

Conrad Sebastian Conrad

# Die „Verarbeitung“ im Sinne der DSGVO – und die Realität

Die Begriffsbestimmung der „Verarbeitung“, insbesondere die Abgrenzung einzelner Vorgänge im Kontext (moderner) Arbeitsabläufe und alltäglicher Umstände bereiten in der datenschutzrechtlichen Praxis große Schwierigkeiten. Aktuelle Fälle verdeutlichen diese Unsicherheiten und zeigen Regelungslücken auf.

## 1 Verarbeitung i. S. d. DSGVO

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ist nunmehr seit über drei Jahren wirksam und seit fünf Jahren in Kraft. Einerseits wurden viele Vorgaben aus der Verordnung mittlerweile durch die Rechtsprechung bestätigt bzw. ausgestaltet, andererseits ist aber in der Praxis vieles immer noch unklar und bereitet den Verantwortlichen große Schwierigkeiten.<sup>1</sup>

Bei der datenschutzrechtlichen Bewertung von Vorgängen, die personenbezogene Daten zum Gegenstand haben, liegt der Fokus zumeist auf der Prüfung der Rechtsgrundlage sowie der Wahrung der Grundsätze der DSGVO. In bestimmten Fällen wird darüber diskutiert, ob ein konkretes personenbezogenes bzw. personenbeziehbares Datum (z.B. bei IP-Adressen im Internet)<sup>2</sup> vorliegt und grundlegend in die Anwendung der Verordnung fällt, beispielsweise bei Geschehen, die der sog. Haushaltsausnahme<sup>3</sup> unterliegen könnten. Eine der datenschutzrechtlichen Voraussetzungen wird in der Prüfung regelmäßig schnell, fast schon reflexartig angenommen, nämlich die Klärung der Frage, ob der konkrete Prozess eine Verarbeitung im Sinne der DSGVO darstellt. Diesbezüglich herrscht offenbar in der Rechtswissenschaft ein weites Verständnis dieser Tatbestandsvoraussetzung.

Dabei gilt es zu beachten: Erfolgt gar keine Verarbeitung im Sinne der DSGVO, findet selbige auch keine Anwendung.<sup>4</sup> Der Anforderungskatalog des hiesigen Datenschutzrechts müsste dann gar nicht berücksichtigt werden.

<sup>1</sup> So beispielsweise auch zur Definition des Begriffs der „Verantwortlichkeit“, Conrad, DuD 2019, S. 563 (563 ff).

<sup>2</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 19.10.2016, Az.: C-582/14 – Breyer; Brauneck, EuZW 2019, S. 680 (680 ff).

<sup>3</sup> Mehr hierzu: Gola, in: Gola, 2. Auflage 2018, Art. 2 DS-GVO Rn. 19.

<sup>4</sup> Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage 2019, Art. 4 DSGVO Rn. 58.

## 2 Zum Begriff der „Verarbeitung“

Die rege Annahme einer solchen Datenverarbeitung resultiert möglicherweise aus dem großen Interpretationsspielraum des Begriffs der „Verarbeitung“ nach Maßgabe der DSGVO. Anzumerken ist hierbei, dass dieser an die vorherige Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) anknüpft und sprachlich von der damaligen Definition nur minimal abweicht.

### 2.1 Definition

Zunächst lässt sich positiv festhalten, dass die Verordnung eine Legaldefinition vorgibt. Die Definition des Begriffs der „Verarbeitung“ findet sich in Art. 4 Ziffer 2 DSGVO und lautet:

„Verarbeitung“ [meint] jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“.

In den einzelnen Sprachfassungen der europäischen Mitgliedsstaaten ist der Wortlaut der Definition teilweise etwas präziser. Danach beschreibt der Begriff der „Verarbeitung“ in der englischen Fassung: „any operation or set of operations which is performed on personal data or on sets of personal data, whether or not by automated means [...]“ bzw. „toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel [...]“ in der französischen Fassung. Auch die italienische Formulierung ist hier nahezu identisch.

Der in Rede stehende Vorgang muss sich demnach unmittelbar auf personenbezogene Daten im Sinne der DSGVO beziehen und diese nicht nur mittelbar berühren, was jedoch stärker aus den anderen Sprachfassungen, als der der deutschen Version hervorgeht. Es lässt sich allenfalls diskutieren, ob die deutsche Definition durch die darin gewählte Formulierung („in einem Zusammenhang“) weitergefasst ist oder dies lediglich der deutschen Sprache geschuldet ist.



**Conrad Sebastian Conrad**

Senior Berater Datenschutz –  
datenschutz nord GmbH, Niederlassung Hamburg.

E-Mail: cconrad@datenschutz-nord.de

## 2.2 Voraussetzungen

Damit berührt die Verordnung nahezu alle Vorgänge (englisch: „operation“) vom ersten zeitlichen Moment der „Erhebung“ einer Information bis hin zur „Vernichtung“ derselben. Es wird auf der Tatbestandsebene auch nicht wertend differenziert, welcher der einzelnen Prozesse für die Rechtslage entscheidend ist und wie viele nun konkret vorliegen.

