

# **Datenschutzrecht**

**Jahrbuch 2017**

herausgegeben

von

**ao. Univ.-Prof. Dr. Dietmar Jahnel**

Universität Salzburg  
Fachbereich Öffentliches Recht



Wien · Graz 2017

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Es darf empfohlen werden, Beiträge aus dem Jahrbuch für Datenschutzrecht wie folgt zu zitieren: „[Autor/in], Titel des Beitrages, in: *Jahnel* (Hg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 17 (2017) [Seitenangabe].“

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-1192-0  
NWV Verlag GmbH  
Faradaygasse 6, 1030 Wien, Österreich  
Tel.: +43 1 796 35 62-24, Fax: +43 1 796 35 62-25  
E-Mail: [office@nwv.at](mailto:office@nwv.at)

Geidorfgürtel 24, 8010 Graz, Österreich  
E-Mail: [office@nwv.at](mailto:office@nwv.at)

[www.nwv.at](http://www.nwv.at)

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2017

Druck: Alwa & Deil, Wien  
E-Mail: [office@alwa-deil.at](mailto:office@alwa-deil.at)

## Inhaltsverzeichnis

|  |            |
|--|------------|
| Vorwort.....   | 3          |
| <b>A. Aufsatzteil .....</b>  | <b>7</b>   |
| Gernot FRITZ   |            |
| <b>Der Auftragsverarbeiter im Fokus der DS-GVO .....</b>   | <b>9</b>   |
| Jessica WAGNER   |            |
| <b>Die (neuen) Pflichten des Verantwortlichen nach der DS-GVO.<br/>Von der Registrierungspflicht zur weitgehenden<br/>Selbstregulierung .....</b>        | <b>35</b>  |
| Eva SOUHRADA-KIRCHMAYER  |            |
| <b>Das Auskunftsrecht nach der Datenschutz-Grundverordnung .....</b>   | <b>75</b>  |
| Raffaela ZILLNER   |            |
| <b>Informationspflichten bei der Erhebung von Daten<br/>nach der DSGVO .....</b>   | <b>93</b>  |
| Markus KASTELITZ / Walter HÖTZENDORFER / Renate RIEDL  |            |
| <b>Ausgewählte Fragen der Durchführung einer Datenschutz-<br/>Folgenabschätzung gemäß Art 35 DSGVO .....</b>   | <b>113</b> |
| Maximilian KRÖPFEL   |            |
| <b>Data Protection Impact Assessment .....</b>   | <b>143</b> |
| Matthias SCHMIDL   |            |
| <b>Die Datenschutzbehörde – von der Kontrollstelle zur Aufsichts-<br/>und Regulierungsbehörde. Die Datenschutzbehörde im Kontext<br/>der DSGVO .....</b> | <b>181</b> |
| Tobias TRETZMÜLLER   |            |
| <b>Private Enforcement – Immaterieller Schadenersatz bei<br/>Datenschutzverletzungen .....</b>   | <b>199</b> |
| Clemens THIELE   |            |
| <b>Der Multimediale Helpdesk – Datenschutzrechtliche Grundlagen<br/>des Einsatzes von WhatsApp zur digitalen<br/>Kundenkommunikation.....</b>            | <b>231</b> |

|  |            |
|--|------------|
| Ludmila GEORGIEVA  |            |
| <b>Die EU-Datenschutz-Grundverordnung:<br/>globaler Wirkungsbereich mit lokalen Besonderheiten.....</b>                        | <b>245</b> |
| <br>   |            |
| <b>B. Serviceteil.....</b>   | <b>269</b> |
| Dietmar JAHNEL   |            |
| <b>Das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018.....</b>  | <b>271</b> |
| Christian BERGAUER   |            |
| <b>Überblick über die österreichische Umsetzung der<br/>Richtlinie (EU) 2016/680 für den Bereich der Strafverfolgung .....</b> | <b>281</b> |
| Dietmar JAHNEL   |            |
| <b>Datenschutzrecht: Judikaturübersicht 2016/2017 .....</b>  | <b>289</b> |
| Dietmar JAHNEL   |            |
| <b>Datenschutzrecht: Literaturübersicht 2016.....</b>  | <b>297</b> |
| Stichwortverzeichnis.....  | 307        |
| Autoren und Herausgeber .....  | 309        |

**Clemens THIELE**

## **Der Multimediale Helpdesk – Datenschutzrechtliche Grundlagen des Einsatzes von WhatsApp zur digitalen Kundenkommunikation**

### **Inhaltsübersicht**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Ausgangslage.....   | 232 |
| 2. Technische Grundlagen .....                               | 234 |
| 3. Telekommunikationsrechtliche Einordnung von WhatsApp..... | 235 |
| 3.1. Meinungsstand in Deutschland .....                      | 236 |
| 3.2. Rechtslage nach dem TKG 2003 .....                      | 236 |
| 4. Eigene Stellungnahme .....                                | 237 |
| 4.1. Datenkategorienanalyse.....                             | 237 |
| 4.2. Grundsätzliche Verwendungsprüfung .....                 | 237 |
| 4.3. Zur Zulässigkeit der Datenanwendung ieS.....            | 238 |
| 4.4. Datenschutzrechtliche Rollenverteilung.....             | 240 |
| 4.5. Datenschutzrechtliche Meldepflicht .....                | 241 |
| 5. Ausblick DSGVO .....                                      | 242 |
| 5.1. Grundlegendes.....                                      | 242 |
| 5.2. Handlungsempfehlungen.....                              | 243 |
| 6. Zusammenfassung.....                                      | 244 |

Nach durchaus schwankenden Statistiken haben ca 1,3 Milliarden Personen im Juli 2017 den Messenger-Dienst WhatsApp zum Versenden und Empfangen von Kurznachrichten (in Text, Bild und Ton) regelmäßig verwendet. In Europa ist WhatsApp besonders unter den 14- bis 19-jährigen Internetnutzern sehr beliebt. Bei Umfragen in Deutschland in dieser Altersgruppe gaben 89 Prozent der Befragten an, WhatsApp zu nutzen.<sup>1</sup> Es ist nur mehr eine Frage der Zeit bis der Kundensupport und die technische Verbraucherunterstützung (Customer-Service) über diesen Dienst abgewickelt werden sollen, schon allein deshalb, um

---

1 Vgl das Statistik-Portal *Statista* unter <<https://de.statista.com/themen/1995/whatsapp/>> (14.08.2017)

die „digital natives“ effektiver abzuholen und an das Unternehmen zu binden.<sup>2</sup> Dafür stellen sich wesentliche datenschutzrechtliche Herausforderungen, die im folgenden Beitrag skizziert und einer juristischen Grundlagendiskussion zugeführt werden sollen.

