

„No expectation of privacy on Facebook“? – Über den Schutz der Privatsphäre auf Facebook aus dem Blickwinkel des europäischen Datenschutz- und Wettbewerbsrechts

Bericht über das am 03.12.2019 am Juridicum veranstaltete Legal Lunch Seminar (LLS)

Krisztina Lilla Vajda

A. Zielsetzung der Veranstaltung

Im Zentrum des LLS standen einmal mehr die Förderung des interdisziplinären Austausches und der institutsübergreifenden Zusammenarbeit auf Mittelbauebene der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Diesem Zweck entsprechend, erörtern *Arno Scharf* (Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht) und *Jakob Zanol* (Arbeitsgruppe Rechtsinformatik, Institut für Europarecht Internationales Recht und Rechtsvergleichung) den Schutz der Privatsphäre aus datenschutz- und wettbewerbsrechtlicher Sicht.

B. Einleitung

Einleitend zeigt *Jakob Zanol* anhand eines in den USA anhängigen Verfahrens gegen Facebook die Probleme und Querschnitte zwischen Datenschutzrecht und Wettbewerbsrecht, insbesondere dem Kartellrecht, auf. Facebook bietet seine Dienstleistungen unentgeltlich am Markt an; dafür werden die Daten, die bei der Nutzung entstehen, von Facebook an Werbeunternehmen verkauft. Facebook hat im Verfahren argumentiert: „There is no privacy on Facebook“. Fraglich ist, ob diese Argumentation auch im europäischen Raum möglich ist. Das ist auf Basis der im Mai 2018 in Kraft getretenen DSGVO zu beurteilen. Diese sieht Beschränkungen der Zulässigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten vor. Unter

personenbezogenen Daten versteht man „Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person [...] beziehen“ (Art 4 Z 1 DSGVO). Auf Social Media teilt man viele personenbezogene Daten, tendenziell auch mehr als man üblicherweise von sich preisgibt. Durch die Anwendung von Algorithmen auf scheinbar banale Informationen (wie Likes, Profilbild und Freundeskreis) können ganz sensible personenbezogene Daten abgeleitet werden, die dann in weiterer Folge gezielt für die Zusendung von personenbezogener Werbung verwendet werden. Einen Anwendungsfall bietet die Wahlbeeinflussung durch Cambridge Analytica, die durch gezielte Werbeeinschaltungen die Wählerschaft vor der Präsidentschaftswahl manipulieren wollte. Die Daten dafür bezog Cambridge Analytica von Facebook.

Dieser Cambridge Analytica-Skandal bot Anlass für eine Sammelklage, bei der Facebook-Nutzer die Plattform auf Schadenersatz klagten. Wesentliches Argument des Betreibers war, dass die Daten mit der Öffentlichkeit freiwillig geteilt wurden und daher keine Erwartungen bezüglich der Privatsphäre hätten gehegt werden können.

C. Öffentlichkeit im europäischen und nationalen Datenschutzrecht

Es mag verwundern, aber dieses Argument ist auch im europäischen Rechtsraum denkbar, zumindest, wenn man nach dem Wortlaut einzelner Bestimmungen geht: Während Art 6 DSGVO die Zulässigkeit der Verarbeitung regelt, sind in Art 9 DSGVO für die Verarbeitung besonderer ("sensibler") Kategorien personenbezogener Daten Sonderbestimmungen vorgesehen. Deren Verarbeitung ist zwar grundsätzlich verboten, Art 9 Absatz 2 lit e sieht jedoch eine Ausnahme für personenbezogene Daten vor, die von der betroffenen Person offensichtlich öffentlich gemacht wurden. Ob das aber bereits als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung ausreichend ist, ist fraglich. Die EuGH-Rechtsprechung steht einer kategorischen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Bearbeitung von personenbezogenen Daten jedenfalls ablehnend gegenüber. Es wird eine Interessensabwägung notwendig sein.

