

# DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

**Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz**

**Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strasse Meyer**

## Datenschutz im Fokus

---

### Datenschutzkonferenz veröffentlicht neues Bußgeldkonzept

Praktische Auswirkungen für Unternehmen

Seite 9

### Der Unterschied zwischen dem berechtigten Interesse und dem Zweck der Verarbeitung

Ist das berechtigte Interesse immer deckungsgleich mit den verfolgten Zwecken einer Verarbeitung?

Seite 12

### „Brexit“ und seine Auswirkungen auf den Datenverkehr in Europa

Welcher datenschutzrechtliche Handlungsbedarf entsteht durch den „Brexit“ im Geschäftsverkehr mit dem Vereinigten Königreich?

Seite 14

### Datenschutzrecht als Haftungsrisiko für Digitalagenturen

Mängelrechte, Schadensersatz, Nichtigkeit: Vertragliche Risiken und Vertragsgestaltung im datenschutzsensiblen Agenturgeschäft

Seite 17

## Fragen aus der Praxis

---

### Umgang mit Fragebögen von Aufsichtsbehörden

Müssen Unternehmen auf einen behördlichen Fragebogen antworten?

Seite 20

## Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

---

### Rückschau 2019 – vier Gründe, die die Bußgeldhöhe beeinflussten

Seite 22

## Rechtsprechung

---

### Datenschutzerklärung von Google ist rechtswidrig

Seite 24

■ Stichwort / Nachrichten Seite 2 ■ Service Seite 28

Peter Hense

# Datenschutzrecht als Haftungsrisiko für Digitalagenturen

Digitalagenturen bieten Unternehmen neben Webprogrammierung und Webdesign auch Softwarelösungen wie Content-Management-, CRM- und Shopsysteme, Webhosting, AdServer, Apps sowie die gesamte Bandbreite der digitalen Kampagnencreation von Reichweite bis Performance. Längst steht nicht mehr allein die Erstellung von Werbemitteln im Vordergrund, sondern "Full Service". Wer alle Leistungen aus einer Hand anbietet, hat beim Kunden ein besseres Standing. Was Agenturen jedoch oft übersehen ist, dass jeder neue Geschäftsbereich auch neue rechtliche Pflichten und wirtschaftliche Risiken mit sich bringt. Wer digitaler „First Mover“ sein möchte, der ist im Krisenfall, wenn flotte Werbeworte auf ihre Belastbarkeit getestet werden, mitunter auch der Erste, den die Hunde beißen.

## Aufsichtsbehörden, Gerichtsverfahren und Complianceprüfungen von Auftraggebern

### Auditierung von Rechtsverhältnissen

Auch wenn die DSGVO im zweiten Jahr ihrer Anwendbarkeit vielerorts noch beweisen muss, dass sie Zähne hat, so weht doch bei Agenturen und Werbetreibenden spätestens seit Sommer 2019 ein kühler Wind, wenn es um heikle Themen wie Social Media, Webanalyse und Monetarisierung von Webtraffic geht. Behörden haben angefangen, arglos scheinende Fragebögen an Website- und Fanpagebetreiber zu versenden, um zu eruiieren, auf welche Weise und auf welcher Rechtsgrundlage bestimmte Tools und Marketingfeatures eingesetzt werden. Diese Fragen schlagen bei den verantwortlichen Agenturen auf und bringen plötzlich datenschutzrechtliche Unzulänglichkeiten zutage, die man bislang getrost ignoriert hatte. Zudem sind mittlerweile eine Vielzahl von Verfahren im Individual- und Verbandsklagebereich bei Gerichten anhängig, bei denen nach § 138 Abs. 1 ZPO vollständig und wahrheitsgemäß darzulegen sein kann, ob und wie die Anforderungen geltenden Datenschutzrechtes umgesetzt wurden. Nicht zuletzt beginnen Unternehmen anlässlich des vorsichtigen Aufblühens des Normvollzugs durch Aufsichtsbehörden im Rahmen von Compliance-Überprüfungen Risiken zu identifizieren und zu bewerten, die selbst erfahrene Wirtschaftsprüfer bis vor wenigen Monaten noch nicht auf dem Schirm hatten.

