

Kartell- oder Datenschutzrecht: BKartA untersagt Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten

Lesedauer: 11 Minuten

Das *Bundeskartellamt* (*BKartA*) hat am 7.2.2019 in einer Entscheidung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens *Facebook* die weitere Nutzung seiner Nutzungsbedingungen in der aktuellen Fassung untersagt. Nach der Einschätzung der Wettbewerbsbehörde sind die Vertragskonditionen im Verhältnis zu Facebook-Nutzern (Verbrauchern) weder datenschutzrechtlich zulässig noch wettbewerbsrechtlich angemessen und stellen insbesondere im Hinblick auf den Umfang der Datenverarbeitung und -zusammenführung einen Missbrauch der Marktmacht des Unternehmens dar. Der Medienkonzern darf künftig Nutzerdaten seiner verschiedenen Tochterunternehmen und Nebendienste sowie von Dritt-Websites nur noch dann zusammenführen, wenn dazu eine ausdrückliche und freiwillige Einwilligung des Nutzers vorliegt.



Professor Dr. Thomas Hoeren

Der einwilligungslosen Sammlung und vor allem Kombination dieser Daten hat das *BKartA* nun einen Riegel vorgeschoben. Die Zusammenführung der auf Facebook selbst gesammelten Daten sowohl mit Daten, die auf den konzerneigenen Websites und Apps gesammelt werden, als auch mit solchen von Dritt-Websites bedarf nach der Entscheidung des *BKartA* nun einer ausdrücklichen und vor allem freiwilligen Einwilligung des betroffenen Nutzers. Das Kriterium der Freiwilligkeit setzt dabei nach Auffassung der *Behörde* zwingend voraus, dass die Nutzung der Facebook-Dienste nicht von der Erteilung der Einwilligung abhängig gemacht werden darf – eine Nutzung von Facebook also auch dann möglich sein muss, wenn die Einwilligung zur Datenzusammenführung nicht erteilt wird. *Facebook* wird folglich dazu verpflichtet, sein Geschäftsmodell dahingehend abzuändern, dass die Datenverarbeitung konzernintern getrennt wird, wenn keine Nutzereinwilligung vorliegt – eine Art konzerninterne Entflechtung des Datenverarbeitungsprozesses. Hinsichtlich der Verfolgung von Nutzerverhalten im Internet außerhalb von Facebook-Diensten ist darüber hinaus bereits die Sammlung von Nutzerdaten laut der Entscheidung des *BKartA* nur mit freiwilliger Einwilligung möglich. Während nach der Entscheidung also zwar die Sammlung von Daten durch *Facebook* und seine Dienste zulässig ist und *Facebook* auch die Nutzung der Dienste weiterhin davon abhängig machen darf, dass die Daten, die bei ihrer

Nutzung anfallen, verarbeitet werden, wird das Unternehmen zur Anpassung seiner Nutzungs- und Datenverarbeitungskonditionen im Hinblick auf die Zusammenfüh-

138 ▲▼

Kartell- oder Datenschutzrecht: BKartA untersagt Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten (MMR 2019, 137)

zung von Daten zwischen den verschiedenen Diensten sowie hinsichtlich der Sammlung von Daten auf Drittseiten verpflichtet. Dafür hat das *BKartA Facebook* eine viermonatige Frist zur Vorlage entsprechender Lösungsmöglichkeiten gesetzt.

