

# RAUE

---

## Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts

---

Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht, 25.06.2019

Dr. Michael Bergmann, Berlin

## Gliederung

- Über Facebook
  - Produktportfolio, Geschäftsmodell
  - Datenverarbeitung
- Entscheidung des Bundeskartellamts
  - Abgrenzung eines Marktes für soziale Netzwerke für private Nutzer
  - Marktbeherrschung durch Facebook
  - Missbrauch durch Geschäftsbedingungen für den Umgang mit Nutzerdaten
  - Untersagungs- und Aufлагengegenstand
- Spannungsfelder

---

# Über Facebook

---

Produkte, Geschäftsmodell  
und Datenverarbeitung

## Facebook-Produktportfolio



### Facebook.com

Soziales Netzwerk für Privatpersonen und Inthalteanbieter („Publisher“)



### WhatsApp

Kommunikationsdienst für Text, Photo, Video, Audio, Standort, Dokumente, Kontakte



### Instagram

Netzwerk zum Teilen von Photos und Videos



### Masquerade

Filter/Masken zum Bearbeiten und Teilen von Photos/Videos



### Oculus

Virtual Reality-Brillen, autonom und als PC-Zubehör; Content-Plattform



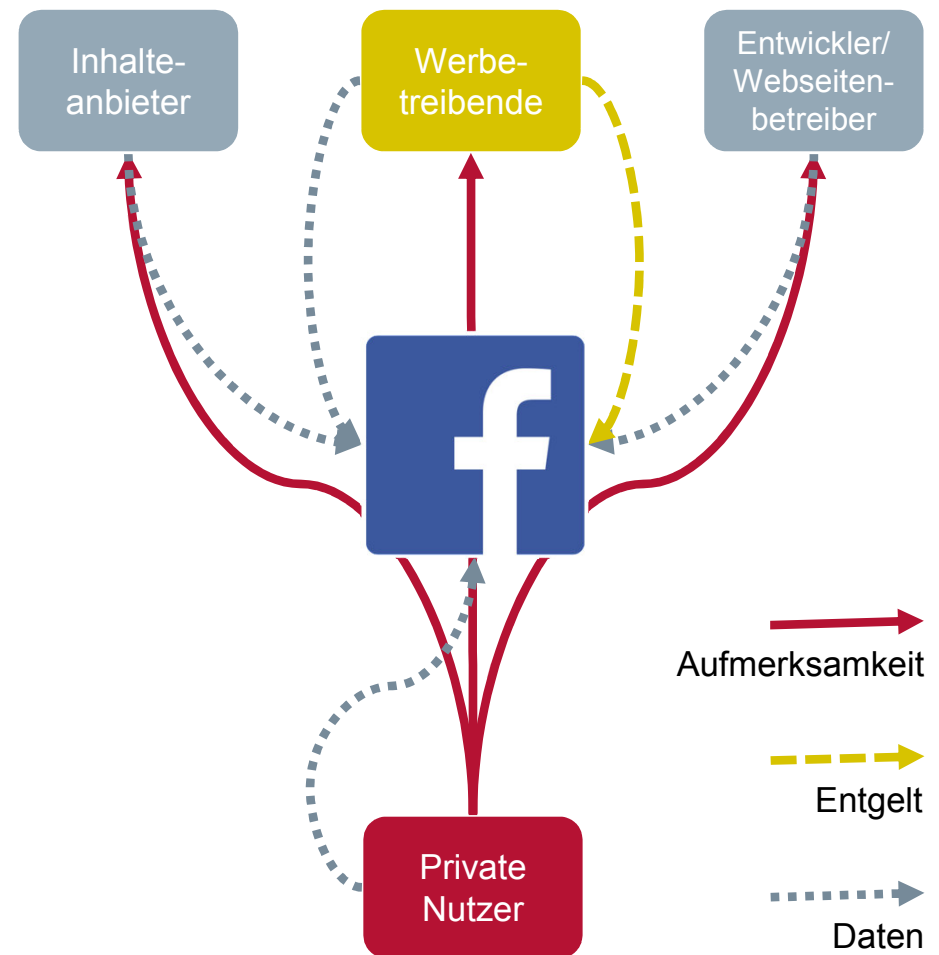
### Facebook Business Tools

Werkzeuge und Programmierschnittstellen für Webseiten und Apps Dritter („Partner“), u.a.

