

## Kartellrecht im digitalen Zeitalter

Zur Facebook-Entscheidung des BGH vom 23.06.2020

Dr. Frank Remmert | Rechtsanwalt, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz und IT-Recht | REMMERTZ | LEGAL

09. Juli 2020

LR 2020, Seiten 183 bis 186 (insgesamt 4 Seiten)

---

Die rasant wachsende Marktmacht der Tech-Giganten Google, Amazon, Facebook und Apple (sog. GAFA-Unternehmen)<sup>1</sup> gerät zunehmend ins Fadenkreuz der Kartellwächter. Daten sind längst zu einem wichtigen Wirtschaftsfaktor geworden. Mit personenbezogenen Daten lassen sich Persönlichkeitsprofile erstellen, die im Onlinemarkt Milliarden an Werbeeinnahmen versprechen. Beim Thema Datenschutz liegt Facebook mit den Datenschutzbehörden schon lange im Clinch. Jetzt treten auch die Kartellbehörden auf den Plan. Ein erster Punktsieg ist jetzt dem Bundeskartellamt (BKartA) gegen Facebook gelungen. In einer viel beachteten Entscheidung vom 23.06.2020 hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs Facebook eine empfindliche Niederlage verpasst und der Datensammelwut deutliche Grenzen gesetzt. Die Entscheidung erging in einem Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz gegen ein vom BkartA 2019 ausgesprochenes Verbot, Daten der Nutzer aus unterschiedlichen Quellen ohne deren freiwillige Einwilligung zusammenzuführen. Das BkartA ist der Ansicht, dass Facebook durch die umfassende Sammlung der Nutzerdaten seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt sozialer Netzwerke in Deutschland missbräuchlich ausnutzt. Dieser Argumentation hat sich nunmehr der BGH – wenn auch nur vorläufig – angeschlossen. Der Beschluss des BGH ist aus Sicht von Kartellrechtsexperten<sup>2</sup> eine Überraschung, weil die Vorinstanz<sup>3</sup> noch pro Facebook entschieden hatte und mit ausführlicher Begründung eigentlich kein gutes Haar an der Kartellamtsentscheidung ließ. Bislang liegt zwar nur die Pressemitteilung des BGH vom 23.06.2020<sup>4</sup> vor. Aber schon die ist aufschlussreich genug, um eine erste Bewertung vorzunehmen.

1

---

<sup>1</sup> <https://de.wikipedia.org/wiki/GAFAM>.

<sup>2</sup> Siehe dazu den Blog-Beitrag von Podszun unter <https://www.d-kart.de/blog/2020/06/27/die-facebook-entscheidung-ist-jetzt-alles-klar/>.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.08.2019 – VI Kart 1/19 = WRP 2019, 1333.

<sup>4</sup> Die Pressemitteilung ist veröffentlicht unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=55c79904c4ed820d20f11268332ac16e&nr=107146&linked=pm&Blank=1>.

## I. Wie alles begann – Das Verfahren des Bundeskartellamts

Bekanntlich sammelt Facebook über den „Gefällt-Mir-Button“ auch Daten von Nutzern fremder Websites, die nicht Facebook-Mitglied sind. Hier wird Facebook vorgeworfen, seine Marktmacht zum Sammeln der Daten zu missbrauchen, ohne dass die Betroffenen ausreichend darüber aufgeklärt werden und die Möglichkeit haben, der „Sammelwut“ zu entgehen. Das Bundeskartellamt hat deshalb 2019 nach langen Vorermittlungen Facebook u.a. die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen (auch über konzerneigene Dienste wie Instagram und WhatsApp) sowie über Plattformen Dritter in einer über 300 Seiten starken Entscheidung vom 06.02.2019<sup>5</sup> untersagt. Facebook missbrauche seine Marktmacht gemäß § 19 Abs. 1 GWB, indem es u.a. Daten der Nutzer auch außerhalb der Plattform sammelt und verwertet (u.a. über den Like-Button auf fremden Webseiten). Die Einwilligung in die Nutzungsbedingungen insgesamt stelle keine wirksame Einwilligung nach den Art. 6 I a), 7 DSGVO dar. Ermöglicht wurde das Verfahren durch die 9. GWB-Novelle<sup>6</sup>, die den Missbrauch von Marktmacht auch in „unentgeltlichen“ Märkten erlaubt.

2

## II. Erster Dämpfer für das BKartA – Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Zunächst sah es für das BKartA gar nicht gut aus. Auf Antrag von Facebook stoppte das OLG Düsseldorf nämlich vorläufig die Durchsetzung der Kartellamtsentscheidung. In einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ordnete das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 26.08.2019<sup>7</sup> gemäß § 65 Abs. 3 GWB die aufschiebende Wirkung der Beschwerden von Facebook mit der Begründung an, es bestünden schon nach summarischer Prüfung ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung. Facebook könne – so das OLG Düsseldorf – kein Marktmissbrauch nachgewiesen werden. Das Gericht unterstellte zwar sowohl eine marktbeherrschende Stellung von Facebook als auch Verstöße gegen die DSGVO. Dies sei aber noch lange kein Kartellrechtsverstoß, so die Ansicht des OLG Düsseldorf. Die Nutzer würden durch die Preisgabe ihrer Daten wirtschaftlich nicht geschädigt, denn sie würden ihre Daten ja nicht verlieren. Anders als bei einem klassischen Nutzungsentgelt seien Daten duplizierbar. Das Gericht äußert aber auch Zweifel, ob Facebook gegen die DSGVO verstößt.

