



## Die BGH-Entscheidung in Sachen Facebook – Kartellrechtliche Leitplanken in der Internetökonomie?

Mit großer Spannung ist weit über die Grenzen Deutschlands hinaus die Entscheidung des BGH i. S. Facebook erwartet worden. Am 23. Juni 2020 war es dann soweit: Nach 3,5 Stunden Verhandlung verkündete der Vorsitzende des Kartellsenats, Prof. Dr. Meier-Beck, am Nachmittag, dass das „F“ aus *GAF*A (i) über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und diese (ii) missbraucht habe.<sup>1</sup>

Soweit, so klar, möchte man meinen. Bei der Begründung des Missbrauchs setzte der BGH aber mit einem eigenen Ansatz an. Das war überraschend.

Nicht nur der Umstand als solcher, dass der BGH im vorläufigen Rechtsschutz faktisch die Hauptsache, über die nun noch zu entscheiden ist, vorwegnahm. Sondern auch und vor allem vor dem Hintergrund der

konkreten Begründung. Diese wich nämlich entscheidend von der des Bundeskartellamtes in der Untersagungsverfügung ab, soweit man es der bisher veröffentlichten Pressemitteilung entnehmen kann.

Der Missbrauch läge in der fehlenden Wahlmöglichkeit der Nutzer. Bildlich gesprochen entfernte der BGH damit ein Glied aus der Argumentationskette des Bundeskartellamtes. Denn auch das Bundeskartellamt stellte auf die fehlende Wahlmöglichkeit ab, nahm diese aber nur als erstes Glied in der Argumentationskette, an deren Ende ein kartellrechtlicher Missbrauch (abgeleitet aus einem Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen) stand.

---

<sup>1</sup> Zur Pressemitteilung des Gerichts:  
<https://www.bundesgerichtshof.de/Shared-Docs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html?nn=13438126>

## Der Blickwinkel des Bundeskartellamtes

Nach Ansicht des BKartA missbraucht Facebook seine marktbeherrschende Stellung durch die Verwendung von Nutzungsbedingungen, die eine datenschutzrechtswidrige Verarbeitung der Nutzerdaten ermöglichen. Der datenschutzrechtliche Verstoß liege in der Verarbeitung und Verknüpfung von „Off-Facebook-Daten“ mit den personenbezogenen Daten, die aus der Facebook-Nutzung selbst entstehen. Darin läge die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke in Form des Konditionenmissbrauches. Aufgeworfen war damit die Frage von Freund- und/oder Feindschaft des Datenschutzes und Kartellrechts. Grund genug für uns, einen praxisgruppenübergreifenden Newsletter von Kartellrecht und IP-/IT-Recht aufzusetzen.

## Die Position des OLG Düsseldorf

Das OLG fand (wie auch sonst) deutliche Worte, warum die Position des Bundeskartellamtes unzutreffend war. Es ordnete daher die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Verfügung des BKartA mit Beschluss vom 26. August 2019 an.<sup>2</sup>

Das OLG konnte kein wettbewerbsschädliches Ergebnis erkennen. Die Daten seien

beliebig duplizierbar und damit auch Dritten zur Verfügung stellbar.<sup>3</sup>

Ein Ausbeutungsmissbrauch läge nicht vor. Die Verwendung von unzulässigen Vertragskonditionen stelle noch keine Gefährdung der Schutzgüter des Kartellrechts dar.<sup>4</sup> Auch habe sich die im Rahmen des Missbrauchsvorwurfs gebotene Kausalitätsprüfung nicht an den Bestimmungen des Datenschutzrechts, sondern an den Grundsätzen des Kartellrechts zu bemessen.<sup>5</sup> Es handele sich bei der Zustimmung der Verbraucher um eine höchstpersönliche Abwägung auf der Grundlage eigener Präferenzen und Wünsche.<sup>6</sup> Das BKartA habe keine hinreichenden Ermittlungen zur Ausbildung der Nutzungsbedingungen in dem „Als-ob Wettbewerb“ angestellt.<sup>7</sup> Außerdem reichen die Ausführungen des BKartA nicht aus, um einen Behinderungsmissbrauch zulasten der anderen Wettbewerber darzustellen.<sup>8</sup> Die Abstellungsmaßnahme sei auch ungeeignet, da die geforderte Einwilligung des Nutzers keinen Einfluss auf den Behinderungsmissbrauch haben könne.<sup>9</sup>

Bereits im Frühjahr 2019 gab es Kritik an der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes im Hinblick auf das Vorgehen gegen Datenschutzverletzungen.<sup>10</sup> Im Datenschutzrecht bestehen zwei grundsätzliche Wege, rechtswidriges Verhalten zu ahnden: Zum einen können die zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden Bußgelder in Höhe von bis zu 20 Mio. EUR oder 4 % des gesamten welt-

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. vom 26.08.2019- VI-Kart 1/19 (V) MMR 2019, 742.

