
Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung

Branche: Soziale Netzwerke

Aktenzeichen: B6-22/16

Datum der Entscheidung: 6. Februar 2019

Das Bundeskartellamt hat mit Beschluss vom 6. Februar 2019 der Facebook Inc., Menlo Park, U.S.A., Facebook Ireland Ltd., Dublin, Irland, und Facebook Germany GmbH, Hamburg, Deutschland (im Folgenden: „Facebook“) auf der Grundlage von § 19 Abs. 1 GWB untersagt, Konditionen zu verwenden, die die Nutzung des gleichnamigen sozialen Netzwerks Facebook (im Folgenden: „Facebook.com“) durch in Deutschland ansässige private Nutzer davon abhängig machen, dass Facebook nutzer- und gerätebezogene Daten, die bei der Nutzung der konzerneigenen Dienste *WhatsApp*, *Oculus*, *Masquerade* und *Instagram* erhoben werden, ohne Einwilligung der Nutzer mit den für Facebook.com geführten Nutzerkonten verknüpfen und verwenden kann. Gleiches gilt für Konditionen, die die private Nutzung von Facebook.com davon abhängig machen, dass Facebook Daten, die bei dem Besuch von Webseiten oder bei der Nutzung mobiler Apps dritter Anbieter über Programmierstellen („Facebook Business Tools“) erfasst werden, ohne Einwilligung der Nutzer mit den unter den „Facebook-Konten“ gespeicherten Daten verknüpfen und verwenden kann. Eine wirksame Einwilligung liegt nur dann vor, wenn die Bereitstellung des Dienstes Facebook.com nicht von der Erteilung der Einwilligung abhängig gemacht wird.

Das im März 2016 eingeleitete Verfahren betraf Nutzer- und Gerätedaten, die Facebook bei der Nutzung anderer konzerneigener Dienste bzw. der Nutzung von Webseiten und Apps dritter Anbieter sammelt und mit den Nutzerdaten des sozialen Netzwerks kombiniert. Nicht Gegenstand des Verfahrens waren die Daten, die nach Anmeldung des Nutzers bei der Nutzung des sozialen Netzwerks selbst verarbeitet werden. Insoweit hat das Bundeskartellamt keinen Anlass gesehen, auf der Grundlage des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes einzugreifen. Es wird hierbei berücksichtigt, dass das Angebot eines sozialen Netzwerks, das sich durch Werbung finanziert, grundsätzlich auch ein hohes Maß der Verarbeitung von personenbezogenen Daten erfordert. Das Bundeskartellamt sieht bei der Datenverarbeitung aus Quellen außerhalb des sozialen Netzwerks hingegen eine Grenze hinsichtlich der Bedeutung der Effizienzen eines auf

personalisierter Werbung beruhenden Geschäftsmodells in der erforderlichen Interessenabwägung. Dies gilt insbesondere, wenn 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 war ein Einschreiten auf kartellrechtlicher Grundlage für diesen Teil der Datenverarbeitung angezeigt.

1. Sachverhalt

Facebook entwickelt und betreibt verschiedene digitale Produkte, Internetdienstleistungen und Applikationen für Smartphones (Apps). Kernprodukt von Facebook ist das soziale Netzwerk Facebook.com, das seit 2008 in Deutschland angeboten wird und sich seitdem weltweit mit kontinuierlich steigenden Nutzerzahlen weiterverbreitet hat. Die Nutzerzahlen, die in den Messgrößen der täglich aktiven Nutzer („Daily active user“, DAU) bzw. monatlich aktiver Nutzer („Monthly active user“, MAU) gemessen werden, haben in Deutschland im Jahr 2018 23 Mio. DAU bzw. 32 Mio. MAU betragen.

Facebook.com ist für private Nutzer unter www.facebook.com bzw. facebook.de oder über eine mobile App nutzbar. Es bietet dem privaten Nutzer eine Reihe von Funktionen, mit welchen er sich u.a. mit Freunden und Bekannten vernetzen und mit diesen Inhalte teilen kann. Ausgangspunkt der privaten Nutzung von Facebook.com ist das bei Anmeldung anzulegende Nutzerprofil. Dort kann der Nutzer unter seinem Klarnamen Angaben zu seiner Person und einer Vielzahl weiterer persönlicher Umstände machen und ein Profilfoto einstellen. Der Nutzer erhält auf dieser Grundlage eine eigene Facebook-Seite, die sich in drei Unterseiten aufgliedert: die Profilseite, die Startseite und die Seite „Freunde-Finden“. Der „Newsfeed“, der über die Startseite verfügbar ist, zeigt dem Nutzer aktuelle Meldungen („Posts“) anderer privater und kommerzieller Nutzer in einer algorithmus-basierten, auf die Interessen des Nutzers zugeschnittenen Reihung an. Über den *Facebook Messenger*, der in das soziale Netzwerk integriert ist, können Nutzer bilateral oder in kleinen Gruppen in Echtzeit kommunizieren. Daneben bietet Facebook.com im sozialen Netzwerk diverse weitere Funktionalitäten wie eine Stellenbörse, ein App-Center oder die Organisation von Veranstaltungen an.