- Soziale Plugins,
- *Facebook Login*,
- *Account Kit*,
- *Facebook Pixel*,
- *Facebook SDK*.

## Geschäftsmodell

- Durch zielgerichtete Werbung finanziertes Netzwerk.
- Kombinierte Intermediärsfunktion:
  - Netzwerk für Interaktion zwischen Nutzern derselben Nutzergruppe (Plattformmarkt);
  - mehrseitiger Markt für direkte Interaktion zwischen Werbetreibenden und privaten Nutzern (§ 18 Abs. 3a GWB);
  - Reichweite, Aufmerksamkeit der Nutzer und die gesammelten Daten werden dienststimmante Werbeflächen auf.
- Erweiterung um weitere Marktseiten:
  - Inhalteanbieter erhalten Zugang zu Nutzern;
  - Entwickler von Apps und Webseiten können Facebook-Produkte integrieren (Facebook Login und soziale Plugins); dadurch erhält Facebook Zugriff auf Daten über die Nutzung von Drittprodukten.



## Geschäftsbedingungen für den Umgang mit Nutzerdaten

### Facebook sammelt...

- Datenerfassung über alle Facebook-Unternehmen und -Produkte hinweg (einschließlich Drittwebseiten über Facebook Business Tools und Dritt-Apps über diverse SDK).
- Einsatz von Cookies, im Browser oder auf dem Endgerät gespeicherter Daten, der mit dem Endgerät verknüpften Kennung sowie sonstiger Software, die bei Verwendung von Produkten von Facebook, verbundener Unternehmen und Dritter Informationen speichern.

### ... und verwendet Daten.

- Verwendung von nutzer- und gerätebezogenen Daten
  - für die Bereitstellung, Personalisierung und Verbesserung der Dienste über alle Produkte hinweg; Verbindung aller Daten für ein individuelleres und einheitlicheres Erlebnis unter individueller Facebook ID;
  - um Werbetreibenden/Partnern zu helfen, die Effizienz von Werbeaktivitäten/Diensten zu messen, und Aufschluss über Nutzung und Nutzergruppen zu geben;
  - für die Förderung von Schutz, Integrität und Sicherheit, für die Kommunikation mit den Nutzern sowie für Forschung, Innovation und soziale Zwecke.

## Zusammenführung der Nutzerdaten aus allen Quellen

- Aus der Registrierung und Nutzung des Dienstes **Facebook**:
  - Vom Nutzer bereitgestellte Informationen (Klarnamen, Geburtstag, Geschlecht, Mobilnummer, E-Mail-Adresse; Beziehungsstatus, Wohnort, Ausbildung, Beruf, Arbeitgeber, Interessen, Hobbies);
  - Aktivitäten auf Facebook (Posts, Teilen, Like-Button, Kontaktpflege);
  - Geräte- und Standortinformationen, IP-Adressen; Gesichtserkennungstechnologie.
- Informationen über **verbundene Dienste** (WhatsApp, Instagram).
- Informationen von Facebook-Partnern (Inhalteanbieter, Entwickler, Website-Betreiber, Werbekunden):
  - Über Facebook Login und soziale Plugins: Nutzeraktivitäten auf Drittwebseiten; besuchte Webseite (URL); Darstellung von Werbeanzeigen;
  - Über Mess- und Analysetools (Facebook Pixel): IP-Adresse, Browsertyp, besuchte Webseiten und Zeitpunkt/-raum des Besuchs.
- Informationen von **Werbekunden** (als „Custom Audience“ übermittelte Kundendaten).
- Nutzungsdaten werden den Facebook-Profilen zugeordnet über
  - die in Cookies implementierte Nutzer-ID, Browser-Kennung und Zeitstempel;
  - bei Nutzung mobiler Geräte über Werbe-ID, Facebook App-ID und Metadaten.

