Autor: Frank Schemmel, Daniel Schlemann
Dokumenttyp: Aufsatz
Quelle: BB
dfv Mediengruppe, Frankfurt am Main
Fundstelle: BB 2024, 436-441
Zitiervorschlag: Schemmel/Schlemann, BB 2024, 436-441

Gemeinsame Verantwortlichkeit bei Marketing und Werbung - Navigation durch den Datendschungel

Dr. Frank Schemmel und **Daniel Schlemann** , LL.M., RA

Das Institut der gemeinsamen Verantwortlichkeit (gV) nach Art. 26 DS-GVO und deren Abgrenzung von anderen Konstellationen der Datenverarbeitung durch mehrere Parteien erfährt durch die extensive Rechtsprechung des EuGH der letzten Jahre immer mehr Aufmerksamkeit, aber auch Kritik seitens Wissenschaft, Aufsichtsbehörden und Praxis. Dabei divergieren die vertretenen Meinungen teils sehr stark voneinander. Der Bereich Marketing und Werbung ist dabei besonders relevant, da aufgrund der weiten Auslegung des Werbungsbegriffs durch die höchstrichterliche Rechtsprechung jede Organisation in der ein oder anderen Form davon betroffen ist. Der Beitrag fasst die Ansichten der deutschen und europäischen Datenschutzbehörden zum Thema zusammen, beleuchtet kritisch entsprechende häufige Anwendungsfälle in der Praxis und analysiert, ob aktuelle Entscheidungen der Rechtsprechung und Datenschutzbehörden (un)bewusst neue Anforderungen für Unternehmen hinsichtlich der Prüfung und Auswahl von Partnern bei der kollaborativen Datenverarbeitung vorgeben.

I. Voraussetzungen für eine gemeinsame Verantwortlichkeit

Damit eine gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 26 DS-GVO vorliegt, müssen zwei oder mehr Verantwortliche die Zwecke der und Mittel zur Verarbeitung gemeinsam festlegen. Diese auf den ersten Blick einfach wirkenden Voraussetzungen wurden vom EuGH in den letzten Jahren in verschiedenen Entscheidungen ausgestaltet und teilweise auch massiv erweitert.

II. Gemeinsame Verantwortlichkeit bei Briefwerbung, Adresshändler und Lettershop-Verfahren

Briefwerbung ist trotz der immer weiter fortschreitenden Digitalisierung ein wichtiges Werbemedium. So macht Werbung weiterhin 49 % der durch die Deutsche Post beförderten Briefe und briefähnlichen Sendungen aus.[1] Hintergrund ist auch die Privilegierung im UWG, wonach eine Briefwerbung ohne vorherige Einwilligung nicht stets als unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 2 UWG anzusehen ist.

Unternehmen, die Briefwerbung versenden, nutzen hierfür meist einen Lettershop, also ein Unternehmen, welches die Briefe mit Adressdaten der Empfänger versieht, kuvertiert und versendet. Wenn das werbende Unternehmen jedoch Neukunden gewinnen will, fehlen oft die hierfür notwendigen Adressen. Diese erhält es dann von Adresshändlern, die auf Basis von Kriterien wie etwa Alter, Wohnort und Beruf von potenziellen Adressaten mittels ihrer Datenbank eine Adressliste zusammenstellen. Der Adresshändler stellt dem werbenden Unternehmen dann entweder diese Liste für Werbezwecke zur

Verfügung oder gibt diese Liste direkt an den Lettershop weiter. Wenn der Adresshändler die Liste direkt weitergibt, erhält das werbende Unternehmen nie die eigentliche Liste der Empfänger der Briefwerbung. Je nach Ausgestaltung der Werbung wird dann entweder der Adresshändler als Absender angegeben oder das werbende Unternehmen. Diese erhalten dann auch die Rückmeldungen der Empfänger.

1. Werbendes Unternehmen und Adresshändler

Sowohl das LfDI Rheinland-Pfalz als auch das LFD Niedersachsen sehen in der Briefwerbung mittels Adresshändler eine gemeinsame Verantwortlichkeit zwischen werbenden Unternehmen und Adresshändler.[2] Die Voraussetzungen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit würden vorliegen, da werbendes Unternehmen und Adresshändler gemeinsam die Zwecke und Mittel der Verarbeitung festlegen. Beide Unternehmen würden einen gleichermaßen entscheidenden Einfluss auf das "Ob" und "Wie" der Selektion und Bewerbung von potenziellen Neukunden haben. So lege das werbende Unternehmen mittels Parameter fest, welche Kunden beworben werden, und der Adresshändler erstellt anhand dieser Parameter die Adressliste. Hierbei greife der Adresshändler auf seine Datenbank zurück, die dieser kontinuierlich pflegt und erweitert. Aus den Antworten auf die Briefwerbung werde der Adresshändler diese dann auch weiter optimieren können. Daneben seien Adresshändler oft in Drittländern ansässig, sodass man diese nur schwer greifen könne und sich die werbenden Unternehmen von der Verantwortung befreien könnten. Ohne Begründung sieht auch das Bundesministerium des Innern und für Heimat ("BMI") ausweislich der Begründung zu § 40a BDSG-E zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes eine gemeinsame Verantwortung in der Nutzung eigener Datenbestände für Werbezwecke Dritter.[3]