Facebook.com ist nicht nur für private Nutzer, sondern auch für Unternehmen, Vereine oder Einzelpersonen nutzbar, die selbst Inhalte in das soziale Netzwerk stellen können, um auf diese Weise ihre Reichweite zu erhöhen. Diese „Inhalteanbieter“ („publisher“) können eigene Seiten („Pages“) einrichten, auf diesen ihre Inhalte verbreiten und sich mit privaten Nutzern beispielsweise über „Abonnements“ oder „Gefällt-mir“ verbinden. Facebook finanziert sein

soziales Netzwerk durch Online-Werbung, die Inhaltenanbietern und anderen Unternehmen angeboten wird. Diese Werbung ist auf den individuellen Nutzer des sozialen Netzwerkes 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“).

Die Facebook-Gruppe bietet ferner unter dem Begriff „Facebook Business Tools“ eine Vielzahl von kostenfreien Werkzeugen und Produkten an, die sich an Webseitenbetreiber, Entwickler, Werbetreibende und sonstige Unternehmen richten, die die Tools über von Facebook vordefinierte Programmierschnittstellen (Application Programming Interfaces, APIs) in ihre eigenen Webseiten, Apps und Online-Angebote einbinden können. Dazu zählen Soziale Plugins ("Gefällt-mir", "Teilen"), das Facebook Login sowie weitere über das sog. Facebook Pixel oder mobile "software development kits" (SDKs) realisierte Analysedienste ("Facebook Analytics").

Facebook bietet neben Facebook.com auch den Dienst *Instagram* an, der ein Medium zum Teilen von Fotos und kurzen Videoclips ist und häufig als „Fotonetzwerk“ oder „Foto-Blogging“-Dienst bezeichnet wird. Der in den letzten Jahren stark wachsende Dienst ist ebenfalls werbefinanziert. Private Nutzer müssen sich über die mobile App registrieren. Hierzu muss eine E-Mail-Adresse, ein Benutzername und optional die Telefonnummer angegeben werden. Außerdem hat der Nutzer die Möglichkeit, ein Profilbild hochzuladen. Der Nutzer kann über die Instagram-Kamera Fotos und Videos aufnehmen, mit Filtern, Texten, Zeichnungen oder Spezialeffekten bearbeiten und mit anderen Nutzern teilen.

Zum Facebook-Konzern gehört weiterhin das Unternehmen WhatsApp Inc., das über die irische Tochter WhatsApp Ltd. die mobile App *WhatsApp* für Europa anbietet. WhatsApp ist ein kostenloser Dienst, der ursprünglich als kostenfreie und internetbasierte Alternative zu Kurznachrichten („SMS“) entwickelt worden war. Der Dienst unterstützt das Senden und Empfangen einer Vielzahl von Medien wie Textnachrichten, Bilder, Videos, Dokumente und Standorte sowie Sprachnachrichten und -anrufe. WhatsApp wurde bisher nicht durch Werbung monetarisiert, hat aber angekündigt, dass ab 2019 Werbung in der „Status“-Funktion eingeführt werde.

Ein weiteres Produkt ist *Masquerade*, mit dessen Hilfe die Nutzer Filter und Masken z.B. zum Bearbeiten und Teilen von Fotos nutzen können. Schließlich bietet Facebook mit *Oculus* „Virtual Reality“-Brillen und Software an.

