

DigiComp - The Facebook Project

DigiComp1: Der Facebook-Fall (Basics)

Quelle: Bundeskartellamt, Az. B6-22/16

Worum geht es überhaupt?

Das soziale Netzwerk facebook finanziert sich durch personalisierte Werbung.

Um die Werbung personalisieren zu können, werden Daten der Nutzer benötigt.

Wenn man facebook und seine weiteren Dienste nutzen will, muss man den Nutzungs- und Datenverarbeitungsbedingungen von Facebook zustimmen. Facebook Nutzungsbedingungen gelten prinzipiell für die Nutzung sämtlicher von Facebook angebotenen Produkte, Apps und Dienste.

Die Nutzungsbedingungen und Datenrichtlinien von WhatsApp, Instagram, Oculus und Masquerade sind ähnlich oder sogar gleich aufgebaut wie die von facebook. Darin steht unter anderem, dass sie als Teile der Facebook-Unternehmen Informationen von den Facebook-Unternehmen erhalten und auch Informationen mit diesen teilen. Facebook führt also verschiedene Nutzerdaten aus mehreren Quellen zu einem großen Ganzen zusammen.

Um die Technik, die hinter diesem Prozess des Datensammelns steht, besser zu verstehen empfiehlt sich ein Blick auf das Dokument „**Technische Fachbegriffe – Tabelle**“.

Rechtliche Würdigung des Bundeskartellamts

Marktbeherrschende Stellung, § 18 GWB

Relevanter Markt

- Facebook = soziales Netzwerk, finanziert durch zielgerichtete Werbung
- an private Nutzer, Werbetreibende, Inhalteanbieter und Entwickler gerichtet
- facebook somit mehrseitiger Markt
- unentgeltliche Nutzerseite laut BKartA jedenfalls ein Markt, wenn mit zahlungspflichtiger Nutzerseite verknüpft (wie hier private Nutzer mit Werbetreibenden)
- Facebook = umfassender persönlicher virtueller Raum, mit zahlreichen Funktionen für private Nutzer
- YouTube, Snapchat, Twitter, berufliche Netzwerke, Messaging-Dienste = bieten einen solch umfassenden persönlichen virtuellen Raum nicht
- Markt = räumlich national abgrenzen, da in Deutschland ansässige Nutzer facebook hauptsächlich zur Vernetzung mit ihren in Deutschland ansässigen Freunden verwenden

beherrschende Stellung

- BKartA = vorrangige Aussagekraft über die wettbewerbliche Bedeutung und den Markterfolg des Netzwerks → Anteil der täglichen aktiven Nutzer des sozialen Netzwerks
- Nach Verbraucherbefragung hat facebook täglichen Nutzeranteil, der ca. 95 % beträgt - Google+, Jappy, StudiVZ u.a. teilen sich die restlichen 0-5%.
- § 18 Abs. 3a GWB: erfasst insb. Tipping-Gefahr (= Gefahr der Monopolisierung des Marktes als Folge von sich selbstverstärkenden Netzwerkeffekten)
- Selbstverstärkende Netzwerkeffekte:
 - können bei Vorliegen von bestimmten Faktoren zu schrittweisem Ausscheiden der verbleibenden Wettbewerber aus dem Markt führen
 - und können eine erhebliche Marktzutrittsschranke errichten
- zu betrachten daher:
 - weiterhin steigende Tendenz der Nutzeranteile von facebook und die daraus resultierenden direkten Netzwerkeffekte
 - Lock-In-Effekt durch weitgehende Inkompatibilität mit anderen Diensten

- fehlendes Multi-Homing der Facebook Nutzer (Facebook Nutzer melden sich kaum auf anderen sozialen Netzwerken an)
 - Größenvorteile Facebooks
 - überragender Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten
 - der nur eingeschränkt bestehenden innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck
- BKartA → Facebook auf nationalem Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer marktbeherrschend nach § 18 Abs. 1 iVm Abs. 3 und Abs. 3a GWB

Missbräuchliche Ausnutzung, § 19 GWB

- Konditionenmissbrauch gem. § 19 I GWB seitens Facebook, da Nutzung des sozialen Netzwerks von Zustimmung zu Nutzungsbedingungen abhängig

Rechtsfolgen

- BKartA = Verfügung gemäß § 32 Abs. 1 GWB
- Beschluss:
 - Facebook und verbundenen Unternehmen untersagt, Nutzungsbedingungen oder vergleichbare Vertragskonditionen zu verwenden, nach denen die Nutzung von in DE ansässigen privaten Nutzern davon abhängig ist, dass Facebook Daten, die bei der Nutzung von WhatsApp, Instagram, Oculus, Masquerade, dem Besuch von Drittwebsites oder der Nutzung von Apps von Drittanbietern, erhoben und gespeichert werden, ohne Einwilligung der Nutzer erfasst und mit Daten dieser Nutzer, die bei der Nutzung von facebook.com erhoben und gespeichert werden, verknüpfen und verwenden kann
 - nach erfolgter Anpassung der Konditionen muss in diesen zusätzlich klargestellt werden, dass die Daten aus der Nutzung von WhatsApp, Instagram, Oculus Masquerade & Drittwebsites durch private Nutzer nicht oder nicht ohne deren Einwilligung erfasst und mit den bei der Nutzung von Facebook erhobenen Daten verknüpft und verwendet werden
 - BKartA → solche Einwilligung liegt nicht vorliegt, wenn die Bereitstellung des Dienstes Facebook.com von der Erteilung der Einwilligung abhängig gemacht wird
- Facebook hat 12 Monate Zeit, Nutzungsbedingungen zu entfernen oder zu ändern und muss innerhalb von 4 Monaten Umsetzungsplan dazu vorlegen