Diese Einordnung der Aufsichtsbehörden und des BMI wird aber nur in einem sehr begrenzten Fall zutreffen sein. Hierfür muss der Adresshändler als Absender der Briefwerbung genannt werden, wie dies etwa bei Gewinnspielen der Fall sein kann. Nur in diesem Fall gibt es die von den Aufsichtsbehörden angesprochenen gemeinsamen Zwecke und Mittel, denn nur hier erhält der Adresshändler auch Rückmeldung von den beworbenen Personen und tritt als Ansprechpartner auf. In allen anderen Fällen wird eine getrennte Verantwortlichkeit vorliegen in der Form eines Transfers der Adressdaten vom Adresshändler an das werbende Unternehmen bzw. an den Auftragsverarbei-

ter des werbenden Unternehmens, dem Lettershop. Der Adresshändler verkauft bzw. vermietet die Daten nur und das werbende Unternehmen nutzt diese Daten dann für eine Werbung. Der Adresshändler profitiert dann nämlich nicht von der Briefwerbung. So wird selbst in dem Fall, dass das werbende Unternehmen den Adresshändler als Herkunft der Adressdaten im Werbebrief nennt, keine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegen. Dies geschieht lediglich in Erfüllung der Informationspflichten aus Art. 13, 14 DS-GVO. Aus der Erfüllung der Informationspflichten kann sich aber keine gemeinsame Verantwortlichkeit ergeben. Dies ist lediglich ein Hinweis darauf, an wen sich der Betroffene wenden kann, wenn er seine Rechte auch gegen diesen getrennt Verantwortlichen geltend machen will. Dass der Adresshändler dann ebenfalls Rückmeldungen der beworbenen Personen in der Form von Auskunfts- oder Löschanfragen erhält, ist dann keine Rückmeldung in der Form der Optimierung der Datenbank des Adresshändlers. Auch eine Geltendmachung von Rechten kann keine gemeinsame Verantwortlichkeit begründen. Bei einer getrennten Verantwortlichkeit wird es auch kein Vollzugsdefizit

geben, welches die Aufsichtsbehörden bei Adresshändler in einem Drittland sehen. Das werbende Unternehmen ist und bleibt Verantwortlicher. Dass sich die beworbene Person für Betroffenenanfragen gegen den Adresshändler an diesen selbst wenden muss, wird kein Vollzugsdefizit darstellen, sondern ebenfalls in der DS-GVO durch den weiten Anwendungsbereich und auch die Möglichkeit des Vorgehens gegen solche Verantwortliche ausreichend geregelt und bedarf keiner Ausweitung der gemeinsamen Verantwortlichkeit.[4]

2. Lettershop

Da der Lettershop lediglich Briefe mit Adressdaten versieht, die Briefe kuvertiert und versendet, ist dieser ein Auftragsverarbeiter. Im Gegensatz zu den anderen beteiligten Unternehmen hat der Lettershop kein eigenes Interesse an den Adressdaten oder an der Werbung. Hier werden lediglich die personenbezogenen Daten aus der Adressliste im Auftrag des Adresshändlers und des werbenden Unternehmens verarbeitet.

3. Praktische Umsetzungshinweise für Briefwerbung

Unternehmen, die auf Basis von Daten eines Adresshändlers Werbebriefe versenden wollen, sollten genau prüfen, welche Stellung der Adresshändler hat. Wenn nur Adressdaten gekauft oder gemietet werden und dann ohne weiteres Zutun des Adresshändlers diese Werbung versandt wird, wird eine getrennte Verantwortung vorliegen. Sollte dagegen der Adresshändler auch vom Versand der Werbebriefe profitieren, dann wird eine gemeinsame Verantwortung vorliegen und ein entsprechender Vertrag nach Art. 26 DS-GVO abzuschließen sein. Es ist dabei aber zu beachten, dass ein solcher Vertrag eine Rechtsgrundlage nach Art. 6 DS-GVO für die Verarbeitung der Adressdaten nicht ersetzt.

III. Gemeinsame Verantwortlichkeit in der Werbung auf Internet-Plattformen

Bei Werbung auf Internet-Plattformen wie Google, Facebook oder TikTok registriert man sich als werbendes Unternehmen auf der Seite der jeweiligen Anbieter und kann dort dann selbst oder unter Zuhilfenahme einer Agentur Werbung schalten. Je nach Anbieter kann man dann gewisse Parameter für die Zielgruppe der Werbung festlegen. So kann man bei Google Keywords bestimmen. Google Nutzer, die nach diesen Keywords suchen, sehen dann die entsprechende Werbung. Bei Social Media Plattformen wie Facebook und TikTok dagegen legt man als Unternehmen Kategorien wie Wohnort, Alter, Geschlecht und Interessen fest.[5] Die Social Media Plattform spielt dann die Werbung entsprechend an die Zielgruppe aus. Als werbendes Unternehmen erhält man keine personenbezogenen Daten, sondern nur eine Statistik über den Erfolg der Werbung. Diese enthält Daten zur Performance der Anzeige wie etwa Impressionen und Klicks. Daneben kann man sich aus dieser Interaktion eine Zielgruppe, genannt Custom Audience, ableiten.