Letzterdenklicher Schritt in diesem Katalog ist in jedem Fall „absolut“ und unterstreicht die Intention des Ordnungsgebers, dass ein personenbezogenes Datum vor jedweder Form der Zerstörung/Unkenntlichmachung geschützt werden soll und spätestens bei einer solchen Handlung die Anforderungen aus der DSGVO für diese Tätigkeit eingreifen. Deshalb soll dieser Schritt der „Löschung“ oder „Vernichtung“ als physische Zerstörung im Vorgang gleichgestellt sein und im Ergebnis unterschiedliche physische Zustände zusammenfassen bzw. abschließend regeln.<sup>5</sup>

Zwischen den Zeitpunkten der „Erhebung“ und der „Löschung“ können zahlreiche Vorgänge erfolgen, wie beispielsweise das „Ordnen“, „Speichern“, „Verändern“, „Verwenden“ oder „Einschränken“, die in der Definition mit den aufgeführten Regelbeispielen möglichst treffend benannt werden sollen. Die Auflistung ist jedoch nicht abschließend („wie das Erheben“, das Erfassen [...]“ bzw. „such as collection, recording [...]“) und in vielen Fällen ist die Verarbeitung unabhängig von dem Medium und der verwendeten Technik.

Den Anwendungsbereich eröffnet in der Systematik das „Erheben“ (englisch: „collection“) von Daten, womit das gezielte Beschaffen gemeint ist.<sup>6</sup> Ferner muss die erhebende Stelle aktiv, zielgerichtet handeln und Kenntnis von den betreffenden Daten erhalten oder die Verfügungsmacht über die Daten begründen,<sup>7</sup> was gleichzeitig an weitere Schritte, wie die Nutzung oder Speicherung der Daten anknüpft. Immerhin sieht die Verarbeitung ein Element der vorübergehenden „Bewahrung“ der Informationen vor. Als Auffangtatbestand gilt das „Verwenden“, womit jeder Gebrauch des Informationsgehalts personenbezogener Daten für bestimmte Zwecke umfasst wird.<sup>8</sup>

Es zeigt sich der Aufbau der DSGVO, der von dem früheren nationalen Recht abweicht: Da der Wortlaut in nahezu allen Normen der DSGVO nur von der „Verarbeitung“ spricht, ist der konkrete Prozess unerheblich und soll im Übrigen auch nicht auf der Ebene der Norm diskutiert werden.

Ferner weist die Definition noch ein weiteres Merkmal auf, das sich lediglich mittelbar aus dem Wortlaut ergibt. Gefordert wird demnach, dass dieser Vorgang auf eine menschliche Handlung zurückgeht, was sich aus der Formulierung der englischen Sprachfassung der DSGVO ergibt, die von „ausführen“ spricht.<sup>9</sup> Es könnte daher einerseits ein menschliches Handeln Gegenstand der Verarbeitung sein (z. B. beim „Verwenden“) oder aber eine automatisierte Verarbeitung vorliegen, die durch ein menschliches Handeln initiiert worden war.<sup>10</sup> Umstritten ist, ob diese menschliche Aktivität auch willensgetragen sein muss oder be-

reits ein bloßes „Dulden“ für einen zurechenbaren Verarbeitungsvorgang genügen kann.<sup>11</sup>

So setzt der Begriff im engeren Sinne auch ein aktives, zweckgerichtetes Handeln („processing“) voraus, was sich aus den genannten Regelbeispielen ableiten lässt, wie beispielsweise „Erheben“, „Erfassen“, „Verwenden“, „Abfragen“ usw. – dabei handelt es sich bereits sprachlich in der Regel um ein aktives Agieren, was gegen die Ausweitung des Anwendungsbereichs spricht. Zumindest aus der Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm wird deutlich, dass der Ordnungsgeber nur aktive Prozesse erfassen möchte, nicht jedoch passive oder geduldende Handlungen.

## 2.3 Subjektive oder objektive Kriterien?

All jene Betrachtung ist geprägt von der Intention des Ordnungsgebers, die menschliche Handlung bzw. Kontrolle in den Vordergrund der datenschutzrechtlichen Anforderungen zu stellen,<sup>12</sup> was allerdings gewisse Rechtsunsicherheiten birgt, weil der Nachweis eines konkreten subjektiven „Willens“ nicht immer zu erbringen sein dürfte.

Für die Feststellung, ob eine Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO vorliegt, überzeugt daher die Ansicht der Rechtswissenschaft, wonach objektive Kriterien maßgeblich seien und ein subjektiver „Verarbeitungswille“ der verarbeitenden Stelle für diese Einordnung unbeachtlich sein solle.<sup>13</sup> Dieser Gedanke lässt sich auch an anderer Stelle der DSGVO, wie beispielsweise bei der Bestimmung einer Auftragsverarbeitung erkennen,<sup>14</sup> weshalb objektive Maßstäbe für die Beurteilung der Sachlage heranzuziehen sind und mehr Rechtsicherheit etablieren. Mit diesem Gradmesser dürften vermutlich der Missbrauch oder subjektive Differenzen verringert und ein einheitliches Schutzniveau (auch vor dem Hintergrund von Art. 32 DSGVO<sup>15</sup>) erzielt werden.

