UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Datensammeln als Marktmachtmissbrauch: zugleich Besprechung von BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19 - Facebook [Urteilsanmerkung]

Benedikt Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Benedikt. 2020. "Datensammeln als Marktmachtmissbrauch: zugleich Besprechung von BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19 - Facebook [Urteilsanmerkung]." *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 2020 (11): 1401–3. https://www.ruw.de/suche/wrp/Datensammeln-als-Marktmachtmissbrauch-8345013a72b7a8f11d204d5e011b9af9?crefresh=1.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M. (UCLA), Bremen*

Datensammeln als Marktmachtmissbrauch

Zugleich Besprechung von BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19 - Facebook**

INHALT

I. Einleitung
II. Der „Kern des Missbrauchs"
III. Der Streit um die Kausalität
IV. Zur kartellrechtlichen Relevanz des Datenschutzrechts
V. Fazit

I. Einleitung

1 Wer hätte das gedacht? Da macht sich der Kartellsenat eines Oberlandesgerichts auf immerhin 37 Seiten - in einem einstweiligen Verfahren - die Mühe, in aller Detailliertheit und Deutlichkeit dem Bundeskartellamt ins Stammbuch zu schreiben, was sich dieses im Facebook-Verfahren alles an kartellrechtlichen Grundlagenfehlern erlaubt hat. Und dann bekommt das OLG vom BGH mitgeteilt, dass all die ausführlichen und kritischen kartellrechtlichen Ausführungen ihrerseits noch nicht einmal den - durchaus großzügig bemessenen - Anforderungen einer Plausibilitätskontrolle genügen. So schnell kann sich die Rollenverteilung ändern: Letztes Jahr war es noch das Bundeskartellamt, das vom OLG Düsseldorf mit harscher Kritik überzogen worden ist - angefangen beim grundsätzlichen Befund von „durchgreifenden rechtlichen Bedenken" bis hin zu Vorwürfen wie denen, dass die Ausführungen des Bundeskartellamts „in der Sache substanzlos und nichtssagend" seien.[1] Nun aber ist es das OLG Düsseldorf, das mit seiner Entscheidung nicht einmal dem eingeschränkten Prüfungsmaßstab bei einer Entscheidung nach § 65 Abs. 3 GWB standhalten kann, weil es schon an der rechtlichen Plausibilität der Ausführungen fehlt.[2]

II. Der „Kern des Missbrauchs"

2 Der Beschluss des Bundeskartellamts, Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten aus unterschiedlichen Quellen mangels rechtlicher Grundlage zu untersagen,[3] ist vom OLG Düsseldorf und auch von vielen Stimmen in der Literatur vor allem deshalb kritisiert worden, weil es nicht Sache der Kartellbehörden sei, dafür zu sorgen, dass sich marktmächtige Unternehmen generell rechtskonform verhalten, wenn lediglich Verstöße gegen sog. „außerwettbewerbliche Normen", wie etwa das Datenschutzrecht, im Raum stehen.[4] Die offensichtliche Abneigung des OLG Düsseldorf gegenüber jeglicher Form einer Vereinnahmung des Kartellrechts durch außerwettbewerbliches Recht hat dazu geführt, dass das Gericht gar nicht mehr wahrgenommen hat, was der eigentliche Kern des kartellrechtlichen Missbrauchsvorwurfs im Facebook-Verfahren ist. Dieser Vorwurf fußt entscheidend nicht darauf, dass die Nutzungsbedingungen von Facebook gegen datenschutzrechtliche Wertungen verstoßen, sondern darauf, dass - wie es der BGH kurz und knapp auf den Punkt bringt - Facebook seinen Nutzern keine „echte oder freie Wahl" lässt, ob diese sich mit der Nutzung ihrer „Off-Facebook-Daten" einverstanden erklären wollen oder nicht.[5] Dem Grunde nach geht es um eine klassische kartellrechtliche Missbrauchskonstellation: Ein marktbeherrschendes Unternehmen nötigt seinen Kunden ein Geschäftsmodell auf, welches diese so bei funktionierendem Wettbewerb nicht akzeptieren würden und welches umgekehrt dem Unternehmen die Gelegenheit verschafft, seine Marktmacht noch weiter zu festigen.

