

Stefan R. Seiter

Die Auftragsverarbeitung im Konzerngebilde

Alte Hüte und moderne Demarkationslinien

So vielfältig, wie Konzerne bzw. Unternehmensgruppen im Wirtschaftsleben agieren, so unterschiedlich können auch ihre rechtlichen – und insbesondere datenschutzrechtlichen – Beziehungen untereinander gestaltet sein. Selbst ein auf den ersten Blick klar gefasstes und vermeintlich längst ausdiskutiertes Rechtsinstitut wie die Auftragsverarbeitung wirft in diesem Zusammenhang Fragen auf: Welche Konstellationen „passen“ überhaupt in einen Vertrag nach Art. 28 DS-GVO? Und wie wird ein Lieferant oder Dienstleister zum Auftragsverarbeiter? Anhand ausgesuchter Beispiele aus der Beratungspraxis versucht dieser Beitrag, Erhellung und Verständnis darzubieten.

1 Bedeutung

Die Konstellation der Auftragsverarbeitung ist im Wesentlichen schon aus der Zeit vor Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), mithin unter der vorigen EG-Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG) bekannt. So herrscht bis heute Einigkeit darüber, dass darunter sowohl die Auslagerung von Diensten zum Versenden eines Newsletters wie auch die Aktenvernichtung fällt.¹ Diesbezüglich könnte also zu Recht von einem vergleichsweise „alten Hut“ im Datenschutzrecht gesprochen werden. Doch schon beim Blick auf einen weiteren „Klassiker“ in Form der Nutzung von Software „aus der Cloud“ zeigt die Praxis, dass hier mitunter mehrdeutige rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten offenstehen. Um sich diesen einzelnen Optionen artgerecht zu nähern, gilt es zuvorderst die Rollenverteilung der beteiligten Stellen in Bezug auf ihre (datenschutzrechtliche) Verantwortlichkeit zu beleuchten.

1.1 Rollenverteilung

Landläufig wird die Aufgabe eines Auftragsverarbeiters im Kern darin gesehen, dass dieser als gewissermaßen „verlängerter Arm“ des Verantwortlichen sich in dessen Auftrag betätigt.² In diesem Kontext werden auch häufig die Begriffe „Dienstleister“ oder „Auftragnehmer“ ins Spiel gebracht, welche sich bereits unter der alten Rechtslage (vor 2018) eingebürgert hatten. Als Verantwortlicher (oder Auftraggeber, nach ebenfalls bewährter Sprachgebung) wiederum gilt diejenige Stelle, „die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung [...] entscheidet“ (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO).

Was jedoch genau die Bezeichnung „im Auftrag“ in diesem Sinne meint, lässt der Ordnungsgeber selbst offen. Die Literatur ist sich indes weitgehend einig, dass die Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Zwecke und Mittel vorrangig bzw. hauptsächlich beim Verantwortlichen anzusiedeln ist, und eine Verlagerung in Richtung des Dienstleisters lediglich in Teilbereichen als zulässig angesehen wird.³ Die Einordnung als Auftragsverarbeitung knüpft demnach in der Rollenverteilung vornehmlich an die Zuweisung der Verantwortlichkeit und deren Reichweite im konkreten Anwendungsfall.⁴ Die umfassenden Weisungsmöglichkeiten sollen vor allem sicherstellen, dass die ausgelagerten Verarbeitungstätigkeiten an die Vorstellungen des Verantwortlichen gebunden sind⁵ und dieser jederzeit die Kontrol-

¹ Vgl. Klug, in: Gola/Heckmann, DS-GVO Art. 28 Rn. 8.



Stefan R. Seiter

Rechtsanwalt und Senior Berater
Datenschutz bei der datenschutz
nord GmbH, Büro Bremen

E-Mail: sseiter@datenschutz-nord.de

² Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 28 Rn. 2.

³ Siehe u. a. Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO, Art. 28 Rn. 13; Öztürk/Mester, DuD 2023, 73, in diesem Heft; Ingold, in: Sydow/Marsch, DS-GVO/BDSG, Art. 28 Rn. 13.

