

19. Dezember 2017

Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes

1. Was ist ein Missbrauchsverfahren?

Das Kartellrecht kennt zum Schutz des Wettbewerbs in der Wirtschaft im Wesentlichen drei verschiedene Instrumente. Erstens die Verfolgung von Kartellabsprachen, die mit hohen Bußgeldern und in einigen Staaten sogar mit Gefängnisstrafen sanktioniert werden können. Zweitens die Fusionskontrolle, mit deren Hilfe geplante Zusammenschlüsse von Unternehmen daraufhin kontrolliert werden, ob sie zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Drittens das Instrument der Missbrauchsaufsicht.

Hier stellt sich die Frage, ob ein Unternehmen seine Marktmacht missbräuchlich ausnutzt. Nicht jedes „große“ oder wirtschaftlich bedeutende Unternehmen ist auch marktbeherrschend im Sinne des Kartellrechts. Marktbeherrschende Unternehmen unterliegen strengeren Pflichten als Unternehmen in einem funktionierenden wettbewerblichen Umfeld. Sie dürfen bspw. nicht Kunden oder Lieferanten diskriminieren oder ausnutzen und keine missbräuchlich überhöhten Preise oder unangemessene Vertragskonditionen verlangen.

Das Bundeskartellamt führt seine Missbrauchsverfahren häufig als sogenannte Verwaltungsverfahren und nicht als Ordnungswidrigkeitenverfahren. Ein Verwaltungsverfahren ist insbesondere dann die geeignete Verfahrensart, wenn es sich um einen komplexen Sachverhalt mit schwierigen rechtlichen und ökonomischen Fragestellungen handelt oder ein Musterverfahren dazu dienen soll, die kartellrechtliche Beurteilung einer (neuen) Fallgestaltung zu klären. Im Vordergrund steht das Ziel, möglichst bald wieder kartellrechtskonforme Zustände zu Gunsten des Wettbewerbs zu erreichen und nicht, Bußgelder zu verhängen. Insbesondere im Wiederholungsfall oder in Fällen mit einem hohen Schädigungspotenzial ist die Durchführung von Bußgeldverfahren jedoch keineswegs ausgeschlossen.

2. Facebook ist ein US-amerikanisches Unternehmen. Warum kann das Bundeskartellamt hier ermitteln?

Unabhängig vom Sitz eines Unternehmens gilt das deutsche Kartellrecht immer dann, wenn sich eine Wettbewerbsbeschränkung in Deutschland auswirkt. Zudem hat Facebook eine deutsche Tochtergesellschaft.

Aufgrund der grenzüberschreitenden Bedeutung des Verfahrens steht das Bundeskartellamt insbesondere mit der Europäischen Kommission in engem Kontakt.

3. Datenschutz und Kartellrecht. Warum ist das ein Fall für die Kartellbehörde?

Ein soziales Netzwerk ist ein datengetriebenes Produkt. Der Umgang eines Unternehmens mit personenbezogenen Daten des Nutzers ist nicht nur ein Fall für Datenschutzbehörden, sondern auch für die Kartellbehörden, wenn der Zugang zu Daten ein wesentlicher Faktor für die Stellung eines Unternehmens im Wettbewerb ist.

Die Kartellbehörde ist für die Aufsicht von marktbeherrschenden Unternehmen bei ihren Verhaltensweisen auf den Märkten zuständig. Die Erhebung und sonstige Verarbeitung von Daten ist in der Internetökonomie ein in hohem Maße wettbewerbsrelevantes unternehmerisches Verhalten, das der Gesetzgeber in § 18 Abs. 3a GWB ausdrücklich als marktmachtrelevant vor allem bei Online-Plattformen und -Netzwerken eingestuft hat. Hinsichtlich der Datenverarbeitungskonditionen von marktbeherrschenden Unternehmen hat die Kartellbehörde daher eine originäre Aufgabe, die von Datenschutzbeauftragten nicht erfüllt werden kann. Die Marktbeherrschung bildet insoweit eine Schnittstelle zum Datenschutzrecht, die dazu führt, dass die Kartellbehörde bei der Prüfung der unangemessenen Konditionen die datenschutzrechtlichen Wertungen zu berücksichtigen hat. Das Bundeskartellamt arbeitet hierfür eng mit Datenschutzbehörden zusammen.

4. Warum soll ein Nutzer geschützt werden, wenn er im sozialen Netzwerk selbst alles über sich preisgibt?

Vorliegend prüft das Bundeskartellamt, ob gegenüber den Nutzern, die entweder das „Gesamtpaket“ Facebook mit einer weitreichenden Überlassung von Daten akzeptieren oder auf die Nutzung des Dienstes verzichten müssen, ein Konditionenmissbrauch vorliegt.

