den Grundsätzen des Bedarfsmarktkonzepts folgen und ist daher nur dann anzunehmen, wenn die Sichtweisen der Nutzergruppen bezüglich der funktionalen Austauschbarkeit der Leistung nicht wesentlich voneinander abweichen und sie damit einen weitgehend einheitlichen Bedarf aufweisen.²⁰⁵
- 234 Die verschiedenen Nutzergruppen von Facebook.com sind weder für das Zustandekommen eines sozialen Netzwerks als Dienst erforderlich, noch teilen die Gruppen mit der Gruppe der privaten Nutzer einen weitgehend einheitlichen Bedarf.
- 235 Dies gilt insbesondere für die **Werbetreibenden**, die auf Facebook.com zielgerichtete Werbung schalten und hierdurch die Marktseite einer Aufmerksamkeitsplattform generieren. Eine einheitliche Marktabgrenzung kommt bei Aufmerksamkeitsplattformen grundsätzlich nicht in Betracht. Das Produkt eines sozialen Netzwerks entsteht nicht erst dann, wenn auch die andere Seite an Bord gebracht wird; diese Seite ist für das Produkt daher nicht erforderlich. Es wird hier vielmehr durch Hinzufügen der Werbeseite ein vorhandener Dienst monetarisiert, indem ein zusätzliches Produkt – Werbeflächen innerhalb des vorhandenen Dienstes – angeboten wird. Die Werbeseite wird durch eine strategische Finanzierungsentscheidung, die die Werbefinanzierung vorsieht, hinzugefügt und ergibt sich nicht aus der Intermediärsfunktion des sozialen Netzwerks. Auch die Berücksichtigung der indirekten Netzwerkeffekte erfordert keine einheitliche Marktabgrenzung. Denn – wie dargestellt – ist die Plattform hier durch asymmetrische indirekte Netzwerkeffekte gekennzeichnet: Starke positive indirekte Netzwerkeffekte gehen vor allem von der (unentgeltlichen) Nutzerseite auf die Werbeseite aus, da der Nutzen der Plattform für Werbetreibende mit steigender Nutzerzahl auf der anderen Seite steigt. Umgekehrt ist die steigende Anzahl an Werbeanzeigen auf der Plattform im Regelfall nicht nutzensteigernd für die andere Nutzergruppe, die indirekten Netzwerkeffekte sind damit weniger stark ausgeprägt oder sogar negativ. Auch kann

²⁰⁴ Sog. Matching-Plattformen, vgl. Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 22 ff., abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

²⁰⁵ So BKartA – Parship/Elitepartner, B6-57/15, Beschluss vom 22.10.2015, Rn. 71 ff.; BKartA – Immonet/Immowelt, B6-39/15, Fallbericht vom 20.04.2015; BKartA – P7S1/Verivox, B8-67/15, Fallbericht vom 05.08.2015; BKartA – HRS, B9-66/10, Beschluss vom 20.12.2013; Vgl. Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 31 ff.

aus Sicht der Nutzergruppen der privaten Nutzer einerseits und der Werbetreibenden andererseits kein einheitlicher Bedarf angenommen werden. Werbetreibende verfolgen mit der Nutzung von Facebook.com einen Vermarktungszweck und decken damit einen anderen Bedarf als Nutzer, die die Funktionalitäten des sozialen Netzwerks nutzen wollen. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die Sicht der beiden Nutzergruppen bezüglich ihrer Austauschmöglichkeiten nicht einheitlich ist, wenn auch die Zielgruppenorientiertheit der Werbeseite zu einer ähnlichen Marktabgrenzung führen kann, da die Werbung den Vorstellungen der Zielgruppe weitgehend folgen wird.²⁰⁶

- 236 Dies gilt aber auch für die **Inhalteanbieter**, die mit der Nutzung von Facebook.com ebenfalls einen anderen Bedarf erfüllen als die privaten Nutzer. Die Nutzung von Facebook.com durch Inhalteanbieter ist allerdings mit der privaten Nutzung in vielfältiger Weise verschränkt und stellt aus Sicht der privaten Nutzer einen Teil der Funktionalitäten im sozialen Netzwerk dar. Dennoch ist ein einheitlicher Bedarf der Nutzergruppen nicht anzunehmen. Der Nutzungszweck eines Inhalteanbieters unterscheidet sich von der privaten Nutzung und besteht vor allem darin, das eigene Unternehmen oder Geschäft bei den Facebook-Nutzern durch eine eigene „Seite“ bekannt zu machen. Sie dienen daher in erster Linie einem Vermarktungszweck und führen zu einer nach verschiedenen Merkmalen bestimmbaren Nutzergruppe. Auch hier ist daher von unterschiedlichen Austauschmöglichkeiten auszugehen.
- 237 Schließlich unterscheidet sich der Bedarf der **Entwickler** bei der Nutzung der APIs ganz erheblich von dem Bedarf der privaten Nutzer. Dabei handelt es sich bei den unterschiedlichen APIs um spezielle Softwareprodukte, die vor allem den technischen Zugang zum sozialen Netzwerk und seinen Nutzern und der damit verbundenen Reichweite zu gewähren, um hierdurch das eigene Produkt zu verbessern oder zu monetarisieren. Eine einheitliche Nachfrage von privaten Nutzern und Entwicklern kann daher nicht angenommen werden.

(b) Unentgeltlichkeit der Nutzerseite

- 238 Die Unentgeltlichkeit der Nutzung durch private Nutzer steht der Zuordnung der Leistung zu einem Markt für soziale Netzwerke nicht entgegen.

²⁰⁶ Vgl. z.B. Bundeskartellamt, Entscheidung vom 25.04.2015, Az. B6-98/13 – Funke/Springer (Programmzeitschriften), abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

i. **Unentgeltliche Nutzerseite als Marktleistung iSd § 18 Abs. 2a GWB**

- 239 Das unentgeltliche Angebot eines sozialen Netzwerkes ist trotz des Umstands, dass die privaten Nutzer für die Nutzung des sozialen Netzwerkes kein monetäres Entgelt zahlen, als Marktleistung anzusehen. Denn es erfüllt im Hinblick auf die entgeltliche Werbeseite die Voraussetzungen nach § 18 Abs. 2a GWB.
- 240 Nach bisheriger (nationaler) Rechtsprechung sind unentgeltliche Nutzungsbeziehungen allerdings generell nicht als Markt angesehen worden, da der monetäre Umsatz und die ihm zugrunde liegende Preissetzung als wesentlicher Wettbewerbsparameter und damit als ein unerlässlicher Bestandteil einer Marktbeziehung angesehen wurde. Das OLG Düsseldorf hatte dies auch für eine Internettransaktionsplattform bekräftigt.²⁰⁷ Der Gesetzgeber hat mit Einführung des § 18 Abs. 2a GWB nun grundsätzlich die Möglichkeit anerkannt, dass unentgeltliche Leistungen dennoch als Marktleistung eingeordnet werden können, dabei jedoch die Voraussetzungen für diese Einordnung offengelassen.
- 241 Aus Sicht des Bundeskartellamts ist es für die Behandlung von mehrseitigen Märkten ökonomisch und kartellrechtlich sinnvoll, eine Nutzerseite, von der die Plattform keine Gegenleistung in Geld verlangt, jedenfalls dann als Markt im Sinne des GWB anzusehen, soweit sie mit einer zahlungspflichtigen Nutzerseite verknüpft ist. Maßgeblich hierfür ist die Erwägung, dass auch zwischen den Tätigkeiten der Plattform auf der Werbeseite und der „Aufmerksamkeitsseite“ ein enger Zusammenhang besteht und ein einheitlicher Erwerbzweck der Tätigkeit anzunehmen ist.²⁰⁸
- 242 Diese Sichtweise steht im Einklang mit der Gesetzesbegründung²⁰⁹, wonach dies insbesondere bei Vorliegen von Plattformen mit unterschiedlich stark ausgeprägten indirekten Netzwerkeffekten zwischen den einzelnen Marktseiten gilt. Dies könne dazu führen, dass auf einer Plattformseite, die nur gering oder gar nicht von der Größe anderer Plattformseiten profitiert, Leistungen unentgeltlich angeboten werden. Als typisches Beispiel werden werbefinanzierte Dienste genannt, die einer Nutzerseite die unentgeltliche Nutzung des Dienstes ermöglichen, während die Finanzierung der Plattform durch Werbung erfolgt.
- 243 Dies entspricht auch der europäischen Praxis. In der jüngeren Praxis hat die Europäische Kommission etwa in der Fusionsentscheidung *Facebook/WhatsApp*²¹⁰ verschiedene Internet-Märkte einschließlich (werbefinanzierter) sozialer Netzwerke

²⁰⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, Az. VI Kart 1/14 (V), Rz. 43 – *HRS* (juris).

²⁰⁸ Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 36 ff.

²⁰⁹ Gesetzesbegründung der Bundesregierung zum Entwurf der 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 48.

²¹⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, Az. COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

geprüft, obwohl dort praktisch alle Angebote ohne direkte monetäre Gegenleistung der Nutzer zur Verfügung stehen.²¹¹ Ähnlich ist die Kommission bereits im Fall *Microsoft/Skype* vorgegangen.²¹² Auch in den gegen *Microsoft* gerichteten Missbrauchsverfahren um die Bündelung eines Web-Browsers bzw. Media-Players mit dem Betriebssystem Windows haben die *Kommission* und das *EuG* trotz zumindest teilweise kostenloser Angebote Märkte für beide Komponenten geprüft und bejaht.²¹³ In der Missbrauchsentscheidung der Kommission gegen *Google* wegen der unzulässigen Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienstes vom 27. Juni 2017²¹⁴ ging die Kommission vom Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung Googles auf Märkten für allgemeine Internet-Suchdienste in Europa aus, obwohl solche Suchdienste den Nutzern durchweg ohne monetäre Gegenleistung angeboten werden.²¹⁵ Im Interesse der Harmonisierung der Wettbewerbsregeln erscheint daher eine Abkehr von der bisherigen Herangehensweise erforderlich.

- 244 Ob es für die Einordnung als Markt im Sinne des § 18 Abs. 2a GWB allein darauf ankommt, dass die unentgeltliche Leistung Teil eines mehrseitigen Marktes ist, oder ob darüber hinaus ein Vertrags- oder sonstiges Austauschverhältnis vorliegen muss, kann für den Dienst von Facebook.com offenbleiben. Denn zwischen den privaten Nutzern und Facebook kommt es nach den Nutzungsbedingungen zu einem Vertragsschluss. Darüber hinaus kann auch die Datenhingabe der privaten Nutzer als Teil einer Austauschbeziehung anzusehen sein.²¹⁶

ii. Anwendbarkeit des Bedarfsmarktkonzepts

- 245 Das Bedarfsmarktkonzept mit der Sicht der privaten Nutzer als Nachfrager ist auch bei unentgeltlichen Marktleistungen anwendbar. Insbesondere ist entgegen der Ansicht von Facebook²¹⁷ nicht auf einen "Markt für die Zeit" oder die Aufmerksamkeit des Nutzers, um die letztlich alle Internetdienste konkurrieren würden, abzustellen.
- 246 Der Umstand, dass die Nutzer für die private Nutzung von Facebook.com kein monetäres Entgelt zahlen, ändert nichts an der Tatsache, dass der Dienst zur

²¹¹ Siehe auch Tz. 31 der Entscheidung.

²¹² Europäische Kommission, Entscheidung vom 7. Oktober 2011, Az. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype, Rz. 75.

²¹³ Europäische Kommission, Entscheidung vom 24. März 2004, Az. COMP/C-3/37.792 – Microsoft, Rz. 402 ff; Europäische Kommission, Entscheidung vom 16. Dezember 2009, Az. COMP/C-3/39.530 – Microsoft, Rz. 17 ff; EuG, Entscheidung vom 17. September 2007, Az. T-201/04 – Microsoft, Rz. 927ff, 1088.

²¹⁴ Verfügbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (abgerufen zuletzt am 10.01.2019), Rn. 157 ff.

²¹⁵ Europäische Kommission, Entscheidung vom 27.06.2017, Az. AT.39740, verfügbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (abgerufen zuletzt am 10.01.2019), Rn. 158-160.

²¹⁶ Hierzu Europäische Kommission, Entscheidung vom 27.06.2017, Az. AT.39740, Rn. 158-160.

²¹⁷ [...]

Befriedigung eines bestimmten Bedarfs des Nutzers im ökonomischen Sinne genutzt wird und die Nutzer insoweit ökonomisch die Funktion der Nachfrager des Produktes innehaben. Die Vorstellung von einem Markt für die Zeit oder die Aufmerksamkeit des Nutzers macht dagegen den Nutzer selbst zum Produkt. Auch wenn dies von vielen Internetdiensten wirtschaftlich so gesehen und auch nicht selten so formuliert wird, entspricht dies nicht der kartellrechtlichen, an dem jeweiligen Bedarf der Marktgegenseite orientierten Herangehensweise zur sachlichen Abgrenzung des relevanten Markts. Insoweit kann kein Unterschied zu entgeltlichen Diensten bestehen, bei denen wegen der Budgetknappheit Anbieter von Produkten auch alle letztlich um das Einkommen der Nachfrager konkurrieren, ohne dass hieraus ein „Markt für das Einkommen“ folgt. Der Nutzer bleibt daher der Kunde und Nachfrager auch eines unentgeltlichen Dienstes. Die aufgewendete Zeit oder Aufmerksamkeit sowie die Hingabe von Daten ersetzt insoweit das Entgelt und kann als Gegenleistung angesehen werden. Dies gilt insbesondere bei werbefinanzierten Diensten, die gerade die Zeit, Aufmerksamkeit und Daten ihrer Nutzer den Werbetreibenden anbieten und hieraus die Erlöse generieren. Ein „Markt für die Zeit“ beschreibt letztlich die Werbemärkte, auf denen Zeit und Aufmerksamkeit des Nutzers als Produkt angesehen werden kann, und würde die Sicht damit wieder auf die entgeltliche Seite einer Plattform beschränken. Diese Beschränkung sollte aber mit § 18 Abs. 2a GWB gerade aufgehoben werden.

- 247 Der Vortrag von Facebook setzt sich dagegen nicht mit der nötigen bedarfsbezogenen Sicht auseinander, sondern kritisiert die kartellrechtliche Sicht der Beschlussabteilung, die dabei die marktkundige Sicht von nicht beteiligten Unternehmen ignoriere.²¹⁸ Abgesehen davon, dass die Wettbewerberbefragung entgegen der Behauptung von Facebook eine solche Sicht ganz überwiegend nicht ergibt, handelt es sich bei der Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts um ein kartellrechtliches Prüfungskonzept, das der Marktabgrenzung unabhängig von einer Sachkunde der Unternehmen zugrunde zu legen ist. Dass sich die Sicht von Facebook auf die privaten Kunden als (Daten-)Objekt ihrer kommerziellen Interessen richtet, zieht die Beschlussabteilung außerdem keineswegs in Zweifel. Sie führt dennoch nicht dazu, dass die Kunden ökonomisch die Marktfunktion der Anbieter von Zeit und Aufmerksamkeit einnehmen könnten.
- 248 Das Bedarfsmarktkonzept ist schließlich auch ohne weiteres geeignet, um den Bedarf für unentgeltliche Marktleistungen festzustellen. Insoweit können die Produkte nach ihren Eigenschaften und Verwendungszwecken aus Sicht der Nachfrager unterschieden werden. Auch sind der „Preis von Null“ und die grundsätzliche

²¹⁸ [...]

Bedeutung der Zahlungsbereitschaft im Rahmen der Marktabgrenzung berücksichtigungsfähig. Es trifft daher auch der Vortrag von Facebook nicht zu, dass ein preisorientierter Ansatz bei „kostenlosen“ Dienstleistungen unmöglich sei.²¹⁹ Dass der – in der Praxis ohnehin nur selten durchführbare – SSNIP-Test als eine methodische Ausprägung des Bedarfsmarktkonzepts bei unentgeltlichen Leistungen nicht greifen kann, führt nicht zur Unanwendbarkeit des Bedarfsmarktkonzepts. Es lassen sich im Übrigen auch der Zeitfaktor und die zeitliche Nutzungsintensität gerade bei sozialen Medien als Produkteigenschaft bei der Marktabgrenzung berücksichtigen.

(c) Spezifischer Bedarf für soziale Netzwerke

- 249 Nach den Ermittlungen bei den Wettbewerbern und Nutzern kann ein spezifischer Bedarf für soziale Netzwerke angenommen werden, der sich im Kern von anderen sozialen Medien unterscheidet. Denn der Kernzweck von sozialen Netzwerken ist das Finden und Vernetzen mit schon bekannten Personen und der umfassende sowie tägliche Austausch von Erfahrungen, Meinungen und Inhalten in bestimmten identitätsbasierten und vom Nutzer definierten Kontaktkreisen. Die Anbieter spiegeln diesen Bedarf mit dem Angebot entsprechender Kernfunktionalitäten, die dem Nutzer eine intensive soziale Nutzererfahrung ("rich social experience") ermöglichen.
- 250 Die Wettbewerber stellen bei der Funktion von sozialen Netzwerken für Nutzer diese intensive soziale Nutzererfahrung in der Kommunikation und dem Austausch mit anderen Nutzern in den Vordergrund.²²⁰ Damit ist gemeint, dass soziale Netzwerke dem Nutzer einen umfassenden persönlichen „virtuellen Raum“ ermöglichen sollen.²²¹ Der Nutzer soll im Netzwerk „echte zwischenmenschliche Beziehungen“ aufbauen können.²²² Dabei soll im Zentrum der Nutzererfahrung die eigene „virtuelle Identität“, die der Nutzer durch die Erstellung eines persönlichen Profils und durch das Anlegen einer Freundesliste schafft, stehen. Diese Online-Identität soll ein virtuelles Abbild seines realen Lebens sein.²²³ Alle Aktivitäten, die ein Nutzer auf einem sozialen Netzwerk tätigt, stehen in Beziehung zu seinem persönlichen Netzwerk von Freunden und Bekannten und ermöglichen ihm so eine stark personalisierte Nutzererfahrung („highly personalized experience“).²²⁴ Die im persönlichen sozialen Netzwerk geteilten Inhalte bekommen durch die Einbettung in den eigenen Freundes- und Bekanntenkreis einen zusätzlichen Wertgehalt. In diesem virtuellen Raum kann der Nutzer je nach

²¹⁹ [...]

²²⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 03.10.2014, „Facebook/Whatsapp“, Comp/M. 7121, Rn. 54.

²²¹ [...]

²²² [...]

²²³ [...]

²²⁴ [...]

seinen Nutzungsvorlieben zahlreiche Aktivitäten entfalten. Hierzu zählen die Kontaktaufnahme und das Kontakthalten mit Freunden sowie das Wiederfinden von Personen, die man aus früheren Zeiten kennt, das Teilen von Inhalten (von auf dem sozialen Netzwerk generierten Inhalten oder von Inhalten aus Drittwebseiten), Informationen über Veranstaltungen, Spielen von Online-Spielen oder ein Kauf oder Verkauf von Waren beispielsweise über den Facebook Marketplace. Facebook fasst die Funktionen des sozialen Netzwerks mit den Stichworten „Verbinden“ („connect“), „Kommunizieren“ („communicate“), „Teilen“ („share“) und „Entdecken“ („discover“) zusammen.²²⁵

- 251 Diese Bedarfsbeschreibung, die entgegen der Vorstellung von Facebook²²⁶ insbesondere auch auf den Antworten der befragten Wettbewerber beruht, wird durch die Ergebnisse der Nutzerumfrage gestützt. Die Beschlussabteilung hat zunächst in der Nutzerumfrage nach den *Nutzungszwecken* von sozialen Medien (Frage 7), der *Nutzungshäufigkeit* von und *Verweildauern* auf den Diensten (Frage 5, 5.3) sowie nach den Gründen für einen Wechsel des Dienstes (Fragen 10, 11) gefragt.
- 252 Die Befragungsergebnisse zeigen zunächst, dass soziale Medien nach ihrem *Nutzungszweck* überwiegend dazu genutzt werden, um Kontakt mit Freunden zu halten (90%), um Nachrichten zu schreiben (90%), zum Zeitvertreib (83%), um Inhalte anderer zu lesen (77%), um eigene Inhalte mitzuteilen (72%), um Bekannte zu suchen (65%) und Veranstaltungen zu organisieren (52%). Weniger als die Hälfte der Nutzer nutzen soziale Medien, um Seiten von Unternehmen oder Prominenten zu folgen (50%), für berufliche Kontakte (41%), um sich über das Tagesgeschehen zu informieren (36%), um neue Leute kennenzulernen (24%), um auf die eigene Webseite aufmerksam zu machen (15%) oder um Spiele zu spielen (13%).²²⁷
- 253 Dabei zeigt die Befragung, dass die Nutzer Facebook.com für praktisch alle genannten Zwecke einsetzen. Die Nutzer nannten Facebook.com als häufigsten oder zweithäufigsten Dienst bei der Suche von Bekannten (52%), dem Lesen von Inhalten anderer Leute (53%), für die Information über Veranstaltungen und Produkte (36%), zum Folgen von Marken und Promis (39%) sowie der Unterhaltung und dem Zeitvertreib (44%).²²⁸ Dabei stellt die Suche von Bekannten im Vergleich zu den anderen sozialen Medien ein zentrales Element der Nutzung von Facebook.com dar. Die Breite der Nutzungszwecke von Facebook.com im Vergleich zu den übrigen Diensten zeigt, dass die Nutzung von Facebook.com für einen umfassenden sozialen

²²⁵ [...]

²²⁶ [...]

²²⁷ [...]

²²⁸ [...]

Austausch erfolgt. Dieses zeigt die umfassende Nutzung im Sinne des beschriebenen umfassenden persönlichen „virtuellen Raums“.

- 254 Die Befragungsergebnisse zeigen dabei weiter, dass die *Nutzungshäufigkeit* ebenfalls ein wichtiges Element bei der Bestimmung des Bedarfs für ein soziales Netzwerk ist. Die Nutzungshäufigkeit unterschied sich je nach Dienst deutlich voneinander: 84% der WhatsApp-Nutzer nutzten WhatsApp mindestens einmal täglich, 65% der Facebook-Nutzer nutzten Facebook.com täglich, Instagram und Snapchat wurden jeweils von ca. 40% ihrer Nutzer mindestens einmal täglich genutzt, während nur 23% der Google+-Nutzer, 19% der Twitter-Nutzer und 17 % der Youtube-Nutzer angaben, den Dienst mindestens einmal täglich zu nutzen.
- 255 Darüber hinaus wurde bei Nutzern, die für einzelne Dienste angegeben haben, diese mehrmals täglich zu nutzen, nach der durchschnittlichen täglichen *Nutzungsdauer* gefragt. Die Antworten auf diese Fragen sind teilweise breit gestreut, was zum einen daran liegen kann, dass es für Nutzer unter Umständen schwierig sein kann, die jeweilige durchschnittliche Nutzungsdauer abzuschätzen. Zum anderen suggerieren einige Antworten auch, dass Nutzer teilweise den Begriff der Nutzungsdauer im Sinne von Nutzungsbereitschaft interpretiert haben. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn die angegebene tägliche Nutzungsdauer 1440 Minuten beträgt. Aufgrund der breiten Streuung der angegebenen durchschnittlichen täglichen Nutzungsdauer erscheint der Median²²⁹ aussagekräftiger als das arithmetische Mittel. Der Medianwert von Facebook.com liegt bei 50 Minuten. Bei den übrigen insbesondere täglich genutzten Diensten liegt der Median bei 30 Minuten (Google+, WhatsApp, Threema und Snapchat) bzw. 15 Minuten (Telegram und iMessage).
- 256 Sowohl die mehrmalige tägliche Nutzung als auch die hohe Verweildauer zusammen mit der hohen Breite der Nutzungszwecke bei Facebook.com stützen die Funktion eines sozialen Netzwerks als umfassenden persönlichen „virtuellen Raum“ für eine intensive soziale Nutzererfahrung.
- 257 Dieser Bedarf wird nach den Marktermittlungen schließlich durch bestimmte typische Kernfunktionalitäten eines sozialen Netzwerks gespiegelt. Dabei weisen soziale Netzwerke keinen festen Satz an Funktionalitäten auf. Nicht erklärlich ist daher die Vorstellung von Facebook, die Beschlussabteilung habe insbesondere aus der Frage nach den Nutzungszwecken eine bestimmte Palette von Funktionalitäten abgeleitet.²³⁰ Eine Reihe von Eigenschaften und Funktionen sind allerdings nach den Ermittlungen

²²⁹ Der Median einer Auflistung von Zahlenwerten ist der Wert, der an der mittleren (zentralen) Stelle steht, wenn man die Werte der Größe nach sortiert.

²³⁰ [...]

jedoch als prägend für ein soziales Netzwerk anzusehen, da sie die Grundlage für den beschriebenen umfassenden persönlichen „virtuellen Raum“ bilden.²³¹ Diese umfassen typischerweise eine Registrierungs- und Anmeldepflicht, die Erstellung eines detaillierten persönlichen Profils, den Aufbau einer persönlichen Kontaktliste, Funktionen zum Auffinden anderer Personen („Friendfinding“), die Möglichkeit zur Kommunikation mit anderen Nutzern und die nutzerzugeschnittene Aufbereitung von Inhalten im Rahmen eines Newsfeeds. Ähnliche Ergebnisse haben auch die Marktermittlungen der Europäischen Kommission im Fusionsverfahren „Microsoft/LinkedIn“ ergeben.²³² Im Einzelnen:

- 258 Soziale Netzwerke erfordern die **Registrierung** des Nutzers, die zumindest die Angabe eines Nutzernamens und einer E-Mail-Adresse bzw. einer Handynummer erfordert.²³³ Die Registrierung macht den Nutzer persönlich auffindbar und ermöglicht so eine Kontaktaufnahme durch andere mit ihm bekannten Nutzer.
- 259 Als ein typisches Merkmal eines sozialen Netzwerkes wird darüber hinaus die Möglichkeit des Anlegens eines **persönlichen Nutzerprofils** gesehen.²³⁴ Dabei kann der Nutzer Angaben zu seinem Wohnort, seinem Familienstand, seiner Ausbildung und seinem Beruf sowie zu seinen Hobbies, Interessen und politischen Einstellungen machen. Diese virtuelle Identität soll Abbild des Nutzers aus der realen Welt sein. Da das Nutzerprofil als „Online-Identität“ die wahre Identität des Nutzers abbilden soll, kann vom Nutzerprofil im sozialen Netzwerk auf die wahre Identität des Nutzers geschlossen werden oder zumindest ist das Profil so detailliert, dass sich andere Nutzer ein Bild des hinter der Online-Identität stehenden Menschen machen können.
- 260 Ein soziales Netzwerk wird vom Nutzer zum Aufbau eines umfassenden persönlichen Netzwerkes genutzt. Eine **Kontaktliste** ist daher typischer Bestandteil eines sozialen Netzwerkes, die es dem Nutzer ermöglicht, die Verbindungen zu den dort gelisteten Mitgliedern der Netzgemeinschaft, etwa Freunde, Bekannte und Verwandte zu verwalten und zu erweitern. Bei den meisten Netzwerken kann der Nutzer durch entsprechende Privatsphäre-Einstellungen selbständig steuern, wer die von ihm eingestellten Inhalte einsehen kann und wer ihn kontaktieren darf. So kann er das soziale Netzwerk auf sein individuelles Netzwerk zuschneiden, das auf seine

²³¹ [...]

²³² Europäische Kommission, COMP/M. 8124, „Microsoft/LinkedIn“, Entscheidung vom 06.12.2016, Rn. 98. Dort nannten die Marktteilnehmer folgende Funktionen als prägend für ein soziales Netzwerk: „*creation of a user profile and the possibility to send/receive messages, closely followed by several others (search for other people in the network, send/accept invitations to connect with new contacts, post/share content, post comments on items posted by others, interact with other users through private or public groups and have a newsfeed displaying news from the user’s connections*“.

²³³ [...]

²³⁴ [...]

Nutzungsgewohnheiten und den von ihm gewünschten Freundes- und Bekanntenkreis begrenzt ist.²³⁵ Weiterhin bieten soziale Netzwerke „**Friending**“-Funktionalitäten an, um im Netzwerk nach neuen Kontakten zu suchen. Die meisten Dienste bieten erweiterte Suchfelder-, Filtermöglichkeiten oder aktive „Friending“ Funktionalitäten an, bei denen dem Nutzer Vorschläge für Personen gemacht werden, die er kennen könnte oder die ihn interessieren könnten.²³⁶

261 Soziale Netzwerke verfügen heute typischerweise über einen **Newsfeed**, der die im Netzwerk eingestellten Inhalte basierend auf dem bisherigen Nutzerverhalten nach für die Nutzer potentiell relevanten Inhalten filtert und in eine Anzeigenreihenfolge bringt.²³⁷ [...] ²³⁸²³⁹

262 Weitere typische Funktionalitäten von sozialen Netzwerken sind verschiedene **Kommunikationstools**²⁴⁰, mit denen Inhalte oder Nachrichten in verschiedenen Kontaktkreisen empfangen oder versendet werden können. Die Kommunikation kann dabei in Text- oder Fotoformat erfolgen. Facebook.com bietet auch die Möglichkeit des Austauschs durch Video- und Sprachformate an.²⁴¹ Auch die Möglichkeit der Nutzung einer Chat- oder Messenger-Anwendung, die bilateralen oder einen engeren Gruppenkontakt in Echtzeit ermöglicht, kann ein Bestandteil eines sozialen Netzwerks sein. So bietet Facebook.com außer der Möglichkeit zur Kommunikation über die Erstellung eines Beitrags oder Kommentars auf den Facebook-Seiten den Facebook Messenger an, der sowohl integriert aus Facebook.com heraus, als auch separat als (vor allem mobile) Anwendung genutzt werden kann. Mit dem Facebook-Messenger können sowohl Nachrichten versendet, als auch Telefon- und Videoanrufe getätigt werden.

263 Schließlich werden soziale Netzwerke **unabhängig vom genutzten Endgerät oder Betriebssystem** genutzt. Wie die Nutzerbefragung gezeigt hat, nutzt die überwiegende Zahl der Nutzer Onlinedienste sowohl stationär als auch mobil, wobei der Trend zur überwiegenden mobilen Nutzung geht.²⁴² Andere Studien über das Nutzungsverhalten von sozialen Medien bestätigen diesen Trend.²⁴³ Auch macht es

²³⁵ Bei Facebook beispielsweise kann der Nutzer im Rahmen seiner Privatsphäre-Einstellungen selbst entscheiden, ob seine Inhalte nur Freunden oder „engen“ Freunden angezeigt werden oder ob sie öffentlich für alle Nutzer sichtbar sind. S. „Privatsphäre-Check“ von Facebook, s. www.facebook.de, [...]

²³⁶ [...]

²³⁷ [...]

²³⁸ [...]

²³⁹ [...]

²⁴⁰ [...]

²⁴¹ [...]

²⁴² [...]

²⁴³ S. beispielsweise Studie des BITKOM, „Jung und vernetzt – Kinder und Jugendliche in der digitalen Wirtschaft“, 2014, S. 14, wonach insbesondere in der Altersgruppe der 16-18-jährigen die Internetnutzung überwiegend über Smartphone erfolgt, <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2014/Studien/Jung-und-vernetzt->

keinen Unterschied, welches Betriebssystem der Nutzer nutzt (Windows, MacOS, Android, iOS, Blackberry oder Linux), da die meisten Dienste mit all diesen Betriebssystemen kompatibel sind. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der Entscheidungspraxis der Kommission, die in „Facebook/WhatsApp“ und „Microsoft/LinkedIn“ nach eigenen Marktermittlungen ebenfalls nicht zwischen gewähltem Endgerät oder Betriebssystem unterschied.²⁴⁴

(d) **Einzubeziehende Dienste**

264 In den Markt für soziale Netzwerke können von den betrachteten Diensten neben Facebook.com im Hinblick auf vergleichbare Funktionalitäten und Nutzungszwecke, jedoch mit beschränkter Austauschbarkeit gegenwärtig nur noch StudiVZ und Jappy einbezogen werden. Bisher war auch der Dienst Google+, soweit er privaten Nutzern angeboten wurde, Teil des Marktes (hierzu i). Abzugrenzen vom Markt für private soziale Netzwerke sind Berufsnetzwerke und Jobbörsen (Xing, LinkedIn, Indeed, Stepstone (hierzu ii)). Messaging-Dienste bilden einen separaten Markt (SnapChat, WhatsApp, Telegram, Skype, Threema, FaceTime, WeChat, iMessage, Line, Viber, Yahoo Messenger, hierzu iii.). Keine sozialen Netzwerke sind YouTube, Twitter und Pinterest (hierzu iv.) oder weitere soziale Medien (hierzu v.).

i. **StudiVZ, Jappy und (bisher) Google+,**

265 Von den betrachteten Diensten sind in den Markt unmittelbar einbeziehbar nur noch StudiVZ, Jappy und bis zu seiner Einstellung auch Google+ sowie möglicherweise StayFriends und WizeLife. Diese bieten bzw. boten typische Funktionalitäten von sozialen Netzwerken an, sind jedoch wegen der von Facebook.com ausgehenden direkten Netzwerkeffekte dennoch nur eingeschränkt austauschbar.

• **Einordnung als soziale Netzwerke**

266 Als soziales Netzwerk einzuordnen war insbesondere der Dienst **Google+**, der in seiner Version für private Nutzer für den Bedarf des Auffindens und der Vernetzung mit schon bekannten Personen und des umfassenden, täglichen Austauschs von Erfahrungen, Meinungen und Inhalten in bestimmten identifizierten und vom Nutzer definierten Kontaktkreisen angeboten wird. Das Unternehmen sah sich insoweit selbst als soziales Netzwerk und ist als direktes Konkurrenzangebot zu Facebook.com im Jahr 2010 bzw. mit der Öffnung des Netzwerks für alle Nutzer im Jahr 2011 auf den

[Kinder-und-Jugendliche-in-der-digitalen-Gesellschaft/BITKOM-Studie-Jung-und-vernetzt-2014.pdf](#) (zuletzt abgerufen am 10.01.2019) [...]

²⁴⁴ Europäische Kommission, COMP/M. 8124, „Microsoft/LinkedIn“, Entscheidung vom 06.12.2016, Rn. 96; COMP/M. 7217, „Facebook/WhatsApp“, Entscheidung vom 03.10.2014, Rn. 57-59.

Markt getreten. Es richtete sich an private Nutzer, die in einem personalisierten virtuellen Raum in einen umfassenden sozialen Austausch treten können. Google+ bot hierfür die entsprechenden Kernfunktionalitäten (s.o. Rn. 258), die dem Nutzer eine intensive soziale Nutzererfahrung ermöglichen. Die entgeltliche Business-Version von Google+ als Teil der „G-Suite“ ist dagegen nicht Teil des Marktes, da insoweit berufliche Nutzungszwecke im Vordergrund stehen (hierzu noch unten ii.).

- 267 Google+ wurde allerdings in seiner Version für private Nutzer nicht durch Werbung oder sonstige Umsätze unmittelbar monetarisiert. Die Nutzung ist für alle Nutzer, einschließlich der Unternehmen, unentgeltlich. Werbung wurde auf Google+ nicht direkt geschaltet. Der Dienst war jedoch als Marktleistung nach § 18 Abs. 2a GWB einzuordnen, obwohl er nicht unmittelbar mit einer entgeltlichen Marktseite verknüpft war. Der Dienst war aber über Schnittstellen mit werbefinanzierten Google-Diensten, insbesondere mit der Google Suchmaschine, verbunden. Nutzerdaten aus der Nutzung der verschiedenen Google-Dienste wurden zusammengeführt und für Werbezwecke verwendet.²⁴⁵ Google+ diente damit – zusammen mit den übrigen Google-Diensten, insbesondere der Suchmaschine – einem einheitlichen Erwerbszweck²⁴⁶ und stellte daher eine Marktleistung nach § 18 Abs. 2a GWB dar.
- 268 Auch die werbefinanzierten **VZ-Dienste** von (**StudiVZ** und **MeinVZ**) (oben Rn. 199) und **Jappy** (oben Rn. 187) sind als soziale Netzwerke einzuordnen und weisen für den spezifischen Bedarf die typischen Funktionalitäten auf.
- 269 **StayFriends** (oben Rn. 197) dient grundsätzlich auch der sozialen Vernetzung mit bekannten Personen, wobei hier jedoch eine deutlich engere Zielgruppe angesprochen wird. Die Plattform dient dazu, Schulfreunde wieder zu finden und mit diesen in Kontakt zu bleiben. Voraussetzung für die Bereitstellung ist eine Registrierung an einer oder mehreren Schulen, die man selbst besucht hat, sowie die Angabe des eigenen Namens zum Zeitpunkt des Schulbesuchs. Allerdings hat die Nutzerumfrage für StayFriends-Nutzer eine geringe Nutzungsintensität ergeben. Im Gegensatz zu zahlreichen anderen Diensten wird Stayfriends von 66% seiner Nutzer seltener als einmal im Monat genutzt und die Verweildauer bei einer Nutzungseinheit war mit 10 Minuten vergleichsweise kurz.²⁴⁷ Dieses spricht gegen die Qualifikation als Netzwerk,

²⁴⁵ S. Datenschutzerklärung von Google unter der Überschrift “Wie wir die von uns erhobenen Daten nutzen“: “Unter Umständen verknüpfen wir personenbezogene Daten aus einem Dienst mit Informationen und personenbezogenen Daten aus anderen Google-Diensten. Dadurch vereinfachen wir Ihnen beispielsweise das Teilen von Inhalten mit Freunden und Bekannten. Je nach Ihren Kontoeinstellungen werden Ihre Aktivitäten auf anderen Websites und in Apps gegebenenfalls mit Ihren personenbezogenen Daten verknüpft, um die Dienste von Google und von Google eingeblendete Werbung zu verbessern.“, abrufbar unter https://www.google.com/intl/de_ALL/policies/privacy/ (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

²⁴⁶ Zu dieser Voraussetzung vgl. Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 40; Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 48.

²⁴⁷ [...]

das einen virtuellen sozialen Raum schafft, sondern eher für einen Dienst, der den gelegentlichen Kontakt mit Klassenkameraden sowie den persönlichen Kontakt durch die Organisation von Klassentreffen ermöglicht. Darüber hinaus ist StayFriends nur in einer sehr beschränkten Basisversion kostenlos. Erst eine Gold-Mitgliedschaft für gegenwärtig 30 € im Jahr ermöglicht die Nutzung der wichtigsten Funktionalitäten, insbesondere der Kommunikationsmöglichkeiten.²⁴⁸

- 270 Nach der Nutzerbefragung spricht dieses „Freemium“-Modell nicht grundsätzlich gegen eine Einbeziehung in den Markt für soziale Netzwerke. Nutzer eines privaten sozialen Netzwerks haben zwar eine eher geringe Zahlungsbereitschaft. Dementsprechend sind die meisten sozialen Netzwerke für den Nutzer kostenfrei nutzbar und größtenteils werbefinanziert.²⁴⁹ Die Nutzerumfrage zeigt dabei, dass 84% der befragten Nutzer²⁵⁰ derzeit keinen entgeltlichen Dienst nutzen.²⁵¹ Eine Zahlungsbereitschaft bestand bei Teilen der Nutzer, wenn der Dienst Zusatzleistungen wie beispielsweise Premiumfunktionen oder Werbefreiheit anböte.²⁵² Angesichts des von StayFriends erhobenen geringen jährlichen Entgelts für die Nutzung eines werbefreien Dienstes, kommt eine Austauschbarkeit somit noch in Betracht.²⁵³ Allerdings ist der Anteil der StayFriends-Nutzer mit einer Gold-Mitgliedschaft, die Voraussetzung für die umfassende Nutzung aller Funktionen ist, vergleichsweise gering. Dies spricht insgesamt nicht für die Austauschbarkeit des Dienstes mit werbefinanzierten sozialen Netzwerken wie Facebook.com, Google+ oder Jappy. Letztlich kann dies jedoch offenbleiben. Dies gilt auch für den Dienst "**Odnoklassniki**", der alle Funktionen eines sozialen Netzwerkes aufweist, allerdings kein deutschsprachiger Dienst ist.
- 271 Auch der Dienst **Wize.Life** (oben Rn. 207) weist typische Funktionalitäten eines sozialen Netzwerkes auf. Allerdings spricht der Dienst ebenfalls eine engere Zielgruppe der „Best-Ager“ ab 40 Jahre an und betont darüber hinaus das (auch persönliche) Kennenlernen von Gleichgesinnten über die Plattform.²⁵⁴ Wize.Life selbst sieht sich aufgrund der Spezialisierung auf ältere Nutzer allerdings nicht im Wettbewerb zu Facebook.com, sondern mit anderen Plattformen wie www.feierabend.de oder www.platinnetz.de, die Senioren ansprechen.²⁵⁵ Auch spricht

²⁴⁸ [...]

²⁴⁹ [...]

²⁵⁰ Deutsche Internetnutzer ab 14 Jahren, die ausgewählte soziale Medien nutzen.

²⁵¹ [...]

²⁵² [...]

²⁵³ [...]

²⁵⁴ Dasselbe gilt für die Dienste „Platinnetz“ und „Feierabend“ (beide gehören zur Feierabend Online Dienste für Senioren AG, Frankfurt a.M. und haben max. [...] Mitglieder), die ähnlich wie Wize.Life wegen des Kennlernaspekts außerdem auch häufig als Dating-Plattform wahrgenommen werden.

²⁵⁵ [...]

die ermittelte Nutzungsintensität gegen die Austauschbarkeit mit der sozialen Nutzererfahrung von sozialen Netzwerken. Im Ergebnis kann dies jedoch offenbleiben.

- **Direkte Netzwerkeffekte beschränken Austauschbarkeit**

- 272 Die Austauschbarkeit zwischen Facebook.com und (bisher) Google+, StudiVZ und Jappy (sowie anderer Dienste) ist trotz der prinzipiell vergleichbaren Produkte im Hinblick auf die Bedeutung der direkten Netzwerkeffekte bei Facebook.com beschränkt.
- 273 Wie dargestellt (oben Rn. 217) kommt es innerhalb der Gruppe der privaten Nutzer von Facebook.com zu positiven direkten Netzwerkeffekten, da die Nutzer der Gruppe der privaten Nutzer unmittelbar davon profitieren, dass mehr Mitglieder ihrer Nutzergruppe Facebook.com nutzen. Dabei können sowohl unmittelbare als auch mittelbare Verbindungen zwischen den Nutzern zu den Netzwerkeffekten führen. Die Entfaltung von direkten Netzwerkeffekten ist das hauptsächliche Charakteristikum von sozialen Netzwerken. Denn sie dienen der Vernetzung von und der Kommunikation zwischen Freunden und Bekannten. Je mehr private Nutzer bei Facebook.com aktiv sind, desto höher ist der Nutzen für jeden in dieser Nutzergruppe, da die Interaktionsmöglichkeiten zwischen den Nutzern steigen und das Auffinden von Freunden und Bekannten umso wahrscheinlicher ist, je mehr Nutzer das soziale Netzwerk aufweist. Da es hierbei nicht nur um die Gesamtzahl verfügbarer Personen, sondern auch um die Identität der erreichbaren Nutzer geht, handelt es sich um „identitätsbasierte“ Netzwerkeffekte. Ein soziales Netzwerk stiftet mit seinen Funktionalitäten daher einem einzelnen Konsumenten praktisch keinen Nutzen, sondern lebt von der virtuellen sozialen Gemeinschaft. Je mehr Menschen aus dem sozialen Umfeld des Nutzers beitreten, desto wertvoller wird das Netzwerk für den Konsumenten.²⁵⁶
- 274 Aus Sicht der Nachfrager ist daher die Größe eines sozialen Netzwerks ein wesentliches Kriterium für die Austauschbarkeit der Dienste. Im Hinblick auf die identitätsbasierten Netzwerkeffekte ist dabei vor allem von Bedeutung, dass der Nutzer im Netzwerk genau die Personen findet, die er persönlich sucht. Auch die Nutzerbefragung hat gezeigt, dass für die Nutzer entscheidend ist, dass ihre Freunde das Netzwerk nutzen; ca. 85 % der befragten Nutzer halten es für zumindest wichtig, dass Ihre Freunde das Netzwerk auch nutzen.²⁵⁷ Folgerichtig wäre es für ca. 75% der Facebook-Nutzer ein Grund, statt Facebook.com einen anderen Dienst verstärkt zu nutzen, wenn ihre Freunde einen anderen Dienst nutzten.²⁵⁸ Wie auch einige

²⁵⁶ Dewenter/Rösch, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 2015, S. 27.

²⁵⁷ [...]

²⁵⁸ [...]

Unternehmen betonen, erhöht sich dabei durch die absolute Größe des Netzwerkes die Wahrscheinlichkeit für das Auffinden von Personen ähnlicher Interessen und möglichst vieler Freunde und Bekannte.²⁵⁹ Alle Unternehmen hätten das Ziel, das Netzwerk zu einem Ausmaß zu vergrößern, dass Nutzer im Netzwerk die „richtigen Personen“ auffinden und kontaktieren können.²⁶⁰ Auch die Aktivität der Mitglieder auf dem Netzwerk, also die Nutzungsintensität und die Qualität der Inhalte, seien dabei von Interesse.²⁶¹ Die Qualität der Inhalte hänge von der Datenbreite und Datentiefe des Netzwerkes in Bezug auf persönliche Daten, interessenbezogene Daten und verhaltensbezogene Daten ab.²⁶² Die Größe des Netzwerkes und dessen Nutzungsintensität verstärken sich gegenseitig.²⁶³

275 Bei der nach Nutzerzahlen absoluten Größe von Facebook.com, die auch für Deutschland öffentlich bekannt gemacht wurden²⁶⁴, erscheint aus Sicht der Nutzer, die sich für ihre Auswahl auf öffentliche Quellen stützen, eine Austauschbarkeit jedenfalls mit kleinen Netzwerken wie StudiVZ und Jappy sehr zweifelhaft. Angesichts einer Nutzerzahl von 23 Mio. *täglich aktiven* Nutzern von Facebook.com gegenüber deutlich unter 1 Mio. *registrierten* Nutzern von StudiVZ (2016) und Jappy und niedrigeren Nutzerzahlen der *täglich aktiven* Nutzer wird diesen Netzwerken allenfalls eine ergänzende Rolle bei der Nutzung sozialer Netzwerke zukommen.²⁶⁵

276 Auch Google+ war unter diesem Gesichtspunkt nur eingeschränkt austauschbar. Die Nutzerzahlen kamen nicht an die Nutzerzahlen von Facebook.com heran, auch wenn sie höher sind als die der genannten deutschen Wettbewerber.²⁶⁶ Google+ hatte jedoch eine Zeit lang eine absolute Größe, die aus Sicht der Nachfrager für eine gewisse Wahrscheinlichkeit sprach, dass sie dort Freunde und Bekannte finden würden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Nutzer – wie die Nutzerumfrage gezeigt hat – letztlich das Netzwerk für ihre tatsächliche Aktivität auswählen, auf dem ihre Freunde auch tatsächlich zu finden sind. Die Vernetzung mit den Freunden auf Facebook.com führt sodann zu einem starken Bindungseffekt (Lock-In-Effekt) an das Netzwerk, so dass ein Wechsel zu einem anderen Netzwerk nur noch schwer möglich ist, da die Freunde (und die Freunde der Freunde, usw.) davon überzeugt werden müssten, ebenfalls zu wechseln. Es kommt daher sogar auch ein „Markt für Facebook“ in

²⁵⁹ [...]

²⁶⁰ [...]

²⁶¹ [...]

²⁶² [...]

²⁶³ [...]

²⁶⁴ https://allfacebook.de/zahlen_fakten/offiziell-facebook-nutzerzahlen-deutschland, [...]

²⁶⁵ Auch die möglicherweise als soziale Netzwerke anzusehenden Dienste „Kwick“ und „Spin“ (fraglich wegen vorrangiger Chatfunktion) sind wegen ihrer eher kleinen Community daher kaum mit Facebook austauschbar.

²⁶⁶ [...]

Betracht („single-platform-market“). Dies kann jedoch im Ergebnis offenbleiben, da Google+ inzwischen aus dem Markt ausgeschieden ist und sich die wettbewerbliche Beurteilung auch bei Einbeziehung von weiteren Diensten nicht ändert.

ii. LinkedIn, Xing, Indeed, als Berufsnetzwerke nicht austauschbar

- 277 Berufsnetzwerke wie LinkedIn und Xing, oder Jobbörsen wie Indeed²⁶⁷ und Stepstone sind nicht Teil des Marktes für private soziale Netzwerke.²⁶⁸ Sie dienen zwar – wie private soziale Netzwerke auch – der persönlichen Vernetzung, fokussieren sich jedoch auf berufliche Kontakte, weshalb sie sowohl vom Nutzungszweck als auch von den Funktionen her nicht mit privaten sozialen Netzwerken austauschbar sind. Auch die Zahlungsbereitschaft der Nutzer ist eine andere, da Berufsnetzwerke häufig als „Freemium“-Modelle, bei denen für wichtige Funktionalitäten relativ hohe Entgelte anfallen, ausgestaltet sind.
- 278 Berufsnetzwerke werden hauptsächlich zu dem Zweck der beruflichen Vernetzung genutzt.²⁶⁹ Während die Vernetzung im privaten Bereich vor allem der Pflege der persönlichen Beziehungen des Nutzers dient, geht es in professionellen Netzwerken insbesondere darum, die eigene Karriere zu fördern. Auch die Marktermittlungen der Europäischen Kommission im Fusionsverfahren „Microsoft/LinkedIn“ stützen diese Einschätzung. Marktteilnehmer gaben dort an, dass berufliche soziale Netzwerke zu anderen Zwecken als private soziale Netzwerke genutzt würden. Das Nutzerprofil lege seinen Schwerpunkt auf die berufliche Vernetzung und enthalte (zum Teil zwingend) wesentliche berufliche Erfahrungen des Nutzers. Verwiesen wird in der Entscheidung insbesondere auf eine LinkedIn-Studie („The Mindset Divide“), die die unterschiedlichen Beweggründe für die Nutzung eines privaten oder beruflichen Netzwerks erforscht hat. Bei privaten sozialen Netzwerken stünden die Ziele „*socialize, stay in touch, be entertained, kill time, share content*“ im Vordergrund, bei beruflichen Netzwerken die Themen „*maintain professional identity, make useful contacts, search for opportunities, stay in touch, keep up to date for career*“.²⁷⁰
- 279 Auch im vorliegenden Verfahren haben die Marktteilnehmer diese Sicht bestätigt. Xing spricht insoweit von einer „Separierung“ von privaten und beruflichen Netzwerken. Während sich Facebook klar im Bereich der vorrangig privaten Nutzung positioniert

²⁶⁷ <https://de.indeed.com/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]

²⁶⁸ Vgl. bereits Europäische Kommission, COMP/M. 8124, „Microsoft/LinkedIn“, Entscheidung vom 06.12.2016, Rn. 115 ff.

²⁶⁹ [...]

²⁷⁰ Europäische Kommission, COMP/M. 8124, „Microsoft/LinkedIn“, Entscheidung vom 06.12.2016, Rn. 109 mit Verweis auf https://business.linkedin.com/content/dam/business/marketing-solutions/global/en_US/site/pdf/wp/linkedin-marketing-solutions-mindset-divide.pdf (zuletzt abgerufen am 10.01.2018), [...]

habe (Kontakte=Freunde, Urlaubsfotos, primär private Nachrichten und Gruppen), habe Xing seinen Fokus seit jeher auf dem beruflichen Netzwerk und einer professionell ausgerichteten Zielgruppe gelegt.²⁷¹ Dieser Befund wird schließlich auch durch die Nutzerumfrage bestätigt, die zeigte, dass die berufliche Nutzung von Facebook.com nur eine untergeordnete Rolle spielt. Lediglich 6 % der Nutzer haben angegeben, Facebook.com (auch) zu beruflichen Zwecken zu nutzen. Auch wenn Facebook.com mit einer Jobseeker-Funktion in die berufliche Nutzung zu expandieren versucht,²⁷² führt dies nicht zu einer Einbeziehung aller beruflichen Netzwerke in den Markt.

- 280 Berufsnetzwerke sind auch von ihren Funktionen auf die berufliche Vernetzung zugeschnitten. Sie bieten neben den allgemeinen Funktionen, die auch private soziale Netzwerke enthalten, weitere, auf die berufliche Vernetzung zielende Funktionen wie beispielsweise eine detaillierte Jobsuch-Funktion, eine Stellenbörse und Empfehlungen zu neuen beruflichen Kontakten.²⁷³ Auch unterscheiden sich die Inhalte, die der Nutzer in professionelle soziale Netzwerke einstellt und die Personen, mit denen er sich über das Netzwerk verbindet. Nutzer werden in professionellen Netzwerken zurückhaltender „private“ Inhalte wie Familienfotos, Urlaubsposts, politische Ansichten etc. einstellen und solche Inhalte wählen, die für (potentielle) Arbeitgeber, Headhunter und Kollegen von Interesse sind.²⁷⁴
- 281 Auch die vergleichsweise hohen Preise insbesondere von Xing und LinkedIn sprechen gegen eine Austauschbarkeit. Während private Netzwerke eine kostenlose Nutzung oder allenfalls – wie StayFriends – eine Nutzung gegen geringe Entgelte vorsehen, bieten Xing und LinkedIn ein Modell an, bei dem wesentliche Funktionen erst bei Abschluss einer kostenpflichtigen Mitgliedschaft nutzbar sind und im Ergebnis eine gezieltere Suche und Vernetzung im beruflichen Umfeld gewährleisten sollen.²⁷⁵
- 282 Xing bietet beispielsweise eine Premiummitgliedschaft für 7,95 Euro pro Monat (oder 9,95 Euro für eine Drei-Monats-Mitgliedschaft) und zusätzlich eine „ProJobs“-Mitgliedschaft bei unterschiedlichen Laufzeiten zwischen 24,95 und 38,95 Euro monatlich. Xing bietet dabei in der Basismitgliedschaft nur sehr eingeschränkte Funktionalitäten ohne Kommunikationsmöglichkeiten an, so dass die wesentlichen Netzwerkfunktionen nur gegen Entgelt angeboten werden.²⁷⁶ LinkedIn bietet ebenfalls

²⁷¹ [...]

²⁷² [...]

²⁷³ Ergebnis der Marktermittlungen der Europäischen Kommission, COMP/M. 8124, „Microsoft/LinkedIn“, Entscheidung vom 06.12.2016, Rn. 101.

²⁷⁴ Europäische Kommission, COMP/M. 8124, „Microsoft/LinkedIn“, Entscheidung vom 06.12.2016, Rn. 104-106.

²⁷⁵ [...] www.linkedin.com (zuletzt abgerufen am 10.01.2019) unter „Premium“, [...]

²⁷⁶ [...]

unterschiedliche Premium-Varianten gegen ein monatliches Entgelt an. So gibt es neben einer einfachen Premiummitgliedschaft, die ähnlich bepreist ist wie die von Xing, eine Mitgliedschaft für Jobsucher („Jobseeker“, monatlich 26,17 Euro), zur besseren beruflichen Vernetzung („Business Plus“, monatlich 41,64 Euro) oder für Unternehmen, die qualifizierte Bewerber suchen („Recruiter Lite“, monatlich 89,19 Euro). Die kostenlose Basisversion ermöglicht dabei schon einige Kommunikationsmöglichkeiten.

283 Auch die Jobbörse Stepstone bietet die Möglichkeit von Stellenanzeigen und Suchfunktionen gegen Entgelt an. Solche Jobbörsen sind im Übrigen auch von ihren Funktionalitäten her nicht als soziales Netzwerk, sondern vielmehr als eine Plattform für einzelne Vermittlungsvorgänge zwischen Stellenanbietern und Stellensuchenden anzusehen, die von einer Marktseite bezahlt wird. Auch die Jobbörse Indeed weist anzeigebezogene Entgelte auf, die von dem Stellenanbieter zu zahlen sind.

284 Eine etwaige parallele Nutzung von Berufsnetzwerken einerseits und Facebook.com andererseits spricht nicht für eine Austauschbarkeit und einen einheitlichen Markt. Es kann hierin insbesondere nicht eine marktmachtbegrenzende parallele Nutzung mehrerer Dienste nach § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB gesehen werden. Die von *Evans/Schmalensee*²⁷⁷ entwickelte und dem § 18 Abs. 3a GWB zugrundeliegende Annahme, dass Multi-Homing einen konzentrationsbremsenden Effekt auf Plattform- oder Netzwerkmärkten habe, kann nur dann zutreffen, wenn ein Nutzer mehrere Plattformen oder Netzwerke für denselben Bedarf also Dienste desselben Marktes parallel nutzt.²⁷⁸ Multi-Homing ist als solches dabei kein Indiz für einen einheitlichen Bedarf. Eine parallele Nutzung von mehreren differenzierten Plattformen kann im Gegenteil Ausdruck davon sein, dass die Plattformen aus Sicht des Nutzers jeweils einen unterschiedlichen Bedarf erfüllen und lediglich Randsubstitution zwischen den Angeboten angenommen werden kann.²⁷⁹

285 Die Marktermittlungen haben hier jedoch gerade ergeben, dass die Nutzung von beruflichen und privaten sozialen Netzwerken unterschiedlichen Nutzungszwecken dient und keine funktionale Austauschbarkeit vorliegt.

iii. Keine Einbeziehung von Messaging-Diensten

286 Die Dienste WhatsApp, Google Hangouts, Snapchat, Telegram, Threema, iMessage, Skype, FaceTime, Line, WeChat und Viber sowie die separat genutzte Facebook Messenger-App sind nach den Ermittlungen nicht dem Markt für soziale Netzwerke

²⁷⁷ S. Darstellung des aktuellen Diskussionsstands in Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 64 ff.

²⁷⁸ Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 70.

²⁷⁹ Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 69.

zuzuordnen, sondern dienen aus Sicht des Nachfragers einem komplementären Bedarf. Dies schließt nicht aus, dass von den Diensten Substitutionswettbewerb auf Facebook.com ausgeht. Dies gilt dabei auch für den konzerneigenen Dienst WhatsApp.

- 287 Die Dienste sind als sog. Messaging-Dienste einzuordnen und nach ihrem Zweck und ihren Eigenschaften nicht austauschbar mit sozialen Netzwerken. Sie werden nach den Ermittlungen überwiegend zusätzlich und damit komplementär zu sozialen Netzwerken genutzt. Sie erfüllen zwar, wie soziale Netzwerke, einen Kommunikationszweck zwischen Bekannten und Freunden, so dass eine teilweise Überschneidung zu sozialen Netzwerken besteht. Messaging-Dienste dienen aber gerade nicht dem Aufbau eines virtuellen sozialen Raums, in dem die Nutzer eine intensive soziale Nutzererfahrung durch umfassenden Austausch von Meinungen, Erfahrungen und Nachrichten suchen. Sie weisen bei den Funktionalitäten und der Nutzung auch entsprechende Unterschiede auf.
- 288 Dienste wie WhatsApp, Snapchat, Telegram, Google Hangouts, Threema, Skype etc, werden häufig unter dem Begriff „**Messaging**“- oder „**Instant Messaging**“-**Dienste** zusammengefasst. In der Entscheidung *Facebook/WhatsApp* bezieht sich die Europäische Kommission mit dem allgemeineren Begriff „Kommunikationsdienstleistungen für Endverbraucher“ („consumer communication services“) u.a. auf diese Dienste,²⁸⁰ womit auch eine gewisse Nähe zu Telekommunikationsdienstleistungen wie SMS (Short Message Services) oder E-Mail zum Ausdruck kommt.
- 289 Als Instant Messaging („sofortige Nachrichtenübermittlung“) wird die schnelle Unterhaltung in Echtzeit („Chat“) von zwei oder mehr Teilnehmern per Textnachrichten bezeichnet, die dabei auch die Versendung von Foto-, Video- oder Audiodateien umschließt. Die Messaging-Dienste bieten inzwischen auch Sprach- und Videochatmöglichkeiten an und setzen jeweils unterschiedliche Schwerpunkte bei den Funktionalitäten. Skype etwa ist vor allem für seinen Videochat bekannt („Skypen“), bietet aber auch alle sonstigen Chat-Funktionen. Technisch basieren die Dienste auf dem sog. „Push-Verfahren“, mit dem die Nachrichten unmittelbar auf das Gerät des Empfängers gesendet („gepusht“) werden. Hierzu nutzen die Dienste ein Netzprotokoll, das den Austausch von Daten zwischen Computern ermöglicht. Dieses ist – wie etwa bei WhatsApp oder Skype – häufig ein proprietäres Protokoll. Die Nutzer müssen über ein Computerprogramm oder eine App (Client) über ein Netz – in der Regel über das Internet – miteinander verbunden sein.

²⁸⁰ Europäische Kommission, „Facebook/WhatsApp“, Entscheidung vom 03.10.2014, COMP/M. 7217, Rn. 13 ff.

- 290 Messaging-Dienste werden damit vor allem zu dem Zweck der schnellen Kommunikation genutzt. Sie dienen der direkten Punkt-zu-Punkt-Kommunikation im bilateralen Kontakt oder im Rahmen von Gruppen, die von einem Nutzer (Administrator) zusammengestellt werden und von diesem verwaltet werden. Die Kommunikation erfolgt in Echtzeit, so dass die Inhalte in der Regel nach relativ kurzer Zeit an Relevanz verlieren und daher auch häufig nicht gespeichert werden. Der Schwerpunkt der angebotenen Funktionalitäten liegt daher auch bei der Ermöglichung der bilateralen Kommunikation oder Gruppenkommunikation innerhalb kleinerer Gruppen.²⁸¹ Dabei beschränkt sich die Kommunikation des Nutzers regelmäßig auf Personen einer bereits bestehenden Kontaktliste, die von dem Dienst am Anfang anhand eines Abgleichs der auf dem Smartphone in der Adressbuchanwendung gespeicherten Mobilfunk-Nummern, zu der bei Anmeldung Zugriff gewährt wird, erstellt wird. Um neue Kontakte hinzufügen zu können, ist in aller Regel die Kenntnis der Mobilfunk-Nummer erforderlich. Es fehlt darüber hinaus an der Möglichkeit, ein detailliertes Nutzerprofil mit persönlichen Daten zu Geburtstag, Familienstand, Beruf und Hobbies anzulegen, so dass es an einer „Online-Identität“ fehlt.²⁸² Es fehlt außerdem auch die Möglichkeit, Inhalte anderer in einer größeren Gemeinschaft zu kommentieren, zu posten oder zu bewerten.²⁸³ Auch die Möglichkeit zum Anlegen eines Newsfeeds oder das Entdecken der Netzwerke anderer Personen beispielsweise durch das Stöbern in Freundeslisten fehlt bei Kommunikationsdiensten, da die Kontaktliste des Nutzers in der Regel nur für ihn einsehbar ist.
- 291 Bei diesem Nutzungszweck und den hierauf bezogenen Eigenschaften der Dienste fehlt es im Ergebnis insbesondere an der umfassenden Nutzungserfahrung, die ein soziales Netzwerk ermöglicht. So sehen sich etwa Skype und der Yahoo Messenger selbst auch nicht als soziales Netzwerk an.²⁸⁴ Facebook hat ebenfalls auf diesen Unterschied in der Anmeldung zum Verfahren Facebook/WhatsApp bei der Europäischen Kommission hingewiesen.²⁸⁵ Auch nach dem Vortrag von Facebook im vorliegenden Verfahren sehen Nutzer WhatsApp als den zentralen Dienst zur schnellen und persönlichen direkten Kommunikation mit Freunden und Familie („*WhatsApp in many way was considered the de facto way to communicate*“), während Facebook.com als Dienst für Informationen über Freunde, Unternehmen und sonstigen Inhalte gesehen wird.²⁸⁶ Die im vorliegenden Verfahren durchgeführte Nutzerumfrage

281 [...]

282 [...]

283 [...]

284 [...]

285 [...]

286 [...]

stützt dieses Ergebnis. Sie zeigte insbesondere für die Nutzung von WhatsApp einen sehr starken Schwerpunkt bei dem Messaging (76%) und dem Kontakt mit Freunden (69%).²⁸⁷ Auch [...] Snapchat-Studien sehen nur in Teilbereichen Überschneidungen.²⁸⁸

- 292 Auch eine **parallele Nutzung** von sozialen Netzwerken und Messaging-Diensten spricht – wie bereits oben bei den Berufsnetzwerken – nicht für einen einheitlichen Markt. Aus einer parallelen Nutzung als solcher lässt sich für die Marktabgrenzung wie dargestellt, nichts herleiten. Angesichts der unterschiedlichen Nutzungszwecke, die jedoch beide auch die Kommunikation mit Freunden betreffen, liegt vielmehr ein überwiegend komplementäres Verhältnis zwischen einem sozialen Netzwerk und einem Messaging-Dienst vor. Auch die Tatsache, dass Facebook.com mit dem Facebook Messenger und Google+ mit Google-Hangouts jeweils zusätzlich zu den Kommunikationsmöglichkeiten des sozialen Netzwerks einen eigenen Messaging-Dienst anbieten, spricht für komplementäre Nutzungszwecke der Dienste.
- 293 Die Abgrenzung der Messaging-Dienste von sozialen Netzwerken schließt nicht aus, dass zwischen den Diensten zumindest bezogen auf die Teilfunktionen Substitutionswettbewerb herrscht. Allerdings wird dieser Wettbewerb – wie oben bei den sozialen Netzwerken dargestellt – ebenfalls durch direkte Netzwerkeffekte beschränkt. Dass auch Messaging-Dienste direkte Netzwerkeffekte entfalten, spricht daher nicht für vergleichbare Produkte, sondern schränkt das (Substitutions-)Wettbewerbsfeld vielmehr weiter ein. Messaging-Dienste sind ebenfalls durch identitätsbasierte direkte Netzwerkeffekte gekennzeichnet, da es um die direkte Kommunikation mit konkreten Bekannten und Freunden geht, die hierfür mangels Kompatibilität und Interkonnektivität der Dienste untereinander ebenfalls denselben Messaging-Dienst nutzen müssen. Je mehr Nutzer der Dienst hat, desto attraktiver ist er daher für die Nachfrager. Dies zeigt sich auch bei den genannten Diensten, von denen WhatsApp – wie z.B. die Nutzerumfrage zeigt – mit großem Abstand die meisten Nutzer aufweist.
- 294 Die bei den Diensten jeweils wirkenden direkten Netzwerkeffekte sind allenfalls dann durch parallele Nutzung abgeschwächt, wenn sie exakt dieselben Nutzer mit denselben Verbindungen und Freundeskreisen, die ihrerseits dieselben Verbindungen auf den Diensten halten, aufweisen. Je größer die Überschneidung der Nutzerkreise im Detail ist, desto mehr Substitutionswettbewerb wird anzunehmen sein. Unter diesem Gesichtspunkt käme Substitutionswettbewerb [...] wiederum allenfalls durch den zu

²⁸⁷ [...]

²⁸⁸ [...]

Facebook gehörenden Dienst WhatsApp in Betracht.²⁸⁹ Die Zahlen zur parallelen Nutzung geben allerdings keinerlei Aufschluss darüber, ob auch die jeweiligen Freundes- und Kontaktlisten hinreichende Überschneidungen aufweisen.

iv. Keine Einbeziehung von Snapchat

- 295 Entgegen der Ansicht von Facebook²⁹⁰ kann insbesondere auch der Dienst Snapchat nicht als unmittelbarer Wettbewerber angesehen werden. Trotz der weiterentwickelten Funktionalitäten des Dienstes ist er nicht als soziales Netzwerk anzusehen. Auch kann eine Einbeziehung gerade dieses Dienstes unter dem Gesichtspunkt der Angebotsumstellungsflexibilität nicht angenommen werden.
- 296 Der Einwand von Facebook, dass Snapchat²⁹¹[...] als soziales Netzwerk anzusehen sei,²⁹² greift aus Sicht der Beschlussabteilung nicht durch. Der Dienst Snapchat unterscheidet sich von anderen Messaging-Diensten zwar in einigen Punkten, ist jedoch nach wie vor nicht mit einem sozialen Netzwerk als umfassender persönlicher virtueller Raum vergleichbar.²⁹³
- 297 Snapchats zentrale Funktion ist die Smartphone-Kamera, die sich automatisch öffnet, sobald der Nutzer die App startet. Hierdurch wird der Nutzer animiert, selbst unmittelbar aktiv zu werden und sog. „Snaps“ (Schnappschüsse) – meist in Form von Fotos oder Videos, die mittels Linsen oder Filtern kreativ gestaltet werden können – zu erstellen und innerhalb seines Freundes- und Bekanntenkreises zu teilen. Die Snaps löschen sich kurze Zeit nach dem Betrachten wieder und sind damit vergänglich („ephemeral“). Neben den vergänglichen „Snaps“ können private Nutzer sog. „Stories“ aus einer Abfolge von Snaps (Fotos, Videos) anlegen, mit der sie eine Erzählung bilden können. Diese Stories können (voreingestellt) von den eigenen Kontakten angesehen werden, bleiben 24 Stunden verfügbar und werden danach automatisch gelöscht. Sie können vorher jedoch von dem Nutzer gespeichert werden („Memories“). Über die Funktion Snapchat „Discover“ können kommerzielle Nutzer auf Snapchat ihre eigenen Kanäle („Channels“) mit redaktionellen Inhalten verbreiten. Nutzer können diese Kanäle ansehen und ihnen folgen. Snapchat hat außerdem eine beschränkte Funktion, um Freunde, deren Mobilfunk-Nummer dem Nutzer nicht bekannt ist, über einen Snapchat-Code zu finden (s.o. Rn. 196). Snapchat erfordert keinen Klarnamen, sondern nur einen Nutzernamen und ein Profilfoto in Form eines „Bitmoji“. Bitmoji ist eine

²⁸⁹ [...]

²⁹⁰ [...]

²⁹¹ [...]

²⁹² [...]

²⁹³ [...]

Funktionalität, die seit 2016 in Snapchat integriert ist,²⁹⁴ und dem Nutzer die Kreation von personalisierten „Avataren“ (nicht identifizierendes Bild für eine Person) ermöglicht. Snapchat bietet keine Möglichkeit an, ein differenziertes Profil mit Beziehungsstatus, Berufsangabe, Wohnort oder Interessen anzulegen.²⁹⁵

- 298 Auch wenn Snapchat von seinen Funktionalitäten her etwas näher an soziale Netzwerke heranrückt, kann eine Austauschbarkeit mit dem sozialen Netzwerk Facebook.com nicht angenommen werden. Die genannten Funktionen bieten nach wie vor nicht den virtuellen Raum für eine umfassende soziale Nutzererfahrung mit einer Online-Identität. Die Snapchat-Deutschland-Chefin Marianne Bullwinkel sieht Snapchat folgerichtig auch nicht als „Social Media“, sondern als *„eine Kamera App, die eine besonders kreative Form der Kommunikation mit Freunden und Familie“* ermögliche.²⁹⁶ Hierbei steht Snapchat nicht mit Facebook.com, sondern vielmehr im Wettbewerb zu den konzerneigenen Diensten WhatsApp und insbesondere Instagram. [...].²⁹⁷ Insbesondere Instagram ist mit dieser Funktion erfolgreich und greift die Position von Snapchat an.²⁹⁸ Ein vergleichbar erfolgreicher Wettbewerb zu dem sozialen Netzwerk Facebook.com ist dagegen nicht zu erkennen. Facebook trägt zwar vor, dass die Funktion „Stories“ im Jahr 2017 auch in Facebook.com eingefügt wurde, die Reaktion von Snapchat ist jedoch auch nach dem Vortrag von Facebook auf Instagram bezogen.²⁹⁹ Darüber hinaus werden die dargestellten Funktionalitäten gegenwärtig von deutschen Nutzern bisher zurückhaltend genutzt. Tatsächlicher Nutzungsschwerpunkt bei Snapchat ist derzeit nach wie vor das Versenden von Fotos mit integrierten Filtern.³⁰⁰
- 299 Snapchat lässt sich auch nicht im Hinblick auf eine Angebotsumstellungsflexibilität in den Markt für soziale Netzwerke einbeziehen. [...]³⁰¹
- 300 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind bei der Abgrenzung des relevanten Marktes grundsätzlich auch Produkte einzubeziehen, die zwar mit anderen

²⁹⁴ Bitmoji ist daneben als separate mobile App des Unternehmens Bitstrip Inc. verfügbar, seit 2016 eine Tochtergesellschaft von Snapchat Inc.

²⁹⁵ [...]

²⁹⁶ <http://www.horizont.net/tech/nachrichten/Marianne-Bullwinkel-So-snappen-die-Deutschen-161163> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

²⁹⁷ Vergleich der „Snapchat Stories“ mit „Instagram Stories“ unter <http://www.futurebiz.de/artikel/snapchat-instagram-stories/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]

²⁹⁸ [...]Vgl. <https://www.basicthinking.de/blog/2017/06/21/whatsapp-snapchat-stories/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

²⁹⁹ [...]

³⁰⁰ Studie der Hochschule Düsseldorf, University of applied sciences, Gerhards, Claudia et al. (2017), „Wie snappt Deutschland? Nutzung von Inhalten und Wahrnehmung von Werbung auf Snapchat. Nutzerbefragungsstudie in Kooperation mit der Agentur whylder, Pressemeldung vom 16.01.2017, <https://wiwi.hs-duesseldorf.de/aktuelles/meldungen/20170116?showarrows=1&sid=2oe3cu3dgbpft50bywkhsllw> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]

³⁰¹ [...]

auf dem ins Auge gefassten Markt angebotenen Produkten nicht funktionell austauschbar sind, die aber die Grundlage dafür bieten, dass ihr Hersteller bei Vorliegen günstiger Wettbewerbsbedingungen jederzeit sein Sortiment umstellen und ein Konkurrenzprodukt anbieten könnte. Eine solche Angebotsumstellungsflexibilität kann jedoch nur angenommen werden, wenn die Anbieter ähnlicher Produkte bereit und in der Lage sind, ihr Angebot kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand umzustellen.³⁰² Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann davon ausgegangen werden, dass bereits gegenwärtig ein Wettbewerbsdruck auf das Verhalten der auf dem Markt aktuell tätigen Unternehmen ausgeübt wird, der so erheblich ist, dass die Anbieter ähnlicher Produkte wie aktuelle Wettbewerber zu behandeln sind.³⁰³ In Abgrenzung zum potentiellen Wettbewerb, bei dem es auf die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit eines mittelfristigen Markteintritts ankommt,³⁰⁴ ist für die Marktabgrenzung die Kurzfristigkeit und der geringe wirtschaftliche Aufwand der Umstellung entscheidend. Die Behandlung von auf benachbarten Märkten tätigen Unternehmen als aktuelle Wettbewerber ist daher nur gerechtfertigt, wenn die Umstellung unverzüglich und ohne spürbare Zusatzkosten erfolgen kann. Eine Berücksichtigung ist nicht möglich, wenn die Umstellung erhebliche Anpassungen bei den vorhandenen Sachanlagen und immateriellen Aktiva, zusätzliche Investitionen, strategische Entscheidungen oder zeitliche Verzögerungen mit sich brächte. Dieses entspricht auch den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktabgrenzung.³⁰⁵

- 301 Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass hier eine Marktabgrenzung für die Zwecke der Missbrauchsaufsicht vorgenommen werden muss, bei der es – anders als in der Fusionskontrolle – um die Beurteilung eines gegenwärtigen, unmittelbar bevorstehenden oder früheren Marktverhaltens gegenüber einzelnen Marktteilnehmern und nicht um die künftige Marktstruktur geht. Nach der Rechtsprechung des BGH bedarf es daher bei Anwendung der Verbote des Missbrauchs marktstarker oder marktbeherrschender Stellungen in jedem Einzelfall sorgfältiger Prüfung, ob das aktuelle Wettbewerbsverhalten des Normadressaten schon im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt tatsächlich durch eine grundsätzlich bestehende Angebotsumstellungsflexibilität von Wettbewerbern kontrolliert wird.³⁰⁶

³⁰² BGH, Beschluss vom 16.01.2007, Az. KVR 12/06, BGHZ 170, 299-311 – *National Geographic II*, Rn. 20 (juris).

³⁰³ Vgl. insb. Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Abl. v. 9. Dezember 1997, C 372/5, Rn. 20.

³⁰⁴ BGH, Beschluss vom 21.12.2004, Az. KVR 26/03 – *Deutsche Post/Trans-o-flex*, Rn. 28 (juris).

³⁰⁵ Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Abl. v. 09.12.1997, C 372/5, Rn. 20, 22, 23.

³⁰⁶ BGH, Urteil vom 24.01.2017, Az. KZR 47/14, „VBL Gegenwert II“, Rn. 25.

- 302 Auf dieser Grundlage kommt eine Einbeziehung von Snapchat im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Unabhängig von technischen Aspekten und den insoweit erforderlichen Umstellungsinvestitionen, die eine kurzfristige Angebotsumstellung erschweren könnten, ist zunächst schon zweifelhaft, ob Snapchat von der Ausrichtung seines Produktes und seiner Unternehmensphilosophie in der Lage und willens ist, sich zu einem sozialen Netzwerk mit einer ähnlich intensiven Nutzererfahrung wie Facebook.com zu wandeln. Snapchat ist ein Dienst, der mit seinen kurzlebigen, sich selbst löschenden Snaps erfolgreich wurde. Laut Snapchat-Gründer Evan Spiegel geht es um das „Einfangen des Augenblicks“ („*showing who I am now*“).³⁰⁷ Die Hemmschwelle, auch unvorteilhafte Fotos zu versenden, wird durch die Vergänglichkeit der Aufnahme gesenkt. Dies ist nach Snapchats Aussage Teil der Firmenphilosophie, die eine Echtzeit-Kommunikation so realitätsnah wie möglich abbilden wolle. Auch bei echten Konversationen sei der Gesprächsinhalt flüchtig und man verhalte sich ungezwungener, als wenn das Gespräch dauerhaft aufgezeichnet werde.³⁰⁸ Snapchat ist aufgrund dieser Kurzlebigkeit insbesondere bei jungen Nutzern verbreitet.³⁰⁹
- 303 Ein soziales Netzwerk lebt hingegen nicht von kurzzeitigen Posts, sondern von einer langfristigen Beziehung der Nutzer untereinander. Langjährige und aktive Nutzer nutzen ihr soziales Netzwerk wie ein Tagebuch, in welchem sie Fotos und Inhalte dauerhaft speichern und sich bei Interesse in chronologischer Form anzeigen lassen können. Hierfür spricht auch, dass der von Facebook.com verwendete Newsfeed neben aktuellen auch ausgewählte „Posts“ vergangener Jahre anzeigt („geteilte Inhalte und Beiträge neu entdecken“). Selbst die von Snapchat neu angebotene Funktion „Snapchat Memories“ oder „Snapchat Stories“ sind nicht darauf angelegt, Nutzern eine ähnliche Nutzererfahrung zu ermöglichen. Snapchat Stories sind ebenfalls wie Snaps „vergänglich“ und verschwinden 24 Stunden nach der Veröffentlichung. Die Snap Inc. konzentriert sich mit ihrem Dienst bewusst auf den „engsten“ Freundeskreis des Nutzers und verzichtet nach eigenem Bekunden auf die Erweiterung des Netzwerks auf „Freunde von Freunden“ oder auf soziale Anknüpfungspunkte („social hooks“) wie „Gefällt mir“-Buttons. Kern des Dienstes soll die aktive Kommunikation im Kreise der „echten“ Freunde des Nutzers sein.³¹⁰ Es ist mit dieser Ausrichtung des Dienstes daher

³⁰⁷ <http://www.n-tv.de/wirtschaft/Das-ist-der-Mann-der-Facebook-narrt-article19683262.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]

³⁰⁸ [...], Snapchat, Form S-1 Registration Statement vom 02.02.2017, S. 65, https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1564408/000119312517029199/d270216ds1.htm#rom270216_4 (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...], „Snaps are deleted by default so there is a lot less pressure to look pretty or perfect when creating and sharing images on Snapchat.“

³⁰⁹ <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/soziales-netzwerk-snapchat-plant-boersengang-14780859.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]

³¹⁰ [...]

nicht zu erwarten, dass Snapchat durch einfache Umstellung des Dienstes und weitere zusätzliche Funktionen zu einem gänzlich anders genutzten sozialen Netzwerk werden kann und will. Wie dargestellt zielt der Dienst vielmehr auf den Wettbewerb zu WhatsApp und Instagram.

- 304 Kein Anhaltspunkt für eine Angebotsumstellungsflexibilität ist entgegen der Ansicht von Facebook das Erreichen einer „kritischen Masse“ an Nutzern oder das technische, finanzielle und personelle Know-How. Es kann nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass große Plattformen und Dienste in der Lage sind, jederzeit in benachbarte Märkte einzudringen und dort denselben Erfolg haben werden mit der Folge, dass diese in verschiedensten Internet-Märkten als aktuelle Wettbewerber anzusehen sind. Vielmehr kann die erzielte Reichweite der Dienste regelmäßig nicht in andere Dienste „mitgenommen“ werden. Der Dienst ist zwar möglicherweise technisch leicht auf ein anderes Produkt umstellbar oder erweiterbar, hinsichtlich der kritischen Masse beginnt er jedoch regelmäßig wieder von vorn, wie auch das Beispiel Google+ gezeigt hat. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Umstellung – wie hier – das Produkt in seiner grundsätzlichen Philosophie verändern würde.³¹¹ Dies gilt aber vor allem auch im Hinblick auf die starken direkten Netzwerkeffekte, die die Nutzer an Facebook.com und WhatsApp binden und die eine erhebliche Marktzutrittsschranke bilden, da der neu gebildete Dienst bestehende Facebook-Nutzer für sich gewinnen müsste. Facebook selbst hatte [...] die App „Poke“ entwickelt, über die Nutzer sich Inhalte zusenden konnten, die einige Sekunden nach dem Lesen verschwanden. Poke [...] wurde im Jahr 2014 wieder eingestellt.³¹² Auch weitere Wettbewerbsvorstöße von Facebook in anderen Bereichen seien nicht erfolgreich gewesen und wurden wieder eingestellt.³¹³ Dies zeigt, dass auch Facebook seine Nutzerbasis nicht auf einen benachbarten Netzwerk-Markt übertragen kann.
- 305 Die von Facebook angeführten Beispiele der Entwicklung eines erfolgreichen Onlinespiels von dem Fotodienst Flickr, der Entwicklung einer Kommunikationssoftware durch eine Gaming Plattform Slack, sowie der Entwicklung einer Video-Datingplattform von Youtube³¹⁴ geben für den vorliegenden Fall der sozialen Netzwerke nichts her. Dass ein guter Dienst im Internet im Einzelfall schnell erfolgreich werden kann, ist ein Merkmal der Internetdynamik. Die Internetdynamik und Innovationskraft können jedoch als solche eine weitgehende Angebotsumstellungsflexibilität nicht rechtfertigen. Denn diese können im Einzelfall

³¹¹ Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 48.

³¹² [...]

³¹³ [...]

³¹⁴ [...]

durchaus eingeschränkt sein. Dies gilt insbesondere bei einem Lock-in-Effekt der Nutzerzielgruppe durch direkte Netzwerkeffekte (dazu noch unten Rn. 460 ff.). Es ist schließlich zweifelhaft, ob Snapchat in Deutschland tatsächlich bereits über eine „kritische Masse“ an Nutzern verfügt, die es Snapchat ermöglicht, sie zur Umstellung seines Angebots auf ein soziales Netzwerk zu nutzen. Laut Presseberichten nutzen Snapchat in Deutschland etwa 5 Mio. Nutzer (Juni 2017) und damit deutlich weniger als Facebook.com, das ca. 23 Mio. täglich aktive Nutzer im Jahr 2017 nutzten.³¹⁵ Bei der vom Bundeskartellamt in Auftrag gegebenen Nutzerbefragung gaben unter 5% der befragten Nutzer an, Snapchat regelmäßig zu nutzen.

- 306 Letztlich kann jedoch auch offenbleiben, ob Snapchat in den Markt einzubeziehen ist, da sich die wettbewerbliche Beurteilung nicht ändern würde. Darüber hinaus müssten dann konsequenterweise insbesondere der konzerneigene Facebook-Dienst Instagram aber auch WhatsApp einbezogen werden, die jeweils über eine vielfach größere Nutzerzahl als Snapchat verfügen. Dass WhatsApp von der Kommission im Jahr 2014 den Messaging-Diensten zugeordnet wurde, rechtfertigt entgegen der Ansicht von Facebook³¹⁶ gerade nicht, Snapchat und WhatsApp getrennten Märkten zuzuordnen. Denn die Kommission hat ebenso wie die Beschlussabteilung auf die Unterschiede zwischen sozialen Netzwerken einerseits und Messenger-Diensten andererseits hinsichtlich des umfassenden sozialen Nutzererlebnisses, der Echtzeitkommunikation sowie der sozialen Funktionalitäten in einem größeren Nutzerkreis abgestellt.³¹⁷ Diese Unterschiede treffen nach wie vor trotz zusätzlicher Funktionalitäten auch auf Snapchat zu, so dass der Dienst ebenso wie WhatsApp aus Sicht der Beschlussabteilung als fotobasierter Messenger-Dienst anzusehen ist.

v. YouTube, Twitter

- 307 Entgegen der Ansicht von Facebook³¹⁸ sind auch die Dienste YouTube und Twitter nicht Teil des Marktes für soziale Netzwerke.
- 308 Zwar gibt es bei den Diensten in den Funktionen Überschneidungen mit Facebook.com. Es sind jedoch wesentliche Unterschiede im Hinblick auf den Nutzungszweck der Dienste, die Positionierung durch die Anbieter und die dafür angebotenen Funktionen festzustellen, die gegen eine Austauschbarkeit mit Facebook.com aus Sicht des Nutzers sprechen.

³¹⁵ <http://www.horizont.net/tech/nachrichten/Hansestadt-Snapchat-Mutter-bezieht-ihren-Deutschlandsitz-in-Hamburg-158683> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019); [...]

³¹⁶ [...]

³¹⁷ Europäische Kommission, Entscheidung vom 3. Oktober 2014, Comp/M.7217 – Rn. 53 ff – *Facebook/WhatsApp*

³¹⁸ [...]