1. Werbendes Unternehmen und Social Media Plattform

Aufgrund der Ähnlichkeit zur oben dargestellten Briefwerbung und auch zur EuGH-Entscheidung in Sachen Wirtschaftsakademie[6] und Fashion ID[7] ist eine gemeinsame Verantwortlichkeit zwischen werbendem Unternehmen und der Social Media Plattform für bestimmte Verarbeitungstätigkeiten naheliegend. So sieht auch der EDSA eine gemeinsame Verantwortlichkeit für bestimmte Verarbeitungstätigkeiten in dieser Konstellation.[8] Dem EDSA zufolge liege eine gemeinsame Verantwortlichkeit für die Auswahl der maßgeblichen Targeting-Kriterien, der Anzeige der Werbung bei der Zielgruppe und der Auswertung der Daten für das werbende Unternehmen vor. Begründet wird diese Einordnung mit der gemeinsamen Festlegung der Zwecke und Mittel hierfür. Der gemeinsame Zweck bestehe in der Anzeige von Werbung gegenüber einer bestimmten Nutzergruppe, die aufgrund von bestimmten Kriterien ausgewählt wurde, um ein wahrscheinlich interessiertes Publikum zu erreichen. Auch würden die

Mittel gemeinsam festgelegt. Das werbende Unternehmen beteilige sich an der Entscheidung, indem es sich dafür entscheide, auf der jeweiligen Plattform Werbung zu schalten, und die Zielgruppe anhand bestimmter Kriterien aussuche. Für die Messung des Erfolgs der Werbung und der Abrechnung zwischen Social Media Plattform und werbenden Unternehmen werden dann auch Statistiken erstellt. Dies sei ebenfalls von der gemeinsamen Verantwortlichkeit umfasst.

Laut EDSA sind jedoch weitere Verarbeitungen wie die Entwicklung neuer Targeting-Kriterien auf Basis der gewonnen Daten nicht von der gemeinsamen Verantwortlichkeit umfasst.[9] Eine weitergehende Auswertung der aus der Werbung gewonnen Daten neben der Statistik ist daher nicht von der gemeinsamen Verantwortung umfasst. Ähnlich sieht es auch das OVG Schleswig bezogen auf die Verknüpfung von Fanpage-Daten und Daten eines Facebook-Mitglieds und deren Nutzung zu Werbezwecken. Hierin sah das Gericht auch keine gemeinsame Verantwortlichkeit, da diese Verarbeitung dem Fanpage-Betreiber keinerlei Vorteile biete.[10] Übertragen auf den vorliegenden Fall würde daher die Nutzung der Daten aus der Werbung für die Erstellung von neuen Werbeprofilen ebenfalls nicht von einer gemeinsamen Verantwortung erfasst sein. Dass diese Daten ggfs. in Zukunft für weitere Werbekampagnen genutzt werden könnten, wäre dann für diese weitere Werbekampagne relevant und nicht für die vorliegende Kampagne. Die Datenschutzkonferenz und im Anschluss auch der Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationssicherheit in

- 437 -

- 438 -

seiner Untersagungsverfügung gegen Facebook sehen dagegen auch in einer solchen Profilerstellung bezogen auf Fanpages eine gemeinsame Verantwortlichkeit aufgrund eines sogenannten Netzwerkeffekts.[11] Dieser Netzwerkeffekt soll darin bestehen, dass sowohl Fanpage-Betreiber als auch die Social Media Plattform den gemeinsamen Zweck verfolgen, die Anzahl der Nutzer im sozialen Netzwerk zu erhöhen. Dies ist jedoch lediglich ein beiderseitiger Vorteil, wie ihn auch der EDSA nicht als ausreichend für eine gemeinsame Verantwortung ansieht.[12] Diese Vorteile stimmen nicht überein. Das werbende Unternehmen verfolgt mit der Auswertung der Daten aus der Werbung lediglich die Analyse der eigenen Werbung und nicht die Verbesserung der Daten über die Social Media-Nutzer, die die Werbung bereits gesehen haben. Dies ist nur im Sinne der Social Media Plattform, da er hierauf die Werbung von anderen Unternehmen besser abstimmen kann.

Für die drei Verarbeitungstätigkeiten “Auswahl der maßgeblichen Targeting-Kriterien”, “Anzeige der Werbung bei der Zielgruppe” und “Auswertung der Daten für das werbende Unternehmen” wird daher eine gemeinsame Verantwortung bestehen und ein Vertrag über die gemeinsame Verantwortung abzuschließen sein. Darüber hinaus ist eine gemeinsame Verantwortung abzulehnen. Hier handelt die Social Media Plattform als eigenständiger Verantwortlicher.

2. Werbendes Unternehmen und Suchanbieter

Bei Werbung auf Seiten von Suchanbietern wie Google oder Bing liegt dagegen eine gemeinsame Verantwortlichkeit nicht unmittelbar auf der Hand. Für eine Werbung auf Seiten von Suchanbietern werden hauptsächlich Keywords festgelegt, bei denen die voreingestellte Werbung erscheinen soll.[13] Im Vergleich zur Briefwerbung oder auch der Werbung auf Social Media Plattformen kann daher zum Zeitpunkt der Erstellung der Werbeanzeige nicht feststehen, wer diese Anzeige später zu sehen bekommt. Dies ist abhängig von den von den Nutzern eingegeben Keywords und den gebotenen Prei-

sen der werbenden Unternehmen, da Unternehmen im Moment, in dem die Anzeige angezeigt werden soll, für die Anzeige bieten. Im Ergebnis wird der Nutzer im Zeitpunkt der Eingabe eines Suchbegriffs eine Anzeige desjenigen werbenden Unternehmens erhalten, das das Keyword beworben hat und hierzu auch höchstbietend war. Wie auch bei sozialen Medien legen damit das werbende Unternehmen und der Suchanbieter hinsichtlich der Anzeige der Werbung und der Statistik zur angezeigten Werbung die Zwecke und Mittel der Verarbeitung gemeinsam fest. Das gemeinsame Mittel liegt in der Anzeige der vordefinierten Werbung. Der Zweck besteht darin, den Nutzern, die ein Keyword suchen und damit die Zielgruppe bilden, eine bestimmte Werbung anzuzeigen, um ein wahrscheinlich interessiertes Publikum zu erreichen und für dieses relevantere Werbeinhalte zu liefern. Daneben liegt auch ein übereinstimmendes wirtschaftliches Interesse vor, wie es der EuGH in Sachen Fashion-ID als ausreichend angesehen hat.[14] Sowohl werbendes Unternehmen als auch Suchanbieter profitieren von der Werbung. Eine darüberhinausgehende gemeinsame Verantwortung zwischen werbendem Unternehmen und Suchanbieter ist dagegen wie auch schon zwischen werbendem Unternehmen und Social Media Anbieter abzulehnen. Insbesondere wird auch hier keine gemeinsame Verantwortung hinsichtlich der Verbesserung der Werbung durch den Suchanbieter vorliegen. Über eine Statistik bezüglich der Performance der konkreten Werbung hinaus legen die beteiligten Unternehmen keine gemeinsamen Zwecke und Mittel fest.[15]