Die Nutzung des sozialen Netzwerkes Facebook.com erfordert die Zustimmung zu den Facebook Nutzungsbedingungen bei der Registrierung für den Dienst. Die Zustimmung dient dem

Abschluss des Nutzungsvertrags unter Einbeziehung der Nutzungsbedingungen. Nach den Nutzungsbedingungen verarbeitet Facebook personenbezogene Daten, für deren Erläuterung insbesondere auf die Daten- und Cookie-Richtlinie verwiesen wird. Facebook erfasst nach diesen Richtlinien nutzer- und gerätebezogene Daten auch über Nutzeraktivitäten außerhalb von Facebook und zwar zum einen von Werbetreibenden, App-Entwicklern und -Publishern, die Facebook Business Tools eingebunden haben. Zum anderen verarbeitet Facebook nach der Datenrichtlinie die Daten des Nutzers auch über die anderen Facebook-Unternehmen und – Produkte hinweg und erfasst nutzer- und gerätebezogene Daten auch von den anderen konzerneigenen Diensten. Als Rechtsgrundlage für diese Datenverarbeitung beruft sich Facebook insbesondere auf die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für die Erbringung des Dienstes und zur Erfüllung von Facebooks berechtigten Interessen.

2. Rechtliche Würdigung

1. Zur Marktabgrenzung

Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung geht das Bundeskartellamt auf Grundlage des Bedarfsmarktkonzepts von einem Markt für private soziale Netzwerke aus, bei denen die relevante Marktgegenseite die privaten Nutzer sind. Räumlich ist ein nationaler Markt abzugrenzen.

Innerhalb der Marktabgrenzung hat sich das Bundeskartellamt zunächst mit dem Geschäftsmodell von Facebook und seinen Besonderheiten als unentgeltlicher Netzwerk- und mehrseitiger Markt im Hinblick auf die neue Vorschrift des § 18 Abs. 2 a) und 3 a) GWB beschäftigt. Facebook bietet mit dem Dienst Facebook.com nach seinen Leistungsinhalten ein Intermediärprodukt an, das eine Kombination von Netzwerk und mehrseitigem Markt im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB bildet. Im Kern ist das Produkt ein durch zielgerichtete Werbung finanziertes Netzwerk, das in Folge der Werbefinanzierung auch einen mehrseitigen Markt bildet. Die maßgeblichen Nutzergruppen sind hier zum einen die privaten Nutzer, die Facebook.com ohne monetäre Gegenleistung nutzen, und zum anderen die Gruppe der Werbetreibenden, die zielgerichtete Werbung schalten. Diese Nutzergruppen sind durch indirekte Netzwerkeffekte miteinander verbunden. Diesem Kernprodukt hat Facebook weitere Marktseiten hinzugefügt. Dies sind zum einen die Inhaltenanbieter, die Facebook.com nutzen, um das eigene Unternehmen durch eigene Facebook-Seiten („pages“) bekannt zu machen, auf denen sie redaktionelle Inhalte verbreiten und sich mit Nutzern verbinden können. Daneben existiert mit den „Entwicklern“ eine weitere Marktseite. Diese haben die Möglichkeit, ihre eigenen Webseiten oder Apps mit Facebook zu integrieren, indem sie Facebook-Produkte wie soziale Plugins (z.B. „Gefällt-mir“-Button), Facebook Login oder den Analysedienst Facebook Analytics mittels Schnittstellen

Markt abgrenzbar, wie es auch die Kommission im Fall *Facebook/WhatsApp* erwogen hat. YouTube ist als Videoplattform trotz gewisser Überschneidungen im Geschäftsmodell nach den Ergebnissen der Ermittlungen kein mit einem sozialen Netzwerk ausreichend vergleichbarer Dienst. Auch Snapchat, dessen zentrale Funktion die sich automatisch öffnende Kamera ist, mit der Schnappschüsse („Snaps“) aufgenommen werden können, die nach kurzer Zeit wieder gelöscht werden, lässt sich nicht in den sachlich relevanten Markt einordnen. Gleiches gilt für Twitter, Pinterest und den zum Facebook-Konzern gehörenden Dienst Instagram. Das Bundeskartellamt beschäftigt sich bei der Marktabgrenzung auch mit dem Ausmaß einer möglichen Angebotsumstellungsflexibilität bei von Netzwerkeffekten geprägten Internetunternehmen. Jedenfalls bezogen auf die hier betroffenen Dienste reicht allein das Erreichen einer „kritischen“ Masse an Nutzern oder das technische, finanzielle und persönliche Know-How eines Dienstes nicht aus, um jederzeit in benachbarte Märkte einzudringen und dort denselben Erfolg zu haben. Die mit dem eigenen Dienst erzielte Reichweite kann aufgrund von starken direkten Netzwerkeffekten regelmäßig nicht in andere Dienste „mitgenommen“ werden, wie das Beispiel Google+ gezeigt hat.