- **YouTube**

- 309 Dies gilt entgegen der Ansicht von Facebook³¹⁹ zunächst für den Dienst **YouTube**, der den Nutzern in erster Linie eine Videoplattform zum Konsumieren und Austausch von Videos anbietet. YouTube sieht sich auch selbst primär als „Video-on-Demand-Plattform“, die dazu einige Funktionen „sozialer Art“ anbietet, da Nutzer neben dem Konsumieren die Videos auch bewerten und teilen können.³²⁰ Der Dienst hat als Videoplattform eine deutlich andere Ausrichtung als ein soziales Netzwerk, das die interaktive Kommunikation zwischen den Nutzern in einem virtuellen sozialen Raum in den Vordergrund stellt. So haben auch auf die Frage, welche Dienste die Nutzer „als soziale Netzwerke“ nutzen, nur 4% der befragten Nutzer in der Nutzerumfrage YouTube überhaupt genannt, obwohl 79% der befragten Nutzer YouTube tatsächlich nutzen.³²¹
- 310 Die Ausrichtung von YouTube als Videoplattform zeigt sich zunächst darin, dass der Austausch der Videos und die Kommunikation zwischen zwei abgrenzbaren Nutzergruppen erfolgt und weniger innerhalb der verschiedenen Nutzergruppen. Im Vordergrund steht hier damit die Plattformeigenschaft, die die direkte Interaktion zwischen den die Videos einstellenden Nutzern („Creator“) und den die Videos konsumierenden Nutzern, die die Kanäle („Channels“) der Creator abonnieren können, ermöglicht. Prägendes Merkmal sind indirekte Netzwerkeffekte zwischen diesen Nutzergruppen. YouTube hat sich dabei zu einer Vermarktungsplattform von Künstlern entwickeln und generiert aus dem Medium heraus eigene Stars, die sich über die Videos, die bei hohen Klickraten erhebliche Werbeeinnahmen generieren, darstellen. Ein zentraler Punkt für YouTube's Geschäftsmodell ist es, möglichst viele interessante „Creator“ auf die Plattform zu bringen, so dass YouTube spezielle Partnerschaftsmodelle anbietet, mit denen es besonders erfolgreiche „Creator“ unterstützt.³²² YouTube weist im Übrigen durch diese Möglichkeit, mit eigenen Videos signifikante Werbeerlöse erhalten zu können, auch für private Nutzer eine spezielle Anreizstruktur auf, die sich stark von den Zwecken eines sozialen Netzwerks, das für die privaten Vernetzung mit Freunden genutzt wird, unterscheidet.
- 311 Die Kommunikation zwischen den Abonnenten von Kanälen beschränkt sich bei YouTube auf öffentliche Kommentare, auf die alle öffentlich antworten können. Das Teilen der Videos war dagegen bisher gar nicht auf YouTube selbst möglich, sondern erfolgte per E-Mail oder über Schnittstellen in anderen Diensten einschließlich

³¹⁹ [...]

³²⁰ [...]

³²¹ [...]

³²² [...]

Facebook.com und WhatsApp. YouTube hat im August 2017 einen eigenen Messaging-Dienst in die mobile YouTube-App integriert, die das Teilen der Videos und einen Chat hierüber mit den eigenen Kontakten aus der Kontaktliste bilateral oder in Gruppen auf dem Smartphone ermöglicht. Ziel ist es, das Teilen von YouTube-Inhalten zu modernisieren, indem Nutzer nun Videos direkt mit Freunden in der YouTube-App teilen können, während sie das Video weiterhin schauen, browsen, neue Inhalte entdecken oder eigene Videos hinzufügen. Eine entsprechende Desktop-Version wurde im Juni 2018 eingeführt.³²³ Diese Chatfunktion führt die Plattform jedoch nicht in den Markt der sozialen Netzwerke, sondern stellt einen Marktzutritt zu den Messaging-Diensten dar. Dass auch Anbieter von sozialen Netzwerken regelmäßig gleichzeitig einen Messaging-Dienst betreiben – wie Facebook mit dem Facebook Messenger und WhatsApp und Google mit Hangouts – spricht wie dargestellt nicht für eine Austauschbarkeit dieser Dienste mit sozialen Netzwerken.

- 312 Dementsprechend hat YouTube nicht die Funktion eines virtuellen sozialen Raums, der ein digitales Abbild der sozialen Beziehungen des Nutzers darstellen soll. Dieses zeigt sich zum einen an den in der Nutzerumfrage angegebenen Zwecken, zu denen YouTube genutzt wird. Danach wird YouTube von vielen Nutzern lediglich in dem Bereich „Unterhaltung und Zeitvertreib“ favorisiert.³²⁴ Für andere Nutzungszwecke (insbesondere Kontakt mit Freunden, Messaging, Bekannte suchen, Inhalte von mir mitteilen) wird YouTube von den Nutzern kaum genutzt. [...] ³²⁵ Insgesamt zeigt das, dass lediglich Randsubstitution zwischen Facebook.com und YouTube besteht: YouTube dient primär dem Auffinden relevanter Inhalte und Unterhaltungszwecken, während bei Facebook.com die Nutzung zu Unterhaltungszwecken nur einen Ausschnitt von den insgesamt von Facebook.com angebotenen Nutzungszwecken darstellt.
- 313 Dieses wird bestätigt durch die zeitliche Nutzung von YouTube im Vergleich zu Facebook.com: Während Facebook.com entsprechend seinem Zweck des virtuellen sozialen Raums eine hohe tägliche Nutzung aufweist, wird YouTube weniger häufig genutzt. Die Nutzerumfrage ergab folgendes zeitliches Nutzungsbild:

		YouTube		Facebook	
Wird genutzt		79%		58%	
davon:	<i>mehrmals täglich</i>		10%		49%

³²³ <https://youtube.googleblog.com/2017/08/introducing-new-way-to-share-youtube.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019); [...]

³²⁴ [...]

³²⁵ [...]

	<i>einmal täglich</i>		8%		16%
	<i>mehrmals pro Woche</i>		23%		11%
	<i>1 Mal pro Woche</i>		12%		6%
	<i>mehrmals pro Monat</i>		16%		5%
	<i>ca. 1 Mal pro Monat</i>		15%		6%
	<i>Seltener</i>		17%		8%

- 314 Die Videos von YouTube sind im Übrigen auch ohne Registrierung konsumierbar. Ein beträchtlicher Umfang der täglich aktiven Nutzer von YouTube nutzt YouTube ohne Registrierung. Dies bedeutet, dass alle Videos angesehen, jedoch keine weiteren Funktionalitäten genutzt werden können.³²⁶ Auch hieran zeigt sich, dass der passive Konsum von Videos stark im Vordergrund steht. YouTube selbst bezeichnet seine Nutzer auch als „Viewer“ (Zuschauer) und erfasst die Nutzung in den Rubriken „daily active viewer“ (DAV) und „monthly active viewer“ (MAV). Videos sind auch die einzigen Medien, die hochgeladen werden können. Audio- oder Fotodateien können nicht eingestellt werden. Registrierte Nutzer können bei YouTube einen eigenen Kanal mit einem Kanalbild anlegen und im Bereich „Kanalinfo“ eine Beschreibung des Kanals geben. Ein detailliertes Nutzerprofil wird dagegen regelmäßig nicht angelegt.
- 315 Dass Facebook.com mit der im Jahr 2017 in den eingeführten Funktionen „Facebook Watch“ (nur USA) und „Facebook for Creators“ in Bereiche vordringt, die sich mit dem Geschäftsmodell YouTubes überschneiden,³²⁷ ändert die Bewertung, dass YouTube kein soziales Netzwerk darstellt, nicht.³²⁸ Die Videofunktionalitäten betreffen bei Facebook.com nur einen Teilausschnitt der insgesamt im sozialen Netzwerk angebotenen Funktionen im Rahmen der umfassenden sozialen Nutzererfahrung, nämlich das Angebot von Video-Inhalten. Facebook.com mag damit auch auf dem Markt für Videoplattformen hinzutreten, umgekehrt ist YouTube damit jedoch nicht Teil des Marktes für soziale Netzwerke.
- 316 YouTube kann schließlich auch nicht im Hinblick auf eine Angebotsumstellungsflexibilität in den Markt einbezogen werden. Insoweit kann auf die Ausführungen zu Snapchat (Rn. 295 ff.) verwiesen werden. Auch im Fall von YouTube ist nicht anzunehmen, dass ein Dienst, der mit einer völlig anderen Philosophie

³²⁶ [...]

³²⁷ [...]

³²⁸ [...]

erfolgreich wurde und eine große Nutzerbasis aufbauen konnte, kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand auf den Markt für soziale Netzwerke tätig werden kann. Die eigene Konzerngeschichte von Google hat dieses bereits gezeigt: Google hatte im Jahr 2013 versucht, die Nutzung von YouTube an die Nutzung seines sozialen Netzwerks Google+ zu knüpfen. Für das Posten von Kommentaren auf YouTube war die Registrierung bei Google+ mit einem Nutzerprofil erforderlich. Dies hat massiven Protest bei den YouTube-Nutzern hervorgerufen.³²⁹ Die Kopplung wurde von Google im Herbst 2015 wieder rückgängig gemacht.³³⁰

- 317 Auch ist zu berücksichtigen, dass Google mit Google+ bereits ein soziales Netzwerk betrieben hat, das auf den Wettbewerb mit Facebook.com zielte und nunmehr gescheitert ist. Google betreibt Google+ - wie oben dargestellt – nur noch als Business Produkt. Es ist nicht ersichtlich, dass Google beabsichtigen könnte, mit YouTube ein zweites soziales Netzwerk aufzubauen und das Erfolgskonzept von YouTube als Videoplattform durch eine solche Umwandlung zu beeinträchtigen. Hier ist erneut – wie bereits oben (Rn. 276) beschrieben – auf das Problem der direkten Netzwerkeffekte hinzuweisen. Vielmehr entwickelt YouTube die Plattform als audiovisuelle Plattform weiter und bietet nunmehr entgeltliche Modelle an. So hat YouTube im Juni 2018 seinen Musik-Streaming-Dienst „YouTubeMusic“ in Deutschland eingeführt.³³¹ Der Dienst wird den Nutzern alternativ ohne monetäres Entgelt mit Werbeeinblendungen oder als Premium-Dienst gegen ein monatliches Entgelt von ca. 9,99 € angeboten. Gleichzeitig wurde das in USA bereits verfügbare „YouTube Premium“, eine werbefreie Version von YouTube gegen ein monatliches Entgelt von 11,99 € in Deutschland eingeführt.³³² Dieses entfernt den Dienst noch weiter von den sozialen Netzwerken.
- 318 Schließlich spricht entgegen der Ansicht von Facebook eine parallele Nutzung (Multi-Homing) von Facebook.com und YouTube nicht für einen einheitlichen Markt. Zwar werden[...]³³³[...]³³⁴ - Facebook.com und YouTube in größerem Ausmaß parallel genutzt. [...]³³⁵ Diese parallele Nutzung erfolgt jedoch ganz überwiegend nicht zur direkten Kommunikation mit identifizierten Freunden und Bekannten. Wie dargestellt

³²⁹ <https://youtube.googleblog.com/2015/07/youtube-comments.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]

³³⁰ [...] <https://googleblog.blogspot.de/2015/07/everything-in-its-right-place.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]

³³¹ Vgl. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Musik-Streaming-YouTube-Music-startet-in-Deutschland-4084187.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

³³² Vgl. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Google-startet-Streaming-Dienst-YouTube-Music-4050846.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

³³³ [...]

³³⁴ [...]

³³⁵ [...]

nutzt eine Vielzahl der „DAVs“ von YouTube den Dienst ohne Registrierung und damit allein zum Konsumieren von Videos.

- **Twitter**

- 319 Auch der Dienst „Twitter“ (englisch für „Zwitschern“) ist nach Verwendungszweck und Nutzungsform aus Sicht der Nutzer nicht in den Markt für soziale Netzwerke einzubeziehen, sondern allenfalls als Substitutionswettbewerb zu berücksichtigen.
- 320 Zwar können Nutzer von Twitter ein detaillierteres Nutzerprofil anlegen und außer allgemeinen Interessen noch weitere Angaben zu Alter, Geschlecht, Beruf oder Interessen hinzufügen.³³⁶ Auch kann der Nutzer seine eigene Kontaktliste mit dem Dienst abgleichen, um zu sehen, welche seiner Freunde beim Dienst aktiv sind.³³⁷ Der Dienst dient jedoch nicht dem Aufbau einer Online-Identität und der Vernetzung mit schon bekannten Freunden und Personen mit einem umfassenden täglichen Austausch von Erfahrungen, Meinungen und Inhalten in bestimmten identitätsbasierten und vom Nutzer definierten Kreisen.
- 321 Twitter wird sehr häufig als sog. „Microblogging“ („Kurznachrichten“)-Dienst eingeordnet. Als "Blog" wird ein auf einer Webseite geführtes, typischerweise öffentlich einsehbares Journal angesehen, in das eine Person, der "Blogger", Aufzeichnungen führt, Inhalte wie Fotos, Videos postet oder nur Gedanken niederschreibt. "Mikroblogging" bezeichnet das Bloggen durch kurze Statusmeldungen als Textnachrichten, die typischerweise 200 Zeichen nicht übersteigen. So können auf Twitter, wie dargestellt (oben Rn. 203), angemeldete Nutzer telegrammartige Kurznachrichten (die „Tweets“) mit einem Limit von inzwischen 280 Zeichen (ohne angehängte Dateien oder zitierte Tweets) verbreiten. Dadurch steht der Dienst den Messaging-Funktionen nahe, die der Dienst durch die kurzen Echtzeit-Tweets enthält und deren Schnelligkeit den Dienst auch kennzeichnet. Der Schwerpunkt dieses Dienstes liegt [...] darauf, die Nutzer in Echtzeit über aktuelle Geschehnisse zu unterrichten [...].³³⁸
- 322 Der Dienst ist darüber hinaus im Unterschied zu sozialen Netzwerken durch die hohe Öffentlichkeit der Tweets charakterisiert. Die Tweets sind in den Voreinstellungen standardmäßig öffentlich. Zwar bietet Twitter auch die Möglichkeit, Informationen bilateral oder in kleineren Nutzerkreisen zu teilen, der Dienst sieht sich aber vor allem als Plattform für die öffentliche Selbstdarstellung und Auseinandersetzung in Echtzeit

³³⁶ [...].

³³⁷ [...]

³³⁸ [...]

[...].³³⁹ Twitter hebt dabei hervor, dass Nutzer im Gegensatz zu Wettbewerbern auch Nachrichten von fremden Nutzern sehen können.³⁴⁰ Zentrales Kennzeichen von Twitter ist der sog. "Hashtag" (das Zeichen #), das zur Auffindbarkeit der öffentlichen Tweets dient. Häufig verwendete Hashtags sind potenzielle „Trendthemen“ („trending topic“) der öffentlichen Debatte.

- 323 Ein weiterer Schwerpunkt dieses Dienstes liegt auf dem Teilen von Inhalten (Content-Sharing).³⁴¹ Die Kategorie "Inhalteplattformen" ("Content-Sharing-Dienste") findet sich – wie dargestellt – häufig unter den verschiedenen Definitionen sozialer Medien.³⁴² Inhalteplattformen fokussieren sich auf die öffentliche Publikation von Inhalten und der Interaktion von Nutzern zu Inhalten.³⁴³ Der (kleineren) Gruppe der sog. Creator steht in der Regel eine größere Nutzergruppe gegenüber, die die Inhalte der Creator konsumiert und kommentiert. Jenseits von Kommentierungs-/Like-Funktionen fehlen bei Inhalteplattformen jedoch ausdifferenzierte soziale Funktionen.³⁴⁴ Auf Twitter findet auch häufig ein Meinungs- und Inhauteaustausch von Nutzern, die sich nicht kennen, statt. Anders als bei sozialen Netzwerken spielt die Identität der Nutzer keine vergleichbar gewichtige Rolle. Entscheidend ist vielmehr vor allem die Anzahl und Relevanz der auf der Plattform eingestellten Inhalte.³⁴⁵
- 324 Twitter ist als Inhalteplattform daher auch mit der Videoplattform YouTube, die ebenfalls häufig in den Bereich *Content-Sharing* eingeordnet wird, vergleichbar. Wie bei YouTube können auch bei Twitter Nutzer Inhalte ansehen und konsumieren, ohne sich bei Twitter zu registrieren.³⁴⁶ Erst wenn der Nutzer mit anderen Nutzern interagieren möchte, um beispielsweise bestimmte Inhalte zu kommentieren oder anderen Nutzern zu „folgen“, ist eine Anmeldung erforderlich.
- 325 Auch nach seiner zeitlichen Nutzung ist Twitter nicht als soziales Netzwerk einzuordnen:

³³⁹ [...]

³⁴⁰ [...]

³⁴¹ [...]

³⁴² S. beispielsweise Definition des BVDW, https://www.bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/publikationen/social_media/Kompass_Social_Media_2016_2017.pdf (zuletzt abgerufen am 10.01.2018): Mit Content Sharing Diensten können Nutzer anderen Teilnehmern Content (Fotos, Videos, Musik) zur Verfügung stellen, die anschließend bewertet, weiterempfohlen und von anderen Angeboten verlinkt werden können.

³⁴³ [...]

³⁴⁴ [...]

³⁴⁵ [...]

³⁴⁶ www.twitter.de (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]; www.youtube.de (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]; ähnlich bei WeHeartit; bei Pinterest und Tumblr ist eine vorherige Registrierung erforderlich.

		YouTube	Facebook	Twitter
Wird genutzt		79%	58%	15%
davon:	<i>mehrmals täglich</i>	10%	49%	12%
	<i>einmal täglich</i>	8%	16%	6%
	<i>mehrmals pro Woche</i>	23%	11%	15%
	<i>1 Mal pro Woche</i>	12%	6%	10%
	<i>mehrmals pro Monat</i>	16%	5%	9%
	<i>ca. 1 Mal pro Monat</i>	15%	6%	18%
	<i>Seltener</i>	17%	8%	31%

326 Die Antworten zeigen für Twitter eine zeitliche Nutzung, die eher mit YouTube vergleichbar ist bei insgesamt deutlich weniger Nutzern, die dabei sehr viel häufiger eine seltenere Nutzung angaben. Der Dienst kann daher auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als virtueller sozialer Raum, in dem die persönlichen Beziehungen der Nutzer in verschiedenen Kreisen und Gruppen gelebt und gepflegt werden, angesehen werden.

327 Ein weiteres Indiz dafür, dass keine Austauschbarkeit mit Facebook.com gegeben ist, ist die Tatsache, dass der Markteintritt von Facebook.com [...] keinen Einfluss auf Twitters Marktstellung in Deutschland gehabt [...] und es zu keinen Nutzerabwanderungen gekommen sei.³⁴⁷ Eine Einbeziehung von Twitter kann schließlich wie bei den Diensten Snapchat und YouTube auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Angebotsumstellungsflexibilität angenommen werden. Wie dargestellt, kann von einer kurzfristigen Umstellungsmöglichkeit oder -absicht auf einen anderen Verwendungszweck unter Mitnahme der Nutzerbasis nicht ausgegangen werden.

vi. **Pinterest, Instagram**

328 Entgegen der Ansicht von Facebook sind weder Pinterest noch Instagram Teil des Marktes für soziale Netzwerke.

³⁴⁷ [...]

- **Pinterest**

- 329 Pinterest bezeichnet sich in der Beschreibung seiner App als "Ideenplattform, die den Nutzern dabei hilft, kleine und große Projekte im Alltag umzusetzen".³⁴⁸ Pinterest sei ein "visuelles Lesezeichen", das dem Nutzer dabei helfe, kreative Ideen zu finden und aufzuheben.³⁴⁹
- 330 In Online-Medien findet man die Einordnung als "soziales Bildernetzwerk", das zu den Microblogging-Plattformen gehört. Bei dem Dienst können Nutzer vor allem Bilder, Fotos und Zeichnungen an virtuelle Pinnwände anheften und diese der Öffentlichkeit oder eigenen Gruppen zur Verfügung stellen. Der Name setzt sich aus „to pin“ für anheften/befestigen und „interest“ für Interesse zusammen. Für die Anmeldung ist die Angabe des Namen und der E-Mail-Adresse sowie eine Auswahl aus verschiedenen Interessensgebieten (Fotografie, Mode, Schuhe, Essen und Trinken, Wohnideen etc.) erforderlich. Für jede Nutzung des Dienstes ist eine Anmeldung erforderlich. Auf der „Home“-Page (dem „Start-Feed“) des Nutzers erscheinen verschiedene Fotos von erstellten kommerziellen oder privaten Pinnwänden zu den ausgewählten Themen. Die Pins können auf einer eigenen Pinnwand, die geheim gehalten werden kann, gespeichert werden. Die Fotos können auf Pinterest durch eine Mitteilungsfunktion oder in andere soziale Medien geteilt ("Repin") und dabei kommentiert werden. Auch ist eine (Echtzeit-) Unterhaltung über die Mitteilungsfunktion möglich. Andere Nutzer können zum gemeinsamen "Pin-Sammeln" auf einer eigenen Pinnwand eingeladen werden. Nutzer können einzelnen oder allen Pinnwänden anderer Nutzer folgen.
- 331 Der Dienst ist nach seinem Verwendungszweck und seinen Eigenschaften nicht Teil des Marktes für soziale Netzwerke. Er ist vielmehr sehr stark auf das Sammeln, Organisieren und Ansehen von kommerziellen und privaten Fotos fokussiert, über die in relativ beschränktem Umfang eine Kommunikation stattfindet. Die kommerziell geposteten Pins, die in erheblichem Umfang zu den ausgewählten Interessen im Start-Feed erscheinen, dienen zur Sammlung von Shopping-Ideen und der Produktbewertung durch die Nutzer. Im privaten Bereich dient Pinterest dem "Foto-Blogging", einer Mischung aus Blogging- und Content-Sharing-Dienst.
- 332 Dies kann auch der Nutzerumfrage entnommen werden, wonach Pinterest zunächst bei der Frage, welche Dienste die Nutzer „als soziale Netzwerke“ nutzen, nur von 2 % der befragten Nutzer genannt wurde, während aber 11% der befragten Nutzer Pinterest tatsächlich nutzen.³⁵⁰ Dies spricht bereits dafür, dass die Nutzer den Dienst nicht im

³⁴⁸ Vgl. die Darstellung der Smartphone-App im App-Store von Apple, abgerufen am 21.8.2017.

³⁴⁹ Vgl. die Beschreibung im Helpcenter von Pinterest unter <https://help.pinterest.com/de/guide/all-about-pinterest>, [...]

³⁵⁰ [...]

Bereich sozialer Netzwerke verorten. Bei der Frage nach den Nutzungszwecken wird Pinterest allenfalls als zweithäufigst vom jeweiligen Befragten genutzter Dienst genannt und dies auch nur von einem geringen Anteil der Befragten. So nannten nur 4 % der Pinterest Nutzer Pinterest als den am zweithäufigst genutzten Dienst für den Zweck „Unterhaltung und Zeitvertreib“. Ein noch geringerer Anteil der Pinterest-Nutzer nutzten Pinterest als zweithäufigsten Dienst, um "Marken und Promis" zu folgen oder um sich "über Veranstaltungen und Produkte informieren" (jeweils unter 1%). Auch die zeitliche Nutzung von Pinterest zeigt die Nähe zu Inhalteplattformen wie YouTube oder Twitter:

		YouTube		Facebook		Pinterest	
Wird genutzt		79%		58%		11%	
davon:	<i>mehrmals täglich</i>		10%		49%		9%
	<i>einmal täglich</i>		8%		16%		11%
	<i>mehrmals pro Woche</i>		23%		11%		13%
	<i>1 Mal pro Woche</i>		12%		6%		6%
	<i>mehrmals pro Monat</i>		16%		5%		15%
	<i>ca. 1 Mal pro Monat</i>		15%		6%		19%
	<i>Seltener</i>		17%		8%		28%

333 Insgesamt kann der Dienst daher nicht als virtueller sozialer Raum, in dem die persönlichen Beziehungen der Nutzer in verschiedenen Kreisen und Gruppen gelebt und gepflegt werden, angesehen werden. Eine Einbeziehung von Pinterest kommt wie bei den anderen Diensten auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Angebotsumstellungsflexibilität in Betracht. Wie dargestellt, kann von einer kurzfristigen Umstellungsmöglichkeit oder -absicht auf einen anderen Verwendungszweck unter Mitnahme der Nutzerbasis nicht ausgegangen werden.

- **Instagram**

334 Instagram ist entgegen der Ansicht von Facebook trotz Überschneidungen und gewisser Verzahnung mit Facebook.com nicht als soziales Netzwerk mit Facebook.com austauschbar. Vielmehr handelt es sich um einen mobilen Fotodienst

- mit Microblogging-Funktion, die den Dienst in die wettbewerbliche Nähe zu einerseits Snapchat und andererseits zu YouTube stellt.
- 335 Instagram hat einige wesentliche Elemente eines sozialen Netzwerks wie z.B. die Registrierungspflicht sowie die Möglichkeit, ein relativ umfangreiches Nutzerprofil anzulegen. Es können Personen gesucht werden, denen der Nutzer folgen will oder die dem Nutzer folgen („Follower“). Es können Kontakte aus dem Adressbuch zum Abgleich hochgeladen werden. Ist der Instagram-Nutzer gleichzeitig Facebook-Nutzer, kann den Facebook-Freunden gefolgt werden, die auch Instagram nutzen. Instagram schlägt unter der Funktion „Entdecke Personen“ andere Nutzer vor und greift auch hierbei auf die Facebook-Daten zu. Auch ist der Dienst mit einer Startseite ausgestattet, der die geposteten Fotos und Videos der Personen, denen man folgt, chronologisch auflistet. Der Dienst wird auch in erheblichem Umfang durch Unternehmen und Prominente genutzt, denen die Nutzer folgen können.
- 336 Gegen die Einordnung als soziales Netzwerk spricht zunächst die starke Beschränkung der Kommunikation auf Fotos und Videos. Dies rückt den Dienst in den Bereich der Inhalteplattformen, da es für die Attraktivität des Dienstes dadurch vor allem auf die Anzahl und Relevanz der eingestellten Inhalte ankommt und weniger auf die Identität der privaten Nutzer. Obwohl bei Anlegung der Profils heute das „private Konto“, das nur bestimmte bestätigte Personen die Fotos und Videos des Nutzers sehen können, möglich ist, ist Instagram auf eine öffentliche Nutzung, die mehr „Follower“ generiert, ausgelegt. Instagram hat eine ähnliche Anreizstruktur wie YouTube, da der Nutzer seinen Account als Werbekanal zur Verfügung stellen kann. Generiert der Nutzer hinreichend Follower, können damit Werbeerlöse erzielt werden. Nutzer können beispielsweise mit „Product Placement“ Werbeerlöse erzielen, in dem ein bestimmtes Produkt fotografiert und auf die Instagram-Seite gestellt wird. Der Anreiz zu Öffentlichkeit ist daher hoch.
- 337 Es gibt, ähnlich wie bei YouTube, Instagram-Stars, die nur dort bekannt sind. Der Dienst ist insbesondere durch die intensive Nutzung von Prominenten für sog. Influencer-Werbung interessant. Influencer sind Akteure in sozialen Medien, die aufgrund ihrer starken Präsenz und ihres hohen Ansehens über Inhalteproduktion, und –distribution Einfluss auf ihre „Follower“ aufgebaut haben und daher für Werbung und Vermarktung in Frage kommen. Sie werden in den betreffenden sozialen Medien dabei auch für Marketing-Zwecke eingesetzt.
- 338 Darüber hinaus hat der Dienst im privaten Umfeld die Funktion eines Online-Fototagebuchs und hat – ähnlich wie Snapchat – eine Foto-Chatfunktion einschließlich der Möglichkeit, verfremdete Fotos zu versenden und Instagram „Stories“ anzulegen.

Der Dienst ist auch ausschließlich als mobile App oder mobile Webseite verfügbar. Instagram wird dabei auch zu rund 37 % von jungen Nutzern zwischen 14 und 19 Jahren genutzt.³⁵¹

vii. Weitere Dienste

- 339 Es sind schließlich auch die weiteren betrachteten Dienste wie Apple Foto, Flickr, MySpace, Reddit, Tumblr, Vimeo und Yelp nicht in den relevanten Markt für soziale Netzwerke einzubeziehen.
- 340 **Flickr** ist ein Foto-Dienst mit Blogging-Funktion, der ähnliche Funktionalitäten und Verwendungszwecke wie etwa Pinterest aber auch Instagram aufweist und daher ebenfalls nicht als soziales Netzwerk anzusehen ist. Auf die Ausführungen zu Pinterest kann insoweit verwiesen werden. **Apple Foto** ist ebenso wenig einzubeziehen. Hier ist zweifelhaft, ob überhaupt ein soziales Medium vorliegt, da sich die Kommunikationsmöglichkeit in dem Teilen der Fotos über andere soziale Medien erschöpft.
- 341 Auch **Tumblr** ist ein fotobetonter Blogging-Dienst, der jedoch ebenso wie **Reddit** vor allem Verwendungszwecke und Funktionalitäten vergleichbar mit Twitter aufweist. Die Dienste dienen der Kommunikation ausschließlich im öffentlichen Raum, wobei bei Tumblr auch die Kommentarfunktion fehlt. Beide Dienste sind außerdem überwiegend englisch-sprachig und insgesamt aus denselben Gründen wie Twitter nicht dem Markt für soziale Netzwerke zuzuordnen.
- 342 Das Videoportal **Vimeo** ist ebenso wie YouTube als Videoplattform nicht demselben Markt wie Facebook.com zuzuordnen. Auf die Ausführungen zu YouTube kann verwiesen werden. Hinzu kommt, dass der Dienst überwiegend kostenpflichtig ist und eine professionelle Nutzergruppe anspricht. Auch **MySpace** ist nicht zu dem Markt für soziale Netzwerke zu zählen. Der Dienst hat einen starken Musikschwerpunkt und dient vor allem auch der Vermarktung und dem Bekanntmachen von Musikern und Bands sowie der Pflege von länderübergreifenden Kontakten der Musiker untereinander. MySpace hat damit nach seinen Verwendungszwecken vorwiegend Elemente einer Inhalteplattform wie YouTube, aber auch eines Berufsnetzwerkes für Musiker.
- 343 Schließlich können der Online-Branchendienst **Yelp** und ähnliche Dienste nicht einbezogen werden. Solche Dienste werden von Nutzern zu anderen Zwecken genutzt als soziale Netzwerke. Im Zentrum der Nutzung steht die Suche und ggf. der Vergleich

³⁵¹ <https://www.crowdmedia.de/social-media/instagram-nutzerzahlen-in-deutschland-2018/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

sowie die Buchung bzw. der Kauf einer bestimmten Leistung oder einem Produkt. Die Bewertungen anderer Nutzer bieten dabei eine Entscheidungshilfe bei der Frage, welches Angebot der Nutzer wählt. Sie ergänzen die Angaben des Anbieters durch einen subjektiven Eindruck anderer, die das Produkt oder die Leistung bereits genutzt haben. Diese Einschätzungen sind für viele Nutzer nützlich, da sie sich hiervon eine unabhängige und subjektive Beurteilung versprechen, die sie mit den Angaben des Produkthanbieters vergleichen können. Die Dienste weisen insoweit allenfalls Elemente von Diensten wie Pinterest auf, die jedoch ebenfalls nicht Teil des relevanten Marktes sind.

(3) Räumliche Marktabgrenzung

- 344 Der Markt für soziale Netzwerke ist räumlich national abzugrenzen. Hierfür sprechen nach den Ermittlungen zum einen die tatsächliche Nutzung der sozialen Netzwerke in Deutschland (hierzu (a)) sowie die bestehenden nationalen Besonderheiten (hierzu (b)). Auch ist der vom Verhalten betroffene Markt nicht wegen einer Angebotsumstellungsflexibilität räumlich über Deutschland hinaus abzugrenzen (hierzu (c)).

(a) Tatsächliche nationale Nutzung

- 345 Für eine nationale Abgrenzung spricht insbesondere die überwiegend auf Deutschland beschränkte **tatsächliche Nutzung** von in Deutschland ansässigen Nutzern sozialer Netzwerke.
- 346 Zwar sind soziale Netzwerke häufig weltweit verfügbar und wie Facebook.com und bisher Google+ auch für eine weltweite Nutzung ausgelegt. Auch haben in der von der Beschlussabteilung durchgeführten Nutzerumfrage 53% der Nutzer angegeben, dass ein weiteres Entscheidungskriterium für die Nutzung eines Netzwerks sei, dass „Personen aus verschiedenen Regionen bzw. Ländern“ das Netzwerk nutzen.³⁵² Unabhängig davon, dass daneben auch im Wesentlichen auf den deutschen Markt beschränkte Netzwerke existieren (Stayfriends, StudiVZ, Jappy.de), sind auch Facebook.com und bisher Google+ jeweils den nationalen Märkten zuzuordnen. Denn tatsächlich nutzen die Nutzer das Netzwerk ganz überwiegend zur Vernetzung mit ihren in Deutschland ansässigen Freunden.
- 347 Kriterium für die Entscheidung für ein soziales Netzwerk ist nach den Ergebnissen der Nutzerumfrage für ca. 85% der Nutzer, dass ihre Freunde das soziale Netzwerk

³⁵² [...]

nutzen.³⁵³ Die Nutzerumfrage hat darüber hinaus ergeben, dass – bezogen auf den Dienst Facebook.com – ca. 80 % der Nutzerangaben, dass ihre Freunde überwiegend in Deutschland wohnen, ca. 15 % haben ihre Facebook-Freunde sowohl in Deutschland als auch im Ausland und lediglich unter 2% gaben an, dass ihre Freunde überwiegend im Ausland wohnten.³⁵⁴ Die - wie bereits dargestellt - für soziale Netzwerke charakteristischen identitätsbasierten Netzwerkeffekte wirken damit ganz überwiegend innerhalb nationaler Grenzen, da mehr als drei Viertel aller Nutzer die für sie relevanten Freunde und Bekannte innerhalb dieser Grenzen haben. Die Netzwerkeffekte wirken zugunsten der Anbieter von sozialen Netzwerken, die in Deutschland eine große Nutzerbasis haben, da sie Nutzern eine hohe Wahrscheinlichkeit zum Auffinden ihrer Freunde bieten.

(b) Nationale Besonderheiten

348 Bei international tätigen sozialen Netzwerken wie Facebook.com und bisher Google+ ist die Benutzeroberfläche länderübergreifend zwar überwiegend einheitlich gestaltet. Dennoch wird der Dienst in jedem Land auch unter einer nationalen Domain angeboten. Auch unterscheiden sich die Spracheinstellungen je nach Nutzerregion. Da soziale Netzwerke der sozialen Interaktion dienen, sind nur solche Dienste in den Markt miteinzubeziehen, in denen deutsche Nutzer auch auf Nutzer treffen, die mehrheitlich in ihrer Sprache kommunizieren, so dass beispielsweise Dienste wie Odnoklassniki (s. Rn. 192) nicht mit in den Markt einzubeziehen sind. Auch Inhalte, die Nutzer – beispielsweise durch „Gefällt-mir“ oder „Teilen-Buttons“ – auf Facebook.com teilen, weisen aufgrund der Interessen der Nutzer häufig regionalen oder zumindest nationalen Bezug auf und sind in deutscher Sprache verfasst. Gleiches gilt für Werbung, die in deutscher Sprache verfasst ist und auf die Interessen deutscher Nutzer zugeschnitten ist.

349 Im Vergleich zu anderen europäischen Ländern nutzen deutsche Nutzer Facebook.com auch anders, [...]³⁵⁵

(c) Fehlende anbieterseitige Umstellungsflexibilität

350 Eine anbieterseitige Umstellungsflexibilität ist bezogen auf andere nationale Märkte nicht anzunehmen, da ein erfolgreicher Markteintritt in Deutschland aus anderen geographischen Märkten aufgrund der im Markt wirkenden identitätsbasierten direkten Netzwerkeffekte kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand nicht möglich

³⁵³ [...]

³⁵⁴ [...]

³⁵⁵ [...]

ist. Im Hinblick auf die festgestellte national ausgerichtete Nutzung von sozialen Netzwerken begegnet eine räumliche Tätigkeitsausweitung denselben Problemen wie eine funktionale Erweiterung bisher anders positionierter sozialer Medien. Es wäre ein Marktzutritt, der den Aufbau einer völlig neuen Nutzerbasis erfordert. Eine Erstreckung der vorhandenen Reichweite in einen neuen geographischen Markt ist wegen der direkten Netzwerkeffekte genauso wenig kurzfristig und mit vertretbarem Aufwand möglich wie die Übertragung einer vorhandenen Reichweite auf einen neu ausgerichteten Dienst.

- 351 Versuche der nationalen Netzwerke Stayfriends und StudiVZ, auch in anderen europäischen Ländern zu wachsen, waren daher bisher auch kaum erfolgreich: StudiVZ hatte eine Expansion in andere europäische Länder versucht, stellte diese jedoch im Jahr 2009 wieder ein.³⁵⁶ Stayfriends ist lediglich im deutschsprachigen Raum aktiv. Das Unternehmen hat zwar eine schwedische (Stayfriends.se) und eine französische Tochter Trombi.com, die jedoch getrennte Dienste bilden und nur sehr geringe Nutzerzahlen aufweisen.³⁵⁷

c. Online-Werbemärkte

- 352 Vom Verhalten ist darüber hinaus die Werbeseite von Facebook.com betroffen, auf der insbesondere zielgerichtete Werbung angeboten wird für die die Datenverarbeitung in erheblichem Umfang erfolgt. Wie dargestellt, ist die Seite der Werbetreibenden getrennt von den übrigen Marktseiten des sozialen Netzwerks zu betrachten. Betroffen ist der nationale Markt für suchungebundene Online-Werbung. Ob darüber hinaus ein Teilmarkt für suchungebundene Werbung auf sozialen Medien anzunehmen ist, kann im Ergebnis offenbleiben.

(1) Sachliche Marktabgrenzung

- 353 Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung ist Online-Werbung ein von Offline-Werbung zu trennender Markt (a). Auch ist die Online-Werbung in sachlich getrennte Märkte für suchgebundene bzw. suchungebundene Online-Werbung zu differenzieren (b). Schließlich sprechen nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung Indizien dafür, dass auch im Rahmen von suchungebundener Online-Werbung weiter zwischen Werbung auf sozialen Medien bzw. Werbung auf sozialen Netzwerken, hier

³⁵⁶ http://www.chip.de/news/StudiVZ-schliesst-fremdsprachige-Ableger_34078550.html (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]

³⁵⁷ [...]

insbesondere Facebook.com, und sonstiger suchungebundener Werbung differenziert werden kann (c).

(a) **Online-Werbung vs. Offline-Werbung**

- 354 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben zunächst die Praxis der Kommission und des Bundeskartellamts bestätigt, dass aus Sicht der Nachfrager zwischen Online-Werbung und Offline-Werbung zu differenzieren ist.³⁵⁸
- 355 Online-Werbung zeichnet sich aus Sicht der befragten Werbetreibenden und Mediaagenturen gegenüber Offline-Werbung durch eine Reihe von relevanten Vorteilen aus. So ermögliche Online-Werbung eine deutlich bessere Zielgruppenansprache. Zielgruppen könnten online besser identifiziert und zielgenau adressiert werden. Außerdem sei Online-Werbung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorteilhaft. Sie biete einen besseren Return-on-Investment und sei insgesamt häufig günstiger als Offline-Werbung. Weiterhin wird Online-Werbung als besonders flexibel, schnell und gut skalierbar angesehen. Sie biete außerdem bessere Möglichkeiten der Erfolgsmessung und der Nachverfolgung. Insbesondere Unternehmen mit einer hohen Online-Präsenz betonen, dass Online-Werbung eine direkte Interaktion der Kunden ohne Medienbrüche ermögliche.³⁵⁹
- 356 Als Nachteile der Online-Werbung gegenüber Offline-Werbeformen wird von einigen befragten Unternehmen genannt, dass nach wie vor nicht alle relevanten Zielgruppen online in ausreichendem Umfang erreichbar sind (z.B. Frauen 65+). Darüber hinaus sei das Umfeld, in dem Online-Werbung erscheint, schwerer zu kontrollieren. Weiterhin weisen einzelne Unternehmen darauf hin, dass die Reichweite von Online-Werbung noch nicht so hoch sei wie bei Offline-Kampagnen. Häufig werden außerdem Betrugs-Problematiken (so genannter „Ad Fraud“³⁶⁰) genannt.³⁶¹
- 357 Auch zeigt sich insgesamt nur eine sehr geringe Neigung, bei einer Preiserhöhung im Bereich der Online-Werbung Budgetverschiebungen in den Offline-Bereich vorzunehmen, was ebenfalls gegen eine Austauschbarkeit der beiden Werbeformen spricht.³⁶²

³⁵⁸ Vgl. etwa BKartA, Beschluss vom 11. Juni 2015 – B6-22/15 – *Funke/Springer/Media Impact* – Rn. 213ff; Europäische Kommission, Entscheidung vom 18. Februar 2010 – COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, Rn. 61; Entscheidung vom 11. März 2008 – COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, Rn. 44 ff.

³⁵⁹ [...]

³⁶⁰ <https://www.die-webseitenverbesserer.de/blog/betrug-der-online-werbung-ad-fraud-als-unterschaetztes-problem> (zuletzt abgerufen 10.01.2019).

³⁶¹ [...]

³⁶² [...]

(b) Suchgebundene und nicht-suchgebundene Werbung

- 358 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung ergeben ferner, dass suchgebundene und suchungebundene Online-Werbung als getrennte Märkte anzusehen sind. Dies war in den bisherigen Entscheidungen der Kommission noch offen gelassen worden.³⁶³ Eine große Mehrheit der befragten werbetreibenden Unternehmen sieht suchgebundene Werbung als eine von anderen Formen der Online-Werbung zu trennende Werbeform an.³⁶⁴ Suchgebundene Werbung zeichnet sich nach Ansicht der befragten Unternehmen durch eine Reihe spezifischer Vorteile gegenüber anderen Online-Werbeformen aus. Insbesondere im Rahmen der Generierung und Messung von Conversions, also der Messung, wie viele Besucher einer Webseite tatsächlich zu Käufern des Produkts werden, spielt suchgebundene Werbung eine besondere Rolle. Darüber hinaus wird die hohe Relevanz der suchgebundenen Werbung für den Kunden betont. Mehrere befragte Unternehmen sehen die suchgebundene Werbung außerdem als eine besonders effiziente Werbeform im Internet an.³⁶⁵
- 359 Einige Unternehmen weisen darauf hin, dass die verschiedenen Arten von Online-Werbung an unterschiedlichen „Funnel-Punkten“ ansetzen, also an unterschiedlichen Punkten des Kaufprozesses eines Kunden. Dabei spielten suchgebundene Werbung vor allem am unteren Funnel-Punkt eine Rolle, also am Ende des Kaufprozesses, während suchungebundene Werbung, insbesondere Display und Social Media, eher am oberen Funnel-Punkt stattfindet („zum Beginn der Customer Journey“). Andere Unternehmen sehen in der suchgebundenen Werbung vor allem einen besonders wirksamen „Pull“-Kanal, über den vor allem Verkäufe bei einer bereits bestehenden Nachfrage von Kunden angestoßen werden könnten. Zugleich weisen mehrere Unternehmen darauf hin, dass sich suchgebundene Werbung kaum dazu eigne, Markenbekanntheit aufzubauen oder Nachfrage nach bestimmten Produkten zu generieren („Push-Marketing“).³⁶⁶
- 360 Auch sehen die befragten Unternehmen kaum Substitutionsmöglichkeiten zu suchgebundener Werbung, dabei insbesondere der Werbung auf Google Search, die insgesamt als wichtigste Online-Werbemöglichkeit angesehen wird.³⁶⁷ Schließlich haben die Ermittlungen gezeigt, dass es auch bei einer Preiserhöhung von suchgebundener Werbung kaum zu einer Verschiebung des Budgets in andere

³⁶³ Vgl. COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, Rn. 48ff.; COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, Rn. 62ff.

³⁶⁴ [...]

³⁶⁵ [...]

³⁶⁶ [...]

³⁶⁷ [...]

Werbeformen kommt. Auch die insofern geringe Preissensitivität bei suchgebundener Werbung sowie die fehlende Austauschbarkeit von Anbietern suchgebundener Werbung durch Anbieter von suchungebundener Werbung sprechen für getrennte Märkte.

(c) Möglicher getrennter Markt für suchungebundene Werbung auf sozialen Medien oder sozialen Netzwerken

- 361 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben starke Indizien dafür ergeben, dass suchungebundene Werbung auf sozialen Medien sowie suchungebundene Werbung außerhalb sozialer Medien sachlich getrennte Märkte darstellen könnten. Grund hierfür ist vor allem, dass sich beide Werbeformen nach Einschätzung der befragten Unternehmen für verschiedene Werbezwecke unterschiedlich gut eignen. Werbung auf sozialen Medien ist demnach vor allem besser geeignet für die gezielte Ansprache bestimmter Zielgruppen sowie für die Verbindung von Werbung mit sozialen und emotionalen Elementen. Als weitere Vorteile werden die Minimierung von Streuverlusten sowie die Möglichkeit des Cross-Device-tracking genannt. Darüber hinaus sprechen Indizien dafür, dass innerhalb der Werbung in sozialen Medien ein eigener Markt für Werbung auf sozialen Netzwerken existiert.
- 362 Für eine Annahme eines sachlich relevanten Marktes für suchungebundene Werbung auf sozialen Netzwerken, hier insbesondere auf Facebook, spricht, dass die befragten Unternehmen angaben, dass die von Facebook gesammelten Daten als Vorteil von Facebook-Werbung gegenüber anderer Werbung auf Social Media Seiten angesehen wird. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass gerade diese durch Facebook erhobenen und zu Werbezwecken zur Verfügung gestellten Daten neben der hohen Reichweite des Dienstes von den befragten Unternehmen als wichtiger Vorteil von Werbemaßnahmen auf Facebook angesehen werden. 11 von 13 antwortenden Media-Agenturen nennen die guten Targetingmöglichkeiten oder die sehr detaillierten Nutzerdaten als Vorteil der Werbung auf Facebook gegenüber Werbung auf anderen Social Media-Diensten.³⁶⁸ Auch eine große Zahl der Werbetreibenden sieht die guten Targetingmöglichkeiten und umfassenden Nutzerdaten als einen Vorteil der Werbung auf Facebook an.³⁶⁹ Häufig genannt wurden dabei Daten zu den Interessen der Nutzer, der hohe Detaillierungsgrad der Daten sowie die nutzerbezogenen Profilinformationen.

³⁶⁸ [...]

³⁶⁹ [...]

- 363 Im Ergebnis kann die genaue Marktabgrenzung im Bereich der suchungebundenen Werbung jedoch offenbleiben, da es für die Missbrauchsprüfung nicht auf die genaue Marktposition von Facebook auf diesen Märkten ankommt.

(2) Räumliche Marktabgrenzung

- 364 Werbemärkte werden nach ständiger Praxis der Kartellbehörden national abgegrenzt. Hierfür sprechen neben den Sprachbarrieren auch nationale Vorlieben der Konsumenten.

d. Märkte für soziale Plugins, zentrale Log-Ins und Mess- und Analysedienste

- 365 Von Facebooks Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools betroffen sind auch die Märkte, auf denen Facebook insbesondere die sozialen Plugins, das Facebook Log-In, die Mess- und Analysedienste sowie weitere Entwicklerwerkzeuge anbietet.
- 366 Die genannten Dienste sind, wie oben dargestellt (Rn. 365 ff.), zunächst von den übrigen Marktseiten der privaten Nutzer, der Inhaltenanbieter sowie der Werbetreibenden zu trennen. Es liegt nahe, hinsichtlich der einzelnen Tools und Produkte sachlich weitere Teilmärkte anzunehmen, die im Hinblick auf die nationale Nutzung des sozialen Netzwerks durch private Nutzer, auf die sich die Produkte beziehen, ebenfalls räumlich national abzugrenzen sind.
- 367 Gegen die Qualifizierung dieser Dienste als Marktleistungen spricht dabei nicht die Unentgeltlichkeit der Dienste. Vielmehr sind diese Dienste gemäß § 18 Abs. 2a GWB als Märkte im Sinne des GWB anzusehen, da sie jeweils eine Marktseite der jeweiligen Plattform bilden, die über ihre Werbefinanzierung oder ihrer Entgelte einem einheitlichen Erwerbszweck dienen. Denn sie nutzen durchgängig die mit dem Angebot ihrer sozialen Medien oder sonstigen Dienste an private und professionelle Nutzer entstandene hohe Reichweite, die es für Webseiten und Apps attraktiv macht, die daran anknüpfenden Tools zu nutzen. Darüber hinaus ist die Einbindung der Tools in vielen Fällen – insbesondere bei den Facebook Business Tools – mit einem Datenstrom verbunden, der als Gegenleistung für die Nutzung der Tools angesehen werden kann.
- 368 Es ist zunächst naheliegend, dass das Angebot von sog. **Sozialen Plugins**, mit denen Webseiten und Apps über die Einbindung einer entsprechenden Schnittstelle ihren Nutzern die Möglichkeit geben, Inhalte von der Webseite oder App in sozialen Medien zu verbreiten und zu teilen, einen Markt darstellt. Dabei dienen vor allem „Gefällt mir“, „Folgen“ und „Teilen“-Buttons einem einheitlichen Zweck und werden von verschiedenen sozialen Medien angeboten. So existieren neben den Facebook-

Plugins vergleichbare Tools von Twitter (insbesondere „Tweet“ und „Follow“-Buttons)³⁷⁰, Pinterest („Pin it“-Button)³⁷¹, Xing („Share“-Button)³⁷², LinkedIn („Share“, „Follow“)³⁷³ und viele weitere Dienste. Viele Webseiten haben dabei parallel mehrere dieser Schnittstellen eingebunden.

- 369 Ob Soziale Plugins tatsächlich im Einzelnen im Wettbewerb zueinander oder nur komplementär angeboten werden, ist fraglich. Auch nehmen die Sozialen Plugins sehr häufig Bezug auf die Marktseite der Inhaltenanbieter auf sozialen Medien wie z.B. der „Follow“-Button. Dies könnte im Einzelfall für eine Zusammenfassung dieser Marktseiten sprechen. Darüber hinaus unterscheiden sich die Plugins und Verwendungszwecke danach, ob sie in eine Webseite oder eine App eingebunden werden sollen, so dass auch eine Trennung nach diesen technischen Plattformen in Betracht kommt. Die genaue Marktabgrenzung dieser Märkte kann im vorliegenden Fall jedoch offenbleiben.
- 370 Naheliegend ist darüber hinaus ein separater Markt für **zentrale Log-In-Dienste** („Single-Sign-On“), auf dem Facebook mit dem „Facebook Log-In“ tätig ist. Hiermit können Webseiten und Apps die Registrierung auf ihren Diensten erleichtern.
- 371 Webseiten und Apps haben an der Registrierung von Nutzern ein spezifisches Interesse, da sie hierdurch ihrerseits identifizierende Nutzerdatensätze erhalten, denen weitere Daten regelmäßig durch Tracking über Cookies zugeordnet werden können. Webseiten und Apps können so selbst größere Nutzerprofile anlegen und ihren Werbekunden anbieten. Für Nutzer ist die Registrierung sehr vereinfacht, weil – nach Eingabe der Zugangsdaten zu den bestehenden Konten – meist keinerlei weitere Eingaben mehr nötig sind. Anbieter von solchen Log-In-Diensten sind neben sozialen Medien (z.B. Google „Sign In“³⁷⁴) auch große Handelsplattformen wie z.B. Amazon Log-In und Amazon Pay sowie Kooperationen von Webdiensten wie z.B. „European Net ID Foundation“³⁷⁵ oder „Verimi“.³⁷⁶

³⁷⁰ <https://developer.twitter.com/en/docs/twitter-for-websites/overview.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

³⁷¹ <http://www.addthis.com/social-buttons/pinterest/>, [...]

³⁷² https://dev.xing.com/plugins/share_button (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

³⁷³ <https://developer.linkedin.com/plugins> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

³⁷⁴ <https://developers.google.com/+web/signin/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

³⁷⁵ Vgl. hierzu <https://enid.foundation/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019) und https://www.wuv.de/medien/rtl_prosiebensat_1_und_united_internet_gruenden_european_net_id_foundation (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

³⁷⁶ <https://www.verimi.de/>, vgl. auch <https://t3n.de/news/login-dienst-verimi-typisch-1014010/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

- 372 Ob hierbei weitere Teilmärkte anzunehmen sind, etwa nach den verschiedenen Diensten, die die Nutzerbasis stellen, deren Registrierungsdatensätze sehr unterschiedlich sein können, kann auch hier offenbleiben.
- 373 Schließlich ist ein Markt für **Mess- und Analysedienste** naheliegend, auf dem Facebook insbesondere mit Facebook Analytics, aber auch mit den über das Facebook Pixel darüber hinaus ermöglichten Analysen tätig ist. Hierbei sind weitere Teilmärkte möglich, insbesondere etwa danach, ob das Produkt die Wirkung und den Erfolg der bei dem jeweiligen Anbieter konkret geschalteten Werbekampagne analysiert (wie z.B. das sog. „Conversion Tracking“, das Facebook über das Facebook Pixel anbietet) oder unabhängig von geschalteter Werbung Webseiten und Apps Statistiken über die Nutzung ihrer Dienste anbietet. Letzteres ist das Tätigkeitsfeld von „Facebook Analytics“ sowie von „Google Analytics“. Bei der Messung des Werbeerfolgs käme wegen des häufig gebündelten Angebots auch eine Einbeziehung in den jeweils betroffenen Markt für Online-Werbung in Betracht. Im Ergebnis kann die genaue Marktabgrenzung auch hier offenbleiben.

2. Marktbeherrschung

- 374 Facebook ist auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer marktbeherrschend nach § 18 Abs. 1 iVm Abs. 3 und Abs. 3a GWB, da das Unternehmen bei Gesamtbetrachtung aller Marktmachtfaktoren auf diesem Markt einen wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum innehat.
- 375 Inwieweit auf den weiteren betroffenen Märkten Marktbeherrschung anzunehmen ist, kann offenbleiben.

a. Marktbeherrschungsbegriff bei unentgeltlichen Märkten

- 376 Grundsätzlich ist auch im Falle von unentgeltlichen Diensten, die Märkte nach § 18 Abs. 2a GWB, bilden, wie es bei den meisten Marktseiten der hier relevanten sozialen Netzwerke der Fall ist, für die Feststellung der Marktbeherrschung nach § 18 Abs. 1 GWB maßgeblich, ob dem Unternehmen ein vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum zur Verfügung steht. Dieser ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn das Unternehmen die Fähigkeit besitzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem ihm seine Marktstellung die Möglichkeit verschafft, sich seinen

Konkurrenten, seinen Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.³⁷⁷

- 377 Dem kann hier nicht entgegengehalten werden, dass die Schädlichkeit von Marktmacht ökonomisch in erster Linie im Hinblick auf den dadurch entstehenden Preiserhöhungsspielraum angenommen wird und dieser Spielraum bei unentgeltlichen Märkten gerade keine Rolle spielen würde. Der Preissetzungsspielraum ist nicht der einzige marktmachtrelevante Verhaltensspielraum. Unkontrollierte Verhaltensspielräume können sich außer in überhöhten Preisen auch in einer verminderten Menge, Qualität und Vielfalt sowie in geringerer Innovationsdynamik äußern.³⁷⁸
- 378 Darüber hinaus kann Marktmacht im Bereich von unentgeltlichen Leistungen einen Preiserhebungsspielraum gerade eröffnen, der in wettbewerblichen Märkten nicht bestehen würde. Der Preis von Null ist insoweit ökonomisch ebenfalls ein Preis. Auch erschöpft sich der Preiswettbewerb nicht in der Höhe einer monetären Zahlung, sondern wird flankiert von Konditionen, die die Marktgegenseite bei der Auswahl und der Bewertung des geforderten Entgeltes berücksichtigt. Dies hat sich daher auch in dem Tatbestand des Konditionenmissbrauchs niedergeschlagen. Auch bei einem niedrigen Preis bis hin zu Null, der jedoch stattdessen andere nachteilige Vertragskonditionen nach sich zieht, sind daher mittelbar auch der Preiswettbewerb sowie mögliche Differenzierungen bei dem Geschäftsmodell betroffen. Die marktmachtbedingte Einschränkung der Verhandlungsmöglichkeiten solcher Konditionen gegenüber der Marktgegenseite ist daher auch bei Unentgeltlichkeit ein von dem Marktbeherrschungsbegriff erfasster Verhaltensspielraum.
- 379 Insbesondere bei werbefinanzierten Internetplattformen, die unmittelbare monetäre Zahlungen der Dienstenutzer durch Vermarktung deren Aufmerksamkeit und Nutzungsdaten in Form der zielgerichteten Werbung an Werbetreibende ersetzen, ist auch ein gegenüber den Nutzern bestehender *Datenverarbeitungsspielraum*, dem sich der Nutzer wegen bestehender Marktmacht auf der Diensteseite nicht entziehen kann, ein marktmachtrelevanter Verhaltensspielraum. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die Nutzungsdaten selbst als Entgelt anzusehen sind³⁷⁹ oder als Vertragskondition

³⁷⁷ Ständige Rechtsprechung, z. B. BGH, Urteil vom 12.12.1978, Erdgas Schwaben“, WuW/E 1533, 1536; EuGH, Urteil vom 14.02.1978, „United Brands“, Rs. 27/76, Rn. 65.

³⁷⁸ Vgl. Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, S. 2.

³⁷⁹ S. Richtlinienentwurf der Kommission „über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“ vom 09.12.2015, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-634-DE-F1-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

zur Aufrechterhaltung eines Preises von Null. Das Ausmaß der Datenverarbeitung kann im Übrigen auch als Teil der Qualität des Dienstes angesehen werden.

- 380 Denn die wirtschaftliche Nutzung von Kunden- und Nutzerdaten sowie Daten Dritter ist gegenüber allen Marktseiten – insbesondere in digitalen Märkten - in hohem Maße ein wettbewerblich bedeutender Faktor. Unternehmen streben danach, möglichst viele Informationen über ihre (potentiellen) Kunden zu erlangen, um die eigenen Produkte auf den jeweiligen Marktseiten zu verbessern, personalisierte Dienstleistungen anzubieten und gezielt Werbung zu schalten. Durch die Digitalisierung und vor allem durch das Internet ist es möglich geworden, besonders große Datenmengen („Volume“) aus unterschiedlichen Quellen und Formaten („Variety“) in möglichst hoher Geschwindigkeit („Velocity“) zu erfassen und zu analysieren.³⁸⁰ Dieses erlaubt u.a. auch die Bildung von Interessen- und Käuferprofilen, die im Wettbewerb eine wesentliche Bedeutung erhalten haben.
- 381 Darüber hinaus führt die durch Werbefinanzierung entstehende Mehrseitigkeit des Marktes zu einem Auseinanderfallen der Interessen der verschiedenen Gruppen von Bedarfsdisponenten. Die finanzierenden Werbetreibenden haben ein hohes Interesse an intensiven und möglichst granularen Datensätzen (sowie an der Aufmerksamkeit und Zeit des dazugehörigen Nutzers). Der Anreiz der Ausnutzung eines bestehenden Datenverarbeitungsspielraums ist daher sehr hoch, denn auf der Werbeseite ist der Markterfolg des Dienstes umso höher, je mehr und detaillierter Nutzerdaten verarbeitet werden. Durch eine marktmachtbedingte Ausnutzung eines Datenverarbeitungsspielraums besteht neben der Beseitigung der Selbstbestimmung und Verhandlungsmöglichkeiten der Marktgegenseite daher auch die Gefahr der Übertragung von Marktmacht von der einen auf die andere Marktseite.
- 382 Schließlich kann dem nicht entgegengehalten werden, dass ein Datenverarbeitungsspielraum durch Marktmacht nicht wesentlich erhöht wird, sondern bereits ohne Marktmacht bestehe. Der Gesetzgeber hat zunächst insoweit eine andere Entscheidung getroffen, und im Hinblick auf die Wettbewerbsrelevanz der Daten und den Gefahren einer Marktmacht den Zugang zu solchen Daten in § 18 Abs. 3 a) GWB n.F. zu einem eigenständigen Marktmachtkriterium erhoben. Zwar scheint die „Datenpreisgabebereitschaft“ der Nutzer generell stärker ausgeprägt zu sein als ihre Zahlungsbereitschaft. Denn bei persönlichen Daten handelt es sich um ein nicht-rivalisierendes Gut, das durch Hingabe nicht aufgebraucht wird und bei dem der

³⁸⁰ Diese drei Begriffe werden zumeist als prägend für den Begriff „Big Data“ genannt und gehen zurück auf einen Forschungsbericht des Analysten Doug Laney des Beratungsunternehmens Gartner; s. auch Monopolkommission, Sondergutachten „Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitaler Märkte“, 2015, S. 44 m.w.N.

Verbraucher auch nicht durch ein nur begrenzt vorhandenes Budget gezwungen wird, seine Zahlungsbereitschaft zu bestimmen. Die Datenpreisgabesensibilität ist daher möglicherweise schon generell weniger ausgeprägt als die Preissensibilität.

- 383 Dies führt jedoch nicht dazu, dass ein Datenverarbeitungsspielraum kein relevantes Marktmachtproblem darstellt. Dies gilt schon deshalb, weil auch auf Märkten mit geringer Preissensibilität auf Seiten der Nachfrager (wie beispielsweise bei Produkten mit relativ geringen Entgelten, wie etwa Telefongebühren) die Möglichkeit eines marktmachtbedingten Preiserhöhungsspielraums zweifellos weiterhin vorliegt. Darüber hinaus ist gerade im Bereich der Verhandlung von Vertragskonditionen und AGBs typischerweise ein Verhaltensspielraum von Unternehmen gegenüber Endverbrauchern vorhanden. Jedenfalls führt Marktmacht unstreitig zu einer Erweiterung der Möglichkeit des Unternehmens, sich gegenüber den Kunden und Endverbrauchern unabhängig zu verhalten.
- 384 Das Problem liegt daher in erster Linie darin, dass der Verbraucher bei der Hingabe und Weitergabe persönlicher Daten nur schwer überblicken kann, welche Daten in welchem Ausmaß bei welchen Unternehmen erhoben werden, wohin sie weitergegeben werden und welche Tragweite eine Einwilligung in eine solche Datenverarbeitung hat. Dies könnte auch einen Teil der Erklärung des sog. „Privacy Paradox“ bilden, welches das Phänomen beschreibt, dass Nutzer großen Wert auf den Schutz ihrer Privatsphäre legen, bei der tatsächlichen Nutzung von Internetdiensten aber freigiebig mit ihren personenbezogenen Daten umgehen.³⁸¹
- 385 Diese fehlende Überblickbarkeit der Datenverarbeitung wird durch Marktmacht deutlich verschärft. Denn Marktmacht ermöglicht Datenverarbeitung auch gegen den Willen des Nutzers und damit in einem deutlich höheren Ausmaß. Hat der Nutzer wegen der Marktbeherrschung des Unternehmens gar keine Alternative als in die Datenverarbeitung einzuwilligen, unterlässt er nach den Ermittlungen regelmäßig die Lektüre der Datenrichtlinien, da er in die Datenverarbeitung sowieso einwilligen muss.³⁸² Es ist also für den Nutzer unmöglich zu erkennen, welche Datensammlung bei dem Unternehmen über den einzelnen Nutzer tatsächlich vorhanden ist und welche Bedeutung die persönlichen Daten bekommen, die der Nutzer durch seine Nutzung zu den vorhandenen persönlichen Daten hinzufügt. Er kann sich gleichzeitig wegen der Marktmacht nicht der Datenverarbeitung entziehen.

³⁸¹ Vgl. z.B. den Artikel des „Das Privacy Paradox: Digitalisierung versus Privatsphäre“ des Instituts der deutschen Wirtschaft, Köln auf <https://blog.iwmedien.de/das-privacy-paradox-digitalisierung-versus-privatsphaere/> (abgerufen am 27.07.2018); Taddicken, M., „Selbstoffenbarung im Social Web“, Publizistik (2011) 56, S. 281 ff.

³⁸² [...]

b. Gesamtbetrachtung der Marktmachtfaktoren nach § 18 Abs. 3 und 3a GWB

- 386 Nach der Gesamtbetrachtung der Marktmachtfaktoren nach § 18 Abs. 3 und 3a GWB hat Facebook als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Markt für soziale Netzwerke einen vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltens- und Datenverarbeitungsspielraum.
- 387 Neben der Betrachtung der Marktstruktur und der aktuellen Wettbewerber sind dabei wegen des Vorliegens eines mehrseitigen Marktes sowie eines Netzwerkes die Kriterien in § 18 Abs. 3a GWB relevant. Dabei handelt es sich um Faktoren, die die Besonderheiten von mehrseitigen Märkten und Netzwerken sowie die in diesem Zusammenhang zu berücksichtigende Bedeutung der Internetökonomie für die Marktmachtprüfung in den Blick rücken. Sie stellen in der Marktmachtprüfung zum einen gegenüber § 18 Abs. 3 GWB zusätzliche Marktmachtelemente dar, die in anderen Märkten in der Regel keine Rolle spielen. Zum anderen sind die Faktoren aber auch Konkretisierungen von in § 18 Abs. 3 GWB genannten Faktoren - insbesondere der Marktzutrittsschranken. Darüber hinaus erfassen die genannten Faktoren die bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken in bestimmten Fällen drohende Monopolisierungsgefahr durch das sog. "Tipping".³⁸³ Nach den Ermittlungen ist der Markt für soziale Netzwerke nach seiner Marktstruktur (hierzu (1)) und den weiteren Marktmachtfaktoren nach § 18 Abs. 3a und Abs. 3 GWB (hierzu (2)) ein solcher Tipping-Markt, der Facebook als Monopolist oder Quasi-Monopolist hervorgebracht hat.

(1) Marktstruktur und Wettbewerber bei sozialen Netzwerken

- 388 Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung kommt Facebook auf einem engen Markt für soziale Netzwerke unter Einbeziehung von Facebook.com, Jappy, Stayfriends, StudiVZ und Wizelife sowie bisher Google+, auf einen Nutzeranteil von mehr als [...]. (hierzu (a)). Auch die volle Einbeziehung der Nutzerzahlen der nur als Substitutionswettbewerb zu berücksichtigenden Dienste YouTube, Twitter und Snapchat sowie des zur Facebook-Gruppe gehörenden Dienstes Instagram ergibt sich keine wesentliche Relativierung des Nutzeranteils von Facebook (hierzu (b))

(a) Marktanteile

- 389 Für eine Marktbeherrschung von Facebook sprechen zunächst die ermittelten hohen Nutzeranteile, die nach den verschiedenen verfügbaren Kennzahlen zwischen 50 und nahezu 100% liegen (hierzu i.). Der Anteil an *täglich aktiven Nutzern* von sozialen

³⁸³ Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 50.

Netzwerken ist die für die Bewertung der Marktstellung nach den Besonderheiten des Marktes für soziale Netzwerke aussagekräftigste Kennzahl, nach der Facebook im Jahr 2017 einen Anteil von [...] erreichte (hierzu ii.).

i. Ermittelte Nutzeranteile

- 390 Zur Ermittlung der Marktstruktur des durch überwiegend unentgeltliche Leistungen geprägten Marktes für soziale Netzwerke für private Nutzer hat die Beschlussabteilung verschiedene Kennzahlen betrachtet, die für eine erste Einschätzung als Marktanteile in Betracht kommen. Dabei handelt es sich insbesondere um verschiedene Nutzeranteile, die auf der Grundlage der täglich aktiven Nutzer (daily active user, DAU), der monatlich aktiven Nutzer (monthly active user, MAU) sowie der registrierten Nutzer der Dienste ausgedrückt werden können.
- 391 Die sozialen Netzwerke Facebook.com, (bisher) Google+, Stayfriends, StudiVZ, Jappy und Wize.Life wurden nach Nutzerzahlen auf Quartalsbasis für zurückliegende Jahre befragt. Für den Zeitraum vom 1. Quartal 2014 (Q1 2014) bis zum 1. Quartal 2018 (Q1 2018) konnten die befragten Unternehmen entsprechende Daten liefern. Nach diesen Zahlen erreicht Facebook in Deutschland je nach zugrunde gelegter Messgröße im 1. Quartal 2018 einen Nutzeranteil zwischen [...] und [...].³⁸⁴
- 392 Ausgehend von den **täglich aktiven Nutzern** ergibt die Berechnung der Nutzeranteile im Einzelnen folgendes Bild³⁸⁵:

	Nutzeranteile auf Basis täglich aktiver Nutzer (DAU)					
	Facebook	Google+	Stayfriends	StudiVZ	Jappy	Wize.Life
Q1 2012	[>90%]	[0-5%]	[0-5%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2013	[>95%]	[0-5%]	[0-5%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2014	[>95%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2015	[>95%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2016	[>95%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2017	[>95%]	[0-5%]	[0-5%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2018	[>95%]	[0-5%]	[0-5%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]

- 393 Unter „täglich aktiven Nutzern“ werden diejenigen Nutzer eines Netzwerks verstanden, die mindestens einmal pro Tag das Netzwerk nutzen. Mit einem weiter ansteigenden

³⁸⁴ Würde man versuchen, etwaige parallele Nutzer von mehreren Diensten durch einzelne Nutzer aus dem Gesamtmarktvolumen herauszurechnen, würden die Marktanteile Facebooks möglicherweise noch höher ausfallen.

³⁸⁵ [...]

Nutzeranteil verfügt Facebook über einen Marktanteil, der auf dem betroffenen Markt nahe an einer monopolistischen Stellung liegt. Dementsprechend hat in dem dargestellten Zeitraum kein Wettbewerber einen Nutzeranteil von größer als 5% erreichen können.

- 394 Bei Betrachtung der Entwicklung in den letzten 5 Jahren wird deutlich, dass der Nutzeranteil von Facebook in dem dargestellten Zeitraum auf dem bereits in 2012 erreichten sehr hohen Niveau einen weiter ansteigenden Verlauf aufweist. Im Gegensatz dazu fallen die Nutzeranteile von Stayfriends und Jappy durchgehend. StudiVZ ist zwischenzeitlich insolvent, so dass keine aktuellen Nutzerzahlen mehr verfügbar sind, es ist jedoch davon auszugehen, dass diese auf dem bereits 2016 erreichten niedrigen Niveau stagnieren, wenn nicht weiter rückläufig sind. Jappys und Wize.Life Nutzeranteile sind auf sehr niedrigem Niveau kaum erkennbar und in den letzten zwei Jahren marginal steigend. Google+ hatte temporär einen steigenden Nutzeranteil – jedoch auf einem niedrigen Niveau – erreichen können. So stieg der Nutzeranteil im Zeitraum vom 1. Quartal 2014 bis zum 1. Quartal 2015 geringfügig. In den darauffolgenden Quartalen sank der Nutzeranteil jedoch kontinuierlich auf zuletzt zwischen [...].
- 395 Auf der Basis von **monatlich aktiven Nutzern** (MAU) ergibt sich folgendes Bild der Nutzeranteile.³⁸⁶

³⁸⁶ [...]

	Nutzeranteile auf Basis monatlich aktiver Nutzer (MAU)					
	Facebook	Google+	Stayfriends	StudiVZ	Jappy	Wize.Life
Q1 2012	[80-85%]	[0-5%]	[10-15%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2013	[80-85%]	[5-10%]	[5-10%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2014	[75-80%]	[9-14%]	[5-10%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2015	[73-78%]	[15-20%]	[1-6%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2016	[73-78%]	[15-20%]	[1-6%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2017	[79-88%]	[10-15%]	[0-5%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2018	[82-87%]	[7-12%]	[0-5%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]

396 Dabei werden monatlich aktive Nutzer definiert als solche Nutzer, die innerhalb eines zeitlichen Rahmens von einem Monat mindestens einmal den jeweiligen Dienst genutzt haben.³⁸⁷

397 Auch hier sind mit [...] hohe Nutzeranteile von Facebook zu finden, die in den Jahren 2015 und 2016 marginal sanken und nun wieder steigen. Google+, das bis zum Herbst 2016 eine steigende Tendenz bis zu einem Anteil zwischen [...] aufwies, hatte im 1. Quartal 2018 noch einen Marktanteil von lediglich [...].

398 Auf der Basis der Anzahl registrierter Nutzer ergeben sich dagegen folgende Nutzeranteile.³⁸⁸

³⁸⁷ [...]

³⁸⁸ [...]

	Nutzeranteile auf Basis registrierter Nutzer					
	Facebook	Google+	Stayfriends	StudiVZ	Jappy	Wize.Life
Q1 2012	[60-65%]	[5-10%]	[13-18%]	[13-18%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2013	[52-57%]	[20-25%]	[11-16%]	[9-14%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2014	[46-51%]	[31-36%]	[9-14%]	[7-12%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2015	[45-50%]	[35-40%]	[8-13%]	[5-10%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2016	[45-50%]	[40-45%]	[7-12%]	[5-10%]	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2017	[50-55%]	[35-40%]	[6-11%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]
Q1 2018	[52-57%]	[36-41%]	[6-11%]	k.A.	[0-5%]	[0-5%]

399 Unter „registrierte Nutzer“ sind die jeweils beim Dienst mit einem Konto registrierten Nutzer zu verstehen. Trotz einer in absoluten Zahlen steigenden Nutzerbasis fallen Facebooks Anteile bei einem insgesamt steigenden Gesamtmktvolumen von über [...] im 1. Quartal 2012 auf zwischen [...] im 1. Quartal 2016, steigen dann bis zum 1. Quartal 2018 aber wieder auf ein Niveau von [...] an. Auf dieser Basis kam Google+ und kommt Stayfriends auf einen deutlich höheren Anteil als bei Betrachtung der anderen Nutzerkennzahlen, die Marktanteile bei diesen Wettbewerbern sind jedoch in den letzten drei Jahren auch bei Betrachtung der Messgröße der registrierten Nutzer rückläufig.

ii. **Täglich aktive Nutzer maßgebliche Kennzahl für Marktmachtprüfung**

400 Aus Sicht der Beschlussabteilung gibt entgegen der Ansicht von Facebook³⁸⁹ vorrangig der Anteil von Facebook an den täglich aktiven Nutzern von sozialen Netzwerken eine aussagekräftige Indikation über die wettbewerbliche Bedeutung und den Markterfolg des Netzwerks.

401 Zwar kann aus Sicht der Beschlussabteilung bei Internetdiensten und –Plattformen der Aussagekraft von Marktanteilen allenfalls beschränkt Vermutungswirkung bei der Annahme von Marktbeherrschung beigemessen werden. Hinreichende Aussagekraft über Marktmacht lässt sich generell nicht allein aus Marktanteilen ableiten, da stets eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen ist. Dies gilt auch und erst recht bei Internetplattformen und –netzwerken im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB, bei denen der generellen Konzentrationsneigung von Plattformmärkten mit ausgeprägten indirekten Netzwerkeffekten sowie von Netzwerken mit ausgeprägten direkten

³⁸⁹ [...]

Netzwerkeffekten bei der Bewertung von Marktanteilen Rechnung getragen werden muss.³⁹⁰

- 402 Aus Sicht der Beschlussabteilung hat die Betrachtung der Marktanteile im kartellrechtlichen Prüfkonzept dennoch eine wichtige Funktion, da hierdurch die Marktstruktur und die Marktpositionen der Wettbewerber im Verhältnis zueinander beschrieben werden können. Seit jeher ist für die Bewertung der Marktposition eines führenden Unternehmens auf dem Markt der relative Marktanteil, also der Marktanteilsabstand zu den Wettbewerbern, aussagekräftiger als ein absoluter Wert. Darüber hinaus ist auch die Marktanteilsentwicklung als dynamisches Element von Bedeutung für die Nachhaltigkeit der Marktposition des Unternehmens.
- 403 Dieses gilt grundsätzlich auch für Internetdienste wie soziale Netzwerke, insbesondere im Hinblick auf die Gefahr des „Tipping“, also der Monopolisierung des Marktes als Folge von sich selbstverstärkenden Netzwerkeffekten. Diese können bei Vorliegen von bestimmten Faktoren zu einem schrittweisen Ausscheiden der verbleibenden Wettbewerber aus dem Markt führen und eine erhebliche Marktzutrittschranke errichten. Gerade die Tipping-Gefahr wird mit den gesondert geregelten Kriterien in § 18 Abs. 3a GWB erfasst.³⁹¹ Ein sich über einen längeren Zeitraum entwickelnder hoher Marktanteilsabstand zu den eventuell bereits langsam ausscheidenden Wettbewerbern kann daher eine erste Indikation für einen Tipping-Prozess bzw. einen nicht aufholbaren Wettbewerbsvorteil bilden.³⁹²
- 404 Dabei kommt im Hinblick auf die Mechanismen von Netzwerkeffekten, die sich besonders auf die *Anzahl der Nutzer*, deren Nutzungsintensität sowie auch ihrer Identität beziehen, der Nutzerzahl als eine Art mengenmäßiger Marktanteil gegenüber einer umsatzbezogenen Betrachtungsweise eine vorrangige Bedeutung zu. Eine auf Umsatzgrößen gestützte Marktanteilsberechnung, wie sie in vielen Fällen gängige Praxis ist, stößt bei der wettbewerblichen Beurteilung von Internetplattformen wie Facebook schon deshalb an ihre Grenzen, weil eine bzw. mehrere Seiten der Plattform für den Nutzer unentgeltlich sind und eine rein wertmäßige Berechnung den Wettbewerb von unentgeltlichen oder werbefinanzierten Leistungen außer Acht ließe. Im vorliegenden Fall ist sogar bei praktisch allen einbezogenen Wettbewerbern (mit Ausnahme von dem nur vorsorglich einbezogenen Dienst Stayfriends) die Seite der privaten Nutzer von sozialen Netzwerken unentgeltlich, weil die Werbefinanzierung auf diesem Markt vorherrscht. Eine umsatzbezogene Betrachtung kann daher auf der

³⁹⁰ Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 75 ff.

³⁹¹ Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 50.

³⁹² Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 77 für indirekte Netzwerkeffekte sowie S. 115 für direkte Netzwerkeffekte.

Nutzerseite nicht erfolgen, sondern nur auf der Werbeseite. Da der Nutzerseite der Plattform jedoch Marktqualität auf der Grundlage des § 18 Abs. 2a GWB zuzuordnen ist, kann eine Marktbeherrschung nicht allein auf die Werbeseite bezogen werden. Es entspricht auch schon bisheriger Praxis, dass eine mengenmäßige Marktanteilsbetrachtung jedenfalls dann herangezogen werden muss, wenn die Ermittlung von umsatzbezogenen Marktanteilen nicht möglich ist.³⁹³

- 405 Bei Netzwerken kommt ökonomisch darüber hinaus der „**installierten Basis**“ eines Netzwerks eine wichtige Bedeutung zu. Denn die Auswirkungen des Netzwerkeffektes bzw. der Wert des Netzwerkes hängen – zusammen mit weiteren Faktoren – von der installierten Basis ab. Die installierte Basis wird zwar in der Literatur unterschiedlich definiert, hängt jedoch grundsätzlich von der Nutzerzahl eines Dienstes oder einer Technologie ab und betrachtet deren Wechselmöglichkeiten.³⁹⁴ Für die Prüfung eines drohenden Tipping-Prozesses sieht das Bundeskartellamt den Begriff der installierten Basis eines Netzwerks für die Bewertung des Vorsprungs eines konkreten Unternehmens als aussagekräftig an. Denn die Auswirkungen des Netzwerkeffektes bzw. der Wert des Netzwerkes kommen häufig erst mit einer hinreichend großen installierten Basis zu Geltung, da die Auswirkungen des Netzwerkeffektes für geringe Nutzerzahlen gering, aber mit steigenden Nutzerzahlen überproportional steigend sein können. Auch dieses spricht für eine vorrangige Betrachtung von Nutzerzahlen.
- 406 Entgegen der Ansicht von Facebook kann dabei jedoch nicht ohne Weiteres die Anzahl monatlich aktiver Nutzer als sog. „Industriestandard“ herangezogen werden.³⁹⁵ Denn die nutzerbasierte Kennzahl, die eine „Nutzung“ des Dienstes im Einzelfall aussagekräftig bestimmt, muss aus Sicht der Beschlussabteilung von Markt zu Markt und anhand des konkreten Produktes bestimmt werden. Auch die in der ökonomischen Literatur teilweise vorgenommene Unterscheidung danach, ob Nutzer von (positiven) Netzwerkeffekten bereits dann profitieren, wenn Nutzer der anderen Gruppe auf der Plattform präsent sind („membership externalities“ bzw. „membership values“), oder die Wirkung erst bei Nutzung, z.B. Zustandekommen einer bestimmten Interaktion,

³⁹³ Vgl. Bechtold, GWB, § 18, Rn. 34.

³⁹⁴ Vgl. z.B. Farrell/Saloner, „Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements, and Predation“, *The American Economic Review*, 1986, Vol. 76(5), S. 940-955, die als installierte Basis die bisherige Nutzerzahl der alten Technologie bezeichnen; andererseits Malueg/Schwartz, „Compatibility Incentives of a Large Network Facing Multiple Rivals“, *Journal of Industrial Economics*, 2006, 54(4), S. 527-567, die als installierte Basis nur diejenigen Nutzer der alten Technologie ansehen, die aufgrund vertraglicher Vereinbarungen nicht zu der neuen Technologie wechseln können und der Wettbewerb nur Neukunden betreffen kann; Arbeitspapier, S. 105 ff.

³⁹⁵ [...]

eintritt („usage externalities“ bzw. „interaction values“)³⁹⁶, spricht dafür, dass je nach Fallkonstellation verschiedene Kennzahlen zu betrachten sein können.

- 407 Im Falle der sozialen Netzwerke spricht vor allem die oben dargestellte Zwecksetzung des Findens und Vernetzens mit schon bekannten Personen und des umfassenden sowie täglichen Austausches von Erfahrungen, Meinungen und Inhalten in bestimmten identifizierten und vom Nutzer definierten Kontaktkreisen dafür, dass in erster Linie die täglich aktiven Nutzer die maßgebliche Kennzahl für den Wert des Netzwerkes und den Markterfolg darstellt. Der Bedarf der Nutzer wird, wie dargestellt, gerade auch durch die hohe Nutzungsintensität von sozialen Netzwerken als virtuellem sozialen Raum bestimmt, so dass die intensive zeitliche Aktivität auch bei der Betrachtung der Marktanteile eine wichtige Indikation für die tatsächlichen Marktpositionen der Wettbewerber bietet.
- 408 Für die Bewertung der hier vorliegenden direkten Netzwerkeffekte (s. oben Rn. 218) und eines Tipping-Prozesses ist es im Hinblick auf den definierten Bedarf für ein soziales Netzwerk von erheblicher Bedeutung, ob der Nutzer damit rechnen kann, im sozialen Netzwerk hinreichend mit seinen Freunden interagieren zu können, so dass die tägliche Nutzung auch einen qualitativen Aspekt der Netzwerkeffekte abdecken kann. Dies deckt sich auch mit dem Ergebnis der Nutzerumfrage, bei der 62% der Befragten antworteten, dass die regelmäßige Aktivität der anderen Nutzer zumindest ein wichtiges Kriterium für die Entscheidung für ein Netzwerk sei.³⁹⁷
- 409 Die Messgröße der monatlich aktiven Nutzer ist im Vergleich zu den täglich aktiven Nutzern bereits weniger aussagekräftig, da sie nicht den typischen Bedarf des Nutzers sowie das typische Nutzerverhalten widerspiegelt. Auch viele befragte Unternehmen, die soziale Netzwerke betreiben, messen ihren Markterfolg selbst anhand des „daily active users“³⁹⁸ und sehen eine hohe Nutzerfrequenz („user engagement“, „Viralität“, „Aktivität auf der Plattform“) als zentralen Punkt für den Erfolg eines sozialen Netzwerkes.³⁹⁹ Es trifft damit auch nicht zu, dass es sich bei der Messgröße des monatlich aktiven Nutzers um einen „Industriestandard“ handelt. Auch Facebook selbst weist seine täglich aktiven Nutzern (DAU) regelmäßig in seinen Jahresberichten aus und sieht die Messgröße der täglich aktiven Nutzer als die maßgebliche Größe zur

³⁹⁶ Vgl. z.B. Weyl, „A Price Theory of Multi-Sided Platforms“, *American Economic Review*, 2010, 100(4), S. 1642-1672; Rochet/Tirole, „Two-sided markets: a progress report“, *RAND Journal of Economics*, 2006, 37(3), S. 645-667.

³⁹⁷ [...]

³⁹⁸ [...]

³⁹⁹ [...]

Messung der Nutzungsintensität an, während monatlich aktive Nutzer als Messgröße zur Messung der globalen aktiven Gemeinschaft gesehen wird.⁴⁰⁰

- 410 Das Geschäftsmodell, das mit sehr individueller zielgerichteter Werbung finanziert wird, hat seinen Erfolg gerade aufgrund der hohen täglichen Nutzungsintensität, den dabei anfallenden Nutzerdaten und der entstehenden zeitlich langen Bewerbungsmöglichkeit der Nutzer. Auch die Monetarisierungsmöglichkeit des Dienstes zeigt sich daher in der täglichen Nutzungsaktivität.
- 411 Die Berechnung von nutzerbasierten Anteilen auf der Basis registrierter Nutzer ist dagegen keine aussagekräftige Kennzahl für den tatsächlichen Markterfolg eines sozialen Netzwerkes.⁴⁰¹ Zwar ist die Registrierungspflicht ein typisches Kennzeichen von sozialen Netzwerken, es kommt jedoch sowohl bei der Gesamtheit der Nutzer (über [...] Nutzer in Deutschland) als auch bei den einzelnen Nutzeranteilen zu Fehleinschätzungen unter verschiedenen Aspekten. Denn es ist nicht erkennbar, ob die Registrierung auch mit einer Nutzung des sozialen Netzwerks einhergeht. Eine explizite Kündigung mit der Folge einer Löschung der Registrierung und des Nutzerkontos ist teilweise gar nicht möglich oder die Funktionalität zumindest schwer auffindbar. Aus Nutzersicht kann auch die schlichte Nichtnutzung eines Nutzerkontos als Alternative zur Kündigung angesehen werden, da die Nutzung der sozialen Netzwerke auf dem betroffenen Markt kostenfrei ist und Nutzer insofern keinen monetären Anreiz haben, ein Nutzerkonto bei Nichtnutzung eines Netzwerkes explizit zu kündigen.
- 412 Darüber hinaus wäre der ansteigende Anteil der bei Google+ registrierten Nutzer stark überschätzt gewesen. Denn dieser ist insbesondere durch die Verknüpfung von Google+ mit anderen Google-Diensten zustande gekommen. So bestand in den Jahren 2013 bis 2015 die Notwendigkeit eines Google+-Kontos, um sich bei YouTube anmelden zu können. Auch mussten Nutzer, die ein GMail-Konto einrichten wollten, zumindest bis September 2014 auch ein Google+ Konto anlegen.⁴⁰² Schließlich war Google+ zumindest zwischenzeitlich auf Android-Geräten vorinstalliert.⁴⁰³ Diese zwangsweise Verknüpfung unterschiedlicher Google-Dienste hatte Google zwischenzeitlich als Reaktion auf anhaltende Kritik zwar wieder aufgegeben, ob jedoch

⁴⁰⁰ Facebook Inc., Jahresbericht 2017, S. 33/34: „We view DAUs, and DAUs as a percentage of MAUs, as measures of user engagement“; „MAUs are a measure of the size of our global active user community.“ (abrufbar unter https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_financials/annual_reports/FB_AR_2017_FINAL.pdf), [...]

⁴⁰¹ [...]

