Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit
Klosterwall 6 (Block C), D – 20095 Hamburg

Facebook Ireland Ltd.
[redacted]

EING[redacted]EN
20. Okt. 2016
DIRKS.LEGAL

Klosterwall 6, Block C
D – 20095 Hamburg
Telefon: 040 - 428 54 - 40 51 Zentrale - 40 40
Telefax: 040 - 428 54 - 40 00
Ansprechpartner: Herr Dr. Karg
E-Mail*: mailbox@datenschutz.hamburg.de

Az.: D61 / 32.02-62/14

Hamburg, den 23. September 2016

Betr.: Untersagung der Erhebung von Bestandsdaten deutscher WhatsApp-Nutzer/ Anordnung gem. § 38 BDSG

Sehr geehrte[redacted]

der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (HmbBfDI) als zuständige Aufsichtsbehörde gemäß § 38 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in Verbindung mit § 24 Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG) erlässt gegen die Facebook Ireland Ltd. gemäß § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG folgende

I. Anordnung

1. Der Facebook Ireland Ltd. wird untersagt, die personenbezogenen Daten deutscher WhatsApp-Nutzer zu erheben und zu speichern, soweit und solange eine gegenüber der Facebook Ireland Ltd. durch den jeweiligen Betroffenen erteilte und den Anforderungen des § 4a BDSG entsprechende Einwilligung nicht vorliegt.

2. Sollten in Ziffer 1 genannte Daten durch die Facebook Ireland Ltd. ohne eine solche Einwilligung bereits erhoben und gespeichert worden sein, sind diese Daten in einer den Anforderungen des § 3 Abs. 4 Nr. 5 BDSG entsprechenden Weise zu löschen.

3. Die Facebook Ireland Ltd. wird verpflichtet, die zur Umsetzung der unter Ziffer 1 und 2 genannten Verpflichtungen erforderlichen technischen und organisatorischen

Maßnahmen sowie die hierfür zu erteilenden Weisungen gegenüber ihren Auftragsdatenverarbeitern, insbesondere der Facebook Inc. zu dokumentieren und die Dokumentation dem Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit nach Ablauf spätestens einer Woche nach Bestandskraft des Bescheides vorzulegen.

4. Die sofortige Vollziehung dieser Anordnung wird angeordnet.

II. Rechtsgrundlagen

§§ 1 Abs. 5; 38 Abs. 3 und Abs. 5 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)
§ 24 Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG)
§§ 3, 28 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG)
§§ 80 ff Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)
Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr v. 24. Oktober 1995 (RL 95/46/EG)

III. Sachverhalt

Die Anordnungsgegnerin, Facebook Ireland Ltd., ist eine Tochtergesellschaft der Facebook Ireland Holding, die beide durch die Facebook Inc. gesellschaftsrechtlich kontrolliert werden. Die Facebook Inc. betreibt als Auftragsdatenverarbeiterin die technische Plattform des Sozialen Netzwerkes „Facebook". Die Facebook Germany GmbH mit Sitz in Hamburg vertritt die Interessen von Facebook in Deutschland und ist vor allem im Bereich des Marketings und der Werbung für deutsche Unternehmen tätig.

In Irland befindet sich nach Angaben von Facebook Inc. seit 2008 mit der Facebook Ireland Ltd. der Europäische Hauptsitz des Konzerns. Die Facebook Ireland Ltd. ist entsprechend eigener Angaben die verantwortliche Stelle i.S.d. § 3 Abs. 7 BDSG für die deutschen Nutzerinnen und Nutzer des Netzwerkes.

Im Jahr 2014 erwarb Facebook das Unternehmen WhatsApp. Im Rahmen der Übernahme erklärten WhatsApp und Facebook, die Übermittlung von Daten nur auf der Grundlage entsprechender Einwilligungen der Nutzerinnen und Nutzer vorzunehmen und ansonsten keine Zusammenführung der Daten vorzunehmen:

> „Heute geben wir unsere Partnerschaft mit Facebook bekannt, die uns erlaubt, unsere einfache Mission fortzusetzen. ... Und das wird sich für euch, unsere Benutzer, ändern: Nichts." (https://blog.whatsapp.com/499/Facebook, 19. Februar 2014)

> „Over the past few years, Facebook has grown and we want to make sure you know about our family of companies, apps and services. We use the information we collect to improve your experience. For example, if you're locked out of your Instagram

account, you can use your Facebook information to recover your password. Nothing in our updates changes the commitments that Instagram, WhatsApp and other companies have made to protect your information and your privacy." (http://newsroom.fb.com/news/2014/11/updating-our-terms-and-policies-helping-you-understand-how-facebook-works-and-how-to-control-your-information/, 13. November 2014)

Diese Erklärung war zudem Grundlage eines Schreibens der Kommissarin Rich der Federal Trade Commission vom 10. April 2014. Eine Missachtung der gemachten Zusagen wäre danach ein Verstoß gegen die verbrauchschutzrechtlichen Vorgaben in den USA (https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatappltr.pdf).