---

# Die Entscheidung

---



## Marktabgrenzung

### 1. Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer

#### a) Sachlich relevanter Markt:

- Spezifischer Bedarf für soziale Netzwerke: Finden und Vernetzen mit bereits bekannten Personen, Austausch in vom Nutzer definierten identitätsbasierten Kontaktkreisen.
- Kernfunktionen: Registrierung, Profil, Kontaktliste, Friendfinding, Newsfeed, Kommunikation.
- Teilmarkt, „Wettbewerbsumfeld Soziale Medien“:
  - Alle Medien, die Internetnutzer verwenden, um zu kommunizieren – interaktiv, in Gemeinschaft mit anderen, multimedial;
  - für deutsche Nutzer verdichtet auf Facebook.com, Facebook Messenger, Instagram, WhatsApp, Apple Fotos, FaceTime, Flickr, Google+, Google Hangouts, iMessage, Indeed, Jappy, Line, LinkedIn, MySpace, Odnoklassniki, Pinterest, Reddit, Skype, Snapchat, Stayfriends, Stepstone, StudiVZ, Telegram, Threema, Tumblr, Twitter, Viber, Vimeo, WeChat, WizeLife, Xing, Yelp, Youtube.
- Abzugrenzen insbesondere von
  - Berufsnetzwerken (LinkedIn, Xing),
  - Jobbörsen (Indeed, Stepstone) und
  - Messaging-Diensten (Snapchat, WhatsApp, Telegram, Threema, Skype).
- Keine einheitliche Marktgegenseite bei Aufmerksamkeitsplattformen; kein „Markt für Zeit“/Aufmerksamkeit.
- Unentgeltlichkeit steht der Annahme eines Marktes nicht entgegen (§ 18 Abs. 2a GWB).

## Marktabgrenzung

### 1. Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer (Fortsetzung)

b) Räumlich relevanter Markt ist national, da

- tatsächliche Nutzung überwiegend auf in Deutschland ansässige Nutzer beschränkt;
- besonders an das Land angepasste Dienste angeboten werden (Domain, Sprache);
- identitätsbasierte direkte Netzwerkeffekte Marktzutritten aus dem Ausland entgegenstehen.

### 2. Markt für suchungebundene Online-Werbung

a) Sachlich relevanter Markt:

- Teilmarkt des Online-Werbemarktes (Bestätigung bisheriger Entscheidungspraxis).
- Abgrenzung zwischen suchgebundener und suchungebundener Online-Werbung:
  - Suchgebundene Online-Werbung setzt später im Kaufprozess an, ist besser messbar und für Käufer relevanter; besonders für Pull-Marketing geeignet;
  - aus Sicht der Webbetreibenden nicht austauschbar; keine Budgetverschiebungen bei Preiserhöhungen.
- Weitere Abgrenzung eines Teilmarkts für suchungebundene Werbung in sozialen Netzwerken offengelassen.

b) Räumlich relevanter Markt ist national.

### 3. Märkte für soziale Plugins, zentrale Logins und Mess- und Analysedienste

## Marktbeherrschung

- Wettbewerblich unkontrollierter Verhaltensspielraum besteht – ungeachtet der Preissetzung („kostenlose“ Dienste) – hinsichtlich der **Konditionen der Datenverarbeitung**.
- Marktmacht vorrangig bemessen in Nutzeranteilen nach aktiver täglicher Nutzung der Jahre 2012 bis 2018 (>**95%** in Q1'18, seit 2012 >**90%** und kontinuierlich steigend);
  - alternativ: **82-87%** der mindestens monatlich Nutzenden; **52-57%** der registrierten Nutzer (Q1'18);
  - Wettbewerber sind StudiVZ (**0-5%** aktiver Nutzungsanteil; fallender Registrierungsanteil, zuletzt **0-5%**) und Jappy (bei jeder Betrachtung **0-5%**); (niedrige) Marktanteile von Stayfriends, Wizelife und Google+ sind gleichwohl berücksichtigt;
  - Substitutionswettbewerb durch Twitter und Snapchat besteht hinsichtlich Überschneidungen in Teilbereichen nur einseitig, hinsichtlich YouTube kaum; bei Einbezug hat Facebook – dann gemeinsam mit WhatsApp und Instagram – in Q1'18 einen Anteil täglich aktiver Nutzer von **70-100%**; ohne WhatsApp **50-70%**.
- Marktmachtfaktoren nach § 18 Abs. 3a GWB sprechen für Tipping-Markt:
  - Nachhaltig positive direkte Netzwerkeffekte, verstärkt durch indirekte Netzwerkeffekte;
  - fehlendes Multi-Homing (kann Monopolisierung nur im Fall paralleler Nutzung von Diensten im selben Markt entgegenwirken) und Lock-in-Effekt (keine neutralisierende Kompatibilität/Portabilität, hoher Bindungsgrad durch identitätsbasierte Netzwerkeffekte);
  - Weitere Faktoren: Größenvorteile, Zugang zu wettbewerblich erheblichen Daten, begrenzter innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

