

# Client Letter

## Update E-Commerce – Datenschutz

v. BOETTICHER HASSE LOHMANN

### Zusammenfassung:

1. **Datenschutz does not like Facebook's „Like“-Button, Google Analytics und Co.**
  - Aufsichtsbehörden und Abmahner gehen gegen Nutzer von Google Analytics und Facebooks Like-Button vor. Weitere Dienste betroffen.
2. **BGH: Konkurrenten können unwirksame AGB abmahnen**
  - Schnell ist ein Satz auf der WWW-Seite als AGB klassifiziert. Unwirksame Klauseln sollten dringend vermieden werden.
3. **LG Leipzig: Bei Gewährleistungsansprüchen kein Verweis auf Herstellergarantie**
  - Hinweise zur Abwicklung von Gewährleistungsansprüchen sollten angepasst werden, damit kein falscher Eindruck entsteht.
4. **Kostentragungsklauseln für Prüfung angeblicher Gewährleistungsfälle unzulässig**
  - Die Prüfung, ob ein Defekt ein Gewährleistungsfall ist, ist Sache des Verkäufers.

### 1. Datenschutz does not like Facebook's „Like“-Button, Google Analytics und Co.

Eingebettete Youtube-Videos, der Facebook-Like-Button und Google Analytics sind aus vielen Unternehmens-WWW-Seiten nicht mehr wegzudenken. Doch diese Funktionen sind datenschutzrechtlich bedenklich: Eine Vielzahl von Webseitenbetreibern hat in der letzten Zeit Abmahnungen von Konkurrenten bzw. von ihrer zuständigen Datenschutz-Aufsichtsbehörde erhalten.

Allen genannten Angeboten ist eins gemeinsam: Durch eingebettete iFrames oder JavaScript werden Inhalte von Google, Facebook usw. abgerufen. Dadurch werden Informationen an diese Anbieter, also regelmäßig in die USA, übermittelt – mindestens die IP-Adresse.

IP-Adressen sind nach Ansicht der Aufsichtsbehörden, einiger Gerichte und eines Teils der juristischen Literatur stets personenbezogene Daten, da sich spätestens über die Daten des Access-Providers eine Verbindung zu einem bestimmten Menschen herstellen lässt. Selbst wenn man der anderen Ansicht folgt und damit einen Rechtsstreit mit den Aufsichtsbehörden in Kauf nimmt, bleiben immer noch IP-Adressen, die personenbezogen sind – etwa auf einen Menschen registrierte feste IPs oder Kunden, die sich im Laufe des Surfens namentlich anmelden oder die von der selben IP-Adresse eine E-Mail schreiben. Die Praxis muss daher IP-Adressen als personenbezogene Daten behandeln, so dass ihre Nutzung einer Erlaubnis bedarf.

Angriffspunkte der Datenschützer gegen die Dienste gibt es gleich eine Reihe: Google Analytics zum Beispiel wird man als Auftragsdatenverarbeitung im Sinne von § 11 BDSG ansehen müssen. Dies stellt hohe Anforder-

rungen an das Unternehmen, das Google Analytics nutzt (siehe dazu auch unseren Client Letter Update E-Commerce – Datenschutz Mai 2010) – die aber mit der derzeitigen Gestaltung von Analytics überhaupt nicht eingehalten werden können. Zudem dürfte Google die Daten auch zu eigenen Zwecken nutzen, so dass eine Datenübermittlung vorliegt – und das auch noch in die USA, in denen es keinen Datenschutz gibt, der deutschen gesetzlichen Anforderungen genügt. Die Surfer werden regelmäßig nicht oder erst nachträglich informiert, die nötige Widerspruchsmöglichkeit gibt es nicht. Der Webseitenbetreiber kann auch seinen Auskunft- und Lösungsverpflichtungen nicht nachkommen.

Bei Verstößen drohen Bußgelder und im Extremfall sogar eine Strafverfolgung. Hinzu kommen Kosten für Abmahnungen und Untersagungsverfügungen der Aufsichtsbehörden, die im schlimmsten Fall einen ganzen Betrieb blockieren können, sowie – praktisch kaum relevant – Schadensersatzforderungen von Betroffenen.

