Facebook gegen Bundeskartellamt: Ergebnisse des Verhandlungstermins

24.03.2021 Pressemitteilung Nr. 9/2021

Der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat heute unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Jürgen Kühnen über die Beschwerden von Facebook gegen die Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts vom 6. Februar 2019 (B6 – 22/16) verhandelt (vgl. die ankündigende Pressemitteilung).

Das Amt hatte der irischen Facebook-Gesellschaft, welche die für kartellrechtswidrig erachtete Datenerhebung und Datenverwendung vornimmt, ferner deren deutschen Schwestergesellschaft, zudem der amerikanischen Muttergesellschaft des Facebook-Konzern sowie schließlich allen mit den drei genannten Gesellschaften "verbundenen Unternehmen" untersagt, nutzer- und gerätebezogene Daten der Facebook-Nutzer, die bei der gleichzeitigen Nutzung von WhatsApp, Instagram und Oculus erhoben und gespeichert werden, mit den Facebook-Daten zu verknüpfen und zu verwenden, ferner die geräte- und nutzerbezogenen Daten, die bei dem Besuch dritter Webseiten oder der Nutzung mobiler Apps dritter Anbieter generiert werden (Facebook Business Tools), zu verknüpfen und zu verwenden, sofern der Facebook-Nutzer in diese Datenerhebung und Datenverwendung nicht zuvor nach den Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) eingewilligt hat.

Der Senat hat in der Verhandlung im Einzelnen zur Sach- und Rechtslage Stellung genommen.

1.

Hinsichtlich der Erwägungen, mit denen das Amt seine Entscheidung in der angefochtenen Verfügung begründet hatte, ist der Senat zu dem Ergebnis gelangt, dass über die Facebook-Beschwerden erst nach Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) entschieden werden kann. Die Frage, ob Facebook seine marktbeherrschende Stellung als Anbieter auf dem bundesdeutschen Markt für soziale Netzwerke deshalb missbräuchlich ausnutzt, weil es die Daten seiner Nutzer unter Verstoß gegen die DSGVO erhebt und verwendet, kann ohne Anrufung des EuGH nicht entschieden werden. Denn zur Auslegung europäischen Rechts ist der EuGH berufen. Der Senat folgt mit einer Vorlage der Anregung, die das Bundeskartellamt selbst im Eilverfahren gegen die angefochtene Amtsentscheidung geäußert hatte.

2.

Zu den Ausführungen, mit denen der Bundesgerichtshof im Eilverfahren das einstweilige Rechtsschutzbegehren von Facebook zurückgewiesen hatte und auf welche sich das Amt im Beschwerdeverfahren ergänzend stützt, hat der Senat auf mehrere rechtliche Gesichtspunkte hingewiesen.

Der Bundesgerichtshof hatte angenommen, dass sich die Amtsverfügung aus dem Gesichtspunkt der aufgedrängten Leistungserweiterung rechtfertige. Facebook sei vorzuwerfen, dass die Nutzer ihres sozialen Netzwerks keine Wahlmöglichkeit zwischen einer Nutzung des Netzwerks nur aufgrund ihrer dem Netzwerk Facebook.com selbst überlassenen Daten (kleine Datenmenge) und einer Nutzung des Netzwerks auch aufgrund ihrer außerhalb des Netzwerks, d.h. u.a. bei WhatsApp, Instagram und Oculus sowie auf dritten Webseiten und Apps hinterlassenen Daten (große Datenmenge) eingeräumt werde. Dadurch, so der Bundesgerichtshof, werde den Facebook-Nutzern eine Leistungserweiterung aufgezwungen.

Der Senat hat ausgeführt, dass ein Kartellgericht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht befugt ist, die Begründung der Amtsverfügung in einem Umfang auszuwechseln, dass sich das Wesen der kartellbehördlichen Entscheidung ändert, und dass unter Berücksichtigung der dazu bislang ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts vieles dafür spricht, dass es sich bei dem Vorwurf der aufgedrängten Leistungserweiterung um einen gänzlich anderen, wesensverschiedenen Kartellverstoß handelt.

