

VI-Kart 1/19 (V) - BGH bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook

Facebook [verwendet](#) Nutzungsbedingungen, die auch die [Verarbeitung](#) und Verwendung von Nutzerdaten vorsehen, die bei einer von der *Facebook*-Plattform unabhängigen Internetnutzung erfasst werden. Das Bundeskartellamt hat Facebook untersagt, solche [Daten](#) ohne weitere [Einwilligung](#) der privaten Nutzer zu verarbeiten. Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat heute entschieden, dass dieses Verbot vom Bundeskartellamt durchgesetzt werden darf.

Sachverhalt:

Die in Irland ansässige Facebook Ireland Limited (im Folgenden: Facebook) betreibt in Europa das soziale Netzwerk *Facebook*, mit dem privaten Nutzern eine Kommunikationsplattform im Internet zur [Verfügung](#) gestellt wird. Weitere Tochtergesellschaften des Facebook-Konzerns bieten weitere Internetdienste wie insbesondere *Instagram*, *WhatsApp*, *Masquerade* und *Oculus* an.

Private Nutzer zahlen kein Entgelt für die Nutzung des sozialen Netzwerks. Ihre [Teilnahme](#) am Netzwerk setzt aber voraus, dass sie bei der Registrierung den *Facebook*-Nutzungsbedingungen zustimmen. Diese sehen vor, dass Facebook jedem Nutzer ein personalisiertes Erlebnis bereitstellt. Dafür werden [personenbezogene Daten](#) des Nutzers [verwendet](#), die Facebook aus der Nutzung anderer konzerneigener Dienste wie *Instagram* sowie aus sonstigen Internetaktivitäten des Nutzers außerhalb von facebook.com zur [Verfügung](#) stehen. Die Nutzungsbedingungen nehmen auf eine Datenrichtlinie Bezug, in der die Erhebung und Nutzung [personenbezogener Daten](#) näher erläutert wird.

Das Netzwerk wird durch Online-[Werbung](#) finanziert. Hierzu kann zum einen [Werbung](#) auf *Facebook*-Seiten platziert werden. Mit verschiedenen von Facebook bereitgestellten Programmierschnittstellen ("Facebook Business Tools") können [Unternehmen](#) zum anderen eigene Internetseiten oder Anwendungen für Mobilgeräte (Apps) in vielfältiger Form mit *Facebook*-Seiten [verbinden](#). So können *Facebook*-Nutzer über Plugins ihr Interesse an diesen Seiten oder bestimmten Inhalten bekunden ("Gefällt-mir-Button" oder "Teilen-Button") oder Kommentare abgeben und sich über ein "Facebook-Login" auf Interseiten Dritter mit ihren bei *Facebook* registrierten Nutzerdaten einwählen. Über von Facebook angebotene Mess- und Analysefunktionen und -programme kann der Erfolg der [Werbung](#) eines Unternehmens gemessen und analysiert werden. Dabei wird nicht nur das Verhalten der privaten Nutzer auf *Facebook*-Seiten erfasst, sondern über entsprechende Schnittstellen (Facebook Pixel) auch der Aufruf von Drittseiten, ohne dass der Nutzer hierfür aktiv werden muss. Über die analytischen und statistischen Funktionen von "Facebook Analytics" erhalten [Unternehmen](#) aggregierte [Daten](#) darüber, wie *Facebook*-Nutzer über verschiedene Geräte, Plattformen und Internetseiten hinweg mit den von ihnen angebotenen Diensten interagieren.

bisheriger Verfahrensverlauf:

Das Bundeskartellamt sieht in der Verwendung der Nutzungsbedingungen einen Verstoß gegen das Verbot nach § 19 Abs. 1 [GWB](#), eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich auszunutzen. Facebook sei auf dem nationalen Markt der Bereitstellung sozialer Netzwerke marktbeherrschend. Es missbrauche diese

Stellung, indem es entgegen den Vorschriften der [Datenschutz-Grundverordnung \(DSGVO\)](#) die private Nutzung des Netzwerks von seiner Befugnis abhängig mache, ohne weitere [Einwilligung](#) der Nutzer außerhalb von facebook.com generierte nutzer- und nutzergerätebezogene [Daten](#) mit den [personenbezogenen Daten](#) zu verknüpfen, die aus der *Facebook*-Nutzung selbst entstehen. Mit Beschluss vom 6. Februar 2019 hat das Bundeskartellamt Facebook und weiteren Konzerngesellschaften untersagt, entsprechende Nutzungsbedingungen zu verwenden und [personenbezogene Daten](#) entsprechend zu verarbeiten.