## Missbräuchliches Verhalten

- Gegenstand ist die Erhebung/Speicherung von Daten aus der Nutzung von Diensten verbundener Unternehmen sowie der über die Facebook Business Tools erlangten Daten und deren Verknüpfung mit der Facebook ID ohne Einwilligung.
- Rechtsgrundlage ist **§ 19 Abs. 1 GWB**; Generalklausel erfasst auch einen qualitativen Konditionenmissbrauch, bemessen an Wertungen der DSGVO.
  - Grundrechtsschutz durch Missbrauchsaufsicht, wenn ein Vertragspartner Konditionen faktisch einseitig vorgeben kann als Ausfluss von Marktmacht oder großer Marktüberlegenheit (Fremdbestimmtheit im Sinne der BGH-Rechtsprechung *VBL-Gegenwert I/II, Pechstein*).
  - Datenverarbeitungsbestimmungen stehen Geschäftsbedingungen gleich.
  - Wertungen der DSGVO können als Angemessenheitskonzept herangezogen werden, da sie die Angemessenheit von Konditionen in ungleichgewichtigen Verhandlungssituationen regeln.
  - DSGVO nicht speziell gegenüber Kartellrecht; § 19 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 GWB ist nicht speziell gegenüber Generalklausel.
  - Auf Artikel 102 AEUV nicht (zusätzlich) gestützt vor dem Hintergrund des hohen Schutzniveaus.
- Interessenabwägung entbehrlich
  - im Fall eines festgestellten Rechtsverstoßes, zumal bei bereits vorgenommener Interessenabwägung; *hilfsweise*
  - deckungsgleiches Ergebnis wegen Gleichlauf der datenschutz- und kartellrechtlichen Marktmachtprüfung.

## Ausgleich des Verhandlungsungleichgewichts nach DSGVO

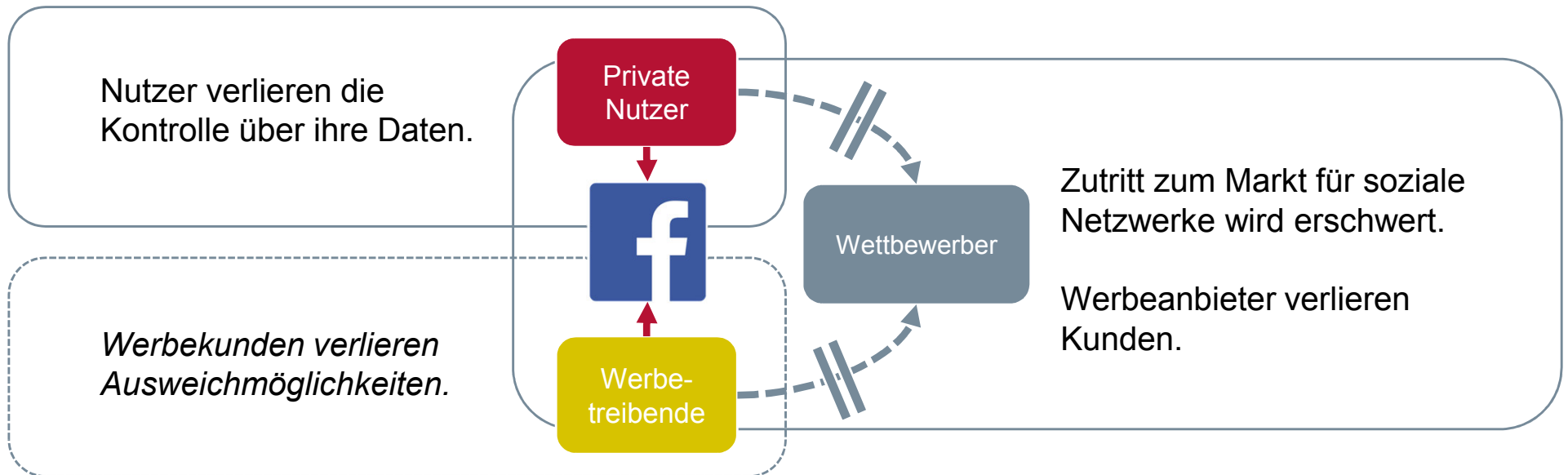
- Facebook verarbeitet personenbezogene Daten (Art. 4 Nr. 1 und 2, 9 Abs. 1 DSGVO).
  - Kein kartellrechtliches Konzernprivileg für die Datenverarbeitung (Art. 4 Nr. 7 DSGVO);
  - keine Auftragsverarbeitung durch Facebook, da Facebook nicht den Weisungen der Verwender der Facebook Business Tools unterworfen ist.
- Keine Rechtfertigung für die vertraglich vereinbarte Datenverarbeitung:
  - Zustimmung bei Vertragsschluss ist **keine Einwilligung** (Art. 6 Abs. 1a, 9 Abs. 2a DSGVO), da als Ausfluss der Marktmacht von Facebook nicht „freiwillig“ und daher nicht zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 4 DSGVO);
 

