

## Kapitel 4: Voraussetzungen für das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit

Eine gemeinsame Verantwortlichkeit von zwei<sup>369</sup> oder beliebig mehr<sup>370</sup> Personen oder Stellen unterliegt mehreren Voraussetzungen, die sich aus Art. 4 Nr. 7 DSGVO ergeben. In Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO wird der Kern der Tatbestandsvoraussetzungen wiederholt und es wird die Rechtsfolge – das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit – klargestellt.<sup>371</sup>

### A. Anforderungen an die Person des (gemeinsam) Verantwortlichen

Als (gemeinsam) Verantwortlicher kommt nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO auf Grundlage einer nicht-funktionellen, sondern juristischen Betrachtung<sup>372</sup> jede „natürliche oder juristische Person, Behörde,<sup>[373]</sup> Einrichtung oder andere Stelle“ in Betracht. Praktisch bestehen insoweit also keine Einschränkungen, weder hinsichtlich der Rechtspersönlichkeit<sup>374</sup> noch mit Blick auf Privatpersonen.<sup>375</sup>

---

369 Ausführlich *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 13b m.w.N.; von nur zwei gemeinsam Verantwortlichen ausgehend *Schantz*, in: Schantz/Wolff, S. 372 ff.

370 *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (289); *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 13b; *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 4.

371 Ähnlich *Dammann*, ZD 2016, 307 (312); *Thole*, ZIP 2018, 1001 (1004); *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 11); *Bock*, K&R 2019, Beilage 1 zu Heft 7/8, 30 (32); vgl. parallel zu dem Verhältnis von §§ 46 Nr. 7, 63 S. 1 BDSG *Johannes/Weinhold*, in: *Sydow*, § 63 Rn. 13.

372 *Weichert*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, Art. 4 Rn. 88; *Schaffland/Holt-haus*, in: *Schaffland/Wiltfang*, Art. 4 Rn. 180.

373 Zu streng(re)n Anforderungen an Verantwortliche der öffentlichen Hand, auch aufgrund der Grundrechtsbindung, *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 229 f.; vgl. auch *C. Hoffmann/S. E. Schulz/Brackmann*, in: *Schlies-ky/Schulz*, 163 (166).

374 *Petri*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Art. 4 Nr. 7 Rn. 16; *Heck-mann/Scheurer*, in: *Heckmann*, Kap. 9, Rn. 207; an künstliche Intelligenz als eigene Stelle lässt sich derzeit mangels entsprechender gesetzlicher Regelungen noch nicht denken, hierzu etwa *C. Sebastian Conrad*, DuD 2019, 563 (566 f.); *Kremer*, in: *FS Taeger*, 251 (251 ff.); *C. Sebastian Conrad*, K&R 2018, 741 (741).

375 *Polenz*, in: *Tamm/Tonner/Brönneke*, § 4a, Rn. 157; vgl. *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 64) – Zeugen Jehovas.

## I. Für juristische Personen und andere Stellen handelnde Personen

Insbesondere bei juristischen Personen als jeweils eigenständig Verantwortliche<sup>376</sup> stellt sich die Frage, ob und inwieweit für diese handelnde natürliche Personen,<sup>377</sup> wie etwa Mitarbeiter, selbst verantwortlich sind. In dem Fall käme eine gemeinsame Verantwortlichkeit dieser natürlichen Personen mit anderen Organen oder Mitarbeitern in Betracht. In der Konsequenz einer (gemeinsamen) Verantwortlichkeit wären durch diese natürlichen Personen zahlreiche Pflichten einzuhalten, deren Erfüllung einzelnen natürlichen Personen typischerweise schwerer fallen wird als größeren Organisationen, wie etwa juristischen Personen.

Schon ein Blick auf den Begriff des „Dritten“ nach Art. 4 Nr. 10 DSGVO und die dort genannten Ausnahmen („eine natürliche Person [...] außer den Personen, die unter der unmittelbaren Verantwortung des Verantwortlichen [...] befugt sind, die personenbezogenen Daten zu verarbeiten“) verdeutlicht,<sup>378</sup> dass nicht jede Person, die für eine juristische Person tätig ist, selbst verantwortlich ist. Diesen Befund stützt Art. 29 DSGVO, wonach einem Verantwortlichen mehrere Personen unterstellt sein können, ohne selbst verantwortlich zu sein.<sup>379</sup>

Daher ist Zurückhaltung mit der Annahme einer Verantwortlichkeit natürlicher Personen geboten, soweit die Person in die Organisation des Unternehmens – etwa als Arbeitnehmer – eingegliedert ist und die konkreten Tätigkeiten nicht über die vereinbarten Tätigkeiten für das Unternehmen hinausgehen.<sup>380</sup> Interne Zuständigkeiten innerhalb eines Unternehmens oder einer sonstigen Stelle ändern daher nichts daran, dass die juristische Person nach dem Funktionsträgerprinzip<sup>381</sup> mit den für sie tätigen Personen als eine rechtliche Einheit anzusehen ist.<sup>382</sup> Das gilt nicht nur im Buß-

---

376 Vor allem innerhalb einer Unternehmensgruppe nach *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, Art. 4 Rn. 180.

377 Hierzu ausführlich *Schild*, in: Wolff/Brink, Art. 4 Rn. 89.

378 *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 208. Hierzu auch unter Kapitel 4:C.II.2.c (ab S. 154).

379 Vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 75 f.

380 *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Rn. 359; *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 208; *T. Richter*, ArbRAktuell 2020, 613 (613 f.).

381 *Ambrock*, ZD 2020, 492 (493); *Schönefeld/Thomé*, PinG 2017, 126 (127); vgl. auch *Ambrock*, in: Jandt/Stidle, B. VII., Rn. 50.

382 *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel, Art. 4 Rn. 166; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 17; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 19; *Colcelli*, ECLIC 2019, 1030 (1031); *DSK*, Entschließung der 97. Konferenz; vgl. auch *Bobek*, Schlussanträge C-645/19, Rn. 32.

## A. Anforderungen an die Person des (gemeinsam) Verantwortlichen

geldkontext (Art. 83 DSGVO),<sup>383</sup> sondern auch schon für Fragen der Verantwortlichkeit (Art. 4 Nr. 7 DSGVO). Beschäftigte sind daher, wenn und soweit sie personenbezogene Daten für dienstlich vorgegebene Zwecke<sup>384</sup> entsprechend den ihnen zugewiesenen Aufgaben Daten verarbeiten,<sup>385</sup> nicht selbst verantwortlich, sondern dem Unternehmen zuzurechnen.<sup>386</sup>

Umgekehrt ist bei der Zusammenarbeit mehrerer Personen ohne eindeutige Einbettung in die Organisationsstrukturen einer bestehenden übergeordneten Stelle sorgfältig zu prüfen, ob diese aufgrund ihrer Zusammenarbeit als Einheit, z.B. als eine Gesellschaft, anzusehen sein können.<sup>387</sup> Bei einer zu extensiven Annahme einer solchen Einheit wird nämlich der gemeinsamen Verantwortlichkeit ihr Anwendungsbereich (vollständig) genommen.

## II. Eigenständige Stellen innerhalb einer Organisation oder juristischen Person

Neben natürlichen Personen könnten auch innerorganisatorische Stellen mit einem gewissen Grad an Unabhängigkeit, wie etwa Betriebs- und Personalräte, Datenschutz- und Gleichstellungsbeauftragte, entweder der übergeordneten Organisation bzw. dem Unternehmen zuzurechnen oder als eigenständige Stelle anzusehen sein. Im Fall der Annahme einer Zurechnung ist der übergeordneten Stelle entweder entsprechend Art. 29 DSGVO ein Weisungsrecht *entgegen der Unabhängigkeit* der innerorganisatorischen Stelle zuzugestehen oder der übergeordneten, verantwortlichen Stelle wird ein Haftungsrisiko für Verarbeitungen auferlegt, die sie mangels Weisungs- und Einflussnahmemöglichkeiten nicht (vollständig) kontrollieren kann. Erfolgt hingegen keine Zurechnung, treffen diese nicht (voll-)rechtsfähigen, innerorganisatorischen Stellen trotz Einbettung in die Organisationsstruktur der übergeordneten (regelmäßig rechtsfähigen) Stel-

---

383 Vgl. hierzu insb. Erwägungsgrund 150 S. 3 DSGVO.

384 Auf die verwendeten Mittel kommt es dagegen grundsätzlich nicht an *Ambrock*, ZD 2020, 492 (494).

385 *Ambrock*, ZD 2020, 492 (493); anders hingegen bei der Verarbeitung zu eigenen Zwecken, ggf. auch unbefugt, *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 4 Rn. 248; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 38.

386 Hierzu, auch im Kontext von Bring-Your-Own-Device (BYOD), *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (146); a.A. bzgl. Corporate Influencer *Schwenke*, ITRB 2020, 92 (93).

387 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:D.I.3 (ab S. 369).

le sämtliche Pflichten als Verantwortliche nach der DSGVO. In diesem Fall kann zudem auch eine gemeinsame Verantwortlichkeit der übergeordneten Stelle und der innerorganisatorischen Stelle (zumindest) in Betracht gezogen werden. Letztlich führen beide Auslegungsmöglichkeiten nicht zu vollständig widerspruchsfreien Ergebnissen.

Im Ausgangspunkt lässt der Wortlaut des Art. 4 Nr. 7 DSGVO mit dem Begriff der „andere[n] Stelle“ („other body“) Raum, um innerorganisatorische Stellen mit gewisser Eigenständigkeit als Verantwortliche einzuordnen. Diese Eigenständigkeit setzt keine eigene Haftungsmasse voraus.<sup>388</sup> Eine fehlende Haftungsmasse kann zwar bei der Verhängung von Bußgeldern die Frage nach dem korrekten Adressaten aufwerfen, steht aber nicht sonstigen Aufsichtsmaßnahmen nach Art. 58 DSGVO unmittelbar gegenüber der Stelle entgegen. Ohnehin wurde im deutschen Recht beispielsweise der Betriebsrat in der Vergangenheit als partiell rechtsfähig durch den *BGH* anerkannt.<sup>389</sup> In Anlehnung an Art. 6 Abs. 1 lit. c, e DSGVO ist es ausreichend, dass es sich um eine Stelle handelt, die (auch) durch den Gesetzgeber in anderen Regelungen eindeutig adressiert werden kann. Dies setzt nicht notwendigerweise die (Voll-)Rechtsfähigkeit voraus.

Dass etwa dem Betriebsrat oder Datenschutzbeauftragten gesetzlich enge Grenzen für die Verarbeitungszwecke vorgegeben sind, steht ebenfalls nicht einer Verantwortlichkeit entgegen.<sup>390</sup> Aus Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO mit Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung durch einen Verantwortlichen als Rechtsgrundlage ergibt sich nämlich, dass die gesetzliche Vorgabe eines Verarbeitungszwecks die Verantwortlichkeit unberührt lässt.<sup>391</sup>

Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO steht daher – im Einklang mit der Ansicht des *LfDI BW*<sup>392</sup> und entgegen dem *BayLfD*<sup>393</sup> – nicht der Einordnung einer innerorganisatorischen Stelle mit der Befugnis zur eigenständigen Aufgabenwahrnehmung als Verantwortliche entgegen. Damit kommt es

---

388 *LfDI BW*, Tätigkeitsbericht Datenschutz 2018, S. 38; a.A. *Lücke*, NZA 2019, 658 (660); vgl. *Raschauer*, in: *Sydlow*, Art. 4 Rn. 131.

389 *BGH*, NZA 2012, 1382 (Rn. 16).

390 So aber *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (147); und *Wybitul* in *Kranig/Wybitul*, ZD 2019, 1 (1); ausführlich zur Verantwortlichkeit des Betriebsrats *Maschmann*, NZA 2020, 1207; wie hier hingegen *LfDI BW*, Tätigkeitsbericht Datenschutz 2018, S. 38.

391 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.IV.3 (ab S. 206).

392 *LfDI BW*, Tätigkeitsbericht Datenschutz 2018, S. 37 f.; so auch *LAG Sachsen-Anhalt*, NZA-RR 2019, 256 (Rn. 37); und wohl auch zust. *TLfDI*, 1. Tätigkeitsbericht, S. 67.

393 Vgl. <https://www.datenschutz-bayern.de/datenschutzreform2018/aki23.html>. So auch *LAG Hessen*, NZA-RR 2019, 196 (Rn. 32).

im Einzelfall darauf an, ob diese Stelle über Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet. Dies wird häufig der Fall sein und trägt dann, mangels Abhängigkeit von der übergeordneten Stelle, zur Wahrung der Unabhängigkeit und „innerorganisatorische[n] Eigenverantwortung“ der jeweiligen Stelle bei.<sup>394</sup> Insoweit können also Betriebs<sup>395</sup> und Personalräte, Datenschutz<sup>396</sup> und Gleichstellungsbeauftragte als Verantwortliche in Betracht kommen.<sup>397</sup> Abhängig von den konkreten Anforderungen an die Unabhängigkeit der jeweiligen Stelle wird mangels gleichberechtigter Einflussnahme auf die Zwecke und Mittel der Verarbeitungen aber oft eine gemeinsame Verantwortlichkeit ausscheiden.<sup>398</sup>

### III. Behörden im Fall von Untersuchungsaufträgen

Eine Besonderheit besteht bei „Behörden, gegenüber denen personenbezogene Daten aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung für die Ausübung ihres offiziellen Auftrags offengelegt werden, wie Steuer- und Zollbehörden, Finanzermittlungsstellen, unabhängige Verwaltungsbehörden oder Finanzmarktbehörden, die für die Regulierung und Aufsicht von Wertpapiermärkten zuständig sind“, nach Art. 4 Nr. 9 S. 2 Hs. 1 DSGVO (vgl. auch Erwägungsgrund 31 S. 1 DSGVO). Soweit den genannten Behörden

---

394 *Eßer*, in: Auernhammer, Art. 4 Rn. 81.

395 *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel, Art. 4 Rn. 167; a.A. *Kranig/Wybitul*, ZD 2019, 1 (2); *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, Art. 4 Rn. 167; offen gelassen durch *Gola*, in: Gola, Art. 4 Rn. 56; zum Diskussionsstand auch *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 208.1–3.

396 So wohl bzgl. externer Datenschutzbeauftragter *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 4 Nr. 10 Rn. 6; s. aber (womöglich missverständlich) *Jaspers/Reif*, RDV 2012, 78 (81), wonach Datenschutzbeauftragte nicht für die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben verantwortlich sind. Soweit der Datenschutzbeauftragte als Verantwortlicher wiederum selbst nach Art. 37 DSGVO zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet wäre (insb. nach Art. 37 Abs. 1 lit. a DSGVO) ist eine teleologische Reduktion anzudenken, um einen Zirkelschluss zu vermeiden.

397 Für diese Ansicht wohl Sympathien hegend *Gola*, in: Gola, Art. 4 Rn. 56, 80; in diesem Zusammenhang Reformbedarf zur Reduzierung möglicher mehrerer Verantwortlicher innerhalb einer Kommunalverwaltung erblickend *Brink/Groß*, RuP 2019, 105 (115); a.A. als hier *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel, Art. 4 Rn. 251; *Eßer*, in: Auernhammer, Art. 4 Rn. 81; *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (147); *N. Schuster*, AuR 2020, 104 (108); *Lücke*, NZA 2019, 658 (660).

398 Kapitel 4:C.III.6.b.aa (ab S. 186).

aufgrund eines konkreten<sup>399</sup> Untersuchungsauftrags personenbezogene Daten übermittelt werden, gelten die Behörden nicht als Empfänger. Die Regelung könnte Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit haben.

Zunächst ist als unmittelbare Konsequenz des Wegfalls der Empfänger-Eigenschaft eine Information der betroffenen Personen über diese Übermittlungen nach Art. 13, 14, 15 DSGVO nicht erforderlich.<sup>400</sup> Die Regelung bringt damit zum Ausdruck, dass der Untersuchungszweck gegebenenfalls einer (vorherigen) Information betroffener Personen entgegenstehen kann und eine solche Information daher nicht gewollt ist.<sup>401</sup> Außerdem kann eine Information aber auch, mangels der Vorhersehbarkeit der konkreten späteren Untersuchungen im Zeitpunkt der Information der betroffenen Personen, schlicht nicht möglich sein.<sup>402</sup> In Folge der fehlenden Empfänger-Eigenschaft sind die Behörden zudem nicht nach Art. 19 DSGVO über Berichtigungs-, Lösch- und Einschränkungsersuchen betroffener Personen zu informieren. Einer Rechtsgrundlage für die Ermittlung an die zuständigen Behörden bedarf es dennoch, da das Erfordernis aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO nicht von der Einstufung als Empfänger abhängt.<sup>403</sup> Als Rechtsgrundlagen insoweit kommen die Art. 6 Abs. 1 lit. c, e DSGVO in Betracht.<sup>404</sup>

Da die geltenden Datenschutzvorschriften nach Art. 4 Nr. 9 S. 2 Hs. 2 DSGVO explizit weiterhin Anwendung finden, bleibt die entsprechende Behörde allerdings Verantwortliche nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO.<sup>405</sup> Eine gemeinsame Verantwortlichkeit kommt bei derartigen Übermittlungen mangels *gemeinsamer* Entscheidung über Zwecke und Mittel aber nicht in Betracht.<sup>406</sup>

---

399 *Klabunde*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 4 Rn. 43.

400 *Eßer*, in: Auernhammer, Art. 4 Rn. 92; *Gola*, in: Gola, Art. 4 Rn. 79; unklar hingegen nach *Schild*, in: Wolff/Brink, Art. 4 Rn. 107.

401 Zwar wird regelmäßig die Angabe der Empfängerkategorie im Vorhinein ausreichen. Soweit man jedoch bei umfangreichen, eingeschäftigen Datenübermittlungen stets eine Pflicht zur Nennung des konkreten Empfängers aus Art. 13-15 DSGVO herleitet, entfällt diese jedenfalls.

402 Vgl. *van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, S. 245 mit Verweis auf *De Bot*.

403 Kapitel 5:E.I.3.c.aa(2) (ab S. 406).

404 *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 4 Nr. 9 Rn. 7.

405 Womöglich a.A. *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 4 Nr. 9 Rn. 8.

406 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.IV.3.b.bb (ab S. 208).

## B. Gesetzlich vorgesehene gemeinsame Verantwortlichkeit

### B. Gesetzlich vorgesehene gemeinsame Verantwortlichkeit

Die DSGVO sieht Öffnungsklauseln auch im Hinblick auf die Verantwortlichkeit vor, die für die gemeinsame Verantwortlichkeit von Relevanz sein können.

#### I. Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten

Entsprechende Öffnungsklauseln finden sich in Art. 4 Nr. 7 Hs. 2, Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO.

##### 1. Benennung des Verantwortlichen oder der Kriterien der Benennung (Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO)

Das Unionsrecht oder das nationale Recht<sup>407</sup> kann – wie schon nach Art. 2 lit. d Hs. 2 DSRL – nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO den Verantwortlichen oder die Kriterien zu seiner Bestimmung benennen,<sup>408</sup> soweit die Zwecke und Mittel der Verarbeitung ebenfalls gesetzlich festgelegt<sup>409</sup> sind. Letzteres setzt voraus, dass die DSGVO den Mitgliedstaaten insoweit die Möglichkeit zur gesetzlichen Festlegung der Zwecke und Mittel einräumt.<sup>410</sup> Daher wird es sich regelmäßig um Fälle rechtlicher Verpflichtungen (Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO) oder öffentlicher Aufgaben (Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO), jeweils i.V.m. Art. 6 Abs. 3 DSGVO, handeln.<sup>411</sup> Insoweit sind die Mitgliedstaaten auf ihr eigenes Hoheitsgebiet beschränkt und können nicht mit Wirkung für andere Mitgliedstaaten Verantwortlichkeiten festlegen. Ist aufgrund der Verarbeitungen besonderer Kategorien perso-

---

407 Denkbar sind auch Verhaltensregeln (Art. 40 DSGVO), die verbindlichen Charakter durch staatliche Anerkennung auch im Hinblick auf Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO erlangt haben, *Raschauer*, in: Sydow, Art. 4 Rn. 139 f.

408 Insoweit eine (bedingte) Gestaltungsklausel nach *M. Müller*, Öffnungsklauseln, S. 180 f.

409 Der Begriff geht mit keiner materiellen Änderung gegenüber der DSRL einher, so zutreffend *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 4 Nr. 7 Rn. 23.

410 *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 26; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 27a; dies wohl verkennend *Janicki*, in: FS Taeger, 197 (214 f.).

411 *Gola*, in: *Gola*, Art. 4 Rn. 55; *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 26.

nenbezogener Daten Art. 9 DSGVO heranzuziehen, kommen vor allem Verarbeitungen in Betracht, die auf Art. 9 Abs. 2 lit. g, h, i und j DSGVO gestützt werden.

Soweit Behörden Aufgaben gesetzlich zugewiesen werden, kann darin implizit auch die Bestimmung eines Verantwortlichen im Sinne von Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO zu sehen sein.<sup>412</sup>

Einen Beitrag zu mehr Rechtssicherheit – und zur Vermeidung jahrelanger Instanzenzüge<sup>413</sup> – leistet die Öffnungsklausel in Art. 4 Nr. 7 DSGVO aufgrund der Einschränkung auf Fälle der Art. 6 Abs. 1 lit. c, e bzw. Art. 9 Abs. 2 lit. g, h, i, j DSGVO nur bedingt. In den meisten Internetsachverhalten beispielsweise wird es weiterhin auf Verarbeitungen ankommen, für die keine gesetzliche Regelung der Verantwortlichkeit denkbar ist. Der staatliche Schutz betroffener Personen als „Systemschutz“<sup>414</sup> fußt insoweit maßgeblich auf den durch die DSGVO gesetzten, allgemeinen Rahmenbedingungen und nicht auf speziellen Regelungen typischer datenschutzrelevanter Sachverhalte durch die Mitgliedstaaten.

## 2. Festlegung der Aufgaben der gemeinsam Verantwortlichen (Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO)

Folgerichtig zu Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO kann der Gesetzgeber neben der Verantwortlichkeit selbst auch die Aufgaben unter mehreren gemeinsam Verantwortlichen nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO aufteilen.<sup>415</sup> Gleichwohl ist die Benennung der Verantwortlichen bzw. der Kriterien nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO nach dem Wortlaut des Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO („der Verantwortlichen“ – also unabhängig von der Art ihrer Benennung) keine Voraussetzung für den (nationalen) Gesetzgeber, um Festlegungen treffen zu können. Die Aufgabenverteilung kann

---

412 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 22; *Eßer*, in: Auernhammer, Art. 4 Rn. 79; vgl. auch *Raschauer*, in: Sydow, Art. 4 Rn. 141; zu einer indirekten Zuweisung (Festlegen des Verantwortlichen durch Benennung einer Partei als Auftragsverarbeiter), wie etwa in § 1 Abs. 1 S. 2 AZRG und § 2 Abs. 5 S. 2 BKA-G, *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 4 Nr. 7 Rn. 25.

413 Wie etwa in der Sache Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein. Die Auseinandersetzung begann 2011 (*Weichert*, DANA 2019, 4 (4)) und beschäftigt noch bis heute die deutschen Gerichte.

414 D.h. insb. die gesetzgeberische Gestaltung der Rahmenbedingungen, *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (535).

415 Unselbstständige Ausnahmeklausel nach *M. Müller*, Öffnungsklauseln, S. 193.

also für jede Form von gemeinsamer Verantwortlichkeit im Recht der Mitgliedstaaten festgelegt werden.<sup>416</sup> Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO bietet den Mitgliedstaaten daher einen weiten Spielraum,<sup>417</sup> Pflichtenverteilungen für typische Konstellationen gemeinsamer Verantwortlichkeit gesetzlich vorzugeben – etwa mit Blick auf Fanpage-Betreiber und soziale Netzwerke. Angesichts der Schutzmechanismen wie Transparenzpflichten (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO)<sup>418</sup> und der Möglichkeit zur Betroffenen-Rechte-Geltendmachung allen gemeinsam Verantwortlichen gegenüber (Art. 26 Abs. 3 DSGVO)<sup>419</sup> erscheint der Regelungsbedarf und -wille durch die Mitgliedstaaten freilich gering.<sup>420</sup>

### 3. Festlegung der Gemeinsamkeit der Verantwortlichkeit durch weite Auslegung des Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO

Aus der Gesamtschau von Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO und Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO ergibt sich ein Schluss auf den denknotwendigen Zwischenschritt. Der Gesetzgeber kann Zwecke und Mittel festlegen, er kann die Verantwortlichen benennen und er kann – unabhängig davon – ihre Zuständigkeiten regeln.

Bei einer engen Auslegung des Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO könnte der Gesetzgeber allerdings nicht darüber entscheiden, ob die benannten Verantwortlichen als gemeinsam Verantwortliche oder getrennt Verantwortliche zu behandeln sein sollen. Hat der Gesetzgeber bereits nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO die Zwecke und Mittel festgelegt, kann dies nicht mehr bzw. nur noch eingeschränkt durch die Verantwortlichen geschehen. Eine gemeinsame Festlegung durch die (gemeinsam) Verantwortlichen ist aber nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO Voraussetzung für die gemeinsame Verantwortlichkeit. Die Konsequenz hieraus ist: Bei gesetzlich festgelegten Verantwortlichkeiten käme es nie zu einer gemeinsamen Verantwortlichkeit und Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO würde dementsprechend nur dann Anwendung finden, wenn der Gesetzgeber nicht bereits die Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO benannt hat.

---

416 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:A.II.3.a (ab S. 243).

417 *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 77.

418 Hierzu etwa unter Kapitel 5:A.III (ab S. 277).

419 Hierzu etwa unter Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322).

420 Ähnlich *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 77 f.

Wenn der Gesetzgeber aber schon die Verantwortlichen benennen und auch die Einzelheiten ihrer Zusammenarbeit regeln kann, dann muss er erst recht in den Fällen des Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO eine Entscheidung zugunsten einer gemeinsamen Verantwortlichkeit treffen können.<sup>421</sup> Dieses Ergebnis kann durch entsprechende Auslegung des Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO erzielt werden. Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO spricht zwar nur von „[dem] Verantwortlichen“. Zahlreiche Pflichten der DSGVO, die ebenfalls im Singular von dem Verantwortlichen sprechen (wie etwa Art. 13, 14 DSGVO) finden aufgrund von Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO aber dennoch Anwendung auf gemeinsam Verantwortliche. Im Übrigen bestätigt die Systematik mit der im Halbsatz zuvor genannten Tatbestandsalternative der Gemeinsamkeit diese Auslegung. Dementsprechend nimmt Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO Bezug sowohl auf getrennt als auch gemeinsam Verantwortliche.

Der Gesetzgeber kann daher nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO explizit gemeinsam Verantwortliche benennen – vorausgesetzt, dass die Zwecke und Mittel der Verarbeitung durch das jeweilige Recht vorgegeben sind.

## II. Einzelfälle

Für die Anwendbarkeit der Art. 4 Nr. 7 Hs. 2, Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO muss der jeweiligen Rechtsvorschrift der Zweck der Regelung der *datenschutzrechtlichen* Verantwortlichkeit im Wege der Auslegung entnommen werden können. Wenn etwa Aufgabenverteilungen bezüglich organisatorischer Pflichten und nicht spezifisch datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeiten im Kreditwesen nach § 25a Abs. 1, 3 KWG geregelt werden, liegt darin noch nicht die Benennung von datenschutzrechtlich (gemeinsam) Verantwortlichen.<sup>422</sup>

Regelungen, die die Anforderungen erfüllen, finden sich schon in der DSGVO selbst. Darüber hinaus zeigt ein Blick auf die Einzelfälle, dass sich der deutsche Gesetzgeber vor allem auf die Benennung von Verantwortlichen konzentriert und, soweit ersichtlich, weder eine gemeinsame

---

421 So wohl auch *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 4 Nr. 7 Rn. 26.

422 *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (291); *Hartung*, in: Kühling/Bucher, Art. 26 Rn. 25.

## *B. Gesetzlich vorgesehene gemeinsame Verantwortlichkeit*

Verantwortlichkeit noch die Aufgabenverteilung gemeinsam Verantwortlicher festlegt.

### 1. Verarbeitungen im Zusammenhang mit Betroffenen-Rechten (Art. 12 ff. DSGVO)

Der DSGVO selbst lässt sich der Fall der Verarbeitungen im Zusammenhang mit Betroffenen-Rechten entnehmen.

#### a. Verarbeitung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO

Die Zuweisung einer Verantwortlichkeit für die Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen setzt nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO zunächst voraus, dass es sich hierbei um Verarbeitungen nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO handelt.

Bei der Bearbeitung der Betroffenen-Ersuchen aus den Art. 13 ff. DSGVO oder den Betroffenen-Rechten i.w.S.<sup>423</sup> kommt es zu Vorgängen im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten, wie etwa bei der Begrüßung (Art. 16 S. 1 DSGVO) als Veränderung<sup>424</sup> oder der Löschung (Art. 17 Abs. 1 DSGVO) als Löschung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO. Die DSGVO nimmt derlei Vorgänge nicht aus ihrem Anwendungsbereich aus, sodass letztlich auch Verarbeitungen nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO vorliegen.

Dies erscheint auch konsequent, können doch mit der Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen Risiken einhergehen, wie etwa mit Blick auf die Daten-Sicherheit (vgl. Art. 32 Abs. 1 S. 1 DSGVO), die vergleichbar sind mit den bei anderen Verarbeitungen auftretenden Risiken.

#### b. Benennung der (gemeinsam) Verantwortlichen

Zudem müssten die entsprechenden Regelungen, wie etwa die Art. 13 ff. DSGVO, die (gemeinsame) Verantwortlichkeit vorsehen (vgl. Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO).

Das setzt zunächst voraus, dass Zwecke und Mittel (zulässigerweise) durch das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten vorgegeben

---

423 Zu diesem Begriff unter Kapitel 5:A.II.3.c.dd (ab S. 259).

424 Vgl. Ernst, in: Paal/Pauly, Art. 4 Rn. 27.

sind (Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO). Während für die Mitgliedstaaten eine explizite Öffnungsklausel notwendig ist,<sup>425</sup> bedarf es einer solchen nicht bei Regelung durch den Unionsgesetzgeber innerhalb der DSGVO. Das Unionsrecht macht entsprechende Vorgaben unter anderem in den Art. 13 ff. DSGVO mit der Bearbeitung der Betroffenen-Ersuchen als Zweck und den dort geregelten Modalitäten der Verarbeitungen (s. auch Art. 12 DSGVO) als (wesentliche) Mittel.

Zugleich müsste die Regelung aber auch konkret eine Verantwortlichkeit zuweisen. Die Art. 13, 14 DSGVO regeln explizit Pflichten für Verantwortliche. Die Art. 15 ff. DSGVO regeln zwar primär Rechte der betroffenen Personen, implizieren aber spiegelbildliche Pflichten der Verantwortlichen zur Erfüllung der Betroffenen-Ersuchen. Wie üblich<sup>426</sup> wird trotz der Verwendung des Singulärs auf alle jeweils (gemeinsam) Verantwortlichen Bezug genommen. Besteht für die ursprüngliche Verarbeitung, auf die die Betroffenen-Rechte Anwendung finden, eine gemeinsame Verantwortlichkeit, werden dementsprechend auch alle gemeinsam Verantwortlichen zur Erfüllung der Betroffenen-Ersuchen verpflichtet und somit erneut als Verantwortliche adressiert. Die gemeinsame Verantwortlichkeit erstreckt sich nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO<sup>427</sup> i.V.m. dem entsprechenden Betroffenen-Recht daher auf die Bearbeitung der Betroffenen-Ersuchen.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der Regelung in Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 DSGVO. Wenn betroffene Personen zwar nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO ihre Rechte gegenüber jedem gemeinsam Verantwortlichen geltend machen können, ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung aber doch wieder auf nur einen – womöglich nicht eindeutig identifizierbaren – Verantwortlichen verwiesen sind, würde der Schutzzweck des Art. 26 Abs. 3 DSGVO konterkariert. In dem Fall würde der betroffenen Personen nämlich die Möglichkeit<sup>428</sup> genommen, sich nach der Entscheidung zur Geltendmachung gegenüber einem gemeinsam Verantwortlichen aufgrund womöglich schlechter Erfahrungen umzuentcheiden und stattdessen einen der übrigen gemeinsam Verantwortlichen diesbezüglich zu kontaktieren. Außerdem wäre eine Aufgabenverteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO im Hinblick auf Betroffenen-Rechte für *gemeinsam Verantwortliche*

---

425 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:B.I.1 (ab S. 103) m.w.N.

426 Kapitel 4:B.I.3 (ab S. 105).

427 Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO umfasst auch die Möglichkeit zur Regelung der gemeinsamen Verantwortlichkeit, vgl. Kapitel 4:B.I.3 (ab S. 105).

428 Kapitel 5:B.III.2.e (ab S. 328).

nicht notwendig, wenn im Hinblick auf die Betroffenen-Rechte gar keine gemeinsame Verantwortlichkeit mehr bestehen würde.

Die Bestimmung der Verantwortlichkeit geht im Fall der Betroffenen-Rechte zugleich mit einer gesetzlichen Grundlage für die notwendigen Verarbeitungen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 DSGVO einher. Angesichts des konkreten Verarbeitungsbezugs<sup>429</sup> und der Zuweisung der Pflicht im Hinblick auf konkrete (gemeinsam) Verantwortliche wird den (gemeinsam) Verantwortlichen in Art. 13 ff. DSGVO eine „rechtliche Verpflichtung“ zugewiesen, sodass Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO<sup>430</sup> die einschlägige Rechtsgrundlage ist.<sup>431</sup> Diese Rechtssicherheit bei der Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen trägt zur Effektivität von deren Bearbeitung<sup>432</sup> bei.

## 2. § 11 EGovG

Im nationalen Recht regelt § 11 EGovG<sup>433</sup> gemeinsame Verfahren und erinnert damit terminologisch an Datenschutzgesetze vor der DSGVO, wie etwa das außer Kraft getretene HDSG mit § 15 HDSG.<sup>434</sup> Die Vorschrift regelt gemeinsame Verfahren unter Beteiligung öffentlicher Stellen des Bundes, ohne dabei freilich konkrete datenschutzrechtliche Regelungen zu treffen, wie etwa als Ausprägung von Art. 6 Abs. 1 lit. c, e DSGVO.<sup>435</sup> Nach § 11 Abs. 1 EGovG wird allerdings eine gemeinsame Verantwortlichkeit bereits vorausgesetzt, sodass gerade kein Gebrauch von der Öffnungsklausel in Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO gemacht wird. Für die konkrete Aufgabenverteilung wird in § 11 Abs. 3 EGovG auf die Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO verwiesen. Auch von der Öffnungsklausel in Art. 26 Abs. 1 S. 2

---

429 Vgl. *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, Art. 6 Rn. 16; *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner*, Art. 6 Rn. 76.

430 Soweit Art. 9 Abs. 1 DSGVO greift, lässt sich wohl nur an Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO und das Datenschutzrecht selbst als allgemeiner Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung ihrer Daten als erhebliches öffentliches Interesse denken.

431 *Pohle/Spittka*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 12 Rn. 18.

432 Hierzu ausführlich unter Kapitel 3:B.III (ab S. 65).

433 Zur Bedeutung und gemeinsamer Verantwortlichkeit in der Justiz *Engeler*, in: *Specht/Mantz*, Teil C, § 22, Rn. 29-32; zu E-Government-Portalen *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 26; und auch *Petri*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Art. 26 Rn. 3; Case-Study anhand von Gov.UK Verify *Stalla-Bourdillon/Pearce/Tsakalakis*, CLSR 34 (2018), 784.

434 *Gola*, in: *Gola*, Art. 4 Rn. 53.

435 Ähnlich *Gola*, in: *Gola*, Art. 4 Rn. 54.

a.E. DSGVO macht der Gesetzgeber damit keinen Gebrauch, sondern überlässt die Ausgestaltung der Zusammenarbeit den Einrichtungen und Gesetzgeber(n) im Einzelfall.

### 3. § 7 Abs. 5, § 8 Abs. 3 S. 4 KWG

Im Rahmen des 2. DSAnpUG-EU<sup>436</sup> wurden verschiedene datenschutzrechtliche Verantwortlichkeiten zugewiesen. Nach § 7 Abs. 5 KWG können Bundesanstalt und Deutsche Bundesbank gemeinsame Dateisysteme einrichten, die personenbezogene Daten enthalten (vgl. § 7 Abs. 5 S. 4 KWG). Nach § 7 Abs. 5 S. 2 KWG soll jede der Stellen nur die von ihr eingegebenen Daten verändern oder löschen und insoweit verantwortlich sein. Zugleich haben aber beide Stellen Zugriff auf die von der anderen Datei eingegebenen Daten.

Angesichts der gemeinsamen Nutzung liegt eine gemeinsame Verantwortlichkeit der Beteiligten nahe. Der deutsche Gesetzgeber hat aber in nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO zulässiger Weise – die Zusammenarbeit lässt sich wohl auf Art. 6 Abs. 1 lit. c, e DSGVO stützen – gegen eine solche votiert und stattdessen eine getrennte Verantwortlichkeit gesetzlich verankert. Die Aufgabenverteilung, insbesondere bezüglich technischer und organisatorischer Maßnahmen, obliegt nach § 7 Abs. 5 S. 4 KWG den Parteien im Einzelfall – wie schon nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO.

Der Regelung zum allgemeinen gegenseitigen Datenaustausch nach § 8 Abs. 3 S. 4 KWG lassen sich schon keine Anhaltspunkte für eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Benennung der Verantwortlichkeiten entnehmen. Insoweit wurde also von keiner der genannten Öffnungsklauseln Gebrauch gemacht.

### 4. SGB II, VII und XI

Die Regelungen zur Datenübermittlung bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende wurden ebenfalls durch das 2. DSAnpUG-EU geändert. Nach § 50 Abs. 2 SGB II ist nur die sog. gemeinsame Einrichtung als eine von mehreren Stellen, die an Datenübermittlungen beteiligt sind, als

---

436 BGBl. 2019 I Nr. 41, 1626.

Verantwortliche im Sinne von Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO benannt.<sup>437</sup> Für den in diesem Zusammenhang aufzubauenden gemeinsamen zentralen Datenbestand im Sinne des § 50 Abs. 3 S. 2 SGB II besteht danach keine gemeinsame Verantwortlichkeit.

Im Übrigen finden sich Regelungen mit datenschutzrechtlicher Relevanz im SGB VII und SGB XI. In § 96 Abs. 1 S. 1 SGB XI wird die Zulässigkeit einer gemeinsamen Verarbeitung personenbezogener Daten durch Pflegekassen und Krankenkassen klargestellt. § 204 SGB VII regelt Verarbeitungen im Zusammenhang mit durch mehrere Unfallversicherungsträger genutzte gemeinsame Dateisysteme. Beide Regelungen gestatten die Verarbeitungen durch die Beteiligten als Verantwortliche und können daher als Regelungen im Sinne des Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO angesehen werden. Der Gesetzgeber hat dort allerdings ebenfalls auf das Vorsehen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit und einer festgelegten Aufgabenverteilung (vgl. Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO) verzichtet.

## 5. Weitere Regelungen im Überblick

Daneben werden in der Literatur – auch über die DSGVO hinaus, etwa im Anwendungsbereich der JI-Richtlinie 2016/680 – als gesetzliche Regelungen mit Relevanz für die (gemeinsame) Verantwortlichkeit genannt: die Antiterrordatei,<sup>438</sup> das nationale Waffenregister, die Neonazi-Datei, die Visa-Warndatei und auf europäischer Ebene das Schengen-Informationssystem (SIS) sowie das Visa-Informationssystem (VIS).<sup>439</sup> Diese Regelungen setzen allerdings allesamt auf getrennte Verantwortlichkeiten oder schweigen sich zur Verantwortlichkeit aus. Regelmäßig würde sich bei diesen Systemen *de lege ferenda* die Überführung in klar(er)e Verantwortlichkeitsstrukturen,<sup>440</sup> sodann die explizite Festlegung gemeinsamer Verantwortlichkeit und in dem Zuge auch eine gesetzliche Aufgabenverteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO bzw. Art. 21 Abs. 1 S. 2 a.E. JI-RL anbieten.

---

437 Krit. zu fehlenden Regelungen gemeinsamer Verantwortlichkeit im SGB II VG Wiesbaden, Beschl. v. 15.01.2019 – 22 K 4755/17.WI.PV (juris) (Rn. 24).

438 Krit. hierzu S. Schulz, in: Gola/Heckmann, § 46 Rn. 47.

439 Schild, in: Wolff/Brink, Art. 4 Rn. 92; so auch P. Kramer, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 4 Nr. 7 Rn. 23; etwa auch § 45 S. 2 BDSG, den Heckmann/Scheurer, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 205 (aufgrund der insoweit fehlenden Anwendbarkeit der DSGVO) unzutreffend als Regelung im Sinne von Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO einordnen.

440 Schild, in: Wolff/Brink, Art. 4 Rn. 92.

### *C. Gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO*

Neben den Regelungen mit expliziter oder impliziter Verantwortlichkeitszuweisung sind die Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO zur Bestimmung gemeinsamer Verantwortlichkeit von großer Bedeutung. Dabei ist unter der DSGVO kein Raum für eine Verantwortlichkeit aufgrund traditioneller oder impliziter Zuständigkeit, wie etwa mit Blick auf den Arbeitgeber im Verhältnis zu seinen Mitarbeitern.<sup>441</sup> Stattdessen können solche traditionellen Rollen (nur) im Rahmen der Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse Berücksichtigung finden.<sup>442</sup>

#### **I. Prüfungsmaßstab und -anforderungen**

Die Prüfung der (gemeinsamen) Verantwortlichkeit orientiert sich an konkreten Verarbeitungen, vgl. Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO.<sup>443</sup> Sowohl diese Verarbeitungen als auch die gemeinsame Verantwortlichkeit selbst sind unter Beachtung der Anforderungen der DSGVO an die einzunehmende Perspektive und Betrachtungsweise zu prüfen.

##### **1. Funktionelle Betrachtungsweise und Perspektive**

Im Hinblick auf den Transparenzgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO) ist die Perspektive einer durchschnittlichen betroffenen Person einzunehmen.<sup>444</sup> Diese Perspektive erlangt ebenfalls im Rahmen der gemeinsamen Verantwortlichkeit Bedeutung, etwa wenn zu untersuchen ist, ob sich mehrere Vorgänge als eine Verarbeitung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO darstellen, soweit die Tatbestandsmerkmale dieser Perspektive nicht ausdrücklich entgegenstehen.

---

441 So noch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 13.

442 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 25.

443 S. auch schon unter Kapitel 2:A.I (ab S. 40).

444 Kapitel 3:B.V.1.a (ab S. 74).

a. Subjektive Perspektiven und Einflüsse

Im Grundsatz folgt daraus jedenfalls, dass bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale und im Rahmen der Rechtsfolgen keine subjektive Perspektive einzunehmen ist. Dadurch wird Rechtssicherheit für die Beteiligten hergestellt.

aa. Grundsatz der Einnahme einer nicht rein subjektiven Perspektive

Es kommt in diesem Sinne beispielsweise nicht darauf an, wen die gemeinsam Verantwortlichen als verantwortlich ansehen oder ansehen wollen.<sup>445</sup> Ebenso wenig ist hierfür grundsätzlich die subjektive Perspektive einer betroffenen Person von Bedeutung.<sup>446</sup> Die betroffene Person ist zwar ausweislich Art. 1 Abs. 2 DSGVO das Schutzsubjekt des Datenschutzrechts. Allerdings ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu Regelungen, wie etwa Art. 6 Abs. 1 lit. f,<sup>447</sup> Art. 21 Abs. 1 S. 1 DSGVO, die die subjektive Perspektive einer betroffenen Person für (teilweise) maßgeblich erklären, dass diese im Übrigen nicht einzunehmen ist. Im Einklang hiermit muss etwa eine Aufsichtsbehörde nicht konkret einzelne betroffene Personen benennen, um Aufsichtsmaßnahmen anordnen zu können (vgl. etwa Art. 58 Abs. 2 lit. a DSGVO), sondern kann sich insoweit auf abstrakt datenschutzrelevante Verarbeitungen beschränken.

bb. Subjektive Merkmale

Die Berücksichtigung einzelner subjektiver Merkmale ist dennoch denkbar. Der Bestimmung der Verarbeitungszwecke als Ziel einer Verarbeitung ist etwa ein subjektives Element inhärent.<sup>448</sup> Die Annahme einer Gemeinsamkeit im Sinne der Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO kann sich (auch) auf subjektiv geprägte Indizien gründen. Der *EuGH* hat in der Vergangenheit beispielsweise das Wissen eines (gemeinsam) Verantwort-

---

445 P. Voigt/Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 44.

446 Vgl. etwa auch für die Privathaushaltssumme Mengozzi, Schlussanträge C-25/17, Rn. 37.

447 Albers/Veit, in: Wolff/Brink, Art. 6 Rn. 53.

448 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.II.1.b.aa(2) (ab S. 124).

lichen um durch einen anderen (gemeinsam) Verantwortlichen durchgeführte Verarbeitungen berücksichtigt.<sup>449</sup>

cc. Verobjektivierte Perspektive betroffener Personen

Im Übrigen ist vor allem die Perspektive betroffener Personen von Bedeutung angesichts des zentralen Ziels der DSGVO, dem Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher (betroffener) Personen (Art. 1 Abs. 2 DSGVO).<sup>450</sup> Der *EuGH* stützt die weite Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Verantwortlichkeit dementsprechend maßgeblich auf die betroffenen Personen und bezieht damit die (verobjektivierte) Perspektive betroffener Personen ein.<sup>451</sup>

Die Notwendigkeit einer solchen Verobjektivierung – bei der Prüfung gemeinsamer Verantwortlichkeit und damit erst recht bei der Betrachtung der bloßen Verantwortlichkeit – bestätigt auch<sup>452</sup> Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO, wenn die Vereinbarung die „*tatsächlichen* Funktionen und Beziehungen“ gebührend widerspiegeln soll.<sup>453</sup> Im Ergebnis sind die Verarbeitungsvorgänge nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO und Entscheidungsbeiträge potenziell Verantwortlicher aus der (verobjektivierten) Sicht betroffener Personen zu bewerten.<sup>454</sup>

Außerdem können im Rahmen von sowohl Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO als auch Art. 26 DSGVO die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen bzw. die Absehbarkeit der Verarbeitungen Berücksichtigung finden (vgl. Erwägungsgrund 47 S. 1, 3 DSGVO).<sup>455</sup> Die Einschränkung auf *vernünftige* Erwartungen und die Absehbarkeit im Sinne einer Branchen-

---

449 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 77) – Fashion ID. Hierzu auch unter Kapitel 4:C.III.6.b (ab S. 185).