Aufgrund entsprechender Pressemitteilungen über die Änderung der Nutzungs- und Geschäftsbedingungen des Betreibers des Kurznachrichtendienstes WhatsApp vom 25. August 2016 wurde uns bekannt, dass Daten der Nutzer dieses Dienstes an Facebook übermittelt werden sollen. Daraufhin hat der HmbBfDI ein Prüfverfahren eingeleitet und mit E-Mail vom 01. September 2016 um die Erteilung von Auskunft zu einer Reihe von Fragen bis zum 20. September 2016 gebeten. Gegenstand der Fragen waren unter anderem, welche Daten der WhatsApp-Nutzer von der Facebook Ireland Ltd. erhoben und gespeichert werden und auf welcher Rechtsgrundlage dies erfolgt.

Mit E-Mail vom 20. September 2016 hat die Facebook Ireland Ltd. ein Dokument mit dem Titel „WhatsApp Terms of Service and Privacy Policy Update: Briefing Document for the Office of the Irish Data Protection Commissioner" zugesandt, um die gestellten Fragen zu beantworten.

Bezüglich der Frage, welche Daten verarbeitet werden, stellt die Facebook Ireland Ltd. fest:

"11. What WhatsApp data is shared under the Update?

...

If a person agrees to the Update, WhatsApp will share the following limited categories of information with Facebook today: the person's phone number, certain device information [redacted] the "last seen" information [redacted] and WhatsApp account registration date. Although WhatsApp's Privacy Policy does not limit the exact data points that WhatsApp may

share with Facebook, WhatsApp is not sharing WhatsApp users' contacts with Facebook at this time."

Zudem stellt die Facebook Ireland Ltd. klar, dass auch Daten von WhatsApp-Nutzern erhoben werden, die keine Nutzungsbeziehung zur Facebook Ireland Ltd. haben (Ziffer 13):

„13. Will Facebook receive data relating to WhatsApp users who are not Facebook users?

Yes, the information shared by WhatsApp will be received by Facebook for all users of WhatsApp, including WhatsApp users who are not Facebook users. ..."

Nutzer von WhatsApp haben nach den Angaben der Facebook Ireland Ltd. zwar die Möglichkeit, gegen die Nutzung der Daten zu Werbezwecken durch die Facebook Ireland Ltd. zu widersprechen. Allerdings verhindert dies nicht die Erhebung der Daten durch die Facebook Ireland Ltd., sondern begrenzt lediglich den Verwendungszweck:

"8. Which users are offered the control, what is its effect, and for how long is it available?

...

If an existing user chooses not to share his or her WhatsApp account information with Facebook for improving his or her Facebook ads and products experiences, his or her WhatsApp account information will still be shared with Facebook for other more standard uses, such as for understanding how WhatsApp's services or services of the Facebook family of companies are used (particularly, de-duplication/understanding accurate unique user sets across services), securing systems, and fighting spam, abuse, or infringement activities across the services."

Die Daten werden nach Angaben der Facebook Ireland Ltd. u.a. zum Abgleich der Nutzer-Accounts und der Nutzeranalyse verwendet:

"13. Will Facebook receive data relating to WhatsApp users who are not Facebook users?

...

This information is needed to complete the unique user counting and other analytics described above, which necessarily is a function that has to operate across the Facebook family of companies. That is, if Facebook does not receive information about all WhatsApp accounts, it will not be able to determine which WhatsApp accounts correlate to Facebook accounts and which do not. If Facebook cannot make that determination, it cannot calculate the total number of unique users that Facebook has across Facebook and WhatsApp.

Facebook also may be able to use information from WhatsApp to improve the signup experience for its apps. For example, if a person who does not have a Facebook account today later decides to create one, Facebook could pre-fill their phone number during account registration process

> Importantly, WhatsApp users are not required to create a Facebook account to use WhatsApp."

Bezüglich der Rechtsgrundlage stellt Facebook Ireland Ltd. fest:

> "10. What is the legal basis on which WhatsApp and Facebook are entitled to share and use data?
>
> WhatsApp has obtained clear, affirmative and informed user consent to the updated WhatsApp Terms and Privacy Policy, which expressly allow for this sharing. With respect to Facebook sharing data with WhatsApp and receiving data from WhatsApp, Facebook's users previously consented by agreeing to the Facebook Data Policy, which provides, in the relevant part, that Facebook may "share information we have about you within the family of companies that are part of Facebook" and that it may "receive information about you from companies that are owned or operated by Facebook, in accordance with their terms and policies".

Nutzer von WhatsApp haben bis 30 Tage nach der Zustimmung zu den neuen Nutzungsbedingungen Zeit zu entscheiden, ob sie der Verwendung der übermittelten Daten zu Werbezwecken widersprechen. Die Übermittlung zu anderen Zwecken kann dadurch nicht vermieden werden.

IV. Begründung

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit ist gemäß § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG befugt, zur Beseitigung des Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 BDSG Ziffer 1 und 2 genannte Anordnung zu erlassen. § 38 Abs. 1 BDSG verpflichtet die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz, die Einhaltung der Vorschriften des Datenschutzes zu kontrollieren und gemäß § 38 Abs. 5 BDSG bei der Verletzung der Vorgaben auf die Beseitigung dieser hinzuwirken. Sie sind dazu befugt, die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung der materiell-rechtlicher Verstöße anzuordnen (Petri in: Simitis, BDSG, 8. Aufl., 2014 § 38, Rdn. 73).

A. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit ist auf der Grundlage des § 24 HmbDSG i.V.m. §§ 1 Abs. 5, 38 BDSG; § 3 HmbVwVfG die sachlich und örtlich zuständige Behörde für den Erlass dieser Anordnung. Die erforderlichen, weiteren formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für den Erlass wurden gewahrt.

1. Anwendbares Recht gemäß § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG, Art. 4 Abs. 1 lit a) RL 95/46/EG

Auf die Facebook Ireland Ltd. findet gemäß § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. a) RL 95/46/EG deutsches Datenschutzrecht Anwendung. Die Facebook Ireland Ltd. ist die für die Entscheidung über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten von deutschen Nutzern verantwortliche Stelle i.S.d. § 3 Abs. 7 BDSG.

Die Anwendbarkeit nationalen Datenschutzrechts auf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten auf die Facebook Ireland Ltd. erfolgt auf der Grundlage des § 1 Abs. 5 BDSG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. a) RL 95/46/EG.

Danach findet deutsches Datenschutzrecht Anwendung, wenn eine verantwortliche Stelle zwar ihren Sitz nicht in Deutschland, aber in einem Staat der Europäischen Union hat und über eine deutsche Niederlassung personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt. § 1 Abs. 5 BDSG dient der Umsetzung des Art. 4 Abs. 1 lit. a) RL 95/46/EG und muss europarechtskonform ausgelegt werden (VG Schleswig, Beschl. v. 14. Februar 2013, 8 B 60/12, ZD 2013, 245, 246). Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) Satz 1 RL 95/46/EG findet auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, die im Rahmen der Tätigkeit einer Niederlassung ausgeübt werden, das jeweilige nationale Datenschutzrecht des Sitzstaates der Niederlassung Anwendung

> EuGH, Urteil vom 28.7.2016 – C-191/15 (Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl), NJW 2016, 2727, 2730f.
>
> > *[73] Nach Art. 4 I Buchst. a RL 95/46 wendet jeder Mitgliedstaat die Vorschriften, die er zur Umsetzung dieser Richtlinie erlässt, auf alle Verarbeitungen personenbezogener Daten an, die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung ausgeführt werden, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats besitzt.*
> >
> > *[74] Daraus folgt, dass eine Datenverarbeitung, die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung ausgeführt werden, dem Recht des Mitgliedstaats unterliegt, in dessen Hoheitsgebiet sich diese Niederlassung befindet.*

Die Bestimmung der insoweit relevanten Tätigkeit der Niederlassung richtet sich nach der Rechtsprechung des EuGH in der sogenannten Google Spain-Entscheidung:

> EuGH, Urteil vom 28.7.2016 – C-191/15 (Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl), NJW 2016, 2727, 2731:
>
> > *[77] Wie der EuGH bereits festgestellt hat, sind vielmehr sowohl der Grad an Beständigkeit der Einrichtung als auch die effektive Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im fraglichen Mitgliedstaat zu bewerten (vgl. idS EuGH, ECLI:EU:C:2015:639 = NJW 2015, 3636 = EuZW 2015, 912 Rn. 29 – Weltimmo).*
> >
> > *[78] Was als Zweites die Frage anbelangt, ob die betreffende Verarbeitung personenbezogener Daten „im Rahmen der Tätigkeiten" dieser Niederlassung*

> *iSv Art. 4 Absatz I Buchst. a RL 95/46 ausgeführt wird, hat der EuGH bereits darauf hingewiesen, dass nach dieser Vorschrift die in Rede stehende Verarbeitung personenbezogener Daten nicht „von" der betreffenden Niederlassung selbst ausgeführt werden muss, sondern lediglich „im Rahmen der Tätigkeiten" der Niederlassung (EuGH, ECLI:EU:C:2015:639 = NJW 2015, 3636 = EuZW 2015, 2015, 912 Rdn. 35 – Weltimmo).*

Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht eine Tätigkeit im Rahmen des Dienstes auch in der wirtschaftlichen Förderung des durch die verantwortliche Stelle angebotenen Dienstes. So führte der EuGH bezüglich der Suchmaschine des Anbieters Google aus:

> EuGH, Urteil vom 13.5.2014 - C-131/12 (Google Spain und Google), ZD 2014, 350, 355
>
> *„[56] die Tätigkeiten des Suchmaschinenbetreibers und die seiner Niederlassung in dem betreffenden Mitgliedstaat untrennbar miteinander verbunden, da die Werbeflächen betreffenden Tätigkeiten das Mittel darstellen, um die in Rede stehende Suchmaschine wirtschaftlich rentabel zu machen und die Suchmaschine gleichzeitig das Mittel ist, das die Durchführung dieser Tätigkeiten ermöglicht".*

Daraus folgt: Die Tätigkeit einer Niederlassung ist für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die verantwortliche Stelle relevant, wenn sie den Betrieb des im nationalen Markt angebotenen Dienstes wirtschaftlich rentabel macht und der Dienst im Gegenzug gleichzeitig das Mittel ist, die Tätigkeit zu ermöglichen. Dazu zählt die Akquise von Werbung oder Marketingmaßnahmen mit dem Ziel der Finanzierung des eigentlichen Dienstes.

