

Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M., Bremen*

Datenschutz und Kartellrecht

Zugleich Anmerkung zu den Facebook-Beschlüssen des BKartA, 06.02.2019 – B6-22/16 und des OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V)**

INHALT

I. Einführung

II. Datenschutz und Kartellrecht

1. Datenschutzrecht als außerwettbewerbliches Recht?

2. Die Einwilligung als Bindeglied zwischen Datenschutz- und Kartellrecht

3. Die Rolle der Einwilligung im Fall Facebook

4. Keine Ausbeutung?

5. Keine Verhaltenskausalität?

III. Die datenschutzrechtlichen Ausführungen des Bundeskartellamts

1. Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO

2. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO

IV. Fazit

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1390.

** OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V) ist abgedruckt in WRP 2019, 1333 (in diesem Heft).

I. Einführung

- 1 Der Wind für Facebook ist rauer geworden, nicht nur mit Blick auf das neue europäische Datenschutzrecht mit seinen teils deutlich verschärften Sanktionsinstrumentarien. Seit Februar dieses Jahres sieht sich Facebook vielmehr auch mit kartellrechtlichen Schranken konfrontiert. Mit Beschluss vom 06.02.2019 hat das Bundeskartellamt der Datenverarbeitung durch Facebook weitreichende Beschränkungen auferlegt.¹⁾ Auf Grundlage des § 19 Abs. 1 GWB hat das Bundeskartellamt Facebook untersagt, Daten seiner Nutzer auch außerhalb des sozialen Netzwerks mittels anderer konzerneigener Dienste wie WhatsApp oder Instagram zu sammeln und dann mit den sonstigen Nutzerdaten zu verknüpfen. Gleiches gilt für die Verknüpfung von personenbezogenen Daten, die bei der Nutzung von Drittwebseiten und Apps anfallen, die über Facebook-Schnittstellen ebenfalls an Facebook übermittelt werden. Das Bundeskartellamt sieht für eine solche Zusammenführung von Nutzerdaten aus den unterschiedlichsten Quellen keine rechtliche Grundlage und hat dementsprechend, wie es der Präsident des Bundeskartellamtes formuliert, eine „interne Entflechtung“ der unterschiedlichen Datenbestände angeordnet.²⁾ Zulässig ist eine Zusammenführung von Daten aus dem sozialen Netzwerk einerseits und Daten aus anderen Diensten wie Instagram oder Drittwebseiten und Apps andererseits laut Bundeskartellamt vielmehr nur dann, wenn diese auf Grundlage einer wirksamen Einwilligung seitens der betroffenen Nutzer erfolgt, woran es bis dato allerdings fehlt.
- 2 Die Reaktionen auf die Entscheidung des Bundeskartellamtes reichen von grundsätzlicher Zustimmung bis hin zu harscher Kritik. In der kartellrechtlichen Diskussion wird mit Blick auf das Verhältnis von Datenschutz- und Kartellrecht vor allem die Frage thematisiert, ob und inwieweit künftig nach den Maßstäben des Bundeskartellamtes jeder Verstoß eines marktmächtigen Unternehmens gegen außerkartellrechtliche Vorschriften zugleich auch einen tatbestandsmäßigen Konditionenmissbrauch begründen soll.³⁾ Damit zusammen hängt die Frage der Zuständigkeitsverteilung zwischen Datenschutz- und Kartellbehörden: Sollen Kartellbehörden überhaupt dazu befugt sein, neben den Datenschutzbehörden die Einhaltung des Datenschutzrechts durchzusetzen?⁴⁾ Inzwischen hat sich auch das OLG Düsseldorf mit seinem Beschluss vom 26.08.2019 den kritischen Stimmen angeschlossen und die aufschiebende Wirkung der Beschwerden von Facebook gegen die vom Bundeskartellamt auferlegten Beschränkungen angeordnet.⁵⁾ Das Gericht äußert in seinem Beschluss auf Grundlage einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Anordnungen des Bundeskartellamtes, weil selbst im Falle eines Verstoßes gegen Datenschutzbestimmungen darin nicht zugleich auch ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht zu sehen sei.
- 3 Überraschend spärlich ist die Diskussion bislang in der datenschutzrechtlichen Literatur ausgefallen, sieht man einmal von der Kritik derjenigen ab, die seit jeher einem strengen Datenschutz – egal in welcher Variante – ablehnend gegenüberstehen.⁶⁾ Die Datenschutzbehörden haben interessanterweise ge-

genüber einer Durchsetzung des Datenschutzrechts auch mit den Mitteln des Kartellrechts keinerlei Vorbehalte, sondern begrüßen vielmehr eine solche „Einmischung“ seitens des Bundeskartellamtes sogar ausdrücklich.⁷⁾ Dass für eine solche Aufgeschlossenheit der Datenschutzaufsichtsbehörden gegenüber dem Kartellrecht gute Gründe sprechen und umgekehrt der Beschluss des OLG Düsseldorf zentrale Aspekte ausblendet, die für eine Kartellrechtswidrigkeit der Datenverarbeitungspraxis von Facebook sprechen, soll im Folgenden näher erläutert werden. Dem Beschluss des Kartellamtes ist entgegen dem OLG Düsseldorf in Begründung und Ergebnis zuzustimmen. Das Bundeskartellamt hat mit diesem Beschluss nicht nur in kartellrechtlicher Hinsicht „Pionierarbeit“⁸⁾ geleistet, sondern auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht, wenn es sich in seinem Beschluss ausführlich auch mit genuin datenschutzrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzt und dabei grundlegende Aussagen zum Online-Datenschutz unter Geltung der DS-GVO trifft.⁹⁾