Im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung haben die Ermittlungen einen nationalen Markt ergeben. Hierfür sprechen neben der ermittelten tatsächlichen Nutzung des Dienstes, die vornehmlich der Vernetzung mit Personen im eigenen Land dient, auch nationale Besonderheiten der Nutzergewohnheiten sowie eine fehlende anbieterseitige Umstellungsflexibilität.

2. Zur Marktbeherrschung

Facebook ist auf dem nationalen Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer marktbeherrschend nach § 18 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 und Abs. 3a GWB, da das Unternehmen bei Gesamtbetrachtung aller Marktmachtfaktoren auf diesem Markt einen wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum innehat.

Das Bundeskartellamt hat zunächst die als Nutzeranteile ausgewiesenen Marktanteile Facebooks auf dem hier betroffenen Markt geprüft. Facebook kommt dabei auf sehr hohe Nutzeranteile. Dies gilt insbesondere bei der Betrachtung der täglich aktiven Nutzer („daily active user“), bei denen Facebook einen Marktanteil von über 95% hat. Bei der Betrachtung der monatlich aktiven Nutzer („monthly active user“) kommt Facebook auf einen Marktanteil von über 80% und bei Betrachtung der registrierten Nutzer auf einen Marktanteil von über 50%. Dabei sieht das Bundeskartellamt die täglich aktiven Nutzer als maßgebliche Kennzahl und aussagekräftige Messgröße für die wettbewerbliche Bedeutung und den Markterfolg des Netzwerks an, da der Erfolg eines sozialen Netzwerks durch die hohe Nutzungsintensität bestimmt wird. Nutzer nutzen soziale Netzwerke als virtuellen sozialen Raum. Die intensive zeitliche Aktivität stellt daher bei

der Betrachtung der Marktanteile einen wichtigen Indikator für die tatsächliche Marktposition der Wettbewerber dar. Selbst wenn die Dienste YouTube, Snapchat, Twitter sowie WhatsApp und Instagram in den relevanten Markt miteinbezogen würden, kämen die Dienste der Facebook-Gruppe gemeinsam auf einen Marktanteil weit jenseits der Marktbeherrschungsvermutung des § 18 Abs. 4 GWB.

Ein zentraler Punkt der Marktbeherrschungsprüfung sind die dem Geschäftsmodell von Facebook innewohnenden starken direkten Netzwerkeffekte und die hiermit zusammenhängenden Hürden für einen Wechsel zu einem anderen sozialen Netzwerk. Denn Facebook-Nutzer verbinden sich im sozialen Netzwerk mit bestimmten Personen, die man bei einem Wechsel zu einem anderen Dienst nur mit großen Schwierigkeiten ebenfalls zu einem Wechsel bewegen kann. Es ist zu beobachten, dass Wettbewerber im Bereich der sozialen Netzwerke seit einigen Jahren einen stetigen Rückgang der Nutzeranteile aufweisen und teilweise bereits ausgeschieden sind. Dies betrifft beispielsweise Dienste wie StudiVZ und SchülerVZ, die zeitweise vom Holtzbrinck-Verlag betrieben wurden, vor dem Eintritt Facebooks in den deutschen Markt Marktführer gewesen waren und deren Betreibergesellschaft 2017 Insolvenz anmeldete. Das Netzwerk Lokalisten, das von ProSiebenSat.1 betrieben wurde, wurde im Herbst 2016 eingestellt. Das vom Google-Konzern betriebene soziale Netzwerk Google+ hat im Frühjahr 2018 angekündigt, das Netzwerk für private Nutzer einzustellen und den Dienst künftig entgeltlich für die interne Unternehmenskommunikation anzubieten. Anders als die Wettbewerber verzeichnet Facebook weiter steigende bzw. auf hohem Niveau stagnierende Nutzerzahlen. 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. Dafür spricht auch, dass die stark ausgeprägten direkten Netzwerkeffekte zu einem Bindungseffekt („Lock-in-Effekt“) führen, der einen Wechsel des sozialen Netzwerks erschwert bzw. verhindert. Die zwischen Facebook und anderen sozialen Netzwerken bestehende Inkompatibilität wird nicht durch vorhandene Funktionalitäten und Schnittstellen abgemildert.

Auch die indirekten Netzwerkeffekte, die Facebook als werbefinanzierter Dienst ebenfalls aufweist, stellen einen wichtigen Prüfungspunkt dar und erhöhen die Marktzutrittsschranken. Der nachhaltige Marktzutritt ist bei einem werbefinanzierten Plattformprodukt schwierig, da ein Anbieter sowohl auf den Nutzermarkt für soziale Netzwerke als auch auf den Online-Werbemarkt eintreten muss.