In diesem Sinn ist § 1 Abs. 5 S.1 2. HS BDSG wie folgt auszulegen: Nationales Datenschutzrecht findet Anwendung, sofern eine in einem anderen Mitgliedstaat der EU belegene verantwortliche Stelle bei der Erhebung Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch eine Niederlassung im Inland Unterstützung erhält.

Die Facebook Germany GmbH nimmt ausweislich der Angaben im Handelsregister und nach Überzeugung des VG Schleswig und des OVG Schleswig Marketingaufgaben für die Facebook Ireland Ltd. wahr und handelt unter deren Kontrolle (vgl. VG Schleswig, aaO 246; OVG Schleswig, aaO 1978, Ziff. 16).

[redacted]

Die Facebook Germany GmbH unterstützt aktiv die Verbreitung des durch die Facebook Inc. und Facebook Ireland Ltd. angebotenen Dienstes in Deutschland. Sie fördert durch die Akquise von Werbung, das Halten des Kontakts zu öffentlichen und privaten Verwendern des Dienstes „Facebook" [redacted] den wirtschaftlichen Erfolg. Damit erfüllt sie alle Voraussetzung für eine relevante Niederlassung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit a) Satz 1 RL 95/46/EG sowie nach § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG.

Die Vorgaben des BDSG sind folglich auf die Facebook Ireland Ltd. anwendbar.

2. Zuständigkeit

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit ist für den Erlass von Anordnungen gemäß § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG gegen die Facebook Ireland Ltd im Hinblick auf die Verarbeitung der Bestandsdaten der Nutzerinnen und Nutzer des Dienstes Facebook durch die Facebook Ireland Ltd. zuständig und besitzt sowohl die Prüf- als auch die Vollzugskompetenz für die Kontrolle der Beachtung der datenschutzrechtlichen Vorschriften des BDSG.

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit ist Aufsichtsbehörde nach §§ 38 Abs. 1 BDSG, 24 HmbDSG für die Freie und Hansestadt Hamburg. In dieser Eigenschaft ist er für die Kontrolle des Bundesdatenschutzgesetzes und den Erlass dazu ergehender Anordnungen nach § 38 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 5 S. 2 und 5 BDSG sachlich zuständig. Gemäß § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG ist der HmbBfDI berechtigt, die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung von festgestellten Verstößen bei der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten anzuordnen.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus dem Sitz der Niederlassung der Facebook Ireland Ltd., der Facebook Germany GmbH in Hamburg gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG.

Die Anordnung hat keinen extraterritorialen Effekt und beeinträchtigt die Prüf- und Vollzugskompetenz der Aufsichtsbehörden anderer EU-Mitgliedstaaten oder Drittländer nicht. Denn die Anordnung beschränkt sich auf die Erhebung der Daten deutscher Nutzer von WhatsApp. Diese können u.a. durch die internationale Landeskennung +49 der anzugebenen Telefonnummer separiert werden.

3. Verfahren

Der Facebook Ireland Ltd. wurde mit E-Mail vom 01. September 2016 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Diese Gelegenheit hat das Unternehmen mit Schreiben vom 20. September 2016 wahrgenommen.

Zudem kann von einer weiteren Anhörung der Facebook Ireland Ltd. gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 HmbVwVfG wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses abgesehen werden, da hier nach Auffassung des HmbBfDI eine sofortige Entscheidung notwendig ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. 12. 2004 - 6 A 10/02, NVwZ 2005, 1435). Eine weitere Anhörung kann unterbleiben, wenn durch den entstehenden Zeitverlust das Anordnungsziel gefährdet ist (vgl. BVerwG Urteil vom 18-10-1988 - 1 A 89/83, NJW 1989, 993, 994). Aufgrund der durch das Unternehmen am 20. September 2016 gegebenen Antworten wurde deutlich, dass es bei einem weiteren Zuwarten zu einer Übermittlung der Bestandsdaten der Nutzer käme – was den tatbestandlichen Erfolg des Verstoßes verwirklichen würde - bzw. sich bei bereits erfolgter Übermittlung der rechtswidrige Zustand verstetigen und vertiefen würde.

B. Materiell-rechtliche Begründung

Die Erhebung und Speicherung der Bestandsdaten von WhatsApp-Nutzern durch die Facebook Ireland Ltd. verstößt gegen § 4 Abs. 1 BDSG. Denn es existiert keine Rechtsgrundlage, auf der die Facebook Ireland Ltd. die Erhebung und Speicherung der

Daten stützen kann (1.). Soweit bereits die in Ziffer 1 bezeichneten Daten deutscher WhatsApp-Nutzer durch die Facebook Ireland Ltd. erhoben wurden, sind diese gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG zu löschen (2.).

1. Keine Einwilligung und fehlende Rechtsgrundlage für die Erhebung und Speicherung der Daten

Gemäß § 4 Abs. 1 BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung (Speicherung) und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit die betroffene Person eingewilligt hat oder eine Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet.

a) Fehlende Einwilligung der WhatsApp-Nutzer gegenüber der Facebook Ireland Ltd.