3 Rückblickend fällt dem OLG Düsseldorf nun argumentativ auf die Füße, dass es diesen eigentlichen Kern des Missbrauchs nicht sehen wollte oder konnte, sondern sich stattdessen vorschnell auf die - nur vermeintlich zentrale - Frage konzentriert hat, ob schon der Umstand, dass Nutzungsbedingungen von Facebook gegen datenschutzrechtliche Vorgaben verstoßen, für sich genommen einen Missbrauch von Marktmacht darstellen kann.[6] So geht es denn auch im Folgenden in der Entscheidung des OLG Düsseldorf durchgängig immer wieder nur darum, dass und warum die bloße Rechtswidrigkeit von Vertragskonditionen eines marktmächtigen Unternehmens allein noch nicht den Vorwurf des Marktmissbrauchs nach § 19 GWB rechtfertigen kann.

4 Insoweit möchte dem OLG Düsseldorf - und allen anderen Kritikern des Bundeskartellamts - aber auch niemand widersprechen. Dass der Vorwurf eines Machtmissbrauchs nicht allein darauf gestützt werden kann, dass ein Unternehmen, sei es auch noch so marktmächtig, gegen irgendwelche außerkartellrechtlichen Vorschriften verstößt, dürfte unstreitig sein. Jedoch geht es im Fall Facebook, wie nunmehr der BGH noch einmal in aller Deutlichkeit herausgearbeitet hat, eben nicht „nur" darum, dass ein Unternehmen gegen irgendwelche datenschutzrechtlichen Vorgaben verstoßen hat, sondern vielmehr darum, dass hier mangels funktionierenden Wettbewerbs ein marktbeherrschendes Unternehmen einseitig sein Geschäftsmodell zum Nachteil der Nutzer auf dem von ihm dominierten Markt durchsetzen kann.

5 Das OLG Düsseldorf hat diesen eigentlichen Kern des Missbrauchsvorwurfs leider nur kurz angedeutet, um ihn sodann so schnell wie möglich wieder beiseite zu wischen - und ist insoweit nun vom BGH in allen Punkten eines Besseren belehrt worden. Dies beginnt schon bei dem vom Bundeskartellamt festgestellten „Kontrollverlust" seitens der Facebook-Nutzer hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten.[7] Laut OLG Düsseldorf kann davon „nicht die Rede sein".[8] Stattdessen fingiert das OLG eine Autonomie der Nutzer bei der Entscheidung über das Ob und Wie einer Datenverarbeitung durch Facebook, die mit der Realität nur wenig zu tun hat.[9] Zutreffend verweist der BGH

---

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1512.

** Abgedruckt in WRP 2020, 1316 ff.

1) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 - Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333, Rn. 17 und 27. Zur Thematik insbesondere aus kartellrechtlicher Sicht vgl. auch *Lettl*, WRP 2020, 1391 ff. (in diesem Heft).

2) BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, WRP 2020, 1316, Rn. 10 ff.

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

4) Zur Kritik aus der Lit. s. etwa *Hoeren*, MMR 2019, 137, 138; *Körber*, NZKart 2019, 187; ähnlich, wenngleich differenzierend *Künstner*, K&R 2019, 605.

5) BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19, WRP 2020, 1316, Rn. 131.

6) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 - Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333, Rn. 29.

7) Vgl. BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes v. 19.12.2017, Ziff. 7.

8) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 - Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333, Rn. 26.

9) S. dazu schon *Buchner*, WRP 2019, 1243, 1246 f.

denn auch demgegenüber darauf, dass Facebook seinen Nutzern einen Leistungsinhalt aufdrängt (die sogenannte „Bereitstellung eines personalisierten Erlebnisses"), den die Nutzer so gar nicht wünschen, jedenfalls nicht auf Kosten einer umfassenden Preisgabe ihrer personenbezogenen Daten.[10] Fehlt es aber insoweit an einer echten Wahlmöglichkeit, so kann auch von einer Kontrolle über die eigenen Daten keine Rede mehr sein – auch mit Blick darauf, dass Nutzer für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben auf Facebook angewiesen sind.