450 Vgl. auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 14, wonach „der den betroffenen Personen vermittelte Eindruck und die berechtigten Erwartungen“ zu berücksichtigen sind; *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 36); *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 8; nicht mehr derart hervorgehoben hingegen durch *EDPB*, Guidelines 7/2020. S. auch schon unter Kapitel 3:B.V.1.a (ab S. 74).

451 *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 34) – Google Spain; NJW 2018, 2537 (Rn. 27 f.) – Wirtschaftsakademie; NJW 2019, 285 (Rn. 66) – Zeugen Jehovas; NJW 2019, 2755 (Rn. 65 f.) – Fashion ID.

452 S. schon zuvor unter Kapitel 4:C.I.1.a.aa (ab S. 113).

453 *Martini*, in: *Paal/Pauly*, Art. 26 Rn. 18.

454 *Weichert*, DANA 2019, 4 (6).

455 So auch bzgl. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO *Martini/Botta*, VerwArch 110 (2019), 235 (257).

üblichkeit<sup>456</sup> stellt sich insoweit als Korrektiv dar,<sup>457</sup> das den sonst subjektiv zu ermittelnden Erwartungen Grenzen setzt und sie damit ebenfalls in gewisser Weise objektiviert.

Maßgeblich ist damit, wie im Rahmen der Transparenz,<sup>458</sup> grundsätzlich die verobjektivierte Perspektive einer betroffenen Person und es ist auf eine durchschnittlich informierte, verständige und situationsadäquat aufmerksame betroffene Person abzustellen, soweit die DSGVO nichts Abweichendes vorsieht.

#### b. Funktionelle Betrachtungsweise

Aus dieser Perspektive heraus ist das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der (gemeinsamen) Verantwortlichkeit *funktionell* und nicht *formal* zu prüfen.<sup>459</sup>

Anders als unmittelbar nach Art. 2 lit. d Übereinkommen Nr. 108 kommt es nämlich grundsätzlich nicht (mehr) darauf an, wem formal – durch den Gesetzgeber oder durch die beteiligten Parteien selbst<sup>460</sup> – Verantwortung zugewiesen wird.<sup>461</sup> Diese formale Betrachtung erlangt nur ausnahmsweise Bedeutung, etwa wenn der Gesetzgeber nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2, Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO Verantwortung zuweist.<sup>462</sup> Mit der *Ausübung* solcher formalen Verantwortlichkeitszuweisungen wären die entsprechenden Parteien auch nach den tatsächlichen Verhältnissen Verantwortliche. Funktionelle und formale Betrachtungsweise kommen dann zum gleichen Ergebnis – aber eben nur soweit die formalen Vorgaben durch die Parteien umgesetzt werden.

---

456 Albers/Veit, in: Wolff/Brink, Art. 6 Rn. 53.

457 Ähnlich für *berechtigte* Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO S. Schulz, in: Gola, Art. 6 Rn. 57.

458 Kapitel 3:B.V.1.a (ab S. 74).

459 EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 12, 49; Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 12; zur Vertragstheorie als Ausprägung einer formalen Betrachtungsweise Ziegenborn/Fokken, ZD 2019, 194 (196).

460 Schünicht, Informationelle Selbstbestimmung, S. 81.

461 Kapitel 2:A.I (ab S. 40).

462 Vgl. auch Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 12 ff.; Arning/Rothkegel, in: Taege/Gabel, Art. 4 Rn. 171; Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 4 Nr. 7 Rn. 12. S. aber auch § 45 S. 2 BDSG im Anwendungsbereich der mit den §§ 45 ff. BDSG umgesetzten JI-RL.

Formale Verantwortlichkeitszuweisungen *der potenziell Verantwortlichen* können allerdings ein Indiz für die tatsächlichen Beiträge sein.<sup>463</sup> Wenn etwa der europäischen Tochter eines US-Unternehmens vertraglich umfangreiche Entscheidungsbefugnisse im Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Daten eingeräumt werden, ist dies ein Indiz für einen entsprechenden Entscheidungs- bzw. Festlegungsbeitrag. Das Indiz kann aber widerlegt werden, wenn die europäische Tochter tatsächlich sämtliche derartige Entscheidungen dem US-Unternehmen überlässt und womöglich auch diesbezüglich eine entsprechende Erwartungshaltung des US-Unternehmens vorherrscht.<sup>464</sup> Die Beurteilung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit auf Basis der vertraglichen Beziehungen verglichen mit einer funktionellen Betrachtungsweise fällt daher vor allem dann auseinander, wenn vertragliche Einwirkungs- und Entscheidungsmöglichkeiten nicht wahrgenommen werden.<sup>465</sup>

Die maßgebliche funktionelle Betrachtungsweise führt im Rahmen der Prüfung der Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO dazu, dass es auf die *tatsächlichen* Entscheidungs- bzw. Festlegungsbeiträge („*de facto*“) und Verhältnisse ankommt,<sup>466</sup> wie sie sich aus der verobjektivierten Sicht einer betroffenen Person darstellen. Damit ist beispielsweise zu prüfen, wie viel Einfluss eine Person oder Stelle *tatsächlich* auf die Verarbeitungen ausübt und nicht wie viel Einfluss sie etwa nach den vertraglichen Verhältnissen ausüben *könnte*. Weisungen,<sup>467</sup> tatsächliche Kontrolle aufgrund vertraglicher oder sachenrechtlicher Rechtspositionen<sup>468</sup> und sonstige Formen der Einflussnahme finden dementsprechend Berücksichtigung. Diese funktionelle Betrachtungsweise, die – auch gegenüber Aufsichtsbehörden – den zum Verantwortlichen werden lässt, der Einfluss

---

463 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 26; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 23; vgl. auch *Thole*, ZIP 2018, 1001 (1002); *Moos/Rothkegel*, MMR 2018, 596 (596); vgl. auch *Schreiber*, ZD 2019, 55 (58); *Schreibauer*, in: *Auernhammer*, Art. 26 Rn. 4.

464 Vgl. *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 83 f.

465 *Däubler*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, Art. 26 Rn. 7.

466 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 12, 49; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 11, 14; *Jääskinen*, Schlussanträge C-131/12, Rn. 83; *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 99) – Wirtschaftsakademie; *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 81; *Wagner*, ZD 2018, 307 (309); *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 3; *Schreibauer*, in: *Auernhammer*, Art. 26 Rn. 8; *C. Schröder/Amelie von Alten/Weinhold*, DuD 2018, 746 (751); differenziert *C. Sebastian Conrad*, DuD 2019, 563 (564).

467 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 67 f.) – Zeugen Jehovas.

468 Etwa die (ausgeübte) Kontrolle über Server, auf denen personenbezogene Daten verarbeitet werden.

zugunsten der Datenschutzrechtskonfirmität der Verarbeitungen ausüben kann, verhilft dem Datenschutzrecht zu mehr Durchschlagskraft.<sup>469</sup>

## 2. Reichweite einer zu betrachtenden Verarbeitung (Art. 4 Nr. 2 DSGVO)

Die Entscheidungen über Zwecke und Mittel und die Gemeinsamkeit dieser Entscheidungen knüpft nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO an konkrete Verarbeitungen (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) an. Die Gemeinsamkeit muss sich dementsprechend auf die gleichen Verarbeitungen beziehen.<sup>470</sup> Für die Untersuchung der gemeinsamen Verantwortlichkeit ist also – grundsätzlich vorgelagert – die Ermittlung der Verarbeitungen und ihre präzise Abgrenzung voneinander notwendig, wie es auch die nicht-abschließende und kleinschrittige Aufzählung einiger Vorgänge in Art. 4 Nr. 2 DSGVO nahelegt.<sup>471</sup>

### a. Einzelne Vorgänge

Die Verarbeitung umfasst nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO jegliche<sup>472</sup> (teil-)automatisierten Vorgänge im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Beispielhaft genannt werden können insoweit etwa die Erhebung, die Speicherung, die Veränderung, die Offenlegung durch Übermittlung oder andere Form der Bereitstellung und – als Auffangtatbestand<sup>473</sup> – die Verwendung. Die Vorgänge sind grundsätzlich unabhängig voneinander zu betrachten, sodass beispielsweise eine vorherige Veröffentlichung personenbezogener Daten weiteren Verarbeitungen im Zusammenhang mit diesen veröffentlichten Daten nicht entgegensteht.<sup>474</sup>

---

469 *Maschmann*, NZA 2020, 1207 (1208 f.).

470 *Lang*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 26 Rn. 17.

471 Wie sie etwa auch im Urheberrecht im Hinblick auf einzelne Handlungen erforderlich ist, vgl. *EuGH*, ZUM 2013, 390 (Rn. 24–26, 39) – ITV Broadcasting u.a.; vgl. auch *Jääskinen*, Schlussanträge C-131/12, Rn. 75.

472 Wie es neben dem Wortlaut („jeden“ bzw. „any“) auch die nicht-abschließende Aufzählung („wie“ bzw. „such as“) an möglichen Verarbeitungsaktivitäten in Art. 4 Nr. 7 DSGVO bzw. der Auffangtatbestand der Verwendung verdeutlicht.

473 *Ernst*, in: *Paal/Pauly*, Art. 4 Rn. 29.

474 *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 30) – Google Spain.

- b. Zusammenfassung mehrerer Vorgänge als Vorgangsreihe und damit eine Verarbeitung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO

Die Verarbeitung kann nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO nicht nur einzelne Vorgänge („Vorgang“ bzw. „operation“), sondern auch „Vorgangsreihen“ („set of operations“) umfassen. Einzelne Vorgänge können als Vorgangsreihe eine einheitliche Verarbeitung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO darstellen und damit für die Frage nach der (gemeinsamen) Verantwortlichkeit gemeinsam zu betrachten sein.<sup>475</sup> Der *EuGH* bestätigt diese Vorgehensweise (unter der DSRL), wenn er betont, dass „eine Verarbeitung personenbezogener Daten aus einem oder mehreren Vorgängen bestehen kann“.<sup>476</sup> Zudem hat der *Gerichtshof* die Erhebung und Weitergabe als Übermittlung bei einer Website-Weiterleitung einheitlich als eine Verarbeitung geprüft<sup>477</sup> sowie die im Rahmen einer Facebook-Fanpage stattfindenden Verarbeitungen zwar nicht als eine Verarbeitung bezeichnet, zumindest aber ebenfalls zusammen geprüft.<sup>478</sup>

Diese Zusammenfassung einzelner Vorgänge setzt sich in Art. 6 Abs. 1 DSGVO fort. Dort wird von „wenn“ statt „soweit“ im Hinblick auf die Rechtfertigungstatbestände für Verarbeitungen gesprochen, sodass als eine Verarbeitung zusammenhängende Vorgänge zusammen zu prüfen sind.<sup>479</sup> Abzugrenzen ist die Betrachtung als ein einheitlicher Vorgang allerdings von Art. 83 Abs. 3 DSGVO, der die zusammenfassende Betrachtung von „miteinander verbundenen Datenverarbeitungsvorgängen“ ermöglicht. Diese Betrachtung zielt teleologisch eher auf eine (weitere) Tat-einheit, berücksichtigt weniger die Perspektive einer betroffenen Person, setzt schon die Verantwortlichkeit voraus<sup>480</sup> und ist daher so weit zu ver-

---

475 *Jotzo*, JZ 2018, 1159 (1161), nach dem sich der *EuGH* dieser Betrachtungsweise angeschlossen hat; *Härtig*, Datenschutz-Grundverordnung, Rn. 331; vgl. auch *Krohm/Müller-Peltzer*, RDV 2016, 307 (310 f.); und schon *Monreal*, ZD 2014, 611 (612); diese Einheit wird auch (erneut) angedeutet bei *Monreal*, PinG 2017, 216 (220); *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 99.

476 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 72) – Fashion ID; zust. mit Blick auf den Wortlaut des Art. 4 Nr. 2 DSGVO *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 45); s. auch schon *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 31) – Wirtschaftsakademie.

477 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 76 ff.) – Fashion ID; zust. etwa *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (585).

478 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 34 ff.) – Wirtschaftsakademie.

479 *Krohm/Müller-Peltzer*, RDV 2016, 307 (311).

480 Ein weiteres Verständnis der zusammenfassenden Verarbeitungsvorgänge bereits auf Ebene der Verantwortlichkeit würde damit den Art. 83 Abs. 3 DSGVO überflüssig machen.

stehen, dass auch (konkrete) Vorgänge mit unterschiedlichen betroffenen Personen umfasst sein können.<sup>481</sup>

Die Betrachtung einzelner Vorgänge als zusammengefasste Vorgangsreihe (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) aus der verobjektivierten Sicht einer betroffenen Person<sup>482</sup> kann nach der *Art.-29-Datenschutzgruppe* als Ausprägung der Betrachtung auf der „Makroebene“ angesehen werden.<sup>483</sup> Diese Zusammenfassung von Vorgängen auf der Makroebene folgt verschiedenen Kriterien. Da die Zusammenfassung die einheitliche Prüfung der Rechtmäßigkeit erfordert und diese mit dem verfolgten Verarbeitungszweck zusammenhängt (vgl. etwa Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 13 Abs. 1 lit. c DSGVO), ist der Zweck ein entscheidendes Kriterium. Zugleich bezieht sich die Verantwortlichkeit ebenfalls einheitlich auf die als Verarbeitung zusammengefassten Vorgänge. Dementsprechend sind die beteiligten Parteien und neben den Zwecken auch die Verarbeitungsmittel (Art. 4 Nr. 7 DSGVO) nicht nur für die Prüfung der Verantwortlichkeit relevant, sondern schon bei der Prüfung der Zusammenfassung von Vorgängen als Vorgangsreihe einzubeziehen. Die Begriffe der Verarbeitung und Verantwortlichkeit können sich insoweit gegenseitig bedingen. In Zweifelsfällen ist die Verarbeitung allerdings enger zu fassen, um der kleinschrittigen Aufzählung in Art. 4 Nr. 2 DSGVO gerecht zu werden und um die Verantwortlichkeiten in Bezug auf die Verarbeitungen klar abgrenzen zu können. Je eher Zwecke und Mittel mehrerer Datenverarbeitungsvorgänge übereinstimmen,<sup>484</sup> je eher diese einander bedingen<sup>485</sup> und daher aus der verobjektivierten Sicht einer betroffenen Person „zusammengehören“, desto eher sind diese als eine Verarbeitung zusammenzubetrachten.<sup>486</sup> Die bloße Kausalität und das Aufeinanderfolgen von Verarbeitungsvorgängen genügt aber nicht, um diese für die Betrachtung zusammenzufassen.<sup>487</sup>

---

481 *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, Art. 83 Rn. 16.

482 *Ingold*, in: *Sydow*, Art. 26 Rn. 8; *Golland*, K&R 2019, 533 (535). Hierzu schon unter Kapitel 4:C.I.1 (ab S. 112).

483 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 25; zust. *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (400); hierzu nur noch kurz *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 40.

484 Vgl. *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 3).

485 *Krohm/Müller-Peltzer*, RDV 2016, 307 (310 f.).

486 Dies entbindet jedoch nicht davon, eindeutige (Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO) bzw. konkrete Zwecke zu ermitteln, hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.II.1.b.aa(2) (ab S. 124).

487 Vgl. *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 74 f.

### 3. Faktoren außerhalb der jeweiligen Verarbeitung

Die Koppelung der Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO an konkrete Verarbeitungen steht einer Berücksichtigung weiterer Faktoren nicht entgegen. Sowohl der Begriff der Entscheidung bzw. Festlegung<sup>488</sup> über Verarbeitungsmittel (Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO) als auch der Begriff der Gemeinsamkeit<sup>489</sup> öffnen die Prüfung für die Einbeziehung weiterer Umstände.

Dementsprechend betont der *EuGH* die Notwendigkeit, sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.<sup>490</sup> In den einschlägigen Entscheidungen wurden Umstände gewürdigt, die nicht mehr unmittelbar mit der eigentlichen Verarbeitung zusammenhängen: Die Unterzeichnung eines Vertrags zwischen den (gemeinsam) Verantwortlichen,<sup>491</sup> der Zugriff auf Statistiken, die auf der Verarbeitung personenbezogener Daten beruhen,<sup>492</sup> die Ermunterung zu und die Organisation von Haustürbesuchen, in deren Rahmen es zu Verarbeitungen kommt,<sup>493</sup> Handlungen in dem Wissen um Datenverarbeitungen,<sup>494</sup> die vorherige Registrierung einer betroffenen Person bei einem der (gemeinsam) Verantwortlichen<sup>495</sup> sowie weitere Umstände.<sup>496</sup> Diesen Umständen wird im Folgenden<sup>497</sup> ebenfalls Rechnung zu tragen sein.

---

488 Kapitel 4:C.II.2.a (ab S. 133).

489 Kapitel 4:C.III.1 (ab S. 158).

490 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 73) – Zeugen Jehovas; und vgl. auch NJW 2018, 2537 (Rn. 43) – Wirtschaftsakademie.

491 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 32) – Wirtschaftsakademie.

492 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie.

493 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 70) – Zeugen Jehovas.

494 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 77) – Zeugen Jehovas.

495 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 75, 83) – Fashion ID.

496 Vgl. etwa *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 37, 39) – Google Spain; NJW 2018, 2537 (Rn. 40) – Wirtschaftsakademie; NJW 2019, 285 (Rn. 68) – Zeugen Jehovas.

497 S. insb. unter Kapitel 4:C.III.6 (ab S. 182).

## II. Festlegung der Zwecke und Mittel – Verantwortlichkeit in Abgrenzung zur Auftragsverarbeitung und Nicht-Verantwortlichkeit

Die gemeinsame Verantwortlichkeit setzt zunächst grundsätzlich<sup>498</sup> die Verantwortlichkeit jedes potenziell gemeinsam Verantwortlichen voraus.<sup>499</sup> Erforderlich ist hierfür die „[Entscheidung] über Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung“ („determines the purposes and means of the processing of personal data“) nach dem autonom europarechtlich auszulegenden<sup>500</sup> Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO.

Im Rahmen der Merkmals der Festlegung ist sowohl zum Auftragsverarbeiter (Art. 4 Nr. 8 DSGVO) abzugrenzen, der im Auftrag eines oder mehrerer Verantwortlichen handelt und einige der Mittel einer Verarbeitung selbst festlegen kann,<sup>501</sup> als auch zum Nicht-Verantwortlichen (vgl. Art. 4 Nr. 10 DSGVO), der nicht ausreichend an den Festlegungen der Zwecke und Mittel einer Verarbeitung beteiligt ist. Die Abgrenzung der Verantwortlichkeit zur gemeinsamen Verantwortlichkeit erfolgt hingegen im Rahmen des Merkmals der „Gemeinsamkeit“.<sup>502</sup>

### 1. Zwecke und Mittel

Die „Zwecke und Mittel“ sind die entscheidenden Umstände einer Verarbeitung, worüber die Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO und zuvor Art. 2 lit. d DSRL entscheiden. Dementsprechend handelt es sich bei den Zwecken und Mitteln aus Sicht des europäischen Gesetzgebers um die wesentlichen Charakteristika einer Verarbeitung mit Blick auf die Bestimmung der Verantwortlichkeit.

---

498 Zur Ausnahme mit Blick auf den Anwendungsbereich s. unter Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162). S. auch Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 18.

499 So auch Rothkegel/Strassemeyer, CRi 2019, 161 (Rn. 26); Gierschmann, ZD 2020, 69 (71); Lang, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 16; und wohl auch EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 47.

500 Dies gilt auch für die übrigen unter der DSGVO definierten Rollen Ziegenhorn/Fokken, ZD 2019, 194 (196).

501 EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 35, 38; Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 17, 34; EDSB, Leitlinien Verantwortlicher, S. 10.

502 Dies verkennend etwa Kartheuser/Nabulsi, MMR 2018, 717 (720).

a. Erkenntnisse aus der Gesetzgebungshistorie

Zuvor wurden in Art. 2 lit. d Übereinkommen Nr. 108 neben dem Zweck die Arten personenbezogener Daten und die anzuwendenden Verarbeitungsverfahren genannt.<sup>503</sup> Die Arten personenbezogener Daten erkennt der europäische Gesetzgeber noch heute unter der DSGVO als ein zentrales Element an – zumindest mit Blick auf die Information der betroffenen Person (Art. 14 Abs. 1 lit. d DSGVO: „die Kategorien personenbezogener Daten“).<sup>504</sup> Der Begriff der Verfahren erinnert an die in Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO genannten Mittel einer Verarbeitung, mithin das „Wie“ einer Verarbeitung.<sup>505</sup>

In Art. 4 Nr. 5 DSGVO-E(KOM) wurden die Begriffe der Zwecke, der Daten-Arten und des Verfahrens ersetzt durch den Dreiklang von Zwecken, Mitteln und Bedingungen („conditions“ – insoweit macht die englische Sprachfassung deutlich, dass keine Bezugnahme auf die Erlaubnisstatbestände nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO-E(KOM) gemeint ist). Der Begriff der Bedingungen kann sich sowohl mit dem der Zwecke als auch dem der Mittel überschneiden. Vor allem stellte der Begriff der Bedingungen klar, dass weitere Umstände zu berücksichtigen sind, wie etwa die Entscheidung über die Kategorien betroffener Personen.

Mit der finalen Fassung des Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO entschied sich der Gesetzgeber wohl aus Vereinfachungsgründen für die Anlehnung an Art. 2 lit. d DSRL und damit das Abstellen auf Zwecke und Mittel. Weitere Umstände der Verarbeitungen sind zumindest zu berücksichtigen, soweit sie Auswirkungen auf die Zwecke und Mittel haben. Der Gesetzgeber hat darüber hinaus die Bedeutung weiterer Umstände für die datenschutzrechtliche Beurteilung an verschiedenen Stellen der DSGVO deutlich gemacht. Nach Art. 23 Abs. 2 lit. b, f DSGVO hielt der europäische Gesetzgeber bei mitgliedstaatlichen Beschränkungen zumindest spezifische Vorschriften „in Bezug auf [...] die Kategorien personenbezogener Daten“ und „die jeweiligen Speicherfristen sowie die geltenden Garantien unter Berücksichtigung von Art, Umfang und Zwecken der Verarbeitung oder der Verarbeitungskategorien“ für notwendig. Die Kategorien betroffener Personen

---

503 Vgl. im Übrigen zum Übereinkommen Nr. 108 unter Kapitel 2:A.I (ab S. 40).

504 Die Entscheidung über die Arten ist weiterhin für die Annahme (gemeinsamer) Verantwortlichkeit von Bedeutung, *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 17; und mittlerweile auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38. S. zu den maßgeblichen Abgrenzungskriterien im Überblick unter Kapitel 4:C.III.6 (ab S. 182).

505 Vgl. *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 31, 33; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 16.

werden explizit in Art. 28 Abs. 3 S. 1, Art. 30 Abs. 1 S. 1 lit. c Var. 1, Art. 33 Abs. 3 lit. a DSGVO genannt. Diese Wertungen können fruchtbar gemacht werden, um Auslegungsspielräume zu füllen, die sich durch die Begriffe der Zwecke und vor allem der Mittel einer Verarbeitung ergeben.

#### b. Definition der Zwecke und Mittel

Für die in Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO genannten Zwecke und Mittel wurden bereits unter der DSRL Definitionen entwickelt,<sup>506</sup> die durch die Rechtsprechung eine Konkretisierung erfahren haben.<sup>507</sup>

##### aa. Zwecke

Der Zweck kann definiert werden als „erwartetes Ergebnis, das beabsichtigt ist oder die geplanten Aktionen leitet“.<sup>508</sup> Gemeint ist, mit anderen Worten, das (konkrete) „Warum“ und „Wofür“ einer Datenverarbeitung.<sup>509</sup>

###### (1) Zusammenhang mit weiteren Verarbeitungsumständen und Bedeutung des Verarbeitungszwecks unter der DSGVO

Der Zweck einer Verarbeitung steht in engem Zusammenhang mit einem weiteren Umstand der Verarbeitung, namentlich der Rechtsgrundlage nach Art. 6, 9 DSGVO,<sup>510</sup> die eine essenzielle Voraussetzung für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer Verarbeitung ist. Diesen Zusammenhang zeigt etwa die gemeinsame Nennung von Rechtsgrundlagen und Zwecken im Rahmen der Informationspflichten (Art. 13 Abs. 1 lit. c, Art. 14 Abs. 1 lit. c DSGVO). Der Zusammenhang zwischen Zweck und Rechtsgrundlage ist besonders eng in Fällen der Einwilligung (Art. 6

---

506 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 16.

507 Vgl. insb. unter Kapitel 2:B (ab S. 49).

508 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 31; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 16.

509 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 33; *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 9; *Jandt/Roßnagel*, ZD 2011, 160 (160); *Colcelli*, ECLIC 2019, 1030 (1030).

510 *C. Sebastian Conrad*, DuD 2019, 563 (564); *Monreal*, PinG 2017, 216 (219); *ico*, Data controllers and data processors, Rn. 16.

Abs. 1 lit. a DSGVO), der Vertragserfüllung (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO) und eines berechtigten Interesses (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO).

Zugleich kann die Entscheidung über den Zweck auch eine Entscheidung über die Kategorien betroffener Personen implizieren. Beispielsweise ergibt sich aus der Entscheidung, eine Verarbeitung zu Zwecken der Vertragserfüllung (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO) durchzuführen, dass die betroffenen Personen (potenzielle) Vertragspartner sein werden. Schon über das Merkmal der Entscheidung des Zwecks können also weitere Umstände Eingang in die Bewertung einer Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO finden.

Daneben ist der Zweck etwa nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO von Bedeutung für die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts sowie relevant im Zusammenhang mit den Datenschutz-Grundsätzen nach Art. 5 DSGVO (insbesondere Art. 5 Abs. 1 lit. b, c, d, e DSGVO), mit Betroffenen-Rechten nach Art. 12 ff. DSGVO (insbesondere Art. 16 S. 2, Art. 17 Abs. 1 lit. a, Art. 21 Abs. 2, 3 DSGVO) sowie technischen und organisatorischen Maßnahmen (Art. 24 Abs. 1, Art. 32 Abs. 1 DSGVO).<sup>511</sup>

## (2) Bestimmung des Zwecks

Die Schwierigkeit bei der Bestimmung des Zwecks besteht darin, dass dieser als das *erwartete* Ergebnis zum einen zu einem gewissen Grad subjektiviert ist und zum anderen verschiedene Abstraktionsgrade denkbar sind<sup>512</sup> – etwa wenn ein Unternehmen letztlich als abstraktes „Endziel“ stets Umsatz- oder Gewinnsteigerungen kennt. Je abstrakter die Betrachtung des Zwecks erfolgt, desto eher ähneln sich die Zwecke, was für das Merkmal „gemeinsam“ von Bedeutung sein kann.<sup>513</sup>

In Einklang mit Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO ist – auch in Abhängigkeit von den Risiken, die von der konkreten Verarbeitung ausgehen – eine möglichst konkrete Betrachtung vorzunehmen, um „eindeutige [...] Zwecke“ zu ermitteln.<sup>514</sup> Der EuGH hat insoweit Zwecke benannt, wie etwa die Verbesserung eines Werbe-Systems,<sup>515</sup> die Steuerung der Vermark-

---

511 Golland, K&R 2018, 433 (435); Rothkegel/Strassemeyer, CRi 2019, 161 (Rn. 29).

512 Golland, K&R 2018, 433 (435); Rothkegel/Strassemeyer, CRi 2019, 161 (Rn. 31).

513 Vgl. Rothkegel/Strassemeyer, CRi 2019, 161 (Rn. 31). Hierzu ausführlich unter Kapitel 4.C.III.6.c (ab S. 189).

514 Golland, K&R 2018, 433 (435 f.); vgl. auch EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 32.

515 EuGH, NJW 2018, 2537 (Rn. 34) – Wirtschaftsakademie.

tung der eigenen Tätigkeit,<sup>516</sup> die Verwendung als Gedächtnissstütze für spätere Verkündungstätigkeiten zur Verbreitung des eigenen Glaubens<sup>517</sup> sowie Werbung in Form von erhöhter Sichtbarkeit in einem sozialen Netzwerk.<sup>518</sup> Diese Zwecke lassen unter Berücksichtigung der übrigen Umstände etwa Schlüsse auf einschlägige Rechtsgrundlagen zu und erfüllen insoweit die Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO.<sup>519</sup>

## bb. Mittel

Die Mittel beschreiben die „Art und Weise, wie ein Ergebnis oder Ziel erreicht wird“,<sup>520</sup> mithin das „Wie“ einer Verarbeitung.<sup>521</sup> Der Begriff ist sehr weit angelegt, sodass über das „Wie“ zahlreiche Umstände der Verarbeitung berücksichtigt werden können.<sup>522</sup> Insoweit kann der Begriff der Mittel gegenüber dem der Zwecke als Auffangtatbestand für weitere Verarbeitungsumstände angesehen werden.

### (1) Einbeziehung maßgeblicher Verarbeitungsumstände

Die Entscheidung über Mittel kann dementsprechend nicht nur die Entscheidung für ein bestimmtes Verfahren (vgl. noch Art. 2 lit. d Übereinkommen Nr. 108), eine Software, technische Infrastruktur<sup>523</sup> oder einen Dienstleister, sondern auch die Festlegung sonstiger Details eines Verarbeitungsprozesses umfassen, wie etwa Löschfristen,<sup>524</sup> die Arten personenbezogener Daten (vgl. auch Art. 2 lit. d Übereinkommen Nr. 108),<sup>525</sup> die

---

516 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 34) – Wirtschaftsakademie.

517 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 59–60, 71) – Zeugen Jehovas.

518 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 80) – Fashion ID.

519 Krit. hingegen *Kremer*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Art. 26 Rn. 53, freilich ohne Beispiele für eine konkretere Bestimmung der Zwecke zu nennen.

520 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 31; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 16.

521 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 33; *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 9; *Colleli*, ECLIC 2019, 1030 (1033); krit. bzgl. Unschärfe des Begriffs der Mittel *C. Sebastian Conrad*, DuD 2019, 563 (563).

522 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 17.

523 Etwa ein Rechenzentrum, *Gola*, in: *Gola*, Art. 4 Rn. 51.

524 Vgl. auch *ico*, Data controllers and data processors, Rn. 16.

525 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 17.

Zugangsrechte der Parteien (vgl. auch Art. 32 Abs. 1 S. 1 DSGVO),<sup>526</sup> aber auch die Kategorien betroffener Personen<sup>527</sup> (vgl. auch Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO).

Der Begriff der Mittel lässt damit Spielräume für eine umfassende Berücksichtigung von Verarbeitungsumständen. Zum einen finden sich Anhaltspunkte für solche wesentlichen Umstände in Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO, indem so die wesentlichen Merkmale der Verarbeitungen für den Auftragsverarbeiter verbindlich festgehalten werden sollen.<sup>528</sup> Zum anderen lassen sich Art. 23 Abs. 2 DSGVO Anhaltspunkte entnehmen, die für derart wesentlich gehalten werden, dass der nationale Gesetzgeber sie bei Beschränkungsmaßnahmen nach Art. 23 Abs. 1 DSGVO besonders berücksichtigen soll. All diese Umstände sind nicht zwangsläufig gleich zu gewichten, sondern zu priorisieren mit Blick auf den Zweck des Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO, die Person zu ermitteln, die als Schlüsselfigur die Datenschutzkonformität von Verarbeitungen sicherstellen kann.<sup>529</sup> Dementsprechend kann die Entscheidung für eine konkrete (austauschbare) Software von geringerer Bedeutung sein als die Entscheidung über die einzuspeisenden Daten oder über die Kategorien betroffener Personen.<sup>530</sup> Angesichts der extensiven Auslegung des Begriffs der Mittel ist eine präzise Bestimmung im Einzelfall nicht möglich, aber auch nicht notwendig. Entscheidend ist vielmehr die schutzzweckorientierte Gewichtung der Umstände der Datenverarbeitungen.

Der *EuGH* hat dementsprechend Umstände berücksichtigt, wie etwa die Kategorien betroffener Personen (dazu sogleich),<sup>531</sup> den Einsatz von Cookies,<sup>532</sup> den Abschluss eines Vertrags über die Eröffnung einer Fanpage,<sup>533</sup> die Art der Daten<sup>534</sup> und der Einsatz des „Like“-Button-Skripts.<sup>535</sup>

---

526 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 17.

527 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38.

528 S. zur Bedeutung des Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO auch unter Kapitel 4:C.II.2.b.aa(1) (ab S. 148).

529 Vgl. Kapitel 3:A.I (ab S. 59).

530 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38.

531 Kapitel 4:C.II.1.b.bb(2) (ab S. 127).

532 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 59) – Wirtschaftsakademie.

533 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 32) – Wirtschaftsakademie.

534 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 70) – Zeugen Jehovas.

535 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 77) – Fashion ID.

(2) Die Kategorien betroffener Personen als weiterer, maßgeblicher Umstand – Bedeutung der Parametrierung

Die Vorgabe der Kategorien betroffener Personen ist ebenfalls ein Verarbeitungsumstand, der im Rahmen der Mittel zu berücksichtigen ist (vgl. auch Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO und Erwägungsgrund 81 S. 3 DSGVO). Dieser Umstand könnte zudem maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung der Verantwortlichkeit haben.

(a) Bedeutung der Festlegung der Kategorien betroffener Personen

Für diese besondere Bedeutung und Gewichtung im Rahmen der Einbeziehung der Mittel spricht zunächst, dass die betroffenen Personen die zentralen Schutzsubjekte der Pflichten aus der DSGVO sind (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO). Darüber hinaus hebt die DSGVO diesen Umstand an weiteren Stellen hervor, wie etwa als in das Verarbeitungsverzeichnis aufzunehmende Information (Art. 30 Abs. 1 S. 2 lit. c DSGVO) sowie im Zusammenhang mit Meldungen der Verletzung der Datensicherheit (Art. 33 Abs. 3 lit. a DSGVO). Die fehlende Nennung in den Katalogen der Art. 13-15 DSGVO hingegen ist vor allem darauf zurückzuführen, dass einer konkreten betroffenen Person die Information oder Auskunft erteilt wird und sich aufgrund der Konkretisierung der Kategorie betroffener Personen mit der Information bzw. Auskunft die Nennung der Kategorie betroffener Personen erübrigts.

(b) Parametrierung in der Rechtsprechung des EuGH

Die Bestimmung der Kategorien betroffener Personen kann mit dem *EuGH* als sog. Parametrierung bezeichnet werden.<sup>536</sup> In allen drei einschlägigen *EuGH*-Entscheidungen und dementsprechend auch in der Literatur<sup>537</sup> wird die Parametrierung mit Blick auf die Verantwortlichkeit besonders hervorgehoben.

---

536 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 36) – Wirtschaftsakademie.

537 Botta, <https://www.juwiss.de/65-2018/>; Czajkowski/Mainz, ZVertriebsR 2019, 159 (165); Hacker, MMR 2018, 779 (780); Lang, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 22, 24; Marosi/Matthé, ZD 2018, 361 (362); Schwartmann, OdW 2020, 77 (80); vgl.

In der Wirtschaftsakademie-Entscheidung betont der *EuGH* besonders die „Parametrierung u.a. entsprechend seinem Zielpublikum“ durch den Betreiber einer Fanpage auf einem sozialen Netzwerk,<sup>538</sup> und spricht davon, dass der Fanpage-Betreiber durch eine besondere Funktion „sogar die Kategorien von Personen bezeichnen [kann], deren personenbezogene Daten von Facebook ausgewertet werden“.<sup>539</sup> Eine der Parametrierung vergleichbare Festlegung der Kategorien betroffener Personen erfolgt im Rahmen einer Fanpage schon durch das Bereitstellen von Inhalten, dem stets die Ansprache einer bestimmten Zielgruppe immanent ist. Insoweit steht es der Annahme gemeinsamer Verantwortlichkeit nicht entgegen, dass das soziale Netzwerk die Funktion zur ergänzenden Parametrierung über die Inhalte hinaus zwischenzeitlich eingestellt hat.<sup>540</sup> Im Übrigen hebt der *EuGH* an anderer Stelle den Einfluss auf die Kategorien betroffener Personen hervor, namentlich durch den Hinweis auf die Durchführung der Verarbeitungen „unabhängig davon, ob [die betroffene Person] [...] über ein Facebook-Konto verfügt“.<sup>541</sup> Die Parametrierung ist dabei ein entscheidender Beitrag, den es braucht, um über die bloße Nutzung der durch Facebook konfigurierten Plattform hinaus<sup>542</sup> eine Verantwortlichkeit des Fanpage-Betreibers zu begründen.<sup>543</sup>

Auch in der Zeugen-Jehovas-Entscheidung wurde dieses Kriterium – ohne dass es *expressis verbis* als solches benannt wurde – angewendet, um eine (gemeinsame) Verantwortlichkeit der *Gemeinschaft der Zeugen Jehovas* und der verkündigenden Mitglieder zu bejahen. Während die *Gemeinschaft der Zeugen Jehovas* durch die Erstellung von Gebietskarten und sog. Verbotslisten – d.h. Haushalten, die im Rahmen der Verkündigungstätigkeit nicht mehr aufgesucht werden – an der Festlegung der Kategorien betroffener

---

auch schon, vor und unabhängig von diesem konkreten Fall, zur Bedeutung der Zielgruppenbestimmung ico, Data controllers and data processors, Rn. 16.

538 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 39) – Wirtschaftsakademie; so auch *Schwartmann*, OdW 2020, 77 (78).

539 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 36) – Wirtschaftsakademie; u.a. dies hervorhebend *Rotkegel/Strassemeyer*, CRi 2019, 161 (Rn. 7); s. auch schon *Bot*, Schlussanträge C-210/16, Rn. 57.

540 Vgl. schon *Radtke*, K&R 2020, 479 (481).

541 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 35, 41 ff.) – Wirtschaftsakademie.

542 Insoweit etwas missverständlich *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 35) – Wirtschaftsakademie zur Kritik auch <https://twitter.com/MalteEngeler/status/1214825209171251200>; sowie *Piltz*, DSB 2020, 30 (30); und *Marosi*, in: *GRUR Junge Wissenschaft* 2018 (256 f.); zur Verantwortlichkeit von Nutzern in sozialen Netzwerken *Nebel*, in: *FS Roßnagel*, 341 (344 ff.).

543 *Spoerr*, in: *Wolff/Brink*, Art. 26 Rn. 18a.

Personen mitwirkt,<sup>544</sup> wählen die verkündenden Mitglieder mit der Anfertigung ihrer Notizen selbst aus, zu welchen Personen sie Informationen erheben.<sup>545</sup>

In dem der Fashion-ID-Entscheidung<sup>546</sup> zugrundeliegenden Sachverhalt bestimmt maßgeblich die Website-Betreiberin, die den „Like“-Button auf ihrer Website integriert hat, welches Publikum sie anspricht.<sup>547</sup> Daher muss gar nicht erst auf eine Parametrierung durch „die Einbindung des vorparametrierten Plugin“ abgestellt werden.<sup>548</sup> Die von einem Website-Betreiber erstellten Inhalte entscheiden – vergleichbar mit der Einrichtung einer Fanpage – über die Zielgruppe, und damit die Kategorien betroffener Personen, die die Website aufrufen und sich damit zugleich einer weiteren http-Anfrage und damit einhergehenden Verarbeitungen aufgrund des „Like“-Buttons gegenübersehen. Wie schon in der Wirtschaftsakademie-Entscheidung<sup>549</sup> betont der *EuGH* erneut die Erweiterung der Kategorien betroffener Personen durch die Website-Betreiberin, indem auch Daten verarbeitet werden, die sich auf Nicht-Facebook-Mitglieder beziehen.<sup>550</sup>

#### (c) Konkrete Bestimmung der Kategorien betroffener Personen

Die Kategorien betroffener Personen sind durch Zusammenfassung betroffener Personen zu Gruppen anhand gemeinsamer Merkmale konkret zu bestimmen.<sup>551</sup> Je eingriffsintensiver Verarbeitungen sind, desto konkreter sind die Kategorien etwa im Rahmen von Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO zu bestimmen.<sup>552</sup> Als Kategorien kommen etwa „Beschäftigte“ und „Kunden“

---

544 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 16, 70, 71) – Zeugen Jehovas.

545 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 17, 70) – Zeugen Jehovas; s. schon *Mengozzi*, Schlussanträge C-25/17, Rn. 72.

546 *EuGH*, NJW 2019, 2755 – Fashion ID.

547 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 69; dies erkennen etwa *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471 (474).

548 So *Generalanwalt Bobek* nach *Hanloser*, ZD 2019, 122 (123) m.w.N., der dies wiederum ablehnt.

549 *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie.

550 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 75, 77, 83) – Fashion ID.

551 *Martini*, in: *Paal/Pauly*, Art. 28 Rn. 33; *Gabel/Lutz*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 28 Rn. 40; *Hartung*, in: *Kühling/Buchner*, Art. 30 Rn. 19; *Bertermann*, in: *Ehmann/Selmayr*, Art. 28 Rn. 21; *Schultze-Melling*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 30 Rn. 14; zust. etwa *Sommer*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, Art. 30 Rn. 8.

552 *Petri*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmann*, Art. 28 Rn. 55.

in Betracht,<sup>553</sup> aber auch „Kinder“ (vgl. Art. 8 DSGVO),<sup>554</sup> „Facebook-Nutzer“, „Besucher der Website xy“ oder „Registrierte Nutzer im Alter von 20-30 Jahren, die im Ort x wohnen und Interesse an dem Thema y auf einem sozialen Netzwerk gezeigt haben“. Unabhängig von der konkreten Bestimmung dieser Kategorien, kommt es im Rahmen von Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO maßgeblich darauf an, inwieweit der Betroffenen-Kreis durch einen (potenziell) Verantwortlichen eingegrenzt wird.

### c. Kumulatives oder alternatives Erfordernis

Das „und“ in Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO und Erwägungsgrund 79 DSGVO legt nahe, die Entscheidung über Zwecke und Mittel als kumulatives Erfordernis zu verstehen<sup>555</sup> und jeweils gleiche Anforderungen zu stellen – auch bezüglich jedes (gemeinsam) Verantwortlichen.

#### aa. Kumulativität ohne strikte Trennung zwischen beiden Merkmalen

Tatsächlich zeigt schon der Blick auf die Entwurfssassungen und das Übereinkommen Nr. 108,<sup>556</sup> dass es dem Gesetzgeber mit der Verwendung der Begriffe „Zwecke und Mittel der Verarbeitung“ vor allem darum ging, das Wesentliche der Verarbeitung zu umschreiben. Diesen Befund bestätigt die Verwendung des weiten Begriffs der Mittel, der als Auffangtatbestand die Einbeziehung sämtlicher Verarbeitungsumstände ermöglicht.<sup>557</sup>

Im Übrigen ist eine trennscharfe Abgrenzung beider Merkmale nicht immer möglich. Stattdessen können Zwecke und Mittel einander bedingen und sich teilweise überschneiden.<sup>558</sup> Die Kategorien betroffener Personen, wie etwa „Vertragspartner“, stehen beispielsweise im Fall von Ver-

---

<sup>553</sup> *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 28 Rn. 33; *Plath*, in: Plath, Art. 30 Rn. 6; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 111; und weitere bei *Klug*, in: Gola, Art. 30 Rn. 6.

<sup>554</sup> *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 30 Rn. 24.

<sup>555</sup> Etwa *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 3; offen gelassen in *VG Schleswig*, ZD 2014, 51 (54); Überblick bei *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 21a; und *Kartheuser/Nabulsi*, MMR 2018, 717 (718 f.).

<sup>556</sup> S. schon unter Kapitel 2:A.I (ab S. 40) sowie Kapitel 4:C.II.1.a (ab S. 122).