Deutsche WhatsApp-Nutzer haben gegenüber der Facebook Ireland Ltd. keine wirksame Einwilligung in die Erhebung und Speicherung der in Ziffer 1 der Anordnung genannten Daten erteilt. Die gegenüber der WhatsApp Inc. abgegebenen Erklärungen deutscher WhatsApp-Nutzer sind keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Erhebung der Daten durch die Facebook Ireland Ltd.

Bei einer Übermittlung personenbezogener Daten von einer verantwortlichen Stelle auf eine dritte Stelle i.S.d. § 3 Abs. 7 BDSG muss nach dem sogenannten „Doppeltürmodell" des Bundesverfassungsgerichts sich sowohl die übermittelnde Stelle, als auch die empfangende bzw. abrufende Stelle auf eine entsprechende Rechtsgrundlage stützen können.

BVerfG, Beschl. v. 24. 1. 2012 – 1 BvR 1299/05; NJW 2012, 1419, 1422f.

> *[123] Vorschriften, die zum Umgang mit personenbezogenen Daten durch staatliche Behörden ermächtigen, begründen in der Regel verschiedene, aufeinander aufbauende Eingriffe. Insbesondere ist insoweit zwischen der Erhebung, Speicherung und Verwendung von Daten zu unterscheiden (vgl. BVerfGE 100, 313 [366 f.] = NJW 2000, 55; BVerfGE 115, 320 [343 f.] = NJW 2006, 1939; BVerfGE 120, 378 [400 f.] = NJW 2008, 1505; BVerfGE 125, 260 [310] = NJW 2010, 833). Bei der Regelung eines Datenaustauschs zur staatlichen Aufgabenwahrnehmung ist darüber hinaus aber auch zwischen der Datenübermittlung seitens der auskunftserteilenden Stelle und dem Datenabruf seitens der auskunftsuchenden Stelle zu unterscheiden.* ***Ein Datenaustausch vollzieht sich durch die einander korrespondierenden Eingriffe von Abfrage und Übermittlung, die jeweils einer eigenen Rechtsgrundlage bedürfen.*** *Der Gesetzgeber muss, bildlich gesprochen, nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten. Dies schließt – nach Maßgabe der Kompetenzordnung und den Anforderungen der Normenklarheit – nicht aus, dass beide Rechtsgrundlagen auch in einer Norm zusammengefasst werden können.* [Hervorhebung durch HmbBfDI]

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im europäischen und deutschen Datenschutzrecht kein Konzernprivileg existiert. Unternehmen, die in einem Konzern verbunden sind, werden gemäß § 3 Abs. 7 BDSG als jeweils eigene verantwortliche Stellen bewertet. Bei der Übermittlung von personenbezogenen Daten zwischen diesen Unternehmen müssen diese jeweils die datenschutzrechtlichen Anforderungen gegenüber den Betroffenen erfüllen.

Die Facebook Ireland Ltd. kann keine ihr gegenüber erteilte Einwilligung nachweisen, mit welcher sie die Erhebung und Speicherung der Daten gegenüber den betroffenen WhatsApp-Nutzern legitimieren kann. Dies macht die oben zitierte Antwort zu Frage 10 des Schreibens vom 20. September 2016 deutlich.

Die Erklärungen in den Datenschutzbestimmungen, auf die die Facebook Ireland Ltd. verweist, beziehen sich entweder auf das Verhältnis zwischen den WhatsApp-Nutzern und der WhatsApp Inc. oder zwischen Facebook-Nutzern und der Facebook Ireland Ltd. Die in der Antwort erwähnte „Einwilligung" erteilen danach die WhatsApp-Nutzer **nicht** gegenüber der Facebook Ireland Ltd. Diese Problematik gilt insbesondere für die WhatsApp-Nutzer, die (bewußt) kein Profil bei dem Dienst der Facebook Ireland Ltd. eingerichtet haben.

Die Erklärung geben die Betroffenen nur gegenüber der WhatsApp Inc. ab. Dies legitimiert möglicherweise die Übermittlung der Daten an die Facebook Ireland Ltd. seitens der WhatsApp Inc. als übermittelnde Stelle. Allerdings kann sich die Facebook Ireland Ltd. nicht darauf berufen. Denn die Betroffenen erklären damit **nicht** gleichzeitig ihre Einwilligung gegenüber der Facebook Ireland Ltd.

Auf die Erforderlichkeit einer entsprechenden Einwilligung der Nutzer bei einem Austausch von Nutzerdaten zwischen den jeweiligen Unternehmen nach dem Erwerb von WhatsApp durch Facebook hat auch Kommissarin Rich der Federal Trade Commission in dem erwähnten Schreiben vom 10. April 2014 unmissverständlich hingewiesen.

Zudem entsprechen die Erklärungen nicht den Vorgaben des § 4a Abs. 1 BDSG. Betroffene WhatsApp-Nutzer haben keine freie Wahl bezüglich der Entscheidung über die Erhebung und Speicherung der Daten durch die Facebook Ireland Ltd. Eine Erhebung und Speicherung durch Facebook können sie nur durch die Löschung ihres Kontos bei WhatsApp und damit der Beendigung der Nutzung des Dienstes verhindern.

