

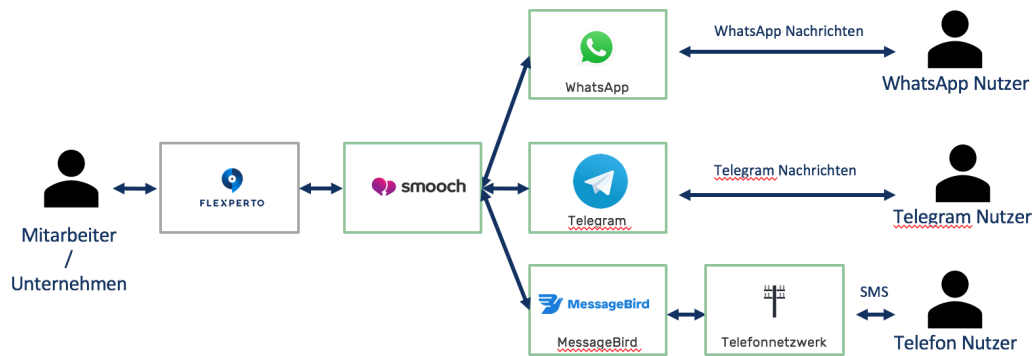
Datenschutzrechtliche Aspekte für die Einführung von Messenger-Diensten

Die nachfolgende Erläuterung soll die datenschutzrechtliche Einschätzung von Seiten Flexperto GmbH sowie deren Datenschutzbeauftragten der Isico Datenschutz GmbH für den Einsatz von Messenger Diensten für die Kommunikation zwischen Unternehmen und Kunden darlegen. Die Erläuterungen basieren auf dem Einsatz der Flexperto Communication Cloud.

1. Grundlegende Informationen	1
2. Datenschutzrechtliche Betrachtung der einzelnen Messenger	2
2.1. WhatsApp Business	2
2.2. SMS	5
2.3. Telegram	6
3. Sicherstellung der Einwilligung und Dokumentation der Einwilligung	6
4. Sicherstellung der Mitteilung von Informationspflichten	7
5. Löschpflichten nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO	7

1. Grundlegende Informationen

Flexperto ermöglicht die Bündelung von verschiedenen Messenger-Diensten in einer Software Plattform und erlaubt damit die Omni-Kommunikation mit Kanälen wie z. B. WhatsApp, SMS, Facebook Messenger und Telegram. Dabei werden die von den Messenger-Diensten verfügbaren technischen Schnittstellen genutzt, um den Versand und den Erhalt von Nachrichten zentralisiert abzubilden. Da sich die Schnittstellen der Messenger-Dienste unter ständiger Weiterentwicklung befinden, hat Flexperto einen Dienstleister eingeschaltet, der die Schnittstellen stets auf einem neusten Stand hält und den Datenstandard vereinheitlicht. Dieser Dienstleister ist Smooch Technologies Inc., ansässig in Kanada. Folgende Grafik erläutert den Datenfluss zwischen Flexperto, Smooch und Messaging Anbietern:



Zwischen Flexperto und Smooch besteht eine Auftragsverarbeitung gem. Standardvertragsklauseln. Die Daten werden ausschließlich auf Servern innerhalb der EU gehostet. Ferner sei darauf hingewiesen, dass Smooch ein kanadisches Unternehmen ist. Für Kanada existiert ein Angemessenheitsbeschluss der Europäischen Union: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32002D0002>

2. Datenschutzrechtliche Betrachtung der einzelnen Messenger

2.1. WhatsApp Business

Aus unserer Sicht wird WhatsApp aufgrund der hohen Nutzungsrate, sowie auch aufgrund der Vorteile im Bereich Datenschutz und IT-Sicherheit gegenüber anderen Messenger-Diensten eine zentrale Rolle spielen.

WhatsApp hat zwei Business Lösungen auf den Markt gebracht: WhatsApp Business und WhatsApp Business API:

WhatsApp Business ist eine aktuell auf Android verfügbare Applikation für kleine Unternehmen, die es ermöglicht über von WhatsApp entwickelte und leicht angepasste, dedizierte Business App mit Kunden über WhatsApp zu sprechen.

WhatsApp Business API ermöglicht es mittleren und großen Unternehmen über eine selbst gehostete Version von WhatsApp und einer technische Schnittstelle über WhatsApp mit Kunden zu kommunizieren und dabei in den Genuss der kompletten Datenhoheit zu kommen.