⁴ Vgl. EPDB, Guidelines 07/2020 v.2.0, zu finden unter https://edpb.europa.eu/system/files/2022-02/eppb_guidelines_202007_controllerprocessor_final_de.pdf, Rn. 30, (Abruf 30.12.2022).

⁵ Siehe Ingold, in: Sydow/Marsch, DS-GVO/BDSG, Art. 28 Rn. 65.

le über die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben ausüben und behalten kann.

1.2 Besonderheit im Unternehmensverbund

Bereits begrifflich mag es schwerfallen, in einem Konzernverbund einer Stelle die Rolle als „Dienstleister“ oder „Auftragnehmer“ zuzuschreiben – noch dazu, wenn es gar die (in der Regel beherrschende) Muttergesellschaft ist, welche diese Position einnimmt. Daher lohnt es sich, auf die Merkmale zur datenschutzrechtlichen Abgrenzung einen genaueren Blick zu werfen. Eine Auftragsverarbeitung soll sich indes aus einer objektiven Faktenlage bzw. aus einer Betrachtung der tatsächlichen Abläufe ergeben⁶ und nicht aus dem subjektiven Willen der Vertragsparteien.

Vor diesem Hintergrund ist darauf zu achten, die datenschutzrechtlichen Beziehungen der involvierten Unternehmen präzise von ihren gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen getrennt zu betrachten. Die Beteiligungsverhältnisse innerhalb eines Konzerns bzw. im gesellschaftsrechtlichen Mutter-Tochterverhältnis sind dabei ebenso von nebeneordneter Bedeutung wie etwa die Frage, ob es sich vorliegend um ein gemäß § 15 AktG verbundenes Unternehmen handelt, welches Daten für eine andere Stelle in einer Unternehmensgruppe verarbeitet.

2 Kriterien zur Abgrenzung

Für die Frage, ob ein Beteiligter als Auftragsverarbeiter einzuordnen ist, ist daher im Wesentlichen maßgeblich, ob und in welchem Umfang derjenige weisungsgebunden (gegenüber dem Verantwortlichen) agiert.⁷ Damit hängt wiederum jedenfalls indirekt zusammen, wie der Dienstleister durch seinen Auftraggeber überwacht wird. Auch ist die Expertise des Dienstleisters bei der Aufgabenerbringung mit einzubeziehen ebenso wie die Transparenz des Dienstleisters gegenüber dem Betroffenen, also inwieweit eine unmittelbare (rechtliche) Beziehung zwischen diesen beiden besteht.⁸ Vereinzelt wird zudem die Haftung des Auftragnehmers für die Richtigkeit oder Rechtmäßigkeit der Verarbeitung als Indiz herangezogen; übernimmt dieser also eine bestimmte Gewähr für die Erbringung seiner Dienste, so ist er entsprechend dieser Ansicht eben als Auftragsverarbeiter zu klassifizieren.⁹ Auf die einzelnen hier aufgezeigten Merkmale soll im Folgenden näher eingegangen werden.

2.1 Weisungsabhängigkeit

Im Sinne der vom LDA Bayern angeführten „Schwerpunkttheorie“¹⁰ ist eine Auftragsverarbeitung nur in den Fällen anzunehmen, „in denen eine Stelle von einer anderen Stelle im Schwerpunkt mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beauftragt wird.“

⁶ Vgl. VGH München, Beschluss v. 26.9.2018, Az. 5 CS 18.1157, Rn. 14.

⁷ Siehe EPDB, *Guidelines 07/2020 v 2.0*, zu finden unter https://edpb.europa.eu/system/files/2022-02/eppb_guidelines_202007_controllerprocessor_final_de.pdf, Rn. 80 f. (Abruf 30.12.2022).

⁸ Vgl. Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO, Art. 28 Rn. 19.