6 Kurz und knapp entkräftet wird vom BGH auch das Argument des OLG Düsseldorf, aufgrund der Duplizierbarkeit von Daten könnten Nutzer von vornherein nicht ausgebeutet werden, weil es ihnen unbenommen bleibe, die von Facebook verarbeiteten Daten beliebig oft auch jedem Dritten zur Verfügung zu stellen.[11] Selbstredend ist eine Ausbeutung nicht nur dann anzunehmen, wenn es auf Seiten der betroffenen Nutzer zu einem „Totalverlust" kommt (die Daten sind „weg"), sondern auch dann, wenn Nutzer für eine Leistung einen überhöhten Preis (hier in Form von Daten) zahlen müssen. Eben Letzteres ist bei Facebook der Fall, wenn Nutzer durch eine übermäßige Datenpreisgabe dazu beitragen (müssen), dass der Datenbestand von Facebook immer noch wertvoller wird.

III. Der Streit um die Kausalität

7 Einen weiteren Dreh- und Angelpunkt der Diskussion im Facebook-Fall betrifft die Frage der Kausalität. Wenn hier das OLG Düsseldorf (anders als nunmehr der BGH) an dem Erfordernis einer sog. Verhaltenskausalität festhalten möchte, so ist auch dies wieder ein Ausfluss der die gesamte OLG-Entscheidung prägenden Sorge, das Kartellrecht könne für außerwettbewerbliche Zwecksetzungen instrumentalisiert werden. Nur mit Hilfe der Verhaltenskausalität lasse sich „eine über den Regelungszweck der Missbrauchskontrolle hinausgehende Kartellrechtsanwendung vermeiden und verhindern, dass die Kartellbehörde nicht wettbewerbsrelevante Rechtsverstöße nur deshalb verfolgt, weil sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen begangen werden".[12]

8 Einen kartellrechtsrelevanten Missbrauch möchten die Verfechter der Verhaltenskausalität nur dann annehmen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen gerade aufgrund seiner Marktmacht missbräuchliche Geschäftsbedingungen gegenüber seinen Vertragspartnern durchsetzt.[13] Demgegenüber soll es nicht ausreichen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen „einfach so" missbräuchliche Geschäftsbedingungen einsetzt, auch wenn sich wegen dessen Marktmacht infolge der missbräuchlichen Geschäftsbedingungen dessen marktbeherrschende Stellung nochmals weiter verstärkt. Gegen ein solch enges Verständnis der Kausalität hat sich nunmehr der BGH nochmals ganz klar im Sinne einer Ergebniskausalität positioniert.[14] Sachgerecht ist dies schon deshalb, weil überhaupt kein Anlass besteht, einer Missbrauchskonstellation die kartellrechtliche Relevanz abzusprechen, obwohl feststeht, dass das *missbräuchliche* Verhalten eines *marktbeherrschenden* Unternehmens *wettbewerbsschädliche* Auswirkungen hat.

10) BGH, 23.06.2020 – KVR 69/19, WRP 2020, 1316, Rn. 58.
11) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333, Rn. 22; ähnlich in der Lit. etwa *Körber*, NZKart 2019, 187, 191; *Lohse*, NZKart 2020, 292, 298.
12) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333, Rn. 52, mit Verweis auf *Franck*, ZWeR 2016, 137, 151 ff.
13) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333, Rn. 48; aus der Lit. s. etwa *Körber*, NZKart 2019, 187, 193; *Thomas*, NZKart 2017, 92, 95 f.; *Wiedmann/Jäger*, K&R 2016, 217, 219 f.
14) BGH, 23.06.2020 – KVR 69/19, WRP 2020, 1316, Rn. 72 ff.; aus der Lit. vgl. etwa *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 72; *Mohr*, EuZW 2019, 265, 272 f.

IV. Zur kartellrechtlichen Relevanz des Datenschutzrechts

Die Sorge traditionsbewusster Kartellrechtler, das Bundeskartell- 9
amt könnte sich im Facebook-Verfahren zu einem „Bundesdatenschutzkartellamt"[15] aufgeschwungen haben, um in dieser Funktion datenschutzrechtliche Verstöße ohne irgendeinen wettbewerblichen Zusammenhang auf Grundlage des Kartellrechts zu verfolgen, dürfte vor allem daher rühren, dass sich der Beschluss des Bundeskartellamts auf den ersten Blick über weite Strecken hinweg wie ein datenschutzrechtliches Gutachten zu den Datenverarbeitungspraktiken von Facebook liest. Der BGH wollte ein solches Missverständnis von vornherein nicht aufkommen lassen. Der Gerichtshof hat daher bereits in der Pressemitteilung zu seiner Entscheidung klargestellt, dass es für die Frage des Marktmachtmissbrauchs nicht darauf ankommt, ob die Datenverarbeitungspraxis von Facebook DSGVO-konform ist oder nicht, sondern vielmehr allein entscheidend ist, dass Facebook seinen Nutzern keine Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Ob und Wie einer Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einräumt.[16]