Unternehmen sollten beachten, dass die Aufsichtsbehörden bei Beschwerden sich meist nicht darauf beschränken, nur den Grund der Beschwerde zu verfolgen – eine Beschwerde wird üblicherweise zum Anlass genommen, das Unternehmen insgesamt unter die Lupe zu nehmen. Ist ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter ordnungsgemäß bestellt? Ist er ausreichend kompetent (sonst keine wirksame Bestellung)? Sind die Mitarbeiter gesondert auf das Datengeheimnis verpflichtet? Gibt es ein Verzeichnisse und entspricht dieses den gesetzlichen Anforderungen? Enthalten die IT-Outsourcing-Verträge alle nötigen Vereinbarungen? Ist eine Vorab-Kontrolle durchgeführt worden und wird der Auftragnehmer regelmäßig überprüft? Reichen die technisch-organisatorischen Sicherungsmaßnahmen aus? Enthält jede Werbesendung einen Hinweis auf das Widerspruchsrecht? – Die Liste ließe sich lange fortsetzen.

Zwar ist – trotz erheblicher Personal-Aufstockungen in den Aufsichtsbehörden – die Wahrscheinlichkeit, für einen Datenschutz-Verstoß verfolgt zu werden, gering. Aber bei festgestellten Verstößen ist eine deutliche Zunahme von Bußgeldern zu verzeichnen, und zwar in Anzahl und Höhe: Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass das Bußgeld den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen soll. Gerade im Online-Bereich ist zu berücksichtigen, dass Verstöße vom Schreibtisch aus entdeckt

werden können – gegen Nutzer von Google Analytics gehen mittlerweile die ersten Aufsichtsbehörden systematisch vor, der Bundesdatenschutzbeauftragte hat gar eine Software programmieren lassen, die Datenschutz-Verstöße automatisch aufspürt. Und nachdem Abmahner den Datenschutz für sich entdeckt haben, wird es Zeit, sich genauer mit der eigenen Website zu beschäftigen: Zwar hat das Landgericht Berlin am 14. März 2011 (Az. 91 O 25/11) entschieden, dass Wettbewerber – anders als Web-Surfer – einen Facebook-Button nicht abmahnen können. Doch dieser Beschluss ist stark kritisiert worden und übersieht auch wesentliche Rechtsprechung verschiedener Obergerichte, so dass man sich nicht auf diese Entscheidung verlassen kann. Schließlich gibt es genügend Gestaltungsmöglichkeiten, die mit datenschutzkonformen Mitteln vergleichbare Ergebnisse erzielen.

#### Weiterführende Links:

Beschluss des Düsseldorfer Kreises vom 27. November 2009: Datenschutzkonforme Ausgestaltung von Analyseverfahren zur Reichweitenmessung bei Internet-Angeboten

[http://www.bfdi.bund.de/clin\\_136/SharedDocs/Publikationen/Entschiessungssammlung/DuesseldorferKreis/Nov09Reichweitenmessung.html?nn=409242](http://www.bfdi.bund.de/clin_136/SharedDocs/Publikationen/Entschiessungssammlung/DuesseldorferKreis/Nov09Reichweitenmessung.html?nn=409242)

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein: Hinweise und Empfehlungen zur Analyse von Internet-Angeboten mit „Piwik“

<https://www.datenschutzzentrum.de/tracking/piwik/>

## 2. BGH: Konkurrenten können unwirksame AGB abmahnen

Wer gegenüber Verbrauchern die Gewährleistung ausschließt, kann auch von Konkurrenten abgemahnt werden (BGH, Urteil vom 31.3.2010, Az. I ZR 34/08). Dieses BGH-Urteil, das zunächst nur eine ganz spezielle Konstellation zu regeln scheint, öffnet das Tor dafür, dass Konkurrenten künftig rechtswidrige AGB ihrer Mitbewerber abmahnen können.

In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte ein Händler über eBay gebrauchte Telefone verkauft. Dabei hatte er die Gewährleistung ausgeschlossen, gleichzeitig aber

auch die Aussage in die Artikelbeschreibung aufgenommen, er verkaufe nur an Gewerbetreibende. Ein Konkurrent nahm einen Testkauf vor, für den er einen Privatpersonen-Account benutzte. Gegenüber Verbrauchern ist allerdings ein Ausschluss der Gewährleistung nach § 475 Abs. 1 BGB verboten.