## 2.4 Technikneutralität

Anhand der gewählten offenen Formulierung in der Definition wird deutlich, dass sicherlich noch zahlreiche weitere Zwischenschritte und technische Prozesse unter den Begriff der Verarbeitung fallen dürften, die jedoch nicht ausdrücklich im Verordnungstext erwähnt wurden. Das ist logisch und vorausschauend, da die technische Entwicklung mit immer spezielleren, mechanischen und softwarebasierten Vorgängen ohnehin kaum noch verständlich und zutreffend in einem Gesetz abzubilden ist.

Anders als z. B. in früheren Gesetzen zum Datenschutz (Vgl. § 28 BDSG alte Fassung: „Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig, [...]“) findet auf der Ebene der einzelnen Normen keine Differenzierung mehr zwischen den jeweiligen Vorgängen statt. Die einzige Ausnahme hiervon findet sich in den Informationspflichten nach

11 OVG Hamburg, ZD 2021, 278, 282 – mit Anmerkung von Freund; Klabunde, in: Ehmman/Selmayr, 2. Auflage 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 25.

12 Dies zeigt sich beispielsweise sehr gut an Art. 22 DSGVO bzw. Erwägungsgrund 71.

13 Vgl. Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage 2019, Art. 4 DSGVO Rn. 67.

14 Vgl. BayVGh, ZD 2018, 43, Rn. 14; vgl. auch Lezzi/Oberlin, ZD 2018, S. 398 (401).

15 Siehe hierzu auch den Erwägungsgrund 76 der DSGVO, der auf eine objektive Bewertung abstellt („Das Risiko sollte anhand einer objektiven Bewertung beurteilt werden“).

5 Vgl. Ernst, in: Paal/Pauly, 3. Auflage 2021, Art. 4 DSGVO Rn. 34.

6 Ernst, in: Paal/Pauly, 3. Auflage 2021, Art. 4 DSGVO Rn. 23.

7 RobNagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, 1. Auflage 2019, Art. 4 Nr. 2 DSGVO Rn. 15.

8 Herbst, in: Kühling/Buchner, 3. Auflage 2020, Art. 4 DSGVO Rn. 28.

9 Herbst, in: Kühling/Buchner, 3. Auflage 2020, Art. 4 DSGVO Rn. 14; Reimer, in: Sydow, 2. Auflage, Art. 4 DS-GVO Rn. 50.

10 Herbst, in: Kühling/Buchner, 3. Auflage 2020, Art. 4 DSGVO Rn. 14.

Artt. 13, 14 DSGVO, die noch besonders auf die „Erhebung“ der personenbezogenen Daten abstellen.

Daher weist die Definition vielfältige Handlungen auf, die technikübergreifend sind und auch „Papierakten“ betreffen können. Dies zeigt sich auch dadurch, dass nicht zwischen „mit“ oder „ohne Hilfe automatisierter Verfahren“ auf Tatbestandsebene differenziert wird.<sup>16</sup> Schließlich wird ebenso die „Verwendung“ als Unterfall der Verarbeitung genannt, womit auch die Nutzung der personenbezogenen Daten berührt ist, die bereits sprachlich keine benannte Technik oder ein bestimmtes Medium vorschreibt. Vielmehr soll die DSGVO derart technikneutral sein, um nicht durch eine vernarrte Begrifflichkeit an Regelungsgehalt einzubüßen. Dies wird dadurch unterstrichen, dass die DSGVO ausweislich des Erwägungsgrundes 15 „technikneutral“ sein und auch keine zeitliche Komponente der konkreten Verarbeitung aufweisen soll, was an den gewählten Begriffen wie „Speicherung“, „Nutzung“ zu erkennen ist, die in ihrer Anwendungsdauer relativ (endlos) sind. Weder die Dauer des Umgangs mit den Daten noch die Intensität spielen eine Rolle.<sup>17</sup>

Ferner werden auch bestimmte „Dateisysteme“ in den Regelungsgehalt einbezogen. So lautet es in Erwägungsgrund 15 S. 2 und S. 3:

*„Der Schutz natürlicher Personen sollte für die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten ebenso gelten wie für die manuelle Verarbeitung von personenbezogenen Daten, wenn die personenbezogenen Daten in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Akten oder Aktenansammlungen sowie ihre Deckblätter, die nicht nach bestimmten Kriterien geordnet sind, sollten nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen.“*

Insgesamt soll der Begriff der Verarbeitung von einem weiten Verständnis getragen sein, denn dieser *„beschreibt Tätigkeiten, die bezogen auf personenbezogene Daten in der digitalen Welt in allen Gesellschafts-, Wirtschafts- und Verwaltungsbereichen stattfinden.“*<sup>18</sup> – folglich die Realität des Lebens abbilden.