## 1. Ausgangslage

Die „InnoVations-SE“, eine Europäische Aktiengesellschaft mit österreichischem Holdingsitz<sup>3</sup>, arbeitet an einem Projekt zur Einführung digitaler Kundenkommunikation über WhatsApp. Kunden sollen dabei die Möglichkeit haben, über WhatsApp zB Beschwerden oder Anliegen an die InnoVations-SE zu senden. Die InnoVations-SE soll die Möglichkeit haben, über diesen Kommunikationskanal Informationen und Nachrichten an den Kunden zu übermitteln. Erfasst ist die gesamte Bandbreite der Kundenkommunikation und grundsätzlich alle Sparten der InnoVations-SE. Im Einzelnen ist folgender tatsächlicher Ablauf geplant:

Der Kunde meldet sich über die Website der InnoVations-SE durch Eingabe seiner Telefonnummer (= Identifikationskennzeichen im WhatsApp-System) an. Er erhält daraufhin eine SMS mit der „Telefonnummer“ (= Identifikationskennzeichen der InnoVations-SE im System von WhatsApp), welche tatsächlich bei einem Telekommunikationsunternehmen hinterlegt ist. Diese „WhatsApp-Kennung“ (Telefonnummer) wird praktisch von den konzerneigenen Serviceunternehmen an die InnoVations-SE durchgereicht. Der Kunde erhält die ihm bekannt gegebene Nummer gezeigt und kann diese, sofern er bereits WhatsApp-Teilnehmer ist bzw die entsprechende Applikation auf seinem Handy installiert hat, speichern und im WhatsApp-System nutzen. Dabei hat er die Nutzungsbedingungen von WhatsApp akzeptiert bzw beim erstmaligen Download zu akzeptieren.

Durch Senden der WhatsApp-Nachricht „Start“ an die gespeicherte Nummer der InnoVations-SE ist die Anmeldung abgeschlossen.

Über die eigens eingerichtete Benutzeroberfläche „ClientCareSoft“,<sup>4</sup> die über Schnittpunkten zu WhatsApp verfügt und Teil des Servicepaketes für die Kunden ist, hat die InnoVations-SE die Möglichkeit im Servicecenter bzw am Helpdesk den über WhatsApp verbundenen Kunden anzuzeigen und anhand seiner Telefonnummer zuzuordnen. Dies erfolgt softwaremäßig. Damit wird eine optimale Nutzung der verbesserten Benutzeroberfläche möglich. Der InnoVations-SE ist es dadurch im Rahmen ihres digitalen Helpdesks möglich, weitere Social Media Kanäle wie zB Facebook oder Instagram einzubinden und dem Kunden einen entsprechenden Kontakt über diese Social Media, sofern er dafür über Accounts verfügt, anzubieten und letztlich auch tatsächlich durchzuführen.

Zu den (rechtlichen) Rahmenbedingungen gehört ferner, dass die InnoVations-SE keine eigene vertragliche Vereinbarung mit WhatsApp über diese Art der

---

2 Vgl *Barazon*, Der Kombination von offline und online in einem Shop gehört die Zukunft. Allianz Generaldirektor Dr. Wolfram Littich skizziert die neuen Rahmenbedingungen für den Vertrieb von Versicherungen, VR 2016 H 12, 14.

3 Name und Tätigkeitsbereich des Unternehmens sind frei erfunden; jede Ähnlichkeit mit existierenden Firmen ist rein zufällig und unbeabsichtigt. Die Art der Darstellung ist aber einer möglichst großen Praxisnähe geschuldet.

4 Die Bezeichnung ist ebenfalls rein fiktiv.

Kundenkommunikation abgeschlossen hat. Die InnoVations-SE ist also insoweit wie ihre Kunden ebenfalls bloße Nutzerin von WhatsApp.

Folgende **Datenkategorien** werden von der InnoVations-SE beim Betrieb der geplanten digitalen Kundenkommunikation über WhatsApp benötigt bzw von den konzerneigenen Serviceunternehmen<sup>5</sup> im Auftrag der InnoVations-SE verarbeitet:

- Vor- und Zuname des Kunden einschließlich Benutzername (Nickname), soweit verfügbar
- Benutzer-ID des Kunden auf der jeweiligen Plattform (Facebook, Twitter, Instagram etc.)
- Telefonnummer (WhatsApp-Identifikationskennzeichen)
- Stadt (Adresse nach Postleitzahl, soweit verfügbar)
- Geschlecht des Kunden (soweit verfügbar)
- Datum und Uhrzeit der Kommunikation (einschließlich Konversation)
- Profilbild des Kunden (soweit verfügbar)
- Websiteadresse des Kunden (soweit verfügbar)
- Link zum Profil der jeweiligen Plattform (Facebook, Twitter, Instagram udgl.)
- Nachrichten/Inhalte in Textform des Kunden, die über WhatsApp ausgetauscht werden (zB Notizen, Kommentare udgl)
- sämtliche Mediadateien (Fotos, Scans etc), die der Kunde übermittelt

Diese Daten lassen sich daher nach Stammdaten iWS, in Verbindungsdaten sowie Inhaltsdaten gruppieren. Folgt man der derzeit gültigen Datenschutzpraxis der Datenschutzbehörde (DSB), so stellt das Profilbild für die oben skizzierten Zwecke der digitalen Kundenkommunikation **kein sensibles Datum** iS von § 4 Z 2 DSGVO 2000 dar, da nicht primär auf einen Identifikationszweck abgestellt wird.<sup>6</sup> Demzufolge hat die Interessenabwägung nach § 8 Abs 1 DSGVO 2000 nicht zu entfallen und auf die strenge Zulässigkeitsprüfung nach § 9 DSGVO 2000, insbesondere gem Z 6 leg cit, ist nicht einzugehen. Der weiteren Prüfung wird daher lediglich das Verarbeiten von einfach personenbezogenen Daten iS von § 4 Z 1 DSGVO 2000 bzw Art 4 Z 1 DSGVO zugrunde gelegt; dies gilt auch für die servicebezogenen Dateien, die durch die Kunden übermittelt werden wie zB Bilddateien von defekten Leitungen, Screenshots von Computerfehlern odgl.

Davon ausgehend sind die datenschutzrechtlichen Kardinalfragen zu prüfen, vor allem im Hinblick auf die mit 25.05.2018 wirksam werdende Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) sowie die daraus resultierenden erweiterten Betroffenenrechte (Informationspflichten, Löschungspflichten, Recht auf Datenportabilität). Insbesondere stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes von WhatsApp zur Kundenkommunikation, die Frage nach der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung sowie einer (allfälligen) Meldepflicht iS von § 17 DSGVO 2000 für diese Art der Datenanwendung.

---

5 Eine nähere Betrachtung der Voraussetzungen und Inhalte dieser Auftragsdatenverarbeitungen iSv §§ 10, 11 DSGVO 2000 bzw nach Art 28 DSGVO bildet nicht den Gegenstand des vorliegenden Beitrages und muss einer gesonderten Erörterung vorbehalten bleiben.

6 Ständige Behördenpraxis seit DSK 17.10.2012, K202.113/0007-DSK/2012; DSK 10.4.2013, K202.120/0002-DSK/2013 (E-Cars) = ZIR 2013, 178, (179) unter Hinweis auf DSK 21.1.2009, K121.425/0003-DSK/2009 = RIDA-Nr 0222272.

## 2. Technische Grundlagen

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei WhatsApp um einen Online-Messenger-Dienst handelt, für dessen Nutzung ein sogenanntes Smartphone erforderlich ist. Zum Teil schon vor Installation erfordert der Messenger-Dienst die Einwilligung des Teilnehmers für den Zugriff auf App-Käufe, den Geräte- und App-Verlauf, die Identität des Handybesitzers, seine Kontakte, seinen Standort, seine SMS, Fotos, Medien und andere Dateien; seine Kamera und sein Mikrophon, seine WLAN-Verbindungsinformationen und seine Geräte-ID sowie die Anrufinformationen.

