LOSCHELDER

Newsletter Datenschutzrecht

September 2019

Inhalt

Das neue Bußgeldbemessungskonzept

OLG Düsseldorf kippt Facebook Beschluss des Bundeskartellamts – vorläufig

Handelsvertreter und Vertragshändler im Geltungsbereich der DSGVO

Der Hamburgische BfDI zu Sprachassistenten – Vorgehen gegen Google

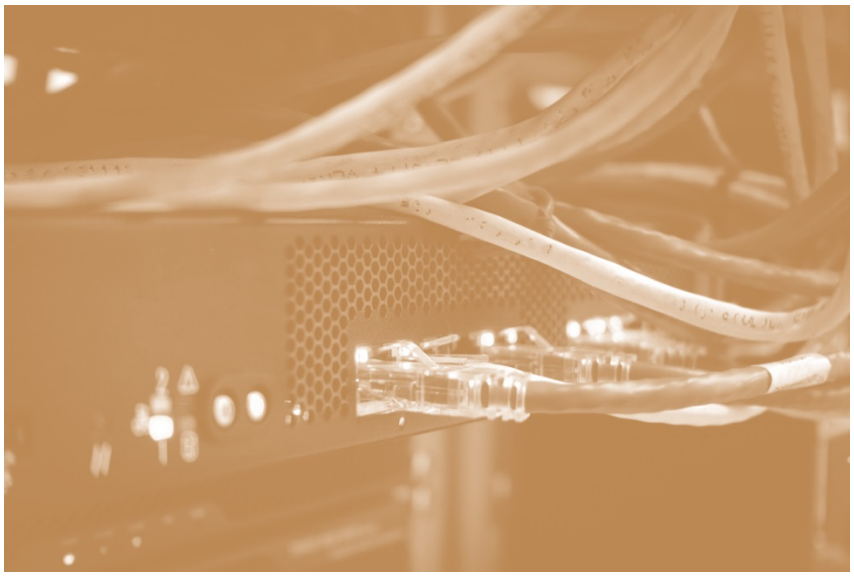
Das neue Bußgeldbemessungskonzept

Die Berliner Beauftragte für Datenschutz kündigte kürzlich ein Bußgeld in zweistelliger Millionenhöhe an. In einer solchen Höhe wurden in Deutschland bislang keine DSGVO-Bußgelder verhängt. Dem Vernehmen nach liegt der Berechnung das neue Bußgeldbemessungskonzept zugrunde, welches im Sommer von den Aufsichtsbehörden beschlossen worden sein soll. Für die Abschätzung der Bußgeldrisiken wäre es hilfreich, würden die deutschen Aufsichtsbehörden (DSK) ihr Bußgeldbemessungskonzept veröffentlichen. In ihrer 2. Zwischenkonferenz am 25.06.2019 in Mainz sollen sie sich auf ein solches geeinigt haben; einzelne Datenschutzbehörden wenden das Konzept bereits an. Veröffentlicht haben sie es jedoch nicht. Nun wurde hierzu ein Antrag über die Plattform „Frag den Staat" nach dem LTranspG und VIG gestellt, in dem der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Rheinland-Pfalz aufgefordert wird, das Bußgeldbemessungskonzept der deutschen Datenschutzbehörden (DSK) zu veröffentlichen. Diese haben jüngst darauf reagiert und mitgeteilt, es handele sich nur um einen Entwurf, der derzeit in der Praxis erprobt und dann weiter diskutiert und auch EU-weit abgestimmt werden müsse.