<sup>557</sup> Kapitel 4:C.II.1.b.bb (ab S. 125).

<sup>558</sup> *Rothkegel/Strassmeyer*, CRI 2019, 161 (Rn. 29 f.); *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 16; vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38; womöglich a.A. *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 198.

arbeitungen zur Vertragserfüllung (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO) im Zusammenhang sowohl mit dem Zweck als auch mit den Mitteln einer Verarbeitung.

Auf Grundlage von Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO soll die Person bzw. Stelle ermittelt werden, die hinreichend Einfluss auf die (Um-)Gestaltung von Datenverarbeitungen hat.<sup>559</sup> Dementsprechend sind als „Zwecke und Mittel“ insgesamt die (wesentlichen) Umstände der Verarbeitung heranzuziehen, die im Einzelfall maßgeblich den Einfluss der entsprechenden Stelle stützen.<sup>560</sup> Soweit diese Umstände keinen Zusammenhang mit dem Zweck aufweisen, sind die Umstände jedenfalls als Verarbeitungsmittel heranzuziehen.

#### bb. Besondere Relevanz der Entscheidung über die Zwecke

Dem Wortlaut des Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO („Zwecke *und* Mittel“) würde allerdings nicht hinreichend Rechnung getragen werden, wenn man ein Alternativverhältnis der Entscheidung über Zwecke und Mittel annehmen würde. Auch und gerade angesichts des (strikten) Sanktionsregimes nach Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO muss der Wortlaut bei der Auslegung gebührend berücksichtigt werden.<sup>561</sup> Im Hinblick auf den Zweck des Schutzes betroffener Personen durch die Identifizierung von Verantwortlichen, die *tatsächlich* Einfluss auf die Verarbeitungen nehmen (können), ist die Entscheidung über Verarbeitungszwecke von hervorgehobener Bedeutung.<sup>562</sup> Dieser Befund bestätigt die Bedeutung des Zwecks für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitungen nach Art. 5, 6, 9 DSGVO.<sup>563</sup> Oft steht die Entscheidung über den Zweck als Ziel einer Datenverarbeitung zudem im engen Zusammenhang mit der Entscheidung darüber, ob es überhaupt zu einer solchen Verarbeitung kommt.<sup>564</sup> Daher stehen Zwecke und Mittel in keinem echten Alternativverhältnis.<sup>565</sup>

---

559 Vgl. schon Kapitel 3:A.I (ab S. 59).

560 In diese Richtung auch *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 8; *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 19; *ico*, Data controllers and data processors, Rn. 15; *P. Kramer*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 4 Nr. 7 Rn. 27.

561 *Kartheuser/Nabulsi*, MMR 2018, 717 (720).

562 *Wagner*, ZD 2018, 307 (309); so i.E. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 34.

563 *Van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, Rn. 694.

564 *Janicki*, in: FS Taeger, 197 (202).

565 In diese Richtung jedoch *Rücker*, in: Rücker/Kugler, B. Scope of application of the GDPR, Rn. 145; wie hier eine Alternativität ablehnend *Jungkind/Rücker*, in: Jungkind/Rücker, 145 (202).

Die Entscheidung über (unwesentliche) Elemente der Mittel lässt sich delegieren, wie Art. 28 DSGVO mit der Möglichkeit zur Einschaltung eines Auftragsverarbeiters zeigt (vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 1, 2 lit. c, h DSGVO),<sup>566</sup> und ist daher von geringerer Bedeutung für die Annahme von Verantwortlichkeit. Über technische und organisatorische Maßnahmen, wie etwa die konkret eingesetzte Software und Hardware, kann der Auftragsverarbeiter dementsprechend nahezu<sup>567</sup> vollständig entscheiden.<sup>568</sup> Die Regelungen zur Einschaltung eines Auftragsverarbeiters in Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO („Gegenstand und Dauer“) und Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. d, g DSGVO zeigen aber auch, dass sowohl die Entscheidung über Zwecke<sup>569</sup> als auch über wesentliche Mittel, wie etwa Löschfristen, dem Verantwortlichen vorbehalten sind.<sup>570</sup>

Dementsprechend lässt auch der *EuGH* nicht die Entscheidung über Mittel oder alternativ Zwecke ausreichen,<sup>571</sup> sondern hat in den Entscheidungen aus der jüngeren Vergangenheit stets einen Einfluss der (gemeinsam) Verantwortlichen vor allem auf Zwecke, aber auch auf (wesentliche) Mittel festgestellt.<sup>572</sup>

---

themeyer/Eickmeier, DK 2019, 289 (290); Kartheuser/Nabulsi, MMR 2018, 717 (720); Piltz, in: Gola, Art. 26 Rn. 3; DSK, Kurzpapier Nr. 16, S. 2; Plath, in: Plath, Art. 26 Rn. 8; Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 12; Strauß/Schreiner, DSB 2019, 96 (96); und wohl auch Bobek, Schlussanträge C-40/17, S. 101.

566 Jandt/Roßnagel, ZD 2011, 160 (160); DSK, Kurzpapier Nr. 16, S. 2.

567 Der Verantwortliche trifft weiterhin die Entscheidung in Kenntnis von einem Auftragsverarbeiter vorgeschlagener oder getroffener technischer organisatorischer Maßnahmen, vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. c DSGVO, diesen einzuschalten.

568 EDPA, Guidelines 7/2020, Rn. 34-38; Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 17, 31.

569 Vgl. Johannes/Weinhold, in: Sydow, § 63 Rn. 15.

570 EDPA, Guidelines 7/2020, Rn. 38, 137; so i.E. auch Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 17.

571 So aber Lee/Cross, ZD 2019, 559 (561); wie hier hingegen Uecker, ZD-Aktuell 2018, 6247; P. Voigt, in: Bussche/P. Voigt, Teil 3 Kap. 5, Rn. 14.

572 Hierzu jeweils unter Kapitel 4:C.II.1.b.aa(2) (ab S. 124) und insb. Kapitel 4:C.II.1.b.bb(2) (ab S. 127).

## 2. Festlegung bzw. Entscheidung

Im Hinblick auf die Zwecke und Mittel ist eine Entscheidung (Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO) bzw. Festlegung (Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO) Voraussetzung für die Verantwortlichkeit der Stelle.

### a. Begriff der Festlegung bzw. Entscheidung

Während die deutsche Sprachfassung von einer Entscheidung in Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO und einer Festlegung in Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO spricht, gehen andere Sprachfassungen<sup>573</sup> einheitlich von einer Festlegung aus. Eine ähnliche Diskrepanz zwischen den Übersetzungen gab es schon unter der DSRL. Im Einklang mit den anderen Sprachfassungen sind die unterschiedlichen Begriffe in der deutschen Sprachfassung identisch auszulegen.<sup>574</sup> Unter Berücksichtigung der Übersetzungen ergibt sich daher auch, dass Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO keine abweichenden Anforderungen an gemeinsam Verantwortliche formuliert, sondern stattdessen in Ergänzung zu Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO, der die Möglichkeit der gemeinsamen Verantwortlichkeit anerkennt, die Einordnung als gemeinsam Verantwortliche in der Rechtsfolge klarstellt.<sup>575</sup>

### aa. Allgemeine Anforderungen an die Festlegung

Der englische Begriff „determine“ und die ähnlichen Begriffe in anderen Sprachfassungen entsprechen im Deutschen am ehesten dem Begriff der Festlegung, mithin dem in Art. 26 Abs 1 S. 1 DSGVO genannten Begriff. Für diesen Begriff der Festlegung<sup>576</sup> findet sich in der Literatur, soweit ersichtlich, kein Vorschlag für eine Definition. Stattdessen wird (zutreffend)

---

573 Etwa die englische („determines“), französische („détermine“), spanische („determine“) und italienische Sprachfassung („determina“).

574 J. Nink, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 5.

575 Spoerr, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 13c; Martini, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 19; Ingold, in: Sydow, Art. 26 Rn. 4; Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 12; zust. Hartung, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 11; ähnlich Thole, ZIP 2018, 1001 (1004); ebenfalls ähnlich Montreal, CR 2019, 797 (Rn. 11).

576 Im Folgenden werden die Begriffe Festlegung und Entscheidung synonym verwendet.

stets die Notwendigkeit hervorgehoben, bei der Prüfung der Festlegung nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO auf die tatsächlichen Umstände abzustellen.<sup>577</sup> Soweit im Zusammenhang mit Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO etwa von einer „Entscheidungsbefugnis“<sup>578</sup> oder „Einwirkungsmöglichkeit“<sup>579</sup> gesprochen wird, wird verkannt, dass es grundsätzlich nicht auf die Möglichkeit zum Treffen von Entscheidungen bzw. Festlegungen ankommt, sondern darauf, dass diese tatsächlich – und im Hinblick auf die betroffenen Personen risikoerhöhend<sup>580</sup> – getroffen werden.<sup>581</sup>

Das Wörterbuch Duden Online gibt als Bedeutung des Begriffs der Festlegung „verbindlich beschließen, bestimmen, regeln, vorschreiben“ an.<sup>582</sup> Dieser Bedeutungsvorschlag bestätigt das Bild von dem Verantwortlichen, der – etwa über Weisungen (vgl. Art. 29 DSGVO)<sup>583</sup> – die Fäden in der Hand hält – d.h. auf die Verarbeitungen einwirken kann<sup>584</sup> und darüber tatsächlich „bestimmt“ – und sich dessen bewusst ist, ohne jedoch stets in allen Einzelheiten wissen zu müssen,<sup>585</sup> was passiert, wenn er „an einem Faden zieht“. Insoweit ist der Begriff geeignet, einer weiten Auslegung<sup>586</sup> und der funktionellen Betrachtungsweise gerecht zu werden.<sup>587</sup>

Der Verantwortliche kann insoweit als eine Art „Gesetzgeber im Kleinen“ beschrieben werden. Ein Verantwortlicher kann nämlich beispielsweise Festlegungen treffen, ohne dass er sich bezüglich jeder betroffenen Person neu festlegt, wie etwa durch die Einbindung eines „Like“-Buttons

---

577 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 28; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 14 f.; *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 4 Rn. 170; *Klabunde*, in: *Ehmann/Selmayr*, Art. 4 Rn. 39.

578 *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 4 Rn. 169; *Hartung*, in: *Kühling/Buchner*, Art. 4 Rn. 7 Rn. 13.

579 *LG Rostock*, Urt. v. 15.09.2020 – 3 O 762/19 (juris).

580 *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 35 ff.) – *Google Spain*; *Petri*, EuZW 2018, 902 (903).

581 Vgl. etwa *Klabunde*, in: *Ehmann/Selmayr*, Art. 4 Rn. 36, der stattdessen auf die ausgeübte Entscheidungsgewalt abstellt; so auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 19. S. hierzu schon ausführlich unter Kapitel 4:C.I.1.b (ab S. 115).

582 Wörterbuch Duden Online, Stichwort: festlegen, <https://www.duden.de/rechtschreibung/festlegen>.

583 Vgl. auch *Raschauer*, in: *Sydow*, Art. 4 Rn. 125.

584 *LG Rostock*, Urt. v. 15.09.2020 – 3 O 762/19 (juris).

585 Überlegenes (Spezial-)Wissen wird hingegen im Regelfall eher auf Seiten des Auftragsverarbeiters vorliegen, vgl. *GDD*, Praxishilfe XV, S. 10.

586 *Böhm/Pötters*, in: *Wybitul*, Art. 4 Rn. 29.

587 Den Begriff „verantworten“ präferierend *Montreal*, CR 2019, 797 (Rn. 28); i.E. ähnlich, indem von der Verwendung als Synonyme ausgegangen wird, *Kremer*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Art. 26 Rn. 22.

auf seiner Website. Stattdessen gibt der Verantwortliche beispielsweise durch seine Form der Einbindung den Umfang der Verarbeitungen und die Kategorien betroffener Personen vor. Dieser Rahmen, den er für die Verarbeitungen festlegt, erinnert insoweit an die abstrakt-generellen Vorgaben eines Gesetzgebers. Ein Blick auf die englische Sprachfassung bestätigt diesen Vergleich. In der englischen Sprachfassung stimmen – anders als in der deutschen – die Verben in Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 und 2 DSGVO überein. So wie der Gesetzgeber abstrakt-generell in Kenntnis der datenschutzrechtlichen Anwendbarkeit die Verantwortlichen oder die zu deren Bestimmungen führenden Kriterien *festlegt* (vgl. Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO in der englischen Sprachfassung), *legen* Verantwortliche zumindest abstrakt- oder konkret-generell in Kenntnis der datenschutzrechtlichen Anwendbarkeit<sup>588</sup> die Zwecke und (wesentlichen) Mittel einer Verarbeitung *fest*. Dieser (abstrakte) Einfluss muss in der konkreten Verarbeitung mit ihren Zwecken und Mitteln und der jeweiligen betroffenen Person fortwirken (vgl. Art. 4 Nr. 7, 1 DSGVO).<sup>589</sup> Auch wenn der Verantwortliche in aller Regel nur abstrakte Entscheidungen im Vorhinein trifft und nicht mit jeder konkreten Verarbeitung befasst ist (vgl. auch Art. 28 DSGVO),<sup>590</sup> muss sich seine (ausgeübte) Entscheidungsgewalt also letztlich (nur) bei Untersuchung der konkreten Verarbeitung widerspiegeln. Diese konkret ausgeübte Entscheidungsgewalt ist dabei umso geringer, je mehr Entscheidungsspielraum der betroffenen Person zusteht, wie es etwa im Zusammenhang mit den sog. Cookie-Bannern der Fall ist.<sup>591</sup>

## bb. Kognitives Element

Der im Vorherigen aufgeschlüsselte Begriff der „Festlegung“ aus Art. 4 Nr. 7 DSGVO bzw. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO impliziert ein finales, auf die Regelung von Verarbeitungen zielendes Element. Diese Finalität setzt wiederum – zu einem gewissen Grad – das Wissen oder Wissenmüssen um stattfindende Verarbeitungen voraus.

---

588 Hierzu sogleich unter Kapitel 4:C.II.2.a.bb (ab S. 135).

589 Vgl. *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 99; vgl. auch *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 2; *Rothkegel/Strassemeyer*, CRI 2019, 161 (Rn. 39 f.); und schon unter der DSGVO *LG Rostock*, Urt. v. 15.09.2020 – 3 O 762/19 (juris).

590 Und vgl. auch *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 4 Rn. 193.

591 Hierzu unter Kapitel 4:C.III.6.e.cc (ab S. 201). In diesem Zusammenhang zu sog. Consent Management Platforms *M. Becker*, CR 2021, 87.

(1) Einschränkungen aufgrund der funktionellen Betrachtungsweise

Demgegenüber steht allerdings die zugrunde zulegende funktionelle Betrachtungsweise,<sup>592</sup> die maßgeblich auf die nach außen erkennbaren objektiven Umstände abstellt. Danach kommt es nicht darauf an, ob sich ein (gemeinsam) Verantwortlicher (subjektiv) selbst als solcher ansieht und etwa deshalb eine Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 1, 2, Abs. 2 DSGVO abschließt.<sup>593</sup>

Gegen ein Erfordernis der Kenntnis aller Details der Datenverarbeitungen spricht zudem die Möglichkeit zur Einschaltung eines Auftragsverarbeiters (Art. 4 Nr. 8, Art. 28 DSGVO). Wenn der Verantwortliche die Daten nicht selbst verarbeiten muss,<sup>594</sup> kann es für die Verantwortlichen-Eigenschaft nicht darauf ankommen, ob ein Verantwortlicher einzelne personenbezogene Informationen zur Kenntnis nimmt und im Einzelfall von nicht-personenbezogenen Informationen abgrenzt.<sup>595</sup>

Demnach setzt die Verantwortlichkeit im Einklang mit der funktionellen Betrachtungsweise zumindest kein Wissenselement dargestalt voraus, dass der Verantwortliche Kenntnisse von den *konkreten* Einzelheiten der Verarbeitungen haben muss, wie etwa im Hinblick auf die verarbeiteten personenbezogenen Daten.<sup>596</sup>

(2) Notwendigkeit des abstrakten Wissens um stattfindende Verarbeitungen

Der Voraussetzung des abstrakten Wissens um stattfindende Verarbeitungen bedarf es angesichts des Begriffs der Festlegung dennoch. Dadurch kann die uferlose Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf Personen verhindert werden, die, wie etwa Stromabnehmer,<sup>597</sup> (auch) mangels Wissens bzw. Wissenmüssens um Grundzüge stattfindender Verarbeitungen keine

---

592 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.I.1 (ab S. 112).

593 Hierzu unter Kapitel 4:C.III.3 (ab S. 168).

594 *Klabunde*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 4 Rn. 36; WD 3, 3000 - 306/11 neu, S. 8; vgl. auch *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel, Art. 4 Rn. 193.

595 *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 28) – Google Spain.

596 So auch *Lutz/Schindler*, VuR 2019, 471 (474); auch nicht bzgl. anderer an der Verarbeitung beteiligter Verantwortlicher, nach *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 42).

597 *Hanloser*, ZD 2019, 458 (459); so rhetorisch fragend *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, S. 74.

gezielte Kontrolle (vgl. etwa Art. 58 Abs. 2 DSGVO) über Datenverarbeitungen hin zu deren Datenschutzkonformität ausüben können.

Dieses Wissenselement der Verantwortlichkeit hat der *EuGH* in diversen Entscheidungen angedeutet bzw. bestätigt. Beispielsweise hat der *EuGH* im Einklang mit *Generalanwalt Jääskinen*<sup>598</sup> betont, dass ein Suchmaschinenbetreiber „*systematisch*“ (Hervorhebung durch den Verf.) das Internet durchforstet und damit personenbezogene Daten erhebt.<sup>599</sup> Implizit wird damit dem Wissen des Suchmaschinenbetreibers um die Verarbeitung personenbezogener Daten eine Bedeutung zugesprochen.

Diese Linie setzt sich in den weiteren Urteilen fort. Ein Fanpage-Betreiber schließt mit *Facebook* „einen speziellen Vertrag über die Eröffnung einer solchen Seite und unterzeichnet dazu die Nutzungsbedingungen dieser Seite einschließlich der entsprechenden Cookie-Richtlinie“ (Hervorhebung durch den Verf.).<sup>600</sup> Mithin hat dieser Verantwortliche ebenfalls Kenntnis von den verfahrensgegenständlichen Verarbeitungen und wohl auch den Mitteln und Zwecken der Verarbeitungen. Dementsprechend ist auch der *Gemeinschaft der Zeugen Jehovas* „allgemein bekannt, dass solche Datenverarbeitungen zum Zweck der Verbreitung ihres Glaubens erfolgen“ (Hervorhebung durch den Verf.).<sup>601</sup> Ein Website-Betreiber, der einen „Like“-Button in seine Website integriert, tut dies „in dem Wissen“ („fully aware of the fact“), „dass dieser als Werkzeug zum Erheben und zur Übermittlung von personenbezogenen Daten der Besucher dieser Seite dient“.<sup>602</sup>

Auch in der Literatur werden diese Entscheidungen des *EuGH* dahingehend interpretiert,<sup>603</sup> dass ein kognitives Element Voraussetzung oder zumindest Indiz für die Verantwortlichkeit<sup>604</sup> oder auch nur für die gemein-

---

598 *Jääskinen*, Schlussanträge C-131/12, Rn. 81 f.

599 *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 28) – *Google Spain*.

600 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 32) – Wirtschaftsakademie, wobei der *EuGH* dies vorbehaltlich der endgültigen Feststellung durch das vorlegende Gericht konstatiert.

601 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 71) – *Zeugen Jehovas*.

602 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 75) – *Fashion ID*; diese bewusste Entscheidung ebenfalls hervorhebend *Montreal*, CR 2019, 797 (Rn. 34).

603 Krit. hingegen noch vor den *EuGH*-Entscheidungen *Böhm/Pötters*, in: *Wybitul*, Art. 4 Rn. 29.

604 *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 4 Rn. 171; *Moos/Rothkegel*, MMR 2018, 596 (598); so auch *Schaffland/Holthaus*, in: *Schaffland/Wiltfang*, Art. 26 Rn. 178; wohl auch *Montreal*, CR 2019, 797 (Rn. 33).

same Verantwortlichkeit<sup>605</sup> sein soll.<sup>606</sup> Allerdings leitet sich das kognitive Element nicht erst aus dem Tatbestandsmerkmal der Gemeinsamkeit einer Festlegung ab, wie es die zuvor erwähnte Google-Spain-Entscheidung mit Hervorhebung der systematischen Durchforstung des Internets zeigt.<sup>607</sup> Stattdessen ist das Element bereits eine Voraussetzung der Festlegung und damit für die Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO – sei es für eine alleinige oder gemeinsame Verantwortlichkeit.

### (3) Anforderungen an das Wissen des Verantwortlichen

Wie gezeigt,<sup>608</sup> bedarf es nicht der konkreten Kenntnis des Verantwortlichen von einzelnen personenbezogenen Daten. Der *EuGH* stellt ab auf das Wissen – wohl im Sinne zumindest eines Inkaufnehmens<sup>609</sup> bzw. fahrlässiger Unkenntnis<sup>610</sup> – um die Anwendbarkeit nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO auf einzelne Vorgänge („in dem Wissen [...], dass dieser als Werkzeug zum Erheben und zur Übermittlung [...] dient“<sup>611</sup>) und das Wesentliche einer Datenverarbeitung.<sup>612</sup> Dass nicht sämtliche Umstände, wie etwa jegliche „Mittel“ im Sinne der Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO bekannt sein müssen,<sup>613</sup> steht im Einklang damit, dass ebenfalls nicht zu sämtlichen Umständen Festlegungen getroffen werden müssen.<sup>614</sup>

Damit setzt die Festlegung als abstrakte Bestimmung auch das Wissen oder die fahrlässige Unkenntnis voraus, dass („Ob“ bzw. Vorliegen von

---

605 *Rothkegel/Strassemeyer*, CRi 2019, 161 (Rn. 21, 45, 47); *Bußmann-Welsch*, Anw-Zert ITR 12/2020 Anm. 2; *Hanloser*, ZD 2019, 458 (459), der jedoch verlangt, dass sich das Wissenselement auch auf die Ermöglichungshandlung und einen entsprechenden Kausalzusammenhang bezieht, was eher an eine Störerhaftung als an eine potenziell gleichberechtigte, gemeinsame Festlegung erinnert.

606 Nicht festgelegt, ob dies nur für die gemeinsame Verantwortlichkeit gilt, und mit der Zustimmung als subjektives Element *Spittka/Mantz*, NJW 2019, 2742 (2744); *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471 (474).

607 *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 28) – Google Spain.

608 Kapitel 4:C.II.2.a.bb(1) (ab S. 136).

609 Das Wissenselement erinnert insgesamt an Bestandteile eines Verschuldens, vgl. auch *Sattler*, GRUR 2019, 1023 (1025).

610 Vgl. *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 41, 80–81.

611 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 77) – Fashion ID.

612 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 71) – Zeugen Jehovas; NJW 2019, 2755 (Rn. 75) – Fashion ID.

613 *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471 (474).

614 Kapitel 4:C.II.1.c (ab S. 130).

Datenverarbeitungen) etwas („Wie“ bzw. Wesentliches der Datenverarbeitungen, wie etwa Zwecke und wesentliche Mittel) bestimmt wird. Die Kenntnis aller Einzelheiten der Verarbeitungen ist allerdings nicht relevant, sondern es ist insoweit die abstrakte Kenntnis ausreichend.

#### cc. Erfordernis des Daten-Zugriffs

Die Festlegung als Merkmal einer umfassenden Kontrolle könnte die Möglichkeit zum uneingeschränkten Daten-Zugriff durch den potenziell Verantwortlichen erfordern.

##### (1) Herleitung

Die dargestellte,<sup>615</sup> ausgeübte Entscheidungsgewalt impliziert notwendigerweise eine Kontrolle auch über die verarbeiteten Daten selbst und damit auch die *Möglichkeit* zum Zugriff auf die personenbezogenen Daten.<sup>616</sup> Die den Verantwortlichen aufgrund seiner Entscheidungsgewalt treffenden Pflichten setzen dementsprechend auch eine derartige Zugriffsmöglichkeit voraus, wie etwa das Betroffenen-Recht auf Daten-Kopie (Art. 15 Abs. 3 DSGVO) oder weitere Betroffenen-Rechte i.e.S.<sup>617</sup>

Dies zeigt auch Art. 28 Abs. 3 S. 2 DSGVO, wonach der Auftragsverarbeiter dem Verantwortlichen personenbezogene Daten nach der Verarbeitung nach Wahl des Verantwortlichen zurückzugeben oder die Daten zu löschen hat. Daraus folgt aber zugleich, dass die (theoretische) Möglichkeit des Zugriffs durch eine Entscheidung genügt, wie etwa ab Beendigung der Auftragsverarbeitung. Die *Art.-29-Datenschutzgruppe* und das *EDPB* haben ebenfalls hervorgehoben, dass der *tatsächliche* Zugriff auf die personenbezogenen Daten keine Voraussetzung gemeinsamer Verantwortlichkeit ist.<sup>618</sup> Letztlich bestätigt auch der Umkehrschluss zu den Feststellungen aus den einschlägigen *EuGH*-Entscheidungen, dass ein solches Erforder-

---

615 Kapitel 4:C.II.2.a.aa (ab S. 133).

616 Den Daten-Zugriff zumindest als Indiz ansehend *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (72); ähnlich *Moos/Rothkegel*, MMR 2018, 596 (598); insoweit die Zeugen-Jehovas-Entscheidung unzutreffend interpretierend *Schild*, in: *Wolff/Brink*, Art. 4 Rn. 93c; ebenfalls zu geringere Anforderungen stellend *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 42.

617 Zu diesem Begriff unter Kapitel 5:A.II.3.c.dd (ab S. 259).

618 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 27; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 42.

nis grundsätzlich besteht: Im Fall der *gemeinsamen* Verantwortlichkeit ist ein solcher Daten-Zugriff für *jeden* der Akteure nämlich keine Voraussetzung.<sup>619</sup>

(2) Gesetzliche Verschwiegenheitspflichten und vergleichbare gesetzliche Pflichten

Soweit (gesetzliche) Pflichten zur Verschwiegenheit und Vertraulichkeit Anwendung finden, kann ein (potenziell) Verantwortlicher auf ihm zugeordnete Stellen womöglich keinen Einfluss ausüben, um auf die personenbezogenen Daten zugreifen zu können. Als Beispiel wird in der Literatur der einem potenziell verantwortlichen Arbeitgeber zugeordnete Betriebsarzt<sup>620</sup> genannt, der dem (potenziell) Verantwortlichen aufgrund der Verschwiegenheitspflicht womöglich nur eingeschränkt Zugriff auf personenbezogene Daten einräumen darf.<sup>621</sup>

Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. b Alt. 2 DSGVO liefert allerdings einen bedeutenden Hinweis darauf, dass der fehlende Zugriff auf personenbezogene Daten aufgrund einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht<sup>622</sup> einer Verantwortlichkeit nicht entgegensteht. Nach Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. b Alt. 2 DSGVO wird nämlich eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht der Mitarbeiter des Auftragsverarbeiters als insoweit ausreichende Vertraulichkeitsverpflichtung anerkannt – unabhängig davon, ob die Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber dem Verantwortlichen gilt. Daher steht eine solche Verschwiegenheitspflicht nicht der Auftragsverarbeitung und erst recht nicht der Verantwortlichkeit der Stelle entgegen, die den Auftragsverarbeiter beauftragt. Dem lässt sich der allgemeine Gedanke entnehmen, dass gesetzliche Verschwiegenheitspflichten und vergleichbare gesetzliche Pflichten einer Festlegung als Voraussetzung der Verantwortlichkeit nicht entgegenstehen.

---

619 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie; NJW 2019, 285 (Rn. 69) – Zeugen Jehovas; NJW 2019, 2755 (Rn. 69) – Fashion ID; hierzu auch *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471 (474). Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

620 *Weichert*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, Art. 4 Rn. 89b.

621 Für einzelne Verarbeitungen kann die Stelle trotz der Einbindung in die Organisationsstrukturen des Arbeitgebers als eigenständige Stelle in Betracht kommen, vgl. schon unter Kapitel 4:A.II (ab S. 99).

622 Wie etwa § 203 StGB *Spoerr*, in: *Wolff/Brink*, Art. 28 Rn. 67; *Martini*, in: *Paal/Pauly*, Art. 28 Rn. 43a; zust. *Gabel/Lutz*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 28 Rn. 49.

Dem Verantwortlichen bleibt weiterhin die (nur) abstrakte, personelle Kontrolle, wie etwa im Hinblick auf eine (Änderungs-)Kündigung des Betriebsarztes oder die Beendigung der Zusammenarbeit mit einem Auftragsverarbeiter zur personellen Kontrolle über Mitarbeiter des Auftragsverarbeiters, die einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen.

### (3) Zwischenergebnis

Für die Festlegung ist demnach grundsätzlich<sup>623</sup> die Möglichkeit zum Zugriff auf die personenbezogenen Daten notwendig, soweit dem nicht gesetzliche Verschwiegenheitspflichten oder vergleichbare gesetzliche Beschränkungen entgegenstehen.

#### dd. Ermöglichung der Datenverarbeitung und Übernehmen der Festlegungen eines anderen

Im Zusammenhang mit dem Begriff der Festlegung drängt sich die Frage auf, welche Anforderungen an den Festlegungsbeitrag eines Verantwortlichen zu stellen sind, wenn andere Parteien entsprechende Festlegungen bereits vorbereiten.

#### (1) Relevanz

Selbst in Konstellationen, in denen womöglich keine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, können Datenverarbeitungen arbeitsteilig erfolgen. Denkbar ist dabei nicht nur die Einschaltung von Auftragsverarbeitern (vgl. Art. 4 Nr. 8, Art. 28 DSGVO), sondern auch das – technische, aber nicht notwendigerweise inhaltliche<sup>624</sup> – Mitwirken im Vorhinein, etwa indem von anderen Parteien Software bereitgestellt wird, die zu einem späteren Zeitpunkt unter Anleitung des (potenziell) Verantwortlichen für die Verarbeitungen zum Einsatz kommt.

Hierzu verlaufen (weitgehend) parallel Fall-Konstellationen, bei denen ein Website-Betreiber ein sog. Social Plugin wie einen „Like“-Button auf

---

<sup>623</sup> Zur Ausnahme im Fall gemeinsamer Verantwortlichkeit unter Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

<sup>624</sup> Schantz, in: Schantz/Wolff, Rn. 361.

seiner Website einbindet<sup>625</sup> oder eine vorkonfigurierte Internetplattform für seine „Zwecke“ nutzt und mit eigenen Inhalten füllt.<sup>626</sup> Freilich verdrängt der Website-Betreiber in diesen Konstellationen nicht vollständig den Einfluss des Software-/Plattformbetreibers, sondern „ermöglicht“<sup>627</sup> vielmehr zugleich dessen Datenverarbeitungen bzw. räumt – mit dem *BVerwG* – hierzu die Gelegenheit ein.<sup>628</sup> Bei einer lokal installierten Software ist der Einfluss des Softwarebetreibers hingegen regelmäßig geringer, da zwar womöglich auch nur ein begrenzter Rahmen an Einstellungsmöglichkeiten vorgegeben wird, dem Softwarebetreiber ab der Installation – von durch den Nutzer akzeptierten Updates abgesehen – aber keine Einflussnahme in Form von Änderungen oder Daten-Zugriffen mehr möglich ist.<sup>629</sup>

Dieser weiterhin bestehende Einfluss der Betreiberin des „Like“-Buttons und die Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit des einbindenden Website-Betreibers werden in der Literatur diskutiert.<sup>630</sup> So kritisiert etwa *Hanloser*, dass der *EuGH* für eine (gemeinsame) Verantwortlichkeit – wie etwa der Website-Betreiberin, die das Social Plugin einbindet – jeden kausalen Beitrag ausreichen lasse.<sup>631</sup> In diese Richtung kritisiert auch *Kremer*, dass mit der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* die Festlegung „zum Beitreten oder Mitwirken an einer fremden Verarbeitung“ werde.<sup>632</sup>

---

625 *EuGH*, NJW 2019, 2755 – Fashion ID. Zum Sachverhalt unter Kapitel 2:B.III.1 (ab S. 55).

626 *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie. Zum Sachverhalt unter Kapitel 2:B.I.1 (ab S. 50).

627 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 75) – Fashion ID; dies etwa hervorhebend *Solmcke*, BB 2019, 2001; *Spittka/Mantz*, NJW 2019, 2742 (2744).

628 *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 20).

629 In diese Richtung auch *Kremer*, CR 2019, 676 (Rn. 30).

630 Etwa bei *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471 (474); *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (585); *Hanloser*, ZD 2019, 458 (459); *Schleipfer*, CR 2019, 579 (580); bezogen auf die Wirtschaftsakademie-Entscheidung *Marosi/Matthé*, ZD 2018, 361 (362); den Aspekt der Ermöglichung in Bezug Social Plugins schon früh hervorhebend *Ernst*, NJOZ 2010, 1917 (1918).

631 *Hanloser*, BB 2019, I.

632 *Kremer*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Art. 26 Rn. 53.

(2) Bewertung

Für die Festlegung von Zwecken und Mitteln als Voraussetzung der Verantwortlichkeit kann in der Tat ein kausaler Beitrag ausreichen, aber gerade nicht *jeder* kausale Beitrag.

Zunächst ist insoweit festzustellen, dass eine Festlegung der Zwecke und Mittel auch dann vorliegen kann, wenn sich der dann Verantwortliche dem Vorschlag eines anderen – etwa in Form der Nutzung einer durch einen Dritten entwickelten Software – anschließt, sich diesen Vorschlag zu eigen macht und (kausal) über das „Ob“ entscheidet.<sup>633</sup> Ebenso wie sich der Verantwortliche die von dem Auftragsverarbeiter (Art. 4 Nr. 8, Art. 28 DSGVO) getroffene Entscheidung<sup>634</sup> über einige Mittel der Datenverarbeitung zu eigen machen kann, kann er auch eine vorkonfigurierte Software – die einen abstrakten Vorschlag bezüglich der Zwecke und Mittel potentieller Verarbeitungen enthält – lokal auf seinem Gerät installieren und legt damit selbst Zwecke und Mittel fest. Mit der Installation entscheidet er über den konkreten Einsatz bzw. Zweck und *konkretisiert* maßgeblich als Verarbeitungsmittel zu berücksichtigende Umstände, wie etwa die Kategorien betroffener Personen und die Art der Datensätze. So weit er um die Eckdaten der Verarbeitungen durch die Software weiß,<sup>635</sup> jederzeit Zugriff auf den Speicherort der Software und die Datensätze hat, kann (und soll) er sämtlichen Pflichten nach der DSGVO nachkommen. Er ist Verantwortlicher. Dies steht im Einklang mit den Ausführungen<sup>636</sup> zur Feststellung, wonach abstrakte Vorgaben (vgl. auch Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO), z.B. die Vorgabe der Nutzung einer Software, seitens des Verantwortlichen genügen können, wenn sich diese in der konkreten Verarbeitung niederschlagen.

Allerdings muss der Beitrag nicht nur kausal für die Verarbeitung sein, sondern – im Einklang mit dem Wortlaut des Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO – für die konkrete Ausgestaltung der Verarbeitung mit ihren Zwecken

---

633 So auch *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 3; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 62-63; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 32; *Petri*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Art. 28 Rn. 51; *Wagner*, ZD 2018, 307 (309); *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 4 Rn. 218; wohl auch, wenn auch mit anderer Bewertung des Fanpage-Falls, *M. Schmidt*, ZESAR 2016, 211 (211 ff.).

634 Dies erinnert an das Zueigenmachen von Inhalten mit Relevanz etwa nach dem TMG, dazu ausführlich *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Liesching*, § 7 TMG Rn. 18 ff. m.w.N.

635 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 28.

636 Kapitel 4:C.II.2.a.aa (ab S. 133).

und (wesentlichen) Mitteln. Die bloße Kausalität für ein unwesentliches Mittel genügt nicht, wie der Fall eines Auftragsverarbeiters zeigt (vgl. etwa Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. c DSGVO). Ein minimaler Beitrag kann als eine Festlegung von Zwecken und Mitteln aber dann genügen, wenn er kausal ist („Ermöglichung“) für den konkreten Zweck<sup>637</sup> und andere Umstände, die im Rahmen der Mittel zu berücksichtigen sind,<sup>638</sup> wie etwa die Kategorien betroffener Personen und die Daten-Arten.<sup>639</sup> Mithin kommt es auf den Bezugspunkt der Kausalität an, der eben nicht die Verarbeitung in ihrer bestehenden Form, sondern das Wesentliche der Verarbeitung in Form der Zwecke und (wesentlichen) Mittel ist.

Dieses Ergebnis bestätigt beispielsweise ein Blick auf den Sachverhalt, der der Fashion-ID-Entscheidung<sup>640</sup> zugrunde liegt. In dem Fall des Social Plugins ist die Einbindung durch die Website-Betreiberin kausal für eine Verarbeitung, die dem wirtschaftlichen Vermarktungszweck der Website-Betreiberin dient.<sup>641</sup> Die Plugin-Einbindung ist außerdem kausal für über das Merkmal der Mittel einzubeziehende Umstände,<sup>642</sup> wie etwa die – aufgrund der Website-Inhalte – potenziell angesprochenen betroffenen Personen, die Nutzung der Website und Teile der Daten, die mit der Anfrage an den Plugin-Betreiber-Server gesendet werden.<sup>643</sup>

---

637 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.II.1.b.aa (ab S. 123).

638 Kapitel 4:C.II.1.b.bb(1) (ab S. 125).

639 So auch Wagner, ZD 2018, 307 (309), der im Hinblick auf den Zweck von einer Konkretisierung bspw. durch einen Fanpage-Betreiber ausgeht; Karg, ZD 2014, 54 (55 f.); Petri, ZD 2015, 103 (104); Specht-Riemenschneider/R. Schneider, MMR 2019, 503 (505); a.A. Schunicht, Informationelle Selbstbestimmung, S. 198; und zumindest krit. mit Blick auf Fanpage-Betreiber vor der zugehörigen EuGH-Entscheidung Martini/S. Fritzsche, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (5); sowie auch OVG Schleswig-Holstein, K&R 2014, 831 (833); VG Schleswig, ZD 2014, 51 (54).

640 EuGH, NJW 2019, 2755 – Fashion ID.

641 Vgl. EuGH, NJW 2019, 2755 (Rn. 78 f.) – Fashion ID.

642 Kapitel 4:C.II.1.b.bb(1) (ab S. 125).

643 Etwa den Inhalt des sog. Referrer, d.h. die Internetadresse, von der aus das Plugin aufgerufen wurde. Diese Information wird an den Plugin-Betreiber gesendet.

ee. Eigeninteresse als Indiz für einen Festlegungsbeitrag

Ein Eigeninteresse des potenziell Verantwortlichen bzw. das Profitieren von der Verarbeitung<sup>644</sup> kann ein Indiz für die Festlegung der Zwecke und gegebenenfalls auch Mittel durch erfolgte Einflussnahmen sein.<sup>645</sup> Insoweit enthielt schon der missverständliche<sup>646</sup> Wortlaut des § 3 Abs. 7 BDSG a.F. mit dem Abstellen darauf, ob die Verarbeitung durch die beteiligte Stelle „für sich“ erfolgt, ein wichtiges Indiz.

Das Eigeninteresse an der Verarbeitung der personenbezogenen Daten ist zumindest dann ein Indiz, wenn es sich nicht in einem finanziellen Interesse an der (weisungsgebundenen) Ausführung der Daten erschöpft.<sup>647</sup> Andernfalls wäre der Regelfall der Auftragsverarbeitung, bei dem die Verarbeitungen im Zusammenhang mit einem entgeltlichen Vertrag stehen, nicht als solche realisierbar. Für einen solchen Ausschluss der Engelthlichkeit der Auftragsverarbeitung fehlt es an Anhaltspunkten in Art. 28 DSGVO. Maßgeblich ist stattdessen ein Eigeninteresse unmittelbar an den personenbezogenen Daten selbst<sup>648</sup> bzw. den aus den Verarbeitungen folgenden Ergebnissen.<sup>649</sup> Soweit die Möglichkeit zum Daten-Zugriff<sup>650</sup> besteht und diese Möglichkeit tatsächlich genutzt wird, kann dies für ein solches Eigeninteresse unmittelbar an den (personenbezogenen) Daten sprechen.<sup>651</sup>

In der Literatur wird, soweit ersichtlich, aber nicht explizit gemacht, worin diese Indizwirkung des Eigeninteresses begründet liegt. Soweit ein Eigeninteresse besteht, wie etwa in Form der Aussicht, die Daten durch

---

644 *Rothkegel/Strassemeyer*, CRi 2019, 161 (Rn. 35); vgl. auch *Moos/Rothkegel*, MMR 2018, 596 (598).

645 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 68) – Zeugen Jehovas; zust. *Montreal*, CR 2019, 797 (Rn. 35); *C. Schröder/Amelie von Alten/Weinhold*, DuD 2018, 746 (751); vgl. auch *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 28 Rn. 19.

646 *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 4 Nr. 7 Rn. 20.

647 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 60; *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 28 Rn. 19; *Rothkegel/Strassemeyer*, CRi 2019, 161 (Rn. 36); vgl. schon zu § 28 BDSG a.F. *BGH*, CR 2018, 657 (662); nach dem *LG Oldenburg*, Urt. v. 16.09.2013 – 5 O 2544/12 (juris) (Rn. 21) sollen, allerdings noch in Abgrenzung zur mittlerweile obsoleten Funktionsübertragung, ebenfalls Tätigkeiten im Rahmen einer Unterstützungsfunction unschädlich sein.

648 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 28 Rn. 19; i.E. wohl ähnlich *Gabel/Lutz*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 28 Rn. 13.

649 *GDD*, Praxishilfe XV, S. 10; *Hanloser*, ZD 2019, 458 (459).

650 Kapitel 4:C.II.2.a.cc (ab S. 139).

651 Vgl. *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 37) – Wirtschaftsakademie.

weitere Verarbeitungen zur Werbeaddressierung, für Analysen oder Übermittlungen zu verwerten, schlägt dieses regelmäßig auf die Festlegung des Verarbeitungszwecks durch. Die Erhebung von personenbezogenen Daten als Ausgangspunkt für die spätere „Verwertung“ erfolgt bereits zu diesem (späteren) Zweck, wie etwa zur späteren Werbeaddressierung und -optimierung. Dieser Zweck wird dann regelmäßig durch den potenziell Verantwortlichen vorgegeben sein, der ein Interesse an den Verarbeitungen zu diesem Zweck hat. Mit anderen Worten: Wer von Verarbeitungen zu einem bestimmten Zweck profitiert und mithin ein Interesse an der Festlegung dieses Zwecks hat, hat – angesichts des grundsätzlich nicht-altruistischen handelnden Wirtschaftsverkehrs – naheliegenderweise selbst diesen Zweck (mit-)festgelegt.

Anders als im Fall von mehreren Zwecken, lässt sich ein durch alle Beteiligten gemeinsam verfolgter Zweck nicht immer klar den einzelnen Beteiligten zuordnen. In einer derartigen Konstellation kann ein seitens einiger oder aller Beteiligten bestehendes Eigeninteresse ebenfalls ein handhabbares Merkmal für die Prüfung sein, ob die Beteiligten jeweils Verantwortliche sind. Dementsprechend hat der *EuGH* bei dem gemeinsamen Zweck der Verbreitung des Glaubens<sup>652</sup> durch die *Gemeinschaft der Zeugen Jehovas* und die Mitglieder maßgeblich auf ein verfolgtes Eigeninteresse abgestellt.<sup>653</sup>

#### b. Abgrenzung zur Auftragsverarbeitung

Nach Art. 4 Nr. 8 DSGVO ist eine „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“ (Hervorhebung durch den Verf.) im Hinblick auf die konkrete Verarbeitung<sup>654</sup> Auftragsverarbeiter und als solche kein Verantwortlicher. Die Eigenschaft als Auftragsverarbeiter und zugleich Verantwortlicher für dieselbe Verarbeitung schließen sich unter der DSGVO nämlich gegenseitig aus.<sup>655</sup>

---

652 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 71) – Zeugen Jehovas.

653 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 68) – Zeugen Jehovas.

654 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 24, 40; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 30.

655 Hierzu und auch lesenswert zu Implikationen der Einordnung in Bezug auf Anwälte und der Geltendmachung von Verzugsschäden *Ziegenhorn/Fokken*, ZD 2019, 194 (195 f.); *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 12; *Lachenmann*, in: Koreng/Lachenmann, G. I. 5.; hierzu auch schon *ico*, Data controllers

Der auf Datenverarbeitungen gerichtete<sup>656</sup> Auftrag<sup>657</sup> muss so gefasst sein, dass der Auftragsverarbeiter nicht die Zwecke und (wesentlichen) Mittel der Verarbeitungen bestimmt.<sup>658</sup> Diesen Befund bestätigen Art. 29 DSGVO („Der Auftragsverarbeiter [darf] [...] diese Daten ausschließlich auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten“) und der Umkehrschluss zu der Regelung des Auftragsverarbeiter-Exzesses in Art. 28 Abs. 10 DSGVO („[...] ein Auftragsverarbeiter, der unter Verstoß gegen diese Verordnung die Zwecke und Mittel der Verarbeitung bestimmt, [gilt] in Bezug auf diese Verarbeitung als Verantwortlicher“).

aa. Abgrenzungsmerkmal des Auftrags und verbleibender Entscheidungsspielraum des Auftragsverarbeiters

Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal ist damit der Umfang des Auftrags in Gestalt aller<sup>659</sup> Weisungen und Vorgaben im Hinblick auf die Zwecke und (wesentlichen) Mittel einer Verarbeitung. Spiegelbildlich dazu darf dem Auftragsverarbeiter nur ein eingeschränkter (ausgeübter) Entscheidungsspielraum zustehen.<sup>660</sup> Angesichts der oftmals vorliegenden Auftragsverarbeitungsverträge bieten sich insoweit weitere Indizien für die Prüfung der Verantwortlichkeit an.