Erst wenn die Einwilligung dazu erteilt ist, gelangt der User auf die Willkommens-Seite, wo er aufgefordert wird den AGBs zuzustimmen. Die AGBs sind sehr umfangreich und widersprechen zum Teil massiv den konsumentenschutzrechtlichen Standards in Europa, insbesondere einzelnen KSchG-Vorschriften in Österreich. Nach erster Rsp<sup>7</sup> in Deutschland muss WhatsApp seine AGB auf Deutsch anbieten und zur Kontaktaufnahme einen weiteren Kommunikationsweg neben der E-Mail-Adresse zur Verfügung stellen.

Wesentlich ist ferner, dass WhatsApp für Personen unter 16 Jahren nicht vorgesehen ist. Dazu hat jüngst die dt Rsp<sup>8</sup> festgehalten, dass Eltern, die ihrem minderjährigen Kind ein digitales „smartes“ Gerät (zB Smartphone) zur dauernden eigenen Nutzung überlassen, verpflichtet sind, die Nutzung dieses Geräts durch das Kind bis zu dessen Volljährigkeit ordentlich zu begleiten und zu beaufsichtigen. Darüber hinaus haben bereits deutsche Amtsgerichte erkannt: „Wer den Messenger-Dienst ‚WhatsApp‘ nutzt, übermittelt nach den technischen Vorgaben des Dienstes fortlaufend Daten in Klardaten-Form von allen in dem eigenen Smartphone-Adressbuch eingetragenen Kontaktpersonen an das hinter dem Dienst stehende Unternehmen. Wer durch seine Nutzung von ‚WhatsApp‘ diese andauernde Datenweitergabe zulässt, ohne zuvor von seinen Kontaktpersonen aus dem eigenen Telefon-Adressbuch hierfür jeweils eine Erlaubnis eingeholt zu haben, begeht gegenüber diesen Personen eine deliktische Handlung und begibt sich in die Gefahr, von den betroffenen Personen kostenpflichtig abgemahnt zu werden“.<sup>9</sup>

Das Unternehmen WhatsApp Inc. wurde 2009 in Kalifornien gegründet und gehört seit 2014 zu Facebook. Der Messenger-Dienst-Betreiber übernimmt keine Garantie dafür, dass Inhalte vertraulich und sicher übertragen werden. WhatsApp behält sich vor, die Userdaten mit Dritten zu teilen, „wenn es für die Nutzung, Pflege und Verbesserung des Services nötig ist“. Vor kurzem hat ein deutsches Verwaltungsgericht<sup>10</sup> – nicht rechtskräftig – die Weitergabe der Daten an Facebook untersagt. Dies im wesentlichen mit der Begründung, die beabsichtigte Erhebung und Speicherung der personenbezogenen Daten deutscher WhatsApp-Nutzer seitens Facebook sei mangels wirksamer Einwilligung der Nutzer als Verstoß gegen § 4 Abs 1 BDSG<sup>11</sup> anzusehen. Es fehlt an einer bewussten Einwilligung

---

7 KG Berlin 8.4.2016, 5 U 156/14 (WhatsApp-AGB) = JurPC Web-Dok 180/2016 = MMR 2016, 601.

8 AG Bad Hersfeld 15.5.2017, F 120/17 EASO (WhatsApp Nutzung) = ZIIR 2017, 271.

9 AG Bad Hersfeld 15.5.2017, F 120/17 EASO (WhatsApp Nutzung) = ZIIR 2017, 271.

10 VG Hamburg 24.4.2017, 13 E 5912/16 (Datenweitergabe WhatsApp) nrk = JurPC Web-Dok 63/2017.

11 Entspricht § 8 Abs 1 DSGVO 2000.

der betroffenen Nutzer. Denn für einen durchschnittlichen Nutzer ist nicht erkennbar, dass die Betätigung des Buttons „Zustimmen“ eine Einwilligung in Datenvorgänge darstellen soll. Es fehle nämlich jeglicher Hinweis darauf, dass es in der Sache um die Einholung einer Einwilligung in Datenverarbeitungen geht. Dies könne dem Nutzer auch gar nicht bewusst sein. Der dem Hyperlink „Zustimmen“ vor- bzw nachfolgende Text erwähne dies mit keinem Wort. Die Wortwahl, die WhatsApp-Datenschutzrichtlinie werde aktualisiert, suggeriere vielmehr, die Daten des Nutzers würden geschützt.<sup>12</sup>

Nach Selbstauskunft von WhatsApp werden die Daten nur solange gespeichert, bis sie den Empfänger erreicht haben und auch das nur für maximal für 30 Tage. Es besteht die Möglichkeit ein WhatsApp-Konto vom identifizierten Teilnehmer selbst zu löschen. Geänderte Datenschutzeinstellungen kann allein der Teilnehmer vornehmen. Wesentliche „Nebeninformationen“, die bei jeder Übermittlung übertragen werden, sind die durch Farbänderung der Häkchen signalisierten Zustände, ob eine Nachricht versandt wurde bzw auch beim Empfänger angekommen ist. Die Farbänderung auf Blau gibt Auskunft darüber, dass die Nachricht gelesen wurde. Die Lesebestätigung kann auch ausgeschaltet werden (zumindest in der Android-Version von WhatsApp). Der „zuletzt online“-Status kann ebenfalls ausgeschaltet werden. WhatsApp ermöglicht auch das internetbasierte Telefonieren (Konversation).

Seit April 2016 setzt WhatsApp – nach Eigenauskunft – für die gesamte Kommunikation (Texte, Medien und Anrufe) eine „end-to-end-Verschlüsselung“ ein. Die Nachrichten und Anrufe können nur noch von Sender und Empfänger der Nachricht entschlüsselt und gelesen werden. Eine unbefugte Datenweitergabe an Dritte kann aber nicht ausgeschlossen werden.

Auf vergleichbare Dienste, die über eine Datensicherheits-ISO-Zertifizierung verfügen und auch eine komplett verschlüsselte Kommunikation anbieten wie zB KakaoChat oder Threema wird hingewiesen.

### 3. Telekommunikationsrechtliche Einordnung von WhatsApp

Der datenschutzrechtlichen Prüfung gewissermaßen vorgeschaltet ist die telekommunikationsrechtliche Einordnung des Messenger-Dienstes WhatsApp. Dies deshalb, da WhatsApp für verschiedenste Zwecke eingesetzt werden kann und zu prüfen ist, welcher davon im gegenständlichen Fall des Einsatzes als digitales Kommunikationsinstrument in Betracht kommt.

Aus TK-rechtlicher Sicht handelt es sich bei WhatsApp zunächst nicht um einen klassischen Telekommunikationsdienst, wie zB Festnetz- oder Mobiltelefonie, sondern um einen OTT-Dienst, also einen „Over-The-Top“-Kommunikationsdienst. **OTT-Kommunikationsdienste** sind über das Internet verfügbare Dienste, die immer häufiger auch klassische Telekommunikationsdienste ersetzen. Zu diesen OTT-Kommunikationsdiensten zählen neben WhatsApp auch diverse E-Maildienste, wie zB: Google Mail (Gmail) oder GMX, aber auch Videotelefoniedienste, wie zB: Skype oder Facetime.

