



DigiComp – The Facebook Project

DigiComp4: Facebook @BGH

Beschluss vom 23.06.2020

KVR 69/19

§ 19 GWB – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

I. Unternehmen

II. Marktbeherrschende Stellung, § 18 GWB

1. Relevanter Markt

- **Sachlich:** Nachfragemarkt für soziale Netzwerke
 - Mehrseitiger Markt, keine einheitliche Plattformgegenseite
 - Keine Angebotsumstellungsflexibilität: nicht austauschbar mit Berufsnetzwerken, Jobbörsen, Messaging-Diensten und anderen sozialen Medien
- **Räumlich:** Deutschlandweiter Markt

2. Beherrschende Stellung

- hoher Anteil von Facebook an täglich aktiven Nutzern von sozialen Netzwerken
- Indirekte (asymmetrische) Netzwerkeffekte
- Direkte Netzwerkeffekte -> Lock-in-Effekt
- Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten
- Kaum/Kein innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck
- Sog. „Multi-Homing“: Parallele Nutzung anderer Netzwerke hat sich auf die Marktstellung Facebooks nicht relevant ausgewirkt

III. Missbräuchliche Ausnutzung, § 19 GWB

1. Missbrauch - Verhaltensweise

Es „[...] bestehen keine ernsthaften Zweifel, dass Facebook mit den vom Bundeskartellamt untersagten Nutzungsbedingungen seine marktbeherrschende Stellung dadurch

missbräuchlich ausnutzt, dass die private Nutzung des Netzwerks von der Befugnis Facebooks abhängig gemacht wird, ohne weitere Einwilligung der Nutzer außerhalb von facebook.com generierte nutzer- und nutzergerätebezogene Daten (im Folgenden: "Off-Facebook"-Daten) mit den personenbezogenen Daten zu verknüpfen, die aus der Facebook-Nutzung selbst entstehen, und solche verknüpften Daten zu verarbeiten.“ (Rn. 53)

-> sog. **aufgedrängte Leistungserweiterung**

Den Plattformnutzern wird ein Leistungsinhalt aufgedrängt, den sie möglicherweise nicht wünschen und für den sie jedenfalls nicht den Zugriff von Facebook auf personenbezogene Daten in Kauf nehmen möchten, die sie Facebook nicht zur Verfügung gestellt haben.

BGH stellt auf einen Konditionenmissbrauch nach § 19 I GWB ab.

2. Wettbewerbsschädlichkeit der Verhaltensweise?

Ist diese aufgedrängte Leistungserweiterung wettbewerbsschädlich?

Die aufgedrängte Leistungserweiterung als solche indiziert noch keine Gefährdung der Schutzgüter des GWBs

aber (+), wenn sie sich als Ausbeutung der Abnehmer oder als Behinderung des Wettbewerbs erweist

Laut BGH: Ausbeutung der Abnehmer (+) und wettbewerbsbehindernde Wirkung (+)

Ausbeutungsmisbrauch (+), weil:

- Nutzer haben keine Wahlfreiheit über Personalisierung
- Für Teilhabe an sozialem Leben können Nutzer gezwungen sein
- Daten stellen sehr wohl eine ökonomische Gegenleistung auf anderer Marktseite dar (-> Mehrseitige Märkte)

-> Aufdrängen eines Geschäftssystems, das den Nutzer noch intensiver an Facebook bindet, die Marktbeherrschung dadurch weiter verstärkt und mithin wettbewerbsschädlich ist (vgl. BGH VBL Gegenwert II)

Behinderungsmisbrauch (+), weil:

- Erhebliche Netzwerkeffekte führen zu Marktzutrittsbarrieren
- Wettbewerbsfähigkeit aktueller/potentieller Wettbewerber
- Beeinträchtigung des Marktes für Online-Werbung ist nicht auszuschließen

Wechselwirkung zwischen beiden Marktseiten: Behinderungswirkung bei potenziellen Netzwerk- oder Werbeanbietern führt zu Beeinträchtigung der Nutzer-Wahlfreiheit und umgekehrt

Im Ergebnis: Ausbeutungsmisbrauch mit Behinderungswirkung

3. Kausalität zwischen Stellung und Missbrauch?

- **e.A.:** keine Kausalitätsprüfung
- **OLG Düsseldorf:** instrumentelle Kausalität (Verhaltenskausalität)
- **BGH:** normative Kausalität (Ergebniskausalität): die Verhaltensweise ist zwar grundsätzlich jedem Unternehmen möglich, aber nur bei marktbeherrschenden Unternehmen stellen sich schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb ein

Im Ergebnis: Die steigenden Marktzutrittsschranken bedeuten auch eine Behinderungswirkung des Marktes für Online-Werbung (s.o.), für den eine Ergebniskausalität ausreichend ist

4. Abwägung

- RWK der verwendeten Vertragskonditionen
- Schutzwürdigkeit der Nutzer in ihrer autonomen Entscheidungshoheit
- Facebook als Institution, die Teilhabe der Menschen am gesellschaftlichen Leben sichert; keine Zumutung darauf zu verzichten
- Verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf informationelle Selbstbestimmung = Ausstrahlungswirkung auf private Rechtsbeziehungen iVm. DSGVO

Wahlfreiheit und Verbraucherautonomie

Anknüpfungspunkt für Marktmachtmissbrauch gem. § 19 I GWB

Der BGH wählt einen anderen Begründungsansatz als das BKartA

- **BKartA:** Verstoß gegen DSGVO = Verstoß gegen Missbrauchsverbot, wenn Marktbeherrschung vorliegt
- **BGH:** Marktmachtmissbrauch durch die mangelnde Wahlfreiheit der Nutzer zwischen unterschiedlich datenintensiven Arten des Netzwerkzugangs
→ aufgedrängte Leistungserweiterung