Wir beschäftigen uns im Weiteren ausschließlich mit WhatsApp Business API, der Lösung für größere Unternehmen.

WhatsApp will auch in der Unternehmenskommunikation die Ende-zu-Ende Verschlüsselung aufrecht erhalten. Um dies zu gewährleisten, müssen Unternehmen eine eigene WhatsApp Instanz hosten. Dies beinhaltet ebenfalls die komplette Datenbank, auf der sämtliche Nachrichtendaten gespeichert werden. WhatsApp ist damit „on-premise“ fähig und die Daten können innerhalb der

Europäischen Union gehostet werden. Aufgrund der Ende-zu-Ende Verschlüsselung kann, nach engerer Auslegung, argumentiert werden, dass an WhatsApp ausschließlich Telefonnummern übertragen werden, denn die eigentlichen Inhalte der Nachrichten werden nicht an WhatsApp direkt übermittelt. Zu der genauen vertraglichen Konstellation mit WhatsApp wird weiter unten Stellung genommen.

Gewerbliche Nutzung gem. den WhatsApp AGB

Mit den Business Lösungen gibt WhatsApp einen eindeutigen rechtlichen Rahmen für die gewerbliche Nutzung. WhatsApp hat die AGB für Kunden an den entsprechenden Stellen ergänzt. Auch existieren für Unternehmen nun dedizierte [Business-AGB](#).

Aufzeichnungsanforderungen und Aufbewahrungspflichten

Die bisherige Lösung erforderte ein manuelles Aufzeichnen über dezentral verteilte Datenbanken (die Smartphones aller Mitarbeiter). Dies erfolgt mit WhatsApp Business nun zentral, denn Unternehmen haben einen zentralen Zugriff auf sämtliche Nachrichtendaten und können diese automatisiert und programmatisch auf andere Systeme übertragen, kategorisieren und dokumentieren. Damit kann eine skalierbare und rechtlich tragfähige Lösung für sämtliche sich ergebende Dokumentationspflichten geschaffen werden.

Unerlaubte Übertragung von personenbezogenen Daten

Bisher wurde die WhatsApp Lösung deshalb kritisiert, da WhatsApp zum Zeitpunkt der Installation das komplette Adressbuch an WhatsApp überträgt und dabei massenweise personenbezogene Daten von Betroffenen in die USA übermittelt, ohne dass diese explizit hierzu eingewilligt hätten.

Mit WhatsApp Business wird WhatsApp nicht mehr direkt auf den Smartphones installiert. Daher hat WhatsApp auch keinen Zugriff mehr auf das Adressbuch.

Vertragsverhältnis

Bei WhatsApp, könnte argumentiert werden, es handele sich nicht um einen Auftragsverarbeiter, der personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet, da die Leistung in der Erbringung von Telekommunikation liegt. Insoweit könnten Messaging-Dienste mit E-Mail-Übertragungsdiensten gleichzusetzen sein (vgl. zu letzterem BT-Drs. 16/3078, S. 13 und 15; vgl. zum Thema auch DAV, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Informationsrecht zur Anwendung des TKG auf neue Kommunikationsplattformen. In Deutschland unterfallen Messaging-Dienste demnach dem bereichsspezifischen Datenschutz des Telekommunikationsgesetzes.

Diese Auffassung wird nach unserer Lesart durch die Aufsichtsbehörden gestützt: Die Landesdatenschutzbehörde Bayern (nicht-öffentlicher Bereich) geht

beispielsweise davon aus das TK-Dienstleistungen keine Auftragsverarbeitung darstellen:

(https://www.lda.bayern.de/media/FAQ_Abgrenzung_Auftragsverarbeitung.pdf).

Ungeachtet dessen geht WhatsApp selbst davon aus, dass es im Verhältnis zu Unternehmen Auftragsverarbeiter ist. In den WhatsApp Business Nutzungsbedingungen vom 15.05.18 (<https://www.whatsapp.com/legal/business-terms/>) regelt WhatsApp in Ziff. 7, dass es in Bezug auf Kundendaten bei Kunden aus der EU Auftragsverarbeiter ist. Ein Vertrag zur Auftragsverarbeitung wird in das Vertragsverhältnis in Form der WhatsApp Business Datenverarbeitungsbedingungen einbezogen (<https://www.whatsapp.com/legal/business-data-processing-terms/>). Der Auftragsverarbeitungsvertrag greift die Mindestinhalte aus Art. 28 DSGVO auf. Im Übrigen fungiert die WhatsApp Ireland Limited für Kunden aus Europa als Vertragspartner. Auf Grund von Datentransfers an die WhatsApp Inc. weisen die Datenverarbeitungsbedingungen auf dessen Privacy Shield-Zertifizierung hin. Außerdem verweist WhatsApp darauf, dass für den Abschluss der Auftragsverarbeitung die Standardvertragsklauseln gelten. Somit ist aus unserer Sicht ein elektronischer Abschluss der Standardvertragsklauseln gegeben.