Diese Pressemitteilung des BGH hatte bereits zu der Prognose 10
eingeladen, dass damit „für die Freunde der DSGVO" die Reise beendet sei, weil dieser leading case der Datenökonomie mit Datenschutzrecht „gar nichts zu tun" habe.[17] Ganz so strikt lässt sich dann allerdings das Kartellrecht doch nicht von den datenschutzrechtlichen Vorgaben isolieren. Auch der BGH steigt vielmehr in seinem Beschluss durchaus in eine datenschutzrechtliche Prüfung ein, wobei der Grund hierfür ebenso zwingend wie banal ist: Geht es um die – kartellrechtliche – Fragestellung, ob Facebook seinen Nutzern ein bestimmtes Geschäfts- bzw. Datenverarbeitungsmodell aufgezwungen hat, so ist zwangsläufig vorgeschaltet zu klären, ob Facebook zur Legitimation seiner Datenverarbeitungspraxis überhaupt einer rechtsgeschäftlichen Einbindung seiner Nutzer in Gestalt einer Einwilligung oder einer Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen bedarf oder ob Facebook sich stattdessen zur Legitimation seiner Datenverarbeitungspraxis auf die gesetzlichen Erlaubnistatbestände des Datenschutzrechts stützen kann. Eben deshalb haben sowohl das Bundeskartellamt (sehr ausführlich) als auch der BGH (vergleichsweise kurz) die Frage der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung durch Facebook auf Grundlage möglicher datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestände prüfen müssen – und sind dabei wenig überraschend zu dem Ergebnis gekommen, dass die exzessive Datenverarbeitung à la Facebook weitestgehend nicht von diesen gesetzlichen Erlaubnistatbeständen gedeckt ist. Eben deshalb, aber auch nur deshalb, stellt sich dann die kartellrechtlich relevante Frage, ob Facebook bei der erforderlichen rechtsgeschäftlichen Einbindung seiner Nutzer missbräuchlich agiert hat.

Unabhängig davon würde ohnehin der gesamten Diskussion um 11
Datenschutz und Kartellrecht ein bisschen weniger Schubladendenken guttun. Dass es sich beim Datenschutz- und beim Kartellrecht im Ausgangspunkt um zwei völlig unterschiedliche Rechtsgebiete handelt, muss nicht bedeuten, dass diese nicht partiell in ihren Wertungen und Zielsetzungen vergleichbar sein können. Die Zielsetzung, dass Facebook-Nutzer auf dem Datenmarkt in ihrer Eigenschaft als „Rohstofflieferant" selbstbestimmt und autonom agieren, dürfte das beste Beispiel dafür sein, wie Datenschutz- und Kartellrecht ineinandergreifen und sich gegenseitig absichern können. Der BGH hat in seinem Beschluss eine Vielzahl von Gründen angesprochen, warum von einer missbräuchlichen

15) *Karbaum*, DB 2019, 1072, 1075.
16) BGH, Pressemitteilung Nr. 80/2020: Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook, abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html.
17) *Podszun*, FACEBOOK @ BGH, Blog-Beitrag vom 23.06.2020; abrufbar unter www.d-kart.de.

Ausbeutung der Facebook-Nutzer auf dem Datenmarkt auszugehen ist – der aufgedrängte Leistungsinhalt, die fehlenden Wahlmöglichkeiten, das Angewiesensein auf die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben usw. All dies sind Aspekte, die ebenso aus datenschutzrechtlicher Perspektive die Einwilligung des Nutzers in eine Datenverarbeitung unwirksam werden lassen. Eine – datenschutzrechtlich – wirksame Einwilligung kommt regelmäßig nur dann in Betracht, wenn in der Datenökonomie ein funktionierender Wettbewerb besteht und ein Unternehmen wie Facebook seine Datenverarbeitungsbedingungen nicht einfach einseitig qua Marktmacht durchsetzen kann. Ebenso wie spiegelbildlich auch ein funktionierender Wettbewerb auf dem Datenmarkt darauf angewiesen ist, dass Nutzer als Datenlieferanten ihre Einwilligung im besten datenschutzrechtlichen Sinne auch tatsächlich bewusst, informiert und vor allem freiwillig erteilen, weil sie überhaupt nur dann als Verhandlungspartner auf Augenhöhe Unternehmen wie Facebook gegenübertreten können.[18]