3. Marketing-Agenturen

An einer Werbemaßnahme sind neben dem werbenden Unternehmen in den meisten Fällen auch Werbeagenturen beteiligt. Diese unterstützen das werbende Unternehmen bei der Erstellung von Werbung, legen die Zielgruppen zusammen mit dem Unternehmen fest oder unterstützen auch bei der Umsetzung der Werbemaßnahme. Aufgrund dieser Unterstützungsleistungen verarbeitete die Agentur personenbezogene Daten, sofern sie diese überhaupt erhält, nicht für eigene Zwecke, sondern immer im Auftrag des werbenden Unternehmens. Die Agentur ist damit Auftragsverarbeiter und kein Verantwortlicher. Das werbende Unternehmen muss, sofern Zugriff auf personenbezogene Daten besteht, einen Auftragsverarbeitungsvertrag nach Art. 28 DS-GVO abschließen. Sollte die Agentur dann die personenbezogenen Daten entgegen dieser Vereinbarung für eigene Zwecke nutzen, würde sie weisungswidrig handeln und zu einer eigenständigen Verantwortlichen werden. Hierin liegt ein Vertrags- und ein Datenschutzverstoß. Hieraus würde sich aber keine gemeinsame Verantwortlichkeit ergeben, da Zwecke und Mittel eben nicht gemeinsam, sondern absprachewidrig festgelegt werden.

4. Mit dem werbenden Unternehmen verbundene Gesellschaften

Bei der Durchführung von Werbemaßnahmen können auch verbundene Gesellschaft beteiligt sein oder zumindest von Werbemaßnahmen profitieren. So kann zum Beispiel eine Konzerngesellschaft für die anderen Konzerngesellschaften Werbung designen, die dann von diesen in sozialen Netzwerken ausgespielt wird. Daneben ist es auch möglich, dass die Konzernmutter Vorgaben hinsichtlich des Werbebudgets und der zu nutzenden Social Media Plattformen macht wie etwa das Verbot auf einer Plattform zu werben. Zuletzt profitiert oft der gesamte Konzern von der Werbemaßnahme einer bestimmten Gesellschaft, wenn durch diese Maßnahme z. B. der Marktwert aller Konzerngesellschaften steigt.

In allen diesen Beispielen wird jedoch keine gemeinsame Verantwortung vorliegen. Durch das Designen einer Werbung wird keine gemeinsame Verantwortung begründet. Es könnte höchstens eine Auftragsverarbeitung für anderen Konzerngesellschaften vorliegen, sollte die für Marketing zuständige Konzerngesellschaft bei der Erstellung der Werbemaßnahme Zugriff auf personenbezogene Daten der anderen Gesellschaften erhalten. Auch allgemeine Vorgaben einer Muttergesellschaft lösen keine gemeinsame Verantwortung aus. Die Letztverantwortung für das Ausspielen der Werbung hat

weiterhin die jeweils werbende Gesellschaft. Diese legt die Kriterien für die Werbung wie oben ausgeführt mit dem jeweiligen Anbieter fest. Auch eine Vorgabe, bestimmte Social Media Plattformen nicht mehr zu benutzen würde diese Bewertung nicht ändern, da die Mittel der Verarbeitung lediglich eingeschränkt werden, jedoch von der Konzernmutter nicht bestimmt werden. Nur im Fall, dass die Muttergesellschaft direkt an der Werbemaßnahme beteiligt ist, wäre sie zusammen mit der werbenden Gesellschaft und dem Anbieter gemeinsam Verantwortliche. Eine solche direkte Beteiligung ist aber in den meisten Fällen fernliegend und

- 438 -

Schemmel/Schlemann, BB 2024, 436-441

- 439 -

sollte auch vermieden werden, um keine gemeinsame Verantwortung zu begründen. Zuletzt wird auch ein reines Profitieren von einer Werbemaßnahme durch z. B. eine Steigerung des Bekanntheitsgrades der Marke keine gemeinsame Verantwortung begründet. Die Zwecke und Mittel legt weiterhin nur die werbende Gesellschaft fest. Die übrigen Gesellschaften treffen keine Entscheidungen, sondern profitieren nur wirtschaftlich von der Werbung (und erhalten auch keine Daten wie etwa Statistiken). Dies ist auch nach der weiten Auslegung des EuGH nicht ausreichend für eine gemeinsame Verantwortung.