⁹ So etwa die GDD-Praxishilfe DS-GVO: Praxishinweise für Auftragsverarbeiter nach Art. 28 DS-GVO, zu finden unter <https://www.gdd.de/downloads/praxishilfen/prax-praxishilfen-neustrukturierung/GDDPraxishilfeDSGVOPraxishinweiseAuftragsverarbeiternachArt.28DSGVO.pdf> (Abruf 30.12.2022).

¹⁰ Siehe unter https://www.lda.bayern.de/media/veroeffentlichungen/FAQ_Abgrenzung_Auftragsverarbeitung.pdf (Abruf 30.12.2022).

Die Beauftragung mit fachlichen Dienstleistungen anderer Art, d. h., mit Dienstleistungen, bei denen nicht die Datenverarbeitung im Vordergrund steht bzw. bei denen die Datenverarbeitung nicht zumindest einen wichtigen (Kern-)Bestandteil ausmacht, stellt keine Auftragsverarbeitung im datenschutzrechtlichen Sinne dar.“

Folglich soll ein Vorgang nicht als Auftragsverarbeitung zu qualifizierten sein, wenn dieser nur in geringem Umfang personenbezogene Daten, gewissermaßen als eine Art Nebenpflicht zur Durchführung eines (Haupt-)Auftrages vorsieht, jedoch die Datenverarbeitung nicht im Zentrum des Vorgangs bzw. der vereinbarten Leistung steht.

Das leuchtet ein; ist doch beispielsweise der Versand eines via Onlineshop bestellten Produkts notwendigerweise auf die Bereitstellung der Adressdaten des Käufers angewiesen, andernfalls eine Belieferung eben nicht erfolgen kann. Damit wird aber der eingeschaltete Logistik-Dienstleister noch lange nicht zum Auftragsverarbeiter, denn die an ihm zum Zwecke der Lieferung übermittelten Daten der betroffenen Person treten lediglich als eine Art Beiwerk in Erscheinung.

Bereits vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass – ungeachtet der Regelung in Art. 29 DS-GVO – nicht die Befugnis zum Erteilen von Weisungen allein ausschlaggebend ist. Es sind in jedem Fall weitere Faktoren mit einzubeziehen, um einen Sachverhalt dahingehend korrekt bewerten zu können.¹¹

So zeigt die bisherige Erfahrung im Umgang mit den zugrundeliegenden Verträgen, dass die präzise und auf die konkrete Verarbeitungssituation bezogene Festlegung von Weisungen im Umgang mit den betreffenden Daten sehr häufig außen vor bleibt. Beobachtungen zeigen, dass sich die Vertragsparteien in den weit überwiegenden Fällen mit der Angabe von Kontaktpersonen begnügen, die zur Abgabe von Weisungen auf Seiten des Verantwortlichen bzw. zu ihrer Entgegennahme andernorts befugt sind.

Diese Zurückhaltung mag wiederum in dem Umstand begründet liegen, dass auch die Weisung selbst gesetzlich nicht definiert ist. Möglicherweise wurde es für derart banal und selbstverständlich gehalten, dass bewusst darauf verzichtet wurde. Wie auch immer, resultiert daraus in Verbindung mit einem gleichsam weit verbreiteten Phänomen, einen pauschalen Verweis auf den Haupt-(Leistungs-)Vertrag vorzunehmen und zu erwähnen, dass ergo jener die anfänglichen Weisungen der Vertragsparteien regelt, sogleich ein Folgeproblem: Soll der Auftraggeber per gesetzlichem Leitbild die Befugnis zugesprochen bekommen, jederzeit neue Weisungen zu erteilen und damit den anfänglich im Vertrag dokumentierten Umfang einseitig den jeweiligen Erfordernissen anzupassen?¹² Oder handelt es sich – je nach Grad und Umfang der vorgenommenen „Anpassungen“ – vielmehr um ggf. vertragswesentliche Bestandteile, die allerhöchstens mit Zustimmung des oder der Vertragsparteien umgesetzt werden können?¹³ Und ist bei umfangreichen Änderungen (wie auch immer der genaue Umfang bestimmt werden mag) womöglich sogar eine Aufwandsentschädigung – ohnehin schon in anderen Zusammen-

¹¹ Siehe auch EPDB, *Guidelines 07/2020 v 2.0*, zu finden unter https://edpb.europa.eu/system/files/2022-02/eppb_guidelines_202007_controllerprocessor_final_de.pdf, Rn. 82, (Abruf 30.12.2022).