Facebook hat darüber hinaus einen überragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten. Facebooks umfangreiche Datenquellen sind von hoher Wettbewerbsrelevanz, weil das Produkt

eines sozialen Netzwerks gerade von diesen personenbezogenen Daten getrieben ist. Darüber hinaus ermöglichen die konkreten Daten eine hochindividualisierte Werbung. Dieser Zugang zu Daten errichtet im Zusammenhang mit den direkten und indirekten Netzwerkeffekten eine weitere Marktzutrittsschranke für ein monetarisierbares Wettbewerbsprodukt.

In seiner Gesamtbetrachtung hat sich das Bundeskartellamt schließlich intensiv mit der Innovationskraft des Internets und deren Bedeutung für die Marktmacht beschäftigt. Dabei kann die Innovationskraft des Internets nicht pauschal gegen eine Marktmacht eines Internetunternehmens eingewandt werden. Es sind vielmehr im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für einen dynamischen oder disruptiven Prozess erforderlich. Dies gilt vor allem für die Missbrauchsaufsicht, die auf die gegenwärtige Marktsituation abstellt. Vor diesem Hintergrund hat das Amt die von Facebook vorgetragene Innovationen der letzten Jahre geprüft, ist jedoch der Auffassung, dass die vorgetragenen Weiterentwicklungen des Dienstes nicht über eine Reaktion auf Substitutionswettbewerb in einzelnen Funktionalitäten hinausgehen. Insbesondere im Zusammenhang mit ausgeprägten direkten Netzwerkeffekten hat dies vielmehr gezeigt, dass Facebook in der Lage ist, Innovationen von Wettbewerbern erfolgreich abzuwehren, so dass trotz der hohen Innovationskraft des Internets in den letzten Jahren keinerlei Ablösungstendenzen oder relevante Marktanteilsverluste Facebooks erkennbar waren.

3. Zum Missbrauch durch unangemessene Datenverarbeitungskonditionen

Die Verwendung und tatsächliche Durchführung der in der Einleitung genannten Facebook-Datenverarbeitungskonditionen, die eine Sammlung von nutzer- und gerätebezogenen Daten aus Quellen außerhalb von Facebook und ihre Zusammenführung mit Facebook-Daten erlauben, stellen eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke in Form des Konditionenmissbrauchs nach der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB dar. Es handelt sich unter Berücksichtigung der Wertungen des Datenschutzrechts nach der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) um unangemessene Konditionen zum Nachteil der privaten Nutzer und der Wettbewerber.

a) Datenschutz und Kartellrecht

Aus Sicht des Bundeskartellamts sind die Konditionen missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB, weil sie als Ausfluss von Marktmacht gegen die Wertungen der DSGVO verstoßen.

Insoweit stützt sich das Amt auf die Rechtsprechung des BGH, der in seinen Entscheidungen *VBL-Gegenwert* und *Pechstein* einen Konditionenmissbrauch auf Grundlage der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB entwickelt hat. Der BGH sieht nach den *VBL-Gegenwert*-Entscheidungen

die Vereinbarung von Vertragsbestimmungen als missbräuchlich an, wenn nach den gesetzlichen Wertungen der §§ 307 ff. BGB unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden – insbesondere dann, wenn sich dieses als Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders darstellt. In Sachen *Pechstein* hat der BGH für die Feststellung jeder Form des Konditionenmissbrauchs stets eine umfassende Interessenabwägung, bei der auch grundrechtliche Positionen zu berücksichtigen sind, 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 kann, und so für den anderen Teil eine Fremdbestimmung bewirkt. Wenn ein Marktbeherrscher bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt, müssen staatliche Regelungen – insbesondere zivilrechtliche Generalklauseln, zu denen auch § 19 GWB zählt – ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern. Dabei sind die zu schützenden Grundrechte und die mit diesen ggf. kollidierenden Grundrechtspositionen aller Betroffenen in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.

Diese höchstrichterliche Rechtsprechung lässt sich aus Sicht des Bundeskartellamts bei hinreichendem Marktmachtbezug auf alle Wertungen der Rechtsordnung, soweit sie die Angemessenheit von Konditionen in einer ungleichgewichtigen Verhandlungssituation betreffen, übertragen. Dies gilt auch für das Datenschutzrecht, das dem Machtungleichgewicht zwischen Organisationen und Einzelpersonen entgegenwirken und einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Verantwortlichen und den Betroffenen herstellen soll. Es 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.