Zudem werden die Nutzer von WhatsApp nicht hinreichend informiert. Denn durch WhatsApp wird der Eindruck erweckt, mit dem opt-out die Datenübertragung zu stoppen. Dies trifft jedoch nicht zu. Denn die Facebook Ireland Ltd. begrenzt die Datennutzung dann lediglich bezüglich der Bewerbung der Nutzer.

In Anbetracht der zentralen Bedeutung von WhatsApp für die individuelle und gesellschaftliche Kommunikation für Millionen deutscher Nutzerinnen und Nutzer besteht daher faktisch keine Freiwilligkeit über die Entscheidung, der Übermittlung der Daten zuzustimmen oder diese abzulehnen. Die Beendigung der Nutzung des Dienstes, um die Übermittlung an Facebook zu unterbinden, stellt keine gleichwertige Alternative zur Duldung der Übermittlung dar.

Auch werden die formalen Anforderungen des § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG nicht eingehalten. Denn es fehlt an einer zweifelsfreien, den Zweck und Umfang der Übermittlung hinreichend

bestimmten Erklärung durch die Betroffenen. Die verwendete Erklärung ist zu unbestimmt und lässt Umfang, Empfänger und Zweck der vorgesehenen Übermittlung und damit auch der Erhebung durch die Facebook Ireland Ltd. nicht erkennen.

Da die Erklärung seitens WhatsApp in die Änderung der Nutzungsbedingungen integriert ist, fehlt es zudem an der gemäß § 4a Abs. 1 S. 4 BDSG erforderlichen besonderen Hervorhebung. Die Erklärung ist in den AGB integriert und versteckt. Die gesetzlich vorgesehene Warn- und Hinweisfunktion wird somit nicht erfüllt.

b) Kein Rückgriff auf eine gesetzliche Rechtsvorschrift

Die Facebook Ireland Ltd. kann die Erhebung und Speicherung nicht auf § 28 Abs. 3 BDSG bzw. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG stützen.

(1) Keine Anwendung des Listenprivilegs gemäß § 28 Abs. 3 BDSG

Die Facebook Ireland Ltd. kann sich nicht auf § 28 Abs. 3 BDSG bezüglich der Erhebung und Speicherung der in Ziffer 1 dieser Anordnung genannten Daten stützen. Die Übermittlung der in Ziffer 1 genannten Daten zu Werbezwecken auf der genannten gesetzlichen Grundlage scheidet aus, weil die betroffenen Daten nicht zu den in § 28 Abs. 3 BDSG aufgeführten sogenannten „Listendaten" zählen.

Die Erhebung und Speicherung der Daten zu Zwecken der Werbung seitens Facebook Ireland Ltd. wäre danach nur mit einer entsprechenden Einwilligung zulässig, § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG. Diese liegt, wie bereits dargestellt, nicht vor. Selbst wenn sich die Facebook Ireland Ltd. auf die durch die Betroffenen gegenüber der WhatsApp Inc. abgegeben Erklärungen berufen könnte, entsprechen die Erklärungen nicht den Vorgaben des § 28 Abs. 3a BDSG.

(2) Keine Erhebung und Speicherung auf der Grundlage des Berechtigten Interesses gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG

Die Facebook Ireland Ltd. kann sich gegenüber den betroffenen WhatsApp-Nutzern bezüglich der in Ziffer 1 dieser Anordnung genannten Daten nicht auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG berufen. Danach wäre die Erhebung der genannten Daten zulässig, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen der Facebook Ireland Ltd. erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des betroffenen deutschen WhatsApp-Nutzers an dem Ausschluss der Erhebung überwiegt.

Die Facebook Ireland Ltd. macht geltend, mittels der Erhebung der Daten einen Abgleich zwischen den Nutzern beider Dienste vornehmen zu wollen. Zwecke dieser Zusammenführung sollen außerdem eine korrekte Individualisierung und Feststellung der „Einzigartigkeit" der Nutzer und weitere „Analysen" sein. Die beschriebene Zweckverfolgung ist prinzipiell nicht unzulässig und erfüllt das Tatbestandsmerkmal des „berechtigten Interesses" i.S.d. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG.

Jedoch bestehen hinreichend konkrete Anhaltspunkte für die Annahme der entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen der betroffenen deutschen WhatsApp-Nutzer. Nutzer des Dienstes von WhatsApp nutzten diesen auch nach dem Erwerb durch Facebook im Jahr 2014 in der Erwartung, dass die Daten nicht gegenüber Dritten weitergegeben oder zu Werbezwecken genutzt werden. Diese Erwartung hat auch

Kommissarin Rich der Federal Trade Commission in einem Schreiben vom 10. April 2014 bekräftigt und verdeutlicht, dass eine Missachtung der Nutzerwartung ein Verstoß gegen Artikel 5 des Federal Trade Commission Acts darstellen würde. Sowohl Herr Zuckerberg als auch Herr Koum werden in diesem Schreiben mit der Aussage zitiert, dass eine Zusammenführung der Daten ohne entsprechende Einwilligung der Nutzer nicht erfolgen würde und dass sich somit für die Nutzerinnen und Nutzer nichts ändern würde. Herr Zuckerberg wird zitiert mit der Aussage:

> *„We are absolutely not going to change plans around WhatsApp and the way it uses user data."*

Mit der Erhebung der Daten und der Verwendung zur Analyse des Dienstes Facebook sowie der Prüfung, wer von WhatsApp-Nutzern z.B. den Dienst Facebook nutzt, wird die Verwendung der Daten deutlich erweitert.