### 3 Grenzfälle

Besonders die Brücke zu einzelnen „Papierdokumenten“ wirft in der Praxis weitreichende Probleme auf, da sich hier keine eindeutige Grenze ziehen lässt. Ab einer gewissen Systematik und Struktur der Sammlung/der Ablage ist von einem Dateisystem auszugehen.<sup>19</sup> Gleichwohl obliegt dies in der Realität gewiss der persönlichen Logik und Arbeitsweise.

Der EuGH hatte diese Voraussetzung im Jahr 2018 recht weit ausgelegt, auch wenn sich das wegweisende Urteil (EuGH, Urteil vom 10.7.2018 – C-25/17) noch auf die Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) bezog:

*„Gemäß den Erwägungsgründen 15 und 27 der RL 95/46 muss der Inhalt einer Datei so strukturiert sein, dass er einen leichten Zugriff auf die personenbezogenen Daten ermöglicht. In*

*Art. 2 lit. c dieser RL ist zwar nicht näher geregelt, nach welchen Kriterien die Datei strukturiert sein muss, aber den genannten Erwägungsgründen zufolge müssen die Kriterien „personenbezogen“ sein. Demnach ist mit dem Erfordernis, dass die Sammlung personenbezogener Daten „nach bestimmten Kriterien strukturiert“ sein muss, nur gemeint, dass die Daten über eine bestimmte Person leicht wiederauffindbar sind.“*

Denkbar wäre also, dass sich handschriftliche Gesprächsnotizen von Kundenterminen oder Anrufen im Kundensupport bereits dann nach einer derartigen Systematik einstufen lassen, wenn sie chronologisch oder alphabetisch sortiert und aufbewahrt werden.

Sogar die unstrukturierte Erhebung als Vorstufe soll ausreichend sein, wenn zunächst Aufzeichnungen oder Notizen handschriftlich mit dem Zweck angefertigt werden, sie später in ein solches Dateisystem aufzunehmen.<sup>20</sup> Dies würde den Anwendungsbereich der DSGVO sogar erweitern und hinsichtlich der möglichen Stufen der Datenverarbeitung vorziehen.

### 3.1 Negativabgrenzung

Zur weiteren Betrachtung der Begrifflichkeit der Verarbeitung bietet sich gegebenenfalls auch eine Negativabgrenzung an.

Abgesehen von der Einstufung als „Dateisystem“ soll sich die Verarbeitung regelmäßig durch eine „Zustandsänderung“ der Daten beweisen lassen,<sup>21</sup> was vielmehr auf eine physische Komponente im Vorgang abstellt. Bisweilen wird auch die Zugriffsmöglichkeit gefordert.

In der Realität ist diese Abgrenzung bisweilen schwer möglich, so dass Wertungswidersprüche zutage treten können.

### 3.2 Bloße Lagerung vs. aktive Lagerung

In einem aktuellen Verfahren vor dem Hamburgischen Obergericht (OVG Hamburg) unterlag der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (HmbBfDI) dem Adressaten seines Bescheids.<sup>22</sup>

In diesem Verfahren wurde primär die Lagerung von alten Patientenakten beanstandet, die ein vorheriger (und längst insolventer) Verantwortlicher in einem Gebäude (einem ehemaligen Krankenhaus) dem neuen Eigentümer des Grundstücks hinterließ. Während – vereinfacht gesagt – die Hamburger Aufsichtsbehörde für Datenschutz dem neuen Eigentümer durch die ihm zugerechnete Lagerung dieser sensiblen Papierdokumente eine Verarbeitung im Sinne der DSGVO unterstellte und daher weitere datenschutzrechtliche Maßnahmen von diesem forderte, sprachen die Richter den Adressaten dieser Anordnung im einstweiligen Rechtsschutz frei.

Sowohl das VG Hamburg als auch das OVG Hamburg stellten fest, dass es im konkreten Fall aufseiten des neuen Eigentümers an der Verarbeitung im Sinne der DSGVO fehle, da kein willensgetragenes, menschliches Handeln, wie auch keine Veränderung des Zustands der Daten vorliege.

<sup>16</sup> Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, 1. Auflage 2019, Art. 4 DSGVO Nr. 2 Rn. 13.

<sup>17</sup> Vgl. Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, 1. Auflage 2019, Art. 4 Nr. 2 DSGVO Rn. 11.

<sup>18</sup> Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, 1. Auflage 2019, Art. 4 Nr. 2 DSGVO Rn. 1.

<sup>19</sup> Herbst, in: Kühling/Buchner, 3. Auflage 2020, Art. 4 DSGVO Rn. 19; Vgl. auch BVwG Wien, Urt. v. 22.12.2020, Az.: W258 225293-1/6E

<sup>20</sup> Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage 2019, Art. 4 DSGVO Rn. 156.

<sup>21</sup> Vgl. Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage 2019, Art. 4 DSGVO Rn. 62.

