

## B. Der Verantwortliche

### I. Einführung in die Begrifflichkeiten

Ausgangspunkt der Betrachtung ist die Legaldefinition des Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO. Dort ist der Verantwortliche als die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle definiert, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Wenn, so heißt es in Hs. 2 weiter, die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung durch das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten vorgegeben sind, kann der Verantwortliche beziehungsweise können die bestimmten Kriterien seiner Benennung nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen werden. Der Begriff des Verantwortlichen ist keine Erfindung der DS-GVO, sondern existierte bereits in der DSRL. In deren Art. 2 lit. d war der „für die Verarbeitung Verantwortliche“ die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Der dann folgende Satz der Legaldefinition entspricht in etwa dem zweiten Halbsatz aus Art. 4 Nr. 7 DS-GVO. Festgehalten werden kann daher, dass sich die Definition des Verantwortlichen der Sache nach nicht verändert hat. Die zur Umsetzung der DSRL erlassene Vorschrift des § 3 Abs. 7 BDSG definierte die verantwortliche Stelle als jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt und entsprach damit schon nicht der DSRL<sup>12</sup>. Ein Unterschied zur bisherigen Rechtslage ist jedoch, dass die DS-GVO nun unmittelbar gilt und grundsätzlich keiner Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber bedarf. Das BDSG kann nur noch Anwendung finden, soweit der Anwendungsbereich der DS-GVO nicht eröffnet ist beziehungsweise eine entsprechende Öffnung für nationales Recht vorsieht.

Weiter sind eben bereits die gemeinsam Verantwortlichen erwähnt worden. Diese existierten schon in der DSRL, sodass die DS-GVO, soweit ersichtlich, begrifflich keine Neuerung diesbezüglich bringt. Dennoch ist die Figur der gemeinsamen Verantwortlichkeit bisher zum Teil vernachlässigt worden. Die gemeinsame Verantwortlichkeit war beispielsweise nicht im alten BDSG, allerdings in einzelnen Landesdatenschutzgesetzen, wie dem Hessischen Landesdatenschutzgesetz, vorgesehen, aber auch Länder wie Frank-

---

<sup>12</sup> Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Art. 4 Nr. 7 DS-GVO, Rn. 9.

reich und Polen hatten diese Figur nicht in ihren Datenschutzgesetzen umgesetzt.<sup>13</sup> Laut der Datenschutzkonferenz dient die gemeinsame Verantwortlichkeit insbesondere dazu, Haftungsfragen bei der Beteiligung mehrerer Stellen zu regeln und zu verhindern, dass sich einer der Beteiligten seiner datenschutzrechtlichen Haftung entzieht.<sup>14</sup> Es dürfte darüber hinaus aber auch um eine klare Verteilung der Verantwortlichkeit gehen, sodass die Rechte der betroffenen Personen auch bei komplexen Datenverarbeitungssituationen gewahrt werden, und der besseren Durchsetzung von Aufsichtsmaßnahmen dienen.<sup>15</sup> Gerade die Figur der gemeinsamen Verantwortlichkeit ist geprägt durch die relativ neue Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen Zeugen Jehovas, Facebookfanpage und zu Facebooks „Gefällt mir“-Button.<sup>16</sup>

Der Verantwortliche, und damit auch der Fall der gemeinsam Verantwortlichen, wird einerseits zum Auftragsverarbeiter, andererseits zum Dritten abzugrenzen sein. Ein Auftragsverarbeiter ist nach Art. 4 Nr. 8 DS-GVO eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet. Die weitere Spezifizierung erfolgt in Art. 28 DS-GVO. Der Auftragsverarbeiter muss eine gegenüber dem Verantwortlichen eigenständige Stelle, beziehungsweise eine rechtlich selbstständige Person, sein.<sup>17</sup> Wie Art. 28 Abs. 4 DS-GVO zeigt, ist es auch möglich, dass der Auftragsverarbeiter wiederum einen Auftragsverarbeiter einschaltet, wobei der Verantwortliche auch über die wesentlichen Elemente der Verarbeitung informiert wird und entsprechend Einfluss hat.<sup>18</sup>

Dritter ist nach Art. 4 Nr. 10 DS-GVO hingegen eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, außer der betroffenen Person, dem Verantwortlichen, dem Auftragsverarbeiter und den Personen, die unter der unmittelbaren Verantwortung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters befugt sind, die personenbezogenen Daten zu ver-

---

13 Kuner, European data protection law, Rn. 2.21, Fn. 30, der zudem sagt, dass in Polen die Aufsichtsbehörden die gemeinsame Verantwortlichkeit jedenfalls in der Praxis anerkannten; in Bezug auf das HDSG, die Vorgängerregelung des jetzigen HDSIG, *Schild*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 4 DS-GVO, Rn. 91.