⁴⁰² http://www.cnet.de/88137220/gmail-konto-setzt-keine-google-anmeldung-mehr-voraus/?inf_by=5a002dd5671db8487b8b4b3a (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁴⁰³ <https://www.smartdroid.de/android-weniger-apps-muessen-vorinstalliert-sein-google-faellt-weg/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

ein signifikanter Teil beispielsweise der YouTube-Nutzer ihr Google+-Konto deswegen wieder gelöscht hatten, ist fraglich.

- 413 Auf dieser Grundlage legt die Beschlussabteilung der Marktmachtprüfung daher für Facebook einen Nutzeranteil zugrunde, der seit 2012 kontinuierlich mehr 90% mit weiterhin steigender Tendenz beträgt.

(b) Keine wesentliche Relativierung durch Substitutionswettbewerb von YouTube, Twitter und Snapchat

- 414 Der Marktanteil von mehr als [...] wird nicht maßgeblich durch den Substitutionswettbewerb anderer sozialer Medien, insbesondere YouTube, Twitter und Snapchat, relativiert. Dies gilt selbst dann, wenn diese Dienste, wie Facebook fordert⁴⁰⁴, mit Zuweisung einer vollen Wettbewerbsposition in den Markt einbezogen würden.

- 415 Der Substitutionswettbewerb zwischen anderen sozialen Medien und sozialen Netzwerken ist aus Sicht der Beschlussabteilung allerdings nicht hinreichend stark, dass eine direkte Zuweisung von Marktanteilen auf dem Markt für soziale Netzwerke tatsächlich gerechtfertigt wäre.

- 416 Wie in der Marktabgrenzung dargestellt, dienen andere soziale Medien nicht demselben Bedarf wie soziale Netzwerke. Dass diese Medien im weitesten Sinne auch einen Kommunikations- und Austauschzweck im Internet verfolgen, führt nicht dazu, dass die Unterschiede im Einzelnen als Produktdifferenzierungen auf einer breiten Skala angesehen werden können – etwa ähnlich einer räumlichen Substitutionskette⁴⁰⁵ oder als Betrachtung der „nächsten Wettbewerber“. Denn die Möglichkeit der Substitution ist im Hinblick auf die sachlichen Überschneidungen in Teilfunktionen zunächst vor allem durch Einseitigkeit gekennzeichnet.

- 417 Denn insbesondere Twitter und Snapchat können zwar durch die entsprechenden Funktionalitäten von Facebook.com einschließlich des Facebook Messengers in vielen Punkten ersetzt werden, Twitter und Snapchat können (und sollen) andersherum die Funktionalitäten von Facebook.com dagegen nur in beschränkten Teilbereichen ersetzen, nicht jedoch die volle soziale Nutzererfahrung anbieten. Lediglich Facebook.com bietet sämtliche Funktionalitäten zur Abbildung eines virtuellen sozialen Raumes an. Diese führt dazu, dass zwar ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Facebook.com und den anderen Diensten besteht, jedoch nicht auf dem Markt für

⁴⁰⁴ [...]

⁴⁰⁵ Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. vom 9.12.1997, C 372/5, Rn. 57 f.

soziale Netzwerke, sondern auf den hiervon getrennt abzugrenzenden Märkten für die jeweiligen anderen Dienste. Die Überschneidung zu YouTube ist dabei im Hinblick auf die Videoplattform-Funktion gering, da Facebook.com zwar auch das Hochladen von Videos ermöglicht, dieses jedoch den Zweck eines Tools der sozialen Nutzererfahrung im Freundeskreis erfüllt.

- 418 Letztlich weist der Markt jedoch selbst bei der von Facebook vorgetragenen Einbeziehung der täglich aktiven Nutzer insbesondere der Dienste YouTube und Snapchat sowie von Twitter eine hohe Konzentration zugunsten von Facebook auf. Dabei ist bei einer Einbeziehung von YouTube, Twitter und Snapchat in den relevanten Markt nach dem Grad der Überschneidungen in Teilfunktionen nicht zu vertreten, die bedeutenden zum Facebook-Konzern gehörenden Dienste WhatsApp und Instagram anderen Märkten zuzuordnen. Der Argumentation Facebooks, dass zwar Snapchat und Instagram, nicht jedoch WhatsApp zum betroffenen Markt gehören⁴⁰⁶, ist nicht zu folgen. Wenn Snapchat, dessen Dienste neben dem Foto- einen „Messaging-Schwerpunkt“ haben, in den Markt einbezogen werden, so muss dies auch für WhatsApp gelten, das als Messaging Dienst mit der größten Reichweite in seinen Funktionen zahlreiche Überschneidungen mit Diensten wie Snapchat aufweist.

Bezogen auf dieses Wettbewerbsumfeld ergibt sich für das 1. Quartal 2018 folgendes Bild der Nutzeranteile bei täglich aktiven Nutzern:⁴⁰⁷

Dienst	DAU 1. Quartal 2018
WhatsApp	[40-50%]
Facebook	[20-30%]
YouTube ⁴⁰⁸	[10-20%]
Instagram	[10-20%]
Snapchat	[0-10%]
Twitter	[0-10%]
Google+	[0-5%]
Stayfriends	[0-5%]
StudiVZ	[0-5%]
Jappy	[0-5%]
Wize.Life	[0-5%]

⁴⁰⁶ [...]

⁴⁰⁷ [...]

⁴⁰⁸ [...]

- 419 Die oben aufgeführten Zahlen verdeutlichen, dass der Facebook Konzern mit den Diensten WhatsApp, Facebook.com und Instagram mit über [...] an registrierten täglichen Nutzern einen deutlichen Marktanteilsabstand zu den nächstgrößeren Wettbewerbern YouTube und Snapchat innehat. Auch bei der Betrachtung der monatlich aktiven Nutzer ergäbe sich diesbezüglich kein wesentlich anderes Bild.
- 420 Aber auch wenn man, wie Facebook fordert⁴⁰⁹, WhatsApp aus dem Markt herausnimmt, erzielt Facebook mit den Diensten Facebook.com und Instagram bei den täglich aktiven Nutzern einen sehr hohen Anteil.

Dienst	DAU 1. Quartal 2018
Facebook	[30-40%]
Youtube ⁴¹⁰	[20-30%]
Instagram	[20-30%]
Snapchat	[8-13%]
Twitter	[0-5%]
Google+	[0-5%]
StudiVZ	[0-5%]
Stayfriends	[0-5%]
Jappy	[0-5%]
Wizelife	[0-5%]

- 421 Facebook käme auch nach dieser Betrachtung zusammen mit Instagram auf [...] Marktanteil mit einem erheblichen Marktanteilsabstand zu YouTube und Snapchat.

(2) Marktbeherrschungskriterien nach § 18 Abs. 3 und 3a GWB

- 422 Der hohe Nutzeranteil von mehr als [...] ist bei Berücksichtigung der Marktmachtkriterien nach § 18 Abs. 3 und 3a GWB Ausdruck von Marktmacht. Die Entwicklung der Marktverhältnisse auf dem engen Markt für soziale Netzwerke legen dabei wegen der Netzwerkeffekte (dazu (a)) sowie des Lock-In-Effekts durch die weitgehende Inkompatibilität und eines fehlenden Multi-Homing der Facebook Nutzer innerhalb des Markts (dazu (b)) neben der Marktbeherrschung auch die Annahme der

⁴⁰⁹ [...]

⁴¹⁰ [...]

Monopolisierung durch ein sogenanntes Markt-Tipping sehr nahe. Größenvorteile (c) sowie der überragende Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (dazu (d)) und der nur eingeschränkt bestehende innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck (e) bilden weitere Faktoren der bestehenden Marktbeherrschung von Facebook.

(a) Netzwerkeffekte (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB)

423 Für die Marktbeherrschung sprechen angesichts des hohen Marktanteilsabstands zu den Wettbewerbern insbesondere die identitätsbasierten positiven direkten Netzwerkeffekte, die zwischen den privaten Nutzern des sozialen Netzwerks von Facebook.com entstehen. Denn es ist im Zeitablauf zu einem erheblichen Konzentrationsprozess auf dem Markt für soziale Netzwerke gekommen, der auf die regelmäßig zu beobachtende Selbstverstärkungstendenz von positiven direkten Netzwerkeffekten zurückgeführt werden kann. Die gleichzeitig wegen der Mehrseitigkeit des Marktes auftretenden indirekten Netzwerkeffekte verstärken diese Tendenz weiterhin.

i. Direkte Netzwerkeffekte und Selbstverstärkung

424 Eine wettbewerbliche Gefahr liegt bei einem Produkt wie den sozialen Netzwerken im sogenannten Markt-Tipping, das auf dem Selbstverstärkungsprozess direkter Netzwerkeffekte beruht. Markt-Tipping bedeutet, dass sich bei Überschreiten einer bestimmten marktspezifischen Größe des Netzwerks aufgrund des sich selbst verstärkenden Trends zugunsten dieses Netzwerks für konkurrierende Netzwerke kaum noch Kunden finden, und dass die früheren Nutzer der anderen Netzwerke auf das große Netzwerk umsteigen. Die aktuellen Wettbewerber scheiden bei dem Prozess weitgehend aus, da ihre schrumpfenden Netzwerke unattraktiv werden („winner takes most“ oder „winner takes it all“).⁴¹¹ Im Ergebnis kommt es zu einem Monopol oder Quasi-Monopol. Die wettbewerbliche Beziehung zwischen den Anbietern von Netzwerken erhält bis zum Tipping den Charakter eines Wettbewerbs um den Markt.

425 Dieser Prozess kommt in Gang, weil bei direkten Netzwerkeffekten, wie oben unter Rn. 214 ff. dargestellt, der Nutzen oder Gewinn von Nutzern von der Zahl der Nutzer des Netzwerks insgesamt abhängt. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Nutzer von einer hohen Anzahl von Mitnutzern profitieren (positive direkte Netzwerkeffekte), oder davon profitieren, dass die Anzahl der Mitnutzer weniger groß ist (negative direkte Netzwerkeffekte). Die Selbstverstärkungstendenz wohnt nur positiven direkten

⁴¹¹ Dewenter/Rösch, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 2015. S. 197 ff., der von einer Tendenz zum „natürlichen Monopol“ spricht.

Netzwerkeffekten inne, weil bei diesen aus dem Wachstum der Nutzeranzahl weitere Nutzer den Anreiz erhalten, das Netzwerk zu nutzen. Wegen des Vorteils der Netzwerkeffekte bevorzugen Nutzer tendenziell große Netzwerke und können sich langfristig zu einem einzigen großen Netzwerk zusammenfinden.⁴¹² Ein neuer Nutzer wird sich bei der Wahl eines Netzwerks tendenziell für das Netzwerk entscheiden, das von den meisten seiner Freunde auch genutzt wird (Identität der Nutzer) bzw. von dem er vermutet, dass die meisten seiner Freunde es nutzen (Größe des Netzwerks). Je größer ein Netzwerk ist, desto attraktiver ist die Nutzung für neue Nutzer.

- 426 Direkte Netzwerkeffekte und ihr Selbstverstärkungseffekt errichten damit eine bedeutende Marktzutrittsschranke. Es ist für den neu auf den Markt tretenden Anbieter von zentraler Bedeutung, schnell eine *kritische Masse* zu erreichen, so dass er seinerseits in den Genuss von direkten Netzwerkeffekten kommt, die den Nutzen seines Netzwerkes herstellen bzw. steigern.⁴¹³ Der Anbieter muss die Nachfrager hierfür davon überzeugen, dass das neue Netzwerk dauerhaft über eine hohe Marktgeltung verfügen wird. Denn er kann gerade nicht auf ein bestehendes, hinreichend großes Netzwerk verweisen, in dem die Nachfrager ihre Kommunikationspartner finden können. Er ist vielmehr auf die subjektiven Erwartungen der Nachfrager angewiesen.⁴¹⁴
- 427 Das beschriebene Nutzerverhalten wird im vorliegenden Fall durch die durchgeführte Nutzerumfrage bestätigt: Die Nutzer von sozialen Medien wurden gefragt, wie wichtig verschiedene vorgegebene Gründe für die Entscheidung für ein soziales Netzwerk waren. Für 86 % der Nutzer war es wichtig bis sehr wichtig, dass Freunde, Familie und Kollegen das Netzwerk nutzen. Auch die Gesamtzahl der Personen, die das Netzwerk nutzen, wurde von 47% der Nutzer als wichtiger bis sehr wichtiger Entscheidungsgrund bei sozialen Netzwerken genannt, während Personen im räumlichen Umfeld (z. B. Stadt oder Landkreis), die das Netzwerk nutzen, für 62% der Nutzer wichtig bis sehr wichtig sind.⁴¹⁵ 62% hielten außerdem die Aktivität der Nutzer bei ihrer Entscheidung für wichtig bis sehr wichtig.
- 428 Der Verstärkungseffekt spiegelt sich deutlich in der Entwicklung der Nutzerzahlen von Facebook.com auf Basis der täglich aktiven Nutzer sowie der monatlich aktiven Nutzer wider. Für die Berechnung des Selbstverstärkungsprozesses von direkten

⁴¹² Vgl. Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 113

⁴¹³ So auch Europäische Kommission, „Microsoft/LinkedIn“, Entscheidung vom 06.12.2016, Comp/M. 8124, Rn. 346.

⁴¹⁴ Vgl. z.B. Sailer, Regulierungsbedarf in Netzwerken? Implikationen für die Internetökonomie, Die Weltwirtschaft 2001, 352 f.; auch Farrell/Saloner, „Standardization, Compatibility, and Innovation“, The RAND Journal of Economics, 1985, 16(1), S. 70-83; Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 104.

⁴¹⁵ [...]

Netzwerkeffekten gibt es zwar bislang keine etablierte Berechnungsmethode. Als Approximation kann aber die Entwicklung der Nutzerzahlen seit Marktzutritt herangezogen werden. Denn die „installierte Basis“ ist ein wichtiger Anhaltspunkt für die Bedeutung des Netzwerkeffekts im Markt.⁴¹⁶

- 429 Die Nutzerzahlen von Facebook.com sind seit dem Marktzutritt des Netzwerks in Deutschland im Jahr 2008 dabei stetig angestiegen.⁴¹⁷

Quartal	DAU (in Tsd.)	MAU (in Tsd.)
Q1 2009	[...]	[...]
Q1 2010	[...]	[...]
Q1 2011	[...]	[...]
Q1 2012	[...]	[...]
Q1 2013	[...]	[...]
Q1 2014	[...]	[...]
Q1 2015	[...]	[...]
Q1 2016	[...]	[...]
Q2 2016	[...]	[...]
Q3 2016	[...]	[...]
Q4 2016	[...]	[...]
Q1 2017	[...]	[...]
Q2 2017	[...]	[...]
Q3 2017	[...]	[...]
Q4 2017	[...]	[...]
Q1 2018	[...]	[...]

- 430 Im ersten Jahr hatte Facebook.com bereits mehr als [...] täglich aktive Nutzer erreicht. Innerhalb eines Jahres steigerte sich die installierte Basis auf mehr als [...] täglich aktive Nutzer, bis in das Jahr 2011 bereits auf über [...] täglich aktive Nutzer. Auch in den Folgejahren stieg sowohl die Zahl der täglich aktiven Nutzer als auch der monatlich aktiven Nutzer weiter an. Facebook.com hat seine Nutzerbasis im 1. Quartal 2017 auf

⁴¹⁶ Vgl. Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 105 f.; hierzu z.B. Farrel/Saloner, „Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements, and Predation“, The American Economic Review, 1986, Vol. 76(5), S. 940-955.

⁴¹⁷ [...]

23 Mio. täglich aktive Nutzer gesteigert.⁴¹⁸ Im ersten Quartal 2018 ist zwar ein geringfügiger Rückgang der täglich aktiven Nutzer zu verzeichnen, der jedoch keinen Trend des Jahres 2017 widerspiegelt. Denn die Nutzerzahlen sind während des gesamten Jahres weiter angestiegen. Auch die Anzahl der monatlich aktiven Nutzer verbleibt auf hohem Niveau.

- 431 Im Hinblick auf die Bedeutung der Nutzungsintensität für die Netzwerkeffekte ist eine Betrachtung der Entwicklung der Anzahl monatlich aktiver Nutzer im Vergleich zu den täglich aktiven Nutzern sinnvoll. Selbst wenn die oben genannten Dienste, wie Facebook fordert⁴¹⁹, mit Zuweisung einer vollen Wettbewerbsposition in den Markt einbezogen würden, kann dies die Konzentrationstendenz des Marktes für soziale Netzwerke nicht wesentlich relativieren. Insoweit ist zu erkennen, dass nach einem starken Wachstum in den ersten Jahren Facebook.com in den folgenden Jahren weiterhin jährlich [...] monatlich aktive Nutzer hinzu gewonnen hat. Im Zeitablauf zeigt sich dabei ein immer höheres Maß an Aktivität dieser Nutzer, da die Zahl der täglich aktiven Nutzer relativ gesehen deutlich stärker angewachsen ist als die Zahl der monatlich aktiven Nutzer und sich der Anteil der täglich aktiven Nutzer an den monatlich aktiven Nutzern damit von anfangs [...] auf [...] gesteigert hat. Lediglich im ersten Quartal 2018 ist eine leicht verringerte Nutzungsintensität zu verzeichnen.

ii. Wahrscheinlicher Tipping-Prozess

- 432 Das im Markt zu beobachtende Ausscheiden von Wettbewerbern sowie die sinkende Tendenz der Nutzeranteile bei den verbliebenen Wettbewerbern sprechen stark für einen Tipping-Prozess im Markt, der im Ergebnis Facebook.com als Monopolisten hervorbringt.
- 433 Dabei hatte Facebook.com nach Presseberichten im Jahr 2008 zunächst einen Fehlstart erlitten, so dass ein nicht unerheblicher Rückstand zu den damaligen Marktführern in Deutschland StudiVZ und SchülerVZ sowie zu MySpace als spezielles Musik-Netzwerk entstand. Damals kamen in der öffentlichen Diskussion Zweifel auf, ob es Facebook.com trotz seiner technischen Überlegenheit gelingen könnte, gegen die Netzwerkeffekte der etablierten Anbieter anzukommen.⁴²⁰
- 434 Die Nutzeranteile der in Deutschland tätigen Wettbewerber sind jedoch sodann spätestens ab 2011 stark zurückgegangen. Nach Ermittlungen der Beschlussabteilung

⁴¹⁸ S. die von Facebook am 01.06.2017 veröffentlichten Zahlen unter <https://de.newsroom.fb.com/news/2017/06/eine-community-von-30-millionen-facebook-sagt-danke/>, [...]

⁴¹⁹ [...]

⁴²⁰ FAZ.NET vom 27. April 2008 <http://blogs.faz.net/netzwirtschaft-blog/2008/04/27/facebook-verpatzt-den-deutschland-start-249> (abgerufen am 10.01.2019).

setzte bei StudiVZ Ende 2010 ein Aktivitätsrückgang ein, der sich im Jahr 2011 rasant beschleunigte.⁴²¹ Im Jahr 2011 wurde StudiVZ von Facebook.com nach Nutzerzahlen überholt. SchülerVZ wurde am 30. April 2013 eingestellt. Im Herbst 2012 wurde StudiVZ an einen Finanzinvestor verkauft und in der Folgezeit gingen die Nutzerzahlen weiter zurück.⁴²² Am 7. September 2017 hat der Eigentümer Poolworks Insolvenz angemeldet.⁴²³ Ob das Netzwerk weiterbetrieben werden kann, ist offen.

- 435 Eine ähnliche Entwicklung war bei den Lokalisten, Stayfriends sowie bei MySpace zu beobachten.⁴²⁴ Auch die Lokalisten verzeichneten trotz erheblicher Investitionen des damaligen Eigentümers ProSiebenSat.1 zum Jahreswechsel 2009/2010 zunächst einen Einbruch bei der Nutzungsintensität.⁴²⁵ Ab 2011 registrierten die Lokalisten rückläufige Nutzerzahlen, die trotz Versuchen, sich durch Einführung von Gaming oder Dating-Funktionen zu diversifizieren, nicht stabilisiert werden konnten.⁴²⁶ Am 30. September 2016 wurde das Netzwerk eingestellt.⁴²⁷ Begründet wurde dies u.a. mit der Marktstellung Facebooks auf dem Markt für soziale Netzwerke, der ein „winner takes it all“ Markt sei.⁴²⁸ Auch das soziale Netzwerk Jappy berichtet beginnend mit dem Jahr 2011 bis zum Sommer 2012 zunächst über einen deutlichen Aktivitätsrückgang⁴²⁹ und anschließend über einen kontinuierlichen Rückgang der Nutzer. Bei Stayfriends konnten die Nutzerzahlen bis 2011 gesteigert werden, dann waren nach Aussagen von Stayfriends [...]. Die Nutzeranzahl hat sich in der Folgezeit [...] reduziert.⁴³⁰ Dagegen steigt die Anzahl der Nutzer von Facebook.com weiterhin an.
- 436 Diese Entwicklungen stehen im Einklang mit der wettbewerblichen Wirkung von direkten Netzwerkeffekten sowie des Tipping-Prozesses: Es kommt zunächst zu einem intensiven Wettbewerb um den Markt, aus dem ein vorherrschendes Netzwerk bzw. ein Monopolist hervorgeht. Dabei legen die Nutzerrückgänge ab 2011 bei allen Wettbewerbern die Annahme nahe, dass bereits zu diesem Zeitpunkt ein Tipping-

⁴²¹ [...]

⁴²² [...]

⁴²³ Vgl. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/studivz-ist-pleite-a-1166735.html> (abgerufen am 10.01.2019).

⁴²⁴ Vgl. einen Artikel des Focus aus dem Jahr 2013 http://www.focus.de/digital/myspace-studivz-lokalisten-lokalisten-langsam-aber-sicherer-niedergang_id_3474203.html (abgerufen am 10.01.2019); sowie der Süddeutschen Zeitung vom 6. März 2012. <https://web.archive.org/web/20120306030551/http://newsticker.sueddeutsche.de/list/id/1273471> (abgerufen am 10.01.2019).

⁴²⁵ [...]

⁴²⁶ [...]

⁴²⁷ Vgl. heise-online, „Lokalisten und die Crux mit dem Netzwerkeffekt“ vom 30.9.2016, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Lokalisten-und-die-Crux-mit-dem-Netzwerkeffekt-3338475.html> (abgerufen am 10.01.2019); [...]

⁴²⁸ [...]

⁴²⁹ [...]; <https://www.gruenderszene.de/interviews/jappy-matthias-vogl> (abgerufen am 10.01.2019).

⁴³⁰ [...]

Prozess eingesetzt hat, bei dem der ehemalige Marktführer StudiVZ sowie die Lokalisten nun ausgeschieden sind bzw. auszuscheiden drohen.

- 437 Zu dem Wettbewerbsgeschehen um den Markt gehört dabei auch der Marktzutritt von Google+ im Jahr 2011. Google+ konnte in Deutschland auch eine nicht unerhebliche Anzahl an täglich aktiven Nutzern anziehen, die jedoch immer auf vergleichsweise geringem Niveau blieb⁴³¹ und inzwischen wieder zurückgeht. Der beschränkte Erfolg am Anfang kann dabei durch die subjektiven Erwartungen der Nutzer über die mögliche Marktgeltung des Google-Dienstes erklärt werden, die, wie oben erläutert, bei einem Markteintritt von Netzwerkprodukten eine entscheidende Bedeutung haben.⁴³² Eine direkte Monetarisierung des Dienstes durch Werbung ist jedoch bis zum Ausscheiden des privaten Dienstes niemals erfolgt. Auch hatte Google+ das soziale Netzwerk zur Differenzierung von Facebook.com umpositioniert, in dem es mehr Betonung auf gemeinsame Interessen der Nutzer und die Möglichkeit des Kennenlernens legt. Schließlich erfolgte mit der Einführung der Unternehmensversion von Google+ im Frühjahr 2018 und der Einstellung der Version für private Nutzer eine Änderung des Geschäftsmodells zu einem entgeltlichen Dienst zur internen Unternehmenskommunikation. Das Ausscheiden von Google+ legt nunmehr die Annahme einer uneingeschränkten Monopolisierungstendenz nahe.
- 438 Aus Sicht der Beschlussabteilung kann der Markterfolg von YouTube sowie der von Snapchat nicht gegen die Tipping-Neigung des Marktes vorgebracht werden. Wie dargestellt, sind diese Dienste nicht Teil des Marktes, und eine Einbeziehung dieser Dienste würde wenig an den hohen Marktanteilen und –abständen zu Facebook.com ändern. YouTube ist dabei ein stark von Facebook.com differenziertes Produkt und wäre bei Einbeziehung sachlich jedenfalls kein enger Wettbewerber gegenüber den privaten Nutzern, sondern – wie auch der Vortrag von Facebook zum „Wettbewerb um die Zeit des Nutzers“ letztlich bestätigt – ein Wettbewerber auf dem Online-Werbemarkt.
- 439 Auch wenn man diese Dienste als Produktdifferenzierungen zu Facebook.com auffassen kann, ist es naheliegend, dass die verschiedenen Nutzerpräferenzen zu einer Marktspaltung geführt haben, bei der auf den einzelnen Teilmärkten wiederum Monopolisierungstendenzen auftreten. Dies hat sich beispielsweise auch in dem Fusionsverfahren *Microsoft/LinkedIn* gezeigt, in dem die Kommission professionelle

⁴³¹ [...]

⁴³² Vgl. z.B. Sailer, Regulierungsbedarf in Netzwerken? Implikationen für die Internetökonomie, *Die Weltwirtschaft* 2001, 352 f.; auch Farrell/Saloner, „Standardization, Compatibility, and Innovation“, *The RAND Journal of Economics*, 1985, 16(1), S. 70-83; Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 104.

soziale Netzwerke sachlich als eigenen Markt angesehen hat, für den in verschiedenen räumlichen Märkten, auf denen Wettbewerber noch tätig waren (Österreich, Deutschland und Polen) durch eine Ausweitung der Nutzerbasis von LinkedIn eine Tipping-Gefahr angenommen wurde. Eine Freigabe des Zusammenschlusses erfolgte nur unter Auflagen.⁴³³ Auch die Ermittlungen der Beschlussabteilung im vorliegenden Verfahren haben eine kontinuierliche Steigerung der Nutzerbasis von LinkedIn seit 2008 ergeben.

- 440 Ähnliche Entwicklungen deuten sich für Video-Sharing-Plattformen mit nutzergenerierten Inhalten wie YouTube im deutschen Markt an. Nach einer öffentlichen Statistik wird YouTube im Jahr 2016 im Bereich Video-Plattformen in Deutschland ein Nutzeranteil⁴³⁴ von über 80% zugeschrieben. Als nächste Wettbewerber folgten in dieser Statistik mit jeweils unter 5% DailyMotion und Cliphish.⁴³⁵ Das Videoportal MyVideo, das lange Zeit in Deutschland die wichtigste Konkurrenz zu YouTube bildete, wurde Ende September 2017 von dem Betreiber ProSiebenSat.1 Media SE aufgegeben und war in der Statistik von 2016 schon nicht mehr relevant. Das zu RTL Group gehörende Portal Cliphish wurde im Juli 2017 in das Portal „Watchbox“ umgewandelt, das keinen nutzergenerierten Inhalt mehr zulässt.

iii. Erhöhung der Marktzutrittsschranken durch indirekte Netzwerkeffekte

- 441 Schließlich sind bei der Prüfung der Marktbeherrschung auch indirekte Netzwerkeffekte, die durch die Eigenschaft von Facebook als mehrseitiger Markt in vielfältiger Form entstehen, zu berücksichtigen. Die mit den direkten Netzwerkeffekten kombinierten indirekten Netzwerkeffekte erhöhen die Marktzutrittsschranken bei sozialen Netzwerken weiter und verstärken damit die Tipping-Neigung zusätzlich.
- 442 Indirekte Netzwerkeffekte liegen bei werbefinanzierten Diensten, die auch als „Aufmerksamkeitsplattformen“ bezeichnet werden können (s. oben. Rn. 221), vor, weil der Nutzen der Plattform für die Werbetauschseite von der Anzahl und Zusammensetzung der Nutzer des Dienstes abhängt. In Richtung der Werbetreibenden liegen positive indirekte Netzwerkeffekte vor, da diese von einer hohen Anzahl von Nutzern und verschiedenen Zielgruppen auf einem Dienst profitieren. Die indirekten Netzwerkeffekte sind bei Aufmerksamkeitsplattformen häufig asymmetrisch

⁴³³ Europäische Kommission, „Microsoft/LinkedIn“, Entscheidung vom 06.12.2016, Comp/M. 8124, Rn. 339 ff.

⁴³⁴ Auf der Basis des „monthly unique visitor“, eine Kennzahl, im wesentlichen vergleichbar ist mit dem „monthly active user“.

⁴³⁵ Vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/209329/umfrage/fuehrende-videoportale-in-deutschland-nach-nutzeranteil/> (abgerufen am 10.01.2019).

ausgeprägt, da intensivierete Werbung aus Sicht der Nutzer nicht notwendig ein Vorteil darstellt.

- 443 Der nachhaltige Marktzutritt ist bei einem werbefinanzierten Plattformprodukt schon im Ausgangspunkt schwieriger, da der Anbieter hierfür auf mindestens zwei Seiten erfolgreich eintreten muss,⁴³⁶ und zwar hier auf den Nutzermarkt für soziale Netzwerke und den Online-Werbemarkt. Der hohe Nutzeranteil von Facebook.com bedeutet im vorliegenden Fall außerdem, dass sich werbefinanzierte Geschäftsmodelle im Markt durchsetzen. Ein entgeltliches Geschäftsmodell oberhalb von Freemium-Modellen wird bei einer mangelnden Zahlungsbereitschaft der Nutzer⁴³⁷ für einen Marktzutritt schwierig sein. Für eine Monetarisierung durch Werbung ist mit Blick auf die indirekten Netzwerkeffekte jedoch wiederum das Erreichen einer kritischen Masse von Nutzern erforderlich, die für Werbetreibende eine attraktive Zielgruppe bildet. Das Erreichen einer solchen kritischen Masse ist jedoch wiederum durch direkte Netzwerkeffekte erschwert.
- 444 Ein nachhaltiger Marktzutritt ist daher auch mit einem nicht-monetarisierten unentgeltlichen Produkt, wie es im Internet zur Erreichung einer kritischen Masse üblich ist, erheblich erschwert. Denn die Aussicht auf eine eigenständige Monetarisierung, die nicht in der Übernahme des unentgeltlichen Dienstes durch ein auf dem Markt tätiges Unternehmen besteht, ist ebenfalls nur gering. Lediglich Google+ war in der Lage, mit einem nicht direkt monetarisierten Netzwerk auf den Markt zuzutreten und über ein längere Zeit mit nicht nur marginalen Nutzerzahlen am Markt zu verbleiben, da der Dienst in das breite werbefinanzierte Portfolio mit hoher Marktgeltung integriert werden konnte und hinsichtlich etwa der Datenverarbeitung bei Google+ durch Zusammenführung mit den in anderen Konzerndiensten erhobenen Daten – wie YouTube – dem Gesamtportfolio Nutzen gebracht hatte.
- 445 Das Produkt „Vero“, auf dessen Marktzutritt Facebook hinweist⁴³⁸, bestätigt dieses Monetarisierungsproblem auf dem Markt für soziale Netzwerke. „Vero“ ist eine mobile App, die sich als „true social network“ (das wahre soziale Netzwerk) bezeichnet und nach öffentlichen Berichten seit 2015 unentgeltlich in den App Stores verfügbar ist. Sie gehört zu dem Unternehmen Vero Labs Inc., dessen CEO der philippinische Milliardär Ayman Hariri ist. Anfang 2018 ist die App plötzlich populär geworden und an die Spitze der Downloads des Apple App Stores gestiegen. Dies wird u.a. darauf zurückgeführt, dass Vero damit wirbt, immer werbefrei zu bleiben, keine Daten zu sammeln und keine

⁴³⁶ Vgl. Caillaud/Jullien, „Chicken & Egg: competition among intermediation service providers“, RAND Journal of Economics, 2003, 34(2), S. 309 ff.

⁴³⁷ [...]

⁴³⁸ [...]

Sortierungs-Algorithmen zu verwenden. Der ersten Million Nutzer hat Vero eine lebenslange unentgeltliche Mitgliedschaft versprochen. Nach Erreichen der Million sollte der Dienst in ein entgeltliches Geschäftsmodell übergehen, dessen Kosten unklar sind. Außerdem sollten Umsätze über Provisionen für den Verkauf von Produkten erzielt werden. Eine Million Nutzer hat der Dienst inzwischen erreicht. Die Kostenfreiheit wurde bis auf weiteres verlängert. Der Andrang auf Vero war nach zwei Monaten wieder vorbei.⁴³⁹

- 446 Es zeigt sich anhand von Vero, dass es zunächst zwar relativ leicht ist, mit einem vollständig unentgeltlichen Internetprodukt ohne jede Monetarisierung in relativ kurzer Zeit Nutzer zu gewinnen. Dieses ist eine sehr typische Form des Marktzutritts im Internet, der jedoch – anders als Facebook argumentiert⁴⁴⁰ - noch nichts über seine Nachhaltigkeit aussagt. Bereits wenn es zur ersten Monetarisierung kommt, die bei Vero noch gar nicht versucht wurde, muss sich der Dienst bewähren, insbesondere wenn es ein entgeltliches Modell werden soll.
- 447 Die indirekten Netzwerkeffekte sind im vorliegenden Fall dagegen nicht geeignet, die hohen Marktanteile auf der Nutzerseite durch die Marktstruktur und das Wettbewerbsgeschehen auf einem möglicherweise weiter abzugrenzenden Online-Werbemarkt zu relativieren. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Anbieter von werbefinanzierten Produkten bei seinen strategischen Entscheidungen wegen der indirekten Netzwerkeffekte die jeweiligen Auswirkungen auf beiden Marktseiten berücksichtigen wird. Eine Abwanderung von Nutzern wegen nachteiliger strategischer Entscheidungen des Anbieters auf der Nutzer-Seite kann sich unmittelbar negativ auf die Werbeseite auswirken, da Werbetreibende einen großen Vorteil einer Plattform wie Facebook.com in einer hohen Reichweite sehen.⁴⁴¹ Hieraus kann im vorliegenden Fall jedoch nicht gefolgert werden, dass Verhaltensspielräume von Facebook auf der Nutzerseite durch auf die Werbeseite wirkende indirekte Netzwerkeffekte oder auf der Werbeseite bestehenden Wettbewerbsdruck hinreichend kontrolliert werden. Entgegen der Ansicht von Facebook⁴⁴² ist dabei eine genaue Ermittlung und Betrachtung des Wettbewerbsgeschehens auf der Werbeseite nicht erforderlich, da auch bei Zugrundelegung eines wettbewerblichen Marktes eine positive Rückwirkung auf die Diensteseite nicht angenommen werden kann.

⁴³⁹ Vgl. dazu <https://www.giga.de/extra/social-media/specials/was-ist-vero-die-social-app-erklart/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁴⁴⁰ [...]

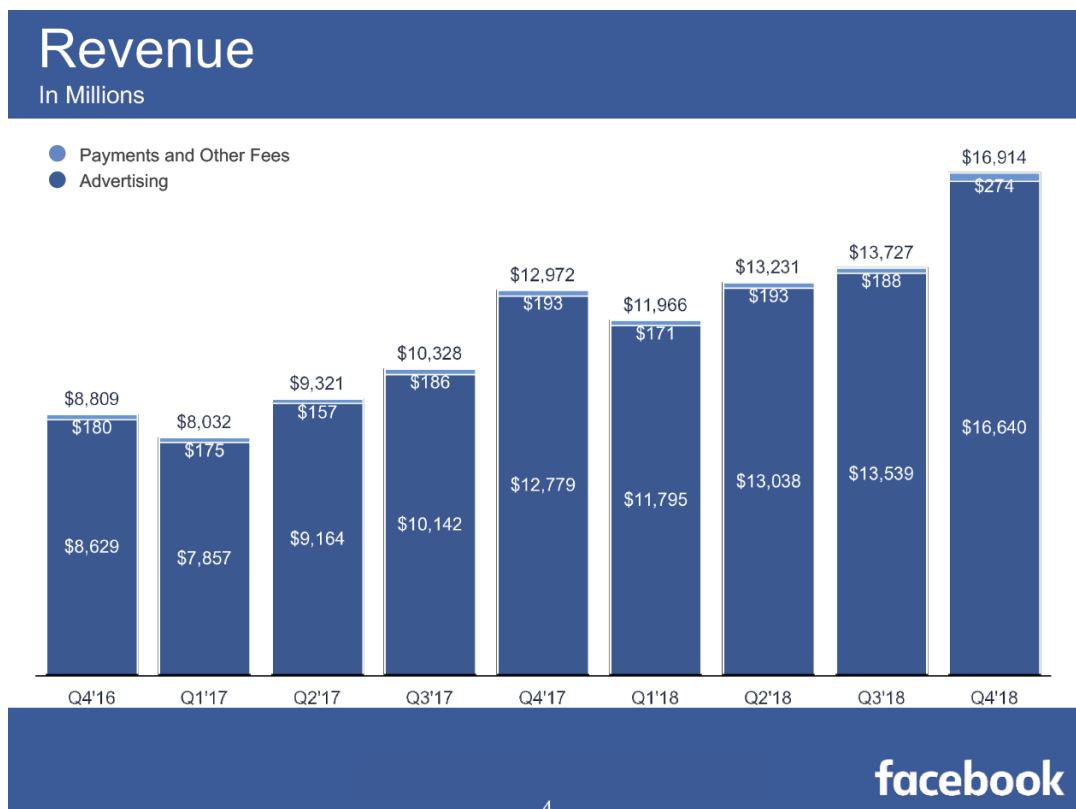
⁴⁴¹ [...]

⁴⁴² [...]

- 448 Denn die Möglichkeit einer Abwanderung von Nutzern ist durch die Kombination von indirekten mit direkten Netzwerkeffekten erheblich eingeschränkt. Ein Nutzer würde bei einem Wechsel zu einem anderen Netzwerk seine Kontakte verlieren, da nicht zu erwarten ist, dass die Freunde und deren Freunde sowie weitere Verbindungen ebenfalls wechseln werden (zu den Wechselhürden durch den Lock-In-Effekt im Einzelnen noch unten Rn. 460 ff.). Der Nutzer kann im Hinblick auf die Bedeutung des sozialen Netzwerks als Online-Abbild seines sozialen Umfelds und seiner Aktivitäten häufig nicht einmal auf die Nutzung verzichten, will er sich nicht von seinen Kontakten und dem Informationsaustausch isolieren⁴⁴³.
- 449 Darüber hinaus führt ein Wettbewerb auf der Werbeseite, wie dargestellt, gerade zu einem hohen Anreiz der Ausnutzung eines Datenverarbeitungsspielraums, da auf der Werbeseite der Markterfolg des Dienstes umso höher ist, je mehr und je detaillierter Nutzerdaten verarbeitet werden. Die Datenverarbeitung lässt sich durch die Nutzer regelmäßig nur schwer nachvollziehen, so dass auch ungeachtet der direkten Netzwerkeffekte mit einer signifikanten Abwanderung nicht zu rechnen ist. Eine Einschränkung des Datenverarbeitungsspielraumes durch eine wettbewerbliche Werbeseite kann daher nicht angenommen werden. Vielmehr besteht durch die Verbundenheit der Märkte durch indirekte Netzwerkeffekte die Gefahr der Übertragung von Marktmacht in Richtung des Online-Werbemarktes.
- 450 Dieses wird auch bestätigt durch die Ermittlungen, die insgesamt massiv ansteigende Werbeerlöse von Facebook zeigten. Die (weltweiten) Umsätze von Facebook haben sich nach einer von Facebook veröffentlichten Statistik⁴⁴⁴ in den Jahren 2017 und 2018 verdoppelt (Steigerungsrate über zwei Jahre rund 100 %):

⁴⁴³ Nach einer Studie der California State University von 2016 kann eine Nutzung von Facebook und anderer sozialer Netzwerke sogar süchtig machen, vgl. <http://www.independent.co.uk/news/science/facebook-could-affect-brain-in-similar-way-to-cocaine-study-finds-a6877236.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁴⁴⁴ Vgl. Facebook, Präsentation Q4 Results, Folie 4, abrufbar unter https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_financials/2018/Q4/Q4-2018-Earnings-Presentation.pdf, [...]



451 Bei Zugrundelegung eines nationalen Online-Werbemarktes für soziale Medien, wofür nach den Ermittlungen einiges spricht, ist Facebook nach Umsätzen auch inzwischen Marktführer.⁴⁴⁵

(b) **Paralleles Nutzungsverhalten und hohe Wechselhürden, § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB**

452 Die Annahme einer Marktbeherrschung und einer durch direkte Netzwerkeffekte bewirkten Monopolisierungsbewegung auf dem Nutzermarkt für soziale Netzwerke zeigt sich auch durch ein ersichtlich fehlendes paralleles Nutzungsverhalten (Multi-Homing) auf dem betroffenen Markt. Darüber hinaus bestehen wegen der identitätsbasierten direkten Netzwerkeffekte und der weitgehenden Inkompatibilität mit anderen Diensten hohe Wechselhürden infolge des erheblichen Lock-In-Effekts, der die Nutzer an Facebook bindet. Auch dieses stützt die Annahme eines Tipping-Prozesses im Markt.

i. **Multi-Homing**

453 Eine nennenswerte parallele Nutzung von marktzugehörigen sozialen Netzwerken, die ein Ausscheiden von Wettbewerbern verhindern und Neueintritte erleichtern könnte, ist nicht ersichtlich.

⁴⁴⁵ [...]

- 454 Die Nutzungsform des Multi-Homing kann grundsätzlich einen gegensteuernden Faktor für den durch direkte Netzwerkeffekte drohenden Tipping-Prozess bilden. Denn wenn Nutzer in hohem Ausmaß mehrere Netzwerke nutzen, wirkt dies einem Ausscheiden der Wettbewerber entgegen, auch wenn eine Konzentrationsneigung im Markt feststellbar ist. Auch die hohe Marktzutrittsschranke kann dadurch abgesenkt werden, weil Newcomer durch ein verbreitetes Multi-Homing der Nutzer auch dann Kunden gewinnen können, wenn diese Kunden schon ein großes Netzwerk nutzen.⁴⁴⁶
- 455 Multi-Homing steht nach ökonomischer Literatur dabei in einem engen Zusammenhang mit der Produktdifferenzierung aufgrund heterogener Nutzerpräferenzen. Danach kann Multi-Homing bei mehrseitigen Märkten eine Folge einer horizontalen Plattfordmendifferenzierung sein, bei der sich konkurrierende Plattformen durch gezielte Adressierung von Nutzergruppen differenzieren. So könne beispielsweise eine horizontale Plattfordmendifferenzierung zu einer Herausbildung von mehreren spezialisierten Plattformen führen, die sich durch besondere „Features“ auszeichnen. Hierdurch kann es auf einer oder beiden Plattformseiten zu Multi-Homing kommen, etwa weil eine Nutzerseite unterschiedliche Nutzergruppen der anderen Seite erreichen möchte. Multi-Homing wirkt sich dann insbesondere durch die Verbindung mit Plattfordmendifferenzierung eher dekonzentrativ aus.⁴⁴⁷ Dieses Konzept wird grundsätzlich auch für (inkompatible) Netzwerke vertreten.⁴⁴⁸
- 456 Eine intensive Produktdifferenzierung bei sozialen Netzwerken mit der Folge eines dekonzentrativen Multi-Homing ist nicht feststellbar. Insbesondere kann es nicht darauf ankommen, ob die Nutzer von Facebook.com auch andere, nicht dem Markt für soziale Netzwerke zugehörige soziale Medien nutzen. Zwar werden mehrere soziale Medien nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung häufig parallel genutzt. So nutzen Twitter-Nutzer neben Twitter [...] häufig auch Facebook.com, Instagram, WhatsApp und Snapchat.⁴⁴⁹ Die Nutzung dieser Dienste erfolgt jedoch – wie dargestellt – für einen anderen Bedarf und damit auf anderen Märkten.
- 457 Wenn eine Vielzahl von differenzierten sozialen Medien vorhanden ist, deren Angebot sich mehr oder weniger stark voneinander unterscheidet, ist zunächst nach dem Bedarfsmarktkonzept zu fragen, ob die differenzierten sozialen Medien funktional

⁴⁴⁶ B6-57/15, OCEPE II/EliteMedianet, Entscheidung vom 22.10.2015, Rn. 151 [...].

⁴⁴⁷ Vgl. vor allem Evans/Schmalensee, „The Industrial Organisation of Markets with Two-Sided Platforms“, Competition Policy International, 2007, Vol. 3, Nr. 1, S. 151-179; Katz, „Competition policy in network industries“, Keynote Lecture, Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik, 2013.

⁴⁴⁸ Katz/Shapiro, „Systems Competition and Network Effects“, Journal of Economic Perspectives, 1994, 8(2), S. 93-115; Doganoglu/Wright, „Multihoming and compatibility“, International Journal of Industrial Organization, 2006, 24, S. 45-67; vgl. Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 108.

⁴⁴⁹ [...]

austauschbar sind und damit denselben Bedarf bedienen. Eine überwiegend komplementäre parallele Nutzung sowie überwiegend fehlende Austauschbarkeit differenzierter Angebote führt zu getrennten Märkten. Aus Sicht der Beschlussabteilung ist der kartellrechtsrelevante Begriff des „Multi-Homing“ daher nur erfüllt, wenn die parallele Nutzung von Netzwerken desselben Marktes vorliegt. Denn nur so kann für den relevanten Markt ermittelt werden, ob eine Tipping-Neigung dieses Marktes gebremst werden kann und die Marktzutrittsschranken des konkreten Marktes herabgesenkt werden. Eine parallele Nutzung mit einem Produkt, das einen anderen Bedarf bedient, hat keine bedeutende wettbewerbliche Relevanz für die jeweiligen Märkte, abgesehen von einem beschränkten Wettbewerb an den Rändern durch das begrenzte Zeit- und ggf. Geldbudget der Nachfrager.⁴⁵⁰

458 Eine parallele Nutzung von Facebook.com und YouTube oder anderen sozialen Medien hat daher für die Marktposition von Facebook und der Monopolstellung keine maßgebliche Relevanz. Insgesamt kann eine Produktdifferenzierung bei Netzwerken wegen der direkten Netzwerkeffekte wie oben gezeigt gerade zu einer Marktspaltung führen, bei der auf den einzelnen Teilmärkten jeweils wieder Monopolisierungstendenzen auftreten.⁴⁵¹

459 Vielmehr wäre ein vorherrschendes Multi-Homing von Facebook-Nutzern mit (bisher) Google+ und Jappy sowie ggf. mit den einbezogenen differenzierten Netzwerken Stayfriends und Wize.Life erforderlich. Ein derartiges paralleles Nutzerverhalten ist angesichts des bereits bestehenden Quasi-Monopols von Facebook mit mehr als 90 Prozent der Nutzeranteile gerade nicht ersichtlich. Denn ein wirksames Multi-Homing im Markt müsste sich auch in geringeren Marktanteilsabständen widerspiegeln. Nutzen jedoch 90 Prozent der Nutzer einen Dienst, kann dieses mangels nennenswerter Überschneidungen nur als Single-Homing angesehen werden und spricht für ein vorliegendes Tipping des Markts, das gerade nicht durch Multi-Homing verhindert wurde.

ii. Hohe Wechselhürde durch Lock-In-Effekt

460 Die bestehenden hohen Wechselhürden im Markt für soziale Netzwerke stützen ebenfalls die Annahme einer Marktbeherrschung sowie eines Tipping-Prozesses im Markt. Insbesondere führen die identitätsbasierten direkten Netzwerkeffekte zu einem Bindungseffekt („Lock-In-Effekt“), der einen Wechsel des sozialen Netzwerks

⁴⁵⁰ Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 70 und S. 115.

⁴⁵¹ Auf dem Markt für Online-Dating-Plattformen war dagegen hohe Plattformdifferenzierung mit der Folge eines intensiven Multi-Homing gegeben, weil die Plattformen nach den Ermittlungen für die Nutzer alle denselben Bedarf erfüllten und zu demselben Zweck austauschbar genutzt wurden.

erschwert bzw. verhindert. Die zwischen Facebook.com und anderen sozialen Netzwerken bestehende Inkompatibilität, die die technische Grundlage des Netzwerkeffekts bildet, wird nicht durch die vorhandenen Funktionalitäten und Schnittstellen zu anderen Diensten abgemildert.

- **Lock-In durch Inkompatibilität und identitätsbasierte Netzwerkeffekte**

- 461 Die hohe Wechselhürde ergibt sich aus den identitätsbasierten direkten Netzwerkeffekten, die wegen der (technischen) Inkompatibilität der sozialen Netzwerke im Markt nicht netzwerkübergreifend bestehen können. Kompatibilität würde die Bedeutung der Netzwerkeffekte im Wettbewerb neutralisieren.⁴⁵² Produkte sind kompatibel, wenn das Produktdesign so koordiniert ist, dass die Produkte miteinander arbeiten bzw. interagieren können⁴⁵³ und so bezüglich ihrer Funktionen substituierbar werden.⁴⁵⁴ Dieses ist bei sozialen Netzwerken weitgehend nicht der Fall, da die Gesamtheit der Funktionalitäten auf das jeweilige Netzwerk zugeschnitten ist und es so jeweils ein eigenes „Universum“ bildet. Insoweit sind soziale Netzwerke ökonomisch mit Systemen von Gütern oder Diensten vergleichbar, die ein Bündel von komplementären und untereinander kompatiblen Gütern oder Diensten bilden, die in einem Verwendungszusammenhang stehen und von Kunden bei der Auswahlentscheidung gemeinsam berücksichtigt werden.⁴⁵⁵ Dabei ist es möglich, dass auf der Grundlage von Schnittstellen einzelne Funktionen einen gewissen Kompatibilitätsgrad erreichen. Elemente des Systems bzw. Netzwerks können jedoch nicht durch Elemente des jeweils anderen Systems bzw. Netzwerks ersetzt werden.⁴⁵⁶
- 462 Der Wechsel zu einem in diesem Sinne inkompatiblen Netzwerk begegnet verschiedenen Hürden. Insbesondere ist für den Nutzer nach dem Verwendungszweck von sozialen Netzwerken ein Wechsel nur sinnvoll, wenn er in einem alternativen Netzwerk auch seine Freunde und Bekannte als Nutzer wieder vorfindet. Der wechselwillige Nutzer müsste folglich seine bisherigen Kontakte im ursprünglichen Netzwerk ebenfalls zu einem Wechsel bewegen. Da aber seine Kontakte weitere Kontakte auf dem bisherigen Netzwerk haben, müssten diese auch zu einem Wechsel bewegt werden. Je mehr Kontakte ein wechselwilliger Nutzer bei dem bisherigen Netzwerk hat und je stärker diese Kontakte wiederum mit anderen Nutzern verbunden

⁴⁵² Katz & Shapiro, „Network Externalities, Competition, and Compatibility“, *American Economic Review*, 1985, Vol. 75(3), p. 424-440.

⁴⁵³ Farrell/Saloner, *Competition, Compatibility and Standards: The Economics of Horses, Penguins and Lemmings*, 1987, S. 1; Bundeskartellamt, *Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*, Juni 2016, S. 106;

⁴⁵⁴ Vgl. Pfeiffer, *Kompatibilität und Markt*, 1989, S. 23.

⁴⁵⁵ Vgl. hierzu Stelzer, *Digitale Güter und ihre Bedeutung in der Internet-Ökonomie*, S. 8 f, <https://www.tu-ilmenau.de/fileadmin/public/iwm/diggut.pdf> (abgerufen am 26.10.2018).

⁴⁵⁶ Vgl. Economides, *Networks and compatibility: Implications for antitrust*, *European Economic Review* 1994, 655; ders., *Desirability of compatibility in absence of network externalities*, *The American Economic Review*, 1165 ff.

sind, desto schwieriger bis ganz unmöglich wird die Mitnahme der Kontakte zu einem neuen Netzwerk. Ein wechselwilliger Nutzer kann dann vor der Frage stehen, ob er auch dann zu einem anderen Netzwerk wechseln sollte, wenn ein signifikanter Teil seiner bisherigen Kontakte diesen Wechsel nicht vollziehen wird. Folglich ist der Anreiz, das soziale Netzwerk zu wechseln, umso geringer, je intensiver das ursprüngliche Netzwerk genutzt wird.

- 463 Dabei ist zu berücksichtigen, dass es bei sozialen Netzwerken zu sehr viel mehr Verbindungen kommen kann als z.B. bei Kommunikations- und Messagingdiensten. Kommunikationsdienste ermöglichen die direkte Kommunikation zwischen zwei sich kennenden Nutzern bzw. in einer bestimmten Gruppe von Nutzern. Kommuniziert der Nutzer bei Messaging Diensten nur mit einem kleinen Freundeskreis, kann diese Gruppe durch das Hochladen des auf dem Endgerät gespeicherten Adressbuchs zu Konkurrenzunternehmen abwandern.⁴⁵⁷ Soziale Netzwerke ermöglichen hingegen nicht nur die Kommunikation zwischen zwei Nutzern, sondern auch mittelbare Interaktionen, indem ein Nutzer auch an der Kommunikation anderer Nutzer partizipieren oder hiervon profitieren kann. Durch das Teilen oder Weiterleiten von Beiträgen in sozialen Netzwerken ist insofern auch eine gestufte, mittelbare Interaktion möglich und häufig auch beabsichtigt. Auf diese Weise werden auch Verbindungen zwischen Nutzern aufgebaut, die sich nicht kennen.⁴⁵⁸ Bei einem Wechsel des sozialen Netzwerkes gehen daher auch diese Verbindungen verloren, wenn die jeweiligen Freunde, die diese Verbindungen halten, diese nicht auch zu einem Wechsel überzeugen können.
- 464 Sowohl der Versuch einer Mitnahme von Kontakten als auch der Verzicht auf das Netzwerk stellen bei einem Anbieter mit einer dominierenden installierten Basis wie Facebook daher hohe Wechselkosten (sog. Opportunitätskosten) dar, die zu einer geringeren Wechselbereitschaft führen. Denn bei einer überragenden installierten Basis des ursprünglichen Netzwerkes ist ein Wechsel des Netzwerkes für Nutzer nur noch dann lohnenswert, wenn das neue Netzwerk einen deutlich größeren Nutzen stiften kann, wobei der Zuwachs größer als die Wechselkosten sein muss. Dies bedeutet insbesondere, dass der Nutzen eines neuen Netzwerkes umso größer sein muss, je größer bereits die installierte Basis des ursprünglichen Netzwerkes ist.⁴⁵⁹
- 465 Dem steht nicht entgegen, dass ein Wechsel von einem zum anderen Anbieter – wie Facebook argumentiert – ein schleichender Prozess ist und dass es zumeist keinen

⁴⁵⁷ [...]

⁴⁵⁸ Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 114 f.

⁴⁵⁹ Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 114.

„klaren Bruch“ gebe und Nutzer nicht bei einem Netzwerk „auszögen“ und bei einem anderen Netzwerk „einzögen“.⁴⁶⁰ Dies ändert nichts daran, dass der Nutzen eines Wechsels nur dann gegeben ist, wenn am Ende des zeitlichen Prozesses auch alle Verbindungen wechseln werden. Der schleichende Prozess bedeutet insoweit, dass ein Wechsel typischerweise mit einem übergangsweisen Multi-Homing verbunden ist. Ein solches Multi-Homing lässt sich aber wie oben dargestellt gerade nicht feststellen, da die Nutzerzahlen der Wettbewerber praktisch durchgängig sinken und eine Wechselbewegung den Zahlen daher nicht entnommen werden kann. Ein Multi-Homing mit Produkten anderer Märkte kann auch hier – wie oben erläutert – nicht berücksichtigt werden.

466 Entgegen der Ansicht von Facebook⁴⁶¹ stellt auch das oben bereits angesprochene Produkt „Vero“ gerade kein Beispiel dar, das das Problem der direkten Netzwerkeffekte und die sich daraus ergebende hohe Wechselhürde widerlegen könnte. Im Gegenteil belegt dieses Beispiel gerade das dargestellte Problem. Der Hinweis von Facebook auf die leichte Überwindbarkeit von Netzwerkeffekten durch einfache Information und Aufforderung zum Wechsel oder zur zusätzlichen Nutzung auf den bisher genutzten Netzwerken kann nicht verfangen. Facebook verweist dabei auf einen Tweet bei Twitter, in dem ein Nutzer erklärt, dass er Instagram nicht mehr nutzen würde, wenn Vero sich hält.⁴⁶² Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob dieses eine ernsthafte Möglichkeit darstellt, seine Freunde zum Wechsel zu einem anderen Netzwerk zu bewegen, zumal es auch noch um verschiedene Dienste ging. Vero und insbesondere der Geschäftsführer Hariri sind außerdem wegen des Vorwurfs von Korruption, Ausbeutung und Machtmissbrauchs im Zusammenhang mit Geschäften in Saudi Arabien in die Kritik geraten, was zu der gegenläufigen Nutzerreaktion auf Twitter geführt hat: Nachrichten mit der Markierung #deletevero (löscht Vero!) wurden zum Trend auf Twitter.⁴⁶³ Auch dies erscheint nicht geeignet, die Wechselhürden abzusenken.

467 Der Befund der hohen Wechselhürde wird auch im Übrigen von den Ermittlungen der Beschlussabteilung und der Nutzerumfrage gestützt: Nach den Ermittlungen hat ein Facebook-Nutzer durchschnittlich [...] Freunde⁴⁶⁴, die damit jeweils wiederum durchschnittlich [...] Freunde haben usw. Dabei ist die Anzahl der Freunde auf Facebook.com im Einzelfall wesentlich höher und kann auch mehrere Tausend

⁴⁶⁰ [...]

⁴⁶¹ [...]

⁴⁶² [...]

⁴⁶³ Vgl. dazu <https://www.horizont.net/tech/nachrichten/DeleteVero-Warum-der-Social-Media-Hype-schnell-wieder-vorbei-sein-koennte-165249> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁴⁶⁴ [...]

Kontakte beinhalten, die dann mehr oder weniger bedeutsam sind. Auch wenn bei den [...] Freunden nicht alle die gleiche Bedeutung für den jeweiligen Nutzer haben mögen, ist die Zahl der Nutzer, die zu einem Wechsel bewegt werden müssten, um einen ähnlich hohen Nutzen zu erreichen, extrem hoch.

468 Die geringe Wechselbereitschaft bei Nutzern von sozialen Netzwerken lässt sich auch bei den in der Nutzerumfrage befragten Facebook-Nutzern deutlich erkennen. Befragt nach Gründen, die für die Nutzer für eine verstärkte Nutzung eines anderen Dienstes sprechen, gaben 76% der befragten Facebook-Nutzer an, dass dies der Fall wäre, wenn Freunde, Familie und Bekannte einen anderen Dienst nutzen. Bei allen anderen vorgegebenen Wechselgründen stimmte jeweils nur eine (teilweise deutliche) Minderheit zu. So sehen nur 23% in höherer Aktivität bei einem anderen Dienst und nur 34% in besseren Funktionen einen Wechselgrund. Dies verdeutlicht, dass der Wechselaufwand von der Mehrheit der befragten Facebook-Nutzer als so hoch angesehen wird, dass sich ein Wechsel selbst zu einem aktiveren oder besseren Dienst nicht lohnt, wenn nicht auch die eigenen Kontakte mitkommen. Diese Zahlen zeigen, dass es alternativen Diensten schwerfallen wird, Nutzer von Facebook.com durch bessere Funktionen oder weniger Werbung abzuwerben, sofern es nicht gelingt, auch die Freunde der Facebook-Nutzer zum Wechsel zu animieren.

- **Keine Datenportabilität**

469 Der Wechsel ist ferner durch eine fehlende Datenportabilität erschwert. Denn der Wechsel von einem Netzwerk zu einem anderen, inkompatiblen Netzwerk erfordert nicht nur den Verzicht oder die Mitnahme von Freunden und Verbindungen, sondern auch die Einrichtung des neuen Dienstes und des Profils sowie insbesondere den Neuaufbau der im alten Netzwerk hinterlegten Informationen. Denn je nach Aktivitätsschwerpunkt hat der Nutzer im alten Netzwerk aktiv eigene Inhalte veröffentlicht, Inhalte von anderen Nutzern konsumiert und geteilt oder kommentiert. Im Laufe der Zeit entsteht auf diesem Weg ein je nach Nutzerverhalten kleinerer oder größerer Datensatz seiner Aktivitäten. Der zeitliche Aufwand zum Aufbau einer neuen Identität in einem anderen Netzwerk kann den Nutzer von der Nutzung eines anderen Netzwerks abhalten.⁴⁶⁵

470 Die Portabilität des Profils und der damit zusammenhängenden Informationen auf andere Netzwerke ist nur teilweise möglich. Zwar können die Freundesliste und auch eigene veröffentlichte Inhalte dem Nutzer direkt zugeordnet werden. Schwieriger ist diese Zuordnung aber immer dann, wenn der Nutzer auf Aktivitäten anderer Nutzer

⁴⁶⁵ So für den Bereich der professionellen sozialen Netzwerke Europäische Kommission, „Microsoft/LinkedIn“, Entscheidung vom 06.12.2016, Comp/M. 8124, Rn. 345.

reagiert hat, beispielsweise durch Teilen oder Kommentieren der Inhalte anderer Nutzer, oder umgekehrt andere Nutzer auf dessen Beiträge reagiert haben. In diesem Fall kann die Aktivität des Nutzers nicht sinnvoll von den Inhalten getrennt werden, auf die sich die Aktivität bezogen hat oder die sich auf die Aktivität beziehen. Aus diesem Grund ist ein Extrahieren der Aktivitäten eines Nutzers mit der Grundidee eines sozialen Netzwerks, das ja gerade die Interaktionen zwischen den Nutzern ermöglicht, kaum vereinbar. Es liegt damit an der Grundkonstruktion eines sozialen Netzwerks, dass die Mitnahme der eigenen Aktivitäten von einem sozialen Netzwerk zu einem anderen sozialen Netzwerk nur eingeschränkt möglich ist.

- 471 Facebook.com bietet für sein soziales Netzwerk eine Exportfunktion an, die es den Nutzern ermöglicht, die eigenen Aktivitäten in dem Netzwerk in einer Datei zu exportieren („Download your Information“-Funktion). Wünscht der Nutzer einen Download, sendet Facebook.com ihm per E-Mail eine Datei, die die nutzerbezogenen Inhalte in einer Browser-kompatiblen Liste zusammenstellt.⁴⁶⁶ Die exportierbaren Daten sind jedoch nur die eigenen Inhalte, die von Nutzern originär veröffentlicht wurden. Nicht von der Exportmöglichkeit erfasst sind entsprechend alle reaktiven Aktivitäten eines Nutzers, also insbesondere Likes oder Kommentare zu Veröffentlichungen Dritter sowie Reaktionen Dritter auf die originär vom Nutzer erstellten Beiträge. Insofern ist die von Facebook.com angebotene Exportfunktion nicht umfassend.
- 472 Ein Export bzw. eine Mitnahme von Aktivitäten, die sich auf andere Nutzer beziehen, ist auch nur schwer vorstellbar. Denn ein reiner Export auch der Inhalte, die ein Nutzer als Reaktion beispielsweise auf Veröffentlichungen anderer Nutzer erstellt hat, würde für sich genommen aus dem Kontext gerissen werden. Alternativ müsste der gesamte Kontext, in dem der Nutzer aktiv wurde, ebenfalls mit exportiert werden, damit die Aktivität des Nutzers im Kontext eingebettet bleibt. Dies würde jedoch insbesondere bei sehr aktiven Nutzern nicht nur zu technischen Herausforderungen führen. Auch aus datenschutzrechtlicher Sicht ist fraglich, ob es einem Nutzer überhaupt gestattet sein kann, fremde Inhalte, auf die sich seine eigenen Aktivitäten beziehen, im Rahmen eines Exports mitzunehmen. Die mit der Exportfunktion von Facebook.com extrahierbaren Daten sind außerdem praktisch nicht nutzbar, weil es auch einer Importmöglichkeit in andere Netzwerke fehlt. Die exportierten Daten dienen somit eher der Möglichkeit der Archivierung als der Portabilität.

⁴⁶⁶ [...]

- **Keine relevante Abmilderung durch Teilen-Funktion in anderen Netzwerken**

- 473 Auch die mit der Teilen-Funktion (Share-Button) mögliche Verbindung zwischen Facebook.com und anderen Netzwerken bzw. anderen sozialen Medien relativiert die Netzwerkeffekte nicht in ihrer Bedeutung und stellt keine relevante Abmilderung der Lock-In-Effekte dar.
- 474 Zwar kann der Nutzer über die von Facebook definierte gemeinsame Schnittstelle aus anderen Diensten wie Twitter, Pinterest oder auch WhatsApp heraus mit einer Teilen-Funktionalität Inhalte bei Facebook.com posten. Diese Funktionalität ist bei den Diensten, die diese implementiert haben, auch regelmäßig leicht und komfortabel zu nutzen. Ein Teilen von Facebook.com zu anderen Diensten ist dagegen beispielsweise bei iPhones⁴⁶⁷ nur über ein zusätzliches Tool, den AddToAny Share-Plugin, möglich. Dieser ist von dem Nutzer aktiv zu installieren und keine integrierte Funktionalität des Teilen-Buttons auf Facebook.com. Klickt der Nutzer den Teilen-Button bei Facebook.com an, erhält er ein Auswahl-Menü, das nur das Teilen bei Facebook.com selbst oder im Facebook Messenger erlaubt. Für andere Dienste – einschließlich WhatsApp – muss ein Link kopiert werden und bei dem anderen Dienst eingefügt werden.
- 475 Die Teilen-Funktionalität erfordert im Übrigen die parallele Nutzung aller Dienste, in denen gepostet werden soll. Dasselbe gilt für die Facebook-Login-Funktionalität, die eine Registrierung in anderen Diensten mit dem Facebook-Profil erlaubt. Ein solches Multi-Homing findet jedoch gerade mit den Wettbewerbern von Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke wie oben dargestellt nicht in nennenswertem Umfang statt.
- 476 Schließlich ist mit der Implementierung des Teilen-Buttons sowie mit dem Facebook-Login ein erheblicher Datentransfer zu Facebook.com verbunden, bei dem u.a. Daten auch über das Nutzerverhalten auf der implementierenden Website an Facebook.com gegeben werden. Dieses stärkt die Datenbasis von Facebook. Facebook erhält im Übrigen Informationen über die Nutzerbasis seiner Wettbewerber, die auch im Produktwettbewerb zum Vorteil von Facebook genutzt werden können.

(c) **Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, § 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB**

- 477 Die angebotsseitigen Größenvorteile von Facebook im Zusammenwirken mit den direkten Netzwerk- und Lock-In-Effekten stützen die Annahme einer Marktbeherrschung und sprechen ebenfalls für ein Tipping des Markts.

⁴⁶⁷ Bei Android Systemen ist ein solches Tool nicht erhältlich.

- 478 Größenvorteile in Form von anbieterseitigen Skaleneffekten sind in der Internet-Ökonomie besonders bedeutsam, weil die Entwicklungskosten digitaler Güter im Verhältnis zu deren laufenden variablen Kosten regelmäßig deutlich höher sind. Je höher die Fixkosten sind, desto stärker sinken die Kosten pro Nutzer mit steigender Nutzerzahl. Insbesondere im Zusammenwirken mit Netzwerkeffekten erhält Facebook durch die geringeren Durchschnittskosten pro Nutzer gegenüber den Wettbewerbern einen deutlich höheren und weiter steigenden strategischen Spielraum.
- 479 Dieses wird durch den beschriebenen Lock-In-Effekt der Facebook-Nutzer verschärft und führt zu Kostennachteilen der Wettbewerber. Denn wegen der hohen Wechselkosten müssen die Wettbewerber nicht nur mindestens so preiswert sein, wie Facebook, sie müssen vielmehr zusätzlich – wie dargestellt – die Wechselkosten kompensieren, bevor sich die Nutzer zu einem Wechsel entscheiden. Auch dieser Kosteneffekt eröffnet weitere Verhaltensspielräume für Facebook gegenüber seinen Wettbewerbern. Schließlich sind die Skaleneffekte zu berücksichtigen, die durch die gemeinsame Monetarisierung der Facebook-Dienste, insbesondere Facebook.com und Instagram, im Rahmen des Facebook-Werbenetzwerks erzielt werden.
- 480 Das Zusammenwirken von Netzwerkeffekten, Lock-In-Effekten und Größenvorteilen führt daher im Ergebnis dazu, dass der führende Wettbewerber immer stärker wird und die Wettbewerber immer mehr an Bedeutung verlieren.⁴⁶⁸ Dieses stimmt mit der oben beschriebenen Entwicklung der relevanten Nutzeranteile auf dem Markt für soziale Netzwerke überein und spricht für einen Tipping-Prozess im Markt.

(d) Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB

- 481 Facebook verfügt über einen überragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, insbesondere zu den persönlichen Daten seiner Nutzer. Der Umfang der Datenbasis ist im Hinblick auf die überragende installierte Basis auf Facebook entsprechend hoch. Aber auch der Detailgrad der Daten ist durch die vielfältigen Datenquellen, die Facebook zur Verfügung stehen, sehr hoch. Der überragende Zugang zu den Nutzerdaten errichtet eine zusätzliche Marktzutrittsschranke, die zur weiteren Verstärkung des Tipping-Prozesses im Zusammenhang mit den direkten und indirekten Netzwerkeffekten beiträgt. Das praktisch unbegrenzte tatsächliche Ausmaß der Datenverarbeitung zeigt als solches bereits einen unkontrollierten Datenverarbeitungsspielraum gegenüber dem Nutzer an, der auf dem Markt für soziale

⁴⁶⁸ Dieses Zusammenwirken wird in der ökonomischen Literatur auch „increasing returns“ genannt; vgl. Arthur, Increasing Returns and the New World of Business, <https://hbr.org/1996/07/increasing-returns-and-the-new-world-of-business> (abgerufen am 10.01.2019).

Netzwerke einen wettbewerblich erheblichen und von § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB abgebildeten Verhaltensspielraum darstellt.

- 482 Der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten ist aus Sicht der Beschlussabteilung ein bedeutsamer Aspekt bei der Prüfung von Marktmacht bei sozialen Netzwerken, weil es sich dabei gerade um ein stark datengetriebenes Produkt handelt, dessen Eigenschaften und Finanzierbarkeit in besonderem Maße mit den verfügbaren personenbezogenen Nutzerdaten zusammenhängen. Dabei ist eine große Datenbasis eines Marktteilnehmers allein noch kein Indiz für Marktmacht, sie kann jedoch in der Gesamtbetrachtung aller Umstände eine wichtige Rolle spielen.⁴⁶⁹ Die hohe Wettbewerbsrelevanz der Datenbasis für einen Anbieter von sozialen Netzwerken führt allerdings zu einer zusätzlichen Markteintrittsbarriere, weil die meisten Wettbewerber – mit Ausnahme von Google – persönliche Daten nicht in vergleichbarem Ausmaß oder Detailgrad wie Facebook erheben können. Diese Markteintrittsbarriere verstärkt den Lock-in-Effekt der direkten Netzwerkeffekte weiterhin.

i. Datenquellen

- 483 Facebook verfügt wie dargestellt über eine Vielzahl verschiedenster Datenquellen. Das Unternehmen greift zunächst auf die Daten der Nutzer zu, die unmittelbar bei der üblichen zweckentsprechenden Nutzung eines sozialen Netzwerks selbst entstehen. Durch ihre Registrierung, das Einloggen und die mobile oder stationäre Nutzung der Startseite von Facebook.com generiert der Nutzer bereits einen hohen Datenbestand über sich, auf den Facebook zugreifen kann. Nutzer geben, wie dargestellt, zur Profilbildung aktiv Daten zu ihrem wahren Namen (Klarnamenpflicht), Alter, Geschlecht, Beziehungsstatus, Wohnort, Ausbildung, Beruf, Arbeitgeber, Interessen und Hobbies an. Die Nutzer haben dabei einen hohen Anreiz sowohl umfassende als auch richtige Angaben zu machen, da der Hauptzweck der Nutzung des sozialen Netzwerks gerade darin besteht, bestimmte andere Nutzer zu finden und mit ihnen zu interagieren sowie sich selbst zu präsentieren. Ein Auffinden anderer Nutzer wird durch die Angabe umfassender und richtiger Profilinformatoren (z. B. Klarnamen) erheblich erleichtert.
- 484 Durch die Aktivitäten auf dem sozialen Netzwerk in Form von Posts und anderen Interaktionen gewinnt Facebook Informationen über die Personen, mit denen der Nutzer kommuniziert und die Themen, für die sich der Nutzer interessiert. Durch die Standortfunktion bei der mobilen Nutzung und technischen Möglichkeiten zur

⁴⁶⁹ BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 95, Gemeinsames Papier der Autorité de la concurrence und des Bundeskartellamts zu Daten und ihre Implikationen für das Wettbewerbsrecht, Mai 2016.

geographischen Zuordnung von IP-Adressen kann Facebook verfolgen, wo sich der Nutzer aufhält und welche Wege er zurücklegt. Durch die Registrierungspflicht kann Facebook einen angemeldeten Nutzer geräteübergreifend verfolgen und erkennt, von welchen Endgeräten das soziale Netzwerk genutzt wird. Wenn der Nutzer zum Auffinden von Freunden Adressbücher ins soziale Netzwerk hochlädt, erhält Facebook weitere Informationen über den Freundeskreis des Nutzers und über die Personen, mit denen er kommuniziert.

- 485 Darüber hinaus hat Facebook aber auch Zugriff auf den Datenbestand von Nutzern weiterer konzerneigener sozialer Medien, die ihrerseits auf den persönlichen Daten der Nutzer basieren und die Facebook zum Datenabgleich zusammenführt. WhatsApp mit weltweit über 1 Mrd. Nutzern und täglich aktiven Nutzern von [...] Nutzern in Deutschland, die zu [...] auch bei Facebook.com registriert sind, und Instagram mit weltweit über [...] täglich aktiven Nutzern sowie [...] täglich aktiven Nutzern in Deutschland sind reichweitenstarke Dienste auf dem benachbarten Markt für Messaging Dienste.
- 486 Auch von den Drittanbietern, die die von Facebook angebotenen Entwickler-Schnittstellen nutzen, erhält Facebook, wie dargestellt, detaillierte Daten über das Nutzungsverhalten der Facebook-Nutzer. Über die Integration von Facebook-Schnittstellen (APIs), die mit dem Ablegen von Cookies auf Browsern der Nutzer verbunden ist, kann Facebook das Verhalten der Nutzer auf diesen Seiten nachverfolgen, auch wenn sie nicht bei Facebook angemeldet oder registriert sind. Insbesondere die Sozialen Plugins (z.B. „Gefällt-Mir-Button“ und „Teilen-Button“) und das „Facebook-Login“ wird in Deutschland millionenfach⁴⁷⁰ auf Drittwebseiten bzw. Apps eingebunden und genutzt. Auch die Mess- und Analysetools für Drittunternehmen stellen eine wichtige Datenquelle dar, bei denen durch die Kombination der integrierten Schnittstelle und Cookies den Facebook Servern die IP-Adresse, der Browsertyp, die URL der besuchten Webseiten und der Zeitpunkt des Besuchs und weitere Informationen übermittelt werden. Die in den Cookies integrierte ID ermöglicht die Zuordnung zum Nutzerprofil auf Facebook.com. So enthalten die Facebook-Cookies u.a. die spezifische ID des Nutzers, die Browser-Kennung und den Zeitstempel und verschiedene sonstige Daten. Bei mobilen Apps erreicht Facebook ebenfalls eine Identifizierung des Nutzers durch Auslesen der Werbe-ID des Betriebssystems ohne einen zusätzlichen Cookie-Einsatz. Facebook erhält hier weitere Informationen wie die Facebook App ID und Metadaten wie das benutzte Betriebssystem, Name und Version der genutzten App etc.

⁴⁷⁰ [...]

487 Schließlich sind die Werbetreibenden eine weitere Datenquelle von Facebook. Wie oben dargestellt erfordert die Konkretisierung von Zielgruppen („custom audiences“, „Facebook Offline Events“) das Hochladen von „gehashten“ Kundendaten des Werbetreibenden, die mit Facebook Daten abgeglichen werden. Hierfür nutzt der Werbetreibende die eigene Kundenliste mit selbst erstellten Daten wie Vor-, Nachname, Telefonnummer, E-Mail-Adressen, Stadt, Land, Geburtsdatum, Alter, Geschlecht, Kaufverhalten, Kaufsumme und verschiedene IDs seiner Kunden.

ii. **Wettbewerbsrelevanz der Daten**

488 Facebooks Datenquellen sind von hoher Wettbewerbsrelevanz, weil das Produkt eines sozialen Netzwerks gerade von diesen personenbezogenen Daten getrieben ist und die für die Interaktion eingesetzten Algorithmen das Produkt letztlich zu einem Angebot von Daten an den Nutzer machen. Ein überragender Zugang zu diesen Daten ermöglicht die stetige Anpassung der Produkte in Form von technischen Weiterentwicklungen, verstärkte Personalisierungen oder sonstige unternehmensstrategische Zwecke. Darüber hinaus sichern die Datenquellen die Finanzierung durch Werbung ab, die durch Einsatz der Daten sehr gezielt möglich ist und laufend verfeinert werden kann sowie ihrerseits neue Daten über den Nutzer generiert.

489 Die personenbezogenen Daten werden dabei zunächst für personalisierte Inhalte im *News Feed* verwendet. Bei dem News Feed, das heute in vergleichbarer Form die meisten gängigen Netzwerke verwenden, handelt es sich um einen personalisierten Stream von Inhalten und Aktivitäten, die mit dem Nutzer in Bezug stehen. Damit die Nutzer ein möglichst personalisiertes Nutzungserlebnis haben, sollen sie beim durchscrollen des News Feed vor allem die für sie relevantesten Inhalte sehen. Um dies zu gewährleisten, werden alle Posts von einem Algorithmus gerankt und auf Basis dessen vorsortiert. Zur laufenden Verbesserung unterliegt der News Feed Algorithmus einem dauernden komplexen Prozess der Anpassung und Modifizierung anhand verschiedenster Einflussfaktoren, u.a. anhand der erhobenen Daten. Der Algorithmus berechnet individuell für jeden einzelnen Nutzer einen Score für jeden möglichen Post für den News Feed anhand aller Faktoren, die positiven oder negativen Einfluss auf die vermutete Relevanz eines Posts haben. Basierend hierauf werden die Inhalte im persönlichen News Feed sortiert.

490 Drei der Hauptfaktoren für den Score sind Affinity (Affinität), Weight (Gewicht) und Decay (Verfall). Affinity meint die Verbundenheit des Nutzers zu der handelnden Person. Sie wird auf Basis der Interaktion mit dem jeweiligen Nutzer und seinen Posts bestimmt. Indikatoren sind unter anderem der Kontakt in Form von Posts in die

Timeline, Likes, Kommentare, gegenseitige Tags, Seitenbesuche usw. Relevant ist außerdem, inwieweit sich Interessen, Freunde und Handlungsmuster der Nutzer überschneiden. *Weight* meint die Wichtigkeit des jeweiligen Posts aus Sicht der Nutzer. Grundlage der Beurteilung ist die Interaktion anderer mit dem Post in Form von Klicks, Likes, Shares, Kommentaren und sogar der Inhalt der Interaktionen. Auch persönliche Faktoren wie die Relevanz der Personen, die mit dem Post interagiert haben, spielen eine Rolle, ebenso wie Klick/Like bzw. Klick/Share-Quoten. Letztere haben einen negativen Einfluss auf die Relevanz und sollen, neben vielen weiteren Faktoren, einer Ausbreitung von Spam und Click Bait entgegenwirken. Für ein höheres Gewicht spricht hingegen, wenn der gleiche Inhalt auch von anderen Personen (Freunde oder Dritte) geteilt wurde. Decay meint die Verfallszeit eines Posts. Neuere Posts gelten als potenziell interessanter als ältere. Es wird aber auch berücksichtigt, inwiefern der Post nur in der aktuellen Situation interessant ist, oder auch langfristig relevant bleibt. Dies wird unter anderem anhand der Reaktion ermittelt (kurzfristig und intensiv oder langfristig und beständig). Wichtig ist außerdem die Art des Inhaltes, also ob es sich um ein Bild, Video, Text, Link usw. handelt. Wird festgestellt, dass ein Nutzer intensiv auf Bilder reagiert, aber selten auf Links klickt, so scheinen Bilder für ihn interessanter zu sein und werden potenziell höher gerankt.

- 491 Die Liste der Einflussfaktoren lässt sich dabei beliebig erweitern. Neben dem sonstigen eigenen Verhalten hat ebenfalls das Verhalten der postenden beziehungsweise interagierenden Nutzer eine große Bedeutung. Interaktionen von Leuten, die Facebook.com eher wenig nutzen, sind potenziell relevanter als die der „Poweruser“. Neben diesen Faktoren spielen auch verhaltensunabhängige Faktoren eine Rolle, wie beispielsweise die Qualität der Internetverbindung. Auch die Ausrichtung von Facebook.com und die Firmenpolitik können Einfluss auf den Algorithmus und damit auf die Position von Posts im News Feed haben. So kann gesteuert werden, ob Posts von Freunden (persönlicher Charakter) oder von kommerziellen Seiten (News-Charakter) grundsätzlich höher gerankt werden sollen. Außerdem werden mittels des Algorithmus regelmäßig neue Funktionen von Facebook.com höher gerankt und so beworben.
- 492 Die erhobenen Daten dienen darüber hinaus insbesondere auch dem Angebot von zielgerichteter Werbung. Dabei ermöglichen die vielfältigen Datenquellen ein besonders genaues Targeting, in dem durch die „Custom Audiences“ und den „Lookalike Audiences“ Zielgruppen nach bestimmten persönlichen Kriterien oder bestehend aus konkreten identifizierten Personen gebildet werden können. Es können bedeutende Targeting-Methoden wie das technische Targeting, das sog. „Behavioral

Targeting“, das „Semantic Targeting“ sowie „Re-Targeting“ kombiniert und dabei jeweils granulare Datensätzen genutzt werden.

- 493 Entgegen Facebooks Ansicht ist nicht anzunehmen, dass der Grenznutzen der Datenmenge mit zunehmender Datenerhebung stets abnimmt.⁴⁷¹ Dieses mag für die zielgerichtete Werbung, deren Nutzen letztlich von dem Nachfrager durch seine Entscheidung, wofür geworben wird, abhängt, etwas anders sein. Soweit es jedoch die Weiterentwicklung des Dienstes sowie künftige Geschäftszwecke und Technologien betrifft, ist ein abnehmender Grenznutzen der Datenmenge auch nach dem eigenen Vortrag von Facebook nicht ersichtlich. Dies gilt einmal im Hinblick auf die Weiterentwicklung der Analysemöglichkeiten großer Datenmengen wie insbesondere die sog. Künstliche Intelligenz⁴⁷², damit verbunden sog. „Deep Learning“ oder allgemeiner „Machine Learning“⁴⁷³, die weitere Geschäftszwecke und Einsatzgebiete ermöglichen, und umgekehrt hohe Datenmengen benötigen.⁴⁷⁴ Facebook teilt in der Datenrichtlinie für Facebook.com auch mit, dass die Informationen verwendet werden für die Weiterentwicklung der Produkte, die Produktforschung und –Entwicklung sowie zu Forschung und Innovationen u.a. zu Themen des technologischen Fortschritts, der als ein Allgemeinwohlthema dargestellt wird. Auch argumentiert Facebook an anderer Stelle, dass die Genauigkeit und der Grad der Personalisierung eines sozialen Netzwerks abhängig von der Anzahl und der Vielfalt der empfangenen Signale sei – je breiter die Datenbasis, desto effektiver könne der Dienst erbracht werden.⁴⁷⁵

iii. Errichtung einer weiteren Marktzutrittsschranke

- 494 Der überragende Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten errichtet im Zusammenhang mit den direkten und indirekten Netzwerkeffekten und dem hieraus folgenden Lock-In-Effekt eine weitere Marktzutrittsschranke auf dem Markt für soziale Netzwerke und trägt damit ebenfalls zu einem Tipping-Prozess bei.
- 495 Denn durch die direkten und indirekten Netzwerkeffekte hat Facebook bereits einen hohen Datenvorsprung erreicht, den die Wettbewerber – insbesondere neu hinzutretende Marktteilnehmer – weitgehend nicht mehr einholen können. Dies liegt insbesondere an der überragenden installierten Basis, die den Ausgangspunkt der

⁴⁷¹ [...]

⁴⁷² Künstliche Intelligenz wird im Allgemeinen als die Fähigkeit von Maschinen definiert, nicht nur mechanische Vorgänge zu beherrschen, sondern auch komplexe mentale Prozesse vollziehen zu können; als eine frühe Grundlage der KI gilt die Arbeit von Alan M. Turing, *Computing Machinery and Intelligenz*, 1950, veröffentlicht in der Zeitschrift *Mind*, vom 1. Oktober 1950, S. 433-460.

⁴⁷³ Deep Learning und Machine Learning sind verschiedene Methoden, mit denen lernfähige Algorithmen „trainiert“ werden können und so im Laufe ihrer Anwendung immer besser werden.

⁴⁷⁴ S. hierzu auch Bundeskartellamt/Autorité de la Concurrence, „Competition Law and Data“, Mai 2016, S. 50.

⁴⁷⁵ [...]

genannten Datenquellen bildet und die keiner der Wettbewerber erreichen konnte. Denn mit der installierten Basis von 23 Mio. täglich aktiven Nutzern⁴⁷⁶ gelingt es Facebook, eine sehr große Menge an Daten anzusammeln. Dabei ist es eine besondere Eigenart der Daten, dass sich ihre Nutzbarkeit und ihr Wert nicht allein aus ihnen selbst ergeben, sondern vor allem aus ihrer Kombination und der Verknüpfung zu Mustern. Dadurch erhöhen sich der Wert und die Erkenntnismöglichkeit aus jedem einzelnen Datenelement mit der Zunahme der Menge an zur Verfügung stehenden anderen Datenelementen. Mittels Algorithmen kann auf diese Weise das Verhalten beziehungsweise die Interessen eines Nutzers vorhergesagt werden. Mit steigender Menge der zur Verfügung stehenden Daten (nutzerbezogen, aber auch der gesamten Community) kann eine Vorhersage immer genauer und treffsicherer erfolgen. So steigt der Vorteil bei größeren zur Verfügung stehenden Datenmengen, insbesondere aus verschiedenen Quellen, kontinuierlich an.