Gestützt hat das *BKartA* sowohl sein Tätigwerden als auch die konkrete Entscheidung auf die Marktmacht von *Facebook*. Auf Grund seiner gigantischen Nutzerzahlen und den besonders im Falle von sozialen Netzwerken stark ausgeprägten Netzwerk- und Lock-in-Effekten habe *Facebook* eine marktbeherrschende Stellung mit einem Nutzeranteil von über 90% unter den sozialen Netzwerken. Insbesondere verweist das *BKartA* in diesem Zusammenhang darauf, dass andere soziale Netzwerke, sofern sie nicht wie WhatsApp und Instagram ohnehin zu *Facebook* gehören, auf Grund des unterschiedlichen Leistungsspektrums und der mit der Nutzung verfolgten Intentionen insoweit nicht mit Facebook vergleichbar seien. Infolgedessen könne ein Substitutionswettbewerb nicht in angemessenem Umfang stattfinden, was z.B. an dem Fall des für Ende April 2019 angekündigten Ausscheidens von Google+ aus dem Markt ersichtlich sei. Zudem verfüge *Facebook* angesichts seiner Beliebtheit unter den Nutzern auch über Größenvorteile, die nach Ansicht des *BKartA* auf Grund von Skaleneffekten zu Kostenersparnissen und dadurch zu einem größeren strategischen Spielraum im Vergleich zu Wettbewerbern führen. Auch dies wirke sich auf die Marktmacht des Unternehmens aus. Die marktbeherrschende Stellung *Facebooks* und der Monopolisierungsprozess seiner Dienste haben mithin zur Folge, dass das Unternehmen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterliegt.

Einen Missbrauch der Marktmacht *Facebooks* sieht das *BKartA* vor allem in dem Umfang der Daten, die *Facebook* über seine Nutzer sammelt. Die Behörde bewertet das Geschäftsmodell als einen Fall des Ausbeutungsmissbrauchs, weil die Verbraucher als Facebook-Nutzer auf Grund der Datensammlung und -zusammenführung jegliche Kontrolle und Selbstbestimmung über die über sie erhobenen Daten verlören, was einen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstelle. Der Ausbeutungsaspekt wird hier insbesondere darauf gestützt, dass die Nutzer sich angesichts der Marktmacht *Facebooks* einer Datenzusammenführung nicht bzw. wenn überhaupt kaum entziehen könnten. Zudem stelle die Weitergabe persönlicher Daten an Dritte ein ernstzunehmendes Risiko für Verbraucher dar. Durch die Ausbeutung der Nutzer werden nach Einschätzung des *BKartAs* zugleich auch Wettbewerber behindert, sodass ein sog. Konditionenmissbrauch vorliege, nämlich zum Nachteil solcher Mitbewerber, die nicht die Möglichkeit hätten, vergleichbare Datensätze über die Nutzer anzusammeln – wobei diese Argumentation fragwürdig erscheint, soweit sie mit der marktbeherrschenden Stellung von *Facebook* mögliche datenschutzrechtliche Verstöße zu begründen versucht, gegen die eigentlich bereits die Datenschutzbehörden vorgehen müssten. Das *BKartA* stützt sich auf eine Rechtsprechung des *BGH*, nach der die Unangemessenheit von Konditionen auch anhand von Wertungen des Zivilrechts zu prüfen sei. Ausgehend davon stellt es einen Verstoß gegen Datenschutzrecht fest, da *Facebook* nach der DS-GVO keine wirksame Rechtfertigung für die Erhebung von Daten aus anderen konzerneigenen sowie drittbezogenen Diensten habe. Die Datenverarbeitung sei weder für die Vertragserfüllung erforderlich,

noch bestünde an ihr ein gegenüber den Nutzern überwiegendes Interesse *Facebooks*. Eine wirksame Einwilligung scheidet schon allein deshalb aus, weil der Nutzer nach dem aktuellen Geschäftsmodell vor die Wahl gestellt werde entweder in die Datenverarbeitung einzuwilligen oder die Dienste gar nicht mehr nutzen zu können, sodass es an der Freiwilligkeit der Einwilligung fehle. Allerdings könnte diese Einschätzung verkennen, dass die von *Facebook* vorgenommene Datenschutzhinweise als Pflichtinformationen gem. Art. 13, 14 DS-GVO aufzufassen sein könnten. Diese unterliegen keinem Zustimmungsvorbehalt. Es erscheint diskussionsbedürftig, ob derartige Pflichtinformationen in (datenschutzwidrige) zustimmungspflichtige Konditionen umgedeutet werden können, aus denen sich weiterhin wettbewerbsrechtliche Verstöße begründen lassen könnten.