IV. Obliegenheit der sorgfältigen Auswahl und Überwachung gemeinsamer Verantwortlicher

Während Art. 28 DS-GVO sehr detaillierte Vorgaben zur Ausgestaltung der Auftragsverarbeitung (AV) und entsprechenden Auftragsverarbeitungsvertrag (AVV) macht, ist Art. 26 DS-GVO im Hinblick auf die gemeinsame Verantwortlichkeit (gV) und die Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit (GVV) sehr übersichtlich. Insbesondere enthält Art. 26 im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 1 DS-GVO keine explizite Verpflichtung zur sorgsamen Auswahl und Überwachung gemeinsamer Verantwortlicher. Die durchaus praxisrelevante Frage, ob die Anforderungen aus Art. 28 Abs. 1 DS-GVO auf die gV übertragbar sind, wurde soweit ersichtlich bisher noch nicht in der einschlägigen Literatur diskutiert. Drei aktuelle Entscheidungen aus Österreich und den Niederlanden legen eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Thema jedoch nahe.

1. Entscheidung der ÖDSB vom 24.3.2023

Die österreichische Datenschutzbehörde (ÖDSB) befasste sich in ihrer Entscheidung vom 24.3.2023[16] mit der Verarbeitung von zugekauften personenbezogenen Daten durch eine Kreditauskunftei zur Durchführung von Bonitätsbeurteilungen, die diese zuvor bei einem bekannten Adresshändler erworben hatte. Dieser verfügte über eine entsprechende Gewerbeberechtigung als Adressverlag und Direktmarketing i. S. v. § 151 österreichische Gewerbeordnung (öGewO). Die ÖDSB sah sowohl die mit der Datenweitergabe verbundene Zweckänderung durch den Adressverlag als auch die Weiterverarbeitung durch den Datenempfänger (Kreditauskunftei) zu eben diesen neuen Zwecken als einen Verstoß gegen den Grundsatz der Zweckbindung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO an. Zusammengefasst stellte die ÖDSB in ihrem Bescheid damit folgende zwei wichtige Leitsätze auf:

- Die rechtswidrige Erhebung personenbezogener Daten durch einen Verantwortlichen (hier: Adressverlag) hat die Rechtswidrigkeit einer anschließenden Übermittlung der Daten durch denselben Verantwortlichen zur Folge.

- Die Unrechtmäßigkeit der ursprünglichen Datenermittlung zieht in aller Regel die Unzulässigkeit der Datenverarbeitung durch den Empfänger (hier: Wirtschaftsauskunftei) nach sich (Art. 17 Abs. 1 lit. d DS-GVO).

In diesem Zusammenhang kam die ÖDSB zum Schluss, dass es keine valide Rechtsgrundlage für die jeweiligen Datenverarbeitungen der beiden Akteure gäbe. Eine Einwilligung läge unstreitig nicht vor, auch könnten die seitens der beiden Parteien angeführten Bestimmungen der öGewO vom 1994 nicht als Grundlage i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. c und lit. e DS-GVO herangezogen werden.[17] Somit bliebe nur noch das berechtigte Interesse gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO als Erlaubnistatbestand übrig. Aber auch dieser Rechtfertigungsgrund scheide nach Ansicht der Behörde aus verschiedenen Gründen aus. Einer dieser Gründe läge insbesondere im fehlenden Nachweis der Kreditauskunftei einer sorgfältigen Überprüfung der Auswahl des Vertragspartners vor der Datenerhebung. Ein Verweis auf eine vorhandene Gewerbeberechtigung des Adresshändlers vermag unter Verweis auf die in der EuGH-Entscheidung vom 27.10.2022 in der Rechtssache C-129/21[18] aufgestellten Maßstäbe in Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 2 DS-GVO nicht erfüllen, zumal - wie bereits oben ausgeführt wurde - vom Umstand einer Gewerbeberechtigung gem. österreichischer höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht auf die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung geschlossen werden kann.

Damit eine Interessenabwägung i. S. d. Verantwortlichen ausfällt, fordert die ÖDSB also eine nachweisbare, sorgfältige Auswahl und Überprüfung des ursprünglichen Datenübermittlers. Liegt diese nicht (im ausreichenden Maße) vor, kann sich der Verantwortliche insoweit nicht auf den Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO für die Weiterverarbeitung der erhaltenen Daten stützen.

2. Entscheidung Bezirksgericht Amsterdam vom 18.10.2023 & Berufungsgericht vom 5.12.2023

Streitgegenständlich war die Geschäftspraxis der führenden digitalen Werbeplattform CRITEO. Über entsprechende Partnerwebseiten platziert CRITEO Tracking-Cookies auf den Endgeräten der Nutzer und ermöglicht es damit Unternehmen ihre (potenziellen) Kunden durch personalisierte Werbung anzusprechen. Eine betroffene Person leitete im September 2023 nach erfolgloser Kommunikation vor dem Bezirksgericht Amsterdam (Rechtbank Amsterdam) sowohl gegen die niederländische als auch französische Niederlassung von CRITEO ein Eilverfahren auf Unterlassung dieser Praxis ohne vorherige Einholung einer Einwilligung, Erteilung eines Auskunftsanspruchs gem. Art. 15 DS-GVO sowie Löschbegehren gem. Art. 17 DS-GVO ein.

In seiner Entscheidung v. 18.10.2023[19] stellte das Bezirksgericht u. a. fest, dass ein Softwareanbieter wie CRITEO mit seinen Partnern, die im direkten Kontakt mit Endbenutzern stehen (Verwender der Software), gem. Art. 26 DS-GVO gemeinsamer Verantwortlicher sei. Deren Verantwortung zur Einwilligung entbinde den Softwareanbieter nicht von seiner Pflicht, die Einholung der Einwilligung durch die Partner (sprich: Webseitenbetreiber) selbständig und präventiv zu kontrollieren.