Bereits bekannt ist, dass das Bußgeldbemessungskonzept konkrete Maßstäbe beinhaltet: Die Bemessungsgrundlage soll der weltweite Unternehmensumsatz des Vorjahres sein, aus dem sich ein Tagessatz ergibt. Dieser Tagessatz wird dann je nach Schweregrad des Verstoßes mit einem Faktor von 1 bis 14,4 multipliziert. Leichte Verstöße werden mit einem Faktor von 1 bis 4 geahndet, sehr schwere Verstöße mit einem Faktor von 12 bis 14,4. Der Schweregrad wiederum soll Ergebnis eines Punktesystems sein, das senkend, gleichbleibend oder erhöhend wirkt. Maßgeblich für die Punktzahl seien unter anderem die Dauer des Verstoßes, die Zahl der betroffenen Personen und das Ausmaß des erlittenen Schadens. Außerdem vermindere sich die Summe des Bußgeldes bei leichter Fahrlässigkeit um 25 Prozent, bei normaler Fahrlässigkeit bleibe sie gleich und erhöhe sich um 25 oder 50 Prozent bei Vorsatz oder Absicht. Ebenfalls Berücksichtigung finden sollen Verstöße in der Vergangenheit und Maßnahmen der Schadensminderung.

Veröffentlicht ist das Bußgeldbemessungskonzept bislang indes nicht, eine IFG-Anfrage über die Plattform „Frag den Staat" wurde abgelehnt. Dies ist nicht überzeugend, mit Blick auf die Bedeutung eines solchen Bemessungskonzepts für die davon betroffenen, datenverarbeitenden Unternehmen und auch mit Blick darauf, dass

andere Behörden derartige Konzepte veröffentlichen, etwa das Bundeskartellamt (Bußgeldleitlinien). Eine Veröffentlichung würde zur Transparenz in der Bußgeldpraxis beitragen. Und je nach Konkretheit des Konzepts würde die Einschätzung von Bußgeldrisiken erleichtert. Der Kritik an der Zurückhaltung sind die Datenschutzbehörden dann auch jüngst begegnet mit der Argumentation, das Konzept sei noch ein Entwurf, der weiter erprobt und abgestimmt werden müsse (Pressemitteilung vom 17.09.2019).



OLG Düsseldorf kippt Facebook Beschluss des Bundeskartellamts – vorläufig

Mit überraschender Deutlichkeit ist das OLG Düsseldorf mit seinem Beschluss vom 26.09.2019 (VI-Kart 1/19 (V)) der sog. Facebook Entscheidung des Bundeskartellamts entgegengetreten und hat die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe von Facebook angeordnet.

Das Bundeskartellamt hatte in diesem Frühjahr weltweit für Aufsehen gesorgt, indem es in seinem 300-seitigen Beschluss Facebook weitreichende Beschränkungen bei der Verarbeitung seiner Nutzerdaten auferlegte. Das Amt kam unter anderem zu dem Ergebnis, dass die Nutzungsbedingungen von Facebook sowie die Art und der Umfang der Verarbeitung der personenbezogenen Daten zu Lasten der Nutzer gegen die DSGVO verstießen. Das OLG Düsseldorf ist dem Beschluss des Bundeskartellamts nun in eindrücklicher Weise entgegengetreten. Unabhängig von den kartell- und verfah-

rensrechtlichen Feinheiten lohnt sich dessen Lektüre auch und gerade für Datenschutzinteressierte wegen der Feststellungen des Senats zu den Eigenheiten unserer Informationsgesellschaft:

> *„Die Erfassung und Verarbeitung dieser Mehrdaten erfolgt allerdings auf der Grundlage der von Facebook gestellten Nutzungsbedingungen, also mit Zustimmung des Facebook-Nutzers. Bei dieser Sachlage kann von einem „Kontrollverlust" des Nutzers über seine Daten nicht die Rede sein. Die Datenverarbeitung erfolgt vielmehr mit seinem Wissen und Wollen und damit sehr wohl unter seiner „Kontrolle"."*