Im nationalen Bereich ist auf § 1 Abs 1 DSG hinzuweisen, der besagt, dass jedermann Anspruch auf den Schutz seiner personenbezogenen Daten, insbesondere deren Geheimhaltung, hat, soweit ein schutzwürdiges Interesse besteht. Der Schutz ist (dem Wortlaut nach) ausgeschlossen, wenn die Informationen allgemein verfügbar oder nicht auf die betroffene Person zurückzuführen sind. Nach ständiger Rechtsprechung bezieht sich der Ausschluss lediglich auf die Replikation der Daten. Sobald die Daten darüberhinausgehend (für einen neuen Zweck) genutzt werden sollen, ist wiederum eine eigene Rechtsgrundlage erforderlich.

Zusammenfassend bedeutet das, dass sich Facebook nicht allein darauf stützen könne, dass Daten öffentlich verfügbar seien, sondern diese Daten nur aufgrund einer eigenen Rechtsgrundlage handelsrechtlich verarbeiten dürfe. Das könnte etwa eine Einwilligung der betroffenen Person sein und durch die Zustimmung zu den AGB bei der Anmeldung verwirklicht werden. Dieses Vorgehen sei aber nicht grenzenlos möglich und könne sogar wettbewerbsrechtliche Fragen aufwerfen.

D. Wettbewerbsrechtliche Aspekte

Arno Scharf beschäftigt sich einleitend mit dem Verhältnis zwischen Datenschutzrecht und Kartellrecht. Die beiden Rechtsmaterien haben unterschiedliche Zielsetzungen. Während das Datenschutzrecht dazu dient, die Persönlichkeitsrechte und die Grundrechte der betroffenen Person zu schützen, dient das Kartellrecht dem Schutz des Wettbewerbs als Institution. Grundsätzlich seien die beiden Rechtsgebiete daher auseinanderzuhalten, und daher fielen Fragen im Zusammenhang mit der Sensibilität von Daten nicht in den Anwendungsbereich des Kartellrechts. Die fortschreitende Digitalisierung führt aber zum Zusammenrücken der beiden Materien. So hat der Präsident des deutschen Bundeskartellamts (BKartA), Andreas Mundt, bereits ausgesprochen: *„Datenschutz, Verbraucherschutz und der Wettbewerbsschutz kommen an der Stelle zusammen, an der Daten, wie bei Facebook, einen wesentlichen Faktor für die wirtschaftliche Dominanz eines Unternehmens darstellen.“* Ähnlich sagt auch die EU-Wettbewerbskommissarin, Margarethe Vestager, in einer Rede vom 21.11.2019: *„With access to the right data, you get so much new insight and understanding that it can be hard for others to compete without it. That’s why, as competition enforcers, we’re constantly alert to the risk that controlling data will become a way to shut out competition.“*

Dieses Zusammenspiel wird vor allem bei Internetplattformen mit datengetriebenen Geschäftsmodellen, wie Facebook, sichtbar. Die Nutzung erfolgt keineswegs kostenlos, denn die Gegenleistung besteht in der Hergabe von Daten, auf deren Basis personalisierte Werbeplätze vermarktet werden. Die Daten werden daher als Wettbewerbsfaktor anerkannt und sind relevant für die Stellung der Unternehmen im Wettbewerb. Bei Unternehmen, die eine dauerhaft starke Marktposition haben, greift dann das kartellrechtliche Missbrauchsverbot.

Die Missbrauchskontrolle findet ihre Rechtsgrundlage in Art 102 AEUV (EU), § 5 KartG (Österreich) bzw § 19 GWB (Deutschland, auf dessen ausschließlicher Grundlage das BKartA das Verfahren gegen Facebook führt) und besagt, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Stellung im Wettbewerb nicht missbrauchen dürfen. Das Missbrauchsverbot ist eine der sog drei Säulen des Kartellrechts und ist in drei Schritten zu prüfen. Zunächst muss man den

relevanten Markt abgrenzen, auf dessen Basis das Vorliegen von Marktbeherrschung festgestellt werden kann. In einem letzten Schritt ist zu prüfen, ob die marktbeherrschende Stellung missbraucht wurde.