---

12 VG Hamburg 24.4.2017, 13 E 5912/16 (Datenweitergabe WhatsApp) nrk = JurPC Web-Dok 63/2017.

### 3.1. Meinungsstand in Deutschland

Die juristische Diskussion in Deutschland ist insofern weiter, als zu Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten bereits eine fundierte „Stellungnahme des wissenschaftlichen Arbeitskreises für Regulierungsfragen bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Stand 28.06.2016)“ vorliegt.<sup>13</sup> In Übereinstimmung mit der hL<sup>14</sup> in Deutschland sprechen die besseren Gründe dafür, die OTT-Kommunikationsdienste, wie WhatsApp, Skype, Gmail & Co. bereits nach geltender Gesetzeslage als öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste bzw öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste iS von Art 2 lit c der Rahmen-RL einzustufen und die OTT-Unternehmer als „Anbieter“ ihrer Dienste damit grundsätzlich dem telekommunikationsrechtlichen Regime zu unterziehen. Dieses Ergebnis verlangt allerdings ein rein technisch geprägtes Diensteverständnis und löst Abgrenzungsschwierigkeiten aus, die aufgrund des gegenständlichen reinen Kommunikationszwecks iS einer Kundenbeschwerdehotline bzw eines Helpdesks vernachlässigbar sind. Wenig überraschend gelangt ein von Google in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten zum selben Ergebnis,<sup>15</sup> das den Meinungsstand in Deutschland instruktiv wiedergibt.

### 3.2. Rechtslage nach dem TKG 2003

Nach österreichischem Telekommunikationsrecht ist für die Beurteilung der Frage, ob WhatsApp ein elektronischer Kommunikationsdienst iS von § 3 Z 9 TKG 2003 ist, auf den Zweck des Dienstes abzustellen: Dient der in Frage stehende (gewerbliche) Dienst „ganz oder überwiegend“ der Signalübertragung, liegt ein elektronischer Kommunikationsdienst iS von Art 2 lit c Rahmen-RL und damit iS der vorgenannten Bestimmung vor. Dienste, die Inhalte über Kommunikationsnetze und Kommunikationsdienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben, sind keine Kommunikationsdienste iS des TKG 2003. Nach bisheriger Behördenpraxis der RTR sowie der einschlägigen Rechtsprechung der Gerichte des öffentlichen Rechts<sup>16</sup> handelt es sich weder bei E-Maildiensten noch bei dem Betrieb eines Chatforums um einen öffentlichen Telekommunikationsdienst iS des § 3 Z 9 und § 21 TKG 2003, weil der überwiegende Zweck in der Zurverfü-

---

13 Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR), Stellungnahme OTT Papier im Internet abrufbar unter <[https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/WAR/Stellungnahmen/Stellungnahme\\_OTT.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/WAR/Stellungnahmen/Stellungnahme_OTT.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> (14.08.2017).

14 *Kühling/Schall*, WhatsApp, Skype & Co. – OTT-Kommunikationsdienste im Spiegel des geltenden Telekommunikationsrechtes, CR 2015, 641 mwN.

15 *Gersdorf*, Telekommunikationsrechtliche Einordnung von OTT-Diensten am Beispiel von Gmail, K&R 2016, 91 mwN.

16 VfGH 01.07.2009, G 31/08 = jusIT 2009/64, 134 = JUS Vf/4021 = SWK 2009, W 94 = ÖJZ 2009/94, 875 = EuGRZ 2009, 490 = ecolex 2009, 1002 = JBI 2010, 107 = ZfVB 2010/259/260/268 = VfSlg 18.830; VfGH 1.7.2009, G 147/08 = jusIT 2009/63, 134 = NLMR 2009, 242 = SWK 2009, W 94 = ÖJZ 2009/94, 876 = ecolex 2009, 1002 = JBI 2010, 172 = VfSlg 18.831; VwGH 27.5.2009, 2007/05/0280 (Chatroom IP-Adresse) = VwGH 27.5.2009, 2007/05/0280 = JUS A/5030 = ZfVB 2011/1585; dazu *Jahnel*, Die Auskunftspflicht von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsdienste nach dem SPG, jusIT 2009/104, 211.

gungstellung einer Softwareplattform liegt und nicht darin, den Austausch von Nachrichten zwischen (Chat-) Teilnehmern zu ermöglichen. Legt man dieses Abgrenzungskriterium zugrunde, so gelangt man dazu, dass WhatsApp ein sogenannter **OTT-Instant-Messaging-Dienst** ist, der gerade für den konkret ins Auge gefassten Verwendungszweck als Substitut für herkömmliche elektronische Kommunikation, wie Sprachtelefonie bzw SMS/MMS, genutzt werden soll.<sup>17</sup>

Als **Zwischenergebnis** lässt sich daher festhalten, dass WhatsApp als Kommunikationsdienst iS von **§ 3 Z 9 TKG 2003** eine gewerbliche Dienstleistung erbringt, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht, ohne jedoch über die Inhalte eine redaktionelle Kontrolle auszuüben. Dies deckt sich auch mit der Auffassung der Datenschutzbehörden, wonach erst der Betreiber eines „vertraulichen Chats“ als Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft iS des § 3 Z 1 ECG gehört und damit gegenüber den Sicherheitsbehörden nach § 53 Abs 3a SPG (alt) nicht zur Beauskunftung der IP-Adresse verpflichtet werden könnte.<sup>18</sup>

## 4. Eigene Stellungnahme

### 4.1. Datenkategorienanalyse

Wie eingangs bereits festgehalten, sind **keine besonders schützenswerten Daten** (sensible Daten) bei der gegenständlichen Datenanwendung zu berücksichtigen. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten: Würde man die Verarbeitung des Profilbildes unter Art 9 Abs 1 DSGVO fallend ansehen, käme der Rechtsfertigungsgrund des Art 9 Abs 2 lit e DSGVO zum Tragen, da der WhatsApp-Teilnehmer sein Profilbild bereits „offensichtlich öffentlich gemacht hat“, also zu einem anderen Grund als zur Teilnahme an der Kommunikation mit der InnoVations-SE eingestellt hat.

### 4.2. Grundsätzliche Verwendungsprüfung

Die datenschutzrechtliche Prüfung hat sich daher nach § 7 DSG 2000 zu richten:

- die eingangs erwähnten Datenkategorien stammen aus einer zulässigen Datenanwendung,
- die Abwicklung der Kundenkommunikation ist von den gesetzlichen Zuständigkeiten und rechtlichen Befugnissen der InnoVations-SE gedeckt,
- durch Zweck und Inhalt der Übermittlung werden die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Kunden nicht verletzt und
- der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird beachtet.