II. Datenschutz und Kartellrecht

Kritisiert wird die Entscheidung des Bundeskartellamtes in erster Linie dahingehend, dass es nicht Sache des Kartellrechts und der Kartellbehörden sei, bei Verstößen gegen sog. „außerwettbewerbliche Normen“ wie die des Datenschutzrechts einzugreifen. Dahingehende Vorbehalte kumulieren sich in der Befürchtung, das Bundeskartellamt könnte sich zu einem „Bundesdatenschutzkartellamt“¹⁰⁾ oder einem „Bundesaufsichtsamt für marktbeherrschende Unternehmen“¹¹⁾ aufschwingen, um dann beliebige Rechtsverstöße ohne irgendeinen wettbewerblichen Zusammenhang auf Grundlage des Kartellrechts zu verfolgen. Auch für das OLG Düsseldorf ist dies ein zentraler Beweggrund für seine rechtlichen Zweifel an dem Einschreiten des Bundeskartellamtes. Aus Sicht des OLG gibt es keinen sachlich gerechtfertigten Grund, datenschutzrechtswidrige Vertragsbedingungen nicht nur der fachbehördlichen Aufsicht, sondern zusätzlich auch der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht zu unterstellen.¹²⁾ Durchgängig betont das Gericht die Notwendigkeit eines *wettbewerbsschädlichen* Verhaltens und sieht ein solches Verhalten offensichtlich nicht als gegeben an, wenn es „nur“ um einen Datenschutzrechtsverstoß geht.

1. Datenschutzrecht als außerwettbewerbliches Recht?

Ausgangspunkt all dieser und ähnlicher Vorbehalte gegenüber einem kartellrechtlichen Einschreiten im Fall von Datenschutzverletzungen ist die Überzeugung, dass es sich bei Datenschutznormen um außerwettbewerbliche Normen handelt, deren Durchsetzung von vornherein nicht dem Kartellrecht obliegt, da es dessen Schutzzweck allein ist, das Funktionieren des Wettbewerbs zu gewährleisten und Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Dieser Ausgangspunkt ist zunächst einmal auch unstrittig: Selbstredend kann die Annahme eines Kartellrechtsverstoßes nicht allein darauf gestützt werden, dass ein Unternehmen, sei es auch noch so marktmächtig, gegen irgendwelche außerkartellrechtlichen Vorschriften verstößt. Ansonsten würde das Kartellrecht in der Tat jegliche Konturen verlieren, wenn es unterschiedslos auf die vollumfängliche Rechtstreue markt-

1) Bundeskartellamt, 06.02.2019 – B6-22/16, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>.

2) *Mundt*, NZKart 2019, 117.

3) Siehe dazu etwa *Körber*, NZKart 2019, 187; *Louven*, Editorial WRP Heft 4/2019; s. a. schon *Podszun/de Thoma*, NJW 2016, 2987, 2993.

4) Vgl. *Hoeren*, MMR 2019, 137, 138; *Karbaum*, DB 2019, 1072, 1075 f.; *Körber*, NZKart 2019, 187.

5) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333 (in diesem Heft).

6) Allen voran *Härtling*, CR-online.de Blog v. 07.02.2019: „Das 19. Rad am Wagen: Das Kartellamt maß sich Befugnisse an und legt die DSGVO fragwürdig aus“; abrufbar unter <https://www.cr-online.de/blog/>.

7) Siehe nur *BfDI*, Pressemitteilung v. 07.02.2019: „Wegweisende Entscheidung des Bundeskartellamtes zu Facebook“; abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Pressemitteilungen/2019/06_BundeskartellamtzuFacebook.html.

8) *Körber*, NZKart 2019, 187.

9) In diesem Sinne auch *Schreiber*, GRUR-Prax 2019, 266.

10) *Karbaum*, DB 2019, 1072, 1075.

11) *Körber*, NZKart 2019, 187, 193 m. w. N.

12) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333 (in diesem Heft), Rn. 38.

mächtiger Unternehmen abzielen sollte, egal gegen welche Art von Rechtsvorschriften (Bau-, Umwelt-, Arbeitnehmerschutzrecht etc.) im konkreten Fall verstoßen wird.¹³⁾