Gleich welcher Anlass, ob akut oder präventiv, die Ergebnisse gleichen sich. Ist zum Beispiel ein Risiko durch eine bestimmte Art der Verarbeitung von Kundendaten zutreffend identifiziert, werden alle vertraglichen und versicherungsrechtlichen Elemente und Beteiligten geprüft, um das Risiko in Geld beziffern zu können. Erblicken in diesem Zusammenhang Regressansprüche das Licht, sind Unternehmen von Gesetzes wegen verpflichtet, diese Ansprüche auch durchzusetzen. Wenn also ein Unternehmen eine Agentur mit dem Betrieb einer Plattform inklusive Webanalyse, Vermarktung und Produktverkauf betreut hat und bei einer dieser Leistungen ein Datenschutzverstoß festgestellt wird, so stellt sich die Frage, welche Ansprüche gegen die Agentur aufgrund dessen geltend gemacht werden können.

## Gute Verträge und Contract Management

Wenn Auftraggeber unzufrieden mit einer Agenturleistung sind, bestimmen sich die Handlungsmöglichkeiten zunächst konkret aus dem abgeschlossenen Vertrag inklusive aller Nebenabreden und späteren Ergänzungen. Allerdings wird in kaum einer anderen Branche derart nachlässig mit vertraglichen Dokumenten gearbeitet, wie im Marketing. Viele Vertragsdokumente sind lediglich eine Ansammlung von Buzzwords und Businessplänen ohne Regelungsgehalt. Wenn dann ein Richter sich auf die Suche danach macht, wer genau wem was schuldet, erhält er als Antwort im Prozess nicht selten leere Blicke. Die "Hands-on-Mentalität" im Sinne von „einfach mal machen“ mag im Agenturalltag zupackend klingen, sie ist jedoch mit nachhaltiger Unternehmensführung genauso wenig vereinbar wie mit den Nachweispflichten des geltenden Datenschutzrechts, das zur Haftungsvermeidung in erster Linie auf Dokumentation und Nachvollziehbarkeit setzt. Ein qualifiziertes Contract Management ist Voraussetzung für datenschutzrechtliche Compliance. Wer keine rechtskonformen datenschutzrechtlichen Informationen und Dokumentationen (Art. 12, 13, 14, 26, 28, 30 DSGVO etc.) mit Auftraggebern und der Armee an technischen Dienstleistern vorweisen kann, der haftet eben auch „hands on“.

## Vertragstypen: Leistungspflichten und Haftung Agenturleistungen: Werk, Dienst oder Geschäftsbesorgung?

Ein Schwerpunkt der Prüfung von Ansprüchen bei enttäuschender Agenturleistung ist häufig die Frage, ob es sich um einen Werkvertrag, bei dem konkrete Erfolge versprochen werden, oder um einen Dienstvertrag handelt, bei dem die Agentur nur im Rahmen ihrer Möglichkeiten irgendwelche Tätigkeiten entfalten muss, von denen der Auftraggeber annimmt, dass sie sinnvoll sind. Komplexe Verträge enthalten eine Fülle an Verpflichtungen, es werden dienst- und werkvertragliche Elemente in die Hülle von Geschäftsbesorgungsverträgen gepackt, mit Sach- und Rechtskäufen gemischt und gelegentlich mit weiteren Vertragstypen wie Mietrecht garniert, so z. B. beim Webhosting. Warum diese Abgrenzung jenseits akademischer Debatten so wichtig ist, zeigt sich schnell beim Blick auf die

Rechte des Auftraggebers, wenn eine Agenturleistung mangelhaft ist oder Folgeschäden verursacht hat.

Während bei nachweislich mangelhafter Leistung im Rahmen eines Werkvertrages nach §§ 631 ff. BGB dem Besteller (Auftraggeber) gegenüber dem Werkunternehmer (Agentur) die gesamte Palette an Mängelrechten inklusive Schadensersatz zusteht, insbesondere das Recht zu Rücktritt oder Minderung, so kennt das Dienstvertragsrecht keine eigenen Gewährleistungsansprüche. Der Dienstverpflichtete (Agentur) hat nur für schuldhaft verursachte Schäden nach §§ 280 ff. BGB einzustehen, was gegenüber dem Werkvertragsrecht zunächst eine deutliche Erleichterung darstellt.

