

DATENSCHUTZ & FRANCHISING

Dr. Hubertus Thum, LL.M.
Rechtsanwalt

ÖFV – Open Stage 11.12.2017

THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

Disclaimer

Die gegenständlichen Unterlagen sowie der darauf basierende Vortrag erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Trotz größtmöglicher Sorgfalt bei der Erstellung dieser Unterlagen kann keine Gewähr für Richtigkeit und Vollständigkeit gegeben werden.

Die Unterlagen und der Vortrag können eine individuelle Beratung durch Rechtsanwälte, Steuerberater oder sonstige Spezialisten nicht ersetzen.

Eine Haftung für Informationen auf Webseiten Dritter („nützliche Links“) sowie aus der vorliegenden Präsentationsunterlage ist ausgeschlossen.

Die Überlassung der Präsentation erfolgt nur für den internen Gebrauch des Empfängers bzw. empfangenden Unternehmens. Eine Weitergabe außerhalb Ihres Unternehmens oder eine (auch nur auszugsweise) Veröffentlichung bedarf der schriftlichen Zustimmung.

ÜBERBLICK

- Einleitung – Was bedeutet Datenschutz? Wie sind Verstöße sanktioniert?
- Rechte der Betroffenen
- Pflichten der Verantwortlichen
- Datenverarbeitung & Rechtmäßigkeit
- Direktmarketing
- Rollenverteilung
- Internationaler Datentransfer
- Datenschutzkonform „last minute“

3

www.thum-law.at**THUM**
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

Einleitung: Was bedeutet Datenschutz?

- Datenschutz ≠ Datensicherheit
- Datensicherheit = Ziel, die Daten selbst zu schützen (Manipulation, Diebstahl etc.)
- Datenschutz = Ziel, den Menschen und Informationen/Daten über diesen zu schützen

4

www.thum-law.at**THUM**
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

Einleitung: Was bedeutet Datenschutz?

- Grundsatz: Jeder Mensch (Kunde, FN, Mitarbeiter etc.) sollte selbst bestimmen können, welche Daten er an wen weitergibt.
- Relevante Daten: „Personenbezogene Daten“
- „Personenbezogene Daten“ = Informationen über identifizierte oder identifizierbare Person (z.B. Name, Anschrift, Autokennzeichen, Einkommensverhältnisse, Gesundheitsdaten)

5

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

DSGVO – Geldbuße & Schadenersatz & Sanktionen

- Geldbuße „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“
- Strafraumen bis EUR 10 Mio (2% des weltweiten Jahresumsatzes)
 - Verletzung von Pflichten der Verantwortlichen
- Strafraumen bis EUR 20 Mio (4% des weltweiten Jahresumsatzes)
 - Verletzung von Rechten betroffener Personen
- Schadenersatz: Betroffene Recht auf materiellen und emotionalen Schadenersatz
- Wettbewerbsrecht: UWG-Klagen durch Konkurrenten und diverse Verbände.

6

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

DSGVO – Rechtsgrundlagen

- Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)
 - Österr. Datenschutz-Anpassungsgesetz
- } gilt ab 25. Mai 2018
- § 107 TKG
 - Werbung via e-mail, Fax und Telefon
 - E-Privacy Verordnung
 - bis dato nur Entwurf
 - Datenschutzrecht für digitale Medien und elektron. Kommunikationsdienste

7

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

RECHTE DER BETROFFENEN I – Informationspflichten

- Pflichtinformation an den Betroffenen:
 - Name/Kontaktdaten des Verantwortlichen (evtl. Kontakt Datenschutzbeauftragter);
 - Zwecke der Datenverarbeitung;
 - Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitung (ggf. Offenlegung der berechtigten Interessen)
 - Empfänger oder (falls noch nicht konkretisierbar) Kategorien von Empfängern (z.B. Steuerberater, Logistikunternehmen, Franchisenehmer)
 - Ggf. Übermittlung in Drittland (z.B. Konzernmutter in den USA, Achtung Drop Box etc.!).
- Informationspflicht für „faire und transparente Verarbeitung“:
 - Speicherdauer der Daten oder – falls nicht möglich – Kriterien für die Festlegung der Dauer
 - Hinweis auf Betroffenenrechte (inkl. Hinweis auf Beschwerderecht)
 - Hinweis auf jederzeitiges Widerrufsrecht von Zustimmungserklärungen
 - Hinweis auf Logik und Auswirkungen einer automationsunterstützten Entscheidungsfindung
 - Bei Zweckänderung ist der Betroffene erneut zu informieren!