Berücksichtigung der DSGVO im Rahmen des § 19 I GWB

- Missbrauch von Marktmacht, wenn Datenverarbeitungsbedingungen als Ausfluss von Marktmacht gegen Wertungen der DSGVO verstoßen
- BGH: Wertung der Rechtsordnung sind insgesamt im Rahmen von § 19 GWB heranzuziehen
- Entwickelte Rspr. lässt sich auf alle Wertungen der Rechtsordnung, soweit sie die Angemessenheit von Konditionen in ungleichen Verhandlungssituationen betreffen, ausweiten
- Schutz vor Fremdbestimmung auch im DS, also gerade Schutz vor Marktungleichgewichten
- Konditionen, die DS-Recht widersprechen, begründen Marktungleichgewicht

Zuständigkeit des Bundeskartellamts

- Kein Ausschluss der Zuständigkeit des BKartA, da lediglich die Wertungen des DSR berücksichtigt werden
- Kein Auslegung und Anwendungsmonopol der DS-Behörden, zumal der Zivilrechtsweg weiterhin offen bleibt (vgl. Art. 82 DSGVO zum SE natürlicher Personen)

Keine Abschließenden materiellen Regelungen in der DSGVO

- DS-Regelungen suspendieren nicht die speziellere Missbrauchsaufsicht
- KartR und DSR laufen parallel
- § 18 Abs. 3a GWB: Unmittelbarer Marktmachtbezug der Datenverarbeitung schon von Rechts wegen
- Beachte § 50c GWB: Zusammenarbeit der Behörden wird gefordert

Datenverarbeitungsbestimmungen als sonstige Geschäftsbedingungen

- FB Nutzungsbedingungen, Daten-RL, Cookie-RiLi sind Geschäftsbedingungen iSd § 19 GWB
- Hier: alle RLn sind Nutzungsbedingungen, da sie den Vertragsinhalt maßgeblich bestimmen und konkretisieren
- Nutzungsbedingungen trifft völlig unbeschränkt Regelung, wonach Datenverarbeitung Vertragsgegenstand wird
- Daten-RL + Cookie-RL konkretisieren die Nutzungsbedingungen durch Verweis; dienen damit der Erfüllung der in den Nutzungsbestimmungen dargestellten Zwecke des Vertrags
- Ergebnis: praktisch unbegrenzte Datenverarbeitung auch aus Quellen außerhalb von FB
Datenverarbeitungsbedingungen sind keine Preise iSd. § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB

Verstoß gegen die DSGVO? Wertungen der DSGVO

→ Marktmachtmissbrauch durch Konditionen, die gegen Datenschutz verstoßen

- **Personenbezogene Daten**, Art. 4 Nr. 1 DSGVO
 - Natürliche Personen können identifiziert werden oder werden zumindest identifizierbar
 - FB kann die Daten dem FB-Konto des Nutzers zuordnen
- **Datenverarbeitung**, Art. 4 Nr. 2 DSGVO
 - FB spricht in Nutzungsbedingungen sowie Cookie- und DS-RiLi vom „Erfassen“, „Miteinander-Verbinden“ und „Verwenden“ von Daten
- Facebook = **Verantwortliche** iSd DSGVO, Art. 4 Nr. 7
 - FB entscheidet über Zwecke und Mittel der Verarbeitung der personenbezogenen Daten
 - **Konzernprivileg**? Begriff aus KartR hier nicht übertragbar, da in DSGVO mit Begriff des Verantwortlichen anders geregelt, also muss Datenübermittlung im Konzern auch gerechtfertigt sein
 - **Auftragsverarbeiter** in Bezug auf FB Business Tools? Art. 4 Nr. 8 sowie Art. 28, 29 DSGVO
 - FB nutzt hierfür Nutzungsbedingungen (AGB) für Verwendung von FB Business Tools
 - Auftragsverarbeitung sonst von Weisungsrecht gekennzeichnet ist, während FB hingegen große Marktmacht hat

- **Rechtfertigung?**
 - **Einwilligung**, Art. 6 I a), Art. 4 Nr. 11 DSGVO
 - Nutzer gibt „Zustimmung“ zu Nutzungsbedingungen, wenn er auf Registrieren Button klickt
 - Freiwilligkeit als Kernelement des Datenschutzrechts
 - Keine Freiwilligkeit, wenn klares Ungleichgewicht besteht, hier durch marktbeherrschende Stellung
 - Durch bspw. Wahlmöglichkeit in **Privatsphäre-Einstellungen** wird nur die Anzeige personalisierter Werbung beendet, nicht die Erhebung und Erfassung entsprechender Daten!
 - **Erforderlichkeit für Vertragserfüllung**, Art. 6 I b
 - Marktbeherrscher! Besondere Rechtfertigungshöhe
 - Enge Auslegung des Art. 6 I b, daher können nicht alle denkbaren Verarbeitungsprozesse umfasst sein
 - Vertragszweck = personalisiertes Nutzererlebnis
 - Aber bloße Nützlichkeit für Geschäftsmodell nicht ausreichend
 - Gefahr der Übertragung von Marktmacht auf Instagram etc.