> *„Es fehlt ebenso jeder Anhaltspunkt für die Annahme, dass Facebook die Zustimmung der Nutzer durch Zwang, Druck, Ausnutzung einer Willensschwäche oder sonst unlautere Mittel erlangt oder das Unternehmen die Mehrdaten abredewidrig über den vereinbarten Umfang hinaus nutzt. Dass die Nutzung des Facebook-Netzwerks an die Einwilligung zur Mehrdatennutzung gekoppelt ist, bedeutet keinen Kontrollverlust des Nutzers und begründet für diesen auch keine Zwangslage. Es macht lediglich eine Abwägung zwischen den Vorteilen, die aus der Nutzung eines werbefinanzierten (und damit unentgeltlichen) sozialen Netzwerks resultieren, und den Konsequenzen, die mit der Verwendung der Mehrdaten durch Facebook verbunden sind, erforderlich. Diese Abwägung kann der Nutzer unbeeinflusst und vollkommen autonom nach seinen persönlichen Präferenzen und Wertvorstellungen treffen. Dass sie – wie die erhebliche Zahl der Facebook-Nutzer (monatlich rund 32 Mio.) und der Facebook-Nichtnutzer (rund 50 Mio.) zeigt – unterschiedlich ausfallen kann, belegt nicht ansatzweise eine Ausbeutung des Nutzers. Sie ist erst recht kein Beleg für einen Kontrollverlust über die Daten."*

> *„Das Argument des Amtes, der Kunde sei uninformiert, weil er die Nutzungsbedingungen nicht lese, ist in diesem Zusammenhang nicht stichhaltig, weil – wie im Weiteren noch ausgeführt werden wird – die unterbleibende Kenntnisnahme nicht auf der Marktmacht von Facebook, sondern bei lebensnaher Würdigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf der Gleichgültigkeit oder Bequemlichkeit des Facebook-Nutzers beruht."*

Diese und weitere grundsätzliche Erwägungen sind deswegen für die datenschutzrechtliche Praxis interessant, weil sie zur Beantwor-

tung auch rein datenschutzrechtlicher Fragestellungen herangezogen werden können.

So stellt sich beispielsweise bei der Freiwilligkeit einer Einwilligung stets die Frage danach, ob und inwieweit sich der Betroffene frei zu deren Abgabe entscheiden konnte. Ein weiteres Beispiel stellt die Interessenabwägung im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO dar, bei der es maßgeblich auf die Vorstellungen, Erwartungen und schutzbedürftigen Interessen der Betroffenen ankommt, die bestmöglich mit dem unternehmerischen Verarbeitungsinteresse in Einklang zu bringen sind.

Die Sache liegt nun dem Bundesgerichtshof zur Klärung vor, dessen Entscheidung mit Spannung erwartet wird.

Handelsvertreter und Vertragshändler im Geltungsbereich der DSGVO

Der Einsatz von Handelsvertretern und Vertragshändlern ist beim effektiven Vertrieb von Produkten üblich und aus dem täglichen Wirtschaftsleben kaum wegzudenken. Doch bedient man sich dieser Form des Marketings und des Vertriebs, kommt es unweigerlich zu einem regen Austausch von Daten zwischen den Beteiligten. Der Handelsvertreter gibt Kundendaten an seinen Auftraggeber, damit dieser entsprechende Verträge mit seinen Kunden abwickeln kann. Umgekehrt hat der Handelsvertreter einen gesetzlichen Anspruch darauf, über tatsächlich abgeschlossene Verträge informiert zu werden. Und auch ein Vertragshändler wird regelmäßig den

Datenbestand seiner Kundschaft mit seinem Prinzipal teilen. Im Lichte der DSGVO sollte hierbei stets im Blick behalten werden, welche Daten wirklich geteilt werden müssen und inwiefern der jeweilige Kunde darüber zu informieren ist. Dem Anspruch eines Handelsvertreters gegen seinen Prinzipal auf einen Buchauszug zur Berechnung der Provision steht die DSGVO jedenfalls nicht entgegen (Urteil des OLG München, Az. 7 U 4012/17).