Das OLG Düsseldorf hat über die dagegen eingelegte Beschwerde noch nicht entschieden. Es hat aber auf Antrag von Facebook nach § 65 Abs. 3 [GWB](#) wegen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit der [Verfügung](#) die aufschiebende Wirkung der Beschwerde angeordnet. Eine solche Anordnung hat zur Folge, dass die [Verfügung](#) des Bundeskartellamts nicht vollzogen werden darf, bis über die Beschwerde entschieden ist.

Entscheidung des Bundesgerichtshofs:

Der Kartellsenat hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf aufgehoben und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abgelehnt.

Es bestehen weder ernsthafte Zweifel an der marktbeherrschenden Stellung von Facebook auf dem deutschen Markt für [soziale Netzwerke](#) noch daran, dass Facebook diese marktbeherrschende Stellung mit den vom Kartellamt untersagten Nutzungsbedingungen missbräuchlich ausnutzt.

Maßgeblich hierfür ist nicht die vom Kartellamt in der angefochtenen [Verfügung](#) in den Vordergrund gerückte Frage, ob die [Verarbeitung](#) und Nutzung von [personenbezogenen Daten](#) der Facebook-Nutzer, die aus deren Nutzung des Internets außerhalb von facebook.com und unabhängig von einem *Facebook*-Login entstehen, mit den Vorschriften der [Datenschutz-Grundverordnung](#) in Einklang steht.

Entscheidend ist vielmehr, dass Nutzungsbedingungen missbräuchlich sind, die den privaten Facebook-Nutzern keine Wahlmöglichkeit lassen,

- ob sie das Netzwerk mit einer intensiveren Personalisierung des Nutzungserlebnisses verwenden [wollen](#), die mit einem potentiell unbeschränkten Zugriff auf Charakteristika auch ihrer "Off-Facebook"-Internetnutzung durch Facebook verbunden ist, oder

- ob sie sich nur mit einer Personalisierung einverstanden erklären [wollen](#), die auf den [Daten](#) beruht, die sie auf facebook.com selbst preisgeben.

Das Missbrauchsurteil – das nach gefestigter Rechtsprechung sowohl die Feststellung nachteiliger Wirkungen auf den [betroffenen](#) Märkten voraussetzt als auch eine Abwägung aller beteiligten Interessen erfordert, die sich an der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Funktion des [GWB](#) orientiert – beruht

dabei im Wesentlichen auf folgenden Überlegungen:

Facebook ist als Betreiber eines sozialen Netzwerks auf zwei Märkten tätig. Es bietet zum einen privaten Nutzern die Plattform als Medium zur Darstellung der [Person](#) des Nutzers in ihren sozialen Beziehungen und zur Kommunikation an. Es ermöglicht zum anderen [Unternehmen Werbung](#) im Netzwerk und finanziert damit auch die Nutzerplattform, für deren Nutzung die Nutzer kein (monetäres) Entgelt zahlen. Indem Facebook seinen Nutzern personalisierte Erlebnisse und damit über die bloße Plattformfunktion hinaus Kommunikationsinhalte bereitzustellen verspricht, ergeben sich allerdings fließende Übergänge und Verschränkungen zwischen [Leistungen](#) gegenüber den Nutzern und der Refinanzierung der Plattformbereitstellung durch unterschiedliche Formen der Online-[Werbung](#).

