Berliner Beauftragte
für Datenschutz
und Informationsfreiheit

Maja Smoltczyk

Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit
Friedrichstr. 219, 10969 Berlin

Herrn
Dr. Dirk Bornemann
Head of Corporate, External and Legal Affairs
Microsoft Deutschland GmbH
Walter-Gropius-Straße 5
80807 München

Vorab per Fax: 089/3176-1000

Geschäftszeichen: (bitte angeben)	682.52.3
Abteilung:	I B
Bearbeiter(in):	Herr Bergt
Telefon:	030 13889-0
Durchwahl-Nr.:	314
Datum:	27. Mai 2020

Microsoft-Produkte in Veröffentlichungen zum Einsatz von Videokonferenzsystemen
Ihr Schreiben vom 5. Mai 2020

Sehr geehrter Herr Dr. Bornemann,

wie in unserem Schreiben vom 22. Mai 2020 angekündigt, möchte ich Ihnen gerne begründen, warum wir unsere Empfehlungen zum Einsatz von Videokonferenzsystemen durch Berliner Verantwortliche mit nur einigen Konkretisierungen im Wesentlichen unverändert wieder online gestellt haben.

Ihre Ausführungen zu strafrechtlichen Aspekten können wir nicht nachvollziehen. Keine der Veröffentlichungen verhält sich hierzu. Ebenso wenig behauptet oder impliziert eine der Veröffentlichungen, Microsoft erstelle Nutzungsprofile und missbrauche diese dann zu den von Ihnen genannten – insbesondere werblichen – Zwecken.

Zwar ergibt sich aus der ursprünglichen Checkliste deutlich, dass es sich nur um Empfehlungen handelt und dass für eine rechtmäßige Durchführung von Videokonferenzen mitnichten alle Punkte der Checkliste erfüllt sein müssen. Wir haben Ihr Schreiben allerdings zum Anlass genommen klarzustellen, welche der Punkte Fragen der Rechtmäßigkeit ansprechen und dass verschiedene Produkte des Microsoft-Konzerns auch wesentliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nicht erfüllen.

Für Skype und Microsoft Teams in der kostenlosen Version gelten nur der Microsoft-Servicevertrag und die Datenschutzerklärung, nicht aber die „Online Service Terms“ („OST“) und der „Anhang zu den Datenschutzbestimmungen für Microsoft-Onlinedienste (Deutsch, Januar 2020)“ („DPA“). Hier fehlt es somit bereits an einem Auftragsverarbeitungsvertrag oder einer Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit.

Warum auch eine Nutzung von Produkten, die den OST und dem DPA unterliegen, zur Verarbeitung personenbezogener Daten durch Verantwortliche datenschutzrechtlich unzulässig ist, soll im Folgenden beispielhaft aufgezeigt werden. Dies betrifft unter anderem auch professionelle Lizenzmodelle für Microsoft Teams als Bestandteil von Microsoft 365 und Skype for Business Online.

Ergänzend zu den folgend angesprochenen Aspekten sei auch auf den umfassenden Austausch zwischen Microsoft und den Datenschutz-Aufsichtsbehörden im Zusammenhang mit Microsoft 365 (Office 365) verwiesen.

1. **Verarbeitung von Auftragsdaten durch Microsoft auch zu eigenen Zwecken, fehlende Rechtsgrundlage für Offenlegung durch Verantwortliche, Verstoß gegen Art. 26 DS-GVO**

   Wie Sie selbst in Ihrem Schreiben vom 5. Mai 2020 zugestehen, verarbeitet Microsoft die eigentlich im Auftrag der Kundinnen und Kunden verarbeiteten personenbezogenen Daten („Auftragsdaten“) auch zu eigenen Zwecken. Eine Rechtsgrundlage für die damit verbundene Offenlegung personenbezogener Daten durch die Verantwortlichen an Microsoft ist nicht ersichtlich. Eine theoretisch in ganz besonderen Konstellationen ausnahmsweise denkbare Einwilligung scheitert in der Praxis an einer Vielzahl von Problemen, angefangen bei der reinen Erreichbarkeit der Personen, über die in einer Videokonferenz gesprochen wird und deren Daten damit verarbeitet werden, über die Freiwilligkeit der Einwilligung, den Nachweis der Freiwilligkeit und die Bestimmtheit der Einwilligung bis hin zur für die Wirksamkeit der Einwilligung erforderlichen genauen Information der Betroffenen über die Datenverarbeitung.

   Auch für Microsoft kommt mindestens für einen Teil der verarbeiteten Daten – ganz deutlich für besondere Kategorien personenbezogener Daten i. S. v. Art. 9 DS-GVO – ausschließlich eine Einwilligung als Rechtsgrundlage in Betracht, die jedoch aus den vorstehenden Gründen praktisch ausscheidet. An der somit rechtswidrigen Verarbeitung durch Microsoft wären die unserer Aufsicht unterliegenden Auftraggeber/-innen jedenfalls als Teilnehmer/-innen sanktionierbar beteiligt.