14 Datenschutzkonferenz, Kurzpapier Nr. 16, S. 2.

15 Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 26, Rn. 1; Ingold, in: Sydow, DS-GVO, Art. 26, Rn. 1; siehe allgemein zu sprachlichen Aspekten dieser beiden Vorschriften Spoerr, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 26 DS-GVO, Rn. 13d; dies lässt sich auch Erwägungsgrund 79 entnehmen.

16 EuGH, Urt. v. 10.07.2018, C-25/17, Zeugen Jehovas, NZA 2018, 991; EuGH, Urt. v. 05.06.2018, C-210/16, Facebookfanpage, NJW 2018, 2537; EuGH, Urt. v. 29.07.2019, C-40/17, „Gefällt mir“-Button, MMR 2019, 579.

17 Hartung, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 4 Nr. 8 DS-GVO, Rn. 6; Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 30.

18 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 34.

arbeiten. Diese drei Begriffe (Verantwortlicher, Auftragsverarbeiter, Dritter) bestimmen maßgeblich die Verteilung der Verantwortlichkeiten innerhalb der DS-GVO, sodass eine genauere Abgrenzung der damit gemeinten Subjekte für die Anwendung der DS-GVO von erheblicher Bedeutung ist. Neben diesen drei Begriffen gibt es noch den des Empfängers nach Art. 4 Nr. 9 DS-GVO. Er ist definiert als jede natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, der personenbezogene Daten offengelegt werden, unabhängig davon, ob es sich bei ihr um einen Dritten handelt oder nicht. Dieser Begriff ist jedoch nicht relevant für die Verteilung von Verantwortlichkeiten. Als weiterer Akteur ist noch der Betroffene zu nennen, also entsprechend Art. 4 Nr. 1 DS-GVO die Person, auf die sich die personenbezogenen Daten beziehen. Er steht den drei Akteuren gewissermaßen gegenüber und hat Rechte gegenüber diesen. Der Betroffene nimmt in der DS-GVO eine wichtige Stellung ein, im Rahmen der Verteilung von Verantwortlichkeiten kommt ihm hingegen keine relevante Position zu. Bei der Zuordnung zu den eben genannten Akteuren (Verantwortlicher, Auftragsverarbeiter, Dritter) ist zu beachten, dass sich die Abgrenzungsfrage nicht anhand der in Rede stehenden Daten beantwortet, sondern anhand der konkreten Datenverarbeitung.<sup>19</sup> Dies ergibt sich aus den Definitionen des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters, die jeweils auf den Datenverarbeitungsvorgang abstellen. Für Bestimmungs- und Abgrenzungsfragen kommt es zudem auf die tatsächliche Situation an und nicht darauf, was die Parteien vereinbaren.<sup>20</sup> Bezuglich ein und derselben Daten kann daher jemand bei der einen Verarbeitung Auftragsverarbeiter, bei einer anderen Verarbeitung hingegen Verantwortlicher sein und auf Grund des Fokus auf die einzelne Datenverarbeitung auch dann, wenn es um die gleichen personenbezogenen Daten geht.<sup>21</sup> Eine Stelle, die hinsichtlich der einen Datenverarbeitung wiederum Verantwortlicher ist, kann in Bezug auf eine andere Datenverarbeitung Auftragsverarbeiter sein. Die einmal zugeschriebene Funktion, zum Beispiel als Verantwortlicher, verbleibt damit nicht dauerhaft bei dieser Stelle, sondern ist abhängig von der in Frage stehenden Datenverarbeitung. Die Zuschreibung der Position ist dynamisch und nicht statisch.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die Bestimmung des Verantwortlichen erheblich mit einem wirksamen und umfassenden Schutz der natürlichen Personen zusammenhängt, deren personenbezogene Daten verarbeitet

---

19 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 30.