- 6 Gerade das Datenschutzrecht ist allerdings keineswegs so wettbewerbsfremd, wie in der kartellrechtlichen Literatur und auch im Beschluss des OLG Düsseldorf unterstellt wird. Die Zeiten, in denen das Datenschutzrecht den alleinigen Zweck verfolgt hat, den Einzelnen „als Person“ in seinem Persönlichkeitsrecht zu schützen,¹⁴⁾ sind lange vorbei. Die Geburtsstunde des informationellen Selbstbestimmungsrechts¹⁵⁾ mag aus einer Zeit rühren, in der es in erster Linie um den Schutz vor staatlicher Überwachung ging und personenbezogenen Daten noch kein wirtschaftlicher Wert zugesprochen wurde. Eine rein ideelle Betrachtung des Datenschutzes hat sich jedoch schon seit langem überholt. Ebenso wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat sich auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht im Lauf der Zeit zu einem Recht fortentwickelt, das neben ideellen auch materielle Interessen des Einzelnen umfasst.¹⁶⁾ Allgemeines Persönlichkeitsrecht wie informationelles Selbstbestimmungsrecht sollen gerade auch die freie Entscheidung des Einzelnen gewährleisten, ob und unter welchen Bedingungen dieser seine Persönlichkeitsmerkmale wie Name, Bild oder personenbezogene Daten den Geschäftsinteressen Dritter zugänglich machen will. Datenschutz erschöpft sich damit also nicht im Schutz ideeller Werte wie Persönlichkeit oder Identität, sondern erstreckt sich gerade auch auf wirtschaftliche Interessen.¹⁷⁾
- 7 Konkret für den Fall Facebook folgt daraus: Nutzer, deren Daten durch Facebook verarbeitet werden, nehmen nicht nur die Rolle eines Verbrauchers ein. Ihnen kommt vielmehr auf dem Datenmarkt, den Facebook und Co. in der Online-Welt geschaffen haben, auch eine ganz zentrale Rolle als „Datenlieferant“ zu. In diesem Kontext ist es dann allererste Zielsetzung des Datenschutzrechts, zu gewährleisten, dass der Einzelne in dieser Rolle des „Datenlieferanten“ auf dem Datenmarkt den anderen Marktteilnehmern gegenüber als gleichgewichtiger Verhandlungspartner auftreten kann.¹⁸⁾ So betrachtet, kommt dem Datenschutzrecht dann sehr wohl auch eine starke wettbewerbliche Ausrichtung zu: Es soll gerade das vom OLG Düsseldorf hochgehaltene „wettbewerbsschädliche Verhalten“ eindämmen, indem es die strukturellen Nachteile für Datenlieferanten, insbesondere in Gestalt von Macht- und Informationsgefällen, auszugleichen sucht.¹⁹⁾
- 8 An diesem Befund einer wettbewerblichen Prägung des Datenschutzrechts ändert sich auch dadurch nichts, dass das Datenschutzrecht keine Regelungen kennt, die sich ausdrücklich nur an marktbeherrschende Unternehmen richten.²⁰⁾ Der Aspekt der Marktmacht mag sich nicht explizit in datenschutzrecht-

lichen Regelungen finden, ist jedoch gleichwohl auch im Datenschutzrecht von zentraler Bedeutung, insbesondere wenn es um die Frage der Freiwilligkeit einer Einwilligung in die Datenverarbeitung geht – also um die zentrale Legitimationsgrundlage für eine Datenverarbeitung durch marktmächtige Unternehmen wie Facebook. Oftmals erfordert die Beurteilung, ob eine Einwilligung in die Datenverarbeitung freiwillig i. S. d. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO erteilt worden ist, eine Marktanalyse. Machen Anbieter wie Facebook ihre Dienstleistung davon abhängig, in mehr oder weniger großem Umfang personenbezogene Daten verarbeiten zu dürfen, hängt die Freiwilligkeit einer dahingehenden Einwilligung davon ab, ob Nutzern ein alternativer Zugang zu gleichwertigen Leistungen in zumutbarer Weise möglich ist. Davon wiederum kann nicht ausgegangen werden, wenn die Marktanteile anderer Anbieter deutlich niedriger sind und ein tatsächlicher Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern nicht besteht.²¹⁾

Das datenschutzrechtliche Freiwilligkeitsgebot des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO adressiert damit dem Grunde nach gerade marktmächtige Unternehmen, die nicht im Sinne eines „take it or leave it“ ihre Machtposition ausnutzen und die Erteilung von Einwilligungen allein mittels ihrer Marktmacht durchsetzen dürfen. Eben deshalb greift es auch zu kurz, wenn das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss mehr oder weniger schematisch das Freiwilligkeitsgebot des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO als eine „rein datenschutzrechtliche“ Vorschrift ohne jeglichen kartellrechtlichen Bezug einordnen möchte.²²⁾ Schließlich lässt sich auch eine Differenzierung zwischen „bilateralen Ungleichgewichtslagen“ einerseits (die für das Datenschutzrecht maßgeblich sein sollen) und „Marktmacht“ andererseits (die für das Kartellrecht zentral sein sollen) vor diesem Hintergrund nicht aufrechterhalten.²³⁾ „Bilateral“ besteht ein Ungleichgewicht zwischen Facebook und seinen Nutzern vielmehr gerade deshalb, weil Facebook den Markt beherrscht.

2. Die Einwilligung als Bindeglied zwischen Datenschutz- und Kartellrecht

Obige Ausführungen deuten bereits darauf hin, dass es in erster Linie der datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestand der Einwilligung ist, der ein Bindeglied zwischen Datenschutz- und Kartellrecht darstellt.²⁴⁾ Die Einwilligung ist das datenschutzrechtliche Instrument, mittels dessen der Einzelne in seiner Funktion als „Datenlieferant“ seine eigenen personenbezogenen Daten auf dem Datenmarkt kommerzialisiert. Die Einwilligung steht im Zentrum des Aushandlungsprozesses zwischen dem Datenlieferanten und dem Datenabnehmer (im konkreten Fall Facebook) und ist Grundlage für das Tauschgeschäft Daten gegen Dienstleistung. In dieser Konstellation gehen dann aber die Schutzziele des Kartellrechts (funktionierender Wettbewerb) und des Datenschutzrechts (informationelle Selbstbestimmung) Hand in Hand. Einerseits ist die Einwilligung nur dann tatsächlich ein Ausdruck informationeller Selbstbestimmung, wenn diese Einwilligung freiwillig erteilt worden ist, was wiederum nur dann der Fall ist, wenn auf dem Datenmarkt ein funktionierender Wettbewerb besteht und Datenverarbeiter daher ihre Datenverarbeitungsbedingungen nicht qua Marktmacht einseitig durchsetzen können.