Als marktbeherrschender Netzwerkbetreiber trägt Facebook eine besondere Verantwortung für die Aufrechterhaltung des noch bestehenden Wettbewerbs auf dem Markt sozialer Netzwerke. Dabei ist auch die hohe Bedeutung zu berücksichtigen, die dem Zugriff auf [Daten](#) aus ökonomischer Perspektive zukommt.

Die fehlende Wahlmöglichkeit der *Facebook*-Nutzer beeinträchtigt nicht nur ihre persönliche Autonomie und die Wahrung ihres – auch durch die [DSGVO](#) geschützten – Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Vor dem Hintergrund der hohen Wechselhürden, die für die Nutzer des Netzwerks bestehen ("Lock-in-Effekte"), stellt sie vielmehr auch eine kartellrechtlich relevante Ausbeutung der Nutzer dar, weil der [Wettbewerb](#) wegen der marktbeherrschenden Stellung von Facebook seine Kontrollfunktion nicht mehr wirksam ausüben kann. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts wünschen erhebliche Teile der privaten *Facebook*-Nutzer einen geringeren Umfang der Preisgabe persönlicher [Daten](#). Bei funktionierendem [Wettbewerb](#) auf dem Markt sozialer Netzwerke wäre ein entsprechendes Angebot zu erwarten. Hierauf könnten Nutzer ausweichen, für die der Umfang der Datenpreisgabe ein wesentliches Entscheidungskriterium wäre.

Die so ausgestalteten Nutzungsbedingungen sind auch geeignet, den [Wettbewerb](#) zu behindern. Zwar ist die Marktstellung von Facebook in erster Linie durch direkte Netzwerkeffekte geprägt, da der Nutzen des Netzwerks für die privaten Nutzer wie für die werbetreibenden [Unternehmen](#) mit der Gesamtzahl der dem Netzwerk angeschlossenen [Personen](#) steigt. Die Marktposition von Facebook kann auch nur dann erfolgreich angegriffen werden, wenn es einem Konkurrenten gelingt, in überschaubarer Zeit eine für die Attraktivität des Netzes ausreichende Zahl von Nutzern zu gewinnen. Jedoch handelt es sich bei dem Zugang zu [Daten](#) nicht nur auf dem Werbemarkt um einen wesentlichen [Wettbewerbsparameter](#), sondern auch auf dem Markt sozialer Netzwerke. Der Zugang von Facebook zu einer erheblich größeren Datenbasis verstärkt die ohnehin schon ausgeprägten "Lock-in-Effekte" weiter. Außerdem verbessert diese größere Datenbasis die Möglichkeiten der Finanzierung des sozialen Netzwerks mit den Erlösen aus Werbeverträgen, die ebenfalls von Umfang und Qualität der zur [Verfügung](#) stehenden [Daten](#) abhängen. Wegen der negativen Auswirkungen auf den [Wettbewerb](#) um Werbeverträge lässt sich schließlich auch eine Beeinträchtigung des Marktes für Online-[Werbung](#) nicht ausschließen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts bedarf es insoweit keiner Feststellung, dass es einen eigenständigen Markt für Online-[Werbung](#) für soziale Medien gibt und Facebook auch auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Beeinträchtigung muss nicht auf dem beherrschten Markt eintreten, sondern kann auch auf einem nicht beherrschten Drittmarkt eintreten.

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf - Beschluss vom 26. August 2019 – VI-Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333

Die maßgeblichen Vorschriften lauten:

Relevante Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ([GWB](#)):

§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden [Unternehmen](#)

(1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere [Unternehmen](#) ist verboten.

...

§ 65 Anordnung der sofortigen Vollziehung

...

(3) Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen, wenn

1. die Voraussetzungen für die Anordnung nach Absatz 1 nicht vorgelegen haben oder nicht mehr vorliegen oder

2. ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen [Verfügung](#) bestehen oder

3. die Vollziehung für den [Betroffenen](#) eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

In den Fällen, in denen die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat, kann die Kartellbehörde die Vollziehung aussetzen; die Aussetzung soll erfolgen, wenn die Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 3 vorliegen. Das Beschwerdegericht kann auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen, wenn die Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 2 oder 3 vorliegen.