20 Allgemein *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 38; nach der sog. „Vertragstheorie“ wäre die Bezeichnung durch die Parteien relevant; die Vertragstheorie mit weiteren Nachweisen darstellend, aber ihr nicht folgend Ziegenhorn/Fokken, ZD 2019, 194, 196.

21 Vgl. für den Auftragsverarbeiter *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 30 f.; Hartung, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 4 Nr. 8 DS-GVO, Rn. 7; Kremer, in: Schwartmann, et al., DS-GVO/BDSG, Art. 28 DS-GVO, Rn. 31.

werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff des Verantwortlichen daher weit auszulegen.<sup>22</sup>

## II. Entscheidung von Zweck und Mittel

Nach der Einführung in die Begrifflichkeiten wird nun die Bestimmung des Verantwortlichen allgemein erläutert. Zunächst wird entsprechend den Tatbestandsmerkmalen des Art. 4 Nr. 7 DS-GVO auf den Aspekt des Zwecks und der Mittel eingegangen, dann auf den Begriff des Entscheidens und schließlich wird die gemeinsame Verantwortlichkeit ausführlich dargestellt.

Für die Bestimmung des Verantwortlichen ist entscheidend, wer über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet. Der Begriff der Verarbeitung ist in Art. 4 Nr. 2 DS-GVO definiert.<sup>23</sup> Im Folgenden geht es daher weniger um Fälle, in denen Zweck und Mittel durch Zuschreibung entsprechend Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DS-GVO durch eine Rechtsvorschrift der Union oder eines Mitgliedstaats bestimmt werden. Der Fokus des folgenden Abschnitts liegt auf der Bestimmung von Zweck und Mittel durch den Verantwortlichen selbst.

Es kommt dabei zunächst nicht darauf an, dass der Verantwortliche die Daten selbst verarbeitet, sondern nur, dass er über Zweck und Mittel bestimmt.<sup>24</sup> Damit verbunden ist auch, dass der Zugang zu den personenbezogenen Daten selbst für die Bestimmung des Verantwortlichen nicht entscheidend ist.<sup>25</sup> Entscheidend ist auch nicht, ob der Verantwortliche eine Kontrollmöglichkeit über die konkreten, verarbeiteten Daten hat, sodass ein Suchmaschinenbetreiber Verantwortlicher ist, auch wenn er auf die auf Internetseiten durch Dritte veröffentlichten personenbezogenen Daten keinen Einfluss hat.<sup>26</sup> Maßgeblich ist vielmehr die Kontrollmöglichkeit der Datenverarbeitung. Dies ist insoweit konsequent, da die Definition des Verantwortlichen allein nach der Entscheidungsbefugnis über Zweck und Mittel fragt.<sup>27</sup> Entscheidungsbefugnis bedeutet hier, dass eine tatsächliche oder rechtliche Möglichkeit der Einflussnahme besteht,<sup>28</sup> es kommt nicht auf die formale Benennung als Verantwortlicher an.<sup>29</sup> Denn denkbar ist, dass eine formelle Benennung nicht möglich ist oder die formelle Benennung nicht

---

22 EuGH, Urt. v. 13.05.2014, C-131/12, Google Spain, JZ 2014, 1009, Rn. 34; EuGH, Urt. v. 05.06.2018, C-210/16, Facebookfanpage, NJW 2018, 2537, Rn. 27.

23 Ausführlich zum Begriff der Datenverarbeitung unten B.VI.2.a.

24 Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Art. 4 Nr. 7 DS-GVO, Rn. 20; Raschauer, in: Sydow, DS-GVO, Art. 4, Rn. 125.

25 EuGH, Urt. v. 05.06.2018, C-210/16, Facebookfanpage, NJW 2018, 2537, Rn. 38.

26 EuGH, Urt. v. 13.05.2014, C-131/12, Google Spain, JZ 2014, 1009, Rn. 34.

27 Ausdrücklich auch Montreal, CR 2019, 797, Rn. 33.

28 EuGH, Urt. v. 29.07.2019, C-40/17, „Gefällt mir“-Button, MMR 2019, 579, Rn. 85; Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 4 DS-GVO, Rn. 170.