Der Senat hat ferner die Frage aufgeworfen, ob der Kartellverstoß einer fehlenden Wahlmöglichkeit des Facebook-Nutzers überhaupt vom Verbotsausspruch des Amtes umfasst wird. Er hat in diesem Zusammenhang ferner darauf verwiesen, dass sich eine "aufgedrängte" Leistungserweiterung möglicherweise auch dadurch verhindern lässt, dass der Facebook-Nutzer in die streitbefangene Datenerhebung und Datenverwendung "eingewilligt" haben muss. Daneben kommen weitere Möglichkeiten in Betracht, mit denen Facebook den in Rede stehenden Kartellverstoß abstellen kann. Facebook kann nicht nur sein soziales Netzwerk in Deutschland schließen, sondern – wie der Bundesgerichtshof meint – in seinen Nutzungsbedingungen auch eine Wahlmöglichkeit zwischen der Erhebung und Verwendung einer erlaubten kleinen Datenmenge und der unerlaubten großen Datenmenge einräumen. Die Auswahl unter diesen Abstellungsalternativen wird Facebook unter Verstoß gegen § 32 GWB womöglich genommen, wenn ihm

aufgegeben wird, einen kartellrechtmäßigen Zustand dadurch herzustellen, dass der Facebook-Nutzer vor einer Datenerhebung und Datenverwendung eingewilligt haben muss.

Darüber hinaus hat der Senat näher dargelegt, dass sich jedenfalls für einen Teil der streitbefangenen Nutzerdaten, nämlich insbesondere für diejenigen von Instagram und Oculus, keine tragfähigen Feststellungen zu den vom Bundesgerichtshof für relevant erachteten Fragen treffen lassen, ob den Facebook-Nutzern eine Leistung aufgedrängt werde, die sie möglicherweise nicht wollen und die im Wettbewerb nicht zu erwarten gewesen wäre, und ob durch diese Leistungserweiterung die Facebook-Konkurrenten im Wettbewerb behindert werden.

3.

Abschließend hat der Senat begründet, dass der Verbotsausspruch des Amtes fehlerhaft ist, soweit die verbundenen Unternehmen der drei verfahrensbeteiligten Facebook-Gesellschaften in die Pflicht genommen werden, und ferner auch, soweit das Amt die deutsche Schwestergesellschaft der datenerhebenden irischen Facebook-Gesellschaft und die amerikanische Muttergesellschaft des Facebook-Konzerns in Anspruch genommen hat. Den verbundenen Unternehmen ist vor Erlass der angefochtenen Amtsentscheidung schon kein rechtliches Gehör gewährt worden. Die Inanspruchnahme der deutschen Schwestergesellschaft ist fehlerhaft, weil diese keinen bestimmenden Einfluss auf ihr irisches Schwesterunternehmen besitzt und deshalb zur Abstellung des Kartellverstoßes nicht maßgeblich beitragen kann. Der Verfügungserlass gegen die Facebook-Muttergesellschaft ist rechtswidrig, weil sie im Ermessen des Amtes steht und das Amt keinerlei Ermessenserwägungen angestellt hat. Das Amt hat überdies keine Anhaltspunkte dafür festgestellt, dass die irische Facebook-Gesellschaft dem kartellbehördlichen Gebot keine Folge leisten wird und aus diesem Grund auch das Mutterunternehmen in die Pflicht genommen werden muss.

Der Senat hat am Ende der mündlichen Verhandlung zur Auslegung von Bestimmungen der DSGVO einen Vorlagebeschluss an den EuGH seinem wesentlichen Inhalt nach verkündet. Der Beschluss wird in den nächsten Wochen schriftlich abgesetzt und den Verfahrensbeteiligten zugestellt werden.

Düsseldorf, 24. März 2021

Dr. Michael Börsch

Pressedezernent
Cecilienallee 3
40474 Düsseldorf
Telefon: 0211 4971-411
Fax: 0211 4971-641
E-Mail: Pressestelle@olg-duesseldorf.nrw.de

© Der Präsident des Oberlandesgerichts Düsseldorf, 2021