¹² Vgl. Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Art. 28 Rn. 59.

¹³ Siehe Hartung, in: Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 29 Rn. 15; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 29 Rn. 18.

hängen ein Anlass für hitzige Diskussionen¹⁴ – für den Auftragnehmer zu verlangen angemessen?

Diese Fragestellungen in Verbindung mit der zuvor geschilderten Zurückhaltung der Rechtsanwender, die (gewünschte) Regelung von konkreten Weisungen in wenig passender Manier allenfalls in vertragliche „Allgemeinplätzchen“ zu verpacken, lässt erkennen, dass es für die rechtliche Einordnung eines Sachverhalts wenig hilfreich ist, dem Merkmal der Weisungsabhängigkeit dominierenden oder gar ausschließlich-bestimmenden Charakter zuzusprechen. Sofern schließlich die Verordnung beabsichtigt hätte, diesem Kriterium derart viel Gewicht zu verleihen, wäre es überdies ein Leichtes gewesen, dies in die Definition des Auftragsverarbeiters nach Art. 4 Nr. 8 DS-GVO aufzunehmen – hat sie aber nicht. Auch in Erwägungsgrund 81 wird allenfalls die „Bindung an den Verantwortlichen“ bemüht und, dass die Verarbeitung in dessen Namen erfolgen müsse.

2.2 Fachliche Expertise

Auch die stellenweise anzutreffende Argumentation, eine Auftragsverarbeitung sei dann nicht anzunehmen, wenn der Dienstleister eigenes besonderes Fachwissen einbringt, vermag nicht zu überzeugen. Denn ähnlich wie auch im Falle eines Berufsgeheimnisträgers (wie z. B. ein Steuerberater oder Rechtsanwalt) und Inkassounternehmers – beides Berufsgruppen, die exemplarisch von den Verfechtern dieser Ansicht hochgehalten worden sind¹⁵ – wird auch ein Auftragsverarbeiter-Dienstleister stets von sich behaupten, eigenes Fachwissen zur Erfüllung der an ihn delegierten Tätigkeiten einzusetzen.¹⁶ Schließlich wird auch der „nur“ zur technischen Durchführung der Datenverarbeitung eingeschaltete Betreiber eines Rechenzentrums argumentieren können, dass diese Arbeit ebenfalls umfassende technische und damit maßgeblich fachliche Kompetenz erfordert.

2.3 Haftung für Richtigkeit oder Rechtmäßigkeit bei der Verarbeitung

Soweit vereinzelt auf die Richtigkeit oder Rechtmäßigkeit der Verarbeitung als weiteres Indiz pro Auftragsverarbeitung abgestellt wird, stellt sich zunächst die Frage, welche Zielrichtung diese Erwägung verkörpern soll. Ist dies im Sinne einer besonderen Gewähr (oder gar als eine Art Garantieversprechen) für ausgesuchte Akkuratess im Umgang mit den Daten gemeint, so steht es den Parteien offen, diese Kriterien bzw. Qualitätsmerkmale als Vertragsinhalte zu vereinbaren und damit als Inhalt der (z. B. dienst- oder werk-)vertraglich geschuldeten Leistung zu fixieren – und zwar unabhängig von der möglichen Konstellation einer Auftragsverarbeitung.¹⁷

Darüber hinaus ist eine ordnungsgemäße, rechtmäßige Verarbeitung ohnehin verpflichtend vorgesehen; dies gebieten schon die allgemeinen Grundsätze in Art. 5 Abs. 1 DS-GVO. Sollte im Ergebnis eine stärkere Haftung des Auftragnehmers oder ein Betonen seiner diesbezüglichen Verantwortung beabsichtigt sein, so wird ebenfalls konstatiert werden müssen, dass dies unnötig ist. Denn auf der einen Seite hat es immerhin der Verantwort-

liche selbst in der Hand, durch Kundgabe von entsprechenden Weisungen dem Dienstleister einen Rahmen für dessen Betätigung vorzugeben. Auf der anderen Seite sorgt die Regelung des Art. 28 Abs. 10 DS-GVO dafür, dass im Falle eines Exzesses der Auftragsverarbeiter ohnedies einer ausgeweiteten Haftung unterworfen ist.