- 496 Facebook hat daher seinen Wettbewerbern gegenüber einen deutlichen Vorteil bei der Optimierung des News Feed-Algorithmus und somit bei der Entwicklung und Verbesserung ihres Produktes, der mit Zuwachs der installierten Basis ansteigt. Auch hierin kann daher ein weiterer Aspekt des Selbstverstärkungseffekts gesehen werden, weil sich mit zunehmender installierter Nutzerbasis die Datenbasis verbessert, mit der der Nutzen des Netzwerks für den einzelnen Nutzer grundsätzlich noch weiter erhöht wird, der wiederum neue Nutzer anzieht.⁴⁷⁷ Der weiter ansteigende Nutzen des Netzwerks verstärkt den durch die direkten Netzwerkeffekte und die Inkompatibilität entstehenden Lock-In-Effekt.
- 497 Darüber hinaus wirken sich die steigende installierte Basis und die damit verbundene Datensammlung über indirekte Netzwerkeffekte auf die Werbeseite aus. Verbringt eine hohe Anzahl von Nutzern mit einer intensiven Interaktion viel Zeit auf der Facebook-Seite, führt dies zu verbesserten Targeting-Möglichkeiten, die wiederum eine Vielzahl von Werbetreibende anzieht, die ihre eigenen Datenquellen mitbringen sowie weitere Daten mithilfe der Facebook-Messtools generieren und diese Facebook zur Verfügung stellen. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass gerade die durch Facebook erhobenen und zu Werbezwecken zur Verfügung gestellten Daten neben der hohen Reichweite des Dienstes von den befragten Unternehmen als wichtiger Vorteil von Werbemaßnahmen auf Facebook angesehen werden. 11 von 13 antwortenden Media-Agenturen nannten die guten Targeting-Möglichkeiten oder die

⁴⁷⁶ <https://de.newsroom.fb.com/news/2017/06/eine-community-von-30-millionen-facebook-sagt-danke/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁴⁷⁷ Vgl. Gemeinsames Papier der Autorité de la concurrence und des Bundeskartellamts zu Daten und ihre Implikationen für das Wettbewerbsrecht, Mai 2016, S. 13.

sehr detaillierten Nutzerdaten als Vorteil der Werbung auf Facebook gegenüber Werbung auf anderen sozialen Medien. Auch eine große Zahl der Werbetreibenden sieht die guten Targeting-Möglichkeiten und umfassenden „granularen“ Nutzerdaten als einen Vorteil der Werbung auf Facebook gegenüber anderen Medien an.⁴⁷⁸

- 498 Die Wettbewerber können diese Datensammlung weitgehend nicht duplizieren. Dies gilt insbesondere für die kleineren Wettbewerber, die nur beschränkte Möglichkeiten haben, Daten aus verschiedenen relevanten Quellen zusammen zu führen. Zwar bedienen sich Internet-Unternehmen alle auch der Cookie-Technologien und erwerben Daten von Drittanbietern. Mit den Datenquellen, die sich Facebook aus der Nutzerbasis des sozialen Netzwerks sowie aus den konzerneigenen Diensten eröffnen, sind die Quellen der Wettbewerber jedoch nicht vergleichbar. Nach den Ermittlungen können die Wettbewerber mit Ausnahme von Google keine Daten aus konzerneigenen Diensten zusammenführen. Auch der Teilen- und Gefällt-Mir-Button sowie ein Log-In-Button wurden Dritt-Webseiten im Bereich der sozialen Netzwerke außer von Facebook nur noch von Google angeboten.
- 499 Auch die Ermittlungen der Beschlussabteilungen bei den Werbetreibenden zeigen, dass Facebook über einen einzigartigen Datenschatz verfügt: 12 von 13 antwortenden Media-Agenturen bejahten die Frage, ob Facebook über werberelevante Daten verfüge, die durch andere Anbieter von Online-Werbung nicht bereitgestellt werden könnten. Die meisten Agenturen führten dazu aus, dass Facebook über detailliertere Daten als andere Anbieter verfüge. Einige Agenturen antworteten außerdem, dass Facebook über einzigartige Daten zu den Interessen der Nutzer verfüge. Auch eine große Mehrheit der werbetreibenden Unternehmen vertritt die Auffassung, dass Facebook über mehr Daten als andere Publisher verfügt. Häufig genannt wurden dabei Daten zu den Interessen der Nutzer, der hohe Detaillierungsgrad der Daten sowie die nutzerbezogenen Profilinformationen.⁴⁷⁹
- 500 Dass der Google-Konzern, in dessen Portfolio Google+ eingebettet war, ebenfalls über einen großen Zugang zu Daten verfügt, ändert nichts an der Bedeutung des Datenzugangs von Facebook für seine Marktposition auf dem Markt für soziale Netzwerke. Denn der Datenzugang steht im Zusammenhang mit den Netzwerkeffekten und ist ein weiterer Aspekt in der Gesamtbetrachtung. Die im Google-Konzern vorhandene Datensammlung aus Google Search, YouTube, G-Mail, Google Maps, Android sowie weiteren Diensten, die nach den jeweiligen Datenrichtlinien von Google

⁴⁷⁸ [...]

⁴⁷⁹ [...]

ebenfalls zusammengeführt werden⁴⁸⁰, ist im Gesamtergebnis nach Ausmaß und Detailgrad mindestens vergleichbar mit der Datensammlung von Facebook. Allerdings hat sich diese Datenbasis nicht in einem Markterfolg bei dem privaten sozialen Netzwerk Google+ nieder geschlagen, da sie an dieser Stelle nicht mit ausgeprägten, sich verstärkenden direkten Netzwerkeffekten verbunden waren. Google+ war auch anders als Facebook nicht der zentrale Google-Dienst, für dessen Algorithmen und Werbefinanzierung die Daten aus anderen Diensten und Quellen zusammengeführt werden. Vielmehr war Google+ umgekehrt eine der Datenquellen, die insbesondere für das Angebot von Online-Werbung auf den anderen wesentlich bedeutenderen Google-Diensten herangezogen werden. Die Nutzer auf Google+ erhielten dagegen bis zum Schluss keine Werbung.

(e) Innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck, § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB

- 501 Die Marktposition von Facebook ist schließlich gegenwärtig nicht durch ausreichenden innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck gefährdet. Nach § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB ist insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck zu prüfen. Dabei geht es hier – anders als vor allem in der Fusionskontrolle – nicht um die Frage, inwieweit innovationsgetriebener Wettbewerb von Unternehmen gefährdet wird⁴⁸¹, sondern darum, inwieweit Innovationen die Marktmacht eines Unternehmens relativieren können.⁴⁸²
- 502 Das Internet ist zwar von einer großen Dynamik und einer Vielzahl an Innovationen geprägt. Innovative Produkte und Dienste können innerhalb kurzer Zeit neue Internetmärkte schaffen und etablieren. Ebenso können Internetdienste aufgrund der Internetdynamik aber auch schnell an Bedeutung verlieren. Dabei spielen die für das Internet prägenden Faktoren der weltweiten Vernetzung und Erreichbarkeit sowie die

⁴⁸⁰ https://www.google.de/intl/de_de/policies/privacy/?fg=1#infouse (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁴⁸¹ Hierzu zuletzt Kommission, „Dow/Dupont“, Comp./M. 7932, Entscheidung vom 27.03.2017, in dem die Kommission durch den Zusammenschluss eine erhebliche Beeinträchtigung des Innovationswettbewerbs auf den Pestizidmärkten sah und ihn nur unter Verpflichtungszusagen freigab.

⁴⁸² S. Hierzu BKartA, Schriftenreihe Digitales, „Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis“, November 2017, insbesondere S. 16 ff., http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_2.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

- hohe Innovationsgeschwindigkeit eine zentrale Rolle.⁴⁸³ Auch das Nutzungsverhalten von Privatnutzern kann sich vor allem angesichts technischer Innovationen ändern.⁴⁸⁴
- 503 Dieses Innovations- und Umwälzungspotential des Internet kann jedoch nicht pauschal gegen eine Marktmacht von Internetunternehmen eingewendet werden. Für eine entscheidende Relativierung einer nach weiteren Marktmachtkriterien vorliegenden starken Marktposition sind vielmehr in jedem Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für einen dynamischen oder disruptiven Prozess erforderlich, der auch aus anderen Märkten als dem relevanten Markt stammen kann. Eine abstrakte, zu irgendeinem Zeitpunkt zu erwartende Angreifbarkeit reicht nicht. Dies gilt vor allem für die Missbrauchsaufsicht, die auf die gegenwärtige Situation abstellt. Denn es sind auch in der Internetökonomie für längere Zeiträume insbesondere durch direkte und indirekte Netzwerkeffekte weitgehend abgesicherte Marktpositionen möglich. In diesen Zeiträumen sind Missbräuche im Hinblick auf nur mögliche zukünftige Veränderungsprozesse nicht hinnehmbar.⁴⁸⁵
- 504 Ausreichender innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck auch aus anderen, benachbarten Märkten, der die Marktposition von Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke gegenwärtig oder in naher Zukunft entscheidend relativieren könnte, ist nicht gegeben. Vielmehr deuten die oben bereits dargestellten hohen Marktanteile und Marktanteilsabstände bereits an, dass weder technische Umbrüche wie die durch die Entwicklung von Smartphones einsetzende „mobile Revolution“ noch Wettbewerbsoffensiven von Wettbewerbern dazu geführt haben, durch Innovationen erfolgreich Druck auf die Marktstellung von Facebook aufzubauen. Die insbesondere von den Substitutionswettbewerbern aus benachbarten Märkten ausgehenden Impulse durch Innovationen und Erweiterungen der eigenen sozialen Medien konnte Facebook vielmehr durch Übernahme der Innovation in das eigene Portfolio abwehren.
- 505 Eine bedeutsame und tiefgreifende Änderung des Nutzerverhaltens in nahezu allen Bereichen hat in der jüngeren Vergangenheit die Entwicklung der mobilen Internetnutzung hervorgebracht. Die sich seit der Einführung des iPhone im Jahr 2007 technisch schnell entwickelnde, massenhafte Nutzung von Smartphones für

⁴⁸³ Evans, „Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-based firms“, 2016, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2468&context=law_and_economics, S. 10 (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁴⁸⁴ Bundeskartellamt, Beschluss vom 22. Oktober 2015 – B6-57/15 – *Parship/Elitepartner*, R. 174; Arbeitspapier, S. 84 f.; S. Hierzu BKartA, Schriftenreihe Digitales, „Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis“, November 2017, insbesondere S. 26, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_2.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁴⁸⁵ Bundeskartellamt, Beschluss vom 22. Oktober 2015 – B6-57/15 – *Parship/Elitepartner*, R. 176; BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 84 f.

Internetdienste wird regelmäßig als typisches Beispiel einer „Disruption“ genannt, die Geschäftsmodelle sowie Produkte insgesamt in Gefahr gebracht haben. Facebook hat diese Entwicklung dagegen nicht angegriffen, obwohl das soziale Netzwerk ursprünglich auf eine Nutzung am PC ausgerichtet war und mit Einführung des iPhone im Jahr 2007 nur eine für das kleine Display optimierte mobile Version der Webseite eingeführt hat und mobile Apps für iOS und Android von Facebook erst ab 2012 auf dem Markt verfügbar waren.⁴⁸⁶ StudiVZ hatte dagegen bereits im Jahr 2008 eine mobile App zur Verfügung gestellt. Dennoch ist die mobile Nutzung von Facebook ohne Unterbrechung kontinuierlich gestiegen⁴⁸⁷ und betrug nach öffentlichen Statistiken schon im Einführungsjahr (weltweit) mehr als 50%.⁴⁸⁸

- 506 Die von Facebook im Einzelnen vorgetragenen eigenen Innovationen [...]⁴⁸⁹ zeigen ebenfalls keinen Wettbewerbsdruck auf, der die Marktposition von Facebook bisher angreifen konnte.
- 507 Facebook weist auf Produktinnovationen der letzten 5 Jahre hin, die in der erfolgreichen Transformation von einer „Web Company“ zur „Mobile First Company“ (2012/13), in der erfolgreichen Auskoppelung des Facebook-Messenger im April 2014, der Einführung von „Live Video“ im April 2016 sowie in der Einführung der Privatsphäre-Einstellung auf Ebene einzelner Objekte sowie in der Industrie führende Werbe-Einstellungen („ad-preferences“) lägen. [...]
- 508 [...] Im Dezember 2012 habe Facebook „Poke“ [...] eingeführt, im Mai 2014 aber wieder eingestellt. Im August 2016 habe Facebook bei Instagram [...] „Stories“ eingeführt. Die Facebook App „Camera“ sei im Mai 2012 eingeführt und in 2014 wieder eingestellt worden. Facebook.com habe Fotofilter und 360 Fotos im Juni 2016 eingeführt [...], Facebook habe im Juni 2015 die App „Moments“ veröffentlicht, die Fotos organisiere und in Clips zusammenführe. Im Juni 2016 habe Facebook.com „Slideshow“ ergänzt, das kleine Filme aus Fotos erstellt.
- 509 Im Kommunikationsbereich weist Facebook auf die [...] Entwicklung des Facebook Messenger als Stand-Alone-App [...]. Es seien weitergehende Funktionalitäten wie etwa das Folgen von Marken, Personen oder Events sowie Bestell- und/oder Bezahlfunktionen im Facebook Messenger angeboten worden. Es seien Chatbots als neue Entwicklungen in den Markt eingeführt worden. Es seien für weniger schnelle

⁴⁸⁶ [...]

⁴⁸⁷ [...]

⁴⁸⁸ Vgl. https://de.statista.com/infografik/1077/facebooks-mobile-nutzer/?utm_campaign=9b9cd60d6e-Cold_Camp_InfographTicker_DE_pm_36&utm_medium=email&utm_source=Infographic%20Newsletter&utm_term=0_666fe64c5d-9b9cd60d6e-295265921 (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁴⁸⁹ [...]

- Internetzugänge insbesondere in Entwicklungsländern „Lite“-Versionen von Diensten eingeführt worden.
- 510 Im Bereich des Content-Sharing habe es Innovationen mit dem sog. Pinboard statt eines News Feed von Pinterest und ein Redesign von YouTube in Anlehnung an Facebook.com gegeben. Facebook habe im September 2011 die Timeline eingeführt, die viele andere Dienste heute ebenfalls vorweisen. Im September 2006 sei der News Feed eingeführt worden. Das „Trending“ sei [...] im Januar 2014 von Facebook eingeführt worden. Im September sei die „Subscribe“-Funktion [...] eingeführt worden. Die „Paper“-App, eine separate Nachrichten-App für iOS, sei im Februar 2014 eingeführt und im Juni 2016 eingestellt worden.
- 511 In 2010 habe Facebook für das Engagement zwischen Nutzern die Social Plugins eingeführt, 2016 sei der „Like-Button“ auf der Facebook-Seite erweitert worden. Ferner sei Facebook 2015 in den Bereich der Dienste für Publisher eingetreten [...]. Schließlich trägt Facebook für die Entwicklerplattform sowie Advertising Services diverse Innovationen vor wie die Einführung des App Centers, die Meta-App „Home“, die Einführung der Entwickler-Plattform für den Facebook Messenger sowie die Facebook Custom Audiences in 2012 und die Lookalike-Audiences in 2013 einschließlich der Einbeziehung von Informationen aus dem Tracking.
- 512 Die dargestellten Weiterentwicklungen stellen aus Sicht der Beschlussabteilung zwar ein Wettbewerbsgeschehen dar, das jedoch über einen Substitutionswettbewerb durch einzelne Funktionalitäten am Rande nicht hinausgeht. Zu einem nicht unerheblichen Teil beschreibt der Vortrag das Wettbewerbsgeschehen auf anderen Märkten, auf das Facebook nicht mit der Innovation im Bereich des sozialen Netzwerks reagiert hat, sondern vielmehr mit Instagram und dem Facebook Messenger als Stand-alone App sowie mit WhatsApp oder anderen separaten Apps wie „Poke“, „Paper“, „Moments“ oder „Facebook Camera“. Dieses zeigt daher entgegen dem Vortrag von Facebook keine Reaktion im Markt für soziale Netzwerke auf, sondern Reaktionen in den jeweils betroffenen separaten Märkten teilweise durch Marktzutritte wie die Einführung der separaten App des Facebook Messengers. Diese Reaktionen sind eher erheblichen Expansionsspielräumen von Facebook zuzuschreiben, die sich gerade aus der starken Marktposition bei den sozialen Netzwerken ergeben.
- 513 Soweit Facebook auf relativ grundlegende Entwicklungen und Funktionalitäten des sozialen Netzwerks hinweist, die 2006 oder 2011 stattfanden, wie z.B. der Hinweis auf den Newsfeed, der im Jahr 2006 entwickelt wurde, die Sozialen Plugins in 2010 oder die Timeline in 2011 zeigt den erfolgreichen Marktzutritt von Facebook im Markt auf,

für den die Beschlussabteilung ein intensives Wettbewerbsgeschehen um den Markt nicht in Abrede stellt.

- 514 Soweit sich Facebook auf neuere Entwicklungen des sozialen Netzwerks beruft – insbesondere das Streamen von Videos durch Facebook Live, das Hochladen von 360 Videos und Fotos, das Trending oder die Erweiterung des Like-Buttons [...]. Dies zeigt zwar einen Wettbewerbsdruck bezüglich einzelner Teilfunktionen eines sozialen Netzwerks, der jedoch – entgegen der Ansicht von Facebook – Substitutionswettbewerb am Rande bleibt und die Marktposition von Facebook nicht gefährden kann. Den Wettbewerb um die Video-Funktionalitäten als eine „Video Revolution“ vergleichbar mit der „mobilen Revolution“ zu bezeichnen, wie Facebook meint, ist aus Sicht der Beschlussabteilung nicht gerechtfertigt. Vielmehr ist Facebook auch im Bereich von Videos in der Lage, die gleichen oder ähnliche Funktionalitäten binnen kürzester Zeit ebenfalls zu implementieren, so dass die Wirkung der Innovation seitens der Substitutionswettbewerber im Markt für soziale Netzwerke letztlich gering bleibt. Dieses spricht auch für eine wenig angreifbare Marktposition, mit der vorstoßender Wettbewerb auch in Teilfunktionen von dem in diesem Bereich führenden Wettbewerber YouTube sofort abgewehrt werden kann.
- 515 Der Vortrag zu den Innovationen bei der Online-Werbung und der Entwicklerplattform betrifft nur mittelbar den Nutzermarkt. Sie stellen vor allem eine verbesserte Möglichkeit der Monetarisierung und der Datensammlung als Ausdruck des Markterfolgs auf der Nutzerseite dar. Die Entwicklung zusätzlicher Apps, die von den Nutzern innerhalb des sozialen Netzwerks genutzt werden können, ist sicher eine vorteilhafte Entwicklung des Netzwerks, die jedoch nicht von Facebook, sondern vor allem von der Kreativität der Entwickler abhängt. Der Erfolg solcher Schnittstellen hängt auf Seiten Facebooks vor allem stark mit dem erzielten intensiven Netzwerkeffekt zusammen, der die Entwicklung von zusätzlichen Apps für Facebook durch Drittanbieter erst attraktiv macht und wodurch das Netzwerk wiederum für Nutzer attraktiver wird. Die Qualität bzw. Innovationen durch Apps für Facebook und die bestehenden Netzwerkeffekte verstärken sich so gegenseitig, ein Umstand, der eine Angreifbarkeit der Marktposition von Facebook noch erschwert.⁴⁹⁰
- 516 Vor diesem Hintergrund ist auch der Hinweis von Facebook auf die Investitionen des Unternehmens im Bereich der Forschung und Entwicklung⁴⁹¹ nicht überzeugend, da die Beschlussabteilung nicht in Abrede stellt, dass das Unternehmen auf Innovationen

⁴⁹⁰ Vgl. hierzu Shy, „Technology revolutions in the presence of network externalities“, *International Journal of Industrial Organization*, 1996, 14, S. 785-800; Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 82 f.

⁴⁹¹ [...]

von Wettbewerbern in benachbarten Märkten reagiert hat. Es ist aus dem Vortrag auch nicht ersichtlich, worum es sich bei den Investitionen – außer den von Facebook im Verfahren bereits ausgeführten Produktentwicklungen – handeln soll.

- 517 Entgegen der Ansicht von Facebook kann allein die Möglichkeit, dass Facebook auf Innovationen von Wettbewerbern in Teilfunktionen überhaupt reagieren muss und nicht auf einem bestimmten Stand der Produkte des sozialen Netzwerkes stehen bleiben kann, eine Marktbeherrschung nicht ausräumen. Es ist nicht erforderlich, dass sich die Marktbeherrschung in einer verschlechterten technischen Qualität, der Verringerung von Ausgaben für Forschung und Entwicklung und durch Verzögerung von Markteinführungen bemerkbar macht.⁴⁹² Vielmehr ist – insbesondere auch im Hinblick auf die Regelung des § 18 Abs. 3a GWB – auch die Fähigkeit, wettbewerbliche Vorstöße von außen sofort abzuwehren, Ausdruck von Marktmacht im Bereich des Internet. Denn entscheidend ist hier der Druck, der tatsächlich von Wettbewerbern im Bereich der Innovationen auf die Marktposition ausgeübt werden kann. Dieser ist jedoch nur schwach ausgeprägt, wenn die durchaus feststellbare Innovationstätigkeit durch schnelle Abwehr letztlich keine Wirkung entfalten kann. Der Verweis von Facebook auf Myspace, das nach Vortrag von Facebook im Jahr 2009 Innovationen versäumt hätte und deshalb ausgeschieden sei, ist schon deshalb nicht überzeugend. Im Übrigen waren soziale Medien zu dem Zeitpunkt noch in der Entwicklung begriffen und einem Wettbewerb um den Markt ausgesetzt (dazu bereits oben 432 ff.).
- 518 Darüber hinaus erschöpfen sich die Verhaltensspielräume, die eine Marktbeherrschung kennzeichnen, nicht in den Spielräumen bei der Innovations- oder Investitionstätigkeit. Wie oben dargestellt (oben Rn. 379 ff.) ist Teil des Verhaltensspielraums eines marktbeherrschenden werbefinanzierten sozialen Netzwerks gegenüber dem privaten Nutzer auch der Datenverarbeitungsspielraum, der durch die hier vorgetragene Innovationstätigkeit und Produktverbesserung nicht betroffen ist.
- 519 Dies bedeutet nicht, dass ein Monopol in einem Netzwerkmarkt, wie es die sozialen Netzwerke darstellen, völlig unangreifbar ist. Ein solcher Angriff kann bei direkten Netzwerkeffekten mit dem beschriebenen Lock-In-Effekt jedoch nur dann gelingen, wenn die Nutzer bereit sind, die hohen Wechselkosten in Kauf zu nehmen. Innovationen können dieses nur dann erreichen, wenn sie mit den Netzwerkeffekten austauschbar sind.⁴⁹³ Die Verbesserung einzelner Funktionalitäten, die darüber hinaus

⁴⁹² [...]

⁴⁹³ Vgl. hierzu Shy, „Technology revolutions in the presence of network externalities“, *International Journal of Industrial Organization*, 1996, 14, S. 785-800; Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 82 f.

relativ leicht nachgebaut werden können, ist aus Sicht der Nutzer jedoch nicht mit dem Netzwerkeffekt austauschbar. Dies wird auch durch die Nutzerumfrage bestätigt.

- 520 Wie bereits dargestellt, wurden Facebook-Nutzer danach befragt, welche Gründe sie dazu bewegen könnten, statt Facebook andere Dienste verstärkt zu nutzen, wobei mehrere Gründe genannt werden konnten. 76 % der Nutzer nannten hier den Grund, dass ihre Freunde den anderen Dienst nutzten. Dass der andere Dienst „bessere Funktionen“ zur Verfügung stellt, wäre für nur 35% ein Grund zur stärkeren Nutzung des anderen Dienstes.⁴⁹⁴
- 521 Es ist nach Einschätzung der Beschlussabteilung dennoch nicht ausgeschlossen, dass Innovationen und Produktentwicklungen in der Zukunft Facebooks Position in Frage stellen oder sogar einen Ablöseprozess in Gang bringen können. Für eine solche Entwicklung gibt es derzeit jedoch keinerlei konkrete Anhaltspunkte. Vielmehr sind trotz der hohen Innovationskraft des Internets und der Dynamik, die das Internet entfalten kann, in den letzten sieben Jahren keinerlei Ablösungstendenz oder relevante Marktanteilsverluste von Facebook erkennbar.

⁴⁹⁴ Vgl. die Antworten auf Frage 11 der Nutzerbefragung. Vgl. auch die Äußerung des ehemaligen Mitarbeiter von Google+ Paul Adams: *“What people failed to understand was Facebook had network effects,” says Adams, the former Google+ user experience employee. “It’s like you have this grungy night club and people are having a good time and you build something next door that’s shiny and new, and technically better in some ways, but who wants to leave? People didn’t need another version of Facebook.”* auf <http://mashable.com/2015/08/02/google-plus-history/#pZVT825xesqH> (abgerufen am 10.01.2019).

II. Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB

- 522 Der Gegenstand der Missbrauchsprüfung ist wie aus dem Tenor ersichtlich auf Konditionen beschränkt, soweit sie die Nutzung des sozialen Netzwerks für in Deutschland ansässige private Nutzer davon abhängig machen, dass Facebook nutzer- und gerätebezogene Daten, die bei der Nutzung der Dienste WhatsApp, Oculus, Masquerade und Instagram erhoben und gespeichert wurden, sowie nutzer- und gerätebezogene Daten über Facebook Business Tools ohne Einwilligung dieser Nutzer erfassen, und mit den bei der Nutzung von Facebook.com erhobenen und gespeicherten Daten dieser Nutzer verknüpfen und verwenden kann. Inwieweit auch die nach den Facebook-Konditionen vorgesehene Erfassung und Verwendung von Nutzerdaten, die bei der Nutzung von Facebook-Diensten, für deren Nutzung der private Nutzer mit dem Facebook-Konto zwingend angemeldet sein muss, verarbeitet werden, unangemessen ist, bleibt offen. Die Konditionen zu den Datenverarbeitungsvorgängen, die dem Facebook-Konto durch die zwingende Anmeldung bei Facebook.com zugeordnet sind, sind nicht Gegenstand der vorliegenden Missbrauchsprüfung. Hierzu gehört neben Facebook.com auch der Facebook Messenger. Die Beschlussabteilung sieht im Wege der pflichtgemäßen Ermessensausübung davon ab, einen Missbrauch nach § 19 GWB zu prüfen.
- 523 Die im Tenor im Einzelnen bezeichnete Verwendung und Durchführung von Nutzungsbedingungen konkretisiert durch die Daten- und Cookie-Richtlinie oder vergleichbare Vertragsdokumente stellt eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer in Form des Konditionenmissbrauchs nach der Generalklausel in § 19 Abs. 1 GWB dar, da sie als Ausfluss von Marktmacht gegen die Wertungen der DSGVO verstoßen.
- 524 § 19 Abs. 1 GWB ist auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung insbesondere in Sachen *VBL-Gegenwert* auch auf die Verwendung von Datenverarbeitungskonditionen anwendbar, die als Ausfluss von Marktmacht gegen datenschutzrechtliche Wertungen verstoßen, und wird nicht durch Regelungen der DSGVO gesperrt (hierzu 1.). Die Datenverarbeitungskonditionen von Facebook sind Konditionen im Sinne des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB und nicht anhand der Maßstäbe der Preismissbrauchsverbote zu prüfen (hierzu 2.). Die Datenverarbeitungskonditionen verstoßen in dem bezeichneten Umfang gegen die Wertungen des Datenschutzrechts, wie sie in der DSGVO zum Ausdruck kommen (hierzu 3.). Sie sind als Ausfluss der Marktmacht von Facebook auch nach kartellrechtlicher Interessenabwägung missbräuchlich (hierzu 4.).

1. Missbrauch durch Verstoß gegen Datenschutzwertungen

525 Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH ist ein Missbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB, der auch den Schutz der Endverbraucher umfasst⁴⁹⁵, anzunehmen, wenn von einem Normadressaten verwendete Datenverarbeitungskonditionen als Ausfluss von Marktmacht gegen die Wertungen der DSGVO verstoßen. (hierzu a.). § 19 Abs. 1 GWB ist neben dem Datenschutzrecht und seinem Durchsetzungssystem uneingeschränkt anwendbar (hierzu b.).

a. Berücksichtigung der DSGVO im Rahmen des § 19 Abs. 1 GWB

526 Ein Konditionenmissbrauch kann auch auf der Grundlage der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB geprüft werden. Für die Prüfung der Missbräuchlichkeit können nach der Rechtsprechung des BGH zu § 19 Abs. 1 GWB Wertungen aus Vorschriften der Rechtsordnung, die die Angemessenheit von Konditionen in ungleichgewichtigen Verhandlungssituationen regeln, als Angemessenheitskonzepte herangezogen werden. Die Wertungen des Datenschutzrechts, wie sie in der DSGVO zugrunde gelegt sind, sind hiernach als Maßstab für die Angemessenheit von Datenverarbeitungskonditionen eines marktbeherrschenden Anbieters geeignet, zumal sie als Konkretisierung grundrechtlicher Garantien als höherrangiges Verfassungsrecht ohnehin zwingend zu berücksichtigten sind.

527 Konditionen unterliegen nach der Rechtsprechung des BGH nicht nur dem speziellen Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB und dem dort vorgesehenen Vergleichsmarktkonzept. Es kann nach der *VBL-Gegenwert*-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch auf der Grundlage der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB ein Missbrauch anzunehmen sein, wenn etwa nach den gesetzlichen Wertungen der §§ 307 ff. BGB unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden und insbesondere dann, wenn sich dieses dazu noch als Ausfluss von Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit darstellt.⁴⁹⁶ In Sachen *Pechstein* hat der BGH offengelassen, ob ein Konditionenmissbrauch auf der Grundlage von § 19 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 2 GWB in Betracht kommt, jedenfalls aber eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung auch grundrechtlicher Positionen für erforderlich gehalten. § 19 GWB ist hiernach zur Sicherung des Grundrechtsschutzes heranzuziehen, wenn einer der Vertragspartner ein so starkes Übergewicht hat, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen könne, und so für den anderen

⁴⁹⁵ BGH, Urteil vom 07.12.2010 – KZR 5/10 – *Entega II*, WuW/E DE-R 3145, 3155f., Rn. 24 (juris); Bechtold, GWB, 8. Auflage, § 19 Rn. 5.

⁴⁹⁶ BGH, Urteil vom 06.11.2013, Az. KZR 58/11, *VBL Gegenwert I*, Rn. 65 (juris); BGH, Urteil vom 24.01.2017, Az. KZR 47/14, *VBL Gegenwert II*, Rn.35 (juris); in diese Richtung auch BGH, Urteil vom 07.6.2016, Az. KZR 6/15, *Pechstein/International Skating Union*, Rn. 48 (juris).

Teil Fremdbestimmung bewirkt. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssten staatliche Regelungen – insbesondere zivilrechtliche Generalklauseln (§§ 138, 242, 307, 315 BGB), zu denen auch § 19 GWB zählt, ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.⁴⁹⁷ Bei deren Konkretisierung und Anwendung seien die Grundrechte zu beachten und die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.⁴⁹⁸

- 528 Mit dieser Rechtsprechung hat der BGH neben dem Vergleichsmarktkonzept des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB⁴⁹⁹ ein weiteres Angemessenheitskonzept herangezogen, das verfassungsrechtlichen Wertungen sowie einfachgesetzlichen Wertungen des AGB-Rechts und anderen zivilrechtlichen Generalklauseln entnommen wird.⁵⁰⁰ Dabei geht es jeweils um einen angemessenen Interessenausgleich in einer ungleichgewichtigen Verhandlungssituation mit der einseitigen Vorgabe von Geschäftsbedingungen durch eine Partei, wie insbesondere das AGB-Recht zeigt. Es soll verhindert werden, dass sich für eine Vertragspartei die verfassungsrechtlich verbriefte privatautonome Selbstbestimmung aufgrund erheblich ungleicher Verhandlungspositionen in eine Fremdbestimmung verkehrt, da der Vertragspartner den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann.⁵⁰¹ Die Unzulässigkeit von Vertragskonditionen nach dieser von der Rechtsordnung z.B. im AGB-Recht vorgenommenen Interessenabwägung impliziert daher bei hinreichendem Marktmachtbezug auch einen Missbrauch nach der im GWB in jedem Fall vorzunehmenden Interessenabwägung.⁵⁰²
- 529 Diese für die Berücksichtigung der Angemessenheitskonzepte der §§ 307 ff. BGB im Rahmen des § 19 Abs. 1 GWB entwickelte Rechtsprechung lässt sich bei hinreichendem Marktmachtbezug auf alle Wertungen der Rechtsordnung, soweit sie die Angemessenheit von Konditionen in einer ungleichgewichtigen Verhandlungssituation betreffen, übertragen. Dies gilt insbesondere für grundrechtliche Wertungen, die das informationelle Selbstbestimmungsrecht bzw. das Grundrecht auf Datenschutz schützen. Bei einer Interessenabwägung müssen daher auch die dem zwingenden Datenschutzrecht innewohnenden Angemessenheitskonzepte direkt herangezogen werden, die ihre Grundlage im Grundrecht auf Datenschutz nach Art. 8 Abs. 2 EU-Charta haben und ihrerseits eine Abwägung mit

⁴⁹⁷ BGH, Urteil vom 07.6.2016, Az. KZR 6/15, *Pechstein*, Rn. 55 (iuris) mit Verweis auf BVerfGE 81, 242, 255.

⁴⁹⁸ BGH, Urteil vom 07.6.2016, Az. KZR 6/15, *Pechstein*, Rn. 57 (iuris) mit Verweis auf BVerfGE 89, 214, 232.

⁴⁹⁹ BGH, Beschluss vom 06.11.1984, Az. KVR 13/83, *Favorit*, Rn. 23 (iuris).

⁵⁰⁰ So auch Langen/Bunte/Nothdurft, § 19 GWB, Rn. 186 ff.

⁵⁰¹ BVerfG, Beschluss vom 07.09.2010, Az. 1 BvR 2160/09, *Gasag*, Rn. 34.

⁵⁰² BGH, Urteil vom 6.11.2013 – KZR 58/11, *VBL Gegenwert I*; BGH, Urteil vom 24.1.2017 – KZR 47/14 – *VBL Gegenwert II*.

den dem Grundrecht auf Datenschutz gegenüber stehenden Rechten und Interessen des Datenverarbeiters vornehmen.

530 Denn Ziel des Datenschutzrechts ist es unter anderem, dem Machtungleichgewicht zwischen Organisationen und Einzelpersonen entgegenzuwirken und einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Verantwortlichen und den Betroffenen herzustellen.⁵⁰³ Das Datenschutzrecht weist dem Einzelnen zum Schutz seines Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung das Recht zu, selbstbestimmt und ohne Ausübung von Zwang Dritter freiwillig über den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten zu entscheiden. Dies gilt nicht nur im Verhältnis des Einzelnen zum Staat („öffentliche Stellen“), sondern auch im Verhältnis zu privaten Unternehmen („nicht-öffentliche Stellen“), so dass das Datenschutzrecht den Einzelnen in datengetriebenen Industrien gerade auch vor bestehenden Machtungleichgewichten schützen soll.⁵⁰⁴ Bei der Ausgestaltung von Online-Angeboten im digitalen Massengeschäft kommt es zunehmend zu Entscheidungsprozessen, die der durchschnittliche Verbraucher realistisch nicht mehr bewältigen kann. Die „Aushandlungsprozesse“ zwischen Anbietern und Nutzern sind häufig asymmetrisch zum Nachteil der Verbraucher ausgestaltet.⁵⁰⁵ Im nicht-öffentlichen Bereich kann das Datenschutzrecht somit als spezielles Wirtschaftsrecht angesehen werden, da es einen Interessenausgleich zwischen Datenverarbeiter und Verbrauchern als betroffene Personen bei der Datenverarbeitung für wirtschaftliche Zwecke anstrebt.

531 Vorliegend sind die Konditionen an den datenschutzrechtlichen Wertungen der Datenschutzgrundverordnung („DSGVO“)⁵⁰⁶ zu messen, die im Mai 2016 in Kraft getreten ist und seit dem 25. Mai 2018 gilt (Art. 99 DSGVO), und die die bisher geltende Datenschutzrichtlinie 95/46/EG⁵⁰⁷ ersetzt hat. Dabei stellen die relevanten Regelungen der DSGVO zwingendes Recht dar, bei denen die Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene nur beschränkten weiteren Umsetzungsspielraum haben. Als europäische Verordnung ist die DSGVO gemäß Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten. Zwar durchbricht die DSGVO diese Regelung

⁵⁰³ Costa-Cabral/Lynskey, „Family ties: the intersection between data protection law and competition in EU law“, CMLR 2017, 11 (18).

⁵⁰⁴ Zu Recht sieht die Rechtsprechung beispielsweise § 4 Abs. 1 BDSG bzw. §§ 12, 13 TMG als „Marktverhaltensvorschrift“ im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG a.F. (jetzt § 3a UWG), da das BDSG den Bürger nicht nur in seinem persönlichen Lebensbereich, sondern in gleicher Weise in seiner wirtschaftlichen Betätigung als Verbraucher berühre. KG Berlin, Urteil vom 24.01.2014, Rn. 158 (iuris); LG Berlin, Urteil vom 28.10.2014 (Facebook Onlinespiele), Az. 16 O 60/13, Rn. 53 (iuris).

⁵⁰⁵ Rothmann/Buchner, „Der typische Facebook-Nutzer zwischen Recht und Realität“, DuD 2018, S. 342 (346).

⁵⁰⁶ Verordnung 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

⁵⁰⁷ Richtlinie 95/46/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr.

durch einige an die Mitgliedstaaten gerichtete Öffnungsklauseln, die den Mitgliedstaaten in Einzelfragen den Erlass nationaler Regelungen ermöglichen.⁵⁰⁸ Diese betreffen jedoch insbesondere Datenschutzvorschriften in Bezug auf die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung oder öffentlicher Aufgaben; hierdurch sollen bereichsspezifische Regelungen im öffentlichen Datenschutzrecht der Mitgliedsstaaten möglich bleiben. Diese Regelungen haben im vorliegenden Fall keine Relevanz. Ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Wertungen kann daher unmittelbar anhand der DSGVO ermittelt werden.⁵⁰⁹

532 Konditionen, die datenschutzrechtlichen Wertungen widersprechen, begründen daher im Hinblick auf den Interessenausgleich in einem Machtungleichgewicht, ebenso wie Konditionen, die nach gesetzlichen Wertungen des AGB-Rechts unangemessen sind, bei hinreichendem Marktmachtbezug einen Missbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB.⁵¹⁰ Beide Materien sind auch phänotypisch durch den Umstand verbunden, dass sich praktisch – wie im vorliegenden Fall – Verstöße gegen Datenschutzvorschriften zumeist im Wege der Verwendung von vorformulierten Erklärungen einer Vertragspartei vollziehen und von ihnen flankiert werden (siehe auch nachfolgend unter 2.). Die praktischen Möglichkeiten des privaten Endkunden, vom Inhalt der auf die Datenerhebung bezogenen Konditionen Kenntnis zu nehmen und ihnen in wirksamer Weise entgegenzutreten, unterscheiden sich im Grundsatz nicht von den praktischen Möglichkeiten in Bereich der AGB. Auch dies spricht dafür, die für datenbezogene Konditionen geltenden Vorschriften im Hinblick auf die Anwendung von § 19 GWB nicht anders zu behandeln, als dies für die Vorschriften des AGB-Rechts nach der dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits entschieden wurde.

533 Die hiergegen erhobenen Einwände der Beteiligten, wonach das AGB-Recht und das Datenschutzrecht grundlegende Unterschiede aufweisen sollen, greifen nicht durch. Die Unterschiede sollen dabei nach Argumentation der Beteiligten offenbar im Wesentlichen darin liegen, dass Datenverarbeitung nicht der Vertragsfreiheit unterliege, sondern dem zwingenden Datenschutzrecht zu folgen habe, während das AGB-Recht lediglich die bestehende Vertragsfreiheit begrenze.⁵¹¹ Diese Sichtweise verkennt, dass das Datenschutzrecht keineswegs die durchzuführende

⁵⁰⁸ Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2017, Einleitung, Rn. 45 ff.; zur Gesetzgebungshistorie s. Ehmann/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 6, Rn. 30 ff

⁵⁰⁹ So auch KG für die AGB-rechtliche Prüfung: Urteil vom 27.12.2018, 23 U 196/13, S. 5f., [...]

⁵¹⁰ Der demgegenüber von den Beteiligten in ihrer Stellungnahme vom 11.01.2019, Rn. 249 ff. erhobene Einwand, die Beschlussabteilung würde auf der Grundlage der dargestellten Rechtsprechung jeden Datenschutzverstoß als Missbrauch ansehen, trifft daher nicht zu.

⁵¹¹ [...]

Datenverarbeitung vorgibt, sondern die Freiheit der verantwortlichen Organisation bei der Auswahl von möglichen Datenverarbeitungsprozessen durch zwingendes Recht begrenzt und insoweit mit den verschiedenen Datenschutzgrundsätzen und Rechtfertigungsgründen einen Interessenausgleich herstellt.

- 534 Der beigeladene VZBV weist darüber hinaus zu Recht darauf hin, dass Datenrichtlinien nach der Rechtsprechung darüber hinaus auch den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfüllen, da diese aus Sicht der Nutzer einen Regelungscharakter haben.⁵¹² Die sich hieran anschließende Frage der Angemessenheit der Datenrichtlinien im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB richtet sich sodann nach den Vorschriften der DSGVO, deren zwingende Wertungen nach der Rechtsprechung insoweit unmittelbar als Leitbild der Angemessenheit von AGBs anwendbar sind.⁵¹³ Auf dieser Grundlage könnte daher im vorliegenden Fall ein Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB auch im Hinblick auf einen Verstoß gegen § 307 BGB geprüft werden, der seinerseits als weitere vermittelnde Norm auf die zwingenden Wertungen der DSGVO verweist. Dieses wäre gerade die vom BGH in Sachen *VBL-Gegenwert* für die Anwendung von AGB-Recht zugrunde gelegte Konzeption. Es ist kein Grund ersichtlich, dass eine direkte Berücksichtigung der Wertungen der DSGVO innerhalb der vermittelnden Norm des § 19 Abs. 1 GWB von dieser Konzeption nicht abgedeckt oder sogar unmöglich sein soll.

b. Verhältnis Kartellrecht und Datenschutzrecht

- 535 Die Regelungen des europäischen und nationalen Datenschutzrechts sperren den Rückgriff auf Datenschutzwertungen bei der Anwendung des § 19 Abs. 1 GWB durch die zuständige Kartellbehörde nicht. Weder liegt mit der Entscheidung durch die Kartellbehörde ein Verstoß gegen Zuständigkeits- und Kohärenzregelungen der DSGVO vor (hierzu (1)), noch enthält die DSGVO materiell abschließende Regelungen gegenüber § 19 GWB (hierzu (2)).

(1) Kein Verstoß gegen Zuständigkeits- und Kohärenzregelungen

- 536 Die Durchsetzung des Missbrauchsverbots unter Heranziehung von datenschutzrechtlichen Wertungen ist zunächst nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Kartellbehörde keine zuständige Datenschutzbehörde nach Art. 55, 56 DSGVO ist. Entgegen der Ansicht von Facebook⁵¹⁴ wird das Bundeskartellamt offensichtlich nicht

⁵¹² [...], KG, Urteil vom 27.12.2018, 23 U 196/13, Urteilsausfertigung, S. 5, [...]

⁵¹³ KG, Urteil vom 27.12.2018, 23 U 196/13, Urteilsausfertigung, S. 5 f., [...]

⁵¹⁴ [...]

als nationaler Datenschutzbeauftragter zur Durchsetzung von Datenschutzregelungen tätig, sondern zieht lediglich die Wertungen des europäischen Rechts als bedeutenden Anhaltspunkt für die kartellrechtliche Beurteilung der Angemessenheit des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens heran.⁵¹⁵ Das Bundeskartellamt misst sich eine kartellrechtliche Eingriffskompetenz allein gegenüber solchen Unternehmen zu, die Normadressaten der Missbrauchsverbote des GWB sind. Datenschutzrechtliche Eingriffskompetenzen misst sich das Amt in keiner Weise zu – weder gegenüber Normadressaten des GWB noch gegenüber sonstigen Unternehmen, welche der DSGVO unterfallen. Insoweit ist auch ohne Belang, welche Datenschutzbehörde für die aufsichtsbehördliche Durchsetzung des Datenschutzrechts örtlich zuständig ist und ob eine deutsche Behörde tätig werden könnte oder nicht.

- 537 Entgegen der Ansicht von Facebook ergibt sich aber auch aus den Regelungen der DSGVO zur Zusammenarbeit und Kohärenz keine Beschränkung der Durchsetzung des Missbrauchsverbots unter Bezugnahme auf das Datenschutzrecht.
- 538 Nach der DSGVO ist bei Unternehmen mit mehreren Niederlassungen in der EU die Aufsichtsbehörde am Hauptsitz des Unternehmens als federführende Behörde zuständig (Art. 56 Abs. 1 DSGVO). Die federführende Aufsichtsbehörde legt den anderen zuständigen Aufsichtsbehörden ihren Beschlussentwurf zur Stellungnahme vor. Wenn eine Behörde hiergegen Einspruch einlegt, wird das „Kohärenzverfahren“ gemäß Art. 63 ff. DSGVO eingeleitet. Es entscheidet sodann der europäische Datenschutzausschuss (Gremium der Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten, Art. 68 DSGVO) gemäß Art. 65 Abs. 1 a, Abs. 2 DSGVO mit Zwei-Drittel-Mehrheit durch verbindlichen Beschluss über das Vorgehen. Die federführende Aufsichtsbehörde muss sodann die endgültige Entscheidung – wie vom Datenschutzausschuss beschlossen – treffen. Das Kohärenzverfahren für die Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden soll eine einheitliche Rechtsanwendung und ein einheitliches Schutzniveau bei der Datenschutzaufsicht gewährleisten. Dabei bleiben andere Maßnahmen, die die Kommission in Ausübung ihrer Befugnisse nach den Verträgen –

⁵¹⁵ Vgl. hierzu auch die Entscheidung der italienischen Verbraucherschutzbehörde AGCM, Bolletino 46/2018 del 10/12/2018, S. 22 ff., <http://www.agcm.it/pubblicazioni/bollettino-settimanale/2018/46/Bollettino-46-2018> [...] (liegt nur in italienischer Sprache vor), die in Rn. 48 ausführen (Übersetzung durch BKartA): „Schließlich ist der Hinweis von FB auf die Feststellungen des *Irish Data Protection Commissioner* (IDPC) infolge der im Zeitraum 2011-2012 durchgeführten Prüfung völlig irrelevant, da der IDPC seine Prüfung auf der Basis anderer Rechtsnormen (Datenschutzbestimmungen) durchgeführt hat. Daraus folgt, dass es keine „Zuständigkeit-Überlappung“ gibt, weil die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche spezifisch sind und weil die Behörde [AGCM] im vorliegenden Fall nur - ex-post und in Anwendung des *Codice del Consumo* - das Vorhandensein von unlauteren Geschäftspraktiken ermittelt und sanktioniert hat, ohne dass dieses Eingreifen in irgendeiner Weise den Feststellungen des IDPC widerspricht. Der IDPC stellte außerdem fest, dass die [von Facebook gewählten] Lösungen nicht alle kritischen Probleme bzgl. des „Benutzer-Profiling“ beseitigt haben und dass die schnelle technologische Innovation eine ständige Beobachtung der Art und Weise erfordert, wie die Nutzerdaten verarbeitet werden.“

wie z.B. das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV – treffen kann, unberührt.⁵¹⁶

- 539 Aus diesen Kohärenzregelungen kann ein behördliches Anwendungs- und Auslegungsmonopol hinsichtlich des Datenschutzrechts nicht abgeleitet werden.⁵¹⁷ Vielmehr ist das Kohärenzverfahren ersichtlich auf die Zusammenarbeit der europäischen Datenschutzbehörden beschränkt, zwischen denen die einheitliche Rechtsanwendung auf einem einheitlichen hohen Schutzniveau gewährleistet werden soll, das trotz eines zuvor schon voll harmonisierten hohen Datenschutzstandards nach der Datenschutzrichtlinie 95/49/EG⁵¹⁸ in der EU nicht erreicht worden war. Das Kohärenzverfahren ist damit als eine Maßnahme zur Anhebung des Schutzniveaus anzusehen und nicht zur Beschränkung der Anwendung und Auslegung des Datenschutzrechts durch den Europäischen Datenschutzausschuss und damit zur Beschränkung aller Rechtsdurchsetzung, die mit dem grundrechtlich gebotenen Datenschutz verbunden ist. Auch die Befugnis des Europäischen Datenschutzausschusses zur Entwicklung von Leitlinien wird durch eine inzidente Anwendung von Datenschutzwertungen innerhalb des Kartellrechts nicht beeinträchtigt.⁵¹⁹
- 540 Dies zeigt sich zunächst schon darin, dass es bei der unmittelbaren Datenschutzdurchsetzung keine Beschränkung auf die Aufsichtsbehörden gibt, sondern der Zivilrechtsweg unbeschränkt zur Verfügung steht. Dies gilt einmal für die in eigenen Grundrechten betroffenen Personen als Datenschutzsubjekte (z.B. Art. 82 DSGVO), zum anderen aber insbesondere auch für Verbraucherschutzverbände und Wettbewerber sowie ihre Verbände, die den Datenschutz ihrerseits über vermittelnde UWG-Normen oder das AGB-Recht des BGB mit datenschutzrechtlichem Bezug durchsetzen können (vgl. etwa § 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 11, Satz 2 UKlaG), und dieses auch in erheblichen Umfang in der Vergangenheit verfolgt haben und weiterhin verfolgen.⁵²⁰ Tatsächlich ist die vorzufindende höchstrichterliche Rechtsprechung des EuGH zum bisher bereits vollharmonisierten Datenschutzrecht auf der Grundlage der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG in weiten Teilen durch Zivilrechtsstreitigkeiten

⁵¹⁶ Erwägungsgrund 135 zur DSGVO.

⁵¹⁷ [...]

⁵¹⁸ EuGH, Urteil vom 24.11.2011, Rs. C-469/10 und 469/10, Slg. 2011, I-12181-12208, Ls. 1.

⁵¹⁹ [...]

⁵²⁰ Vgl. Jahresbericht der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) 2017/18, S. 61; VZBV/Facebook wegen unzulässiger Versendung von Freundfinder-E-mails, KG, Urteil vom 24.01.2014, BGH, Urteil vom 14.01.2016, Az. I ZR 65/14; VZBV/Facebook wegen unzulässiger Weitergabe von Daten bei der Nutzung von Online-Spielen (LG Berlin, Urteil vom 28.10.2014, Az. 16 O 60/13, KG Berlin, Urteil vom 22.09.2017, Az. 5 U 155/14); VZBV/Facebook wegen unzulässiger AGB (LG Berlin, Urteil vom 16.01.2018, Az. 16 O 341/15); s. auch Podszun/deToma, Die Durchsetzung des Datenschutzes durch Verbraucherrecht, Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, NJW 2016, S. 2987 ff.

entstanden. Das Urteil des EuGH zum „Safe Harbour“-Abkommen beruhte auf einer privaten Klage des österreichischen Staatsangehörigen Maximilian Schrems, der gegen die Übermittlung seiner personenbezogenen Daten in die Vereinigten Staaten Beschwerde bei dem *Irishen Data Protection Commissioner* (im Folgenden: **IDPC**) und Klage beim High Court eingelegt hatte. Das High Court hatte dem EuGH die Sache sodann zur Vorabentscheidung vorlegt.⁵²¹ Auch das Urteil des EuGH zur Einordnung von dynamischen IP-Adressen als personenbezogene Daten im Sinne von Art. 2 a) bzw. Art. 7 f) RL 95/46/EG beruhte auf einer Klage der Privatperson Patrick Breyer und einem Vorabentscheidungsgesuchs des Bundesgerichtshofs.⁵²² Aktuell liegt dem EuGH ein Fall des OLG Düsseldorf zur Vorabentscheidung über die Frage vor, wer datenschutzrechtlich verantwortlich für die Datenverarbeitung ist, die durch die Einbindung von „Gefällt-Mir-Buttons“ auf Drittwebseiten ausgelöst wird. Das Verfahren war durch den VZBV angestrengt worden.⁵²³

- 541 Die konsistente Auslegung des Datenschutzrechts ist durch die materielle Anwendung über vermittelnde Normen des Wettbewerbsrechts keineswegs gefährdet, sondern wird im Gegenteil befördert. Sie wird auf dem Zivilrechtsweg über den Instanzenzug hergestellt, der – genau wie derjenige der Datenschutzbehörden – wegen der Anwendung europäischen Rechts letztlich beim EuGH endet, der frühzeitig mittels eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV befasst werden kann. Es besteht auch kein Zweifel daran, dass dieser Weg der Rechtsdurchsetzung durch die DSGVO unberührt geblieben ist. Auch die Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses müssen im Übrigen mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar sein.
- 542 Insoweit unterscheidet sich das Kohärenzverfahren des aufsichtsbehördlichen Datenschutzrechts nicht von dem Verfahren zur kohärenten Auslegung der europäischen Wettbewerbsregeln, das über das Europäische Competition Network (ECN) durchgeführt wird. Auch dieses Verfahren, das es der Europäischen Kommission nach Art. 11 Abs. 6 der VO 1/2003 ermöglicht, Kartellverfahren an sich zu ziehen, erstreckt sich nicht auf den Zivilrechtsweg, der völlig unbestritten eine bedeutende Säule der Durchsetzung des durch zivilrechtliche Beziehungen geprägten Kartellrechts darstellt. Die Europäische Kommission hat – neben ihren Befugnissen nach den Verträgen – im Bereich des Kartellrechts die Möglichkeit, sich als *amicus curiae* an Zivilrechtsstreitigkeiten zu beteiligen. Eine solche Beteiligung an datenschutzrechtlichen Zivilverfahren ist weder für den Europäischen

⁵²¹ EuGH, Urteil vom 06.10.2015, Az. C-362/14 (Safe Harbour).

⁵²² EuGH, Urteil vom 19.10.2016, Az. C-582/14.

⁵²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.01.2017, Az. I-20 U 40/16; anhängig beim EuGH unter C-40/17.

Datenschutzausschuss, noch für die Europäische Kommission vorgesehen. Das Kohärenzverfahren nach der DSGVO stellt daher einen Beitrag zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung dar, der letztlich noch unterhalb der Möglichkeiten im ECN liegt.

- 543 Angesichts der Tatsache, dass auch § 19 GWB zu den unmittelbaren zivilrechtlichen Verboten gehört, die im Rahmen der stets erforderlichen Interessenabwägung auch auf außerkartellrechtliche Wertungen und insbesondere zwingend auf höherrangige grundrechtliche Wertungen einschließlich der datenschutzrechtlichen Regelungen Bezug nehmen müssen, ist kein Grund erkennbar, dass insoweit etwas anderes gelten soll, als es für einen auf das UWG oder auf AGB-Normen des BGB gestützten zivilrechtlichen Anspruch der Fall ist. Es ist dabei insbesondere nicht ersichtlich, dass im Hinblick auf das Kohärenzverfahren nur die Kartellbehörde an der Anwendung und Auslegung des Datenschutzrecht über § 19 GWB gehindert sein soll, nicht aber eine zivilrechtliche Geltendmachung des § 19 GWB mit Bezug zu Datenschutzrecht.⁵²⁴

(2) Keine abschließenden materiellen Regelungen in der DSGVO

- 544 Die Datenschutzregelungen suspendieren auch nicht die speziellere Missbrauchsaufsicht. Sie beinhalten keine abschließenden Regelungen für marktbeherrschende Unternehmen, so dass deren Datenverarbeitung ausschließlich auf der Grundlage des unmittelbar eingreifenden Datenschutzrechts nur durch die Datenschutzbehörden oder im Rahmen der bisherigen zivilrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten (UWG und AGB-Recht) überprüft werden kann, nicht dagegen über das gerade für marktbeherrschende Unternehmen geltende Missbrauchsverbot nach § 19 GWB.
- 545 Die Datenverarbeitung ist ein unternehmerisches und in hohem Maße wettbewerbsrelevantes Verhalten. Die wirtschaftliche Nutzung von Kunden- und Nutzerdaten sowie Daten Dritter ist ein wettbewerblich bedeutender Faktor (dazu bereits oben 481 ff.). Dabei ist es Ziel des Unternehmens, möglichst viele Informationen über seine (potentiellen) Kunden zu erlangen, um die eigenen Produkte zu verbessern, personalisierte Dienstleistungen anzubieten und gezielt Werbung zu schalten. Durch die Digitalisierung ist es möglich geworden, besonders große Datenmengen aus unterschiedlichen Quellen und Formaten in hoher Geschwindigkeit

⁵²⁴ [...]

zu analysieren.⁵²⁵ Dieses erlaubt u.a. auch die Bildung von Interessen- und Käuferprofilen, die im Wettbewerb eine wesentliche Bedeutung haben.

- 546 Es ist dabei eine originäre Aufgabe der Kartellbehörde nach dem GWB, das wettbewerbliche Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens zu beaufsichtigen und Missbräuche mit Wirkung im Geltungsbereich des GWB (§ 185 Abs. 2 GWB) zu untersagen. Es besteht sowohl nach dem nationalen als auch nach dem europäischen Rechtsrahmen ein hohes öffentliches Interesse an der behördlichen Durchsetzung des Missbrauchsverbots bei Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, die einen hohen Schädlichkeitsgrad und eine hohe Breitenwirkung entfalten.
- 547 Ersichtlich hat die DSGVO weder die Kompetenz der Kartellbehörde noch die Bedeutung des Kartellrechts bei der Datenverarbeitung eines marktbeherrschenden Unternehmens in Frage gestellt. Dies kann schon angesichts des Fehlens einer Regelung im Datenschutzrecht, die dieses für abschließend erklärt (vgl. etwa § 111 Abs. 1 und 2 EnWG), nicht angenommen werden. Auch die Datenschutzbehörden sehen ausdrücklich eine wesentliche Bedeutung der Kartellrechtsanwendung als Reaktion auf datenschutzwidriges Verhalten. Nach der Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder sind die Reaktionen auf datenschutzwidriges Verhalten nicht allein auf den Vollzug des Datenschutzrechts beschränkt, sondern betreffen auch das Wettbewerbs- und Kartellrecht. In diesem Zusammenhang wird sogar eine Entflechtungsmaßnahme für die systematische Umgehung des Datenschutzes zur Erlangung von wettbewerbswidrigen Vorteilen auf den Märkten erwähnt.⁵²⁶
- 548 Auch der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit bekräftigt in seiner Stellungnahme zum vorliegenden Verfahren die Bedeutung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots: *„Missbräuchliches Marktverhalten, das gegen Datenschutzregelungen verstößt und dazu führt, dass ein fairer Wettbewerb auf digitalen Märkten nicht mehr möglich ist, muss unterbunden werden. Datenschutz und Wettbewerbsrecht sind hier zwei verschiedene Seiten einer Medaille. Die Aktivitäten des Bundeskartellamts sind darauf gerichtet, dass es künftig nicht mehr lohnt, sich durch datenschutzwidriges Verhalten Marktmacht zu verschaffen. Hier ist ihm die*

⁵²⁵ Diese drei Begriffe werden zumeist als prägend für den Begriff „Big Data“ genannt und gehen zurück auf einen Forschungsbericht des Analysten Doug Laney des Beratungsunternehmens Gartner; s. auch Monopolkommission, Sondergutachten „Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitaler Märkte“, 2015, S. 44 m.w.N.

⁵²⁶ Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK) vom 26. April 2018, „Facebook-Datenskandal – Neues Europäisches Datenschutzrecht bei Sozialen Netzwerken durchsetzen!“, [...]

*Unterstützung des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit sicher.*⁵²⁷

549 [...]⁵²⁸

550 Im Einklang hiermit hat der nationale GWB-Gesetzgeber den Zugang zu solchen Daten in § 18 Abs. 3 a) GWB n.F. zu einem eigenständigen Marktmachtkriterium erhoben und damit für die Datenverarbeitung einen kartellrechtlichen Bezug ausdrücklich hergestellt und dabei auch auf die beabsichtigte Erleichterung der Missbrauchsaufsicht hingewiesen.⁵²⁹ Insbesondere bei Unternehmen, die einen mehrseitigen Markt bzw. ein Netzwerk im Sinne des § 18 Abs. 3 a) GWB betreiben, besteht damit hinsichtlich ihrer Datenverarbeitung schon von Rechts wegen ein unmittelbarer Marktmachtbezug im Sinne des GWB. Denn die Marktbeherrschung eines solchen Unternehmens mit einem datengetriebenen digitalen Geschäftsmodell führt zu einem besonderen Datenverarbeitungsspielraum, zu dessen Ausnutzung ein marktbeherrschendes Unternehmen im Hinblick auf die Wettbewerbsrelevanz von Nutzerdaten, insbesondere bei einer Werbefinanzierung, einen hohen Anreiz hat. Die Missbrauchsaufsicht erhält daher auch und gerade in diesem Bereich eine wesentliche und eigenständige Bedeutung, die nach den Regelungen des GWB der Kartellbehörde übertragen wurde.

551 Die angeordnete Missbrauchsaufsicht über Datenverarbeitungskonditionen kann dabei nicht bedeuten, dass die Kartellbehörde bei der ihr zugewiesenen Aufsicht über den Datenverarbeitungsspielraum die Wertungen des allgemeinen Datenschutzrechts außer Acht zu lassen hat und einen hiervon unabhängigen Maßstab bzw. andere Instrumentarien entwickeln muss. Dieses ist schon im Hinblick auf die verfassungsgemäße Pflicht der Kartellbehörde, bei der Anwendung der Generalklauseln jedenfalls die höherrangigen Grundrechte nach der EU-Charta und dem Grundgesetz zu berücksichtigen, nicht möglich und stünde letztlich dem Kohärenzbemühen der DSGVO sogar entgegen. Ein Missbrauch der Marktbeherrschung kann vielmehr – wie die *VBL-Gegenwert*-Rechtsprechung auch deutlich macht – gerade darin liegen, dass das Unternehmen noch nicht einmal den allgemeinen Rechtsrahmen beachtet. Die Missbrauchsaufsicht über den Datenverarbeitungsspielraum muss daher auch die Beachtung des Datenschutzrechts beinhalten.

⁵²⁷ [...]

⁵²⁸ [...]

⁵²⁹ Vgl. Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle zu § 18 Abs. 3a Nr. 4, BT-Drucks. 18/10207, S. 51.

- 552 Die Tatsache, dass die DSGVO nur einen allgemeinen Datenschutzrechtsrahmen regelt, der alle Verantwortlichen grundsätzlich gleichermaßen betrifft, bedeutet darüber hinaus auch nicht, dass die Marktposition des Unternehmens bei der Bewertung seiner Datenverarbeitung nach der DSGVO keine Rolle spielt. Insoweit kann es bei der Frage der Freiwilligkeit der Einwilligung bedeutsam sein, inwieweit die betroffenen Personen mangels Alternativen gezwungen sind, die Datenverarbeitungskonditionen zu akzeptieren (vgl. Art. 7 Abs. 4 in Verbindung mit Erwägungsgrund 43 DSGVO, der ein klares Ungleichgewicht zwischen Organisation und Einzelperson fordert). Darüber hinaus enthält der Katalog der übrigen Rechtfertigungsgründe in Art. 6 DSGVO das Prüfungsmerkmal der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die verfolgten Unternehmenszwecke und die berechtigten Interessen des Unternehmens. Bei der Prüfung dieser Rechtfertigungsgründe muss auch die Marktposition des Datenverarbeiters berücksichtigt werden.⁵³⁰
- 553 Umgekehrt kann daraus, dass auch das Datenschutzrecht Bezüge zu der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung aufweist, nicht hergeleitet werden, dass diese ausschließlich durch die Datenschutzbehörden zu ermitteln und festzustellen sei. Bei der Feststellung der Marktbeherrschung handelt es sich wiederum um den Kernbereich des Kartellrechts als Teil des Wirtschaftsrechts sowie der Arbeit einer Kartellbehörde, die mit den entsprechenden Befugnissen ausgestattet ist und die ihrerseits in einem differenzierten Rechts- und Kohärenzrahmen tätig ist. Es ergibt sich aus den in beiden Feldern ausdifferenzierten europäischen Rechts- und Kohärenzrahmen vielmehr, dass eine parallele Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde notwendig ist, die diese unter Berücksichtigung der Datenschutzregeln ausübt.
- 554 Nicht ersichtlich ist daher, dass durch die Anwendung der nationalen Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV verletzt sein könnte.⁵³¹ Denn weder haben die Zuständigkeits- und Kohärenzregelungen die Kompetenzen der Kartellbehörde in Frage gestellt, noch ist materiell eine abschließende Regelung getroffen worden. Eine Verpflichtung der Kartellbehörde, die DSGVO-Vorschriften durch Nichtanwendung des Kartellrechts zu abschließenden Regelungen zu verhelfen, besteht nicht.
- 555 Um die Kartellrechtsanwendung in diesem Bereich zu erleichtern, hat der deutsche Gesetzgeber im Übrigen mit § 50c GWB einer Zusammenarbeit mit den deutschen

⁵³⁰ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, in deutscher Sprache abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DokumenteArt29Gruppe_EDSA/Stellungnahmen/WP217_Opinion62014LegitimatelInterest.html?nn=10478050 (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), S. 51, 71.

⁵³¹ [...]

Datenschutzbehörden den Weg geebnet. Die Beschlussabteilung führt auf dieser Grundlage das Verfahren in enger Konsultation mit dem Hamburgischen Datenschutzbeauftragten, der im Hinblick auf die Niederlassung von Facebook in Hamburg eine nach Art. 55 ff. DSGVO zuständige Behörde ist. Darüber hinaus besteht auch Kontakt zu dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI), der gemäß § 17 BDSG der gemeinsame Vertreter im Europäischen Datenschutzausschuss ist sowie zur belgischen Datenschutzbehörde. [...]⁵³²

- 556 Die Beschlussabteilung hat damit die relevanten Datenschutzbehörden bei der Prüfung des Datenschutzrechts einbezogen, ohne dass eine von ihnen gegen das Missbrauchsverfahren Einwände erhoben hat. Die Gefahr eines angeblich unmittelbar bevorstehenden „hochproblematischen“ Konflikts mit den Durchsetzungsbemühungen der eigentlich zuständigen Datenschutzbehörden⁵³³ ist durch diese Konsultationen ausgeräumt worden und drohte nach den von den Beteiligten auf den verpflichtenden Auskunftsbefehl der Beschlussabteilung eingereichten Unterlagen über ihre Diskussionen mit der zuständigen Datenschutzbehörde auch nicht.
- 557 Es können schließlich auch keine Bedenken gegen eine etwa fehlende Expertise der Kartellbehörde, auf die Facebook verweist, erhoben werden. Die Kartellbehörde hat in allen Wirtschaftsbereichen die dort geltenden allgemeinen Rechtsrahmen zu berücksichtigen und anzuwenden. Dass die Beschlussabteilung das europäische Datenschutzrecht fehlerhaft anwende und Facebook sich im Einklang mit den geltenden datenschutzrechtlichen Normen verhalte⁵³⁴, trifft außerdem nicht zu.
- 558 Die Beschlussabteilung verweist im Übrigen auf die zahlreichen Verfahren von deutschen und europäischen Datenschutz- wie Verbraucherschutzbehörden, die (auch) die unzulässige Datenverarbeitung von Daten aus konzerneigenen Diensten oder Facebook Business Tools betrafen. So führten sowohl der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz- und Informationsfreiheit als auch zahlreiche weitere europäische Datenschutzbehörden Verfahren gegen Facebook wegen der unzulässigen Datenzusammenführung von WhatsApp-Daten mit Facebook.com.⁵³⁵

⁵³² [...]

⁵³³ [...]

⁵³⁴ [...]

⁵³⁵ Anordnung des Hamburgische BfDI vom 23.09.2016 (im Nachgang VG Hamburg, Beschluss vom 24.04.2017, Az. 13 E 5912/16, und OVG Hamburg, Beschluss vom 26.02.2018, Az. 5 Bs 93/17; Anordnung der französischen CNIL vom 18.12.2017, <https://www.cnil.fr/en/data-transfer-whatsapp-facebook-cnil-publicly-serves-formal-notice-lack-legal-basis> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019); Bußgeld der spanischen Datenschutzbehörde AEDP vom 15.03.2018, s. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Hoehchststrafe-Spanische-Datenschuetzer-bitten-Facebook-und-WhatsApp-zur-Kasse-3996469.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

Belgische wie französische Datenschutzbeauftragte führten Verfahren gegen Facebook wegen der unzulässigen Datensammlung auf Drittwebseiten und der Datenzuordnung zu Facebook Konten auf Facebook.com mittels identifizierender Cookies.⁵³⁶ Die italienische Wettbewerbsbehörde AGCM hat schließlich kürzlich auf der Grundlage des Verbraucherschutzrechts ein Bußgeld in Höhe von 10 Mio. € gegen Facebook wegen aggressiver Geschäftspraktiken durch Datenschutzverstöße verhängt.⁵³⁷

2. Datenverarbeitungsbestimmungen als (sonstige) Geschäftsbedingungen

- 559 Die maßgeblichen Regelungen zur Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools in den Facebook Nutzungsbedingungen, der Datenrichtlinie, der Cookie-Richtlinie sowie ihre Durchführung sind als Geschäftsbedingungen im Sinne des § 19 GWB einzuordnen.
- 560 Die Verortung der konkreten von den Beteiligten beabsichtigten und durchgeführten Datenverarbeitung in der aus datenschutzrechtlichen Gründen erforderlichen Daten- oder Cookie-Richtlinie lässt die Eigenschaft der Geschäftsbedingung nicht entfallen (hierzu a.). Die Hingabe von Daten stellt keinen „Preis“ im Sinne des kartellrechtlichen Preismissbrauchsverbots dar (hierzu b.).

a. Datenrichtlinien als Teil der Geschäftsbedingungen

- 561 Entgegen der Ansicht von Facebook sind die Nutzungsbedingungen in Verbindung mit der Daten- und Cookie-Richtlinie Geschäftsbedingungen im Sinne des § 19 GWB. Die Erklärungen in der Daten- und Cookie-Richtlinie konkretisieren Punkt 2 der Nutzungsbedingungen. Das datenschutzrechtliche Transparenzgebot, das die Beteiligten zu einer Information über ihre Datenverarbeitung in Form von Datenrichtlinien verpflichtet, ändert nichts an der Eigenschaft der Geschäftsbedingungen.
- 562 Der kartellrechtliche Begriff der Geschäftsbedingung, wie er etwa in § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB verwandt wird, ist weit auszulegen, um neben der Preisgestaltung die gesamte von einem Machtgefälle geprägten Anbieter-Nachfrager-Beziehung dem Missbrauchsverbot zu unterstellen.⁵³⁸ Dabei ist im Hinblick auf die Marktqualität der

⁵³⁶ Empfehlung der belgischen CBPL vom 16.05.2017, s. B6-22/16, Bl. 6359 ff.; Urteil des Gerichtshofs 1. Instanz Brüssel vom 16.02.2018, [...]; Bußgeldverfahren der französischen CNIL, s. Pressemitteilung vom 16.05.2017, <https://www.cnil.fr/en/facebook-sanctioned-several-breaches-french-data-protection-act> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁵³⁷ AGCM, Bolletino 46/2018 del 10/12/2018, S. 22 ff., <http://www.agcm.it/pubblicazioni/bollettino-settimanale/2018/46/Bollettino-46-2018>; [...] (liegt nur in italienischer Sprache vor).

⁵³⁸ Vgl. zum Begriff der Geschäftsbedingung Langen/Bunte-Nothdurft, § 19 GWB, Rn. 142.

Beziehung zwischen Facebook und den Nutzern von Facebook.com (oben Rn. 239 ff.) zunächst ohne weiteres von einer „geschäftlichen“ Beziehung auszugehen.

- 563 Unter den Begriff der Geschäftsbedingungen sind zunächst die ausdrücklich geregelten Bedingungen, denen der Nachfrager zustimmen muss und die damit Gegenstand der vertraglichen Regelung sind, zu fassen. Darüber hinaus sind auch die faktischen Geschäftsbedingungen, die ohne Zustimmung der Nachfrager durchgeführt werden, einzubeziehen. Dazu gehören alle tatsächlichen Vorgänge, die Gegenstand einer vertraglichen Regelung sein können.⁵³⁹
- 564 Entgegen der Ansicht von Facebook⁵⁴⁰ sind die verfahrensgegenständlichen Datenverarbeitungsvorgänge alle Teil der vertraglichen Regelung, da die Nutzer den Nutzungsbedingungen zustimmen muss, bevor er den Dienst nutzen kann (s.o. Rn. 88). Denn die Nutzungsbedingungen enthalten in Punkt 2. unter der Überschrift „*Unsere Datenrichtlinie und deine Privatsphäre-Einstellungen*“ folgende Regelung (oben Rn. 94): „*Wir erfassen und verwenden deine personenbezogenen Daten, um die oben beschrieben[en] Dienste für dich bereitzustellen. In unsere Datenrichtlinie [Hyperlink] erfährst du, wie wir deine Daten erfassen und verwenden. [...]*“ Damit enthalten die Nutzungsbedingungen selbst eine völlig unbeschränkte Regelung für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten jedes Nutzers, der er zustimmen muss. Die Nutzungsbedingungen stellen nach ihrem Punkt 5. die gesamte Vereinbarung zwischen dem Nutzer und Facebook Ireland Limited in Bezug auf die Nutzung der Facebook-Produkte dar. Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist daher nach den eigenen Nutzungsbedingungen ausdrücklich Teil der Vereinbarung und damit Vertragsgegenstand. Ob diese Zustimmung datenschutzrechtlich als Einwilligung gilt und eine ausreichende Rechtsgrundlage bieten kann, spielt für die vertragliche Einbeziehung der Nutzungsbedingungen zur Datenverarbeitung keine Rolle.
- 565 Die Datenrichtlinie wird in Punkt 2 ausdrücklich in Bezug genommen und stellt damit zusammen mit der Cookie-Richtlinie, auf die die Datenrichtlinie verweist, die Konkretisierung der Nutzungsbedingungen bezüglich der Verarbeitung von personenbezogenen Daten dar. Jedenfalls über die Verweisung in Punkt 2 der Nutzungsbedingungen sind sie auch Vertragsinhalt geworden und füllen die Regelung der Verarbeitung von personenbezogenen Daten aus. Sie haben darüber hinaus aber auch selbst Regelungscharakter, weil sie nach dem Empfängerhorizont der Nachfrager verbindliche Bestimmungen enthalten, die mit dem Vertragsschluss einhergehen

⁵³⁹ Vgl. Bechtold, *GWB*, 8. Auflage, § 19, Rn. 53; Langen/Bunte-Nothdurft, § 19 *GWB*, Rn. 142.

⁵⁴⁰ [...]

sollen.⁵⁴¹ Dieses gilt auch im Hinblick darauf, dass sich die Beteiligten in der Datenrichtlinie unter der Überschrift „*Was ist unsere Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten?*“ ganz maßgeblich auf die Erfüllung der Nutzungsbedingungen stützen und als Rechtsgrundlage die Erfüllung des Vertragszwecks heranziehen. Wiederum ist für die Frage des vertraglichen Regelungscharakters nicht maßgeblich, ob es sich datenschutzrechtlich um eine zulässige Rechtsgrundlage handelt oder nicht. Denn aus der insoweit allein maßgeblichen Sicht der Nutzer wird mit diesen Regelungen eine vertragliche Bedeutung bzw. sogar eine vertragliche Verpflichtung statuiert, die ebenso wie der gesamte übrige Vertragsinhalt einseitig vorgeschrieben wird.

566 Es ist daher auch die offene Formulierung der Daten- und Cookie-Richtlinie als Teil der Vertragskonditionen zu berücksichtigen. Der Einwand der Beteiligten, dass die Formulierungen der Richtlinien der datenschutzrechtlichen Verpflichtung geschuldet sei, die Informationen in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln⁵⁴², verfängt hinsichtlich einer völlig offenen Formulierung nicht. Eine solche ist aber insbesondere hinsichtlich der Verarbeitung von Daten aus den konzerneigenen Diensten und den Facebook-Business-Tools gegeben. Denn insoweit verwenden die gegenseitig aufeinander Bezug nehmenden Richtlinien jeweils dieselbe allgemeine Bestimmung, wonach die Daten über alle Facebook-Produkte und -Unternehmen hinweg verarbeitet werden. Eine Beschränkung des Datensatzes sowie der Verwendungszwecke findet sich ausschließlich in den FAQs von WhatsApp.

567 Es ist dabei durchaus üblich, in den Datenrichtlinien z.B. klarzustellen, welche Daten für welche Zwecke *nicht* verarbeitet werden, wenn eine solche Beschränkung existiert. In der WhatsApp-Richtlinie wird z.B. an einer Stelle erklärt, dass die Inhalte der verschlüsselten Nachrichten nicht gelesen würden. Die behauptete und zu keinem Zeitpunkt näher substantiierte beschränkte tatsächliche Datenverarbeitung spiegelt sich in den Facebook-Konditionen nicht wider. Aus Sicht des Nutzers beinhalten die Facebook Daten- und die Cookie-Richtlinie daher die Ermöglichung einer praktisch unbegrenzten Datenverarbeitung aus Quellen außerhalb des sozialen Netzwerks. Die Offenheit der Formulierungen impliziert ferner, dass Facebook zumindest auch beabsichtigt, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Dass Facebook ein datengetriebenes Geschäftsmodell verfolgt, ist allgemeinkundig und wird von dem Unternehmen auch nicht in Abrede gestellt. Insofern ist eine möglichst weitgehende

⁵⁴¹ Vgl. KG, Urteil vom 27.12.2018, 23 U 196/13, Urteilsausfertigung, S. 5 f., [...]. Sie sind daher auch als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzuordnen.

⁵⁴² [...]

Nutzung vorhandener Daten wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig und damit prognostisch zumindest für die Zukunft zu erwarten⁵⁴³, insbesondere wenn dafür eine vertragsrechtliche Grundlage geschaffen wurde.

- 568 Gegen die Einordnung der Daten- und Cookie- Richtlinie als Geschäftsbedingung spricht schließlich auch nicht das datenschutzrechtliche Transparenzgebot, das die Beteiligten nach Art. 12 Abs. 1, 13 und 14 DSGVO zu Informationen über die Datenverarbeitung verpflichtet, die mit der Datenrichtlinie gegeben werden.⁵⁴⁴ Eine solche Verpflichtung gibt den Richtlinien nicht nur einen reinen Informationscharakter, der eine vertragliche Regelungsqualität ausschließt. Auch Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen einem Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Beschlussabteilung berücksichtigt den Informationscharakter der Daten- und Cookie-Richtlinie einschließlich derjenigen der konzerneigenen Dienste im Übrigen insoweit, als hiermit die tatsächliche Durchführung der Datenverarbeitungskonditionen dokumentiert ist. Insoweit ist entgegen der Ansicht der Beteiligten die tatsächliche Datenverarbeitung ebenfalls Untersuchungsgegenstand, er ist jedoch nicht hierauf zu beschränken.

b. Kein Preis im kartellrechtlichen Sinne

- 569 Die möglicherweise entgeltähnliche Funktion der Datenhingabe führt nicht dazu, dass die Datenverarbeitungskonditionen als Preise im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB anzusehen sind.
- 570 Die Datenverarbeitung übernimmt zwar aus Sicht des Unternehmens Entgelt- und indirekte Finanzierungsfunktion und Daten stellen nach allgemeiner Wahrnehmung eine Art „Währung“ im Internet dar. Aus Sicht des Facebook-Nutzers bleibt vorliegend dennoch der Eindruck einer unentgeltlichen Leistung erhalten, der auch in einem Werbeslogan von Facebook genutzt wird („Facebook ist und bleibt kostenfrei“). Darüber hinaus kommt es bei einem monetären Entgelt bei dem Verbraucher anders als bei der Datenhingabe zu einer wirtschaftlichen Belastung, deren Ausmaß klar und messbar ist, die er durch sein Nachfrageverhalten steuern kann und im Hinblick auf ein begrenztes Budget auch muss.
- 571 Bei den persönlichen Daten handelt es sich dagegen um ein nicht-rivalisierendes Gut, das nicht durch Hingabe aufgebraucht wird und bei dem der Verbraucher auch nicht durch ein nur begrenzt vorhandenes Budget gezwungen wird, seine

⁵⁴³ Vgl. etwa BGH, Beschluss vom 08.05.2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711, 717 – Ost-Fleisch; Beschluss vom 29.10.1985, KVR 1/84, WuW BGH 2211, 2218 – *Morris-Rothmans*.

⁵⁴⁴ [...]

Zahlungsbereitschaft zu bestimmen. Das Problem liegt hier vielmehr – insoweit ähnlich wie bei Konditionen und allgemeinen Geschäftsbedingungen – darin, dass der Verbraucher bei der Hingabe und Weitergabe persönlicher Daten nur schwer überblicken kann, welche Daten in welchem Ausmaß bei welchen Unternehmen erhoben werden, wohin sie weitergegeben werden und welche Tragweite eine Einwilligung in die Datenverarbeitung hat. Die bei einer massiven Nutzung von persönlichen Daten regelmäßig vorzufindende Vielzahl von Bedingungen und Regelungen zur Datenverarbeitung führt – wie auch die Ermittlungen im vorliegenden Fall zeigen – zu einer nur flüchtigen oder auch fehlenden Wahrnehmung der einzelnen Regelungen durch den privaten Nutzer, wie es auch bei einseitig gestellten vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen typisch ist.⁵⁴⁵

572 Diese Eigenschaften rechtfertigen es, unangemessene Vereinbarungen und Bestimmungen des marktbeherrschenden Unternehmens zur Datenverarbeitung unter dem Gesichtspunkt des Konditionenmissbrauchs zu erfassen. Zudem ist der Neuregelung des § 18 Abs. 2a GWB zu entnehmen, dass der deutsche Gesetzgeber die Hingabe von Daten an Stelle einer monetären Gegenleistung nicht als „Entgelt“ ansieht. Anderenfalls hätte es der Klarstellung nicht bedurft, dass es der Annahme eines Marktes im Sinne des Gesetzes nicht entgegensteht, dass eine Leistung „unentgeltlich“ erbracht wird. Hintergrund der Regelung waren ausweislich der Gesetzesbegründung gerade Geschäftsmodelle wie das hier in Rede stehende.⁵⁴⁶ Genese und Terminologie der Neuregelung bestätigen damit das Ergebnis, dass Regelungen über die Datenhingabe auch im Sinne des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB keine Regelungen über Entgelte sind, sondern über Geschäftsbedingungen.

3. Verstoß gegen datenschutzrechtliche Wertungen der DSGVO

573 Die von Facebook ausbedungene, im Tenor im Einzelnen dargestellte Datenverarbeitung aus anderen konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools verstößt gegen europäische Datenschutzwertungen nach der DSGVO. Denn bei der Erfassung von nutzer- und gerätebezogenen Daten und der Verknüpfung durch Zuordnung dieser Informationen zu dem jeweiligen Facebook-Konto sowie die Verwendung dieser Informationen handelt es sich um eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten einschließlich besonderer Datenkategorien und Profiling (hierzu a.). Facebook ist für die ausbedungene Verarbeitung der personenbezogenen Daten datenschutzrechtlich verantwortlich (hierzu b.) Für die ausbedungene

⁵⁴⁵ [...]

⁵⁴⁶ RegBegr der 9. GWB-Novelle 2017, BT-Drucks. 18/10207, S. 47 f.

Verarbeitung der Daten aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools liegen keine hinreichenden Rechtfertigungsgründe nach Art. 6 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2 DSGVO vor (hierzu c.).

a. Verarbeitung von personenbezogenen Daten einschließlich besonderer Kategorien und Profiling (Art. 4, Art. 9 DSGVO)

574 Es handelt sich sowohl bei den nutzer- und gerätebezogenen Daten aus anderen konzerneigenen Diensten als auch aus den Facebook Business Tools um personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 DSGVO (hierzu (1)). Umfasst sind auch besondere Kategorien nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO (hierzu (2)). Das in den Datenverarbeitungskonditionen vorgesehene und durchgeführte „Erfassen“, das Verknüpfen („Miteinander-Verbinden“) und die „Verwendung“ der Daten erfüllen die in Art. 4 Nr. 2 DSGVO als „Datenverarbeitung“ definierten Vorgänge und schließen das in Art. 4 Nr. 4 DSGVO definierte „Profiling“ ein (hierzu (3)).

(1) Personenbezogene Daten

575 Alle in der Datenrichtlinie beschriebenen und tatsächlich verarbeiteten nutzer- und gerätebezogenen Daten sind Informationen, die sich gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO auf identifizierte oder identifizierbare natürliche Personen beziehen. Danach sind Personen identifizierbar, wenn sie direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden können.

576 Damit sind alle im Tenor genauer bezeichneten Daten, die Facebook aus konzerneigenen Diensten oder aus Facebook Business Tools verarbeitet, personenbezogen, weil Facebook sie den im Rahmen des sozialen Netzwerks unter dem Facebook-Konto erfassten Daten der Nutzer zuordnen kann und tatsächlich zuordnet sowie die Daten miteinander verbindet. Für die Anlage eines Facebook-Kontos hat der Nutzer mindestens seinen Vor- und Nachnamen, seinen Geburtstag, sein Geschlecht sowie seine Handynummer oder E-Mail-Adresse angegeben. Die Person erhält mit der Anlage des Facebook-Kontos eine Facebook Nutzer-ID. Während der Nutzung von Facebook.com werden in hohem Umfang weitere persönliche Nutzerinformationen preisgegeben. Diesen identifizierenden Daten können die aus weiteren Quellen verarbeiteten Daten zugeordnet werden, so dass jedes nutzer- und gerätebezogene Datum auch personenbezogen ist.