Der BGH entschied nun, dass § 475 Abs. 1 BGB nicht nur Verbraucher schützen soll, sondern auch Wettbewerber, die sich rechtskonform verhalten. Deswegen liege eine unlautere Handlung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG vor. Dass auch Verbraucher- und Wettbewerbsverbände gegen die unwirksame AGB-Klausel mit dem Gewährleistungsausschluss hätten vorgehen können, schließt nach dem BGH (und der herrschenden Meinung in der Literatur) den Unterlassungsanspruch des Konkurrenten nicht aus.

Im Ergebnis bedeutet das Urteil, dass unwirksame AGB-Klauseln künftig immer von Konkurrenten abgemahnt werden können, es sei denn es handelt sich um einen so genannten Bagatellverstoß im Sinne von § 3 Abs. 1 und 2 UWG. Besonders ärgerlich ist dabei, dass derselbe Konkurrent durchaus jeden Monat eine neue AGB-Klausel kostenpflichtig abmahnen kann – zu einer vollständigen Überprüfung der AGB ist der Konkurrent nämlich nicht verpflichtet, sondern er kann jedes Mal neu abmahnen, wenn er wieder eine verbotene Klausel findet. Eine vollständige rechtliche Überprüfung der AGB kann daher schnell die günstigere Variante sein.

#### Weiterführende Links:

BGH, Urteil vom 31.3.2010, Az. I ZR 34/08

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=53594&pos=0&anz=1>

### 3. LG Leipzig: Bei Gewährleistungsansprüchen kein Verweis auf Herstellergarantie

Im Zusammenhang mit dem oben unter 2. besprochenen BGH-Urteil erhält ein – nicht rechtskräftiges – Urteil des Landgerichts Leipzig eine besondere Brisanz für Online-Händler: Denn auch wer versucht, seinen (Verbraucher-) Kunden die Abwicklung von Gewährleis-

tungsansprüchen über die Hersteller-Garantie nahe zu legen, muss künftig mit einer Abmahnung rechnen.

Ein Händler hatte auf seiner Website erläutert, wie Kunden im Fall von Defekten der gekauften Waren vorgehen sollten. Der Händler verwies darauf, dass er defekte Geräte auch nur an den Hersteller weitersenden würde und dass dadurch wertvolle Zeit verloren ginge. Diese könne der Kunde sparen, wenn er gleich die Herstellergarantie nutze.

Die Richter des Landgerichts Leipzig entschieden, dass der Händler nicht den Eindruck erwecken dürfe, der Kunde habe bei Sachmängeln keine Ansprüche gegen den Händler, sondern müsse sich an den Hersteller halten. Denn ein Gewährleistungsausschluss gegenüber Verbrauchern ist bekanntermaßen unzulässig.

Da nach dem unter 2. besprochenen BGH-Urteil jeder Wettbewerber einen unzulässigen Gewährleistungsausschluss abmahnen kann, sollte jeder Händler, der nicht sicher einen Verkauf an Verbraucher ausschließen kann, seine Hinweise zur Reklamationsabwicklung dringend überprüfen. Das – aus Kostengründen beliebte – Erwecken des Eindrucks, eigentlich habe der Kunde nur Garantieansprüche gegen den Hersteller, und der Händler sei insoweit nur (freiwillig) Vermittler, ist nach Ansicht des Landgerichts Leipzig unzulässig.

Das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 23.12.2010, Az. 8 O 2315/10, ist unseres Wissens bisher nicht veröffentlicht.

### 4. Kostentragungsklauseln für Prüfung angeblicher Gewährleistungsfälle unzulässig

Ebenfalls im Zusammenhang mit den vorgenannten Urteilen von Bedeutung ist eine Entscheidung des BGH, in der es eigentlich um einen Werkvertrag in einer Bau-sache ging, die aber von allgemeiner Bedeutung insbesondere auch für Online-Händler ist.