   Aus der Verarbeitung der Auftragsdaten auch zu eigenen Zwecken von Microsoft folgt die Problematik einer gemeinsamen Verantwortlichkeit nach Art. 26 DS-GVO. Eine solche liegt nach der Rechtsprechung des EuGH nahe, ist jedenfalls anhand der nur rudimentären Angaben im DPA nicht auszuschließen. Dies ist mindestens im Hinblick auf die Rechenschaftspflicht der unserer Aufsicht unterliegenden Verantwortlichen nach Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO ein Problem. Im Fall des tatsächlichen Vorliegens kommt hinzu, dass keine Vereinbarung nach Art. 26 DS-GVO besteht, sodass in diesem Fall auch die Auftraggeberin oder der Auftraggeber als gemeinsam Verantwortliche/-r durch die Nutzung von Diensten unter Geltung von OST und DPA einen Rechtsverstoß begeht.

2. **Unklarer Auftragsverarbeitungsvertrag verhindert Erfüllung der Rechenschaftspflicht durch Verantwortliche**

   Das DPA ist ein komplexes Regelwerk, das an vielen Stellen Regelungen enthält, die den gesetzlichen Mindestanforderungen widersprechen. Es gibt allerdings im Abschnitt „Datenschutzbestimmungen – Verarbeitung personenbezogener Daten; DSGVO“ einen in seiner Bedeutung unklaren Verweis auf Anlage 3 zum DPA, in der wiederum wesentliche Inhalte aus den Art. 28, 32 und 33 DS-GVO wiedergegeben werden, ohne dass klar würde, ob diese Regeln nun für Microsoft verpflichtend dem eigentlichen – klar rechtswidrigen – Text des DPA vorgehen sollen oder nicht.

   Ein derart unklarer Auftragsverarbeitungsvertrag macht es Verantwortlichen unmöglich, ihrer Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO nachzukommen.

3. Auftragsverarbeitungsvertrag erfüllt in keiner Auslegung die gesetzlichen Mindestanforderungen

Aber selbst ohne Berücksichtigung der Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten des DPA ist festzustellen, dass der Auftragsverarbeitungsvertrag nicht den Mindestanforderungen des Art. 28 DS-GVO entspricht.

Denn auch Anlage 3 zum DPA übernimmt den relevanten Wortlaut des Art. 28 DS-GVO nicht vollständig. Jedenfalls Ziff. 2 lit. g der Anlage 3 bleibt hinter den gesetzlichen Mindestanforderungen des Art. 28 Abs. 3 lit. g DS-GVO zurück, indem eine Löschung oder Rückgabe der Auftragsdaten nach Auftragsende nur auf Wunsch der Verantwortlichen vorgesehen ist und nicht in jedem Fall.

4. Rechtswidriger Datenexport wegen unzulässig abgeänderter Standardvertragsklauseln

Darüber hinaus ist festzustellen, dass Microsoft im DPA im Abschnitt „Datenschutzbestimmungen – Datensicherheit – Prüfung der Einhaltung“ die Standardvertragsklauseln negativ abgeändert hat, auch wenn die Regelungen als „Zusatz“ bezeichnet werden und behauptet wird, die Standardvertragsklauseln würden hierdurch nicht abgeändert.

Zwar besteht in der Einleitung des DPA eine allgemeine Aussage, dass die Standardvertragsklauseln dem DPA vorgehen. Allerdings führt jede Einschränkung der Rechte und Pflichten aus den Standardvertragsklauseln, unabhängig von ihrer Formulierung und auch wenn sie an anderer Stelle für nachrangig und damit nicht anwendbar erklärt wird, zu einer unzulässigen Abwandlung der Standardvertragsklauseln. Denn damit wird bezweckt und im Ergebnis regelmäßig auch erreicht, dass die Standardvertragsklauseln nicht vollständig angewendet werden können. Dementsprechend betont auch Erwägungsgrund 109 DS-GVO, dass sonstige Vertragsklauseln weder mittelbar noch unmittelbar im Widerspruch zu den Standard-Datenschutzklauseln stehen dürfen.

Somit ist festzuhalten, dass die Standardvertragsklauseln nicht zur Rechtfertigung von Datenexporten herangezogen werden können. Da sich Microsoft eine Verarbeitung der Auftragsdaten an jedem Ort vorbehält, an dem Microsoft oder seine Unterauftragsverarbeiter/-innen tätig sind (DPA, Abschnitt „Datenschutzbestimmungen – Datenübermittlungen und Speicherstelle – Datenübermittlungen“), kann auch die Selbstzertifizierung nach dem Privacy Shield nicht als Rechtfertigung für Datenexporte greifen.

Mithin ist in jedem Fall keine rechtskonforme Nutzung der in Rede stehenden Dienste durch unserer Aufsicht unterliegende Verantwortliche möglich, weil mehrere Rechtmäßigkeitsanforderungen nicht erfüllt werden.

Die umfassende Kritik der Datenschutz-Aufsichtsbehörden – auch unseres Hauses – am DPA kennen Sie aus dem intensiven und teilweise auch mit Ihnen persönlich geführten Austausch über Office 365 (nunmehr Microsoft 365). Wir würden uns sehr freuen, wenn Sie diese Kritik aufnehmen und die genannten Produkte künftig datenschutzrechtlich zulässig einsetzbar gestalten würden.

Mit freundlichen Grüßen

M. Smoltczyk