Unterschiedlich zu bewerten sind dabei Nutzerdaten, die bei der Nutzung des sozialen Netzwerks selbst generiert werden („on-Facebook“) und Nutzerdaten, die aus Drittquellen stammen („off-Facebook“).

Gegenstand des bisherigen Verfahrens sind Vertragskonditionen, die sich Facebook im Hinblick auf Daten aus „Drittquellen“ einräumen lässt. Diese Drittquellen sind zum einen Daten aus der Nutzung von konzerneigenen Diensten wie WhatsApp oder Instagram. Zum anderen sind dies Daten, die bei der Nutzung von Drittwebseiten und Apps anfallen. Haben Drittunternehmen in ihren Webseiten und Apps Facebook Produkte wie den Facebook „like-Button“ oder ein „Facebook Login“ oder Analysedienste wie „Facebook Analytics“ integriert, fließen über Schnittstellen (APIs) bereits in dem Zeitpunkt Daten an Facebook, in dem der Nutzer das Drittangebot erstmals aufruft. Diese Daten können mit Daten der Nutzer aus dem Facebook-Konto zusammengeführt und von Facebook genutzt werden, sogar dann wenn der Nutzer einem Webtracking durch Browser- oder Geräteeinstellungen widersprochen hat. Diese Konditionen sind nach der vorläufigen Bewertung des Bundeskartellamtes weder nach datenschutzrechtlichen Wertungen gerechtfertigt noch nach kartellrechtlichen Maßstäben angemessen.

Das Bundeskartellamt hat mit dem vorliegenden Verfahren *nicht* die Verarbeitung von Daten aufgegriffen, die bei der Nutzung des sozialen Netzwerks Facebook selbst anfallen. Ob es hier

dennoch zu Datenschutzverstößen kommt und evtl. auch missbräuchliches Verhalten vorliegt, hat das Bundeskartellamt bislang ausdrücklich nicht bewertet.

Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung berücksichtigt das Bundeskartellamt, dass ein wesentlicher Bestandteil eines sozialen Netzwerkes die Aktivität seiner Nutzer und eine effiziente, datenbasierte Produktgestaltung des Anbieters ist. Kartellrechtlich unbedenklich ist grundsätzlich auch das Geschäftsmodell, das darauf basiert, dass ein Unternehmen ein kostenloses Produkt anbietet und dieses durch zielgerichtete Werbung monetarisiert und dafür auf Daten zurückgreift, die während der Nutzung des Dienstes anfallen. Nutzer müssen daher auch mit einem bestimmten Umfang der Datenverarbeitung bei der Nutzung des Dienstes rechnen. *Innerhalb* des Netzwerkes können die Nutzer durch die Art und die Inhalte der Nutzung das Ausmaß der Datensammlung nicht unerheblich beeinflussen.

5. Ist Facebook marktbeherrschend?

Nach den vorläufigen Ergebnissen des Bundeskartellamtes ist Facebook auf dem deutschen Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend. Facebook hat in Deutschland rund 30 Mio. Nutzer pro Monat und rund 23 Mio. davon täglich.

In diesen Markt sind neben Facebook auch Anbieter wie Google+ sowie einige kleinere deutsche Anbieter sozialer Netzwerke miteinzubeziehen, die Austauschbarkeit mit Facebook ist jedoch trotz der prinzipiell vergleichbaren Produkte im Hinblick auf die Bedeutung direkter Netzwerkeffekte beschränkt. Denn aus Sicht der Nachfrager ist die Größe eines sozialen Netzwerkes sowie die Möglichkeit, dort genau die Personen zu finden, die sie persönlich jeweils suchen, ausschlaggebend (so genannte „identitätsbasierte Netzwerkeffekte“). Nicht in den sachlich relevanten Markt miteinzubeziehen sind Berufsnetzwerke wie LinkedIn und Xing, Messaging-Dienste wie WhatsApp und Snapchat oder andere soziale Medien wie Youtube oder Twitter. Auch wenn von diesen Diensten in Teilen Substitutionswettbewerb zu Facebook ausgeht, dienen sie aus Sicht des Nachfragers einem komplementären Bedarf.

In räumlicher Hinsicht ist der Markt für soziale Netzwerke national abzugrenzen, da nach den Ermittlungen soziale Netzwerke von deutschen Nutzern überwiegend zur Vernetzung mit Freunden und Bekannten im Inland genutzt werden.