---

and data processors, Rn. 23; anders noch unter dem BDSG a.F. *Thole*, ZIP 2018, 1001 (1001) m.w.N.

656 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 80 f., andernfalls kommt eine eigenständige Verantwortlichkeit in Betracht.

657 Unabhängig von dem konkreten Vertragstyp; es muss sich mithin nicht um einen Auftrag nach § 662 BGB handeln, *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 28 Rn. 27.

658 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 31; vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38; *Gola*, in: Gola, Art. 4 Rn. 75; *Klabunde*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 4 Rn. 40.

659 Die Möglichkeit mehrerer verarbeitungsbezogener Weisungen im Rahmen eines Auftrags zeigt Art. 28 Abs. 3 S. 3 DSGVO. Gleichwohl ist angesichts der allgemein gehaltenen Anforderungen aus Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO nicht für jede Verarbeitung eine erneute Weisung erforderlich, so aber *AG Mannheim*, NZM 2020, 70 (Rn. 23).

660 Entgegen *Härtung*, ITRB 2016, 137 (137) kommt es damit weiterhin auch auf den Entscheidungsspielraum an.

(1) Auftragsverarbeitungsvertrag als Indiz

Nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO ist grundsätzlich ein Auftragsverarbeitungsvertrag mit den dort festgelegten Anforderungen abzuschließen. Darin sind nach Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO bereits Zwecke und wesentliche Mittel bzw. Umstände<sup>661</sup> der Verarbeitung festzuhalten, namentlich der „Gegenstand und Dauer der Verarbeitung, Art und Zweck der Verarbeitung, die Art der personenbezogenen Daten [und] die Kategorien betroffener Personen“. Sofern diese Umstände vom Verantwortlichen vorgegeben sind und die Verarbeitung sich *tatsächlich* daran orientiert, trägt der Auftragsverarbeitungsvertrag entscheidend zur Einordnung als Auftragsverarbeitung bei.<sup>662</sup> Angesichts des Fokus auf den tatsächlichen Einfluss im Rahmen der funktionellen Betrachtungsweise<sup>663</sup> kann der Auftragsverarbeitungsvertrag darüber hinaus keine konstitutive Wirkung entfalten.<sup>664</sup> Umgekehrt bedeutet dies, dass im Fall eines fehlenden Auftragsverarbeitungsvertrags eine Auftragsverarbeitung unwahrscheinlich, aber gleichwohl möglich ist (vgl. auch Art. 29 DSGVO).

Die Anforderungen an den Auftragsverarbeitungsvertrag aus Art. 28 Abs. 3 DSGVO zeigen zugleich, dass und welche Spielräume dem Auftragsverarbeiter zustehen können. Beispielsweise ist im Hinblick auf die technischen und organisatorischen Maßnahmen nach Art. 28 Abs. 3 S. 2 DSGVO die allgemeine Weisung ausreichend, derartige Maßnahmen zu ergreifen. Dementsprechend steht dem Auftragsverarbeiter ein Spielraum bezüglich der konkreten technischen und organisatorischen Maßnahmen zu.<sup>665</sup>

---

661 Kapitel 4:C.II.1.b.bb (ab S. 125).

662 Vgl. auch Moos, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 8, Rn. 9 f.

663 Kapitel 4:C.I.1.b (ab S. 115).

664 EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 26; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 33; *Haltung*, in: Kühling/Buchner, Art. 28 Rn. 61; Kremer, CR 2019, 225 (Rn. 9); dies zeigt auch das Weisungsrecht kraft Gesetzes nach Art. 29 DSGVO, dazu *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 29 Rn. 2; a.A. *Ernst*, jurisPR-ITR 25/2019 Anm. 5; und auch *J. Schneider*, DSGVO, S. 282.

665 EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 35, 38; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 31.

(2) Angewiesenheit auf Tätigkeit eines möglichen Auftragsverarbeiters als Indiz gegen das Vorliegen einer Auftragsverarbeitung

Wie Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. a Hs. 1 a.E. DSGVO zeigt, steht es einer Auftragsverarbeitung nicht entgegen,<sup>666</sup> wenn einzelne Verarbeitungen ohne Weisung des Verantwortlichen, aber aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung erfolgen. Soweit der Auftragsverarbeiter aber beispielsweise entscheidenden Anteil an dem Erlangen einer behördlichen Genehmigung hat oder im Hinblick auf die Tätigkeiten umfangreichen gesetzlichen Verpflichtungen unterworfen ist, verlässt er die gegenüber dem Verantwortlichen untergeordnete Rolle und ist – alleiniger oder gemeinsam – Verantwortlicher, wie etwa als Zahlungsdienstleister.<sup>667</sup> Dies gilt zumindest dann, wenn die gesetzlichen Anforderungen über untergeordnete technisch-organisatorische Vorgaben hinausgehen und von dem vermeintlichen Auftragsverarbeiter die (eigenständige) Einhaltung von Vorgaben im Hinblick auf Zwecke und (wesentliche) Mittel der Verarbeitungen fordern.

(3) Entwicklung der Freiwilligkeit als zusätzliches Indiz gegen das Vorliegen einer Auftragsverarbeitung

Oft stellen (potenzielle) Auftragsverarbeiter ein Software- oder sonstiges Dienstleistungsangebot bereit, bei dem die späteren Datenverarbeitungen bereits angelegt sind und durch das Einfluss auf das „Ob“ und „Wie“ der späteren Datenverarbeitungen genommen wird.<sup>668</sup> Regelmäßig haben Auftragsverarbeiter nicht nur die größere Expertise für ihren Bereich,<sup>669</sup> sondern auch eine besondere Marktmacht<sup>670</sup> und könnten daher mit diesem Angebot weitere Verarbeitungen zu eigenen Geschäftszwecken durchsetzen. Dieses Angebot wird durch (potenziell) Verantwortliche übernom-

---

666 Klug, in: Gola, Art. 28 Rn. 9 sieht dies als eine „Ausnahme von der vertraglichen Weisungsgebundenheit“ an.

667 C. Schröder/Amelie von Alten/Weinhold, DuD 2018, 746 (751).

668 EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 28, 62; Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 32.

669 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 32; vgl. auch EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 95.

670 Vgl. Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 32; Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 28 Rn. 51.

men und diese (potenziell) Verantwortlichen „ermöglichen“<sup>671</sup> durch den Einsatz der Software bzw. Inanspruchnahme der Dienstleistung die späteren Datenverarbeitungen im Einzelfall. Insbesondere bei (Internet-)Dienstleistungen, bei denen der Anbieter als (potenzieller) Auftragsverarbeiter Einfluss behält, kann die Abgrenzung zwischen Auftragsverarbeitung und Verantwortlichkeit schwerfallen. Für diesen Fall bietet sich eine Orientierung an den Kriterien der Freiwilligkeit einer Einwilligung an (vgl. Art. 4 Nr. 11, Art. 7 Abs. 4 DSGVO), um zu überprüfen, ob der (potenzielle) Verantwortliche derart eigenständig entscheiden konnte, dass er als Verantwortlicher und der Dienstleister als Auftragsverarbeiter einzuordnen ist.

Die Freiwilligkeit der Einwilligung dient in ihrer Konzeption unter der DSGVO unmittelbar den betroffenen Personen unter anderem durch den Schutz vor Nachteilen aus einem Ungleichgewicht.<sup>672</sup> Die Entscheidungsbefugnis – die „echte oder freie Wahl“ (Erwägungsgrund 42 S. 5 DSGVO) – der betroffenen Person soll gewahrt werden.<sup>673</sup> Hierzu dient auch das sog. (relative)<sup>674</sup> Kopplungsverbot, wonach die Vertragserfüllung nicht von einer Einwilligung in für die Vertragserfüllung *nicht erforderliche* Verarbeitungen abhängig gemacht werden darf (vgl. Art. 7 Abs. 4 DSGVO). Im Hinblick auf die Reichweite einer Weisung und eine daraus folgende Entscheidung bzw. Festlegung muss die Entscheidungsbefugnis *des Verantwortlichen* gewahrt werden.<sup>675</sup> Andernfalls verliert der Verantwortliche im Hinblick auf die Verarbeitung seine Stellung als Verantwortlicher (vgl. Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO) und zugleich kann der Auftragsverarbeiter als Verantwortlicher einzustufen sein (vgl. auch Art. 28 Abs. 10 DSGVO).<sup>676</sup>

Überträgt man dementsprechend den Gedanken der Freiwilligkeit und insbesondere des Kopplungsverbots auf die Weisung eines (potenziell) Verantwortlichen hieße dies: Soweit die durch den (potenziellen) Auf-

---

671 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 75) – *Fashion ID*. Hierzu schon unter Kapitel 4:C.II.2.a.dd (ab S. 141).

672 Vgl. *Plath*, in: *Plath*, Art. 7 Rn. 19 f. mit Verweis auf Erwägungsgrund 43 DSGVO; und auch *Fladung/Pötters*, in: *Wybitul*, Art. 7, 8 Rn. 16.

673 *EDPB*, Guidelines 5/2020, Rn. 27 f.

674 *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, Art. 7 Rn. 18; *Gierschmann*, in: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, Art. 7 Rn. 62; *S. Schulz*, in: *Gola*, Art. 7 Rn. 26; *zust. Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner*, Art. 7 Rn. 46; zum Meinungsstand *M. Voigt*, Einwilligung, S. 139 ff.

675 S. beispielhaft auch Art. 22 Abs. 3 DSGVO: „[...] wozu mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer *Person seitens des Verantwortlichen* [...] gehört“.

676 Hierzu auch unter Kapitel 4:C.II.2.b.bb (ab S. 152).

tragsverarbeiter durchgeführten Verarbeitungen über den eigentlichen Vertragszweck hinausgehen,<sup>677</sup> handelt es sich um keine Weisung mehr. In der Konsequenz kommt eine getrennte oder gemeinsame Verantwortlichkeit<sup>678</sup> beider Parteien in Betracht. Dies gilt besonders dann, wenn diese nicht erforderlichen Verarbeitungen nicht über dem (potenziell) Verantwortlichen bereitgestellte Einstellungsmöglichkeiten abgewählt werden können, wie etwa im Fall von nicht-abdingbaren Statistik-Auswertungen bei einer Facebook-Fanpage.<sup>679</sup> Je mehr Einstellungsmöglichkeiten einem Verantwortlichen bereitgestellt werden, desto eher kann sichergestellt werden, dass dieser die maßgeblichen Festlegungen selbst trifft und insoweit (alleiniger) Verantwortlicher bleibt.<sup>680</sup>

Soweit dieser Spielraum des Verantwortlichen gewahrt ist, ist er alleiniger Verantwortlicher.<sup>681</sup> Mit der Übernahme<sup>682</sup> des (anpassbaren) Angebots des Auftragsverarbeiters und Konkretisierung durch den konkreten Einsatz entzieht der Verantwortliche dem Auftragsverarbeiter die Festlegung. Aus dem abstrakten Festlegungsvorschlag des Auftragsverarbeiters wird die auf potenzielle Verarbeitungen konkretisierte Festlegung durch den Verantwortlichen, indem sich der Auftragsverarbeiter nunmehr dem Auftrag des Verantwortlichen unterwirft.<sup>683</sup>

---

677 Vgl. hierzu auch Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO und die entsprechende (Kommentar-)Literatur.

678 Zu den Abgrenzungskriterien unter Kapitel 4:C.III.6 (ab S. 182).

679 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 15) – Wirtschaftsakademie.

680 Insoweit ist das von *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 49 angesprochene „Konfigurationsrecht“ doch von Bedeutung.

681 Ähnlich auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 28, das zumindest eine Entscheidung des Verantwortlichen für den Einsatz der Software oder Dienstleistung auf Grundlage umfassender Information voraussetzt.

682 Ob ein Unterlassen ebenfalls für die Übernahme ausreichen würde, darf bezweifelt werden, *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 39) – Google Spain.

683 Vgl. auch *Rothkegel/Strassemeyer*, CRI 2019, 161 (Rn. 38); *Bot*, Schlussanträge C-210/16, Rn. 55 f.; soweit Verarbeitungen durch den „Auftragsverarbeiter“ aufgrund gesetzlicher Verpflichtung erfolgen, ist dieser separater Verantwortlicher, so zutreffend *Petri*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmann*, Art. 28 Rn. 65.

bb. Auftragsverarbeiter-Exzess (Art. 28 Abs. 10 DSGVO)

Soweit ein Auftragsverarbeiter im Hinblick auf *einzelne* Verarbeitungen entgegen seiner Rolle eigenmächtig<sup>684</sup> Zwecke und Mittel bestimmt (Exzess), „gilt“ er nach Art. 28 Abs. 10 DSGVO insoweit als Verantwortlicher.

(1) Art. 28 Abs. 10 DSGVO als Bestätigung der funktionellen Betrachtungsweise

Der Wortlaut des Art. 28 Abs. 10 DSGVO gibt das wieder, was sich schon aus Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO ergibt:<sup>685</sup> Wer die Zwecke und Mittel im Hinblick auf *eine Verarbeitung*<sup>686</sup> festlegt, ist Verantwortlicher. Durch die Hervorhebung der einzelnen Verarbeitung in Art. 28 Abs. 10 DSGVO wird deutlich, dass die Verantwortlichkeiten im Hinblick auf jede Verarbeitung differenziert zu ermitteln sind und sich bei aufeinanderfolgenden Verarbeitungen unterscheiden können.<sup>687</sup> Im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Verantwortlichkeit und Auftragsverarbeitung hat Art. 28 Abs. 10 DSGVO im Übrigen nur klarstellenden Charakter<sup>688</sup> – einer Fiktion, wie das Wort „gilt“ suggeriert, bedarf es insoweit nicht. Dadurch, dass der Wortlaut des Art. 28 Abs. 10 DSGVO auch für den Fall des Auftragsverarbeiter-Exzesses auf den Wortlaut des Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO rekurreert, wird (erneut) verdeutlicht, dass ein funktioneller Ansatz bei der Ermittlung der Verantwortlichen zugrunde zu legen ist und die *tatsächlichen* Festlegungen maßgeblich sind.<sup>689</sup>

---

684 Martini, in: Paal/Pauly, Art. 28 Rn. 77.

685 Vgl. insbesondere die englische Sprachfassung des Art. 28 Abs. 10 DSGVO: „determining the purposes and means of processing“.

686 Zur Zusammenfassung und Betrachtung einzelner Verarbeitungsvorgänge unter Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117).

687 S. schon unter Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117). Für den Fall der Rolle eines Auftragsverarbeiters als Verantwortlichen für folgende Verarbeitungen wird vereinzelt von einer „Doppelfunktion“ gesprochen VG Bayreuth, K&R 2018, 524 (525); hierzu auch Spoerr, in: Wolff/Brink, Art. 28 Rn. 18c; EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 24.

688 Spoerr, in: Wolff/Brink, Art. 28 Rn. 105; Hartung, in: Kühling/Buchner, Art. 28 Rn. 103; Krätschmer/Tinnefeld, in: Wybitul, Art. 28 Rn. 32; Petri, in: Simitis/Hörnung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 28 Rn. 15; a.A., ohne die über Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO hinausgehende Wirkung zu begründen, Ingold, in: Sydow, Art. 28 Rn. 24.

689 Hartung, in: Kühling/Buchner, Art. 28 Rn. 103.

Für den Auftragsverarbeiter gelten letztlich keine abweichenden Voraussetzungen zur Bestimmung der – gegebenenfalls auch gemeinsamen – Verantwortlichkeit, unabhängig davon, ob es sich um einen Auftragsverarbeiter-Exzess handelt (Art. 28 Abs. 10 DSGVO) oder sogar insgesamt keine Auftragsverarbeitung vorliegt (Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO).<sup>690</sup> Ein (nur) formal als „Auftragsverarbeiter“ auftretender Verantwortlicher<sup>691</sup> kann daher – abhängig von der wie stets zu bestimmenden (gemeinsamen) Verantwortlichkeit – alleine oder gemeinsam verantwortlich sein.<sup>692</sup> Diesen Befund bestätigt der gerade nicht in die finale DSGVO-Fassung übernommende Art. 26 Abs. 4 DSGVO-E(KOM), der noch ausdrücklich eine gemeinsame Verantwortlichkeit für den Fall des Auftragsverarbeiter-Exzesses vorsah.<sup>693</sup>

## (2) Modifikation im Hinblick auf die Rechtsfolgen aus Art. 82-84 DSGVO

Die Wirkung einer Fiktion<sup>694</sup> – oder präziser: Modifikation verglichen mit der Rolle des Verantwortlichen in der DSGVO – geht nur im Hinblick auf die Haftungsfolgen von der Regelung aus. Da Art. 28 Abs. 10 DSGVO Sonderregelungen zur Haftung eines Auftragsverarbeiters nach Art. 82, 83 DSGVO bzw. aufgrund von Art. 84 DSGVO ausdrücklich unberührt lässt, haftet der Auftragsverarbeiter im Exzess nach Art. 82-84 DSGVO (nur) als Auftragsverarbeiter.<sup>695</sup> Der von vornherein fälschlich als Auftrags-

---

690 Beide Vorschriften insoweit zusammenlesend DSK, Google Analytics, S. 2.

691 Diesen treffen sämtliche Verantwortlichen-Pflichten, wie etwa Art. 6, 9 DSGVO treffen. S. auch die Übersicht bei *van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, Rn. 119, 671.

692 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 25; wohl mit Tendenz zur gemeinsamen Verantwortlichkeit *Ingold*, in: Sydow, Art. 28 Rn. 24; eine gemeinsame Verantwortlichkeit für fraglich haltend *J. Nink*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 5; und auch *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 20; *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 6 erkennt für den Fall der alleinigen Verantwortlichkeit Parallelen zur Nebentäterschaft.

693 Für den Ausschluss einer gemeinsamen Verantwortlichkeit in diesem Fall ergeben sich keine Anhaltspunkte aus dem Wortlaut, so aber *Lachenmann*, in: Koreng/Lachenmann, G. I. 5., Rn. 12; s. auch (im 3. Absatz) *Lachenmann*, in: Koreng/Lachenmann, G. V.

694 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 28 Rn. 76.

695 In diese Richtung auch, nämlich mit Verweis auf Art. 82 Abs. 2 S. 2 DSGVO, *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 28 Rn. 93; hingegen parallel eine Haftung als Verantwortlicher nach Art. 82-84 DSGVO für möglich

verarbeiter bezeichnete Verantwortliche haftet hingegen nach Art. 82-84 DSGVO als Verantwortlicher. Danach löst etwa der Exzess keine Schadensersatzpflicht aus, soweit dieser in der Nichtbeachtung einer rechtswidrigen Weisung besteht (*e contrario* Art. 82 Abs. 2 S. 2 DSGVO).<sup>696</sup> Zugleich greift aber auch beim Exzess des Auftragsverarbeiters die Rechtsfolge der gesamtschuldnerischen Haftung und die Regelung zum Regress (Art. 82 Abs. 4, 5 DSGVO).<sup>697</sup> Die Auswirkungen der in Art. 28 Abs. 10 DSGVO festgelegten Rechtsfolgen-Modifikation sind damit insgesamt überschaubar.

c. Abgrenzung zur Nicht-Verantwortlichkeit und dem Begriff des Dritten

Neben der Abgrenzung zu Auftragsverarbeitern als Stellen, die im Wesentlichen weisungsgebunden personenbezogene Daten verarbeiten, verbleibt noch die negative oder positive<sup>698</sup> Abgrenzung zu Stellen, die weder betroffene Personen, Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter sind, noch diesen unter- bzw. zugeordnet und dementsprechend befugt sind.<sup>699</sup> Die DSGVO definiert diese als Dritte nach Art. 4 Nr. 10 DSGVO.<sup>700</sup> Der Nicht-Verantwortliche ist demnach dann Dritter, wenn er keinem Verantwortlichen zugeordnet ist und zugleich auch keine der sonstigen Rollen erfüllt oder diesen zugeordnet ist.

---

haltend *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 28 Rn. 103 mit größtenteils nicht nachvollziehbaren Verweisen.

696 *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 30, 36.

697 Insoweit sind auch die Ausführungen zum Regress unter Kapitel 5:D.III.3 (ab S. 383) von Bedeutung.

698 *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 4 Nr. 10 Rn. 7f.; es ist allerdings zu bezweifeln, inwieweit der Verweis auf den Begriff des Dritten wie im Zivilrecht, nach *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 37, tatsächlich eine positive Abgrenzung ermöglicht, oder ob es sich dabei nicht auch um eine negative Abgrenzung handelt; negativ nach *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 87.

699 Auf Sonderrollen wie Zertifizierungsstellen ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Zu einem Konzept einer separaten Rolle der Dritten, denen personenbezogene Daten offengelegt werden, das aber mit der DSGVO überholt ist, vgl. *van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, Rn. 248-251.

700 *Mantz/Marosi*, in: Specht/Mantz, Teil A. § 3, Rn. 143.

aa. Abgrenzungskriterien

Eine negative Bestimmung einer Person oder Stelle als Dritte setzt voraus, dass nicht Daten gegenständlich sind, die sich auf die in Frage stehende (betroffene) Person beziehen, dass die Person oder Stelle keine Verarbeitungen als Auftragsverarbeiter oder Verantwortlicher selbst durchführt und/oder als Verantwortlicher anleitet. Es ist schon für die Verantwortlichkeit nicht von Belang, ob die Stelle selbst personenbezogene Daten verarbeitet – wie Art. 28 DSGVO zeigt – oder ob sie Zugriff auf die personenbezogenen Daten hat.<sup>701</sup> Je weiter die Person allerdings von den personenbezogenen Daten entfernt ist<sup>702</sup> – und damit nicht als Auftragsverarbeiter (vgl. etwa Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. g, h DSGVO) oder als eine einem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter unterstellte Person (vgl. Art. 29 DSGVO) in Betracht kommt –, desto eher ist der Einfluss auf die Datenverarbeitungen in Form der Festlegungen der Zwecke und (wesentlichen) Mittel von Bedeutung – für die Einordnung als Verantwortlicher und damit Nicht-Dritter. Fehlt es an beidem und ist die Person nicht betroffene Person, ist sie Dritter im Sinne von Art. 4 Nr. 10 DSGVO.

bb. Bedeutung des Begriffs des Dritten

Während der Begriff des Dritten in der DSRL noch häufiger im Zusammenhang mit Verpflichtungen verwendet wurde,<sup>703</sup> verwendet die DSGVO diesen Begriff im Wesentlichen (nur) zur Klarstellung, dass auch die berechtigten Interessen dieser Dritten im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO berücksichtigt werden können.<sup>704</sup> Angesichts dieser geringe(re)n Bedeutung kann eine restriktive Auslegung der Verantwortlichkeit nicht damit begründet werden, dass andernfalls kein Raum für den Dritten als eigenständige Rolle bliebe.<sup>705</sup>

Der Begriff des Dritten wird weiterhin vor allem als Ansatzpunkt für die Reichweite der Auslegung des Begriffs des Verantwortlichen und Auftrags-

---

701 Missverständlich hingegen aufgrund eines verkürzten Zitats der *Art.-29-Datenschutzgruppe, Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 4 Nr. 10 Rn. 5.

702 Vgl. hierzu auch hinsichtlich der gemeinsamen Verantwortlichkeit unter Kapitel 4:C.III.6.d (ab S. 193).

703 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 37. S. etwa Art. 7 lit. e, f, Art. 8 Abs. 2 lit. c, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 lit. c DSRL.

704 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:E.I.2.a (ab S. 397).

705 *Kamara/Hert*, in: Consumer Privacy Handbook, 312 (331).

verarbeiters relevant. Insoweit lässt sich aus Art. 4 Nr. 10 DSGVO auch und gerade die Erkenntnis gewinnen, dass etwa befugte Arbeitnehmer des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters im Rahmen ihrer Befugnis nicht selbst verantwortlich sind.<sup>706</sup> Insoweit – und auch nur insoweit<sup>707</sup> – hat der Begriff des Dritten mittelbar Bedeutung für die Rechtfertigungsbedürftigkeit (Art. 6, 9 DSGVO) von Übermittlungen.<sup>708</sup>

### **3. Zwischenergebnis**

Die gemeinsame Verantwortlichkeit einer Stelle setzt zunächst grundsätzlich die Verantwortlichkeit und damit die Festlegung von Zwecken und Mitteln im Hinblick auf die konkrete Verarbeitung voraus. Zwecke und Mittel sind dabei weniger als strikt voneinander abzugrenzende Begriffe zu sehen, sondern vielmehr als eine Umschreibung dafür, dass es auf die mit Blick auf den Schutz betroffener Personen wesentlichen Eigenschaften einer Datenverarbeitung ankommt, wie etwa Zwecke und vor allem im Rahmen der Mittel weitere Umstände, wie z.B. Art und Dauer der Verarbeitung sowie die Kategorien betroffener Personen (vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO). Das Vorliegen der Festlegungsbeiträge eines Verantwortlichen ist funktionell (vgl. auch Art. 28 Abs. 10 DSGVO) und unter Berücksichtigung der verobjektivierten Perspektive einer betroffenen Person in Bezug auf eine Verarbeitung zu ermitteln. Eine Verarbeitung kann dabei nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO einen oder mehrere Vorgänge umfassen. Die subjektive Perspektive des potenziell Verantwortlichen ist in Form eines kognitiven Elements im Hinblick auf die Anwendbarkeit der DSGVO und die Festlegungen des potenziell Verantwortlichen einzubeziehen. Ein Eigeninteresse des potenziell Verantwortlichen kann Indizwirkung für die Festlegung der Verarbeitungszwecke haben. Für die Festlegung bedarf es grundsätzlich der Möglichkeit des Daten-Zugriffs, soweit nicht gesetzliche Verschwiegenheitspflichten bestehen oder aber eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt.

---

<sup>706</sup> *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 86. Hierzu auch unter Kapitel 4:A.I (ab S. 98).

<sup>707</sup> Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:E.I.3.c.aa(2) (ab S. 406).

<sup>708</sup> Es kommt beispielsweise für die Verantwortlichkeit nicht darauf an, ob der Empfänger Dritter ist oder schon für andere Verarbeitungen verantwortlich, für die konkrete Verarbeitung kommt es nur auf die getroffenen Festlegungen an (vgl. Art. 4 Nr. 7 DSGVO), missverständlich aber *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 38.

Die Entscheidung über das „Ob“ einer Verarbeitung kann eine Konkretisierung und ein Zueigenmachen einer durch eine andere Stelle getroffene Festlegung implizieren und dem Auftragsverarbeiter die Festlegungsverantwortung insoweit entziehen und/oder eine Verantwortlichkeit beider Parteien begründen – die Kausalität für *wesentliche* Merkmale der Datenverarbeitung vorausgesetzt.

Für die Abgrenzung in den Fallkonstellationen der Übernahme eines vom (potenziellen) Auftragsverarbeiter vorbereiteten Repertoires an abstrakten Verarbeitungen bietet sich eine Orientierung an den Kriterien für die Freiwilligkeit und insbesondere dem Kopplungsverbot (vgl. Art. 7 Abs. 4 DSGVO) an.

Der Begriff des Dritten (Art. 4 Nr. 10 DSGVO) hat unter der DSGVO nur untergeordnete Bedeutung, kann aber Anhaltspunkte für die Reichweite der Rollen des Verantwortlichen und Auftragsverarbeiters bieten.

### III. Gemeinsam – Abgrenzung zur getrennten Verantwortlichkeit

Sofern Verantwortliche die Festlegungen „*gemeinsam*“ („jointly“) treffen – nicht gleichbedeutend mit gemeinsamen bzw. identischen Zwecken und Mitteln<sup>709</sup> –, sind sie statt getrennt Verantwortlicher gemeinsam Verantwortliche (Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO). Abgesehen von wenigen Ausnahmen, die im Folgenden dargelegt werden,<sup>710</sup> setzt eine gemeinsame Verantwortlichkeit damit in einem ersten Schritt die Verantwortlichkeit der jeweiligen Akteure voraus (vgl. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO).<sup>711</sup> Hinzukommen muss dann die Gemeinsamkeit der Festlegungen in Form von vollständig gemeinsamen oder zumindest zusammenhängenden Festlegungen.<sup>712</sup> Das Merkmal „*gemeinsam*“ dient damit nicht unmittelbar der Abgrenzung zur Auftragsverarbeitung,<sup>713</sup> sondern vor allem der Abgrenzung zur getrennten Verantwortlichkeit.<sup>714</sup>

---

709 Vgl. etwa *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 12).

710 Kapitel 4:C.III.2 (ab S. 160).

711 Dies ebenfalls hervorhebend *Schild*, in: Wolff/Brink, Art. 4 Rn. 87a, 90; *Gola*, in: *Gola*, Art. 4 Rn. 51; vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 47; a.A. wohl *Lücke*, NZA 2019, 658 (660 f.).

712 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 51.

713 Dies aber unter anderem hervorhebend *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 14.

714 *Kartheuser/Nabulsi*, MMR 2018, 717 (717).

## 1. Begriff der gemeinsamen Festlegung

„Gemeinsam“ ist weit im Sinne von „zusammen mit“<sup>715</sup> oder „nicht alleine“ zu verstehen.<sup>716</sup> Es werden nicht mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen im zivilrechtlichen Sinne oder eine gesellschaftsrechtlich manifestierte Zusammenarbeit vorausgesetzt.<sup>717</sup> Diese Auslegung lässt sich damit begründen, dass nach dem Wortlaut des Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO („allein oder gemeinsam“ bzw. „alone or jointly with others“) die Verwendung von „allein“ gerade als Gegensatz erscheint zu „gemeinsam“.<sup>718</sup> Bei einer negativen Abgrenzung des Merkmals „gemeinsam“ reicht daher eine Festlegung „nicht alleine“ aus. Dementsprechend sind beide Auslegungsvarianten denkbar.

In Abgrenzung zur jeweiligen alleinigen Verantwortlichkeit bedarf es für die Gemeinsamkeit zudem einer gewissen Form der Kooperation und gemeinsamen Koordination. Dies bestätigt ein Blick auf die Rechtsfolgen: Die Mitwirkung mehrerer Beteiligter an einer Verarbeitung „nebeneinander“ ohne gegenseitige Einflussnahmen als Voraussetzung, wie etwa im Fall des Kontakts mit Behörden,<sup>719</sup> überzeugt nicht, wenn die dann gemeinsam Verantwortlichen gerade die Funktionen und Beziehungen *im Rahmen ihrer (bestehenden) Zusammenarbeit* festlegen sollen (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO).

Die Unterscheidung zwischen „zusammen mit“ und „nicht alleine“ kann durchaus von Bedeutung sein. Die Festlegung lediglich „nicht alleine“ statt „zusammen“ führt zu geringeren Anforderungen an kooperative Elemente und Absprachen. Zwar ist das Verfolgen des gleichen Zwecks und der Einsatz der gleichen Mittel *vollkommen* unabhängig voneinander bzw. eigenständig<sup>720</sup> und damit „alleine“, wie etwa bei der parallelen Meldung von *unterschiedlichen* steuerrelevanten Daten durch verschiedene Unternehmen, nicht ausreichend.<sup>721</sup> Auch die bloße Kombination eines gemeinsamen Mittels mit klar abgegrenzten Verantwortungsbereichen, wie etwa bei einer gemeinsamen Plattform, reicht noch nicht aus, um

---

715 Wohl dies präferierend, indem eine „gemeinsame Willensbildung“ verlangt wird, *Kremer*, CR 2019, 225 (227); ähnlich *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (144).

716 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 48; schon zuvor *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 22; zust. etwa *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (400).

717 *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 39 f.).

718 *Spoerr*, in: *Wolff/Brink*, Art. 26 Rn. 15.

719 Hierzu unter Kapitel 4:C.IV.3 (ab S. 206).

720 Vgl. *Uwer*, ZHR 2019, 154 (160).

721 *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (400 f.).

von einer Gemeinsamkeit sprechen zu können.<sup>722</sup> Allerdings kann aber ein Hinarbeiten mehrerer Parteien durch unterschiedliche Beiträge im Hinblick auf die gleichen Datenverarbeitungen bei (nur) geringfügigen Absprachen und großen Entscheidungsspielräumen der jeweiligen Parteien ausreichen, um von einer gemeinsamen Festlegung – im Sinne von „nicht alleine“ – auszugehen. Beispielsweise haben die Verkünder der Zeugen Jehovas, wie vom *EuGH* entschieden,<sup>723</sup> oder Wahlkampf-Helfer politischer Parteien<sup>724</sup> jeweils große Spielräume bei der konkreten Ausübung ihrer Tätigkeit. Angesichts der jeweils geleisteten Beiträge für die gleichen Verarbeitungen, des Datenaustauschs und vor allem der gemeinsamen Koordination kann in diesen Fällen von einer Gemeinsamkeit ausgegangen werden.

Der Begriff der Gemeinsamkeit erfordert demnach nicht nur jeweils kausale Festlegungsbeiträge, die sich zusammen auf die konkrete Verarbeitung auswirken und die Charakteristika dieser Verarbeitung prägen,<sup>725</sup> sondern auch kooperative Elemente.<sup>726</sup> Im Übrigen können bei der Auslegung des Begriffs der Gemeinsamkeit Spielräume durch Wertungen der DSGVO gefüllt werden. Wird beispielsweise die Gemeinsamkeit im Einklang mit dem Transparenzgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO)<sup>727</sup> unter Berücksichtigung der verobjektivierten Perspektive einer betroffenen Person beurteilt, können neben Kooperationselementen, wie etwa Absprachen, auch die vernünftigen Erwartungen und ein – aufgrund von Intransparenz – nach außen als gemeinsam erscheinendes Auftreten Berücksichtigung finden. Auf dieser Grundlage lassen sich verschiedene Kriterien herausarbeiten, die im Rahmen der Prüfung der Gemeinsamkeit zu berücksichtigen sind.<sup>728</sup>

Die Gemeinsamkeit der Festlegungen der Zwecke und Mittel ist im Hinblick auf konkrete Verarbeitungen festzustellen. Der Begriff der Verarbeitung kann dabei mehrere Vorgänge umfassen, wobei im Rahmen der getrennten Verantwortlichkeit regelmäßig getrennte Verarbeitungen anzunehmen sind.<sup>729</sup> Soweit aber Vorgänge zusammen als eine Verarbeitung betrachtet werden, kann der Einfluss der jeweiligen Parteien beispielsweise

---

722 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66, 69; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 26.

723 *EuGH*, NJW 2019, 285 – Zeugen Jehovas.

724 *Radtke*, K&R 2020, 479 (484).

725 Vgl. *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 53.

726 Dies hingegen nicht deutlich hervorhebend *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 53.

727 Kapitel 3:B.V (ab S. 73).

728 Kapitel 4:C.III.6 (ab S. 182).

729 Vgl. Kapitel 4:C.I.2.b (ab S. 118).

auch unterschiedlich zwischen den jeweiligen Vorgängen ausfallen, solange sich die Festlegungen insgesamt für die Verarbeitung als gemeinsam darstellen.<sup>730</sup>

## 2. Einbeziehung weiterer sonst Nicht-Verantwortlicher

Wie bereits angeführt, ist grundsätzlich die jeweilige Verantwortlichkeit Voraussetzung für die jeweilige gemeinsame Verantwortlichkeit. Ausnahmsweise kann aber auch ein sonst nicht Verantwortlicher als gemeinsam Verantwortlicher in Betracht kommen.

### a. Separate Betrachtung des räumlichen Anwendungsbereichs, Art. 3 DSGVO

Dabei könnte man daran denken, die räumliche Anwendbarkeit im Hinblick auf einen gemeinsam Verantwortlichen nach Art. 3 DSGVO auf alle (potenziell) gemeinsam Verantwortlichen zu erstrecken, deren gemeinsame Verantwortlichkeit andernfalls jeweils nur an der räumlichen Anwendbarkeit scheitern würde.

Für die räumliche Anwendbarkeit ist dabei nach Art. 3 Abs. 1 DSGVO auf die Tätigkeiten im Rahmen einer EU/EWR-Niederlassung abzustellen oder alternativ nach Art. 3 Abs. 2 DSGVO auf das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen an betroffene Personen in der EU/EWR oder die Verhaltensbeobachtung. In die Richtung einer gemeinsamen Betrachtung des Anwendungsbereichs lässt sich die – womöglich bloß missverständliche – Aussage von *Hanloser* interpretieren, wonach die Unionsniederlassung eines Verantwortlichen ausreichen soll, um die „räumliche Anwendbarkeit der DS-GVO auch gegenüber sämtlichen unionsfremden Mitverantwortlichen zu eröffnen“.<sup>731</sup>

Ein möglicher Fall, bei dem sich der Ansatz auswirken würde, ist der Folgende: Ein nur in der Union niedergelassener Verantwortlicher (Art. 3 Abs. 1 DSGVO) arbeitet mit einem außerhalb der Union niedergelassenen Verantwortlichen zusammen, wobei Bürgern in der Union keine Waren oder Dienstleistungen angeboten werden und auch nicht deren Verhalten

---

730 *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 8; vgl. auch *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 19.

731 *Hanloser*, in: Wolff/Brink, Art. 3 Rn. 11; a.A. *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 7; *GDD*, Praxishilfe XV, S. 14.

beobachtet wird. In dem Fall wäre für den zuletztgenannten Verantwortlichen die Anwendbarkeit weder nach Art. 3 Abs. 1 DSGVO noch nach Art. 3 Abs. 2 DSGVO eröffnet. Damit würde nur ein Verantwortlicher in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen und keine gemeinsame Verantwortlichkeit bestehen. Geht man hier stattdessen von einer räumlichen Anwendbarkeit auch auf den nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen aus, würde man betroffenen Personen insoweit einen weitreichenderen Schutz (vgl. Art. 26 DSGVO) gewähren.

Dieser Ansatz kann allerdings nicht überzeugen. Schon nach dem Wortlaut des Art. 3 DSGVO kommt es auf den jeweiligen Verantwortlichen an. Für eine Zurechnung der Anwendbarkeit besteht auch *e contrario* Art. 3 Abs. 3 DSGVO mangels expliziter Regelung kein Raum. Hinzu kommt, dass Art. 3 DSGVO bereits durch die Kombination von Niederlassungs- und Markttortprinzip einen völkerrechtlich womöglich nicht unbedenklichen, sehr weiten Anwendungsbereich schafft.<sup>732</sup> Insoweit kann eher eine restriktive Auslegung geboten sein. Vor allem aber widerspricht die Systematik der DSGVO einer Fiktion der räumlichen Anwendbarkeit mit Wirkung für alle übrigen gemeinsam Verantwortlichen. Wenn – wie im Beispielsfall – der regelmäßig einzige Anknüpfungspunkt darin besteht, dass Datenübermittlungen an/von in der Union ansässige Verantwortliche stattfinden, ist ebendies der originäre und exklusive Anwendungsbereich der Art. 44 ff. DSGVO (vgl. Art. 44 DSGVO)<sup>733</sup> und nicht etwa durch eine Ausweitung des Art. 3 DSGVO auszuhebeln. Die Aussage, dass die räumliche Anwendbarkeit gegenüber einem gemeinsam Verantwortlichen Wirkung für alle gemeinsam Verantwortlichen hat,<sup>734</sup> trifft insoweit (nur) mittelbar im Hinblick auf die sich aus Art. 44 DSGVO ergebenden Anforderungen zu. Die Anforderungen richten sich nämlich unmittelbar nur an den gemeinsam Verantwortlichen, für den die DSGVO nach Art. 3 DSGVO räumlich anwendbar ist.

Die Gemeinsamkeit der Festlegung durch einen räumlich unter die DSGVO fallenden (gemeinsam) Verantwortlichen infiziert also nicht die übrigen Festlegenden. Stattdessen ist der räumliche Anwendungsbereich separat zu betrachten.<sup>735</sup>

---

732 *Klar*, in: Kühling/Buchner, Art. 3 Rn. 14; vgl. schon unter der DSRL *Svantesson*, SJIL 50 (2014), 53 (73).

733 *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Rn. 368; *GDD*, Praxishilfe XV, S. 14; *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (401); unklar hingegen nach *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 7.

734 *Hanloser*, in: Wolff/Brink, Art. 3 Rn. 11.

735 So auch *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 19.

b. Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs nach Art. 2 Abs. 1  
DSGVO und Entfall des Erfordernisses des Daten-Zugriffs

Im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich (Art. 2 Abs. 1 DSGVO) kann die notwendige Verarbeitung personenbezogener Daten einem gemeinsam Verantwortlichen nur aufgrund der Gemeinsamkeit zuzurechnen sein. Dadurch kann auf eine Person, die sonst Dritter nach Art. 4 Nr. 10 DSGVO<sup>736</sup> wäre, die DSGVO in sachlicher Hinsicht nur aufgrund der Gemeinsamkeit der Festlegungen Anwendung finden. Die sachliche Anwendbarkeit durch die Handlung eines gemeinsam Verantwortlichen kann mithin für alle gemeinsam Verantwortlichen wirken.<sup>737</sup>

Im Ausgangspunkt bedarf es für die sachliche Anwendbarkeit der DSGVO nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO einer Verarbeitung personenbezogener Daten. Es ist unbeachtlich, wer diese durchführt (vgl. Art. 28 DSGVO). Entscheidend ist stattdessen, dass eine solche Verarbeitung vorliegt und – als Voraussetzung für die Verantwortlichkeit – Festlegungen hierzu getroffen werden, sodass diese Verarbeitung den (gemeinsam) Verantwortlichen zugerechnet werden kann. Mit der gemeinsamen Verantwortlichkeit sinken die Anforderungen an die Nähe zu den Daten bzw. zu der Verarbeitung der Daten als Teil der Festlegung im Sinne der Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO.<sup>738</sup> Die DSGVO „verlangt jedenfalls nicht, dass bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit mehrerer Betreiber für dieselbe Verarbeitung jeder Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten hat“.<sup>739</sup> Stattdessen ist es ausreichend, wenn (arbeitsteilig) einer der Verantwortlichen Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten hat – sei es, dass der im Übrigen eingeschränkte Zugriff auf vertragliche Regelungen oder gesetzliche Verschwiegenheitspflichten zurückzuführen ist.<sup>740</sup> Bei der alleinigen Verantwortlichkeit trifft diese Voraussetzung hingegen stets den alleinigen Verantwortlichen.<sup>741</sup>

Diese reduzierten Anforderungen an die Anwendbarkeit und den Begriff der Entscheidung bzw. Festlegung veranschaulicht vor allem der vom

---

736 Hierzu unter Kapitel 4:C.II.2.c (ab S. 154).

737 Vgl. *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie.

738 Vgl. schon unter Kapitel 4:C.II.2.a.cc (ab S. 139).

739 So unter der DSRL *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie; zust. *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 54.

740 Zu den Auswirkungen auf eine (separate) Verantwortlichkeit unter Kapitel 4:C.II.2.a.cc(2) (ab S. 140). Zu den Auswirkungen auf eine Gemeinsamkeit der Verantwortlichkeit unter Kapitel 4:C.III.6.b.aa (ab S. 186).

741 Kapitel 4:C.II.2.a.cc (ab S. 139).

*EuGH* entschiedene Fall zu Fanpages auf einem sozialen Netzwerk.<sup>742</sup> Der einzige Berührungs punkt, den der Fanpage-Betreiber als gemeinsam Verantwortlicher mit den verarbeiteten personenbezogenen Daten hat, ist der Zugriff auf die Daten in aggregierter Form, d.h. als Statistik-Daten.<sup>743</sup> Diese Statistik-Daten für sich betrachtet lassen keine Rückschlüsse auf (betroffene) Personen zu. Es handelt sich also nicht mehr um personenbezogene Daten (Art. 4 Nr. 1 DSGVO), sondern um anonyme Daten (vgl. Erwägungsgrund 26 S. 5, 6 DSGVO).<sup>744</sup> Das Datenschutzrecht findet auf Vorgänge im Zusammenhang mit diesen Statistik-Daten – wie etwa den Abruf dieser Daten durch den Fanpage-Betreiber – keine Anwendung nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO. Würde man sich den Betreiber des sozialen Netzwerks wegdenken, bliebe auf Seiten des Fanpage-Betreibers neben nicht unmittelbar verarbeitungsbezogenen Handlungen, wie der Parametrierung<sup>745</sup> und dem Bereitstellen von eigenen Inhalten über die Fanpage, nur der Zugriff auf anonymisierte Daten. Mangels (zurechenbarer) Verarbeitung personenbezogener Daten wäre der Anwendungsbereich nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO nicht eröffnet und der Fanpage-Betreiber nicht als Verantwortlicher einzuordnen.