2.4 Rechtliche Beziehung zum Betroffenen

Als weiteres Unterscheidungsmerkmal gilt es zu untersuchen, ob ein eigenes rechtliches Verhältnis zwischen Auftragnehmer und den betroffenen Personen besteht. Hier ist entscheidend zu hinterfragen, wie die Tätigkeit des Dienstleisters genau bestimmt ist. So wird im Falle des sprichwörtlichen „verlängerten Arms“¹⁸ häufig eine Abschottung gegenüber beispielsweise den Kunden des Verantwortlichen gewollt sein.

Ein Callcenter etwa, welches für ein Unternehmen im Rahmen einer Marketing-Kampagne Zufriedenheitsbefragungen durchführt, könnte dazu verpflichtet sein, anstelle der eigenen Firma gerade die Nennung seines Auftraggebers in den Vordergrund zu stellen („Wir rufen an im Namen der XY GmbH ...“). Damit wäre bereits auf der sprachlichen Ebene deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die rechtliche Beziehung zum Verantwortlichen der Maßstab sein soll. Im Ergebnis dürfte eine solche Konstellation wohl „klassischerweise“ als Auftragsverarbeitung einstuft werden.¹⁹

Anders hingegen kann die Lage zu beurteilen sein, wenn das gleiche Callcenter die bereitgestellten (oder im Zuge einer Kampagne generierten) Kundendaten in Teilen auch selbst nutzen möchte. Der Betreiber könnte etwa ein Interesse daran haben, von durchgeführten Telefonaten Sprachaufzeichnungen zur Qualitätsmessung anzufertigen und müsste dafür eine eigene Einwilligung seitens der (primär auf festgelegte Weisung zu kontaktierenden) betroffenen Personen einholen. Dann hätten wir es mit einer Verarbeitung (auch) zu eigenen Zwecken zu tun.²⁰ Dass in diesem Fall das Callcenter in eigener Verantwortlichkeit handelt, entspricht überdies der Erwartungshaltung der betroffenen Personen.

3 Entscheidung über die Zwecke

Wie zu erkennen, korrespondieren viele der zu Beginn vorgestellten Kriterien, die zur Abgrenzung der Auftragsverarbeitung herangezogen werden, mit der Bestimmung über (zumindest) die Zwecke der Verarbeitung. Zentral sollte deshalb die Frage im Raum stehen: Auf welcher Grundlage bzw. wozu werden die jeweiligen Daten verarbeitet?

3.1 Beispiel Hosting

Der Anbieter eines Rechenzentrums wird im „klassischen“ Falle wohl auf sein Angebot an verschiedenen Service-Paketen zum Hosting verweisen und darauf, dass sein Kunde damit anstellen könne, was ihm beliebt, sprich was jener selbst festlegt. Die Antwort aus Sicht des Kunden (um in diesem Beispiel zu bleiben)

¹⁴ Siehe *Conrad/Seiter*, RDV 2021, 186 (192).

¹⁵ Vgl. *Nink*, in: *Spindler/Schuster DS-GVO Art. 28 Rn. 3*.

¹⁶ Vgl. auch *Seiter*, DuD 2019, 127 (129).

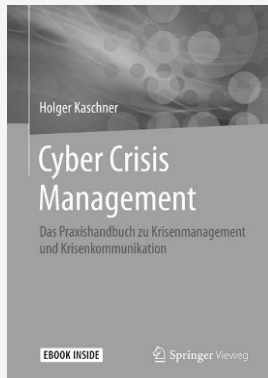
¹⁷ Vgl. *Petri*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht*, Art. 28 Rn. 38 f.