29 Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 4 DS-GVO, Rn. 171.

die Realität widerspiegelt.<sup>30</sup> Der zentrale Punkt in Bezug auf das Entscheiden ist, dass jemand entscheidet, aber nicht, ob auch eine rechtmäßige (im Sinne einer datenschutzkonformen) Entscheidung getroffen wird.<sup>31</sup>

## 1. Zweck und Mittel der Datenverarbeitung

Ausgangspunkt der näheren Bestimmung des Zwecks und des Mittels dürfte die Stellungnahme WP 169 der Artikel-29-Datenschutzgruppe sein.<sup>32</sup> Nach dieser ist der Zweck ein „erwartetes Ergebnis, das beabsichtigt ist oder die geplante Aktion leitet“ und ein Mittel die „Art und Weise, wie ein Ergebnis oder Ziel erreicht wird“.<sup>33</sup> Die Frage nach dem Zweck korreliert daher mit der Frage „Warum findet die Datenverarbeitung statt?“, während das Mittel der Frage des „Wie“ der Datenverarbeitung nachgeht.<sup>34</sup> Häufig kann die Bestimmung des Zwecks und des Mittels nicht eindeutig nur einer Person zugeordnet werden, und es sind auch nicht immer beide Aspekte gleichstark ausgeprägt, sodass sich die Frage stellt, wie detailliert jemand Vorgaben machen muss, um als Verantwortlicher eingestuft zu werden, was auch für die Frage der Abgrenzung zu anderen Akteuren wie Auftragsverarbeitern und Dritten relevant ist.<sup>35</sup> Hierzu wird die Auseinandersetzung mit der gemeinsamen Verantwortlichkeit (gleich B.II.3.c.) nähere Konkretisierungen bringen.

In Bezug auf die Mittel der Datenverarbeitung sind nicht nur technische Bestandteile wie etwa die zu verwendende Hard- und Software zu nennen, sondern auch organisatorische Aspekte, also etwa, welche Daten verarbeitet werden, die Länge der Speicherung oder die Zugriffsberechtigungen.<sup>36</sup> Es geht um die tatsächliche Durchführung der Datenverarbeitung.<sup>37</sup> Die Entscheidung über die zu verwendende Hard- und Software dürfte dabei für die Bestimmung der Verantwortlichkeit ggf. weniger Bedeutung besitzen als insbesondere die Frage, welche Daten verarbeitet werden.<sup>38</sup> Die Bestimmung des Zwecks einer Datenverarbeitung dürfte in der Regel leichter fallen

---

30 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 11.

31 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 11.

32 Dies ist allgemein in der Literatur anerkannt, siehe zum Beispiel Hartung, in: Kühling/Bucher, DS-GVO/BDSG, Art. 4 Nr. 7 DS-GVO, Rn. 13; P. Kramer, in: Gierschmann, et al., DS-GVO, Art. 4 Nr. 7, Rn. 24; Montreal, ZD 2014, 611, 612.

33 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 16.

34 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 16.

35 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 16; P. Kramer, in: Gierschmann, et al., DS-GVO, Art. 4 Nr. 7, Rn. 25.

36 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 17; Mantz/Marosi, in: Specht/Mantz, Handbuch europäisches und deutsches Datenschutzrecht, § 3, Rn. 21.

37 Berning/Keppeler, HMD 54 (2017), 1021, 1027.

38 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 17.

als die Festlegung, was nach der DS-GVO alles zu den Mitteln einer Datenverarbeitung gehört.<sup>39</sup>

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe, und ihr folgend die Literatur, hält fest, dass die Entscheidung über den Zweck stets die Verantwortlichkeit begründet während die Frage nach dem Mittel dafür nur dann in Betracht kommt, soweit es um wesentliche Aspekte des Mittels geht.<sup>40</sup> Eine stärkere Fokussierung auf den Zweck bei der Bestimmung der Verantwortlichkeit ist auch der DS-GVO zu entnehmen. Zwar stellt die DS-GVO regelmäßig auf den Zweck und die Mittel ab, und die Verantwortlichkeit muss sich auch auf beides beziehen, der Zweck der Verarbeitung erscheint aber tatsächlich weitaus bestimmender für die Datenverarbeitung als die Wahl der Mittel. Dass dem Zweck der Verarbeitung besonderes Gewicht zukommt, wird beispielsweise auch an Art. 5 Abs. 1 lit. b) DS-GVO deutlich, der den Zweckbindungsgrundsatz festschreibt, der seinerseits durch Art. 6 Abs. 4 DS-GVO konkretisiert wird. Ein Äquivalent im Sinne einer Bindung in Bezug auf die Mittel der Datenverarbeitung gibt es hingegen nicht. Anders als der Zweck der Verarbeitung sind die Mittel der Datenverarbeitung auch nicht Teil der nach Art. 13, 14 DS-GVO bereitzustellenden Informationen. Die Auswahl und der Einsatz der Mittel können daher in einem gewissen Umfang vom Auftragsverarbeiter konkretisiert werden, wobei darauf zu achten ist, dass der Auftragsverarbeiter auf diesem Weg nicht Einfluss auf den Zweck der Datenverarbeitung nimmt.<sup>41</sup> Insgesamt wird eher ein auf den Einzelfall bezogener und pragmatischer Ansatz bei der Bestimmung, wer über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet, verfolgt.<sup>42</sup>