Letztlich können also für die Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit eine geringere Nähe zur Verarbeitung nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO bzw. eingeschränkte Zugriffsmöglichkeiten ausreichen. Damit hat die gemeinsame Verantwortlichkeit Einfluss auf die sachlich-persönliche Anwendbarkeit der DSGVO und die Festlegung (vgl. Art. 4 Nr. 7 DSGVO) im Unterschied zu den an mehrere getrennt Verantwortliche zu stellenden Anforderungen.<sup>746</sup>

c. Separate Betrachtung des sachlichen Anwendungsbereichs mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 DSGVO

Im Übrigen und mit Blick auf die Ausnahmen in Art. 2 Abs. 2 DSGVO ist der sachliche Anwendungsbereich aber separat für jeden gemeinsam Verantwortlichen zu betrachten.

---

742 *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie.

743 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie.

744 Zu den Anforderungen auch *Radtke*, K&R 2020, 479 (482 f.).

745 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 36) – Wirtschaftsakademie.

746 Dies erkennen etwa *Lee/Cross*, ZD 2019, 559 (562); und auch *Janicki*, in: *FS Taeger*, 197 (214).

aa. Ausnahmen von der Anwendbarkeit nach Art. 2 Abs. 2 lit. a, b, d DSGVO

Nach Art. 2 Abs. 2 lit. b DSGVO sind etwa Verarbeitungen im Rahmen der gemeinsamen EU-Außen- und Sicherheitspolitik vom Anwendungsbereich der DSGVO ausgenommen. Nach Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO sind darüber hinaus gewisse Verarbeitungen im Bereich Justiz und Inneres von der Anwendbarkeit ausgenommen.<sup>747</sup> Es drohte die Ausnahmen *ad absurdum* zu führen, wenn aufgrund der Zusammenarbeit mit einem gemeinsam Verantwortlichen außerhalb des Art. 2 Abs. 2 lit. b, d DSGVO die DSGVO letztlich doch und entgegen der genannten Ausnahmen für die genannten Zwecke Anwendung finden würde. Unabhängig davon erscheint eine solche Zusammenarbeit zwischen Privaten und den zuständigen Behörden für die in Art. 2 Abs. 2 lit. b, d DSGVO genannten Zwecke in der Praxis unwahrscheinlich.<sup>748</sup>

Entsprechendes gilt für Tätigkeiten, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen (Art. 2 Abs. 2 lit. a DSGVO).

bb. Ausnahme von der Anwendbarkeit nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO

Praktische Relevanz dürfte die (womöglich) separate Betrachtung des Anwendungsbereichs aber mit Blick auf die Ausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO haben. Im Fall einer Zusammenarbeit mit einer natürlichen Person als (potenziell) Verantwortliche zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten stellt sich die Frage, wie und wem zulasten sich die Ausnahme in diesem Fall auswirkt.

Die sog. Haushaltsausnahme nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO dient dem Schutz des (datenschutzrechtlichen) Kernbereichs privater Lebensführung,<sup>749</sup> der „Ausklammerung sozialer Nähebeziehungen“ und prägt insoweit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus.<sup>750</sup> Grundsätzlich sind Verarbeitungen auch deswegen nicht umfasst, weil typisierend ausgegangen wird von einer geringeren Eingriffsintensität für betroffene Personen und beispielsweise der Zugänglichmachung der Daten nur für einen begrenz-

---

<sup>747</sup> Zu rechtsgebietübergreifenden Kollisionen mit Blick auf die Ausnahme in Art. 2 lit. d DSGVO unter Kapitel 4:C.IV.4 (ab S. 210).

<sup>748</sup> Radtke, JIPITEC 11 (2020), 242 (249 f.).

<sup>749</sup> Schünicht, Informationelle Selbstbestimmung, S. 162.

<sup>750</sup> Lewinski, Datenschutz-Matrix, S. 10.

ten Kreis an Personen.<sup>751</sup> Nach dem Erwägungsgrund 18 S. 1 DSGVO sollen mit der Regelung vor allem Verarbeitungen „ohne Bezug zu einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit“ vom Anwendungsbereich ausgenommen werden, wobei in S. 2 beispielhaft das „Führen eines Schriftverkehrs oder von Anschriftenverzeichnissen oder die Nutzung sozialer Netze und Online-Tätigkeiten“ genannt werden. Maßgeblich zur entsprechenden Bestimmung ist die Verkehrsanschauung.<sup>752</sup> Dabei kommt es auf den Verantwortlichen aus der verobjektivierten Sicht einer betroffenen Person<sup>753</sup> an und nicht etwa darauf, ob *betroffene Personen* in ihrem privaten Umfeld angesprochen werden.<sup>754</sup>

Wenn ein (gemeinsam) Verantwortlicher mit einem (potenziell) gemeinsam Verantwortlichen zusammentrifft, auf den die Ausnahme aus Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO Anwendung finden könnte, sind mehrere Ansätze denkbar, um die Kollision der Art. 2 Abs. 2 lit. c, Art. 26 DSGVO aufzulösen. Die strikte Anwendung des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO könnte nämlich dazu führen, dass mangels weiterer Verantwortlicher gar keine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt und Pflichten gegebenenfalls bei den übrigen Verantwortlichen anwachsen. Wie von Wagner aufgezeigt, können sich die Lösungsansätze an denen für die Konstellationen der gestörten Gesamtschuld orientieren: Der Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO kann einschränkend ausgelegt werden (Lösung zulasten der Privilegierten), der Anwendungsbereich wird separat betrachtet (Lösung zulasten der übrigen (gemeinsam) Verantwortlichen) oder die auf den Privilegierten entfallenden Pflichten sind gar nicht zu beachten (Lösung zulasten betroffener Personen).<sup>755</sup>

#### (1) Lösung zulasten der Privilegierten

Von der Ausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO bliebe nicht mehr viel übrig, wenn eine Anwendung für den Fall gemeinsamer Verantwortlichkeit abgelehnt wird. Regelmäßig werden für ausschließlich persönliche

---

751 *EuGH*, EuZW 2004, 245 (Rn. 47) – Lindqvist; und auch EuZW 2009, 108 (Rn. 43 f.) – Satamedia.

752 *Ernst*, in: Paal/Pauly, Art. 2 Rn. 18; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 2 Rn. 22; zust. etwa *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 2 Rn. 25; *B. Schmidt*, in: Taeger/Gabel, Art. 2 Rn. 17.

753 Kapitel 4:C.I.1.a (ab S. 113).

754 Vgl. *Mengozzi*, Schlussanträge C-25/17, Rn. 37.

755 *Wagner*, ZD 2018, 307 (311).

oder familiäre Tätigkeiten Dienstleister in Anspruch genommen werden, die auch selbst Zwecke und Mittel festlegen, sodass sich die in diesem Fall eigentlich nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO privilegierte Person schlagartig dem gesamten Pflichtenkatalog der DSGVO gegenüberstehen. Dies stellt insbesondere Erwägungsgrund 18 S. 2, 3 DSGVO<sup>756</sup> klar. Die Nutzung sozialer Netzwerke und Online-Tätigkeiten soll danach in den Anwendungsbereich der Privathaushaltsausnahme fallen, obwohl in dem Fall typischerweise eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegen könnte. Im Übrigen überzeugt dieser Lösungsansatz auch nicht angesichts der dargelegten Überlegungen im Hinblick auf die Ratio und Reichweite der Haushaltsausnahme – nämlich einen Schutz des Bereichs privater Lebensführung zu erreichen, auch bei Einschaltung von Dienstleistern.

## **(2) Lösung zulasten betroffener Personen**

Die Lösung zulasten betroffener Personen kann ebenfalls nicht überzeugen und das nicht nur mit Blick auf eines der zentralen Schutzziele, namentlich den Schutz betroffener Personen (Art. 1 Abs. 2 DSGVO). Diese Lösung hat ihre Schwäche vor allem in der unzutreffenden Prämissen,<sup>757</sup> sämtliche Pflichten könnten grundsätzlich beliebig zwischen den gemeinsam Verantwortlichen aufgeteilt werden. Abhängig von der konkreten Pflicht kann nämlich oft das Zusammenwirken mehrerer gemeinsam Verantwortlicher erforderlich sein.<sup>758</sup> Das gilt selbst dann, wenn entsprechend Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO eine Pflichtenverteilung vorgenommen wird. Im Übrigen verbietet es sich aus Umgehungsgesichtspunkten, auf diese Pflichtenverteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO abzustellen,<sup>759</sup> um Pflichten zu ermitteln, die aufgrund des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO entfallen. Dann könnten sämtliche Pflichten einem Verantwortlichen zugewiesen werden, der Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO unterfällt.

---

<sup>756</sup> „Als persönliche oder familiäre Tätigkeiten könnte [...] auch die Nutzung sozialer Netzwerke [...] gelten. Diese Verordnung gilt jedoch für die Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, die die Instrumente für die Verarbeitung personenbezogener Daten für solche persönlichen oder familiären Tätigkeiten bereitstellen.“

<sup>757</sup> Diese zugrundelegend Wagner, ZD 2018, 307 (311 f.).

<sup>758</sup> Vgl. Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322).

<sup>759</sup> Vgl. auch EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 26.

(3) Lösung zulisten der übrigen (gemeinsam) Verantwortlichen bei separater Betrachtung des Anwendungsbereichs

Stattdessen ist Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO zugunsten des Privilegierten vollständig zur Anwendung zu bringen. Der Anwendungsbereich ist insoweit für jeden gemeinsam Verantwortlichen separat zu betrachten. In der Konsequenz kann aufgrund des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO eine andernfalls bestehende gemeinsame Verantwortlichkeit entfallen und auch einzelne Verarbeitungen können mangels Verantwortlichem vollständig dem Anwendungsbereich der DSGVO entzogen sein. Der Einfluss der übrigen Beteiligten ist unter Auschluss des Privilegierten nach den gewohnten Maßstäben des Art. 4 Nr. 7 DSGVO zu untersuchen.

Soweit bei Verarbeitungen weitere Zwecke neben dem nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO privilegierten Zweck verfolgt werden,<sup>760</sup> treffen die übrigen gemeinsam Verantwortlichen sämtliche Pflichten – ihre (gemeinsame) Verantwortlichkeit in Form eines entsprechenden Einflusses insoweit vorausgesetzt. Man könnte etwa, wie im Rahmen der Fashion-ID-Entscheidung des *EuGH*,<sup>761</sup> an eine Erhebung und Offenlegung durch Übermittlung<sup>762</sup> denken und unterstellen, die Erhebung und Offenlegung erfolgten seitens eines Privatnutzers im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO. Der Empfänger dieser Daten unterfällt hingegen nicht Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO. In diesem Fall würden den Empfänger als dann alleinigen Verantwortlichen nur noch die Pflichten für die von ihm durchgeführte Erhebung als Folge der Übermittlung treffen, nicht aber für die Erhebung durch den Privatnutzer und das Veranlassen der Übermittlung durch diesen.

Diese Auslegung führt den in Art. 26 Abs. 3 DSGVO angelegten Gedanken fort, dass jeder gemeinsam Verantwortliche sich grundsätzlich um die Einhaltung aller Pflichten bemühen muss. Zudem steht die Auslegung im Einklang mit Erwägungsgrund 18 S. 3 DSGVO, wonach auch die Verantwortlichen von sozialen Netzwerken trotz des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO verantwortlich bleiben sollen.

---

760 Wagner, ZD 2018, 307 (311).

761 *EuGH*, NJW 2019, 2755 – Fashion ID.

762 Die etwa in *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 76) – Fashion ID verwendete Formulierung einer „Weitergabe durch Übermittlung“ (statt in Anlehnung an Art. 4 Nr. 7 DSGVO die „Offenlegung durch Übermittlung“) beruht auf einem Übersetzungsfehler.

### 3. Beschränkte Wirkung der Vereinbarung

Nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO besteht die Pflicht zum Treffen von Festlegungen in einer Vereinbarung im Fall gemeinsamer Verantwortlichkeit. Die Regelung dieser Pflicht wirft die Frage auf, inwieweit die Nichterfüllung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit entgegensteht, mithin die Vereinbarung konstitutiv für die gemeinsame Verantwortlichkeit ist.

Gegen eine solche konstitutive Wirkung spricht zunächst die Rechtsnatur der Vereinbarung. Die Zusammenarbeit muss nämlich nicht notwendigerweise durch einen Vertragsschluss rechtlich manifestiert sein.<sup>763</sup> Gleichwohl wird es häufig zu einem Vertragsschluss kommen,<sup>764</sup> da insbesondere bei einer komplexen Zusammenarbeit regelmäßig Rechtsbindungswillen bestehen wird, sodass die Vereinbarung mit den Festlegungen nach Art. 26 DSGVO in eine vertragliche Form gegossen wird. Angesichts dieser niedrigen Anforderungen bestehen Zweifel an einer möglichen konstitutiven Wirkung der Vereinbarung. Eine rein tatsächliche Festlegung, die keinen Rechtsbindungswillen der Parteien erfordert, erscheint nicht als eine geeignete Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit.

Auch wenn mit einer anderen Ansicht ein Vertragsschluss für die Vereinbarung im Sinne von Art. 26 DSGVO gefordert wird, kann die Annahme einer konstitutiven Wirkung der Vereinbarung nicht überzeugen.<sup>765</sup> Wie der Wortlaut des Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO zeigt, kommt es auf die gemeinsame Entscheidung als Tatbestandsvoraussetzung an, die dann – in der Rechtsfolge – zu der Notwendigkeit einer Vereinbarung führen kann. Diesen Befund bestätigt die Sanktionsmöglichkeit in Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO, wonach der Gesetzgeber eine fehlende Vereinbarung lediglich als Verstoß gegen eine Pflicht eines „Verantwortlichen“ (*sic!*) wertet.<sup>766</sup>

Die Vereinbarung selbst und etwaige geschlossene Verträge, wie etwa auch Auftragsverarbeitungsverträge, zwischen den Parteien können damit

---

763 Schantz, in: Schantz/Wolff, Rn. 371; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 171. Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).

764 Weichert, DANA 2019, 4 (6).

765 Weichert, DANA 2019, 4 (7); Moos/Rothkegel, in: Moos, § 5, Rn. 12; Golland, K&R 2019, 533 (533), wonach sog. Single-Control-Clauses ohne Wirkung sind; Martini, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 22; DSK, Kurzpapier Nr. 16, S. 4; Mantz/Marosi, in: Specht/Mantz, Teil A. § 3, Rn. 144; Schreibauer, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 3; GDD, Praxishilfe XV, S. 12; a.A. ohne nähere Begründung Lefebvre/Lahaye, Defense Counsel Journal 84 (2017), 1 (21).

766 J. Nink, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 10.

(nur) als Indiz für oder gegen das Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit herangezogen werden.<sup>767</sup>

#### 4. Einordnung in das deutsche Recht

Durch die unmittelbare Geltung der DSGVO in den Mitgliedstaaten (vgl. Art. 288 UA 2 AEUV) trifft die gemeinsame Verantwortlichkeit als eigene Rechtsfigur<sup>768</sup> auf das nationale Recht. Beide Rechtssysteme können fließend ineinander übergehen, wie etwa mit Blick auf aufsichtsbehördliche Maßnahmen nach der DSGVO und die Ausübung der entsprechenden Befugnisse nach dem mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht (vgl. Art. 58 Abs. 4 DSGVO).<sup>769</sup> In diesem Zusammenhang empfiehlt sich eine Einordnung dieser Rechtsfigur und ihrer Tatbestandsvoraussetzungen in das nationale Recht.

##### a. Einordnung in das öffentliche Gefahrenabwehrrecht

Angesichts des auch (sonder-)ordnungsrechtlichen Charakters des Datenschutzrechts<sup>770</sup> und der Bedeutung, den die aufsichtsbehördlichen Maßnahmen für die Rechtsdurchsetzung unter der DSGVO einnehmen (vgl. etwa Art. 58, 83 DSGVO), bedarf es vor allem insoweit einer Einordnung. Während die Figuren der Handlungs- und Zustandssstörer Fälle der durchgehenden Ermutterung losgelöst von einer bloßen Kausalkette von aufeinanderfolgenden Handlungen, wie etwa bei den *Zeugen Jehovas*,<sup>771</sup> nicht erfassen können,<sup>772</sup> könnten aber vor allem Parallelen zur Rechtsfigur des Zweckveranlassers bestehen.

---

767 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 26; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 14; a.A. im Hinblick auf Auftragsverarbeitungsverträge *Brockmeyer*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Teil 15.5, Rn. 29.

768 Kapitel 3:B.I (ab S. 62).

769 Ausführlich zu Aufsichtsmaßnahmen unter Kapitel 5:C (ab S. 328).

770 *Schünicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 119; *Martini/S. Fritzsche*, *NWZ-Extra* 34 (21/2015), 1 (10 f.).

771 *EuGH*, *NJW* 2019, 285 – Zeugen Jehovas.

772 *Scheja*, in: *FS Taeger*, 413 (424 f.).

aa. Rolle der gemeinsamen Verantwortlichkeit im Ordnungsrecht im Vergleich zum Zweckveranlasser

Mit der Einordnung der gemeinsamen Verantwortlichkeit in das Ordnungsrecht drängt sich daher vor allem die Frage auf, welche Bedeutung dem Zweckveranlasser als einer national geprägten und nicht unumstrittenen<sup>773</sup> Rechtsfigur neben der Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit zukommt. In der Diskussion um die Einordnung von Fanpage-Betreibern zeigen sich nämlich vor allem Gemeinsamkeiten der Voraussetzungen des Zweckveranlassers und der gemeinsamen Verantwortlichkeit.<sup>774</sup>

Die Rechtsfigur des Zweckveranlassers wurde entwickelt, um die Pflichtigkeit einer Person begründen zu können, deren vorgelagertes Verhalten einen Dritten zur Überschreitung der Gefahrenschwelle veranlasst – wenn der Zweckveranlasser die spätere Störung subjektiv beabsichtigt oder sich diese objektiv als zwangsläufige Folge darstellt.<sup>775</sup> Insoweit kann die Rechtsfigur des Zweckveranlassers einen Ausgleich schaffen für den eher eng gefassten Störer-Begriff im Ordnungsrecht, der womöglich mit Nachweisproblemen im Einzelfall einhergehen kann.<sup>776</sup>

Bei Zugrundelegen sowohl der objektiven als auch der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des Zweckveranlassers werden jeweils Personen erfasst, die eine spätere Störung verhindern können und mit dieser in einem objektiven oder subjektiven Zusammenhang stehen. Diese Voraussetzungen könnte etwa auch ein Fanpage-Betreiber erfüllen,<sup>777</sup> der unter der DSGVO als gemeinsam Verantwortlicher einzuordnen ist.<sup>778</sup> Insoweit liegt eine Ähnlichkeit beider Rechtsfiguren nahe. Im Unterschied<sup>779</sup> zur

---

773 Dazu etwa *Schünicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 215 f. m.w.N.

774 *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (10f.); *M. Schmidt*, ZESAR 2016, 211 (212); *S. E. Schulz*, MMR 2018, 421 (422); *Scheja*, in: *FS Taeger*, 413 (425); im Hinblick auf sog. Social Plugins *P. Voigt/Alich*, NJW 2011, 3541 (2543).

775 *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1992, 619 (620 f.) m.w.N.; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1995, 663 (664); *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 244-248; *Schoch*, JURA 2009, 360 (361) m.w.N.; und ursprünglich PrOVGE 40, 216 (217).

776 Vgl. *Kingreen/Poscher*, in: *Kingreen/Poscher*, § 9 Pflichtigkeit, Rn. 29.

777 Dies ebenfalls im Grunde sowohl nach dem objektiven als auch nach dem subjektiven Ansatz bejahend *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (10).

778 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 39) – Wirtschaftsakademie.

779 Für den Zweckveranlasser gibt es kein solches Erfordernis, vgl. *Denninger*, in: *Lisken/Denninger*, D. Polizeiaufgaben, Rn. 129.

Rechtsfigur des Zweckveranlassers setzt die gemeinsame Verantwortlichkeit aber ein Mehr – nämlich die Gemeinsamkeit der Festlegungen – gegenüber einem bloßen „Hintereinander“ in der Verursachungskette und einem subjektiven oder objektiven Element voraus.<sup>780</sup> Diese Gemeinsamkeit verlangt grundsätzlich eine Zusammenarbeit der Beteiligten.<sup>781</sup> Während zwischen Zweckveranlasser und Störer, wie etwa bei einer Menschenansammlung vor einem Schaufenster,<sup>782</sup> ein Verhältnis sogar unterhalb der Schwelle des § 311 Abs. 2 BGB ausreichen kann, werden gemeinsam Verantwortliche regelmäßig in einem vertraglichen Verhältnis zueinander stehen.<sup>783</sup>

Angesichts dieses wichtigen Unterschieds sind gemeinsam Verantwortliche im nationalen Ordnungsrecht nicht als Zweckveranlasser einzuordnen. Stattdessen ist die gemeinsame Verantwortlichkeit auch insoweit eine eigenständige Rechtsfigur.

#### bb. Anwendung der Rechtsfigur des Zweckveranlassers im Datenschutzrecht

Man könnte allerdings daran denken, den Zweckveranlasser weiterhin neben der gemeinsamen Verantwortlichkeit zur Anwendung zu bringen.

##### (1) Notwendigkeit und systematische Erwägungen

Anders als im Ordnungsrecht mit einem vergleichsweise eng gefassten Störer-Begriff, bedarf es im Datenschutzrecht allerdings nicht des Zweckveranlassers. Unter der DSGVO gibt es nämlich gerade die in ihren Tatbestandsvoraussetzungen weit auszulegende Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit. Die gemeinsame Verantwortlichkeit eignet sich, um zahlreiche Konstellationen spezifisch datenschutzrechtlich und ohne teleologische Kollateralschäden, die mit der Übernahme des Zweckveranlassers als nicht-datenschutzrechtliche Figur in das Datenschutzrecht einhergehen

---

780 Ähnlich den Unterschieden zwischen der zivilrechtlichen Störerhaftung und der gemeinsamen Verantwortlichkeit. Hierzu unter Kapitel 3:D.II (ab S. 94).

781 S. schon unter Kapitel 4:C.III.1 (ab S. 158) und zu den Anforderungen ausführlich unter Kapitel 4:C.III.6 (ab S. 182).

782 Vgl. *Kingreen/Poscher*, in: Kingreen/Poscher, § 9 Pflichtigkeit, Rn. 28 m.w.N.

783 Hierzu schon unter Kapitel 4:C.III.3 (ab S. 168).

würden,<sup>784</sup> zu erfassen. Das Merkmal „gemeinsam“ eröffnet zudem Spielräume,<sup>785</sup> die unter Berücksichtigung des Schutzzieles des Datenschutzrechts mit entsprechenden Wertungen ausgefüllt werden können.

Auslegungstendenzen im Hinblick auf die Zweckveranlasser-Eigenschaft in der Literatur bestätigen diesen Befund. So hat etwa *Schunicht* mit Verweis auf die mediale Aufmerksamkeit und das „Allgemeinwissen“ um die Rechtswidrigkeit gewisser Verarbeitungsvorgänge das Vorliegen einer Zweckveranlasser-Eigenschaft angenommen.<sup>786</sup> Damit tritt einmal mehr zutage, dass der Zweckveranlasser mit der Konzentration auf die (subjektive) Kenntnis bzw. das (objektive) Kennenmüssen bzw. Bezwecken nicht in das Gefüge des Datenschutzrechts passt. Die subjektive Perspektive in Form der Kenntnis des Verantwortlichen von der Rechtswidrigkeit ist nämlich vor allem<sup>787</sup> auf Sanktionsebene zu berücksichtigen (vgl. etwa Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. b DSGVO), ansonsten kommt es dem Schutzzweck entsprechend vor allem auf die (verobjektivierte) Perspektive der betroffenen Person<sup>788</sup> an.

## (2) Entgegenstehende abschließende Regelung datenschutzrechtlicher Rollen unter der DSGVO

Gegen die Berücksichtigung des Zweckveranlassers<sup>789</sup> – und anderer ordnungs- oder zivilrechtlicher nationaler Rechtsfiguren – lässt sich zudem

---

784 Man denke etwa an das Setzen von einfachen Hyperlinks auf Internetseiten. Das Setzen des Links stellt eine vorgelagerte Handlung dar, wobei sowohl subjektiv als auch objektiv der Aufruf der Website mit zwingend einhergehenden Datenverarbeitungen bezweckt wird bzw. vorhersehbar ist. Eine gemeinsame Verantwortlichkeit aber kommt (sinnvollerweise) nicht in Betracht, da über das „Ob“ hier maßgeblich durch die betroffene Person entschieden wird.

785 Kapitel 4:C.III.1 (ab S. 158) und zur Ausfüllung im Rahmen der Abgrenzungskriterien unter Kapitel 4:C.III.6 (ab S. 182).

786 *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 216 f.

787 S. aber unter Kapitel 4:C.II.2.a.bb (ab S. 135).

788 Diese zumindest noch am Rande berücksichtigend *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 220 f.

789 So auch Wagner, ZD 2018, 307 (309); Schreiber, ZD 2019, 55 (59); vgl. schon Martini/S. Fritzsche, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (11); und P. Voigt/Alich, NJW 2011, 3541 (3543); VG Schleswig, ZD 2014, 51 (54); a.A. mit Blick auf Besonderheiten der DSRL und des BDSG a.F. *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 214 ff.

vor allem anführen, dass die grundsätzlich vollharmonisierende<sup>790</sup> DSGVO die datenschutzrechtlichen Rollen und ihre Voraussetzungen abschließend und für die Mitgliedstaaten verbindlich (vgl. Art. 288 UA 2 AEUV) festlegt.<sup>791</sup>

(a) Allgemeine systematische Erwägungen

Diese abschließende Rollenverteilung bestätigt der Begriff des Dritten (Art. 4 Nr. 10 DSGVO).<sup>792</sup> Dort wird nur auf die an anderer Stelle genannten Rollen, wie etwa (gemeinsam) Verantwortliche, Bezug genommen. Andere Personen, die außerhalb der (gemeinsam) Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter stehen, werden durch diese primär negative Abgrenzung in Art. 4 Nr. 10 DSGVO als Dritte eingeordnet.<sup>793</sup>

Zudem lassen sich im Umkehrschluss zu der Möglichkeit des Gesetzgebers nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2, Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO, Verantwortliche und Verantwortlichkeiten festzulegen, gerade keine eigenen Normadressaten definieren. Andernfalls hätte es dieser Öffnungsklauseln nicht bedurft.

Hinzu kommt, dass die Einbeziehung von auf rein nationale Rechtsinstitute gestützten Rollen den freien Warenverkehr entgegen Art. 1 Abs. 1, 3 DSGVO beschränken und dem Ziel einer (Voll-)Harmonisierung entgegenstehen würde.<sup>794</sup>

---

790 *Moos/Rothkegel*, MMR 2018, 596 (598). S. auch Erwägungsgründe 10 und 11 DSGVO.

791 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 110; *Golland*, K&R 2019, 533 (536); wohl auch *Schreibauer*, in: *Auernhammer*, Art. 26 Rn. 20; und *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 47); so wie hier im Hinblick auf Art. 83 DSGVO *Martini*, in: *Paal/Pauly*, Art. 26 Rn. 37e; so schon unter der DSRL *VG Schleswig*, ZD 2014, 51 (54); *M. Schmidt*, ZESAR 2016, 211 (212 ff.); *P. Voigt/Alich*, NJW 2011, 3541 (3543); ebenfalls unter der DSRL und mit einer Modifikation des allgemeinen Ordnungsrechts begründend *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (11); a.A., wenn auch vor den einschlägigen EuGH-Entscheidungen, *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 214

792 Hierzu unter Kapitel 4:C.II.2.c (ab S. 154).

793 *Mantz*, ZD 2014, 62 (63).

794 Kapitel 3:C.III.1 (ab S. 88).

(b) Erwägungen mit Blick auf die Regelung der Aufsichtsmaßnahmen unter der DSGVO

Mit Blick auf die Regelungen über Aufsichtsmaßnahmen wird erst recht deutlich, dass für die Anwendung des Zweckveranlassers unter der DSGVO kein Raum bleibt. Unter der DSRL war die *Art.-29-Datenschutzgruppe* noch der Auffassung, eine verwaltungsrechtliche Haftung anderer Adressaten wegen Verstößen gegen das Datenschutzrecht sei nicht ausgeschlossen.<sup>795</sup> Die DSGVO hingegen überlässt dem nationalen Recht nur Kriterien zur Bestimmung der festgelegten Rollen (vgl. etwa Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO) und die Festlegung von Verfahrenseinzelheiten (Art. 58 Abs. 4 DSGVO).

Dass im Übrigen kein Spielraum für ergänzende Adressaten-Rollen besteht, zeigt unter anderem der Umkehrschluss zu Art. 58 Abs. 4 DSGVO. Danach steht den Mitgliedstaaten nur hinsichtlich der *Ausübung* der aufsichtsbehördlichen Befugnisse ein Spielraum zu.

Außerdem sprechen für eine solche Lesart auch Art. 58, 83 DSGVO, die umfangreiche Regelungen zu den Adressaten möglicher Aufsichtsmaßnahmen enthalten (etwa Art. 58 Abs. 1 lit. a, f, Abs. 2 lit. e, Art. 83 Abs. 4 DSGVO).<sup>796</sup> Dies legt nahe, dass es sich um insoweit abschließende Regelungen handelt. Die Regelungen sehen nämlich nur vereinzelt vor, dass auch Dritte adressiert werden können, namentlich Zertifizierungsstellen (Art. 58 Abs. 2 lit. h, 83 Abs. 4 lit. b DSGVO), Überwachungsstellen (Art. 83 Abs. 4 lit. c DSGVO) und – nur eingeschränkt – Adressaten mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften (Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO).

Die Öffnungsklausel in Art. 84 Abs. 1 DSGVO<sup>797</sup> eröffnet ebenfalls keinen ausreichenden Spielraum für den nationalen Gesetzgeber.<sup>798</sup> Nach Art. 84 Abs. 1 S. 1 DSGVO beschränkt sich der Spielraum auf „andere Sanktionen“, aber eben für die schon nach der DSGVO definierten Rol-

---

795 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 20; dies hingegen, soweit ersichtlich, nicht mehr vertretend, vgl. nur *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 55.

796 Soweit *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 226 auf die anderen, vermeintlich rein „erfolgsbezogenen“ Regelungen verweist (wie etwa Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO), ergibt sich bei diesen regelmäßig aus der Natur der Maßnahme (wie Beschränkung der Verarbeitung) der mögliche Adressatenkreis.

797 Das *BVerwG* berief sich in seinem Vorlagebeschluss noch auf die – wenn auch unter der DSRL noch weiterreichende – Vorgängernorm des Art. 24 DSRL, um mögliche Spielräume auszuloten *BVerwG*, ZD 2016, 393 (396 f.).

798 S. auch unter Kapitel 5:B.II.2 (ab S. 317).

len.<sup>799</sup> Im Übrigen ist daher eine Erweiterung des Adressatenkreises über Verantwortliche und Auftragsverarbeiter hinaus unzulässig.

Die Rechtsfigur des Zweckveranlassers kann dementsprechend bei der Adressatenauswahl für Maßnahmen unter der DSGVO keine Berücksichtigung finden.

#### b. Zivilrechtliche Störerhaftung

Die Einordnung als *zivilrechtlicher* Störer bleibt ohne Auswirkungen auf das Vorliegen von (gemeinsamer) Verantwortlichkeit, die vor allem auch *öffentlicht-rechtliche* Implikationen hat. Dies konstatierte schon die *Art.-29-Datenschutzgruppe*, wenn sie die eigenständige Auslegung des Begriffs des Verantwortlichen hervorhob.<sup>800</sup>

Dieser Befund wird dadurch bestätigt, dass die Einbeziehung *zivilrechtlicher*, richterrechtlich geprägter Institute zur Bestimmung der datenschutzrechtlichen Rollen als *Sonderordnungsrecht* für den Rechtsanwender nicht ohne Weiteres erkennbar und vorhersehbar ist. Insoweit wird zurecht der rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz gegen die Einbeziehung der zivilrechtlichen Störerhaftung in dieser Form angeführt.<sup>801</sup>

Unabhängig davon ist an späterer Stelle zu untersuchen, ob und inwie weit die zivilrechtliche Störerhaftung neben der Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit zur Anwendung gelangen kann.<sup>802</sup>

#### c. Strafrechtliche Kategorien der Täter und Teilnehmer (Beteiligung)

Das Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit lässt sich auch nicht mit strafrechtlichen Rollen begründen, wie etwa Täterschaft und Teilnahme oder der Beteiligung als Oberbegriff. Allerdings kann der Vergleich mit diesen strafrechtlichen Rollen dazu beitragen, die Besonderheiten der

---

799 So auch prägnant zu Art. 24 DSRL *M. Schmidt*, ZESAR 2016, 211 (212): „Die Veränderung der Richtlinie kann nicht mit ihrer Durchsetzung begründet werden“; ähnlich wie hier auch *Martini/Wagner/Wenzel*, VerwArch 109 (2018), 296 (308).

800 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 13; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 12.

801 *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (9 f.); vgl. auch OVG *Schleswig-Holstein*, K&R 2014, 831 (834); VG *Schleswig*, ZD 2014, 51 (54); *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, Rn. 363.

802 Kapitel 5:B.II (ab S. 315).

Tatbestandsvoraussetzungen der gemeinsamen Verantwortlichkeit herauszuarbeiten.<sup>803</sup> So bemühte beispielsweise das *BVerwG* in der mündlichen Verhandlung in Sachen Facebook-Fanpage noch vor dem Vorlagebeschluss einen strafrechtlichen Terminus, wenn es die Schaffung von „Tatgelegenheitsstrukturen“ für nicht ausreichend hielt.<sup>804</sup> Im Hinblick auf die weite Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen gemeinsamer Verantwortlichkeit durch den *EuGH* wurde gar von der Erfindung „datenschutzrechtlicher Beihilfe“ gesprochen.<sup>805</sup>

Die Teilnahme weist mit der *Akzessorietät* zur rechtswidrigen Haupttat tatsächlich Parallelen zur gemeinsamen Verantwortlichkeit auf, etwa wenn zumindest ein (gemeinsam) Verantwortlicher die Schwelle des Art. 2 Abs. 1 DSGVO überschreiten muss.<sup>806</sup> Insoweit erinnert auch die Möglichkeit einer gemeinsamen Verantwortlichkeit im Fall einer Entscheidung über das „Ob“ einer Datenverarbeitung<sup>807</sup> – wenngleich mit gewissen Anforderungen an die Gemeinsamkeit – in Kenntnis der Einstufung als relevanten Verarbeitungsvorgang<sup>808</sup> an das Konzept der strafrechtlichen Teilnahme<sup>809</sup> – statt an eine Täterschaft.<sup>810</sup> Insoweit würde also eine zentrale Rolle unter der DSGVO sich mit vergleichsweise niedrigen Anforderungen begnügen.

Ähnlichkeiten bestehen auch schon zwischen gemeinsamer Verantwortlichkeit und Mittäterschaft – zumindest im Hinblick auf die Gemeinsamkeit des Handelns bzw. einen gemeinsamen Tatplan, die jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln sind.<sup>811</sup> Die gemeinsame Verantwortlichkeit ermöglicht aber beispielsweise ein arbeitsteiliges Vorgehen mit nur eingeschränktem Datenzugriff einzelner Parteien, wohingegen diese eingeschränkten Einwirkungsmöglichkeiten nicht für die Tatherrschaft als notwendige Voraussetzung einer Mittäterschaft ausreichen.<sup>812</sup>

---

803 *Scheja*, in: FS Taeger, 413 (415 ff.).

804 Vgl. C. Hoffmann/S. E. Schulz, <https://www.juwiss.de/24-2016/>.

805 Hanloser, BB 2019, I; krit. *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 34).

806 Hierzu unter Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

807 Kapitel 4:C.II.2.a.dd (ab S. 141).

808 Kapitel 4:C.II.2.a.bb (ab S. 135).

809 So auch S. E. Schulz, *MMR* 2018, 421 (421).

810 Eine Mittäterschaft eines Fanpage-Betreibers unter dem BDSG a.F. herleitend *Weichert*, *ZD* 2014, 605 (610).

811 *Scheja*, in: FS Taeger, 413 (420).

812 Vgl. *Scheja*, in: FS Taeger, 413 (420 f.).

Dass auch bei dem Vergleich mit dem Strafrecht hervortritt, wie weit die (gemeinsame) Verantwortlichkeit auszulegen ist, berechtigt allerdings nicht zwangsläufig zur Kritik.<sup>813</sup> Es ist zu berücksichtigen, dass das Datenschutzrecht zunächst einmal die Rollen festlegt, um daran anknüpfend Pflichten zu regeln. Sobald es zu Sanktionen kommt, sind wiederum zahlreiche weitere Faktoren – wie etwa das Verschulden (vgl. Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. b DSGVO)<sup>814</sup> – von Bedeutung. Der Blick alleine auf weit auszulegende Tatbestandsvoraussetzungen lässt diese Einschränkungen auf Sanktions-ebene der DSGVO außer Betracht. Im Strafrecht hingegen erfolgen solche Einschränkungen überwiegend schon auf Ebene des Tatbestands und seiner Ausprägungen, wie etwa der Rechtswidrigkeit.<sup>815</sup> Nicht zuletzt ist ein entscheidendes Tatbestandsmerkmal nicht zu vernachlässigen, das über die Anforderungen nach dem Strafrecht hinausgeht: die Gemeinsamkeit.

## 5. Ungeeignete Abgrenzungskriterien

Zur Abgrenzung der gemeinsamen von der getrennten Verantwortlichkeit lässt sich an die Berücksichtigung unterschiedlicher Kriterien denken.

Entscheidend kommt es zunächst darauf an, stets zwischen den Merkmalen der Festlegung – als Voraussetzung<sup>816</sup> für eine Verantwortlichkeit – und der Gemeinsamkeit etwaiger Festlegungen – als Voraussetzung für eine gemeinsame Verantwortlichkeit – zu differenzieren. Die bloße, oft hervorgehobene<sup>817</sup> Ermöglichung von Datenverarbeitungen durch einen (ädaquat-)kausalen Beitrag etwa ist keine Voraussetzung für eine gemeinsame Verantwortlichkeit, sondern bereits relevant für die Verantwortlichkeit.<sup>818</sup> Dementsprechend ist auch das Eigeninteresse an einer Verarbei-

---

813 So aber *S. E. Schulz*, MMR 2018, 421.

814 Hierzu unter Kapitel 5:C.V.2.b (ab S. 362).

815 Ebenfalls krit. zu pauschalisierenden Vergleichen insoweit *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 34).

816 Grundsätzlich jedenfalls, vgl. Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

817 *Hanloser*, BB 2019, I; *Hartung*, in: *Kühling/Buchner*, Art. 26 Rn. 37; *Kremer*, in: *Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Art. 26 Rn. 47; *Lang*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 26 Rn. 22; *Mantz/Marosi*, in: *Specht/Mantz*, Teil A, § 3, Rn. 142; *Rothkegel/Strassemeyer*, CRI 2019, 161 (Rn. 35); *Schwartzmann*, OdW 2020, 77 (80); *Specht-Riemenschneider/Riemenschneider*, in: *Tamm/Tonner/Brönneke*, § 4b, Rn. 29.

818 Zur Ermöglichung unter Kapitel 4:C.II.2.a.dd (ab S. 141).

tung weniger für das Tatbestandsmerkmal der Gemeinsamkeit<sup>819</sup> als vielmehr für das Tatbestandsmerkmal der Festlegung von Zwecken und Mitteln relevant.<sup>820</sup>

#### a. Notwendigkeit einer Offenlegung durch Übermittlung

Die (gemeinsame) Verantwortlichkeit knüpft nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO jeweils an konkrete Verarbeitungen an.<sup>821</sup> Das lässt zunächst vermuten, dass die jeweilige Art der Verarbeitung, wie etwa Erhebung, Speicherung oder Übermittlung (vgl. Art. 4 Nr. 2 DSGVO), Einfluss auf die (gemeinsame) Verantwortlichkeit haben könnte. Die Art der Verarbeitung zählt aber weder zu den in Art. 4 Nr. 7 DSGVO genannten Zwecken und Mitteln der Verarbeitung noch ist sie von Relevanz für die Gemeinsamkeit. Jegliche in Art. 4 Nr. 2 DSGVO genannte Art der Verarbeitung ist in gemeinsamer oder getrennter Verantwortlichkeit denkbar. Dementsprechend und im Einklang mit dem insoweit offenen Wortlaut der Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO ist auch das Vorliegen einer (gegenseitigen) Offenlegung durch Übermittlung keine Voraussetzung für die gemeinsame Verantwortlichkeit.<sup>822</sup> Stattdessen kann gerade mit einer Übermittlung, wie etwa an Behörden, eine gemeinsame Verantwortlichkeit enden und eine separate Verantwortlichkeit beginnen.<sup>823</sup> Daher sagt die Art der Verarbeitung nichts aus über das Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit.

#### b. Sachenrechtliche Positionen

Man könnte daran denken, sachenrechtlichen Positionen in Form von (Mit-)Besitz oder (Mit-)Eigentum für die Bestimmung gemeinsamer Verantwortlichkeit Bedeutung einzuräumen. Unter der DSRL war das Verarbeitungsobjekt auf eine Datei beschränkt (vgl. Art. 2 lit. c DSRL).<sup>824</sup>

---

819 In diese Richtung aber *Data Agenda*, Arbeitspapier 10, S. 7; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 37; *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 38; *Mantz/Marosi*, in: Specht/Mantz, Teil A. § 3, Rn. 142; *Schwartmann*, OdW 2020, 77 (80).

820 Kapitel 4:C.II.2.a.ee (ab S. 145).

821 Hierzu schon unter Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117).

822 *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (400); vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 70.

823 Hierzu unter Kapitel 4:C.IV.3 (ab S. 206).

824 Hierzu schon unter Kapitel 2:A.II (ab S. 42).

Dementsprechend lag es noch näher, auf einen Datenträger und damit auf die zugehörigen sachenrechtlichen Positionen, z.B. Eigentums- und Besitzverhältnisse, abzustellen. Unter der DSGVO aber liegt der Fokus auf der Verarbeitung selbst (Art. 4 Nr. 2 DSGVO). Dies zeigt einmal mehr, dass es nicht auf das Sachenrecht im Hinblick auf die Mittel der Datenverarbeitung ankommt, wie etwa auf einen verwendeten Server und die Eigentumsverhältnisse hieran.<sup>825</sup>

Dieser Befund wird dadurch bestätigt, dass ein Verantwortlicher nicht sämtliche Mittel der Datenverarbeitung selbst festlegen muss.<sup>826</sup> Wenn ein (gemeinsam) Verantwortlicher unwesentliche Elemente der Mittel nicht festlegen muss, muss er an diesen Mitteln erst recht keine bestimmte sachenrechtliche Position innehaben, um als (gemeinsam) Verantwortlicher eingestuft werden zu können.

Zudem sprechen gegen die Berücksichtigung sachenrechtlicher Positionen die Anerkennung einer Auftragsverarbeitung und die im Rahmen des Auftragsverarbeitungsvertrags vorzusehende Pflicht zur Löschung oder Rückgabe nach Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. g DSGVO. Insoweit wird nämlich die Möglichkeit einer Speicherung in der Einfluss- und möglicherweise auch Eigentums- oder Besitzsphäre des Auftragsverarbeiters impliziert – bei gleichzeitiger Verantwortlichkeit einer anderen, sprich der beauftragenden, Partei.

Letztlich kann im vorliegenden Kontext sachenrechtlichen Positionen und abgeleiteten (vertraglichen) Rechten nur eine Bedeutung zukommen, soweit diese der grundsätzlich vollständigen<sup>827</sup> Kontrollausübung durch Verantwortliche entgegenstehen. Im Übrigen sind derartige Positionen allerdings unbeachtlich und haben vor allem keine Auswirkungen auf die Gemeinsamkeit der Festlegungen.<sup>828</sup>

---

825 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 19; vgl. auch *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 20, wonach die Nutzung gemeinsamer Infrastruktur kein eindeutiges Indiz für eine gemeinsame Verantwortlichkeit ist; ebenso *Lehmann/Rettig*, VersR 2020, 464 (465).