Das Gericht fordert also eine regelmäßige Überwachung der Datenverarbeitungspraxis beteiligter gemeinsamer Verantwortlicher im Rahmen der gV. Damit wird inzident auch die Ansicht der französischen Datenschutzbehörde CNIL in ihrem separat davon geführten Bußgeldverfahren[20] i. H. v. 40 Mio. Euro gegen CRITEO wegen der gleichen vorgeblich datenschutzwidrigen Geschäftspraxis erstmals gerichtlich bestätigt. Bereits im Sommer 2023 hatte die CNIL insoweit entschieden, dass ein Cookie-Verantwortlicher wie CRITEO gemeinsam mit den Webseitenbetreibern nach Art. 26 DS-GVO verantwortlich sei. Der Nachweis der

erteilten Einwilligung für die entsprechende Verarbeitung (einschließlich der Weiterverarbeitung) obläge dadurch beiden gemeinsam Verantwortlichen. Diese Entscheidung der CNIL veranlasste sodann die betroffene Person im vorliegenden Verfahren, gegen CRITEO und dessen Geschäftspraxis gerichtlich vorzugehen.

Das Berufungsgericht Amsterdam (Gerechtshof Amsterdam) bestätigte die Ansichten des Bezirksgerichts per Entscheidung vom 5.12.2023.[21] CRITEO wird damit die eingangs beschriebene Geschäftspraxis untersagt, soweit keine wirksame Einwilligung der getrackten Nutzer vorliegt. Ob diese Entscheidung mit weiteren Rechtsmitteln angegriffen wird, stand zum Bearbeitungszeitpunkt dieses Beitrags noch nicht fest.

3. Auswirkungen für die Praxis

Beide Entscheidungen haben neben dem Bereich der gemeinsamen Verantwortlichkeit signifikante Auswirkungen für die Praxis. Im Kontext zueinander lässt sich aber basierend auf den beiden Entscheidungen für das vorliegend diskutierte Thema der gemeinsamen Verantwortlichkeit vorläufige Conclusio ziehen:

- Wenn ein (eigenständiger) Verantwortlicher schon die Auswahl eines anderen (eigenständigen) Verantwortlichen beim Empfang personenbezogener Daten prüfen muss, dann gilt dies erst recht bei konvergierenden Entscheidungen gemeinsamer Verantwortlicher (Entscheidung ÖDSB).
- Diese gemeinsamen Verantwortlichen müssen sodann regelmäßig die Datenverarbeitungspraxis des jeweiligen anderen, die Gegenstand der gemeinsamen Verantwortlichkeit ist, überwachen (Entscheidung Bezirks- & Berufungsgericht Amsterdam/CNIL).

a) Kritik an den Entscheidungen

So sehr die Entscheidungen aus Betroffenenperspektive durchaus zu begrüßen sind, begegnen sie doch handwerklicher Mängel und sind dogmatisch so nicht haltbar. So stellt das Bezirksgericht beispielsweise die gemeinsame Verantwortlichkeit von Softwareanbieter und Webseitenbetreiber lediglich lapidar fest, ohne dies überhaupt unter Rückgriff auf die sehr extensive Rechtsprechung des EuGH herzuleiten bzw. zu begründen. Dies mag daran liegen, dass CRITEO mit seinen Partnern entsprechende Vereinbarungen nach Art. 26 DS-GVO abschließt und eine gemeinsame Verantwortlichkeit in den Gerichtsverfahren selbst nicht bestritten wurde. Dennoch wäre es Aufgabe der Gerichte gewesen, eine gemeinsame Verantwortlichkeit in Abgrenzung zur Auftragsverarbeitung sowie eigenständiger Verantwortlichkeit mehrerer Verantwortlicher zu prüfen. Zwar würde man dann unter Berücksichtigung der ständigen EuGH-Rechtsprechung der letzten Jahre[22] mithin zum gleichen Ergebnis kommen, diese Rechtsprechung begegnet in Schrifttum und Praxis jedoch zu recht harscher Kritik.[23]

Die niederländischen Gerichte rekurrieren in ihren Entscheidungen den ausführlichen Bußgeldbescheid der CNIL. Darin wird eine Kontrollpflicht von CRITEO seitens der CNIL mit Art. 7 Abs. 1 DS-GVO begründet.[24] Diese Ansicht eine konkrete gesetzliche und damit konstitutive Kontroll- und Überwachungspflicht zu fordern überdehnt jedoch den Wortlaut sowie Telos von Art. 26 DS-GVO. Entsprechend des eindeutigen Wortlauts von Art. 26 Abs. 1 S. 2 DS-GVO kann die Verpflichtung, eine valide Rechtsgrundlage für die der gemeinsamen Verantwortlichkeit unterliegenden ursprünglichen Daten-

verarbeitung zu gewährleisten (z. B. wie im Fall CRITEO eine Einwilligung durch den Webseitenbetreiber vor dem Tracking einzuholen), einer Partei auferlegt werden. An dieser Praxis hat auch die CNIL nichts auszusetzen und verweist in ihrer Bußgeldentscheidung auf die Ausführungen des EDSA in seiner Guideline 07/2020, wonach die beteiligten gemeinsamen Verantwortlichen "may have a certain degree of flexibility in the division and allocation of responsibilities between them, provided that they ensure full compliance with the requirements of the GDPR with regard to the specific processing".[25]