## 2. Begriff des Entscheidens

Zweck und Mittel der Datenverarbeitung sind in Art. 4 Nr. 7 DS-GVO auf das Entscheiden bezogen. Der Begriff des Entscheidens ist somit zunächstklärungsbedürftig. Um der Rechtsprechung des EuGH nach einer möglichst weiten Bestimmung des Verantwortlichen gerecht zu werden, ist auch der Begriff des Entscheidens im Zweifel weit auszulegen. Dabei wird unter anderem diskutiert, inwieweit subjektive Elemente eine Rolle spielen. Arning/Rothkegel meinen, dass ein „(fehlende[r]) Verarbeitungswille vor allem im Rahmen der Einordnung als ‚Verantwortlicher‘ eine Rolle spielen“

---

39 Siehe zu dieser Einschätzung C. Sebastian Conrad, DuD 2019, 563, 564.

40 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 17; P. Kramer, in: Gierschmann, et al., DS-GVO, Art. 4 Nr. 7, Rn. 28; den Zweck betonend Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 28, Rn. 3; Hartung, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 28 DS-GVO, Rn. 103.

41 P. Kramer, in: Gierschmann, et al., DS-GVO, Art. 4 Nr. 7, Rn. 29; siehe auch Montreal, PinG 2017, 216, 219, der festhält, dass Entscheidungen über Hard- und Software zum Teil sinnvollerweise nur von qualifizierten Experten vorgenommen werden können.

42 Schwartmann/Mühlenbeck, in: Schwartmann, et al., DS-GVO/BDSG, Art. 4 DS-GVO, Rn. 154.

kann.<sup>43</sup> Überwiegend wird hingegen ein solches subjektives Element nicht für erforderlich gehalten, denn es bedürfe keines bewusst kognitiven Elements und auch eine unbewusste Auswahl von Zweck und Mittel genüge.<sup>44</sup> Dabei wird zum Teil mit einem Sprachvergleich der verschiedenen Fassungen argumentiert. *Montreal* führt aus, dass der in der englischen Sprachfassung verwendete Begriff „determine“ auch mit „verursachen“ zu übersetzen sei, weshalb, unter Hinzuziehung des Zwecks der Vorschrift, das Entscheidens weit zu verstehen sei und zwar im Sinne von „verantworten“.<sup>45</sup> *Pöttgers/Böhm* verstehen den Begriff des Entscheidens ebenfalls mit einem Verweis auf die englische Textfassung im Sinne von „Festlegung“.<sup>46</sup>

Weiterhin wird mit der Rechtsprechung des EuGH im Fall Google Spain argumentiert.<sup>47</sup> Dort wird aus der Tatsache, dass bei fehlender Kenntnis der personenbezogenen Daten die Stellung als Verantwortlicher nicht entfällt gefolgert, dass auch eine unbewusste Entscheidung genügt.<sup>48</sup> Allein aus der Tatsache, dass man keine Kenntnis und keine Kontrollmöglichkeiten der einzelnen personenbezogenen Daten hat, kann aber noch nicht geschlossen werden, dass es zu einer unbewussten Entscheidung kommt. Die Entscheidung über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung und die tatsächliche Datenverarbeitung sind voneinander zu trennen. Nur ersteres begründet die Verantwortlichkeit. Die Bestimmung des Zwecks und der Mittel muss sich nach der genannten Entscheidung des EuGH nicht auf das einzelne personenbezogene Datum beziehen, sondern kann vielmehr generell erfolgen. Sie wird deswegen aber nicht zu einer unbewussten Entscheidung, sondern lediglich zu einer mehr generalisierten Entscheidung. Der EuGH stellt ausdrücklich fest, dass der Suchmaschinenbetreiber die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung bestimmt hat, denn es ist der Suchmaschinenbetreiber, der beispielsweise den Suchalgorithmus bestimmt, nach dem die Suche und später dann auch die Ordnung der Ergebnisse erfolgt.<sup>49</sup> Dem Urteil ist die Aussage, dass es einer bewussten kognitiven Entscheidung nicht bedarf, folglich nicht zu entnehmen.