Anhand des Verfahrens des deutschen BKartA gegen Facebook führt *Arno Scharf* nun die Theorie in die Praxis. Nutzer von Facebook müssen nach dem „take it or leave it“-Prinzip in die AGBs, und damit auch in die Datenschutzrichtlinien von Facebook, einwilligen, um sich registrieren zu können. Auf dieser Grundlage sammelt Facebook nun Daten, die während der Nutzung des sozialen Netzwerks selbst anfallen (sog. „on-Facebook“-Daten). Gegenstand des Verfahrens waren aber gerade jene Daten, die Facebook außerhalb der Plattform über seine Nutzer erhebt und anschließend mit den Facebook-Nutzerprofilen zusammenführt (sog. „off-Facebook-Daten“). Dazu gehören sowohl Daten, die auf konzerneigenen, gegenüber Facebook aber dennoch als separat zu betrachtenden, Diensten wie Instagram oder WhatsApp gesammelt werden als auch jene, die auf Drittwebseiten und Drittapplikationen erhoben werden. Auf Basis der in Drittwebseiten und Drittapplikationen über Programmierschnittstellen (Application Programming Interfaces, APIs) eingebetteten Facebook Business Tools (bspw. „Gefällt-mir“-Button, „Teilen“-Button, Facebook-Login, etc) werden Daten ohne Wissen der Nutzer an Facebook übertragen und zwar bereits mit dem Aufruf der Webseite bzw. Start der Applikation. Für eine Datenübermittlung ist es somit etwa nicht erforderlich, dass der Nutzer tatsächlich auf den „Gefällt-mir“-Button klickt. Das BKartA kommt zu dem Ergebnis, dass der Umfang, in dem das soziale Netzwerk „off-Facebook“ verarbeitet, gegen Datenschutzrecht verstoße. Fraglich ist nun, ob bzw. welchen Einfluss dieser Befund auf die kartellrechtliche Analyse, insb. auf das Missbrauchsurteil des BKartA, hat.

Dazu ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen sowie das Vorliegen von Marktmacht festzustellen. Das BKartA grenzt (sachlich) den Markt für soziale Netzwerke ab und beschränkt diesen (räumlich) auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. *Arno Scharf* ist der Meinung, dass der Markt in räumlicher Hinsicht zu eng gefasst wurde und zumindest nach Sprachräumen hätte abgegrenzt werden können (hier: D-A-CH-Region). In weiterer Folge kam das BKartA zum Entschluss, dass Facebook mit einem Marktanteil von etwa 95% marktbeherrschend sei und folglich der Missbrauchskontrolle unterliege.

Sodann beurteilte das BKartA den Umfang der Datensammlung durch Facebook als missbräuchlich. Es stufte die Nutzungsbedingungen von Facebook als unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne des Kartellrechts ein und bejahte das Vorliegen eines sog. Konditionenmissbrauchs. Dabei wird die Unangemessenheit laut dem EuGH anhand einer umfassenden Interessensabwägung festgestellt (hier: Abwägung der Interessen der Nutzer mit

jenen von Facebook). Nach der Rsp des BGH können in diese Interessensabwägung explizit auch zivil- und grundrechtliche Wertungen (VBL-Gegenwert I/II; *Pechstein*) miteinfließen.

Der BKartA knüpft an die BGH-Rechtsprechung an und überträgt diese auf das Datenschutzrecht. In weiterer Folge beurteilt die Behörde die kartellrechtliche Angemessenheit der AGB am Maßstab der europäischen DSGVO. Zu diesem Zweck müssten etwaige Rechtfertigungsgründe beachtet werden, die das Sammeln der „off-Facebook“-Daten rechtfertigen könnten. Zunächst wird gesagt, dass keine wirksame Einwilligung der Nutzer (Art 6 Abs 1 lit a DSGVO) vorliege, weil gegen das datenschutzrechtliche Koppelungsverbot verstoßen worden sei. Dieses Koppelungsverbot besagt, dass der Vertragsabschluss nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass die Nutzer in die Datenverarbeitungskonditionen einwilligen. Das sei aber bei Facebook der Fall, da eine Registrierung ohne Zustimmung in die AGB nicht möglich ist. Es geht hier um den Erwägungsgrund 43 in der DSGVO, der anordnet, dass die Freiwilligkeit bei „*klarem Ungleichgewicht*“ der Verhandlungspositionen entfällt. Da Facebook marktbeherrschend ist und den Nutzern keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, liegt ein solches Machtgefälle jedenfalls vor.

Darüber hinaus ist die Verarbeitung der „off-Facebook“-Daten auch nicht notwendig für die Vertragserfüllung (Art 6 Abs 1 lit b DSGVO), da die Dienstleistungen auch ohne die „off-Facebook“-Daten angeboten werden können.