826 Kapitel 4:C.II.1.c.bb (ab S. 131).

827 Zur gesetzlichen festgelegten Unabhängigkeit besonderer Stellen unter Kapitel 4:C.III.6.b.aa (ab S. 186).

828 So auch zur telekommunikationsrechtlichen Funktionsherrschaft *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 20.

c. Zeitliche Abfolge von Festlegungen

Man könnte daran denken, die Gemeinsamkeit der Festlegungen auch im Sinne einer Gleichzeitigkeit zu verstehen und einen zeitlichen Zusammenhang der jeweils getroffenen Festlegungen vorauszusetzen.<sup>829</sup> Mit Blick auf den Schutzzweck nach Art. 1 Abs. 2 DSGVO – den Schutz betroffener Personen – kann es aber keinen Unterschied machen, welcher Zeitraum zwischen den Festlegungen liegt, soweit sich diese Festlegungen noch in den Verarbeitungen widerspiegeln. Dementsprechend war es im Rahmen der Fanpage-Entscheidung<sup>830</sup> unerheblich, dass das soziale Netzwerk durchgehend die Erstellung einer Fanpage anbietet und damit wesentliche und weitgehend abstrakte Festlegungen schon Monate oder gar Jahre vor der Fanpage-Einrichtung und -Nutzung durch den jeweiligen Fanpage-Betreiber festgelegt hat.

d. Gegenseitige (schriftliche) Anweisungen

Im Zusammenhang mit den Verarbeitungen der *Zeugen Jehovas* wurde dem *EuGH* die Frage vorgelegt, inwieweit es im konkreten Fall für eine gemeinsame Verantwortlichkeit der Mitglieder und der Gemeinschaft schriftlicher Anleitungen oder Anweisungen seitens der Gemeinschaft bedarf.<sup>831</sup> Anders als ein Auftragsverarbeitungsverhältnis setzt die gemeinsame Verantwortlichkeit schon keine Hierarchie der Beteiligten und damit keine Weisungen voraus. Der *Gerichtshof* hat letztlich unter Verweis auf den Wortlaut des Art. 2 lit. d DSRL – der sich insoweit unverändert in Art. 4 Nr. 7 DSGVO wiederfindet – zutreffend die Notwendigkeit eines solchen Erfordernisses abgelehnt.<sup>832</sup>

---

829 In diese Richtung etwa *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (504); wie hier hingegen *Lang*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 26 Rn. 23; *Hanloser*, ZD 2019, 458 (459); und ähnlich auch *Kremer*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Art. 26 Rn. 49.

830 *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie.

831 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 63) – Zeugen Jehovas. Zu den Hintergründen des Verfahrens auch schon unter Kapitel 2:B.II (ab S. 53).

832 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 67) – Zeugen Jehovas.

e. Lediglich bestimmbar Verantwortlichkeit im Fall der Auftragsverarbeitung

Die gemeinsame Verantwortlichkeit kennt konkrete Pflichten, um eine klare Aufgabenverteilung sicherzustellen (vgl. Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO). Dementsprechend liegt die Vermutung nahe, dass eine solche Pflicht – und damit vorgelagert die gemeinsame Verantwortlichkeit – unklare Aufgabenverteilungen voraussetzt. Im Kern ist diese Vermutung zutreffend, wie es zu zeigen sein wird bei der Berücksichtigung der vernünftigen Erwartungen betroffener Personen.<sup>833</sup> Allerdings darf dies nicht dazu verleiten, bei jedweder Ungewissheit über die konkrete Verantwortlichkeit eine gemeinsame Verantwortlichkeit anzunehmen. Denn dies würde dazu führen, dass Parteien als gemeinsam Verantwortliche eingeordnet werden, obwohl das der Schutz betroffener Personen nicht erfordert. Insoweit bestünde weder ein echtes Transparenzdefizit noch arbeiten die Verantwortlichen tatsächlich so zusammen, dass die in Art. 26 DSGVO festgelegten Pflichten sinnvoll zum Festhalten der bzw. zur Ausgestaltung der *bestehenden* Zusammenarbeit führen könnten.

Veranschaulichen lässt sich dies vor allem auch mit einem Blick auf Fälle nachträglicher Zuordnung einer Verarbeitung durch einen Auftragsverarbeiter zu einem Verantwortlichen. Ein solches Szenario kann etwa in der Praxis bei einem Webhoster auftreten:<sup>834</sup> Die Anfrage des Nutzers, der Inhalte einer Website abfragt, erreicht einschließlich der IP-Adresse des Nutzers zunächst den jeweiligen Webhoster. Der Webhoster wird regelmäßig als Auftragsverarbeiter für die Website-Betreiber tätig. Im Zeitpunkt des Beginns der Bearbeitung der Anfrage und vor allem der Erhebung und gegebenenfalls (Zwischen-)Speicherung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO weiß der Auftragsverarbeiter noch nicht, für welchen Website-Betreiber und damit auf wessen Weisung er handelt. Erst mit der Bearbeitung der Anfrage (Auslesen und Abgleich im Sinne von Art. 4 Nr. 2 DSGVO)<sup>835</sup> kann der Webhoster die Anfrage einem Verantwortlichen zuordnen. Gleicher gilt für Post- und Post-Scan-Dienstleister, die erst anhand des Abgleichs des konkreten Adressaten den jeweiligen Verantwortlichen, für den sie im Auftrag Verarbeitungen durchführen, erkennen können. Dieser Moment der Ungewissheit vor der Zuordnung der Verarbeitung zu einem

---

833 Kapitel 4:C.III.6.e (ab S. 197).

834 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 31.

835 Vgl. *Ernst*, in: *Paal/Pauly*, Art. 4 Rn. 28, 31; und vgl. *Schild*, in: *Wolff/Brink*, Art. 4 Rn. 47, 52.

Verantwortlichen führt nicht zu einer Gemeinsamkeit der Festlegung der potenziell Verantwortlichen.<sup>836</sup> Die Verarbeitungen erfolgen nämlich wohmöglich zu gänzlich unterschiedlichen Zwecken und auf Weisung des jeweiligen Verantwortlichen unabhängig von den übrigen Verantwortlichen. Für eine klare Abgrenzung empfiehlt sich stattdessen, die Verarbeitungsvorgänge bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der konkrete Verantwortliche anhand der Anfrage ermittelt wurde, als eine zusammenhängende Vorgangsreihe und damit eine Verarbeitung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO einzuordnen, die unter die Weisung des (erst) dann ermittelten separaten Verantwortlichen fällt.

## 6. Entwicklung eines Abgrenzungsansatzes mit Abgrenzungskriterien

Das wertungsoffene<sup>837</sup> Merkmal der Gemeinsamkeit erlaubt unter Berücksichtigung der Begriffsbedeutung<sup>838</sup> und des teleologischen Hintergrunds gemeinsamer Verantwortlichkeit,<sup>839</sup> d.h. vor allem des Schutzes betroffener Personen durch Transparenz und Gewährleistung der Effektivität der Betroffenen-Rechte (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO),<sup>840</sup> die Einbeziehung mehrerer Kriterien. Diese Kriterien sind in den einschlägigen *EuGH*-Entscheidungen<sup>841</sup> angelegt und sollen an dieser Stelle einer Systematisierung zugeführt werden.

Anhand der Kriterien auf Grundlage der Umstände des Einzelfalls<sup>842</sup> ist die Gemeinsamkeit der Festlegung in Bezug auf Verarbeitungen personenbezogener<sup>843</sup> Daten zu untersuchen. Ein einzelnes Kriterium – mit

---

836 Ähnlich wohl auch i.E. in Beispiel 13 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 28; vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38; *P. Voigt*, CR 2017, 428 (430).

837 Kapitel 3:D.II (ab S. 94) und Kapitel 4:C.III.1 (ab S. 158).

838 Kapitel 4:C.III.1 (ab S. 158).

839 Kapitel 3:B (ab S. 61).

840 Die Bedeutung der Berücksichtigung des Telos bei der Bestimmung der Verantwortlichkeit hervorhebend *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 34) – Google Spain; NJW 2018, 2537 (Rn. 28) – Wirtschaftsakademie; NJW 2019, 2755 (Rn. 65 f.) – Fashion ID.

841 *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie; NJW 2019, 285 – Zeugen Jehovahs; NJW 2019, 2755 – Fashion ID.

842 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 22 ff.; vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 19; *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (144); *Rothkegel/Strassemeyer*, CRi 2019, 161 (Rn. 28).

843 Der bloße Einfluss auf die Verarbeitung anonymisierter Daten ist nicht ausreichend, nach *Rothkegel/Strassemeyer*, CRi 2019, 161 (Rn. 44).

Ausnahme der Absprachen als notwendiges kooperatives Element – ist regelmäßig weder notwendige noch hinreichende Bedingung für die gemeinsame Verantwortlichkeit. Stattdessen ist anhand der Kriterien im Rahmen einer Abwägung die Gemeinsamkeit für eine Verarbeitung zu ermitteln. Während es eines Minimums an Absprachen zwischen den Beteiligten bedarf, sind im Übrigen die Anforderungen an ein Kriterium umso geringer, je eher die übrigen Kriterien verwirklicht sind. Es ist dabei weder eine vollständige Gleichwertigkeit der jeweiligen Beiträge erforderlich,<sup>844</sup> noch dass die Festlegung bezogen auf jeden einzelnen Umstand, der über die Begriffe der Zwecke und Mittel Berücksichtigung findet, gemeinsam erfolgt.<sup>845</sup>

Zur Verdeutlichung werden auf Grundlage der Kriterien sodann<sup>846</sup> konkrete Beispiele, kategorisiert als Fallgruppen, dargestellt.

a. Faustformel der untrennbaren Verbindung bzw. andernfalls anders gestalteten Verarbeitung

Für die Prüfung der gemeinsamen Verantwortlichkeit bei zwar jeweils nicht übereinstimmenden, aber konvergierenden Festlegungen wurde eine Faustformel in der Literatur und durch das *EDPB* vorgeschlagen.

aa. Inhalt der Faustformel

In Anlehnung an die Literatur<sup>847</sup> schlägt das *EDPB* als Kriterium die untrennbare Verbundenheit („inextricably linked“) der Beiträge der Beteiligten dergestalt vor, dass die Verarbeitung in der Form andernfalls nicht möglich wäre.<sup>848</sup>

Die korrekte Anwendung der Formel setzt zunächst stets voraus, dass bestimmt wird, welche Verarbeitungsumstände wesentlich sind für die

---

844 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 43) – Wirtschaftsakademie; NJW 2019, 285 (Rn. 66) – Zeugen Jehovas; NJW 2019, 2755 (Rn. 70) – Fashion ID; C. Sebastian Conrad, DuD 2019, 563 (564); Uecker, ZD-Aktuell 2018, 6247; Martini/S. Fritzsche, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (5).

845 *Montreal*, ZD 2014, 611 (612); zust. *Härtung/Gössling*, NJW 2018, 2523 (2524).

846 Kapitel 4:C.V (ab S. 214).

847 *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 4; ebenfalls, wörtlich aber ohne direkten Verweis auf die vorgenannte Quelle, *Weichert*, DANA 2019, 4 (5).

848 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 53.

Verarbeitung in ihrer konkreten Form.<sup>849</sup> Denkt man sich beispielsweise die Beiträge eines Auftragsverarbeiters weg, ändern sich ebenfalls Verarbeitungsumstände, wie etwa einzelne technische und organisatorische Maßnahmen (vgl. Art. 24 Abs. 1, Art. 32 Abs. 1 DSGVO). Da aber der Auftragsverarbeiter nicht über wesentliche Umstände entscheidet, d.h. über Zwecke und (wesentliche) Mittel, liegt keine (gemeinsame) Verantwortlichkeit vor. Es ändern sich schließlich nur unwesentliche Details der Verarbeitung, sie bleibt also im Wesentlichen gleich.

#### **bb. Beispielhafte Anwendung**

In Einzelfällen kann die Anwendung der Formel eine erste Einschätzung über das Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ermöglichen. Im Fall der Fanpage auf einem sozialen Netzwerk<sup>850</sup> wäre die Datenverarbeitung ohne den Fanpage-Betreiber und seine Beiträge in Form der Registrierung und Parametrierung anders ausgefallen, indem etwa nicht konkret betroffene Personen dieser Zielgruppe angesprochen und ihnen zugeordnete personenbezogene Daten verarbeitet worden wären. Auch im Fall des Social Plugins<sup>851</sup> wäre die Übermittlung anders ausgefallen – insbesondere hinsichtlich betroffener Personen und der konkret zugeordneten und an Facebook übermittelten Website-Adresse, auf der das Plugin eingebunden ist.

Wendet man die Formel aber auf das Beispiel der Rechtsanwälte als getrennt Verantwortliche<sup>852</sup> an, ergibt sich folgendes Bild: Ohne die Zusammenarbeit zwischen dem konkreten Rechtsanwalt bzw. einer Rechtsanwaltgesellschaft und dem konkreten Mandanten wäre die Datenverarbeitung anders ausgefallen. Der Rechtsanwalt entscheidet weitestgehend frei über die Details seines Vorgehens und in diesem Zusammenhang notwendige Verarbeitungen – wie etwa beim Verfassen von Schriftsätzen, der internen Koordination eines Teams und bei Recherchen –, sodass die Verarbeitungen maßgeblich durch den jeweiligen Rechtsanwalt geprägt werden.

---

<sup>849</sup> Vgl. hierzu unter Kapitel 4:C.II.1 (ab S. 121).

<sup>850</sup> *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie.

<sup>851</sup> *EuGH*, NJW 2019, 2755 – Fashion ID.

<sup>852</sup> *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 35; *Ziegenhorn/Fokken*, ZD 2019, 194 (197); vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 25; a.A. *Raschauer*, in: *Sydow*, Art. 4 Rn. 125. Hierzu auch unter Kapitel 4:C.III.6.b.aa (ab S. 186).

Auch eine Anwendung auf das Beispiel eines Reisebüros, das Reservierungsdaten an Hotel und Fluggesellschaft übermittelt,<sup>853</sup> offenbart Schwächen der Abgrenzungsformel. Das Reisebüro handelt entsprechend der vernünftigen Erwartung der betroffenen Person<sup>854</sup> bzw. gar in deren explizitem Auftrag<sup>855</sup> bei nur geringfügigen Absprachen<sup>856</sup> mit dem Hotel und der Fluggesellschaft, sodass eine getrennte Verantwortlichkeit des Reisebüros und der Betreiber der Hotel- und Fluggesellschaften vorliegt. Ohne die Einschaltung des Reisebüros wären allerdings womöglich gänzlich andere betroffene Personen angesprochen worden, da das Reisebüro durch seine Ausrichtung und Werbung maßgeblich über die Kategorien betroffener Personen entscheidet. Nach der Faustformel könnte man insoweit aufgrund dieser potenziell anders ausgefallenen Verarbeitung (unzutreffend) eine gemeinsame Verantwortlichkeit andenken.

#### cc. Anwendungspotenzial der Faustformel

Die Faustformel kann also nicht die Prüfung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ersetzen. Außerdem bietet sie keine Handhabe, um den Grad gemeinsamer Verantwortlichkeit<sup>857</sup> zu bestimmen. Zumindest aber kann sie in vielen Konstellationen einen ersten Anhaltspunkt für das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit bieten.

#### b. Absprachen und weitere Kernelemente einer Zusammenarbeit

Der Begriff „gemeinsam“ erfordert die Berücksichtigung von Elementen einer Kooperation.<sup>858</sup>

---

853 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66; s. schon Beispiel 7 der *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 24; s. auch *GDD*, Praxishilfe XV, S. 10; ohnehin krit. zur Einordnung dieses Beispiels *Kartheuser/Nabulsi*, MMR 2018, 717 (719).

854 Kapitel 4:C.III.6.e (ab S. 197).

855 Vgl. *Söbbing*, ITRB 2020, 218 (221).

856 Kapitel 4:C.III.6.b (ab S. 185).

857 Hierzu etwa unter Kapitel 5:C.III.4.d (ab S. 349).

858 Kapitel 4:C.III.1 (ab S. 158).

## aa. Absprachen und Vertragsbeziehungen

Generell sind Absprachen im Sinne einer „gewollten und bewussten Zusammenarbeit“<sup>859</sup> der Parteien aufgrund des Begriffs der Gemeinsamkeit<sup>860</sup> zu einem gewissen Grad notwendig.<sup>861</sup> In dieser Hinsicht kann etwa Kommunikation im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Verarbeitungen, bei denen alle Seiten ihren Zielen zur Berücksichtigung verhelfen, relevant werden.

Die Integration der Parteien in einheitliche Organisationsstrukturen kann die Basis für die – gegebenenfalls konkludente – Verständigung der gemeinsam Verantwortlichen über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitungen darstellen.<sup>862</sup> So können etwa die Koordination und Organisation der den Verarbeitungen vorgelagerten Tätigkeiten durch einen Verein oder eine Gemeinschaft und die aktive Wahrnehmung der zugewiesenen Rolle mit gewissem Spielraum durch die Mitglieder zu einer gemeinsamen Verantwortlichkeit führen – wie im Fall der *Zeugen Jehovas*.<sup>863</sup> In der Fashion-ID-Entscheidung hingegen ist (einiger) Anknüpfungspunkt für die Absprachen die Bereitstellung des „Like“-Buttons für den Website-Betreiber mit etwaigen Anleitungen hierzu.<sup>864</sup>

Ein zwischen den Parteien geschlossener gegenseitiger Vertrag kann in diesem Zusammenhang ebenfalls – auch wenn etwa die Vereinbarung im Sinne des Art. 26 DSGVO nicht konstitutiv wirkt<sup>865</sup> – als Indiz für gemeinsame Festlegungen herangezogen werden.<sup>866</sup> Dementsprechend hat

---

859 *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 12.

860 Hierzu schon unter Kapitel 4:C.III.1 (ab S. 158).

861 C. Schröder/Amelie von Alten/Weinhold, DuD 2018, 746 (751); *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 21; *Laue*, in: Laue/Kremer, § 1, Rn. 54; zust. *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 12; und auch *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 20; vgl. auch *Johannes/Weinhold*, in: Sydow, § 63 Rn. 15; und auch *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 10; sowie *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 26 Rn. 10; wohl auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 24; zumindest Indiz nach *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 67, 80; s. auch *Uecker*, ZD-Aktuell 2018, 6247, der insgesamt im Hinblick auf die Gemeinsamkeit neben dem Merkmal der „Organisation“ auch (unzutreffend) die „Motivation“ hervorhebt.

862 *Uecker*, ZD-Aktuell 2018, 6247.

863 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 70 ff.) – *Zeugen Jehovas*; *Mengozzi*, Schlussanträge C-25/17, Rn. 65.

864 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 77) – *Fashion ID*.

865 Kapitel 4:C.III.3 (ab S. 168).

866 *Weichert*, ZD 2014, 605 (608); *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 25; *Martini/Botta*, VerwArch 110 (2019), 235 (251); *Botta*, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, S. 221; vgl. *Däubler*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, Art. 26

der *EuGH* in der Fanpage-Entscheidung hervorgehoben, dass Fanpage-Betreiber bei Eröffnung einer Fanpage einen Vertrag mit *Facebook* abschließen.<sup>867</sup>

Gänzlich an der (notwendigen) Kooperation kann es hingegen fehlen, wenn etwa eine Hochschule die (MOOC-)Kurse eines anderen Anbieters anrechnet, ohne dass Absprachen zwischen der Hochschule und dem Anbieter stattgefunden haben.<sup>868</sup> Gleches gilt für Beteiligte an einer Datenbank, in die vollständig unabhängig voneinander Daten eingespeist und verwaltet werden.<sup>869</sup>

Dem Erfordernis der Absprachen können auch gesetzliche Anforderungen entgegenstehen. Denn selbst wenn etwa eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht der (gemeinsamen) Verantwortlichkeit nicht entgegensteht,<sup>870</sup> geht diese regelmäßig mit besonderen Anforderungen an die Unabhängigkeit des Verpflichteten einher, vgl. etwa bei Rechtsanwälten § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB sowie §§ 1, 43a BRAO. Diese unabhängige Stellung kann bezüglich Datenverarbeitungen, die in den Kernbereich dieser Tätigkeit fallen, nicht mit (gleichberechtigten) Absprachen und einer Zusammenarbeit mit Nicht-Verpflichteten zu vereinbaren sein. Insoweit kann eine gemeinsame Verantwortlichkeit ausscheiden.<sup>871</sup>

Zugleich ist bei Absprachen und Vertragsbeziehungen aber auch – und schon zuvor – zu prüfen, ob nicht gegebenenfalls Weisungen im Sinne des Art. 28 DSGVO vorliegen und eine Auftragsverarbeitung in Betracht kommt.<sup>872</sup> Vorgaben in diese Richtung, die noch nicht die Schwelle zur Weisung überschreiten, schließen aber eine gemeinsame Verantwortlichkeit nicht aus, etwa wenn ein vermeintlicher Auftragsverarbeiter eine Plattform mit gewissen unabdingbaren Einstellungen bezüglich der Da-

---

Rn. 6; *Moos/Rothkegel*, MMR 2018, 596 (598); *Ducuing/Schroers/Kindt*, EDPL 4 (2018), 547 (550).

867 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 32) – Wirtschaftsakademie.

868 Vgl. *Martini/Botta*, VerwArch 110 (2019), 235 (252); und auch zu MOOC im Allgemeinen *Botta*, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen.

869 *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 4 S. 181 mit nicht vollständig nachvollziehbarem Verweis auf das WP 169 der *Art.-29-Datenschutzgruppe*; s. auch *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (144).

870 Hierzu unter Kapitel 4:C.II.2.a.cc(2) (ab S. 140) sowie unter Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

871 Hierzu auch unter Kapitel 4:C.III.6.a.bb (ab S. 184) sowie unter Kapitel 4:C.V.5 (ab S. 223).

872 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.II.2.b (ab S. 146).

tenverarbeitungen bereitstellt und diese Plattform tatsächlich durch Entscheidung einer anderen Partei zum Einsatz kommt.<sup>873</sup>

bb. Arbeitsteiliges Vorgehen und Notwendigkeit eines solchen Vorgehens auf Rechtsfolgen-Ebene

Typisch für eine Zusammenarbeit ist zudem das arbeitsteilige Vorgehen,<sup>874</sup> also auch die interne Zuweisung von (exklusiven) Zuständigkeiten,<sup>875</sup> wie etwa im Hinblick auf einzelne Verarbeitungsmittel oder einzelne zu erfüllende gesetzliche Pflichten. Entsprechend sollen diese – oder aber dann erst festgelegte – Zuständigkeiten in der Rechtsfolge nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO durch die gemeinsam Verantwortlichen festgehalten werden.<sup>876</sup>

Ein solches arbeitsteiliges Vorgehen liegt auch und gerade dann vor, wenn Pflichten nur gemeinsam und jeweils unter Mitwirkung<sup>877</sup> der anderen Partei erfüllt werden können.<sup>878</sup> Gleiches gilt für Verarbeitungen, die nur mit der (fortwährenden) Mitwirkung der anderen Partei durchgeführt werden können.<sup>879</sup> In diesen Fällen einer engen Verzahnung der Aktivitäten der Beteiligten ist grundsätzlich von einer gemeinsamen Festlegung der Zwecke und Mittel der Datenverarbeitungen auszugehen.<sup>880</sup>

cc. Kenntnis von den Verarbeitungen und den übrigen Beteiligten

Absprachen gehen *per se* mit einem gewissen Grad an Kenntnis um die Tätigkeiten und Festlegungsbeiträge der übrigen Beteiligten einher.<sup>881</sup> Die Verantwortlichkeit, die grundsätzlich jeweils Voraussetzung für eine ge-

---

873 Missverständlich hingegen *Kremer*, CR 2019, 225 (228). Hierzu auch schon unter Kapitel 4:C.II.2.a.dd (ab S. 141).

874 Vgl. auch *Härtung/Gössling*, NJW 2018, 2523 (2525).

875 *Weichert*, ZD 2014, 605 (609).

876 *Däubler*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, Art. 26 Rn. 4.

877 Vgl. zu Ansprüchen in diesem Zusammenhang etwa unter Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322) sowie unter Kapitel 5:D (ab S. 366).

878 *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 18).

879 *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 18).

880 Hierzu auch schon unter Kapitel 4:C.III.6.a (ab S. 183).

881 Vgl. *Kugelmann* in *Sommer/Kugelmann/S. Schulz*, PinG 2019, 241 (243).

meinsame Verantwortlichkeit ist,<sup>882</sup> setzt zudem die Kenntnis von stattfindenden Datenverarbeitungen und ihren wesentlichen Eigenschaften voraus.<sup>883</sup> Bereits an dieser Stelle, d.h. auf Ebene der Festlegung als Merkmal für die Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO, sind die entsprechenden Aussagen des *EuGH* zu Wissenselementen<sup>884</sup> zu berücksichtigen.

Darüber hinaus bedarf es mangels Anhaltspunkten im Wortlaut der Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO keiner Kenntnis für die Gemeinsamkeit der Festlegungen. Dementsprechend schadet es inbesondere auch nicht, dass sich die gemeinsam Verantwortlichen – wie bei Internetsachverhalten oft der Fall<sup>885</sup> – kaum (persönlich) kennen und beispielsweise eine Partei vor allem über der anderen Partei angebotene, standardisierte Prozesse die Voraussetzungen für die Datenverarbeitungen im Einzelfall schafft.<sup>886</sup>

### c. Zweck-Ähnlichkeit

Die durch die Beteiligten verfolgten konkreten<sup>887</sup> Verarbeitungszwecke<sup>888</sup> im Sinne von Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO können Rückschlüsse zulassen auf die Zusammenarbeit und damit die Gemeinsamkeit der getroffenen Festlegungen.<sup>889</sup> Etwaige hinter den Zwecken stehende

---

882 Vgl. Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

883 Kapitel 4:C.II.2.a.bb (ab S. 135).

884 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 77) – *Fashion ID*; NJW 2019, 285 (Rn. 71) – Zeugen Jehovas; NJW 2018, 2537 (Rn. 32) – Wirtschaftsakademie; vgl. auch *Rothkegel/Strassemeyer*, CRi 2019, 161 (Rn. 21, 45, 47).

885 *Weichert*, ZD 2014, 605 (606).

886 So i.E. auch *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 42); und auch *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (585).

887 Die Notwendigkeit der konkreten Betrachtungsweise unter Verweis auf Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO („eindeutig“) betonen *Golland*, K&R 2018, 433 (436).

888 Zu dem Begriff des Zwecks unter Kapitel 4:C.II.1.b.aa (ab S. 123).

889 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 57f.; *DSK*, Kurzpapier Nr. 13, S. 5; zum *LDI NRW*, vgl. *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 81; *Johannes/Weinhold*, in: *Sydow*, § 63 Rn. 15; *van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, Rn. 128; *Rath/Heins/Éles*, CR 2019, 500 (Rn. 9); wenn auch teilweise missverständlich, da zunächst ein gemeinsam verfolgter Zweck als ein Beispiel genannt wird, *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 25; den Wortlaut der Normen hingegen unzutreffend so verstehtend, dass ein gemeinsamer Zweck Voraussetzung sei *Janicki*, in: *FS Taeger*, 197 (209 f.).

(Eigen-)Interessen sind allerdings vor allem schon auf Ebene der Verantwortlichkeit zu berücksichtigen.<sup>890</sup>

aa. Ähnlichkeit der verfolgten Zwecke

Soweit sich den beteiligten Parteien unterschiedliche Zwecke konkret zuordnen lassen,<sup>891</sup> kann auf die Ähnlichkeit dieser Zwecke abgestellt werden. Die Identität<sup>892</sup> oder zumindest eine Einheit<sup>893</sup> der Zwecke ist nicht konstitutiv, aber Indiz für eine gemeinsame Verantwortlichkeit.<sup>894</sup>

Der Wortlaut der Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO lässt Raum, um bei der Gemeinsamkeit als wertungsoffenes Merkmal die Ähnlichkeit der verfolgten Zwecke zu berücksichtigen.<sup>895</sup> Die Bedeutung der Zwecke für die (gemeinsame) Verantwortlichkeit wird schließlich in beiden Vorschriften hervorgehoben. Je ähnlicher die verfolgten Zwecke sind, desto näher liegen ein Aufeinanderabstimmen und weitere Absprachen. Insoweit ist die Zweck-Ähnlichkeit also Indiz für das Kriterium der erfolgten Absprachen.<sup>896</sup> Darüber hinaus führt die Ähnlichkeit der Zwecke als wesentliches Merkmal der Verarbeitungen dazu, dass diese nach außen aus der verobjektivierten Sicht einer betroffenen Personen<sup>897</sup> eher als *gemeinsam* organisiert erscheinen.

In diesem Zusammenhang lässt sich die Äußerung des *EuGH* einordnen, wonach „die Tatsache, über diese Daten für [die Facebook] [...] eigenen wirtschaftlichen Zwecke verfügen zu können, die Gegenleistung für den Fashion ID gebotenen Vorteil darstellt“.<sup>898</sup> Denn ein solches Austauschverhältnis legt eine (vertragliche) Absprache über die Verarbeitun-

---

890 Hierzu unter Kapitel 4:C.II.2.a.ee (ab S. 145).

891 Dies voraussetzend *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 17.

892 *Polenz*, in: Tamm/Tonner/Brönnike, § 4a, Rn. 155.

893 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 105; *Johannes/Weinhold*, in: Sydow, § 63 Rn. 15; *Krupar/Strassemeyer*, K&R 2018, 746 (750); *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 20; *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 3; *van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, Rn. 130.

894 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 25; *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 26; *Schreiber*, ZD 2019, 55 (56); ähnlich wie hier *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (144); den engen Zusammenhang der Zwecke stets voraussetzend *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 3; so auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 58.

895 *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 12 ff.).

896 Hierzu unter Kapitel 4:C.III.6.b (ab S. 185).

897 Kapitel 4:C.I.1.a.cc (ab S. 114).

898 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 80) – Fashion ID.

gen und damit eine *gemeinsame* Festlegung nahe.<sup>899</sup> Schon zuvor hat *Generalanwalt Bobek* die Einheit der jeweils verfolgten (kommerziellen und werblichen) Zwecke hervorgehoben.<sup>900</sup> Insoweit hat er zugleich seine – angesichts des Wortlauts der Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO zumindest missverständliche – Aussage relativiert,<sup>901</sup> dass die Identität von Zwecken und Mitteln im Verhältnis zueinander Voraussetzung für die gemeinsame Verantwortlichkeit sein soll.<sup>902</sup>

Die Wirtschaftsakademie-Entscheidung des *EuGH* lässt hingegen noch konkrete Aussagen zum Merkmal der Zweck-Ähnlichkeit vermissen. Zumindest hat der *Gerichtshof* teilweise die verfolgten Zwecke dargelegt: die Verbesserung des Werbesystems auf Seiten des sozialen Netzwerks und die Steuerung der Vermarktung der Tätigkeit auf Seiten eines Fanpage-Betreibers.<sup>903</sup> Diese jeweils kommerziell ausgerichteten, auf allgemeine oder individuelle Inhalte-Optimierung gerichteten Zwecke weisen eine gewisse Ähnlichkeit auf, auch wenn der *EuGH* sie nicht hervorgehoben hat. In der Zeugen-Jehovas-Entscheidung hat der *Gerichtshof* darüber hinaus ange deutet, dass die Gemeinschaft und die verkündigenden Mitglieder mit der Verbreitung des Glaubens einen nicht nur ähnlichen, sondern sogar gemeinsamen Zweck verfolgen.<sup>904</sup>

Ob man die Prüfung der Ähnlichkeit der Zwecke als Erfordernis einer „Einheit“ betitelt, wie von *Generalanwalt Bobek* vorgeschlagen,<sup>905</sup> ist letztlich für die Anforderungen ohne Bedeutung. Entscheidend ist stattdessen der Abstraktionsgrad der verglichenen Zwecke. Je abstrakter die Zwecke bestimmt werden, desto eher sind sie sich ähnlicher und desto geringer ist der Aussagegehalt für eine mögliche gemeinsame Verantwortlichkeit. Legt

---

899 In diese Richtung schon *Bot*, Schlussanträge C-210/16, Rn. 56; daher ist nicht entsprechend der Variante 2 nach *Marosi/Matthé*, ZD 2018, 361 (362) die Genleistung maßgeblich, sie ist aber ein Indiz; *Lee/Cross*, ZD 2019, 559 (561) sprechen in diesem Zusammenhang von einem vertragsbasierten Ansatz; in diesem Zusammenhang zu der Diskussion um Ausschließlichkeitsrechte an Daten *Sattler*, GRUR 2019, 1023 (1024 f.) m.w.N.

900 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 105.

901 Widersprüchlich nach *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (585).

902 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 100.

903 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 34) – Wirtschaftsakademie.

904 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 71) – Zeugen Jehovas.

905 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 105.

man mit *Generalanwalt Bobek* einen hohen Abstraktionsgrad zugrunde,<sup>906</sup> ist ein solcher Vergleich wenig zielführend.<sup>907</sup>

Es empfiehlt sich stattdessen also, die Zwecke konkret zu bestimmen (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO und vgl. Erwägungsgrund 33 DSGVO).<sup>908</sup> Insoweit kann die Verbesserung des Werbesystems als Zweck sinnvollerweise zugrundegelegt werden,<sup>909</sup> nicht aber die bloße Umsatzsteigerung im Sinne eines kommerziellen Zwecks.<sup>910</sup> Für die Ähnlichkeit kann darauf abgestellt werden, inwieweit sich diese Zwecke gegenseitig bedingen,<sup>911</sup> inwieweit sie kommerzieller oder nicht-kommerzieller Art sind und welche Eingriffsintensität sie für die betroffene Person jeweils haben. Beispielsweise wird die Zweck-Ähnlichkeit geringer ausfallen, wenn ein Zweck nach Art. 6 DSGVO und ein anderer Zweck nur nach Art. 9 DSGVO zu beurteilen ist.

bb. Besonderheiten bei nicht-wirtschaftlich angelegten Verarbeitungszwecken

Die Bezugnahme des *EuGH*<sup>912</sup> und des *Generalanwalts Bobek*<sup>913</sup> auf wirtschaftliche Interessen in der Fashion-ID-Rechtssache hat – wohl ohne entsprechende Intention des *EuGH* und des *Generalanwalts Bobek* – in der Literatur vereinzelt zu einer unterschiedlichen Behandlung von wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen, wie etwa gemeinnützigen, Zwecken geführt.<sup>914</sup>

Schon zuvor hat der *EuGH* im Rahmen der Zeugen-Jehovas-Entscheidung implizit festgestellt, dass das Verfolgen nicht-wirtschaftlicher Zwecke nicht einer Verantwortlichkeit an sich entgegensteht.<sup>915</sup> Die Systematik der DSGVO zeigt gleich an mehreren Stellen, dass eine solche Differen-

---

906 Kremer, CR 2019, 225 (227); Rothkegel/Strassemeyer, CRi 2019, 161 (Rn. 32); nämlich auf „kommerzielle und werbliche Zwecke“ abstellend *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 105.

907 So auch Golland, K&R 2018, 433 (435); vgl. auch Lee/Cross, ZD 2019, 559 (562).

908 Golland, K&R 2018, 433 (436).

909 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 34) – Wirtschaftsakademie.

910 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 105.

911 DSK, Kurzpapier Nr. 16, S. 2.

912 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 80) – Fashion ID.

913 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 105.

914 So etwa, womöglich auch nur missverständlich, *Johannes/Weinhold*, in: Sydow, § 63 Rn. 15; wünschenswert nach Golland, K&R 2019, 533 (535).

915 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 71) – Zeugen Jehovas.

zierung für die Bestimmung gemeinsamer Verantwortlichkeit nicht vorzunehmen ist. Nur an ausgewählten Stellen erfolgt eine solche Differenzierung, wie etwa bei der Erwähnung nicht-wirtschaftlicher Zwecke in Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO und der Definition des Unternehmens, die im Unterschied zu Art. 4 Nr. 7 DSGVO eine wirtschaftliche Tätigkeit voraussetzt. Im Umkehrschluss ist im Übrigen nicht zwischen den Zwecken zu differenzieren. Mit Blick auf den Betroffenen-Schutz (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO) leuchtet eine solche Differenzierung auch nicht ein: Bei der Zusammenarbeit eines *gemeinnützigen* Vereins und eines sozialen Netzwerks etwa, sind die Risiken aufgrund von Intransparenz<sup>916</sup> für betroffene Personen nicht weniger gering.

Soweit dementsprechend nicht-wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden, sind diese nicht anders zu behandeln als wirtschaftliche Zwecke.<sup>917</sup> Gleichwohl sind nicht-wirtschaftliche und wirtschaftliche Zwecke einander weniger ähnlich, sodass dem Indiz der Zweck-Ähnlichkeit eine geringere Bedeutung zukommen kann.<sup>918</sup>

d. Daten-Nähe einschließlich des (gegenseitigen) Zugriffs auf personenbezogene Daten

Als ein weiteres Kriterium ist die Nähe zu den verarbeiteten personenbezogenen Daten zu berücksichtigen, die vor allem durch die Prüfung der Daten-Herkunft und der Möglichkeit zum Datenzugriff bestimmt werden kann.<sup>919</sup>

aa. Herleitung

Die gemeinsame Verantwortlichkeit erfordert keine Zugriffsmöglichkeit eines jeden gemeinsam Verantwortlichen auf die personenbezogenen Da-

---

916 Vgl. Kapitel 3:B.V (ab S. 73).

917 Wohl wie hier *Lee/Cross*, ZD 2019, 559 (562); *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 46.

918 Kapitel 4:C.III.6.c.aa (ab S. 190).

919 Zust. wohl auch, zumindest im Hinblick auf die Verantwortlichkeit, *Kremer*, CR 2019, 676 (Rn. 30 f.); vgl. auch das Beispiel „Research project by institutes“ *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66.

ten.<sup>920</sup> Ebenso wenig stellt die DSGVO Anforderungen an die Herkunft der verarbeiteten personenbezogenen Daten (vgl. nur Art. 14, 19 DSGVO). Eine *gleichmäßige* Verteilung der Zugriffsbefugnisse und des Beisteuerns an (personenbezogenen) Daten spricht aber für eine Gemeinsamkeit der Festlegungen im Sinne eines arbeitsteiligen Vorgehens und ist damit zugleich Indiz für ein anderes Kriterium der Gemeinsamkeit.<sup>921</sup> Darüber hinaus kann gerade die Verknüpfung von personenbezogenen Daten unterschiedlicher (gemeinsam) Verantwortlicher aus unterschiedlichen Datenbanken das Risiko für betroffene Personen mangels Transparenz erhöhen<sup>922</sup> und insoweit eine klare Aufgabenzuteilung (vgl. Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO) erforderlich machen.

#### bb. Berücksichtigung anonymer Daten

Neben personenbezogenen Daten können im Rahmen der Prüfung einer gleichmäßigen Verteilung der Daten-Nähe zu einem geringeren Grad auch anonyme, aggregierte Daten<sup>923</sup> Berücksichtigung finden, die auf personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit der (potenziellen) gemeinsamen Verantwortlichkeit beruhen.

Abgesehen von der Anonymisierung dieser Daten als Veränderung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO<sup>924</sup> findet die DSGVO zwar keine Anwendung auf den Umgang mit diesen anonymisierten Daten. Ohnehin können aber auch Umstände über die bloße Verarbeitung hinaus Berücksichtigung finden bei der Bestimmung der Gemeinsamkeit der Festlegungen.<sup>925</sup> Die DSGVO kennt etwa als Ausprägung des Grundsatzes der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO) im Zusammenhang mit

---

920 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie; NJW 2019, 285 (Rn. 69) – Zeugen Jehovas; NJW 2019, 2755 (Rn. 69) – Fashion ID; hierzu auch *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471 (474). Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

921 Hierzu unter Kapitel 4:C.III.6.b.bb (ab S. 188).

922 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 36; vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66, 69.

923 Wie etwa (demographische) Statistik-Daten über die jeweilige Zielgruppe, nach *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie.

924 Die Anonymisierung ebenfalls grundsätzlich als Veränderung einordnend *BfDI*, Positionspapier, S. 5.

925 Vgl. unter Kapitel 4:C.I.3 (ab S. 120). Noch anders unter dem BDSG a.F. *LG Frankfurt a.M.*, ZD 2018, 90 (Rn. 42); dies (unzutreffend) auf die DSGVO übertragend *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 28 Rn. 18c.

wissenschaftlichen Forschungszwecken eine Pflicht zur Anonymisierung in Art. 89 Abs. 1 S. 4 DSGVO<sup>926</sup> und damit – etwas paradox anmutend<sup>927</sup> – eine Pflicht zu Handlungen, die ab Durchführung zur Nicht-Anwendbarkeit der DSGVO führen. Die Berücksichtigung der Anonymisierung, um Verarbeitungen innerhalb der Anwendbarkeit der DSGVO einzuordnen, ist der DSGVO mithin nicht fremd.

Vor allem die Beurteilung der Gemeinsamkeit aus der verobjektivierten Sicht einer betroffenen Person<sup>928</sup> und ein Blick auf den besonders hervorgehobenen Schutz betroffener Personen (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO) legen die Berücksichtigung auch anonymer Daten nahe. Die Verarbeitung der anonymisierten Daten führt zwar nicht unmittelbar zu einem Risiko für natürliche Personen und ihrem Recht auf Schutz personenbezogener Daten (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO, Art. 8 GRCh). Soweit diesen Daten aber die Verarbeitung personenbezogener Daten vorangeht, und sei es nur durch die Erhebung und anschließende Anonymisierung als Veränderung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO,<sup>929</sup> geht der Umgang mit anonymen Daten mittelbar mit einem Risiko für betroffene Personen einher, indem die Verarbeitung personenbezogener Daten vorausgesetzt wird.<sup>930</sup> Aus der verobjektivierten Sicht betroffener Personen wird außerdem regelmäßig eine Zusammenarbeit im Sinne einer gemeinsamen Festlegung naheliegen, wenn alle Beteiligten gleichmäßig durch die Datenverarbeitungen, etwaige Anonymisierungen eingeschlossen, profitieren, was insoweit an den an den Grundsatz „qui habet commoda ferre debet onera“<sup>931</sup> erinnert.

---

926 Diese Pflicht fügt sich im Übrigen in die weiteren Vorgaben für Verarbeitungen zu wissenschaftlichen Forschungszwecken ein, die unter Abschwächung weiterer Verantwortlichen-Pflichten erhöhte Anforderungen an technische und organisatorische Maßnahmen statuieren, *Radtke*, <https://www.juwiss.de/45-2020/>.

927 Zu einem möglichen Zirkelschluss in diesem Zusammenhang mit Blick auf gemeinsame Verantwortlichkeit *Spittka/Mantz*, NJW 2019, 2742 (2744).

928 Kapitel 4:C.I.1.a.cc (ab S. 114).

929 Die Anonymisierung ebenfalls grundsätzlich als Veränderung einordnend *BfDI*, Positionspapier, S. 5.

930 Vgl. *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie.

931 Hierzu unter Kapitel 3:B.II (ab S. 63).

### cc. Bestimmung der Daten-Nähe

Bei der Bestimmung der Verteilung der Daten-Nähe ist dementsprechend jeweils die Möglichkeit zum Zugriff auf personenbezogene oder auf hieraus abgeleitete, aggregierte Daten, die Ausübung dieses Zugriffsrechts sowie die Herkunft der personenbezogenen Daten und die Verknüpfung mit weiteren Daten zu berücksichtigen.

Eine gemeinsam betriebene Internetplattform<sup>932</sup> oder eine gemeinsam organisierte Veranstaltung<sup>933</sup> kann daher ein Beispiel *par excellence* für eine gleichmäßig verteilte Daten-Nähe sein, wenn die Zugriffsrechte ebenfalls allen gemeinsam zustehen und alle Beteiligten eigene Kunden-Daten beisteuern. Ob dafür, wie in der Praxis üblich, Auftragsverarbeiter eingeschaltet werden, oder nicht, ist insoweit ohne Auswirkungen, da die Verarbeitungen vollständig dem bzw. den jeweiligen Verantwortlichen zugerechnet werden.<sup>934</sup>

Es spricht schon für eine gemeinsame Festlegung, wenn alle Beteiligten jeweils personenbezogene Daten „beisteuern“ und untereinander austauschen.<sup>935</sup> Dies kann z.B. der Fall sein, wenn eine Partei Informationen über bereits vorhandene Kunden (wie etwa eine gehaschte, d.h. kodierte, Email-Adresse) an andere Parteien übermittelt und diese Parteien die Kundenlisten mit einer eigenen Datenbank abgleichen, wie etwa bei den sog. Facebook Custom Audience und umso mehr bei Facebook Lookalike Audience.<sup>936</sup> An LetterShop-Verfahren, d.h. dem Finalisieren und Versen-

---

932 S. das Beispiel 8 „Reisebüro (2)“ der *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 24; und das 2. Beispiel der „Travel Agency“ des *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66.

933 S. das Beispiel „Marketing Operation“ des *EDPB*, Guidelines 7/2020, S. 21.

934 Vgl. *Jandt/Nebel*, NJW 2013, 1570 (1572); *J. Nink/K. Müller*, ZD 2012, 505 (506); vgl. auch *Gola*, K&R 2017, 145 (148 f.); und *Fromageau/Bäuerle/Werkmeister*, PinG 2018, 216 (218).

935 Das ist grundsätzlich auch im Rahmen eines Auftragsverarbeitungsverhältnisses denkbar. Gerade soweit die eigene Datenbank hierbei verbessert werden soll, wird aber regelmäßig das Eigeninteresse die Festlegung und damit die Verantwortlichkeit indizieren, vgl. Kapitel 4:C.II.2.a.ee (ab S. 145). S. auch zum jeweiligen Beisteuern personenbezogener Daten als Indiz für das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 18).