- 577 Als „nutzerbezogene Daten“ lassen sich dabei Informationen, die sich nach ihrem Inhalt unmittelbar auf die Person beziehen wie etwa Identität, Interessen, Lebensumstände, Kommunikationsinhalte oder Verhalten des Nutzers, kategorisieren. Als „gerätebezogene Daten“ können die im weitesten Sinne technischen Daten, die sich auf die vom Nutzer jeweils eingesetzten Endgeräte sowie auf darauf befindliche Software und andere Inhalte beziehen, bezeichnet werden. Diese gerätebezogenen Daten können mittelbar auf die Informationen über den Nutzer schließen lassen, wie z.B. Standort- und Bewegungsinformationen, die über die Ortungsdaten oder Sensoren des Mobilgerätes entstehen und ein Bewegungsprofil des Nutzers ergeben.
- 578 Darüber hinaus spielen insbesondere auch die gerätebezogenen Informationen für die Identifizierung des Nutzers und die individuelle Zuordnung von erfassten Daten eine ganz erhebliche Rolle. Dazu gehören z.B. die unverwechselbaren Geräteinformationen wie die Werbe-ID, MAC-Adresse oder die IMEI (International Mobile Equipment Identity) des Mobilfunkgeräts. Aber auch die weiteren Informationen zu den von den Nutzern eingesetzten Geräten, zu der darauf installierten Software und technischen Konfigurationen einschließlich der Browserinformationen erlauben eine Identifizierung des jeweiligen Nutzers anhand seiner einzigartigen Gerätekonfiguration. [...] nutzt Facebook Metadaten, um die Daten einem Facebook Nutzer zuordnen zu können.⁵⁴⁷ Dies ergibt sich auch aus der Cookie-Richtlinie. Danach nutzt Facebook auch andere Technologien, einschließlich der von Facebook auf dem Webbrowser oder Gerät gespeicherten Daten, die mit dem Gerät verknüpften Kennungen sowie sonstige Software für ähnliche Zwecke wie die Cookies.
- 579 Die erhobenen gerätebezogenen Daten ermöglichen dabei insbesondere das Verfahren des sogenannten „Browser-Fingerprinting“ oder „Device-Fingerprinting“ (Geräte-Fingerabdruck). Hierbei wird zwischen dem passiven und aktiven Fingerprinting unterschieden. Passives Fingerprinting bezeichnet das Auslesen solcher Informationen, die beim Aufrufen einer Webseite technisch bedingt durch die verwendeten Protokolle übermittelt werden. Hierunter fallen der Browsertyp, die Browserversion, die Browsereinstellungen, die IP-Adresse, ggf. der Hersteller und die Typenbezeichnung des Smartphones, Tablets oder sonstigen mobilen Endgerätes. Beim aktiven Fingerprinting wird ein Programmcode direkt auf dem Gerät ausgeführt. Informationen können gezielt ausgelesen werden, z.B. durch Javascript. Dadurch lassen sich eine Vielzahl weiterer gerätebezogener Informationen, wie z.B. die Bildschirmauflösung, Zeitzone, Systemfarben, Plugin-Versionen, installierte Schriftarten, Sprachen, Prozessorkerne, Fenstergröße u.v.m. erfassen.

⁵⁴⁷ [...]

- 580 Die Informationen werden beim Besuch der Webseite auf dem Server von Facebook gespeichert und beim nächsten Seitenaufruf erneut erfasst und mit den gespeicherten Daten – dem Fingerprint – abgeglichen. Aufgrund der Vielzahl an individuell veränderbaren Einstellungsoptionen des einzelnen Nutzers ermöglicht der Fingerprint eine relativ genaue Identifizierung des Nutzers. Denn die Kombination dieser verschiedenen Informationen ergibt in ihrem Gesamtbild ein einzigartiges Nutzerprofil. Je mehr Informationen existieren und je individueller die Einstellungen sind, desto genauer lässt sich eine eindeutige Identifizierung erreichen. Daher kann ein Nutzer uU auch dann identifiziert werden, wenn der Fingerprint in der Zwischenzeit geringfügig modifiziert worden ist. Nach einem wissenschaftlichen Test der Lehigh University Pennsylvania/USA lassen sich über das Browser- oder Device-Fingerprinting Nutzer mit einer Zuverlässigkeit von 99,24% identifizieren, ohne dabei auf IP-Adressen, Cookies oder ähnliche Techniken zurückgreifen zu müssen.⁵⁴⁸
- 581 Diese identifizierenden Daten werden von Facebook auch bei der Nutzung von Facebook.com erfasst und gespeichert. Die aus den weiteren konzerneigenen Diensten und aus den Facebook Business Tools erfassten Daten können sodann ihrerseits mit den dem betroffenen Konto bereits zugeordneten Daten abgeglichen werden. Die Zuordnung kann auf verschiedenen Wegen erfolgen. Handelt sich bei der Datenquelle um eine Dritt-Webseite, kann ein von Facebook gesetzter Cookie, der die Facebook-Nutzer-ID oder eine andere dem Nutzer eindeutig zugeordnete Information enthält, bei Aufruf der Webseite gesendet werden. Hat die Webseite Facebook Business Tools eingebunden, kann die Zuordnung der erfassten Nutzerinformationen durch das passive oder aktive Fingerprinting anhand der Browser- und Geräteinformationen erfolgen. Dies gilt insbesondere für die standardmäßig über Javascript-SDKs ausgeführten Tools, die in der jeweiligen (Drittanbieter-)App auf dem Endgerät direkt installiert sind. Auch das Facebook Pixel ist ein Javascript-Code, das eine Vielzahl von Informationen über den Besucher der Webseite und seine Geräte erfassen kann.
- 582 Darüber hinaus kann über das Pixel im Wege des „Advanced Matching“ auch ein (gehashter) Datensatz mit identifizierenden Merkmalen („Identifikatoren“) von der Webseite gesendet werden, wenn ein Cookie nicht vorhanden sein sollte. Facebook empfiehlt den Webseiten ergänzend das sog. „Advanced Matching“, das eine direkte Übersendung insbesondere der E-Mail-Adresse, Telefonnummer, Vorname, Nachname, Stadt, Bundesland, Postleitzahl, Geschlecht und Geburtsdatum vorsieht, die die Webseite z.B. beim Login, bei der Registrierung, beim Online-Kauf erhalten.

⁵⁴⁸ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Web-Browser-Fingerprinting-Erkennbar-auch-ohne-Cookie-3597078.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

Facebook weist insoweit ausdrücklich darauf hin, dass hierdurch mehr Aktivität auf der Webseite mit Facebook-Nutzern abgeglichen werden kann, nämlich auch wenn ein Cookie nicht vorhanden ist.⁵⁴⁹ Für die übersendeten Informationen über das Nutzerverhalten auf den Webseiten oder Apps, die mit den gehashten Daten zugeordnet wurden, behält sich Facebook wie bei den übrigen Schnittstellen das Recht vor, die Daten von Drittseiten/Apps für „jedweden Zweck zu analysieren, auch für kommerzielle Zwecke“.⁵⁵⁰

- 583 Die Daten über die Nutzung der Dritt-Webseite oder einer App einschließlich der verschiedenen Konfigurationsdaten haben damit unabhängig von der Bedeutung und dem Gehalt der einzelnen Information durch die Vielzahl der Daten und die Möglichkeit der Zuordnung zu einem Facebook-Konto mit einer eindeutigen Kennzahl, ID oder dem Device Fingerprint (Geräte-Fingerabdruck) stets einen Bezug zu einer „bestimmten“ bzw. „identifizierten“ Person im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO.

(2) Besondere Datenkategorien

- 584 Die ausbedungene Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools umfasst außerdem unterschiedslos auch besondere Datenkategorien nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO.
- 585 Zu den besonderen Datenkategorien im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO gehören alle Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie genetische Daten, biometrische Daten, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung.
- 586 Dabei ist es entgegen der Ansicht von Facebook für die Qualifikation als „besondere Datenkategorie“ ausreichend, dass sich die Sensitivität der Daten aus den gesammelten Informationen ergeben kann. Dass es sich bei diesen Informationen nur um Informationen handele, aus denen sensible Informationen *abgeleitet werden könnten* und dass dies für die Einordnung als sensible Informationen nicht ausreiche,⁵⁵¹ ist nicht anzunehmen. Spätestens in dem Zeitpunkt, in dem die Informationen über die besuchte Seite dem Facebook-Konto zugeordnet werden, entsteht ein sensibles Datum als besondere Datenkategorie, da eine klare Zuordnung zu einer natürlichen

⁵⁴⁹ Vgl. <https://developers.facebook.com/docs/facebook-pixel/advanced/advanced-matching>, [...]

⁵⁵⁰ S. Pkt. 6.1 bis 3 der Facebook Plattform-Richtlinie, <https://developers.facebook.com/policy/>: „Dies solltest Du wissen: 6.1: Wir können Deine App, Webseite, Inhalte und Daten für jeden Zweck analysieren, auch für kommerzielle Zwecke“, 6.2: Wir können Daten im Zusammenhang mit deiner Nutzung der SDKs überwachen und sammeln; 6.3: wir verwenden die von dir bzw. im Zusammenhang mit deiner Plattformintegration erhaltenen Informationen gemäß unserer Datenrichtlinie (...).“,[...]

⁵⁵¹ [...]

Person erfolgt. Ausreichend für die Qualifizierung als besondere Datenkategorie ist nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 DSGVO, dass aus dem Datum eine bestimmte Eigenschaft „*hervorgeht*“. Das bedeutet nicht, dass sich die Eigenschaft unmittelbar aus dem Datum selbst ergeben muss. Es genügt, dass der Inhalt des Datums die genannte Eigenschaft für einen durchschnittlichen, objektiven Dritten zumindest mittelbar erkennen lässt.⁵⁵² Das Verbot betrifft damit das Ausgangsdatum, mittels dessen die gelisteten Merkmale durch Verarbeitung und gegebenenfalls Interpretation entstehen.⁵⁵³

- 587 Durch die Erfassung von Daten auf Drittwebseiten und Apps können leicht Daten zur rassistischen und ethnischen Herkunft, politische Meinungen oder weltanschauliche Überzeugungen hervorgehen. Durch die massenhafte Einbindung von Facebook Business Tools und APIs wie Soziale Plugins, Facebook-Login oder Facebook-Pixel erhebt Facebook Daten, aus denen bestimmte Eigenschaften des Nutzers hervorgehen. So bietet beispielsweise die Flirting-App „Tinder“ ein Facebook Login an oder die Homosexuellen-Partnerbörse „Queer“ (www.queer.de) hat einen Facebook Teilen Button integriert. Auch politische Parteien wie CDU, SPD, Linke und AfD oder Gesundheitsseiten wie www.onmeda.de oder www.netdoctor haben Facebook Teilen Buttons integriert. Für Facebook, das aufgrund seines bestehenden Datensatzes über weitere Informationen über den Nutzer verfügt, lassen sich so detaillierte Profile auch über sensitive Daten des Nutzers erstellen.
- 588 Entgegen der Ansicht von Facebook geht es damit nicht um für sich gesehen neutrale Daten, die erst im Zusammenhang mit den anderen bei Facebook vorliegenden Daten zu besonderen Datenkategorien werden, sondern die auch unabhängig von einer Zusammenführung für sich gesehen mittelbar auf ihre Sensitivität schließen lassen. Die von Facebook in Bezug genommene Ansicht der britischen Datenschutzbehörde ICO beschäftigt sich dagegen nur mit Informationen, die „die Ableitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten als eine denkbare Option ermöglichen“.⁵⁵⁴

⁵⁵² Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 9 DSGVO, Rn. 10 mwN; Schneider, „Schließt Art. 9 DSGVO die Zulässigkeit der Verarbeitung bei Big Data aus?“, ZD 2017, S. 303 (305).

⁵⁵³ Schneider, „Schließt Art. 9 DSGVO die Zulässigkeit der Verarbeitung von Big Data aus?“, ZD 2017, S. 303 (304); Leitlinien des Datenschutzausschusses zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679 zuletzt überarbeitet und angenommen am 6. Februar 2018, S. 16, 17; abrufbar unter http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053 (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁵⁵⁴ [...]

(3) Datenverarbeitung einschließlich des Profiling nach Art. 4 Nr. 4 DSGVO

589 Schließlich handelt es sich bei dem „Erfassen“, „Miteinander-Verbinden“ und „Verwenden“ um Datenverarbeitungsprozesse im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO (hierzu (a)), die auch ein Profiling nach Art. 4 Nr. 4 DSGVO einschließen (hierzu (b)).

(a) Betroffene Datenverarbeitungsprozesse nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO

590 Die im Tenor im Einzelnen dargelegten Konditionen und ihre Durchführung betreffen verschiedene Datenverarbeitungsprozesse und -phasen im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO, die in den Kategorien „Erfassen“, „Verknüpfen“ und „Verwenden“ als die wesentlichen Verarbeitungsphasen zusammengefasst sind.

591 Facebook verwendet in den hier beanstandeten Konditionen die allgemeinen Begriffe des „Erfassens“, des „Miteinander-Verbindens“ und des „Verwendens“. Mit diesen weit gefassten Begriffen werden verschiedenste Datenverarbeitungsprozesse ermöglicht, die jeder für sich den Begriff der Datenverarbeitung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO erfüllen. Denn nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO erfasst der Oberbegriff der Datenverarbeitung jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Dazu gehört das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung.

592 Unter dem „Erfassen“ von Daten von anderen Konzerngesellschaften und aus Facebook Business Tools sind diejenigen Datenverarbeitungsprozesse zu verstehen, die mit dem Empfang der Daten aus den Konzerngesellschaften oder über Facebook Business Tools von Drittanbietern durch die Betreibergesellschaft einhergehen. Es umfasst mindestens die Erhebung, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen sowie ggf. auch den Abgleich der Daten, um die Nutzbarkeit der Daten zu prüfen. Ein zusätzlicher Empfangsvorgang bei der Betreibergesellschaft von Facebook.com entfällt bei den nutzer- und gerätebezogenen Daten aus Instagram, da der Dienst inzwischen von derselben Betreibergesellschaft angeboten wird.

593 Darüber hinaus ist das in den Konditionen von Facebook genannte „Miteinander-Verbinden“ von Daten als „Verknüpfung“ im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO zu verstehen, die insbesondere die Zuordnung der verfügbaren Daten aus den Quellen außerhalb von Facebook.com zu den jeweiligen Facebook-Konten über die Facebook-

ID umfasst. Der Abgleich der Daten aus den genannten Quellen mit den vorhandenen Daten zum Auffinden des Facebook-Kontos des jeweiligen Nutzers über die verschiedenen Abgleichmöglichkeiten sowie die Zuweisung insbesondere der Facebook-ID ist ein zentraler Vorgang, der die Zusammenführung und dauerhafte Verknüpfung repräsentiert.

- 594 Dieses beruht auf dem Vortrag von Facebook, wonach das Unternehmen keine „Profile“ im Sinne von einzelnen Datensätzen, die jeweils durch die hinzu kommenden Daten erweitert werden erstellt.⁵⁵⁵ Die einzelnen Daten werden nach der gegenwärtigen Datenbankstruktur vielmehr nach dem Abgleich insbesondere der oben dargestellten gerätebezogenen Daten wie der sog. Familiengeräte-ID oder anderer Eigenschaften der Geräte mit der Facebook-ID versehen, verteilt über die ganze Datenbank gespeichert und ggf. je nach Aufgabenstellung des Algorithmus für eine bestimmte Verwendung während dessen Ausführung mitabgerufen.
- 595 Das „Verwenden“ der Daten ist deren Einsatz zu den jeweils verfolgten Zwecken. Facebook nennt insoweit eine Vielzahl von Zwecken wie z.B. die Personalisierung der Dienste, Werbeanzeigen, Sicherheitszwecke, Forschung. Als „Verwendung“ ist entsprechend den Facebook Konditionen jede Verwendung der Daten aus anderen Konzerngesellschaften und aus Facebook Business Tools durch die Betreibergesellschaft von Facebook.com anzusehen.
- 596 Jeder dieser Verarbeitungsprozesse erfordert eine Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 oder Art. 9 DSGVO. Die Erweiterung des Katalogs der Verarbeitungsvorgänge in Art. 4 Nr. 2 DSGVO gegenüber Art. 2 b) Richtlinie 46/95/EG hat keinerlei Änderung der Rechtslage herbeigeführt. Der Begriff des Verarbeitens nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO umfasst weiterhin die einzelnen Verarbeitungsphasen, die einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterliegen.⁵⁵⁶

(b) Profiling, Art. 4 Nr. 4 DSGVO

- 597 Die ausbedungene Verwendung der Daten besteht darüber hinaus insbesondere hinsichtlich der Personalisierungs- und Werbezwecke in einem „Profiling“ nach Art. 4 Nr. 4 DSGVO. Denn Facebook verarbeitet alle personenbezogenen Daten auch aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools durch ihre Zusammenführung mit den bei Nutzung des sozialen Netzwerkes erfassten Daten, um persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu analysieren oder vorherzusagen. Dabei sind auch Aspekte der Arbeitsleistung, wirtschaftlichen Lage,

⁵⁵⁵ [...]

⁵⁵⁶ Auernhammer, DSGVO, Art. 4 Rn. 18; Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 6, Rn. 1.

Gesundheit, persönlicher Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel umfasst. Allgemein bezeichnet Profiling nach den von dem Europäischen Datenschutzausschuss übernommenen Leitlinien der Art. 29-Datenschutzgruppe das Zusammentragen von Informationen über eine Person (oder eine Personengruppe) und die Bewertung ihrer Merkmale oder Verhaltensmuster zwecks Einteilung in eine bestimmte Kategorie oder Gruppe, insbesondere zur Analyse und/oder Prognose in Bezug auf ihre Fähigkeit zur Wahrnehmung einer Aufgabe, Interessen oder wahrscheinliches Verhalten.⁵⁵⁷ Dabei werden die erhobenen Daten auch automatisch analysiert und Korrelationen ermittelt, die auf eine Person zur Ermittlung von Merkmalen des aktuellen oder künftigen Verhaltens angewendet werden.

- 598 Facebook führt insoweit auch ein detailliertes Profiling anhand einer hohen Datenmenge zu einer Vielzahl von persönlichen Aspekten zum einen für die Zwecke der Personalisierung des Dienstes und zum anderen für die Zwecke der zielgerichteten Werbung (Targeting) durch.
- 599 Wie oben dargestellt wird durch einen Relevanzalgorithmus insbesondere der News Feed von Facebook erstellt und individualisiert. Bei dem News Feed handelt es sich um eine personalisierte Zusammenstellung („Stream“) von Inhalten und Aktivitäten, die mit dem Nutzer in Bezug stehen. Damit die Nutzer ein möglichst personalisiertes Nutzungserlebnis haben, sollen sie bei der Ansicht des News Feed vor allem die für sie relevantesten Inhalte sehen. Der Algorithmus berechnet individuell für jeden einzelnen Nutzer insbesondere anhand der Einflussfaktoren „Affinität“, „Gewicht“ und „Verfall“ einen Wert für jeden möglichen Post für den News Feed, die positiven oder negativen Einfluss auf die vermutete Relevanz eines Posts haben. Basierend hierauf werden die Inhalte im persönlichen News Feed sortiert. Die Nutzerdaten haben für die Einflussfaktoren eine hohe Bedeutung. Die „Affinität“ wird auf Basis der Interaktion mit dem jeweiligen Nutzer und seinen Posts bestimmt. Indikatoren sind unter anderem der Kontakt in Form von Posts in die Chronik, Gefällt-Mir-Markierungen, Kommentare, gegenseitige Tags, Seitenbesuche usw. Relevant ist außerdem, inwieweit sich Interessen, Freunde und Handlungsmuster der Nutzer überschneiden, die hierfür ausgewertet werden. Grundlage der Beurteilung des „Gewichts“ ist die Interaktion anderer (Freunde oder Dritte) mit dem Post in Form von Klicks, Gefällt-Mir-Markierungen, Geteilte Inhalte, Kommentaren und sogar der Inhalt der Interaktionen. Auch persönliche Faktoren wie die Relevanz der Personen, die mit dem Post interagiert

⁵⁵⁷ Vgl. Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679 vom 3. Oktober 2017, zuletzt überarbeitet und angenommen am 6. Februar 2018, S. 7; [...]

haben, spielen eine Rolle, ebenso wie Klick/Gefällt-Mir- bzw. Klick/Teilen-Quoten. Für die Verfallszeit eines Posts wird u.a. berücksichtigt, inwiefern der Post nur in der aktuellen Situation interessant ist, oder auch langfristig relevant bleibt. Dies wird unter anderem anhand der Reaktion ermittelt (kurzfristig und intensiv oder langfristig und beständig). Wichtig ist außerdem die Art des Inhaltes, also ob es sich um ein Bild, Video, Text, Link usw. handelt. Wird festgestellt, dass ein Nutzer intensiv auf Bilder reagiert, aber selten auf Links klickt, so scheinen Bilder für ihn interessanter zu sein und werden potenziell höher gerankt.

- 600 Facebook führt das Profiling außerdem für die Zwecke der zielgerichteten Werbung durch. Dabei werden im Werbemanager, wie oben dargestellt, Zielgruppen anhand von detaillierten persönlichen Merkmalen und Vorlieben nach Ort, Alter, Geschlecht und Sprache sowie nach weiteren demographischen Daten, Interessen und Verhalten unter Auswertung der Nutzerdaten gebildet. Die Ortsauswahl enthält weitere Optionen: „Jeder an diesem Ort“, „Personen, die hier leben“, „Personen, die kürzlich an diesem Ort waren“, „Personen, die diesen Ort besuchen“. Das Alter kann mit einer exakten Alterskategorie beginnend mit dem Mindestalter 13 Jahre bis zum Alter von 65+ angegeben werden. Die demographischen Daten enthalten die Unterkategorien „Ausbildung“, „Finanzen“, „Generation“, „Eigenheim“, „Lebensereignisse“, „Eltern“, „Politik“, „Beziehung“. Die „Interessen“ weisen wiederum die Unterkategorien „Branchen“, „Einkaufen und Mode“, „Essen und Trinken“, „Familie und Beziehungen“, „Fitness und Wellness“, „Hobbys und Aktivitäten“, „Sport und Outdoor“, „Technologie“, „Unterhaltung“ auf. Das „Verhalten“ gliedert sich wiederum in „Autowelt“, „digitale Aktivitäten“, „Finanzen“, „Jahrestag“, „Kaufverhalten“, „Konsumentenklassifizierung“, „multikulturelle Interessen“, „Nutzer von Mobilgeräten“, „Reisen“, „Rund ums Wohnen“, „Saisonales und Veranstaltungen“, „Wohneigentum“ auf. Es werden maßgeschneiderte Zielgruppen zusammengestellt, einschließlich von „Lookalike“-Zielgruppen, für die erneut bestimmte detaillierte Aspekte entscheidend sind.
- 601 Es ergibt sich auch ausdrücklich aus der Facebook-Datenrichtlinie, dass Daten aus anderen konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools für die Zwecke des Profilings erfasst und mit den jeweiligen Facebook-Konten durch Verknüpfung zugeordnet werden. Denn danach werden Informationen aus diesen Quellen verwendet, um die Funktionen und Inhalte zu personalisieren und dem Nutzer auf und außerhalb von den Facebook-Produkten Vorschläge zu unterbreiten (wie z.B. Gruppen und Veranstaltungen, an denen der Nutzer möglicherweise interessiert ist oder Themen, die er eventuell abonnieren möchte). Um personalisierte Produkte zu erstellen, die individuell und für den Nutzer relevant seien, verwende Facebook die Nutzerverbindungen, -präferenzen, -interessen und -aktivitäten. Dieses basiere auf

den Daten, die Facebook von dem Nutzer und anderen erfasse und erfahre, einschließlich besonderer Datenkategorien, zu denen der Nutzer seine ausdrückliche Einwilligung gegeben habe, *„sowie darauf, wie der Nutzer die Facebook Produkte nutze und mit ihnen interagiere, und auf den Personen, Orten oder Dingen, mit denen der Nutzer auf und außerhalb von den Facebook Produkten verbunden bzw. an denen er interessiert sei...“* Zu „Informationen über verschiedene Facebook-Produkte und Geräte hinweg“ erklärt Facebook: *„Wir verbinden Informationen über deine Aktivitäten auf verschiedenen Facebook-Produkten und Geräten miteinander, um dir ein individuelleres und ein einheitlicheres Erlebnis in allen von dir genutzten Facebookprodukten bereitzustellen, gleichgültig wo Du sie nutzt. Wir können dir beispielsweise vorschlagen, einer Gruppe auf Facebook beizutreten, der Personen angehören, denen du auf Instagram folgst oder mit denen du im Messenger kommunizierst...“*⁵⁵⁸ Auch bei den Werbeanzeigen erklärt Facebook, dass die über die Nutzer „zur Verfügung stehenden Informationen“ – einschließlich „Informationen über deine Interessen, Handlungen und Verbindungen“ genutzt werden, um die Werbeanzeigen auszuwählen und zu personalisieren.

602 Die Facebook-Nutzungs- und Datenverarbeitungskonditionen machen insoweit auch hinsichtlich des Personalisierungszwecks keinerlei Unterschied zwischen den einzelnen Quellen der Daten. So wird unterschiedslos auf „Facebook-Produkte“ hingewiesen, zu denen nach der Definition in den Nutzungsbedingungen Facebook selbst (einschließlich der mobilen Facebook-App und dem Browser in der App), Messenger, Instagram (einschließlich Apps wie Direct und Boomerang), tbh, Moments, Bonfire, Facebook Mentions, AR Studio, Audience Network und alle anderen Funktionen, Apps, Technologien, Softwareprodukte, Produkte oder Dienstleistungen, die von Facebook Inc. oder Facebook Ireland Limited angeboten werden, gehören. Die Facebook-Produkte beinhalten auch Facebook Business-Tools wie Plug-ins (z. B. „Gefällt mir“- und „Teilen“-Buttons) und die SDKs und APIs, die von Webseitenbesitzern und -herausgebern, App-Entwicklern, Geschäftspartnern (einschließlich Werbetreibenden) und ihren Kunden dazu genutzt werden, Unternehmens-Services zu unterstützen und Informationen mit Facebook auszutauschen.

603 Darüber hinaus werden unterschiedslos die „Facebook-Unternehmen“ erwähnt, zu denen Facebook Payments Inc., Onavo, Oculus, WhatsApp, Masquerade und CrowdTangle gehören. Dabei wird in der Facebook-Datenrichtlinie erklärt, dass für die Zwecke eines *„innovativen, relevanten, einheitlichen und sicheren Erlebnis auf allen*

⁵⁵⁸ Vgl. Facebook Datenrichtlinie vom 19. April 2018 unter der Rubrik II. „Wie verwenden wir diese Informationen“; [...]

Produkten der Facebook-Unternehmen Informationen über den Nutzer auch über die Facebook-Unternehmen hinweg verarbeitet werden“.

- 604 Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass die Informationen, die von WhatsApp erfasst werden, gegenwärtig tatsächlich nicht für die Zwecke des Profiling auf Facebook genutzt werden. Eine den WhatsApp-FAQs entsprechende Einschränkung in Facebook-Richtlinien bezüglich der Daten von WhatsApp ist allerdings nicht ersichtlich und nur über mehrere Links zu dem WhatsApp-Hilfebereich auffindbar. Daher muss davon ausgegangen werden, dass Facebook sich dieses gegenüber den Facebook-Nutzern weiterhin vorbehält und dieses auch Gegenstand der Datenverarbeitungsbedingungen ist.

b. Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung

- 605 Facebook ist mit Facebook Ireland Ltd. für die oben im Einzelnen dargestellte Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools datenschutzrechtlich „Verantwortliche“ (Art. 4 Nr. 7 DSGVO) und damit für die Einhaltung der Grundsätze für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten verantwortlich (Art. 5 Abs. 2 DSGVO), da Facebook allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung dieser personenbezogenen Daten entscheidet.
- 606 Facebook kann sich für die Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten WhatsApp, Oculus, Masquerade und Instagram, sowie anderen Diensten nicht auf ein Konzernprivileg berufen (hierzu (1)).
- 607 Facebook trifft darüber hinaus für die Verarbeitung von Daten aus dem Zugang zu Diensten von Drittanbieter über Business Tools und andere Schnittstellen zumindest eine gemeinsame Verantwortlichkeit (Art. 24, 26 DSGVO). Es liegt bezüglich einzelner Dienste auch keine Auftragsverarbeitung im Sinne der Art. 4 Nr. 8, 28 DSGVO vor (hierzu (2)).

(1) Kein Konzernprivileg

- 608 Bezüglich der Verarbeitung von Daten, die andere Konzerngesellschaften für ihre Dienste wie insbesondere WhatsApp, Oculus, und Masquerade erhoben haben, besteht eine separate datenschutzrechtliche Verantwortung der Konzerngesellschaft, die Facebook.com in Europa betreibt – der Facebook Ireland Ltd. – für die Übermittlung von personenbezogenen Daten von in Deutschland ansässigen Nutzern und ihre Zuordnung zu den jeweiligen Facebook-Konten sowie für die weitere Verwendung und sonstige Verarbeitung der Daten für die Zwecke von Facebook.com. Auch diese

Datenverarbeitungsvorgänge unterliegen jeweils den Datenschutzgrundsätzen einschließlich der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Facebook kann sich damit nicht auf eine Rechtfertigung der Datenverarbeitung durch die Konzerngesellschaften berufen.

- 609 Konzernunternehmen werden vielmehr als jeweils eigene verantwortliche Stelle bewertet. Dies ergibt sich aus Art. 4 Nr. 7 DSGVO, wonach als Verantwortlicher die juristische Person gilt, so dass die jeweiligen Konzernunternehmen für die Datenverarbeitung verantwortlich bleiben und demnach im Verhältnis zueinander grundsätzlich als Dritte anzusehen sind. Die DSGVO kennt kein Konzernprivileg. Der Datenaustausch zwischen Konzerngesellschaften ist mithin nicht schon deshalb zulässig, weil es sich bei den involvierten Gesellschaften um verbundene Unternehmen handelt. Jede Gesellschaft ist weiterhin datenschutzrechtlich als separate Einheit zu betrachten mit der Folge, dass Datenübermittlungen innerhalb des Konzerns jeweils auch gerechtfertigt sein müssen.⁵⁵⁹
- 610 Die DSGVO definiert zwar einen Begriff der „Unternehmensgruppe“ in Art. 4 Nr. 19 DSGVO. Nach Erwägungsgrund 48 können insoweit Verantwortliche, die Teil einer Unternehmensgruppe sind, ein berechtigtes Interesse haben, personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe für „interne Verwaltungszwecke“, einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten von Kunden und Beschäftigten, zu übermitteln. Erwägungsgrund 48 kann selbst jedoch keine Rechtsgrundlage für die Datenübermittlung sein. Diese Regelung bezieht sich vielmehr auf die Interessenabwägung bei Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitung, wie sie insbesondere nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DSGVO durchzuführen ist.⁵⁶⁰ Dies zeigt, dass auch ein Datenfluss innerhalb von Konzernunternehmen einer Rechtfertigung bedarf und die Unternehmen zueinander jeweils als Dritte anzusehen sind.
- 611 Jedes Konzernunternehmen der Facebook-Gruppe ist damit für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten verantwortlich. Dieses ist auch aus Nutzersicht gerechtfertigt, da sich die Nutzer eines Dienstes des Facebook-Konzerns teilweise nicht bewusst sind, dass der Dienst Teil der Unternehmensgruppe ist. Durch die Möglichkeit der Kombination der unterschiedlichen Datenquellen erreichen die verarbeiteten Daten darüber hinaus eine andere Datenqualität, die auch eine andere

⁵⁵⁹ Plath, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 77.

⁵⁶⁰ Voigt, „Konzerninterner Datentransfer – Praxisanleitung zur Schaffung eines Konzernprivilegs“, CR 2017, 428 (429).

Eingriffsqualität in die Privatsphäre des Einzelnen bedeutet und daher einer eigenständigen Rechtfertigung bedarf.

- 612 Ein Konzernprivileg lässt sich entgegen der Ansicht von Facebook⁵⁶¹ im vorliegenden Fall nicht aus § 36 Abs. 2 GWB herleiten. Auch wenn vorliegend Rechtsgrundlage für die Prüfung § 19 GWB ist, kommt es für die Angemessenheit der Datenverarbeitung zunächst auf die Grundsätze des Datenschutzrechts an. § 36 Abs. 2 GWB hat jedoch für die Frage der datenschutzrechtlichen Angemessenheit und Zulässigkeit der Datenverarbeitung keine Relevanz.
- 613 Die von Facebook zitierte BGH-Rechtsprechung zu Entega⁵⁶² ist auf den vorliegenden Fall ebenfalls nicht übertragbar. Im Missbrauchsverfahren gegen Entega ging es um eine Preisspaltung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB a.F.). Auch hier sprach für die einheitliche Betrachtung der Konzernunternehmen die Überlegung, dass die Preisgestaltung vom Konzern strategisch ausgerichtet werden kann. Ohne Anwendung des § 36 Abs. 2 GWB liefe § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB leer, da sich das marktbeherrschende Unternehmen für die Durchführung der Preisspaltung willkürlich rechtlich selbständiger Tochterunternehmen bedienen könnte.⁵⁶³ Auch hier war gerade keine Privilegierung anzunehmen. Im Übrigen sind konzerninterne Vorgänge nicht pauschal der Missbrauchsaufsicht entzogen, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten. Dies gilt etwa für die klassischen Koppelungsfälle von Produkten innerhalb desselben Konzerns mit der Folge der Übertragung von Marktmacht oder Ausbeutung der Marktgegenseite.⁵⁶⁴ Die Vorstellung von Facebook, es gebe ein im Kartellrecht uneingeschränkt und einhellig anerkanntes Konzernprivileg⁵⁶⁵, trifft daher nicht zu.
- 614 Dies bedeutet, dass eine eigene datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit von Facebook Ireland Ltd. nach gegenwärtiger Struktur des Facebook-Konzerns anzunehmen ist für die Erfassung, Verknüpfung und Verwendung von nutzer- und gerätebezogenen Daten von WhatsApp Ireland Ltd. bzw. von WhatsApp Inc., Masquerade Technologies Inc. und Oculus VR, LLC., mit den bei der Facebook Ireland Ltd. geführten Konten der dort betriebenen Online-Dienste Facebook.com.
- 615 Dies bedeutet auch, dass Facebook Ireland Ltd. bereits für jede Zuordnung von nutzer- und gerätebezogenen Daten von der bisherigen Betreibergesellschaft Instagram Inc. zu den bei Facebook Ireland Ltd. geführten Nutzerkonten für Facebook.com

⁵⁶¹ [...]

⁵⁶² [...] mit Verweis auf BGH, Urteil vom 07.12.2010, „Entega“, KZR 4/10, Rn. 17 (iuris).

⁵⁶³ Münchner Kommentar zum Europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, § 19 GWB, Rn. 133.

⁵⁶⁴ Vgl. z.B. Langen/Bunte-Nothdurft, § 19 GWB, Rn. 355.

⁵⁶⁵ [...]

einschließlich der Übertragung des Dienstes Instagram auf Facebook Ireland Ltd. am 25. Mai 2018 datenschutzrechtlich verantwortlich war und für jede Datenverarbeitung eine datenschutzrechtliche Rechtfertigung benötigte.

- 616 Die Zusammenführung der Dienste Facebook.com und Instagram unter der Betreibergesellschaft Facebook Ireland Ltd. bedeutet zunächst, dass nunmehr Facebook Ireland Ltd. allein datenschutzrechtlich verantwortlich ist für die Verarbeitung personenbezogener Daten sowohl der Facebook-Nutzer als auch der Instagram-Nutzer. Dieser Umstand führt nicht dazu, dass eine Zusammenführung der nutzer- und gerätebezogenen Daten von Facebook.com und Instagram sowie deren Verwendung nicht mehr den Rechtmäßigkeitsanforderungen der DSGVO unterliegen. Es entfällt gegenüber der Zusammenführung von Daten aus anderen Konzerngesellschaften lediglich der zusätzliche Übermittlungs- und Empfangsvorgang, der hier mit dem Begriff des „Erfassens“ beschrieben wird, da die Betreibergesellschaft von Instagram die betroffenen nutzer- und gerätebezogenen Daten bereits bei der Nutzung von Instagram erfasst. Sowohl die hier betroffene Verknüpfung der Instagram-Nutzer- und Gerätedaten mit den unter dem Facebook-Konto erfassten Daten des Nutzers („Miteinander-Verbinden“), als auch deren kombinierte Verwendung durch die Betreibergesellschaft der Dienste unterliegen der Prüfung der DSGVO.

(2) Keine wirksame Auftragsverarbeitung

- 617 Facebook trifft auch für die Verarbeitung von Daten aus den im Tenor im Einzelnen bezeichneten Facebook Business Tools zumindest eine gemeinsame Verantwortlichkeit (Art. 24, 26 DSGVO). Facebook kann sich bezüglich der Datenverarbeitung insbesondere für die Messung der Wirkung von Werbeanzeigen und Facebook Analytics über die Nutzung des Facebook Pixels, der SDKs oder anderer Schnittstellen nicht auf eine Auftragsverarbeitung im Sinne der Art. 4 Nr. 8, 28 DSGVO berufen.
- 618 Facebook ist [...] ⁵⁶⁶ zumindest gemeinsam mit den Drittanbietern Verantwortlicher im Sinne des Art. 4 Nr. 7, Art. 26 DSGVO. ⁵⁶⁷ Denn Facebook legt die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung mindestens gemeinsam mit den Drittanbietern fest. Den eigentlichen Stellenwert erhalten die erfassten Daten aus den Facebook Business Tools erst durch die Zuordnung zu dem Facebook-Konto. Die Zuordnung zu dem Facebook-Konto führt darüber hinaus zu weiteren Datenverarbeitungsprozessen bei Facebook (Speichern, Verknüpfen, Organisieren, Verwenden), die die Drittanbieter

⁵⁶⁶ [...]

⁵⁶⁷ [...]

ihrerseits nicht überblicken. Eine alleinige Verantwortlichkeit der Drittanbieter für diesen wesentlichen Teil der Datenverarbeitung kann daher nicht angenommen werden.⁵⁶⁸ Facebook bestreitet die eigene Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung weitgehend auch nicht.

- 619 Entgegen der Ansicht der Beteiligten⁵⁶⁹ kann sich Facebook aber auch nicht auf eine „Auftragsverarbeitung“⁵⁷⁰ im Sinne des Art. 4 Nr. 8, 28 DSGVO berufen, soweit die Messung der Wirkung von Werbeanzeigen und Facebook Analytics über die Nutzung des Facebook Pixels, der SDKs oder andere Schnittstellen betroffen ist.
- 620 „Auftragsverarbeiter“ ist nach Art. 4 Nr. 8 DSGVO eine Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet. Näher geregelt wird dieses Verhältnis in Art. 28 DSGVO. Eine Auftragsverarbeitung ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Auftraggeber eine Datenverarbeitung, die er ansonsten selbst hätte vornehmen müssen, bei einer weisungsgebundenen Stelle auslagert, wobei dem Auftraggeber im Außenverhältnis die volle datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit für den rechtskonformen Umgang mit personenbezogenen Daten obliegt.⁵⁷¹
- 621 Auf dieser Grundlage kann die Übertragung der Rolle des allein verantwortlichen Datenverarbeiters in den „Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools“⁵⁷² auf die Drittunternehmen keine wirksame Auftragsverarbeitung begründen.
- 622 Ziff. 5 der Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools sieht die Regelung vor, dass, sofern die Kundendaten personenbezogene Daten enthalten, die der Nutzer der Facebook Business Tool gemäß der DSGVO verarbeitet, die Parteien anerkennen und zustimmen, dass der Nutzer der Facebook Business Tools für die in den Absätzen 2.a.i und 2.a.ii oben beschriebenen Zwecke der Bereitstellung von Abgleich-, Messungs- und Analysediensten der Datenverantwortliche hinsichtlich solcher personenbezogenen Daten ist, und dass der Nutzer Facebook Ireland Limited beauftragt hat, solche personenbezogenen Daten in seinem Auftrag als sein Auftragsverarbeiter gemäß diesen Nutzungsbedingungen und den

⁵⁶⁸ Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 05.06.2018 („Fanpage“), Rs. C-210/16, Rz. 26,27., nach der der Begriff des „für die Verarbeitung Verantwortlichen“ in Art. 2 d) der Richtlinie 95/64/EG weit definiert werden müsse. Dies folge daraus, dass die Richtlinie ein hohes Niveau des Schutzes der Grundfreiheiten natürlicher Personen, insbesondere ihrer Privatsphäre, bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gewährleisten wolle; so auch Schlussanträge des Generalanwalts Bobek vom 19.12.2018, Rs. C-40/17, Rn. 65. Da nach Erwägungsgrund 9 der DSGVO die Ziele und Grundsätze der Richtlinie 95/46/EG weiterhin Gültigkeit besitzen sollen, lassen sich diese Erwägungen auch auf den Begriff des „Verantwortlichen“ nach der DSGVO erstrecken.

⁵⁶⁹ [...]

⁵⁷⁰ S. Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 28, Rn. 11.

⁵⁷¹ [...]

⁵⁷² Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools, Pkt. 5.a, [...]

Datenverarbeitungsbedingungen von Facebook, die durch Bezugnahme Bestandteil dieses Dokuments werden, zu verarbeiten.

623 Absätze 2.a.i, 2.a.ii und 2.a.v. haben folgenden Wortlaut:

"2. Verwendung von Kundendaten

Je nachdem, welche Produkte der Facebook-Unternehmen du nutzt, verwenden wir Kundendaten für folgende Zwecke:

*i. **Kontaktinformationen für den Abgleich***

1. *Du weist uns an, die Kontaktinformationen nur dafür zu verwenden, die Kontaktinformationen mit Nutzer-IDs von Facebook oder Instagram abzugleichen („**Abgegliche Nutzer-IDs**“) und diese Nutzer-IDs mit entsprechenden Event-Daten zu kombinieren. Wir löschen Kontaktinformationen nach dem Abgleichprozess.*

*ii. **Event-Daten für Messungs- und Analysedienste***

1. *Du weist uns an, Event-Daten für folgende Zwecke zu verwenden: (a) Um in deinem Auftrag Berichte über die Wirkung deiner Werbekampagnen und sonstigen Online-Inhalte anzufertigen („**Kampagnenberichte**“) und (b) Analysen und Einblicke bezüglich deiner Kunden und ihrer Nutzung deiner Apps, Webseiten, Produkte und Dienstleistungen zu erstellen („**Analysen**“).*
2. (...)

624 Diese Regelungen erfüllen nicht die Anforderungen an den nach Art. 28 DSGVO zu schließenden Vertrag über die Auftragsverarbeitung. Denn die Auftragsverarbeitung soll hier vom zukünftigen Auftragsverarbeiter durch dem vermeintlich Verantwortlichen einseitig gestellte Standardklauseln begründet werden.

625 Dabei ist schon zweifelhaft, ob einseitig gestellte Standardvertragsklauseln nach der DSGVO überhaupt als zulässige Vertragsform möglich sind. Denn nach Art. 28 Abs. 6 bis 8 DSGVO werden zulässige Standardklauseln entweder von der Kommission oder vom Europäischen Datenschutzausschuss festgelegt. Erwägungsgrund 81 lässt den Parteien dabei ein Wahlrecht, ob ein individueller Vertrag geschlossen wird oder die festgelegten Standardvertragsklauseln genutzt werden.

626 Unabhängig hiervon ist die einseitige Festlegung der Auftragsverarbeitung und ihrer Bedingungen durch Facebook nicht mit dem erforderlichen Weisungsrecht des Verantwortlichen nach Art. 29 DSGVO vereinbar. Denn hiernach dürfen der Auftragsverarbeiter und jede dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter unterstellte Person, die Zugang zu personenbezogenen Daten hat, diese Daten ausschließlich auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten. Dem steht eine durch Facebook in Ziff. 5 Absatz 2.a.i und 2.a.ii der Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools festgelegte einseitige Vorgabe, welche Weisung in welchen Grenzen der Verwender der Facebook Business Tools zu erteilen hat, entgegen. Damit wird dem Verwender gerade kein Weisungsrecht eingeräumt. Vielmehr wird der Drittanbieter von Facebook angewiesen.

- 627 Darüber hinaus werden die Daten, die durch den Einsatz von Facebook Pixel, SDKs oder andere Schnittstellen auf Drittwebseiten erfasst werden, von Facebook nicht ausschließlich für die Bereitstellung von aggregierten Analysen für das Drittunternehmen, sondern auch für eigene Unternehmenszwecke genutzt. Nach Ziff. 5 Abs. 2 v. der Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools werden die Kundendaten auch dafür genutzt, Funktionen und Inhalte auf Facebook zu personalisieren und Facebook-Produkte zu verbessern und deren Sicherheit zu fördern. [...] ⁵⁷³ Zwar kann ein Auftragsverarbeiter auch eigene Interessen verfolgen. Gleichwohl muss die Verarbeitung unter der Weisung des Auftraggebers erfolgen, der auch allein die Zwecke der Verarbeitung vorgibt. ⁵⁷⁴ Gemäß Art. 28 Abs. 10 DSGVO gilt ein Auftragsverarbeiter, der unter Verstoß gegen die Verordnung die Zwecke und Mittel der Verarbeitung bestimmt, in Bezug auf diese Verarbeitung als Verantwortlicher.
- 628 Facebook hat damit in dem vereinbarten Verhältnis zu den Drittanbietern nicht die Rolle eines untergeordneten Auftragsverarbeiters, der keine eigene Entscheidungsfreiheit bezüglich der Zwecke hat und ist damit nicht mit Dienstleistern wie beispielsweise Lettershops oder Callcentern vergleichbar. ⁵⁷⁵ Facebook handelt nicht gleichsam als „verlängerter Arm“ für die Drittanbieter ⁵⁷⁶ und seine Tätigkeit erschöpft sich nicht in der Wahrnehmung bloßer technischer Hilfsfunktionen. ⁵⁷⁷ Facebook selbst bestimmt als Anbieter der Facebook Business Tools darüber, für welche Zwecke die erhobenen Daten genutzt werden. Drittunternehmen, die die Tools einbinden, können Facebook keine Weisung erteilen, dass die Daten nur für die Erstellung von Analysen und nicht auch für Facebooks Unternehmenszwecke, zum Beispiel für die Personalisierung von Inhalten und Werbung, genutzt werden. Auch haben sie keinerlei Einblick darin, was mit den hochgeladenen oder übermittelten Daten geschieht. Sie bekommen als „Endprodukt“ aggregierte Messanalysen und Statistiken, haben aber auf der Grundlage der Vereinbarung keinen Einfluss darauf, in welcher Weise Facebook die Daten in der Zwischenzeit weiterverarbeitet hat, beispielsweise inwieweit die Daten Facebook Nutzerkonten zugeordnet werden und welche zusätzlichen Informationen Facebook durch ein Abgleich über das Nutzerverhalten erhält.

⁵⁷³ [...]

⁵⁷⁴ Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 28 DSGVO, Rn. 11.

⁵⁷⁵ Diese Beispiele nennt die Datenschutzkonferenz als Dienstleistungen, die in Form einer Auftragsverarbeitung denkbar sind, s. DSK; Kurzpapier Nr. 13, Stand 16.01.2018, S.4, abrufbar unter <https://datenschutz-hamburg.de/pages/kurzpapiere-dsgvo/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁵⁷⁶ S. VG Bayreuth, Beschluss vom 08.05.2018, Az. B 1 S 28.105, Rn. 50 (juris) in Bezug auf Facebook Custom Audiences.

⁵⁷⁷ VG Bayreuth aaO mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.02.2015, Az. I 16 U 41/14, Rn. 36 (Inkassodienstleistung keine Auftragsdatenverarbeitung).

c. Fehlende Rechtfertigung nach Art. 6, Art. 9 DSGVO

629 Die ausbedungene, im Tenor im Einzelnen bezeichnete Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools ist nicht gerechtfertigt.

630 Facebook stützt sich für die ausbedungenen Datenverarbeitungsvorgänge auf alle datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlagen der DSGVO (hierzu (1)). Facebook kann sich nicht auf die geltend gemachte Einwilligung der Nutzer nach Art. 6 Abs. 1 a), Art. 9 Abs. 2 a) DSGVO, berufen (hierzu (2)). Die Datenverarbeitung ist auch nicht für die Vertragserfüllung nach Art. 6 Abs. 1 b), Art. 9 Abs. 2 b) DSGVO erforderlich (hierzu (3)). Die Verarbeitung ist schließlich nicht durch überwiegende Interessen von Facebook oder der Drittanbieter gegenüber den Interessen und Rechten der betroffenen Personen nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO gerechtfertigt (hierzu (4)).

(1) Herangezogene Rechtsgrundlagen

631 Nach der Facebook-Datenrichtlinie erklärt Facebook unter der Überschrift „Was ist unsere Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten“ Folgendes:

„Wir erfassen, verwenden und teilen die uns zur Verfügung stehenden Daten auf die oben beschriebenen Arten:

- *Wie es zur Einhaltung unserer Facebook-Nutzungsbedingungen oder Instagram-Nutzungsbedingungen erforderlich ist;*
- *Gemäß deiner Einwilligung, die du jederzeit über die Facebook-Einstellungen und Instagram-Einstellungen widerrufen kannst;*
- *Wie es zur Erfüllung unserer rechtlichen Pflichten erforderlich ist;*
- *Um deine lebenswichtigen Interessen oder die von anderen zu schützen;*
- *Wie es im öffentlichen Interesse erforderlich ist; und*
- *Wie es für unsere berechtigten Interessen (bzw. die von anderen) erforderlich ist, einschließlich unseres Interesses daran, innovative, personalisierte, sichere und profitable Dienste für unsere Nutzer und Partner bereitzustellen, außer wenn diese Interessen von deinen Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwogen werden.“*

632 Damit beruft sich Facebook für die Datenverarbeitung nach diesen Richtlinien auf alle sechs verfügbaren Rechtsgrundlagen des Art. 6 Abs. 1 a) bis f) DSGVO sowie Art. 9 Abs. 2 DSGVO.

633 Durch einen Hyperlink („*Erfahre mehr über diese Rechtsgrundlagen...*“) gelangt der Leser zu einem weiteren detaillierteren Dokument, in dem Facebook die Rechtsgrundlagen weiter erläutert.⁵⁷⁸ Hier werden vor allem drei der Rechtsgrundlagen genannt und erläutert: die Erforderlichkeit für die Erfüllung des Vertrags (Art. 6 Abs. 1

⁵⁷⁸ Vgl. https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases, [...]

- b) DSGVO), die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 a) und Art. 9 Abs. 2 a) DSGVO), sowie die berechtigten Interessen bzw. die berechtigten Interessen eines Dritten, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten des Nutzers überwiegen (Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO). Ferner wird auf die Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 c) bis e) DSGVO hingewiesen. Facebook weist für die Rechtfertigung der berechtigten Interessen sowie des öffentlichen Interesses auf ein Widerspruchsrecht des Nutzers hin.
- 634 Auf dieser Grundlage beruft sich Facebook zunächst in Bezug auf alle Personen, die die Rechtsfähigkeit zum Abschluss eines durchsetzbaren Vertrags haben, darauf, dass die Daten in dem „für die Erfüllung der Verträge (die Facebook-Nutzungsbedingungen und Instagram-Nutzungsbedingungen) erforderlichen Maß“ verarbeitet werden. Als wichtigste Datenverwendungen zur Bereitstellung der vertraglichen Dienste sind die „Bereitstellung, Personalisierung und Verbesserung unserer Facebook-Produkte“, „Förderung von Schutz, Integrität und Sicherheit“, „um Daten in Länder außerhalb des EWR, einschließlich USA und anderer Länder, zu übertragen und zu übermitteln bzw. dort zu speichern und zu verarbeiten“, um mit dem Nutzer „zu kommunizieren, z.B. bezüglich produktbezogener Themen“ und „um durchgängige und nahtlose Erlebnisse auf allen Produkten der Facebook-Unternehmen bereitzustellen“ genannt.
- 635 Darüber hinaus beruft sich Facebook auf die Einwilligung der Nutzer u.a. für die Verarbeitung von Daten mit besonderem Schutz zum Teilen mit den ausgewählten Personen und zur Personalisierung der Inhalte, die Verwendung von Gesichtserkennungstechnologie, aber auch für die Verwendung von Daten, die Werbetreibende und andere Partner Facebook bezüglich der Aktivität des Nutzers außerhalb der Produkte der Facebook-Unternehmen bereitstellen, damit Facebook die Werbeanzeigen personalisieren kann, die dem Nutzer auf Produkten der Facebook-Unternehmen sowie auf Webseiten, Apps und Geräten, die die Facebook-Werbedienste nutzen, gezeigt werden.
- 636 Auf überwiegende berechnete Interessen beruft sich Facebook zunächst in Bezug auf Minderjährige, die in Bezug auf den Abschluss eines durchsetzbaren Vertrags nur beschränkt geschäftsfähig sind und deren Daten daher nicht aus Gründen der Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung verarbeitet werden können. In diesem Fall seien die Bereitstellung, Personalisierung und Verbesserung der Facebook-Produkte, die Förderung von Schutz, Integrität und Sicherheit, die Bereitstellung von Nicht-Marketing-Kommunikationen berechnete Interessen, wobei Facebook diese speziell auf Minderjährige ausrichte.
- 637 Berechnete Interessen macht Facebook auch geltend in Bezug auf alle Personen und ihre Daten für die Bereitstellung von Messungen, Analysen und sonstigen

Unternehmens-Services, wenn Facebook die Daten als Datenverantwortlicher verarbeitet. Hierbei werden die Bereitstellung genauer und zuverlässiger Berichte für die Werbekunden, Entwickler und sonstiger Partner, um eine genaue Preisgestaltung und genaue Leistungsstatistiken zu gewährleisten, und um den Wert aufzuzeigen, den die Partner durch die Nutzung der Produkte der Facebook-Unternehmen realisieren sowie das Interesse von Werbekunden, Entwicklern und sonstigen Partnern, um ihnen zu helfen, Erkenntnisse über ihre Kunden zu erlangen und ihre Geschäfte zu verbessern, Facebooks Preismodelle zu validieren und die Effektivität ihrer Online-Inhalte und-Werbung in und außerhalb von den Produkten der Facebook-Unternehmen zu bewerten, hervorgehoben.

- 638 Ferner werden berechnete Interessen für die Marketingkommunikation, für die Forschung und Innovation, für soziale Zwecke und die Weitergabe von Informationen zur Reaktion auf rechtliche Anfragen genannt. Letzteres diene der Betrugsprävention, dem Aufdecken unberechtigter Nutzung der Produkte, sowie dazu, Verstöße gegen Nutzungsbedingungen und –Richtlinien sowie schädliche Aktivitäten aufzudecken.⁵⁷⁹

(2) Keine wirksame Einwilligung

- 639 Eine wirksame Einwilligung des Nutzers in die Datenverarbeitungskonditionen von Facebook nach Art. 6 Abs. 1 a), Art. 9 Abs. 2 a) DSGVO liegt bezüglich der Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools nicht vor.
- 640 Die gegenüber Facebook bei Registrierung für das soziale Netzwerk abzugebende Zustimmung ist nicht als freiwillige Einwilligung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO zu werten (dazu (a)). Bezogen auf die von der Datenverarbeitung umfassten besonderen Datenkategorien nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO fehlt es an einer ausdrücklichen Einwilligung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 a) DSGVO (dazu (b)). Auch die in den Privatsphäre-Einstellungen von Facebook vorgesehenen Abwahlmöglichkeiten („Opt-Out“) sowie der in der Cookie-Richtlinie vorhandene Hinweis auf Einstellungsmöglichkeiten des Browsers oder der Geräte des Nutzers können eine Freiwilligkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools, ihre Zuordnung zu dem Facebook-Konto sowie Verwendung insbesondere für personalisierte Werbung nicht begründen (hierzu (c)).

⁵⁷⁹ [...]

(a) Keine Einwilligung durch Zustimmung zu Nutzungsbedingungen

- 641 Die für die Nutzung des sozialen Netzwerks verlangte Zustimmung in die Datenverarbeitungskonditionen stellt keine freiwillige Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO dar.
- 642 Aus der Darstellung von Facebook in den geänderten Nutzungsbedingungen und Datenrichtlinien ist ersichtlich, dass Facebook – nach Inkrafttreten der DSGVO im Mai 2018 - die Nutzung des sozialen Netzwerks zwar nach wie vor davon abhängig macht, dass der Nutzer seine „Zustimmung“ zu den Nutzungsbedingungen gibt, indem er auf den „Registrieren“-Button klickt, Facebook sich jedoch nicht mehr pauschal für alle Datenverarbeitungsprozesse auf eine bei dem Registrierungsvorgang zwingend eingeholte Einwilligung des Nutzers als datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage beruft.⁵⁸⁰ Die Einwilligung wird in der Datenrichtlinie bzw. in den Rechtsgrundlagen – wie oben dargestellt – nur noch für bestimmte Datenverarbeitungsprozesse als datenschutzrechtliche Grundlage genannt und in verschiedener Form eingeholt. Im Übrigen verweist Facebook auf gesetzliche Rechtfertigungsgründe.⁵⁸¹ Facebook begründet dies damit, dass es im Rahmen der Umsetzung der DSGVO den Umfang überprüft habe, in dem es sich in der Vergangenheit auf eine datenschutzrechtliche Einwilligung gestützt habe. Facebook sei dabei nur in bestimmten Fällen zu dem Ergebnis gekommen, dass die Einwilligung unter der DSGVO die am besten passende Rechtsgrundlage sei. In anderen Fällen seien dagegen andere Rechtsgrundlagen, insbesondere die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO, geeigneter, um die praktizierte Datenverarbeitung zu rechtfertigen.⁵⁸²
- 643 Dennoch trägt Facebook vor, dass Nutzer dem von Facebook angebotenen Dienst im datenschutzrechtlichen Sinne freiwillig zustimme.⁵⁸³ Vorsorglich weist die Beschlussabteilung daher darauf hin, dass eine freiwillige Einwilligung der privaten nicht angenommen werden kann, da jedenfalls das Vorliegen der marktbeherrschenden Stellung zur Unfreiwilligkeit der bei Registrierung zwingend zu erteilenden Zustimmung in die Datenverarbeitungskonditionen führt.⁵⁸⁴
- 644 Eine wesentliche Grundlage einer rechtmäßigen und angemessenen Datenverarbeitung ist das Vorliegen einer *freiwilligen* Einwilligung der davon betroffenen Personen (Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO, Art. 7 a) Datenschutzrichtlinie

⁵⁸⁰ [...]

⁵⁸¹ [...] so auch die Facebook Datenrichtlinie, „Was ist unsere Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Daten?“, <https://de-de.facebook.com/about/privacy/update> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]; Facebook, „Legal Bases“, https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...].

⁵⁸² [...]

⁵⁸³ [...]

⁵⁸⁴ [...]

95/46/EG). Dieses Freiwilligkeitsprinzip ist ein Kernelement des Datenschutzrechts, welches sich bereits aus Art. 8 Grundrechte-Charta ableiten lässt. Ist eine Einwilligung nicht freiwillig erteilt, ist diese unwirksam. Anderenfalls würde das Recht auf Datenschutz konterkariert.⁵⁸⁵ Die Einwilligung muss den Bedingungen nach Art. 7 DSGVO und Art. 7 a) der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG genügen. Dabei ist für den Begriff der „Freiwilligkeit“ nach Art. 2 h) der geltenden Datenschutzrichtlinie 95/46/EG bedeutsam, dass die Willensbekundung der betroffenen Person, mit der diese die Datenverarbeitung akzeptiert, ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt. Die DSGVO bestimmt in Art. 4 Nr. 11 den Begriff der Einwilligung als jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

- 645 Darüber hinaus ist bei der Freiwilligkeit die Regelung nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO zu dem sog. Koppelungsverbot zu berücksichtigen. Denn danach muss bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind. Eine solche Koppelung der Erbringung der Dienstleistung an die Einwilligung in die Datenverarbeitung lässt nach dem Erwägungsgrund 43 dann die Freiwilligkeit entfallen, wenn zwischen der betroffenen Person und der Organisation ein „klares Ungleichgewicht“ besteht. Nach Erwägungsgrund 42 und 43 der DSGVO sollte ferner nur dann davon ausgegangen werden, dass der Betroffene seine Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn er eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.
- 646 Bezüglich der bei Registrierung eingeholten Zustimmung liegt danach keine echte oder freie Wahl im Sinne der dargestellten Erwägungsgründe der DSGVO vor. Dabei kann offenbleiben, ob eine Einwilligung bei Koppelung mit dem Vertragsschluss generell nicht mehr als freiwillig angesehen werden kann.⁵⁸⁶ Jedenfalls lässt die marktbeherrschende Stellung von Facebook gegenüber den Nutzern ein „klares

⁵⁸⁵ Ehmann/Selmayer, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 7, Rn. 45.

⁵⁸⁶ S. Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 vom 28.11.2017, S. 8 ff.; Vgl. z.B. Härting, Datenschutz-Grundverordnung, Rn. 396 f. Ehmann/Selmayer, Datenschutz-GVO, 2017, Art. 7 Rn. 53.

Ungleichgewicht“ entstehen. Wie dargestellt, verfügt Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke gegenüber den Nutzern mit einem Nutzeranteil von mehr als 90 % über eine quasi-monopolistische Marktposition bei weiterhin bestehenden Monopolisierungstendenzen. Die direkten Netzwerkeffekte verhindern die Möglichkeit eines Ausweichens auf andere Dienste, so dass eine freie Wahl im Sinne des Datenschutzrechts nicht angenommen werden kann. Denn ein Verzicht der Nutzung von Facebook bringt erhebliche Nachteile für den Nutzer, da er seinen Bedarf nach der Teilhabe an dem sozialen Netzwerk nicht mehr erfüllen kann.

(b) Fehlende ausdrückliche Einwilligung für besondere Datenkategorien

- 647 Eine wirksame Einwilligung scheidet im vorliegenden Fall aber auch an der fehlenden ausdrücklichen (freiwilligen) Einwilligung in die Verarbeitung von besonderen Datenkategorien nach Art. 9 Abs. 1 a) DSGVO im Rahmen des von Facebook durchgeführten „Profiling“, soweit solche Daten von Nutzern aus den konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools erfasst und den Facebook-Konten zugeordnet werden.
- 648 Facebook holt eine ausdrückliche Einwilligung nur hinsichtlich derjenigen besonderen Datenkategorien ein, die der Nutzer selbst in seinem Facebook-Profil unter den Rubriken „Lebensereignisse“ oder „Interessen“ freiwillig angegeben hat.⁵⁸⁷ Für die im Frühjahr eingeführte Gesichtserkennung gibt es für die Nutzer die Möglichkeit, dieser zu widersprechen. In diesem Fall gleicht Facebook Fotos und Videos nicht mit dem Profilfoto des Nutzers oder anderen Fotos und Videos ab, auf denen der Nutzer markiert wurde.
- 649 Ob bezüglich dieser auf dem sozialen Netzwerk gemachten Angaben eine ausdrückliche freiwillige Einwilligung vorliegt, kann hier dahinstehen.
- 650 Jedenfalls bezüglich der hier in Rede stehenden ausbedungenen Erfassung von besonderen Datenkategorien aus konzerneigenen Diensten und den Facebook Business Tools, der Verknüpfung durch Zuordnung zum Facebook Konto sowie deren Verwendung wird keine ausdrückliche und freiwillige Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 a) DSGVO eingeholt. Facebook ist insoweit – wie oben dargestellt – zu Unrecht der

⁵⁸⁷ So auch die Facebook Datenrichtlinie, „Was ist unsere Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Daten?“, <https://de-de.facebook.com/about/privacy/update>, [...]; Facebook, „Legal Bases“, https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases, [...]. Klickt der Nutzer auf den Link „Daten mit besonderem Schutz“, wird er in der Datenrichtlinie auf die Rubrik „Welche Arten von Informationen erfassen wir“ gelenkt. Dort heißt es zu „Daten mit besonderem Schutz“: „Du kannst in deinen Facebook-Profilfeldern oder unter „Lebensereignisse“ Informationen über deine religiösen Ansichten, deine politischen Einstellungen oder deine Gesundheit bzw. an wem du „interessiert“ bist angeben. Diese und andere Informationen (wie etwa rassische oder ethnische Herkunft, weltanschauliche Überzeugungen oder eine Gewerkschaftszugehörigkeit) unterliegen nach EU-Recht einem besonderen Schutz“, [...].

Ansicht, dass es sich dabei nicht um besondere Datenkategorien im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO handeln könne.

(c) Keine Einwilligung durch Wahlmöglichkeiten in Privatsphäre- und Browser-Einstellungen

651 Schließlich kann mit den beschränkten Wahlmöglichkeiten in den Werbeanzeigen-Einstellungen von Facebook (hierzu i.) sowie dem Hinweis auf Einstellungsmöglichkeiten des Browsers und des genutzten Gerätes für die Sperrung von Cookies bzw. Werbe-IDs auf Mobilfunkgeräten (hierzu ii.) keine freiwillige Einwilligung auch in die Erfassung von Daten aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools und deren Verknüpfung mit dem Facebook-Konto begründet werden.

i. Einstellungen zur personalisierten Werbung

652 Die in den Facebook Werbeanzeigen-Einstellungen bestehenden Auswahlmöglichkeiten führen nicht dazu, dass auch eine Erfassung von Daten aus Facebook Business Tools und die Verknüpfung mit dem Facebook-Konto durch eine freiwillige Einwilligung gerechtfertigt sind.

653 Der Facebook Nutzer hat in seinen Einstellungen unter der Rubrik "Werbeanzeigen" die Möglichkeit, seine „Werbepreferenzen“ zu steuern.⁵⁸⁸ Diese Steuerungsmöglichkeiten beziehen sich jedoch nur auf die *Anzeige* von Werbeanzeigen. Dort kann u.a. zugelassen werden, dass der Nutzer auch Werbeanzeigen „auf Basis von Partnerdaten“ sieht.

654 Entscheidet sich der Nutzer gegen eine Zulassung von Werbeanzeigen auf Basis von Partnerdaten, so wird ihm weiterhin Werbung angezeigt, die jedoch nicht mehr auf den Partnerdaten beruht. Die Abwahl der verschiedenen Einstellungen berührt weder die Erfassung von Daten aus Facebook Business Tools, noch ihre Verknüpfung mit dem Facebook-Konto. Diesbezüglich fehlen



⁵⁸⁸ Screenshot unter https://www.facebook.com/ads/preferences/?entry_product=ad_settings_screen (zuletzt abgerufen am 08.01.2019), [...].

Steuerungsmöglichkeiten des Nutzers.⁵⁸⁹ Jegliche Steuerungsmöglichkeit fehlt bei der Erfassung, Verknüpfung von Daten aus anderen konzerneigenen Diensten.

- 655 Auch wenn nunmehr die Einwilligung des Nutzers in die Anzeige von Werbeanzeigen auf Basis von Partnerdaten in Form eines "Opt-In" ausgestaltet ist, liegt hierin keine freiwillige Einwilligung in eine Verarbeitung von Daten unter Zusammenführung mit dem Facebook-Konto und Verwendung für alle weiteren Zwecke des sozialen Netzwerks. Durch die mögliche Abwahl wird lediglich das Anzeigen von personalisierter Werbung unterbunden, nicht jedoch alle übrigen Datenverarbeitungsprozesse, nämlich das Erheben der Daten, der Datenabgleich, die Kombination und Verknüpfung, die Speicherung, die Organisation etc. Dieses findet dennoch statt. Das ergibt sich auch aus den oben dargestellten Rechtsgrundlagen, die Facebook heranzieht, und nach denen die Einwilligung für die *"...Verwendung von Daten, die Werbetreibende und andere Partner uns bezüglich deiner Aktivität außerhalb der Produkte der Facebook-Unternehmen bereitstellen, damit wir die Werbeanzeigen personalisieren können, die wir dir auf Produkten der Facebook-Unternehmen sowie auf Webseiten, Apps und Geräten, die unsere Werbedienste nutzen, zeigen..."* Nach der eigenen Terminologie der Facebook Datenverarbeitungskonditionen ist damit das "Erfassen", mit dem alle Datenverarbeitungsvorgänge, die nicht in der Verwendung zu Werbezwecken bestehen, umschrieben werden, gerade nicht von der Einwilligung abgedeckt. Facebook beruft sich insoweit selbst nur auf (alle) gesetzlichen Rechtfertigungsgründe. Auch hinsichtlich der Verwendung der Daten hat der Nutzer nur Einfluss auf einen Verwendungszweck. Umgekehrt kann aus der Zulassung der Verwendung zu Werbezwecken nicht auf eine Einwilligung für die Erfassung und Verknüpfung geschlossen werden. Denn die Erteilung der Einwilligung steht unter dem Eindruck, dass die Daten ohnehin bei Facebook vorliegen und für andere Zwecke verwendet werden.

ii. Sperrung von Cookies und Werbe-IDs

- 656 Auch die Möglichkeit der Sperrung von Cookies im Browser sowie der Deaktivierung einer Werbefollowung im Mobilfunkgerät führt nicht zu einer freiwilligen Einwilligung in alle Datenverarbeitungsprozesse hinsichtlich der Erfassung, Verknüpfung und Verwendung von Daten aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools zu dem Facebook-Konto. Inwieweit sich Facebook insoweit auf eine Einwilligung beruft, ist im Übrigen unklar. Die oben dargestellten Ausführungen zu den Rechtsgrundlagen erwähnen im Zusammenhang mit der Einwilligung auch das

⁵⁸⁹ [...]

„Erfassen von Informationen, deren Erhalt du uns durch die von dir aktivierten gerätebasierten Einstellungen gestattest...“ Die Cookie-Richtlinie enthält keinen Hinweis auf die Rechtsgrundlage. Unabhängig hiervon ist eine hinreichende Einwilligung auch hier nicht ersichtlich.

- 657 Facebook setzt bei dem ersten Besuch des sozialen Netzwerks vor der Registrierung verschiedene Cookies auf den Computer des Nutzers, wenn er die Webseite von Facebook mit einem Web-Browser aufsucht. Cookies enthalten regelmäßige Informationen, mit denen der Nutzer im Netz verfolgt werden kann. Ruft der Nutzer mit seinem Browser Webseiten auf, baut der Browser jedes Mal auch eine Verbindung zu Facebook auf und sendet nutzer- und gerätebezogene Informationen sowie Informationen über die Webseite. Bei seinem ersten Besuch einer Facebook-Seite wird dem Nutzer zunächst ein sog. Cookie-Banner gezeigt, das auf die Cookie-Setzung zu den in der Datenrichtlinie genannten Verarbeitungszwecken von Facebook hinweist und in die der Nutzer durch weiteres Scrollen oder Navigieren auf der Seite zustimmt. Der Cookie-Banner enthält außerdem einen Hinweis auf die Cookie-Richtlinie, auf die der Nutzer über einen Hyperlink geführt wird.
- 658 Die Cookie-Richtlinie weist in dem letzten Absatz unter der Überschrift „Kontrollmöglichkeit für Browser-Cookies“ darauf hin, dass der Browser oder das Gerät des Nutzers möglicherweise Einstellungen anbiete, die es dem Nutzer ermöglichen auszuwählen, ob Browser-Cookies platziert werden, bzw. diese zu löschen. Die Richtlinie verweist insoweit auf die Hilfsfunktionen des Browsers oder des Gerätes. Facebook weist in dem Abschnitt in der Cookie-Richtlinie zugleich darauf hin, dass bestimmte Teile der Facebook-Dienste möglicherweise nicht funktionieren, wenn der Nutzer die Verwendung von Browser-Cookies deaktiviert hat.
- 659 In den inzwischen überwiegenden Fällen wird das soziale Netzwerk von Facebook.com allerdings nicht über einen Webbrowser aufgerufen, sondern mit der mobilen App auf einem Mobilfunkgerät genutzt. Mobile Cookies werden seit einiger Zeit nicht mehr eingesetzt und die Nutzer werden über andere „Identifikatoren“ identifiziert. In seiner Datenrichtlinie beschreibt Facebook, dass es solche Identifikatoren nutzt, um Informationen über die Nutzer zu erhalten.⁵⁹⁰ So



⁵⁹⁰ Datenrichtlinie, „Welche Arten von Informationen erfassen wir?“. (...) **Identifikatoren:** Eindeutige Identifikatoren, Geräte-IDs und sonstige Identifikatoren, wie solche von Spielen, Apps oder Konten, die du nutzt, und Familiengeräte-IDs (oder sonstige Identifikatoren, die für die mit dem Gerät oder Konto verknüpften Produkte der Facebook-Unternehmen eindeutig sind)“, [...]

können der Nutzer bzw. seine Geräte u.a. über die dem mobilen Gerät zugewiesene Werbe-ID bei der Nutzung der auf dem Gerät installierten Apps und bei dem Online-Verhalten mit dem Gerät verfolgt werden. Die Werbe-ID ist, wie dargestellt, neben anderen Geräte-IDs eine unverwechselbare Kennzahl. Anders als etwa die feste MAC-Adresse oder die IEMI kann der Nutzer jedoch auf der Ebene des Betriebssystems des Mobilfunkgerätes Einstellungen hinsichtlich der Verwendung der Werbe-IDs vornehmen und die Werbe-ID „zurücksetzen“. Dadurch wird die Werbe-ID durch eine neue, zufällig ausgewählte wiederum unverwechselbare Nummer ersetzt.⁵⁹¹

- 660 Weder die Möglichkeit bei den Browsereinstellungen, Cookies zu verhindern, noch die Einstellungsmöglichkeiten auf dem Mobilgerät können die Grundlage für eine freiwillige Einwilligung in die umfassende Erfassung von Daten aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools, ihre Verknüpfung mit dem Facebook-Konto und ihre Verwendung bilden.
- 661 Nach der bisher geltenden Richtlinie 2002/58/EG („e-privacy-Richtlinie“) ist gemäß Art. 5 Abs. 3 die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, gestattet, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG u.a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat.⁵⁹² Es ist hiernach schon fraglich, ob es für die Einwilligung in das Setzen von Cookies ausreicht, dass der Nutzer auf die Möglichkeit verwiesen wird, Browsereinstellungen zu wählen, die Standards für die Erlaubnis von Cookies definieren. Erwägungsgrund 32 S. 2 der DSGVO billigt insoweit zwar die Auswahl technischer Einstellungen als Mittel der Einwilligung. Allerdings erfordert die freiwillige Einwilligung nach der DSGVO eine Ausgestaltung als „Opt-in“. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall.
- 662 Denn wenn der Nutzer das erste Mal eine Facebook-Seite besucht und diese nicht sofort wieder verlässt, werden die Cookies bereits gesetzt. Der Nutzer muss die Cookies damit nach dem ersten Aufruf einer Facebook-Seite löschen und von der Möglichkeit Gebrauch machen, über seine Geräte- oder Browsereinstellungen die Cookies zu blockieren. Dieses stellt allenfalls ein Opt-Out dar, wobei Facebook darüber hinaus auch nicht selbst die Funktionalität des Opt-Out anbietet, sondern dafür auf andere Dienste verweist.

⁵⁹¹ Vgl. hierzu auch https://www.checked4you.de/app_tracking_deaktivieren;https://mobilsicher.de/hintergrund/smartphone-nutzer-sollten-jetzt-ihre-werbe-id-aendern (abgerufen zuletzt am 10.01.2019).

⁵⁹² Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), Abl. Nr. L 201 vom 31/07/2002 S. 37 – 47.

- 663 Selbst wenn eine Einwilligung in die Cookie-Setzung gegeben wäre, soweit der Nutzer von den Sperrmöglichkeiten keinen Gebrauch macht, kann sich diese Einwilligung nicht auf eine umfassende Erfassung von Daten aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools über die jeweiligen Schnittstellen erstrecken, die mit den Cookie-Daten einem Facebook-Konto zugeordnet werden und eine Verwendung einschließlich einer umfangreichen Profilbildung ermöglichen. Darüber hinaus kann die Verknüpfung mit dem Facebook-Konto im Falle von gesperrten Cookies auf andere Weise vorgenommen werden.
- 664 Denn Facebook erfasst wie dargestellt eine Vielzahl von gerätebezogenen Daten sowohl bei Nutzung von Facebook.com als auch bei Nutzung der konzerneigenen Diensten und der Facebook Business Tools. Diese stellen in ihrer Gesamtheit einen nahezu unverwechselbaren Fingerprint des individuellen Nutzers dar, der eine Zuordnung mit Cookies entbehrlich macht. Die Möglichkeiten der Nutzer, das Fingerprinting zu verhindern, sind begrenzt und den meisten auch wegen der technischen Komplexität nur schwer zugänglich. Durch die Installation von Browser-„Add-Ons“, wie z.B. „NoScript“, kann man Javascript oder Flash blockieren, so dass weniger Informationen gesammelt werden können. Dies kann aber dazu führen, dass die Webseiten nicht mehr richtig ausgespielt werden. Darüber hinaus stellen sie wiederum eine Einstellung des Nutzers dar, die eine Individualisierung ermöglichen kann, insbesondere, wenn nur ein kleiner Kreis das Fingerprinting blockiert.
- 665 Daher können auch Einstellungsmöglichkeiten auf den Mobil-Geräten hinsichtlich der Werbe-ID erst recht keine Grundlage für eine freiwillige Einwilligung darstellen. Die Geräteeinstellung führt außerdem dennoch dazu, dass die Werbe-ID von Facebook über die mobile Schnittstelle erhoben wird. Dies ergibt sich z.B. aus der Code-Anweisung von Facebook für die Einbindung der „App Events API“. Danach wird die Werbe-ID bei jedem Zugriff des Nutzers auf die App versendet und lediglich um die Information über die Einstellungen des Nutzers zum Werbe-Tracking ergänzt.⁵⁹³ Die Einstellung ist damit allenfalls für die Anzeige von interessenbasierter Werbung relevant. Auch das Zurücksetzen der Werbe-ID hindert nicht die weitere Zuordnung zum Facebook-Konto. Denn mit Öffnen der Facebook-App wird die Werbe-ID für dieses Gerät wieder mit direkter Zuordnung zum Facebook-Konto an Facebook gesendet. Danach müsste der Nutzer jedes Mal manuell die Werbe-ID wieder zurücksetzen, um die Erhebung dieser Information zu erschweren.

⁵⁹³ Vgl. <https://developers.facebook.com/docs/marketing-api/app-event-api>, [...]

(3) Keine Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung, Art. 6 Abs.1 b) DSGVO

666 Die ausbedungene Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools ist entgegen der im Verfahren geäußerten Ansicht von Facebook⁵⁹⁴ nicht nach Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO gerechtfertigt.

667 Eine Erforderlichkeit der Verarbeitung von Daten aus anderen konzerneigenen Diensten oder Facebook Business Tools für die Erfüllung des mit dem privaten Nutzer geschlossenen Vertrags kann zunächst nicht mit den einseitig gestellten Vertragsinhalten der Nutzungsbedingungen begründet werden (hierzu (a)). Eine vertragliche Verknüpfung aller Facebook-Produkte kann nicht geltend gemacht werden. (hierzu (b)). Die Datenverarbeitung aus allen Quellen ist auch für die geltend gemachten Vertragszwecke nicht erforderlich (hierzu (c)).

(a) Keine Anwendung des Art. 6 Abs. 1b) DSGVO bei einseitiger Vorgabe des Vertragsinhalts durch den Marktbeherrscher

668 Der Rechtfertigungsgrund des Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO ist auf der Grundlage der Stellungnahme der Art.-29-Datenschutzgruppe bei einseitiger Vorgabe des Vertragsinhalts durch den Marktbeherrscher nicht anwendbar.

669 Facebook weist in der Darstellung seiner Rechtsgrundlagen für die Vertragserfüllung auf die Beschreibung der Vertragsinhalte hin, die in den Nutzungsbestimmungen unter *"Unsere Dienste"* festgelegt sind. Dabei beschreibt Facebook jeweils unter einem Obersatz mit einigen Beispielen, was dem Nutzer angeboten wird. Als Obersätze werden folgende gewählt: *„Wir stellen dir ein personalisiertes Erlebnis bereit“*; *„Wir verbinden dich mit Menschen und Organisationen, die dir wichtig sind“*; *„Wir geben dir die Möglichkeit , dich auszudrücken und über Dinge, die dir wichtig sind, auszutauschen“*; *„Wir helfen dir, Inhalte, Produkte und Dienste zu entdecken, die dich möglicherweise interessieren“*; *„Wir bekämpfen schädliches Verhalten und schützen und unterstützen unsere Gemeinschaft“*; *„Wir nutzen und entwickeln fortschrittliche Technologien, um sichere und funktionsfähige Dienste für alle bereitzustellen“*; *„Wir erforschen Möglichkeiten zur Verbesserung unserer Dienste“*; *„Wir stellen durchgängige und nahtlose Erlebnisse auf allen Produkten der Facebook-Unternehmen bereit“*; *„Wir ermöglichen einen globalen Zugriff auf unsere Dienste“*.

670 Im vorliegenden Verfahren verweist Facebook im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO insbesondere auf die Erbringung von personalisierten Diensten und die

⁵⁹⁴ [...]

Ausspielung personalisierter Werbung, für die alle Datenverarbeitung aus allen Quellen erforderlich sei.⁵⁹⁵

- 671 Weder der Vortrag von Facebook im vorliegenden Verfahren, noch die einseitig vorgegebene Definition der Dienste in den Nutzungsbedingungen kann eine Vertragserforderlichkeit von Datenverarbeitungsbedingungen, die eine umfassende Datenverarbeitung auch aus konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools u.a. für ein "Profiling" ermöglichen, begründen. Im Hinblick auf die gebotene enge Auslegung des Rechtfertigungsgrunds des Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO können nicht alle denkbaren mit dem Dienst zusammenhängenden Datenverarbeitungsprozesse im wirtschaftlichen Interesse eines selbstdefinierten datengetriebenen Geschäftsmodells mit personalisierten Diensten und personalisierter Werbung umfasst sein. Die Art. 29-Datenschutzgruppe hat schon zu Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, der mit Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO wortgleich ist, stets die Auffassung vertreten, dass der Begriff der „Erforderlichkeit“ für die Vertragserfüllung eng auszulegen sei.⁵⁹⁶ Auch die Rechtsprechung verlangt entgegen der Ansicht von Facebook eine enge Auslegung dieses Rechtfertigungstatbestands.⁵⁹⁷
- 672 Die Datenverarbeitung ist danach nur dann für die Vertragserfüllung erforderlich, wenn bei vernünftiger Betrachtung das Angewiesensein des Unternehmens auf das konkret in Frage stehende Mittel zu bejahen und ein Verzicht auf die Daten nicht sinnvoll oder unzumutbar ist.⁵⁹⁸ Dabei gilt die Bestimmung gerade nicht für Situationen, in denen die Verarbeitung für die Vertragserfüllung nicht wirklich notwendig ist, sondern der Vertragsinhalt und die Datenverarbeitung der betroffenen Person von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen einseitig auferlegt wird.⁵⁹⁹
- 673 Der Hinweis von Facebook, dass die für Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO notwendige – stark tatsachengetriebene – Prüfung nach den Leitlinien der Art.-29-Datenschutzgruppe zunächst die genauen Beweggründe des Vertrags zu bestimmen sind, d.h. dessen Inhalt und grundlegende Zielstellung, und dass diese Beweggründe maßgeblich seien für die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen und ob die Datenverarbeitung zur

⁵⁹⁵ [...]

⁵⁹⁶ "Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der RL 95/46/EG" vom 09.04.2014, https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DokumenteArt29Gruppe_EDSA/Stellungnahmen/WP217_Opinion62014LegitimatelInterest.html, [...]

⁵⁹⁷ Vgl. für das deutsche Recht VG Hamburg, Beschluss vom 24.04.2017, S. 32 mit Verweis auf Gola/Schomerus, BDSG, § 28, Rn. 15 und 25.

⁵⁹⁸ VG Hamburg, Beschluss vom 24.04.2017, S. 32.

⁵⁹⁹ "Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der RL 95/46/EG" vom 09.04.2014, https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DokumenteArt29Gruppe_EDSA/Stellungnahmen/WP217_Opinion62014LegitimatelInterest.html, [...]

Vertragserfüllung erforderlich ist, ist daher nicht zielführend.⁶⁰⁰ Denn die von Facebook genannte „tatsachengetriebene“ Prüfung – für die im Übrigen Facebook die Darlegungslast trägt – würde sich bei einseitiger Bestimmung des Vertragsinhalts allein auf die Zwecke und Beweggründe von Facebook beschränken. Dies lässt der Vortrag von Facebook im vorliegenden Fall auch deutlich erkennen.

- 674 Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass unter der DSGVO eine andere, insbesondere weitere, Auslegung des Rechtfertigungsgrundes als unter der Richtlinie 46/95/EG geboten ist.⁶⁰¹ Die materielle Rechtslage, die schon mit den Rechtfertigungsgründen in Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG in allen Mitgliedstaaten vollständig harmonisiert war, hat sich durch die DSGVO nicht geändert. Auch die Art. 29-Arbeitsgruppe hat im Rahmen der „Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679“ für Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO die bisherige enge Auslegung des Rechtfertigungsgrundes bekräftigt.⁶⁰²
- 675 Dies gilt auch und gerade unter Berücksichtigung des Koppelungsverbot, das Art. 7 Abs. 4 DSGVO nunmehr regelt. Denn auch bisher war eine freiwillige Einwilligung zu verneinen, wenn – wie es bei Facebook jahrelang der Fall war⁶⁰³ - ein marktbeherrschendes Unternehmen die Bereitstellung seines Dienstes von der Einwilligung in alle Datenverarbeitungsprozesse abhängig gemacht hat. Die ausdrückliche Regelung des Koppelungsverbot in Art. 7 Abs. 4 DSGVO, nach dem die Freiwilligkeit einer Einwilligung in die Datenverarbeitung als Voraussetzung für die Erbringung des Dienstes entfällt, wenn zwischen der betroffenen Person und der Organisation ein klares Ungleichgewicht besteht⁶⁰⁴, bewirkt daher keine Erweiterung der im Wortlaut völlig unverändert gebliebenen gesetzlichen Rechtfertigungsgründe, um die eingeschränkte Möglichkeit, eine Einwilligung zu erhalten, auszugleichen.
- 676 Vielmehr ist auch im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung und der dort vorzunehmenden Abwägung die Marktbeherrschung, die einseitige Auferlegung der Vertragsinhalte und der Datenverarbeitung zu berücksichtigen, wie es sich auch deutlich aus der oben dargestellten Argumentation der Art.-29-Datenschutzgruppe ergibt. Es ist nicht anzunehmen, dass alle Datenverarbeitungsvorgänge von Facebook,

⁶⁰⁰ [...].

⁶⁰¹ In seinen Leitlinien zur Einwilligung unter der DSGVO bezieht sich die Art. 29 Gruppe ausdrücklich auf WP 06/2014, s. Art. 29 Arbeitsgruppe, „Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, https://iapp.org/media/pdf/resource_center/20180416_Article29WPGuidelinesonConsent_publishpdf.pdf, [...]

⁶⁰² Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679 zuletzt überarbeitet und angenommen am 6. Februar 2018; http://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=54169, [...]

⁶⁰³ [...]

⁶⁰⁴ Vgl. Erwägungsgrund 42 und 43 der DSGVO.

für die bisher die Einwilligung bei Registrierung als maßgebliche Rechtsgrundlage herangezogen wurde, nunmehr durch extensive und uferlose Definition der Dienste in den Nutzungsbedingungen für die Vertragserfüllung erforderlich sein können. Denn in der Sache beruft sich Facebook damit nach wie vor auf die bei Registrierung erforderliche Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen, die die Vereinbarung zwischen Facebook und dem Nutzer bilden, und die einseitig alle möglichen Interessen von Facebook zum Vertragsinhalt mit dem Nutzer erheben, für den dann die umfassende und vom Nutzer hinzunehmende Datenverarbeitung erforderlich sein soll. Die Einwilligung in die Datenverarbeitung als Bedingung zur Nutzung des Dienstes ist schlicht durch die zwingend erforderliche Zustimmung zu den die Vertragserforderlichkeit frei festlegenden Nutzungsbedingungen ersetzt worden.