13) Karbaum, DB 2019, 1072, 1075; Körber, NZKart 2019, 187, 195.

14) Siehe in diesem Sinne etwa auch noch § 1 Abs. 1 BDSG a. F. „Zweck dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird.“

15) Volkszählungsurteil des BVerfG (BVerfGE, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1).

16) S. vergleichbar für das Verhältnis zwischen Datenschutz und Lauterkeitsrecht Buchner, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 59 f.; Podszun/de Thoma, NJW 2016, 2987, 2989; zur Anerkennung des vermögensrechtlichen Charakters des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der BGH-Rechtsprechung siehe BGH, 01.12.1999 – I ZR 49/97, BGHZ 143, 214, 219 = WRP 2000, 746 – Marlene Dietrich: „Der BGH hat die kommerziellen Interessen einer Persönlichkeit von jeher in den durch die Persönlichkeitsrechte gewährleisteten Schutz einbezogen.“

17) Buchner, in: FS Köhler (Fn. 16), S. 59.

18) Siehe dazu schon Buchner, DuD 2008, 724, 726 f.

19) S. zu diesen Aspekten Mundt, WuW 2019, 181; zum Schutz einer Vertragspartei bei Machtungleichgewicht sowohl mittels Kartell- als auch mittels Datenschutzrecht s. a. Mohr, EuZW 2019, 265, 272 und Pomana/Schneider, BB 2019, 965, 971; perspektivisch zu einem Datenschutz(privat)recht als „Marktordnungsrecht“ Hacker, ZIPW 2019, 148, 195 f.

20) So aber Körber, NZKart 2019, 187, 193 f.

21) Siehe dazu auch Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 7 DS-GVO Rn. 53.

22) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333 (in diesem Heft), Rn. 65.

23) Siehe zu dieser Differenzierung Thomas, NZKart 2017, 92, 94 (für das AGB-Recht) sowie Körber, NZKart 2019, 187, 191.

24) Vgl. auch Stoffel, EuZW 2019, 177, 178 („Datenschutzrecht und Wettbewerbsrecht fließen an diesem Punkt zusammen.“); zur Einwilligung nach Datenschutz- und Lauterkeitsrecht s. Buchner, WRP 2018, 1283 ff.

Andererseits ist auch ein funktionierender Wettbewerb auf dem Datenmarkt gerade darauf angewiesen, dass Nutzer als Datenlieferanten ihre Einwilligung im besten datenschutzrechtlichen Sinne auch tatsächlich bewusst, informiert und freiwillig erteilen, weil sie überhaupt nur dann als gleichgewichtige Verhandlungspartner auf dem Datenmarkt auftreten und damit für einen einigermaßen ausgewogenen wirtschaftlichen Austauschprozess als Verhandlungspartner auf Augenhöhe sorgen können.²⁵⁾

3. Die Rolle der Einwilligung im Fall Facebook

- 11 Auch im Fall von Facebook war die Einwilligung lange Zeit Grundlage für das wirtschaftliche Tauschgeschäft zwischen dem sozialen Netzwerk und seinen Nutzern. Facebook bot seinen Nutzern vielfältige „soziale Nutzungserlebnisse“ und erhielt dafür im Gegenzug von diesen die Einwilligung in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten. Mit einem fairen Aushandlungsprozess zwischen gleichgewichtigen Verhandlungspartnern im gerade dargestellten Sinne hatte dieser „Deal“ zwischen Facebook und seinen Nutzern allerdings von Anfang an nichts zu tun, weil (kartellrechtlich betrachtet) eben kein funktionierender Wettbewerb auf dem von Facebook dominierten Datenmarkt existiert und aus diesem Grund (datenschutzrechtlich betrachtet) die Einwilligung der Nutzer in die Verarbeitung der sie betreffenden Daten auch seit jeher unter den verschiedensten Aspekten unwirksam war. Die zentralen datenschutzrechtlichen Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung – Informiertheit und Freiwilligkeit, Bestimmtheit und auch Einwilligungsbewusstsein – konnte Facebook bei seiner Art und Weise der Einholung einer Einwilligung regelmäßig nicht erfüllen.²⁶⁾
- 12 Vermutlich hat Facebook vor allem auch deshalb mit Geltungsbeginn der DS-GVO die Einwilligung still und heimlich als zentrale Legitimationsgrundlage für seine Datenverarbeitung „beerdigt“, um sich stattdessen nunmehr ganz überwiegend auf die in der DS-GVO normierten gesetzlichen Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 lit. b bis lit. f DS-GVO für die Zulässigkeit seiner Datenverarbeitung zu stützen. Auf www.facebook.com/about/privacy/legal_bases lässt sich nachlesen, mit welchen teils abenteuerlichen Begründungen sich Facebook nun nicht mehr mittels Einwilligung, sondern aufgrund gesetzlicher Erlaubnistatbestände eine praktisch grenzenlose Pauschalurlaubnis zur Datenverarbeitung zuspricht. Nachzulesen ist dort unter anderem, dass sich Facebook für befugt hält, praktisch alle Daten seiner Nutzer zu verarbeiten, soweit diese erforderlich sind, um in irgendeiner Variante Facebook-Dienste bereitzustellen, zu personalisieren und zu verbessern, um die Daten in Drittländer „einschließlich USA“ zu übermitteln und dort zu verarbeiten oder, schlicht und ergreifend, um „durchgängige und nahtlose Erlebnisse auf allen Produkten der Facebook-Unternehmen bereitzustellen“.
- 13 Dass diese Herangehensweise von Facebook den datenschutzrechtlichen Grundprinzipien, wie sie unter der DS-GVO gelten, diametral widerspricht, hat nicht zuletzt das Bundeskartellamt in seinem Beschluss ausführlich aufgezeigt. Letztlich hat Facebook mit seinem Schwenk weg von der Einwilligung hin zu den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen seine rechtswidrige Datenverarbeitungspraxis sogar nochmals verschärft. Hat es vorher seine Nutzer zumindest pro forma mit einer – allerdings unwirksamen – Einwilligung in die Entscheidung über das Ob und Wie einer Datenverarbeitung eingebunden, werden die Nutzer nun-