Nach § 87c Abs. 2 HGB steht jedem Handelsvertreter ein Anspruch auf einen Buchauszug zur Berechnung der Provision gegen den Prinzipal zu. Das OLG München beschäftigte sich jüngst mit der Frage, ob diese Weitergabe personenbezogener Daten mit der DSGVO vereinbar ist. Das OLG bejaht dies mit der Begründung, dass mit dem Buchauszugsanspruch berechtigte Interessen des Handelsvertreters wahrgenommen werden (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO). Die unternehmerische Freiheit des Handelsvertreters sei betroffen; er ist auf die Daten aus den Büchern des Unternehmers angewiesen, um die fällige Provision ermitteln zu können. Zudem führt das Gericht an, dass dem Handelsvertreter auch in der EU-Handelsvertreter-Richtlinie ein solcher Buchauszugsanspruch gewährt wird. Der Austausch von Daten sei hier also auch europarechtlich vorgesehen und somit zulässig im Sinne der DSGVO. Zudem sei es für den Kunden absehbar, dass Handelsvertreter und Unternehmer untereinander zur Vertragsabwicklung Daten austauschen werden.

Besucht ein Handelsvertreter einen Kunden, pflegt er üblicherweise die Kontaktdaten, Bestellungen sowie zahlreiche andere Informationen in ein gemeinsames System mit seinem Auftraggeber ein. Dabei kann es sich zum einen um „harmlose“ Daten wie die Anschrift der jeweiligen Firma handeln. Regelmäßig werden jedoch auch personenbezogene Daten erfasst. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Handelsvertreter Kontaktdaten oder sonstige Informationen über den einzelnen Ansprechpartner aufnimmt. Hierbei ist der Handelsvertreter jedoch nicht weisungsgebunden. Aufgrund dieser unabhängigen Stellung, wird er nicht als Auftragsverarbeiter, sondern als eigener Verantwortlicher im Sinne der DSGVO tätig. Je nachdem, wie genau der Vertrag zwischen Handelsvertreter und Prinzipal aussieht, kann eine gemeinsame Verantwortlichkeit der beiden Vertragspartner vorliegen. Da in einem solchen Fall die Pflicht besteht, die jeweiligen Zuständigkeiten genau festzulegen, gilt es in der Praxis, die jeweilige Verantwortlichkeitsform genau zu ermit-

teln. Handelt es sich nämlich im konkreten Einzelfall um eine gemeinsame Verantwortlichkeit im Sinne des Art. 26 DSGVO und sind die Zuständigkeiten nicht genau geregelt, droht ein Bußgeld (siehe zur gemeinsamen Verantwortlichkeit umfassend in unserem Newsletter aus April 2018 und Februar 2019 sowie *Schreiber*, ZD 2/2019, 55 ff.). Es empfiehlt sich somit eine ausführliche Prüfung der jeweiligen Vertragsverhältnisse im Bereich der Handelsvertreter, um der Bußgeldgefahr vorzubeugen.

Auch Vertragshändler übergeben Kundendaten regelmäßig spätestens bei Beendigung des Vertragshändlerverhältnisses an den Lieferanten bzw. Hersteller. Dies ist für den Vertragshändler vor allem wichtig, um etwaige Ausgleichsansprüche nach Vertragsbeendigung zu bewahren. Auch im Fall des Vertragshändlers kann je nach vertraglicher Ausgestaltung sowohl eine jeweils eigene, aber auch eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegen.

Jedenfalls sind in allen Konstellationen jeweils beide Vertragspartner von den Informationspflichten aus Art. 13 und 14 DSGVO erfasst: Betroffene Personen müssen von beiden Vertragspartnern informiert werden; hier kann sich eine vertragliche Regelung anbieten, nach der ein Vertragspartner diese Information gesammelt übernimmt.

Der Hamburgische BfDI zu Sprachassistenten – Vorgehen gegen Google

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (HmbBfDI) hat im Juli ein Verwaltungsverfahren gegen Google eingeleitet. Die Aufsichtsbehörde hat erhebliche Zweifel daran, dass der gegenwärtige Einsatz von „Google Home" als Sprachassistenzsystem (sog. smart speaker) datenschutzkonform ist. Durch einen Bericht eines Whistle-Blower war bekannt geworden, dass Google akustische Mitschnitte seines Sprachassistenzsystems durch eigene Mitarbeiter oder Mitarbeiter beauftragter Unternehmen ausgewertet bzw. transkribiert hat. Dem Bericht zufolge seien zum Teil sensible personenbezogene Informationen aus der Privat- und Intimsphäre der Betroffenen und Dritter mitgeschnitten worden, teilweise auch wegen fehlerhafter Aktivierung des digitalen Assistenten. Google hat gegenüber der Aufsichtsbehörde vorerst zugesichert, ab dem 01.08.2019 und für die Dauer von mindestens drei Monaten keine Sprachaufnahmen mehr zu transkribieren.