<sup>22</sup> Weiteres hierzu unter <https://datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen/2020/08/2020-08-21-patientenakten> (letzter Abruf: 10.5.2021).

Das Gericht (OVG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2020, Az.: 5 Bs 152/20<sup>23</sup>) erklärte hierzu:

„Es hat lediglich festgestellt, dass in der bloßen Lagerung der Patientenakten (als Zustand) in den Räumen des ehemaligen Krankenhauses keine Datenverarbeitung (durch die Antragstellerin) liege, weil eine Datenverarbeitung im Sinne der Datenschutzgrundverordnung eine Handlung bzw. die Veränderung eines Zustands voraussetze, die hier nicht vorliege.“

Da bereits nach Auffassung des Gerichts die „willensgetragene“, menschliche Aktivität fehlte, ließen die Richter die Frage offen, ob darüber hinaus auch ein Verarbeitungswille erforderlich sei.<sup>24</sup> Dem neuen Eigentümer trafen daher im Ergebnis keinerlei Pflichten aus der DSGVO. Es liegt in diesem Sonderfall eine Regelungslücke der „aufgedrängten“ Daten vor, die letztlich auch den Schutzzumfang der DSGVO untergräbt.<sup>25</sup>

Diese Konstellation wirft in der praxisgerechten Anwendung des Datenschutzrechts naheliegende Fragen auf: Was würde bei der Prüfung von Auskunftsanfragen oder dem Löschbegehren der hiervon betroffenen Patienten passieren? Und wie können die Aufbewahrungsfristen gewahrt bzw. die Löschung nach Ablauf

23 Abrufbar unter <https://justiz.hamburg.de/contentblob/14563474/4412454194f6066413132c9c7eb82f43/data/5bs152-20.pdf> (letzter Abruf: 10.5.2021).

24 Hierzu ausführlich: OVG Hamburg, ZD 2021, 278, 283 – mit Anmerkung von Freund.

25 OVG Hamburg, ZD 2021, 278, 282 – mit Anmerkung von Freund.

dieser umgesetzt werden? Wer hat die Vorgaben der DSGVO umzusetzen?

Bedeutet dies aber in der Konsequenz, dass die bloße Lagerung der Papierakten in der Hoheitssphäre des neuen Eigentümers für diesen nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, aber gleichwohl jedwede, ggfs. zwingende Anschlussbehandlung, wie z. B. der Transport in einen anderen Raum diesen wieder begründen würde? Spätestens die neue Sortierung oder aber insbesondere die Vernichtung der Papierunterlagen begründen wieder einen, zumindest dann eindeutig willensgetragenen, aktiven Handlungsvorgang aus den Regelbeispielen der DSGVO. Sofern die Daten jedoch lediglich, unberührt im Keller des Gebäudes lagern, gilt es keine weiteren Vorgaben der DSGVO für diesen Moment zu beachten, wenn der Verantwortliche nicht mehr greifbar ist. Dies erscheint nicht sachgerecht und fördert ein Untätigbleiben des „Datenbesitzers“.<sup>26</sup>

Hieran anknüpfend ergeben sich in der datenschutzrechtlichen Praxis weitreichende Fragestellungen, die im weitesten Sinne sodann auch eine (passive) Lagerung von Unterlagen und Speichermedien betreffen. In diesem Kontext werden das „Housing“ von Daten, die Nutzung einer „Cloud“-Speicherung<sup>27</sup> oder ganz

26 Vgl. hierzu: Hoeren, MMR 2019, S. 5 (5 ff).

27 Als „Cloud“ (Datenwolke) wird eine Bereitstellung eines Speichermediums, der in der Regel durch das Internet bzw. Netzwerk ortsunabhängig erreichbar ist, bezeichnet.

# Testmanagement



O. Droste, C. Merz  
**Testmanagement in der Praxis**  
 2019, XX, 230 S. 27 Abb., 17 Abb. in Farbe. Geb.  
 € (D) 44,99 | € (A) 46,25 | \*CHF 50.00  
 ISBN 978-3-662-49652-7  
 € 34,99 | \*CHF 40.00  
 ISBN 978-3-662-49653-4 (eBook)



F. Witte  
**Testmanagement und Softwaretest**  
 Theoretische Grundlagen und praktische Umsetzung  
 2., erw. Aufl. 2019, XV, 300 S. 39 Abb.  
 in Farbe. Book + eBook. Brosch.  
 € (D) 38,00 | € (A) 39,77 | \*CHF 42.00  
 ISBN 978-3-658-25086-7  
 € 29,99 | \*CHF 33.50  
 ISBN 978-3-658-25087-4 (eBook)

## Ihre Vorteile in unserem Online Shop:

Über 280.000 Titel aus allen Fachgebieten | eBooks sind auf allen Endgeräten nutzbar |  
 Kostenloser Versand für Printbücher weltweit

€ (D): gebundener Ladenpreis in Deutschland, € (A): in Österreich. \*: unverbindliche Preisempfehlung. Alle Preise inkl. MwSt.