Sehr wichtig bei der Betrachtung einer Auftragsverarbeitung ist der Fakt, dass der Anwendungsbereich des Vertrages jedoch relativ gering erscheint – primär werden Telefonnummern und Metadaten (z.B. Zeitpunkt der Kommunikation) verarbeitet, da sämtliche Inhalte Ende-zu-Ende verschlüsselt werden und diese nicht in den Umfang der Verarbeiteten Daten einfließen. Zur Erinnerung: Die „Datenbanken“ der Nachrichten liegen zum einen auf dem Smartphone der Nutzer (in diesem Szenario nur der Kunde) sowie auf der vom Unternehmen kontrollierten und gehosteten WhatsApp Instanz. WhatsApp hat auf diese Daten keinen Zugriff, womit sich nach engerer Auslegung ergibt, dass die Nachrichtendaten kein Bestandteil einer Auftragsverarbeitung wären. Für die Verarbeitung von Telefonnummern ist WhatsApp selbst eher Verantwortlicher gegenüber den Nutzern, anstatt Auftragsverarbeiter des Unternehmens anzusehen, denn die Nutzer haben WhatsApp bereits erlaubt, ihre Telefonnummer zu verarbeiten.

Abschließend lässt sich die Vertragssituation so beurteilen:

- Flexperto ist der primäre Vertragspartner des Unternehmens und es besteht eine Auftragsverarbeitung.
- Das Unternehmen nutzt die Schnittstelle von Smooch innerhalb der Flexperto Plattform um WhatsApp Business zu nutzen. Smooch ist daher ein Subunternehmer von Flexperto und kann daher in das bestehende Auftragsverarbeitungsstruktur integriert werden durch Zustimmung des Unternehmens
- Das Unternehmen stimmt der Nutzungsbedingung von WhatsApp zu und schließt damit eine Auftragsverarbeitung mit WhatsApp unter Bezugnahme der Standardvertragsklauseln und hilfsweise unter Verweis auf das

PrivacyShield von WhatsApp. Die verarbeiteten Datenkategorien, die diesem Vertrag zugrunde liegen, beschränken sich auf Metadaten und bei enger Auslegung die Telefonnummer des Kunden (obwohl WhatsApp diese Nummer schon verarbeitet).

2.2. SMS

Für den Versand von SMS werden sogenannte Communication Platform as a Service Anbieter eingeschaltet. Die Anbieter übernehmen das Provisionieren einer Telefonnummer, den Versand und Empfang von SMS sowie zusätzlich Schnittstellen (API) mit denen der Versand und Empfang von SMS gesteuert werden kann. Flexperto nutzt diese Schnittstellen um sämtliche SMS-Kommunikation hierüber zu steuern.

Flexperto arbeitet derzeit mit zwei weltweit führenden Anbietern in diesem Bereich zusammen: Twilio Inc. mit Sitz in den USA sowie Messagebird mit Sitz in den Niederlanden.

Twilio:

Twilio verarbeitet die Messaging Nachrichten innerhalb der USA. Twilio selbst ist jedoch Privacy Shield zertifiziert und bietet darüber hinaus den Abschluss von Standardvertragsklauseln um die Übertragung von Daten zu legitimieren. Twilio wäre im datenschutzrechtlichen Sinne Sub-Dienstleister von Flexperto. Es besteht eine Auftragsverarbeitung gem. Den Standardvertragsklauseln.

Messagebird:

Messagebird verarbeitet Messaging Nachrichten innerhalb der EU und bietet den Abschluss einer Auftragsverarbeitung. Messagebird wäre im datenschutzrechtlichen Sinne Sub-Dienstleister von Flexperto. Es besteht eine Auftragsverarbeitung.

Der Unterschied zwischen den beiden Diensten liegt insbesondere an größeren Preisunterschieden bei der Nummernbereitstellung, für die Kosten je Telefonnummer pro Monat sowie die Unterstützung der Weiterleitung von eingehenden Anrufen.