### Rechte bei Rechtsverletzungen

Doch was hat denn eine Agentur, sei sie zur Erstellung von Werken oder zur Erbringung von Diensten verpflichtet, nun genau zu vertreten? Muss der Key Account Manager, der den Aufbau eines Shopsystems nebst Marketing für den Auftraggeber verantwortet, jedes gesetzliche Detail kennen? Die Antwort lautet: Ja, denn die mangelfreie Herstellung des Werks bzw. die rechtliche Zulässigkeit der erbrachten Dienstleistung sind unabdingbare Hauptpflicht jeder Agentur. Verstößt eine werkvertragliche Agenturleistung (z. B. Webdesign, Logo, Werbemittel) gegen Vorschriften des Urheberrechts oder Markenrechts, so handelt es sich um einen Rechtsmangel des Werks, denn Dritte können gegen das Werk und dessen Besteller selbst Rechte geltend machen (Auskunft, Unterlassung, Schadensersatz etc.). Verstößt das Werk (z. B. Kundendatenbank, Website, Mailings) jedoch gegen allgemeine Gesetze, wie das UWG oder die DSGVO, so liegt ein Sachmangel vor. Führen obige Mängel zu Schäden beim Auftraggeber, z. B. zu Bußgeldern, zur Abschaltung von Funktionalitäten einer Website, zu Umsatzausfällen, Rechtsverteidigungskosten etc., so muss die Agentur hierfür dann einstehen, wenn sie diese Pflichtverletzungen zu vertreten hat. Bei allen vertraglichen Ansprüchen wird ein solches „Vertretenmüssen“ nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB jedoch vermutet, die Agentur muss sich also entsprechend entlasten können, um sich einer Haftung zu entziehen. Nur wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vollumfänglich beachtet hat, kann sich von der Haftung befreien. Führt die Leistung einer Agentur zu Schäden, weil diese Leistung gegen gesetzliche Vorschriften verstößt, so liegt regelmäßig fahrlässiges, weil „nicht sorgfältiges“ Verhalten der Agentur vor. Rechtsverstöße lassen sich in aller Regel dadurch verhindern, dass der Leistungsverpflichtete die Rechtslage ausreichend überprüft oder überprüfen lässt. Eine Agentur muss bei Unsicherheiten die Rechtslage sorgfältig prüfen, gegebenenfalls anwaltlichen Rat einholen, um die gesetzlichen Vorgaben zu prüfen. Die beliebte Mär von den „rechtlichen Grauzonen“ kennt auch die Rechtsprechung, wengleich sie für diese Situationen ganz andere Schlüsse zieht als viele Werbetreibende und Agen-

turen. Denn gerade schwierige Rechtslagen ermöglichen nach zutreffender Auffassung der Richter Agenturen nicht etwa ein *laissez-faire*, sondern zwingen zu einer besonders eingehenden Überprüfung der rechtlichen Zusammenhänge. Selbst bei widersprechenden Auffassungen darf sich eine Agentur nicht einfach auf die ihr günstigste Variante verlassen, sondern muss sich rechtlich beraten lassen und gegebenenfalls Handlungsalternativen erwägen. Es versteht sich von selbst, dass entsprechende Recherchen sorgfältig zu dokumentieren sind, um im Ernstfall den Nachweis genügender Überprüfung der Rechtslage führen zu können. Zur Vermeidung von Missverständnissen: Diese scharfen Anforderungen gelten für Dienst- und Werkverträge gleichermaßen, denn auch der dienstverpflichtete Werbefachmann hat schon seit jeher für die rechtliche Zulässigkeit seiner Leistungen vollumfänglich einzustehen (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.1972, Az.: VII ZR 49/71 – „*Bastel-Wettbewerb I*“). Je mehr Handlungsspielraum für die Agentur besteht, z. B. bei der Übertragung eines Werbebudgets zur freien Verfügung, umso höher sind bei einem solchen Geschäftsbesorgungsvertrag aufgrund der mitschwingenden Vermögensbetreuungspflichten die Anforderungen an die Zuverlässigkeit des Leistenden: Große Freiheit bringt große Verantwortung. Wer also in der „Twilight-Zone“ des Datenschutzrechts auf Milde hofft, der hofft vergebens.