¹⁸ Vgl. oben *Ziffer 1.1*.

¹⁹ Vgl. *Lutz*, in: *Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO, Art. 28 Rn. 16*.

²⁰ Siehe auch *Spoerr*, in: *BeckOK DatenschutzR, DS-GVO Art. 28 Rn. 18c*.

System- und Datensicherheit



H. Kaschner

Cyber Crisis Management

Das Praxishandbuch zu Krisenmanagement und Krisenkommunikation

2020, XII, 223 S. 10 Abb. Book + eBook. Brosch.

€ (D) 34,99 | € (A) 35,97 | *CHF 39,00

ISBN 978-3-658-27913-4

€ 26,99 | *CHF 31,00

ISBN 978-3-658-27914-1 (eBook)

- Das Praxishandbuch in deutscher Sprache zu Krisenmanagement und Krisenkommunikation
- Hilft auch zur Vorbereitung auf und Prävention von Cyber-Krisen
- Mit zahlreichen Abbildungen und Checklisten

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.

Part of **SPRINGER NATURE**

[springer.com/informatik](https://www.springer.com/informatik)

A88197

könnte da lauten: „Zur Verwaltung meiner Kundendaten.“ Sofern dabei (typischerweise) ein Zugriff durch den Provider auf die Daten gegeben sein wird, handelt es sich um einen Fall der Auftragsverarbeitung.²¹

Anhand dieses bewusst einfach gehaltenen Beispiels, welches sich im Übrigen auf viele Verarbeitungen auch im Konzernumfeld übertragen lässt, treten rasch die unterschiedlichen Wahrnehmungen der zwei beteiligten Instanzen auf den gleichen Lebenssachverhalt (hier: Datenhaltung als Hosting) zu Tage. Diese abweichenden Blickwinkel sollten sich daher gleichsam in der rechtlichen Bewertung widerspiegeln.

3.2 Anknüpfen an rechtliche Verpflichtungen

Bei der Prüfung, wer von den beteiligten Stellen über die Zwecke im Einzelnen entscheidungsbefugt ist, erscheint es sinnvoll, noch weitere Aspekte einzubeziehen. So kann etwa die Frage relevant sein, ob und ggf. in welchem Umfang gesetzlich verankerte Pflichten für den jeweiligen Verarbeiter bestehen. Ausprägungen dazu können spezielle Aufbewahrungs- und Dokumentationspflichten oder die Einhaltung branchenspezifischer Standards sein. Zu denken wäre hier beispielsweise an Bezahl-Dienstleister, die selbständig bestimmte Standards für die Abwicklung von Zahlungstransaktionen (wie etwa den PCI-DSS²²) einzuhalten haben und die insofern regelmäßig eigenverantwortlich tätig werden.²³

Ferner kann dies Bedeutung erlangen bei der Ausrichtung gemeinsamer Marketing-Kampagnen im Unternehmensverbund.²⁴ Werden in diesem Rahmen werbliche Telefonanrufe durchgeführt, so sind die einzuholenden Einwilligungen gemäß § 7a UWG gesondert für die Dauer von fünf Jahren aufzubewahren. Wenn es nun um den Zugriff auf bzw. die Verwaltung von diesen dokumentierten Einwilligungen geht, so ist je nach Ausgestaltung der Zusammenarbeit an eine gemeinsame Verantwortlichkeit (Joint Controller) oder Auftragsverarbeitung zu denken. Letzteres könnte vor allem dann der Fall sein, wenn eine Stelle innerhalb des Verbunds die gesamte zentrale Administration für das Einwilligungs-Management übernimmt, angefangen beim Eintragen und Pflegen der Kontaktdaten der betroffenen Personen in einer Datenbank oder in einem CRM²⁵-System über das Filtern von (ungültigen) Einwilligungen bis hin zum Bereitstellen der entsprechenden Nachweise zwecks Überprüfung in geeigneter Form.