Die eher an faktischen Umständen orientierte Festlegung des Verantwortlichen und das Ziel der Verordnung einer möglichst klaren Zuordnung der Verantwortlichkeit sprechen dafür, den Vorgang des Entscheidens als Teil-

---

43 Arning/Rothkegel, in: Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG, Art. 4 DS-GVO, Rn. 67.

44 Zum nicht erforderlichen bewusst kognitiven Element *Pöttters/Böhm*, in: Wybitul, EU-DS-GVO, Art. 4, Rn. 29.

45 *Montreal*, CR 2019, 797, Rn. 28.

46 *Pöttters/Böhm*, in: Wybitul, EU-DS-GVO, Art. 4, Rn. 29.

47 So zum Beispiel *Pöttters/Böhm*, in: Wybitul, EU-DS-GVO, Art. 4, Rn. 29.

48 *Pöttters/Böhm*, in: Wybitul, EU-DS-GVO, Art. 4, Rn. 29 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 13.05.2014, C-131/12, Google Spain, JZ 2014, 1009.

49 EuGH, Urt. v. 13.05.2014, C-131/12, Google Spain, JZ 2014, 1009, Rn. 33, 37; sowie *Milstein*, K&R 2013, 446, 447.

element der Bestimmung der Verantwortlichkeit nicht von subjektiven Kriterien abhängig zu machen.

### 3. Die gemeinsam Verantwortlichen

#### a. Allgemeines zur gemeinsamen Verantwortlichkeit

Die gemeinsame Verantwortlichkeit findet ihre normative Grundlage in Art. 4 Nr. 7 und Art. 26 DS-GVO. Dabei ist erst einmal festzuhalten, dass die beiden Definitionen der gemeinsamen Verantwortlichkeit jedenfalls auf den ersten Blick grammatisch zu divergieren scheinen. Zunächst ist ein Unterschied in der Wortwahl der beiden Normen auszumachen, denn Art. 4 Nr. 7 DS-GVO spricht von „bestimmen“, während Art. 26 Abs. 1 Satz 1 DS-GVO von „festlegen“ spricht. Ein Unterschied dürfte sich aber der Sache nach nicht ergeben, insbesondere weil beispielsweise in der englischen Sprachfassung in beiden Normen das Begriffspaar „jointly determine“ verwendet wird, ein sprachlicher Unterschied also gerade nicht besteht.<sup>50</sup> Klarstellungsbedürftig scheint sodann, wie viele Akteure notwendig sind, um eine gemeinsame Verantwortlichkeit zu begründen. Art. 26 DS-GVO ist hier eindeutig und sieht mindestens zwei Verantwortliche vor. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO spricht von dem Akteur, der *allein oder gemeinsam mit anderen entscheidet*. Legte man allein den Wortlaut von Art. 4 Nr. 7 DS-GVO zugrunde, bedürfte es also mindestens dreier Beteiligter, da *mit anderen* grammatisch eine Mehrzahl impliziert, plus den bereits zuvor genannten Akteur. Dies ließe sich auch in anderen Sprachfassungen argumentieren. Vom Sinn und Zweck der gemeinsamen Verantwortlichkeit her muss aber das Vorhandensein zweier Verantwortlicher genügen, da bereits ab zwei Personen ein Bedürfnis nach klarer Verteilung der Verantwortlichkeiten und eine eindeutige Klärung der oben angesprochenen Haftungsfrage besteht. Zudem ist Art. 26 DS-GVO spezifisch auf die gemeinsame Verantwortlichkeit zugeschnitten und daher spezieller. Eine Formulierung „mit mindestens einem anderen“ in Art. 4 Nr. 7 DS-GVO wäre daher etwas klarer gewesen. Eine Begrenzung nach „oben“ gibt es hingegen nicht, sodass auch eine Vielzahl von Akteuren gemeinsam verantwortlich sein kann.<sup>51</sup> Weiter divergieren Art. 26 DS-GVO und Art. 4 Nr. 7 DS-GVO augenscheinlich dahin, dass Art. 26 DS-GVO eine Stellung der Beteiligten als Verantwortliche vorauszusetzen scheint, während Art. 4 Nr. 7 DS-GVO gerade durch die gemeinsame Entscheidung die Verantwortlichkeit überhaupt erst begrün-