<sup>3</sup> Ibid., Rn. 24.

<sup>4</sup> Ibid., Rn. 39.

<sup>5</sup> Ibid., Rn. 32 f, 66 f.

<sup>6</sup> Ibid., Rn. 69.

<sup>7</sup> Ibid., Rn. 70.

<sup>8</sup> Ibid., Rn. 83 f.

<sup>9</sup> Ibid., Rn. 80.

<sup>10</sup> <https://www.delegedata.de/2019/02/bundeskartellamt-erlasst-untersagungsverfuegung-gegen-facebook-warum-das-vorgehen-der-behoerde-datenschutzrechtlich-kritisch-betrachtet-werden-muss/> (letzter Abruf: 27.06.2020)

weit erzielten Jahresumsatzes verhängen (Art. 83 DSGVO). Alternativ können betroffene Personen Schadensersatz für materielle, aber ebenfalls auch für immaterielle Schäden geltend machen (Art. 82 DSGVO). Nicht höchstrichterlich geklärt ist bisher die Frage, ob und inwieweit Verletzungen von Vorschriften der DSGVO auch von anderen Marktteilnehmern oder Verbänden selbständig im Wege wettbewerbsrechtlicher Abmahnungen geahndet werden können. Die Beantwortung dieser Frage ist davon abhängig, ob die Vorschriften der DSGVO sog. marktverhaltensregelnde Vorschriften im Sinne des § 3a UWG darstellen. Zum Teil wird die Anwendbarkeit des § 3a UWG auf (manche) Vorschriften der DSGVO bejaht.<sup>11</sup> Dementgegen wird eingewendet, die DSGVO sei auf eine Vollharmonisierung ausgerichtet und enthalte daher ein abgeschlossenes Regelungssystem.<sup>12</sup> Für eine Klärung dieser relevanten Frage könnte bald der EuGH sorgen, nachdem ihm der BGH im Mai 2020 diese konkrete Frage in einem anhängigen Verfahren zur Vorabentscheidung vorgelegt hat.<sup>13</sup>

## Dann kam der BGH

Viele Kommentatoren hatten durchaus erwartet, dass der BGH klar Stellung bezieht. Dies jedoch eher erst später im Hauptsacheverfahren, nicht aber im Eilverfahren. Er tat es – wie eingangs erwähnt – dennoch und hob den Beschluss des OLG Düsseldorf auf und stellte die sofortige Vollziehbarkeit der Verfügung des BKartA her. Er betonte, dass es sich bei dem vorliegenden Sachverhalt um zentrale kartellrechtliche und nicht

datenschutzrechtliche Fragestellungen handele. So umging das Gericht elegant systematische Bedenken, die z. B. gegen die Zuständigkeit des BKartA erhoben wurden. Das Gericht verwandte das Bild eines marktbeherrschenden „Trocknerherstellers“, der seine Kunden auch nicht mit dem Verweis auf die Nicht-Notwendigkeit eines Trockners zur Eingehung jeglicher Nutzungsbedingungen zwingen könne.

Das Argument der fehlenden Wahlmöglichkeit ist spannend, aber auch noch unklar. Der Nutzer müsse frei zwischen einem Angebot unter Verwendung intensiverer Personalisierung durch die Nutzung von „Off-Facebook-Daten“ sowie einem Angebot unter Verwendung weniger intensiver Personalisierung ohne die Nutzung solcher Daten wählen können. Unklar bleibt, warum es gerade diese beiden Alternativen (und nicht mehr) geben soll?