3.3 Auswertung & Aufbereitung von Daten

Ein weiterer Gesichtspunkt zum Beurteilen, wer als Verantwortlicher und wer als Auftragsverarbeiter handelt, ist wiederum eng mit der ursprünglichen Zweckbestimmung verwoben und sollte sein: Wer (primär) erhält die Ergebnisse der Verarbeitung? Oftmals geht es bei dem Auswerten von Kunden- oder Beschäftigten-daten um das relativ simple Folgende: A übergibt bestimmte (personenbezogene) Daten an B, verbunden mit der Anforderung eines bestimmten Ergebnisses, etwa eine Kosten-Nutzen-Aufstel-

²¹ Siehe u. a. Nink, in: Spindler/Schuster DS-GVO Art. 28 Rn. 9; Gabel/Lutz, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO, Art. 28 Rn. 17.

²² Payment Card Industry Data Security Standard.

²³ Siehe Spoerr, in: BeckOK DatenschutzR, DS-GVO Art. 28 Rn. 28c.

²⁴ Öztürk/Mester, DuD 2023, 73, in diesem Heft.

²⁵ Customer Relationship Management.

lung zu erarbeiten oder eine Marktpotential-Analyse für ein bestimmtes Produkt auf der Basis detaillierter Verkaufstatistiken.

Grundannahme dabei ist, dass ergo der Auftraggeber seine in einer Art „Rohfassung“ übergebenen Daten in vordefinierter Art ausgewertet bzw. aufbereitet wieder „zurückgespielt“ bekommt. Wenn dem so ist, kann der „Aufbereiter“ in vielen Fällen als Auftragsverarbeiter angesehen werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um solche Tätigkeiten handelt, die der Auftraggeber bei ausreichend personellen Kapazitäten ohne weitergehende fachliche Spezialisierung auch ebenso gut selbst erledigen könnte; wenn er etwa seine Buchhaltung des Umfangs wegen oder aus Kostengründen ganz oder teilweise auslagert. Gleichsam irrelevant ist dafür die Unterscheidung, ob es sich um periodisch wiederkehrende Leistungen (z. B. für die Erstellung der Lohnabrechnung) oder um eine einmalige Beauftragung im Rahmen einer Vertriebsanalyse handelt. Zugleich wird man feststellen können, dass bei den hier genannten Beispielen eine eindeutige und konkrete Bestimmung des Zweckes in der zuvorderst aufgeworfenen Frage der Weisungsabhängigkeit²⁶ für entsprechende Klarheit sorgen dürfte.

4 Beispiel: Nutzung des zentralen CRM

Zur Illustrierung des zuvor Ausgeführten sei abschließend die gemeinsame Nutzung eines CRM-Systems durch verschiedene Stellen skizziert. Je nach der konkreten Ausgestaltung sind unter diesem einen Schlagwort alle drei der Organisationsstrukturen, welche die Datenschutz-Grundverordnung bereithält, unterzubringen – also sowohl die getrennte bzw. eigene Verantwortlichkeit wie auch die gemeinsame Verarbeitung (als Joint Controller) oder die Auftragsverarbeitung.

4.1 „Bestückung“ durch Konzerntochter

Wenn innerhalb einer Unternehmensgruppe beispielsweise eine Vertriebs- oder Service-Gesellschaft (analog zur Tätigkeit eines Callcenters) den telefonischen Kundenservice an einer Hotline übernimmt und deren Beschäftigte zu diesem Zweck engmaschig gesetzte Berechtigungen im zentralen CRM-System erhalten, um die erhaltenen Informationen (z. B. zur Aktualisierung von Stammdaten oder zur Weitergabe von Reklamationen) einzupflegen, so handelt es sich hier um Aufgaben, die gleichwohl fachlichen Sachverstand und akkuraten ordnungsgemäßen Umgang mit den Daten fordern, ohne wesentliche eigene Entscheidungsspielräume²⁷ der Service-Bediensteten angelegt sind. Diese Tätigkeit wird man anhand der oben dargestellten Kriterien als Auftragsverarbeitung einstufen müssen, weil maßgeblich durch die auslagernde Gesellschaft bestimmt, welche nach wie vor als die (verantwortliche) „Herrin der Daten“ anzusehen ist.