---

50 *Montreal*, CR 2019, 797, Rn. 10 f., der darüber hinaus weitere sprachliche Unebenheiten zwischen den beiden Definitionen hervorhebt, nämlich, dass es in Art. 4 Nr. 7 DS-GVO „der Verarbeitung“ heißt und in Art. 26 DS-GVO „zur Verarbeitung“, die genannten sprachlichen Inkongruenzen aber mittels eines Vergleichs auf die englische Fassung als nicht erheblich betrachtet; auch die spanische Fassung verwendet an beiden Normenstellen das Verb determinar; siehe auch *Spoerr*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 26 DS-GVO, Rn. 13d.

51 Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier, Der Konzern 2019, 289.

det.<sup>52</sup> Art. 4 Nr. 7 DS-GVO leitet die Verantwortlichenstellung daraus ab, dass man allein oder gemeinsam über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet und bringt damit zum Ausdruck, dass es das Mitentscheiden ist, das jemanden zum Verantwortlichen macht. Durch diesen Unterschied in sprachlicher Hinsicht besteht daher kein Unterschied in tatsächlicher Hinsicht. Die gemeinsame Verantwortlichkeit ist demnach auch kein eigenes Konstrukt, sondern beschreibt nur den Fall, dass mehrere Verantwortliche gemeinsam Zweck und Mittel festgelegt haben, sodass gemeinsam Verantwortliche in engerer Beziehung stehende einzelne Verantwortliche sind.<sup>53</sup>

### b. Entscheidung über Zweck und Mittel

Entsprechend der Definition der Art. 4 Nr. 7, 26 DS-GVO ist die gemeinsame Verantwortlichkeit also dann gegeben, wenn mindestens zwei Verantwortliche gemeinsam über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung entscheiden.

Klärungsbedürftig ist weiterhin, ob die Akteure über den Zweck *und* die Mittel kumulativ entscheiden müssen oder ob eine alternative Entscheidung, die sich entweder auf den Zweck oder die Mittel bezieht, ausreichend ist. Dafür, dass es auf die gemeinsame Festlegung von Zweck und Mittel ankommt, spricht zunächst der Wortlaut sowohl des Art. 4 Nr. 7 als auch des Art. 26 Abs. 1 Satz 1 DS-GVO, die beide das Wort „und“ verwenden – wie auch der Wortlaut des Erwägungsgrunds 79 –, wobei der Betrachtung des Wortlauts insbesondere auch auf Grund der hohen Bußgeldandrohung in Art. 83 Abs. 4 lit. a) DS-GVO besondere Bedeutung zukommen soll.<sup>54</sup> Hinsichtlich der besonderen Bedeutung des Wortlauts auf Grund des Bußgeldbezugs ist jedoch anzumerken, dass insbesondere die Höhe der Geldbuße nach Art. 83 Abs. 2 lit. d) DS-GVO unter anderem vom Grad der Verantwortung abhängt, sodass ein entsprechend geringer Beitrag auch hinreichend gewürdigt werden kann. Dennoch spricht der Wortlaut für eine kumulative Festsetzung. Dahingehend haben sich zum Beispiel der Europäische Datenschutzbeauftragte<sup>55</sup> und die Datenschutzkonferenz positioniert.<sup>56</sup> *Plath* folgert aus dem Wortlaut von Art. 4 Nr. 7 DS-GVO hingegen, dass es dort „alleine oder gemeinsam“ heißt und somit eine gemeinsame

---

52 *Monreal*, CR 2019, 797, Rn. 8.

53 Vgl. zu dieser Feststellung auch *Monreal*, CR 2019, 797, Rn. 11.

54 Siehe zum Wortlautargument unter anderem *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, Der Konzern 2019, 289, 290; *Kartheuser/Nabulsi*, MMR 2018, 717, 720; *Martini*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO, BDSC, Art. 26 DS-GVO, Rn. 21a.