Für die Marktbeherrschung Facebooks sprechen zunächst die hohen Marktanteile des Unternehmens. Die Stellung wird durch die im Markt wirkenden identitätsbasierten direkten Netzwerkeffekte weiter verstärkt. Auf dem Markt sind die Markteintrittsbarrieren hoch. Ein Wechsel des Nutzers zu Wettbewerbern wird durch die mit den Netzwerkeffekten einhergehenden Lock-in-Effekte erheblich erschwert. Neben direkten Netzwerkeffekten wirken in dem Markt auch indirekte Netzwerkeffekte, die den Marktzutritt neuer Wettbewerber erschweren: Bei werbefinanzierten Diensten, die auch als „Aufmerksamkeitsplattformen“ bezeichnet werden können, profitiert die Werbeseite von einer großen privaten Nutzerbasis, es wirken somit in Richtung der Werbetreibenden positive indirekte Netzwerkeffekte. Ein Marktzutritt neuer Wettbewerber mit einem werbefinanzierten Produkt kann nur gelingen, wenn dieser eine kritische Masse an privaten

Nutzern erreicht, die den Dienst für die Werbeseite als Werbefläche attraktiv machen. Das Erreichen einer solchen kritischen Masse wird wiederum durch das Wirken direkter Netzwerkeffekte erschwert. Die durch die Netzwerkeffekte entstehenden Größenvorteile in Form von Skaleneffekten führen darüber hinaus zu Kostenersparnissen, durch die Facebook gegenüber seinen Wettbewerbern einen deutlich höheren strategischen Spielraum hat. Auch ist ein paralleles Nutzerverhalten („Multi-Homing“), das auf Plattform- und Netzwerkmärkten grundsätzlich dekonzentrierte Wirkung entfalten kann, angesichts des bereits bestehenden Quasi-Monopols von Facebook mit mehr als 90 Prozent der Nutzeranteile nicht festzustellen.

Facebook verfügt über einen überragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, insbesondere zu den persönlichen Daten seiner Nutzer. Da soziale Netzwerke datengetriebene Produkte sind, ist der Zugang zu Daten ein wettbewerbsrelevanter Faktor. Dabei sind Daten sowohl für die Produktausgestaltung als auch für die Möglichkeit der Monetarisierung des Dienstes ein wesentlicher Aspekt. Ein fehlender Zugang zu einer vergleichbaren Datensammlung kann somit zu einer zusätzlichen Markteintrittsbarriere führen.

6. Worin könnte ein „Missbrauch von Marktmacht“ begründet sein? Was ist der Maßstab?

Lässt sich ein marktbeherrschendes Unternehmen als Voraussetzung für die Nutzung seines Dienstes einen umfangreichen Spielraum bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten einräumen, so kann dies als „Konditionenmissbrauch“ von den Kartellbehörden verfolgt werden. Der Konditionenmissbrauch ist ein Unterfall des Ausbeutungsmissbrauchs. Dieser soll die Marktgegenseite vor Ausbeutung durch das marktbeherrschende Unternehmen schützen. Eine Ausbeutung kann durch das Fordern von überhöhten Preisen (Preishöhenmissbrauch) oder von unangemessenen Konditionen (Konditionenmissbrauch) erfolgen.

Der Bundesgerichtshof hat hier eine Rechtsprechung entwickelt, wonach die Unangemessenheit von Konditionen auch anhand von Wertungen des Zivilrechts, etwa des AGB-Rechts, oder anhand einer grundrechtlichen Interessenabwägung überprüft werden kann. Dies gilt für alle gesetzlichen Wertungen, die den Schutz einer Vertragspartei in einer ungleichgewichtigen Vertragsposition bezwecken. Hieran anknüpfend prüft das Bundeskartellamt die Vertragskonditionen Facebooks anhand datenschutzrechtlicher Wertungen. Denn auch das Datenschutzrecht bezweckt den Schutz des Betroffenen vor ungerechtfertigten Datenverarbeitungen seiner personenbezogenen Daten durch die Marktgegenseite. Es soll gewährleisten, dass ein Nutzer selbstbestimmt und freiwillig über den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten entscheiden kann.