²⁶ Siehe oben Ziffer 2.1.

²⁷ In Anlehnung an *DSK-Kurzpapier* Nr. 13, zu finden unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_13.pdf (Abruf 30.12.2022).

4.2 „Mitnutzung“ durch Konzernunternehmen

Auf der anderen Seite können mehrere Konzernunternehmen über das gleiche zentral gehostete CRM-System einen gemeinsamen Datenpool „bespielen“ oder pflegen bzw. sich für abgestimmte Marketing-Aktivitäten (etwa durch das Zusammenspiel eines Herstellers mit verbundenen Vertragshändlern oder eigenen Vertriebstöchtern) daraus bedienen. In dieser Konstellation gleichberechtigter mehrteiliger Nutzung desselben Datenbestandes spricht viel für eine Ausgestaltung als gemeinsame Verantwortlichkeit.²⁸

Ist nun in Abwandlung dieser quasi auf Augenhöhe stattfindenden Verarbeitungsform softwareseitig (etwa durch Berechtigungen) für jedes beteiligte Unternehmen ein eigener abgeschlossener Mandant eingerichtet, so würde sich eine etwaige gemeinsame Verantwortlichkeit allenfalls auf diejenigen Bereiche beschränken, in denen das Berechtigungskonzept funktionsbezogen eine Überschneidung zulässigerweise vorsieht; dies kann z. B. für den Abgleich bestimmter Stammdaten legitim sein, um Dubletten in der Datenbank zu vermeiden und verfügbare Kontaktdaten aktuell zu halten. Daneben jedoch wäre eine jede Unternehmenseinheit rechtlich abgeschottet für sich selbst verantwortlich. Korrespondierend müsste dann (zumindest) in Bezug auf das Hosting, welches durch eine der Konzerngesellschaften erbracht werden wird, eine Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung abgeschlossen werden.²⁹

5 Fazit

In Anbetracht der Mannigfaltigkeit, wie einem Verbund angehörige Unternehmen – ungeachtet ihrer gesellschaftsrechtlichen Beziehungen – miteinander verwoben sein können, ist auch deren datenschutzrechtliche Organisation untereinander von Besonderheiten geprägt, die sich der Zuweisung allgemeingültiger Programmsätze in weiten Teilen entzieht. Mehr denn je greift das intuitive, vorwiegend auf Schlagworten basierende Einordnen von betrieblichen Abläufen wahlweise als Auftragsverarbeitung oder als eigene respektive gemeinsame Verantwortlichkeit im Kontext von Konzernstrukturen häufig zu kurz.

Um der rechtlich abzubildenden Wirklichkeit gerecht zu werden, ist vor allem zu eruieren, ob es sich bei der Datenverarbeitung um die Hauptleistung des Auftragnehmers und nicht nur um eine beiläufige Nebenerscheinung handelt.

Die zahlreichen weiteren Kriterien, welche zur Abgrenzung heranzuziehen sind, sprechen im Ergebnis dafür, der Weisungsabhängigkeit für sich alleinstehend keinen allzu hohen Stellenwert (mehr) bei der juristischen Bewertung, ob ein Sachverhalt als Auftragsverarbeitung anzusehen ist, zukommen zu lassen. Der Fokus ist vielmehr auf die Bestimmung (zumindest in Teilen) über Zwecke und Mittel der Verarbeitung zu richten, wobei auch partiell die Beziehung zu den betroffenen Personen bzw. deren Erwartungshaltung hilfreiche Orientierung bieten kann.

²⁸ Vgl. *Gabel/Lutz*, in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.), *DSGVO*, Art. 28 Rn. 24.

²⁹ Vgl. *Nink*, in: *Spindler/Schuster DS-GVO* Art. 28 Rn. 7.