Die datenschutzrechtlichen Bedenken gegen das Abhören und Auswerten von Sprachaufnahmen betreffen nicht nur Nutzer von Google Home, sondern auch die Sprachassistenzsysteme anderer Anbieter wie Apples Siri, Amazons Alexa oder Facebooks Messenger. Amazon lässt Mitarbeiter nach eigenen Konzernangaben teilweise die Befehle von Nutzern der Sprachsoftware Alexa abhören und abtippen, um die Spracherkennung zu optimieren und dadurch „das Kundenerlebnis zu verbessern". Zeitweise suchte ein Zeitarbeitsunternehmen in Polen nach Mitarbeitern, welche die Auswertung von Alexa-Mitschnitten im Homeoffice übernehmen sollten. Auch Microsoft räumte ein, dass bei dem Chatprogramm Skype und bei dem Sprachassistenzsystem Cortana Nutzergespräche durch Mitarbeiter abgehört wurden. Für die Mitschnitte beim Facebook Messenger ist bereits eine aufsichtsbehördliche Untersuchung eingeleitet worden. Die Begründung der Unternehmen ist stets dieselbe, die Auswertung diene der Verbesserung der Spracherkennung.

Mitschnitte von akustischen Aufnahmen sind datenschutzrechtlich denn auch nicht *per se* verboten. Sie sind aber datenschutzrechtlich besonders bedenklich und ihre Gestaltung muss sorgsam aufbereitet werden, weil die Systeme nicht nur durch ein Signalwort abgegebene Befehle und bewusst über ein solches System geführte Gespräche abhören (können). Die Mikrofone der Spracherkennungs-

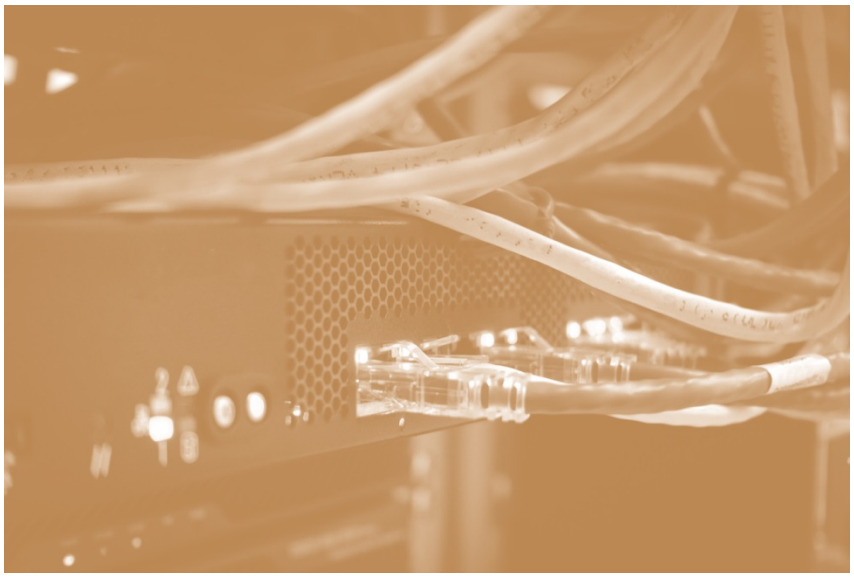
module müssen ständig aktiv sein, um ein Aktivierungssignal nicht zu verpassen, womit jederzeit die Gefahr des Abhörens besteht. Aber auch wenn ein Mitschnitt ordnungsgemäß erst mit dem Signalwort beginnt, genügen zur Aktivierung unter Umständen bereits ähnlich klingende Worte wie „Alexandra“ oder „Hey Kuchen“ statt „Alexa“ bzw. „Hey Google“.