Zur ersten Voraussetzung einer datenschutzrechtlich zulässigen Datenquelle ist festzuhalten, dass die erhobenen Daten vom Kunden selbst in das WhatsApp-System eingepflegt worden sind bzw mit dessen Zustimmung gegenüber dem Telekommunikationsdienstebetreiber vorliegen.<sup>19</sup>

---

17 Ähnlich *Feiel*, Entscheidungsanmerkung MR 2015, 379 (380).

18 DSK 3.10.2007, K121.279/0017-DSK/2007 (Chatroom IP) = RIDA Nr 0191055.

19 Vgl. EuGH 13.5.2014, C-131/12 (Google Spain und Google) = jusIT 2014/53, 111 = RdW 2014/345, 313 = ÖJZ 2014/100, 690 (*Lehofer*) = MR-Int 2014, 3 (*Leupold*) =

Die zweite Voraussetzung einer Verarbeitung zu gesetzlich gedeckten Zwecken ist ebenfalls offenkundig gegeben, da es innerhalb ihrer gewerberechtlichen Befugnisse zu den Aufgaben der InnoVations-SE im Zuge der Vertragserfüllung bzw Abwicklung von zB Service- und Wartungsvereinbarungen von ihren rechtlichen Befugnissen gedeckt ist, diese durch eine technische Unterstützung zur Führung eines Helpdesks bzw technischer Unterstützung in der Ermöglichung bzw Sicherstellung der Dienstleistungen gegenüber den eigenen Kunden wahrzunehmen.

Die dritte Voraussetzung, nämlich dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen dadurch nicht verletzt werden, bedarf einer näheren Prüfung, die unter Pkt. 4.3. ausgeführt wird.

Schließlich ist nach dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu beachten, ob die konkrete Ausgestaltung der ClientCareSoft zur Kundenkommunikation rechtmäßig ist (ungeachtet des Vorliegens einer rechtlichen Befugnis) oder einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 7 Abs 3 DSGVO 2000 zu unterziehen ist. Dabei ist jeweils zu überlegen, ob es eine weniger eingriffsstarke Variante gibt oder nicht. Grundsätzlich ist die Verwendung von WhatsApp als reines Kommunikationsmittel anstelle einer telefonischen Kundenhotline nicht von vornherein zu beanstanden.<sup>20</sup> Die technischen Möglichkeiten können hier nur ansatzweise dargelegt werden. Insbesondere durch eine automatische Löschung nicht mehr benötigter Daten bzw sofort rasch erledigter Kundenanfragen (*privacy by design*) kann eine geringere Eingriffsintensität erreicht werden, die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist und im Rahmen einer Abwägungsentscheidung im Einzelfall eine wertende Beurteilung zu Gunsten des Einsatzes von WhatsApp zur digitalen Kundenkommunikation ermöglicht.

#### 4.3. Zur Zulässigkeit der Datenanwendung iS

Dass es sich bei dem geplanten Einsatz von WhatsApp zur digitalen Kundenkommunikation um eine (eigene) **Datenanwendung** iS des § 4 Z 7 iVm § 58 DSGVO 2000 handelt, liegt auf der Hand. Werden doch zur Erreichung eines bestimmten inhaltlichen Ergebnisses, dem Zweck der Datenanwendung, nämlich der Kundenbetreuung bzw der Behandlung von Kundenanfragen, möglichst in Echtzeitresponse die Datenverarbeitungen untergeordnet und zur Gänze automatisationsunterstützt, also maschinell und programmgesteuert, erbracht. Für die Frage, ob diese konkrete Datenanwendung im Einklang mit den datenschutzrechtlichen Vorschriften steht, ist daher zu ermitteln, ob schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen verletzt werden, wobei gegenständlich lediglich nicht sensible Daten zu behandeln sind.

---

MR-Int 2014, 7 (*Briem*) = *ecolex* 2014, 665 = *ecolex* 2014, 676 (*Zankl*) = *jusIT* 2014/72, 149 (*Jahnel*) = *Dako* 2014/11, 21 = *SWI* 2014, 293 = *ZIR-Slg* 2014/81, 203 = *ZIR* 2014, 204 8 (*König*) = *ZfRV-LS* 2014/35, 165 = *EuGRZ* 2014, 320 = *wbl* 2014/194, 574 = *NLMR* 2014, 254 = *FJ* 2014, 191 (*Novacek*) = *ZVG* 2014, 749 (*Weh*) = *ZTR* 2014, 146; bereits früh *DSK* 31.5.2006, K121.106/0010-DSK/2006.

<sup>20</sup> Vgl. etwa die Rechtslage für den Einsatz von Dashcams *VwGH* 12.9.2016, *Ro* 2015/04/0011 (*Dashcam*) = *MR* 2016, 261 (*Wittmann*) = *jusIT* 2016/106, 255 (zust *Thiele*) = *RdW* 2016/614, 833 = *JUS A/6173* = *ZIIR* 2017, 22 (zust *Thiele*) = *ZIIR-Slg* 2017/5, 20; bereits zuvor *Thiele*, Videoüberwachung aus Fahrzeugen – Datenschutzrechtliches zu Dashcams, in: *Jahnel* (Hrsg), *Datenschutzrecht. Jahrbuch* 2014, 235.

Personenbezogenen Daten dürfen immer dann verwendet werden, wenn die Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzt sind. Von möglichen Rechtfertigungen iSv § 8 DSGVO 2000 bleiben mangels ausdrücklicher Rechtsgrundlage bzw gesetzlicher Verpflichtung sowie mangels Wahrung lebenswichtiger Interessen des Betroffenen die Rechtfertigungsgründe der Zustimmung (Einwilligung des Betroffenen), jene zulässig veröffentlichter Daten und schließlich der überwiegenden Interessen des Dritten oder eines Auftraggebers einer näheren Betrachtung vorbehalten.

Die Reichweite der **zulässig veröffentlichten Daten** ist relativ beschränkt. Mag die Angabe der Telefonnummer noch als solche gelten, kann die vom WhatsApp-Teilnehmer dem Betreiber von WhatsApp erteilte Zustimmung – mag sie nun datenschutzrechtlich auch gesetzmäßig erfolgt sein – nicht für die Datenanwendung der InnoVations-SE ausreichen. Insoweit ist nämlich eine wesentliche Zweckänderung zu beachten, sodass eine neuerliche Zustimmung, welche den Voraussetzungen des § 4 Z 14 DSGVO 2000, bzw deckungsgleich im Wesentlichen Art 7 DSGVO, entspricht, eingeholt werden muss.<sup>21</sup>

Ein möglicher Rechtfertigungsgrund ist demnach die **Zustimmung des Betroffenen**. Erforderlich ist die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene, Willenserklärung (vgl. §§ 861, 869 ABGB) des Kunden, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Diese Definition schließt für die Zukunft abgegebene allgemeine Zustimmungserklärungen aus. Zu beachten ist der ausdrückliche Hinweis auf das gesetzliche Widerrufsrecht, sodass bei Ausübung des Widerrufsrechts die Datenwendung für die Zukunft (nicht für die Vergangenheit) unzulässig wird.<sup>22</sup>

Im konkreten Fall ist daher der nachhaltigere Rechtfertigungsgrund derjenige, der ein **überwiegendes Interesse Dritter oder eben des Auftraggebers**, dh des Verantwortlichen der Datenanwendung, vorsieht. Dabei muss die Verarbeitung sämtlicher angeführter Datenkategorien eine notwendige Voraussetzung zur Vertragserfüllung darstellen. Soweit es sich hier um reine Verbindungs- oder Verkehrsdaten handelt, ist diese Voraussetzung, ähnlich wie beim herkömmlichen Telefonieren, erfüllt. Darüber hinaus gehende Inhaltsdaten müssen im unmittelbaren Zusammenhang mit den jeweiligen Supportleistungen der InnoVations-SE stehen und zB durch Wartungsaufgaben erforderlich sind.