### Haftungsverlagerung in AGB

Die mangelfreie Herstellung des Werks bzw. die Erbringung mangelfreier Dienstleistungen sind unabdingbare Hauptpflicht („Kardinalpflicht“) einer Digitalagentur. Wer versucht, über die Verwendung von eigenen „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ eine Haftungsverlagerung zu erreichen, stößt schnell an die Grenzen des gesetzlich Zulässigen. Denn auch im unternehmerischen Verkehr ist das Äquivalenzprinzip zu beachten, wonach Leistung und Gegenleistung nicht völlig außer Verhältnis zu einander stehen. Wer seine Haftung für „Kardinalpflichten“ formularmäßig beschränkt, stößt bereits bei einer summenmäßigen Haftungsbegrenzung für einfache Fahrlässigkeit an die Grenzen der Zulässigkeit, wenn der Höchstbetrag den vertragstypischen und vorhersehbaren Schaden nicht abdeckt (vgl. BGH, Urt. v. 14.11.2000, X ZR 211/98). Eine vollständige Abwälzung der Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit der erbrachten Leistungen auf den Auftraggeber („rechtlich nicht geprüft“) ist bereits in der Vergangenheit gescheitert (OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.03.2003, Az.: 5 U 39/02), denn der Sachmangel entfele nicht einmal dann, wenn auf den Mangel konkret hingewiesen würde, was umso mehr für diese floskelhaft- unspezifische Formulierung gelten muss. Dass eine Recherche schwierig und unüblich ist, befreit die Agentur nicht von ihrer Leistungspflicht (OLG Frankfurt, Urt. v. 23.12.2008, Az.: 11 U 22/08). Wer demnach vertraglich das technische Setup sowie die Erstellung und Durchführung von Werbemaßnahmen übernommen hat, kann sich in AGB von dieser Verpflichtung nicht formularmäßig frei-

zeichnen oder von den Konsequenzen seiner mangelhaften Leistung (insbesondere Schadensersatz) freistellen lassen. Entsprechende Klauseln, so verbreitet sie im Agenturgeschäft sein mögen, halten einer rechtlichen Überprüfung in der Regel nicht stand und wiegen Agenturen in einer scheinbaren Sicherheit, die gefährlicher ist, als das die Kenntnis des mit der eigenen Leistung verbundenen Risikos.

### Risikobegrenzung: Bedenkenanzeige

Sind Digitalagenturen nun im Datenschutzrecht auf Ge-  
deih und Verderb ihren Auftraggebern ausgeliefert? Ganz  
so ist es nicht. Gleich ob Werk, Dienstleistung oder umfas-  
sende Geschäftsbesorgung geschuldet sind, eine Verant-  
wortung für die mögliche Rechtswidrigkeit einer Leistung  
verbleibt dann nicht bei der Agentur, wenn diese den Auf-  
traggeber darauf hinweist, dass der Einsatz der gewünsch-  
ten Technologie oder die Nutzung bestimmter Tools  
rechtskonform nicht möglich ist. Eine solche „Bedenken-  
anzeige“ müssen in klaren einfachen Worten dem Auftrag-  
geber die vollständige Tragweite der objektiven Risiken  
bewusst machen. Zurückhaltung und Konjunktive sind  
hierbei fehl am Platz, denn der Agentur obliegt die Darle-  
gungs- und Beweislast dafür, dass sie ihren Prüf- und Hin-  
weispflichten nachgekommen ist. Wie der Statiker seine  
Bedenken formuliert, wenn eine Brücke zu schwach dimen-  
sioniert ist, so darf und muss eine Agentur es konkret do-  
kumentieren, wenn sie nach Prüfung der Rechtslage zur  
Überzeugung kommt, dass z. B. ein Social-Media-Account  
oder ein Tool zur Webanalyse nicht rechtskonform betrie-  
ben werden können. Dies gilt auch und insbesondere, wenn  
der Auftraggeber die Nutzung bestimmter rechtswidriger  
Mittel zum Gegenstand seines Auftrags gemacht hat.