Jetzt bestellen auf [springer.com/informatik](https://springer.com/informatik) oder in der Buchhandlung

Part of **SPRINGER NATURE**

allgemein die Bereitstellung von einem Lagerraum, insbesondere in der Konstellation einer Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO (AV-Vertrag) diskutiert. Für eine exakte datenschutzrechtliche Bewertung und in der Folge auch die Erforderlichkeit eines solchen AV-Vertrages dürfte ein maßgebliches Kriterium die zielgerichtete und faktische Zugriffsmöglichkeit auf die konkreten personenbezogenen Daten sein.

Fehlt es an solchen Zugriffsmöglichkeiten auf diese personenbezogenen Daten (z. B. durch einen verschlossenen Serverschrank oder durch eine Verschlüsselung der Daten nach dem Stand der Technik), liegt nach überwiegend herrschender Ansicht<sup>28</sup> keine Verarbeitung im Sinne von Art. 4 Ziffer 2 DSGVO vor – und wäre folglich auch keine Auftragsverarbeitung durch den Vermieter des „Platzes“ anzunehmen. Denn beim „Housing“ stellt der Kunde seine eigene Hardware auf und administriert diese selber.<sup>29</sup> Und wenn – vereinfacht gesagt – ein Unternehmen lediglich einen Stellplatz oder Schrank vermietet, in welchem der Kunde (Mieter) alte, unverschlüsselte Festplatten lagert, wäre es womöglich unbillig, eine zweckgerichtete, bewusste (bzw. willensgetragene), aktive Verarbeitung der sich im Raum befindlichen personenbezogenen Daten durch den Vermieter anzunehmen. Zum einen fehlt es an dem Handeln des Vermieters, der teilweise gar keinen Zugriff und vielmehr nicht einmal Kenntnis der Inhalte haben dürfte und analog zum zuvor geschilderten Fall der bloßen Lagerung der Patientenakten<sup>30</sup> auch keine willensgetragene, aktive und menschliche Handlung vornimmt. Zum anderen fehlt es dann aber auch an der „Zustandsänderung“ der Information, da sich der Zustand der Daten nicht durch die bloße Lagerung in einem solchen Abstellraum verändert – und erst recht nicht durch den Vermieter verändert wird. Beide Schlussfolgerungen führen zum Ergebnis, dass der Vermieter/Eigentümer des Raums keine Verarbeitung vornimmt – und ihn nicht die Pflichten der DSGVO treffen.

Dem steht jedoch der in der Wirtschaft zunehmende Einsatz eines „Cloud“-Speicherdienstes gegenüber, womit in der Regel eine vom Anbieter aktive und zweckgerichtete Bereitstellung eines (virtuellen bzw. weltweit erreichbaren) Speichermediums gemeint ist, d. h. der Dienstleister verarbeitet die darauf abgelegten Informationen wissentlich und willentlich in Kenntnis dieses Angebots, kann diese Daten insbesondere auch durch Backups sowie Verlagerungen (zur besseren Erreichbarkeit) auf seinem Server-Netzwerk kopieren und hat die technisch-organisatorischen Maßnahmen nahezu komplett in seiner Sphäre. Zudem besteht grundsätzlich auch ein Zugriff auf diese Daten, sofern diese nicht vorab verschlüsselt dort hochgeladen worden sind. Auch kann er den Zustand der Daten ständig ändern, weil seine eigenen Server die Grundlage der Verarbeitung darstellen. Zudem kann und sollte der Betreiber der Cloud-Dienste die Schutzvorkehrungen der Daten größtenteils selber treffen und beeinflussen. Besteht in der IT-Infrastruktur des Cloud-Dienstleisters ein Problem oder werden die Daten von einem unbefugten Dritten zerstört, so obliegt es dem Betreiber, diese Daten zu schützen bzw. wiederherzustellen – dies ist regelmäßig auch Teil der Vereinbarung mit den Kunden. Daher ist die Fallgruppe derartiger

Cloud-Dienstleistungen nach überwiegender Ansicht<sup>31</sup> als Datenverarbeitung zu verstehen und begründet deshalb auch regelmäßig die Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO.

Diese zwei gegenübergestellten Situationen skizzieren marginale (gewollte?) Regelungslücken. Das bloße Bereitstellen eines Lagerraums oder die Lagerung ohne willensgetragene, aktive menschliche Handlung soll noch keine Verarbeitung nach der DSGVO begründen.

Dem lässt sich aber entgegenhalten, dass auch der Vermieter eines Stellraums bzw. Lagers theoretisch in diesen Raum treten und die Hardware zerstören oder aber unbeabsichtigt, durch einen ihm zurechenbaren Brand/Wasserschaden, die Zerstörung aller Inhalte/Gegenstände im Gebäude verursachen könnte. Steht ihm diese Zugriffsmöglichkeit und Einflussnahme des Zustands der Daten jederzeit und ohne Weiteres zu, wäre dann nicht aber allein aus dieser Konstellation heraus auch eine Verarbeitung nach der DSGVO zu fordern – und nicht erst ab der tatsächlichen Aktivität? Nimmt jemand einen solchen (rechtswidrigen) Eingriff auf die Daten vor oder zerstört die vom Vermieter gelagerte Hardware, würde sich spätestens nun aber eine Verarbeitung im Sinne der DSGVO herleiten lassen – um hier auch die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu begründen, die von Anforderungen an die Rechtmäßigkeit bis hin zur Haftung und Schadensersatz führen können. Andernfalls bestünde eine eklatante Rechtsunsicherheit und dürfte mittelbar auch der Schutzgedanke der DSGVO ins Leere laufen.