Diese Grundaussage tätigte auch Lord Richard Allen als Vertreter von Facebook in der 38. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 28. Januar 2015 auf entsprechende Nachfrage. Danach würde es nur dann zu einer Übermittlung von Daten von WhatsApp an Facebook kommen, wenn eine explizite Einwilligung der Betroffenen vorliegen würde. Ohne eine solche Einwilligung schloss er die Übermittlung von Daten kategorisch aus.

Da eine derartige Einwilligung der Betroffenen nicht vorliegt und zudem diese darauf vertrauen, dass nur mit ihrer Zustimmung eine solche Übermittlung stattfinden wird, sind deren schutzwürdige Erwartungen hier höher als die Interessen der Facebook Ireland Ltd. zu gewichten.

In die Bewertung muss zudem einfließen, dass solchen Nutzern von WhatsApp, die nicht zugleich Facebook-Nutzer sind, durch die Erhebung der Daten durch Facebook Ireland Ltd. ein Rechtsverhältnis zu dem Unternehmen aufgezwungen wird, obwohl sie dadurch keinen Vorteil erzielen. Die Erbringung des Dienstes durch die WhatsApp Inc. wird dadurch nicht beeinflusst. Die wirtschaftlichen Vorteile dieser Datenverarbeitung liegen vollständig auf Seiten der Facebook Ireland Ltd., während die betroffenen deutschen WhatsApp-Nutzer einen Eingriff in ihre Rechte hinnehmen müssen, der durch keinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil ausgeglichen wird.

Weitere Rechtsgrundlagen, die eine Erhebung und Speicherung der Daten rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

2. Löschung der Daten gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG

Ziffer 2 konkretisiert lediglich die ohnehin bestehende gesetzliche Verpflichtung zur Löschung von unzulässig erhobenen personenbezogenen Daten. Danach ist die verantwortliche Stelle verpflichtet, personenbezogene Daten zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig ist.

Für eine Erhebung und Speicherung von den in Ziffer 1 genannten Daten durch die Facebook Ireland Ltd. liegt kein ausreichender Rechtsgrund vor. Aus der Stellungnahme der Facebook Ireland Ltd. lässt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, ob bereits Daten von deutschen WhatsApp-Nutzern erhoben und gespeichert wurden. Daher wird vorsorglich die

Löschung der Daten angeordnet. Dieser Anordnungspunkt unterliegt insoweit der Bedingung, dass bereits eine Erhebung und Speicherung erfolgt ist.

3. Dokumentationsverpflichtung

Rechtsgrundlage der in Ziffer 3 angeordneten Dokumentation sind §§ 38 Abs. 3, 11 Abs. 4 Nr. 2 BDSG.

4. Entschließungsermessen

Gemäß § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG kann die Aufsichtsbehörde die zur Beseitigung der festgestellten Verstöße erforderlichen Maßnahmen anordnen. Der HmbBfDI hat insoweit ein Entschließungsermessen über das „Ob" des Erlasses der Anordnung.

Die Anordnung verpflichtet die Facebook Ireland Ltd., die Anforderung des Grundprinzips des Datenschutzrechts, nur mit einer entsprechenden Rechtsgrundlage oder Einwilligung der Betroffenen personenbezogene Daten zu erheben und zu speichern, zu beachten.

Die Anordnung untersagt somit nicht die Erhebung und Speicherung der Daten an sich. Vielmehr beinhaltet sie die in § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG enthaltene Befugnis der Aufsichtsbehörde zur Gestaltung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung. Der Facebook Ireland Ltd. wird nämlich aufgegeben, durch die Schaffung eines Einwilligungsverfahrens die Rechtmäßigkeitsanforderung des europäischen und deutschen Datenschutzrechts zu erfüllen. Das zwischen § 38 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 BDSG bestehende Stufenverhältnis bleibt somit gewahrt. Eine vollständige Untersagung der Erhebung und Speicherung der Daten ist damit nicht verbunden.

Die Anordnung ist auch zweckmäßig, denn zur Wahrung der Betroffenenrechte wird durch die Anordnung die notwendige Rechtssicherheit und durch die Dokumentationsverpflichtung die erforderliche Transparenz über die Beachtung der datenschutzrechtlichen Vorschriften gewährleistet.

Insoweit ist der Erlass der Anordnung auch ermessensfehlerfrei.

5. Verhältnismäßigkeit der Anordnung

Die Anordnung beeinträchtigt die Facebook Ireland Ltd nicht unverhältnismäßig in ihren Rechten.