7. Wo ist der Schaden für den Nutzer und den Wettbewerb?

Facebook ist ein kostenloser Dienst. Der Konditionenmissbrauch führt daher nicht zu einem unmittelbaren finanziellen Schaden für den Nutzer. Der Schaden liegt hier vielmehr in einem Kontrollverlust für den Nutzer: Er kann nicht mehr selbstbestimmt über seine persönlichen Daten verfügen. Er kann nicht überschauen, welche Daten aus welchen Quellen für welche Zwecke zu einem detaillierten Profil zusammengeführt werden. Die einzelnen Daten erhalten durch die Zusammenführung einen nicht vorhersehbaren Stellenwert. Durch die Marktmacht kann sich der

Nutzer der Datenzusammenführung auch nicht entziehen. Dies ist auch ein Eingriff in sein grundrechtlich geschütztes Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Für Facebook selbst haben die Daten natürlich einen großen wirtschaftlichen Wert. Facebook kann – ausgehend von seiner ohnehin schon marktbeherrschenden Stellung – zum einen seinen eigenen Dienst optimieren und weitere Nutzer an sich binden. Durch die Zusammenführung der Daten steigen die „identitätsbasierten Netzwerkeffekte“ und die Lock-in-Effekte zugunsten von Facebook und zulasten von anderen Anbietern sozialer Netzwerke weiter an. Außerdem kann Facebook seine zielgerichtete Werbung anhand der erstellten Nutzerprofile verbessern. Das soziale Netzwerk wird für Werbekunden immer unverzichtbarer. Dies zeigt sich auch an den rasant wachsenden Umsatzsteigerungen der letzten Jahre. Hier liegt perspektivisch auch ein weiterer wettbewerblicher Schaden zulasten von Werbekunden, die auf einen mächtigen Anbieter von Werbung auf sozialen Netzwerken treffen.

8. Wie geht es weiter?

Das Bundeskartellamt gibt Facebook nun die Möglichkeit, zu dem Anhörungsschreiben Stellung zu nehmen. Dabei handelt es sich um einen Zwischenschritt im vorliegenden Verwaltungsverfahren, bei dem das Unternehmen weitere Rechtfertigungsgründe vortragen oder Lösungsvorschläge vorlegen kann. Es wird daher eine weitere Verfahrensphase der Diskussion mit Facebook geben.

Am Ende des Verfahrens steht entweder eine Einstellung des Verfahrens, Verpflichtungszusagen des Unternehmens oder eine Untersagung durch die Kartellbehörde. Vor Frühsommer 2018 ist mit einer Entscheidung nicht zu rechnen.

9. Vertiefung: Wie sieht der kartellrechtliche Ansatzpunkt der Prüfung aus?

Das Bundeskartellamt beschäftigt sich im vorliegenden Verfahren intensiv mit der Frage, in welchem Verhältnis eine kartellrechtliche Prüfung nach § 19 GWB zu den harmonisierten europäischen Datenschutzwertungen, die vor allem durch Datenschutzbehörden durchgesetzt werden, steht. Es erscheint unerlässlich, bei einer kartellrechtlichen Überprüfung eines Big-Data-Geschäftsmodells, die auf Grundrechten beruhenden europäischen Datenschutzregelungen für die Angemessenheit von Datenverarbeitungskonditionen heranzuziehen und als Prüfungsrahmen zugrunde zu legen. Hierfür arbeitet das Bundeskartellamt eng mit den Datenschutzbehörden zusammen.

Dieser Prüfungsrahmen beruht insbesondere auf der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 19 Abs. 1 GWB. Hierfür sind insbesondere zwei BGH-Entscheidungen maßgeblich, die den Konditionenmissbrauch auf der Grundlage der Generalklausel entwickelt haben. Dabei handelt es sich um die Entscheidungen in Sachen „*VBL Gegenwert II*“ und „*Pechstein*“.

Ein Konditionenmissbrauch ist nach diesen Entscheidungen nicht nur unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB und nach dem dort vorgesehenen Vergleichsmarktkonzept zu prüfen. Er kann nach der *VBL-Gegenwert*-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch auf der Grundlage der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB anzunehmen sein, wenn als Ausfluss von Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit insbesondere nach den gesetzlichen Wertungen der §§ 307 ff. BGB unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden. 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 kann, und so für den anderen Teil eine Fremdbestimmung bewirkt. Wenn ein Marktbeherrscher bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt, müssten 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.

Auf dieser Grundlage prüft das Bundeskartellamt die Datenverarbeitungskonditionen von Facebook auf ihre Angemessenheit anhand der harmonisierten europäischen Datenschutzwertungen insbesondere nach der verabschiedeten, in den Mitgliedstaaten ab Mai 2018 unmittelbar geltenden Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), aber auch nach der noch geltenden Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, die im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung innerhalb von § 19 Abs. 1 GWB unmittelbar Anwendung finden kann.