8

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

RECHTE DER BETROFFENEN II - Allgemeines

- Informationen an Betroffenen präzise, transparent und leicht verständlich (besonders Kindern gegenüber).
- Grundsätzlich immer schriftlich bzw. elektronisch; auf Verlangen auch mündlich möglich (nicht zu empfehlen).
- Hinweispflicht auf Rechte und Beschwerdemöglichkeit.
- Identität des Betroffenen vor Auskunftserteilung kontrollieren! (z.B. Ausweiskopie).
- Informationspflichten grundsätzlich innerhalb 1 Monats und kostenlos zu erfüllen.

=> **Strukturen und Abläufe definieren! Ein Verstoß kann teuer werden!**

9

www.thum-law.at

THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

RECHTE DER BETROFFENEN III

- **Recht auf Auskunft über Daten und deren Verwendung**
- **Recht auf / Pflicht zur Löschung („Vergessenwerden“)**
 - Daten für angestrebten Zwecke nicht mehr notwendig
 - Betroffener widerruft seine Einwilligung und fehlt sonstige Rechtsgrundlage
 - Betroffener erhebt Widerspruch und es fehlt an vorrangigen berechtigten Gründen für die Bearbeitung
 - Daten wurden unrechtmäßig verarbeitet (z.B. keine gültige Einwilligung)

=> **Bestehende, unrechtmäßig verarbeitete Daten müssen grundsätzlich gelöscht werden!**

10

www.thum-law.at

THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

RECHTE DER BETROFFENEN IV

➤ Recht auf Einschränkung

- Führt zum Lösungsverbot, aber Verarbeitung (vorerst) auch untersagt.

➤ Recht auf Berichtigung und Vervollständigung

➤ Recht auf Datenübertragbarkeit

11

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

RECHTE DER BETROFFENEN V

➤ Widerspruchsrecht

- Grundsatz: Betroffener kann grundsätzlich jederzeit gegen die Verarbeitung Widerspruch erheben (führt zu Verarbeitungsverbot).
- Ausnahmen – Kein Widerspruchsrecht
 - Interessenabwägung zugunsten des Verantwortlichen oder
 - Durchsetzung von Rechtsansprüchen.
- Absolutes Widerspruchsrecht hinsichtlich Direktwerbung!

=> Strukturen und Abläufe definieren! Ein Verstoß kann teuer werden!

12

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

RECHTE DER BETROFFENEN VI

➤ Automatisierte Generierung von Einzelentscheidungen (Profiling)

- Definition „Profiling“
 - (Automatisierte) Erstellung von Profilen, v.a. Nutzerprofilen
 - unter Bewertung persönlicher Aspekte, z.B. Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort.
- Grundsatz: Betroffene hat ein Widerspruchsrecht
- Profiling grundsätzlich unzulässig, wenn Entscheidung ausschließlich von einer Maschine getroffen (z.B. Kreditvergabe).
- Unklar, ab wann Werbetätigkeiten unter das Profiling fallen.

13

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

PFLICHTEN DER VERANTWORTLICHEN

- Selbstverantwortung & Rechenschaftspflicht
 - Unternehmen kümmert sich selbst um die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben (Beweislast!)
 - Verarbeitungsverzeichnis
- Transparenz
 - Informationspflichten gegenüber den Betroffenen
- Zweckbindung
 - Verarbeitung nur für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke.
- Datenminimierung
 - Nur soviel Daten und Datenverarbeitung, wie für den definierten Zweck notwendig
- Begrenzung der Speicherdauer
- Rechtmäßigkeit
 - Verarbeitung nur auf Basis einer gültigen Rechtsgrundlage
 - Z.B. Einwilligung, Vertragserfüllung, berechtigtes Interesse, Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung

14

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

DSGVO – Verarbeitungsverzeichnis

- Verarbeitungsverzeichnis dann nicht, wenn
 - die Datenverarbeitung kein Risiko für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen darstellt,
 - die Verarbeitung nur gelegentlich erfolgt und
 - die Verarbeitung keine sensiblen Daten bzw. keine Daten über strafrechtliche Verurteilungen beinhaltet.
- => Letztlich hat jedes Unternehmen ein Verarbeitungsverzeichnis zu führen!**

15

www.thum-law.at**THUM**
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

DATENVERARBEITUNG – Rechtmäßigkeit

- Datenverarbeitung = verboten, außer z.B. (alternativ):
 - Verarbeitung für die Vertragserfüllung erforderlich ist;
 - Berechtigte Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten; überwiegen („Interessenabwägung“);
 - Einwilligung des Betroffenen vorliegt.

16

www.thum-law.at**THUM**
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

DATENVERARBEITUNG – „Vertragserfüllung“

- Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn
 - für Erfüllung des Vertrages erforderlich (z.B. Weitergabe der Daten an Spediteur)

- Nicht notwendig:
 - Interessenabwägung
 - Einwilligungserklärung

=> Datenminimierung – Welche Daten sind wirklich „erforderlich“?

17

www.thum-law.at

THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

DATENVERARBEITUNG – „berechtigtes Interesse“

- Interessenabwägung: Wessen Interessen wiegen schwerer?
Des Betroffenen oder des Verantwortlichen?

- Erwägungsgrund 47
 - „Vernünftige Erwartungen“ des Betroffenen über Datenverwendung
 - „Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.“

=> Selbstverantwortung – Sind meine Interessen wichtig genug?

18

www.thum-law.at

THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

DATENVERARBEITUNG – „Einwilligung I“

- Strenge Anforderungen an gültige Einwilligungserklärung:
 - Unzulässig „Leistung nur gegen Datenverwendung“ (Koppelungsverbot)
 - Informationspflicht: ausführlich, erkennbar und bestimmt
 - Von anderen Sachverhalten (z.B. AGB) klar unterscheidbar
 - Dokumentationspflicht – Beweislast beim Verantwortlichen
 - Information über Widerrufsmöglichkeit
 - Einwilligung vor (!) Verwendung der Daten

=> Keine gültige Einwilligung, wenn „versteckt“ in den AGB!

19

www.thum-law.at

THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

DATENVERARBEITUNG – „Einwilligung II“

- Zu beachten:
 - Vorab angeklickte Boxen oder Untätigkeit ≠ gültige Einwilligung!
 - Widerruf so simpel wie Erteilung der Einwilligung (z.B. „abmelden“).
 - Möglichkeit, Einwilligung nach einzelnen Verarbeitungsvorgängen getrennt zu erteilen (z.B. Pflichtfelder, freiwillige Angaben).
 - Bisher eingeholte Einwilligungen gültig, wenn auch jetzt gültig?
- Nachteile der Datenverarbeitung (nur) mit Einwilligung:
 - Zumindest bei Direktwerbung: Jederzeitiges und absolutes Widerrufsrecht des Betroffenen.
 - Relativ hoher Aufwand, eine gültige Einwilligung zu erhalten.

20

www.thum-law.at

THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

DIREKTMARKETING I – Allgemein

- Mögliche Rechtsgrundlagen für das Direktmarketing
 - Einwilligung des Betroffenen
 - Überwiegende berechtigte Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten
 - Erw 47 sagt: „Direktwerbung kann als ein solches Interesse betrachtet werden.“
- Betroffener hat bei Direktwerbung immer ein absolutes Widerspruchsrecht

21

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

DIREKTMARKETING II – Mit Einwilligung (Opt-in)

- Anrufe zu Werbezwecken
- Werbung per E-Mail oder SMS an Nicht-Kunden (z.B. Newsletter)
- Verwendung sensibler Daten (z.B. Gesundheitsdaten)
- Datenverarbeitung mit „erheblicher Beeinträchtigung“, z.B. manche Formen des Profilings

=> **Double Opt-in empfehlenswert! Kunde muss e-mail bestätigen.**

22

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

DIREKTMARKETING III – Ohne Einwilligung (Opt-out)

➤ Postalische Werbung

- Einschränkung für Adressverlage und Direktmarketingunternehmen durch „Robinsonliste“