Gemeinsame Verantwortliche haben dogmatisch betrachtet richtigerweise lediglich eine entsprechende Obliegenheit und keine konstitutive Rechtspflicht, die beteiligten anderen gemeinsamen Verantwortlichen sorgfältig auszuwählen und deren Verarbeitungspraxis zu kontrollieren. Kommen sie dieser Kontrollobliegenheit nicht nach, liegt darin selbst jedoch entgegen den o. g. Entscheidungen kein eigener Verstoß gegen die DS-GVO, sondern mag im Rahmen der Zurechnung eine Haftung begründen oder eine Interessenabwägung, auf die man sich in der nachfolgenden Verarbeitungskette als Rechtsgrundlage stützt (wie im Fall der ÖDSB), zum eigenen Nachteil ausschlagen lassen. Letztlich wird sich jedoch der EuGH mit diesen Fragen befassen müssen - Ausgang ungewiss.

b) Weitere offene Fragen

Die Bejahung einer Kontrollobliegenheit führt sodann zu weiteren Folgefragen und -herausforderungen. So stellt sich als erstes zwangsläufig die Frage nach dem Maßstab für diese Auswahl- & Kontrollobliegenheit - wie weit reicht sie und sind die Anforderungen aus Art. 28 Abs. 1 und 5 DS-GVO analog heranzuziehen? Richtigerweise ist eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen aus Art. 28 DS-GVO nicht zwingend geboten - eine Orientierung daran schadet jedoch nicht. Dogmatisch gesehen ist eine Analogie hier allerdings abzulehnen. Hätte der europäische Normgeber entsprechende Überprüfungshandlungen im Vorfeld und während der gemeinsamen Verantwortlichkeit gewollt, so hätte er entsprechende Verpflichtungen in Art. 26 DS-GVO aufnehmen können. Vielmehr spricht der Wortlaut von Art. 26 Abs. 1 S. 2 DS-GVO dafür, dass der Maßstab und Umfang der Obliegenheiten entsprechend in der Vereinbarung der gemeinsamen Verantwortlichkeit zu regeln ist. So hat bspw. die CNIL in ihrer Entscheidung folgende Formulierung in der Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit zwischen CRITEO und seinen Partnern nicht beanstandet: "The partner undertakes to provide promplty to X, upon request and at any time, proff that the consent oft he data subject has been obtained by the partner".[26] Eine Aufnahme solcher Formulierungen in entsprechende Vereinbarungen ist empfehlenswert. CRITEO hat seine Partner im Vorfeld überprüft, ob diese in der Lage sind, die Voraussetzungen der Art. 26-Vereinbarung sowie Pflichten der DS-GVO einzuhalten und bei entsprechenden Hinweisen eine konkrete Prüfung des jeweiligen gemeinsam Verantwortlichen unternommen - auch dies hat die CNIL als ausreichend erachtet.[27]

Dies beantwortet auch gleich eine weitere Frage: Was tun bei bekannten Verstößen durch Medienberichterstattung oder Hinweise seitens Betroffener? Richtigerweise sind gemeinsam Verantwortliche dann gehalten, im Rahmen ihrer Obliegenheit entsprechende Prüfungen des jeweilig in die Kritik geratenen anderen gemeinsamen Verantwortlichen zu initiieren.

Schwieriger zu beantworten ist hingegen, was die Folgen bei der Überprüfung festgestellter Missstände sind. Reicht hier ein Hinweis (ähnlich wie beim Recht auf Vergessenwerden nach Art. 17 Abs. 2 DS-GVO) an den anderen gemeinsamen Verantwortlichen aus, muss eine Remonstration mit der Aufforderung zu Abhilfe erfolgen oder sogar die Beendigung der Zusammenarbeit? Richtigerweise ist hier abgestuft vorzugehen: zunächst wäre der gemeinsame Verantwortliche, welcher Kenntnisse von Unzulänglichkeiten hat, gehalten dies der anderen Partei mitzuteilen und um entsprechende Stellungnahme zu bitten. Ist die Begründung nicht ausreichend und der Verstoß immer noch immanent, so hat als nächster Schritt eine Aufforderung zur Abhilfe zu erfolgen. Wird dieser immer noch nicht entsprochen, so sollte als finale Eskalationsstufe die Zusammenarbeit beendet werden. Eine Zusammenarbeit mit gemeinsamen Verantwortlichen ist ab dem Zeitpunkt nicht mehr vertretbar, ab dem die Einhaltung der DS-GVO durch diesen Partner nicht mehr gewährleistet ist.[28] Wichtig für die Praxis ist jedoch, dass entsprechende vertragliche Pflichten der Parteien zur Kooperation bei behaupteten Verstößen gegen die DS-GVO in der Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit nach Art. 26 DS-GVO explizit festgehalten werden, um Diskussionen zu Fragen ob und inwieweit eine Partei hier Auskunft und Abhilfe leisten muss, von vornherein zu vermeiden.

V. Fazit

Das Thema gemeinsame Verantwortlichkeit ist an sich bereits hochkomplex und bietet Raum für Diskussion. Im Bereich der Online-Werbung und Plattformökonomie gewinnt dieses Thema nicht zuletzt durch die in diesem Beitrag aufgezeigten Abgrenzungs- und umsetzungsfragen sowie aktuelle Entscheidungen seitens Aufsichtsbehörden und Gerichte an zusätzlicher Brisanz. Trotz der geübten Kritik an den EuGH-Entscheidungen zu diesem Themenkomplex ist ihm aber in einer Sache zuzustimmen: Es bedarf einer Prüfung jedes einzelnen Verarbeitungsvorgangs, um die hohen Anforderungen der Rechtsprechung und Datenschutzbehörden zu erfüllen. Zu recht wurde seitens Kommentatoren auf diversen Symposien und Konferenzen zuletzt rhetorisch hinterfragt, ob zukünftig nicht jeder gemeinsamer Verantwortlicher ist. Leider ist nicht davon auszugehen, dass der EuGH seine extensive Rechtsprechung bald revidiert. Insoweit gilt hinsichtlich der gemeinsamen Verantwortlichkeit frei nach Schiller: Drum prüfe wer sich ewig bindet, ob sich nicht was Besseres findet.