Dabei hat sich das Bundeskartellamt intensiv mit der Frage auseinander gesetzt, in welchem Verhältnis eine kartellrechtliche Prüfung nach § 19 Abs. 1 GWB zu den harmonisierten europäischen Datenschutzwertungen der DSGVO, die vor allem durch Datenschutzbehörden durchgesetzt werden, steht. Im Ergebnis erscheint es unerlässlich, auch hinsichtlich der Datenverarbeitung eine kartellrechtliche Überprüfung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen durchführen zu können, da es sich insbesondere bei Internetgeschäftsmodellen um wettbewerblich hoch-relevantes unternehmerisches Verhalten handelt. Dabei können bzw. müssen sogar im Hinblick auf die genannte höchstrichterliche Rechtsprechung die auf Grundrechten beruhenden europäischen Datenschutzregelungen für die Bewertung der kartellrechtlichen Angemessenheit von Datenverarbeitungskonditionen herangezogen werden.

Die damit verbundene Prüfung, ob die Datenverarbeitungskonditionen gegen die DSGVO verstoßen, ist dem Bundeskartellamt auch nicht im Hinblick auf die Zuständigkeits- und Kohärenzregelungen der DSGVO verwehrt. Die seit Mai 2018 in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltende DSGVO regelt die Zuständigkeit von federführenden Datenschutzbehörden und will ein einheitliches Schutzniveau und eine einheitliche Anwendung durch die nationalen Datenschutzbehörden insbesondere mittels Einrichtung eines aus den Mitgliedstaaten gebildeten Datenausschusses gewährleisten, der in bestimmten Streitfällen über den datenschutzrechtlichen Eingriff entscheidet und die federführende Datenschutzbehörde entsprechend anweisen kann. Diese Regelungen bedeuten jedoch nicht, dass nur die nationalen Datenschutzbehörden das Datenschutzrecht anwenden können und andere Behörden auf das materielle Datenschutzrecht nicht mehr zurückgreifen dürfen. Dagegen spricht zunächst, dass eine vollständige Kohärenz nicht angestrebt wird, da das Datenschutzrecht auch über den Zivilrechtsweg durchsetzbar ist, wie die DSGVO ausdrücklich feststellt. Dies gilt insbesondere auch für Verbraucherverbände sowie Wettbewerber und ihre Verbände, die Datenschutz ihrerseits über vermittelnde UWG-Normen oder AGB-Recht mit datenschutzrechtlichem Bezug durchsetzen und dieses auch mittels § 19 GWB können. Die auch von den Datenschutzbehörden und dem Datenschutzausschuss zu beachtende EuGH-Rechtsprechung ist zu einem großen Anteil über den Zivilrechtsweg zustande gekommen. Die konsistente Auslegung des Datenschutzrechts wird dadurch nicht gefährdet, sondern im Gegenteil befördert, zumal der EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens frühzeitig befasst werden kann. Es ist nicht ersichtlich, dass im Hinblick auf das Kohärenzverfahren die Kartellbehörde an der Berücksichtigung und Auslegung des Datenschutzrechts über § 19 GWB gehindert sein soll, nicht aber eine zivilrechtliche Geltendmachung des § 19 GWB mit Bezug zu Datenschutzrecht.

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 oder AGB-Recht) überprüft werden kann, nicht dagegen über das gerade für marktbeherrschende Unternehmen geltende Missbrauchsverbot. Dieses kann schon angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung in der DSGVO, die diese für abschließend erklärt, nicht angenommen werden.

Auch die Datenschutzbehörden, mit denen das Bundeskartellamt während des Verfahrens in regelmäßigem Kontakt stand, sehen keine ausschließliche Zuständigkeit. Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder ist im Gegenteil der ausdrücklichen Ansicht, dass Reaktionen auf datenschutzwidriges Verhalten nicht allein auf den

Vollzug des Datenschutzrechts beschränkt sein dürfen, sondern auch das Wettbewerbs- und Kartellrecht betreffen. In diesem Zusammenhang wird sogar eine Entflechtungsmaßnahme für die systematische Umgehung des Datenschutzes erwähnt. Der Hamburgische Datenschutzbeauftragte unterstützt das Verfahren des Bundeskartellamts ausdrücklich. Das Bundeskartellamt hat auch die irische Datenschutzbehörde über das Verfahren informiert.