Zudem liege kein überwiegendes Interesse von Facebook vor (Art 6 Abs 1 lit f DSGVO). Eine Interessensabwägung zwischen Facebook (Gewinnerzielung) und den Nutzern (informationelle Selbstbestimmung) schlage zugunsten der Nutzer aus. Außerdem könnten die Nutzer nicht damit rechnen (ErwG 47 DSGVO), dass „off-Facebook“-Daten in dem beschriebenen Umfang gesammelt und anschließend mit ihrem Facebook-Nutzerprofil verknüpft würden.

Das BKartA bejaht einen Verstoß gegen DSGVO und folgert daraus zugleich auch einen Verstoß gegen Kartellrecht in Form eines Marktmachtmissbrauchs. Nach der Ansicht des BKartA manifestiert sich der Schaden im Kontrollverlust der Nutzer über ihre Daten. Das BKartA legt Facebook weitreichende Beschränkungen im Umgang mit Nutzerdaten auf, die Sammlung und Verknüpfung von „off-Facebook“-Daten ist zukünftig nur mehr mit wirksamer Zustimmung der Nutzer zulässig.

Facebook hat daraufhin Beschwerde beim OLG Düsseldorf erhoben und im Eilverfahren um einstweiligen Rechtsschutz Recht bekommen. Das OLG folgt dem Ansatz, dass kein

Marktmachtmissbrauch vorliege, da kein Verbraucherschaden und auch kein Wettbewerbsschaden festzustellen seien. Nach der Ansicht des OLG liege eine wirksame Zustimmung des Nutzers vor, da dieser eine autonome Abwägung der mit einer Registrierung auf Facebook verbundenen Vor- und Nachteile vorgenommen habe.

Das BKartA hat bereits angekündigt, gegen die Entscheidung des OLG Rechtsbeschwerde beim BGH einzulegen. Eine diesbezügliche Entscheidung bleibt abzuwarten.

Zuletzt nimmt *Arno Scharf* eine Würdigung des gegebenen Falles vor. Seiner Meinung nach könnten datenschutzwidrige AGB unter bestimmten Umständen gegen das Missbrauchsverbot verstoßen; allerdings müssten die Anknüpfungspunkte immer eigenständige kartellrechtliche Wertungen sein. Die Angemessenheit werde dabei auf Grundlage einer umfassenden Interessensabwägung festgestellt. In diese Abwägung könne auch die DSGVO miteinfließen. Dabei sei zu beachten, dass das kartellrechtliche Missbrauchsverbot grds unabhängig von Verstößen gegen Normen aus anderen Rechtsbereichen ist. Die Entscheidung vom EuGH *iS-Allianz Hungaria* könnte aber in die Richtung interpretiert werden, dass ein Rechtsverstoß Maßstab für einen Wettbewerbsverstoß sein kann. Dennoch ist *Arno Scharf* der Überzeugung, dass nicht jeder Rechtsverstoß ein Kartellrechtsverstoß sein könne und dürfe. Andernfalls würde es zu einer Ausuferung des Ausbeutungstatbestands kommen und auch der Zweck des Kartellrechts würde unterlaufen werden. Dieser liege im Schutz des Wettbewerbs als solchem und nicht im Schutz der Verbraucher vor Gesetzesverstößen aus anderen Rechtsbereichen.

Offen bleibt auch die Frage, ob zusätzlich zu einer Kartellgeldbuße (sofern eine solche in einem Bußgeldverfahren gegen Facebook verhängt wird; derzeit wird lediglich ein sog Verwaltungsverfahren geführt, in dem keine Geldbuße verhängt werden kann) eine separate Geldbuße nach der DSGVO verhängt werden kann. Eine solche parallele Verfolgung bzw Bestrafung nach dem Kartell- sowie Datenschutzrecht könnte unter bestimmten Umständen gegen das *ne bis in idem*-Prinzip (Art 50 GRC) verstoßen. In diesem Zusammenhang besteht allerdings noch Forschungsbedarf.