*„Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“*

Opt-out unterbindet nur die Anzeige personalisierter Werbung, Verzicht auf die Sperrung von Cookies und der Übermittlung der Werbe-ID ist keine inzidente Einwilligung.
  - Verarbeitung und Erfassung von Daten außerhalb des Facebook-Dienstes ist **nicht erforderlich zur Vertragserfüllung** (Art. 6 Abs. 1b, 9 Abs. 2b DSGVO), konkret zur Bereitstellung eines sozialen Netzwerks; gebotene enge Auslegung schließt im Fall eines klaren Ungleichgewichts einseitig gesetzte vertragliche Ausweitung aus.
  - **Keine überwiegenden Interessen** von Facebook und Dritten, d.h. Werbetreibenden, Partner oder der Nutzergemeinschaft (Art. 6 Abs. 1f DSGVO); Datenverarbeitung schon nicht zwingend notwendig („erforderlich“) zur Erreichung der (nicht hinreichend klar artikulierten) Ziele.

## Kausalität zwischen Marktstellung und DSGVO-Verstoß

- DSGVO-Verstoß ist Ausfluss der Marktmacht von Facebook, da
  - das Kräfteungleichgewicht **normativ-kausal** auf die Freiwilligkeit der Einwilligung, die einseitige Vorgabe der Vertragskonditionen und die Abwägung mit Nutzerinteressen im Rahmen der DSGVO-Wertung durchschlägt (vertikale Schadenstheorie);
  - Wettbewerber **ergebniskausal** behindert werden (horizontale Schadenstheorie).



## Tenor

1. Untersagung der **Verwendung von Vertragskonditionen**, die eine Nutzung des Dienstes *Facebook.com* abhängig machen von der umfassenden Einwilligung in
  - die Erfassung von nutzer- und gerätebezogenen Daten aus der Nutzung anderer Angebote sowohl verbundener Unternehmen als auch Dritter sowie
  - deren Verknüpfung mit Daten und
  - deren Verwendung u.a. für Werbezwecke.
2. Untersagung der **Umsetzung der bisherigen Nutzungsbedingungen**.
3. Verpflichtung,
  - a) innerhalb von 12 Monaten\* die Nutzungsbedingungen zu entfernen oder anzupassen (Ziff. 1) und deren Umsetzung einzustellen oder anzupassen (Ziff 2.);
  - b) innerhalb von 12 Monaten\* nach Eintritt der Vollziehbarkeit klarzustellen, dass Daten nicht ohne Einwilligung erfasst und mit Facebook ID verknüpft und verwendet werden;
  - c) innerhalb von vier Monaten einen Umsetzungsplan vorzulegen.
4. Keine **Einwilligung im Sinne von Ziff. 1-3**, wenn die Nutzung von Facebook.com von der Einwilligungserteilung abhängig gemacht wird.