Fehlende Wahlmöglichkeit

- zwischen intensiv personalisiertem Nutzererlebnis mit entsprechendem Zugriff Facebooks auch auf Off-Facebook Daten
- und weniger personalisiertem Erlebnis auf Basis nur ihrer On-Facebook Daten, welche sie selbst auf Facebook preisgeben

(P) fehlende Wahlfreiheit der Verbraucher führt zu stärkerer Datenmacht von Facebook, was wiederum zu höheren Marktzutrittsschranken auf dem Markt für soziale Netzwerke und auf dem Drittmarkt für Werbeverträge führt

Entwicklung: Der Verbraucher im Zentrum des wettbewerblichen Prozesses

- Ordoliberalismus: Sicherung der individuellen Freiheit vor der wirtschaftlichen Macht
- Später: eher ökonomische Betrachtungsweise (more economic approach)
- Tendenz wieder hin zu mehr Nutzerautonomie und Wahlrecht, auch durch die Entscheidung des BGH
 - Verbraucher als „Schiedsrichter“ (entscheidender Marktakteur)
 - „consumer choice“ (*Averitt, Lande, Nihoul*)
 - Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (*Hayek*)
 - Selbstständigkeitspostulat auch für Verbraucher

Konkurrenz zum Datenschutzrecht

Unterfällt ein Verstoß gegen Datenschutzrecht der Zuständigkeit des BKartA?



Lösung des BGH

- Nutzer haben grds. eine substantielle Entscheidungsbefugnis über die Verwendung ihrer personenbezogenen Daten
 - Rechtsgedanke des Art. 6 I DSGVO
- Art 6 I DSGVO macht die Zulässigkeit der Datenverarbeitung von der vertraglichen Grundlage der Rechtsbeziehung abhängig
 - gibt aber keinen bestimmten Inhalt der Vertragsbeziehung vor (= Keine Anwendung der DSGVO)
- ABER: datenschutzrechtliche Wertungen können bei einer Interessensabwägung an Bedeutung gewinnen

Fazit

- Es besteht kein Zweifel an der Zuständigkeit des BKartA

- §32 GWB (+)
- Datenschutzrechtliche Erwägungen sind bei der Anwendung des Kartellrechts zu beachten
- Verstoß gegen DSGVO ist nicht ausschlaggebend

Grundrechtsbindung

- Facebook bietet gesellschaftlich relevantes Kommunikationsforum
 - ➔ Anwendung eines verschärften Maßstabs

Grundrechtsbindung

- Recht auf unternehmerische Sorgfalt zu Gunsten Facebooks außer Acht gelassen
- BGH bindet Facebook an Grundrechte; Maßstab geht über übliche Drittwirkung der Grundrechte/ besondere Verantwortung hinaus
 - Widerspiegelung der Machtverhältnisse zwischen Facebook und Verbraucher
 - Grundrechtsbindung kommt der Grundrechtsbindung des Staates nahe
 - Rechtfertigung durch politische, gesellschaftliche, wirtschaftliche Bedeutung der Kommunikation im Internet
- Bindung an Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I iVm. Art. 1 I GG)
 - Gewährleistung einer substantiellen Entscheidungsbefugnis des Einzelnen über Verwendung der personenbezogenen Daten
 - ➔ Kein allumfassendes Selbstbestimmungsrecht
 - ➔ auch durch Art. 6 I DSGVO umgesetzt
 - System der „aufgedrängten Leistungserweiterung“ wird dem nicht gerecht
 - ➔ Abwägung im Ergebnis zu Lasten Facebooks

Wird das Datenschutzrecht in der digitalen Zukunft auch kartellrechtlich durchgesetzt werden können?

a. Die Rechtsprechungsansicht wurde diesbezüglich eher ablehnend interpretiert. EuGH, Urte. Vom 23.06.2006, C-238/05, *ASNEF*: Fall hatte System zum Informationsaustausch zwischen Finanzinstituten bezüglich der Zahlungsfähigkeit von Kunden zum Gegenstand. Diesbezüglich ging der EuGH davon aus, dass „etwaige Fragen im Zusammenhang mit der Sensibilität personenbezogener Daten, die als solche nicht wettbewerbsrechtlicher Natur sind, nach den einschlägigen Bestimmungen zum Schutz solcher Daten zu beantworten“ seien.

b. Die kartellrechtliche Relevanz datenschutzrechtlicher Themen wurde allerdings anhand des Facebook Falls deutlich.

c. Insbesondere in Zeiten der BigTech Unternehmen könnte es sein, dass sich in Zukunft viele neuartige kartellrechtliche Probleme in Bezug auf den Datenschutz ergeben. Um die Handlungsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden flexibel gestalten zu können, bedarf es einer Generalklausel, die die Durchsetzung von Datenschutzrecht umfasst.

d. Wenn Datenschutzrecht kartellrechtlich durchgesetzt werden könnte, so könnte dies zu einer Homogenität der Rechtspraxis führen und eventuell vorhandene Lücken könnten geschlossen werden.

e. Tatsächlich sind Kartell- und Datenschutzrecht in vielerlei Hinsicht verschieden, haben aber auch zahlreiche nicht nur faktische, sondern auch rechtliche Berührungspunkte und Ähnlichkeiten. Zum Beispiel ihre unionsverfassungsrechtlichen Grundregeln, ihre Schutzzwecke und ihr grundlegendes Verbotskonzept.