

VERBRAUCHERSCHUTZ

## Facebook im Fadenkreuz des Datenschutzes: Sammlung von Nutzerdaten über andere eigene Portale und über Like-Button

von RA Christian Galetzka, LL.M. und Dipl. Jur. Sophie Garling, Würzburg

| Das Bundeskartellamt hat gegen das soziale Netzwerk Facebook entschieden. Aus seinem Beschluss vom 6.2.19 (B6-22/16) gehen einige stringente Veränderungen für Facebook und dessen Umgang mit Nutzerdaten hervor. Der Beschluss soll Facebook im Ergebnis bei der portalübergreifenden Sammlung von Daten – u. a. über WhatsApp und Instagram – Einhalt gebieten. Er ist insofern interessant, als sich das Bundeskartellamt (soweit ersichtlich erstmalig) mit der Auswirkung datenschutzrechtlicher Vorgaben, wie sie die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) enthält, auf kartellrechtliche Missbrauchstatbestände beschäftigt hat. Außerdem bietet der Beschluss Anlass, auch das EuGH-Verfahren in der Rechtssache „Fashion ID“ zur (datenschutz-)rechtlichen Zulässigkeit des Facebook-Like-Buttons in die Ausführungen mit einzubeziehen, und aus beiden Verfahren Empfehlungen für die Praxis abzuleiten. |

### 1. So ist Facebook bisher vorgegangen

Bislang war es so, dass Facebook die Nutzung seiner Dienste an die Zustimmung in seine Nutzungsbedingungen geknüpft hat. Dabei von einer auf Freiwilligkeit basierenden Einwilligung auszugehen, kann zurecht infrage gestellt werden. Facebook wurde so ermöglicht, nicht nur Daten von den Facebook-Seiten der Nutzer zu sammeln, sondern auch solche von anderen Drittquellen und Facebook-Diensten wie WhatsApp und Instagram. Diese Informationen wurden sodann mit der jeweiligen Facebook-Seite zusammengeführt. Durch dieses Vorgehen konnte sich Facebook einen erheblichen Gesamtdatenbestand über jeden Nutzer erstellen, sich auf diese Weise einen großen Marktvorteil verschaffen und seinen Vorsprung in der Marktbeherrschung im Bereich sozialer Netzwerke enorm ausbauen.

Als Bewertungskriterien führt das Bundeskartellamt in seinem Beschluss die Wettbewerbsrelevanz der von Facebook gesammelten Daten, Größenvorteile aufgrund von Netzwerkeffekten, das Verhalten der eigenen Nutzer und die Kraft des innovationsgetriebenen Wettbewerbsdrucks an. Je größer die Datenmenge über die Facebook-Nutzer ist, desto lukrativer werden Werbeflächen in diesem Bereich, wodurch sich Facebook auch einen finanziellen Vorteil schaffen kann. Aus diesem Grund hat sich das Bundeskartellamt überhaupt mit diesem Fall beschäftigt, denn das Sammeln und Verwerten von Daten stellt eine wesentliche Komponente für den Rang eines Unternehmens im Wettbewerb dar (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB). Hierbei handelt es sich um sogenannten Konditionenmissbrauch, denn nach der Rechtsprechung des BGH kann die Unangemessenheit von vertraglichen Regelungen eine missbräuchliche Ausbeutung des Nutzers darstellen. Das Bundeskartellamt

hat auch datenschutzrechtliche Verstöße zu überprüfen, um einen fairen Wettbewerbsmarkt zu ermöglichen, da durch die Ausbeutung gleichzeitig andere Wettbewerber behindert werden können.

## 2. Das wird Facebook durch den Beschluss untersagt bzw. aufgegeben

Entschieden wurde nun, dass Facebook so nicht weiter verfahren darf. Das portalübergreifende Sammeln und Zusammenführen von Daten ist Facebook zwar immer noch erlaubt, allerdings nur, sofern eine freiwillige und vor allem informierte Einwilligung des Nutzers hierfür vorliegt. Freiwillig bedeutet, dass Nutzungsmöglichkeiten der Dienste nicht an eine entsprechende Einwilligung gekoppelt sein dürfen, d. h. die Facebook-Dienste müssen auch ohne Einwilligung uneingeschränkt nutzbar sein.

Das Bundeskartellamt hat Facebook aufgegeben, innerhalb eines Monats einen Plan zur Umsetzung auszuarbeiten und diesen dem Bundeskartellamt vorzulegen. Hierzu wird es vorerst nicht kommen, da Facebook zwischenzeitlich Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt hat. Über diese hat nun das zuständige OLG Düsseldorf zu befinden und u. a. zu der Frage Stellung zu beziehen, ob das Bundeskartellamt mit der Verhängung von datenschutzrechtlichen Auflagen seine Befugnisse überschritten haben könnte.