mehr überhaupt nicht mehr gefragt und so auch noch der letzte Rest informationeller Selbstbestimmung seitens der Nutzer beiseite gewischt.

Aber nicht nur in datenschutzrechtlicher, sondern auch in kartellrechtlicher Hinsicht hat sich Facebook mit der Abschaffung der Einwilligung noch mehr ins rechtliche Abseits manövriert. Sieht man bereits in der Datenverarbeitung durch Facebook auf Grundlage einer nicht wirksam eingeholten Einwilligung eine missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht von Facebook, so gilt dies erst recht für die aktuelle Herangehensweise von Facebook, wenn das Netzwerk nochmals einen Schritt weiter geht und selbst die rudimentäre Einbindung seiner Nutzer in den Aushandlungsprozess abschafft und sich stattdessen selbst eine Generalvollmacht zur Datenverarbeitung erteilt. Kartellrechtlich unproblematisch wäre die von Facebook in Anspruch genommene Generalvollmacht ohne jegliche Einbindung der betroffenen Nutzer nur dann, wenn sich Facebook für seine Datenverarbeitung auf eine gesetzliche Legitimationsgrundlage stützen könnte. Eben deshalb war es für die kartellrechtliche Überprüfung der Datenverarbeitungspraxis von Facebook auch unverzichtbar, dass sich das Bundeskartellamt ausführlich mit den datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen auseinandersetzt. Das Bundeskartellamt hat sich insoweit keine kompetenzfremden Kontrollbefugnisse als verkappte Datenschutzbehörde angemäht, sondern lediglich das rechtlich geprüft, was zwingend als Vorfrage für die Beurteilung eines möglichen Marktmachtmissbrauchs zu klären war.

4. Keine Ausbeutung?

Seine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Kartellamtsbeschlusses stützt das OLG Düsseldorf vor allem auch darauf, dass schon gar keine „Ausbeutung“ der Nutzer durch Facebook in Betracht komme, die einen kartellrechtlichen Missbrauchsvorwurf rechtfertigen könnte. Unterstellt wird, dass der Facebook-Nutzer rational agiere und in den Diensten von Facebook eine angemessene Gegenleistung für seine Daten sehe; diese Abwägung treffe der Nutzer „vollkommen autonom nach seinen persönlichen Präferenzen und Wertvorstellungen“.²⁷⁾ Angezweifelt wird zudem, ob Facebook-Nutzern der Schutz ihrer personenbezogenen Daten tatsächlich wichtig sei und es deshalb überhaupt gerechtfertigt sei, wenn das Bundeskartellamt in dem „Kontrollverlust“ der Nutzer hinsichtlich der Verwendung ihrer Daten einen Schaden sieht, der eine entsprechende Ausbeutung im Sinne des Kartellrechts begründet.²⁸⁾

Überzeugen können derlei Einwände nicht, vor allem widersprechen sie dem, was empirische Daten über das Verhalten und die Präferenzen des typischen Facebook-Nutzers aufzeigen. Studien belegen, dass der typische Facebook-Nutzer weitestgehend ahnungslos agiert. Verwiesen sei hier beispielhaft auf eine Studie der Universität Wien zur Art und Weise der Einwilligungserteilung im Fall Facebook.²⁹⁾ Die Zahlen sprechen allesamt eine mehr als klare Sprache – und vor allem klar gegen die Annahme, Facebook-Nutzer würden als Akteure auf dem Datenmarkt rational entscheiden und handeln. Gegen eine solche Annahme spricht bereits, dass es lediglich 37% der Facebook-Nutzer in der Studie überhaupt bewusst war, dass sie sich gegenüber Facebook mit einer Sammlung und Verwendung ihrer Daten einver-

25) S. zum Aspekt der Freiwilligkeit auch *Mohr*, EuZW 2019, 265, 271: „zentrale Kategorie“ nicht nur des Vertrags-, sondern auch des Kartellrechts.

26) Ebenso *Pomana/Schneider*, BB 2019, 965, 973; ausführlich *Buchner*, DuD 2015, 402 ff.

27) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333 (in diesem Heft), Rn. 61.