936 Für den Fall der Facebook Custom Audiences dementsprechend eine Auftragsverarbeitung ausschließlich, ohne allerdings auf eine mögliche gemeinsame Verantwortlichkeit einzugehen, *VGH München*, K&R 2018, 810 (811); zuvor auch schon *VG Bayreuth*, K&R 2018, 524 (525 f.); dazu auch *Radtke*, K&R 2020, 479 (481). Zu den Funktionen s. etwa unter <https://onlinemarketing.de/lexikon/definition-facebook-custom-audience>.

den von (personalisierten) Anschreiben, lässt sich ebenfalls denken, wenn beispielsweise Adressen optimiert werden.<sup>937</sup> In anderer Form tritt eine solche, aber geringfügig ungleichmäßige Verteilung – wie etwa im Fall der *Zeugen Jehovas*<sup>938</sup> – zutage, wenn eine Partei Daten in Form von „Nativisten“ beisteuert, also Informationen über Personen, deren Daten nicht erhoben werden sollen, und andere Parteien unter Berücksichtigung dieser Informationen selbst personenbezogene Daten erheben.

Der Zugriff auf die generierten Daten oder hieraus abgeleitete, aggregierte Daten durch die beteiligten Parteien ist ebenfalls zu berücksichtigen. Insoweit können etwa gemeinsam verwendete Statistik-Daten<sup>939</sup> relevant werden.

e. Vernünftige Erwartung der betroffenen Person als Ausprägung des Transparenzgrundsatzes

Angesichts der Bedeutung der gemeinsamen Verantwortlichkeit für die Transparenz (i.e.S.) gegenüber betroffenen Personen (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO)<sup>940</sup> sind auch die Erwartbarkeit und in diesem Zusammenhang die vernünftigen Erwartungen betroffener Personen bei der Auslegung des Merkmals „gemeinsam“ zu berücksichtigen.

aa. Herleitung der Notwendigkeit der Berücksichtigung vernünftiger Erwartungen betroffener Personen

Die DSGVO hebt gegenüber der DSRL an verschiedenen Stellen die Bedeutung der Transparenz im Sinne der Nachvollziehbarkeit und Erwartbarkeit<sup>941</sup> hervor. Deutlich wird dies auch, wenn als ein Novum<sup>942</sup> im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO die ver-

---

937 *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 53 ff.). Allerdings wird für eine (gemeinsame) Verantwortlichkeit des Dienstleisters beispielsweise die bloße Bereinigung von Dubletten ohne Optimierung der eigenen Datenbank des Dienstleisters nicht ausreichen.

938 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 70) – Zeugen Jehovas.

939 Vgl. *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie.

940 Kapitel 3:B.V.1.d (ab S. 78).

941 Vgl. *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, Art. 5 Rn. 21.

942 *Kamara/Hert*, in: *Consumer Privacy Handbook*, 312 (334).

nünftigen Erwartungen („reasonable expectations“)<sup>943</sup> betroffener Personen explizit zu berücksichtigen sind (vgl. Erwägungsgrund 47 S. 1, 3 und 4 DSGVO).<sup>944</sup> Danach ist unter Einbeziehung des Zeitpunkts und weiterer Umstände zu prüfen, ob die betroffene Person „vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird“ (Erwägungsgrund 47 S. 3 DSGVO).

Die gemeinsame Verantwortlichkeit mit ihrer Verankerung in Art. 4 Nr. 7, Art. 26 DSGVO ist ebenfalls eng im Zusammenhang zu sehen mit der Erwartbarkeit im Sinne der prospektiven Transparenz. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass Wertungsspielräume beim Merkmal der Gemeinsamkeit<sup>945</sup> naheliegenderweise mit Blick auf den Telos der gemeinsamen Verantwortlichkeit<sup>946</sup> zu füllen sind. Vor allem ergibt sich aus der Beurteilung der Gemeinsamkeit aus der verobjektivierten Perspektive einer betroffenen Person<sup>947</sup> die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Transparenz i.e.S. Geht eine betroffene Person aufgrund des einheitlichen Auftretens und nicht erkennbaren, insoweit überraschenden<sup>948</sup> weiteren Verantwortlichen nur von einem Verantwortlichen bzw. einer „Einheit“ aus, stellen sich die Entscheidungs- bzw. Festlegungsbeiträge aus dieser Perspektive als derart eng zusammenhängend dar, dass diesbezüglich Festlegungen auf Grundlage einer gemeinsamen Zusammenarbeit der Verantwortlichen getroffen wurden.

Die Rechtsfolgen gemeinsamer Verantwortlichkeit bestätigen diesen Befund.<sup>949</sup> Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO verpflichtet die gemeinsam Verantwortlichen in nachvollziehbarer Weise, ihre Zusammenarbeit und die Pflichtenzuteilung festzulegen. Einer solchen Pflicht bedarf es vor allem dann, wenn es andernfalls an solchen transparenten Festlegungen fehlen würde – mithin, wenn die gemeinsame Verantwortlichkeit durch Transparenzpflichten allfällige Transparenzdefizite ausgleichen soll. Solche Defizite im Hinblick auf die Transparenz i.e.S. lassen sich gerade ermitteln, indem auf die (verobjektivierten) vernünftigen Erwartungen betroffener Personen abgestellt wird.

---

943 Nicht gleichzusetzen mit der Verwendung dieser Formulierung durch den EGMR, *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 6 Abs. 1 Rn. 108.

944 Noch deutlicher in der Fassung des LIBE, 2012/0011(COD), S. 73.

945 Kapitel 4:C.III.1 (ab S. 158).

946 Vgl. insb. unter Kapitel 3:B.V (ab S. 73).

947 Kapitel 4:C.I.1.a.cc (ab S. 114).

948 *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 6 Abs. 1 Rn. 108.

949 Hierzu schon unter Kapitel 4:C.III.5.e (ab S. 181).

Zudem führen weitere Verantwortliche durch eigenen Einfluss auf die Festlegungen in Bezug auf die Verarbeitung zu einem insgesamt erhöhten Risiko für betroffene Personen. Die Entscheidung der betroffenen Person, beispielsweise die entsprechende Website mit eingebundenen Social Plugins aufzurufen, wird somit nicht in Kenntnis des vollständigen Risikos getroffen. Insoweit tritt gerade bei Übermittlungssachverhalten im Internet an die Stelle einer (informierten) Entscheidung der betroffenen Personen die Entscheidung durch die (gemeinsam) Verantwortlichen, weitere Verarbeitungen durch weitere Verantwortliche zu veranlassen. Mit Blick auf den Schutz betroffener Personen (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO) bedarf es daher der Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit, um die Informations- und Entscheidungsasymmetrie auszugleichen.

Die *Art.-29-Datenschutzgruppe* lässt ebenfalls eine Tendenz dahingehend erkennen, für das Vorliegen der Gemeinsamkeit die Transparenz i.e.S. zu berücksichtigen. Diese wollte bei der Prüfung (gemeinsamer) Verantwortlichkeit neben den berechtigten Erwartungen auch auf den Eindruck abstellen, der der betroffenen Person vermittelt wird.<sup>950</sup> Wenngleich nicht der gleiche Schluss wie hier gezogen wird, wird auch im Übrigen in der Literatur vertreten, dass das Auftreten gegenüber betroffenen Personen für die Bestimmung einer (gemeinsamen) Verantwortlichkeit herangezogen werden kann.<sup>951</sup> *Lezzi/Oberlin* aber halten (zutreffend) den Schluss für unzulässig, dass bei dem Auftreten nur eines Verantwortlichen gegenüber betroffenen Personen eine gemeinsame Verantwortlichkeit nicht vorliegt.<sup>952</sup> Zu dem nach hier vertretener Auffassung zu ziehenden umgekehrten Schluss einer naheliegenden gemeinsamen Verantwortlichkeit, soweit aus dem Auftreten eine vernünftige Erwartung erwächst, verhalten sie sich hingegen nicht.

Der *EuGH* hat im Einklang mit den Ausführungen im Vorherigen in der Fashion-ID-Entscheidung betont, dass die Website-Besucher vor bzw. bei dem Aufruf der Website *keine Kenntnis* von der durch den Browser durchgeführten und den Website-Betreiber veranlassten<sup>953</sup> Übermittlung von personenbezogenen Daten<sup>954</sup> an den Betreiber eines eingebetteten

---

950 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 14, 34.

951 *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, Art. 26 Rn. 5; *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (72); *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 28 Rn. 46; *zust. Gündel*, ZWE 2018, 429 (431).

952 *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (400).

953 *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 69.

954 Mit dem Aufruf einer Website werden nach Empfang des Inhalts durch den Browser auch weitere Inhalte durch den Browser des Nutzers automatisiert

„Like“-Buttons haben.<sup>955</sup> Konsequent nahm der *Gerichtshof* letztlich, auch gestützt auf weitere Umstände, eine gemeinsame Verantwortlichkeit der Website-Betreiberin und der „Like“-Button-Betreiberin an.<sup>956</sup> Auch in der Zeugen-Jehovas-Entscheidung wurden Informationsdefizite zumindest angedeutet.<sup>957</sup>

Letztlich sind also die vernünftigen Erwartungen betroffener Personen für die Annahme einer Gemeinsamkeit der Festlegungen zu berücksichtigen. Wenn das „Ob und „Wie“ einer Zusammenarbeit der vernünftigen Erwartung einer verobjektivierten betroffenen Person widerspricht, würde demnach – angesichts der geringeren Transparenz – nicht nur die Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO) eher zugunsten der betroffenen Person ausfallen (Erwägungsgrund 47 S. 4 DSGVO), sondern erst recht – angesichts der geringeren Transparenz und damit auch höheren Eingriffsintensität<sup>958</sup> – eine gemeinsame Verantwortlichkeit naheliegen.

#### bb. Vergleich mit dem Transparenzansatz aus dem TDDSG von 1997

Vor der DSGVO gab es bereits alternative Lösungsansätze zur Herstellung von Transparenz im Hinblick auf die Verantwortlichkeit. *Schleipfer* verweist etwa auf einen alternativen Lösungsansatz für mangelnde Transparenz bei Website-Weiterleitungen und -Einbettungen (als Offenlegung durch Übermittlung, vgl. Art. 4 Nr. 2 DSGVO): Das 2007 aufgehobene deutsche Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) sah in seinem § 4 Abs. 5 vor, dass „die Weitervermittlung zu einem anderen Diensteanbieter [...] dem Nutzer anzuzeigen [ist]“.<sup>959</sup>

---

an- bzw. abgefragt, auf die durch die Website in Form von Einbettungen verwiesen wird. Im Rahmen dieser Anfrage sendet der Browser des Nutzers an den Website-Betreiber des eingebetteten Inhalts unter anderem die IP-Adresse, Geräteinformationen, den Pfad zur angefragten Datei, die Website, auf der der Inhalt eingebunden ist und weitere anfragebezogene Informationen. Zu diesen Vorgängen auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 171, S. 13 f.

<sup>955</sup> *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 75) – Fashion ID; s. schon zuvor *Bot*, Schlussanträge C-210/16, Rn. 69.

<sup>956</sup> *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 85) – Fashion ID.

<sup>957</sup> *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 15) – Zeugen Jehovas.

<sup>958</sup> *Schünicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 219; *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471 (474).

<sup>959</sup> *Schleipfer*, CR 2019, 579 (581), der zudem die Gleichstellung der Einbettung von Inhalten mit der Weitervermittlung überzeugend begründet.

Die DSGVO kennt keine derart konkrete Informationspflicht, sondern nur die Pflicht zur Unterrichtung über Empfänger von personenbezogenen Daten (vgl. etwa Art. 13 Abs. 1 lit. e, Art. 14 Abs. 1 lit. e, Art. 15 Abs. 1 lit. c DSGVO). Mit Blick auf das Vorherige lässt sich der DSGVO aber jedenfalls eine ähnliche Aussage entnehmen, die sich wie folgt formulieren ließe: „Die Übermittlung an einen anderen Verantwortlichen (oder eine andere Form der Einbeziehung eines Verantwortlichen) ist der betroffenen Person anzuseigen. Erfolgt die Anzeige nicht, so sind der die Übermittlung Veranlassende und der Empfangende nach S. 1 gemeinsam Verantwortliche“.

cc. Ermittlung der vernünftigen Erwartung und Einbeziehung in die Abwägung

Die vernünftige Erwartung im Hinblick auf die Verantwortlichkeit ist grundsätzlich aus der verobjektivierten Perspektive einer betroffenen Person zu ermitteln.<sup>960</sup> Die Beziehung zwischen betroffenen Personen und Verantwortlichen (vgl. Erwägungsgrund 47 S. 2 DSGVO), wie etwa in Form eines Vertragsverhältnisses, lässt sich regelmäßig nämlich ebenfalls typisierend für mehrere betroffene Personen bei ähnlichen Verarbeitungen annehmen. So liegt etwa bei den Datenverarbeitungen eines Online Shops, wenn registrierte Kunden Waren in den virtuellen Warenkorb legen, eine Vertragsbeziehung typischerweise jeweils zwischen allen registrierten Kunden und dem Verantwortlichen vor. Nur soweit dies sich im Einzelfall signifikant unterscheidet, bedarf es der Berücksichtigung der Perspektive der individuellen betroffenen Person. Dies zeigt auch Art. 21 Abs. 1 S. 1 DSGVO (vgl. auch Erwägungsgründe 69, 70 DSGVO), wonach eine besondere Situation erst und vor allem nach einem Widerspruch im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu berücksichtigen ist.

Die vernünftige Erwartung im Rahmen der DSGVO ist im Rahmen des Merkmals der Gemeinsamkeit vor allem im Hinblick auf die Erkennbar-

---

960 Vgl. Kapitel 4:C.I.1.a.cc (ab S. 114). Zust. wohl *Albers/Veit*, in: Wolff/Brink, Art. 6 Rn. 53, die die vernünftige Erwartung im Sinne einer Branchenüblichkeit verstehen wollen; *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 6 Abs. 1 Rn. 108; insoweit auch explizit zu der Bestimmung des berechtigten Interesses des Verantwortlichen *S. Schulz*, in: Gola, Art. 6 Rn. 53; vgl. auch parallel die Diskussion um die normative oder tatsächliche Bestimmung des Durchschnittsverbrauchers im Verbraucherschutzrecht, hierzu etwa *Vergbo*, Verbrauchererwartung, S. 73 ff.

keit des Einbezugs weiterer Verantwortlicher zu ermitteln. Soweit die Einbeziehung eines Verantwortlichen bzw. der Umfang seiner Einbeziehung nicht erkennbar ist, liegt eine gemeinsame Verantwortlichkeit nahe. Bereitgestellte verständliche und übersichtliche Informationen und Hinweise können die vernünftigen Erwartungen beeinflussen, soweit üblicherweise mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist.<sup>961</sup> Das gilt auch für die nach Art. 13 DSGVO<sup>962</sup> oder im Rahmen von sog. Cookie-Bannern bereitgestellten Informationen oder gar Wahlmöglichkeiten.<sup>963</sup> Die Informationen begründen nämlich nicht nur ein schutzwürdiges Vertrauen der betroffenen Person im Hinblick auf die Richtigkeit,<sup>964</sup> sondern insoweit auch eine entsprechende (vernünftige) Erwartung. Erst recht besteht keine vernünftige Erwartung im Hinblick auf das Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit, wenn die betroffene Person eine entsprechende Verarbeitung selbst explizit verlangt oder beauftragt, wie etwa im Fall eines Reisebüros, das zur Vertragserfüllung Reservierungsdaten an ein Hotel weiterleitet.<sup>965</sup>

Beispielsweise werden alleine durch das Wort „Werbung“ nicht hinreichende Erwartungen im Hinblick auf „targeted advertising“ geweckt,<sup>966</sup> sodass auch die Einbeziehung eines weiteren (gemeinsam) Verantwortlichen nicht erwartet wird. Ähnliches gilt mit Blick auf das Headhunter-Beispiel des *EDPB*.<sup>967</sup> Für die betroffene Person ist im Fall einer Headhunter-Plattform mit bestimmendem Einfluss der inserierenden Arbeitgeber nicht von Beginn an erkennbar, welche (gemeinsam) verantwortlichen Arbeitgeber in die Verarbeitungen einbezogen werden. Da die betroffene Person in Abhängigkeit von der konkreten Gestaltung gegebenenfalls aber zumindest mit der Einschaltung von *beliebigen* weiteren Verantwortlichen rechnet, ist die vernünftige Erwartung als Indiz für eine gemeinsame Verantwortlichkeit in diesem Fall etwas geringer zu gewichten.

---

961 Vgl. bezüglich der (Branchen-)Üblichkeit *Albers/Veit*, in: Wolff/Brink, Art. 6 Rn. 53.

962 Das kann auch mit Blick auf Art. 14 DSGVO gelten, soweit die Informationen bereits vor den Verarbeitungen zur Verfügung gestellt werden, was aber nach Art. 14 Abs. 3 DSGVO nicht der Regelfall ist.

963 Dies hingegen zu pauschal und ohne nähere Begründung ablehnend *DSK*, Entschließung Fanpage, S. 16.

964 *Eichenhofer*, Der Staat 55 (2016), 41 (54).

965 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66. Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.III.6.a.bb (ab S. 184).

966 *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 91.

967 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 23.

#### IV. Reichweite gemeinsamer Verantwortlichkeit

Die Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit kann in diverser Hinsicht unterschiedlich weit reichen.

##### 1. Betrachtung der Verarbeitungen und Vorgänge – „Phasen“ gemeinsamer Verantwortlichkeit

Die (gemeinsame) Verantwortlichkeit ist jeweils für Verarbeitungen nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO zu prüfen und kann sich auf einzelne oder mehrere Verarbeitungen beziehen (vgl. Art. 4 Nr. 7 DSGVO), wobei eine Verarbeitung wiederum mehrere Vorgänge umfassen kann.<sup>968</sup> Die gemeinsame Verantwortlichkeit umfasst schließlich nur die „Vorgänge der Verarbeitung personenbezogener Daten, über deren Zwecke und Mittel [der Verantwortliche] [...] – gemeinsam mit anderen – entscheidet“.<sup>969</sup> Die Verarbeitungsvorgänge, für die eine gemeinsame Verantwortlichkeit besteht, wurden in der deutschen Sprachfassung des Fashion-ID-Urteils<sup>970</sup> als „Phase“ bezeichnet. Der Begriff der „Phase“, der an das Phasen-Modell unter dem BDSG erinnert,<sup>971</sup> ist allerdings missverständlich. Denn wie die englische Sprachfassung des Urteils zeigt, sind letztlich nur einzelne Vorgänge („operations“) im Sinne von Art. 4 Nr. 2 DSGVO gemeint, die zusammen eine einzelne Verarbeitung darstellen können. Stattdessen kann sich der Begriff der Phase anbieten, um *Verarbeitungen* zusammenzufassen, für die eine gemeinsame Verantwortlichkeit besteht, und so zu Verarbeitungen abzugrenzen, bei denen eine alleinige Verantwortlichkeit oder gemeinsame Verantwortlichkeit anderer Personen besteht.

Zusammengefasst ist also zunächst kleinschrittig und präzise<sup>972</sup> jeder einzelne Vorgang zu betrachten, wie etwa eine Erhebung, Speicherung oder Offenlegung durch Übermittlung. Diese Vorgänge können gegebenenfalls bei einem engen Zusammenhang als eine Verarbeitung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO anzusehen sein.<sup>973</sup> Die gemeinsame Verantwortlich-

---

968 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117).

969 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 75) – Fashion ID; *Golland*, K&R 2019, 533 (534) spricht insoweit von einem „vorgangsbezogenen Verständnis der Verantwortlichkeit“.

970 *EuGH*, NJW 2019, 2755 – Fashion ID. S. auch unter Kapitel 2:B.III (ab S. 55).

971 *Montreal*, PinG 2017, 216 (220).

972 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 16a.

973 Kapitel 4:C.I.2.b (ab S. 118).

keit wiederum kann sich entweder nur auf eine<sup>974</sup> oder aber mehrere Verarbeitungen beziehen, wobei sich hierfür der Begriff der Phase einer gemeinsamen Verantwortlichkeit anbietet. In der englischsprachigen Literatur wird in diesem Zusammenhang von „partly joint controllers“ gesprochen.<sup>975</sup>

Die insoweit begrenzte Reichweite der gemeinsamen Verantwortlichkeit wird insbesondere deutlich, wenn es im Rahmen einer Kette von Verarbeitungen mit den gleichen verarbeiteten personenbezogenen Daten zu einer wechselnden Verantwortlichkeit kommt. Dies ist auch und gerade bei der Übermittlung von personenbezogenen Daten an Behörden der Fall.<sup>976</sup>

## 2. Keine abgestufte gemeinsame Verantwortlichkeit

Für die Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit kennt die DSGVO nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO – bildlich gesprochen – keinen Dimmer, sondern nur einen An-Aus-Schaltmechanismus. Für jede einzelne Verarbeitung, die allerdings auch eine Kette von Vorgängen umfassen kann,<sup>977</sup> ist die gemeinsame Verantwortlichkeit separat festzustellen,<sup>978</sup> aber eben vollständig.

Unter der DSRL wurde noch das Konzept einer Teilverantwortlichkeit vorgeschlagen – so insbesondere auch von der *Art.-29-Datenschutzgruppe*.<sup>979</sup> Dieses Konzept der Teil-Verantwortlichkeit im Außenverhältnis erinnert mit der Anknüpfung an die Möglichkeit zur Beseitigung an die Störerhaftung<sup>980</sup> und könnte beispielsweise dazu führen, dass ein Auskunftsanspruch nur dem (gemeinsam) Verantwortlichen gegenüber geltend ge-

---

974 Bezieht sie sich hingegen auf nur einen Vorgang, wird sich dieser eine Vorgang mangels Ähnlichkeit nicht mit anderen Vorgängen zu einer Verarbeitung zusammenfassen lassen, sodass eine Verarbeitung in dem Fall nur einen Vorgang umfasst. Vgl. auch *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 107; *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 32.

975 *Olsen/Mahler*, CLSR 23 (2007), 415 (419); *Stalla-Bourdillon/Pearce/Tsakalakis*, CLSR 34 (2018), 784 (800 f.); vgl. auch *van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, Rn. 135-137.

976 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.IV.3 (ab S. 206).

977 Kapitel 4:C.I.2.b (ab S. 118).

978 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 72, 74 ff.) – Fashion ID.

979 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 171, S. 14; krit. schon *Mahieu/van Hoboken/Asghari*, JIPITEC 10 (2019), 39 (Rn. 22).

980 Zum Vergleich der Störerhaftung mit der gemeinsamen Verantwortlichkeit unter Kapitel 3:D (ab S. 92).

macht werden kann, der die Daten gespeichert hat. Einem solchen Konzept hat allerdings nicht nur der *EuGH* eine Absage erteilt, indem er Fanpage-Betreiber als Verantwortliche ansah,<sup>981</sup> sondern vor allem die DSGVO mit der Einführung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO.<sup>982</sup> Insoweit wird von dem gemeinsam Verantwortlichen verlangt, gegebenenfalls auf die übrigen gemeinsam Verantwortlichen zur Erfüllung der Pflichten einzuwirken.<sup>983</sup> Auch andere Konzepte bzw. Begrifflichkeiten haben sich nicht durchgesetzt, wie etwa die von *Jandt/Roßnagel* vorgeschlagene<sup>984</sup> Differenzierung zwischen kollektiver – d.h. gemeinsame Verantwortlichkeit abwechselnd für einzelne Vorgänge – und kumulativer – d.h. gemeinsame Verantwortlichkeit übergreifend für alle Vorgänge – Verantwortlichkeit.<sup>985</sup>

Die gemeinsame Verantwortlichkeit setzt schon auf Tatbestandsebene nicht voraus, dass die gemeinsam Verantwortlichen jeweils gleichwertige Festlegungsbeiträge leisten.<sup>986</sup> Soweit die gemeinsam Verantwortlichen keine gleichwertigen Beiträge leisten, unterscheidet sich der Grad der Verantwortlichkeit. Im Einklang mit der Einordnung des Datenschutzrechts als (auch)<sup>987</sup> eine Form von besonderem Ordnungsrecht wirkt sich dieser unterschiedliche Grad der Verantwortlichkeit statt auf Tatbestandsebene<sup>988</sup> auf Rechtsfolgen- und Letzthaftungsebene aus, d.h. im Rahmen desaufsichtsbehördlichen Ermessens<sup>989</sup> oder aber beim Regress zwischen gemeinsam Verantwortlichen.<sup>990</sup>

---

981 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 43 f.) – Wirtschaftsakademie; die mittlerweile beschränkte Möglichkeit der Parametrierung steht dem nicht entgegen *Radtke, K&R* 2020, 479 (481); s. auch *OVG Hannover*, Beschl. v. 19.01.2021 – 11 LA 16/20 (juris).

982 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322).

983 Vgl. unter Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322).

984 *Jandt/Roßnagel*, ZD 2011, 160 (161); krit. *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 118 ff.

985 Dies aber aufgreifend *Nebel*, in: *FS Roßnagel*, 341 (353 f.).

986 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 66) – Zeugen Jehovas; NJW 2018, 2537 (Rn. 43) – Wirtschaftsakademie; NJW 2019, 2755 (Rn. 70) – Fashion ID; *Härtung/Gössling*, NJW 2018, 2523 (2525); *Spoerr*, in: *Wolff/Brink*, Art. 28 Rn. 22a; missverständlich von „gleichberechtigter Einwirkung“ spricht *Martini*, in: *Paal/Pauly*, Art. 28 Rn. 7.

987 Die Einordnung insgesamt als besonderes Ordnungsrecht würde die erheblichen zivilrechtlichen Implikationen, vgl. etwa nur Art. 82 DSGVO, übergehen.

988 *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 119, sodass es keine „Teil-Verantwortlichkeit“ gibt.

989 Hierzu unter Kapitel 5:C.III.4.d (ab S. 349).

990 Hierzu unter Kapitel 5:D.III.3.a (ab S. 383).

**3. Verarbeitungen im Zusammenhang mit Aufsichtsmaßnahmen und Übermittlungen an Behörden**

Neben Fällen der expliziten oder impliziten Verantwortlichkeitszuweisung<sup>991</sup> kann es vor allem im Zusammenhang mit Aufsichtsmaßnahmen (vgl. Art. 58 DSGVO) zu Verarbeitungen kommen, die (nur) mittelbar gesetzlich veranlasst sind. Der Spielraum (gemeinsam) Verantwortlicher, über Mittel und vor allem Zwecke einer Verarbeitung zu entscheiden, ist angesichts der gesetzlichen Vorgaben geringer als in Fällen ohne jegliche gesetzliche Veranlassung. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob und inwieweit die (gemeinsame) Verantwortlichkeit ebenfalls nach den im Vorherigen genannten Kriterien zu ermitteln ist.

**a. Verarbeitungen im Zusammenhang mit Aufsichtsmaßnahmen (Art. 58 DSGVO)**

Insbesondere Aufsichtsmaßnahmen nach Art. 58 DSGVO können auf Seiten der (gemeinsam) Verantwortlichen Verarbeitungen nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO erfordern.

Die Maßnahmenkataloge in Art. 58 DSGVO enthalten zwar konkrete Maßnahmen mit spezifischen Adressaten.<sup>992</sup> Angesichts des aufsichtsbehördlichen Ermessens<sup>993</sup> kann der Kreis der Adressaten einer Maßnahme im Einzelfall aber weiter eingegrenzt sein. Der Art. 58 DSGVO lässt damit keinen Schluss zu auf die konkret durch Maßnahmen adressierten (gemeinsam) Verantwortlichen und enthält insoweit auch noch keine Regelung der Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO. Anders als der Gesetzgeber ist die Aufsichtsbehörde – auch im Umkehrschluss zu Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO – nicht befugt, durch die Adressierung einer Aufsichtsmaßnahme, wie etwa einer Anweisung (Art. 58 Abs. 2 lit. g DSGVO) als Verwaltungsakt,<sup>994</sup> die Verantwortlichkeiten für eine Verarbeitung festzulegen.

Dementsprechend bleibt es nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO bei der Prüfung der gemeinsamen Verantwortlichkeit nach den tatsächlichen Um-

---

991 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:B (ab S. 103).

992 Kapitel 5:C.III.2 (ab S. 339).

993 Kapitel 5:C.III (ab S. 337).

994 *Eichler*, in: Wolff/Brink, Art. 58 Rn. 25.

ständen.<sup>995</sup> Im Regelfall werden die für die unveränderten Verarbeitungen gemeinsam Verantwortlichen gemeinsam über die Zwecke und Mittel der Verarbeitungen als Reaktion auf Aufsichtsmaßnahmen entscheiden und daher wird auch insoweit eine gemeinsame Verantwortlichkeit bestehen. Soweit aber nur ein Verantwortlicher konkret einer Maßnahme Folge leistet und insoweit nur er Verarbeitungen vornimmt, ist in seltenen Fällen eine separate Verantwortlichkeit denkbar. Die Adressatenstellung aus der Aufsichtsmaßnahme kann insoweit die Verantwortlichkeit – freilich widerlegbar – indizieren.

Für den Fall einer rechtswidrigen Maßnahme<sup>996</sup> seitens der Aufsichtsbehörde stellen sich Folgefragen – unabhängig von der gemeinsamen Verantwortlichkeit. Führt die Ausführung dieser Maßnahme zu selbstständigen Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorgaben, können ein fehlendes Verschulden (vgl. Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. b DSGVO) bzw. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>997</sup> Aufsichtsmaßnahmen mit sanktionierendem Charakter, wie etwa Bußgeldern, entgegenstehen. Mit Blick auf dennoch mögliche Schadensersatzansprüche betroffener Personen nach Art. 82 DSGVO und einen etwaigen Regress bleiben nur Amtshaftungsansprüche im Einzelfall.<sup>998</sup>

b. Datenübermittlungen an Behörden im Rahmen von Untersuchungen im Allgemeinen

Neben Datenschutzaufsichtsmaßnahmen können in weiteren Konstellationen Übermittlungen personenbezogener Daten an andere Behörden zu Untersuchungszwecken notwendig werden. Die Übermittlung durch Verantwortliche und die spiegelbildliche Erhebung durch die Behörde betreffen dieselben Daten und dienen zumindest bei abstrakter Betrachtung einem ähnlichen Zweck. Außerdem können Behörden nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO *expressis verbis* unter den Begriff des Verantwortlichen fal-

---

995 Es kommt mithin erneut auf die Ausführungen im Vorherigen an, d.h. unter Kapitel 4:C (ab S. 112).

996 Die Ausführung einer womöglich rechtswidrigen und nicht-nichtigen Anweisung kann verhindert werden, indem im Rahmen der Möglichkeiten des allgemeinen Verwaltungsrechts gegen die Anweisung als Verwaltungsakt vorgegangen wird.

997 Hierzu unter Kapitel 5:C.III (ab S. 337).

998 Vgl. Frenzel, in: Paal/Pauly, Art. 83 Rn. 27.

len,<sup>999</sup> was auch nicht durch Art. 4 Nr. 9 S. 2 DSGVO ausgeschlossen ist.<sup>1000</sup> Man könnte daher an eine gemeinsame Verantwortlichkeit des Übermittelnden und der Behörde denken.<sup>1001</sup>

aa. Mögliche Konsequenzen

Die Folge wäre, dass die Behörde und der übermittelnde Verantwortliche sich regelmäßig auf Details der im Grunde durch den Gesetzgeber vorgenommenen Pflichtenzuteilung einigen müssten (vgl. Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3 Abs. 2 DSGVO). Die Übermittlung könnte im Einzelfall zudem auch mit der Erhebung zusammen zu betrachten sein,<sup>1002</sup> sodass eine gemeinsame Verantwortlichkeit der Behörde zusammen mit den Übermittelnden für alle wesentlichen Vorgänge denkbar wäre. Dies würde etwa mit Blick auf Art. 26 Abs. 3 DSGVO und Art. 82 Abs. 4 DSGVO zu nicht zu unterschätzenden (Haftungs-)Folgen führen.

bb. Keine gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO

Letztlich verhindert aber eine sorgfältige Auslegung und Anwendung der Merkmale aus Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO die Annahme einer (vermeintlichen) gemeinsamen Verantwortlichkeit der übermittelnden und der empfangenden Behörde.

Denn der Zweck der Durchführung der Untersuchung bzw. Aufsicht auf Seiten der Behörde wird schon nicht durch die Behörde, sondern durch den Gesetzgeber festgelegt. Auf Seiten des Übermittelnden steht eine rechtliche Verpflichtung zur Übermittlung und dem Nachkommen

---

999 Unabhängig von den Einschränkungen der Anwendbarkeit der DSGVO (Art. 2 Abs. 2 lit. d, Abs. 3 DSGVO) mit Blick auf den Bereich Justiz und Inneres und Verarbeitungen durch Unionsorgane aufgrund der spezielleren Rechtsakte (JI-RL und Verordnung (EU) 2018/1725). Zu dem Zusammenhang von Art. 6 Abs. 1 lit. c und e DSGVO ausführlich *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner*, Art. 6 Rn. 78 m.w.N.

1000 Kapitel 4:A.III (ab S. 101).

1001 Vgl. *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 68.

1002 Vgl. Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117).

dieser Pflicht als eigenständiger Zweck. Die unterschiedlichen Zwecke werden mithin schon nicht gemeinsam festgelegt.<sup>1003</sup>

Die Modalitäten als Mittel der Verarbeitung werden ebenfalls eigenständig festgelegt. Die für die Übermittlung Verantwortlichen entscheiden im Regelfall selbst, wie sie eine gesetzliche Verpflichtung zur Übermittlung und dem dazu notwendigen Vorhalten von Daten umsetzen. Die jeweilige Behörde entscheidet nach der Übermittlung und ab der Erhebung im Rahmen ihrer gesetzlichen Tätigkeiten und beispielsweise im deutschen Recht auch unter Beachtung ihrer Grundrechtsbindung eigenständig, wie sie ihre gesetzlich geregelte Zuständigkeit im Detail umsetzt.

Im Hinblick auf sämtliche Verarbeitungsmodalitäten fehlt es insoweit an einer Gemeinsamkeit. Das einzige Scharnier zwischen den Verarbeitungen ist die – z.B. gesetzlich – vorgeschriebene Übermittlung, wobei keine davon losgelösten Absprachen, vertraglichen Einbettungen oder sonst gemeinsame Datenzugriffe erfolgen. Die vernünftige Erwartung betroffener Personen<sup>1004</sup> führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Zumindest abstrakt muss die betroffene Person mit Übermittlungen an Behörden rechnen. Dass es an einer konkreten Kenntnis fehlt, kann mangels Absprachen oder sonstiger kooperativer Elemente nicht für die Begründung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ausreichen.

#### cc. Zwischenergebnis

Im Einklang mit dem *EDPB* ist in derartigen Fällen daher eine gemeinsame Verantwortlichkeit abzulehnen.<sup>1005</sup> Angesichts der klar abgegrenzten Verantwortungsbereiche endet auch eine mögliche Beteiligung im Sinne des Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO mit der Übermittlung.<sup>1006</sup>

Parallel zu beurteilen sind im Übrigen Konstellationen der Direktübermittlung (Art. 20 Abs. 2 DSGVO) zwischen zwei (beliebigen) Verantwortlichen, die der gesetzlichen Vorgabe des Art. 20 Abs. 2 DSGVO entsprechen – soweit es über abstrakte Schnittstellen-Einigungen hinaus nicht zu einer Kooperation mit konkreten Absprachen kommt.

---

1003 *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (291).

1004 Kapitel 4:C.III.6.e (ab S. 197).

1005 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 68; s. schon *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 25; *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (400 f.); *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 10 f.; so auch für die Weitergabe an Behörden durch nur einen zuvor gemeinsam Verantwortlichen *Martini*, in: *Paal/Pauly*, Art. 26 Rn. 19a.

1006 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:B.I.1.a (ab S. 293).

**4. Kollision mit anderen Regelungen wie §§ 45 ff. BDSG auf Basis der JI-RL und der VO (EU) 2018/1725**

Die Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit kann nur so weit reichen wie der Anwendungsbereich der DSGVO.<sup>1007</sup> Die DSGVO findet nach Art. 2 Abs. 3 DSGVO keine Anwendung auf Verarbeitungen durch Unionsorgane und nach Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO ebenfalls nicht auf die „Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“.<sup>1008</sup> Für diese Konstellationen hat der europäische Gesetzgeber mit der VO (EU) 2018/1725 bzw. der JI-RL – im deutschen Recht umgesetzt in §§ 45 ff. BDSG – spezielle Regelungen getroffen. Soweit für eine datenschutzrechtliche Zusammenarbeit die Anwendungsbereiche mehrerer Rechtsakte eröffnet sein können, stellt sich die Frage, wie Kollisionen aufzulösen sind. Außerdem könnte insoweit eine gemeinsame Verantwortlichkeit möglich sein, bei der die gemeinsam Verantwortlichen jeweils unterschiedlichen Rechtsakten – z.B. der DSGVO und der JI-RL – und damit im Detail unterschiedlichen Pflichten unterliegen.

Die Frage erlangt dadurch besondere Relevanz, dass sowohl die JI-RL als auch die VO (EU) 2018/1725 die Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit kennen. Diese Rechtsfigur ist in Art. 3 Nr. 8 Hs. 1 Alt. 2, Art. 28 VO (EU) 2018/1725 bzw. in Art. 3 Nr. 8 Hs. 1 Alt. 2, Art. 21 JI-RL normiert. Auch im Übrigen ähneln beide Rechtsakte in ihrer Systematik und grundlegenden Pflichten der DSGVO. So gibt Erwägungsgrund 5 der VO (EU) 2018/1725 etwa ausdrücklich eine einheitliche Auslegung der in DSGVO und VO (EU) 2018/1725 verwendeten Begriffe vor.

**a. Rechtsaktübergreifende gemeinsame Verantwortlichkeit aus Sicht der DSGVO**

Betrachtet man im Ausgangspunkt den Wortlaut des Art. 4 Nr. 7 DSGVO, so verlangt dieser ähnlich den Art. 3 Nr. 8 VO (EU) 2018/1725 und Art. 3

---

1007 Vgl. aber schon zur Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs einem gemeinsam Verantwortlichen gegenüber mit Wirkung für alle unter Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

1008 Hierzu auch schon unter Kapitel 4:C.III.2.c.aa (ab S. 164).

Nr. 8 JI-RL (EU) 2016/680 nur eine Entscheidung „allein oder gemeinsam mit *anderen*“. Daraus lässt sich nicht zwingend ableiten, dass „*andere*“ ebenfalls Verantwortliche im Sinne des jeweiligen Gesetzgebungsakts sein müssen. Die Definition des Verantwortlichen in Art. 4 Nr. 7 DSGVO schließt auch nicht explizit einzelne Stellen aus, wie etwa Unionsorgane (vgl. Art. 3 Nr. 8 VO (EU) 2018/1725). Unionsorgane werden stattdessen über den persönlichen Anwendungsbereich nach Art. 2 Abs. 3 DSGVO ausgeschlossen. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO selbst nimmt ebenfalls keine weiteren Einschränkungen vor, sondern verweist lediglich auf die Definition, indem es sich um „zwei oder mehr Verantwortliche“ handeln muss. Die rechtsaktübergreifende gemeinsame Verantwortlichkeit wird allerdings auch nicht explizit geregelt. Die DSGVO scheint sich daher neutral zu einer rechtsaktübergreifenden gemeinsamen Verantwortlichkeit zu verhalten. Selbst wenn man die Einschränkungen nach dem Anwendungsbereich (Art. 2 DSGVO) in den Begriff des Verantwortlichen hineinliest und damit eine rechtsaktübergreifende Verantwortlichkeit aus Sicht der DSGVO ablehnt, ist durch die gleichrangigen, anderen Sekundärrechtsakte JI-RL und VO (EU) 2018/1725 eine Modifikation möglich.

b. Rechtsaktübergreifende gemeinsame Verantwortlichkeit zwischen DSGVO und VO (EU) 2018/1725

Eine solche Modifikation zugunsten einer rechtsaktübergreifenden gemeinsamen Verantwortlichkeit geht von Art. 28 Abs. 1 S. 1 VO (EU) 2018/1725 aus. Nach ihrem Wortlaut setzt die Norm nämlich nur voraus, dass „zwei oder mehr Verantwortliche oder ein *oder mehrere* Verantwortliche zusammen mit einem *oder mehreren* Verantwortlichen, die nicht Organe oder Einrichtungen der Union sind“ (Hervorhebung durch den Verf.) gemeinsam die Zwecke und Mittel der Verarbeitung festlegen. Soweit Verantwortliche nicht Organe oder Einrichtungen der Union sind, sind sie nach Art. 3 Nr. 8 VO (EU) 2018/1725 keine Verantwortlichen im Sinne der VO (EU) 2018/1725. Dementsprechend nimmt die VO (EU) 2018/1725 stattdessen Bezug auf (datenschutzrechtlich) Verantwortliche im Übrigen, namentlich nach der DSGVO.

Dadurch, dass Art. 28 VO (EU) 2018/1725 eine solche rechtsaktübergreifende gemeinsame Verantwortlichkeit festlegt, wird zugleich die DSGVO dahingehend modifiziert, eine solche ebenfalls zuzulassen. Andernfalls wäre ein (gemeinsam) Verantwortlicher, der mit einem oder mehreren Unionsorgan(en) zusammenarbeitet, nach Art. 26 DSGVO nicht gemeinsam

verantwortlich, da nur ein Verantwortlicher nach der DSGVO vorliegt und die VO (EU) 2018/1725 in persönlich-sachlicher<sup>1009</sup> Hinsicht nicht auf ihn anwendbar ist. Die Pflichten für gemeinsam Verantwortliche würden in dem Fall nur die Unionsorgane treffen. Dieses Ergebnis kann mit Blick auf das Ziel eines „einheitliche[n] und kohärente[n] Schutz[es] natürlicher Personen bei der Verarbeitung“ auch bei der Verarbeitung durch EU-Organe (Art. 98 DSGVO und Erwägungsgrund 17 DSGVO) und die dann fehlende Wirkkraft des Art. 28 VO (EU) 2018/1725 nicht überzeugen.<sup>1010</sup> Stattdessen ist Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO aufgrund der Modifikation so auszulegen, dass er auch Verantwortliche im Sinne der VO (EU) 2018/1725 umfasst. Freilich finden die Vorschriften der DSGVO weiterhin nicht unmittelbar auf das Unionsorgan Anwendung (Art. 2 Abs. 3 DSGVO).

Eine solche rechtsaktübergreifende Verantwortlichkeit mit Klarheit über die für jede Partei anzuwendenden Pflichten ist zwischen DSGVO und VO (EU) 2018/1725 ohne Weiteres denkbar. Die Abgrenzung erfolgt hier nicht anhand des Zwecks – und damit vor allem bezogen auf einzelne Verarbeitungsaktivitäten wie zwischen JI-RL und DSGVO –, sondern nach Art. 3 Abs. 3 DSGVO, Art. 2 Abs. 1 VO (EU) 2018/1725 anhand der involvierten Beteiligten. Nur Unionsorgane kommen als Verantwortliche nach Art. 3 Nr. 8 VO (EU) 2018/1725 in Betracht. Bei einer solchen Zusammenarbeit, zu der der *EDSB* nur im Ausnahmefall rät,<sup>1011</sup> sind bei einer gemeinsamen Festlegung von Zwecken und Mitteln durch EU-Organe und Nicht-EU-Organe für erstere die Vorgaben des Art. 28 VO (EU) 2018/1725 und für letztere die materiell identischen Vorgaben des Art. 26 DSGVO zu beachten.

c. Rechtsaktübergreifende gemeinsame Verantwortlichkeit zwischen DSGVO und JI-RL

Die rechtsaktübergreifende Verantwortlichkeit zwischen JI-RL und DSGVO könnte abweichend zu beurteilen sein.<sup>1012</sup> Art. 21 Abs. 1 S. 1 JI-RL setzt nämlich wie die DSGVO voraus, dass es sich um „zwei oder mehr Verantwortliche“ – mithin insoweit Verantwortliche im Sinne der

---

1009 Da Art. 2 Abs. 3 DSGVO an die *Verarbeitung* durch Unionsorgane anknüpft, wird hier nicht von einer Anforderung rein des persönlichen Anwendungsbereichs ausgegangen.

1010 So wohl auch *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 25.

1011 *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 25.

1012 Hierzu schon ausführlich *Radtke*, JIPITEC 11 (2020), 242 (249 f.).

JI-RL – handeln muss. Anders als unter der DSGVO kommen nach Art. 3 Nr. 8, 7 JI-RL nur ausgewählte Stellen und vor allem Behörden als Verantwortliche in Betracht, soweit diese in „Ausübung öffentlicher Gewalt und hoheitlicher Befugnisse zur Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder zur Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ tätig werden. Der Verantwortlichen-Begriff und damit auch Art. 21 Abs. 1 S. 1 JI-RL schließen insoweit schon *per definitionem* Stellen aus, die nicht in den Anwendungsbereich der JI-RL, sondern den der DSGVO fallen (vgl. Art. 1, 2 JI-RL, Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO). Anders als die DSGVO verhält sich die JI-RL nicht neutral zur rechtsaktübergreifenden gemeinsamen Verantwortlichkeit, sondern schließt eine solche rechtsaktübergreifende gemeinsame Verantwortlichkeit aus.