b) Datenschutzwertungen

Die kartellrechtliche Angemessenheit der Datenverarbeitungskonditionen hat das Bundeskartellamt auf dieser Grundlage zunächst anhand datenschutzrechtlicher Wertungen der DSGVO geprüft. Dabei ist es zu dem Ergebnis gekommen, dass die umfangreiche von Facebook ausbedungene Verarbeitung personenbezogener Daten aus anderen konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools, mit der u.a. ein Profiling und auch ein sog. Device Fingerprinting möglich ist, gegen europäische Datenschutzwertungen nach der DSGVO verstößt und nach datenschutzrechtlichen Maßgaben nicht ohne Einwilligung der betroffenen Nutzer gerechtfertigt ist. Facebook hat im Verfahren als Verantwortliche für die Datenverarbeitung weitgehend keine Rechtfertigungsgründe im Einzelnen dargelegt oder substantiiert. Nach dem ermittelten Sachverhalt sind hinreichende gesetzliche Rechtfertigungsgründe für dieses Ausmaß der Datensammlung und -zusammenführung nicht ersichtlich.

Eine wirksame Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO liegt nicht vor, u. a. da die von Facebook verlangte Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen nur dem Vertragsschluss dient und im Hinblick auf die Marktbeherrschung auch keine freiwillige Einwilligung in die Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO sein kann.

Auch ist die Datenverarbeitung nicht gemäß Art. 6 Abs. 1b) DSGVO für die Vertragserfüllung erforderlich. Dieser Rechtfertigungsgrund ist eng auszulegen. Es ist insoweit bereits eine Abwägung erforderlich, die auch die einseitige Festlegung des Vertragsinhalts zu berücksichtigen hat. Insbesondere kann eine Erforderlichkeit des hier ermittelten Ausmaßes der Datenverarbeitung nicht mit ihrer Effizienz und ihren Vorteilen für die Personalisierung des Dienstes begründet werden. Diese Sichtweise würde dazu führen, dass die Datenverarbeitung eines Unternehmens allein wegen des gewählten Geschäftsmodells und der Produkteigenschaften sowie der Vorstellung 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. Weder das Angebot eines sozialen Netzwerks noch die Monetarisierung des Netzwerks durch personalisierte Werbung erfordert eine Verarbeitung von Daten aus dritten Quellen in dem vertraglich ausbedungenen Ausmaß, da

bereits die durch den Betrieb des sozialen Netzwerks selbst erhobenen und verarbeiteten Nutzerdaten, die durch das vorliegende Verfahren unberührt bleiben, eine weitreichende Grundlage für das Angebot eines personalisierten Netzwerks bieten. Auch eine Rechtfertigung der Datenverarbeitung durch die in Art. 6 Abs. 1 c-e) DSGVO genannten besonderen Zwecke scheidet aus.

Schließlich führt auch eine umfassende Interessenabwägung nicht zu dem Ergebnis, dass überwiegende Interessen Facebooks an der ausbedungenen Datenverarbeitung bestehen (Art. 6 Abs. 1 f DSGVO). Dies ergibt sich nach einer Abwägung der vorgetragenen berechtigten Interessen Facebooks, der Interessen Dritter sowie der Nutzerinteressen. Berücksichtigt wurden hierbei insbesondere die Folgen für die betroffenen Nutzer unter Berücksichtigung der Art der Daten und der Datenverarbeitung, der vernünftigen Erwartungen der Nutzer sowie der Stellung von Facebook einerseits und der Nutzer andererseits. Zu berücksichtigen war nach den Leitlinien des Datenschutzausschusses für die vorzunehmende Interessenabwägung auch, dass Facebook als marktbeherrschendes Unternehmen eine Verhandlungsmacht gegenüber den Nutzern innehat und den Nutzern weitreichende Datenverarbeitungsbedingungen einseitig auferlegen kann, ohne dass die Nutzer dies etwa durch zusätzliche Steuerungsmöglichkeiten verhindern könnten. Eine solche Datenverarbeitung kann nicht mehr ohne eine freiwillige Einwilligung der Nutzer gerechtfertigt werden. Eine solche Einwilligung liegt nur dann vor, wenn die Bereitstellung des Dienstes Facebook.com nicht von der Erteilung der Einwilligung abhängig gemacht wird.

c) Ausfluss der Marktmacht

Der festgestellte Verstoß gegen datenschutzrechtliche Wertungen ist Ausfluss der Marktmacht Facebooks. Insoweit ist nach der Rechtsprechung keine Verhaltenskausalität in dem Sinne zu verlangen, dass der Verstoß nur wegen der bestehenden Marktbeherrschung möglich war, anderen Marktteilnehmer dieses Verhalten dagegen gar nicht möglich wäre. Vielmehr ist ein normativ-kausaler oder ergebniskausaler Zusammenhang ausreichend. Beides ist hier anzunehmen.