Die Anordnung, die in Ziffer 1 der Anordnung bezeichneten Daten der deutschen WhatsApp-Nutzer nur auf der Grundlage einer rechtskonformen Einwilligung zu erheben, ist geeignet, den Betroffenen die Entscheidungsbefugnis darüber einzuräumen, ob die Facebook Ireland Ltd. die jeweiligen personenbezogenen Daten erheben und speichern darf, obwohl dies für die Erbringung des Dienstes durch die WhatsApp Inc. nicht erforderlich ist und auch keine gesetzliche Pflicht zur Duldung der Erhebung und Speicherung durch die Facebook Ireland Ltd. besteht.

Sie ist zudem auch erforderlich. Zur Wahrung und Durchsetzung der datenschutzrechtlichen Vorgaben und der Wahrung der Betroffeneninteressen und der rechtskonformen

Ausgestaltung der Erhebung und Speicherung der personenbezogenen Daten durch die Facebook Ireland Ltd. ist kein milderes gleichwirksames Mittel ersichtlich.

Letztlich greift die Anordnung auch nicht unangemessen in die Rechte der Facebook Ireland Ltd ein. Sowohl das Geschäftsmodell und der Geschäftszweck des Dienstes bleiben weiterhin bestehen. Zudem wird durch die Anordnung auch ein Weg aufgezeigt, wie eine datenschutzkonforme Zweckerreichung möglich ist.

Im Verhältnis zu dem durch diese Anordnung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsmäßig geschützten Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie dem Grundrecht auf Datenschutz und Achtung der privaten Kommunikation gemäß Art. 8 und 7 Europäische Grundrechtecharta der deutschen WhatsApp-Nutzer beeinträchtigt die Anordnung das Recht auf Berufsausübungsfreiheit gemäß Art 12 GG sowie der unternehmerischen Freiheit gemäß Art. 16 Europäische Grundrechtecharta der Facebook Ireland Ltd. nicht außer Verhältnis. Durch die Anordnung wird ein auf gesetzlichen Vorgaben beruhender verhältnismäßiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen erzielt. Der Facebook Ireland Ltd. wird die Erhebung und Speicherung der Daten und damit die Verfolgung ihrer Geschäftszwecke nicht gänzlich untersagt, sondern lediglich unter eine ohnehin gesetzlich vorgesehene und zu beachtende Bedingung gestellt. Gleichsam erhalten die Betroffenen die Möglichkeit, ausreichend Kontrolle über die Weitergabe ihrer personenbezogenen Daten zu erhalten.

6. Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ist hinsichtlich der Interessen der Betroffenen angezeigt. Sobald die Erhebung der Daten durch die Facebook Ireland Ltd. erfolgt ist, ist die Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen final. Eine Löschung kann dann lediglich die Perpetuierung des Verstoßes temporal verhindern. WhatsApp hat angekündigt, bis spätestens 6. Oktober 2016 von allen Nutzern die Erlaubnis zur Übermittlung der Daten einzuholen. Insoweit muss auch davon ausgegangen werden, dass zeitgleich die Erhebung der Daten durch die Facebook Ireland Ltd. erfolgt.

Ein Zuwarten mit der Vollziehung der Anordnung bis zur Unanfechtbarkeit des Bescheides würde die beschriebenen und erheblichen Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen verursachen. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass nach der Erhebung und Speicherung der Daten unverzüglich mit der Auswertung und Analyse der erhobenen personenbezogenen Daten begonnen und damit eine Vertiefung des Eingriffs in Persönlichkeitsrechte der Betroffenen verursacht wird.

Zudem hat die Facebook Ireland Ltd. in ihren Antworten verdeutlicht, dass lediglich „zur Zeit" keine Übermittlung der von den WhatsApp-Nutzern bei der WhatsApp Inc. gespeicherten privaten Adressdaten erfolgt. Die Erklärung deutet allerdings darauf hin, dass dies in Kürze erfolgt oder zumindest erwartet werden muss. Damit ist zur Sicherung von Millionen von absolut unbeteiligten betroffenen Personen Sofortvollzug erforderlich.

Hingegen beeinträchtigt die Anordnung der sofortigen Vollziehung die Interessen der Facebook Ireland Ltd. allenfalls in geringem Ausmaß. Sie ist technisch, tatsächlich und rechtlich in der Lage, auch kurzfristig die Einwilligung der Betroffenen einzuholen und damit die Vorgaben der Anordnung zu vollziehen.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Rechtsmittel der Facebook Ireland Ltd. angesichts der oben dargelegten, klaren Vorgaben des § 4 Abs. 1 BDSG nur geringe Aussicht auf Erfolg versprechen. Vor diesem Hintergrund ist das Rechtsschutzinteresse der Facebook Ireland Ltd. geschmälert, was zusätzlich für das Überwiegen des Dringlichkeitsinteresses spricht.

Aus diesen Gründen ist im Ergebnis ein besonderes und überwiegendes Vollziehbarkeitsinteresse gegeben, so dass ausnahmsweise die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Anordnung angezeigt ist.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Johannes Caspar

Rechtbehelfsbelehrung

Gegen diese Anordnung kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch beim Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, Klosterwall 6 (Block C), 20095 Hamburg erhoben werden.

Es wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ein Widerspruch gegen diese Anordnung keine aufschiebende Wirkung hat.

Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung können Sie beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stellen.