## 3. So gelangt Facebook an die Daten von Drittanbietern

Facebook ist es, beispielsweise durch Webseiten-Plug-ins wie dem Facebook-Like-Button, möglich, die Daten von Drittanbietern zu erhalten. Hiermit und mit der damit verbundenen Frage nach der Verantwortlichkeit i. S. d. Datenschutzrichtlinie (RL 95/46 = DSRL) steht aktuell ein Verfahren vor dem EuGH vor dem Abschluss, in dem der Generalanwalt im Dezember 2018 seine Schlussanträge gestellt hatte (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts 19.12.18, C-40/17, Rz. 102). In diesem Fall zwischen der Fashion ID GmbH & Co. KG und der Verbraucherzentrale NRW e. V. wird der EuGH auf Grundlage der Empfehlungen des Generalanwalts voraussichtlich entscheiden, dass Webseitenbetreiber, die den Facebook-Like-Button auf ihren Internetseiten eingebunden haben, zumindest für die Erhebung von personenbezogenen Daten und die anschließende automatisierte Übermittlung dieser Daten an Facebook als (Mit-)Verantwortliche in diesem Sinne anzusehen sind.

## 4. Zum Sachverhalt: Das ist geschehen

Fashion ID hatte in ihrem Onlineshop einen Facebook-Like-Button via Plug-in direkt in den HTML-Code der Webseite eingebunden. Diese Direkteinbindung hatte zur Folge, dass Facebook über das Plug-in automatisch Informationen über die IP-Adresse des Besuchers und der Browser-String übermittelt wurden. Der Nutzen in diesen Fällen liegt für Webseitenbetreiber eindeutig in der kostenlosen Werbung, die durch das Teilen mit dem Klick auf den Like-Button entsteht. Die Datenübermittlung an Facebook geschah unabhängig davon, ob der Besucher den Button angeklickt hatte oder ob er überhaupt Nutzer von

Facebook oder auf seinem Facebook-Konto eingeloggt war. So kam die Frage auf, wer denn der „für die Verarbeitung Verantwortliche“ dieser „personenbezogenen Daten“ i. S. d. DSRL ist.

### **Für die Verarbeitung Verantwortlicher und personenbezogene Daten**

Verantwortlicher in diesem Sinne soll jede natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle sein, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet. Dabei sind personenbezogene Daten alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbar natürliche Person. Die Definitionen der DSRL unterscheiden sich übrigens nicht wesentlich von denen nach neuer Rechtslage der DS-GVO (vgl. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO bzw. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO). Die Entscheidung des EuGH hat ohnehin Relevanz auch für die neue Rechtslage.

### **Gemeinsame Verantwortlichkeit**

Der Identifikationscharakter ist bei personenbezogenen Daten der entscheidende Faktor, weshalb bereits die IP-Adresse ein solches Datum sein soll, da sie sich grundsätzlich einem Nutzer zuordnen bzw. zumindest auf den Verantwortlichen des Internetanschlusses beziehen lässt. So lag es auch im vorliegenden Fall. Nun hatte sich Fashion ID in dem EuGH-Verfahren damit verteidigt, dass sie keinerlei Eingriffsmöglichkeiten in diesen Vorgang und auch keinen Zugriff auf die entsprechenden Daten habe. Der EuGH hatte es in seiner Zeugen-Jehovas-Entscheidung für eine gemeinsame Verantwortlichkeit als ausreichend erachtet, wenn eine Ermunterung oder Ermöglichung zur Erhebung von personenbezogenen Daten vorliegt (EuGH 10.7.18, C-25/17). In ähnlich weiter Auslegung urteilte er für das Verhältnis zwischen [Facebook und den Betreibern von Fanpages auf der Facebook-Plattform](#) und nahm auch hier eine gemeinsame Verantwortlichkeit an (EuGH 5.6.18, C-210/16, Abruf-Nr. 201799).

Überträgt man diese Grundsätze des EuGH auf das Fashion ID-Verfahren, kann man zu dem Ergebnis kommen, dass die Verwendung des Plug-ins auf der Seite von Fashion ID es Facebook gerade erst ermöglicht hat, die Daten zu erhalten und weiterzuverarbeiten. Somit liegt zwar keine Verantwortlichkeit bei der Datenspeicherung durch Facebook seitens Fashion ID vor. Allerdings soll der Vorgang der Erhebung und Übermittlung die maßgebliche Phase der Verarbeitung sein und eine gemeinsame Verantwortlichkeit jedenfalls für dieses Stadium der Verarbeitung bejaht werden können (vgl. Schlussanträge Generalanwalt, Rz. 102).