Datenschutzrechtliche Betrachtung:

Analog zu WhatsApp, jedoch noch viel naheliegender beim Versand von SMS Nachrichten, kann argumentiert werden, dass es sich nicht um eine Auftragsverarbeitung handelt. Im Falle, dass man jedoch von einer Auftragsverarbeitung ausgeht, wäre diese über die Auftragsverarbeitungsverträge zwischen Flexperto und Twilio, bzw. Messagebird abgedeckt. Der Anbieter würde dann als Subdienstleister in der Auftragsverarbeitung zwischen dem Unternehmen und Flexperto hinzugefügt werden.

2.3. Telegram

Gegenüber Nutzern finden bei Telegram die Datenschutzbestimmungen von Telegram Anwendung (<https://telegram.org/privacy>). Gemäß eigener Datenschutzerklärung versteht sich Telegram als eigenständig Verantwortlicher für beide Seiten, gegenüber Kunden und gegenüber dem Unternehmen. Dies bedeutet, es ist aus unserer kein Auftragsverarbeitungsvertrag zwischen Unternehmen, Flexperto und Telegram erforderlich.

2.4. Facebook Messenger

Bei Nutzung des Facebook Messenger, wird die öffentliche API von Facebook verwendet, um eine Verbindung zu einem Facebook Pages Account des Unternehmens herzustellen und über diese Nachrichten zu versenden. In Bezug auf den Messenger gelten die allgemeinen Nutzungsbedingungen von Facebook (<https://www.facebook.com/legal/terms>) sowie die Datenrichtlinie (<https://www.facebook.com/about/privacy>). Daneben gelten ferner spezielle Bedingungen wie die Facebook-Bedingungen für die gewerbliche Nutzung gelten (https://www.facebook.com/legal/commercial_terms). Facebook ist nach eigenen Angaben in den meisten Fällen Verantwortlicher, insbesondere für empfangene und versendete Nachrichten. Nach unserer rechtlicher Betrachtung ergibt sich eine Joint-Controllership Situation.

3. Sicherstellung der Einwilligung und Dokumentation der Einwilligung

Im Rahmen der DSGVO bedarf es bei der Nutzung von Messengern zum Zwecke der Kundenkommunikation, wie bei allen anderen Verarbeitungen von personenbezogenen Daten einer Rechtsgrundlage. Die bevorzugte Grundlage wäre die "Einwilligung des Betroffenen" (Art. 6 Abs.1a DSGVO), die Alternative ggf. "Berechtigtes Interesse", d.h. Im Fall dass die Interessen des werbenden Unternehmens im Einzelfall diejenigen des Betroffenen überwiegen (Art 6 Abs.1f DSGVO). Die DSGVO erkennt bspw. Direktwerbung ausdrücklich als berechtigtes Interesse eines Unternehmens an, sodass man bei einer Abwägung der Interessen durchaus zu Gunsten des Unternehmens bewerten könnte und damit die Kommunikation per WhatsApp auch ohne explizite Einwilligung legal wäre.

Flexperto unterstützt jedoch die Einholung einer Einwilligung vor Beginn der Kommunikation. Wir erläutern den Prozess für alle genannten Messenger Dienste.

Zunächst kann ein Kunde seine Einwilligung über einen anderen Kanal geben: bspw. Website, Telefon, E-Mail. Das Unternehmen versendet dann eine Nachricht an den Kunden, welches ihn auffordert, der Verarbeitung mit einem „Ja“ zu bestätigen. Dieses Verfahren wäre analog dem im Rahmen der E-Mail-Kommunikation verwendeten Double-Opt-In Verfahren. Diese Einwilligung kann durch den vollständigen Zugriff ordnungsgemäß auch außerhalb der WhatsApp Umgebung für die spätere Beweislage gespeichert werden.

4. Sicherstellung der Mitteilung von Informationspflichten

Analog der initialen Nachricht hinsichtlich des zweiten „Opt-Ins“, kann ferner eine standardisierte, automatisierte Nachricht erfolgen, die den Kunden hinsichtlich der Datenschutzerklärung informiert. Dahingehend kann den Informationspflichten ebenfalls dokumentiert nachgegangen werden.

5. Löschpflichten nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO

Unternehmen müssen personenbezogene Daten dann löschen, wenn sie für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind ([Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO](#)).

Da alle Daten zentral lagern, und nicht auf den Smartphones der Mitarbeiter, können die Daten zentral gelöscht werden. Außerdem erlaubt die Programmierschnittstelle außerdem ein automatisiertes Löschen von Daten basierend auf zu definierenden Kriterien.