Dass ein Überwiegen keineswegs ausgeschlossen ist, ergibt sich bereits aus der gesetzlich vorgesehenen Datenanwendung einer „technischen Unterstützung“ iS der Führung eines Helpdesk- und Wartungsdienstes für Mitarbeiter eines Auftraggebers eines österreichischen Konzerns. Es handelt sich dabei um eine in der Standard- und Musterverordnung (StMV 2004)<sup>23</sup> enthaltenen Standardanwendung, auf welche an dieser Stelle lediglich verwiesen wird.<sup>24</sup>

21 Deutlich zur Zweckänderung EuGH 16.12.2008, C-73/07 [Satamedia und Markkinapörssi] = ECLI:EU:C:2007:507 = jusIT 2009/13, 28 = RdW 2009/170, 207 = ARD 5936/4/2009 = EuGRZ 2009, 23 = MR-Int 2009, 14 (Wittmann) = ecolex 2009, 547; dazu *Jahnel*, Publizistische Tätigkeit und Datenschutzrecht, in: *Jahnel* (Hrsg), Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2009 (2009), 79 mwN.

22 Statt vieler *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) Rz 3/146 ff; Instrukтив zur neuen Rechtslage nach der DSGVO statt vieler *Kotschy/Dürager*, Neuerungen zur Zustimmung (Einwilligung) nach der DSGVO (2016), abrufbar unter <[http://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/durager\\_kotschy\\_zustimmung.pdf](http://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/durager_kotschy_zustimmung.pdf)> (14.08.2017).

23 BGBl II 312/ 2004 idgF, mehrfach novelliert zuletzt durch BGBl II 278/215.

24 Siehe dazu gleich unten Pkt. 4.5.

#### 4.4. Datenschutzrechtliche Rollenverteilung

Neben telekommunikationsrechtlichen und technischen Aspekten erfordert eine umfassende datenschutzrechtliche Beurteilung des Einsatzes von WhatsApp zur digitalen Kundenkommunikation der InnoVations-SE eine grundsätzliche Einordnung der verschiedenen Akteure in die vorhandenen Rollen des Datenschutzregimes sowie der in der Folge gesondert dargestellten Fragen einer möglichen Meldeverpflichtung im Datenverarbeitungsregister.

Da es sich um personenbezogene Daten der WhatsApp-Teilnehmer bzw. Kunden der InnoVations-SE handelt, sind diese Kunden Betroffene iS des § 4 Z 3 DSGVO 2000. Der Kunde will der InnoVations-SE seine wartungs- oder servicebezogenen Daten zu dem jeweils von ihm beabsichtigten Zweck einer raschen Hilfestellung bzw. eines Supports zur Verfügung stellen; dies kann zB die technische Konsultation oder auch nur die Terminvereinbarung oder eine allgemeine Frage zu den Diensten der InnoVations-SE in den diversen Sparten sein. Umgekehrt gilt dies für die personenbezogenen Kontaktdaten der InnoVations-SE. Diese werden dem Kunden zB zur Kontaktaufnahme oder Terminvereinbarung mit den Mitarbeitern zugänglich gemacht.

Bezüglich der Daten der Kunden ist die InnoVations-SE Auftraggeber iS des § 4 Z 4 DSGVO 2000. Die InnoVations-SE verwendet die zur Verfügung gestellten WhatsApp-Daten für eigene Zwecke, nämlich zur Erfüllung des jeweiligen Service-, Wartungs- oder sonstigen Lieferungsvertrages. Dabei ist diese Konstruktion nicht anders zu beurteilen als die Sachlage ohne den Einsatz von WhatsApp: So spricht der Kunde normalerweise via Telefon oder persönlich beim Kundenservice vor, und nimmt diese Stelle die entsprechenden Daten in das System der InnoVations-SE auf und verwendet bzw. verarbeitet diese Daten dadurch iS von § 4 Z 8 und Z 9 DSGVO 2000. Im vorliegenden Spezialfall gibt es jedoch zwischen der InnoVations-SE und dem Kunden auch noch den Kommunikationsdienstbetreiber. Dieser stellt den Kommunikationsdienst iS von § 3 Z 9 TKG 2003 – ohne die Kunden- oder Unternehmensdaten für eigene Zwecke zu verwenden – zur Verfügung, soweit es die Supportdaten betrifft. Insbesondere im Fall einer direkten Verschlüsselung kann der Kommunikationsdiensteanbieter die Daten selbst auch niemals einsehen. WhatsApp ist also ein reiner Datendurchleiter, der formal als Dienstleister iS von § 4 Z 5 DSGVO 2000 iVm § 4 Z 8 und Z 12 DSGVO 2000 (Übermitteln von Daten) zu qualifizieren ist. WhatsApp verwendet die Daten nur zur Herstellung eines ihm aufgetragenen Werkes, nämlich für die Zurverfügungstellung einer aufrechten Kommunikationsverbindung zwischen InnoVations-SE und Kunde.

Berücksichtigt der Rechtsanwender, dass WhatsApp zur Facebook-Gruppe<sup>25</sup> gehört, werden die übermittelten Metadaten von WhatsApp verwendet, dh weitergegeben. Es handelt sich bei Metadaten nicht um den tatsächlichen Inhalt der Kommunikation, dieser wird bei WhatsApp mittlerweile verschlüsselt. Es sind somit Daten über das Kommunikationsverhalten. Das bedeutet, dass WhatsApp einsehen kann, wer mit wem wann kommuniziert hat und wo sich jemand befindet. Mit diesen Informationen ließen sich detaillierte Profile der Kunden erstellen – und die dürften laut WhatsApp-AGB an Drittunternehmen, zum Beispiel zu Werbezwecken, verkauft werden. Ein Risiko, dass jeder WhatsApp-Nutzer eingeht, unabhängig davon, ob er den Dienst nur privat oder auch zu anderen Zwe-

---

<sup>25</sup> Vgl. die Auflistung unter <https://www.facebook.com/help/111814505650678> (14.08.2017).

cken verwendet. Ob und wie österreichische Unternehmen WhatsApp zur Kundenkommunikation einsetzen dürfen, hängt daher ua zentral von der Frage ab, ob das österreichische Unternehmen gegebenenfalls für die Datenverarbeitung von WhatsApp, die den derzeit gültigen Datenschutzvorschriften wohl nicht entspricht, verantwortlich ist oder rechtlich eben allein die WhatsApp Inc als Diensteanbieter für die Rechtskonformität zu sorgen hat. Richtungsweisend ist mE die dt Rsp, die eine datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Betreibers einer Facebookseite abgelehnt hat, da allein Facebook über die Datenverarbeitung entscheidet.<sup>26</sup> Das schlagende Argument, dass das Unternehmen weder rechtlich noch faktisch Einfluss auf die Datenverarbeitung von Facebook habe, ist weitgehend auf Whatsapp übertragbar. Unternehmen, die über den Mobilien Messenger mit anderen Nutzern kommunizieren, haben nämlich keinerlei Einfluss auf die Datenverarbeitung. Derzeit hat der EuGH<sup>27</sup> aufgrund eines Vorlageantrages des deutschen Bundesverwaltungsgerichts<sup>28</sup> in der vergleichbaren Sache um Facebook als zulässiger Dienstleister zu klären, ob unter Verweis auf die „geeigneten Maßnahmen“ iSv Art 24 DS-RL jedenfalls bei abgestuften Informationsanbieterverhältnissen, in denen der Informationsanbieter die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht beherrschen kann, es erforderlich ist, dass auch den Informationsanbieter eine gewisse Verantwortlichkeit bzw Pflichtigkeit trifft.