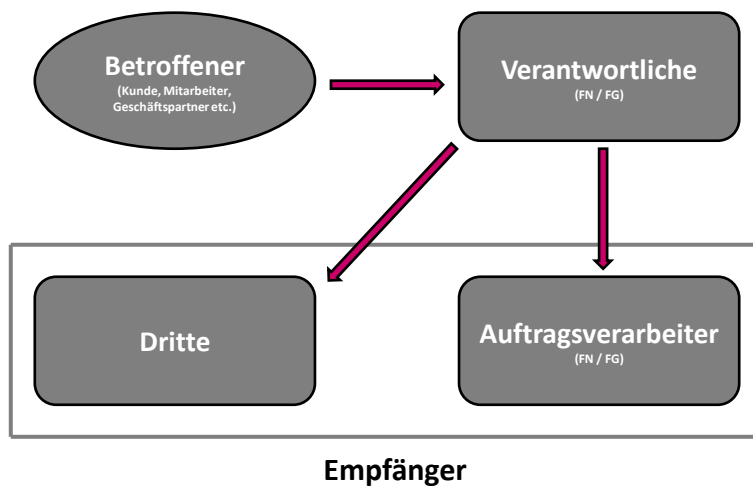
➤ Werbung per e-mail oder SMS bei Kunden

- Werbung nur für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen und
 - deutliche Möglichkeit, Datenverwendung sowohl bei Erhebung der Kontaktdaten als auch bei jedem einzelnen Kontakt kostenfrei und problemlos abzulehnen und
 - kein allgemeines Opt-out durch Eintragung in die ECG-Liste (≠ Robinson-Liste)

23

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

ROLLENVERTEILUNG



24

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

ROLLENVERTEILUNG – „Franchisesystem“

- FG als Verantwortlicher
 - Möglichkeit über die Zwecke und Mittel der Datenverwendung zu entscheiden;
 - FN als Auftragsverarbeiter darf nur auf Anweisung Daten verarbeiten;
 - FG als Verantwortlicher für seine eigenen Kundendaten
- FG als Auftragsverarbeiter
 - Verarbeitung von Daten (nur) im Auftrag des FN und (nur) nach dessen Vorgaben (z.B. Lohnverrechnung).
- FG und FN als „gemeinsam Verantwortliche“ (Art 26)
 - FG und FN legen gemeinsam Zwecke und Mittel zur Verarbeitung fest.
 - To do: Klare Vereinbarung über Verteilung und Erfüllung der Pflichten nach DSGVO (z.B. Informationspflichten).
 - Vereinbarung muss grundsätzlich den tatsächlichen Verantwortlichkeiten entsprechen.
 - „Wesentliche der Vereinbarung“ muss Betroffenen zur Verfügung gestellt werden.
 - Betroffene kann trotzdem weiterhin alle seine Rechte jedem gegenüber geltend machen.

25

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

ROLLENVERTEILUNG – „Auftragsverarbeiter“

- Auftragsverarbeiter muss vorweisen können:
 - **Hinreichende Garantien** (Fachwissen, Zuverlässigkeit und Ressourcen), dass geeignete **technische und organisatorische Maßnahmen (TOMs)** so durchgeführt werden,
 - dass Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der DSGVO erfolgt und **Schutz der Rechte des Betroffenen** gewährleistet wird.
- Auftragsverarbeiter darf nur auf **Weisung** des Verantwortlichen verarbeiten!
- **Subdienstleister**: Nicht ohne allgemeine oder spezielle schriftliche Genehmigung des Verantwortlichen.
- Subdienstleister muss (zumindest) dieselben Pflichten haben wie Auftragsverarbeiter („Spiegelvertrag“).

26

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

ROLLENVERTEILUNG – „Haftungsrisiko AV“

- Verstöße: Betroffener Anspruch auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden gegenüber Verantwortlichem.
- Auftragsverarbeiter haftet nur, wenn
 - speziell auferlegte Pflichten der DSGVO missachtet,
 - Anweisungen des Verantwortlichen ignoriert, oder
 - gegen die Anweisungen des Verantwortlichen handelt.