28) Siehe OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333 (in diesem Heft), Rn. 28 mit Verweis auf die „Gleichgültigkeit“ und „Bequemlichkeit des Facebook-Nutzers“ und zuvor schon aus der Literatur *Körber*, NZKart 2019, 187, 190 ff.

29) Repräsentativer Online-Survey unter 1.019 aktiven Facebook-Nutzern in Österreich; siehe dazu *Buchner/Rothmann*, NJW-aktuell 16/2018, 14 sowie ausführlich *Rothmann/Buchner*, DuD 2018, 342 ff.

standen erklärt hatten. Demgegenüber gaben 43% an, dies nicht zu wissen und 20% waren sogar der Meinung, explizit kein Einverständnis erteilt zu haben – was bei aktiver Nutzung von Facebook zum Zeitpunkt der Studie schlicht nicht möglich war, da Facebook, wie zuvor dargelegt, die Einwilligung im Stile eines „take it or leave it“ eingeholt hatte. Weiter ergab die Studie, dass bei fünf von sieben der den Teilnehmern vorgelegten Datenschutzklauseln rund 90% der Befragten ihre Einwilligung nicht in Kenntnis der Sachlage erteilt hatten und insgesamt gerade einmal 1% der Betroffenen wussten, dass sie im Zuge der Registrierung in alle Bestimmungen eingewilligt hatten. Auf die Folgefrage, ob die Nutzer in diese Klauseln eingewilligt hätten, wenn sie die Wahl gehabt hätten, antworteten rund 75% der Befragten ablehnend, gerade einmal 3% der Befragten hätten alle vorgelegten Klauseln unterschrieben. All diese Zahlen sprechen nachdrücklich dafür, dass der vom Bundeskartellamt festgestellte Kontrollverlust bei der weit überwiegenden Zahl der Facebook-Nutzer auch tatsächlich zu bejahen ist, weil diese unbewusst und ohne Kenntnis und Willen Facebook die Verfügungsmacht über ihre Daten überlassen haben.

5. Keine Verhaltenskausalität?

- 17 Aus den gerade angeführten Gründen geht dann auch die Annahme des OLG Düsseldorf fehl, die bei der Registrierung für Facebook abverlangte Einwilligung beruhe allein „auf einer autonomen Entscheidung“ der Nutzer und deshalb scheidet auch eine Verhaltenskausalität zwischen der streitbefangenen Datenverarbeitung und der Marktmacht von Facebook aus. Das Gericht lehnt eine Verhaltenskausalität aus dem Grund ab, dass die Nutzer ihre Entscheidung „unbeeinflusst und frei nach ausschließlich eigenen Wertvorstellungen und unter Abwägung aller Umstände“ treffen würden. In die Entscheidung für oder gegen Facebook fließen nach Ansicht des OLG in erster Linie Qualität und erhoffter persönlicher Nutzen des Netzwerks „sowie die persönliche Auffassung von der Bedeutung und Wichtigkeit einer Geheimhaltung der abverlangten personenbezogenen Daten sowie die eigene Bereitschaft, Facebook die streitbefangene Verarbeitung und Nutzung der Mehrdaten zu erlauben“, ein.³⁰⁾ Dass diese – vom OLG nicht weiter belegten – Mutmaßungen mit der Realität nichts zu tun haben, zeigen die zuvor aufgeführten Studiendaten. Insoweit mutet es dann auch etwas seltsam an, dass das OLG seinerseits dem Bundeskartellamt eine „pauschale Behauptung“ vorwirft, wenn es um die Informationsdefizite der Facebook-Nutzer geht, um dann im Folgenden mit einer „lebensnahen Würdigung“ die Argumente des Bundeskartellamts entkräften zu wollen.³¹⁾

III. Die datenschutzrechtlichen Ausführungen des Bundeskartellamts

- 18 Nachdem das Bundeskartellamt erst einmal die Tür geöffnet hat, im Zuge der kartellrechtlichen Prüfung auch die datenschutzrechtliche Rechtslage zu bewerten, nimmt es diese Bewertung in seinem Beschluss auf knapp 100 Seiten vor, die ebenso umfassend wie überzeugend den datenschutzrechtlichen Status quo aufarbeiten, wie er unter der DS-GVO für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Facebook gilt. Weder im Ergebnis noch in der Begründung ist den Ausführungen des Bundeskartellamts irgendetwas hinzuzufügen, sie bringen auf den Punkt,

dass und warum die derzeitige Datenverarbeitungspraxis von Facebook mit geltendem Datenschutzrecht in vielerlei Hinsicht nicht vereinbar ist.

Nachdem das Bundeskartellamt eingangs klargestellt hat, dass und wie Facebook personenbezogene Daten verarbeitet und insoweit auch Verantwortlicher im datenschutzrechtlichen Sinne ist, geht es ganz zentral um die Frage, ob sich für die Verarbeitung personenbezogener Daten gesetzliche Erlaubnistatbestände finden lassen, die es Facebook erlauben würden, auch ohne eine Einwilligung der betroffenen Nutzer deren Daten zu verarbeiten. Eben davon geht Facebook, wie zuvor dargestellt, mittlerweile aus, wobei sich das soziale Netzwerk in erster Linie auf die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO (Vertragserfüllung) und Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO (Interessenabwägung) beruft. Die Einwilligung als Legitimationstatbestand für eine Datenverarbeitung spielt demgegenüber anders als früher nur noch punktuell eine Rolle für Facebook, etwa wenn es um die Verarbeitung sogenannter besonderer Kategorien personenbezogener Daten geht, um die Verwendung von Gesichtserkennungstechnologie oder um das Teilen von Daten mit Drittunternehmen.³²⁾

1. Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO

Der gesetzliche Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO, der eine Verarbeitung personenbezogener Daten erlaubt, soweit dies für die Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person erforderlich ist, mutiert nach dem Rechtsverständnis von Facebook zu einem Allheilmittel, welches im Ergebnis fast jeder von Facebook gewünschten Variante der Datenverarbeitung Legitimationskraft verleihen kann. Nach dem Verständnis von Facebook soll schlichtweg alles als erforderlich zur Vertragserfüllung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO eingeordnet werden können, was das soziale Netzwerk für die bestmögliche Optimierung seiner Geschäftsprozesse gern wissen würde. Der Erlaubnistatbestand der Vertragserfüllung wird von Facebook dahingehend instrumentalisiert, dass das Unternehmen für sich selbst ein bestimmtes Geschäftsmodell definiert, welches dann jede Variante der Datenverarbeitung „erforderlich“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO macht.

Warum dieses Verständnis rechtlich nicht haltbar ist, begründet das Bundeskartellamt ausführlich. Zutreffend betont das Amt, dass es mit Sinn und Zweck von Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO nicht vereinbar ist, „alle denkbaren mit dem Dienst zusammenhängenden Datenverarbeitungsprozesse im wirtschaftlichen Interesse eines selbstdefinierten datengetriebenen Geschäftsmodells“ als – objektiv – erforderlich im Sinne des Datenschutzrechts einzuordnen.³³⁾ Im Ergebnis würde das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit jegliche Begrenzungswirkung verlieren, würde man dieses Merkmal der Definitionshoheit datenverarbeitender Unternehmen überlassen, indem diese einseitig die Erforderlichkeit auf Grundlage der von ihnen selbst vorgegebenen Geschäftsmodelle und Vertragsinhalte bestimmen.³⁴⁾ Insoweit gilt für Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO nichts anderes als schon für die wortgleiche Vorgängervorschrift des Art. 7 lit. b Datenschutzrichtlinie, für deren Auslegung die Art.-29-Datenschutzgruppe ebenfalls ausdrücklich klargestellt hatte, dass das Kriterium der Erforderlichkeit eng auszulegen ist und nicht einseitig durch die datenverarbeitende Stelle definiert werden kann, indem diese den Vertragsinhalt nach eigenem Belieben gestaltet und ausdifferenziert.³⁵⁾ Erst recht muss dies, wie das Bundeskartellamt hervor-

30) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333 (in diesem Heft), Rn. 67.

31) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333 (in diesem Heft), Rn. 28.

32) Siehe die rechtlichen Ausführungen von Facebook unter www.facebook.com/about/privacy/legal_bases.

33) Bundeskartellamt, 06.02.2019 – B6-22/16 (Fn. 1), Rn. 671.

34) Bundeskartellamt, 06.02.2019 – B6-22/16 (Fn. 1), Rn. 671 f.

35) Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 (WP 2017 vom 09.04.2014, S. 21 f.).

hebt, im Fall Facebook gelten, welches aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung in der Ausgestaltung seines Geschäfts- und Vertragsmodells nochmals „freier“ ist, weil sich die betroffenen Nutzer ohnehin keinem anderen Wettbewerber zuwenden können.³⁶⁾

2. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO

- 22 Beim Schwenk weg von der Einwilligung als Legitimationsgrundlage hin zu gesetzlichen Erlaubnistatbeständen hat Facebook nicht nur die Datenverarbeitung auf vertraglicher Grundlage nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO für sich entdeckt, sondern auch die allgemeine Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO. Letztere Vorschrift erlaubt eine Datenverarbeitung dann, wenn diese zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.
- 23 Als eine Art von Auffangnorm ist die Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO notwendigerweise unbestimmt, um die Mannigfaltigkeit möglicher legitimer Datenverarbeitungsprozesse erfassen und auf die Dynamik unserer datengetriebenen Gesellschaft reagieren zu können. Weit gefasst ist die Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO zudem auch insoweit, als zu den „berechtigten Interessen“ anerkanntermaßen nicht nur rechtliche Interessen zählen, sondern auch tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interessen der datenverarbeitenden Stellen.³⁷⁾ Wenig überraschend tendieren datenverarbeitende Unternehmen dazu, diesen ohnehin schon weiten Rahmen maximal auszudehnen, und ebenso wenig überraschend ist Facebook auch insoweit ganz vorn mit dabei. Das, was Facebook in seinen Datenschutzhinweisen als „berechtigten Interessen“ präsentiert, umfasst schlichtweg alles, was irgendwie mit dem Geschäftsmodell von Facebook zu tun hat: die Erstellung, Bereitstellung und Unterstützung „innovativer Produkte und Funktionen“, die Bereitstellung „genauer und zuverlässiger Berichte für unsere Werbekunden“, u. a. „um den Wert aufzuzeigen, den unsere Partner durch die Nutzung der Produkte der Facebook-Unternehmen realisieren“, die „Förderung der Produkte der Facebook-Unternehmen“ und die „Durchführung unseres Direktmarketings“ oder auch – ganz hoch gehängt – die Förderung des „wissenschaftlichen Verständnisses bezüglich wichtiger sozialer Themen (...), um unsere Gesellschaft und Welt positiv zu beeinflussen“.³⁸⁾
- 24 Dass ein derart willkürliches und wahlloses Zusammenwürfeln aller nur denkbaren Informationsbegehrlichkeiten nichts mit einer seriösen Interessenabwägung auf Grundlage objektiver Kriterien im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO zu tun hat, wird im Beschluss des Bundeskartellamts detailliert aufgezeigt und begründet. Ein entscheidender Aspekt ist auch hier wiederum, dass – wie schon bei Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO – die Definitionshoheit bei der Auslegung gesetzlicher Erlaubnistatbestände nicht einseitig in den Händen der datenverarbeitenden Stelle liegen darf. Eben dies ist aber bei Facebook mit Blick auf dessen monopolartige Stellung auf dem Markt der sozialen Netzwerke der Fall, welche es dem sozialen Netzwerk erlaubt, seine Verhandlungs- und Datenverarbeitungsspielräume exzessiv auszu-