I.Ü. ist fraglich, ob in die kartellrechtliche Prüfung eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung außerkartellrechtliche Normen, hier also die DS-GVO, wertungsmäßig einbezogen werden können. Einerseits würde dies die primäre Zuständigkeit von Datenschutzbehörden für die Feststellung und Ahndung von datenschutzrechtlichen Verstößen unterlaufen. Andererseits könnte sich aus den weitreichenden Netzwerkeffekten des digitalen Markts ein gesteigertes Bedürfnis ergeben, die Datenschutzvorgaben auch in kartellrechtliche Beurteilungen einfließen zu lassen.

Auf Grund der durch das *BKartA* festgestellten Gesetzesverstöße *Facebooks* sei also ein kartellrechtliches Einschreiten im Rahmen der Marktaufsicht erforderlich. Da die Datensammlung und -verarbeitung nicht allein in datenschutzrechtlicher Perspektive im Verhältnis zu den Nutzern relevant sei, sondern auch einen wesentlichen Faktor hinsichtlich der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens darstelle, hält das *BKartA* sich neben den Datenschutzbehörden für zuständig zur Verfolgung der Rechtsverstöße. Vielmehr seien die Datenschutzbehörden gar nicht in der Lage, die Datenverarbeitungskonditionen marktbeherrschender Unternehmen zu überprüfen, sodass es sich um eine originäre Aufgabe des *BKartA* handle. Allerdings ist dem *BKartA* möglicherweise der Vorwurf entgegenzuhalten, dass die Datenschutzbehörden mangels eines Verstoßes gegen die DS-GVO lediglich keinen Anlass zum Einschreiten gesehen haben. Dann aber entfielen auch die Rechtfertigung für das Einschreiten des *BKartA*, weil es die seines Erachtens kartellrechtswidrige Datensammlung durch *Facebook* auf die Annahme stützt, dass ein datenschutzrechtlicher Verstoß gegen Vorschriften der DS-GVO vorliege.

Die *Facebook* auferlegte Pflicht, seine Nutzungsbedingungen zu ändern sowie einen technischen Implementierungsplan zur Umsetzung der konzerninternen Datenverarbeitungsentflechtung vorzulegen, will das *BKartA* notfalls im Wege von Zwangsgeldern durchsetzen. *Facebook* verbleibt jedoch die Möglichkeit der Einlegung einer Beschwerde zum *OLG Düsseldorf* innerhalb einer Frist von einem Monat, sodass abzuwarten bleibt, ob die Auffassungen des *BKartA* auch weiterhin Bestand haben werden. Das *BKartA* wagt sich hier auf ein schwieriges und neues Terrain. Das *BKartA* rügt datenschutzrechtlich Verstöße und nimmt damit in Kauf, in Konkurrenz zu den Datenschutzaufsichtsbehörden zu treten. Allerdings waren Letztere in der Vergangenheit gegenüber *Facebook* oft sehr nachsichtig und zurückhaltend. Der Konflikt zwischen dem *BKartA* und der Datenschutzaufsicht muss aber von der Kompetenz her in nächster Zeit zwingend entschieden werden, gerade um eine Überregulierung der Digitalwirtschaft zu vermeiden. I.E. hat das *BKartA* jedenfalls recht: die Verbindung von drei Diensten und ihren Daten durch *Facebook* ist so ohne ausdrückliche Einwilligung nach der neuen DS-GVO strikt untersagt. Daran ändert sich nichts durch die Tatsache, dass *Facebook* formal in den USA seinen Sitz hat. Denn das neue Datenschutzrecht gilt auch für amerikanische Anbieter, die auf dem europäischen Datenmarkt aktiv sind. Zu klären ist aber noch, wie man europäisches Datenschutzrecht de facto in

den USA gegenüber einem amerikanischen Großkonzern durchsetzen will. Dies dürfte umso schwieriger sein, wenn eine nationale Kartellbehörde hier einen Alleingang vornimmt.