55 *Gierschmann*, ZD 2020, 69, 70.

56 *Datenschutzkonferenz*, Kurzpapier Nr. 16, S. 2; weiter auch *C. Sebastian Conrad*, DuD 2019, 563, 564; in diese Richtung wohl auch Generalanwalt Bobek, Schlussantrag vom 19.12.2018 – C40/17, BeckRS 2018, 32835, Rn. 100f.; *Gola*, in: *Gola*, DS-GVO, Art. 4, Rn. 51; *Piltz*, in: *Gola*, DS-GVO, Art. 26, Rn. 3.

Verantwortlichkeit bereits dann in Betracht kommt, wenn nicht mehr vollkommen alleine entschieden wird.<sup>57</sup> Er gibt weiter zu bedenken, dass im Einzelfall genau zu prüfen ist, ob eine gemeinsame Festlegung der Mittel nicht beispielsweise dadurch erreicht wird, dass denjenigen, der die Mittel vermeintlich alleine bestimmt, Abstimmungs- oder Berichtspflichten treffen.<sup>58</sup> Aus dem Wortlaut „alleine oder gemeinsam mit“ lässt sich indes noch nicht schließen, dass sich *nicht allein entscheiden* auch auf nur den Zweck oder nur das Mittel bezieht. Vielmehr verknüpft die DS-GVO die Stellung als Verantwortlicher mit der Entscheidung über Zweck und Mittel, was beispielsweise auch aus Art. 28 Abs. 10 DS-GVO deutlich wird.<sup>59</sup> Zum Teil werden für die kumulative Festlegung auch teleologische Aspekte angeführt. *Kartheuser/Nabulsi* halten beispielsweise fest, dass eine zu weite Auslegung der gemeinsamen Verantwortlichkeit, die sich bei lediglich alternativer Festlegung des Zwecks oder des Mittels ergeben würde, die Grenze zu zwei separaten Verantwortlichen verschwimmen lassen würde und zudem der Betroffene auf Grund der auch bei zwei separaten Verantwortlichen bestehenden gesamtschuldnerischen Haftung nach Art. 82 Abs. 4 DS-GVO nicht schlechter gestellt sei.<sup>60</sup>

Auch die Entstehungsgeschichte der DS-GVO spricht dafür, dass es sowohl um die Bestimmung des Zwecks als auch der Mittel geht, denn einem Änderungsantrag im Europäischen Parlament, nach dem die gemeinsame Entscheidung über den Zweck für das Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit genügen sollte und es auf die Mittel gar nicht mehr ankäme, ist am Ende nicht entsprochen worden.<sup>61</sup>

Die Art.-29-Datenschutzgruppe hat festgehalten, dass es genügt, wenn gemeinsam entweder die Zwecke oder die „wesentlichen Elemente der Mittel“ festgelegt werden und begründet dies mit der Notwendigkeit, eine gewisse Flexibilität zu wahren.<sup>62</sup> Wie später zu zeigen sein wird (insbesondere unten B.II.3.c.dd.), kann eine hohe Flexibilität auch dadurch erreicht werden, dass man den Begriff des gemeinsam Entscheidens weit auslegt, und zwar auch dann, wenn eine Kumulation notwendig ist. Teleologische Aspekte sprechen daher ebenfalls nicht für ein alternatives Verständnis. Die Ansicht der Art.-29-Datenschutzgruppe dürfte zudem im Widerspruch zum Wortlaut der DS-GVO stehen.

Der EuGH hat in seiner Fanpageentscheidung festgehalten, dass der Fanpagebetreiber an der Bestimmung des Mittels und des Zwecks „beteiltig“

---

57 Plath, in: Plath, DSGVO/BDSC, Art. 26 DS-GVO, Rn. 9.

58 Plath, in: Plath, DSGVO/BDSC, Art. 26 DS-GVO, Rn. 8.

59 Siehe ausführlicher zur Kumulativität im Rahmen des Art. 28 Abs. 10 DS-GVO unten B.IV.1.

60 *Kartheuser/Nabulsi*, MMR 2018, 717, 720.

61 Vgl. hierzu *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Art. 26 DS-GVO, Rn. 12.

62 Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 23 f.