Dr. Frank Schemmel, Dipl. iur. oec. univ., ist Senior Director International Privacy und Compliance bei DataGuard in München.

Daniel Schlemann, LL.M. (Berkeley), RA, Attorney at Law (New York), ist Managing Associate bei ARQIS in Düsseldorf.

Fußnoten

1) S. https://de.statista.com/infografik/29180/anzahl-der-von-der-deutschen-post-befoerderten-briefe/ (Abruf: 4.1.2024).

2) LfDI Rheinland-Pfalz, Tätigkeitsbericht 2020, S. 35 f.; LFD Niedersachsen, Tätigkeitsbericht 2022, S. 150 ff.

3) RefE eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, Bearbeitungsstand 9.8.23, S. 26 f.

4) Ähnlich auch *Lee/Cross*, MMR 2019, 559, 562.

5) Daneben kann man auch mittels Custom Audiences Werbeanzeigen sehr zielgerichtet ausspielen. Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit für Custom Audiences ist aber nicht Teil des vorliegenden Aufsatzes.

6) EuGH, 5.6.2018 - C-210/16, BB 2018, 1480 - Wirtschaftsakademie.

7) EuGH, 29.7.2019 - C-40/17, BB 2019, 1995, K&R 2019, 562 - Fashion ID.

8) EDSA, Leitlinien 08/2020, Rn. 42 ff.

9) EDSA, Leitlinien 08/2020, Rn. 46.

10) OVG Schleswig, 25.11.2021 - 4 LB 20/13, ZD 2022, 344, Rn. 143, 147.

11) DSK, Kurzgutachten zur datenschutzrechtlichen Konformität des Betriebs von Facebook-Fanpages S. 20; Untersagungsverfügung des Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationssicherheit gegen die Bundesregierung vom 17.2.2023, S. 20.

12) EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 62.

13)

Neben Keywords kann man noch weitere Parameter einstellen und auch Custom Audience erstellen, um seine Werbung effizienter zu gestalten. Diese weiteren Möglichkeiten, Werbung zu schalten, sind jedoch nicht Teil des vorliegenden Aufsatzes.

14) EuGH, 29.7.2019 - C-40/17, BB 2019, 1995, K&R 2019, 562, Rn. 80 - Fashion ID.

15) Teilweise bieten Suchanbieter auch noch weitergehendes Tracking durch andere Tools an, die jedoch nicht Teil der Betrachtung in diesem Aufsatz sind.

16) ÖDSB, Bescheid vom 24.3.2023 - D124.3816 2023-0.193.268, ZD 2023, 452.

17) Vgl. zu dieser Fragestellung ÖBVwG, Erkenntnis vom 26.11.2020 - GZ: W258 2217446-1.

18) EuGH, 27.10.2022 - C-129/21, Rn. 81, ZD 2023, 28, 30, WRP 2022, 1502, wonach der für die Verarbeitung Verantwortliche den Nachweis für die Einhaltung aller Datenschutzgrundsätze zu erbringen hat.

19) Bezirksgericht Amsterdam,18.10.2023 - C/13/739403/KG ZA 23-829 EAM/MAH; Entscheidung im Original unter https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2023:6530 (Abruf: 25.1.2024).

20) Vgl. PM der CNIL v. 22.6.2023, unter https://www.cnil.fr/en/personalised-advertising-criteo-fined-eur-40-million (Abruf: 25.1.2024), sowie Entscheidung veröffentlicht durch den EDSA, unter https://edpb.europa.eu/system/files/2023-08/fr_
2023-06decisionpublic_
redacted.pdf (Abruf: 25.1.2024).

21) Berufungsgericht Amsterdam, 5.12.2023 - C/13/739403 / KG ZA 23-829 EAM/MAH; Entscheidung im Original unter https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHAMS:2023:2971 (Abruf: 25.1.2024).

22) EuGH, 5.6.2018 - C-210/16, BB 2018, 1480 , ZD 2018, 357 - ULD Schleswig-Holstein/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein; EuGH, 10.7.2018 - C-25/17, ZD 2018, 469 - Zeugen Jehovas; EuGH, 29.7.2019 - C-40/17, BB 2019, 1995, ZD 2019, 455 - Fashion ID.

23)

Vgl. statt aller *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, DS-GVO, Art. 26, Rn. 42 ff. m. w. N.

24) Entscheidung der CNIL v. 15.6.2023, Rn. 61, unter https://edpb.europa.eu/system/files/2023-08/fr_
2023-06decisionpublic_
redacted.pdf (Abruf: 25.1.2024).

25) EDSA, Leitlinien 07/2020, Rn. 168.

26) Entscheidung der CNIL v. 15.6.2023, Rn. 78 f., unter https://edpb.europa.eu/system/files/2023-08/fr_
2023-06decisionpublic_
redacted.pdf (Abruf: 25.1.2024).

27) Entscheidung der CNIL v. 15.6.2023, Rn. 77 u. 79, unter https://edpb.europa.eu/system/files/2023-08/fr_
2023-06decisionpublic_
redacted.pdf (Abruf: 25.1.2024).

28) So als Folge für eine negative Überprüfung des Auftragsverarbeiters i. S. d. Art. 28 Abs. 1 fordernd *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, DS-GVO, Art. 28, Rn. 60.

© dfv Mediengruppe, Frankfurt am Main