- 677 Bei der Bestimmung der Vertragserforderlichkeit muss im Rahmen der gebotenen Abwägung auch zwingend die Marktbeherrschung des Unternehmens berücksichtigt werden. Denn der Nutzer kann weder auf die in den Nutzungsbedingungen einseitig vorgegebenen Vertragsinhalte Einfluss nehmen, noch hat er wegen der bestehenden Marktbeherrschung die Möglichkeit, sich den Nutzungsbedingungen mit der Folge einer derartig weitgehenden Datenverarbeitung durch Wechsel des Anbieters zu entziehen. Das marktbeherrschende Unternehmen hat insoweit bei der Festlegung der Produkteigenschaften in seinen Nutzungsbedingungen und seinen strategischen Produktentscheidungen eine besondere Verantwortung, die einem solchen durch ein einseitig in Nutzungsbedingungen vorgegebenen Leistungsversprechen vollständig selbst definierten Erforderlichkeit der Datenverarbeitung entgegensteht. Der Rechtfertigungsgrund nach Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO kann daher nicht herangezogen werden. In einem solchen Fall ist für die Datenverarbeitung vielmehr die freiwillige Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO die zutreffende und erforderliche Rechtsgrundlage.

(b) Keine vertragliche Verknüpfung aller Facebook-Produkte

- 678 Selbst wenn Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO auf einseitig bestimmte Vertragsinhalte anwendbar wäre, können die von Facebook.com getrennt angebotenen konzerneigenen Dienste und die Facebook Business Tools nicht durch ein faktisch gekoppeltes Dienstangebot an den Facebook-Nutzer zum Vertragsgegenstand erhoben werden, etwa in dem in den Vertragskonditionen auf ein „individuelles und einheitliches Erlebnis in allen genutzten Facebook-Produkten“ Bezug genommen wird.
- 679 Die Berücksichtigung der grundrechtlichen Wertungen sowie die Tatsache, dass es sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt, erfordern vielmehr sowohl eine Begrenzung der Vertragsgegenstände, als auch eine enge Auslegung der

Erforderlichkeit einer Datenverarbeitung für die Erfüllung des Vertrags. Insoweit kann eine Erforderlichkeit der Datenverarbeitung grundsätzlich nur für einen engen Hauptzweck des Vertrages in Betracht kommen, für den darüber hinaus jedoch nicht jede nützliche Datenverarbeitung auch erforderlich ist.⁶⁰⁵ Dies hat auch die Art.-29-Datenschutzgruppe deutlich formuliert. Danach bedeutet der Umstand, dass eine gewisse Datenverarbeitung durch einen Vertrag abgedeckt ist, nicht automatisch, dass die Verarbeitung für dessen Erfüllung auch erforderlich ist. Die Art. 29-Datenschutzgruppe nennt als Beispiel für eine Erforderlichkeit die Angabe einer Lieferadresse bei einer Bestellung im Online-Shop, die für die Zustellung der Ware zwingend erforderlich ist. Keine Grundlage bietet Art. 7 b) Richtlinie 95/46/EG in diesem Fall für die Erstellung eines Profils des Nutzers über dessen Produktvorlieben.⁶⁰⁶

- 680 Die Nutzung von Facebook.com besteht gerade nicht auch in der Nutzung der übrigen **konzerneigenen Dienste**, für die jeweils eigenständige Registrierungsvorgänge nötig sind und separate Nutzungsverträge abgeschlossen werden. Facebook trägt im Übrigen selbst vor, dass kein Nutzer gezwungen würde, neben Facebook auch die anderen konzerneigenen Dienste zu nutzen.⁶⁰⁷ Es ist schon deswegen nicht ersichtlich, warum aber diese Produkte dennoch alle Teil der Nutzererfahrung auf Facebook.com als Hauptzweck der Erbringung des Dienstes Facebook.com sein sollen und der Nutzer keine Möglichkeit hat, selbstbestimmt über die produktübergreifende Verarbeitung seiner Daten durch eine freiwillige Einwilligung zu entscheiden.
- 681 Dieses gilt nicht nur für die Dienste, die in anderen Konzerngesellschaften von Facebook betrieben werden, wie *WhatsApp, Oculus und Masquerade*. Dies gilt entgegen Facebooks Vortrag⁶⁰⁸ gleichermaßen für die Verknüpfung der Daten aus *Instagram* mit den Facebook-Daten. Weder kann der Betrieb von Instagram bei derselben Konzerngesellschaft wie Facebook.com, noch die Formulierung von gemeinsamen Nutzungsbedingungen und Datenerklärungen einen gemeinsamen Vertragszweck begründen.
- 682 Denn auch Instagram ist ein nach wie vor von Facebook.com getrennt angebotener überwiegend mobiler Dienst, der eine eigenständige Registrierung und Anmeldung erfordert, die auch eigenständige Vertragsbeziehungen begründen. Auch Facebook betont, dass für die Nutzung von Instagram und Facebook.com zwei gesonderte

⁶⁰⁵ [...]

⁶⁰⁶ "Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der RL 95/46/EG" vom 09.04.2014, https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DokumenteArt29Gruppe_EDSA/Stellungnahmen/WP217_Opinion62014LegitimatelInterest.html, [...]

⁶⁰⁷ [...]

⁶⁰⁸ [...]

Verträge abgeschlossen werden müssen. Es kann entgegen der Ansicht von Facebook daher nicht angenommen werden, dass Vertragsgegenstand der beiden Verträge jeweils eine einheitliche Nutzungserfahrung über beide Dienste hinweg sei.⁶⁰⁹ Eine Integration mit Facebook.com in dem Sinne, dass Instagram als Fotodienst Teil des Angebots von Facebook.com ist, ist nicht gegeben und wäre kartellrechtlich als Koppelungspraxis auch problematisch. Dies gilt auch für WhatsApp und andere konzerneigene Dienste.

- 683 Dass dem Nutzer z.B. auf Facebook.com mitgeteilt wird, wenn Freunde etwa auch auf Instagram aktiv sind und der Dienst von Facebook.com über einen Link erreichbar ist, führt nicht zu einer Dienstintegration, die datenschutzrechtlich einen gemeinsamen Vertragszweck mit entsprechenden Datenverarbeitungserfordernissen teilen. Vielmehr handelt es sich dabei vor allem um Marketing-Kommunikation für die eigenen Produkte, die darauf zielen, den Nutzungsbedarf von Facebook-Nutzern für einen entsprechenden Fotodienst auf das eigene Produkt zu ziehen.
- 684 Dass die Nutzungsbedingungen für Facebook.com festlegen, dass diese die „Nutzung von Facebook und den von uns angebotenen Produkten, Features, Apps, Diensten, Technologien sowie der Software (die Facebook-Produkte oder Produkte)“ regeln, „außer, wenn wir ausdrücklich erklären, dass separate Nutzungsbedingungen (und nicht diese) gelten“, führt nicht zu einem gemeinsamen Vertragszweck, sondern nur zu identischen Nutzungsbedingungen bei getrennten Vertragsschlüssen.
- 685 Auch die **Facebook Business Tools** werden auf getrennter Vertragsgrundlage mit den „Facebook-Partnern“ eingebunden und verwendet. Die Facebook Nutzungsbedingungen nehmen auch nicht Bezug auf die Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools. Der Vertragsgegenstand der Nutzung eines sozialen Netzwerks kann sich unabhängig davon nicht auf Facebook-Produkte erstrecken, die Dritten als Nachfrager angeboten werden.
- 686 Dieses gilt auch für die *Sozialen Plugins* wie der „Gefällt mir“-Button oder der „Teilen“-Button sowie für das *Facebook Login*. Diese haben zwar einen unmittelbaren Bezug zu den Funktionalitäten eines sozialen Netzwerks, da sie es dem Facebook-Nutzer ermöglichen, direkt von Drittwebseiten oder -Apps mit ihrem Netzwerk auf Facebook.com zu kommunizieren bzw. sich auf Drittwebseiten oder -Apps mit den Facebook Registrierungsdaten einzuloggen. Dennoch hängt das Angebot dieser Funktionalitäten davon ab, ob die Drittanbieter als Facebook-Partner einen Vertrag mit

⁶⁰⁹ [...]

Facebook schließen, so dass sie keinen zwingenden Teil der Funktionalitäten des sozialen Netzwerks darstellen können.

687 Auch die über das *Facebook Pixel und SDK realisierten Mess- und Analysedienste* sind Dritten angebotene Dienste. Unter dem Begriff der „Mess- und Analysedienste“ fasst Facebook eine Reihe unterschiedlicher Dienste zusammen, die verschiedene Funktionen erfüllen (dazu bereits oben Rn. 66 ff.). Im Wesentlichen kann zwischen der Messung und Analyse des Erfolgs einer auf Facebook geschalteten Werbung und der Messung und Analyse des Nutzerverhaltens auf Webseiten oder Apps unabhängig davon, ob diese auch aktuelle Werbekunden von Facebook sind, unterschieden werden. Beide Varianten werden auf der Grundlage von Verträgen mit Dritten angeboten. Ein für Nutzer erkennbarer Zusammenhang mit den Funktionalitäten eines sozialen Netzwerks besteht allenfalls mittelbar bezüglich der Werbung, die auf Facebook geschaltet wird. Die „reinen“ Mess- und Analysedienste haben keinen für den Nutzer erkennbaren Bezug. Insoweit stützt sich Facebook in seinen Rechtsgrundlagen offenbar auch auf Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO.

(c) Keine Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für Vertragszwecke

688 Schließlich kann auch eine Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für die aufgeführten Zwecke nicht angenommen werden.

689 Die Vertragsgegenstände sind mit den uferlosen Formulierungen der Bereitstellung eines „personalisierten Erlebnisses“ und von „durchgängigen und nahtlosen Erlebnissen auf allen Produkten der Facebook-Unternehmen“ oder dem Kampf gegen „schädliches Verhalten“ und Schutz und Unterstützung der Gemeinschaft, Erforschung von Möglichkeit zur Verbesserung der Dienste etc. schon so unklar formuliert, dass sie einer Erforderlichkeitsprüfung nicht zugänglich sind. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Daten für welche Vertragsgegenstände im Einzelnen erforderlich sein sollen. Ein substantiierter Vortrag von Facebook liegt nicht vor. Die oben dargestellte gebotene enge Auslegung des Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO lässt die Geltendmachung von derartig uferlos formulierten Vertragszwecken nicht zu.

i. Personalisiertes Nutzererlebnis

690 Eine Erforderlichkeit der Datenverarbeitung aus anderen konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools kann nicht mit ihrer Nützlichkeit oder Effizienz für die Personalisierung des Dienstes begründet werden.

691 Facebook stützt sich im vorliegenden Verfahren vornehmlich darauf, dass die Daten Grundlage einer personalisierten Facebook-Nutzererfahrung seien, die darin liege,

dass der Nutzer die Personen, Gruppen und Inhalte finde, die ihn persönlich interessierten. Erst die Daten, die der Nutzer über sich selbst teile und die Informationen, die Facebook über das individuelle Nutzerverhalten sammelt, ermögliche es Facebook, dem Nutzer diese persönliche Nutzererfahrung zu geben.⁶¹⁰ Der Wesenskern des Facebook-Dienstes sei es also, dass er auf den individuellen Nutzer zugeschnitten sei.⁶¹¹ Die Datenverarbeitung sei daher ein zentrales Element des Dienstes und nicht lediglich ein Nebeneffekt. Auch das Angebot zielgerichteter Werbung sei Teil dieser persönlichen Nutzererfahrung. Da Werbung zur Finanzierung der kostenlosen Bereitstellung des Netzwerks erforderlich sei, sei es für den Nutzer ein Mehrwert, statt „irgendeiner“ Werbung personenbezogene Werbung zu sehen, die ihn stärker interessieren könnte. Die umfassende Erfassung von personenbezogenen Daten sei für das Angebot des Produktes erforderlich. Je breiter die Datenbasis, desto effektiver könne Facebook seinen Dienst erbringen.⁶¹² Eine Begrenzung der Datenverarbeitung sei stets wegen des Eingriffs in die Produktgestaltung von Facebook unverhältnismäßig.

692 Diese Sichtweise führt dazu, dass die Datenverarbeitung eines Unternehmens allein wegen des gewählten Geschäftsmodells und der Produkteigenschaften sowie den Vorstellungen des Unternehmens über die Qualität des Produktes unbegrenzt möglich wäre. Jede Datenverarbeitung müsste im Ergebnis als „für die Vertragserfüllung erforderlich“ angesehen werden, da sie in irgendeiner Weise zu einem Erkenntnisgewinn über den individuellen Nutzer führt, dessen persönliches Profil konkretisiert und im Wege von technischen Algorithmen zur Verbesserung der sozialen Nutzererfahrung auf Facebook und zur Verbesserung einer zielgerichteten Bewerbung der Nutzer führte. Alles, was im Rahmen fortschreitender digitaler Technik technisch möglich ist, wäre damit auch für die Vertragserfüllung erforderlich.⁶¹³

693 Die Möglichkeit einer umfassenden Datenverarbeitung aus allen Quellen als einzig effektive Vertragserfüllung würde so gerade keinen „Ausgleich“ der betroffenen Interessen darstellen, den auch Facebook nach eigenem Vortrag im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO für nötig hält⁶¹⁴, sondern allein den kommerziellen Interessen von Facebook dienen. Denn die bloße Nützlichkeit für das Geschäftsmodell mit personalisierten Diensten und personalisierter Werbung würde den

⁶¹⁰ [...]

⁶¹¹ [...]

⁶¹² [...]

⁶¹³ Weichert, „Datenschutzverstoß als Geschäftsmodell – der Fall Facebook“, DuD 2012, S. 716 (719) mit Verweis auf Lawrence Lessig, „Code is law – On liberty in Cyberspace“, <http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), [...]

⁶¹⁴ [...]

Rechtfertigungsgrund nach Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO und damit letztlich die datenschutzrechtliche Rechtmäßigkeit vollständig zur Disposition des Unternehmens stellen. Das Unternehmen müsste auch kein überwiegendes Interesse an der Datenverarbeitung im Hinblick auf den verfolgten Geschäftszweck gegenüber den Grundrechten der betroffenen Personen nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO geltend machen oder die Einwilligung der Personen einholen. Dieses kommt einer Aufgabe des Grundrechts auf Datenschutz bzw. auf informationelle Selbstbestimmung gleich.

- 694 Die beschränkten Möglichkeiten des Nutzers, auf den Grad der Personalisierung des Dienstes Einfluss zu nehmen, können entgegen der Darstellung von Facebook dabei nicht als „Schutzmaßnahmen“ einen Ausgleich und eine Verhältnismäßigkeit der Datenverarbeitung herbeiführen. Facebook weist insoweit darauf hin, dass die Nutzer durch die Einstellungen zu den Werbeanzeigen, die Möglichkeit zu ihren Inhalten Feedback zu geben sowie durch die News-Feed-Einstellungen Einfluss auf die Produkteigenschaften nehmen könnten.⁶¹⁵ Diese Einstellungsmöglichkeiten haben jedoch keinerlei Auswirkung auf die hier angegriffenen Datenverarbeitungskonditionen und führen gerade nicht zu einer relevanten Begrenzung der Datenverarbeitung. Die genannten Möglichkeiten generieren teilweise sogar zusätzliche interessenbezogene Daten der Nutzer. Die Möglichkeit, die Anzeige von personalisierten Werbeanzeigen auf der Grundlage der Partner-Daten abzuwählen, zeigt vielmehr, dass eine Datenverarbeitung zur Personalisierung von Werbung insoweit nicht für die Vertragserfüllung erforderlich sein kann.
- 695 Es ist aus Sicht der Beschlussabteilung im Übrigen nicht zutreffend, dass Facebook ohne die ausbedungene Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools und der darauf basierenden Personalisierung keinen personalisierten Dienst mit Facebook.com erbringen könnte.⁶¹⁶ Zwar mögen der Dienst und die ausgespielte Werbung ohne die Verarbeitung von Daten aus anderen konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools weniger genau und nach dem Maßstab des Unternehmens weniger effektiv sein.⁶¹⁷ Ein Verzicht auf diese Quellen bedeutete entgegen Facebooks Ansicht jedoch nicht die Einstellung des gemäß dem Nutzungsvertrag erbrachten Dienstes.⁶¹⁸ Es ist angesichts des Umfangs der Daten, die Facebook bei der Nutzung des sozialen Netzwerks mit dem Facebook-Konto bereits verarbeitet, nicht ersichtlich, welchen maßgeblichen Wert die Daten aus

⁶¹⁵ [...]

⁶¹⁶ [...]

⁶¹⁷ [...]

⁶¹⁸ [...]

den diesen Quellen haben können, um eine personalisierte Nutzung des sozialen Netzwerks überhaupt erst zu begründen.

- 696 Das vorliegende Verfahren betrifft ausdrücklich nicht die Datenverarbeitungsvorgänge, die bei der Nutzung des sozialen Netzwerks unter dem Facebook-Konto anfallen. Wie dort das Spannungsverhältnis zwischen effizienten „Big-Data“-Geschäftsmodellen und der informationellen Selbstbestimmung der Nutzer über ihre persönlichen Daten im Einzelnen aufzulösen ist, kann vorliegend offenbleiben. Auch insoweit ist es aus Sicht der Beschlussabteilung allerdings sehr zweifelhaft, ob die ebenfalls praktisch unbegrenzte Datenverarbeitung auf der Grundlage des Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO mit der Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung durch einseitige Bestimmung in den Nutzungsbedingungen gerechtfertigt werden könnte. Hier könnte jedoch im Einzelfall ein überwiegendes Interesse von Facebook nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO an einer Verarbeitung der von den Nutzern selbst im sozialen Netzwerk durch aktive Nutzung oder automatisch generierten Informationen im Hinblick auf die möglichen Effizienzen der Datenverarbeitung für den Dienst und die Nutzer sowie einer eigenverantwortlichen Nutzung von sozialen Medien durch Nutzer in Betracht kommen. Der Nutzer hat hier in Bezug auf das Ausmaß und die Art seiner Aktivitäten auf Facebook nicht unerhebliche Steuerungsmöglichkeiten hinsichtlich der über ihn anfallenden Daten.
- 697 Nach der Facebook-Datenrichtlinie werden bei der Nutzung von Facebook.com bereits alle von dem Nutzer bereitgestellten Inhalte, Kommunikationen und sonstige Informationen über den Nutzer erfasst und verwendet. Dazu zählen die Registrierung, welche Inhalte und Nachrichten getauscht und verfasst wurden, die Metadaten von Inhalten wie die Standorte oder was der Nutzer sieht, wenn er durch die Facebook Kamera guckt. Facebook erfasst alle Netzwerke und Verbindungen auf dem sozialen Netzwerk, die hochgeladenen Adressbuchdaten, Kontakte, Personen, Seiten, Konten, Hashtags und Gruppen, mit denen der Nutzer verbunden ist. Es werden Informationen gesammelt, wie der Nutzer das soziale Netzwerk nutzt, welche Arten von Inhalten er ansieht, wie lange er etwa bei einem Video oder Werbeanzeige verweilt, über die Häufigkeit und Dauer der Nutzung, über finanzielle Transaktionen auf Facebook.com und über Aktivitäten anderer und von ihnen über den Nutzer bereit gestellten Informationen.
- 698 Unabhängig davon, ob auch dieses Ausmaß an nutzer- und gerätebezogenen Daten, die bei Nutzung des sozialen Netzwerks Facebook.com verarbeitet werden, für die Vertragserfüllung erforderlich ist, ist es angesichts dessen schlechterdings nicht nachvollziehbar, warum erst die Datenverarbeitung aus anderen konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools für eine hinreichende Personalisierung der Nutzung von Facebook.com sorgen können sollen. Welche Informationen und

Datenverarbeitung aus den einzelnen konzerneigenen Diensten und den Facebook Business Tools aus welchen Gründen im Einzelnen für die Vertragserfüllung erforderlich sind, ist im Übrigen aus den Nutzungsbedingungen und Richtlinien, insbesondere den Datenrichtlinien, und dem Vortrag von Facebook nicht ersichtlich.

- 699 Dies gilt zunächst für die getrennt angebotenen **konzerneigenen Diensten** *Oculus* und *Masquerade*, die nur eine vergleichsweise geringe Verbreitung aufweisen und der Beitrag zur Personalisierung für alle Nutzer von Facebook eher klein ist. Auch die Nutzerdaten aus *WhatsApp*, die nach den WhatsApp-FAQs gegenwärtig gar nicht für die „Verbesserung des Produkterlebnisses“ oder für die „Anzeige von interessanterer Werbung“ auf Facebook genutzt werden⁶¹⁹, sind demnach für diesen Zweck nicht erforderlich. Dies gilt aber auch für die *Instagram*-Daten, die einen sehr hohen Umfang aufweisen, es sich dennoch angesichts der sehr viel größeren Nutzerbasis von Facebook.com mit entsprechend höherer Nutzungsintensität der Beitrag von Instagram für Facebook.com nicht erschließt. Das von Facebook angeführte Beispiel, dass die Information darüber, dass ein Nutzer auf Instagram einer Veranstaltung folge, auch zur Personalisierung des Newsfeeds auf Facebook.com genutzt werde und daher für die Vertragserfüllung erforderlich sei⁶²⁰, verfängt nicht. Die reine Nützlichkeit einer Information über das Nutzerverhalten, die aus anderen Diensten gewonnen wird, reicht für die Begründung der Erforderlichkeit im Rahmen der Bereitstellung von Facebook.com gerade nicht aus.⁶²¹
- 700 Dasselbe gilt für die **Facebook Business Tools**. Facebook argumentiert im vorliegenden Verfahren, dass auch die aus diesen Quellen gewonnenen Daten für die Personalisierung des gesamten Dienstes erforderlich seien.⁶²² Darüber hinaus beruft sich Facebook auf weitere Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung über die Facebook Business Tools, die insbesondere in der Einwilligung in die Verwendung der Daten für personalisierte Werbung, der Auftragsverarbeitung und in den berechtigten Interessen zur Bereitstellung von Messungen, Analysen und sonstigen Unternehmens-Services, wenn Facebook die Daten als Datenverantwortlicher verarbeitet, liegen.⁶²³
- 701 Die ausbedungene Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools ist jedoch nicht für ein „personalisiertes Nutzererlebnis“ und das damit zusammenhängende Angebot der Funktionalitäten, soweit sie mit der Nutzung des sozialen Netzwerks zusammenhängen, erforderlich.

⁶¹⁹ Vgl. <https://faq.whatsapp.com/general/26000112/?eea=1> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁶²⁰ [...]

⁶²¹ [...]

⁶²² [...]

⁶²³ [...]

- 702 Dieses gilt zunächst für die *Sozialen Plugins*, die es dem Facebook-Nutzer ermöglichen, direkt von Drittwebseiten oder -Apps mit ihrem Netzwerk auf Facebook zu kommunizieren. Mit den Sozialen Plugins können die Aktivitäten des Nutzers auf der betreffenden Webseite und die URL der davor besuchten Webseite umfassend verfolgt werden. Dabei werden bei Aufruf der Webseite oder der App dem Facebook-Server bereits automatisch mindestens die IP-Adresse, der Browsertyp, die URL der Webseite und der Zeitpunkt, zu dem die Webseite besucht wurde, sowie bei zuvor gesetztem Cookie die Nutzer-ID oder Werbe-ID übermittelt, ohne dass die Schaltfläche durch den Nutzer betätigt werden muss.
- 703 Die Bereitstellung einer Gefällt-Mir oder Teilen-Funktionalität oder eines anderen Sozialen Plugins für Facebook-Nutzer und die Drittunternehmen erfordert keinen Datenfluss an Facebook über die Nutzung der Webseite ohne die Interaktion des Nutzers mit der Schaltfläche.⁶²⁴ Erst wenn der Nutzer ihn betätigt, wird ein bestimmter und begrenzter Datensatz erforderlich, der die Zuordnung zu dem Facebook-Konto, unter dem es auf Facebook.com verbreitet werden soll, ermöglicht. Die korrekte Ausspielung der Webseite unter Berücksichtigung der Browserkonfiguration, für die einige Standarddaten sinnvoll sind, erfordert ebenfalls keinen direkten Datenfluss an Facebook, sondern an den Webseitenbetreiber. Eine Zuordnung zu und Verknüpfung mit den bei Facebook unter dem Facebook-Konto bereits gespeicherten Daten ist ersichtlich nicht für die Funktionalität erforderlich.
- 704 Die Datenverarbeitung über das *Facebook Login und Account-Kit* bei Aufruf der Webseite oder App, ohne dass der Nutzer die Schaltfläche betätigt, ist für das Angebot der Funktionalität im Zusammenhang mit der Nutzung des sozialen Netzwerks ebenso wenig wie bei den Sozialen Plugins erforderlich. Facebook erhält bei Einbindung des Facebook Logins in derselben Weise wie bei den Sozialen Plugins von den Drittwebseiten Informationen darüber, bei welchen Webseiten oder Apps sich ein Facebook-Nutzer registriert und wie der Nutzer die jeweilige Webseite oder App nutzt. Für einen Datenfluss ist dabei eine Betätigung des Facebook Login durch den Nutzer ebenso wenig erforderlich wie bei den Sozialen Plugins. Der Umfang der Daten, die Facebook dabei gegenwärtig erhält, entspricht zunächst demjenigen bei den Sozialen Plugins. Das Unternehmen erhält darüber hinaus auch die Log-In-Informationen des

⁶²⁴ So auch Gericht 1. Instanz Belgien, Urteil vom 16.02.2018, S. 65 der englischen Übersetzung, [...]: *“The court concurs with the point of view of the Privacy Commission, that the systematic collection of the personal data of users and non-users via social plug-ins on the websites of third parties is not essential (let alone „strictly essential“ in the sense of Art. 129 ECA), or at least not proportional to the achievement of the safeguarding objectives (...)”*

Nutzers, die dieser bei dem Anbieter, die Facebook-Login eingebunden hat, direkt und manuell – ohne Nutzung des Facebook Login – eingibt.⁶²⁵

- 705 Die Bereitstellung einer komfortablen Log-In-Funktionalität für Facebook-Nutzer, erfordert ebenso wenig wie die Nutzung von Sozialen Plugins einen Datenfluss an Facebook über die Nutzung der Webseite oder gar die Anmeldedaten des Nutzers ohne die Interaktion des Nutzers mit der Schaltfläche. Erst wenn der Nutzer ihn betätigt, wird die Übermittlung eines begrenzten Datensatzes auch in Richtung Facebook für die Übertragung der Log-In-Daten an die Webseite erforderlich.
- 706 Auch die umfassende Datenverarbeitung mit Verknüpfung der Daten aus den *über das Facebook Pixel und SDK realisierten Mess- und Analysedienste*, welche über ein umfassendes Webtracking über Millionen von Webseiten und Apps erfolgt, ist nicht für die Vertragserfüllung erforderlich. Gemeinsam ist diesen Diensten, dass sie technisch die Einbindung des Facebook Pixel oder des SDK oder einer anderen Schnittstelle in eine Drittseite oder App erfordern. Diese ermöglichen einen massiven Umfang an Datenverarbeitung für verschiedenste Daten, die sodann den Facebook-Konten – auch im Wege des aktiven Fingerprinting - zugeordnet werden (vgl. im Einzelnen oben Rn. 139 ff.). Ein derartig massives Webtracking, das die gesamte Internetnutzung der Nutzer betrifft, kann im Hinblick auf die gebotene enge Auslegung des Begriffs der Erforderlichkeit nicht nach Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO gerechtfertigt sein.
- 707 Bezüglich der Messung des Erfolgs einer Werbeanzeige kann darüber hinaus der Vortrag, dass die ausbedungene Datenverarbeitung erforderlich sei, um auf effektive Weise personalisierte Werbung ausspielen zu können [...] ⁶²⁶, auch im Hinblick auf die Werbefinanzierung von Facebook nicht für eine Erforderlichkeit herangezogen werden. Dagegen spricht schon, dass Facebook die Verwendung gerade der von den Facebook-Partnern erfassten Daten für personalisierte Werbung von der Einwilligung der Nutzer abhängig macht.

ii. **Andere Vertragszwecke**

- 708 Eine Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung kann auch nicht für andere als Vertragsgegenstand bezeichnete Zwecke angenommen werden.
- 709 Die nach den Datenverarbeitungskonditionen ausbedungene Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools sind nicht für *„durchgängige und nahtlose Erlebnisse auf allen Produkten der Facebook-Unternehmen“* oder andere zum Vertragsgegenstand erhobene Zwecke als Teil der Vertragserfüllung erforderlich.

⁶²⁵ [...]

⁶²⁶ [...]

- 710 Der Berücksichtigung dieses Vertragszwecks stehen zunächst die oben dargestellten Bedenken hinsichtlich der Uferlosigkeit der Begriffe entgegen. Was etwa ein „durchgängiges nahtloses Nutzererlebnis über alle Produkte“ im Einzelnen bedeuten soll und welche Daten hierfür genau nötig sein sollen, wird nicht vorgetragen. Eine Integration mit Facebook.com in dem Sinne, dass Instagram oder WhatsApp sowie andere Produkte als Teil des Angebots von Facebook.com wahrgenommen werden, wäre kartellrechtlich als Koppelungspraxis außerdem fragwürdig. Neben der faktischen Integration besteht auch durch die Zusammenführung von Daten zu einem faktisch einheitlichen Nutzerkonto mit ihm zugeordneten und gemeinsam genutzten Nutzerdaten sowie etwa die Übertragung von Freundes- und Abonnementslisten auf Instagram die Gefahr der Übertragung von Marktmacht auf Instagram und andere Dienste, die im Hinblick auf den an diesen Rändern gerade stattfindenden Wettbewerb durch Snapchat oder anderen Messenger-Diensten die bestehende Marktmacht von Facebook weiter absichert. Im Rahmen des Begriffs der „Erforderlichkeit“ und der dabei gebotenen Abwägung muss daher auch die Marktbeherrschung von Facebook berücksichtigt werden.
- 711 Welche Bedeutung die Facebook Business Tools für diesen Vertragszweck erlangen können, ist nicht ersichtlich. Soweit die Funktionalitäten der Sozialen Plugins und des Facebook Logins betroffen sind, kann eine Erforderlichkeit eines Datenflusses, ohne dass die Funktionalitäten genutzt werden, auch für diesen Zweck nicht angenommen werden.
- 712 Auch in Bezug auf die geltend gemachte *Nutzer- und Netzwerksicherheit* einschließlich den von Facebook vorgetragenen Sicherheitsaspekten wie Verhütung von Kindesmissbrauch oder terroristischen Aktivitäten ist nicht ersichtlich, warum unabhängig von einem konkreten Verdacht eine teilweise unbeschränkte Erfassung und Verwendung von Daten aus weiteren konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools erforderlich wäre.⁶²⁷ Welche Daten und Datenverarbeitungsvorgänge im Einzelnen für die aufgezählten generellen Gefahren einer Internetnutzung sowohl für Dienste als auch für die Nutzer erforderlich sind und auch nur für diesen Zweck genutzt werden, hat Facebook nicht vorgetragen. Präventive Abwehrrzwecke wie die Betrugsbekämpfung und die Abwehr von Angriffen auf Computer- und Kommunikationssysteme, wie sie Facebook beispielsweise mit der Abwehr von automatisierten Software-Programmen (so genannte „Bots“) vorträgt⁶²⁸, sind in den

⁶²⁷ Vgl. hierzu auch bzgl. des Abgleichs zwischen WhatsApp und Facebook Daten VG Hamburg, Beschluss vom 24.04.2017, S. 32.

⁶²⁸ [...]

Erwägungsgründen 47, 49 der DSGVO im Übrigen allenfalls als berechtigte Interessen anerkannt (dazu unten (5)).

- 713 Dasselbe gilt schließlich für die in den Nutzungsbedingungen erwähnten *Forschungszwecke*. Auch hier ist nicht ersichtlich, dass hierfür Daten aus anderen konzerneigenen Diensten oder Facebook Business Tools zwingend erforderlich wären.

(4) Keine Rechtfertigung durch besondere Zwecke nach Art. 6 Abs. 1 c)-e) DSGVO

- 714 Die nach den Datenverarbeitungskonditionen mögliche Erfassung von personenbezogenen Daten der Nutzer des sozialen Netzwerks aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools, einschließlich der Verknüpfung der Daten mit den Facebook-Konten sowie deren Verwendung, ist auch nach Art. 6 Abs. 1 c)-e) DSGVO nicht gerechtfertigt.
- 715 Dies gilt schon deshalb, weil eine Datenverarbeitung nicht auf Vorrat erfolgen darf, für den Fall, dass eine der in Art. 6 Abs. 1 c)-e) DSGVO geregelten Situation oder Aufgabe eintritt oder übertragen wird. Vielmehr muss bei der jeweiligen Datenverarbeitung der jeweilige besondere Zweck vorliegen. Das ist ersichtlich nicht der Fall.

(a) Keine rechtliche Verpflichtung, Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO

- 716 Es besteht keine rechtliche Verpflichtung nach Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO, für die die nach den Konditionen mögliche Datenverarbeitung aus konzerneigene Diensten und Facebook Business Tools erforderlich ist.
- 717 Facebook bezieht die Vorschrift nach den veröffentlichten Rechtsgrundlagen und der Datenrichtlinie offenbar auf rechtliche Anfragen von Aufsichts-, Strafverfolgungs- bzw. Vollstreckungsbehörden. Danach greife Facebook auf die Nutzerdaten zu, bewahre sie auf und teile sie mit den genannten Behörden als Reaktion auf eine rechtliche Anfrage, wenn Facebook im guten Glauben der Ansicht sei, dass Facebook rechtlich hierzu verpflichtet sei. Facebook könne auch auf rechtliche Anfragen reagieren, wenn Facebook in gutem Glauben sei, dass die Reaktion nach dem Recht der betreffenden Gerichtsbarkeit vorgeschrieben sei, Nutzer in der betreffenden Gerichtsbarkeit betreffe und mit international anerkannten Standards vereinbar sei.
- 718 Eine etwa erforderliche Reaktion auf rechtliche Anfragen und eine Verpflichtung diese zu beantworten kann aber eine Datenerfassung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools und ihre Verknüpfung mit den Facebook-Konten nicht rechtfertigen. Diese Datenverarbeitung ist schon von der eigenen Formulierung von Facebook in den Konditionen nicht erfasst, die Datenzugriff, die Aufbewahrung und die

Übermittlung an die Behörden betrifft, nicht aber die Erfassung und Verknüpfung der Daten.

719 Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO fordert auch eine klare, präzise und vorhersehbare Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung, die im öffentlichen Interesse liegen muss. Eine solche Rechtsgrundlage ist hier nicht ersichtlich. Erforderlich wäre eine Datenverarbeitung nur in dem durch die rechtliche Verpflichtung notwendigen Maß,⁶²⁹ so dass auch eine „guter Glaube“ an eine rechtliche Verpflichtung nicht ausreichen kann.

(b) Keine lebenswichtigen Interessen, Art. 6 Abs. 1 d) DSGVO

720 Dass die Erfassung und Datenverarbeitung von personenbezogenen Daten aus konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools auf der Grundlage des Art. 6 d) DSGVO gerechtfertigt sein könnten, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

721 Facebook teilt in den veröffentlichten Rechtsgrundlagen insoweit mit, dass die „*wichtigsten Interessen*“, auf die Facebook sich für „diese Verarbeitung“ stütze, auch „*den Schutz deines Lebens oder deiner körperlichen Unversehrtheit sowie desjenigen/derjenigen anderer*“ umfasse.

722 Diese Rechtsgrundlage erfordert eine konkrete Gefährdungssituation für Leib und Leben, in der die betroffene Person aus körperlichen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, die Einwilligung zu geben.⁶³⁰ Auch hier kann nicht im Vorhinein für die abstrakte Möglichkeit einer solchen Situation eine Datenverarbeitung auf Vorrat stattfinden.

(c) Keine öffentlichen Interessen, Art. 6 Abs. 1 e) DSGVO

723 Dasselbe gilt für die Geltendmachung eines etwaigen öffentlichen Interesses nach Art. 6 Abs. 1 e) DSGVO, das hier ebenfalls nicht erkennbar ist.

724 Facebook bezieht sich in den veröffentlichten Rechtsgrundlagen auf im öffentlichen Interesse durchgeführte Aufgaben, die in der „*Forschung zum Wohle der Gesellschaft und zur Förderung von Schutz, Integrität und Sicherheit*“, wenn dies gemäß den Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen Facebook unterliege, im öffentlichen Interesse erforderlich sei.⁶³¹ In der Datenrichtlinie erklärt Facebook, dass

⁶²⁹ Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 6 Rn. 16;

⁶³⁰ Auernhammer-Kramer, DSGVO, Art. 6, Rn. 22; Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 6, Rn. 17.

⁶³¹ [...]

die Facebook zur Verfügung stehenden Informationen verwendet würden, um auf und außerhalb von unseren Produkten Aktivitäten und Konten zu verifizieren, schädliches Verhalten zu bekämpfen, Spam und andere negative Erlebnisse aufzudecken und zu verhindern, die Integrität unserer Produkte zu wahren und den Schutz sowie die Sicherheit zu fördern. Zum Beispiel verwende Facebook zur Verfügung stehende Daten, um verdächtige Aktivitäten oder Verstöße gegen unsere Nutzungsbedingungen oder Richtlinien zu untersuchen oder um festzustellen, wenn jemand Hilfe benötigt.

- 725 Ferner verwende Facebook nach der Datenrichtlinie die zur Verfügung stehenden Informationen (u. a. von Forschungspartnern, mit denen Facebook zusammenarbeite), um Forschung und Innovation zu Themen des sozialen Allgemeinwohls, des technologischen Fortschritts, des öffentlichen Interesses, der Gesundheit und des Wohlergehens durchzuführen und zu unterstützen. Beispielsweise analysiere Facebook die über Migrationsmuster in Krisensituationen zur Verfügung stehenden Informationen, um Hilfsmaßnahmen zu unterstützen. Ein Hyperlink führt zu einer englisch-sprachigen Seite zu Forschungsprogrammen von Facebook.
- 726 Eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 e) DSGVO für die ausbedungene Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools kann hiermit nicht begründet werden. Denn der Rechtsgrund setzt voraus, dass die Verarbeitung für eine *öffentliche Aufgabe* erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt. Dem Verantwortlichen muss aufgrund einer Rechtsvorschrift eine Aufgabe zugewiesen sein, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt.⁶³² Diese ist bei allen genannten „öffentlichen Interessen“ nicht ersichtlich. Ebenso wenig kann eine Erforderlichkeit der ausbedungenen Datenverarbeitung im öffentlichen Interesse angenommen werden.

(5) Keine Rechtfertigung wegen überwiegender Interessen nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO

- 727 Die durch die Facebook-Konditionen ausbedungene Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und über Facebook Business Tools sind entgegen der Ansicht von Facebook⁶³³ schließlich auch nicht nach der gemäß Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO gebotenen Interessenabwägung gerechtfertigt.
- 728 Eine Datenverarbeitung ist gemäß Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO nur dann zulässig, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten unter

⁶³² Auernhammer-Kramer, DSGVO, Art. 6, Rn. 14.

⁶³³ [...]

Berücksichtigung der Datenverarbeitungsgrundsätze nach Art. 5 DSGVO erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.

729 Die Norm ist gegenüber Art. 7 f) der Richtlinie 46/95/EG im Wortlaut unverändert geblieben. Auch bezüglich dieses Tatbestands ist eine materielle Änderung mit Inkrafttreten des Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO daher nicht verbunden. Die Leitlinien der Art. 29-Datenschutzgruppe zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/47/EG⁶³⁴ können daher auch der Prüfung des Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO zugrunde gelegt werden. Auf diese Leitlinien nehmen auch die für die DSGVO verfassten Leitlinien der Art. 29-Datenschutzgruppe zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679 Bezug.⁶³⁵

730 Nach den Leitlinien der Art. 29-Datenschutzgruppe fordert der Rechtfertigungsgrund eine umfassende Prüfung der Ausgewogenheit zwischen dem berechtigten Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder eines Dritten und den Interessen oder Grundrechten der betroffenen Person. Neben der Ermittlung der jeweils betroffenen Interessen und Rechte und ihrer Berechtigung sind nach den Leitlinien für die weitere Abwägung Schlüsselfaktoren zu berücksichtigen, die in

- der Bewertung des Gewichts der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder Dritten sowie der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für diese Interessen,⁶³⁶
- den Folgen für die betroffenen Personen bei Berücksichtigung der Art der Daten, wie Daten verarbeitet werden, die begründeten Erwartungen der betroffenen Personen, die Stellung des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen und der betroffenen Person einschließlich einer marktbeherrschenden Stellung,⁶³⁷
- etwaigen zusätzlichen Maßnahmen, die bei einer unklaren Gewichtung der Interessen und Rechte ein Gleichgewicht herstellen können, einschließlich

⁶³⁴ Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der RL 95/46/EG“ vom 09.04.2014, https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DokumenteArt29Gruppe_EDSA/Stellungnahmen/WP217_Opinion62014LegitimatelInterest.html. [...].

⁶³⁵ http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053, S. 15 f., [...]

⁶³⁶ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 43 ff., [...]

⁶³⁷ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 47 ff, 51.; [...]

nutzerfreundlicher Widerspruchsmöglichkeiten, zusätzlicher Transparenz, Datenminimierung und datenschutzfreundlicher Alternativen⁶³⁸

bestehen.

- 731 Auf dieser Grundlage ist eine Rechtfertigung der ausbedungenen Datenverarbeitung nach den in die Abwägung einzustellenden Faktoren weder für die Daten aus den konzerneigenen Diensten (hierzu (a)), noch für die Daten aus Facebook Business Tools (hierzu (b)) ersichtlich.

(a) Konzerneigene Dienste

- 732 Die für die nach den Facebook-Konditionen mögliche Datenverarbeitung der Erfassung von Nutzerdaten aus den Konzernunternehmen WhatsApp, Oculus und Masquerade und deren Verknüpfung mit den bei Nutzung von Facebook.com unter dem Facebook-Konto angefallenen Daten sowie deren Verwendung sind nicht durch überwiegende berechnigte Interessen von Facebook oder Dritten gegenüber den Interessen und Rechten des Nutzers gerechtfertigt. Dies gilt auch für die Verknüpfung der durch die Nutzung von dem von Facebook Ireland Ltd. angebotenen Dienst Instagram erlangten Daten mit den bei Nutzung von Facebook.com unter dem Facebook-Konto angefallenen Daten sowie deren kombinierte Verwendung.
- 733 Die ausbedungene Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten ist mangels klarer Artikulation und Erforderlichkeit weitgehend nicht von berechtigten Interessen gedeckt (dazu i.). In der Abwägung anhand der Folgen für die betroffenen Nutzer streiten die Schlüsselfaktoren für das Interesse und Recht der Nutzer an dem Schutz ihrer Privatsphäre und Autonomie (dazu ii.). Es sind keine Schutzmaßnahmen ersichtlich, die einen ausgewogenen Interessenausgleich herstellen (dazu iii.).

i. Berechnigte Interessen

- 734 Sowohl Facebook als auch Dritte können für sich grundsätzlich berechnigte Interessen in Bezug auf eine Datenverarbeitung innerhalb des Facebook-Konzerns geltend machen. Eine Erforderlichkeit der konzerninternen Datenverarbeitung für diese Interessen ist von Facebook jedoch weitgehend weder hinreichend vorgetragen worden, noch sonst ersichtlich.

• **Interessen von Facebook**

- 735 Die von Facebook im vorliegenden Fall geltend gemachten Ziele der Personalisierung von Facebook.com einschließlich der zielgerichteten Werbung, die Mess- und

⁶³⁸ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 52 ff. [...]

Analysezwecke, die Nutzer- und Netzwerksicherheit sowie die in den veröffentlichten Rechtsgrundlagen erwähnten Forschungszwecke und Reaktionen auf rechtliche Anfragen, können grundsätzlich berechnete Interessen nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO darstellen. Der Begriff erfasst nach den Leitlinien der Art.-29-Gruppe ein breites Spektrum an rechtmäßigen Interessen einschließlich nichtigen oder sehr zwingenden, unkomplizierten oder strittigen Interessen.⁶³⁹ Entscheidend ist dabei allerdings, ob das rechtmäßige Interesse für die Prüfung der Ausgewogenheit hinreichend klar artikuliert ist und tatsächlich sowie gegenwärtig existiert.

○ **Keine hinreichend klare Artikulation der berechtigten Interessen**

- 736 Die berechtigten Interessen sind auf dieser Grundlage schon nicht hinreichend klar artikuliert worden. Denn Facebook trägt im vorliegenden Verfahren berechnete Interessen lediglich in allgemeiner Form vor und wiederholt hier lediglich die Ausführungen zu den berechtigten Interessen in den Rechtsgrundlagen, auf die die Datenrichtlinie verweist.⁶⁴⁰
- 737 Danach bezieht sich Facebook (auch) hinsichtlich der konzerneigenen Dienste für Minderjährige und beschränkt Geschäftsfähige auf ihre berechtigten Interessen, da bei diesen die Rechtfertigungsgründe der Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung und die Einwilligung nicht herangezogen werden können. Bei den Minderjährigen sollen die Personalisierung und die zielgerichtete Werbung, sowie der Schutz, die Integrität und die Sicherheit sowie die Bereitstellung von Nicht-Marketing-Kommunikationen als berechnete Interessen geltend gemacht werden. Darüber hinaus können der Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten nach dem Vortrag von Facebook noch das Marketinginteresse zur Förderung der eigenen Produkte und die Direktwerbung sowie die Forschungsinteressen zugeordnet werden. Der Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools lassen sich die Interessen zur Bereitstellung von Messungen, Analysen und sonstigen Unternehmens-Services, wenn Facebook als Verantwortlicher handelt, zuordnen.⁶⁴¹
- 738 Der Vortrag stellt keine hinreichend klare Artikulation der berechtigten Interessen dar, die der Abwägungsprüfung mit den Interessen und Rechten der betroffenen Personen zugänglich wäre. Denn er substantiiert weder im Einzelnen die eigenen Interessen, wie etwa die Sicherheitsinteressen, noch ist eine differenzierte Darstellung ersichtlich, aus der sich die Erforderlichkeit der im Einzelnen aus den konzerneigenen Diensten erfassten und erfassbaren Daten sowie ihrer Zuordnung zu den Facebook-Konten

⁶³⁹ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 31, [...]

⁶⁴⁰ [...]

⁶⁴¹ [...]

ergibt. Auch erklärt sich Facebook nicht zur Art der Datenverarbeitung, insbesondere zu dem für die Personalisierung des Dienstes und die Werbung eingesetzten Profiling und dem Beitrag der betroffenen Daten aus konzernerneigenen Dienste hierzu. Insoweit formuliert Facebook im vorliegenden Fall lediglich, dass die Beschlussabteilung die Datenverarbeitung als „Profiling“ bezeichne.⁶⁴² Nach den Leitlinien der Art. 29-Datenschutzgruppe können aber nur für bestimmte Daten und bestimmte Datenverarbeitung berechnete Interessen geltend gemacht werden. Facebook erklärt insoweit, dass jegliche Datenverarbeitung ihren überwiegenden berechtigten Interessen dient. Die Facebook-Datenverarbeitungskonditionen behalten sich dementsprechend auch jede Datenverarbeitung vor, einschließlich derjenigen innerhalb des Konzerns.

- 739 Für die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO trägt Facebook die Darlegungslast. Die Beschlussabteilung hat nicht von Amts wegen die in der Sphäre des Unternehmens liegenden, von ihm möglicherweise verfolgten Interessen und diesen zugeordneten einzelnen Datenverarbeitungsvorgängen sowie deren Bedeutung für das Unternehmen zu ermitteln, um das Nichtvorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nachzuweisen. Dieses ergibt sich sowohl aus dem datenschutzrechtlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, dem jede Verarbeitung personenbezogener Daten unterliegt, als auch aus dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Rechenschaftspflicht in Art. 5 Abs. 2 DSGVO, der dem Verantwortlichen den Nachweis der Einhaltung der Rechtmäßigkeitsvorschriften auferlegt. Auch Art. 24 Abs. 1 DSGVO hebt die Nachweispflicht des Verantwortlichen ausdrücklich hervor. Art. 30 DSGVO verpflichtet Verantwortliche dazu, ein Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten anzulegen, um nachzuweisen, dass die Vorschriften der DSGVO eingehalten werden. Der Verantwortliche selbst muss daher nicht nur sicherstellen, dass die Verarbeitung im Einklang mit der DSGVO erfolgt, sondern er muss auch in der Lage sein, den Nachweis dafür zu erbringen, dass er alles zur Erreichung des Ziels Erforderliche unternommen und geeignete Maßnahmen getroffen hat.⁶⁴³ Aber auch die kartellrechtlichen Vorschriften des § 19 GWB verpflichten die Kartellbehörde im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht, die Rechtfertigungsgründe für ein wettbewerbsschädliches Verhalten nachzuweisen. Auch hier liegt die Darlegung der in der Sphäre des Unternehmens liegenden Umstände bei dem Normadressaten. Hierzu hat die Beschlussabteilung Facebook mehrfach insbesondere mit dem bereits im Dezember 2017 zugesendeten Anhörungsschreiben

⁶⁴² [...]

⁶⁴³ Plath, DSGVO/BDSG, 3. Auflage 2018, Art. 24, Rn. 19.

aber auch mit zuvor übermittelten Dokumenten sowie in Gesprächen ausdrücklich aufgefordert.

740 Zu Unrecht meint Facebook insoweit, dass die Beschlussabteilung einen „Missbrauch aufgrund mangelnder Rechtfertigung“ annehmen würde und das Verhalten nicht ermittelt hätte.⁶⁴⁴ Dabei verkennt Facebook insbesondere, dass das Verhalten im vorliegenden Fall die nach den Nutzungsbedingungen und Datenrichtlinie ausbedungene und durchgeführte konkrete umfassende Datenverarbeitung das Verhalten ist, für das eine sachliche Rechtfertigung vorliegen muss.

○ **Keine Erforderlichkeit der ausbedungenen Datenverarbeitung**

741 Es kann nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung auch unabhängig von dem Vortrag von Facebook nicht angenommen werden, dass das nach den Konditionen mögliche Ausmaß der Datenverarbeitung sowie die tatsächlich durchgeführte Datenverarbeitung für die genannten Zwecke erforderlich ist.

742 Nach den Leitlinien der Art.-29-Datenschutzgruppe zum berechtigten Interesse ist Teil der Prüfung, dass die Datenverarbeitung für den/die angestrebten Zweck/e *erforderlich* sein müssen.⁶⁴⁵ Der Begriff ist auch im Rahmen des berechtigten Interesses eng auszulegen und nicht bereits bei einer Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit gegeben. Vielmehr muss die Datenverarbeitung für die Erreichung der Zwecke zwingend notwendig sein, die Zwecke dürfen nicht auch anders erreichbar sein. Es ist nach den Leitlinien der Art.-29-Datenschutzgruppe dabei zu fragen, ob datenschutzfreundliche Alternativen – wie z.B. eine freiwillige Option des Nutzers – gegeben sind. Insoweit ist der Begriff der Erforderlichkeit nicht weiter auszulegen als derjenige in den vorangehenden Rechtfertigungsgründen nach Art. 6 Abs. 1 b)-e) DSGVO. Die Art. 29-Datenschutzgruppe weist vielmehr darauf hin, dass die Notwendigkeit des „Erforderlichseins“ besonders relevant für Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO sei, damit sichergestellt ist, dass die Verarbeitung von Daten auf Grundlage des berechtigten Interesses nicht zu einer unangebracht weit gefassten Auslegung des Erforderlichseins der Datenverarbeitung führt.⁶⁴⁶

743 Die Datenverarbeitung aus konzerninternen Diensten ist auf dieser Grundlage zunächst nicht für die *Personalisierung und Individualisierung von Facebook.com* erforderlich. Zwar ist das Interesse an einer qualitativ hochwertigen Personalisierung und Individualisierung des Dienstes bei sozialen Netzwerken grundsätzlich bedeutend

⁶⁴⁴ [...]

⁶⁴⁵ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG , S. 37, [...].

⁶⁴⁶ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG , S. 37, [...]

und als Qualität und Effizienzargument auch aus kartellrechtlicher Sicht zu berücksichtigen. Auch ist der Nutzen jedes einzelnen Datums hierfür gegeben (s. bereits oben Rn. 702). Die Erforderlichkeit ist jedoch nicht schon bei Nützlichkeit oder Effizienz zu bejahen.

- 744 Im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Erforderlichkeit gilt im Rahmen des berechtigten Interesses nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO ebenso wie bei Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO, dass die Interessen bei dem gewählten Geschäftsmodell eines mit zielgerichteter Werbung finanzierten personalisierten Dienstes nicht zur Erforderlichkeit sämtlicher Datenverarbeitungsvorgänge, die einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn über den individuellen Nutzer bringen, führen kann (s. bereits oben Rn. 692). Auch hier ist außerdem darauf hinzuweisen, dass Facebook bereits mit den aus Facebook.com selbst generierten Daten ein hohes Maß an Personalisierung und Individualisierung erreichen kann. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, welchen für die Erreichung dieses Zweckes entscheidenden Beitrag die Nutzerdaten aus anderen konzerneigenen Diensten leisten, dass eine weniger einschneidende Maßnahme – wie etwa eine auswählbare Option – nicht in Betracht käme.
- 745 Dabei spricht bei den Diensten Oculus und Masquerade schon ihre gegenwärtig vergleichsweise geringe Verbreitung gegen eine Erforderlichkeit für die Personalisierungszwecke. Die zusätzlichen gerätebezogenen Daten aus diesen Diensten, die über das Nutzerverhalten auf den Geräten bezüglich Online-Webseiten und Apps einschließlich von Wettbewerbern Auskunft geben können, haben allerdings auch bei einer relativ kleinen Nutzerbasis einen hohen Wert, da erfolgreiche Anwendungen von Wettbewerbern frühzeitig erkannt werden können. Unabhängig davon, ob dieser Umstand von dem Personalisierungs- und Individualisierungszweck umfasst sein kann, ist schon zweifelhaft, ob dies als ein unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten rechtmäßiges Interesse gelten kann. Jedenfalls aber ist bei der Abwägung zu berücksichtigen, dass auch wettbewerbssensible Nutzerdaten gesammelt werden.
- 746 Auch die Nutzerdaten aus WhatsApp, die nach den WhatsApp-FAQs gegenwärtig nicht für die „Verbesserung des Produkterlebnisses“ oder für die „Anzeige von interessanterer Werbung“ auf Facebook genutzt werden,⁶⁴⁷ sind für die geltend gemachten Zwecke nicht erforderlich. Auch wenn der Umfang und Zweck der Datenübermittlung sowie ihrer Verwendung – auch im Hinblick auf eine mögliche Integration der Dienste - letztlich unklar ist, zeigt die gegenwärtige tatsächliche Datenverarbeitung zunächst, dass eine zwingende Notwendigkeit der Daten für die

⁶⁴⁷ Vgl. <https://faq.whatsapp.com/general/26000112/?eea=1>, [...]

Personalisierung und Individualisierung nicht angenommen werden kann. Dies gilt aber auch für die Instagram-Daten, die nach der Übertragung des Dienstes auf die Facebook Ireland Ltd. nach den identischen Richtlinien von Facebook und Instagram keinerlei Beschränkungen für die Verknüpfung und kombinierte Verwendung insbesondere für das Profiling aufweisen. Wie bereits oben dargestellt, führen die bestehenden Verbindungen zwischen Instagram und Facebook.com nicht zu einer Erforderlichkeit der Verarbeitung der nutzer- und gerätebezogenen Daten aus Instagram für die Personalisierung des Dienstes und der Werbung auf Facebook.com ohne jede Einflussmöglichkeit der Nutzer (Rn. 699).

- 747 Soweit im vorliegenden Fall für die konzerneigenen Dienste, insbesondere Instagram und WhatsApp, das unklar definierte Interesse an der *"Einheitlichkeit des Nutzererlebnisses"* und an einer weiteren Integration beider Dienste geltend gemacht werden soll⁶⁴⁸, ist aus kartellrechtlicher Sicht die „Berechtigung“ dieses Interesses in Frage zu stellen. Denn eine Koppelung der Dienste – auch faktisch durch Integration von Funktionalitäten sowie einheitliche Nutzerkonten einschließlich ihnen zugeordneter und genutzter gemeinsamer Nutzerdaten – ist unter dem Gesichtspunkt der Übertragung und Absicherung von Marktmacht und der davon ausgehenden Verdrängungs- und Behinderungsgefahr auf Wettbewerber wie etwa Snapchat ein kartellrechtlich problematisches Verhalten.
- 748 So würde etwa die Ermöglichung der direkten Kommunikation von Nutzern zwischen den Diensten Facebook.com, WhatsApp und Instagram zu einer Verbindung der direkten Netzwerkeffekte der einzelnen Dienste und damit zur Bildung eines großen Netzwerks führen. Denn die Herstellung von Kompatibilität und einer „Ende-zu-Ende-Verbindung“ neutralisiert die Wirkung von direkten Netzwerkeffekten beschränkt auf die kompatiblen Netze. Ein Wechsel zu den Diensten wird erleichtert bzw. unnötig, so dass der Bindungseffekt für alle Dienste erheblich erhöht wird und für ein Wechsel von den kompatiblen Diensten zu alternativen inkompatiblen Diensten eine hohe Hürde darstellt. Dieses hat sowohl eine Übertragung von Marktmacht zwischen den kompatiblen Diensten, als auch eine Absicherung der Marktposition von Facebook zur Folge.
- 749 Dies würde daher mit Blick auf die damit einher gehende Zusammenführung sämtlicher Nutzerdaten eine erhebliche wettbewerbliche Gefahr durch Errichtung weiterer Marktzutrittsschranken und erheblichen Wechselhürden darstellen. Eine solche Gefahr ist jedenfalls wiederum in der Gewichtung der Interessen gegenüber den Interessen

⁶⁴⁸ Vgl. insoweit die bekannt gewordenen Pläne zur weiteren Integration von Facebook, WhatsApp und Instagram <https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article187738456/Zuckerberg-plant-Verknuepfung-von-WhatsApp-Instagram-und-Facebook.html>

und Rechten der Nutzer zu berücksichtigen. Unter diesem Gesichtspunkt muss auch das in den Rechtsgrundlagen von Facebook genannte Interesse des *Marketings, der Förderung der eigenen Produkte sowie die Direktwerbung* als kartellrechtlich zumindest sensibel angesehen werden. Das Ausmaß der möglichen Datenverarbeitung insbesondere bezüglich Instagram und WhatsApp aber auch der anderen konzerneigenen Dienste, kann für diesen Zweck daher in jedem Fall nicht als erforderlich angesehen werden.

- 750 Auch in Bezug auf die geltend gemachte *Nutzer- und Netzwerksicherheit*, einschließlich den von Facebook vorgetragenen Sicherheitsaspekten wie Verhütung von Kindesmissbrauch oder terroristischen Aktivitäten, ist nicht ersichtlich, warum unabhängig von einem konkreten Verdacht eine teilweise unbeschränkte Erfassung und Verwendung von Daten aus weiteren konzerneigenen Diensten erforderlich wäre.⁶⁴⁹ Zwar werden präventive Abwehrzwecke, wie die Betrugsbekämpfung und die Abwehr von Angriffen auf Computer- und Kommunikationssysteme, in den Erwägungsgründen der DSGVO als berechtigte Interessen anerkannt. Es lässt sich den Erwägungsgründen zur DSGVO jedoch deutlich entnehmen, dass eine Datenverarbeitung, die präventive Abwehrzwecke verfolgt, nur zulässig ist, wenn sie sich auf zwingend notwendige Maßnahmen beschränkt und keine Intensität erreicht, die zu den verfolgten Zwecken außer Verhältnis steht.⁶⁵⁰ Welche Daten und Datenverarbeitungsvorgänge im Einzelnen für die aufgezählten generellen Gefahren einer Internetnutzung sowohl für Dienste als auch für die Nutzer erforderlich sind und auch nur für diesen Zweck genutzt werden, hat Facebook, wie dargestellt, nicht vorgetragen. Dabei ist zunächst sehr zweifelhaft, dass die nicht eingeschränkte Verknüpfung von Instagram-Daten sowie von Daten aus Oculus und Masquerade für die Verwendung zu Sicherheitszwecken erforderlich sein könnten.
- 751 Warum die gegenwärtig von WhatsApp an Facebook übermittelten Daten für die geltend gemachten Sicherheitszwecke erforderlich sein sollen, ist aus Sicht der Beschlussabteilung ebenfalls nicht ersichtlich. Welchen Beitrag die bei WhatsApp bei Registrierung angegebene Telefon-Nr. und die Geräteinformationen, die "Zuletzt-online"-Angaben und das Anmeldedatum sowie genutzten Features, zur Identifizierung von Sicherheitsgefahren oder „böswilligen Nutzern“⁶⁵¹ leisten, bleibt unklar. Warum ein anlassbezogener Abgleich für die Identifizierung nicht ausreicht, ist ebenfalls nicht

⁶⁴⁹ Vgl. hierzu auch bzgl. des Abgleichs zwischen Whatsapp und Facebook Daten VG Hamburg, Beschluss vom 24.04.2017, S. 32.

⁶⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund 47 S. 6 DSGVO zu Betrugsbekämpfung: „unbedingt erforderlich“, Erwägungsgrund 49 zu Daten- und IT-Sicherheit: „unbedingt notwendig und verhältnismäßig“; vgl. auch Härting, Datenschutz-Grundverordnung, Rn. 439.

⁶⁵¹ Vortrag Facebook beim Verfahren vor dem VG Hamburg, s. Beschluss vom 24.04.2017, Az. 13 E 5912/16, S. 14 [...].

ersichtlich. Der Hamburgische Datenschutzbeauftragte hatte daher mit Bescheid vom 23. September 2016 - vom VG Hamburg und Hamburgischen OVG⁶⁵² im Eilverfahren bestätigt - Facebook Ireland Ltd. die genannte Datenerhebung und -speicherung auf der Grundlage des bisher geltenden BDSG mangels überwiegendem Interesse untersagt, soweit eine Einwilligung nicht vorliegt.⁶⁵³ Noch viel weniger ist die nach den Facebook-Konditionen vorbehaltene darüber hinaus gehende Datenverarbeitung aus WhatsApp für Sicherheitszwecke erforderlich.

752 Die ausbedungene weitgehend nicht beschränkte Datenverarbeitung aus konzerninternen Diensten ist auch nicht zu *konzerninternen Mess- und Analysezwecken* erforderlich. Insbesondere kann sich Facebook für diesen Zweck nicht auf die Privilegierung des konzerninternen Datenaustausches berufen (dazu bereits oben, Rn. 608 ff.). Zwar erkennt die DSGVO in Erwägungsgrund 48 ein beschränktes „Konzernprivileg“ im Rahmen der berechtigten Interessen des Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO an. Danach können Verantwortliche, die Teil einer Unternehmensgruppe sind, ein berechtigtes Interesse haben, personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe für interne Verwaltungszwecke, einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten von Kunden und Beschäftigten, zu übermitteln. Das Europäische Datenschutzrecht erkennt daher erstmalig ausdrücklich die Notwendigkeit von unternehmensgruppeninternen Datenübermittlungen an und hebt ein Verantwortlicheninteresse an entsprechenden Übermittlungen ausdrücklich hervor. Es ist aber nach wie vor stets eine Einzelfallprüfung und Abwägung zwischen den berechtigten Interessen des Unternehmens an einer konzerninternen Datenweitergabe und den Interessen der betroffenen Person daran, dass ihre Daten nicht innerhalb von Unternehmensgruppen weitergegeben werden, vorzunehmen.⁶⁵⁴

753 Der nach den Konditionen mögliche Datenaustausch beschränkt sich hier nach dem eigenen Vortrag von Facebook schon nicht auf interne Verwaltungszwecke, sondern dient überwiegend anderen Interessen. Eine Erforderlichkeit der Datenverarbeitung dieses Ausmaßes für interne Analysezwecke ist nicht ersichtlich. Dies gilt auch für die Daten, die Facebook von WhatsApp erhebt und die nach Vortrag von Facebook⁶⁵⁵ nur für interne Analysezwecke, wie der Ermittlung der Anzahl der Nutzer, verwendet würden. Abgesehen davon, dass dieser Vortrag sich in den Konditionen nicht

⁶⁵² VG Hamburg, Beschluss vom 24.04.2017, Az. 13 E 5912/16, [...]; OVG Hamburg, Beschluss vom 26.02.2018, Az. 5 Bs 93/17.

⁶⁵³ Anordnung des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit vom 23.09.2016, B6-22/16, Bl. 1116 ff. d.A.

⁶⁵⁴ Voigt, „Konzerninterner Datentransfer – Praxisanleitung zur Schaffung eines Konzernprivilegs“, CR 2017, 428 (429).

⁶⁵⁵ [...]

widerspiegelt, ist auch nicht ersichtlich, warum die Ermittlung der Anzahl der Nutzer die Erhebung und Zuordnung der Daten zu dem Facebook-Konto bei Facebook Ireland Ltd. erforderlich macht. Der Hamburgische Datenschutzbeauftragte hatte mit gerichtlicher Bestätigung eine Datenerhebung und Speicherung der WhatsApp-Daten durch Facebook Ireland Ltd. daher auch unter diesem Gesichtspunkt auf der Grundlage des bisherigen BDSG untersagt und dem Einwilligungserfordernis unterstellt.⁶⁵⁶

754 Die geltend gemachten *Forschungsinteressen* werden nur in den Rechtsgrundlagen allgemein erwähnt. Warum dafür neben den Facebook-Daten auch die Daten anderer konzerneigenen Dienste zwingend erforderlich sind, ist nicht ersichtlich. Dasselbe gilt für die in den Rechtsgrundlagen erwähnten *rechtlichen Anfragen*. Auch insoweit erschließt sich die Notwendigkeit der Daten aus konzerneigenen Diensten - die dazu anlasslos erhoben werden - nicht.

- **Berechtigte Interessen von Dritten**

755 Nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO sind in der Interessenabwägung nicht nur die berechtigten Interessen von Facebook, sondern auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen. Facebook weist insoweit darauf hin, dass nicht nur die berechtigten Interessen der kommerziellen Partner, sondern auch diejenigen der breiteren Gemeinschaft der Facebook-Nutzer einzubeziehen seien. Diese würde den berechtigten Interessen von Facebook mehr Gewicht verleihen. Die breitere Gemeinschaft von Facebook-Nutzern habe z.B. ein starkes Interesse an der Sicherheit und dem Schutz des Facebook-Netzwerks oder daran, dass andere Nutzer dieses Netzwerk nicht missbrauchen.⁶⁵⁷

756 Aus Sicht der Beschlussabteilung können insbesondere die Werbetreibenden, die zielgenaue Werbung bei Facebook einkaufen wollen, sowie andere Partner, die auf den übrigen Marktseiten des personalisierten Dienstes Facebook.com tätig sind, als Dritte berechnete Interessen haben. Dasselbe gilt nach den Leitlinien der Art.-29-Datenschutzgruppe für ein mögliches Interesse der breiten Öffentlichkeit.⁶⁵⁸ Die Facebook-Nutzer, die Facebook hier als „breitere Gemeinschaft“ bezeichnet, sind dabei allerdings kaum als Dritte anzusehen, da die gesamte breite Gemeinschaft von der Datenverarbeitung betroffen ist. Diese können daher allenfalls bei der Bewertung der Interessen und Rechte der betroffenen Personen zu berücksichtigen sein. Dass sich die Nutzer hinsichtlich des Schutzes ihrer Privatsphäre und ihres

⁶⁵⁶ Anordnung des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit vom 23.09.2016, [...]

⁶⁵⁷ [...]

⁶⁵⁸ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 36, [...]

Selbstbestimmungsrechts dem von Facebook definierten Gemeinschaftsinteresse unterzuordnen habe, ist dabei allerdings sehr zweifelhaft.

757 Insgesamt decken sich die hier geltend gemachten Interessen Dritter mit denjenigen, die Facebook auch für sich selbst in Anspruch nimmt. Es gilt daher für die Frage, ob es sich auch bei den Dritten um berechnigte Interessen handelt, nichts anderes als für die Facebook-Interessen. Insbesondere muss die Datenverarbeitung auch für die Interessen Dritter erforderlich sein. Dieses ist angesichts der Deckungsgleichheit der Interessenlage für die Datenverarbeitung aus konzernerneigenen Diensten im Hinblick auf die Interessen der Dritten an einer personalisierten Werbung daher ebenfalls nicht gegeben. Auf die obigen Ausführungen wird verwiesen.

758 Dies gilt schließlich auch für ein öffentliches Interesse an der von Facebook häufig erwähnten Verhinderung von rechtswidrigen oder strafbaren Handlungen, wie etwa Kindesmissbrauch. Die Art. 29-Datenschutzgruppe weist in ihren Leitlinien zum berechtigten Interesse gerade auf solche Situationen hin, in denen ein für die Verarbeitung Verantwortlicher über seine in Gesetzen und Verordnungen geregelten besonderen rechtlichen Verpflichtungen hinaus geht, um zur Rechtsdurchsetzung beizutragen oder private Akteure bei ihren Bemühungen zur Bekämpfung rechtswidriger Handlungen, wie Geldwäsche, Anfreunden mit Kindern zu sexuellen Zwecken oder widerrechtliches Online-Filesharing, zu unterstützen. In solchen Fällen ist es nach Ansicht der Art. 29-Datenschutzgruppe jedoch besonders wichtig, dafür zu sorgen, dass die Grenzen von Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO voll respektiert werden. Eine Erforderlichkeit der konzerninternen Datenverarbeitung für dieses Interesse ist nicht ersichtlich.

- **Interessen und Rechte der Nutzer**

759 Zu berücksichtigen und abzuwägen sind schließlich die Interessen und Rechte der betroffenen Personen, in diesem Fall der Facebook-Nutzer.

760 Dazu gehört insbesondere das Interesse und Recht der Nutzer an der Wahrung der informationellen Selbstbestimmung und ihrer Privatsphäre. Die Art. 29-Datenschutzgruppe hebt dies in ihrer Stellungnahme zum berechtigten Interesse auch besonders hervor, da in Zeiten zunehmender Verwerfungen im Bereich der „Informationshoheit“, in denen Regierungen und Wirtschaftseinrichtungen gleichermaßen früher beispiellose Mengen von Daten über Personen anhäufen und immer mehr zur Erstellung von detaillierten Profilen in der Lage seien, durch die das Verhalten dieser Personen vorausgesagt werden könne (wodurch das Informationsungleichgewicht verstärkt und die persönliche Autonomie beeinträchtigt

werde), es umso mehr darauf ankomme, dafür zu sorgen, dass die Interessen des Einzelnen an der Wahrung seiner Privatsphäre und Autonomie geschützt werden.⁶⁵⁹

- 761 Darüber hinaus sind auch alle weiteren einschlägigen Interessen des Nutzers zu berücksichtigen, die von der Datenverarbeitung betroffen sind.⁶⁶⁰ Insoweit weist Facebook darauf hin, dass auch und zuvorderst das Interesse des Nutzers berücksichtigt werden müsse, einen möglichst effektiven und hochwertigen Dienst überhaupt angeboten zu bekommen, der als werbefinanzierter Dienst sogar kostenlos sei.⁶⁶¹ Auch die Beschlussabteilung sieht dies als ein berücksichtigungsfähiges Interesse an und trägt dem in der Interessenabwägung Rechnung. Dass dem Nutzer allerdings für den in seinem eigenen Interesse angebotenen effektiven und hochwertigen Dienst hinsichtlich der hier betroffenen Datenverarbeitungsvorgänge aus konzerneigenen Diensten der Einfluss auf seine Interessenwahrnehmung verwehrt bleiben muss, erschließt sich aus dem Vortrag von Facebook nicht. Auch hier ist die Erforderlichkeit im Hinblick auf die datenschutzfreundlichen Alternativen, die z.B. in entsprechenden freiwilligen Optionen der Nutzer liegen, zu verneinen.
- 762 Auch soweit die Nutzergemeinschaft als zu berücksichtigende Interessengruppe anzusehen ist, die ein Interesse an Nutzer- und Netzwerksicherheit hat, ist eine Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für dieses Interesse für die Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO nötig, die - wie oben dargestellt - weder vorgetragen, noch ersichtlich.
- 763 Im Übrigen müssen die Interessen der betroffenen Personen, anders als diejenigen des Verantwortlichen und der Dritten, nicht „berechtigt“ sein, wie der Wortlaut in Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO deutlich macht. Dies bedeutet, dass etwa auch rechtswidrig oder „böswillig“ handelnde Personen keinen unverhältnismäßigen Eingriffen in ihre Rechte ausgesetzt werden können.⁶⁶²

ii. Abwägung anhand der Folgen für die betroffenen Nutzer

- 764 Die von Facebook geltend gemachten berechtigten Interessen für die ausbedungene Datenverarbeitung aus den konzerneigenen Diensten können die zu berücksichtigenden Interessen und Rechte der Facebook-Nutzer nicht überwiegen.
- 765 Zwar haben die kommerziellen Interessen von Facebook im Rahmen der unternehmerischen Freiheit Grundrechtsrelevanz, dies allerdings nur, soweit auch eine

⁶⁵⁹ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 38, [...]

⁶⁶⁰ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 38, [...]

⁶⁶¹ [...]

⁶⁶² Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 38, [...]

Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für geltend gemachten Interessen angenommen werden kann.⁶⁶³ Aber auch wenn eine Erforderlichkeit der Datenverarbeitung angenommen werden könnte, liegt für die Datenverarbeitung im Konzern nach den Auswirkungen der Verarbeitung auf die Interessen und Grundrechte der betroffenen Personen keine hinreichende Ausgewogenheit nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO vor.

766 Entgegen der Ansicht von Facebook sind dabei nicht allein „tatsächliche“ negative Auswirkungen maßgeblich. Es kann insoweit nicht darauf abgestellt werden, dass die einzige negative Folge für den Nutzer in der Anzeige von Werbung liegen könne und diese allenfalls als zu vernachlässigende Unannehmlichkeit keinen Schaden anrichte.⁶⁶⁴ Im Gegenteil legt Facebook hiermit schon im Ausgangspunkt das grobe Missverhältnis zwischen Art und Ausmaß der ohne Einwilligung des Nutzers durchgeführten Datenverarbeitung und dem damit vor allem verfolgten Zweck der Ausspielung von granular personalisierter Werbung auf einem ebenfalls personalisierten Dienst offen.

767 Denn nach den Leitlinien der Art. 29-Datenschutzgruppe sind spezifisch absehbare nachteilige Ergebnisse zwar bedeutsam, der von ihr verwendete Begriff der „Folgen“ ist jedoch sehr viel weiter gefasst als „Schaden“ oder „Nachteil“ für eine oder mehrere speziell betroffene Personen. Damit sind vielmehr alle möglichen (potenziellen oder tatsächlichen) Konsequenzen der Datenverarbeitung gemeint.⁶⁶⁵ Die Art.-29-Datenschutzgruppe hat für die Folgenabschätzung daher weitere Schlüsselfaktoren entwickelt, anhand derer die Auswirkungen für die Interessen und Rechte der betroffenen Personen und damit die Schwere des Eingriffs in die Privatsphäre und die Selbstbestimmung ermittelt und bewertet werden können. Dies sind insbesondere

- die Art der Daten,
- wie Daten verarbeitet werden,
- die begründeten Erwartungen der Personen und
- die Stellung des Verantwortlichen und der betroffenen Personen.⁶⁶⁶

⁶⁶³ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 44, [...].

⁶⁶⁴ [...]

⁶⁶⁵ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 47, [...]

⁶⁶⁶ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 49 ff., [...]

768 Die DSGVO hat nach ihren Erwägungsgründen ebenfalls insbesondere die „vernünftige Erwartung der betroffenen Personen“, sowie die „maßgeblichen und angemessenen Beziehungen zu dem Verantwortlichen“ hervorgehoben.

769 Bei Gesamtbetrachtung dieser Schlüsselfaktoren überwiegen im vorliegenden Fall die nachteiligen Konsequenzen für die Nutzer für ihre Privatsphäre und ihre Selbstbestimmung gegenüber den weitgehend schon mangels Erforderlichkeit kaum berechtigten und daher nicht hinreichend gewichtigen Interessen von Facebook.

- **Art der Daten**

770 Dieses gilt zunächst im Hinblick auf die bei der konzerninternen Datenverarbeitung betroffenen Daten, die als sensible Daten einzustufen sind. Dieses ist der Fall, weil sich die ausbedungene Datenverarbeitung u.a. auch auf besondere Datenkategorien bezieht oder z.B. Kommunikationsdaten sowie Standortdaten betroffen sind.⁶⁶⁷ Auch werden die Nutzer mit der Einbeziehung aller konzerneigenen Dienste, einschließlich der besonders verbreiteten Dienste WhatsApp und Instagram, über alle Dienste und Geräte hinweg verfolgt, so dass aus der Gesamtheit der bei den konzerneigenen Daten in erheblichem Umfang sensible Daten betroffen sind. Der Schutz der Privatsphäre und Autonomie erhält im Hinblick auf die besondere Schutzbedürftigkeit dieser Daten ein hohes Gewicht.

771 Auch bei Betrachtung der einzelnen Dienste sind sensible Daten betroffen. So sind zunächst sämtliche der eben genannten Datenkategorien bei der Erfassung der Daten aus den konzerneigenen Diensten Oculus und Masquerade betroffen. Denn diese Dienste erheben und speichern insbesondere auch eine Vielzahl von Geräteinformationen einschließlich der Standortdaten. Ohne weiteres können hiermit auch besondere Datenkategorien betroffen sein, die sich aus besuchten Webseiten, benutzten Apps und Standorten ergeben können. Wie oben dargestellt (Rn. 584 ff.) ist insoweit ausreichend, dass sich diese Eigenschaft mittelbar aus den Daten ergibt. Im Rahmen der Abwägung ist dabei aber auch zu berücksichtigen, dass die Daten mit den bei Facebook.com schon vorliegenden Nutzerdaten kombiniert werden und sich dadurch ein vollständiges Profil einschließlich besonderer Datenkategorien ergibt.

772 Auch die WhatsApp-Daten hängen mit dem Kommunikationsverhalten der Nutzer eng zusammen und sind daher jedenfalls potenziell sensibel. Dies gilt auch im Hinblick auf die unklaren Aussagen von WhatsApp, inwieweit die WhatsApp-Nachrichten geteilt und genutzt werden sowie der insoweit völlig offenen Formulierung der Facebook-Konditionen. Es werden außerdem auch Daten über die Art und Häufigkeit der

⁶⁶⁷ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 49.

genutzten Features von WhatsApp von der Facebook Ireland Ltd. erfasst. Dazu gehören die Kommunikationsinhalte der „Status“-Funktionalität, in die die Nutzer Nachrichten über ihre gegenwärtige Aktivität, Ort etc. einschließlich von Fotos für alle ihre Kontakte einstellen können. Dieses kann auch nicht als „Veröffentlichung“ und damit als weniger sensibel angesehen werden, da es sich bei den Empfängern durchgängig um einen beschränkten Kreis von Personen handelt. Darüber hinaus sind die Telefon-Nummer und eine Vielzahl weiterer geräteidentifizierender Daten betroffen, die eine Verfolgbarkeit der Nutzer im Internet und die Zuordnung zum Facebook-Konto sicherstellen.

773 Schließlich bezieht sich die Datenverarbeitung der personenbezogenen Daten aus Instagram in hohem Umfang auf sensible Daten. Dies betrifft sämtliche Kommunikationsdaten und -inhalte der Nutzer, Kontakte, Geräteinformationen, Standortinformationen, Signalinformationen u.a. Der erhebliche Umfang an browser- und gerätebezogenen Daten macht den Nutzer identifizierbar und stellt eine Verfolgbarkeit im Internet sicher, ohne dass Steuerungsmöglichkeiten für die betroffenen Nutzer bestehen.

774 Auch bei Instagram wird im Übrigen die Einwilligung für die Verarbeitung von besonderen Datenkategorien nur hinsichtlich der von dem Nutzer aktiv bei Instagram eingegebenen Daten eingeholt. Es wird aber über Cookies und gerätebezogenen Daten das Online-Verhalten der Nutzer verfolgt, so dass auch hier wieder besondere Datenkategorien betroffen sein können. Die mit der Facebook-Datenrichtlinie identische Instagram-Datenrichtlinie weist hinsichtlich der Nutzung der Daten auch für die Zwecke von Facebook.com keinerlei Beschränkungen auf, sondern behandelt die Dienste als gemeinsames Angebot.

- **Art der Datenverarbeitung**

775 Die Art der Datenverarbeitung stellt einen schweren Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Personen dar. Denn die Datenverarbeitung erreicht schon mit den nur auf die konzerneigenen Dienste entfallenden nutzer- und gerätebezogenen Daten nach Art und Menge ein sehr hohes Ausmaß.

776 Besonders problematisch ist darüber hinaus, dass die Daten zu einem ganz überwiegenden Teil für die Zwecke der Personalisierung und Individualisierung des Dienstes Facebook.com und der ausgespielten Werbung erfasst, verknüpft und dem insoweit stattfindenden detaillierten Profiling zugeführt werden. Auch wenn das Angebot eines personalisierten sozialen Netzwerks sinnvollerweise mit einem Profiling einhergehen mag, führt die Datenverarbeitung aus den konzerneigenen Diensten zu einem massiven zusätzlichen Eingriff in die Privatsphäre, da das Profiling um ein

Verfolgen der betroffenen Nutzer über eine unübersehbare Anzahl an Webseiten, Standorten, Geräten und Diensten ergänzt wird.⁶⁶⁸ Zu diesem Zweck wird mit den erfassten Daten darüber hinaus ein umfassendes Browser- bzw. Device-Fingerprinting ermöglicht.

777 Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung hat die Zusammenführung der Daten aus den konzerneigenen Diensten schließlich auch eine erhebliche Bedeutung, da Facebook.com und Instagram sowie Facebook.com und WhatsApp [...] parallel genutzt werden. So nutzten im 1. Quartal 2018 in Deutschland [...] der monatlich und täglich aktiven Facebook-Nutzer auch WhatsApp und [...] der täglichen Facebook-Nutzer auch Instagram. Hinzu kommen die weniger verbreiteten Dienste, die jeweils auch eine Nutzungsparallelität mit Facebook.com aufweisen und die Wahrscheinlichkeit hoch ist, dass darüber hinaus etwa Masquerade parallel mit Instagram genutzt wird. Dieses macht deutlich, dass die Nutzer massenhaft über alle genutzten Webseiten, Geräte und Dienste hinweg insbesondere für Marketing- und Werbezwecke verfolgt werden. In einem solchen Fall hält auch die Art. 29-Datenschutzgruppe eine datenschutzrechtliche Rechtfertigung nur im Wege der freiwilligen Einwilligung für möglich.⁶⁶⁹

- **Vernünftige Erwartungen der Nutzer**

778 Die ausbedungene Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten entspricht auch nicht den im Erwägungsgrund 47 der DSGVO besonders hervorgehobenen vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen, die auf ihren Beziehungen zum Verantwortlichen beruhen. Die schon von der Art. 29-Datenschutzgruppe als Schlüsselfaktor angesehenen „begründeten“ Erwartungen in Bezug auf eine strengere Vertraulichkeit, sind insbesondere anhand der Art des Verhältnisses bzw. der erbrachten Dienstleistung zu bewerten. Entgegen der Ansicht von Facebook⁶⁷⁰ kann nicht angenommen werden, dass sich die Nutzer von Facebook.com bewusst sind, dass dem Facebook-Konto ein hohes Ausmaß an Daten aus weiteren von ihm genutzten Diensten des Facebook-Konzerns zugeordnet und für Personalisierungszwecke genutzt werden.

⁶⁶⁸ So auch Art.-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, S. 16; Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 75-77, [...].

⁶⁶⁹ Art.-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, S. 16; Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 75-77, [...].

⁶⁷⁰ [...]

- 779 Die Beziehung zwischen Nutzern und den verschiedenen Facebook-Angeboten wird zunächst insbesondere durch das Log-In mit dem dienstzugehörigen Konto determiniert. Der Nutzer muss im Zeitpunkt der Erhebung der Daten durch einen vom sozialen Netzwerk getrennten konzerneigenen Dienst wie WhatsApp und Instagram, für den er sich mit einem getrennten Konto anmeldet, vernünftigerweise nicht damit rechnen, dass die Daten auch mit dem Facebook-Konto zusammengeführt und für alle Zwecke des sozialen Netzwerks verwendet werden können.
- 780 Allein aus der Tatsache, dass die Dienste Teil derselben Unternehmensgruppe sind, kann eine solche Erwartung nicht hergeleitet werden. Nicht alle Nutzer kennen im Einzelnen die Unternehmenszugehörigkeit der Dienste zu Facebook. Dies gilt insbesondere für die weniger bekannten Dienste wie Oculus und Masquerade. Hierüber informiert Facebook zwar in seinen Datenrichtlinien. Diese werden jedoch – wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzunehmen ist – regelmäßig nur flüchtig wahrgenommen. Im vorliegenden Fall muss der Nutzer außerdem über einen Hyperlink in der Datenrichtlinie auf eine weitere Seite gelangen, auf der die Unternehmen, die zur Unternehmensgruppe gehören, aufgelistet sind. Hierzu gehören insbesondere die Dienste WhatsApp und Instagram aber auch eine Vielzahl weiterer Unternehmen.⁶⁷¹ Klickt der Nutzer auf einen der Dienste, so wird er auf die Nutzungsbedingungen dieser Dienste weitergeleitet.⁶⁷² Er muss sich jedoch, um zu verstehen, welche seiner Daten verarbeitet werden, die Nutzungsbedingungen jedes einzelnen Dienstes lesen, um einschätzen zu können, welche Daten im Rahmen dieses Dienstes erhoben und mit seinen Daten aus der Facebook-Nutzung kombiniert werden. Zu Recht weist die Art.-29-Datenschutzgruppe daher darauf hin, dass der Sachzusammenhang zu berücksichtigen sei, anstatt sich auf das „Kleingedruckte“ zu verlassen.⁶⁷³
- 781 Die spezifischen Dienste WhatsApp und Instagram wecken nach ihrer Art und Präsentation außerdem eine Erwartung auf eine höhere Vertraulichkeit. Denn es handelt sich bei Instagram und WhatsApp um Kommunikationsdienste, bei denen regelmäßig Inhalte und Nachrichten an einen vom Nutzer festgelegten engeren Kreis gesendet werden. Bei WhatsApp werden die Nachrichten auch verschlüsselt gesendet, so dass hieraus der Eindruck einer hohen Vertraulichkeit auch für alle anderen Daten entsteht. Auch Instagram weckt als Kommunikationsdienst eine entsprechende

⁶⁷¹ Auflistung der „Facebook Unternehmen“ unter <https://de-de.facebook.com/help/111814505650678> (zuletzt abgerufen am 27.07.2018), [...].

⁶⁷² <https://de-de.facebook.com/about/privacy>, [...], unter „Welche Informationen sammeln wir?“: *Wir erhalten Informationen über dich von Unternehmen, die sich im Besitz von Facebook befinden oder von diesem betrieben werden, im Einklang mit deren Bedingungen und Richtlinien. Erfahre mehr über diese Unternehmen und ihre Datenschutzrichtlinien.*“

⁶⁷³ Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 51, [...]

Erwartung hinsichtlich des Umgangs mit solchen Daten einschließlich der Kontakte. Es herrscht zwar eine hohe Öffentlichkeit auf Instagram, die jedoch nicht durchgängig gegeben ist, da auch hier der Nutzer den Kreis der Empfänger beschränken kann.