Facebook sei auf zwei Märkten tätig, indem es sowohl soziales Netzwerk als auch Werbeplattform sei. Die Bereitstellung von personalisierten Erlebnissen und Kommunikationsinhalten gegenüber den Nutzern sowie die Refinanzierung der Plattform mittels Werbung verschränkt diese Märkte. Die Wahlfreiheit des Nutzers stellt dabei einen ökonomisch bedeutsamen Aspekt dar. Dies liege am „Lock-in-Effekt“. Durch die intensive Personalisierung der Werbung steigt der Wert der eigenen Plattform. Andere Wettbewerber verlieren an Attraktivität. So scheint der BGH durch den Ausbeutungsmissbrauch aufgrund der besonderen Konstellation und Rolle von Daten in diesen

<sup>11</sup> Vgl. dazu unter anderem OLG Hamburg, Urt. v. 25.10.2018 – 3 U 66/17; OLG Stuttgart, Urteil vom 27.02.2020 – 2 U 257/19

<sup>12</sup> Vgl. dazu unter anderem LG Bochum, Urteil vom 7.8.2018 – I-12 O 85/18; LG Wiesbaden, Urteil vom 5.11.2018 – 5 O 214/18

<sup>13</sup> Pressemitteilung des BGH (I ZR 186/17): <https://www.bundesgerichtshof.de/Shared-Docs/Pressemitteilung/DE/2020/2020066.html?nn=10690868> (letzter Abruf: 01.07.2020)

verschränkten Märkten auch einen Behinderungsmissbrauch begründet zu sehen.

## Wettbewerbsbezug der Wahlentscheidung

Es drängt sich die Frage auf, wie sich das Vorhandensein einer Wahlmöglichkeit auf den Wettbewerb auswirken soll? Verständlich ist das Wahlargument. Aber wo ist der Bezug zum Wettbewerb? Das Postulat der eigenständigen Entscheidung (unabhängig von anderen Marktteilnehmern) vermag nicht die alleinige Antwort zu geben.

## Wie geht es weiter?

Nunmehr bleibt die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Hauptsacheverfahren abzuwarten. Sollte das OLG hier weiter seine im Eilverfahren deutlich gewordene Auffassung vertreten, ist es vorstellbar, dass sich der BGH ein zweites Mal intensiver mit dem Sachverhalt auseinandersetzen muss.

Durch die BGH-Entscheidung vom 23. Juni 2020 scheint das Ergebnis aber in vielen Konturen scharf gezeichnet. Mit Ablauf des Eilverfahrens endete die Hemmung der viermonatigen Frist, binnen derer Facebook einen Umsetzungsplan vorzulegen hat.

## In welchem Kontext steht die GAFA-Entscheidung?

Es gibt aktuell vielfach Bestrebungen auf europäischer und nationaler Bühne, die sich mit den kartellrechtlichen Fragestellungen der Internetökonomie auseinandersetzen. Zu viele, um diese alle zu skizzieren.

Zu nennen sind hier die aktuelle 10. GWB-Novelle, die ab dem 12. Juli 2020 anzuwendende P2B-Verordnung sowie das noch

laufende Verfahren gegen Amazon bei der EU-Kommission, im Hinblick auf Amazons Doppelrolle als Marktplatz und Einzelhändler.

## Sollte ich mich für die Entscheidung interessieren, wenn ich nicht zu den GAFA gehöre?

Ja, denn die Entscheidung spielt überall dort eine Rolle, wo Unternehmen kostenlose Angebote mit Werbung finanzieren und durch die Nutzungsbedingungen die Wahlfreiheit der Kunden einschränken. Anwendungsfelder gibt es einige.

Eintrittsbedingung ist aber die marktbeherrschende Stellung. Von einer marktbeherrschenden Stellung wird ab einem Marktanteil von 40 Prozent ausgegangen (§ 18 Abs. 4 GWB). Aufgrund von häufig kleinteiligen Marktsegmenten trifft dies auf eine Vielzahl von Unternehmen zu.

Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber im Nachgang zum Verfahren tätig wird. De lege ferenda erscheint es auch als gangbarer Weg, das inkriminierte Verhalten im Rahmen der AGB-Klausel-Kontrolle einzubinden. Der vom OLG Düsseldorf beschriebenen Gleichgültigkeit der Nutzer gegenüber den Nutzungsbedingungen könnte auch im Rahmen der Klausel-Kontrolle genüge getan werden. Dies wäre die konsequente Fortführung des bereits beschrittenen Weges, strengere Anforderungen an die AGB von Online-Diensten zu implementieren. Dies sieht man nicht zuletzt an der P2B-Verordnung oder an der künftig umzusetzenden Omnibus-Richtlinie.

---

## Ihre Ansprechpartner



**Dr. Lars Maritzen LL.B MLE**  
Rechtsanwalt, Salary Partner

T +49 211 60035-292  
lars.maritzen@orthkluth.com



**Maria Krönig LL.M. (Waseda University)**  
Rechtsanwältin

T +49 211 60035-294  
maria.kroenig@orthkluth.com



**Prof. Dr. Michael Bohne**  
Of Counsel

T +49 211 60035-174  
michael.bohne@orthkluth.com