WhatsApp ist also im Ergebnis rechtlich nicht anders zu behandeln als ein Telefondienstebetreiber, der im gegenständlichen Fall vom Kunden eingesetzt wird. Es bedarf daher keines gesonderten Auftragsdatenverarbeitungsvertrages zwischen der InnoVations-SE und dem Betreiber des Kommunikationsdienstes, der über die bloße Teilnahmemöglichkeit hinausgeht.

#### 4.5. Datenschutzrechtliche Meldepflicht

Aus der bisherigen datenschutzrechtlichen Prüfung, insbesondere auch aus der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung resultiert, dass – mangels einer Meldepflichtung von Betroffenen oder Dienstleistern – das auftraggebende Unternehmen, also die InnoVations-SE als verantwortliche Stelle bezogen auf die von den konzerneigenen Dienstleistern verarbeiteten Kundendaten, einer Verpflichtung gem § 17 DSGVO 2000 unterliegen könnte.

Insoweit man den Support-Kunden als einen Auftraggeber für den Kommunikationsdiensteanbieter WhatsApp argumentieren könnte, würde eine Meldepflicht ausscheiden, da die Daten nur als Privatperson für persönliche Zwecke (Household Exemption) gem. § 17 Abs 2 Z 4 DSGVO 2000 verarbeitet werden. Eine Meldepflicht scheidet daher insoweit aus.<sup>29</sup>

Gemäß § 17 Abs 2 Z 6 DSGVO 2000 ist eine Meldepflicht ferner dann nicht gegeben, wenn die Datenanwendung einer Standardanwendung der Standard- und/oder Musterverordnung entspricht. Für den Auftraggeber kommt dafür lediglich die Standardanwendung SA022 („Kundenbetreuung und Marketing für eigene

26 OVG Schleswig-Holstein 4.9.2014, 4 LB 20/13 (nrk) = K&R 2014, 831.

27 In der Rs C-210/16 (Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein/ Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH).

28 BVerwG 25.2.2016, 1 C 28.14 = K&R 2016, 437.

29 Deutlich etwa *Stonek/Berdenich/Knyrim/Kern*, Datenschutzkonforme Onlinekommunikation zwischen Ärzten und Patienten, Dako 2016/49, 76 (77) mwN.

Zwecke“) in Betracht, da eine analoge oder unmittelbare Anwendung der Standardanwendung SA033D „technische Unterstützung“ ausscheidet.

SA022 sieht als Zweck der Kundenbetreuung und Marketing für eigene Zwecke die Verwendung von eigenen oder zugekauften Kundendaten für die Geschäftsanbahnung betreffend das eigene Lieferungs- und Leistungsangebote einschließlich automationsunterstützter erstellter und archivierter Textdokumente (wie zB: Korrespondenz) in dieser Angelegenheit vor. Neben allgemeinen Daten, wie zB Name, Anschrift, Telefonnummer bzw Ordnungsnummer oder Geschlecht, sind auch Betreuungsdaten, Kaufverhalten oder sonstiges Antwortverhalten erfasst. Dafür macht es keinen Unterschied, ob sich der Auftraggeber eines Kommunikationsdienstes bedient oder nicht. Allerdings findet eine umfangreiche Weiterverarbeitung statt, die auch für die InnoVations-SE nicht mehr durch die Standardanwendung Rechnungswesen und Logistik, also die Verarbeitung und Übermittlung von Daten im Rahmen der Geschäftsbeziehung mit Kunden gedeckt ist. Dies betrifft insbesondere die Inhaltsdaten (inkl. Bild und Ton).

Als **Zwischenergebnis** ist daher festzuhalten, dass die geplante Datenanwendung über die einschlägigen Standardanwendungen (SA001, SA022) hinausgeht, sodass diesbezüglich eine Meldepflicht an das Datenverarbeitungsregister mit guten Gründen anzunehmen ist.<sup>30</sup>

## 5. Ausblick DSGVO

### 5.1. Grundlegendes

Wenn die DSGVO am 25.05.2018 in Wirksamkeit tritt, wird das Datenschutzrecht der Mitgliedstaaten der EU im Rahmen des Anwendungsvorranges größtenteils verdrängt. Für private Diensteanbieter ergeben sich für die konkrete Fragestellung dieser rechtlichen Stellungnahme aus dem Datenschutzanpassungsgesetz 2018<sup>31</sup> keine nationalen Besonderheiten.

Die Informationspflichten für den Betrieb der in Aussicht genommenen Online-Kommunikation mit den Kunden werden von den (technologieneutralen) Art 12 bis Art 14 DSGVO bestimmt. Diese Vorschriften sehen einen detaillierten Katalog an Informationspflichten vor. Beispielsweise muss der Nutzer/Kunde über die Dauer der Datenspeicherung (Art 13 Abs 2 lit a DSGVO) eine mögliche Datenweitergabe (Abs 1 lit e) sowie Auskunfts- und Beschwerderechte (Abs 2 lit b und lit d) informiert werden. Wenngleich die Informationspflichten gem DSGVO im Ergebnis weiter gehen dürften als bisher, trägt der erhöhte Detaillierungsgrad jedenfalls zur stärkeren Transparenz der beabsichtigten Datenanwendung bei.

Ungeachtet des Ausgangs des Verfahrens um die datenschutzrechtliche Stellung von Facebook<sup>32</sup> ist im Einzelfall zu prüfen, ob WhatsApp als Auftragsverarbeiter nach Art 28 Abs 1 DS-GVO in ausreichendem Maß für die technische und organisatorischen Maßnahmen garantiert, die dazu geeignet sind, eine zulässige

---

30 Die nähere Erörterung einer entsprechenden „Vorsichtsmeldung“ an die Datenschutzbehörde kann sich an den genannten Standardanwendungen sowie an der SA033D orientieren und muss einer gesonderten Prüfung vorbehalten bleiben.

31 BGBl I 120/2017.

32 Anhängig beim EuGH als Rs C-210/16 (Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein/ Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH).