782 Insgesamt entspricht auch das Ausmaß der möglichen Datenverarbeitung aus allen Diensten des Facebook-Konzerns nicht einer vernünftigen Erwartung der Nutzer. Dies gilt auch und gerade vor dem Hintergrund, dass der Nutzer nicht einschätzen kann, welche Daten in welcher Kombination mit welcher Bedeutung und Auswertungsmöglichkeit bei Facebook verarbeitet werden. Auch wenn angenommen werden kann, dass der durchschnittliche Internetnutzer vernünftigerweise erwarten muss, dass bei den meisten Online-Diensten eine Form des Tracking auch bei anderen Diensten stattfindet, muss er weder mit einer solchen Intensität, die nach den Konditionen möglich ist, noch mit einer durchgängigen Zusammenführung mit dem Facebook-Konto rechnen.⁶⁷⁴

- **Stellung des Verantwortlichen und der Nutzer**

783 Schließlich führt die Stellung von Facebook gegenüber den Nutzern dazu, dass die Schutzbedürftigkeit vor dem mit der konzerninternen Datenverarbeitung verbundenen massiven Eingriff in die Privatsphäre besonders hoch ist und Vorrang vor den Interessen von Facebook erhalten muss. Denn Facebook hat als multinationales Großunternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung durch die sich daraus ergebene Verhandlungsmacht die Möglichkeit, den Nutzern weitreichende Datenverarbeitung einseitig aufzuerlegen.

784 Nach der Stellungnahme der Art. 29-Datenschutzgruppe ist ausdrücklich auch die marktbeherrschende Stellung in die Interessenabwägung einzustellen. Es sei bedeutsam, ob der Verantwortliche eine Einzelperson, eine kleinere Organisation, ein multinationales Großunternehmen oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft sei. Je nach den besonderen Umständen könne seine Stellung in Bezug auf die betroffene Person mehr oder weniger beherrschend sein. Ein multinationales Großunternehmen könne beispielsweise über mehr Ressourcen und Verhandlungsstärke verfügen als die einzelne betroffene Person; daher befinde es sich womöglich in einer besseren Position, um der betroffenen Person aufzuerlegen, was nach seiner Meinung in ihrem „berechtigten Interesse“ liege. Dieses kann umso mehr zutreffen, wenn das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. So wie das Verbraucherschutz- und das Wettbewerbsrecht sicherzustellen helfe, dass mit dieser Macht kein Missbrauch getrieben wird, könne auch das Datenschutzrecht eine wichtige Rolle spielen, wenn es darum gehe, dafür zu sorgen, dass die Rechte und Interessen

⁶⁷⁴ Vgl. Härting, Datenschutz-Grundverordnung, Rn. 437.

der betroffenen Personen nicht über Gebühr beeinträchtigt werden.⁶⁷⁵ Eine Verknüpfung des Datenschutzrechts mit der kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung ist hier ausdrücklich angesprochen.

785 Auf dieser Grundlage spricht im vorliegenden Fall schon die monopolartige Stellung von Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzung (oben Rn. 374 ff.) und der sich daraus ergebende Datenverarbeitungsspielraum für eine besondere Verhandlungsstärke, die eine einseitige Durchsetzung der Interessen von Facebook ermöglicht. Der Vortrag von Facebook zeigt auch, dass das Unternehmen den Nutzern einseitig auferlegt, was nach seiner Meinung in ihrem „berechtigten Interesse“ zu liegen habe. So betont Facebook mehrfach in seinem Vortrag, dass die Personalisierung und Individualisierung des Dienstes und der Werbung im Interesse des Nutzers sei und dieser davon profitiere.⁶⁷⁶ Auch ist an der Umstellung der Rechtsgrundlagen von einer an die Bereitstellung des Dienstes gekoppelten Einwilligung auf die vermeintliche Erforderlichkeit für die von Facebook in den Nutzungsbedingungen einseitig auferlegten extensiven Vertragsgegenstände ersichtlich, dass das Unternehmen den bestehenden Verhandlungs- und Datenverarbeitungsspielraum massiv für seine Interessen nutzt. Eine Selbstbestimmung über die eigenen Interessen der Nutzer lässt Facebook bezüglich der konzerninternen Verarbeitung nicht zu. Darüber hinaus ist, wie oben dargestellt, zu berücksichtigen, dass der konzerninternen Datenverarbeitung aus weiteren Diensten die Gefahr innewohnt, die Marktmacht von Facebook gegenüber den Nutzern weiter zu verstärken, indem sie auf andere Dienste - insbesondere Instagram - übertragen wird und indem durch Ausspähen des Nutzerverhaltens bei Wettbewerbsangeboten vorstoßender Wettbewerb abgewehrt wird. Die Verhandlungsstärke und die Möglichkeit der einseitigen Durchsetzung von Datenverarbeitungskonditionen werden dadurch verstärkt.

786 Bei der Machtstellung von Facebook ist im Rahmen der Interessenabwägung außerdem zu berücksichtigen, dass es sich bei den Nutzern von Facebook.com, Instagram und WhatsApp sowie auch Masquerade in erheblichen Maße um Jugendliche oder junge unerfahrene Personen handelt, die häufig einen bedenkenlosen sowie vertrauensvollen Umgang mit Internetdiensten pflegen und ihre Interessen gegenüber einem multinationalen, marktbeherrschenden Unternehmen nicht durchsetzen können. So sind nach der ARD/ZDF-Online-Studie 2017 die stärkste Nutzergruppe bei WhatsApp die 14-19jährigen (90% aller Befragten), gefolgt von den 14-29jährigen (87% aller Befragten). In der Gruppe der 30-49jährigen nutzen nur noch

⁶⁷⁵ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 51, [...]

⁶⁷⁶ [...]

72% der Befragten den Dienst; 41% der 50-69jährigen und 13% der über 70jährigen nutzten WhatsApp.⁶⁷⁷ Auch bei Instagram wächst die Gruppe der unter 19jährigen stark an. Rund 37% der Nutzer von Instagram sind zwischen 14 und 29 Jahre. Instagram weist dabei ein erhebliches Wachstum auf. Hatte der Dienst im Jahr 2016 noch rund 9 Mio. Nutzer in Deutschland, waren es im Jahr 2017 bereits 15 Mio. Nutzer. Die Gruppe der 14-19jährigen wächst nach öffentlichen Zahlen mit einer Rate von rund 16% am stärksten an.⁶⁷⁸

iii. Fehlende Schutzmaßnahmen

- 787 Schließlich sind bezüglich der Datenverarbeitung aus konzerninternen Diensten auch zusätzliche Schutzmaßnahmen, die einen ausgewogenen Interessenausgleich herstellen könnten, weder vorgetragen noch ersichtlich.
- 788 Dabei geht es zunächst um die Einhaltung der sog. horizontalen Bestimmungen der DSGVO, die in den allgemeinen datenschutzrechtlichen Verpflichtungen u.a. in Bezug auf Transparenz und Verhältnismäßigkeit bestehen.⁶⁷⁹ Das bedeutet allerdings nicht, dass die Einhaltung dieser horizontalen Anforderungen als solche stets ausreichend ist, eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO zu gewährleisten. Vielmehr sind in den Fällen, in denen nicht klar ist, auf welche Seite sich die Waagschale neigen sollte, *zusätzliche* Maßnahmen, die über die Einhaltung der horizontalen Bestimmungen hinausgehen, möglicherweise geeignet, ein Gleichgewicht herzustellen. Eine dieser zusätzlichen Maßnahmen könnte nach den Leitlinien der Art.-29-Datenschutzgruppe zum Beispiel darin bestehen, dass ein einfach handhabbarer und zugänglicher Mechanismus bereitgestellt wird, mit dem die betroffenen Personen eine Möglichkeit erhalten, die Verarbeitung ohne Bedingungen abzulehnen.⁶⁸⁰
- 789 Ferner weist die Art. 29-Datenschutzgruppe auf technische und organisatorische Maßnahmen zur Sicherstellung, dass die Daten nicht für Maßnahmen im Zusammenhang mit einzelnen Personen benutzt werden können ("funktionelle Trennung"), verstärkte Nutzung von Anonymisierungstechniken, Aggregation von Daten, Technologien zur Stärkung der Privatsphäre, Privacy by Design, Abschätzung der Folgen für die Privatsphäre und den Datenschutz, verstärkte Transparenz, ein

⁶⁷⁷ http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/files/2017/Artikel/917_Koch_Frees.pdf (zuletzt abgerufen am 10.01.2019), S.444.

⁶⁷⁸ <https://www.crowdmedia.de/social-media/instagram-nutzerzahlen-in-deutschland-2018/> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁶⁷⁹ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 52, [...]

⁶⁸⁰ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 53, [...]

allgemeine und nicht an Bedingungen geknüpftes Recht auf Verweigerung der Datenverarbeitung, Datenportabilität und verwandte Maßnahmen hin.

- 790 Auf dieser Grundlage sieht die Beschlussabteilung für die hier betroffene Datenverarbeitung schon keinen Fall, der hinsichtlich der Frage der Ausgewogenheit unklar ist. Vielmehr liegt schon auf der Grundlage der dargestellten Schlüsselfaktoren ein grobes Missverhältnis zwischen dem Ausmaß der Datenverarbeitung und den zu weiten Teilen nicht berechtigten Interessen von Facebook vor. Es kommt im vorliegenden Fall noch hinzu, dass keine Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit der Datenverarbeitung aus konzernerneigenen Diensten ersichtlich sind. Aus Sicht der Beschlussabteilung werden insoweit auch die horizontalen Bestimmungen nicht eingehalten.
- 791 Dies gilt insbesondere für die in Art. 5 Abs. 1 a) DSGVO geregelte Transparenzverpflichtung hinsichtlich der Datenverarbeitung aus konzernerneigenen Diensten, die u.a. auch dahin gehend besteht, in welchem Umfang die personenbezogenen Daten verarbeitet werden und künftig noch verarbeitet werden. Der Grundsatz der Transparenz setzt darüber hinaus voraus, dass alle Informationen und Mitteilungen zur Verarbeitung dieser personenbezogenen Daten leicht zugänglich und verständlich und in klarer und einfacher Sprache abgefasst sind.⁶⁸¹
- 792 Es finden sich in den Datenrichtlinien der konzernerneigenen Dienste zwar teilweise Ausführungen zu der Datenerfassung und -verarbeitung für die Zwecke von Facebook.com. Sie sind jedoch nur mit diversen Klicks von Facebook aus verfügbar und nicht in der Facebook-Datenrichtlinie selbst dargestellt. Der Nutzer muss zwischen den Datenrichtlinien hin und her wechseln, um Informationen über die Gesamtheit der bei Facebook aus den konzerninternen Diensten kombinierten Daten zu erhalten. Dabei ist es nach den Datenrichtlinien von WhatsApp darüber hinaus unklar, in welchem Umfang WhatsApp-Nachrichten für die Verbesserung des Produkterlebnisses bei Facebook.com genutzt werden. Bei Instagram findet sich kein Hinweis darauf, in welchem Umfang die Daten für Facebook.com genutzt werden. Insoweit finden sich nur wechselseitige Bezugnahmen auf dieselbe allgemeine Formel, nach der Datenverarbeitung über die Facebook-Unternehmen hinweg erfolgt.
- 793 Es finden sich auch keinerlei Optionen für die Nutzer, mit denen sie in einer nutzerfreundlichen Weise die Verarbeitung aus den konzerninternen Dienst ablehnen können. Selbst die Ausübung des nach Art. 21 DSGVO zwingend bestehenden Widerspruchsrecht der Nutzer bei einer Datenverarbeitung auf der Grundlage des Art. 6 Abs. 1 e) und f) DSGVO ist im vorliegenden Fall schwer einzusetzen, da nach den

⁶⁸¹ Vgl. Erwägungsgrund 37 der DSGVO.

veröffentlichten Rechtsgrundlagen von Facebook unklar ist, welche Datenverarbeitung auf welcher Rechtsgrundlage erfolgt. Jeder Widerspruch – mit Ausnahme derjenigen von Minderjährigen – lässt sich nach den Facebook-Konditionen damit ablehnen, dass die Datenverarbeitung für die Vertragserfüllung erforderlich sei.

- 794 Es sind keinerlei Regelungen etwa hinsichtlich von Haltefristen oder sonstige Datenminimierungsmaßnahmen ersichtlich. Es kann bezüglich der Daten aus den konzerneigenen Diensten – anders als bei den Facebook-Partnern – noch nicht einmal die zielgerichtete Werbung deaktiviert werden. Es existieren damit überhaupt keine Instrumente, mit denen den Nutzern eine wirksame Kontrolle über die diensteübergreifende Kombination ihrer Daten ermöglicht wird.⁶⁸² Facebook weist insoweit lediglich darauf hin, dass kein Nutzer dazu gezwungen wird, die Dienste der Facebook-Unternehmen zu nutzen. Facebook erklärt darüber hinaus im vorliegenden Verfahren sogar, dass die Einstellung der Nutzung von Facebook die einzige angemessene Reaktion für einen Nutzer, der keinen personalisierten Dienst wünsche, wäre. Selbstbestimmungs- und Kontrollmöglichkeiten der Nutzer werden damit ausdrücklich abgelehnt.
- 795 Facebook weist in seinen Rechtsgrundlagen ausschließlich auf Schutzmaßnahmen für Minderjährige hin, die jedoch nur einen Aspekt der Abwägung betreffen, und letztlich auch nicht als Rechtfertigung für Datenverarbeitung aus anderen Diensten herangezogen werden können, die für die genannten Zweck nicht zwingend erforderlich sind.

(b) Facebook Business Tools

- 796 Auf der Grundlage der dargestellten Grundsätze ist auch die ausbedungene umfassende Datenerfassung und -zusammenführung von personenbezogenen Daten von Drittwebseiten und Apps, die die von Facebook angebotenen Facebook Business Tools nutzen, nicht nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO gerechtfertigt.
- 797 Die ausbedungene Datenverarbeitung von Drittanbietern über die Facebook Business Tools ist ebenfalls mangels klarer Artikulation und Erforderlichkeit weitgehend nicht von berechtigten Interessen gedeckt (dazu i.). In der Abwägung anhand der Folgen für die betroffenen Nutzer streiten die Schlüsselfaktoren für das Interesse und Recht der Nutzer an dem Schutz ihrer Privatsphäre und Autonomie (dazu ii.). Es sind gegenwärtig

⁶⁸² Vgl. hierzu auch das Beispiel 26 der Art.29-Datenschutzgruppe, Art.29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 86, [...]

keine Schutzmaßnahmen umgesetzt, die einen ausgewogenen Interessenausgleich herstellen (dazu iii.).

i. **Berechtigte Interessen**

798 Berücksichtigungsfähige berechtigte Interessen, für die die Datenverarbeitung über Facebook Business Tools in dem nach den Konditionen möglichen Ausmaß erforderlich wäre, hat Facebook in weiten Teilen nicht klar artikuliert.

• **Interessen von Facebook**

799 Die von Facebook im vorliegenden Fall auch für die Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools geltend gemachten Ziele der Personalisierung von Facebook.com einschließlich der zielgerichteten Werbung, die Mess- und Analysezwecke, die Nutzer- und Netzwerksicherheit sowie die in den veröffentlichten Rechtsgrundlagen vor allem erwähnte „Bereitstellung genauer und zuverlässiger Berichte für die Werbekunden, Entwickler und sonstiger Partner, um eine genaue Preisgestaltung und genaue Leistungsstatistiken zu gewährleisten, und um den Wert aufzuzeigen, den unsere Partner durch die Nutzung der Produkte der Facebook-Unternehmen realisieren,⁶⁸³ können grundsätzlich berechtigte Interessen nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO darstellen. Entscheidend ist dabei, wie oben dargestellt, ob das rechtmäßige Interesse für die Prüfung der Ausgewogenheit hinreichend klar artikuliert ist und tatsächlich sowie gegenwärtig existiert. Weder sind die die Interessen von Facebook, das insoweit darlegungspflichtig ist, hinreichend klar artikuliert, noch ist für die einzelnen Facebook Business Tools die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung anzunehmen.

○ **Keine hinreichend klare Artikulation der Interessen**

800 Denn Facebook trägt im vorliegenden Verfahren, wie oben dargestellt, lediglich vor, dass die Datenverarbeitung, die Facebook vornimmt einschließlich derjenigen aus Facebook Business Tools, nicht nur für die Vertragserfüllung erforderlich, sondern auch wegen überwiegender Interessen gerechtfertigt sei. Facebook habe dabei ein berechtigtes Interesse an einer Verarbeitung von Daten auch aus Drittquellen zum Zwecke der Individualisierung seines Dienstes sowie zu Werbe- und Analysezwecken, um die Finanzierung des Dienstes zu gewährleisten. Darüber hinaus seien die Erhebung und Verarbeitung von Daten aus Drittquellen auch insoweit durch berechtigte Interessen gerechtfertigt, als sie zur Förderung der Netzwerk- und Nutzersicherheit dienen. Die Datenverarbeitung zu Sicherheitszwecken sei schon zur Gewährleistung der generellen Funktionsfähigkeit zwingend erforderlich.

⁶⁸³ Facebook Rechtsgrundlagen, https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases, [...].

- 801 Die Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools wird in den veröffentlichten Rechtsgrundlagen, wie oben dargestellt (Rn. 631), neben der Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung und der Einwilligung für die Verwendung für personalisierte Werbung auch mit der Bereitstellung der Mess- und Analysedienste als berechtigtes Interesse gerechtfertigt, aber nur soweit Facebook auch Datenverantwortlicher ist. Die Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools sehen, wie oben dargestellt (Rn.136), für die Datenverarbeitung für die Messung der Wirkung von Werbeanzeigen und Facebook Analytics über die Nutzung des Facebook Pixels, der SDKs oder andere Schnittstellen eine – nicht wirksam vereinbarte – Auftragsverarbeitung vor. Diese überträgt den Drittanbietern die alleinige Datenverantwortlichkeit für die Zwecke der Bereitstellung von Kampagnenberichten und Analysen und um Einblicke bezüglich der Kunden und ihrer Nutzung von Apps, Webseiten, Produkte und Dienstleistungen zu erstellen.
- 802 Für die Datenverarbeitung aus den gleichen Tools und bezüglich „sonstiger Unternehmens-Services“, beruft sich Facebook in den Rechtsgrundlagen außerdem auf ein berechtigtes Interesse an der „Bereitstellung genauer und zuverlässiger Berichte für unsere Werbekunden, Entwickler und sonstiger Partner, um eine genaue Preisgestaltung und genaue Leistungsstatistiken zu gewährleisten, um den Wert aufzuzeigen, den unsere Partner durch die Nutzung der Produkte der Facebook-Unternehmen realisieren“. Den Nutzungsbedingungen für Facebook Business Tools lassen sich in den Punkten 5 iii.-v. entnehmen, dass Facebook die über die Facebook Business Tools erfassten Daten durchgängig für Personalisierungszwecke, Sicherheitsaspekte, Forschungs- und Entwicklungszwecke und Verbesserung der Facebook-Produkte verwendet.⁶⁸⁴ Nach der ebenfalls weiterhin in Bezug genommenen Facebook Plattform-Richtlinie erhält Facebook bei Nutzung etwa von Sozialen Plugins die Möglichkeit, die Drittwebseite und App für „jedweden Zweck zu analysieren, auch für kommerzielle Zwecke“.⁶⁸⁵
- 803 Auch dieser Vortrag von Facebook stellt keine hinreichend klare Artikulation der berechtigten Interessen dar, die der Abwägungsprüfung mit den Interessen und Rechten der betroffenen Personen zugänglich wäre. Denn er substantiiert wiederum weder im Einzelnen die eigenen Interessen – etwa den Inhalt und die Relevanz der „Preisgestaltung“ oder „Leistungsstatistiken“ für alle genannten Dienste –, noch ist eine

⁶⁸⁴ https://www.facebook.com/legal/technology_terms; [...].

⁶⁸⁵ S. Pkt. 7.1 bis 3 der Facebook Plattform-Richtlinie, <https://developers.facebook.com/policy/>: „Dies solltest Du wissen: 7.1: Wir können Deine App, Webseite, Inhalte und Daten für jeden Zweck analysieren, auch für kommerzielle Zwecke“, 7.2: Wir können Daten im Zusammenhang mit deiner Nutzung der SDKs überwachen und sammeln; 7.3: wir verwenden die von dir bzw. im Zusammenhang mit deiner Plattformintegration erhaltenen Informationen gemäß unserer Datenrichtlinie (...).“,[...]

differenzierte Darstellung ersichtlich, aus der sich die Erforderlichkeit für diese Zwecke der im Einzelnen aus den verschiedenen Facebook Business Tools erfassten und erfassbaren Daten sowie ihrer Zuordnung zu den Facebook-Konten ergibt. Auch erklärt sich Facebook auch hier nicht zur Art der Datenverarbeitung, insbesondere zu dem für die Personalisierung des Dienstes und die Werbung eingesetzten Profiling und dem Beitrag der betroffenen Daten aus den Facebook Business Tools hierzu.

804 Facebook erklärt vielmehr für alle Facebook Business Tools erneut sowohl im Vortrag im vorliegenden Verfahren als auch in den verschiedenen aufeinander Bezug nehmenden Richtlinien, dass jegliche Datenverarbeitung möglich ist und für eine Vielzahl allgemein umschriebener berechtigter Interessen nötig sei.

○ **Keine Erforderlichkeit der ausbedungenen Datenverarbeitung**

805 Es kann nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung auch für die Facebook Business Tools nicht angenommen werden, dass das nach den Konditionen mögliche Ausmaß der Datenverarbeitung sowie der tatsächlich durchgeführten Datenverarbeitung für die genannten Zwecke erforderlich ist.

806 Wie dargestellt (Rn.139 ff.), erhält Facebook über die Einbindung der Facebook Business Tools einen direkten Zugriff auf umfassende Daten über die Nutzer sowie deren Nutzungsverhalten bei den jeweiligen Anbietern, die Facebook-Dienste nutzen. Die Einbindung des Facebook Business Tools kann sich als für den Nutzer sichtbarer Inhalt auf der Webseite durch eine entsprechende Schaltfläche wie der „Gefällt-Mir-Button“, der „Teilen-Button“ oder der „Facebook-Login-Button“ äußern. Die Schnittstelle muss aber für den Nutzer nicht unbedingt sichtbar sein wie es z.B. bei der Einbindung des Facebook-Pixel auf der Webseite bei den Mess- und Analysetools in der Regel der Fall ist.

807 Aus Sicht der Beschlussabteilung ist ein Datenfluss weder überhaupt noch in dem ausbedungenen und praktizierten Ausmaß bei Aufruf der Webseite oder App ohne eine Einflussmöglichkeit des Nutzers sowie dessen Zuordnung zu dem jeweiligen Facebook-Konto und Verwendung für die von Facebook geltend gemachten Interessen und Zwecke erforderlich.

Soziale Plugins

808 Dieses gilt zunächst für die Sozialen Plugins, die es dem Facebook-Nutzer ermöglichen, direkt von Drittwebseiten oder –Apps mit ihrem Netzwerk auf Facebook zu kommunizieren. Facebook bietet auf der anderen (Markt-)Seite den Betreibern von Webseiten oder Apps die Möglichkeit, die eigene Reichweite durch den Werbeeffect bei Betätigung der Plugins und der dadurch bewirkten Verbreitung der Webseite auf Facebook.com zu erhöhen. Darüber hinaus kann das Drittunternehmen über das

Facebook Analyseprodukt „Sharing Insight“ Informationen über die Verbreitung der Webseite bei Facebook.com erhalten, wenn Nutzer den Gefällt-Mir- oder den Teilen-Button anklicken. Dabei können die Aktivitäten des Nutzers auf der betreffenden Webseite und die URL der davor besuchten Webseite umfassend verfolgt werden.

- 809 Die Bereitstellung einer Gefällt-Mir oder Teilen-Funktionalität oder eines anderen Sozialen Plugins für Facebook-Nutzer und die Drittunternehmen erfordert, wie dargestellt (s.o. Rn. 703), jedoch gerade keinen Datenfluss an Facebook über die Nutzung der Webseite ohne die Interaktion des Nutzers mit der Schaltfläche. Erst wenn der Nutzer ihn betätigt, wird ein bestimmter Datensatz erforderlich, der die Zuordnung zu dem Facebook-Konto, unter dem es auf Facebook.com verbreitet werden soll, ermöglicht. Nur dann sind auch die Mess- und Analysezwecke der Sozialen Plugins betroffen. Denn das insoweit maßgebliche Analyseprodukt „Sharing Insights“ erfordert gerade die Interaktion der Nutzer mit dem Plugin, um auf Facebook.com messbare Kommunikation auszulösen. Die Einbindung eines Sozialen Plugins impliziert nicht gleichzeitig auch die Nutzung der Mess- und Analyseprodukte im Rahmen von Facebook Analytics oder die Nutzung der Werbeanzeigen auf Facebook. Eine Erforderlichkeit für die Funktionalitäten der Sozialen Plugins kann daher nicht angenommen werden.
- 810 Facebook kann den direkten Zugriff auf Daten der Drittwebseiten und Apps neben den oben genannten Interessen und Zwecken auch nicht damit begründen, dass es den Plugin technisch aktuell halten könne, ohne dass die Drittwebseiten und Apps hier tätig werden müssen. Es ist nicht erkennbar, inwieweit hierfür bei jedem Aufruf durch einen Nutzer eine Vielzahl von Daten mit einer Zuordnung zum Facebook-Konto über das Nutzerverhalten auf einer fremden Webseite fließen muss. Das gleiche gilt für den direkten Datenfluss an Facebook ohne Umweg über die einbindende Webseite oder App. Auch kann sich Facebook nicht darauf berufen, dass auf diese Art und Weise vermieden werde, dass die Drittwebseiten und Apps die personenbezogenen Daten erhalten, die Facebook durch den Zusammenführungsprozess gewinnt.⁶⁸⁶ Eine Schutzfunktion ist angesichts der von Facebook zu eigenen Geschäftszwecken erfassten und verwendeten Daten, die für die Zwecke der Funktionalität für Nutzer und Drittanbieter nicht erforderlich sind, nicht erkennbar.
- 811 Auch die weiteren in der Datenrichtlinie und den verschiedenen in Bezug genommenen Dokumenten aufgeführten Zwecke des sozialen Netzwerkes, für die diese Daten verwendet werden können, lassen nicht erkennen, inwieweit eine zusätzliche umfangreiche Datenerfassung bei einer unbegrenzten Anzahl von Webseiten und

⁶⁸⁶ [...]

Apps über Soziale Plugins erforderlich sein sollen und warum dieses nicht bereits mit der umfangreichen Datenverarbeitung auf Facebook.com selbst erfolgen kann. Gleiches gilt für Sicherheits- und Forschungszwecke. Insoweit kann auf die Ausführungen zu den konzerneigenen Diensten (s.o. Rn. 750 ff.) verwiesen werden. Die bloße Nützlichkeit für die Zwecke des sozialen Netzwerkes reicht – wie dargestellt – nicht aus.

Facebook Login und Account Kit

- 812 Die Datenverarbeitung über das *Facebook Login und Account-Kit* bei Aufruf der Webseite oder App, ohne dass der Nutzer die Schaltfläche betätigt, ist für die dargestellten Zwecke von Facebook ebenfalls nicht erforderlich. Dabei gelten im Wesentlichen dieselben Erwägungen wie für die Sozialen Plugins.
- 813 Denn die Funktionsweise dieser Schnittstellen ist im Wesentlichen identisch ausgestaltet: Drittwebseiten können auf ihrer Seite ein „Facebook Login“ anbieten, das es dem Nutzer ermöglicht, sich auf der Webseite mit seinen Facebook Registrierungsdaten oder durch die Eingabe seiner Handynummer oder E-Mail-Adresse (sogenanntes „Account Kit“) einzuloggen.⁶⁸⁷ Der Nutzer muss sich dadurch nicht bei jeder Registrierung auf einer Webseite mit einem neuen Anmeldenamen und einem Passwort registrieren. Darüber hinaus hat der Nutzer die Möglichkeit, weitere personenbezogenen Daten auf die App zu übertragen, so dass er bei der Anmeldung bei einer neuen Webseite oder App z.B. kein Nutzerprofil erstellen muss.
- 814 Den Webseiten oder Apps bietet Facebook mit der Integration des Facebook Logins folgende Vorteile: Zunächst erleichtert die Integration des Facebook Logins die Gewinnung von neuen Nutzern, die sich schnell und unkompliziert auf der jeweiligen Webseite/App registrieren können.⁶⁸⁸ Besonderer Vorteil für die Unternehmen ist dabei, dass Nutzer sich bei Facebook.com mit ihrer „wahren Identität“ und nicht unter Pseudonym anmelden.⁶⁸⁹ Durch Facebook Login hat die Drittwebseite/App außerdem Zugriff auf weitere Nutzungsdaten. So hat die Webseite/App Zugriff auf das „öffentliche Profil“, die primäre E-Mail-Adresse sowie die Freundesliste⁶⁹⁰ des Nutzers und nach

⁶⁸⁷ [...]

⁶⁸⁸ <https://developers.facebook.com/docs/facebook-login/overview/>, [...], unter

„Plattformübergreifendes Login:

Facebook Login steht auf den gängigsten Plattformen für mobile und Desktop-Apps zur Verfügung. Nutzer, die über Facebook Accounts auf einer Plattform erstellen, können sich auch schnell und einfach auf einer anderen Plattform bei deiner App anmelden. Eine Person verfügt immer und überall über dieselbe Nutzer-ID, wodurch eine nahtlose, plattformübergreifende App-Erfahrung gewährleistet wird. Facebook Login ist verfügbar für iOS, Android, Web und Windows Phone, für Desktop-Apps und für Smart-TVs, Internet-of-Things-Objekte und ähnliche Geräte.“

⁶⁸⁹ <https://developers.facebook.com/docs/facebook-login/overview/>, [...]

⁶⁹⁰ S. unter <https://developers.facebook.com/docs/facebook-login/overview/>, [...]: „Soziales Viele der Apps, die eine hohe Nutzerbindung vorweisen können, ermöglichen es ihren Nutzern, sich mit

Durchlaufen des Facebook-internen „Review Prozesses“ dann noch auf ca. 30 weitere Nutzerdaten. Facebook bewirbt im Internet das „Facebook Login“-Produkt damit, dass das Unternehmen Informationen über den Nutzer sammeln kann, die dieses ansonsten „auf komplizierte und mühsame Weise über das eigene Registrierungsformular einholen müsste“.⁶⁹¹

- 815 Facebook-Login ist darüber hinaus durch das Erfordernis des Facebook-SDK (auch bei Webseiten in Form des SDK für JavaScript) kombinierbar mit weiteren Funktionalitäten, insbesondere verschiedenen weiteren Sozialen Plugins und der sog. „Graph API“. Letztere ermöglicht dem Drittanbieter einen Zugriff auf den sog. „Social Graph“ von Facebook. Dabei handelt es sich um die Gesamtheit der auf den Facebook Servern gespeicherten Nutzerdaten sowie ihrer Beziehungen und Aktionen untereinander. Der Drittanbieter kann Daten aus dem Social Graph in seinen Webdienst oder in seine App einbinden, wie z.B. die „Likes“ (Gefällt Mir) oder Bewertungen. Der Drittanbieter kann darüber hinaus auch Daten in den Social Graph schreiben. Dies erfolgt insbesondere, wenn der Nutzer bei dem Drittanbieter „soziale Handlungen“ durchführt, wie etwa Teilen, Kommentare oder – z.B. bei sozialen Spielen – das Ansprechen von Facebook-Freunden mit bestimmten Aktionen.
- 816 Facebook erhält bei Einbindung des Facebook Logins in derselben Weise wie bei den Sozialen Plugins von den Drittwebseiten Informationen darüber, bei welchen Webseiten/Apps sich ein Facebook-Nutzer registriert und wie der Nutzer die jeweilige Webseite/App nutzt, sowie browser- und gerätebezogene Informationen. Für einen Datenfluss ist dabei eine Betätigung des Facebook Login durch den Nutzer ebenso wenig erforderlich wie bei den Sozialen Plugins. Der Umfang der Daten, die Facebook dabei gegenwärtig erhält, entspricht zunächst demjenigen bei den Sozialen Plugins. Nach Vortrag von Facebook erhält das Unternehmen darüber hinaus auch die Log-In-Informationen des Nutzers, die dieser bei dem Anbieter, der Facebook Login eingebunden hat, direkt und manuell – ohne Nutzung des Facebook Login – eingibt.⁶⁹²
- 817 Die Bereitstellung einer komfortablen Log-In-Funktionalität für Facebook-Nutzer erfordert zunächst ebenso wie die Nutzung von Sozialen Plugins, wie oben dargestellt,

Freunden zu verbinden, um die App gemeinsam zu erleben. Mit Facebook Login weißt du somit auch ganz genau, welche deiner Nutzer auf Facebook miteinander befreundet sind. Du kannst also Menschen miteinander verbinden und somit Mehrwert schaffen.“

⁶⁹¹ S. unter <https://developers.facebook.com/docs/facebook-login/overview/>, B6-22/16, Bl. 11118 ff. der Akte: „Eine personalisierte Nutzererfahrung verbindet den Nutzer stärker mit deiner App und führt zu höherer Nutzerbindung. Mit Facebook Login kannst du Informationen sammeln, die du normalerweise auf komplizierte und mühsame Weise über dein eigenes Registrierungsformular einholen müsstest, z. B. dazu, was Nutzer mit „Gefällt mir“ markiert haben, zu Geburtstagen, Heimatstädten, aktuellen Aufenthaltsorten oder beruflichen Werdegängen. Selbst, wenn ein Nutzer nur sein Profilbild aus Facebook in deine App importieren kann, fühlt er sich bereits stärker mit deiner App verbunden.“

⁶⁹² [...]

(Rn. 703) keinen Datenfluss an Facebook über die Nutzung der Webseite oder gar die Anmeldedaten des Nutzers ohne die Interaktion des Nutzers mit der Schaltfläche. Erst wenn der Nutzer die Schaltfläche betätigt, wird die Übermittlung eines begrenzten Datensatzes auch in Richtung Facebook für die Übertragung der Log-In-Daten an die Webseite erforderlich. Die Einbindung eines Facebook Logins impliziert auch nicht die Nutzung der Mess- und Analyseprodukte im Rahmen von Facebook Analytics oder die Nutzung der Werbeanzeigen auf Facebook. Eine Erforderlichkeit eines von Nutzer nicht gesteuerten Datenflusses für die Funktionalitäten des Facebook Login oder Account Kit kann daher nicht angenommen werden.

- 818 Auch die weiteren in der Datenrichtlinie und den verschiedenen in Bezug genommenen Dokumenten aufgeführten Zwecke des sozialen Netzwerkes, für die diese Daten verwendet werden können, lassen nicht erkennen, inwieweit zusätzliche Datenerfassungen bei einer unbegrenzten Anzahl von Webseiten und Apps über das Facebook Login und Account Kit erforderlich sein soll und warum dieses nicht bereits mit der umfangreichen Datenverarbeitung auf Facebook.com selbst erfolgen kann. Gleiches gilt für Sicherheits- und Forschungszwecke. Insoweit wird erneut auf die Ausführungen zu den konzerneigenen Diensten (s.o. Rn. 750 ff.) verwiesen.

Pixel- und SDK-basierte Mess- und Analysedienste

- 819 Bezogen auf die auf Basis des *Facebook Pixel und SDK* angebotenen *Mess- und Analysedienste* ist die stattfindende umfangreiche Datenverarbeitung mit Zuordnung der erfassten Daten zu dem jeweiligen Facebook-Konto für die geltend gemachten Interessen ebenfalls nicht erforderlich.
- 820 Wie dargestellt, wird über das Facebook Pixel zunächst der bei der Einbindung jeder Schnittstelle erhobene Datensatz des „http-Headers“ an Facebook gesendet. Bei Aufruf der Webseite wird standardmäßig ein Standard-Web-Protokoll erstellt, das IP-Adressen, Informationen zum Web-Browser, zum Speicherort der Seite, zum Dokument, zum Referrer (die Webseite, über die der Benutzer zur aktuellen Webseite gekommen ist) und zur Person, die die Webseite nutzt, umfasst. Weiterhin erfasst Facebook über das Pixel „pixelspezifische Daten“ („pixel-specific data“), darunter die Pixel-ID und den Facebook-Cookie. Auch erfasst Facebook standardmäßig „Klickdaten“ für Buttons („Button Click Data“), also Daten über alle Buttons, auf die die Besucher der Webseite geklickt haben, die Beschriftung dieser Buttons und alle Seiten, die als Ergebnis dieser Button-Klicks aufgerufen werden.⁶⁹³

⁶⁹³ <https://de-de.facebook.com/business/help/553691765029382>, [...]

- 821 Darüber hinaus kann der Webseitenbetreiber bestimmte Nutzer-Aktionen („Events“) bezüglich der Nutzung der Drittwebseite oder App konfigurieren. In diesem Falle empfängt Facebook zusätzliche Informationen über das Nutzerverhalten auf Drittwebseiten und Apps.⁶⁹⁴ Zu den vorkonfigurierten fünfzehn „Standard-Events“ zählen Informationen über einen auf der Webseite getätigten Kauf, eine Registrierung, das Ablegen von Waren in den Warenkorb oder eine vom Nutzer getätigte Suchanfrage.⁶⁹⁵ Es lassen sich je nach Wunsch des Webseitenbetreibers neben diesen Standard Events weitere „Event-Typen“ konfigurieren, zum Beispiel Informationen darüber, ob der Nutzer bis zum Ende einer Seite gescrolled hat oder die Messung, wie viele Artikel in einer Sitzung gelesen wurden.⁶⁹⁶ Sobald ein Nutzer eine entsprechende Aktion vornimmt, wird dies von Facebook erfasst und über Identifikatoren dem Facebook Konto zugeordnet. Facebook stellt dem Webseitenbetreiber dann aggregierte Analysen über seine Zielgruppe zur Verfügung.⁶⁹⁷
- 822 Werden – wie bei mobilen Apps – die Analysefunktionen über das SDK realisiert, werden von Facebook ähnliche Daten erfasst: Hierzu zählen die Facebook App ID, die mobile Werbe ID und weitere Metadaten wie Geräteerkennung, SDK Version, App-Informationen, IP Adresse und weitere Geräteinformationen.⁶⁹⁸ Durch die Einbindung des SDK werden bestimmte Event-Typen automatisch protokolliert, soweit der App-Betreiber diese Einstellung nicht deaktiviert hat. Zu diesen automatisch vorinstallierten Events („automatisch protokollierte Events“) gehören „App Install“ (Daten über die erstmalige Aktivierung einer App durch einen Nutzer) „App Launch“ (Daten über den Aufruf der App) sowie „In-App-Purchase“ (Daten über den Kauf eines Produkts über die App).⁶⁹⁹ Neben diesen voreingestellten Events kann der App-Betreiber zusätzliche App-„Event“-Typen konfigurieren, so genannte „explizite Events“. Hier kann er unter zahlreichen angebotenen Event-Typen wählen: Solche Events können Daten darüber sein, dass eine App gestartet, Zahlungsdaten hinzugefügt, ein Level erreicht (beispielsweise bei einem Online-Spiel), Waren in den Warenkorb gelegt oder zu Wunschliste hinzugefügt, eine Registrierung oder ein Tutorial abgeschlossen, ein Kaufvorgang gestartet oder durchgeführt, eine Bewertung abgegeben, ein Produkt gesucht, Gutscheine ausgegeben, ein Erfolg erreicht oder ein Inhalt angezeigt

⁶⁹⁴ [...]

⁶⁹⁵ https://de-de.facebook.com/business/help/402791146561655?helpref=faq_content; Standard-Events: Add to cart, Add Payment Infor, Add To Wishlist, Complete Registration, Contact, Customize Product, Donate, Find Location, Initiate Checkout, Lead, Purchase, Schedule, Search, Start Trial, Submit Application.

⁶⁹⁶ <https://developers.facebook.com/docs/facebook-pixel/advanced> , [...]

⁶⁹⁷ Hierzu https://de-de.facebook.com/business/help/898185560232180?helpref=faq_content, [...]

⁶⁹⁸ [...]

⁶⁹⁹ <https://developers.facebook.com/docs/app-events/automatic-event-collection-detail>, [...]

wurde.⁷⁰⁰ Der App-Betreiber kann diese Events hinzufügen, um Analysedaten für die jeweilige Nutzeraktion zu erhalten.

- 823 Diese extrem umfangreiche Datenerfassung sowie insbesondere ihre Zuordnung zu den Facebook-Konten sind ganz weitgehend nicht für die von Facebook geltend gemachten eigenen Zwecke und Interessen erforderlich.
- 824 Facebook hat insoweit im vorliegenden Verfahren vorgetragen, dass [...] ⁷⁰¹[...] ⁷⁰²[...] ⁷⁰³[...] ⁷⁰⁴[...]
- 825 Gegen eine Erforderlichkeit der Datenerfassung und Zuordnung zu dem jeweiligen Facebook-Konto spricht auch hier die notwendige enge Auslegung des Begriffs, da anderenfalls jegliche Datenverarbeitung aus allen Quellen für die Personalisierung der Werbung erforderlich wäre. Der Vortrag, dass die ausbedungene Datenverarbeitung erforderlich sei, um auf effektive Weise personalisierte Werbung auszuspielen zu können[...], ⁷⁰⁵ kann in dieser Pauschalität nicht für eine Erforderlichkeit herangezogen werden. Dagegen spricht schon, dass Facebook die Verwendung gerade der von den Facebook-Partnern erfassten Daten für personalisierte Werbung von der Einwilligung der Nutzer abhängig macht. Warum dennoch die Erfassung der Daten und Zuordnung zu dem Facebook-Konto für die Personalisierung von Werbung erforderlich sein soll, auch wenn die jeweiligen Nutzer die Verwendung der Daten hierfür nicht erlauben, ist nicht ersichtlich. Allein die hohe Reichweite, die Facebook aufgrund seiner Nutzerbasis hat sowie die Analysemöglichkeiten, die auf Grundlage der Nutzung des sozialen Netzwerks bestehen, sind eine ausreichende Basis für die Ausspielung von zielgerichteter Werbung und der Erfolgsmessung der Werbung und werden von Werbetreibenden als ein wesentlicher Grund für die Attraktivität des Facebook-Werbenetzwerkes gesehen.⁷⁰⁶
- 826 Soweit Mess- und Analysedienste unabhängig von entgeltlicher Werbung angeboten werden, ist die in den Vertragsbedingungen ausbedungene Datenerfassung auf Drittseiten und die Zuordnung zum Facebook-Konto ebenfalls nicht erforderlich. Für das Angebot von Analysedienste sind zwar naturgemäß Daten des Nutzerverhaltens auf den zu analysierenden Webseiten und den Apps zu erheben und auszuwerten. Dass hierfür auf den gesamten Datenbestand über die Nutzer des sozialen Netzwerks

⁷⁰⁰ <https://developers.facebook.com/docs/app-events/best-practices> mit zahlreichen Beispielen für konfigurierbare Apps für die Branchen E-Commerce, Einzelhandel, Reisen und Spiele, [...]

⁷⁰¹ [...]

⁷⁰² [...]

⁷⁰³ [...]

⁷⁰⁴ [...]

⁷⁰⁵ [...]

⁷⁰⁶ [...]

zurückgegriffen werden muss, mit dem die erfassten Daten verknüpft werden, ist keine Erforderlichkeit, die sich aus dem Angebot solcher Dienste ergibt. Vielmehr sind für die Berichte und Statistiken, die im Rahmen von Mess- und Analysediensten erstellt und angeboten werden, nicht einmal personenbezogene Daten erforderlich. So bietet selbst der Marktführer Google Analytics Webseiten-Inhabern die Möglichkeit, die IP-Adressen ihrer Nutzer zu anonymisieren. In diesem Fall wird nur eine gekürzte Version der IP-Adresse des Nutzers an Google Analytics übermittelt, anhand derer es Google Analytics nicht möglich ist, einzelne Nutzer zu identifizieren.⁷⁰⁷

827 Im Übrigen hängen die benötigten Daten bei Mess- und Analysediensten weitgehend von den individuellen Bedürfnissen der Nachfrager dieser Dienste ab, so dass solche Analysedienste letztlich sinnvollerweise nur mit der Vereinbarung einer wirksamen Auftragsverarbeitung, bei der allein die Webseite oder App als Datenverantwortliche im Einzelnen das Ausmaß, die Art und den Verwendungszweck der Daten durch den Anbieter bestimmt, angeboten werden sollten. Auch hier ist auf Google Analytics hinzuweisen, die nach Abstimmung mit den Datenschutzbehörden den Dienst nur in Form der Auftragsverarbeitung anbieten dürfen und in dessen Rahmen die Anonymisierung vorgesehen werden kann.⁷⁰⁸

828 Eine Auftragsverarbeitung ist im vorliegenden Fall von Facebook nicht wirksam vereinbart. Dieses kann nicht durch ein berechtigtes Interesse an dem Angebot von Analysediensten, das eine kaum eingeschränkte Datenerfassung und eine Zusammenführung mit den übrigen Daten aus allen von Facebook sonst noch angebotenen Diensten erfordern soll, ersetzt werden.

829 Auch die weiteren in der Datenrichtlinie und den verschiedenen in Bezug genommenen Dokumenten aufgeführten Zwecke des sozialen Netzwerkes, für die diese Daten verwendet werden können, lassen nicht erkennen, inwieweit zusätzliche Datenverarbeitungsprozesse bei einer unbegrenzten Anzahl von Webseiten und Apps über das Facebook Pixel oder SDK erforderlich sein sollen und warum dieses nicht bereits mit der umfangreichen Datenverarbeitung auf Facebook.com selbst erfolgen können. Gleiches gilt für Sicherheits- und Forschungszwecke. Insoweit wird erneut auf die Ausführungen zu den konzerneigenen Diensten (s.o. 741 ff.) verwiesen.

- **Berechtigte Interessen von Dritten**

830 In die Interessenabwägung einzustellen sind grundsätzlich auch die berechtigten Interessen der Werbetreibenden, der Entwickler und Webseiten, die die Nachfrager für

⁷⁰⁷ S. <https://support.google.com/analytics/answer/2763052?hl=en>; [...].

⁷⁰⁸ https://www.lfd.niedersachsen.de/themen/internet/google_analytics/google-analytics--hinweise-fuer-website-betreiber-in-niedersachsen-98936.html (abgerufen am 10.01.2019).

die Einbindung von Facebook-Business Tools sind und auf deren Interessen sich Facebook insbesondere in den veröffentlichten Rechtsgrundlagen beruft. Danach stützt Facebook die Bereitstellung von Messungen, Analysen und sonstigen Unternehmens-Services auch auf das *„Interesse von Werbekunden, Entwicklern und sonstigen Partnern, um ihnen zu helfen Erkenntnisse über ihre Kunden zu erlangen und ihre Geschäfte zu verbessern, unsere Preismodelle zu validieren und die Effektivität ihrer Online-Inhalte und –Werbung in und außerhalb von Produkten der Facebook-Unternehmen zu bewerten“*.

- 831 Wie auch schon bei den konzerneigenen Diensten dargelegt, decken sich damit die Interessen der Dritten jedenfalls teilweise mit denjenigen von Facebook, so dass das nach den Konditionen für private Nutzer mögliche massive Ausmaß der Datenverarbeitung durch ein intensives Webtracking über eine unübersehbare Anzahl von Webseiten und Apps mit umfassender Erfassung des Nutzerverhalten und seiner Zuordnung zum Facebook-Konto ebenso wenig von den berechtigten Interessen der Dritten gedeckt sein kann.
- 832 Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung läuft dieses Ausmaß der Datenverarbeitung den Interessen der Dritten an den Facebook Business Tools aber auch entgegen. Denn diese können bei den Tools nicht vollständig kontrollieren, welches Ausmaß an Datenverarbeitung und welches Datenschutzniveau sie für die Nutzung der Facebook Business Tools ihren eigenen Besuchern der Webseiten oder Apps zumuten. Gleichzeitig wird den Nachfragern der Facebook Business Tools in den Nutzungsbedingungen aber auferlegt, für die Rechtsgrundlage für die Offenlegung und Verwendung der Kundendaten zu sorgen. Bei der Nutzung des Pixels oder des SDKs wird der Webseite oder App auferlegt, für einen stabilen und hinreichend auffälligen Hinweis mit Mindestangaben über die Datenverarbeitung anzubringen.⁷⁰⁹ Das Ausmaß der Datenverarbeitung können die Nachfrager der Tools jedoch nur sehr eingeschränkt bestimmen. Dies gilt sowohl für die über die Schnittstellen erhobenen Daten von Facebook, als auch für die Zuordnung zum Facebook-Konto und die Verwendung für die Geschäftszwecke von Facebook.
- 833 So können die Nachfrager von Sozialen Plugins und des Facebook Login nicht verhindern, dass ohne Betätigung der Schaltfläche durch die Besucher der Webseite bereits Daten an Facebook fließen. Einzige Ausnahme bildet der „Gefällt mir“-Button, für den die sogenannte „Zwei-Klick-Lösung“ von Drittanbietern entwickelt wurde, bei der entweder zunächst nur ein Bild des Buttons eingeblendet und erst auf den zweiten Klick die Verbindung zu Facebook aufgebaut wird, oder ein Hyperlink zu einer

⁷⁰⁹ https://www.facebook.com/legal/technology_terms , [...]

getrennten Seite führt und erst dort der „Gefällt-Mir“-Button eingebunden ist. Dieses ist für den Besucher und Facebook-Nutzer deutlich weniger komfortabel. Für andere Soziale Plugins ist eine alternative Lösung gar nicht gegeben.

- 834 Hinsichtlich der Nutzung des Facebook Pixels und SDKs für Mess- und Analysezwecke besteht auf Seiten der Dritten vor allem ein Interesse an einer datenschutzrechtlich zulässigen Ausgestaltung der Funktionen und der Möglichkeit, etwa im Rahmen einer wirksamen Auftragsverarbeitung oder zumindest durch den Abschluss von individuellen Vereinbarungen als gemeinsam Verantwortliche nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO, um selbst das Ausmaß der Datenverarbeitung (mit-)bestimmen zu können.⁷¹⁰

- **Interessen und Rechte der Nutzer**

- 835 Schließlich sind die Interessen und Rechte der Nutzer zu berücksichtigen. Insoweit steht auch hier das Interesse und Recht der Nutzer an der Wahrung der informationellen Selbstbestimmung und seiner Privatsphäre im Vordergrund. Auch alle weiteren einschlägigen berechtigten Interessen der Nutzer sind zu berücksichtigen. Auf die Ausführungen zu den konzerneigenen Diensten (oben Rn. 759 ff.) wird verwiesen.

- ii. **Abwägung anhand der Folgen für die betroffenen Nutzer**

- 836 Nach Art der Daten und Datenverarbeitung, der vernünftigen Erwartung und Stellung von Facebook gegenüber den Nutzern überwiegen schließlich auch die Interessen und Rechte der Nutzer an ihrer Privatsphäre und Autonomie an den schon im Ausgangspunkt mangels Erforderlichkeit weniger gewichtigen Interessen von Facebook an der Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools und den Interessen Dritten, soweit sie sich mit den Interessen von Facebook decken.

- **Art der Daten**

- 837 Dieses gilt zunächst im Hinblick auf die bei der Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools betroffenen Daten, die ebenso wie die Daten aus konzerneigenen Diensten auch sensible Daten betreffen.

- 838 Dieses ist der Fall, weil sich die ausbedungene Datenverarbeitung unter anderem auch auf besondere Datenkategorien bezieht, geräteidentifizierende sowie Standortdaten betroffen sind. Der erhebliche Umfang an browser- und gerätebezogenen Daten macht, wie dargestellt, den Nutzer identifizierbar und stellt eine nahezu lückenlose Verfolgbarkeit im Internet sicher, ohne dass Steuerungsmöglichkeiten für die betroffenen Nutzer bestehen. Die Nutzer werden mit der Einbeziehung der Facebook Business Tools neben den konzerneigenen Diensten über alle Dienste und Geräte

⁷¹⁰ [...]

hinweg verfolgt, so dass aus der Gesamtheit der Daten sowie aus ihrer Zuordnung über die identifizierenden Geräteinformationen in erheblichem Umfang sensible Daten betroffen sind.⁷¹¹

- 839 Durch die massenhafte Einbindung von Facebook Business Tools und APIs wie Soziale Plugins, Facebook-Login oder Facebook-Pixel erhebt und verarbeitet Facebook auch besondere Datenkategorien. So bietet beispielsweise die Flirting-App „Tinder“ ein Facebook Login an oder die Homosexuellen-Partnerbörse „Queer“ (www.queer.de) hat einen Facebook Teilen Button integriert. Auch politische Parteien wie CDU, SPD, Linke und AfD oder Gesundheitsseiten wie www.onmeda.de oder www.netdoctor haben Facebook Teilen-buttons integriert.
- 840 Ferner können das Kaufverhalten der Nutzer, die Transaktionsdaten und letztlich auch Informationen über die finanziellen Möglichkeiten der Nutzer Teil der Datenverarbeitung sein. Für Facebook, das aufgrund seines bestehenden Datensatzes über weitere Informationen über den Nutzer verfügt, lassen sich so detaillierte Profile auch über besonders sensiblen Daten des Nutzers erstellen.
- 841 Der Schutz der Privatsphäre und Autonomie erhält im Hinblick auf die besondere Schutzbedürftigkeit dieser Daten ein hohes Gewicht.
- **Art der Datenverarbeitung**
- 842 Darüber hinaus stellt die Art der Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools einen schweren Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Personen dar.
- 843 Schon die Intensität des Web-Tracking steht völlig außer Verhältnis zu den von Facebook legitimer Weise verfolgten Zwecken. Denn es wird damit ein wesentlicher Teil des Internetverhaltens der Nutzer im Detail verfolgt.
- 844 Die Anzahl der eingebundenen Facebook Business Tools in Deutschland liegt dabei insgesamt in einem hohen Millionenbereich. Die Beschlussabteilung hat Facebook nach der Einbindung der einzelnen Schnittstellen in die 100 meistbesuchten Webseiten und Apps gefragt.
- 845 Facebook hat darauf hohe Einbindungszahlen mit dem Hinweis, dass diese aufgrund von „referrer spoofing“ möglicherweise fehlerhaft seien, angegeben. Danach hatten von den 100 meistbesuchten Webseiten Deutschlands im Frühjahr 2018 [...] einen „Gefällt-mir“-Button oder „Teilen“-Button zumindest auf ihren Unterseiten, bei vielen

⁷¹¹ S. auch Gericht 1. Instanz Brüssel, Urteil vom 16.02.2018, S. 69 der englischen Übersetzung, [...] (bezogen auf Nicht-Facebook-Nutzer): „Moreover, the extent of the violations in question is massive (...) the number of websites that contain Facebook social plug-ins amounts to several million, rendering them practically unavoidable. The information in question is frequently of a very sensitive nature, allowing, for example, health-related, religious, sexual and political preferences to be gauged. (...)”

auch bereits auf der Eingangswebseite Über [...] der 100 meistbesuchten Webseiten hatten einen Facebook Pixel eingebunden.⁷¹²

- 846 Wegen des Hinweises auf eine mögliche Fehlerhaftigkeit der Angaben hat die Beschlussabteilung hinsichtlich der sichtbaren Schnittstellen „Gefällt Mir“, „Teilen“ und „Page“-Button die jeweilige Eingangsseite und einige Unterseiten der meistbesuchten Webseiten überprüft. Dabei hat sich trotz nicht vollständiger Durchsichtung aller Unterseiten ergeben, dass ca. 75 % der Seiten eine der genannten Schnittstellen eingebunden hatten. Die Fehlerhaftigkeit der Angaben Facebooks ist danach nur beschränkt gegeben. Die Beschlussabteilung geht auf dieser Grundlage davon aus, dass auf den 100 meistbesuchten Webseiten in Deutschland rund [...] zumindest eine der Schnittstellen auf der Eingangs- oder auf Unterseiten eingebunden haben.
- 847 Besonders problematisch ist darüber hinaus wie bereits bei den konzerninternen Diensten, dass die Daten zu einem ganz überwiegenden Teil für die Zwecke der Personalisierung und Individualisierung des Dienstes Facebook.com und der ausgespielten Werbung erfasst, verknüpft und – auch mit der Ermöglichung eines aktiven Fingerprinting – dem insoweit stattfindenden detaillierten Profiling zugeführt werden.⁷¹³ Dies führt zu einem massiven zusätzlichen Eingriff in die Privatsphäre, da das Profiling um ein Verfolgen der betroffenen Nutzer über eine unübersehbare Anzahl an Webseiten und Apps verfolgt wird und die erfassten Daten sowohl mit den Daten aus konzerneigenen Diensten als auch mit den Facebook-Nutzerdaten zusammengeführt werden.⁷¹⁴

- **Vernünftige Erwartung der Nutzer**

- 848 Die ausbedungene Datenverarbeitung aus den Facebook Business Tools entspricht auch nicht den im Erwägungsgrund 47 der DSGVO besonders hervorgehobenen vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen, die auf ihren Beziehungen zum Verantwortlichen beruhen. Entgegen der Ansicht von Facebook⁷¹⁵ kann auch bezüglich der Facebook Business Tools nicht angenommen werden, dass die Nutzer von Facebook.com sich bewusst sind, dass dem Facebook-Konto ein hohes Ausmaß an

⁷¹² [...]

⁷¹³ S. auch deutsche Datenschutzkonferenz (DSK), Kurzpapier Nr. 3 zur Verarbeitung personenbezogener Werbung, Stand 29.06.2017, abrufbar unter <https://datenschutz-hamburg.de/pages/kurzpapiere-dsgvo/>, S. 2: „Eingriffsintensivere Maßnahmen wie Profilbildung sprechen eher dafür, dass ein Interesse der betroffenen Person am Ausschluss der Datenverarbeitung überwiegt“.

⁷¹⁴ So auch Art.-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, S. 16; Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 75-77.

⁷¹⁵ [...]

Daten aus seinem gesamten Internetnutzungsverhalten zugeordnet und für Personalisierungs- und weitere Zwecke genutzt werden.

- 849 Denn der Nutzer muss vernünftigerweise nicht erwarten, dass bei dem Besuch von Webseiten oder durch das Installieren und Öffnen einer App, die Facebook Business Tools eingebunden hat, durch direkten Zugriff von Facebook ein umfänglicher nutzer- und gerätebezogener Datenfluss an Facebook erfolgt, der dem Facebook-Konto zugeordnet wird, um ihn für die Zwecke des sozialen Netzwerks zu nutzen.
- 850 Die Nutzer können schon deswegen nicht mit dem Datenfluss rechnen, weil er bereits mit dem ersten Aufruf der Webseite oder App erfolgt, bei dem der Nutzer oft noch gar nicht wissen kann, ob die Seite eine Schnittstelle eingebunden hat. Dieses kann er auch danach nur erkennen, wenn es sich um eine sichtbare Schaltfläche wie bei den Sozialen Plugins oder dem Facebook Login handelt. Ein Facebook-Pixel ist jedoch für einen Nutzer regelmäßig nicht erkennbar. Dies gilt auch, wenn er als Graphik sichtbar gemacht wird. Denn der durchschnittliche Nutzer wird die Bedeutung der Graphik nicht erkennen können.
- 851 Die spezifische Ausgestaltung der Sozialen Plugins und des Facebook Logins, die die Beziehung zu dem Nutzer und Besucher maßgeblich beeinflusst, erweckt außerdem die Erwartung, dass ohne Betätigung der Schaltfläche keinerlei direkte Verbindung mit Facebook einschließlich eines Datenflusses hergestellt wird. Die Schaltflächen besitzen damit eine nicht unerhebliche Irreführungsgefahr. Dieses gilt insbesondere für das Facebook Login, bei dem ohne Betätigung der Schaltfläche die vom Nutzer manuell eingegebenen Registrierungsdaten erfasst werden. Dieses kann daher auch schon als eine treuwidrige Datenverarbeitung angesehen werden.⁷¹⁶
- 852 Bei Betätigung der Login-Schaltfläche muss der Nutzer im Übrigen vor allem damit rechnen, dass Daten von Facebook zu der Webseite oder App fließen, bei der er sich mit den Facebook-Daten gerade anmelden will. Erst nach Betätigung der Schaltfläche ist für die Übermittlung der Login-Daten auch ein Datenfluss von der Webseite oder App zu Facebook zu erwarten, der eine Zuordnung zu dem Facebook-Konto erfordert. Auch wenn Facebook-Login mit weiteren Sozialen Plugins und der Graph API verbunden wird, ist ein Datenfluss an Facebook erst mit Auslösen der entsprechenden „sozialen Handlungen“ auf der Webseite oder der App zu erwarten.
- 853 Auch hinsichtlich der Einbindung des Facebook Pixels und der SDK muss der Nutzer bei dem Besuch einer Drittwebseite oder App vernünftigerweise nicht damit rechnen, dass sein Nutzungsverhalten in diesem Ausmaß für alle von Facebook verfolgten

⁷¹⁶ Vgl. Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 56, [...].

Zwecke des sozialen Netzwerkes mit umfassender Datenerfassung im Netz verfolgt und seinem Facebook-Konto zugeordnet werden kann. Dieses kann auch nicht im Hinblick auf die Werbefinanzierung des sozialen Netzwerks als Teil der Beziehung zwischen Facebook und den Nutzern angenommen werden. Zwar muss auch aus Sicht der Beschlussabteilung der Nutzer bei Nutzung eines werbefinanzierten Dienstes grundsätzlich damit rechnen, dass seine Interaktionen mit der Werbung auf Facebook verfolgt und für die Werbeprodukte genutzt werden. Dieses bezieht sich aber nicht ohne weiteres auf das Verhalten außerhalb von Facebook.com und für Handlungen, die nicht im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der ausgespielten Werbung stehen. Auch ist von der Erwartung nicht umfasst, dass die Daten für alle Zwecke des sozialen Netzwerks seinem Facebook-Konto zugeordnet werden.

- 854 Soweit das Facebook Pixel und SDK ohne Bezug zu einer Werbeanzeige für Mess- und Analysedienste eingesetzt werden, besteht überhaupt keine Beziehung zwischen Facebook.com und Nutzern, die eine Erwartung des Nutzers der extensiven Datenverarbeitung mit Zuordnung zum Facebook-Konto oder überhaupt eine Verarbeitung personenbezogener Daten begründen könnte.
- 855 Auch ist die Möglichkeit der Zuordnung des über das Facebook Pixel erlangten Datensatzes zu einem Facebook-Konto mit der Möglichkeit der Übertragung eines gehashten Datensatzes – etwa im Rahmen des Advanced Matching – vom Nutzer nicht zu erwarten. Denn diese Möglichkeit nutzt Facebook nach der eigenen Beschreibung des Facebook Pixels dann, wenn kein Cookie vorhanden ist. Eine solche Datenerfassung und Verfolgung des Nutzers erfolgt bei einem fehlenden Cookie dann gegen die Erwartung von Facebook-Nutzern, die Cookies blockiert und damit in der Sache einem Webtracking widersprochen haben. Dasselbe gilt für die umfassenden Browser- und Geräteinformationen, mit denen ohne Cookie eine Verfolgung mit Identifizierung der Nutzer möglich ist.
- 856 Auch für den Fall, dass der Nutzer in den Einstellungen seines Mobilfunkgerätes das „Ad-Tracking“ für die personalisierte Werbung abgewählt hat, kann nichts anderes gelten. In diesem Fall kann der Nutzer davon ausgehen, dass auf die Werbe-ID für Mess- und Analysedienste, die gerade der Effizienz von personalisierter Werbung dienen, nicht mehr zugegriffen wird. Dass Facebook dennoch die Werbe-ID durchgängig erhebt und lediglich mit der Zusatzinformation, dass der Nutzer das Ad-Tracking abgewählt hat, versieht, kann vernünftigerweise nicht erwartet werden.
- 857 Schließlich wird mit der millionenfachen Einbindung von Facebook Business Tools auf deutschen Webseiten auch die vernünftige Erwartung der Nutzer bezüglich allgemein im Internet stattfindenden Webtracking übertroffen. Zwar ist anzunehmen, dass der

durchschnittliche Nutzer davon ausgeht, dass eine Internetnutzung von einem Webtracking begleitet wird. Es übertrifft jedoch aus Sicht der Beschlussabteilung die Erwartungen, dass etwa ein einziger Besuch des sozialen Netzwerks Facebook.com durch die dabei erfolgte Setzung von Cookies bzw. die dabei erfolgende Erhebung der Werbe-ID sowie der browser- und gerätebezogenen Daten dazu führt, dass der Nutzer auf Millionen weiteren Drittwebseiten bzw. Apps allein in Deutschland von Facebook verfolgt wird und die Nutzerdaten bei Facebook mit einer ID zusammengeführt und verwendet werden.

- **Stellung von Facebook gegenüber den Nutzern**

- 858 Schließlich führt die Stellung von Facebook gegenüber den Nutzern dazu, dass die Schutzbedürftigkeit vor dem mit der Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools verbundenen massiven Eingriff in die Privatsphäre besonders hoch ist und Vorrang vor den Interessen von Facebook erhalten muss. Denn Facebook hat als multinationales Großunternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung durch die sich daraus ergebene Verhandlungsmacht die Möglichkeit, den Nutzern weitreichende Datenverarbeitung über Facebook Business Tools einseitig aufzuerlegen. Die Schutzbedürftigkeit ist, wie oben bei den konzerneigenen Dienst bereits ausgeführt, angesichts der monopolartigen Stellung von Facebook und des Umfangs der Datenverarbeitung, die sich Facebook in seinen Datenverarbeitungskonditionen auch über die Facebook Business Tools vorbehält, auch ersichtlich gegeben. Auf die obigen Ausführungen (Rn.785) wird verwiesen.
- 859 Darüber hinaus führt die Marktbeherrschung von Facebook dazu, dass die Datenverarbeitung aus einer Vielzahl von Quellen nicht mit einem Wechsel des sozialen Netzwerks verhindert werden kann. Denn die Marktbeherrschung bewirkt, dass hinreichende Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen. Die Nutzer müssten also auf die Nutzung weiterer konzerneigener Dienste von Facebook sowie auf den Besuch von Webseiten verzichten, wollten sie keine weiteren nicht überblickbaren Daten ihrem umfangreichen Datenbestand bei Facebook hinzufügen.
- 860 Dieses gilt auch nur, soweit sich die Nutzer überhaupt bewusst werden können, dass dieses Ausmaß der Datenverarbeitung über die Facebook Business Tools erfolgt. Sollten sie versuchen wollen, dieses zu verhindern, bedeutete dies angesichts der unvorhersehbaren millionenfachen Einbindung auf deutschen Webseiten, dass Facebook-Nutzer ihre Internet-Nutzung im Übrigen praktisch einstellen müssten.

iii. Fehlende Schutzmaßnahmen

- 861 Es liegen im Zusammenhang mit der Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools entgegen Facebooks Vortrag⁷¹⁷, gegenwärtig auch keine Schutzmaßnahmen vor, die einen ausgewogenen Interessenausgleich herstellen können. Die Beschlussabteilung weist dabei auch für die Facebook Business Tools darauf hin, dass auch insoweit kein Fall gegeben ist, der hinsichtlich der Frage der Ausgewogenheit unklar ist. Vielmehr liegt schon auf der Grundlage der dargestellten Schlüsselfaktoren ein grobes Missverhältnis zwischen dem Ausmaß der Datenverarbeitung zulasten der Selbstbestimmung der Nutzer und den zu weiten Teilen nicht berechtigten Interessen von Facebook vor. Dabei ist auch das Interesse der Dritten an der Kontrolle über die Datenverarbeitung bezogen auf die Besucher ihrer Webseiten und Apps zu berücksichtigen.
- 862 Es kommt daher auch bezogen auf die Datenverarbeitung aus den Facebook Business Tools noch hinzu, dass gegenwärtig keine hinreichenden Schutzmaßnahmen vorliegen. Inwieweit die von Facebook angekündigte [...] „Clear-History-Funktionalität“ eine Ausgewogenheit der Interessenlage einschließlich des Interesses der Dritten herstellen kann, ist sehr fraglich und kann mangels Umsetzung hier offenbleiben.
- 863 Aus Sicht der Beschlussabteilung werden zunächst auch in Bezug auf die Facebook Business Tools die horizontalen Bestimmungen nicht eingehalten. Dies gilt zunächst für die in Art. 5 Abs. 1 a) DSGVO geregelte Transparenzverpflichtung hinsichtlich der Datenverarbeitung aus den Facebook Business Tools, die wie dargestellt u.a. auch dahin gehend besteht, in welchem Umfang die personenbezogenen Daten verarbeitet werden und künftig noch verarbeitet werden. Facebook weist zwar in der Datenrichtlinie unter der Rubrik „Informationen von Partnern“ auf die Datenverarbeitung aus den Facebook Business Tools mit ausdrücklicher Nennung des „Gefällt-Mir-Button“ und Facebook Log in hin. Auch weist die Cookie-Richtlinie auf die Nutzung der Cookies im Zusammenhang mit den Facebook Business Tools unter Nennung der Sozialen Plugins hin. Es ergibt sich hieraus jedoch nur mittelbar, dass eine Datenverarbeitung auch ohne Nutzung dieser Schaltflächen erfolgt („ohne eine Handlung“).
- 864 Problematisch ist in diesem Zusammenhang die unklare Zuordnung der Datenverarbeitung zu den geltend gemachten Rechtsgrundlagen. Facebook macht hier einen Teil der Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools von der Einwilligung abhängig, andere Elemente der Datenverarbeitung werden sowohl Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO als auch Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO zugeordnet. Dieses gilt auch nur,

⁷¹⁷ [...]

soweit sich Facebook als Datenverantwortlicher sieht, so dass für den Nutzer unklar bleibt, welche Rechte ihm zustehen. Insbesondere ist auf diese Art auch der Hinweis auf ein Widerspruchsrecht wertlos, wenn der Nutzer letztlich damit rechnen muss, dass ihm entweder die Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung oder die fehlende Datenverantwortlichkeit entgegen gehalten wird.

- 865 Es existieren auch sonst keine Steuerungsmöglichkeiten des Nutzers, mit denen er die Erfassung und Verknüpfung von Daten aus Facebook Business Tools verhindern kann. Insbesondere kann die Möglichkeit der Nutzer, das Setzen der Facebook-Cookies durch entsprechende Browser-Einstellungen und so diese Form der Zuordnung der Daten zum Facebook-Konto zu verhindern, nicht als wirksame Steuerungsmöglichkeit angesehen werden. Dies gilt schon deshalb, weil eine Zuordnung über den Cookie nur bei Webseiten erfolgt, nicht jedoch bei mobilen Apps, bei denen die Zuordnung über die Werbe-ID erfolgt. Diese Zuordnungsform kann, wie oben dargestellt (Rn.656 ff.), nicht wirksam verhindert werden, da die Werbe-ID dennoch erhoben wird und ein Zurücksetzen der Werbe-ID keine de-identifizierende Wirkung hat.
- 866 Im Übrigen würde eine Browser-Einstellung, die die Facebook-Cookies nur insgesamt für alle Einsatzmöglichkeiten blockieren kann, auch die Nutzungsmöglichkeit der Sozialen Plugins für den Nutzer beseitigen oder jedenfalls beeinträchtigen. Darauf weist Facebook in der Cookie-Richtlinie wie dargestellt in sehr allgemeiner Form im letzten Satz der Cookie-Richtlinie hin: *„Bestimmte Teile der Facebook-Dienste funktionieren möglicherweise nicht richtig, wenn du die Verwendung von Browser-Cookies deaktiviert hast.“* Der Nutzer würde sich der Gefällt-Mir- und Teilen-Funktion der Schnittstelle berauben, die nach Angaben von Facebook ohne die zweifellose Zuordnung zum Facebook-Konto über Cookies wiederum nicht funktioniert. Es ist aus Sicht der Nutzer außerdem nicht erkennbar, dass mit der Deaktivierung des Cookies die Zuordnung zum Facebook-Konto über die Nutzer-ID verhindert wird, nicht aber der Datenfluss als solcher, der auch auf andere Weise – etwa durch das „Advanced Matching“ und das „Device Fingerprinting“ zugeordnet werden könnte.
- 867 Es bestehen auch – wie Facebook selbst angibt – gegenwärtig keine Privatsphäre-Einstellungen, mit denen der Nutzer die Erfassung von Daten auf Drittseiten über Facebook Business Tools sowie deren Verknüpfung mit dem Facebook-Konto steuern könnte.⁷¹⁸ Der Hinweis auf die Möglichkeit des Nutzers, die Verwendung dieser Daten für die Zwecke der personalisierten Werbung abzuwählen⁷¹⁹, kann auch hier nicht ausreichen. Wie dargestellt, bezieht sich dieses nur auf die Verwendung der Daten für

⁷¹⁸ [...]

⁷¹⁹ [...]

personalisierte Werbung und beschränkt sich auf das Ausspielen der Werbung an den Nutzer, schließt aber die Erfassung, Verknüpfung und Verwendung der Daten im Übrigen nicht aus.

- 868 Auch die neu eingeführte Möglichkeit für Drittseiten, die Datenerfassung durch Facebook zu verzögern, bis der Drittanbieter eine entsprechende Einwilligung der Nutzer eingeholt wurde,⁷²⁰ stellt keine ausreichende Steuerungsmöglichkeit des Nutzers dar. Denn Facebook ist für die Datenverarbeitung selbst verantwortlich. Eine Einwilligung des Nutzers gegenüber dem Drittanbieter kann die Datenverarbeitung bei Facebook nicht rechtfertigen. Der Drittanbieter hat keinen hinreichenden Einblick in die bei Facebook im Einzelnen durchgeführten Datenverarbeitungsprozesse bezogen auf die Facebook Business Tools. Da die Daten im Übrigen direkt an die Facebook-Server fließen, kann der Drittanbieter auch nicht den Umfang der Datenerfassung sowie deren Verknüpfung und Verwendung erkennen. Ein Verweis auf die Einwilligung bei den Drittanbietern kann daher nur im Zusammenhang mit einer wirksamen Auftragsverarbeitung Bedeutung erhalten. Diese ist hier jedoch nicht gegeben (oben Rn. 617 ff.)
- 869 Sonstige Maßnahmen, wie etwa technische oder organisatorische Maßnahmen wie z.B. eine funktionelle Trennung von Facebook Analytics von dem Betrieb des sozialen Netzwerks sind nicht ersichtlich.

(c) Abwägungsergebnis

- 870 Im Ergebnis besteht bei der Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools insbesondere bei Gesamtbetrachtung ein grobes Missverhältnis zwischen den nur teilweise berechtigten Interessen von Facebook und dem Schutz der Grundrechte der Nutzer. Dabei wird bei der Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools auch den Interessen Dritter nicht Rechnung getragen. Im Ergebnis kann daher Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO nicht als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools herangezogen werden.

4. Verstoß als Ausfluss von Marktmacht

- 871 Diese Datenverarbeitungskonditionen sind auch missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB. Denn ihre Vereinbarung und Praktizierung sind im vorliegenden Fall Ausfluss der besonderen Marktmacht von Facebook, aufgrund derer die wettbewerbsschädlichen Folgen eintreten (hierzu a.). Damit steht zugleich fest, dass

⁷²⁰ [...]

sie auch unter Berücksichtigung sämtlicher Interessen und der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB als missbräuchlich zu werten sind. Selbst wenn man eine weitergehende kartellrechtliche Interessenabwägung verlangen würde, würde diese aufgrund des weitgehenden Wertungsgleichlaufs mit den hier relevanten Vorschriften des Datenschutzrechts zu keinem anderen Ergebnis kommen (hierzu b.).

a. „Ausfluss der Marktmacht“ und Kausalität

- 872 Die Voraussetzung, dass der Verstoß gegen gesetzliche Angemessenheitsbestimmungen „als Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit“ erfolgen muss, ist nach dem Prüfkonzept der VBL-Rechtsprechung des BGH eine *hinreichende* Voraussetzung dafür, an den Verstoß gegen außerkartellrechtliche Normen auch einen objektiven kartellrechtlichen Missbrauchsvorwurf zu knüpfen; der Formulierung „insbesondere“ in den relevanten BGH-Entscheidungen ist jedoch zu entnehmen, dass der Bundesgerichtshof bewusst davon abgesehen hat, die „Ausfluss“-Klausel zu einer *notwendigen* Voraussetzung eines kartellrechtlichen Missbrauchsvorwurfs zu erheben.⁷²¹ Liegt die Voraussetzung vor, so bietet sie einen hinreichenden Anhalt dafür, um den Verstoß gegen außerkartellrechtliche Vorschriften durch den geforderten Marktmachtbezug gleichzeitig dem Kartellrecht zu unterstellen. Zugleich handelt es sich bei diesem Merkmal aber auch um keine weitergehende Anforderung, als der Wortlaut des § 19 Abs. 1 GWB mit dem Begriff der „Ausnutzung“ der marktbeherrschenden Stellung vorgibt.
- 873 Der geforderte Zusammenhang mit Marktmacht ist entgegen Facebooks Vortrag daher nicht im Sinne einer strengen Kausalität der Marktmacht zu verstehen, die einen Nachweis fordert, dass die Datenverarbeitungskonditionen gerade und allein wegen der Marktmacht so ausgestaltet werden konnten.⁷²² Für die „Ausnutzung“ einer marktbeherrschenden Stellung genügt nach allgemeinen Regeln vielmehr eine „normative Kausalität“ zwischen der Marktbeherrschung und dem Verhalten.⁷²³ Dabei ist es ausreichend, wenn sich das Verhalten auf Grund der Marktbeherrschung im

⁷²¹ BGH, Urteil vom 6.11.2013 – KZR 58/11 – *VBL Gegenwert I*, Rn. 65 (juris); BGH, Urteil vom 24.01.2017, „VBL-Gegenwert II“, Az. KZR 47/14, Rn. 35 (juris).

⁷²² [...]

⁷²³ *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Auflage 2014, § 19 Rn. 82b; noch weitergehend zum Anzapfverbot des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB: noch nicht einmal normative Kausalität erforderlich lt. BGH, Beschluss vom 23.01.2018, KVR 3/17, WuW 2018, 209 Rn. 81, 83ff. – *Hochzeitsrabatte*.

Ergebnis als wettbewerbsschädlich erweist, so dass zwar keine strenge Kausalität, wohl aber eine Ergebniskausalität zu fordern ist.⁷²⁴

874 In der Entscheidung *VBL Gegenwert II* hat der BGH demgemäß in seinem Leitsatz formuliert, dass unangemessene Geschäftsbedingungen, die die Beendigung einer langjährigen Vertragsbeziehung mit einem Normadressaten des § 19 Abs. 1 GWB erschweren, regelmäßig einen Missbrauch von Marktmacht darstellen.⁷²⁵ Dieses stellt ersichtlich auf die potentielle Wirkung der Klausel im Zusammenhang mit der Marktbeherrschung ab. Der BGH hat es nicht für erforderlich gehalten zu prüfen, ob Wettbewerber eine ähnliche Klausel benutzen würden. Dies wäre angesichts der Tatsache, dass die marktbeherrschende Stellung der VBL auf dem betroffenen Markt der Zusatzversorgung für den öffentlichen Dienst aus einem Marktanteil von 37 % unter Berücksichtigung der Beteiligung des Bundes und der meisten Bundesländer durch Tarifvertrag gefolgert wurde, wegen der Anwesenheit von Wettbewerbern auch möglich gewesen.⁷²⁶ Der BGH hat hier stattdessen ausreichen lassen, dass einer Bedingung, die die Kündigung einer langfristigen Beziehung zu einem marktbeherrschenden Unternehmen erschwert, die Gefahr innewohnt, die Marktmacht durch Errichtung einer zusätzlichen Marktzutrittsschranke weiter zu verstärken. Dementsprechend ist auch im vorliegenden Fall keine Überprüfung der Klauseln anhand eines historischen, räumlichen oder Dienste-übergreifenden Vergleichs geboten.⁷²⁷

875 Ein in diesem Sinne „normativ-kausaler“ Zusammenhang zwischen der Normadressatenstellung und dem Verstoß und seinen Folgen reicht somit nach den vorstehenden Grundsätzen aus. Ein solcher Zusammenhang ist zulasten der privaten Nutzer im Hinblick auf den rechtlichen Zusammenhang zwischen Kartellrecht und datenschutzrechtlichen Wertungen in Form der normativen Kausalität gegeben (dazu unter (1)). Es gehen von der rechtswidrigen Datenverarbeitung auch potentielle Behinderungswirkungen zulasten von Wettbewerbern durch die Gefahr der Übertragung von Marktmacht aus (unter (2)).

(1) Normativ-kausaler Zusammenhang mit Datenschutzverstoß

876 Es besteht zunächst im Vertikalverhältnis zu den privaten Nutzern ein normativ-kausaler Zusammenhang zwischen dem Vorliegen einer marktbeherrschenden

⁷²⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.07.2017, „Kabeleinspeiseentgelte“, Rn. 131 (iuris); OLG Frankfurt, Götting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Bd. 2, GWB, § 19, Rn. 61; Bechtold, GWB, 8. Auflage, § 19, Rn. 5; Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage, § 23 Rn. 55.

⁷²⁵ BGH, Urteil vom 24.01.2017, „VBL-Gegenwert II“, Az. KZR 47/14, LS 2 (iuris)

⁷²⁶ BGH, Urteil vom 24.01.2017, „VBL-Gegenwert II“, Az. KZR 47/14, Rn. 32 f. (iuris).

⁷²⁷ [...]

Stellung und dem Verstoß gegen die hier maßgeblichen Wertungen des Datenschutzrechts. Der Verstoß gegen datenschutzrechtliche Wertungen durch die Einschränkung der Selbstbestimmung der privaten Nutzer ist vorliegend entscheidend mit der marktbeherrschenden Stellung von Facebook verbunden.

- 877 Dies gilt zunächst für das Fehlen einer freiwilligen Einwilligung. Nach Erwägungsgrund 43 der DSGVO lässt eine Koppelung der Erbringung der Dienstleistung an die Einwilligung in die Datenverarbeitung dann die Freiwilligkeit entfallen, wenn zwischen der betroffenen Person und der Organisation ein „klares Ungleichgewicht“ besteht. Nach Erwägungsgrund 42 und 43 der DSGVO sollte ferner nur dann davon ausgegangen werden, dass die betroffene Person ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Jedenfalls das Vorliegen der marktbeherrschenden Stellung führt danach zur Unfreiwilligkeit der Einwilligung.⁷²⁸
- 878 Darüber hinaus spielt die marktbeherrschende Stellung auch im Rahmen der datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlagen der Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO (im Rahmen der Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung) und nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO (im Rahmen der Interessenabwägung) eine Rolle. Sie führt hier dazu, dass im Hinblick auf die monopolartige Stellung und die damit verbundene Möglichkeit, Datenverarbeitungskonditionen einseitig durchzusetzen, Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO herangezogen werden kann (vgl. oben Rn. 677). Die Art. 29-Datenschutzgruppe betont darüber hinaus wie dargestellt, dass die marktbeherrschende Stellung des Datenverantwortlichen einen Schlüsselfaktor bei der Interessenabwägung in Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO darstellt (s.o. Rn. 730).⁷²⁹
- 879 Der Verstoß gegen datenschutzrechtliche Wertungen ist damit im konkreten Fall durch die marktbeherrschende Stellung von Facebook gekennzeichnet. Das Datenschutzrecht stellt bei den Rechtfertigungsgründen insgesamt entscheidend auf die unternehmensbezogenen Umstände, ihre Zwecksetzung und auf die hieran orientierte Form sowie das Ausmaß der Datenverarbeitung ab. Dies bedeutet, dass vergleichbare Verhaltensweisen bei einem Unternehmen ohne Marktmacht anders zu beurteilen sein werden.
- 880 Daher wäre hier ein Marktmachtbezug selbst dann gegeben, wenn dieser im Sinne einer strengen Kausalität verstanden würde. Denn der hier vorliegende konkrete

⁷²⁸ [...]

⁷²⁹ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG, S. 51, 71, [...]

Datenschutzverstoß kann von Wettbewerbern, die keine marktbeherrschende Stellung innehaben, so nicht begangen werden. Soweit insbesondere darauf verwiesen wird, dass auch andere Internetunternehmen wie Yahoo, Bing Oracle oder Google über Schnittstellen Daten erheben⁷³⁰, sagt dies nichts über die datenschutzrechtliche Zulässigkeit desselben Verhaltens durch Facebook aus.

- 881 Insoweit können auch die Bedenken des Gutachters in dem von DICE Consult eingereichten Gutachten „An Economic Analysis of the Role of Data Collection in Social Networks“⁷³¹ nicht durchgreifen. In dem Gutachten wird u.a. angenommen, dass Facebook bei einer Einschränkung der Verarbeitung von „Off-Facebook“-Daten gegenüber seinen Wettbewerbern zu suboptimalem Wettbewerbsverhalten durch weniger innovative und schlechtere Dienste insbesondere auch gegenüber Google gezwungen würde. Dieses soll unter anderem daran liegen, dass im Hinblick auf die Marktbeherrschung diskriminierende Datenschutzanforderungen an Facebook gestellt würden. Darüber hinaus würden sich Nutzer durch die Verweigerung der Zustimmung zu der vorteilhaften Datenverarbeitung selbst schaden.
- 882 Die Annahme, dass das Datenschutzrecht die individuellen Unternehmensumstände einschließlich der Marktbeherrschung nicht berücksichtigen und diese Gesichtspunkte über das Kartellrecht erst eingeführt würden, verkennt insgesamt die Rechtsgrundlagen und Maßstäbe des Datenschutzes sowie das vom BGH entwickelte Prüfkonzep des Konditionenmissbrauchs. Sie geht offenbar davon aus, dass die Marktposition des Unternehmens keinen Aspekt der Prüfung des einzuhaltenden Datenschutzniveaus darstellt. Dies ist, wie oben dargelegt, jedoch unzutreffend. Der in der DSGVO formulierte Datenschutzstandard mag aus Sicht des ökonomischen Gutachters kritikwürdig erscheinen. Dies ändert nichts daran, dass es sich hierbei um den geltenden Maßstab zur Konkretisierung des grundrechtlich garantierten informationellen Selbstbestimmungsrechts handelt, der eine mögliche Einschränkung ökonomischer Vorteile im Rahmen der Abwägung der Interessen in Kauf nimmt.
- 883 Die datenschutzrechtliche Berücksichtigung der Marktstellung erscheint auch nachvollziehbar und sachgerecht. Denn diese hat nicht nur Folgen für Ausmaß und Folgen der Datenerhebung. Ihr kommt vor allen Dingen auch maßgebliche Bedeutung für die Frage zu, ob der Nutzer Wahlmöglichkeiten hat und damit selbstbestimmt über das von ihm gewünschte Datenschutzniveau entscheiden kann oder ob er die Datenverarbeitung nur hinnimmt, weil er eine bestimmte Leistung ansonsten überhaupt nicht nutzen könnte. Darauf, dass es im letzteren Fall an einer freien Entscheidung und

⁷³⁰ [...]