3

Das OLG Düsseldorf stellte auch die – in Fachkreisen umstrittene<sup>8</sup> – Kompetenz der Kartellbehörde in Fragen des Datenschutzrechts in Frage. Ähnlich wie beim Streit um die Abmahnfähigkeit von DSGVO-Verstößen<sup>9</sup> durch Mitbewerber und Verbraucherverbände nach dem UWG, der dazu beigetragen hat, dass eine Abmahnwelle bisher ausgeblieben

4

<sup>5</sup> Die Entscheidung ist veröffentlicht auf der Webseite des BKartA unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>6</sup> <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/gwb-novelle.html>.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf, WRP 2019, 1333.

<sup>8</sup> Siehe nur die Kritik von Härting, <https://www.cr-online.de/blog/2019/02/07/das-19-rad-am-wagen-das-kartellamt-masst-sich-befugnisse-an-und-legt-die-dsgvo-fragwuerdig-aus/>.

<sup>9</sup> Siehe dazu den Überblick im Blogbeitrag <https://loeffel-abrar.com/newsblog/sind-verstoesse-gegen-die-datenschutz-grundverordnung-wettbewerbswidrig/>.

ist<sup>10</sup>, ist auch hier streitig, ob die Sanktionsmöglichkeiten der Datenschutzaufsichtsbehörden in der DSGVO abschließend sind oder auch Gegenstand von kartellrechtlichen Maßnahmen sein können.

### III. „Wer zuletzt lacht, .....“ – Die BGH-Entscheidung vom 23.06.2020

Der Kartellsenat des BGH hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf aufgehoben und entschieden, dass das vom Bkarta ausgesprochene Verbot vorläufig durchgesetzt werden darf. 5

Für den BGH bestehen keine ernsthaften Zweifel, dass Facebook auf dem deutschen Markt für soziale Netzwerke eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und diese missbräuchlich ausnutzt. Facebook treffe 6

*„eine besondere Verantwortung für die Aufrechterhaltung des noch bestehenden Wettbewerbs auf dem Markt sozialer Netzwerke. Dabei [sei] auch die hohe Bedeutung zu berücksichtigen, die dem Zugriff auf Daten aus ökonomischer Perspektive [zukomme]“.*

Der Kartellsenat stellt allgemein auf die Nutzungsbedingungen von Facebook ab, die nach Ansicht des Kartellsenats für die Nutzer alternativlos sind, wenn sie den sozialen Dienst nutzen wollen (nach dem Motto „Friss oder stirb“). Es müsse ihnen aber auch eine Nutzung des sozialen Netzwerks gestattet werden, bei der weniger personenbezogene Daten preisgegeben werden müssen. Die fehlende Wahlmöglichkeit beeinträchtigt die Nutzer nicht nur in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. „Vor dem Hintergrund der hohen Wechselhürden, die für die Nutzer des Netzwerks [bestünden] („Lock-in-Effekte“), [stelle] sie vielmehr auch eine kartellrechtlich relevante Ausbeutung der Nutzer dar, so der BGH in der Pressemitteilung. Nur bei freier Entscheidung der Verbraucher zwischen verschiedenen Angeboten könne sich ein freier Markt im Bereich sozialer Netzwerke entwickeln. 7

Der BGH hat den Fall (rein) kartellrechtlich bewertet und ausdrücklich offengelassen, ob die Nutzer eine wirksame Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO abgeben und Facebook gegen die DSGVO verstößt. Es kam dem BGH somit auch nicht darauf an, ob das Bkarta Sanktionen bei DSGVO-Verstößen treffen darf. Die spannenden Fragen an der Schnittstelle Datenschutz / Kartellrecht hat der BGH also nicht beantwortet. Möglich ist aber, dass sie im Hauptsacheverfahren intensiver behandelt werden. 8

Damit hat das Bkarta zumindest im Eilverfahren einen glatten Punktsieg gegen Facebook errungen und darf auf das Hauptsacheverfahren hoffen. 9

---

<sup>10</sup> <https://www.remmertz.legal/presse/dez18/dez1.html>.

#### **IV. Wie geht es weiter?**

Der Beschluss des BGH vom 23.06.2020 stellt einen Meilenstein des Kartellrechts auf dem Weg in das digitale Zeitalter dar und kann in seiner Bedeutung gar nicht überschätzt werden, auch wenn sie zunächst „nur“ im einstweiligen Rechtsschutz ergangen ist. Auf die ausführliche Begründung der Entscheidung darf man gespannt sein. Facebook ist nun zunächst einmal gezwungen, sich an die Entscheidung des BKartA zu halten. Eine endgültige Entscheidung bleibt aber dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Der Ball liegt jetzt wieder beim OLG Düsseldorf, das über die Beschwerde von Facebook entscheiden muss. Dabei ist absehbar, dass die unterschiedlichen Rechtsansichten zwischen OLG Düsseldorf und BGH erneut aufeinandertreffen werden, denn es ist nicht zu erwarten, dass das OLG im Hauptsacheverfahren von seiner Einschätzung abweicht. Um der Regel „Ober sticht unter“ zunächst zu entgehen, könnte das OLG Düsseldorf dem EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren mehrere Fragen vorlegen, u.a. dazu, inwieweit nationale Kartellbehörden nach der DSGVO überhaupt befugt sind, Sanktionen zu erlassen. Schon in anderen Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes hat sich das OLG Düsseldorf als sehr vorlagefreudig erwiesen.

10

Das Verfahren wird uns also noch eine ganze Weile beschäftigen – angesichts der rasenden Geschwindigkeit digitaler Entwicklungen vielleicht (ein wenig) zu lange.

11