### 3.3 Fiebermessung

Eine weitere, spannende Situation ergibt sich derzeit in der Corona-Pandemie, bei der sich Menschen beispielsweise an Eingängen eines Supermarkts oder am Flughafen einer Temperaturmessung unterziehen lassen, um damit nach Ansicht der Betreiber das Fieber und somit den Verdacht einer Covid-19 Erkrankung der Person festzustellen.<sup>32</sup>

Während sich über die Sinnhaftigkeit solch einer Untersuchung sicherlich streiten lässt, können sich abweichende datenschutzrechtliche Konsequenzen ergeben: Wird hierbei ein altes Fieberthermometer (mit Quecksilber-Messung) verwendet, dürfte keine Verarbeitung im Sinne der DSGVO bestehen. Zum einen werden keine personenbezogenen Daten der Person direkt erhoben, sondern werden lediglich auf dem Thermometer abgelesen (woraus sich gewiss Gesundheitsdaten mittelbar ableiten lassen), zum anderen könnte sogar bezweifelt werden, ob dieser kurzzeitige, physikalische Vorgang einen Fall aus der Definition in Art. 4 Ziffer 2 DSGVO darstellt.

So hat der europäische Datenschutzbeauftragte (EDSB) als eigenständige Datenschutzbehörde der EU im September 2020 in einer Orientierungshilfe<sup>33</sup> für Organe und Stellen der EU zur datenschutzrechtlichen Bewertung der Körpertemperaturmessung im Zusammenhang mit der Bewältigung der Covid-19 Pandemie festgestellt.<sup>34</sup>

31 Spoerr, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 34. Edition, Stand: 01.11.2020, Art. 28 Rn. 24; Vgl. jedoch Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, 1. Auflage 2019, Art. 28 DSGVO Rn. 18 ff.

32 Vgl. hierzu auch: Wüschelbaum, NZA 2020, S. 612 (612 ff.).

33 [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/01-09-20\\_edps\\_orientations\\_on\\_body\\_temperature\\_checks\\_in\\_the\\_context\\_of\\_euis\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/01-09-20_edps_orientations_on_body_temperature_checks_in_the_context_of_euis_en.pdf) (letzter Abruf: 10.5.2021).

34 Mehr hierzu unter <https://www.datenschutz-notizen.de/fiebermessung-und-der-datenschutz-neues-vom-europaeischen-datenschutzbeauftrag->

28 Vgl. Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage 2019, Art. 28 DSGVO Rn. 22; Scheja/Quae/Conrad/Hausen, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Auflage 2019, 2. Kapitel, Rn. 47; Spoerr, in: BeckOK Datenschutzrecht, Wolff/Brink, 34. Edition, Stand: 01.11.2020, Art. 28 DSGVO Rn. 24.

29 Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel, 3. Auflage 2019, Art. 28 DSGVO Rn. 22.

30 OVG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2020, Az.: 5 Bs 152/20.

„1. „Basic body temperature checks“ designed to measure body temperature only, operated manually and not followed by registration, documentation or other processing of an individual's personal data. Such checks would, in principle, not be subject to the scope of the Regulation.

2. Other systems of temperature checks, operated manually and followed by registration, documentation or other processing of an individual's personal data, or systems operated automatically with advanced temperature measurement devices. Such checks would in general fall under the scope of the Regulation.“

Kommt hingegen ein modernes, elektronisches Messgerät zum Einsatz, könnte zumindest bei der digitalen Erfassung und Anzeige der Daten eine Verwendung oder Speicherung anzunehmen sein. Spätestens Anschlussbehandlungen, wie das Speichern der Ergebnisse in einer Liste oder in einem System begründen solche Vorgänge aus der DSGVO.

### 3.4 Kameraattrappe

Ein weiteres Beispiel der Negativabgrenzung ist der Einsatz von Kameraattrappen. Obgleich eine defekte, deaktivierte oder vortäuschte Kamera (Nachbau) für die betroffenen Personen wie ein funktionierendes Kamerasystem wirken (kann) und sich diese dadurch einem „Überwachungsdruck“ ausgesetzt sehen könnten,<sup>35</sup> findet keine Verarbeitung im Sinne der DSGVO statt.<sup>36</sup> Es fehlt nach einhelliger Ansicht an einem solchen (technischen) Prozess, da tatsächlich keinerlei Daten erhoben werden.<sup>37</sup>

Ähnliche Überlegungen lassen sich auch bei einem analogen „Sucher“ (wie ein Fernglas) einer analogen oder digitalen Kamera anstellen. Denn auch ein analoges Fernglas, selbst wenn dies eine Lichtreflexion durch die Linsen aufnimmt und bündelt/filtiert, nimmt keine Verarbeitung nach dem Verständnis des Datenschutzes vor. Derartige Vorrichtungen sind etwas überspitzt gesagt, wie eine Glasscheibe zu betrachten.