Es besteht zunächst ein normativ-kausaler Zusammenhang mit dem Datenschutzverstoß, da die Einschränkung der Selbstbestimmung der privaten Nutzer entscheidend mit der marktbeherrschenden Stellung von Facebook verbunden ist. Das Datenschutzrecht berücksichtigt in seinen Rechtfertigungsgründen vor allem auch unternehmensbezogene Umstände wie u.a. die Marktbeherrschung, den konkreten Zweck sowie das Ausmaß der Datenverarbeitung. Dies bedeutet, dass der Verstoß durch die besondere Marktstellung von Facebook geprägt wird.

Daneben besteht auch ein ergebniskausaler Zusammenhang mit der Marktbeherrschung im Hinblick auf die Behinderungswirkungen des aufgegriffenen Verhaltens zulasten von Wettbewerbern, da sich Facebook durch die unangemessene Datenverarbeitung aus einer Vielzahl weiterer Quellen mit Zuordnung zu Facebook-Konten auf rechtswidrige Weise einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern verschafft sowie die bestehenden Marktzutrittsschranken erhöht. Dies sichert wiederum die Marktmacht von Facebook gegenüber den Endverbrauchern.

Eine etwa erforderliche zusätzliche kartellrechtliche Interessenabwägung führt zu den gleichen Ergebnissen wie die datenschutzrechtliche Prüfung, da ihr im Hinblick auf die ungleichgewichtige Verhandlungssituation, die beide Rechtsgebiete abbilden, weitgehend die gleichen Abwägungsfaktoren einschließlich der Marktbeherrschung zugrunde liegen. Auch sind nach der *Pechstein*-Rechtsprechung grundrechtliche Wertungen in die kartellrechtliche Interessenabwägung einzustellen. Auch dieses führt zu einer Parallelität der Interessenabwägungen.

Die Marktbeherrschung von Facebook führt dazu, dass die Datenverarbeitung aus einer Vielzahl von Quellen nicht vom Nutzer verhindert werden kann, er also nicht eigenverantwortlich über die Preisgabe seiner Daten entscheiden kann. Bei einem marktbeherrschenden Anbieter, der keiner hinreichenden wettbewerblichen Kontrolle unterliegt, ist jedoch zu gewährleisten, dass auch den Interessen der Marktgegenseite hinreichend Rechnung getragen wird. Die aufgegriffenen Konditionen haben erhebliche Breitenwirkung, da sich eine Marktmacht von Facebook mit der Datensammlung über das soziale Netzwerk hinaus in die gesamte weitere Online-Nutzung der Verbraucher auswirkt. Auch bei grundsätzlicher Anerkennung der Effizienzen eines datengetriebenen Geschäftsmodells für die Verbraucher ist diese Datenverarbeitung als unangemessen und damit missbräuchlich zu bewerten.

4. Entscheidung

Das Bundeskartellamt hat auf dieser Grundlage nach pflichtgemäßer Ermessenausübung die ausbedungene Datenverarbeitung sowie ihre Durchführung nach §§ 19 Abs. 1, 32 GWB untersagt und Abstellungsmaßnahmen auferlegt. Die Untersagung erfasst dabei zunächst die in den Nutzungsbedingungen ausdrücklich festgelegten und in der Daten- und Cookie-Richtlinie im Einzelnen erläuterten Konditionen zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten, soweit sie ohne Einwilligung der Nutzer die Erfassung von nutzer- und gerätebezogenen Daten aus den anderen konzerneigenen Diensten und den Facebook Business Tools sowie deren Zusammenführung mit Facebook-Daten für die Zwecke des sozialen Netzwerks ohne Einwilligung der Nutzer betreffen. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt die Durchführung dieser Konditionen mit den tatsächlichen Datenverarbeitungsvorgängen, die Facebook auf der

Grundlage der Daten- und Cookie-Richtlinie vornimmt, untersagt. In der Abstellungsverfügung wird Facebook eine zwölfmonatige Umsetzungsfrist auferlegt, um die Nutzungsbedingungen und ihre Durchführung anzupassen und die Daten- sowie Cookie-Richtlinie entsprechend klarzustellen. Darüber hinaus ist innerhalb von vier Monaten ein Umsetzungsplan für die Anpassung vorzulegen. Diese Fristen werden durch die Einlegung eines Eilantrags beim OLG Düsseldorf gehemmt. Facebook hat zwischenzeitlich bereits Beschwerde, einschließlich eines Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim OLG Düsseldorf eingelegt.