nutzen und den Nutzern einseitig aufzuerlegen, welche „berechtigten Interessen“ die Verarbeitung von Nutzerdaten rechtfertigen können.³⁹⁾ Darüber hinaus ist die Interessenabwägungsklausel im Fall Facebook aber auch deshalb keine tragfähige Legitimationsgrundlage, weil das Netzwerk diese zuallererst für die Verarbeitung personenbezogener Daten von Kindern und Jugendlichen instrumentalisieren möchte. „Berechtigt“ sollen die Interessen von Facebook also gerade dann sein, wenn es um die Daten einer besonders schutzwürdigen Nutzergruppe geht. Dass diese Nutzergruppe – zum eigenen Schutz – noch nicht wirksam ein vertragliches Verhältnis mit Facebook eingehen kann und Facebook daher seine Datenverarbeitung nicht über den Weg der „Vertragserfüllung“ (Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO) legitimieren kann, ist nach dem Rechtsverständnis von Facebook kein Problem: Der Minderjährigenschutz wird dann eben einfach mittels einer Interessenabwägung à la Facebook ausgehebelt. Damit ignoriert Facebook die gesetzgeberische Grundwertung, wie sie in Art. 6 Abs. 1 lit. f a. E. DS-GVO sogar explizit festgeschrieben ist, nämlich dass im Fall von Kindern und Jugendlichen regelmäßig deren schutzwürdige Interessen überwiegen, egal wie „berechtigt“ die Interessen der datenverarbeitenden Stelle sein mögen.⁴⁰⁾

IV. Fazit

Lässt sich die bisherige Datenverarbeitungspraxis von Facebook nicht auf einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand stützen, bleibt als einzig mögliche Legitimationsgrundlage nur die Einwilligung der betroffenen Nutzer in eine Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten. Wirksam wäre eine solche Einwilligung allerdings nur dann, wenn Facebook seine Marktmacht nicht dahingehend ausnutzen würde, dass es die Bereitstellung seiner Dienste im Stile eines „take it or leave it“ von der Erteilung einer Einwilligung seitens der Nutzer abhängig macht.⁴¹⁾

Dass Facebook die geltenden Datenschutzgesetze weitestgehend ignoriert, ist nicht nur ein datenschutzrechtliches, sondern auch ein kartellrechtliches Problem. Informationelle Selbstbestimmung und funktionierender Wettbewerb hängen auf dem von Facebook dominierten Datenmarkt untrennbar miteinander zusammen. Der Umstand, dass Facebook-Nutzer von Anfang an ihr informationelles Selbstbestimmungsrecht gegenüber Facebook nicht frei und eigenverantwortlich ausgeübt haben, hat der marktbeherrschenden Stellung von Facebook maßgeblich den Boden bereitet – und umgekehrt hat diese Marktbeherrschung dazu geführt, dass Facebook seinen Nutzern peu à peu auch noch den letzten Rest an Mitbestimmung entzogen hat. Es bleibt daher zu hoffen, dass der aktuelle Beschluss des OLG Düsseldorf im weiteren Fortgang des Verfahrens noch korrigiert wird, wenn nicht durch das OLG selbst, so doch spätestens durch den BGH. Es wäre nicht das erste Mal, dass es in Sachen Facebook letztlich in den Händen des BGH liegt, das soziale Netzwerk wieder auf den Boden des Rechts zurückzuholen.⁴²⁾

Anm. der Redaktion:

Lesen Sie vom Autoren *Buchner* auch den Beitrag „Die Einwilligung in Werbung“ in WRP 2018, 1283 ff.

36) Siehe Bundeskartellamt, 06.02.2019 – B6-22/16 (Fn. 1), Rn. 677.

37) S. etwa *Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 57.

38) S. www.facebook.com/about/privacy/legal_bases.

39) Bundeskartellamt, 06.02.2019 – B6-22/16 (Fn. 1), Rn. 785.

40) Vgl. *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG (Fn. 21), Art. 6 DS-GVO Rn. 155.

41) Bundeskartellamt, 06.02.2019 – B6-22/16 (Fn. 1), Rn. 675.

42) S. insoweit schon die Entscheidung des BGH zum Zugriffsrecht der Eltern auf den Facebook-Account der verstorbenen Tochter (BGH, 12.07.2018 – III ZR 183/17, DNotZ 2018, 846 = WRP 2018, 1089 – Digitaler Nachlass; anders noch KG, 31.05.2017 – 21 U 9/16, DNotZ 2018, 286 = K&R 2017, 505).