E. Diskussion

Felix Zopf leitet die Diskussion ein. Mit der Frage nach dem Verhältnis und der Rolle der lauterkeitsrechtlichen Fallgruppe des „Vorsprungs durch Rechtsbruch“ iSd § 1 UWG beginnt *Julia Told* ihre Wortmeldung. *Arno Scharf* erklärt, dass auch im Kartellrecht teilweise diskutiert wird, einen „kartellrechtlichen Rechtsbruchtatbestand“ einzuführen. Allerdings würde das zu

einer Ausuferung des Missbrauchstatbestands führen und dem Zweck des Kartellrechts zuwiderlaufen. Die Rechtsdurchsetzung aus anderen Rechtsgebieten dem Kartellrechtsregime zu unterwerfen, wurde auch dem BKartA vorgeworfen. Das Kartellrecht dürfe nicht dazu instrumentalisiert werden, Datenschutzrecht durchzusetzen.

Richard Franz fragt in weiterer Folge zu den „off-Facebook“-Daten, inwiefern diese mit der Argumentation im amerikanischen Verfahren gegen Facebook vereinbar sind, wenn der Nutzer den Inhalt öffentlich macht. *Jakob Zanol* führt dazu aus, dass sich die reasonable expectation of privacy bereits in der Rechtsprechung des EGMR durchgesetzt hat und immer eine Interessensabwägung vorzunehmen ist. Die Erfassung der reasonable expectation ist stets eine Rechtsfrage und knüpft an die vernünftige Erwartung des Nutzers an. Es ist allerdings nie nachgewiesen worden, was reasonable ist. Aus den Erwägungsgründen der DSGVO ergeben sich nur Hinweise an die Erwartungshaltung.

Andreas Baumgartner stellt die Frage, ob aus Verbrauchersicht der amerikanische Strafschadenersatz auch in Europa eingeklagt werden kann, wenn es keinen materiellen Schaden gibt. *Arno Scharf* weist darauf hin, dass der Schaden schwer einklagbar ist, mangels Bezifferung der konkreten Schadenersatzsumme. Wie auch das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung argumentiert hat, gibt es keinen Verbraucherschaden, der sich in Geld manifestiert. Der Kontrollverlust über die Daten stellt zwar uU einen Schaden dar, kann jedoch bis dato nicht in Geld beziffert werden. Auch *Jakob Zanol* bekräftigt die Schwierigkeit der Erfassung eines Strafschadenersatzes in Europa.

Paul Nimmerfall fragt angesichts des zunehmenden Diskurses rund um die Regulierung großer Internetplattformen, ob neuartige Verhaltensweisen, die den Umgang mit Daten betreffen, ausreichend von Art 102 AEUV erfasst werden können. Daraufhin entgegnet *Arno Scharf*, dass auch neuartige missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (wie etwa datenbezogenes Missbrauchsverhalten) aufgrund des sehr allgemein gehaltenen Wortlauts der Bestimmung von Art 102 AEUV erfasst werden können. Technologische Entwicklungen und die Besonderheiten von „datengetriebenen“ Geschäftsmodellen (Plattformcharakter, „Unentgeltlichkeit“ etc) sind allerdings angemessen zu berücksichtigen.

Abschließend fragt *David Messner* nach dem Schadensbegriff im Kartellrecht, konkret, warum es im Kartellrecht auf einen wirtschaftlichen Schaden ankommen muss. *Arno Scharf* entgegnet, dass das BKartA den Schaden in einem Kontrollverlust der Nutzer über ihre Daten sieht, da sie im Hinblick auf die Datenkonditionen nicht mehr selbstbestimmt über ihre

persönlichen Daten verfügen könnten. Im Gegensatz hierzu lehnt das OLG Düsseldorf diese Schadenstheorie ab und führt aus, dass die Nutzer durch die Datenpreisgabe nicht wirtschaftlich geschwächt werden (dies sei allerdings kritisch zu hinterfragen).

Felix Zopf bedankt sich für die Wortmeldungen und schließt die Diskussion.

F. Schluss

Das Seminar wurde aus dem Overhead Drittmittel Budget der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien finanziert, wofür sich die Teilnehmer am Seminar herzlich bedanken. Der nächste Termin findet am Dienstag, den 21.01.2020 von 12.30-13.30 Uhr im Dachgeschoß des Juridicums zum Thema „Geschlechterklauseln aus Anlass der Entscheidung OGH 6 Ob 55/18h“ statt.