⁷³¹ [...]

Selbstbestimmung der Nutzer über ihre Daten fehlen kann, deuten auch die Untersuchungen im vorliegenden Fall. Denn nach der Nutzerumfrage ist der Umgang mit Daten für 75 % der Befragten grundsätzlich ein wichtiger Belang für die Wahl eines sozialen Netzwerks (siehe oben, Rn. 427). Hat der Nutzer wegen der Marktstellung des Unternehmens aber gar keine Alternative als in die Datenverarbeitung einzuwilligen, unterlässt er regelmäßig die Lektüre der Datenrichtlinien. Mangels Alternativen und aufgrund der starken Lock-In-Effekte (Rn. 460 ff.) ist ihm auch bei späterer Unzufriedenheit mit der Nutzung seiner Daten ein Wechsel kaum möglich. Ihm fehlt daher die Möglichkeit, dem Verhalten des Marktbeherrschers durch Ausweichen auf Bezugsalternativen zu entgehen.⁷³²

- 884 Es ist schließlich weder mit vorliegender Prüfung des Datenschutzrechts noch mit der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung Facebooks eine Aussage verbunden, inwieweit andere marktbeherrschende Unternehmen auf ihren relevanten Märkten durch die von ihnen individuell durchgeführte Datenverarbeitung ihrerseits gegen Datenschutzrecht verstoßen oder nicht. Soweit Facebook illustriert, dass andere Unternehmen ebenfalls einen konzerninternen Datenaustausch praktizieren⁷³³ oder Daten aus Drittquellen mit konzerneigenen Daten zusammenführen⁷³⁴, kann dies für die Beurteilung der Unangemessenheit des Verhaltens Facebooks als solches kein Maßstab sein: Das möglicherweise ebenfalls gegen datenschutzrechtliche Wertungen verstoßende Verhalten Dritter kann entgegen Facebooks Ansicht nicht zu einem „etablierten Industriestandard“⁷³⁵ stilisiert werden, da sonst das Unrecht anderer zum Maßstab des Unwerturteils über den Normadressaten erhoben würde. Dies könnte zu dem paradoxen Ergebnis führen, dass kleinere Wettbewerber sich – ähnlich wie bei Preisschirmeffekten bei Kartellabsprachen⁷³⁶ – unter dem „Schirm“ des Marktbeherrschers verleiten lassen könnten, sich ebenfalls datenschutzrechtswidrig zu verhalten und der Marktbeherrschers dann mit Verweis auf das Verhalten der Wettbewerber die Angemessenheit seines Verhaltens reklamieren könnte.

(2) Ergebniskausale Behinderung von Wettbewerbern

- 885 Es besteht bei den rechtswidrigen Datenverarbeitungskonditionen darüber hinaus ein ergebniskausaler Zusammenhang mit der Marktbeherrschung im Hinblick auf die tatsächlichen und potentiellen Behinderungswirkungen zulasten von Wettbewerbern.

⁷³² Langen/Bunte/Nothdurft, § 19 GWB, Rn. 195.

⁷³³ [...]

⁷³⁴ [...]

⁷³⁵ [...]

⁷³⁶ Zum Phänomen der Preisschirmeffekte s. beispielsweise Inderst u.a., „Preisschirmeffekte“, WuW 2014, S. 1043 ff.

- 886 Bei einer werbefinanzierten Internetplattform, wie sie Facebook betreibt, ist der Anreiz sehr hoch, den Datenverarbeitungsspielraum auszunutzen, um den Markterfolg auf der Werbeseite zu sichern. Durch rechtswidrige Datenverarbeitungskonditionen, die den Zugang zu den Nutzerdaten von potentiellen Werbekunden eröffnen – wie bei den Sozialen Plugins, dem Facebook Login und der Schnittstelle für die Mess- und Analyseprodukte – ist auch die Gefahr der Übertragung von Marktmacht besonders virulent. Denn die hieraus resultierenden Erkenntnisse erlauben es Facebook, den Drittseitenbetreibern attraktive Angebote zielgerichteter, auf ihre Nutzer abgestimmter Werbung zu machen.
- 887 Dies gilt, wie dargestellt, auch für die Datenverarbeitung aus den konzerneigenen Diensten, insbesondere aus WhatsApp und Instagram. Die mit der Datenverarbeitung mögliche faktische Integration der Dienste durch wechselseitig aufeinander Bezug nehmende Funktionalitäten und faktisch gemeinsame Nutzerkonten ist die Gefahr der Übertragung der Marktmacht auf die Märkte, auf denen diese Dienste tätig sind, verbunden. Dabei ist im Falle von WhatsApp auch eine bereits starke Marktstellung auf dem Markt für Messenger-Dienste vorhanden, die mit einer weiteren Integration des Dienstes bei Facebook weiter wachsen könnte. Es ist insoweit von Bedeutung, dass auch WhatsApp und Instagram von direkten Netzwerkeffekten gekennzeichnet sind und die Datenverarbeitung zum Zwecke der einheitlichen Personalisierung mit der Möglichkeit der Vereinheitlichung von Freundes- und Kontaktlisten eine Abwanderung zu anderen Diensten, die in Teilfunktionen im Wettbewerb zu Facebook stehen, erschwert wird. Dabei ist insbesondere auf den zwischen Instagram und Snapchat bestehenden Wettbewerb bei den Fotodiensten hinzuweisen, für den Instagram durch die Vereinheitlichung des „Produkterlebnisses“ mit Facebook.com und der dadurch erschwerten Abwanderungsmöglichkeit der Nutzer einen erheblichen Vorteil erhält.
- 888 Darüber hinaus führt die unangemessene Datenverarbeitung auch zu einer Erhöhung der Marktzutrittsschranken für potentielle Wettbewerber auf dem Markt für soziale Netzwerke. Dass der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten zentrale Bedeutung für den Markteintritt und Markterfolg haben kann, hat der Gesetzgeber mit der Einführung des Marktmachtkriteriums des Datenzugangs in § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB ausdrücklich anerkannt. Da die Erhebung und Verarbeitung von Daten wesentliche Grundlage für das Geschäftsmodell eines sozialen Netzwerks ist, ist dieses stets darum bemüht, so viele Daten wie möglich zu erheben. Denn sehr detailreiche Kenntnisse über die Nutzer ermöglichen eine hochgradig zielgerichtete Werbung, wie Facebook sie anbieten will. Der Zugang zu Daten ist daher ein wesentlicher Marktmachtfaktor bei der Beurteilung der Marktstellung der Unternehmen. Der durch den hervorragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten bereits bestehende Vorsprung von Facebook wird durch

eine unangemessene und damit rechtswidrige Datenverarbeitung aus weiteren Quellen mit Zuordnung zu den Facebook-Konten weiter ausgebaut und dadurch die bestehende Marktzutrittsschranke auch hier im Zusammenhang mit den direkten Netzwerkeffekten weiter erhöht. Auch insoweit zeigt die konkrete Wirkung der Geschäftsbedingungen einen direkten Marktmachtbezug.⁷³⁷ Wettbewerber, die in der Vergangenheit rechtmäßig mit der Erfassung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten umgegangen sind, erleiden somit einen Wettbewerbsnachteil gegenüber Facebook.⁷³⁸

b. Kartellrechtliche Interessenabwägung

889 Verstoßen die Geschäftsbedingungen als Ausfluss der Marktmacht gegen Datenschutzwertungen, kommt der im Rahmen der Missbrauchsaufsicht erforderlichen umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB nach der *VBL-Rechtsprechung* des BGH keine eigenständige Bedeutung zu (dazu (1)). Eine vorsorgliche kartellrechtliche Interessenabwägung führt im vorliegenden Fall im Übrigen auch zu demselben Ergebnis wie die datenschutzrechtliche Interessenabwägung (dazu (2)).

(1) Erforderlichkeit nach der Rechtsprechung

890 Die Entbehrlichkeit einer zusätzlichen kartellrechtlichen Interessenabwägung ergibt sich aus der Rechtsprechung des BGH in Sachen *VBL-Gegenwert II*. In dem Fall hat der BGH einen Verstoß gegen AGB-Recht durch Vertragskonditionen als Ausfluss der Marktmacht festgestellt und eine darüber hinaus gehende Abwägung der Interessen nicht mehr vorgenommen. Dies ist aus Sicht der Beschlussabteilung auf der Grundlage des *VBL-Prüfkonzepts* auch konsequent.

891 Dies ergibt sich zunächst aus der Überlegung, dass bei einem festgestellten Verstoß gegen Rechtsvorschriften durch das marktbeherrschende Unternehmen die Abwägung aus Rechtsgründen nicht zu dem Ergebnis kommen kann, dass das Unternehmen an einem Rechtsverstoß kartellrechtlich ein überwiegendes Interesse hat. Ist ein Rechtsverstoß Ausfluss von Marktmacht in dem dargestellten Sinne, kann die Missbräuchlichkeit nicht mehr durch eine weitere Interessenabwägung in Frage gestellt sein.

⁷³⁷ So schon Weichert, „Datenschutzverstoß als Geschäftsmodell – der Fall Facebook“, DuD 2012, 716 ff. unter Aufzählung der Datenschutzverstöße Facebooks und der Feststellung, dass die datenschutzwidrige Beschaffung personenbezogener Daten gegenüber den sich rechtskonform verhaltenden Wettbewerbern einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil darstelle.

⁷³⁸ [...]

- 892 Dies folgt auch aus dem Prüfkonzept selbst, das sich für die Auslegung des kartellrechtlichen Begriffs der Angemessenheit von Konditionen auf vergleichbare Angemessenheitskonzepte anderer Rechtsgebiete für ähnlich ungleichgewichtige Verhandlungssituationen wie das AGB-Recht oder das Datenschutzrecht stützt. Die Angemessenheitsregeln anderer Rechtsgebiete sind im Hinblick auf den nötigen Interessenausgleich bei der Verhandlung von Konditionen ihrerseits Ergebnis einer Interessenabwägung. Dies wird besonders deutlich bei den hier angewendeten Datenschutzwertungen, die mit Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO für die Rechtfertigung der Datenverarbeitungskonditionen ebenfalls maßgeblich auf eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der marktbeherrschenden Stellung des Datenverantwortlichen abstellen.
- 893 Die Rechtsprechung des BGH in Sachen *Pechstein* steht diesem Befund nicht entgegen. Zwar hat der BGH in dem Verfahren maßgeblich auf eine auch im Rahmen von § 19 Abs. 1 GWB für erforderlich gehaltene Interessenabwägung abgestellt.⁷³⁹ Dem ging jedoch voraus, dass die dort zu prüfende Schiedsklausel nach den Anforderungen der ZPO, welche gleichfalls einer Übervorteilung einer Partei vorbeugen sollen, nicht zu beanstanden war.⁷⁴⁰ Die vom BGH weiter durchgeführte kartellrechtliche Interessenabwägung unter Einbeziehung der beiderseitigen Grundrechtspositionen diene insofern nur der Klärung der Frage, ob sich die Unwirksamkeit der Schiedsklausel aus den weitergehenden rechtlichen Anforderungen ergeben könnte, die Normadressaten des § 19 GWB über die allgemeinen Anforderungen (dort der ZPO) hinaus zu erfüllen haben. Die Entscheidung in Sachen *Pechstein* ist damit kein Beleg für die Notwendigkeit einer Interessenabwägung in einem Fall, in denen der Normadressat bereits die auch für Nicht-Normadressaten geltenden Regelungen der Rechtsordnung verletzt.

(2) Parallelität der kartellrechtlichen und datenschutzrechtlichen Interessenabwägung

- 894 Eine insofern nur vorsorglich durchzuführende kartellrechtliche Interessenabwägung kommt im vorliegenden Fall auch zu keinem anderen Ergebnis als die datenschutzrechtliche Wertung. Denn im Hinblick auf die ungleichgewichtige Verhandlungssituation, die mit dem Datenschutzrecht abgebildet wird, sind ähnliche Abwägungsfaktoren einschließlich der Marktbeherrschung zugrunde zu legen.

⁷³⁹ BGH, Urteil vom 7.6.2016, KZR 6/15 – *Pechstein*, Rn. 48 (juris).

⁷⁴⁰ A.a.O., Rn. 23 bis 39.

- 895 Dies steht im Einklang mit der kartellrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Sachen *Pechstein*. Danach steht einem selbstbestimmten Vertragsschluss zunächst zwar nicht grundsätzlich entgegen, dass der Nutzer einzelne Vertragsbedingungen nicht gewollt hat, da die vertragliche Vereinbarung insgesamt einen Interessenausgleich darstellen kann, der regelmäßig auch das Aufgeben von eigenen Positionen beinhaltet. Hat jedoch einer der Vertragspartner ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil eine Fremdbestimmung. Dieses gilt insbesondere, wenn ein Monopol oder Quasi-Monopol besteht. Gerade dieser Umstand erfordert die Heranziehung der zivilrechtlichen Generalklauseln wie § 19 Abs. 1 GWB, mit denen ein Interessenausgleich einschließlich der Abwägung betroffener Grundrechtspositionen herbeigeführt werden muss.⁷⁴¹
- 896 Der gleiche Gedanke liegt dem engen Verständnis des Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO zu Grunde. Die Bestimmung dessen, was für die Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist, kann nicht in der alleinigen Definitionshoheit des Verarbeiters liegen, da ansonsten der Schutz vor Fremdbestimmung und das Erfordernis einer Interessenabwägung unterlaufen würden. Auch die nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO erforderliche Interessenabwägung erfolgt umfassend unter Berücksichtigung aller beteiligten Organisationen, der betroffenen Personen sowie Dritter anhand der datenschutzrechtlichen Grundsätze. Den dabei maßgeblichen Gesichtspunkten käme auch für eine isolierte kartellrechtliche Interessenabwägung maßgebliche Bedeutung zu.
- 897 Dies gilt zunächst für die oben im Einzelnen festgestellte fehlende Erforderlichkeit der umfassenden Erfassung und Zuordnung der Nutzerdaten aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools sowie deren Verwendung. Zwar ist auf Seiten von Facebook grundsätzlich das Interesse anzuerkennen, Daten zur Verbesserung seines Produkts und dessen von personalisierter Werbung gebildeten kommerziellen Basis zu verarbeiten. Die Verarbeitung von Daten ist in solchen „Big Data“-Geschäftsmodellen notwendig angelegt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ihre Reichweite der freien Bestimmung durch das Unternehmen unterliegt und einer kartellrechtlichen Überprüfung entzogen ist. Bei einem marktbeherrschenden Anbieter, der keiner hinreichenden wettbewerblichen Kontrolle unterliegt, ist zu gewährleisten, dass auch den Interessen der Marktgegenseite hinreichend Rechnung getragen wird. Dies bedeutet, dass ihnen keine Belastungen auferlegt werden dürfen, für die eine Notwendigkeit auf Seiten des Anbieters nicht ersichtlich ist.

⁷⁴¹ BGH, Urteil vom 7.6.2016, KZR 6/15 – *Pechstein*, Rn. 57 (juris).

- 898 Nach der datenschutzrechtlichen Bewertung ist wie oben dargestellt das Ausmaß der Fremdbestimmung im Hinblick auf die marktbeherrschende Stellung zu berücksichtigen. Auch dieses deckt sich mit den Abwägungsfaktoren der kartellrechtlichen Interessenabwägung.
- 899 Auf Seiten der Nutzer deckt sich der datenschutzrechtliche Maßstab der „vernünftigen Erwartung“ der Nutzer mit dem dargestellten spezifischen Marktmachtproblem bei Vertragskonditionen und insbesondere bei dem Datenverarbeitungsspielraum, das gerade in der Tatsache liegt, dass Nutzer die Tragweite der Konditionen und der Datenverarbeitung in ihrem Ausmaß, der Bedeutung und der Quellen nicht überblicken können. Der Maßstab ist daher auch für eine kartellrechtliche Abwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung sinnvoll. Denn die Freiheit des Wettbewerbs zielt gerade auch auf die Möglichkeit der Marktgegenseite, eine unabhängige Entscheidung bei der Vereinbarung der Vertragskonditionen treffen zu können.
- 900 Nach der dargestellten *Pechstein*-Rechtsprechung des BGH sind auch grundrechtliche Wertungen in eine kartellrechtliche Interessenabwägung miteinzubeziehen.⁷⁴² Danach wäre es konzeptionell im vorliegenden Fall ebenfalls möglich, im Hinblick auf den Ausschluss der freiwilligen Selbstbestimmung durch die Marktbeherrschung, den Missbrauch direkt im Wege einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Grundrechtspositionen festzustellen. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass die DSGVO auch eine gesetzliche Entscheidung zu dem Ausgleich der Grundrechtspositionen trifft, insbesondere in Form der Rechtfertigungsgründe in Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Von dieser fachrechtlichen Konkretisierung ist für den kartellrechtlichen Blick auf die in Konflikt stehenden Grundrechtspositionen grundsätzlich auszugehen. Auch dieses vereinheitlicht im vorliegenden Fall den Abwägungsrahmen.
- 901 Im Wesentlichen kann daher für die kartellrechtliche Interessenabwägung auf die datenschutzrechtlichen Wertungen verwiesen werden. Dabei ist aus Sicht der Beschlussabteilung der wesentliche Aspekt auch für die kartellrechtliche Interessenabwägung die Bedeutung der marktbeherrschenden Stellung von Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke für die weitere Internetnutzung der Nutzer, wenn diese für die Nutzung des sozialen Netzwerks die dargestellten Datenverarbeitungskonditionen hinnehmen müssen.
- 902 Denn die Marktbeherrschung von Facebook führt dazu, dass die unbegrenzte Datenverarbeitung aus einer Vielzahl von Quellen nicht mit einem Wechsel des

⁷⁴² BGH, Urteil vom 7.6.2016, KZR 6/15 – *Pechstein*, Rn. 55 (juris).

sozialen Netzwerks verhindert werden kann. Nutzer müssten auf die Nutzung einer Vielzahl von Diensten verzichten, wollten sie keine weiteren nicht überblickbaren Daten ihrem umfangreichen Datenbestand bei Facebook hinzufügen. Dies führt zu einer erheblichen weiteren Einschränkung der Nutzer bei der Auswahl ihrer Internet-Dienste.

- 903 Denn es handelt sich etwa mit WhatsApp und Instagram um weit verbreitete Dienste mit einer hohen Nutzerbasis, die ihrerseits direkte Netzwerkeffekte entfalten. Dabei ist bereits fraglich, ob die Nutzer auf diese Dienste im Hinblick auf die Netzwerkeffekte und die insbesondere von WhatsApp erreichte Marktposition überhaupt verzichten können. Selbst wenn dies aber der Fall sein sollte, stellt es jedenfalls faktisch eine erhebliche und unverhältnismäßige Einschränkung der allgemeinen Internetnutzung dar, wenn der Facebook-Nutzer alle weiteren Facebook-Angebote nicht mehr nutzen kann, um zu verhindern, dass das bereits detaillierte Nutzerprofil bei Facebook weiter durch dort anfallende Daten angereichert werden kann. Hinzu kommt, dass über [...] der monatlich aktiven Facebook.com-Nutzer daneben auch WhatsApp, weit über [...] daneben Instagram nutzen.⁷⁴³ In der Summe bedeutet dies, dass ein Facebook.com-Nutzer der Datenerfassung außerhalb des sozialen Netzwerks nur entgehen könnte, wenn er seine Internetnutzung weitgehend einstellen und auf weitverbreitete Dienste wie WhatsApp verzichten würde.
- 904 Eine Konzerneffizienz kann auch nach kartellrechtlicher Sichtweise nicht eingewendet werden. Zwar können eine gemeinsame Strategie innerhalb der Unternehmensgruppe zur Ausschöpfung von möglichen konzerninternen Synergien sowie der Aufbau effizienter Datenbankstrukturen im Konzern anerkanntswerte Interessen darstellen. Ein allgemeines Konzernprivileg, wonach eine solche Konzerneffizienz stets einen Missbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB ausschließen würde, existiert jedoch – wie etwa an den Koppelungsfällen ersichtlich – auch im Kartellrecht nicht⁷⁴⁴ und lässt sich entgegen Facebooks Ansicht auch nicht aus § 36 Abs. 2 GWB herleiten. Gerade angesichts der nicht ersichtlichen Erforderlichkeit der umfassenden Datenzusammenführung überwiegen hier die Schutzinteressen der Nutzer.
- 905 Auch bei den Sozialen Plugins, dem Facebook Login sowie den Mess- und Analysetools für Drittanbieter streitet die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB für ein Überwiegen der Interessen des Nutzers an der Selbstbestimmung über seine Daten aus diesen Quellen. Bei millionenfach eingebundenen Sozialen Plugins, Facebook Logins und den weiteren Schnittstellen in

⁷⁴³ [...]

⁷⁴⁴ So ist beispielsweise eine Quersubventionierung von Produkten innerhalb des Konzerns einer Missbrauchsaufsicht unterstellt, vgl. z.B. für das europäische Recht Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 12. Auflage, Art. 102 AEUV, Rn. 315.

Deutschland, deren Existenz vor Aufruf der Webseite nicht bekannt sind und vielfach auch nicht sichtbar werden, müsste der Nutzer praktisch die Internetnutzung einstellen. Der Nutzer wird damit über das soziale Netzwerk sowie konzerneigener Dienste hinaus zur einer Datenhingabe mit Zuordnung zu seinem Facebook-Konto bei Nutzung fremder Dienste gezwungen. Hierin liegt eine missbräuchliche Erzwingung eines weiteren Zugangs zu Daten aus fremden Diensten auch nach kartellrechtlichen Maßstäben.

- 906 Schließlich kann entgegen Facebooks Auffassung⁷⁴⁵ eine ökonomische Quantifizierung des missbräuchlichen Verhaltens anhand eines saldierenden Vergleichs des entstehenden Verbrauchernutzens mit dem Verbraucherschaden, um nachzuweisen, dass die Konsumentenwohlfahrt durch das beanstandete Verhalten in Summe sinkt, nicht als Rechtfertigung verfangen.
- 907 Facebook hat hierfür ein ökonomisches Privatgutachten von Prof. Evans vorgelegt,⁷⁴⁶ das anhand illustrativer Überschlagsrechnungen zu dem Schluss kommt, dass Facebook für deutsche Verbraucher insgesamt betrachtet einen Netto-Nutzen bringe und somit kein Schaden für die Nutzer nachgewiesen sei. Zur Berechnung schlägt das Gutachten als approximative Maße [...].
- 908 Abgesehen davon, dass das Gutachten nicht zwischen einer Betrachtung der Daten aus konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools einerseits und den durch die Nutzung des sozialen Netzwerks Facebook.com selbst anfallenden Daten andererseits differenziert und dadurch allenfalls mittelbar mit den Inhalten des Verfahrens in Bezug steht, scheint eine ökonomische Quantifizierung des missbräuchlichen Verhaltens kaum möglich.⁷⁴⁷
- 909 Dabei ist entgegen der Prämisse des Gutachtens davon auszugehen, dass auch ökonomisch das beanstandete Verhalten zu potenziellen Nutzereinbußen führen kann. Schon die Sammlung an sich kann zu Verhaltensänderungen bei den Nutzern führen, z.B. um adverse Reaktionen der Freunde oder des Staates zu vermeiden.⁷⁴⁸ Darüber hinaus zeigt beispielsweise die umfangreiche Weitergabe persönlicher Daten von Facebook-Nutzern durch den Facebook-Konzern an Cambridge Analytica⁷⁴⁹ und

⁷⁴⁵ [...]

⁷⁴⁶ [...]

⁷⁴⁷ Im Einzelnen Bundeskartellamt, „Ökonomische Bewertung des „White Papers“ von David S. Evans vom 18.05.2018, [...]

⁷⁴⁸ Vgl. Marthews, A., Tucker, C. (2017). Government Surveillance and Internet Search Behavior. Abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2412564> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁷⁴⁹ Vgl. New York Times vom 4. April 2018, „Facebook Says Cambridge Analytica Harvested Data of Up to 87 Million Users“, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2018/04/04/technology/mark-zuckerberg-testify-congress.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

diverse Smartphone-Hersteller⁷⁵⁰ konkret, dass aus Nutzersicht ungewollte Datenabflüsse auch bei Facebook nicht nur theoretische Risiken darstellen.

- 910 Durch eine von Facebook gewollte oder ungewollte Offenlegung oder Weitergabe der Daten an Dritte können den Nutzern materielle (finanzielle) Schäden z.B. durch Identitätsdiebstahl, Erpressung oder Betrug zugefügt werden. Jedoch können auch immaterielle Schäden für die Nutzer entstehen. Mit der Sammlung von Daten können von dem Nutzer als schützenswert angesehene und nicht freiwillig bereitgestellte Informationen über beispielsweise Einkommen, Aufenthaltsorte, Krankheiten, politische Ansichten oder sexuelle Orientierung offenbart werden.⁷⁵¹ Hierbei steigt das Schadenspotenzial mit Umfang und Qualität der Daten, wenn Facebook-Daten aus konzerneigenen Dienste oder Facebook Business Tools etwa Rückschlüsse auf die Historie der von Nutzern angesteuerten sensitiven Internetseiten erlauben. Aufgrund der besonderen Detailtiefe der Daten handelt es sich aus Nutzersicht um einen Datenpool mit besonders hohem Schadenspotenzial.
- 911 Wissenschaftler weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein negativer externer Effekt der Datensammlung zu Lasten der Nutzer bestehe. Während die Chancen einer umfangreicheren Datensammlung über ein gesteigertes Monetarisierungspotenzial den Daten sammelnden Unternehmen zukommen, tragen Nutzer jedenfalls den Großteil der potenziellen finanziellen (und immateriellen) Kosten. Hierdurch komme es zu einem Fehlanreiz für die Daten sammelnden Unternehmen, welche hierdurch aus Konsumentenwohlfahrtssicht „zu viele“ Daten sammeln.⁷⁵²
- 912 Dennoch sind die Schadenswirkungen schwer quantifizierbar, da nicht klar ist, ob, wann und wie welche potenziellen materiellen oder aber insbesondere immateriellen Verbraucherschäden eintreten und welche Nutzer diese betreffen. Es ist auch nicht absehbar, welches Schadenspotenzial die Daten durch derzeit noch nicht existente, aber zukünftig vorhandene Verknüpfungs- oder technische Analysemöglichkeiten haben.⁷⁵³ Auch dieses steht im Einklang mit den Einschätzungen der Art.-29-Datenschutzgruppe, die auch für eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO

⁷⁵⁰ Vgl. New York Times vom 3. Juni 2018, „Facebook Gave Device Makers Deep Access to Data on Users and Friends“, <https://www.nytimes.com/interactive/2018/06/03/technology/facebook-device-partners-users-friends-data.html> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁷⁵¹ Vgl. Jin, G., „Artificial Intelligence and Consumer Privacy“ in: Agrawal A., Gans, J, Goldfarb, A. (Hrsg.), The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda, Chicago: University of Chicago Press, 2018, abrufbar unter <https://www.nber.org/chapters/c14034.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁷⁵² Vgl. Jin, G., „Artificial Intelligence and Consumer Privacy“ in: Agrawal A., Gans, J, Goldfarb, A. (Hrsg.), The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda, Chicago: University of Chicago Press, 2018, <https://www.nber.org/chapters/c14034.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

⁷⁵³ Vgl. Tucker, C., „Privacy, Algorithms, and Artificial Intelligence“ in: Agrawal A., Gans, J., Goldfarb, A. (Hrsg.), „The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda, Chicago: University of Chicago Press, 2018, <https://www.nber.org/chapters/c14011.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.01.2019).

gerade nicht nur die tatsächlichen Nachteile der Datenverarbeitung für die betroffenen Personen heranziehen, sondern aus denselben Gründen auch die potenziellen Gefahren der Datenverarbeitung (s.o. Rn. 767).

- 913 Vor allem ist der saldierenden Betrachtung von Wohlfahrtswirkungen im Rahmen der kartellrechtlichen Interessenabwägung jedoch entgegenzuhalten, dass damit – selbst wenn man ihr Ergebnis als zutreffend unterstellte – der Bruch von rechtlichen Schutzvorschriften, die zugunsten der Nutzer bestehen, schon im Ansatz nicht gerechtfertigt werden kann. Die Bestimmungen des Datenschutzrechts weisen den Nutzern weniger Vermögenspositionen als Freiheitsräume zu, in denen sie eigenverantwortlich über die Preisgabe ihrer Daten zu entscheiden haben. Ist diese Eigenverantwortlichkeit durch das Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens nicht gewährleistet, so verbietet sich der Hinweis dieses Unternehmens darauf, dass der Verlust an Eigenverantwortlichkeit (aus Sicht dieses Unternehmens) schon gerecht durch den Nutzen der eigenen Leistung entgolten werde und daher hinzunehmen sei.

III. Missbrauch nach Art. 102 AEUV

- 914 Nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 ist im Fall, dass einzelstaatliches Wettbewerbsrecht auf nach Art. 102 AEUV verbotene Missbräuche angewendet wird, auch Art. 102 AEUV anzuwenden. Zwar kann nach dem Katalogtatbestand des Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV ein Missbrauch auch in der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen bestehen. Die Prüfung hat jedoch gezeigt, dass das von der deutschen Rechtsprechung zur Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB entwickelte Schutzkonzept, das sich zur Feststellung der Missbräuchlichkeit maßgeblich auf grundrechtliche oder einfachgesetzliche Wertentscheidungen bezieht, in der europäischen Rechtsprechung und Anwendungspraxis bisher keine Entsprechung gefunden hat. Die beabsichtigte Untersagung wird daher auf § 19 Abs. 1 GWB i.V.m. der hierzu ergangenen innerstaatlichen Rechtsprechung gestützt. Den Mitgliedstaaten ist es nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden.⁷⁵⁴

⁷⁵⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 6. November 2013, „VBL-Gegenwert“, KZR 58/11, Rn. 76 (juris).

C. Entscheidung nach § 32 GWB

915 Die Entscheidung ist auf der Grundlage des § 32 GWB rechtmäßig. Die Hauptaussprüche in Ziff. 1 bis 4 beziehen sich auf die Verletzungshandlung und deren Beseitigung (hierzu I.). Sie sind in ihrem Umfang unter Berücksichtigung der Nebenentscheidungen nach Ziff. 5 bis 7 erforderlich und verhältnismäßig (hierzu II.). Die Entscheidung entspricht auch im Übrigen pflichtgemäßer Ermessensausübung (hierzu III.).

I. Hauptaussprüche

916 Der Tenor enthält in der Grundstruktur seiner Hauptaussprüche die Untersagung der Verwendung von bestimmten vertraglichen Nutzungsbedingungen, erläutert durch die gegenwärtig von den Beteiligten eingesetzten Dokumente (Ziff. 1, hierzu 1.), und ihrer Durchführung durch die tatsächliche Datenverarbeitung (Ziff. 2, hierzu 2.) sowie die Verpflichtung, die zur Beendigung des Verstoßes erforderlichen konkreten Abstellungsmaßnahmen zu bezeichnen und durchzuführen (Ziff. 3, hierzu 3.). Die auf Ziff. 1- 3 bezogene Ziff. 4 enthält die Klarstellung, dass die Bereitstellung des Dienstes nicht von der Einwilligung in die Datenverarbeitung abhängen darf.

1. Untersagung der Verwendung von Bestimmungen in den Nutzungsbedingungen konkretisiert durch Daten- und Cookie-Richtlinie, Ziff. 1

917 Die Ziff. 1 untersagt zunächst die Verwendung von Nutzungsbedingungen einschließlich deren Konkretisierungen in Daten- und Cookie-Richtlinien, denen die Nutzer vor Nutzung zustimmen müssen und die den gewollten Vertragsinhalt dokumentieren.⁷⁵⁵ Dabei wird zunächst das missbräuchliche Verhalten in den Varianten a) bis c) umschrieben (hierzu a.) und mit den gegenwärtigen Formulierungen der Facebook-Nutzungsbedingungen und Datenrichtlinien in den nachfolgenden Spiegelstrichen weiter erläutert (hierzu b.).

a. Nutzungsbedingungen als Verletzungshandlung

918 Die missbräuchliche Verhalten besteht im Kern in der Verwendung und Durchführung von durch Richtlinien konkretisierten Nutzungsbedingungen gegenüber einer bestimmten Gruppe von Nutzern („private Nutzer“), deren Bestimmungen bestimmte Datenverarbeitungskategorien („Erfassen“, „Verknüpfen“, „Verwenden“) bezüglich bestimmter Datentypen („nutzer- und gerätebezogene Daten“) aus bestimmten

⁷⁵⁵ Vgl. Punkt 5 der Facebook Nutzungsbedingungen, wonach die Nutzungsbedingungen die gesamte Vereinbarung darstellt.

Quellen außerhalb des Dienstes *Facebook.com* (konzerneigene Dienste und Facebook Business Tools) erlauben und so im Ergebnis eine Zusammenführung von weitgehend nicht eingegrenzten personenbezogenen Daten aus den genannten Quellen und deren Nutzung, insbesondere auch die kombinierte Nutzung durch die Betreibergesellschaft von Facebook.com ausbedingen.

- 919 Mit dem Bezug von Ziff. 1 des Tenors auf Nutzungsbedingungen „einschließlich der Konkretisierung in Datenrichtlinien, Cookie-Richtlinien oder vergleichbare Vertragskonditionen“ trägt die Beschlussabteilung der gängigen Praxis Rechnung, dass die Nutzungsbedingungen hinsichtlich der Verarbeitung von personenbezogenen Daten nur eine weitgefasste allgemeine Regelung mit einem Verweis auf Erläuterungen in weiteren verschiedenen Dokumenten enthalten (Rn. 95). Die Dokumente werden üblicherweise als „Datenrichtlinien“ oder „Datenschutzrichtlinien“ „Privacy Policy“ oder ähnlich bezeichnet. Eine einheitliche Praxis hinsichtlich der Bezeichnung dieser Dokumente und der Verteilung von vertraglichen Regelungsmaterien auf dieselben hat sich in der Internetwirtschaft nicht herausgebildet. Inhaltlich besteht ein weiter Spielraum der Internetunternehmen bei der Verteilung von Regelungen auf unterschiedliche Arten von Dokumenten (z.B. Nutzungsbestimmungen, Datenschutzrichtlinien, Cookie-Richtlinien, FAQs, Lizenzbedingungen).
- 920 Ebenso besteht ein weiter Spielraum zur fortlaufenden Änderung solcher Nutzungsbedingungen, da bei Online-Geschäftsmodellen auch die entsprechenden Dokumente in elektronischer Form verbreitet werden, was zentralisierte, schnelle und unaufwändige Änderungsmöglichkeiten mit sich bringt. Schließlich ist festzustellen, dass die Nutzungsbedingungen häufig bestimmte Verhaltensweisen erfassen und absichern sollen, ohne diese dabei gegenüber dem Nutzer im Einzelnen zu nennen (hierzu auch b.). Auch mit der Erstreckung von Ziff. 1 des Tenors auf „vergleichbare Vertragskonditionen“ bezieht sich die Beschlussabteilung auf diese Umstände. Sie geht insofern über die konkrete derzeitige Verletzungsform hinaus und erstreckt die Untersagung auf alle Dokumente mit Ziff. 1 entsprechenden Regelungen, unabhängig davon wie sie bezeichnet und welche Regelungen oder Erläuterungen in welchen Dokumenten aufgeführt sind. Zudem stellt Ziff. 1 den Nexus her zwischen der konkreten Bezeichnung des missbräuchlichen Verhaltens und den derzeitigen vertraglichen Bestimmungen, die dieses erfassen und absichern sollen. Der Verweis auf die derzeitigen vertraglichen Bestimmungen erläutert insofern die Untersagung (näher hierzu sogleich b.), ohne sie zu beschränken. Eine Beschränkung des Tenors auf die konkrete Verletzungsform würde nach dem Vorstehenden erhebliche Ausweichmöglichkeiten eröffnen.

- 921 „Private Nutzer“ sind diejenigen natürlichen Personen, die Facebook.com mit einer persönlichen Profilseite und einem persönlichen Facebook-Konto nutzen (Rn. 21). Es ist nicht maßgeblich, ob die Nutzer die persönliche Profilseite auch zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken nutzen oder daneben auch eine Unternehmensseite betreiben. Nicht erfasst ist die Nutzung über ein Business-Manager-Konto (Rn. 34, 38.) Nutzer sind in Deutschland ansässig, wenn sie ihren ständigen Wohnsitz in Deutschland unterhalten (§ 7 BGB). Im Zusammenhang mit der Nutzung anderer Dienste als Facebook.com bezieht sich der Begriff „privater Nutzer“ auf jeden Nutzer, der auch privater Nutzer des Dienstes Facebook.com ist, also eine persönliche Profilseite betreibt. Hierbei ist auch der Fall einbezogen, dass ein Nutzer der konzern eigenen Endkundendienste und von Webseiten, die Facebook Business Tools eingebunden haben, bei Erhebung und Speicherung der Daten noch nicht gleichzeitig privater Nutzer von Facebook.com ist, diese Daten nach Anmeldung bei Facebook mit einem persönlichen Profil jedoch nachträglich zusammengeführt werden.
- 922 Die ausbedungenen Datenverarbeitungsvorgänge „Erfassen“, „Verknüpfen“ und „Verwenden“ beschreiben Datenverarbeitungskategorien, die diejenigen einzelnen Datenverarbeitungsprozesse und -phasen enthalten, die jeweils mit dem Empfang, der Auswertung und der nutzbaren Speicherung von Daten („Erfassen“), der in verschiedenen Formen möglichen Zuordnung zu den vorhandenen Facebook-Daten („Verknüpfung“) und deren – ggf. kombinierte – „Verwendung“ verbunden sind (s.o. Rn. 580). Die Beschlussabteilung hat diese z.T. datenschutzrechtlich vorgeprägten Begriffe zur objektiven und den Bestimmtheitsgrundsatz wahren Bezeichnung des Verhaltens verwendet, um den Kern der Verletzungshandlung insbesondere bezüglich der Zusammenführung oder der Kombination der Daten deutlich abzubilden. Dazu war es zwingend erforderlich, sich von der oft deutlich weniger klaren Nomenklatur der Nutzungsbedingungen zu lösen, welche die entsprechenden Vorgänge erfassen und absichern, ohne sie dabei gegenüber dem Nutzer im Einzelnen zu nennen (hierzu auch b.). Dabei ist insbesondere die Zuordnung zu den Facebook-Konten über einen gemeinsamen Identifikator bereits als Verknüpfung zu verstehen. Denn Facebook erstellt nach eigenem Vortrag keine Profile im Sinne von einzelnen Datensätzen, die jeweils durch die hinzu kommenden Daten erweitert werden.⁷⁵⁶ Die einzelnen Daten werden nach der gegenwärtigen Datenbankstruktur vielmehr mit den Identifikatoren wie der Facebook-ID oder anderer eindeutiger Kennzahlen verteilt über die Datenbank gespeichert, und je nach Aufgabenstellung des Algorithmus‘ für eine bestimmte Verwendung während dessen Ausführung mitabgerufen.

⁷⁵⁶ [...]

- 923 Erfasst von der Untersagung ist jede auch beschränkte Verwendung der Daten aus den genannten Quellen durch die Betreibergesellschaft von Facebook.com, soweit die Verfügung nicht ausdrücklich – wie bei den Daten aus Instagram (dazu sogleich) – die „kombinierte Verwendung“ untersagt. Die Beschlussabteilung hat im Übrigen keine bestimmten Verwendungszwecke festgelegt. Vielmehr ist das Erfassen und Verknüpfen der Daten nach allen hierfür von Facebook zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht im Einzelnen dargelegten Zwecken und Interessen nicht gerechtfertigt, so dass eine Einschränkung von Amts wegen nicht in Betracht kam. Untersagt ist daher insbesondere bereits das Erfassen der Daten einschließlich ihrer Zuordnung zu den Facebook-Konten, dies auch im Hinblick aber nicht beschränkt auf alle weiteren durch die Zuordnung eröffneten Verwendungsmöglichkeiten. Die bloße Nichtverwendung der erfassten und zugeordneten Daten für bestimmte Zwecke - wie etwa das Profiling (Rn. 582) - führt nach der Rechtfertigungslage im Zeitpunkt der Entscheidung insbesondere im Hinblick auf die jeweils zu prüfende Erforderlichkeit der Datenverarbeitung ohne Einwilligung der Nutzer nicht zu einer Zulässigkeit der Erfassung und Verknüpfung, soweit im Umsetzungsverfahren hierfür kein neuer Sachverhalt vorgetragen wird.
- 924 Die „Betreibergesellschaft von Facebook.com“ ist die Konzerngesellschaft von Facebook, die den Dienst Facebook.com nach dem Impressum in Deutschland anbietet. Dieses ist gegenwärtig Facebook Ireland Ltd., Dublin. Diese dynamische aber jeweils nach dem Impressum in Deutschland bestimmbare Bezeichnung dient zur Verhinderung eines Leerlaufens der Verfügung bei konzerninternen Umstrukturierungen.
- 925 Die Bezugnahme auf „nutzer- und gerätebezogene Daten“ stellt klar, dass nicht nur Informationen, die nach ihrem Inhalt sich unmittelbar auf die Person beziehen, wie etwa Identität, Interessen, Lebensumstände, Kommunikationsinhalte oder Verhalten des Nutzers ("nutzerbezogene Daten"), sondern auch die im weitesten Sinne technischen Daten, die sich auf die vom Nutzer jeweils eingesetzten Endgeräte sowie auf darauf befindliche Software und andere Inhalte beziehen. Diese „gerätebezogene Daten“ können mittelbar auf die Informationen über den Nutzer schließen lassen, wie z.B. Standort- und Bewegungsinformationen, die über die Ortungsdaten oder Sensoren des Mobilgerätes entstehen und ein Bewegungsprofil des Nutzers ergeben. Darüber hinaus kann über gerätebezogene Daten das Gerät selbst eindeutig identifiziert und einem bestimmten Nutzer zugeordnet werden (Rn. 570). Gerätebezogene Daten sind damit alle Informationen über Eigenschaften eines Endgerätes (z.B. Bildschirmgröße, weitere Elemente der Hardwarekonfiguration wie Prozessorkerne) über die auf dem Endgerät befindlichen Software (z.B. Informationen zu dem installierten

Betriebssystem, der installierten Anwendungssoftware, Browserinformationen) oder Informationen, die auf dem Endgerät – auch nur kurzfristig - abgelegt wurden (z.B. Browserverlauf, Adressbuch, Cookies etc.) oder die von dem Endgerät emittiert werden (z.B. Informationen über die Art der Signalabgabe wie WLAN, Bluetooth etc).

- 926 Datenquellen sind nach Ziff. 1.a. und b. die konzerneigenen Endkundendienste, die Facebook außer Facebook.com anbietet. Die Beschlussabteilung hat insoweit den Dienst Onavo nach Änderung der Datenverarbeitungskonditionen nicht mehr in die Entscheidung einbezogen. Im Übrigen war bei den konzerneigenen Endkundendiensten zwischen den Diensten WhatsApp, Oculus und Masquerade einerseits und Instagram andererseits zu unterscheiden. Denn die erstgenannten Dienste werden alle jeweils von einer anderen Konzerngesellschaft des Facebook-Konzerns angeboten als Facebook.com (Rn. 6 ff.). Dagegen wird Instagram wie Facebook.com von Facebook Ireland Ltd. angeboten. Diese Unterscheidung hat die Beschlussabteilung adressiert, indem in Ziff. 1.a. anders als in Ziff. 1.b. darauf abgestellt wird, dass die Betreibergesellschaft von Facebook.com die betroffenen Datenkategorien nach einem datenschutzrechtlich relevanten konzerninternen Übermittlungsvorgang zwischen Konzerngesellschaften zunächst auch erfasst. Datenverarbeitungsvorgänge, die die Übermittlung und den Empfang von Daten aus anderen Konzerngesellschaften umfassen, sind ebenfalls rechtfertigungsbedürftig (Rn. 593 ff.) Dieser Verarbeitungsteil entfällt bei Instagram, da die betroffenen Datenkategorien bereits von Facebook Ireland Ltd. bei dem Betrieb von Instagram erfasst wurden und dann kein zusätzlicher konzerninterner Empfangsvorgang mehr erfolgt. Die Verknüpfung mit den Facebook-Daten ist dagegen vom Tenor umfasst. Die Untersagung der ausbedungenen Verwendung der Instagram-Daten ist auf die kombinierte Verwendung beschränkt worden, da Verwendung der Instagram-Daten insbesondere für den Betrieb von Instagram durch die gemeinsame Betreibergesellschaft nicht Gegenstand des Verfahrens ist. Die ausbedungene Verwendung der Daten zusammen mit den auf der Grundlage einer marktbeherrschenden Stellung erlangten Facebook-Daten ist dagegen Teil der Untersagung.
- 927 Ziff. 1.c. betrifft die ausbedungene Datenverarbeitung aus Facebook Business Tools, soweit sie über Soziale Plugins (Rn. 56 ff.), Facebook Login und Account Kit (Rn. 63 ff.) und über das Facebook Pixel oder Facebook SDK für Mess- und Analysedienste (Rn. 67 ff.) erfolgt. Die zusätzliche Adressierung der Ziff. 1 c) an einen konzerneigenen Anbieter der Facebook Business Tools als der datenverarbeitende Empfänger der nutzer- und gerätebezogenen Daten stellt sicher, dass eine organisatorische Umstrukturierung hinsichtlich der Facebook Business Tools ebenfalls nicht zu einer

Zusammenführung der Daten aus Drittquellen mit den bei der Nutzung von Facebook.com erhobenen und gespeicherten Daten führen darf. Hiermit adressiert die Beschlussabteilung das im Rahmen der Überlegungen zu einer Clear-History-Funktionalität erwogene getrennte System⁷⁵⁷, bei dem unklar ist, ob hiermit eine organisatorische Trennung einhergehen sollte.

- 928 Der Hauptausspruch der Ziff. 1 ist in allen Varianten auf die ausbedungene Datenverarbeitung „ohne Einwilligung“ der jeweils betroffenen Nutzer beschränkt. Damit trägt die Beschlussabteilung zunächst dem Umstand Rechnung, dass das konkrete Ausmaß der ausbedungenen Datenverarbeitung in seiner Gesamtheit nur mit einer freiwilligen Einwilligung der Nutzer gerechtfertigt werden kann. Darüber hinaus ist generell sowohl kartellrechtlich als auch datenschutzrechtlich ein Verstoß nicht gegeben, wenn die Datenverarbeitung auf einer hinreichenden Selbstbestimmung des Nutzer beruht. Denn Teil der konkreten Verletzungshandlung ist, dass der hier betroffenen Marktgegenseite einseitig Konditionen auferlegt werden, die damit auch im Hinblick auf die Marktbeherrschung fremdbestimmt sind. Auch nach der DSGVO ist eine sachliche Rechtfertigung von Datenverarbeitung grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob die Datenverarbeitung ausnahmsweise ohne freiwillige Einwilligung auf der Grundlage gesetzlicher Rechtfertigungsgründe zulässig ist. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht bietet keine Grundlage für ein absolutes Verbot von Datenverarbeitung auch bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung der betroffenen Personen. Auch die Aussprüche der nationalen Datenschutzbehörden sind daher auf die Untersagung von bestimmten Datenverarbeitungsprozessen ohne eine Einwilligung beschränkt.
- 929 Bei dem Verständnis des Begriffs der Einwilligung ist zu berücksichtigen, dass die von den Beteiligten gegenwärtig im Rahmen ihrer Privatsphäreinstellungen eingeholte Einwilligung für die beschränkte Verwendung der von Facebook-Partnern stammenden Daten (Rn. 642 ff.) sowie die Sperrung von Cookies und Werbe-ID (Rn. 646 ff.) keine ausreichenden Einwilligungen darstellen. Die Beschlussabteilung konkretisiert im Übrigen in Ziff. 4 die Einwilligung insoweit, dass die Beteiligten zu 1.-3 die Bereitstellung von Facebook.com nicht von der Erteilung der Einwilligung abhängig machen dürfen. Denn in diesem Koppelungsfall ist insbesondere im Hinblick auf die Marktbeherrschung die notwendige Freiwilligkeit der Einwilligung nicht anzunehmen (Rn. 634 ff.). Die Beschlussabteilung sieht davon ab, in vorliegender Verfügung weitere Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der Einwilligung im Einzelnen - etwa

⁷⁵⁷ [...]

hinsichtlich Besonderer Datenkategorien – zu machen. Diese wären ggf. in einem getrennten Verfahren zu prüfen.

- 930 Eine zusätzliche Beschränkung der Reichweite der Ziff. 1.c. auf den Fall, in dem Facebook als Verantwortliche nach der DSGVO handelt, was insbesondere nicht bei wirksam vereinbarter Auftragsverarbeitung der Fall wäre, kam nicht in Betracht. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich hinreichend deutlich, dass der untersagte Verstoß auf den Wertungen des Datenschutzrechts beruht und insoweit – neben anderen Voraussetzungen wie etwa personenbezogene Daten sowie Datenverarbeitung – auch die Verantwortlichkeit von Facebook gegeben sein muss. Die als "Auftragsverarbeitung" bezeichnete Vereinbarung hat die Beschlussabteilung nicht als wirksam angesehen (Rn. 602 ff.).

b. Erläuterung durch gegenwärtige Bedingungen und Richtlinien

- 931 Die Beschlussabteilung erläutert die Varianten der Ziff. 1.a. bis c. mit in den lit. a bis c. nachfolgenden Spiegelstrichen beispielhaft durch die zum Zeitpunkt der Entscheidung von den Beteiligten verwendeten Nutzungsbedingungen und Richtlinieninhalte in Bezug auf die Datenverarbeitung aus konzerneigenen Diensten und den hier betroffenen Facebook Business Tools.
- 932 Dabei wird zunächst die derzeitige Regelungstechnik aufgezeigt, bei der die Beteiligten eine weit formulierte Regelung zur Datenverarbeitung in den Nutzungsbedingungen (Punkt 2 Abs. 1) verwendet und für die Konkretisierung auf die Datenrichtlinie verweist, die ihrerseits auf die Cookie-Richtlinie verweist. Die von der Verfügung betroffenen ausbedungenen Datenverarbeitungsvorgänge ergeben sich derzeit ausschließlich aus den Richtlinien.
- 933 Dabei zeigt der 1. Spiegelstrich, dass sich die Beteiligten in der Datenrichtlinie ausbedingen, nutzer- und gerätebezogene Daten aus den in Ziff. 1 a. bis c. genannten Datenquellen, die mit den Begriffen „Facebook-Produkte“ sowie „Facebook-Partnern“ erkennbar werden, erfassen zu können.
- 934 Die Darstellung im 2. Spiegelstrich macht deutlich, dass nach der Facebook-Datenrichtlinie alle erfassten Daten über alle Facebook-Produkte hinweg verwendet und „miteinander verbunden“ werden können. Dieses zeigt die Zusammenführung und auch eine kombinierte Verwendung auf, was die Beschlussabteilung mit „Verknüpfen“ und als Teil des „Verwendens“ in Ziff. 1 umschreibt. Deutlich wird hierbei auch, dass auch die Informationen über die Aktivitäten des Nutzers „auf Geräten“ verwendet und miteinander verbunden werden können (vgl. unten 6. und 7. Spiegelstrich).

- 935 Der 3. Spiegelstrich macht deutlich, dass nach der Facebook-Datenrichtlinie sämtliche verfügbaren Daten verbunden und auch für die Mess- und Analysedienste verwendet werden können.
- 936 Der 4. Spiegelstrich macht deutlich, dass nach ihr auch sämtliche verfügbaren Daten – auch kombiniert – für die dort genannten Zwecke, einschließlich von Sicherheits- und Forschungszwecke verwendet werden können.
- 937 Der 5. Spiegelstrich zeigt beschränkt auf die in Ziff. 1.a. genannten Datenquellen („Facebook-Unternehmen“), dass die dort bei Nutzung erhobenen und gespeicherten Daten nach der Facebook-Datenrichtlinie erfasst und zusammengeführt werden. Hier findet sich die Formulierung, „soweit dieses nach geltendem Recht und gemäß deren Nutzungsbedingungen und Richtlinien zulässig ist.“ Die tatsächliche Durchführung – hierzu sogleich zu Ziff. 2 – zeigt das Verständnis von Facebook zur rechtlichen Zulässigkeit auf. Eine auf einer Vereinbarung mit dem IDPC beruhende Beschränkung der Übermittlung und Nutzung von Daten ist insoweit ausschließlich hinsichtlich des Dienstes WhatsApp auffindbar, die allein in "FAQs" von WhatsApp beschrieben werden, jedoch weder in den WhatsApp-, noch in den Facebook-Bedingungen oder -Richtlinien (Rn. 122).
- 938 Der 6. Spiegelstrich zeigt auf, dass nach der Cookie-Richtlinie nutzer- und gerätebezogene Daten aus den in Ziff. 1 genannten Datenquellen („Facebook-Produkte“, „Facebook-Unternehmen“) erfasst werden können und dieses im Falle der Facebook Business Tools ohne eine Handlung des Nutzers erfolgt. Dies macht auch deutlich, dass bei den Sozialen Plugins sowie Facebook Login und Account Kit ein Datenfluss auch erfolgt, wenn der Nutzer die entsprechenden Schaltflächen auf der einbindenden Webseite oder App nicht betätigt (Rn. 144).
- 939 Der 7. Spiegelstrich zeigt schließlich auf, dass nach der Cookie-Richtlinie die Datenerfassung nicht auf das Auslesen von Cookie-Daten beschränkt ist, sondern dass auch Geräteinformationen einschließlich der auf ihnen befindlichen Software sowie die Nutzeraktivitäten auf seinen eigenen Geräten außerhalb der Nutzung von Facebook.com von dem Begriff „Cookie“ erfasst werden. Hieraus wird deutlich, dass eine Verfolgung der Nutzer auch ohne Cookie-Setzung über die anderen Gerätekenzzahlen möglich ist (dazu Rn. 155) und dass die Nutzungsbedingungen auch eine Identifizierung des Nutzers und den Abgleich mit vorhanden Daten über das sog. Browser- oder Device-Fingerprinting (Rn. 570) zulassen.

2. Untersagung der Durchführung der Nutzungsbedingung, Ziff. 2

- 940 Ziff. 2 untersagt die tatsächliche Durchführung der vertraglichen Nutzungsbedingungen, die gleichzeitig das Verständnis der Beteiligten von ihren eigenen Datenrichtlinien zeigt und die gewollten Vertragsinhalte weiter konkretisiert. Dabei geht es insbesondere um die konkreten Daten, die nach den Ermittlungen aus den konzerneigenen Diensten und den Facebook Business Tools von Facebook erfasst, auf verschiedene Weise mit den Facebook-Konten verknüpft werden und zur Verwendung verfügbar sind.
- 941 Die jeweils für die einzelnen Dienste aufgeführten Nutzerdaten, die Gegenstand der Durchführung der Nutzungsbedingungen sind, beruhen auf den Datenrichtlinien der Dienste sowie auf den Antworten der Beteiligten auf die in Auskunftsbeschlüssen gestellte Frage nach den aus konzerninternen Diensten und Facebook Business Tools im Einzelnen erfassten Daten. Die Aufzählung ist nicht abschließend, sondern dient der Erläuterung. [...] Soweit Facebook vorträgt, dass die Beschlussabteilung die tatsächliche Datenverarbeitung nicht berücksichtigt, trifft dies nicht zu. Schon die beispielhafte Darstellung der betroffenen nutzer- und gerätebezogenen Daten macht den nach den Nutzungsbedingungen und den Datenrichtlinien bestehenden weiten Spielraum deutlich. Darüber hinaus hat die Beschlussabteilung jeweils ermittelt, wie die Zuordnung der Daten zu den jeweiligen Facebook-Konten erfolgt. Auch insoweit beschränkt sich die Beschlussabteilung auf eine beispielhafte Aufzählung, da es hierfür eine Vielzahl von Möglichkeiten gibt und schon zur Vermeidung von Umgehungen jedes Zuordnungsverfahren erfasst werden soll.
- 942 Die in Ziff. 2.a. für den Dienst WhatsApp aufgeführten Daten ergeben sich aus den im von WhatsApp bereitgestellten „FAQs“ (oben Rn. 123) sowie aus den Ermittlungen bei Facebook. Die Zuordnung der Daten zu dem jeweiligen Facebook-Konto erfolgt nach den Angaben von Facebook gegenwärtig über die Familiengeräte-ID, die WhatsApp auf den eingesetzten Endgeräten der Nutzer installiert (oben Rn. 125). Letzteres spiegelt insbesondere die in der Cookie-Richtlinie (oben 6. und 7. Spiegelstrich) beschriebene Platzierung von Cookies auf dem Computer des Nutzers, wozu auch die von Facebook auf dem Webbrowser oder Gerät des Nutzers gespeicherten Daten, der mit dem Gerät des Nutzers verknüpften Kennungen sowie sonstige Software gehört.
- 943 Die in Ziff. 2.b. für die Dienste Oculus und Masquerade aufgeführten Daten ergeben sich aus den jeweiligen Datenrichtlinien sowie aus den Ermittlungen bei Facebook. Die genannten Daten werden nach Angaben von Facebook entweder über das Facebook Login, E-Mail-Adressen oder Gerätekennungs-IDs den Facebook-Konten zugeordnet (oben Rn. 134 ff.).

- 944 Die in Ziff. 2.c. aufgeführten Daten zu Instagram beruhen auf der Instagram-Datenrichtlinie und den Ermittlungen bei Facebook (Rn. 127 f.) Nach Angaben von Facebook werden die Daten über die Familiengeräte-ID den Facebook-Konten zugeordnet.
- 945 Die in Ziff. 2.d. zu den Facebook Business Tools aufgeführten Daten beruhen insbesondere auf den Antworten von Facebook (oben Rn. 144 ff.). Sie stellen nach Angaben von Facebook „Mindestdatensätze“ oder „Standardinformationen“ dar und sind daher ebenfalls nicht abschließend, sondern nur beispielhaft genannt. Es handelt sich dabei zum einen um eine Vielzahl von gerätebezogenen Daten und Geräte-IDs im oben bezeichneten Sinne. Nutzerbezogene Daten werden insbesondere über das SDK oder das Facebook Pixel mit den sog. "Events" erfasst, die die Interaktionen der Nutzer mit der mobilen App oder Webseite betreffen und in vielfältiger Weise konfiguriert werden können (oben Rn. 70, 73, 147, 150). Die erfassten Daten werden in verschiedener Art und Weise den Facebook-Konten zugeordnet. Dies erfolgt gegenwärtig über Cookie-Daten, die verschiedene Identifikatoren, wie z.B. eine Pixel-ID oder die Facebook-ID beinhalten (oben Rn. 152), über Gerätekennungen, Werbe-IDs und weitere gerätebezogene Metadaten (Rn. 154, 155) oder über gehashte identifizierende Klardaten des Nutzer im Rahmen des sog. Advanced Matchings (Rn. 153). Auch hier sind die Zuordnungsverfahren nicht abschließend aufgeführt.

3. Abstellungsverpflichtungen, Ziff. 3

- 946 Die Beschlussabteilung verpflichtet die Beteiligten ferner zur Abstellung des Kartellrechtsverstoßes im Wege verschiedener Maßnahmen.
- 947 Ziff. 3.a. enthält zunächst eine Abstellungsverpflichtung zur Entfernung und Anpassung der Konditionen und ihre Durchführung innerhalb einer Frist von 12 Monaten.
- 948 Ziff. 3.b. enthält einige wenige Vorgaben für die Anpassung der Nutzungsbedingungen einschließlich der diese konkretisierenden Datenrichtlinien innerhalb derselben Frist, die die Beteiligten gegenüber den privaten Nutzern zu der ausdrücklichen Klarstellung verpflichtet, dass nutzerbezogene Daten aus den betroffenen Quellen nicht oder nicht ohne Einwilligung der Nutzer erfasst, verknüpft und verwendet werden. Die Beschlussabteilung greift hiermit auf eine gängige Praxis in den Datenschutzerklärungen zurück, die z.B. auch WhatsApp etwa in Bezug auf das Auslesen von verschlüsselten Daten oder Onavo verwendet. Auch diese Verpflichtung beruht auf der im Zeitpunkt der Entscheidungen vorliegenden Rechtfertigungslage. Soweit im Umsetzungsverfahren kartellrechtskonforme Lösungen vorgetragen werden,

wird die Beschlussabteilung diese als neuen Sachverhalt berücksichtigen und die Klarstellungsverpflichtung entsprechend anpassen.

- 949 Ziff. 3.c. enthält schließlich die Verpflichtung, innerhalb einer Frist von 4 Monaten nach Zustellung der Entscheidung einen Umsetzungsplan vorzulegen, der die Auswahl der Lösung sowie die einzelnen Elemente und Schritte im Detail beschreibt und erläutert sowie den geplanten Zeitpunkt der Umsetzung angibt. Insoweit reagiert die Beschlussabteilung auf den Vortrag der Beteiligten, wonach es sich bei der Abstellung in den bisher angedachten Lösungsszenarios um eine technische Herausforderung handele, die mehrere Monate in Anspruch nehmen würde. Die Auswahl der Anpassungslösung, deren Erforderlichkeit sowie die technischen Schritte einschließlich ihrer Erforderlichkeit sind in einem solchen Plan im Einzelnen darzulegen und zu erläutern. Dazu zählt auch der in der Presse veröffentlichte Plan der Beteiligten, Facebook, WhatsApp und Instagram stärker miteinander zu verbinden.⁷⁵⁸

II. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nach § 32 GWB

- 950 Die Untersagungs- und Abstellungsverpflichtungen sind in dem tenorierten Umfang erforderlich und verhältnismäßig.
- 951 Sie waren insbesondere nicht auf ein zulässiges Maß von Daten oder Datenkategorien unter Berücksichtigung der einzelnen von den Beteiligten aufgeführten Verwendungszwecken zu begrenzen. Sie kann auch nicht auf einzelne Datenverarbeitungsprozesse – etwa lediglich die Verwendung für bestimmte Zwecke – beschränkt werden. Denn die Nutzungsbedingungen und die sie konkretisierenden Richtlinien beziehen sich auf sämtliche Informationen über den Nutzer und Geräteinformationen, die die Beteiligten aus den genannten Quellen erlangen und ohne Einschränkung zu allen genannten Zwecken erfasst, verknüpft und verwendet werden können. Eine solche umfassende Datenverarbeitung kann jedoch nur mit einer freiwilligen Einwilligung der Nutzer gerechtfertigt werden.
- 952 Darüber hinaus war zu berücksichtigen, dass zu keinem der hier betroffenen ausbedungenen Datenverarbeitungsprozesse bezüglich sämtlicher nutzer- und gerätebezogenen Daten von den Beteiligten zum Zeitpunkt der Entscheidung hinreichende sachliche Rechtfertigungsgründe substantiiert vorgetragen wurden oder der Vortrag keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund trug. Weder wurde substantiiert, welche Daten für die genannten Zwecke aus welchem Grund erforderlich sind, noch ist dargelegt worden, was genau die Zwecke beinhalten. Der Vortrag von Facebook

⁷⁵⁸ <https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article187738456/Zuckerberg-plant-Verknuepfung-von-WhatsApp-Instagram-und-Facebook.html>

beschränkt sich darauf, dass alle Daten für alle Zwecke aus allen hier betroffenen Datenquellen, insbesondere für die Personalisierung des Dienstes und der Werbung erforderlich seien. Da es – wie die Beteiligten selbst vortragen – nach der Rechtsprechung des EuGH jede Datenverarbeitung einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, diese jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung von den insoweit zumindest darlegungs- und nach Datenschutzrecht auch beweisbelasteten Beteiligten nicht vorlag, verstößt die hier beanstandete Datenverarbeitung bezüglich aller nutzer- und gerätebezogenen Daten der beschriebenen Datenverarbeitungskategorien unabhängig von den genannten Zwecken unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Wertungen gegen das Missbrauchsverbot. Um den Verstoß abzustellen, ist daher der tenorierte Umfang der Untersagung - mit Beschränkung auf die fehlende Einwilligung - erforderlich.

- 953 Auch die über die in Ziff. 3.a. verfügte offene Abstellungsverpflichtung zur Anpassung der Konditionen und ihre Durchführung hinausgehenden Verpflichtungen nach Ziff. 3.b. und c. sind für die wirksame Abstellung des Verstoßes erforderlich und nach § 32 Abs. 2 GWB zulässig.
- 954 Die reine Untersagung der Durchführung wäre auf der einen Seite nicht ausreichend für eine wirksame Beendigung des Verstoßes, auf der anderen Seite nicht verhältnismäßig. Die offene Formulierung ist erforderlich, da die Beteiligten nach ihrem eigenen unternehmerischen Ermessen die kartellrechtskonforme Abstellung auswählen können und die Vorgabe einer bestimmten Lösung durch die Kartellbehörde weder möglich noch zulässig ist. Die Verfügung beschränkt sich daher auf die Regelung einer Umsetzungsfrist von 12 Monaten, in der die Abstellung erfolgen muss. Die Bemessung der Frist trägt dem Vortrag der Beteiligten Rechnung, wonach die technische Herausforderung schätzungsweise mehrere Monate in Anspruch nehmen würde.⁷⁵⁹
- 955 Die Verpflichtung zur Klarstellung nach Ziff. 3.b. stellt sicher, dass gegenüber dem Nutzer die Einschränkung der Datenverarbeitung aus Quellen außerhalb von Facebook.com hinreichend transparent gemacht wird und insoweit eine klare, verbindliche und durchsetzbare Vereinbarung mit dem Nutzer getroffen wird. Der Ausspruch ist als Folgenbeseitigungsmaßnahme erforderlich und angemessen, zumal es sich bei den betroffenen Nutzern um Private handelt und anderenfalls diesen gegenüber die alten Nutzungsbedingungen in noch weiterem Umfang fortwirken würden. Auch hier hält die Beschlussabteilung wie für die Ziff. 1 die Berücksichtigung einer Einwilligungslösung mit der in Ziff. 4 verfügte Vorgabe für erforderlich. Soweit

⁷⁵⁹ [...]

die Beteiligten im Verfahren zur Vollziehung der Verfügung weitere kartellrechtskonforme Lösungen einschließlich ihrer sachlichen Rechtfertigung vor- und substantiiert darlegen, wird die Beschlussabteilung dieses als neuen Sachverhalt berücksichtigen.

- 956 Im Hinblick auf die möglichen kartellrechtskonformen Lösungen ist es darüber hinaus für eine wirksame Beendigung des Verstoßes erforderlich und verhältnismäßig, die Beteiligten in Ziff. 3.c, zu verpflichten, als ersten Schritt innerhalb der Gesamtumsetzungsfrist einen Umsetzungsplan vorzulegen, der die Auswahl der Lösung sowie die einzelnen Elemente und Schritte sowie deren Zeitplan im Detail beschreibt und erläutert. Dieses ist auch erforderlich, um – im Rahmen des Widerrufsvorbehalts – veränderten Sachverhalt berücksichtigen und/oder Fristen anpassen zu können. Die Bemessung der hierfür gegebenen Frist von vier Monaten ist angemessen und erforderlich, um eine zügige und strukturierte Umsetzung zu gewährleisten.
- 957 Entgegen der Ansicht von Facebook sind die Untersagung und die Abstellungsverpflichtung in dem tenorierten Umfang auch nicht unverhältnismäßig. Inwieweit grundlegende, unwiderrufliche und gänzliche unverhältnismäßige Folgen drohen, wenn Facebook unzulässige Nutzungsbedingungen und Datenrichtlinien in einer angemessenen Frist anpassen muss, ist nicht ersichtlich und von Facebook auch offenbar für den Fall einer Abstellungsverpflichtung ohne Umsetzungsfrist vorgetragen worden.⁷⁶⁰
- 958 Die in der Stellungnahme zur Abmahnung von Facebook ausgeführte Annahme, dass die Beschlussabteilung mehr untersagt, als die darlegten Bedenken tragen, trifft nicht zu. Eine Beschränkung der Untersagung oder Abstellungsverpflichtung auf ein nach verschiedenen Parametern (Ausmaß der Daten, Art der Daten, Art der Datenverarbeitung, Zweckbindung, Anonymisierung, wirksame Auftragsverarbeitung, Steuerungsmöglichkeiten der Nutzer, Haltefristen, Schutzmaßnahmen etc.) denkbare datenschutzrechtlich zulässiges Maß kommt wie dargestellt nicht in Betracht und würde vielmehr ihrerseits einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründen. Anders als bei einem quantitativen Preishöhenmissbrauch ist die Vorgabe einer „Missbrauchsgrenze“ bei einem qualitativen Konditionenmissbrauch durch Rechtsverstoß nicht vorstellbar. Im Gegenteil bleiben die Beteiligten zu 1.-3. für die Rechtmäßigkeit ihrer Datenverarbeitung und damit auch die Abstellung des Verstoßes vollständig selbst verantwortlich. Ebenso wenig trifft es zu, dass die Beschlussabteilung auch „On-Facebook“-Datenverarbeitung untersagt. Die Abteilung

⁷⁶⁰

[...]

hat während des gesamten Verfahrens und insbesondere im Anhörungsschreiben vom 19. Dezember 2017 deutlich gemacht, dass auch die konzerneigenen Dienste als „Drittquellen“ anzusehen sind. Im Übrigen handelt es sich um bei der Beschränkung des Verfahrensgegenstands auf Datenquellen außerhalb von Facebook um eine Ermessenserwägung der Beschlussabteilung und nicht um das Resultat rechtlicher Erwägungen.

- 959 Ziff. 5 des Tenors ermöglicht es den Beteiligten zu 1.-3., um Eilrechtsschutz nachzusuchen, ehe sie mit den Vorbereitungen zur Umsetzung der Verfügung beginnen müssen. Ihnen verbleibt nach Ende des erstinstanzlichen Eilverfahrens noch nahezu der gesamte in der Verfügung vorgesehene Umsetzungszeitraum, sofern sie in zeitlichem Zusammenhang mit der Einlegung der Beschwerde in der Hauptsache einen Antrag auf Anordnung ihrer aufschiebenden Wirkung nach § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB stellen. Insoweit hat die Beschlussabteilung mit einer zweimonatigen Frist auch die gesetzliche Begründungsfrist für die Beschwerde in der Hauptsache berücksichtigt. Ziff. 5 Satz 2 des Tenors erfasst sämtliche Fälle der Beendigung des erstinstanzlichen Eilverfahrens. Wird das Eilverfahren durch gerichtliche Sachentscheidung beendet, so ist das Datum dieser Entscheidung maßgeblich. Wird das Eilverfahren durch Prozesserkklärungen beendet, so ist das Datum des Eingangs der die Beendigung herbeiführenden Prozesserkklärung bei Gericht maßgeblich. Der Vorbehalt vollständigen oder teilweisen Widerrufs in Ziff. 7 erstreckt sich auch auf Ziff. 5 des Tenors und ermöglicht eine Anpassung der Regelung, soweit dies aufgrund des Verlaufs des Eilverfahrens, im Lichte aner kennenswerter Interessen der Beteiligten oder des öffentlichen Vollzugsinteresses angezeigt erscheint. Eine Anpassung der Regelung kommt insbesondere in Betracht, sofern schon im Eilverfahren ein Vorlageverfahren nach Art. 267 Abs. 2 AEUV durchgeführt werden sollte.
- 960 Eine Aussetzung der Verfügung nach § 65 Abs. 3 S. 2 GWB durch die Kartellbehörde selbst hält die Beschlussabteilung zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht für angezeigt. Die von den Beteiligten aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen insbesondere zur Kompetenz des Bundeskartellamts und zu den konzeptionellen Fragen des Konditionenmissbrauchs können als Rechtsfragen im Rahmen des Eilverfahrens auf der Grundlage einer summarischen Prüfung hinreichend vorgeklärt werden. Dass es sich vorliegend um ein „Musterverfahren“ handelt, das ernstlichen Zweifeln rechtlicher Art unterliegen könnte, ist allerdings angesichts der erst kürzlich ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Sachen *VBL Gegenwert* und *Pechstein* nicht anzunehmen.
- 961 Ziff. 7 regelt einen vollständigen oder teilweisen Widerrufsvorbehalt, der sich auf alle Regelungen der Verfügung bezieht. Der Widerrufsvorbehalt ermöglicht eine flexible

Anpassung der Entscheidung auf veränderte Umstände. Dazu gehört insbesondere die bereits genannte Berücksichtigung der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, die im Rahmen der Entscheidung aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht vorgegeben werden können. Darüber hinaus ist die Möglichkeit einer Anpassung der Umsetzungsfristen sowie ihrer Hemmung insbesondere im Hinblick auf die von Facebook ausgewählten Lösungen, der hierfür jeweils benötigten ggf. unterschiedlichen Zeitrahmen sowie im Hinblick auf die Einlegung von weiteren Rechtsmitteln erforderlich und verhältnismäßig. Schließlich ist hiermit auch eine flexible und schnelle Reaktion auf veränderte Marktverhältnisse und Innovationen im Bereich der Internetdienstleistungen möglich, deren technische und kommerzielle Dynamik sich nicht vorhersehen lässt. Von der Anordnung einer festen Geltungsdauer der Verfügung hat die Beschlussabteilung daher abgesehen.

III. Ermessen im Übrigen

- 962 Die Untersagung des beanstandeten Verhaltens erfolgt auch im Übrigen in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens gemäß § 32 GWB. Die Beschlussabteilung sieht insoweit ein öffentliches Interesse, die marktmachtbezogenen Datenschutzverstöße mit kartellrechtlichen Mitteln durchzusetzen.
- 963 Dabei beschränkt sich aus Sicht der Beschlussabteilung das öffentliche Interesse an einer kartellrechtlichen Überprüfung der Datenverarbeitung von Facebook auf die ausbedungene Erfassung von personenbezogenen Nutzerdaten aus den oben dargestellten konzerneigenen Diensten und Facebook Business Tools verbunden mit der Zuordnung zu den jeweiligen Facebook-Konten sowie ihrer Verwendung. Diese Konditionen haben erhebliche Breitenwirkung, da sich die Marktmacht von Facebook mit der Datenerfassung über das soziale Netzwerk hinaus in die gesamte weitere Online-Nutzung der Verbraucher auswirkt.
- 964 Auch sieht die Beschlussabteilung bei der Datenverarbeitung aus Quellen außerhalb von Facebook.com eine Grenze hinsichtlich der Bedeutung der Effizienzen eines auf personenbezogenen Daten und auf personalisierter Werbung beruhenden Geschäftsmodells für die Verbraucher. Das Angebot eines sozialen Netzwerks, das durch Werbefinanzierung kein monetäres Entgelt von den Nachfragern verlangt, hat einen hohen Nutzen auch für die Verbraucher. Sowohl die Funktionalitäten eines sozialen Netzwerks als auch die Finanzierung durch Werbung implizieren dabei grundsätzlich ein hohes Ausmaß der Verarbeitung von personenbezogenen Daten.

- 965 Die Effizienzen des Geschäftsmodells verlieren jedoch erheblich an Gewicht, insbesondere bei Berücksichtigung der marktbeherrschenden Stellung, sobald Facebook die Datenverarbeitung für die Facebook-Konten auch außerhalb des sozialen Netzwerkes in großem Ausmaß betreibt und dem Nutzer hinreichende Steuerungsmöglichkeiten bezüglich der Datenerfassung und Zuordnung zum Facebook-Konto versagt bleiben. Wegen der darin liegenden deutlichen Überschreitung der datenschutzrechtlichen Grenzen der DSGVO auch im Hinblick auf die marktbeherrschende Stellung von Facebook ist ein Einschreiten auf kartellrechtlicher Grundlage für diesen Teil der Datenverarbeitung aus Sicht der Beschlussabteilung angemessen.
- 966 Dem steht im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass auch Datenschutzbehörden und Verbraucherverbände nach ihren Rechtsgrundlagen gegen die Verstöße von Facebook vorgehen können. Es ist vielmehr sinnvoll, wenn die Marktbeherrschung durch das Bundeskartellamt selbst mit seinen Auskunftsbefugnissen und in dem ausdifferenzierten Kartellrechtsrahmen ermittelt und festgestellt wird. Dieses Vorgehen wird vom beigeladenen VZBV wie von den Datenschutzbehörden [...] begrüßt.⁷⁶¹

D. Gebühren

- 967 [...].

⁷⁶¹ [...]

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde eröffnet. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise wiederherstellen.

Topel

Judith

Dr. Sewczyk

A. Sachverhalt	8
<i>I. Facebook</i>	8
1. Der Facebook-Konzern	8
2. Facebook.com.....	10
a. Soziales Netzwerk.....	10
(1) Angebot an private Nutzer	11
(2) Angebot für Inhaltenanbieter („Publisher“)	14
b. Online-Werbung.....	15
(1) Schaltung von Werbung	16
(2) Targeting und Verfeinerung der Zielgruppen	17
c. Entwicklerplattform und Facebook Business Tools.....	19
(1) Soziale Plugins	20
(2) Facebook Login und Account Kit	22
(3) Analyse- und Messtools.....	23
(a) Werbeanzeigenberichte	23
(b) Facebook Analytics.....	24
3. Instagram.....	25
4. WhatsApp	27
<i>II. Facebook Nutzungs- und Datenverarbeitungskonditionen</i>	29
1. Facebook Nutzungsbedingungen	29
2. Datenrichtlinie	31
3. Cookie Richtlinie	35
4. Konditionen von weiteren Facebook-Produkten.....	37
a. Konzerneigene Dienste	37
(1) WhatsApp.....	37
(2) Instagram.....	39
(3) Oculus und Masquerade.....	40
b. Facebook Business Tools.....	41
(1) Regelungen der Nutzungsbedingungen	41
(2) Erfasste Daten	42
(3) Zuordnung zu den individuellen Facebook-Konten	45
<i>III. Gang des Verfahrens</i>	47
B. Rechtliche Würdigung	51
<i>I. Normadressateneigenschaft</i>	51
1. Betroffene Märkte.....	51
a. Soziale Medien in Deutschland	51
(1) Relevantes Wettbewerberumfeld	52

(2) Betrachtete Dienste.....	55
b. Nationaler Markt für soziale Netzwerke	65
(1) Netzwerk und mehrseitiger Markt nach § 18 Abs. 3a GWB	66
(a) Kernprodukt: Werbefinanziertes Netzwerk	66
(b) Weitere Marktseiten	69
(2) Sachliche Marktabgrenzung	71
(a) Relevante Marktgegenseite: private Nutzer	71
(b) Unentgeltlichkeit der Nutzerseite	73
i. Unentgeltliche Nutzerseite als Marktleistung iSd § 18 Abs. 2a GWB	74
ii. Anwendbarkeit des Bedarfsmarktkonzepts	75
(c) Spezifischer Bedarf für soziale Netzwerke	77
(d) Einzubeziehende Dienste	82
i. StudiVZ, Jappy und (bisher) Google+,	82
• Einordnung als soziale Netzwerke.....	82
• Direkte Netzwerkeffekte beschränken Austauschbarkeit.....	85
ii. LinkedIn, Xing, Indeed, als Berufsnetzwerke nicht austauschbar	87
iii. Keine Einbeziehung von Messaging-Diensten.....	89
iv. Keine Einbeziehung von Snapchat	93
v. YouTube, Twitter	98
• YouTube	99
• Twitter	103
vi. Pinterest, Instagram.....	105
• Pinterest	106
• Instagram	107
vii. Weitere Dienste	109
(3) Räumliche Marktabgrenzung	110
(a) Tatsächliche nationale Nutzung	110
(b) Nationale Besonderheiten	111
(c) Fehlende anbieterseitige Umstellungsflexibilität	111
c. Online-Werbemärkte	112
(1) Sachliche Marktabgrenzung	112
(a) Online-Werbung vs. Offline-Werbung.....	113
(b) Suchgebundene und nicht-suchgebundene Werbung.....	114
(c) Möglicher getrennter Markt für suchungebundene Werbung auf sozialen Medien oder sozialen Netzwerken	115
(2) Räumliche Marktabgrenzung	116
d. Märkte für soziale Plugins, zentrale Log-Ins und Mess- und Analysedienste	116
2. Marktbeherrschung.....	118
a. Marktbeherrschungsbegriff bei unentgeltlichen Märkten.....	118

b.	Gesamtbetrachtung der Marktmachtfaktoren nach § 18 Abs. 3 und 3a GWB	122
(1)	Marktstruktur und Wettbewerber bei sozialen Netzwerken	122
(a)	Marktanteile	122
i.	Ermittelte Nutzeranteile	123
ii.	Täglich aktive Nutzer maßgebliche Kennzahl für Marktmachtprüfung	126
(b)	Keine wesentliche Relativierung durch Substitutionswettbewerb von YouTube, Twitter und Snapchat.....	131
(2)	Marktbeherrschungskriterien nach § 18 Abs. 3 und 3a GWB	133
(a)	Netzwerkeffekte (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB)	134
i.	Direkte Netzwerkeffekte und Selbstverstärkung	134
ii.	Wahrscheinlicher Tipping-Prozess	137
iii.	Erhöhung der Marktzutrittsschranken durch indirekte Netzwerkeffekte	140
(b)	Paralleles Nutzungsverhalten und hohe Wechselhürden, § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB.....	144
i.	Multi-Homing	144
ii.	Hohe Wechselhürde durch Lock-In-Effekt	146
•	Lock-In durch Inkompatibilität und identitätsbasierte Netzwerkeffekte	147
•	Keine Datenportabilität	150
•	Keine relevante Abmilderung durch Teilen-Funktion in anderen Netzwerken.....	152
(c)	Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, § 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB	152
(d)	Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB.....	153
i.	Datenquellen	154
ii.	Wettbewerbsrelevanz der Daten	156
iii.	Errichtung einer weiteren Marktzutrittsschranke.....	158
(e)	Innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck, § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB	161
II.	<i>Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB</i>	<i>168</i>
1.	Missbrauch durch Verstoß gegen Datenschutzwertungen	169
a.	Berücksichtigung der DSGVO im Rahmen des § 19 Abs. 1 GWB	169
b.	Verhältnis Kartellrecht und Datenschutzrecht	173
(1)	Kein Verstoß gegen Zuständigkeits- und Kohärenzregelungen	173
(2)	Keine abschließenden materiellen Regelungen in der DSGVO	177
2.	Datenverarbeitungsbestimmungen als (sonstige) Geschäftsbedingungen	182
a.	Datenrichtlinien als Teil der Geschäftsbedingungen.....	182
b.	Kein Preis im kartellrechtlichen Sinne.....	185
3.	Verstoß gegen datenschutzrechtliche Wertungen der DSGVO	186
a.	Verarbeitung von personenbezogenen Daten einschließlich besonderer Kategorien und Profiling (Art. 4, Art. 9 DSGVO).....	187
(1)	Personenbezogene Daten	187
(2)	Besondere Datenkategorien.....	190

(3)	Datenverarbeitung einschließlich des Profiling nach Art. 4 Nr. 4 DSGVO	192
(a)	Betroffene Datenverarbeitungsprozesse nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO	192
(b)	Profiling, Art. 4 Nr. 4 DSGVO	193
b.	Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung	197
(1)	Kein Konzernprivileg	197
(2)	Keine wirksame Auftragsverarbeitung	200
c.	Fehlende Rechtfertigung nach Art. 6, Art. 9 DSGVO	204
(1)	Herangezogene Rechtsgrundlagen	204
(2)	Keine wirksame Einwilligung	206
(a)	Keine Einwilligung durch Zustimmung zu Nutzungsbedingungen	207
(b)	Fehlende ausdrückliche Einwilligung für besondere Datenkategorien	209
(c)	Keine Einwilligung durch Wahlmöglichkeiten in Privatsphäre- und Browser-Einstellungen	210
i.	Einstellungen zur personalisierten Werbung	210
ii.	Sperrung von Cookies und Werbe-IDs	211
(3)	Keine Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung, Art. 6 Abs.1 b) DSGVO	215
(a)	Keine Anwendung des Art. 6 Abs. 1b) DSGVO bei einseitiger Vorgabe des Vertragsinhalts durch den Marktbeherrscher	215
(b)	Keine vertragliche Verknüpfung aller Facebook-Produkte	218
(c)	Keine Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für Vertragszwecke	221
i.	Personalisiertes Nutzererlebnis	221
ii.	Andere Vertragszwecke	227
(4)	Keine Rechtfertigung durch besondere Zwecke nach Art. 6 Abs. 1 c)-e) DSGVO	229
(a)	Keine rechtliche Verpflichtung, Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO	229
(b)	Keine lebenswichtigen Interessen, Art. 6 Abs. 1 d) DSGVO	230
(c)	Keine öffentlichen Interessen, Art. 6 Abs. 1 e) DSGVO	230
(5)	Keine Rechtfertigung wegen überwiegender Interessen nach Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO	231
(a)	Konzerneigene Dienste	233
i.	Berechtigte Interessen	233
•	Interessen von Facebook	233
•	Berechtigte Interessen von Dritten	241
•	Interessen und Rechte der Nutzer	242
ii.	Abwägung anhand der Folgen für die betroffenen Nutzer	243
•	Art der Daten	245
•	Art der Datenverarbeitung	246
•	Vernünftige Erwartungen der Nutzer	247
•	Stellung des Verantwortlichen und der Nutzer	249
iii.	Fehlende Schutzmaßnahmen	251
(b)	Facebook Business Tools	253
i.	Berechtigte Interessen	254

• Interessen von Facebook.....	254
• Berechtigte Interessen von Dritten	263
• Interessen und Rechte der Nutzer	265
ii. Abwägung anhand der Folgen für die betroffenen Nutzer	265
• Art der Daten.....	265
• Art der Datenverarbeitung.....	266
• Vernünftige Erwartung der Nutzer.....	267
• Stellung von Facebook gegenüber den Nutzern	270
iii. Fehlende Schutzmaßnahmen.....	271
(c) Abwägungsergebnis	273
4. Verstoß als Ausfluss von Marktmacht	273
a. „Ausfluss der Marktmacht“ und Kausalität	274
(1) Normativ-kausaler Zusammenhang mit Datenschutzverstoß.....	275
(2) Ergebniskausale Behinderung von Wettbewerbern.....	278
b. Kartellrechtliche Interessenabwägung.....	280
(1) Erforderlichkeit nach der Rechtsprechung.....	280
(2) Parallelität der kartellrechtlichen und datenschutzrechtlichen Interessenabwägung.....	281
III. <i>Missbrauch nach Art. 102 AEUV</i>	287
C. Entscheidung nach § 32 GWB.....	288
I. <i>Hauptaussprüche</i>	288
1. Untersagung der Verwendung von Bestimmungen in den Nutzungsbedingungen konkretisiert durch Daten- und Cookie-Richtlinie, Ziff. 1.....	288
a. Nutzungsbedingungen als Verletzungshandlung	288
b. Erläuterung durch gegenwärtige Bedingungen und Richtlinien	294
2. Untersagung der Durchführung der Nutzungsbedingung, Ziff. 2	296
3. Abstellungsverpflichtungen, Ziff. 3	297
II. <i>Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nach § 32 GWB</i>	298
III. <i>Ermessen im Übrigen</i>	302
D. Gebühren.....	303