Auftragsdatenverarbeitung zu bewirken. Der in den derzeit aktuellen WhatsApp-Nutzungsbedingungen<sup>33</sup> enthaltene „Haftungsausschluss“ mit dem Wortlaut: „Wir garantieren nicht, [...] dass unsere Dienste [...] sicher sein werden [...]“. Nach anfänglichen Schwierigkeiten bei der Einführung 2015 ist nunmehr die end-to-end-Verschlüsselung nach Ansicht von Fachkreisen „alles in allem [...] für über eine Milliarde WhatsApp-Nutzer, die nichts weiter tun müssen, als ein App-Update zu installieren, ein echter Gewinn in Sachen Privatsphäre“.<sup>34</sup>

Die DSGVO verlangt, dass Verantwortliche frühestmöglich die Weichen für rechtmäßige Datenverarbeitung stellen. Die InnoVations-SE ist daher gut beraten, bereits zum Zeitpunkt der Festlegung der Mittel für die Verarbeitung, wie auch zum Zeitpunkt der eigentlichen Verarbeitung, geeignete technische und organisatorische Maßnahme für die Einhaltung des Datenschutzes zu treffen. Die Maßnahmen haben insbesondere den Stand der Technik, die Implementierungskosten und die Schwere der mit der Verarbeitung verbundenen Risiken für die Betroffenen zu berücksichtigen. Durch den Einsatz von Softwareunternehmen kann sichergestellt werden, dass der Grundsatz des *Privacy by Design* oder *Privacy by Default* eingehalten wird. Bei erstmaligem Benutzen der entsprechenden Client-CareSoft-Benutzeroberfläche sollte auch für den Kunden erkennbar sein, welche Zustimmungserklärungen abgibt bzw was, mit welchen Daten, wofür passiert.

## 5.2. Handlungsempfehlungen

Ausgehend von den Grundsätzen der Datenschutz-Folgenabschätzung, Datenminimierung, Zweckbindung und Transparenz lassen sich die **Handlungsempfehlungen**, wie folgt, konkretisieren:

Zunächst ist im Sinne des Grundsatzes der **Datenminimierung** eine frühzeitige Einflussnahme auf die Datenverarbeitungssysteme der digitalen Kundenkommunikation vorzunehmen. Dies beinhaltet, schon im Zuge der Entwicklung die Softwaretools darauf auszurichten, dass möglichst wenig personenbezogene Daten erhoben und verarbeitet werden. Gleiches ist bei den Standardeinstellungen beim WhatsApp-Kommunikationsempfang zu beachten. Zusatzfunktionen wie Mikrofone oder Kameras sind erst nach Aktivierung des Nutzers einzubinden.

Im Rahmen des Minimierungsgebotes ist auch das Prinzip der **anonymen Mediennutzung** zu berücksichtigen. Der nicht personalisierte Gebrauch sollte möglich sein. Wo möglich, sollten Anonymisierungsmaßnahmen erfolgen. Zudem sollte sichergestellt sein, dass eine adäquate Nutzung als digitaler Helpdesk auch ohne Einwilligung des Kunden in die verschiedenen Zusatzdienste möglich bleibt. Mit Blick auf die Informationspflichten des Verantwortlichen ist sicherzustellen, dass dem Kunden vor und während der Nutzung transparente Datenschutzbestimmungen zur Verfügung stehen, die eine umfassende Aufklärung in Bezug auf den gesamten Datenverarbeitungsprozess gewährleisten (**Datenschutzerklärung**).

Aus dem ECG, dessen Anwendbarkeit bei Einordnung als Informationsdienst eröffnet wird, ergeben sich deckungsgleiche Handlungsempfehlungen:

---

33 Stand 14.08.2017.

34 Heise, Test: Hinter den Kulissen der WhatsApp-Verschlüsselung, Artikel vom 8.4.2016, abrufbar unter <<https://www.heise.de/security/artikel/Test-Hinter-den-Kulissen-der-WhatsApp-Verschlueselung-3165567.html>> (14.08.2017: Permalink: <<https://heise.de/-3165567>>).

- Die Kunden sollten über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten informiert werden, beispielsweise mit einer Datenschutzerklärung auf der eigenen Startseite des Unternehmens.
- Das Unternehmen hat eine Impressumspflicht iSv § 5 ECG. Die muss auch bei WhatsApp eingehalten werden. Daher ist ein verkürztes Impressum in den WhatsApp Status einzufügen.

Zum Transparenzgebot gehört darüber hinaus, Datenverarbeitungsprozesse „sichtbar“ zu machen und Zusatzfunktionen, wie zB Videoeinsatz, vor ihrer Aktivierung dem Nutzer zu erläutern. Ist die Kundenanfrage bzw das Kundenproblem „behoben“, sind **extrem kurze Lösungsfristen** zu beachten, da letztlich der Zweck der Kommunikation weggefallen ist und nur durch einen anderen zB Archivzweck oder Schulungszweck eine Speicherung gerechtfertigt werden könnte.

Eine Anpassung an die DSGVO-Voraussetzungen ist lediglich im Bereich der **Datenportabilität** zu erwarten, die über WhatsApp herzustellen ist,<sup>35</sup> und daher durch erhöhte Informationspflicht seitens des Auftraggebers erfüllt werden kann. Im Übrigen bestehen kaum Besonderheiten zur derzeitigen Rechtslage für diese Datenanwendung.

## 6. Zusammenfassung

**Zusammenfassend** ist festzuhalten, dass der Einsatz von WhatsApp als digitale Kundenkommunikation **grundsätzlich möglich** ist, wenn die telekommunikations- und datenschutzrechtlichen Herausforderungen dafür angenommen und gemeistert werden. Klassifiziert man WhatsApp im Sinne der Zweckbindung der Datenanwendung als OTT-Dienst der Klasse I, handelt es sich um einen Kommunikationsdienst iS von § 3 Z 9 TKG 2003, der letztlich nicht anders zu behandeln ist, als die herkömmliche Telefonie. Es handelt sich nicht um einen Auftragsdatenverarbeiter, für den das die digitale Kundenkommunikation anbietende Unternehmen haftet, sondern um einen Dienstleister, der dem Kunden zuzurechnen ist. Nach der vergleichbaren dt Rsp zur Rolle von Facebook sind die Verantwortlichkeiten auf in WhatsApp-spezifische und die vom WhatsApp nutzenden Unternehmen eigenverantwortlich genutzte Informationen zu trennen. Das Unternehmen haftet datenschutzrechtlich nicht für Dinge, auf die es keinen Einfluss hat. Die belastbare Ende-zu-Ende-Verschlüsselung von WhatsApp nimmt auf die Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten ausreichend Rücksicht.

Da die Datenanwendung „digitale Kundenkommunikation über WhatsApp“ in der eingangs dargelegten Form nicht von der Standardanwendung SA001 bzw SA022 gedeckt ist, muss eine einfache **Meldung an das Datenverarbeitungsregister** vorgenommen werden, die sich inhaltlich an der Standardanwendung SA033D „technische Unterstützung“ und den geplanten Datensätzen orientiert. Wenn keine sensiblen Daten verarbeitet werden, liegt auch keine Vorabkontrollpflicht vor und kann daher bereits nach Abgabe der DVR-Meldung iSv § 18 Abs 2 DSGVO mit der digitalen Kundenkommunikation begonnen werden.

---

35 Vgl. WAR, Stellungnahme OTT Papier (28.6.2016), 9 ff aus TK-rechtlicher Sicht.