Diese Differenzierung erfolgt nicht ohne Grund, sondern findet eine Stütze in der Gesetzesystematik der DSGVO und JI-RL. Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von DSGVO und JI-RL erfolgt schließlich nicht anhand der beteiligten Stellen – wie etwa mit Blick auf die VO (EU) 2018/1725 –, sondern aufgrund der verfolgten Zwecke (vgl. Art. 1, 2 JI-RL, Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO). Da die Zweck-Nähe ein Kriterium für eine gemeinsame Verantwortlichkeit ist,<sup>1013</sup> erscheint aufgrund der unterschiedlichen Zwecke ohnehin eine rechtsaktübergreifende gemeinsame Verantwortlichkeit unwahrscheinlich. Das gilt umso mehr, als die Stellen unter der JI-RL in klaren, gesetzlich vorgegebenen Entscheidungsbereichen agieren und insoweit kein Einfluss von anderen Stellen außerhalb der JI-RL genommen werden kann und soll.<sup>1014</sup> Das ist angesichts des grundrechtssensiblen Bereichs der Datenverarbeitungen unter der JI-RL – sprich der Strafverfolgung – nur plausibel.<sup>1015</sup>

Es ist lediglich denkbar, dass eine Verantwortlichkeit unter der JI-RL nahtlos in eine Verantwortlichkeit unter der DSGVO übergeht, wie etwa bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu statistischen Zwecken (vgl. Art. 9 Abs. 2 JI-RL). Eine dann folgende Zusammenarbeit unter der DSGVO könnte zu einer gemeinsamen Verantwortlichkeit nach Art. 26 DSGVO führen, wie etwa bei einer Zusammenarbeit zu statistischen Zwecken mit einer anderen Stelle – z.B. dem Bundeskriminalamt und den Landeskriminalämtern für die Erstellung der polizeilichen Kri-

---

1013 Kapitel 4:C.III.6.c (ab S. 189).

1014 Vgl. Kapitel 4:C.IV.3 (ab S. 206).

1015 Vgl. auch Radtke, JIPITEC 11 (2020), 242 (Rn. 34).

minalstatistik (PKS).<sup>1016</sup> Die Anwendungsbereiche von DSGVO und JI-RL wären in diesem Fall allerdings klar getrennt. Für die exakt gleichen Verarbeitungsvorgänge würde es weiterhin nicht zu einer parallelen Anwendbarkeit von Art. 21 JI-RL, Art. 26 DSGVO kommen.<sup>1017</sup>

## V. Fallgruppen und Beispiele gemeinsamer Verantwortlichkeit

Die gemeinsame Verantwortlichkeit kann in diversen Fallkonstellationen relevant werden.

### 1. Gemeinsame Projekte

Das Musterbeispiel gemeinsamer Verantwortlichkeit sind gemeinsam verwaltete Plattformen, Datenbanken und Projekte.<sup>1018</sup> Jede beteiligte Partei hat ein Eigeninteresse und nimmt Einfluss auf die sogar gemeinsamen Zwecke und wirkt gleichberechtigt mit, wenn es um Mittel geht, wie etwa die angesprochenen betroffenen Personen, die Arten der verarbeiteten personenbezogenen Daten und den Einsatz der Software. Dabei finden enge Absprachen statt, regelmäßig im Rahmen einer vertraglichen Beziehung, und die Daten-Nähe ist gleichmäßig verteilt.

#### a. Gemeinsame Plattformen und Forschungscooperationen

In dem Zusammenhang ist etwa an das Beispiel des *EDPB* einer durch ein Reisebüro, eine Hotelkette und eine Fluggesellschaft gemeinsam betriebenen Reisebuchungsplattform zu denken.<sup>1019</sup> Genauso ist auch eine

---

1016 [https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks\\_node.html](https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html).

1017 So schon *Radtke*, JIPITEC 11 (2020), 242 (Rn. 33); vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 70.

1018 Ähnlich auch *Kremer*, in: *Laue/Kremer*, § 2, Rn. 56. Vgl. auch Erwägungsgrund 92 DSGVO.

1019 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 24.

gemeinsame Buchung anderer Leistungen denkbar, wie etwa Babysitter-Leistungen und DVD-Vermietungen.<sup>1020</sup>

Ebenso können gleichberechtigte Forschungscooperationen in diese Fallgruppe fallen,<sup>1021</sup> wobei die Unabhängigkeit der jeweiligen Projektpartner zu einer getrennten Verantwortlichkeit in Bezug auf die jeweiligen Forschungsanteile und Datenverarbeitungen in diesem Zusammenhang führen kann. Entsprechendes gilt für gemeinsam verwaltete Datenbanken, bei denen statt einer gemeinsamen<sup>1022</sup> ausnahmsweise eine separate Verantwortlichkeit vorliegen kann, wenn die Beteiligten gänzlich unabhängig voneinander handeln und klar abgegrenzte Zuständigkeitsbereiche vorliegen.<sup>1023</sup>

Elster, das gemeinsame Portal zur Verwaltung und Übermittlung (elektronischer) Steuererklärungen in Deutschland, kommt ebenfalls als Beispiel einer gemeinsam verwalteten Plattform in Betracht.<sup>1024</sup> Zwar soll jeweils nur ein Finanzamt zuständig sein und insoweit dem einheitlichen Elster-Dienstleister Weisungen erteilen.<sup>1025</sup> Es kann aber zu einer Zusammenarbeit und Übermittlungen zwischen den Finanzämtern im Hinblick auf konkrete Datenverarbeitungen kommen, wie etwa beim Zuständigkeitswechsel nach Umzügen. Insoweit können rückwirkend die Verarbeitungen eines Finanzamts für ein anderes Finanzamt durchgeführt worden sein, das die durch das ursprünglich zuständige Finanzamt verarbeiteten Daten ab dem Zuständigkeitswechsel nun ebenfalls berücksichtigt. Die ansonsten klar definierten Zuständigkeitsbereiche der Finanzämter können insoweit verblassen und Raum für eine gemeinsame Verantwortlichkeit lassen.

---

1020 Vgl. [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en).

1021 *Colcelli*, ECLIC 2019, 1030 (1031, 1036–1037); s. hierzu auch *Schwartzmann*, OdW 2020, 77 (80 ff.); diff. bzgl. klinischer Studien *Hiller*, PharmR 2020, 589 (593).

1022 Zu gemeinsamen Datenpools wie der Schufa *Kremer*, in: *Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann*, Art. 26 Rn. 96; zu SWIFT *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 128, S. 16.

1023 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66, 69; *Arning/Rothkegel*, in: *Taeger/Gabel*, Art. 4 Rn. 181.

1024 *Schild*, in: *Wolff/Brink*, Art. 4 Rn. 91a.

1025 Vgl. die Datenschutz-Erklärung unter <https://www.elster.de>.

b. Gemeinsam eingerichtete Kontrollstellen

Teilweise besteht die Möglichkeit, Kontrollstellen gemeinsam einzurichten, wie etwa einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten (Art. 37 Abs. 3 DSGVO) oder eine Whistleblower-Stelle für alle Unternehmen einer Unternehmensgruppe. Unabhängig von der Einordnung dieser Stelle<sup>1026</sup> sind die Beauftragenden nicht bereits aufgrund der gemeinsamen Einrichtung gemeinsam Verantwortliche für sämtliche Verarbeitungsaktivitäten dieser Stelle. Jede beauftragende Stelle kann nämlich unabhängig von den übrigen, beauftragenden Stellen und ohne etwaige Absprachen die (eingeschränkte)<sup>1027</sup> Kontrolle über die benannte Stelle und die durch diese durchgeführten Verarbeitungsaktivitäten ausüben. Nur soweit eine Kontrolltätigkeit im untrennbaren Zusammenhang mit den Verarbeitungen mehrerer beauftragender Stellen steht oder soweit die Verarbeitungen eine gemeinsame Beurteilung im Einzelfall erfordern, können die Beauftragenden aufgrund dieser Absprachen und gleichmäßig verteilten Daten-Nähe sowie Kontrollbefugnissen gemeinsam Verantwortliche sein.

c. Arbeitsteilig koordinierte (Vereins-)Aktivitäten

Arbeitsteilig koordinierte Aktivitäten durch Vereine oder andere Organisationen weisen Besonderheiten auf, die ebenfalls zu einer gemeinsamen Verantwortlichkeit führen können.

Insoweit bietet sich eine Betrachtung des Falls der *Zeugen Jehovas* an,<sup>1028</sup> gleichwohl vorbehaltlich der Nachprüfung durch das vorlegende Gericht nach dem *EuGH*,<sup>1029</sup> der parallel zu Wahlkampf-Helfern von Parteien zu beurteilen ist.<sup>1030</sup> Die Mitglieder, die von Tür zu Tür gehen, und eigenständig Notizen anfertigen, legen insoweit selbst Zwecke – wie die Optimierung der Verkündungstätigkeit – und Mittel – wie die Daten-Arten, die Form der Notizen und die Personen zu denen Notizen angefertigt werden – fest. Die Gemeinschaft ist mangels Datenzugriff nicht alleinige Verant-

---

1026 Vgl. Kapitel 4:A.II (ab S. 99).

1027 Kapitel 4:C.II.2.a.cc(2) (ab S. 140).

1028 *EuGH*, NJW 2019, 285 – Zeugen Jehovas. Hierzu ausführlich unter Kapitel 2:B.II (ab S. 53).

1029 *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 73) – Zeugen Jehovas. Vgl. hierzu später seitens der finnischen Gerichte <https://www.kho.fi/fi/index/paatokset/vuosikirjapaatokset/1544713421030.html>.

1030 Hierzu ausführlich *Radtke*, K&R 2020, 479 (482 ff.).

wortliche. Aufgrund der Koordination und Absprachen diesbezüglich mit den Mitgliedern,<sup>1031</sup> der Ermunterung, der Daten-Nähe durch das Beisteuern von sog. Verbotslisten, dem einheitlichen Auftreten gegenüber der betroffenen Person sowie der Zweck-Ähnlichkeit – wie sie typischerweise auch bei Vereinen und ihren ehrenamtlich tätigen Mitgliedern vorliegt – treffen die Gemeinschaft und das jeweilige Mitglied die Festlegungen gemeinsam.<sup>1032</sup>

## 2. Intransparente Übermittlungen

Nicht jede Übermittlung geht *per se* mit einer gemeinsamen Verantwortlichkeit beider Akteure einher.<sup>1033</sup> Angesichts der Bedeutung der vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen und der Transparenz für das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit<sup>1034</sup> sowie der Optimalverteilung der Daten-Nähe bei Übermittlungen kann aber eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegen, wenn die betroffene Person nicht mit der Übermittlung rechnen muss. Voraussetzung ist dabei stets ein Mindestmaß an Absprachen,<sup>1035</sup> wie es beispielsweise in Form von standardisierten Prozessen wie einer Registrierung oder der Bereitstellung eines einzubindenden Skripts erfolgen kann.

Dementsprechend ist neben dem „Like“-Button<sup>1036</sup> und anderen Social Plugins von Twitter, Instagram usw. an weitere im Internet eingebundene Skripte zu denken, wie etwa an Google Fonts und Google Analytics,<sup>1037</sup> JetPack von Wordpress.com,<sup>1038</sup> Heatmap- und andere (externe) Website-

---

1031 Hierzu auch schon unter Kapitel 4:C.III.6.b.aa (ab S. 186).

1032 Zu Konsequenzen im Hinblick auf die Haftung von Mitgliedern unter Kapitel 5:D.III.3.c (ab S. 386).

1033 *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (400 f.); *Söbbing*, ITRB 2020, 218 (221). S. schon unter Kapitel 4:C.III.5.a (ab S. 178) sowie zu Übermittlungen an Behörden im Rahmen von Untersuchungsaufträgen unter Kapitel 4:C.IV.3.b.bb (ab S. 208).

1034 Kapitel 4:C.III.6.e (ab S. 197).

1035 Kapitel 4:C.III.6.b (ab S. 185).

1036 *EuGH*, NJW 2019, 2755 – Fashion ID.

1037 *DSK*, Google Analytics, S. 3; *LG Rostock*, Urt. v. 15.09.2020 – 3 O 762/19 (juris); *Pytel*, ITRB 2021, 43 (45 f.).

1038 <https://wordpress.org/plugins/jetpack/>.

Analyse-Tools,<sup>1039</sup> Google ReCaptcha<sup>1040</sup> und andere externe Captchas.<sup>1041</sup> Skripte, die zur Darstellung von Werbung auf Websites eingebunden werden, wie etwa Google AdSense oder andere eingebettete Werbeskripte, fallen ebenfalls hierunter und zeichnen sich durch eine besonders enge Kooperation (z.B. zahlreiche Einstellmöglichkeiten für Website-Betreiber, wie etwa sog. Blacklists) und die Beteiligung weiterer Akteure aus.<sup>1042</sup> Intransparente Übermittlungen können auch in anderen Konstellationen relevant werden, man denke insoweit etwa an das Headhunter-Beispiel<sup>1043</sup> des *EDPB*.<sup>1044</sup>

Die vernünftige Erwartung kann durch die Bereitstellung von Informationen und die Möglichkeit zur Einflussnahme durch betroffene Personen beeinflusst werden, sodass gegebenenfalls keine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt.<sup>1045</sup> Die aufgrund der ePrivacy-RL<sup>1046</sup> und der Klarstellung durch den *EuGH*<sup>1047</sup> auf immer mehr Webseiten integrierten sog. Cookie-Banner und 2-Klick-Lösungen<sup>1048</sup> zur Einholung von Einwilligungen bzw. Zustimmungen<sup>1049</sup> ermöglichen eine solche Beteiligung des Nutzers. Abhängig von der Ausgestaltung und vor allem davon, ob der Nutzer bei dem Cookie-Banner auf einen Blick erkennt, dass er in die Einbettung konkreter Plugins (z.B. Social Plugins) einwilligt, hat er (objektiviert) eine

---

1039 Diese Analyse-Tools kennzeichnen beispielsweise besonders oft „geklickte“ Bereiche auf einer Website. Daneben kommen Tools in Betracht, die etwa eine Video-Datei des konkreten Besuchsverlaufs eines Website-Besuchers bereitstellen.

1040 <https://www.google.com/recaptcha/about/>.

1041 Vgl. schon *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 52; so wohl auch *Solmecke*, BB 2019, 2001.

1042 *Däubler*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, Art. 26 Rn. 5; ausführlich zu den verschiedenen Formen Behavioural Targetings und gemeinsamer Verantwortlichkeit *EDPB*, Guidelines 8/2020, S. 13 ff.

1043 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 66; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 23.

1044 Hierzu unter Kapitel 4:C.III.6.e.cc (ab S. 201).

1045 A.A. ohne nähere Begründung, *GDD*, Praxishilfe XV, S. 20.

1046 Vgl. zum Stand der ePrivacy-Verordnung etwa unter <https://cms.law/de/deu/in-sight/e-privacy>.

1047 *EuGH*, MMR 2019, 732 – *Planet49*.

1048 Die Einbindung des externen Plugins erfolgt dabei erst nach Klick auf einen weiteren Button. Zu dieser Lösung etwa *Lachenmann*, in: *Koreng/Lachenmann*, F. I. 6., Rn. 2; und zur rechtlichen Einordnung dieser *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 235 m.W.N.

1049 D.h. es ist, abgesehen von Cookies, nicht immer eine Einwilligung im technischen Sinne erforderlich. Darauf weist *Lachenmann*, in: *Koreng/Lachenmann*, F. I. 6., Rn. 2 zurecht hin.

vernünftige Erwartung, eine solche Verarbeitung werde stattfinden. Eine gemeinsame Verantwortlichkeit liegt erst recht nicht vor, wenn lediglich ein als solcher erkennbarer Link – etwa bei Social Plugins im Rahmen der sog. Shariff-Lösung – auf eine externe Website gesetzt wird.<sup>1050</sup> Übertragen auf (teil-)analoge Sachverhalte bedeutet dies: Bei separat zur Verfügung gestellten Formularen, die Übermittlungen durch die betroffene Person „absegnen“, kann ebenfalls eine vernünftige Erwartung der betroffenen Person der gemeinsamen Verantwortlichkeit entgegenstehen.

Im Einzelfall kann die vernünftige Erwartung auch ohne konkrete Information der betroffenen Personen gegen eine gemeinsame Verantwortlichkeit sprechen. Der *EuGH* hat zwar die Möglichkeit einer gemeinsamen Verantwortlichkeit des Suchmaschinen-Betreibers und eines Website-Betreibers angedeutet.<sup>1051</sup> Allerdings dürfte zumindest die berechtigte Erwartung von Nutzern dahin gehen, dass auf einer Website eingestellte Informationen unverändert durch Suchmaschinen übernommen werden.

### 3. Profile auf Internetplattformen

Die Nutzung von fremd verwalteten (Internet-)Plattformen, auf denen die Kommunikation durch Einstellen eigener Inhalte<sup>1052</sup> ermöglicht wird, lässt sich ebenfalls als eine Fallgruppe zusammenfassen.

Im Facebook-Fanpage-Beispiel<sup>1053</sup> legt *Facebook* mit der – für Fanpage-Betreiber größtenteils unabdingbaren<sup>1054</sup> – Gestaltung der eigenen Plattform maßgeblich die Zwecke fest, wie etwa die Verbesserung des eigenen Werbesystems, aber auch die Mittel, wie etwa die konkrete Ausgestaltung der Website mit entsprechenden Funktionen und Implikationen für die verarbeiteten Arten personenbezogener Daten. Der Fanpage-Betreiber kommt mangels Datenzugriff nicht als getrennt Verantwortlicher in

---

1050 *Föhlich/Pilous*, MMR 2015, 631 (636); zu der Shariff-Lösung etwa *Lachenmann*, in: *Koreng/Lachenmann*, F. I. 6., Rn. 2; *Berger*, <https://www.heise.de/ct/ausgabe/2014-26-Social-Media-Buttons-datenschutzkonform-nutzen-2463330.html>.

1051 *EuGH*, NJW 2014, 2257 (Rn. 40) – *Google Spain*.

1052 Zu möglichen Einschränkungen aufgrund des Provider-Privilegs unter Kapitel 5:B.I.3 (ab S. 312).

1053 *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie. Hierzu ausführlich unter Kapitel 2:B.I (ab S. 49).

1054 Vgl. schon *C. Hoffmann/S. E. Schulz/Brackmann*, in: *Schliesky/Schulz*, 163 (182 f.) S. allgemein Kapitel 4:C.II.2.b.aa(3) (ab S. 149).

Betracht.<sup>1055</sup> Mit der Einrichtung seiner Fanpage auf Basis einer vertraglichen Beziehung konkretisiert er die Datenverarbeitungen, indem eigene Zwecke hinzukommen.<sup>1056</sup> Darüber hinaus nimmt er eine Parametrierung durch entsprechende Einstellungen oder seine Inhalte<sup>1057</sup> vor und nimmt so entscheidenden Einfluss auf Mittel der Datenverarbeitung. Die jeweils verfolgten Zwecke ähneln sich durch den von *Facebook* bereitgestellten Funktionsrahmen. Sowohl *Facebook* als auch der Fanpage-Betreiber steuern personenbezogene Daten über Nutzer-Vorkenntnisse bzw. Inhalte und Interaktionen bei und profitieren durch personalisierte bzw. aggregierte, statistische Erkenntnisse. Insoweit liegt trotz der Erkennbarkeit für die betroffene Person<sup>1058</sup> eine gemeinsame Verantwortlichkeit vor. Diese „untrennbare“<sup>1059</sup> Arbeitsteilung führt zur Gemeinsamkeit der Festlegungen.

Entsprechendes gilt für Profile – und Werbeanzeigen<sup>1060</sup> – auf weiteren sozialen Netzwerken,<sup>1061</sup> wie etwa Twitter,<sup>1062</sup> Youtube, LinkedIn<sup>1063</sup> und Pinterest, sowie sonstigen Plattformen, wie etwa Amazon, eBay<sup>1064</sup> sowie App-Profil-Seiten auf sog. App Stores.<sup>1065</sup> So kennt etwa auch Twitter öffentlich zugängliche Profile, bei deren Besuch Datenverarbeitungen zu auch von Twitter festgelegten Zwecken erfolgen.<sup>1066</sup> Neben den Statistiken

---

1055 Vgl. Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

1056 So auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 62.

1057 Kapitel 4:C.II.1.b.bb(2)(b) (ab S. 127).

1058 *Hartung*, in: *Kühling/Buchner*, Art. 26 Rn. 43.

1059 *Moos/Rothkegel*, MMR 2018, 596 (599); *Karg*, ZD 2014, 54 (56); *Weichert*, ZD 2014, 605 (607); *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 53. Zu diesem Kriterium schon unter Kapitel 4:C.III.6.a (ab S. 183).

1060 Hierzu ausführlich *Radtke*, K&R 2020, 479 (480 ff.); und schon *Kolany-Raiser/Radtke*, in: *Hoeren*, 83 (99); vgl. jüngst auch *EDPB*, Guidelines 8/2020, S. 13 ff.; *Baumgartner/Hansch*, ZD 2020, 435 (438); zu diversen Fallgruppen im Zusammenhang mit einer Profilbildung *R. Hoffmann*, Profilbildung, S. 234 ff. Zu Facebook Custom Audience und Lookalike Audience s. schon unter Kapitel 4:C.III.6.d.cc (ab S. 196).

1061 Zur Nutzung der sozialen Netzwerke im beruflichen Kontext *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (145); *Wagner*, ZD 2018, 307 (310).

1062 Offen gelassen bei *Piltz*, DSB 2020, 30.

1063 *Bock*, K&R 2019, Beilage 1 zu Heft 7/8, 30 (33).

1064 *Weichert*, ZD 2014, 605 (606) wobei ggf. entsprechend der dem Profilbetreiber gelassenen Spielräume zu differenzieren sein kann, vgl. schon *Jandt/Roßnagel*, ZD 2011, 160 (160 f.).

1065 *Weichert*, DANA 2019, 4 (4); *Veil*, in: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, Art. 26 Rn. 2; a.A. wohl *Lachenmann*, in: *Koreng/Lachenmann*, F. I. 2.; vgl. auch *R. Hoffmann*, Profilbildung, S. 237.

1066 A.A. etwa bzgl. gemeinsamer Verantwortlichkeit von Twitter und Twitter-Seiten-Inhaber *Stadler*, <http://www.internet-law.de/2020/01/kann-man-noch-d>

über die Anzahl der Tweet-Aufrufe kann ein Verlauf der Aufrufe und Interaktionen durch die Aktivierung von Twitter Analytics<sup>1067</sup> erstellt und abgerufen werden. Wenn der Betreiber der Internetpräsenz nicht wie im Fanpage-Fall Zugriff auf anonymisierte Statistiken erhält oder die Präsenz nicht öffentlich zugänglich ist, wirkt sich diese geringere Daten-Nähe bzw. der geringere Einfluss auf den Kreis betroffener Personen zwar auf den Grad der Verantwortlichkeit aus, muss aber nicht zwangsläufig der Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit entgegenstehen. Insbesondere erhält der Betreiber eines solchen Accounts zumindest über Interaktionen, wie etwa das „Teilen“ von Inhalten oder Kommentare, in jedem Fall Informationen über angemeldete Nutzer und konkretisiert weiterhin im Rahmen des Netzwerk die Kategorien betroffener Personen durch seine Inhalte.

#### 4. Outsourcing bei maßgeblichem Einfluss des Dienstleisters

Das Outsourcing von einzelnen Tätigkeiten wird in der Praxis oft als Auftragsverarbeitung (Art. 28 DSGVO) realisiert.

Soweit tatsächlich eine strikt weisungsgebundene Tätigkeit vorliegt, ist dies möglich, wie etwa bei Scan-Dienstleistungen,<sup>1068</sup> dem Schreibbüro oder dem Aktenvernichter.<sup>1069</sup> Werden hingegen für den Beauftragenden unabdingbar Verarbeitungen durchgeführt, die nicht für die eigentliche Vertrags- bzw. Auftragserfüllung erforderlich sind,<sup>1070</sup> trifft der Auftragsverarbeiter regelmäßig eigene Festlegungen im Hinblick auf Zwecke und Mittel der Verarbeitungen und kommt als (gemeinsam) Verantwortlicher in Betracht. Der (vermeintliche) Auftragsverarbeiter wird in diesem Fall meist mit personenbezogenen Daten arbeiten, die auch vom Beauftragenden bereitgestellt werden, und von dessen Verarbeitungsergebnissen sowohl Beauftragender als auch (vermeintlicher) Auftragsverarbeiter profi-

---

atenschutzkonform-twitttern.html; und auch, angesichts einer fehlenden Parametrierung, *Schutt*, AnwZert ITR 5/2020 Anm. 3; wohl wie hier hingegen *Bußmann-Welsch*, AnwZert ITR 12/2020 Anm. 2.

1067 <https://analytics.twitter.com/about>.

1068 *Jandt/Nebel*, NJW 2013, 1570 (1573).

1069 *Härtig*, ITRB 2018, 167 (168); *Härtig/Gössling*, NJW 2018, 2523 (2525).

1070 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.II.2.b.aa(3) (ab S. 149).

tieren,<sup>1071</sup> sodass die Daten-Nähe gleichmäßig verteilt ist.<sup>1072</sup> Absprachen zwischen beiden Parteien haben ebenfalls stattgefunden. Abhängig davon, inwieweit diese noch auf ein Weisungsverhältnis gerichtet sind oder aber von vornherein angesichts der Bedeutung für den (vermeintlichen) Auftragsverarbeiter die gleichberechtigte Festlegung zumindest berücksichtigen, kann eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegen.

Eine gemeinsame Verantwortlichkeit kann insoweit nicht nur im Hinblick auf den Einsatz von Google Analytics angedacht werden,<sup>1073</sup> sondern auch – mit verbleibenden Unklarheiten nach Updates<sup>1074</sup> – hinsichtlich der Verwendung des Videokonferenz-Tools Zoom<sup>1075</sup> oder anderen Tools, die Diagnose- und Nutzungsdaten zur Optimierung der eigenen Produkte auswerten.<sup>1076</sup>

Die klassische Webhosting-Dienstleistung ist hingegen als Auftragsverarbeitung einzuordnen.<sup>1077</sup> Genauso wie auf dem eigenen Server zu installierende Software, die dem Installierenden die nahezu vollständige Kontrolle über die Datenverarbeitungen ermöglicht, wie etwa Matomo für Web Analytics, nicht zu einer gemeinsamen Verantwortlichkeit führt.<sup>1078</sup> Bei Cloud-Dienstleistungen ist entsprechend der dargelegten Kriterien zu differenzieren.<sup>1079</sup> Der Anbieter *Cloudflare* beispielsweise, der quasi als vor-

---

1071 Die etwaige Anonymisierung der Daten steht dem nicht entgegen, vgl. Kapitel 4:C.III.6.d.bb (ab S. 194).

1072 Dazu könnte etwa Ziff. 2.3, obgleich auf dem Stand vor den entsprechenden *EuGH-Urteilen*, in Moos, in: Moos, § 9 führen.

1073 DSK, Google Analytics, S. 3 Es ist aber die Möglichkeit zum Einsatz eines Cookie-Banners zu beachten, hierzu unter Kapitel 4:C.V.2 (ab S. 217).

1074 <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/warnung-des-lfdi-wurde-geh-oert-zoom-bessert-nach/>.

1075 A.A. Schwartmann/Mühlenbeck, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 4 Nr. 7 Rn. 168; John/Wellmann, DuD 2020, 506 (508).

1076 Kremer, CR 2019, 225 (Rn. 60); vgl. auch F. Niemann/Kevekordes, CR 2020, 179 (Rn. 28); *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 79; nicht fernliegend nach *GDD*, Praxishilfe XV, S. 8.

1077 S. das Beispiel bei *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38; *Härtung*, ITRB 2018, 167 (168); Marosi, <http://www.juwiss.de/87-2017/>.

1078 Kremer, CR 2019, 676 (Rn. 30 f.). Hierzu auch schon unter Kapitel 4:C.II.2.a.dd (ab S. 141).

1079 Vgl. auch Hofmann, ZD-Aktuell 2017, 5488; zu IT-Dienstleistern im Fall von Online-Geschäftsstellen im Versicherungskontext als gemeinsam Verantwortliche Völkel, PinG 2018, 189 (191); zu der Differenzierung in Abhängigkeit vom Cloud-Angebot Kroschwitz, ZD 2013, 388 (390 f.); und auch Kremer, CR 2019, 225 (Rn. 28 ff.); auch nach *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 82 als Auftragsverarbeitung realisierbar.

geschalteter Webhoster<sup>1080</sup> zusätzlich eine Firewall bereitstellt, kann im Hinblick auf die weisungsgebundene Auslieferung von Inhalten noch als Auftragsverarbeiter gesehen werden.<sup>1081</sup> Soweit auf Basis von personenbezogenen Daten websiteübergreifend Schlüsse auf Angriffe und Angriffsszenarien gezogen werden sollten, kann diesbezüglich mangels klarer Zuordnung zu einem konkreten Auftraggeber und aus Transparenzefordernissen,<sup>1082</sup> eine gemeinsame Verantwortlichkeit in Betracht kommen.

## 5. Weitere (Abgrenzungs-)Beispiele

Darüber hinaus lassen sich zahlreiche weitere Beispiele diskutieren, die entsprechend der im Vorherigen genannten Kriterien teilweise als Konstellation gemeinsamer Verantwortlichkeit einzuordnen sein können.

In Konzern- bzw., in der Terminologie der DSGVO, Unternehmensgruppensachverhalten (vgl. Art. 4 Nr. 19 DSGVO)<sup>1083</sup> sind sowohl Konstellationen gemeinsamer Verantwortlichkeit denkbar, wie etwa bei gemeinsam organisierten Dienstleistungen,<sup>1084</sup> als auch solche der Auftragsverarbeitung, wie etwa bei einem (weisungsgebundenen) Dienstleistungsunternehmen innerhalb des Konzerns,<sup>1085</sup> und/oder getrennten Verantwortlichkeit.<sup>1086</sup> Die gesellschaftsrechtlich vorgegebenen (formalen) Weisungsstrukturen führen dabei nicht stets zu einer gemeinsamen Verantwortlichkeit oder einer Auftragsverarbeitung, wie etwa im Verhältnis der Konzernmutter zur Konzern Tochter.<sup>1087</sup> Maßgeblich ist stattdessen, inwieweit und

---

1080 Zu Webhostern als Auftragsverarbeiter auch schon unter Kapitel 4:C.III.5.e (ab S. 181).

1081 So auch die Einschätzung von Cloudflare, vgl. [https://www.cloudflare.com/resources/assets/slt3lc6tev37/1M1j5uuFDuLTYiZJDPBag/bda8d591447971b3df2bccf5aa4e0916/Customer\\_DPA\\_v.3\\_1\\_-en\\_1\\_Oct\\_2020.pdf](https://www.cloudflare.com/resources/assets/slt3lc6tev37/1M1j5uuFDuLTYiZJDPBag/bda8d591447971b3df2bccf5aa4e0916/Customer_DPA_v.3_1_-en_1_Oct_2020.pdf).

1082 Vgl. Kapitel 4:C.III.6.e (ab S. 197).

1083 Jaspers/Reif, RDV 2016, 61 (63).

1084 Lezzi/Oberlin, ZD 2018, 398 (401); P. Voigt, CR 2017, 428 (431), der in dem Zusammenhang von „Shared Services“ spricht; Kremer, CR 2019, 225 (Rn. 19).

1085 Rath/Heins/Éles, CR 2019, 500 (Rn. 13 f.); Hörl, ITRB 2019, 118 (118).

1086 S. z.B. EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 87.

1087 EDPB, Guidelines 7/2020, Rn. 17; Ebner/A. Schmidt, CCZ 2020, 84 (85); Sundermann, ZD 2020, 275 (276); Berning/Keppeler, in: Knoll/Strahringer, 214 (222 ff.); so wohl auch Kremer, CR 2019, 225 (Rn. 20); Poll, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 118; Rath/Heins/Éles, CR 2019, 500 (501); gemeinsame Verantwortlichkeit denkbar nach Nickel, ZD 2021, 140 (144); a.A., der mit Blick auf Erwägungsgrund 37 DSGVO zumindest eine widerlegliche Vermu-

durch wen etwaige Weisungsrechte im Hinblick auf Datenverarbeitungen ausgeübt werden.<sup>1088</sup> In diesem Kontext kann auch an Leiharbeitsunternehmen gedacht werden, wobei die gemeinsame Verantwortlichkeit hier ebenfalls in besonderer Weise vom Einzelfall abhängig ist.<sup>1089</sup>

Diskutiert wird die Abgrenzung zwischen getrennter und gemeinsamer Verantwortlichkeit, Auftragsverarbeitung<sup>1090</sup> sowie Nicht-Verantwortlichkeit beispielsweise im Hinblick auf Rechtsanwälte,<sup>1091</sup> Steuerberater,<sup>1092</sup> Wirtschaftsprüfer,<sup>1093</sup> Inkassounternehmen,<sup>1094</sup> Schiedsrichter,<sup>1095</sup> Insolvenzverwalter,<sup>1096</sup> Banken,<sup>1097</sup> mit Blick auf die Blockchain,<sup>1098</sup> Ale-

---

tung der Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens annehmen will, *Raschauer*, in: Sydow, Art. 4 Rn. 133.

1088 Vgl. Kapitel 4:C.I.1.b (ab S. 115).

1089 *Schemmel*, DSB 2018, 202 (203); *Öztürk*, DuD 2019, 143 (147); hierzu auch *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (291 f.).

1090 Mit zahlreichen Beispielen *BayLDA*, FAQ Auftragsverarbeitung, S. 1.

1091 Regelmäßig (getrennte) Verantwortlichkeit nach *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 35; *ico*, Data controllers and data processors, Rn. 27; *Zikesch/R. Kramer*, ZD 2015, 565 (568 f.); *Ziegenhorn/Fokken*, ZD 2019, 194 (197); wohl auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 25; zust. *Härtig*, ITRB 2018, 167 (168); ebenfalls zust. *Eßer*, in: Auernhammer, Art. 4 Rn. 83; Auftragsverarbeitung nach *Raschauer*, in: Sydow, Art. 4 Rn. 125. Hierzu auch schon unter Kapitel 4:C.III.6.b.aa (ab S. 186).

1092 Abgrenzungsprobleme erblickend *Brink/Groß*, RuP 2019, 105 (114); regelmäßig getrennte Verantwortlichkeit nach *Sommer/Kugelmann/S. Schulz*, PinG 2019, 241 (244); *Eßer*, in: Auernhammer, Art. 4 Rn. 83; *Zikesch/R. Kramer*, ZD 2015, 565 (568 f.); zust. *Härtig*, ITRB 2018, 167 (168); im Hinblick auf die Lohnbuchhaltung eine gemeinsame Verantwortlichkeit annehmend *Härtig*, DB 2020, 490 (492); Auftragsverarbeitung nach *Raschauer*, in: Sydow, Art. 4 Rn. 125. Früher wurde u.a. im Hinblick auf Steuerberater eine Funktionsübertragung angedacht, hierzu unter Kapitel 2:A.III.2 (ab S. 44).

1093 (Getrennte) Verantwortlichkeit nach *Eßer*, in: Auernhammer, Art. 4 Rn. 83; *Zikesch/R. Kramer*, ZD 2015, 565 (568 f.).

1094 Regelmäßig (getrennte) Verantwortlichkeit nach *Ziegenhorn/Fokken*, ZD 2019, 194 (199).

1095 Gemeinsame Verantwortlichkeit, aber nur unter mehreren Schiedsrichtern, nicht zusammen mit den Parteien, nach *Cervenka/Schwarz*, SchiedsVZ 2020, 78 (80 f.).

1096 Diff. zum vorläufigen Insolvenzverwalter *Thole*, ZIP 2018, 1001; Verantwortlichkeit denkbar, aber jedenfalls keine gemeinsame Verantwortlichkeit mit dem Schuldner, nach *Schmitt/Heil*, NZI 2018, 865 (866 f.); vgl. auch *UK High Court of Justice*, CRI 2019, 87 (Rn. 71).

1097 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 38.

1098 Kompakter Überblick bei *Weichert*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, Art. 4 Rn. 92c; *Martini*, in: *Paal/Pauly*, Art. 26 Rn. 19; *Guggenberger*, in: *Hoeven/Sieber/Holznagel*, Teil 13.7, Rn. 92-98; *Spoerr*, in: *Wolff/Brink*, Art. 26

xa-Anwendungen,<sup>1099</sup> die Gesellschafter einer GbR,<sup>1100</sup> Connected-Car-Anwendungen,<sup>1101</sup> Call-Center,<sup>1102</sup> Fernbehandlungsplattformen,<sup>1103</sup> Unternehmenstransaktionen und die sog. Due Diligence,<sup>1104</sup> die elektronische Gesundheitsakte,<sup>1105</sup> Zustimmungen des Betriebsrats,<sup>1106</sup> die Tätigkeit von Hochschullehrern<sup>1107</sup> und Handelsvertretern,<sup>1108</sup> hinsichtlich Smart-Ho-

---

Rn. 4a; (gemeinsame) Verantwortlichkeit im Hinblick auf einige Akteure denkbar nach *Wagner*, ZD 2018, 307 (310); *Schellekens*, JIPITEC 11 (2020), 215 (Rn. 54); zust. *Heckmann/Scheurer*, in: *Heckmann*, Kap. 9, Rn. 220; krit. einer gemeinsamen Verantwortlichkeit gegenüber *Krupar/Strassemeyer*, K&R 2018, 746 (750); in diese Richtung auch, mit Differenzierung zwischen zulassungsbeschränkter und zulassungsfreier Blockchain, *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 1251 (1253 f.); ablehnend im Hinblick auf eine gemeinsame Verantwortlichkeit *Paschke/Scheurer*, in: *Gola/Heckmann*, § 63 Rn. 14; eine datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit mit Ausnahme des agierenden Nutzers weitestgehend ablehnend *Erbguth/Fasching*, ZD 2017, 560 (564 f.); ähnlich *Janicki/Saive*, ZD 2019, 251 (253 f.); *Lebner*, Smart Metering, S. 148 ff.; und zudem die Ungeeignetheit der DSGVO insoweit hervorhebend *Pesch/Sillaber*, CRI 18 (2017), 166 (171); ähnlich *Bechtolf/Vogt*, ZD 2018, 66 (69); und auch *Janicki*, in: *FS Taeger*, 197 (204 ff.).

1099 Gemeinsame Verantwortlichkeit nach *Hense*, DSB 2019, 250 (252).

1100 Regelmäßig gemeinsame Verantwortlichkeit nach *Däubler*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer*, Art. 26 Rn. 3.

1101 Hierzu *Bodungen*, in: *Specht/Mantz*, Teil B, § 16, Rn. 21 f.

1102 Diff. *Ingold*, in: *Sydow*, Art. 28 Rn. 21; *Regierungspräsidium Darmstadt*, Konzerninterner Datentransfer, S. 3; als Beispiel einer Auftragsverarbeitung *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 81.

1103 Gemeinsame Verantwortlichkeit nach *Wolf*, GuP 2018, 129 (131).

1104 Gemeinsame Verantwortlichkeit für diese vorherige Prüfung des zu kaufenden Unternehmens naheliegend nach *Tribess/Spitz*, GWR 2019, 261 (262).

1105 Gemeinsame Verantwortlichkeit denkbar nach *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 58).

1106 Gemeinsame Verantwortlichkeit denkbar nach *Maschmann*, NZA 2020, 1207 (1215) Freilich ist dies abhängig davon, ob der Betriebsrat überhaupt als eigenständige Stelle angesehen wird, hierzu unter Kapitel 4:A.II (ab S. 99).

1107 Während im Rahmen der Forschung eine gemeinsame Verantwortlichkeit in Betracht kommen soll, soll im Bereich der Lehre ggf. eine Auftragsverarbeitung denkbar sein, nach *Schwartmann*, OdW 2020, 77 (81 f.).

1108 Gemeinsame Verantwortlichkeit nach *Czajkowski/Mainz*, ZVertriebsR 2019, 159 (166); zumindest ebenfalls eine Auftragsverarbeitung ablehnend *BayLDA*, FAQ Auftragsverarbeitung.

me-Anwendungen,<sup>1109</sup> Machine-Learning-Anwendungen<sup>1110</sup> sowie für die gemeinsame Stammdaten-Verwaltung in der Versicherungsbranche.<sup>1111</sup>

## VI. Zwischenergebnis und Konsequenzen für die Prüfungsreihenfolge

Für eine Untersuchung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit sind zunächst die datenschutzrechtlich relevanten Vorgänge zu untersuchen. In diesem Zusammenhang sind die Anwendbarkeit nach Art. 2, 3 DSGVO und auch eine mögliche Zusammenfassung mehrerer Vorgänge als eine Verarbeitung (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) zu prüfen.

Sodann ist im Hinblick auf jeden Beteiligten zu prüfen, ob dieser Verantwortlicher (Art. 4 Nr. 7 DSGVO), Auftragsverarbeiter (Art. 4 Nr. 8 DSGVO) oder Nicht-Verantwortlicher (vgl. Art. 4 Nr. 10 DSGVO) oder (abhängiger) Teil einer solchen Stelle ist. Für die Verantwortlichkeit ist insoweit die Festlegung der Zwecke und Mittel – weit zu verstehen zur Berücksichtigung diverser Verarbeitungsumstände (vgl. etwa Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO) – der Verarbeitung unter Berücksichtigung der ver-objektivierten Perspektive einer betroffenen Person und auf Grundlage einer funktionellen Betrachtungsweise zu untersuchen. Dabei setzt die Festlegung unter anderem ein kognitives Element und grundsätzlich die Möglichkeit zum Datenzugriff voraus. Ein bloßes „Ermöglichen“ einer Verarbeitung ist abhängig von der damit durchgeführten Konkretisierung der Verarbeitung unter Umständen ausreichend. Für die Abgrenzung zur Auftragsverarbeitung können mit der Verarbeitung verfolgte Eigeninteressen und Freiwilligkeitskriterien (vgl. Art. 7 Abs. 4 DSGVO) fruchtbar gemacht werden.

Anschließend ist eine mögliche Zusammenarbeit von mehreren Verantwortlichen und womöglich Nicht-Verantwortlichen zu untersuchen. Nicht-Verantwortliche können nämlich als gemeinsam Verantwortliche einzuordnen sein, wenn die Gemeinsamkeit vorliegt und ihre Verantwortlichkeit nur an dem fehlenden Zugriff auf personenbezogene Daten scheitern würde. Im Übrigen ist die Anwendbarkeit nach Art. 2, 3 DSGVO

---

1109 Hierzu *Skistims*, Smart Homes, S. 368 ff.

1110 Gemeinsame Verantwortlichkeit denkbar nach *F. Niemann/Kevekordes*, CR 2020, 179 (Rn. 28).

1111 Art. 9, 22a der *GDV*, Verhaltensregeln für den Umgang mit personenbezogenen Daten durch die deutsche Versicherungswirtschaft; hierzu *Lehmann/Rettig*, VersR 2020, 464.

aber separat für jeden potenziell gemeinsam Verantwortlichen zu betrachten. Eine rechtsaktübergreifende gemeinsame Verantwortlichkeit ist nur zwischen DSGVO und VO (EU) 2018/1725 denkbar, nicht aber zwischen der DSGVO und der JI-RL. Eine Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 S. 2 DSGVO wirkt nicht konstitutiv, kann aber die Gemeinsamkeit der Festlegungen indizieren. Als Faustformel für die Gemeinsamkeit kann auch auf die Untrennbarkeit der jeweiligen Beiträge abgestellt werden. Notwendig, aber nicht hinreichend für die Gemeinsamkeit sind Absprachen, vertragliche Beziehungen oder andere Formen arbeitsteiligen Vorgehens. Dem kann eine gesetzlich festgelegte unabhängige Stellung entgegenstehen, wie etwa bei Rechtsanwälten. Daneben sind im Rahmen einer Gesamtabwägung weitere Faktoren zu berücksichtigen, die die Verarbeitungen aus der verobjektivierten Sicht einer betroffenen Person als gemeinsam festgelegt erscheinen lassen können: die Ähnlichkeit der verfolgten wirtschaftlichen oder nicht-wirtschaftlichen Zwecke, die Arbeitsaufteilung hinsichtlich der Einspeisung der Daten sowie des Zugriffs auf die Verarbeitungsergebnisse in Form von personenbezogenen oder anonymisierten Daten sowie die vernünftige Erwartung betroffener Personen und insoweit der Ausgleich von Transparenzdefiziten bei Übermittlungen durch Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit.

Soweit danach eine gemeinsame Verantwortlichkeit für konkrete Verarbeitungen vorliegt, liegt diese vollständig vor. Insoweit gibt es keine abgestufte (Teil-)Verantwortlichkeit unter der DSGVO. Der Grad der Verantwortlichkeit, entsprechend der genannten Kriterien, kann nur gegenüber Aufsichtsbehörden<sup>1112</sup> oder im Innenverhältnis der gemeinsam Verantwortlichen<sup>1113</sup> relevant werden.

---

1112 Hierzu unter Kapitel 5:C.III.4.d (ab S. 349).

1113 Hierzu unter Kapitel 5:D.III.3.a (ab S. 383).