27

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

INTERNATIONALER DATENTRANSFER I

- Übermittlung innerhalb EU/EWR
 - Grundsätzlich gleichgültig
 - EWR: Island, Liechtenstein, Norwegen.
- Übermittlung in Drittstaat
 - Übermittlung erlaubt, wenn das Drittland bzw. der Empfänger ein „angemessenes Schutzniveau“ bietet.
 - Folgende Staaten haben dieses Niveau jedenfalls: Andorra, Argentinien, Faröer Inseln, Guernsey, Isle of Man, Israel, Jersey, Kanada, Neuseeland, Schweiz, Uruguay.

28

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

INTERNATIONALER DATENTRANSFER II

- Mittel für das „angemessene Schutzniveau“
 - EU Standardvertragsklauseln
 - 2 Varianten: Verantwortlicher – Auftragsverarbeiter & Verantwortlicher – Verantwortlicher
 - Vertragsvereinbarung (Achtung, keine Änderungen vornehmen!)
 - Sowohl bei externen als auch bei (unternehmens-)internen Datentransfers zu verwenden
 - Vorteil: Sehr schnell und unkompliziert
 - Nachteil: Mittel- und langfristig wenig Rechtssicherheit, könnte bald wegfallen
 - Privacy Shield Framework
 - Zertifizierung für U.S. Unternehmen zur Einhaltung des EU Datenschutzrechts (ehemals „Safe Harbour“)
 - Registrierte Unternehmen sind öffentlich abfragbar (www.privacyshield.gov/list)
 - Nachteil: Könnte schnell wieder fallen (Stichwort „Max Schrems“)
 - Binding Corporate Rules
 - Verbindliche interne Rechtsvorschriften eines Unternehmens
 - Rechtlich bindend für alle Mitglieder der Unternehmensgruppe und bieten durchsetzbare Rechte für betroffene Personen
 - Sowohl bei externen als auch (unternehmens-)internen Datentransfers zu verwenden
 - Nachteile: Gilt nur konzernintern, nicht für Auftragsverarbeiter (für Franchisesysteme auch anwendbar?); relativ aufwändig.

29

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

DATENSCHUTZKONFORM „last minute“ I

- Vorbereitung
 - Zuständigkeiten innerhalb des Unternehmens definieren
 - Budget- und Zeitplan erstellen
 - Awareness schaffen beim Schlüsselpersonal
 - Awareness schaffen bei den Franchisenehmern

30

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

DATENSCHUTZKONFORM „last minute“ II

➤ Umsetzung

- Verarbeitungstätigkeiten identifizieren (Ist-Zustand) – Welche Daten zu welchen Zwecken?
- Verarbeitungsverzeichnis erstellen (Verarbeitungstätigkeiten dokumentieren)
- Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung eruieren
- Strukturen und Abläufe schaffen (z.B. Betroffenenrechte, Begrenzung Speicherdauer etc.)
- Verantwortlichkeiten abstecken (Verantwortlicher vs. Auftragsverarbeiter)
- Prüfung sämtlicher Auftragsverarbeiterverträge / Dienstleisterverträge
- Datenschutz-Policy erstellen/aktualisieren (Website etc.)
- Notfallplan erstellen für den Fall des „data breach“
- Mitarbeiter schulen

31

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

Nützliche Links, Websites etc.

- www.privacyofficers.at => Checkliste Umsetzung DSGVO
- www.dsb.gv.at => Datenschutzbehörde AUT
- www.dsb.gv.at/artikel-29-Gruppe
- www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/EU-Datenschutz-Grundverordnung.html
- drschwenke.de/blog => Praxisorientierte Beiträge für GER
- www.bfdi.bund.de => Bundesbeauftragte für Datenschutz GER
- www.gdd.de => Gesellschaft für Datenschutz und -sicherheit GER

32

www.thum-law.at
THUM
LAW FIRM
 RECHTSANWALTSKANZLEI

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

33

www.thum-law.at

THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI

Dr. Hubertus Thum, LL.M.

Rechtsanwalt

- Autor des Buches „Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers“, Verlag Österreich, ISBN 978-3-7046-6260-6
- Mitglied des Österreichischen Franchiseverbandes

Thum Law

Neustiftgasse 3/5, 1070 Wien

tel: 01 361 2222

e-mail: h.thum@thum-law.at

web: www.thum-law.at

fb: www.facebook.com/ThumRechtsanwaltskanzlei



34

www.thum-law.at

THUM
LAW FIRM
RECHTSANWALTSKANZLEI