12 Eben deshalb ist es auch zu schematisch und zu sehr einer vermeintlich reinen Lehre des Kartellrechts verhaftet, dass das OLG Düsseldorf pauschal all die Aspekte ausgeblendet hat, die im Datenschutzrecht für die Annahme einer wirksamen, weil selbstbestimmten Einwilligung in die Datenverarbeitung von Relevanz sind.[19] Das OLG hat damit verkannt, dass all diese Aspekte ebenso auch von kartellrechtlicher Relevanz sind, weil sie darüber entscheiden, ob – wie es der BGH formuliert hat – die Nutzer von Facebook eine echte und freie Wahl haben, in eine Nutzung ihrer „Off-Facebook"-Daten einzuwilligen oder eben auch nicht, ohne dass damit Nachteile verbunden wären.[20] Aus all diesen Gründen ist es nicht überraschend und erst recht nicht ein kartellrechtlicher Dammbruch, wenn in einer Konstellation wie hier mit datenschutzrechtlichen Verstößen auf dem Datenmarkt auch ein kartellrechtlicher Marktmachtmissbrauch einhergeht.

V. Fazit

13 Mit der BGH-Entscheidung in Sachen Facebook müssten – mit Ausnahme von Facebook – eigentlich fast alle zufrieden sein: diejenigen sowieso, die ein kartellrechtliches Einschreiten gegen Facebook aufgrund seiner Datenmacht schon längst für überfällig gehalten haben, aber auch diejenigen, die in dem Facebook-Verfahren des Bundeskartellamts bislang eine unzulässige Instrumentalisierung des Kartellrechts für außerwettbewerbliche Zwecke gesehen haben. Letzterer Gruppe hat der BGH mit seinem Beschluss in aller Klarheit und Deutlichkeit dargelegt, dass die Datenschutzverstöße marktmächtiger Unternehmen wie Facebook eben auch nach kartellrechtlichen Maßstäben eine missbräuchliche Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung bedeuten, ohne dass damit argumentativ eine starre Gleichsetzung im Sinne von „Datenschutzrechtsverstoß ≈ kartellrechtlicher Marktmachtmissbrauch" verbunden ist. Das Bundeskartellamt hat im Facebook-Verfahren gerade nicht als ein „Bundesaufsichtsamt für marktbeherrschende Unternehmen"[21] agiert. Dass es im Zuge des kartellrechtlichen Verfahrens auch datenschutzrechtliche Normen – und dies ausführlich – geprüft hat, ist der Natur der Sache geschuldet.

14 Wenn ein Unternehmen erstens marktmächtig ist und zweitens Daten verarbeitet, so muss es eben damit leben, dass es beiden Regelungsregimen unterfällt, dem Kartellrecht wie dem Datenschutzrecht, und dass es, wie oben angesprochen, zu Wechselwirkungen zwischen beiden Rechtsgebieten kommen kann. Sicherlich kann damit im Einzelfall das Risiko steigen, dass eine datenschutzrechtliche Fallgestaltung je nach (Kartell- oder Datenschutz-)Behörde auch einmal unterschiedlich beurteilt wird. Auch für solcherlei Herausforderungen einer Abstimmung zwischen verschiedenen Behörden hält das Recht aber eine Vielzahl von Abhilfeinstrumentarien bereit, sei es in Form von Informations-, Benehmens- oder auch Einvernehmenskonzepten.[22] Unabhängig von dieser rechtlichen Feinarbeit, die sicherlich noch geleistet werden muss, kann die Entscheidung des BGH in Sachen Facebook als Schritt hin zu einer fairen und regelkonformen Datenökonomie gar nicht hoch genug eingeschätzt werden – egal, ob man sich in erster Linie dem Datenschutz oder dem Wettbewerbsschutz verpflichtet fühlt.

18) S. dazu schon *Buchner*, WRP 2019, 1243, 1245 f.
19) OLG Düsseldorf, 26.08.2019 – Kart 1/19 (V), WRP 2019, 1333, Rn. 64.
20) BGH, 23.06.2020 – KVR 69/19, WRP 2020, 1316, Rn. 31.
21) *Körber*, NZKart 2019, 187, 193.
22) Dazu *Kieck*, PinG 2017, 67 ff.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1512.