\* Gehemmt und auf 14 Monate verlängert durch Beschwerde mit Antrag auf Anordnung aufschiebender Wirkung (Ziff. 5).

---

# Spannungsfelder

---



## Zuständigkeit des Bundeskartellamts für Datenschutz?

### Kritikpunkte

- Entscheidung des Bundeskartellamts greift in die Zuständigkeiten spezialisierter (Datenschutz-)Behörden ein.
  - Gemeinschaftsrechtliche Kohärenzgebote werden unterlaufen.
  - Unternehmen können nicht mehr verlässlich ermitteln, welche Behörde für ihre Datenschutzbelange zuständig ist.
- Daten sind ein wettbewerbslich relevanter Faktor (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB); der Umgang mit Daten kann daher (auch) Gegenstand der kartellbehördlichen Aufsicht sein.
  - Kompetenzkonflikte lassen sich durch Beteiligungsmöglichkeiten und Opportunitätserwägungen, divergente Entscheidungspraxis zudem durch Rechtsschutzinstrumente auffangen.

## Wann wird ein (DSGVO-)Rechtsverstoß missbräuchlich?

### Kritikpunkte

- Bundeskartellamt wertet jeden Verstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens gegen Normen mit Marktmachtbezug als Missbrauch.
    - „Konditionen, die datenschutzrechtlichen Wertungen widersprechen, begründen daher im Hinblick auf den Interessenausgleich in einem Machtungleichgewicht [...] bei hinreichendem Marktmachtbezug einen Missbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB.“ (Rn. 532)
  - Würde der besondere Unwertgehalt des DSGVO-Verstoßes allein aus den fehlenden Ausweichmöglichkeiten der Nutzer abgeleitet („Zwangslage“), wandelt sich die Missbrauchsaufsicht von einer Verhaltens- zur Marktstrukturkontrolle.
- Kein qualitativer Konditionenmissbrauch ohne Kausalität zwischen Marktungleichgewicht und Vertragsschluss; entfällt bei selbstbestimmter Datenpreisgabe.
  - Kein Rechtsfolgengleichlauf mit DSGVO; stattdessen Berücksichtigung des vorrangig auf Informationsasymmetrien beruhenden Kräfteungleichgewichts.
  - Missbrauch manifestiert sich in der unzureichenden Transparenz der nicht-monetären Gegenleistung in Verbindung mit der umfangreichen Verwertung der auf diese Weise erlangten Daten.

## Keine Leistung gegen Daten für Erfolgsprodukte?

### Kritikpunkte

- Missbrauchsaufsicht sollte nicht dazu führen, dass dem Markt ein Dienst „gegen Daten“ eines marktbeherrschenden Unternehmens vorenthalten bleibt.
- Der Bedarf nach digitalen Diensten entwickelt sich erst aus dem vom Anbieter gestalteten Angebot, d.h.
  - Wettbewerbsdruck gegenüber marktmächtigen Unternehmen entsteht in neuen Märkten, nicht durch Konkurrenz im selben Markt;
  - Märkte entwickeln sich dynamisch; ein eigenständiger Dienst lässt sich auch als integrierte Funktionalität ausgestalten.
- Bei der datenschutzrechtlich unterlegten Missbrauchsaufsicht darf die Funktion des Wettbewerbs als Suchverfahren nicht außer Betracht bleiben.
- Tatbestandliche Ansatzpunkte bietet die kartellrechtliche Interessenabwägung ebenso wie die an Verhältnismäßigkeitskriterien orientierte DSGVO.
- Unverhältnismäßiger Eingriff, wenn Facebook eine „Leistung gegen Daten“ auf Dauer verwehrt würde, auch wenn Nutzer informiert in die konkrete Datenverarbeitung einwilligen.

»If we find competition law cannot do, we should add some regulation. Only if we have done that, then it might be time to break up these companies.«

Andreas Mundt, GCR Live Telecoms, Media & Technology, London 17.06.2019