### Besondere Vorsicht: Nichtige Geschäfte

Ein besonders anschauliches Beispiel für die rechtlichen  
Folgen der Durchführung rechtswidriger Verträge stellen  
Geschäfte dar, die derart gegen datenschutzrechtliche Vor-  
gaben verstoßen, dass die Rechtsordnung ihnen jede Wirk-  
samkeit versagt, indem sie deren Nichtigkeit nach § 134  
BGB anordnet. Das OLG Frankfurt hatte im Jahr 2018 ent-  
schieden (Urteil v. 24.01.2018, Az.: 13 U 165/16), dass Verträ-  
ge über den Verkauf von Adressdaten dann nichtig sind,  
wenn die Weiternutzung der Adressdaten durch den Erwer-  
ber nur unter Verstoß gegen das Einwilligungserfordernis  
nach § 7 UWG möglich wäre, die gesetzlich geforderten Ein-  
willigungen aber nicht vorliegen. Der Fall hat über den kon-  
kreten Sachverhalt hinaus Bedeutung, und zwar aus zwei  
Gründen. Erstens: Verstößt der Inhalt eines Vertrages gegen  
datenschutzrechtliche Vorschriften, ist dieser Vertrag gege-  
benenfalls gem. § 134 BGB nichtig. Zweitens: Eine bereits  
geleistete Vergütung kann zurückgefordert werden, wenn  
dem Auftraggeber der Gesetzesverstoß nicht bewusst war.  
Für die Praxis bedeutet dies, dass Agenturen bei der Erbrin-  
gung datenschutzrechtlich problematischer Leistungen,  
z. B. im Rahmen des Webtrackings, des Account-Manage-

ments in Social Media oder der Leadgenerierung nicht nur  
das Risiko tragen, dass sie für die Folgen ihrer Rechtsverlet-  
zungen haften, sondern unter Umständen auch noch ihren  
gesamten Vergütungsanspruch (§ 139 BGB ordnet im Zwei-  
fel Gesamtnichtigkeit des Agenturvertrages an) gegenüber  
dem Auftraggeber verlieren, wenn sie diesen nicht von den  
bestehenden Risiken wirksam in Kenntnis gesetzt haben.

### „Aber es machen doch alle so..“

Diesem auch in der Agenturwelt gern verwendeten Satz  
korrespondiert jedoch kein Rechtsanspruch. Es gibt kein  
Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht, zumal nicht im  
unternehmerischen Verkehr. Auch wenn Wettbewerber mit  
dem Einsatz rechtswidriger Mittel Millionen verdienen, ist  
das kein Argument, es ihnen gleich zu tun. „Unlauterer Wett-  
bewerb wird nicht dadurch zu einem zulässigen, wenn viele  
ihn betreiben.“ Mit diesem eleganten Satz führte das Kam-  
mergericht im Jahr 2013 (KG, Urteil vom 15.01.2013 – 5 U  
84/12 – *Klick und wirf zurück*) den obigen Satz treffend auf  
den Kern der Diskussion zurück. Wer unter dem Deckman-  
tel des Rechtsbruchs sein Geschäft betreibt, kann im Ent-  
deckensfall nicht auf Milde hoffen. Da auch Datenschutz-  
verstöße über § 3a des UWG als Wettbewerbsverstöße mit  
den Mitteln des Wettbewerbsrechts angreifbar sind, ist es  
jedem Marktteilnehmer selbst überlassen, wo er die Gren-  
zen der Zumutbarkeit konkurrierenden wettbewerbswidri-  
gen Handelns für sich zieht. Jeder hat das Recht, sich ge-  
richtlich gegen Wettbewerbsverstöße zur Wehr zu setzen.

### Fazit

Das Agenturgeschäft war noch nie einfach und ist durch  
die verschärften datenschutzrechtlichen Vorgaben noch  
einmal riskanter geworden. Neben den Pflichten, die jede  
Agentur als datenschutzrechtlich Verantwortliche in eigen-  
en Angelegenheiten trifft, geht das Recht zusätzlich da-  
von aus, dass Agenturen eine umfassende rechtliche Sorg-  
faltspflicht für die Erbringung ihrer Leistungen gegenüber  
Auftraggebern trifft, von der sie sich auch nicht kosten-  
günstig in AGB befreien können. Diesen Risiken kann mit  
klarem Vertragsmanagement, sauberer Dokumentation  
von Wissen und Absprachen, qualifizierter Rechtsbera-  
tung sowie gegebenenfalls Bedenkenanzeigen entgegenge-  
wirkt werden. In erster Linie jedoch sind diese Anforderun-  
gen bei der Angebotserstellung einzupreisen.

**Autor:** Peter Hense ist Rechtsanwalt und  
Partner bei Spirit Legal LLP im Tech-  
nologie-, Daten- und Wettbewerbs-  
recht. Seine Schwerpunkte liegen in  
Marketing, Distribution und Machine  
Learning sowie Prozessführung  
(Privacy Litigation).