Softwarebetreiber müssen für eine datenschutzkonforme Ausgestaltung besonders auf die Einhaltung der Informationspflichten gem. Art. 13, 14 DSGVO achten: Die Nutzer sind vor der Installation des Spracherkennungssystems über den Umfang und die Zwecke der Datenverarbeitung in transparenter, präziser und verständlicher Art und Weise zu informieren. Aufgrund der Vielfältigkeit der möglichen Sprachbefehle (z.B. Suchanfragen, Produkt-Bestellungen oder App-Anweisungen) können die Verarbeitungszwecke jedoch kaum abschließend angegeben werden. Deswegen wird eine allgemein gehaltene aber möglichst konkrete Beschreibung der Zwecke erfolgen müssen. Der HmbBfDI kritisierte, dass die Betroffenen nicht ausreichend über die Möglichkeit des Abhörens und Auswertens informiert worden seien: Nicht nur an die Information hierüber sind strenge Anforderungen anzulegen, sondern auch an die technisch-organisatorische Gestaltung derartiger Auswertungen. Darauf haben die Unternehmen bisher in der Regel nicht explizit hingewiesen. Lediglich Apple verwies in einem Sicherheitsdokument darauf, dass auch „eine geringe Anzahl von Transkriptionen" für die Verbesserung des Dienstes eingesetzt werden könne.

Ende August veröffentlichte der HmbBfDI schließlich eine Pressemitteilung, in der er die nach seiner Ansicht erforderlichen datenschutzrechtlichen Anforderungen an Sprachassistenzsysteme darstellte. Als Rechtsgrundlage für die Speicherung von Audiodateien sowie ihre Auswertung bzw. Transkription kommen demnach einzig Einwilligungen (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO) infrage. Außerdem verlangt der HmbBfDI eine transparente Information über mögliche Fehlauslösungen der Sprachassistenzsysteme und die Auswertung der dadurch veranlassten Mitschnitte. Da die digitalen Assistenten zudem Rechte von Nicht-Nutzern (Dritten) beträfen, die nicht in die Datenverarbeitung eingewilligt hätten, sei auch auf das Risiko der Beeinträchtigung ihrer Rechte hinzuweisen. Stimmerkennungstechnologien könnten eine Möglichkeit sein, die Rechte von Nicht-Nutzern zu schützen, insbesondere Mitschnitte ihrer Stimmen zu verhindern. Relevant ist die Ansicht des HmbBf-

DI allerdings zunächst nur für die Unternehmen, die in seine Zuständigkeit fallen. Dies war aktuell nur bei der Google Tochter der Fall.

Die Unternehmen haben gleichwohl auf die mediale Berichterstattung reagiert: Google lässt seine Abhörpraxis – zumindest für die Nutzer in der EU – pausieren. Amazon ermöglicht es fortan in der Alexa-App, die Privatsphäre-Einstellungen dahingehend zu ändern, dass die manuelle Überprüfung von Mitschnitten nicht mehr stattfindet. Am schärfsten reagierte Apple: Das Unternehmen hat im Zuge des Google-Skandals die Auswertung von Siri-Mitschnitten, die teilweise von Menschen abgetippt und ausgewertet wurden, vorerst gestoppt. Zudem sollen Siri-Aufnahmen ab Herbst nur noch im Falle einer Erlaubnis seitens der Nutzer nachträglich ausgewertet werden.



Für alle weiteren Fragen rund um das Datenschutzrecht stehen Ihnen gerne zur Verfügung

Dr. Kristina Schreiber
+49(0)221 65065-337
kristina.schreiber@loschelder.de

Dr. Simon Kohm
+49(0)221 65065-200
simon.kohm@loschelder.de

Dr. Lucyne Ghazarian
+49 (0)221 65065-222
lucyne.ghazarian@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Konrad-Adenauer-Ufer 11
50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110
info@loschelder.de
www.loschelder.de