Nach Einbau und Abnahme einer Heizung zeigten sich Undichtigkeiten. Der Heizungsmonteur erklärte sich grundsätzlich bereit, die Mängelrügen zu prüfen. Er verlangte allerdings, dass der Auftraggeber sich verpflichtet, die Kosten für An- und Abfahrt, Fehlersuche

und Mängelbeseitigung zu tragen. Dazu war der Auftraggeber nicht bereit, so dass der Mangel nicht beseitigt wurde und es zu einem großen Wasserschaden kam. Der BGH verurteilte den Heizungsmonteur zu vollem Schadensersatz.

Denn die Prüfung, ob ein Gewährleistungsfall vorliegt, ist Sache des Auftragnehmers – bzw. im Fall des Online-Händlers: des Verkäufers. Er muss alle damit verbundenen Kosten tragen. Einzige Ausnahme: „wenn der Auftragnehmer für den Mangel nicht verantwortlich ist und der Auftraggeber bei der im Rahmen seiner Möglichkeiten gebotenen Überprüfung hätte feststellen können, dass er selbst für die Ursachen des Mangels verantwortlich ist“. Da der Kunde in der Regel Laie ist, kann also der Verkäufer/Unternehmer nur in Ausnahmefällen die Kosten erstattet verlangen, die ihm durch eine unberechtigte Reklamation entstanden sind.

Der Auftragnehmer (Verkäufer) kann auch nicht seine Mängelprüfung davon abhängig machen, dass der Kunde sich zur Übernahme der Kosten verpflichtet, wenn sich die Mängelrüge als unberechtigt herausstellt – er ist laut BGH durch seine gesetzlichen Ansprüche ausreichend geschützt.

Damit dürfte auch eine AGB-Klausel, nach der der Kunde im Fall unberechtigter Mängelrügen zur Kostentragung verpflichtet ist, unwirksam sein. Denn eine solche Klausel dürfte den Kunden wegen Abweichens vom Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung unangemessen benachteiligen. Eine verschuldensunabhängige Kostenübernahme des Kunden kann nur im Einzelfall vereinbart werden.

Da unwirksame AGB-Klauseln von jedem Mitbewerber abgemahnt werden können (siehe das unter 2. besprochene Urteil), sollte jeder Händler seine AGB entsprechend überprüfen (lassen). Mängelrügen sollten unverzüglich geprüft werden. Sollte der Kunde für den Mangel verantwortlich sein und hätte er dies aufgrund seiner Fachkunde problemlos erkennen können, könnte ein Anspruch auf Erstattung der Prüfungskosten in Betracht kommen. Hier ist aber eine Einzelfallprüfung geboten.

#### Weiterführende Links:

BGH, Urteil vom 2.9.2010, Az. VII ZR 110/09

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=53573&pos=0&anz=1>

#### Kontakt:

Für Fragen zu Vorstehendem und für etwaige weitere Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung:

#### Matthias Bergt

E-Mail: [mbergt@boetticher.com](mailto:mbergt@boetticher.com)  
Tel. +49 / 30 / 61 68 94 03

#### Dr. Anselm Brandi-Dohrn, maître en droit

E-Mail: [abrandi-dohrn@boetticher.com](mailto:abrandi-dohrn@boetticher.com)  
Tel. +49 / 30 / 61 68 94 03

Dieser Client Letter stellt lediglich eine Auswahl von aktuellen Entscheidungen und Entwicklungen zu den besprochenen Themen dar. Er erhebt weder Anspruch auf Vollständigkeit, noch stellt er Rechtsberatung dar. Wenn Sie Fragen zu den hier angesprochenen Rechtsproblemen – oder zu anderen Rechtsgebieten – haben, wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei v. Boetticher Hasse Lohmann oder an die oben unter „Kontakt“ angegebene Person.

© 2011 v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten. Alle Rechte vorbehalten.

Wenn Sie keine weiteren Informationen von v. Boetticher Hasse Lohmann über Rechtsfragen erhalten wollen, die wir für Sie für bedeutsam halten, senden Sie bitte eine E-Mail an die unter „Kontakt“ angegebene Person.

v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten ist eine eingetragene Partnerschaftsgesellschaft (AG München PR 516). Sitz: Widenmayerstr. 6, 80538 München.