Mithin sei als letztes Extrembeispiel zu erwähnen, dass das bloße Memorieren im menschlichen Gedächtnis und natürlich die Gedanken nicht als Erfassen von Informationen im Sinne von der DSGVO gelten.<sup>38</sup>

Obgleich die DSGVO einen relativ weiten Anwendungsbereich genießt, auch um dem „Schutzgut“<sup>39</sup> in angemessener Weise gerecht zu werden, bestehen im Alltag weiterhin Wertungslücken (gleiches gilt im Übrigen auch für das „Haushaltsprivileg“<sup>40</sup>). Es lässt sich somit konstatieren, dass der Begriff der Verarbeitung und folglich die Einordnung von Vorgängen in den Anwendungsbereich der DSGVO grundsätzlich weit zu verstehen sind, jedoch eine gewisse Schwelle besteht (oder bestehen muss), unterhalb derer etwaige menschliche Handlungen im Zusammenhang mit personenbezogenen Informationen nicht von der DSGVO erfasst werden (sollen). Wo genau diese Schwelle liegt, müssen im Zweifel die Gerichte entscheiden. Gleiches gilt der Frage, ob die Verarbeitung tatsächlich eine „willensgetragene“ menschliche Aktivität voraussetzt oder auch faktische Zugriffsmöglichkeiten ausreichend sind.

Hier dürften die Gerichte noch einige Fallbeispiele entwickeln, die eine negative Abgrenzung ermöglichen und für vermeintlich mehr Rechtssicherheit sorgen. Dies ist umso wichtiger, wenn sensible Daten, wie beispielsweise Gesundheitsdaten (alte Patientenakten) berührt sind. Hier zeigt sich die differenzierte Wertung: Während bereits eine Information dem „Patientengeheimnis“ unterliegt, unterfällt jedoch die handschriftliche Gesprächsnotiz des Arztes nicht per se dem Datenschutzrecht – und das Gespräch mit dem Personal ebenso nicht.

Allerdings schreiten die technische Entwicklung und Digitalisierung bekanntermaßen weiter voran, so dass die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der DSGVO womöglich abnehmen dürften. Zumal regelmäßig im Geschäftsbetrieb weitere Anschlussbehandlungen vorgenommen werden (müssen), die ohnehin eine Verarbeitung im Sinne der DSGVO darstellen – dies könnte z.B. die systematische Aufbewahrung, ein neues CRM-System, der Scan oder die zwingende Aktenvernichtung sein. Nicht zuletzt gilt, dass der Schutz der personenbezogenen Daten in jedem Fall vor dem wohl einschneidendsten Schritt greift; also die Daten vor der Löschung oder deren Vernichtung bewahrt werden sollen, weshalb derartige Handlung unbedingt den Vorgaben der DSGVO unterliegen.<sup>41</sup>

Im „papierlosen Büro“ dürften letztendlich ohnehin kaum noch Szenarien bestehen, die einen Vorgang außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO ermöglichen. Dies dürfte im Übrigen auch nicht im Interesse des Unternehmens sein. Im Zweifel wäre es daher ohnehin zielführender, die Vorgänge nach der Maßgabe der DSGVO zu bewerten und entsprechend sicherzustellen.

39 Vgl. *Hornung/Spiecker gen. Döhmman*; in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, 1. Auflage 2019, Art. 1 DSGVO Rn. 1 ff.

40 *Gola*, in: *Gola*, 2. Auflage 2018, Art. 2 DS-GVO Rn. 19.

41 Dies wird durch den Gedanken in Art. 18 Abs. 1 lit. b) DSGVO bestätigt, wonach eine Einschränkung als „milderes Mittel“ gilt.

ten-5627165/ (letzter Abruf: 19.2.2021).

35 *Scholz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, 1. Auflage 2019, Anhang 1 zu Artikel 6 Videoüberwachung, Rn. 43.

36 DSK, Orientierungshilfe Videoüberwachung durch nicht-öffentliche Stellen, [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20200903\\_oh\\_v%C3%BC\\_dsk.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20200903_oh_v%C3%BC_dsk.pdf), S. 6; Praxisreihe des ULD, <https://www.datenschutzzentrum.de/uploads/praxisreihe/Praxisreihe-5-Videoueberwachung.pdf>, S. 9. (letzter Abruf: 10.5.2021), Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.06.2021, Az.: 10 A 10302/21.

37 Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.06.2021, Az.: 10 A 10302/21.

38 *Ernst*, in: *Paal/Pauly*, 3. Auflage 2021, Art. 4 DSGVO, Rn. 24.