### **Erlaubnis oder Einwilligung und Information des Nutzers**

Bei der Verwendung von Plug-ins sozialer Netzwerke ist damit Vorsicht geboten. Da jedenfalls beim Facebook-Like-Button personenbezogene Daten verarbeitet werden, muss hierfür nach dem Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt eine datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage in Form einer gesetzlichen Erlaubnis oder einer Einwilligung vorliegen. Zudem wäre der Nutzer vor der Verarbeitung u. a. über Art und Umfang der Verarbeitung über das Plug-in zu informieren. Als Rechtsgrundlage kommt nach dem bisherigen Verfahrensstand nur eine Einwilligung in Betracht. Diese sei von dem Webseitenbetreiber vor der Erhebung und Übermittlung der Daten einzuholen.

Da mit der Erhebung die Datenverarbeitungsvorgänge erst in Gang gesetzt werden und der Webseitenbetreiber dies ermöglicht, ist ihm gegenüber auch die Einwilligung abzugeben, so der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen im besagten Verfahren. Nur so sei eine wirksame und rechtzeitige Wahrung der Rechte des Nutzers möglich.

Der Webseitenbetreiber habe den Nutzer vorher entsprechend aufzuklären. Der Umfang müsse der Verpflichtung der gemeinsamen Verantwortlichkeit entsprechen, d. h. die Informationspflicht müsse alle Vorgänge abdecken, nämlich die Erhebung und die Übermittlung der Daten an Facebook (vgl. Schlussanträge Generalanwalt, Rzn. 77 ff., 132). Hierzu gehören die Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen, die Zweckbestimmungen der Verarbeitung, für die die Daten bestimmt sind, und weitere Informationen, sofern sie im Einzelfall notwendig sind. Dies entspricht auch den Vorgaben des Art. 13 DS-GVO, der aber noch zahlreiche weitere Informationspflichten enthält, die über den Stand der alten Rechtslage zur DSRL hinausgehen.

#### **Weitere Vorgaben der DS-GVO zur gemeinsamen Verantwortlichkeit**

In diesem Zusammenhang sind noch weitere Vorgaben der DS-GVO zur gemeinsamen Verantwortlichkeit zu beachten. Art. 26 Abs. 1 DS-GVO schreibt gemeinsam Verantwortlichen vor, dass sie für die Festlegung von Mitteln und Zwecken gemeinsamer Verarbeitungen eine Vereinbarung zu treffen haben. Darin ist in transparenter Form festzulegen, wer von ihnen welche Pflichten erfüllt (Taeger/Gabel, DSGVO BDSG, Art. 26 Rn. 13). Art. 26 Abs. 3 DS-GVO lässt der betroffenen Person die Wahl, welchen der gemeinsam Verantwortlichen sie z. B. bei einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten in Anspruch nehmen will. Beide Verantwortlichen können hierbei also gleichermaßen zur Verantwortung gezogen werden, da sie gesamtschuldnerisch haften (Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 26 Rn. 14). Am Beispiel des Fashion ID-Verfahrens trafe also den Webseitenbetreiber, der das Plug-in nutzt, gegenüber dem Geschädigten die gleiche Verantwortung wie Facebook – unabhängig von dem im Innenverhältnis Vereinbarten. Dies umfasst mitunter auch eine gesamtschuldnerische Haftung für von Aufsichtsbehörden verhängte Bußgelder.

## **5. Fazit: Vorsicht walten lassen**

Aus Sicht von Webseitenbetreibern ist die Verknüpfung mit Facebook über direkt in die Internetseiten eingebundene Plug-ins mit Vorsicht zu genießen:

- Es sollte stets geprüft werden, welche Daten von der eigenen Webseite durch das installierte Plug-in an Facebook übermittelt werden.
- Eine Einwilligung mit vorheriger Aufklärung muss eingeholt werden. Dies dürfte in der Praxis vor allem aus Marketingsicht nur schwer vermittelbar sein, auch wenn die Einwilligung der einzig rechtssichere Weg in der Nutzung des Facebook-Like-Buttons ist.

- Darüber hinaus werden Webseitenbetreiber – jedenfalls für die Erhebung von personenbezogenen Daten über Social Plug-ins und die Übermittlung dieser Daten an den sozialen Netzwerkanbieter – eine gesonderte Datenschutzvereinbarung mit dem sozialen Netzwerkanbieter zu schließen haben. Auch dies dürfte zumindest momentan in der praktischen Umsetzung Probleme machen, da im Zusammenhang mit der Nutzung von Facebook-Plug-ins – anders als bei der Nutzung von Facebook-Fanpages (vgl. sogenanntes Page Controller Addendum zu den Facebook-Nutzungsbedingungen) – bisher, soweit ersichtlich, noch keine Musterdatenschutzvereinbarung über die gemeinsame Verantwortlichkeit von Facebook bereitgestellt wurde. Hier wird man die aktuellen Entwicklungen beobachten müssen – vor allem nachdem der EuGH das Verfahren entschieden haben wird.

Auch das laufende Kartellverfahren gegen Facebook mit der noch ausstehenden Beschwerdeentscheidung des OLG Düsseldorf wird man zunächst abwarten müssen.